






LAKIMIES 6/2021

SISÄLLYS

Artikkeleita

- Pellonpää, Matti*: Perustuslakikontrollista neljässä Euroopan maassa ja Suomessa 911 
- Karjalainen, Katja – Ylhäinen, Marjo*: Vammaisten oikeuksien yleissopimus ja sosiaalinen osallisuus – oikeus työhön 946 
- Koivukari, Kristiina*: Voisiko maalittaminen olla rangaistavaa? 963 
- Saarinen, Ville A. – Palomäki, Jussi*: Psykojuridinen näkökulma tuomarin päätöksentekoon, erityisesti rangaistuksen määräämiseen 993 
- Vatjus-Anttila, Jalo*: Tunnustukseen perustuva esitutinnan rajoittaminen ja syyttämättä jättäminen toimenpiteistäluopumisjärjestelmän uudenkaltaisten tavoitteiden ilmentäjänä 1015 

Väitöksiä

- Helle, Karoliina*: Rakennuksen salainen omistus 1048
- Helle, Karoliina*: Rakennuksen salainen omistus (*Matti Ilmari Niemi*) 1053
- Rantaeskola, Satu*: Asianomistajan yksityiselämän suoja rikosprosessissa 1067
- Rantaeskola, Satu*: Asianomistajan yksityiselämän suoja rikosprosessissa (*Matti Tolvanen*) 1080

Kirjallisuutta

- Helenius, Dan – Linna, Tuula*: Siviili- ja rikosprosessioikeus (*Matti Tolvanen*) 1091
- Hyttinen, Tatu*: Rahanpesu ja rikosvastuu. Teoria ja käytäntö (*Ritva Sahavirta*) 1096
- Toimitukselle saapunutta kirjallisuutta 1102

- Tämän numeron kirjoittajat 1103

Contents

- Pellonpää, Matti*: Control of constitutionality of legislation in Finland and four other European countries; *Karjalainen, Katja – Ylhäinen, Marjo*: UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, social inclusion, and the right to work; *Koivukari, Kristiina*: Could online shaming be criminalised?; *Saarinen, Ville A. – Palomäki, Jussi*: District Judges' decision-making in sentencing; *Vatjus-*

Anttila, Jalo: Confession-based waiver of penal measures as an expression of the novel objectives of the waiver system; *Dissertations; Literature*

Inhalt

Pellonpää, Matti: Über die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit in vier europäischen Ländern und in Finnland; *Karjalainen, Katja – Ylhäinen, Marjo*: Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und soziale Beteiligung – das Recht auf Arbeit; *Koivukari, Kristiina*: Könnte Public Shaming strafbar sein?; *Saarinen, Ville A. – Palomäki, Jussi*: Die Entscheidungsfindung des Richters, insbesondere die Entscheidungsfindung des Amtsrichters bei der Strafbemessung; *Vatjus-Anttila, Jalo*: Auf Geständnis beruhende Begrenzung der Vorermittlung und Nichtverfolgung als Ausdruck neuer Ziele des Systems des Verzichtens auf Maßnahmen; *Dissertationen; Literatur*

Matti Pellonpää



Perustuslakikontrollista neljässä Euroopan maassa ja Suomessa

Lakimies
6/2021
s. 911–945

HAKUSANAT: perustuslakikontrolli, perustuslakituomioistuimien, perustuslakivaliokunta

1. Johdanto

Viimeaikaisessa keskustelussa on aika ajoin palattu kysymykseen erillisen perustuslakituomioistuimen tarpeesta.¹ Tyypillinen kielteinen argumentti on se, että nykyisen järjestelmän korvaaminen perustuslakituomioistuimella merkitsisi siirtymistä perustuslakivaliokunnan harjoittamasta ennakkolisesta kontrollista jälkikäteiseen lakien perustuslainmukaisuuden valvontaan ajankohtana, jolloin ongelmat ovat jo käsillä.²

Tausta-ajatus siitä, että perustuslakituomioistuimien johtaisi väistämättä juuri mainittuun muutokseen, lienee oikea, mikäli ennakkolisella valvonnalla tarkoitetaan Suomen järjestelmän kaltaista kansanedustuslaitoksessa vireillä olevan lakiehdotuksen perustuslaillisuuden arviointia. Tällainen tehtävä ei välttämättä luontevasti kuulu suomalaisen tuomioistuimen rooliin, eikä ulkomaisiakaan esimerkkejä vastaavalle menettelylle juuri löytyne. Jos ennakkolisella valvonnalla kuitenkin ymmärretään lain hyväksymisen jälkeen mutta ennen sen voimaan tuloa tapahtuvaa valvontaa, ei kuva ole lähimainkaan näin mustavalkoinen. On perustuslakituomioistuimia, jotka – usein jälkivalvonnan ohella – harjoittavat näin ymmärrettyä etukäteisvalvontaa.

Seuraavassa tarkastellaan erityisesti viimeaikaisen, koronapandemian sävyttämän käytännön – mutta ei pelkästään sen – valossa perustuslain valvontajärjestelmää neljässä eurooppalaisessa demokratiassa. Päähuomio kohdistuu niiden maiden perustuslakituomioistuinten rooliin, mukaan luettuna etukäteis-

* *Matti Pellonpää* †, OTT. Kiitän käsikirjoituksen varhaisempaa versiota koskevista koskevista hyödyllisistä kommentteista oikeusneuvos Petri Helanderia. Samoin kiitokset kuuluvat kahdelle käsikirjoituksen arvioineelle ja sitä niin ikään hyödyllisellä tavalla kommentoineelle referelle.

1. Tärkeänä puheenvuorona hieman varhaisemmasta keskustelusta ks. Liisa Nieminen, Tarvittaisiinko Suomessakin valtiosääntötuomioistuin? *Lakimies* 1/2007, s. 3–24.
2. Kokenut käytännön valtiosääntöasiantuntija, mm. eduskunnan pääsihteerinä toiminut Seppo Tiitinen lausui taannoin Helsingin Sanomien mukaan, että perustuslakituomioistuimen kaltaisen elimen harjoittaman jälkikäteisvalvonnan heikkoutena on se, että ”ongelmat ovat silloin jo housuissa.” *HS* 15.12.2020, s. A 10 (”Tiitinen kummastelee vihreitä”).

valvonnan ja jälkikäteisvalvonnan osuuteen siinä. Samassa yhteydessä esitetään eräitä muita noiden tuomioistuinten asemaan ja toimintaan liittyviä näkökohtia, erityisesti sellaisia, joilla voi katsoa olevan merkitystä, kun lopussa arvioidaan, mitä opetuksia noista järjestelmistä voisi olla saatavissa Suomen järjestelmää ja sen mahdollisia uudistustarpeita arvioitaessa.³ Perustuslakituomioistuimilla on tyypillisesti monia muitakin kuin alla sivuttavia tehtäviä, esimerkiksi sellaisia, jotka liittyvät vaaleihin, mutta niihin ei tässä esityksessä lähemmin puututa.

Ensimmäisenä esitetään joitakin huomioita Ranskan perustuslakikontrollista, jolla siitä huolimatta, että Ranska ei yleisesti ottaen ole oikeuskulttuuriltaan Suomea kovin lähellä oleva maa, on perinteisesti ollut ehkä enemmän yhtäläisyyksiä meidän järjestelmäämme kuin vaikkapa Ranskan jälkeen tarkasteltavalla Saksalla. Muut kaksi tarkastelun kohteena olevaa maata ovat Itävalta ja Espanja.⁴ Vertailumaat on valittu siten, että niissä yhtäältä on jo vakiintuneen aseman saavuttanut perustuslakituomioistuin, ja toisaalta kysymyksessä on Suomeen ainakin suurin piirtein verrattavissa oleva demokratia ja oikeusvaltio. Vertailu esimerkiksi Venäjän federaatioon ja sen perustuslakituomioistuimeen ei tuntuisi kovin hedelmälliseltä, joten tuo tuomioistuin jää vain lyhyen maininnan varaan. Lyhyitä viittauksia tehdään myös eräisiin muihin kuin neljän varsinaisen vertailumaan järjestelmiin.

2. Näkökohtia perustuslakikontrollista neljässä maassa ja niiden perustuslakituomioistuimissa

2.1. Ranska

Ranskan keskeisin lakien perustuslainmukaisuutta valvova elin on vuonna 1958 perustettu perustuslakineuvosto (*Conseil constitutionnel*),⁵ jota ei alun perin suunniteltu tai mielletty tuomioistuimeksi vaan jonkinlaiseksi poliittisen kokemuksen ja valtiosääntöön liittyvän asiantuntemuksen yhdistäväksi *sui generis*

3. Tämän vuoksi kunkin tuomioistuimen kokoonpanoa ja tuomareiden valitsemismenettelyä selostetaan enemmän kuin aivan pintapuolisesti.
4. Kattavamman katsauksen osalta ks. Armin von Bogdandy – Christoph Grabenwarter – Peter M. Huber (Hg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*. C.H. Müller 2016 (Handbuch Ius Publikum Europaeum, Band VI).
5. Ranskalaisesta perustuslakikontrollista ja sen kehityksestä ks. Olivier Jouanjan, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Frankreich*, edellisessä alaviitteessä mainittu teos, s. 207–269 (jälj. Jouanjan 2016). Erityisesti Ranskan perusoikeusjärjestelmästä ks. Jacques Robert – Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. L.G.D.J 2009 (8e édition).

-orgaaniksi.⁶ Tässä mielessä perustuslakineuvosto muistutti enemmän Suomen eduskunnan perustuslakivaliokuntaa kuin muut tässä kirjoituksessa käsiteltävät perustuslakituomioistuimet, joskaan neuvosto ei ole koskaan ollut osa kansanedustuslaitosta. Jäljempänä selostettavien kehitysvaiheiden ja erityisesti vuonna 2008 toteutetun uudistuksen jälkeen *Conseil constitutionnel* on epäröimättä luokiteltavissa perustuslakituomioistuimeksi.⁷

Johdannossa mainittu Ranskan ja Suomen välinen yhtäläisyys näkyy siinäkin, että myös Ranskan perustuslakineuvoston harjoittama valvonta oli alun perin etukäteiskontrollia sikäli, että se tapahtui ennen lain voimaan tuloa. Abstrakti normikontrolli saattoi – ja saattaa edelleenkin – johtaa eräiden poliittisten toimijoiden⁸ lain hyväksymisen jälkeen mutta ennen sen voimaan tuloa vireille saattamassa asiassa lain julistamiseen kokonaan tai osittain mitättömäksi. Määräajassa tapahtuva asian vireille saattaminen perustuslakineuvostossa siirtää voimaantuloa,⁹ ja lain tai sen säännöksen julistaminen perustuslain vastaiseksi estää relevanteilta osin voimaantulon kokonaan. Joustavuutta järjestelmään tuo muun muassa se, että *Conseil constitutionnel* voi ongelmallisiksi katsomiensa säännösten osalta esittää ”tulkintavaruksen” (*réserve d’interprétation*), eli todeta säännöksen perustuslain kanssa yhteensopivaksi ehdolla, että sitä sovelletaan perustuslakineuvoston omissa perusteluissaan edellyttämällä tavalla.¹⁰ Perustuslakineuvoston on ratkaistava asia kuukauden sisällä sen vireilletulosta, mutta hallituksen hakemuksesta määräaika voidaan lyhentää kahdeksaan päivään.¹¹ Esimerkkinä siitä, että neuvosto pystyy toimimaan viivytyksettä, voidaan viitata 27.5.2021 hyväksyttyyn lakiin, joka koskee ”terveyshätätilan” (ks. alaviite 16) jälkeisen siirtymäkauden järjestelyjä ja jota koskeva normikontrolliasia saatettiin vireille joukon kansanedustajia samana päivänä tekemällä hakemuksella. Pääministeri pyysi sen kiireellistä käsittelyä 28.5. ja *Conseil constitutionnel* antoi

6. Ks. Jouanjan 2016, s. 222–223.

7. Mainittakoon, että Ranska on (mm. Suomen ohella) yksi niistä verraten harvoista maista, jotka ovat ratifioineet EIS:n 16:n pöytäkirjan ja tätä kautta tehneet ylimmille tuomioistuimilleen mahdolliseksi pyytää EIT:lta neuvoa antavia lausuntoja. Ranska on ilmoittanut perustuslakineuvoston olevan ylimmän yleisen tuomioistuimen (*Cour de cassation*) ja ylimmän hallintotuomioistuimen (*Conseil d’État*) ohella pöytäkirjassa tarkoitettu ”ylin” tuomioistuin. Ensimmäisen lausuntonsa pöytäkirjan nojalla EIT antoi vuonna 2019 juuri ranskalaistuomioistuimen (*Cour de cassation*) tekemästä pyynnöstä. Kysymyksessä olevasta pöytäkirjasta ja viitatuista lausunnoista ks. esim. Matti Pellonpää, *Europeiska mänskörättskonventionen*. Alma Talent 2020, s. 141–146.

8. Parlamentin hyväksymän lain perustuslainmukaisuutta koskevan asian voivat saattaa vireille tasavallan presidentti, pääministeri, kansalliskokouksen puheenjohtaja, senaatin puheenjohtaja, samoin kuin vähintään 60 kansalliskokouksen jäsentä tai sama määrä senaattoreita.

9. Perustuslain (Constitution du 4 octobre 1958) 61(4) artikla. Perustuslakineuvoston kotisivuilta (www.conseil-constitutionnel.fr) löytyy paljon sen toimintaan liittyvää tietoa.

10. Ks. Jouanjan 2016, s. 246–247.

11. Lyhyiden määräaikaisten tarkoituksena on, että normikontrollimenettelyä ei käytetä lainsäädäntötoiminnan viivyttämiseksi. Jouanjan 2016, s. 245. Poikkeustapauksista, joissa abstrakti normikontrolli voi koskea jo voimaan tullutta lakia, ks. emk. s. 242–243.

päätöksensä 31.5., minkä jälkeen laki saattoi tulla voimaan suunnitelmien mukaisesti 2.6.2021.¹²

Edellä mainittuun lakiin liittyi 25.7.2021 parlamentissa lopullisesti hyväksytty terveyskriisin hoitoa koskeva laki (*Loi relative à la crise sanitaire*), jolla muun muassa laajennettiin jo aikaisemmin käyttöön otetun ”terveyspassin” (*passé sanitaire*) käyttöalaa. Asiaa koskeva normikontrollimenettely tuli vireille seuraavana päivänä ja johti 5.8.2021 annettuun perustuslakineuvoston päätökseen. Tuo ratkaisukin osoittaa osaltaan, että viipymätön menettely ei perustuslakituomioistuimessakaan ole välttämättä laadukkaiden perustelujen este.¹³

Niin ikään verraten tuoreena lisäesimerkkinä perinteisestä etukäteiskontrollista voidaan vielä mainita perustuslakineuvoston ratkaisu 20.5.2021, joka koski kansalliskokouksen 15.4.2021 hyväksymää, poliisiviranomaisille tiettyjä lisätoimivaltuuksia antavaa turvallisuuslakia.¹⁴ *Conseil constitutionnel* katsoi lukuista perustuslainvastaisiksi väitetyistä säännöksistä useimmat perustuslain kanssa sopusoinnussa oleviksi, mutta eräät säännökset kokonaan tai osittain perustuslain vastaisiksi. Näiden joukossa oli yleisessä keskustelussa kritiikkiä saanut säännös, joka olisi muun muassa kieltänyt viiden vuoden vankeuden ja 75 000 euron sakon uhalla provokaation virkatehtäviään hoitavan poliisin identifioimiseksi tarkoituksena saattaa hänen fyysinen tai psyykkinen koskemattomuutensa uhan alaiseksi.¹⁵

Edellä viitattu kontrolli siis tapahtui vasta lain parlamentissa tapahtuneen hyväksymisen jälkeen. Ranskan osalta on kuitenkin syytä mainita, että meillä ehkä parhaiten maan ylimpänä hallintotuomioistuimena tunnetulla *Conseil d'État*-nimisellä elimellä on kaksoisrooli, johon lainkäyttötehtävien ohella kuuluu lausuntojen antaminen lakiehdotuksista jo ennen niiden parlamenttikäsittelyä. *Conseil d'État* on tämän toimivaltansa puitteissa antanut lausunnon koronakriisin ratkaisun kannalta keskeisistä lakiluonnoksista ja muista teksteistä.¹⁶

Yksityisellä kansalaisella ei ole oikeutta käynnistää edellä kuvattua abstraktia normikontrollimenettelyä perustuslakineuvostossa. Sen sijaan vuonna 2008 tapahtuneella uudistuksella järjestelmää täydennettiin lisäämällä perustuslakiin uusi artikla 61-1. Sen mukaan yksityisellä kansalaisella on konkreettisen asian

12. Décision no. 20231-819 du 31 mai 2021 (*Loi relative à la sortie de la crise sanitaire*).

13. Terveyspassia (Ranskan ”koronapassi”) koskevien perustelujen osalta ks. päätöksen (Décision no 2021-824 DC du 5 août) kohdasta 32 eteenpäin.

14. Décision no 2021-817 DC du 20 mai 2021 (*Loi pour une sécurité globale préservant les libertés*).

15. Säännöksen epäiltiin rajoittavan sananvapautta sitä kautta, että sen nojalla saatettaisiin rangaista esim. henkilöä, joka on kuvannut poliisin toimintaa mielenosoituksen taltuttamisessa. *Conseil constitutionnel* katsoi, että sääntelyn tarkkuus ei täyttänyt rikosoikeudellisen legali-teettiperiaatteen asettamia vaatimuksia. Ks. päätöksen 2021-817 DC kohdat 158–164.

16. Ranskassa säädettiin erityinen terveyshätätilaa koskeva laki 23.2.2020 (loi no 2020-290). Ks. Antonin Gelblat – Laurie Marguets, *État d'urgence sanitaire: la doctrine dans tous ses états*, *La Revue des Droits de l'Homme*, avril 2020 (<https://journals.openedition.org/revdh/9066>). Häätätilaa on jatkettu useaan otteeseen, viimeksi 15.2.2021 annetulla lailla 1.6.2021 asti.

yhteydessä mahdollisuus käynnistää jälkikäteen, konkreettinen normikontrolli hänen katsoessaan lakiin sisältyvän säännöksen loukkaavan hänen perustuslaissa turvattuja oikeuksiaan.¹⁷ Toisin kuin on laita abstraktin normikontrollin kohdalla, ei tässä jälkikontrollimenettelyssä voida yleisesti kyseenalaistaa lain perustuslainmukaisuutta, vaan kysymyksen tulee olla yhdestä tai useammasta lakiin sisältyvästä säännöksestä, jonka menettelyn käynnistänyt henkilö katsoo loukanneen tai loukkaavan hänen perusoikeuksiaan. Lisäksi asiaa ei voi saattaa vireille suoraan perustuslakineuvostossa, vaan henkilön on tehtävä siitä pyyntö hänen asiaansa käsittelevälle tuomioistuimelle.¹⁸ Tämä puolestaan välittää perustuslain tulkintaa koskevan kysymyksen (*question prioritaire de constitutionnalité*) asian laadusta riippuen joko korkeimmalle oikeudelle, eli kassaatio- ja tuomioistuimelle, tai ylimmälle hallintotuomioistuimelle, jotka eräänlaisina suodattimina toimien voivat saattaa asian perustuslakineuvoston ratkaistavaksi.

Vaikka yksityishenkilön pääsy perustuslakineuvostoon on näin ollen mutkan takana, on *question prioritaire de constitutionnalité*- eli QPC-menettelystä tullut tärkeä osa Ranskan perustuslakikontrollia.¹⁹ Tästä on osoituksena muun muassa se, että pelkästään 6.1.2021 *Conseil constitutionnel* järjesti julkisen suullisen käsittelyn kolmessa tällaisessa asiassa.²⁰ Saman kuukauden 15. päivänä neuvosto antoi ratkaisunsa näissä asioissa katsoen muun muassa eräät ”terveyshätätilan”

17. Ranskan vuoden 1958 perustuslaki ei sisällä yhtenäistä perusoikeusluetteloa mutta viittaa johdannossaan vuoden 1789 ihmisoikeuksien julistukseen perinteisten vapausoikeuksien ja vuoden 1946 perustuslain johdantoon sosiaalisten ja taloudellisten oikeuksien osalta. Näin muotoutunutta perusoikeusluetteloa (*bloc de constitutionnalité*) täydentää vuonna 2004 hyväksytty ympäristöperuskirja. Kansainväliset sopimukset, kuten EIS, ovat hierarkkisesti perustuslain alapuolella mutta tavallisen lain yläpuolella. Sen osalta, että vuoden 1789 ihmisoikeuksien julistus on edelleen elävää oikeutta ks. esim. *Décision no 2021-895/901/902/903 QPC du 9 avril 2021*, jossa oli kysymys syyttömysolettamasta ja itsekriminointisuojausta. Perustuslakineuvosto aloittaa kysymyksessä olevien säännösten tarkastelun siteeraamalla mainitun julistuksen 9 artiklaa. Päätöksen kohta 7.
18. Aloitteen voi tehdä missä tahansa tuomioistuimessa lukuun ottamatta ensimmäisen asteen valmiestuomioistuimia, joissa niissäkin käydyin prosessin yhteydessä tapahtuneet väitetyt perustuslainvastaisuudet on mahdollista ottaa esille muutoksenhakumenettelyn yhteydessä. Ks. Jouanjan 2016, s. 249.
19. EU-tuomioistuimen asiassa C-168/13 PPU, Jeremy F., 30.5.2013 antaman tuomion suomenkielisessä versiossa ”*question prioritaire constitutionnalité*” on käännetty ilmauksella ”perustuslainmukaisuutta koskeva ensisijaisesti käsiteltävä kysymys”. Tapauksessa oli kysymys eurooppalaista pidätysmääräystä koskevasta perustuslakineuvoston esittämästä ennakkoratkaisupyynnöstä asiassa, joka oli tullut neuvostossa vireille korkeimman oikeuden (Cour de cassation) esitettyä sovellettavien säännösten perustuslainmukaisuutta koskevan kysymyksen. Kuten oikeuskeinon etusijaan viittaavasta nimestä käy ilmi, on säännöksillä pyritty varmistamaan näiden asioiden mahdollisimman joutuisa käsittely. Perustuslakineuvoston on ratkaistava asia kolmessa kuukaudessa sen vireille tulosta.
20. Asiassa 2020-871 QPC oli kysymys avioerolainsäädännön muutoksesta, asiassa 2020-872 QPC vapaudenriiston laillisuutta ja siihen liittyvää oikeusturvaa koskevasta kysymyksestä ja asiassa 2020-873 QPC rikosprosessilainsäädännön muutoksesta ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteesta siinä yhteydessä.

nojalla annetut rikosprosessiin liittyvät poikkeussäännökset perustuslain vastaisiksi.²¹ Perustuslakineuvoston presidentin Strasbourgissa 25.1.2019 pitämän esitelmän mukaan 80 % neuvoston käsiteltäviksi tulevista asioista pannaan viireille tämän *a posteriori* -menettelyn kautta.²²

Perustuslakineuvoston ratkaisemien asioiden kokonaismäärät ovat verraten pieniä, mutta myös jälkikäteiskontrollin osalta on syytä mainita *Conseil d'État*:n täydentävä rooli. Lähtökohtaisesti *Conseil constitutionnel* ei tutki asetusten tai muiden täytäntöönpanovallan toimenpiteiden lainmukaisuutta, vaan tässä suhteessa hallintotuomioistuinten asema on keskeinen. Esimerkiksi prefektin antaman alueellista maskipakkoa koskevan määräyksen täytäntöönpanon keskeyttämistä voidaan hakea hallintotuomioistuimelta määräyksen perusoikeuksien vastaisuuden perusteella.²³ Tammikuussa 2021 annetussa ratkaisussa *Conseil d'État* keskeytti kiireellisessä menettelyssä pääministerin antaman määräyksen, jolla perheenyhdistämisviisumien antaminen muiden kuin Ranskan ja muiden EU-kansalaisten perheenjäsenille oli joitakin poikkeuksia lukuun ottamatta toistaiseksi lopetettu, täytäntöönpanon keskeytettäväksi. Tuomioistuimen mielestä asetetut rajoitukset eivät vastanneet suhteellisuusperiaatetta, ja niiden laillisuutta

21. Tapauksessa 872 (Décision no 2020-872 QPC du 15 janvier 2021) kysymys oli säännöksistä, jotka oikeuttivat laajasti korvaamaan vastaajan tuomioistuimessa tapahtuvan henkilökohtaisen kuulemisen teleyhteyksien kautta tapahtuvalla kuulemisella. Perustuslainvastaisuus todettiin myös tapauksessa 873, ei sen sijaan tapauksessa 871. Ks. myös Décision no. 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021 (terveyshätätilan nojalla annettujen eräiden normaalia pidemmät pidätysajat sallivien säännösten, joiden voimassaolo oli lakannut, katsottiin loukkanneen perusoikeuksia). Perustuslakineuvoston julistaessa lain tai sen säännöksen perustuslain vastaiseksi tämä kumoutuu pääsääntöisesti heti päätöksen tultua julkaistuksi, ellei neuvosto perustuslain 62 artiklan nojalla siirrä tätä ajankohtaa. Näin tehtiin mm. alaviitteessä 17 mainitulla päätöksellä 9.4.2021 ratkaistussa tapauksessa (QPC-asiat 895 ym.). Siinä yhtäältä julistettiin eräs rikosprosessilain säännös perustuslain vastaiseksi, toisaalta säännöksen mitätöinti siirrettiin tulevaisuuteen voimaan 31.12.2021. Perustuslakineuvosto edellytti lisäksi, että ennen päätöksen edellyttämän lainmuutoksen voimaantuloa rikoksesta epäiltyä tulisi informoida hänen oikeudestaan vaieta. Perustuslakineuvosto voi rajoittaa kumoamaan vain perustuslainvastaiseksi katsotun osan yksittäisestä säännöksestä, joka muuten jää voimaan.
22. "The success of the QPC in France is spectacular. In less than 10 years, thanks to the QPC, we have reached almost as many decisions a posteriori as we did a priori decisions in 60 years." Perustuslakineuvoston presidentin Laurent Fabiusin EIT:n oikeudellisen vuoden avajaisissa 25.1.2019 pitämä puhe, European Court of Human Rights, Annual Report 2019, s. 21–26, 23. Perustuslakineuvoston verkkosivuilta saatavissa olevan tiedon mukaan neuvosto antoi vuonna 2020 yhteensä 81 päätöstä.
23. Hallintoprosessilain (code de justice administrative) artiklan L. 521-2 mukaan väliaikaismääräyksistä vastaava tuomari (*juge de référés*) voi kiireellisessä tapauksessa antaa vakavan ja ilmeisen laittoman loukkauksen uhkan alaisena olevan perustavaa laatua olevan vapauden turvaamiseksi tarvittavia määräyksiä. Vuonna 2020 annettiin 840 kiireellistä päätöstä, mikä oli 6 kertaa enemmän kuin 2019. *Conseil d'État* (kotisivut), "Retour sur l'année 2020 en quelques chiffres clés".

voitiin vakavasti epäillä.²⁴ Sekä *Conseil d'État* että *Cour de cassation* suorittavat verraten itsenäistä perustuslaillisuuden kontrollia myös päättäessään siitä, antaako esitetty QPC-pyyntö aiheuttaa asia perustuslakineuvostoon säännöksen väitetyn perustuslain vastaisuuden vuoksi.²⁵

Conseil constitutionnelin vuonna 1958 tapahtuneella perustamisella ei vielä oltu valmiita ottamaan radikaalia askelta lakien perustuslainmukaisuuden oikeudelliseen valvontaan. Tätä osoittaa muun muassa se, että entiset tasavallan presidentit ovat periaatteessa perustuslakineuvoston muuten yhdeksi yhdeksän vuoden toimikaudeksi valittavaa yhdeksänjäsenistä kokoonpanoa täydentäviä elinikäisiä jäseniä. Toistaiseksi viimeinen tällaiseen asemaan oikeutettu ex-presidentti (*Hollande*) ei kuitenkaan ottanut tehtävää vastaan, ja hänen edeltäjänsäkin (*Sarkozy*) erosi siitä varsin pian. Silti poliittinen tausta ei tänä päivänäkään ole mikään dismeriitti. Niinpä perustuslakineuvoston jäsenistä kaksi, *Fabius* ja *Juppé*, ovat entisiä pääministereitä, joista ensiksi mainittu on lisäksi tuon korkeimman perustuslain noudattamista valvovan elimen presidentti. Vaikka koulutukseen ja ammatilliseen kokemukseen liittyviä nimenomaisia pätevyysvaatimuksia ei ole laissa asetettu, on muilla seitsemällä jäsenellä oikeudellinen tutkinto ja tyypillisesti takanaan ura korkeana virkamiehenä, tuomarina tai asianajajana.²⁶

2.2. Saksa

Saksan liittotasavallan perustuslakituomioistuimen (*Bundesverfassungsgericht*) jäseniltä edellytetään nimenomaisesti muun ohessa pätevyyttä tuomarinvirkaan,²⁷ mutta myöskään Saksassa ei poliittinen tausta sinänsä ole tuomioistui-

24. Conseil d'État statuant au contentieux, nos 447878, 447893, Ordonnance du 21 janvier 2021 (Le juge des référés).

25. Ks. Jouanjan 2016, s. 261–263. Conseil d'État antoi 10.6.2021 ratkaisun no 444849 (ECLI:FR:CE-CHR:2021:444849.20210610), joka koski sisäministerin 16.9.2020 mielenosoitusten varalta antamia toimintaohjeita ("schéma du maintien de l'ordre"). Mm. eräiden toimittaja- ja muiden järjestöjen käynnistämän prosessin päätteeksi annetussa ratkaisussa katsottiin, että esim. mielenosoittajaryhmän eristämistä koskeva varsin väljästi muotoiltu ohje saattaisi johtaa perusoikeuksien loukkaukseen, minkä vuoksi tätä ohjetta koskeva kohta (eräiden muiden ohella) julistettiin mitättömäksi. Ks. päätöksen kohdat 22, 28–29. Conseil d'État katsoi, ettei ollut aihetta suostua esitettyyn pyyntöön saattaa asia perustuslakineuvoston ratkaistavaksi QPC-menetelyssä.

26. Muista tässä esityksessä käsitellyistä perustuslakituomioistuinista poiketen Ranskan perustuslakineuvostossa ei kesän 2021 lopulla ollut yhtään pääprofililtaan professoritaustaista oikeustieteen asiantuntijaa.

27. Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BfGG), BGBL I S. 1473 (Neufassung vom 11. August 1993), § 3. Edellä tarkastellun Ranskan perustuslakineuvoston ja Saksan perustuslakituomioistuimen välisestä vertailusta ks. Olivier Jouanjan, Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht: zwei verschiedene Modelle der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit, s. 137–147 teoksessa Michael Stolleis (Hrsg.), Herzkammern der Republik - die Deutschen und das Bun-

meen nimittämisen esteenä. Silti se, että nykyinen tuomioistuimen presidentti on muiden ansioidensa ohella entinen kansanedustaja, on pikemminkin sattuma kuin mikään instituution perusominaisuuksiin liittyvä seikka. Kokoonpanoa koskevissa vaatimuksissa korostuu ennen muuta erityisesti ylimmistä varsinaiseen tuomioistuinorganisaatioon²⁸ kuuluvista korkeimmista oikeuksista, joita Saksassa on peräti viisi,²⁹ saatu kokemus. Vähintään kolmella tuomioistuimen kahdeksasta tuomarista koostuvan kahden osaston (*Senat*) jäsenellä (eli yhteensä kuudella kuudestatoista) tulee olla ainakin kolmen vuoden ajalta kokemusta toimimisesta tällaisessa ylimmässä tuomioistuimessa. Huomattava osa muista tuomareista on eri oikeudenalojen professoreita. Puolet tuomareista nimittää parlamentin alahuone eli liittopäivät (*Bundestag*), toisen puolen osavaltioiden edustajista koostuva *Bundesrat*. Muun muassa se, että valinta edellyttää 2/3 määränemmistöä, antaa painetta puoluerajat ylittävän konsensuksen hakemiseen ja myötävaikuttaa sitä kautta siihen, että puoluepoliittiset näkökohdat eivät pääse korostumaan pätevyyden kustannuksella.³⁰ Tuomarit valitaan yhdeksi 12 vuoden toimikaudeksi, jota ei voida uusia. Tämä, samoin kun se, että kokoonpano uusiutuu kaiken aikaa,³¹ lienee omiaan myötävaikuttamaan siihen, että perustuslakituomioistuimella säilyy luonteva yhteys muuhun oikeus- ja yhteiskuntaelämään.³²

desverfassungsgericht, C.H. Beck 2011. Saksan perustuslakituomioistuimesta ks. myös Anuscheh Farahat, *Das Bundesverfassungsgericht*, teoksessa *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen* (ed. alaviite 4), s. 81–158 (jälj. Farahat 2016). Perustuslakituomioistuimen roolin laajuudesta voidaan mainita, että tuomioistuin on oikeuskäytännössään muun ohessa määritellyt ne perusvelvollisuudet, joita eri julkisen vallan käyttäjätahoille aiheutuu EIT:n tuomioista. Ks. Christoph Grabenwarter – Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, C.H. Beck 2021 (7. Auflage), s. 126–128.

28. Perustuslakituomioistuin on tästä oikeusministeriön hallinnon alan organisaatiosta erillinen elin ("Verfassungsorgan"). Mm. tästä löytyy tiivistetyksi tietoa jo mainittujen lähteiden lisäksi perustuslakituomioistuimen kotisivuilta (www.bundesverfassungsgericht.de).
29. Liittovaltion korkeimman oikeuden (*Bundesgerichtshof*) ja korkeimman hallinto-oikeuden (*Bundesverwaltungsgericht*) lisäksi näihin ylimpiin "ammattituomioistuihin" (Fachgerichte) kuuluvat korkein vero- ja tulliasioiden tuomioistuin (*Bundesfinanzhof*), korkein työtuomioistuin (*Bundesarbeitsgericht*) ja ylin sosiaalituomioistuin (*Bundessozialgericht*). Perustuslakituomioistuimen vuosikertomuksessa viime vuodelta todetaan viitatus korkeimpien oikeuksien tuomareiden vähimmäismäärän olevan tärkeä, "damit ihre besondere richterliche Erfahrung in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einfließen kann". *Bundesverfassungsgericht, Jahresbericht 2020*, s. 10.
30. Tuomareiden valinta on verraten yksityiskohtaisesti säädelty alaviitteessä 27 mainitussa laissa, ks. § 5–11. Tuomioistuinta koskevat perussäännökset sisältyvät perustuslain (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 23.5.1949, (BGBl I) 93 artiklaan).
31. On arvioitavissa, että seuraavan 2–3 vuoden aikana puolisen tusinaa tuomaria tulee toimikautensa päätökseen ja että kokoonpano uusiutuu vastaavalla tavalla.
32. Kuten edellä mainittiin, myös aiemmin käsitellyn Ranskan perustuslakineuvoston jäsenet voidaan nimittää vain yhdeksi toimikaudeksi, joka on yhdeksän vuotta. Ranskassa vaihtuvuus on turvattu sillä, että kolmannes kokoonpanosta uusiutuu joka kolmas vuosi. Niin ikään Espanjassa on tuomareiden toimikausi yhdeksän vuotta. Se tosin voidaan uusia, mutta ei ensimmäistä

Karlsruhessa sijaitseva *Bundesverfassungsgericht* on vaikutusvaltainen ja arvostettu tuomioistuin³³. Sen määrällisesti ja muutenkin tärkein valvontamuoto on jälkikäteen kontrolli, joka käynnistyy alla hieman tarkemmin käsiteltävän valtiosääntövalituksen (*Verfassungsbeschwerde*) kautta.³⁴ Sitä ennen on kuitenkin syytä korostaa, että abstraktin normikontrollin kautta *Bundesverfassungsgericht* voi tutkia lain perustuslainmukaisuutta, paitsi jälkikäteen sen voimaan tultua, tietyn edellytyksin myös ennen lain voimaantuloa eli tässä mielessä harjoittaa etukäteiskontrollia.³⁵ ”Abstrakti” normikontrolli³⁶ voidaan nimittäin perustuslakituomioistuimen oikeuskäytännön mukaan käynnistää jo ennen lain voimaan tuloa edellyttäen, että laki on julkaistu säädöskokoelmassa. Tuomioistuin voi kiireellisessä menettelyssä määrätä abstraktin normikontrollin käynnistyttyä lain voimaantuloa siirrettäväksi, kunnes se on tutkinut lain perustuslainmukaisuuden.³⁷ Näin on myös käytännössä tapahtunut, kuten seuraava esimerkki osoittaa.

- kautta välittömästi seuraaviksi yhdeksäksi vuodeksi. Kansainvälisen oikeuden emeritusprofessori Martti Koskeniemi kirjoitti HS:n vieraskynäartikkelissa (”Perustuslakivaliokunta sopii demokratian puolustajaksi”) 30.4.2021, että ”[v]altiosääntötuomioistuin ulkoistaa demokratian päivittäisen huolenpidon juridiselle eliitille.” Riskiä siitä, että perustuslakituomioistuin mieltää itsensä etuoikeutetuksi rälssiksi alentanee paitsi toimikausien rajoittaminen ja jäsenkunnan vaihtuvuus myös keskustelukulttuuri, jossa ei kaihdeta myöskään perustuslakituomioistuimeen kohdistettua kritiikkiä. Vrt. jälj. alaviite 108 ja siihen liittyvä teksti. Koskeniemien käynnistämästä keskustelusta ks. myös oikeustieteen tohtorikoulutettava Lasse Vuolan niin ikään HS:ssa julkaistu (7.5.2021) mielipidekirjoitus (”Perustuslakivaliokunta on ongelmallinen instituutio”).
33. Tämä vaikutusvalta on näkynyt mm. EU:n perusoikeusjärjestelmän kehityksessä. Niinpä on sanottu, että EY:n tuomioistuimen ensimmäiset perusoikeuslinjaukset olivat seurausta saksalaisen oikeuskäytännön (käytännössä perustuslakituomioistuimen) kanssa käydystä dialogista. José Narciso Cunha Rodrigues, *The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order*, s. 89–97, 94 teoksessa Miguel Poyares Maduro – Loïc Zoulai (eds), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*. Hart Publishing 2010. Tärkeä merkkipaalu tässä dialogissa oli perustuslakituomioistuimen ratkaisu BverfG 73, 339 (ns. Solange II -tapaus) vuodelta 1986. Ks. myös Torben Ellerbrock – Robert Pracht, *Das Bundesverfassungsgericht als Taktgeber im horizontalen Verfassungsgesichtsvorband – Ausstrahlungswirkungen zum Integrationsverfassungsrecht in Europa*, *Europarecht* 2/2021, s. 188–208.
34. Farahatin mukaan valtiosääntövalituksen kautta myös tavalliseen lakiin sisältyvien säännösten perustuslainmukaisuutta voidaan tutkia helposti käynnistettävässä menettelyssä, minkä vuoksi varsinaiset normikontrollimenettelyt eivät ole ainoa ja välttämättä tehokkain keino lakiin sisältyvien normien perustuslaillisuuden tutkimiseksi. Farahat 2016, s. 127.
35. Tiivistetysti ks. *Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste: Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Bundesgesetz vor Inkrafttreten* (2015). Abstraktia normikontrollia koskevat perussäännökset ovat perustuslain 93 §:n 1 kappaleen 2 kohdassa ja perustuslakituomioistuinlain (BVerfGG) 76 §:ssä.
36. Myös konkreettiseen asian yhteydessä tehdyn valtiosääntövalituksen yhteydessä voi perustuslakituomioistuin poikkeuksellisesti ottaa kantaa lain perustuslainmukaisuuteen jo ennen sen voimaan tuloa. Ks. edellisessä alaviiteessä mainittu lähde, kappale 2.3.
37. ”Bereits verkündete, aber noch nicht in Kraft getretene Gesetze können Gegenstand eines Antrags sein, durch einstweilige Anordnung das Inkrafttreten auszusetzen!”. Alaviiteessä 35 mainittu lähde. Ks. myös esim. BVerfGE, Beschluss vom 22. Mai 2001 - 2 BvQ 48/00, kohta 20.

Perustuslakituomioistuimen 22.5.2001 antamassa päätöksessä (edellinen ala-viite) oli kysymys vanhustenhuoltolaista (*Altenpflegegesetz*) ja siihen liittyvästä marraskuussa 2000 hyväksytystä lainsäädännöstä, jonka oli määrä tulla voimaan 1.8.2001. Baijerin osavaltion hallitus käynnisti 2.3.2001 abstraktin normikontrollimenettelyn vedoten ennen muuta siihen, että asia ei kuulunut liittovaltion lainsäätäjän toimivaltaan, minkä vuoksi laki olisi mitätön. Tapauksessa oli kysymys myös perustuslain 12 §:n mukaisesta ammatin harjoittamisen vapaudesta (*Berufsfreiheit*). Baijeri pyysi väliaikaisena turvaamistoimenpiteenä (*einstweilige Anordnung*) lain voimaantulon lykkäämistä siihen asti, kun tuomioistuin antaisi ratkaisunsa pääasiassa. *Bundesverfassungsgericht* päätyikin punninnassaan siihen, että lainsäädännön sisältämien eräiden keskeisten säännösten valtiosääntöisen ongelmallisuuden takia voimaan tuloa oli väliaikaisesti lykättävä siihen asti kunnes pääasia olisi ratkaistu, kuitenkin enintään kuusi kuukautta.³⁸

Juuri käsitellyssä tapauksessa abstraktin normikontrollin käynnisti osavaltion hallitus, minkä lisäksi liittohallituksella ja neljänneksellä liittopäivien jäsenistä on vastaava vireillepano-oikeus. On ajateltavissa, että esimerkiksi liittopäivien vähemmistö tai osavaltion hallitus saattaisivat ”väärinkäyttää” tuota mahdollisuutta epämieluisan lain voimaantulon lykkäämiseksi. Kynnys väliaikaismääräyksen antamiselle on tämän vuoksi korkea, mistä esimerkkinä seuraava tapaus, jonka osalta tosin tuskin voidaan puhua mistään väärinkäyttöyrityksestä.

Tapauksessa³⁹ oli kysymys rekisteröityä parisuhdetta vastaavasta *Lebenspartnerschaft*-liittoa koskevasta laista, jonka voimaan tuloa säädöskokoelmassa ilmoitettuna päivänä Baijerin ja Saksin osavaltiohallitukset pyysivät lykkäämään. Perustuslakituomioistuin vahvisti yhtäältä, että sillä on toimivalta väliaikaisena turvaamistoimenpiteenä määrätä voimaantuloa siirrettäväksi, mutta katsoi (enemmistö päätöksellä) toisaalta, että väliaikaismääräystä ei tässä tapauksessa tullut antaa, joten laki saattoi tulla voimaan suunnitellulla tavalla. *Bundesverfassungsgericht* toisti väliaikaista turvaamistoimenpidettä koskevan pyynnön johdosta antamassaan ratkaisussa jo vanhustehuoltolakitapauksessa julkituomansa periaatteen, jonka mukaan tuomioistuimeen vetoamisesta ei saa tulla keinoa lakien voimaantulon viivyttämiseksi.⁴⁰

38. Ks. päätöksen kohdat 42–51. Väliaikaista turvaamistoimenpidettä jatkettiin 7.11.2001 tehdyllä päätöksellä. Lopullinen tuomio asiassa annettiin 24.10.2002, Urteil des Zweiten Senats, 2 BvF 1/01. Lainsäädäntö katsottiin muutamien säännösten osalta perustuslain vastaiseksi ja mitätömäksi, mutta pääosin Baijerin hakemus hylättiin.

39. Urteil des ersten Senats vom 18. Juli 2001, 1 BvQ 23/01, 1 BvQ 26/01.

40. Ks. Ratkaisun kohta 15. Asiassa heinäkuussa 2002 annetussa lopullisessa tuomiossa katsottiin Lebenspartnerschaft-lainsäädäntö perustuslain mukaiseksi. Urteil des Ersten Senats vom 17. Juli 2002, 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01.

Abstraktin normikontrollimenettelyn käynnistämiseen oikeutettujen piiri on Saksassa siis rajattu tiettyihin poliittisiin toimijoihin.⁴¹ ”Valtiosääntövalituksen” taas voi tehdä kuka tahansa luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö⁴², joka katsoo, että julkinen valta on loukannut hänen perustuslaissa turvattuja perusoikeuksiaan. Tällainen loukkaus voi tapahtua perusoikeuksien vastaisen lain soveltamisen kautta, jolloin päätös voidaan kumota ja asia palauttaa toimivaltaiselle tuomioistuimelle, mutta menettely voi johtaa myös lain mitättömäksi julistamiseen, tyypillisesti, mikäli sen olemassaolo ilman erillistä soveltamistointa merkitsee henkilön perusoikeuksien loukkausta. Katsoessaan lain perustuslain vastaiseksi Karlsruhe’n tuomioistuin voi antaa siirtymäkauden määräyksiä muutoksen joustavaa läpiviemistä silmällä pitäen.⁴³ Nimestään huolimatta *Verfassungsbeschwerde* ei ole varsinainen ”valitus” vaan eräänlainen ylimääräinen muutoksenhakukeino, jonka puoleen kääntyminen edellyttää käytettävissä oleviin säännönmukaisiin oikeuskeinoihin turvautumista.⁴⁴

Vaikka valtaosa hyvin lukuisista⁴⁵ valtiosääntövalituksista jätetään ottamatta perusteelliseen käsittelyyn, pystyy perustuslakituomioistuin tilanteen niin vaa-

41. Sen sijaan ”konkreettinen” normikontrolli (perustuslain art. 100(1)) käynnistyy esim. rikos- tai hallintotuomioistuimen konkreettisen asian yhteydessä perustuslakituomioistuimelle sovellettavana olevan säädöksen perustuslainmukaisuudesta esittämän kysymyksen (*Richtervorlage*) johdosta. Lain liittovaltion perustuslainvastaisuudesta voi päättää vain Bundesverfassungsgericht.
42. Esimerkkinä ulkomaan kansalaisen tekemästä menestyksekkäästä valtiosääntövalituksesta ks. Beschluss vom 1. Dezember 2020 - 2 BvR 1845/18, 2 BvR 2100/18, jolla estettiin henkilön paltuttaminen eurooppalaisen pidätysmääräyksen nojalla Romaniaan siellä vallitsevien ihmisoikeuksien vastaisten vankiloiloihin vuosiksi. Ns. Vattenfall-tapaus on tunnettu (ulkomaalaisomistuksen) oikeushenkilön vireille panema Verfassungsbeschwerde. Perustuslakituomioistuin antoi siitä tuomion vuonna 2016 (Urteil des Ersten Senats vom 06. Dezember 2016, 1 BvR 2821/11) ja viime syksynä päätöksen (1 BvR 1550/19, Beschluss vom 29. September 2020), jossa todettiin mm., että kaikkiin tuomion edellyttämiin toimenpiteisiin ei ollut ryhdytty. Maaliskuussa 2021 uutisoitiin, että Saksan hallitus maksaa neljälle ydinvoimaloita omistavalle yritykselle (ml. Vattenfall) yhteensä 2,4 miljardin euron korvaukset. HS 6.3.2021, s. B 12 (”Saksa maksaa miljardeja ydinvoimayhtiöille”).
43. Helmikuussa (10.2.) vuonna 2004 annettussa tuomiossa (2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02), jossa kahden osavaltion lait vaarallisten rikoksensuojain eristämistä (”Sicherheitsverwahrung”) katsottiin perustuslain vastaisiksi, määrättiin, että lakeja voitiin soveltaa saman vuoden syyskuun 30. päivään asti sekä edellytettiin lisäksi, että siirtymäkauden aikana on tuomioistuinten viipymättä varmistettava, että eristämistä koskevat päätökset ovat sopuinnassa perustuslakituomioistuimen tuomion perusteluiden kanssa.
44. Valtaosa valtiosääntövalituksista kohdistuu tuomioistuinratkaisuihin. Farahatin vuodelta 2016 olevan kirjoituksen mukaan tällaiset valtiosääntövalitukset (”Urteilsverfassungsbeschwerden”) olivat 93 % kaikista valtiosääntövalituksista. Farahat 2016, s. 120.
45. Perustuslakituomioistuimen kotisivuilla Verfassungsbeschwerde on luonnehdittu ylivoimaisesti yleisimmäksi menettelyksi tuossa tuomioistuimessa. Saman lähteen mukaan ennätysmäärä valtiosääntövalituksia, 6477, tehtiin vuonna 2013. Perussäännökset menettelystä sisältyvät perustuslain 93(2) §:n kohtiin 4a ja 4b sekä perustuslakituomioistuinta koskevan lain (BfVerfGG) 90–95 §:iin. Vuoden 2020 lopussa oli tuomioistuimessa vireillä 3028 valtiosääntövalitusasiaa,

tiessa reagoimaan nopeasti. Tästä ovat osoituksena useat koronaepidemian varhaisvaiheissa tehdyt ratkaisut, joissa korostui tuomioistuimen päättäväisyys valvoa sitä, että perusoikeusrajoituksia koskevat yleiset periaatteet ovat voimassa myös pandemian aikana. Seuraava esimerkki osoittaa myös osaltaan niitä hyötyjä, joita liittovaltion perustuslaissa kaikille turvattujen perusoikeuksien valvonnan keskittäminen *Bundesverfassungsgerichtin* kaltaiselle elimelle federalistisessa järjestelmässä tarjoaa.⁴⁶

Perustuslakituomioistuimen 17.4.2020 antamassa päätöksessä⁴⁷ oli kysymys kokoontumisvapaudesta. Hakija, yksityishenkilö, oli ilmoittanut 10.4.2020 Stuttgartin kaupungille aikovansa järjestää 15.4. ja 18.4 luonteeltaan mielenosoituksen kaltaisen kokouksen, johon osallistuisi enintään 50 henkeä ja jossa protestoitaisiin koronaepidemian aiheuttamia perusoikeusrajoituksia vastaan.⁴⁸

Stuttgartin kaupungin edustaja oli jo ennen kokousilmoituksen tekemistä puhelimitse ilmoittanut, että mielenosoitusta ei saa järjestää, koska se olisi Baden-Württembergin osavaltion asiaa koskevan asetuksen nojalla kielletty, ja että erillistä päätöstä ei annettaisi.

Hakija pyysi 14.4. Stuttgartin hallinto-oikeutta (*Verwaltungsgericht*) väliaikaisena turvaamistoimenpiteenä velvoittamaan Stuttgartin kaupungin sallimaan kokous, mutta hakemus hylättiin samana päivänä. Baden-Württembergin hallintoylioikeuteen (*Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg*) tehty valitus ei myöskään johtanut tulokseen.

Hallintoylioikeuden päätöstä seuraavana päivänä eli 16.4.2020 hakija kääntyi liittovaltion perustuslakituomioistuimen puoleen pyytäen sitä väliaikaisena turvaamistoimenpiteenä sallimaan kokouksen järjestämisen 18.4. *Bundesverfassungsgericht* antoi – viitatut aikatekijät huomioon ottaen – laajasti perustellun ratkaisunsa valtiosääntövalituksen tekemistä seuraavana päivänä eli 17.4. Se katsoi, että väliaikaismääräyksen antamisen edellytykset olivat käsillä sikäli, että pääasiassa esitettävä vaatimus ei ollut ilmeisen perusteeton, ja että sillä oli riittävät menestymisen mahdollisuudet. Karlsruhe tuomarit korostivat perustuslain 8 artiklassa turvattun kokoontumisvapauden merkitystä demokraattiselle valtiojärjestykselle (”für eine freiheitlich demokratische Staatsordnung”, kohta

kun vastaava luku normikontrolliasioissa oli 102. Ks. tuomioistuimen vuosikertomus (Bundesverfassungsgericht Jahresbericht) 2020, s. 47, 51.

46. Saksassa on myös osavaltioilla omat valtiosääntötuomioistuimensa mutta niiden toimivalta on luonnollisesti rajatumpi.

47. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des ersten senats vom 17. April, 2020, 1 BvQ 37/20.

48. Mielenosoituksen mottona oli määrä olla: ”Wir bestehen auf die ersten 20 Artikel der Verfassung. Wir bestehen auf Beendigung des Notstands-Regimes”. Perustuslain 19 ensimmäistä artiklaa sisältävät luettelon perusoikeuksista, kun taas artikla 20 määrittelee perustuslain perusperiaatteet sekä julistaa neljännessä kappaleessaan, että kansalla on viimeisenä keinona oikeus vastarintaan perustuslaillisen järjestyksen ollessa uhattuna (”Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.”).

20) ja sitä, että rajoituksia sovellettaessa oli tiukasti noudatettava suhteellisuusperiaatetta. Näin ei ollut tässä tapauksessa tehty huomioon ottaen muun muassa sen, että kaupungin puolesta ei ollut ryhdytty mihinkään toimiin yhdessä järjestäjän kanssa sen arvioimiseksi, olisiko suunniteltu mielenosoitus mahdollinen 50 henkeä pienemmällä osanottajamäärällä.

Perustuslakituomioistuin velvoitti Stuttgartin kaupungin päättämään 18.4. pidettäväksi suunnitellun kokoontumisen sallittavuudesta tuomioistuimen päätöksessä esitettyjen näkökohtien valossa. Mikäli tällaista ratkaisua ei tehtäisi, hakija olisi oikeutettu järjestämään ilmoittamansa kokouksen. Perustuslakituomioistuimen päätöksen jälkeen Stuttgartin kaupunki peruutti määräämänsä kiellon, ja mielenilmaus järjestettiin 18.4.2020.⁴⁹

Vuotta 2020 koskevan vuosikertomuksensa mukaan *Bundesverfassungsgericht* hylkäsi tuon vuoden aikana lukuisia väliaikaisia turvaamistoimenpiteitä koskevia koskevia pyyntöjä, joissa oli kysymys muun muassa liikkumisvapauden rajoituksista ja maskinkäyttövelvollisuudesta.⁵⁰ Tuomioistuin on myös vahvistanut, että tällaisten rajoitusten perustuslainmukaisuus voidaan jälkikäteen tutkia siinäkin tapauksessa, että rajoitus on jo lakannut olemasta voimassa. Ottaen huomioon, että pandemian aikaisia rajoituksia määrätään tyypillisesti vain rajatuksi ajaksi kerrallaan, voi tällaisilla ratkaisuilla olla tärkeä merkitys lainsäätäjän tai muun rajoitusten määräämiseen toimivaltaisen viranomaisen toiminnan ohjaajana.⁵¹

Pandemiasta huolimatta perustuslakituomioistuin on jatkanut myös ”normaalia” toimintaansa muun muassa antamalla joulukuussa 2020 varsin merkittävän perustuslain 5 artiklassa turvattua lehdistönvapautta koskevan ratkaisun.⁵²

49. Zeit Online, 18. April 2020, 20.06 Uhr (”Verfassungsgericht genehmigt Demonstration gegen Corona-Beschränkungen”). Mainitun lähteen mukaan mielenosoitukseen osallistui suunnitellen 50 ihmistä. Vastaavanlainen Giessenin kaupunkia ja Hessenin osavaltiota koskeva päätös annettiin 15.4.2020 tapauksessa 1 BvR 828/20.

50. Jahresbericht (alaviite 49), s. 59–60.

51. 1 BvR 996/2020, Beschluss 1.5.2020. Kysymyksessä oli Baijerin osavaltion asetus, jolla liikkuminen oman kodin ulkopuolella oli sallittu vain painavista tai pakottavista syistä (”aus triftigen Gründen”), joita asetuksessa lueteltiin esimerkinomaisesti paljolti samalla tavoin kuin Suomen liikkumisvapauden rajoituksia koskeneessa hallituksen esityksessä, joka ei läpäissyt perustuslakivaliokunnan seulaa (PeVL 12/2021 vp – HE 39/2021 vp). Valtiosääntövalitus jätettiin tutkittavaksi ottamatta, mutta ei sen ilmeisen perusteettomuuden tms. vuoksi vaan siksi, että käytettävissä oleviin normaaleihin muutoksenhakukeinoihin ei ollut turvauduttu ottaen huomioon, että valittajat yhtäältä kritisoiivat alla mainittavaa 28.4. tehtyä päätöstä siihen johtaneessa menettelyssä tapahtuneiden kuulemisvirheiden perusteella, toisaalta eivät olleet turvautuneet tällaisten virheiden varalta olevaan Anhörungsrüge-oikeuskeinoon. Tästä on säädetty hallintotuomioistuinasetuksen (Verwaltungsgerichtsordnung eli VwGO) 152a §:ssä. Baijerin ylin hallintotuomioistuin oli katsonut, että perustuslain mukaisesti tulkittuna liikkumisvapauden rajoitusten sääntely oli riittävän tarkkarajaista ja suhteellisuusperiaatteen mukaista niin, että sille tehty väliaikaista turvaamistoimenpidettä koskeva pyyntö voitiin hylätä. Ks. VGH München, Beschluss v. 28.04.2020 - 20 NE 20.849, erityisesti kohdat 47, 34 ja 49.

52. 1 BvR 704/18 (Beschluss vom 09. Dezember 2020). Tapauksessa lehdenkustantajan perustuslain 5 artiklassa turvattu oikeuksia katsottiin loukatun sitä kautta, että se oli yleisten tuomioistuin-

Helmikuussa 2021 tuomioistuin antoi koronakriisiin liittymättömän (tärkeän) ratkaisun, jossa määriteltiin kuulemisperiaatteen ja prosessuaalisen tasa-arvon merkitystä ja sisältöä kiireellisessä turvaamistoimimennettelyssä.⁵³ Siihen, että perustuslakituomioistuimen toiminnan painopiste on vähitellen siirtymässä pandemiasta muihin Saksaan (ja koko ihmiskuntaa) koskeviin asioihin, viittaa symbolisella tavalla maaliskuussa 2021 annettu päätös, jossa pääosin hyvin nuorten henkilöiden tekemä ilmastonmuutokseen liittyvä valtiosääntövalitus hyväksyttiin osittain.⁵⁴ Tuomio johti sen edellyttämän lainmuutostyön käynnistämiseen saman kevään aikana.⁵⁵

2.3. Itävalta

Viime vuonna 100-vuotista olemassoloaan juhlinut Itävallan perustuslakituomioistuin (*Verfassungsgerichtshof*) on perinteisesti nauttinut Saksan vastaavan tuomioistuimen tapaan laajaa arvostusta, johon ei ole vaikuttanut se, että poliittisilla voimilla on myös Itävallassa keskeinen rooli tuomareita valittaessa.⁵⁶ Tuomioistuin koostuu neljästätoista varsinaisesta jäsenestä ja kuudesta varajäsenestä, jotka tulevat tyypillisesti akateemisesta maailmasta, tuomioistuinlaitoksen sekä

ten päätöksillä velvoitettu julkaisemaan kysymyksessä olevassa artikkelissa mainitun henkilön vastineen, vaikka artikkeliin sisältynyt henkilön (ja hänen yrityksensä) toimintaa koskeva näkemys oli perustuslakituomioistuimen mielestä luokiteltavissa mielipiteeksi pikemminkin kuin tosiasiaväitteeksi. Perustuslakituomioistuin korosti, että rajatapauksissa oli tehokkaan perusoikeussuojan varmistamiseksi lähdeittävä siitä, että kysymyksessä on mielipiteen ilmaus (kohta 21).

53. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 06. Februar 2021, 1 BvR 249/21.

54. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 24. März 2021 - I BvR 2656 /18 - 78/20 -96/20 - 288/20. Lainsäätäjälle asetettiin tiettyjä velvoitteita 31.12.2022 mennessä määritellä päästövähennystavotteita vuodesta 2031 alkaen. Periaatteellisesti tärkeänä voidaan pitää sitä, että perustuslakituomioistuimen vahvistamalla tavalla perustuslain 20a artiklaan sisältyvä sukupolvien välistä vastuuta elinympäristöstä koskeva säännös on tuomioistuimessa sovellettavissa olevaa oikeutta ("eine justiziable Rechtsnorm").

55. Vuodelta 2019 oleva ilmastosuojelulaki (Klimaschutzgesetz, BGBl I S. 2513) lähtee siitä, että päästövähennyksiä tulee rajoittaa vuoteen 2030 mennessä 55 prosenttia vuoden 1990 tasosta, ja että tavoitteena on ilmastonneutralisuus vuonna 2050. Perustuslakituomioistuin katsoi, että sääntely uhkasi siirtää suhteettoman suuren osuuden edessä olevista väistämättömistä vähennyksistä nuorempien sukupolvien vapauksia rajoittavalla tavalla vuoden 2030 jälkeiseen aikaan. Toukokuussa 2021 uutisoitiin Saksan hallituksen päättäneen esittää uudistusta, jossa neutraaliustavoite aikaistettaisiin vuoteen 2045 ja määrättäisiin, että tavoitteesta tuli vuonna 2030 olla saavutettuna 65 prosenttia (alkuperäisen 55:n asemesta). Ks. esim HS 13.5.2021, s. A37 ("Saksan hallitus kiristi ilmastotavoitteita"). Ks. myös Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, Pressemitteilung Nr. 098/21, 12.5.2021 ("Novelle des Klimaschutzgesetzes beschreibt verbindlichen Pfad zur Klimaneutralität 2045").

56. Tuomarit nimittää liittopresidentti liittohallituksen ja parlamentin molempien kamareiden esityksestä perustuslain (B-VG, ks. alaviite 60) 147 artiklassa säädetyn tavoin.

liittovaltion ja osavaltioiden korkean virkamieskunnan, samoin kuin asianajajakunnan piiristä. Kelpoisuusehtona on juristin tutkinto ja vähintään kymmenen vuoden ammatillinen kokemus. Toisin kuin on laita esimerkiksi Saksassa, perustuslakituomioistuimen jäsenyys on Itävallassa periaatteessa (ei enää niinkään käytännössä) sivutoimi.⁵⁷

Itävallan perustuslakituomioistuimen tehtävistä ovat tämän kirjoituksen kannalta tärkeimpiä ne, jotka liittyvät säädösten ja niitä soveltavan käytännön perustuslaillisuuden kontrolliin. Lisäksi *Verfassungsgerichtshof* ratkaisee esimerkiksi tuomioistuinten välisiä kompetenssikonflikteja sekä toimii tarvittaessa meidän valtakunnanoikeuttamme vastaavassa roolissa (*Staatsgerichtsbarkeit*).⁵⁸

Abstraktin normikontrollin voivat käynnistää liittohallitus osavaltioiden lainsäädännön osalta⁵⁹ ja vastaavasti osavaltiohallitukset niiden katsoessa liittovaltion lain olevan perustuslain vastainen. Myös laissa määritellyllä määrällä kansanedustuslaitoksen jäseniä on oikeus abstraktin normikontrollimenettelyn käynnistämiseen. Menettely voidaan Saksan tapaan käynnistää jo ennen lain voimaantuloa, edellyttäen, että laki on julkaistu säädöskokoelmassa. Sen sijaan mahdollisuutta väliaikaisena turvaamistoimenpiteenä lykätä lain voimaan tuloa ei Itävallan järjestelmä tunne.⁶⁰

Konkreettista normikontrollia koskevan hakemuksen tekemiseen perustuslakituomioistuimelle on myös mikä tahansa varsinaiseen tuomioistuinlaitokseen kuuluva tuomioistuin oikeutettu sen katsoessa, että siinä vireillä olevassa asiassa sovellettavaksi tuleva säännös on perustuslain vastainen. Perustuslakituomioistuin voi myös omasta aloitteestaan käynnistää konkreettisen normikontrollimenettelyn, jos se epäilee siinä vireillä olevassa asiassa mahdollisesti sovellettavaksi tulevan säädöksen perustuslainmukaisuutta.

57. Tähän liittyy se, että asiat ratkaistaan tiiviiden istuntokausien aikana. Ks. alaviite 74 ja sitä edeltävä teksti. Kuten on laita muiden tässä kirjoituksessa käsiteltävien perustuslakituomioistuinten kohdalla, myös Itävallan Verfassungsgerichtshofin nykyisten jäsenten ammatillisesta taustasta löytyy tietoa tuomioistuimen kotisivuilta. Itävallan perustuslakituomioistuimesta ks. myös Christoph Grabenwarter, *Der österreichische Verfassungsgerichtshof*, teoksessa *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen* (ed. alaviite 4), s. 413–517.

58. Itävallan valtiosääntöoikeuden (ja yleisen hallinto-oikeuden, jolla on paljon valtiosääntöoikeudellisia ulottuvuuksia) yleisesityksenä voidaan viitata teokseen Christoph Grabenwarter – Michael Holoubek, *Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht* (2. Auflage), Facultas. wuv 2014.

59. Toisin kuin Saksassa, Itävallassa ei ole erillisiä osavaltioiden perustuslakituomioistuuksia.

60. Perussäännökset normikontrollimenettelystä sisältyvät keskeisimmän perustuslakisäädöksen, *Bundesverfassungs-Gesetz* (B-VG), jota on muutettu hyvin lukuisia kertoja sitten vuoden 1920, 140 artiklaan, yksityiskohtaisempi sääntely taas perustuslakituomioistuinlakiin, *Verfassungsgerichtshofsgesetz*, (BGBl. Nr. 85/1953), joka sekkin on vuosien varrella kokenut monia muutoksia. ”Varsinaisen” perustuslain (B-VG) lisäksi Itävallan oikeus sisältää muita perustuslain tasoisia säädöksiä ja jopa muuten tavalliseen lakiin sisältyviä yksittäisiä valtiosääntöön kuuluviksi katsottuja säännöksiä, joiden kohdalla lakitekstissä mainitaan: ”Verfassungsbestimmung”. Ks. Grabenwarter – Holoubek 2014, s. 45–46.

Normikontrollimenettely voi johtaa lain tai siihen sisältyvän perustuslain vastaisen säännöksen kumoamiseen tai, mikäli laki tai säännös on jo lakannut olemasta voimassa, jälkikäteiseen toteamukseen sen perustuslainvastaisuudesta. Varsinkin pandemian tapaisen tilanteen aikana tällaisilla jälkikäteisillä päätöksillä on Itävallassakin merkitystä myös sikäli, että ne ohjaavat lainsäätäjää ja viranomaisia tyyppillisesti määräaikaisten rajoitusten jatkamista harkittaessa. Kumotessaan lain perustuslain vastaisena perustuslakituomioistuimien voi antaa lainsäätäjälle tietyn ajan (”Reparaturfrist”), mikäli välitön kumoaminen uhkaisi johtaa vakaviin käytännön vaikeuksiin.

Toisin kuin Suomen perustuslakivaliokunnan harjoittama valvonta perustuslakituomioistuimen edellä mainituin tavoin tapahtuva lainsäädännön perustuslainmukaisuuden kontrolli on siis pääosin jälkikäteistä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että valtiosääntöoikeudellisiin kysymyksiin ei olisi valmisteluprosessissa kiinnitetty huomiota jo ennen parlamenttikäsittelyä. Liittokanslerinvirastossa on erityinen yksikkö, *Verfassungsdienst*, jonka tehtävänä on muun ohessa tarkastaa kaikki ammattiministeriöiltä tulevat säädösehdotukset niiden perustuslainmukaisuuden kannalta.⁶¹ Vaikka *Verfassungsdienstin* mielipidettä ei hallituksen esitystä annettaessa aina seurata, on selvää, että myöskään Itävallan tapaisessa järjestelmässä eivät perustuslailliset näkökohdat tule yllättäen esiin vasta jälkikäteisen normikontrollin käynnistyttyä, vaan niitä on pohdittu jo aikaisemmin.⁶²

Myös yksityishenkilöllä on mahdollisuus käynnistää normikontrollimenettely hänen katsoessaan, että laki ilman erityistä soveltamistointia loukkaa hänen perustuslaissa turvattuja oikeuksiaan (*Individualantrag*).⁶³ Poikkeuksellisesti voidaan menettely käynnistää jo ennen lain tai muun säädöksen voimaantuloa, erityisesti mikäli lain mahdollinen voimaantulo edellyttää sääntelyn kohteelta valmisteltavia toimenpiteitä.⁶⁴ Ollessaan osapuolena yleisessä tuomioistuimessa käydyssä prosessissa yksityishenkilö voi, katsoessaan, että hänen perustuslain mukaisia oikeuksiaan on loukattu perustuslain vastaisen lain soveltamisen

61. ”So werden sämtliche Gesetzes- und Verordnungsentwürfe aus anderen Bundesministerien auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht, einschliesslich der Grundrechte, begutachtet”. (Lainaus liittokanslerinviraston kotisivuilta)

62. Entinen oikeuskansleri Jaakko Jonkka näyttää pohtineen ainakin päällisin puolin Itävallan *Verfassungsdienst*ä muistuttavan yksikön perustamista valtioneuvoston yhteyteen. TV 1:n ohjelmassa Marja Sannikka 7.5.2021 Jonkka lausui joskus ajatelleensa, ”pitäisikö valtioneuvoston yhteyteen perustaa yksikkö, joka antaisi vaativissa lakihankkeissa perustuslakiarvioinnin apua ministeriöille.”

63. Näin oli laita alaviitteessä 76 mainitussa kuolinavun rangaistavuutta koskevassa tapauksessa, jossa menettelyn vireillepanijoina oli kuolinapua haluavia henkilöitä sekä lääkäri, joka työssään kohtasi jatkuvasti tuollaista apua koskevia pyyntöjä voimatta suostua niihin saattamatta itseään rangaistusuhkalle alttiiksi. Ks. Myös B-VG, 140(1) artiklan kohta c.

64. Grabenwarter – Holoubek 2014, s. 281, ja siellä mainittu esimerkkitapaus (kysymys tupakkalaista, joka edellytti yrittäjiltä mm. toimiltoja koskevia uudistuksia).

kautta, kääntyä perustuslakituomioistuimen puoleen (*Parteienantrag*).⁶⁵ Lisäksi yksityishenkilölle on turvattu mahdollisuus päästä perustuslakituomioistuimeen hallintotuomioistuimessa (*Verwaltungsgericht*) käydyin prosessin jälkeen. Tällaisen ensimmäisen asteen hallinto-oikeuden päätökseen voi näet paitsi hakea muutosta ylimmässä hallintotuomioistuimessa (*Verwaltungsgerichtshof*) myös valittaa perustuslakituomioistuimeen sikäli kuin muutoksenhakija katsoo perusoikeuksiaan⁶⁶ loukatun hallintotuomioistuimen päätöksellä⁶⁷ tai hänen oikeuksiinsa tähän verrattavalla tavalla puututun tuollaisella päätöksellä.⁶⁸

Yksityisen luonnollisen tai oikeushenkilön vireille saattama asia voi johtaa lain tai osan siitä kumoamiseen perustuslainvastaisena, tai mikäli laki ei ole enää voimassa, jälkikäteiseen toteamukseen siitä, että se oli perustuslainvastainen. Perustuslakituomioistuin valvoo myös lain nojalla annettujen asetusten lainmukaisuutta. Vuonna 2020 *Verfassungsgerichtshof* ratkaisi yli sata koronapandemiaan liittyvää asiaa ja kumosi 22 tapauksessa kysymyksessä olevan toimenpiteen lain tai perustuslain vastaisena.⁶⁹ Niinpä 14.7.2020 se teki tärkeitä linjauksia, joissa kriisin vuoksi annettu lainsäädäntö⁷⁰ katsottiin pääosin perustuslain mukaiseksi mutta eräät sen nojalla annetut säädökset lainvastaisiksi.⁷¹

65. B-VG, 140(1) artiklan kohta d.

66. Valtiosäännön tasolla turvattuihin perusoikeuksiin kuuluvat paitsi perustuslaissa (B-VG) ja eräissä muissa saman tasoisissa kotoperäisissä säädöksissä (Bundesverfassungsgesetz eli BVG) myös Euroopan ihmisoikeussopimuksessa, jolla on perustuslain tasoinen asema Itävallassa, turvatut oikeudet. EIS:een on perustuslakituomioistuimen vuonna 2012 tekemällä linjauksella rinnastettu myös Euroopan unionin perusoikeuskirja. Perustuslakituomioistuimen päätös 14.3.2012 (VfSlg 19.632).

67. Valituksen voi tehdä jopa molempiin samanaikaisesti, mikä voi johtaa asian siirtämiseen. Esimerkkinä tapauksesta, jossa perustuslakituomioistuin siirsi asian ylimmälle hallintotuomioistuimelle, voidaan mainita ratkaisu *Verfassungsgerichtshof* E 3417/2020-8, päätös 26.11.2020. Vaikka asiassa sivuttiin mm. omaisuuden suojaa, oli se ratkaistavissa tavallisen lain soveltamisella ilman tarvetta perustuslain tulkintaan. Ks. myös Grabenwarter – Holoubek 2014, s. 445.

68. Tästä prosessimuodosta on perussäännös perustuslain (B-VG) 144 artiklassa. Ks. hieman tarkemmin Grabenwarter, emk. s. 448–449; Grabenwarter – Holoubek 2014, s. 286–288. Nämä tapaukset ovat muodostaneet määrällisesti merkittävimmän ryhmän perustuslakituomioistuimen käsittelemistä asioista. Emt. s. 286.

69. Helmikuun 19. päivänä 2021 annetun perustuslakituomioistuimen tiedotteen mukaan oli huhitakuusta 2020 lähtien tuomioistuimessa pantu vireille yhteensä noin 200 pandemiaan liittyvää asiaa, joista noin 130 ratkaistiin viime vuoden aikana.

70. Keskeinen COVID-19 Massnahmengesetz (BGBl. I Nr 12/2020) oli alun perin voimassa 31.12.2020 asti, mutta sen voimassaoloa on jatkettu vuoden 2021 loppuun. Erityisaloja koskevista lainsäädännöstä ks. esim 1. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz (Bundesgesetz für Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in der Justiz), BGBl. I Nr. 16/2020, jolla mm. säädettiin erinäisiin prosessuaalisiin määräaikoihin liittyviä poikkeussäännöksiä.

71. Ratkaisussa *Verfassungsgerichtshof* V 411/2020-17, 14.7.2020 katsottiin sosiaali- ja terveysasioista vastaavan ministeriön jo umpeen kuluneeksi määräajaksi antama asetus lain vastaiseksi sillä perusteella, että asetuksesta ei ilmennyt, miksi siinä asetettu kielto sallia asiakkaiden pääsy liikkeisiin koski vain 400 neliometriä suurempia liiketiloja.

Tuorempana tapauksena voidaan viitata perustuslakituomioistuimen 10.12.2020 antamaan ratkaisuun. Siinä opetus- ja kulttuuriministeriön antama asetus katsottiin jälkikäteen lain vastaiseksi siltä osin kuin se koski maskipakkoa ja koululuokkien jakamista kahtia.⁷² Kuluvan vuoden helmi-maaliskuun vaihteeseen ajoittuneella kolmen viikon istuntokaudella perustuslakituomioistuin ratkaisi yli 450 asiaa.⁷³ Niissä muun muassa katsottiin alueelliseen hallintotuomioistuimen kääntynyttä perustuslakituomioistuimen puoleen, että asetus, jolla kiellettiin rangaistuksen uhalla urheilu- ja vapaa-ajanlaitosten (”Freizeit- und Sportbetriebe”, tässä tapauksessa urheilukalastukseen tarkoitettu kalalampi) käyttö, oli lainvastanen sääntelyn riittämättömän tarkkarajaisuuden perusteella.⁷⁴

Myöskään Itävallan valtiosääntötuomioistuimen toiminta ei viime vuonna rajoittunut pelkästään pandemiaan liittyvien asioiden ratkaisemiseen. Niinpä joulukuussa 2020 tuomioistuin antoi ratkaisun, jossa julkisia ja myös eräitä yksityisiä kouluja koskeva huoltajiin kohdistetulla rangaistusuhalla tehostettu säännös, jolla kiellettiin alle 10-vuotiailta lapsilta uskonnolliseen tai maailmankatsomukselliseen vakaumukseen yhdistettävissä olevan pään peittävän vaate- tuksen käyttäminen, kumottiin perustuslain ja EIS:n vastaisena.⁷⁵ Samana päivänä annettiin tärkeä kuolinapuun liittyvä ratkaisu, joka muun muassa osoittaa, että asiasta riippuen perustuslakituomioistuin voi varsin joustavasti korjata perustuslainvastaisuuden ilman, että asiassa täytyisi välttämättä käynnistää uutta lainsäädäntöprosessia.⁷⁶ Alkuvuodesta 2021 näytti kuitenkin, että koronapan-

72. Verfassungsgerichtshof V 436/2020-15, 10.12.2020.

73. Perustuslakituomioistuimen lehdistötiedote 16.03.2021.

74. Verfassungsgerichtshof V 530/2020-11, 9.3.2021. Laitoksen omistajaa oli rangaistu, koska hän ei ollut huolehtinut siitä, että laitoksen alueelle ei olisi pääsyä.

75. Verfassungsgerichtshof G 4/2020-27, 11. Dezember 2020. Tuomiolauselmaan sisältyy nimenomainen määräys siitä, että kumottua säännöstä ei saa enää soveltaa. Ratkaisussa käydään perusteellisesti läpi mm. EIT:n oikeuskäytäntöä ja selitetään, miksi tuon tuomioistuimen eräiden muita maita koskevien, huivikiellon hyväksyvien ratkaisujen sisältämät oikeusohjeet eivät olleet sovellettavissa tähän Itävallan tapaukseen.

76. Verfassungsgerichtshof G 139/2019-71, 11.12.2020. Rikoslakiin sisältynyt avun antamista itsemurhaan koskenut kriminalisointi kumottiin perusoikeuksia loukkaavana. Ratkaisu merkitsi, että rikoslain 78 §:stä (”Wer einen anderen dazu verleitet, sich selbst zu töten, oder ihm dazu Hilfe leistet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahren zu bestrafen”) kumottiin sanat ”oder ihm dazu Hilfe leistet”. Tuomioistuin totesi nimenomaan, että mainittujen sanojen kumoaminen (käytännössä niiden poistaminen säännöksestä) riitti perustuslain kanssa sopu- soinnussa olevan oikeustilan luomiseksi. Perustelujen (”Erwägungen”) kohta 114. Tilanteessa, jossa perustuslakituomioistuin muuttaa oikeustilaa edellä kuvatulla tavalla (tai kumotessaan koko lain sillä seurauksella, että aikaisempi lainsäädäntö astuu uudestaan voimaan), siitä käytetään joskus nimitystä ”negativer Gesetzgeber”. Ks. Grabenwarter – Holoubek 2014, s. 284. Asian luonteesta riippuen uusi lainsäädäntö voi olla tarpeen, ja myös nyt puheena olevassa kuolinapuun liittyvässä tapauksessa Verfassungsgerichtshof viittasi perusteluissaan (ei päätöksen operatiivisessa osassa) lainmuutosten tarpeellisuuteen mitä tulee palliatiivisen hoidon kehittämiseen, kohta 102. Vaikka vanhat säännökset pysyvät voimassa tämän vuoden lopussa

demia tulisi vahvasti leimaamaan perustuslakituomioistuimen toimintaa myös kuluvana vuonna.⁷⁷

2.4. Espanja

Espanjan Francon ajan jälkeisellä vuoden 1978 perustuslailla⁷⁸ perustetussa valtiosääntötuomioistuimessa (*Tribunal Constitucional*) on kaksitoista jäsentä, joista noin puolet on entisiä korkeimman oikeuden (*Tribunal Supremo*) tuomareita.⁷⁹

Tribunal Constitucional on esimerkki perustuslakituomioistuimesta, jonka harjoittama kontrolli on lähes kokonaan jälkikäteistä. Varsin paljon Saksan abstraktia normikontrollia muistuttavan *recurso de inconstitucionalidad* -oikeuskeinon mukainen menettely⁸⁰ on käynnistettävä kolmen kuukauden kuluessa lain julkaisemista virallisessa lehdessä, eikä recurson tutkittavaksi ottamisella ole pääsääntöisesti⁸¹ säädöksen voimaan tuloa lykkävää vaikutusta. Lakien perustuslain mukaisuutta koskeva kysymys voidaan saattaa perustuslakituomio-

päättävän siirtymäkauden ajan, ei niitä missään tapauksessa voida soveltaa tapauksen vireille panneisiin henkilöihin.

77. Esimerkkinä mainittakoon perustuslakituomioistuimen 10.3.2021 antama ratkaisu V 583/2020-16, V 584/20230-17. Siinä oli kysymys Innsbruckin pormestarin pandemiaa koskevan lainsäädännön (COVID-19 Maßnahmenengesetz) antaman valtuutuksen nojalla määräämästä kiellosta liikkua (ml. autolla-ajokielto) kieltoasetuksessa luetelluilla 22 paikalla tai alueella (parkkipaikoja, puistoja, leikkikenttiä, kävelykatuja ja pyöräteitä). Tirolin osavaltion hallintotuomioistuimen esittämän kysymyksen johdosta *Verfassungsgerichtshof* katsoi, että liikkumisvapauden rajoitukset eivät olleet lain vastaisia.
78. Constitución Española, hyväksytty parlamentin kahdessa kamarissa 31.10.1978, virallinen lehti eli Boletín Oficial del Estado (BOE) nr. 311, 29.12.1978.
79. Kesän 2021 lopulla tuolloin yhdestätoista jäsenestä (yksi paikka oli täyttämättä) kuusi oli taustaltaan korkeimman oikeuden tuomareita, neljä yliopistoprofessoreita (ml. kaksi valtiosääntöoikeuden professoria), minkä lisäksi yksi tuomari oli lähinnä syyttäjätaustainen. Tuomarit nimitetään yhdeksäksi vuodeksi, ja kymmenen osalta nimitysehdotuksen tekeminen kuuluu poliittisille voimille, minkä lisäksi kansallisen tuomarineuvoston (*Consejo General del Poder Judicial*) esityksestä nimitetään kaksi jäsentä. Perustuslakituomioistuimille varsin tyyppilliseen tapaan myös Tribunal Constitucional on varsinaisesta tuomioistuinorganisaatiosta erillinen perustuslaillisuuden valvontaelin, jolla ei muista tuomioistuumista poiketen ole linkkiä mainittuun tuomarineuvostoon. Ks. Pablo Pérez Tremps, El modelo de justicia constitucional y su evolución, s. 11–15 teoksessa Itziar Gómez Fernández (ed), Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional. Thomson Civitas 2006, s. 11–15. Espanjan perustuslakituomioistuimesta ks. myös Juan Luis Requejo Pagés, Das spanische Verfassungsgericht, teoksessa Verfassungsgerichtsbarkeit: in Europa: Institutionen (ed. alaviite 4), s. 639–704 (jälj. Reguejo Pagés 2016).
80. Saksan abstraktin normikontrollin tavoin tämän espanjalaisen menettelyn käynnistämiseen oikeutettuja ovat lähinnä eräät poliittiset instituutiot ja toimijat, minkä lisäksi vireillepano-oikeus on myös oikeusasiamiehellä (*Defensor del Pueblo*).
81. Poikkeuksena on tilanne, jossa pääministeri vetoaa perustuslakituomioistuimeen katsoessaan autonomisen alueen antaman säädöksen perustuslain vastaiseksi ja samalla vaatii säädöksen

istuimen tutkittavaksi konkreettisena normikontrolliasiana myös muiden tuomioistuinten toimesta (*cuestión de inconstitucionalidad*). Esimerkkinä voidaan mainita Aragonian autonomisen alueen ylimmän tuomioistuimen (*Tribunal Superior de Justicia de Aragón*) aloitteesta kesäkuun alussa 2021 perustuslakituomioistuimessa vireille tullut asia, jossa on kysymys aluehallituksen talouden kiireelliseksi elvyttämiseksi antaman säädöksen perustuslainmukaisuudesta.⁸²

Perustuslakituomioistuimen toiminnassa on tärkeä osa keskushallinnon ja autonomioiden toimivaltaa koskevalla rajanvedolla, jonka yhteydessä poliittiset näkökohdat ja vastakkainasettelut saattavat korostua.⁸³ Tunnettu esimerkki koskee Katalonian autonomialakia (*Estatuto de Autonomía*), joka sen tultua hyväksytyksi paitsi Katalonian autonomisen alueen myös Espanjan parlamentissa sekä Katalonian alueellisessa kansanäänestyksessä, olisi mitä ilmeisimmin tullut sellaisenaan voimaan, ellei tuolloin oppositiossa ollut konservatiivipuolue *Partido Popular* eli PP olisi saattanut asiaa perustuslakituomioistuimeen. *Tribunal Constitucional* katsoi äänestyspäätöksellä Katalonian lain eräiltä osin perustuslain vastaiseksi⁸⁴ sekä esitti ehtoja sille, millä tavoin tulkittuna eräät muut lainkohdat olisivat sopusoinnussa perustuslain kanssa.⁸⁵ Paitsi, että perustuslakituomioistuimeen tuodaan poliittisesti kiistanalaisia asioita, on myös itse tuomioistuimen sisällä joissakin asioissa nähtävissä jakolinjoja ”konservatiivisten” ja ”liberaalien” tuomareiden välillä.⁸⁶

Espanjan perustuslakituomioistuimella on ollut tärkeä rooli paitsi alueellisille yksiköille ja muille poliittisille toimijoille kuuluvan toimivallan rajojen määrittäjänä myös perusoikeuksien suojan alalla. Viimeksi mainitussa suhteessa hyvin tärkeä osa Espanjan valtiosääntöistä järjestystä on Saksan valtiosääntövalitusta (*Verfassungsbeschwerde*) muistuttava *amparo*-oikeuskeino (*recurso de amparo*),⁸⁷ jonka kautta voidaan perustuslakituomioistuimessa riitauttaa muun muassa

voimaantulon ja soveltamisen lykkäämistä. Lykkäämistä myönnetään korkeintaan viideksi kuukaudeksi.

82. Tribunal Constitucional asia no. 2767-2021; perustuslakituomioistuimen tiedote (Nota informativa) no. 62/2021, 7.6.2021. Alueellinen tuomioistuin epäilee, että ammattiyhdistysoikeuksia (perustuslain artikla 28) on saatettu loukata ammattiyhdistysten riittämättömän konsultoinnin vuoksi.
83. Perustuslakituomioistuimella on ollut tärkeä merkitys myös alueiden keskinäisten toimivalta-rajojen tarkentajana. Ks. Requejo Pagés 2016, s. 664–665, 692–693.
84. Sentencia 31/2010, 28.6.2010, BOE núm. 172, 16.7.2010. Tällaisessa tilanteessa laki on voimassa siltä osin kuin se on katsottu perustuslain kanssa sopusoinnussa olevaksi, kun taas perustuslain vastaiset säännökset on ikään kuin ”pyyhitty pois”.
85. Vrt. Ranskan *réserve d’interprétation*. Perustuslakituomioistuimen tulkinnasta tulee lain autenttinen tulkinta.
86. Esim. sanomalehti *El País* 16.1.2021 (”El Constitucional se fractura en sentencia sobre libertades”). Artikkelissa esitetään esimerkkejä, jotka liittyvät perusoikeuksiin, kuten paperittomien terveydenhoitoon. Ks. myös Requejo Pagés 2016, s. 650.
87. Tuota yhtäläisyyttä osoittaa mm. se, että Requejo Pagésin em. saksankielisessä artikkelissa (alaviite 79) *recurso de amparo* on käännetty sanalla *Verfassungsbeschwerde*. Saksan (samoin

tuomioistuinratkaisujen ja muiden julkisen vallan toimien yhteensopivuus perustuslaissa suojattujen perusoikeuksien kanssa.⁸⁸ Samoin kuin on laita Saksan valtiosääntövalituksen kohdalla, menestyksellinen turvautuminen amparo-oikeuskeinoon edellyttää ensin turvautumista säännönmukaisiin muutoksenhakumahdollisuuksiin. Viime ajoilta voidaan viitata esimerkiksi ratkaisuihin, joissa on ollut kysymys yhdenvertaisuudesta ja sukupuolten välisestä tasa-arvosta,⁸⁹ rikoksentehtäjän luovuttamista koskevasta menettelystä⁹⁰ ja romaniväestön tapojen mukaisen avioliiton (mutta ei ”virallista” avioliittoa) solmineen jälkeen jääneen puolison/lesken oikeudesta leskeneläkkeeseen.⁹¹ Euroopan ihmisoikeussopimuksella on suuri vaikutus perustuslain perusoikeussäännöksiä tulkittaessa.⁹²

Jos kohta esimerkiksi Katalonian itsehallintosäädöstä koskevan asian käsittely vei vuosia, on myös Espanjan perustuslakituomioistuin osoittanut tilanteen niin vaatiessa pystyvänsä reagoimaan nopeasti. Tästä on esimerkkinä naisten

kuin Italian) perustuslakituomioistuin toimi tärkeänä esikuvana Espanjan vastaavaa instituutiota perustettaessa. Pérez Tremps 2006, s. 14.

88. Requejo Pagés toteaa, että ilman perustuslakituomioistuinta Espanja olisi hyvin toisenlainen kuin se, jonka tunnemme, ja että tämä koske erityisesti kahta alaa: ”die Grundrechte einerseits und die territoriale Struktur und Verteilung politischer Macht andererseits.” Reguejo Pagés 2016, s. 691.
89. Tuomiossa (Sentencia) 79/2020, 2.7.2020 (BOE núm. 207, de 31 de julio de 2020) hyväksyttiin amparo-valitus (núm. 500-2019), koska julkisen työnantajan tapa laskea vuotuiset työtunnit merkitsi naisiin äitiyden perusteella kohdistunutta perustuslain 14 artiklan vastaista välillistä syrjintää. Asperger-oireyhtymästä kärsivän henkilön syrjinnästä työelämässä oli kysymys 15.3.2021 annetussa tuomiossa (recurso de amparo núm. 29509-2018).
90. Sentencia 132/2020, 23.9. 2020 (BOE núm. 289, de 02 de noviembre 2020). Ratkaisussa katsottiin perusoikeuksia, erityisesti puolustuksen oikeuksia loukkaavaksi ilman vastaajan läsnäoloa prosessissa annettu toimivaltainen rikostuomioistuimen päätös, jolla oli hyväksytty Kolumbian viranomaisten esittämä luovutuspyyntö. Tuomiolla, jossa käsitellään laajalti sekä EIT:n että EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöä ja eurooppalaiseen pidätysmääräyksen perustuvan ja muun luovutusmenettelyn välisiä eroja ja yhtäläisyyksiä, julistettiin luovutuspäätös mitättömäksi ja edellytettiin rikostuomioistuimen ottavan asian uudessa käsittelyssä huomioon perusoikeusnäkökohdat (mm. sen, oliko valittaja yksiselitteisesti luopunut vetoamasta perusoikeuksiin).
91. Tuomio (Sentencia) 25.1.2021 (recurso de amparo núm. 1343-2018). Perustuslakituomioistuin otti huomioon EIT:n ratkaisun tapauksessa *Muñoz Diaz v. Espanja*, 8.12.2009, jossa leskeneläkkeen epääminen miehen kuoleman jälkeen saman vähemmistön perinteiden mukaisen avioliiton solmineelta loukkasi EIS:n syrjinnän kieltoa koskevaa 14 artiklaa tarkasteltuna yhdessä omaisuuden suojan kanssa. Perustuslakituomioistuimen mielestä sen ratkaiseman tapaukset tosiasiat erosivat EIT:n tuomiosta erityisesti sikäli, että jälkimmäisessä viranomaiset olivat aikaisemmin monilla tavoin kohdelleet valittajaa ja hänen perhettään lain tunnustaman avioliiton kautta syntyneen perheen tavoin ja näin luoneet valittajalle oikeutetun, tai kohtuullisen, odotuksen (expectativa razonable) mitä tulee kysymyksessä olevaan sosiaalietuuteen.
92. ”The European Convention on Human Rights and its Protocols are the legal texts that have exercised the greatest interpretative influence on the application of the Spanish Constitution.” XVIIIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, Prague, 26-29 May 2020, Espanjan kansallinen raportti teemasta Human Rights and Fundamental Freedoms: The Relationship of International, Supranational and National Catalogues in the 21st Century, s. 3.

päivänä 8.3.2021 Madridissa pidettäväksi suunniteltua mielenosoitusta koskeva tapaus. Mielenosoitus oli kielletty viranomaisten 3.3. tekemällä päätöksellä, jota koskevan valituksen Madridin autonomisen alueen ylin hallintotuomioistuimien hylkäsi 7.3. Perustuslakituomioistuimien otti aamulla 8.3.2021 tehdyn *amparo*-valituksen (núm. 1293-2021) välittömästi käsiteltäväkseen⁹³ ja antoi samana päivänä päätöksen, jolla yhtäältä evättiin vaatimus mielenosoituksen sallimiseksi väliaikaisena turvaamistoimenpiteenä, toisaalta otettiin valitus tutkittavaksi sen jälkikäteiseksi selvittämiseksi, oliko mielenosoituksen kieltäminen viranomaisten toimesta ollut oikein ja myös yleisemmin asiaa koskevan oikeustilan selvittämiseksi.

Amparo-oikeuskeinolla ei voi riitauttaa parlamentin säätämiä lakeja tai niihin rinnastettavissa olevia säädöksiä.⁹⁴ Niinpä tätä kautta ei ole katsottu mahdolliseksi saattaa koronapandemian johdosta annetun poikkeustila-asetuksen perustuslainmukaisuutta *Tribunal Constitucionalin* tutkittavaksi, koska säädös on katsottu lakiin verrattavaksi.⁹⁵ Sen sijaan asian on voinut saattaa vireille perustuslakituomioistuimessa *recurso de inconstitucionalidad* -oikeuskeinon tekeminen jonkin tähän oikeutetun aloitteesta tai muun tuomioistuimen perustuslakituomioistuimelle suuntaama kysymys. Monien tarkkailijoiden yllätykseksi ja hämmennykseksi *Tribunal Constitucional* katsoi heinäkuussa 2021 äänin 6–5 oikeistopuolue VOX:in käynnistämässä menettelyssä ensimmäisen, maaliskuussa 2020 annetun *estado de alarma* -asetuksen (463/2020) osittain perustuslain vastaiseksi katsoen muun muassa, että tuon lievimmän poikkeustilan asemesta olisi

93. Lehtitietojen mukaan perustuslakituomioistuimen presidentti kutsui tuomioistuimen täysistunnon koolle klo 9:ksi samana aamuna. El País 8.3.2021 (”El Constitucional mantiene la prohibición de celebrar manifestaciones por el 8-M en Madrid”).

94. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, artikla 42, jossa todetaan, että *amparo*-valituksen kohteena voivat olla päätökset ja toimenpiteet, joilta puuttuu lain status (”Las decisiones o actos sin valor de Ley”).

95. Asetus on lakiin rinnastuva (erityisesti) huomioon ottaen, että parlamentti (”las Cortes”) on sen hyväksynyt. Pandemian varalta julistettu *estado de alarma* (sananomukaisesti ”hälytystila”) on lievin Espanjan perustuslain 116 artiklan tuntemasta kolmesta poikkeustilasta. Ankarin muoto on sotatila eli *estado de sitio* (sananomukaisesti ”piiritystila”), ja näiden kahden väliin jää *estado de excepción*. *Estado de alarma* voidaan julistaa 15 vuorokaudeksi kerrallaan, ja sitä voidaan pidentää parlamentin alahuoneen suostumuksella. Koko valtakunnan aluetta koskeva *estado de alarma*, jonka aikana mm. liikkumisvapautta autonomisen alueiden välillä oli voimakkaasti rajoitettu, päättyi 9.5.2021, mikä ei kuitenkaan merkinnyt pandemia-rajoitusten päättymistä vaan pikemminkin niitä koskevan vastuun siirtymistä autonomisille alueille. Todettakoon, että niin EIS:n kuin muidenkin kansainvälisten ihmisoikeussopimusten kohdalla Covid-19-pandemian aiheuttamat poikkeusjärjestelyt on hoidettu hyvin eri tavoin, joidenkin maiden (esim. Latvia ja Romania) turvautuessa esim. liikkumisvapauden rajoitusten osalta EIS 15 artiklan mukaiseen hätätilailmoitukseen, kun taas toiset eivät ole pitäneet tätä tarpeellisena. Ks. Laurence R. Helfer, Rethinking Derogations from Human Rights Treaties, *American Journal of International Law* 115(1) 2021, s. 20–40. Mikään tässä kirjoituksessa tarkasteltavista maista ei ole antanut koronaepidemian johdosta EIS 15 artiklassa tarkoitettua ilmoitusta.

tullut julistaa vaikeampaa menettelyä edellyttävä *estado de excepción*.⁹⁶ Perustuslakituomioistuimessa oli loppukesällä 2021 vireillä saman puolueen toimesta käynnistetty menettely *estado de alarma* jatkaen asetuksen (”toinen” *estado de alarma*) julistamiseksi niin ikään perustuslain vastaiseksi. Nähtäväksi jää, käyttääkö *Tribunal Constitucional* sille näin avautunutta tilaisuutta jonkinlaisen korjausliikkeen tekemiseen.

Miten tahansa juuri mainituilta osin käykään, on huomattava, että perustuslakituomioistuimella ei ole monopolia perustuslain tulkintaan ja soveltamiseen, vaikka vain se voi julistaa säännöksen perustuslain vastaiseksi.⁹⁷ Espanjan lain mukaan muillakin tuomioistuimilla on velvollisuus soveltaa lakeja ja asetuksia perustuslain sisältämät säännökset ja periaatteet sekä perustuslakituomioistui-
men niitä koskevat tulkinnat huomioon ottaen. Niinpä korkein oikeus (*Tribunal Supremo*) on yhtäältä toistuvasti vahvistanut, että vaikkei se ole voinutkaan tutkia lakiin verrattavan Covid-poikkeustilaa (*estado de alarma*) koskevan asetuksen perustuslainmukaisuutta, sillä on toimivalta tutkia tuon säädöksen nojalla annettujen alemmanasteisten säädösten ja määräysten laillisuutta.⁹⁸ Niinpä korkein oikeus, tarkemmin sanottuna sen hallintolainkäyttöjaosto, on useammassakin tapauksessa katsonut, että terveysministeriön Covid-pandemian johdosta asetama maskin käyttövelvollisuus ei loukannut perusoikeuksia. Hallintoprosessia sääntelevään lakiin sisältyy määräyksiä erityisestä perusoikeuksien suojaamista koskevasta prosessista,⁹⁹ jonka nojalla korkein oikeus on käytännössä varsin itsenäisesti pystynyt tulkitsemaan perusoikeussäännöksiä, joskin sen on käännyttävä perustuslakituomioistuimen puoleen, mikäli ratkaisu edellyttää lain toteamista perustuslain vastaiseksi.¹⁰⁰ Tätä viimeisteltäessä tilanne perustuslakituomioistuimen heinäkuussa 2021 antaman ratkaisun jälkeen ja VOX:in käynnistämän uuden menettelyn lopputulosta odoteltaessa oli varsin epäselvä.¹⁰¹

96. Recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, Sentencia 14.7.2021.

97. Ks. Pérez Tremps 2006, s. 12–13.

98. Ks. esim. hallintolainkäyttöjaoston 8.3. 2021 asiassa nr. 124/2020 (21.1.2020) (Recurso ordinario) antama ratkaisu (ECLI:TS:2021:2488A), jossa korostuu se, että vaikka korkein oikeus ei voikaan tutkia hälytystila-asetuksen perustuslaillisuutta, ei tämä estä sitä tai muita ”tavallisia” tuomioistui-
mia tutkimasta asetuksen soveltamisen yhteydessä annettujen toimien ja määräysten laillisuutta.

99. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo (BOE-A-1998-16718), artiklat 114–122 (Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona).

100. Requejo Pagésin luonnehdinnan mukaan Tribunal Constitucional tarjoaa perusoikeuksien alalla vain toissijaista oikeussuojaa siinä mielessä, että sen oikeuskäytäntö amparo-menettelyn yhteydessä syntyy tapauksista, jotka on aikaisemmin ratkaistu muun tuomioistuimen toimesta. Requejo Pagés 2016, s. 684. Kirjoittaja viittaa (s. 686–687) myös siihen, että perustuslakituomioistuimen ja korkeimman oikeuden välillä on ollut niiden rooleihin liittyvää tiettyä jännitettä.

101. Tästä kirjoitti esim. *El País* 10.9.2021 (”El Constitucional afronta otra fractura por el segundo estado de alarma”).

3. Eurooppalaiset perustuslain kontrollijärjestelmät: opetuksia Suomelle?

Vastoin Suomessa verraten yleistä ennakkokäsitystä perustuslakituomioistuinten harjoittama valvonta ei välttämättä rajoitu jälkikäteiskontrolliin. Ennen lain voimaantuloa tapahtuva kontrolli oli pitkään Ranskassa ainoa perustuslakineuvoston toimivaltuuksiin kuuluva valvontamuoto, ja Saksassakin perustuslakituomioistuin on katsonut tietyin edellytyksin mahdolliseksi ottaa kantaa lain perustuslainmukaisuuteen jo ennen sen voimaantuloa ja tarvittaessa estää voimaantulo. *Conseil d'État* -tyyppisissä järjestelmissä, joissa ylimpänä hallintotuomioistuimena toimivan elimen tehtäviin kuuluu myös lausuntojen antaminen lakiehdotuksista, suunniteltuun lakihankkeeseen liittyvät perustuslakiongelmät voivat tulla tuomioistuintarkasteluun jo ennen parlamenttikäsittelyä. Näihin maihin lukeutuu Alankomaat, jonka *Raad van Staten* tehtäviin kuuluu muun ohessa sen arvioiminen, onko hallituksen esitys sopusoinnussa perustuslain, ihmisoikeussopimusten ja eurooppaoikeuden kanssa.¹⁰² Tässä yhteydessä voidaan viitata myös Ruotsiin, jonka pääosin korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden (entisistä ja nykyisistä) jäsenistä koostuva Lagrådet tutkii ja antaa lausuntoja hallituksen pyynnöstä muun muassa siitä, miten lakiehdotusta on arvioitava perustuslakien valossa.¹⁰³

Näin ollen lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on monimuotoista. Tämä monimuotoisuus on tunnustettu myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa. Nimenomaan edellä mainittu *Raad van State* oli kysymyksessä tapauksessa *Kleyn ym. v. Alankomaat* (2001), jossa EIT katsoi, että viitatunlainen oikeuselimen kaksoisrooli ei ole sellaisenaan vastoin ihmisoikeussopimuksen 6 artiklaa (oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin). Tuomioistuin korosti, että ihmisoikeussopimus ei edellytä jonkun tietynlaisen valtiosääntödoktriinin seuraamista poliittisten organien ja tuomioistuinten välisen vallanjaon ollessa kysymyksessä.¹⁰⁴ Perustuslakituomioistuimen olemassaolo ei myöskään ole mikään oikeusvaltion perusedellytys.

102. "Is the Bill compatible with higher law: the Constitution, treaties (such as the human rights conventions) and European law?" Raad van State, home page (www.raadvanstate.nl), otsikon Assessment framework alla.

103. Ks. Regeringsformen 8 kap. 22 §, jonka mukaan "Lagrådets granskning ska avse" mm. "hur förslaget förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt." Ks. myös Lag om lagrådet (SFS 2003: 333).

104. "Although the notion of separation of powers between the political organs of government and the judiciary has assumed growing importance in the Court's case-law ... neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction." *Kleyn*, suuren jaoston tuomio 6.5. 2003, kohta 193. Samoin esim. *McGonnell v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 8.2.2002, kohta 51.

Myös suomalainen perustuslakikontrollin malli mahtuu hyvin juuri viitattuun moninaisuuteen. Se, että kansanedustuslaitoksen valiokunta toimii jossain määrin tuomioistuinmaisina muotoja noudattaen keskeisenä perustuslain tulkitsijana, voi ulkopuolelta katsottuna tuntua hyvin oudolta, mutta myös muihin järjestelmiin sisältyy piirteitä, jotka ovat ymmärrettävissä vain järjestelmän omaa historiallista taustaa vasten.¹⁰⁵ Yhdistyneen kuningaskunnan ylin tuomioistuin, nyttemmin nimeltään *Supreme Court* eli korkein oikeus, oli syksyyn 2009 asti muodollisesti parlamentin ylähuoneen oikeudellinen komitea (*Judicial Committee of the House of Lords*). Tämä ei estänyt sitä, että aikaisemmin *House of Lords* -nimellä tunnettu tuomioistuin oli jo ennen sen nimenmuutosta ja siirtymistä pois parlamenttirakennuksesta uusiin toimitiloihin epäilemättä yksi maailman arvostetuimpia tuomioistuimia.¹⁰⁶

Toki sekään, että myös perustuslakituomioistuimen varaan rakentuva järjestelmä mahdollistaisi etukäteiskontrollin, ei sellaisenaan ole riittävä syy tuollaisen tuomioistuimen perustamiselle, ellei nykyisen järjestelmän toiminnassa ole ongelmia, jotka poistuisivat perustuslakituomioistuimen myötä. Se kritiikki, jota ajoittain on esitetty perustuslakivaliokuntaa kohtaan, sen enempää kuin sekään, että valiokunta ei aina ole ollut yksimielinen,¹⁰⁷ eivät ole tuollaisia ongelmia. Ajoittain voimakastakin kritiikkiä kohdistetaan myös arvostetuimpiin perustuslakituomioistuihin,¹⁰⁸ joiden maine ei ole suuremmin kärsinyt myöskään siitä,

105. Ranskalainen kummallisuus, tasavallan entisten presidenttien elinikäinen jäsenyys perustuslakineuvostossa, saattaa tosin olla kokemassa eräänlaisen desuetudon. Ks. Ranskaa koskeva jakso, *in fine*.

106. Vaikka *House of Lordsin* riippumattomuutta ei milloinkaan asetettu kyseenalaiseksi esim. EIT:ssa, myötävaikutti tuon tuomioistuimen myös riippumattomuuden ulkoisia muotoja korostava oikeuskäytäntö muutokseen. Vrt. esim. *Findlay v. Yhdistynyt kuningaskunta*, tuomio 25.2. 1997, kohta 73 ("The Court recalls that in order to establish whether a tribunal can be considered as 'independent', regard must be had, inter alia, to ... the question whether the body presents an appearance of independence ..."). Muutoksesta ks. esim. Jo Eric Khushal Murkens, *Verfassungsgerichtsbarkeit im Vereinigten Königreich*, teoksessa *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen* (ed. alaviite 4), s. 795–851, 808–811.

107. Tunnettu viimeaikainen esimerkki kokonaisuutena poikkeuksellisesta enemmistöpäätöksestä (9–8) on valiokunnan lausunto PeVL 14/2021 vp (HE 260/2020 vp Euroopan unionin omien varojen järjestelmästä annetun neuvoston päätöksen (EU, Euratom) 2020/2053 hyväksymisestä).

108. Niinpä Saksan perustuslakituomioistuimen 5.5.2020 äänestyspäätöksellä (7–1) antama ratkaisu, jossa kyseenalaistettiin EU-tuomioistuimen Euroopan keskuspankin joukkovelkakirjojen osto-ohjelman hyväksyvä tuomio (C-493/17, 11.12.2018, *Weiss* ym.), joutui kritiikin kohteeksi myös Saksassa. Esimerkkinä akateemisesta puheenvuorosta ks. Bernhard W. Wegener, *Karlsruher Urteil – Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020 (2 BvR 859/15) in Sachen Staatsanleiheverkauf der Europäischen Zentralbank*, *Europarecht* 4/2020, s. 347–363, joka aloittaa artikkelinsa toteamalla, että "Die EZB-Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts ist ein unheilvolles Fehlurteil." Kesäkuun alkupuolella 2021 uutisoitiin, että komissio valmisteli rikkomusmenettelyn käynnistämistä Saksaa vastaan toukokuun 2020

että eräissä niistä saatetaan ratkaista tärkeitä asioita enemmistöpäätöksellä.¹⁰⁹ Toisaalta myöskään muodollisilta puitteiltaan perustuslakituomioistuimeksi organisoitu elin ei ole mikään aidon oikeusvaltiollisuuden tae, mikäli se ajautuu riippuvaiseksi täytäntöönpanovallasta tai mikäli maasta jo ennestään puuttuvat oikeusvaltiota tukevat perinteet. Puolasta ja Venäjältä ei luultavasti olisi vaikeata löytää näkemyksiä, joiden mukaan niiden perustuslakituomioistuimet ovat viime vuosina tehneet itseään tunnetuiksi pikemminkin perus- ja ihmisoikeuksien heikentäjinä kuin puolustajina.¹¹⁰

Vaikka erillisen perustuslakituomioistuimen perustamiselle ei näyttäisi olevan kovin painavia perusteita, saattaa olla harkinnan arvoista pohtia jo olemassa olevien tuomioistuinten aseman vahvistamista myös ennakkolisessa perustuslainmukaisuuden valvonnassa. Tasavallan presidentti on pohtinut sitä, tulisiko perustuslakivaliokunnalla olla mahdollisuus hankkia lausunto korkeimmilta oikeuksilta.¹¹¹ Tämäkin mahtuisi epäilemättä niihin puitteisiin, jotka esimerkiksi EIT hyväksyy, ja tuollaisen uudistuksen kautta perustuslakituomioistuinten kokoonpanoissa tyypillisesti näkyvän muun tuomioistuinten merkitys korostuisi myös suomalaisessa ennakkolisessa perustuslakikontrollissa. Ylimpien tuomioistuinten osallistuminen eduskunnassa ennen lain hyväksymistä tapahtuvaan lainsäädäntöprosessiin olisi kuitenkin niin suuri poikkeama suomalaisesta traditiosta, että riittäviä perusteita siihen tuskin on esitettävissä.

ratkaisun johdosta. Esim. Frankfurter Allgemeine 8.6. (”Staatsanleihekäufe – Brüssel greift Karlsruheer EZB-Urteil an”).

109. Vrt. edellinen alaviite. Myös Saksan *Lebenspartnerschaft*-liittoa koskevat ratkaisut (ed. alaviitteet 39, 40) annettiin enemmistöpäätöksillä. Muun muassa tuomari Papier, joka välikaista turvaamistoimenpidettä koskevaa ratkaisua annettaessa oli tuomioistuimen varapresidentti ja lopullisen päätöksen aikaan sen presidentti, jätti kumpaankin ratkaisuun eriyvän mielipiteen. Itävallan ja Ranskan perustuslakituomioistuimissa eriyvät mielipiteet eivät ole käytössä. Samoin on tunnetusti laita EU-tuomioistuimen kohdalla.
110. Puolan perustuslakituomioistuin antoi 20.10.2020 laajoihin protesteihin johtaneen ratkaisun, jonka kautta maan aikaisemminkin tiukkaa aborttilakia ja samalla naisten oikeuksia kaventettiin entisestään. Ks. esim. Alkina Krajewska, *The Judgment of the Polish Constitutional Tribunal on abortion: a dark day for Poland, for Europe, and for Democracy*, U.K. Const. L. Blog (12 Nov. 2020). Vuonna 2015 Venäjän federaation perustuslakituomioistuin antoi ratkaisun (Nr 21-P, 14.7. 2015), jonka mukaan Venäjä voi poikkeuksellisesti olla noudattamatta EIT:n tuomiota, mikäli se ei ole yhteensovitettavissa Venäjän federaation perustuslain kanssa. Ks. Pellonpää 2021, s. 42–44. Tämän voi sanoa olleen eräänlainen ensiaskel viime vuonna toteutetulle uudistukselle, jossa perustuslakiin lisättiin 79 artikla, joka kieltää täytäntöönpanemasta kansainvälisten elinten päätöksiä, jos niiden tulkitaan olevan vastoin maan perustuslakia. Taustalla oli selvästi tyytymättömyys eräisiin EIT:n tuomioihin. Ks. Lauri Mälksoo, *International Law and the 2020 Amendments to the Russian Constitution*, *American Journal of International Law* 115(1) 2021, s. 78–93, 86–91.
111. ”Olisin vakavasti harkitsemassa sellaista mahdollisuutta, että valiokunta voisi niin päättäessään käsittelyn aikana hankkia lausunnon korkeimmilta oikeuksilta” HS 9.12.2020, (”Presidentti Niinistö HS:lle: Toivon ja kannustan, että perustuslakivaliokuntaan palautetaan ’asiallinen ja kunnioittava’ henki”).

Sen sijaan yhtä suurta muutosta ei merkitsisi se, että ylimmille tuomioistuimille annettaisiin tehtäväksi poikkeustapauksissa lausua lain perustuslainmukaisuudesta eduskuntakäsittelyn jälkeen mutta ennen kuin tasavallan presidentti vahvistaa lain. Tämän tapaista lainsäädännön perustuslaillisuuden kontrollia meillä itse asiassa tapahtuu kaiken aikaa yhdellä verraten kapealla valtiosäännön sektorilla, nimittäin Ahvenanmaan itsehallinnon yhteydessä. Ahvenanmaan itsehallintolain 19 §:n 2 momentin mukaan tasavallan presidentti voi, hankittuaan korkeimman oikeuden lausunnon, ”määrätä maakuntalain raukeamaan kokonaan tai osittain, jos hän katsoo maakuntapäivien ylittäneen lainsäädäntövaltansa tai maakuntalain koskevan valtakunnan sisäistä tai ulkoista turvallisuutta.” Kuten *Pauliine Koskelo* on todennut, on korkeimmalla oikeudella juuri Ahvenanmaan asioissa asema, joka sisältää perustuslakituomioistuimille tyypillisiä piirteitä.¹¹²

On ajateltavissa, että ylimmillä tuomioistuimilla tulisi olla mahdollisuus poikkeuksellisissa tilanteissa antaa lausunto myös valtakunnan lakien perustuslainmukaisuudesta, mikäli vakavia epäilyksiä asiasta nousee ennen lain vahvistamista. Jos tämä katsottaisiin tarpeelliseksi, olisi perusteltua, että molemmilla ylimmillä tuomioistuimilla tai niiden yhteiskokoonpanolla olisi asiassa rooli. Oikeusministeriön toimesta onkin selvitelty sitä, olisiko luotava erityinen KKO:n ja KHO:n yhteiskokoonpano muun muassa toimivaltakonfliktien ratkaisemiseksi tilanteissa, joissa molemmat tuomioistuimet soveltavat samoja säännöksiä.¹¹³ Korkeimpien oikeuksien yhteistyötä pohtineen työryhmän toimeksiantoon ei sinänsä kuulunut kysymys yhteiskokoonpanon käyttämisestä osana lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa. Tällainen kokoonpano voisi kuitenkin sopia luontevasti lain säätämisen jälkeen mutta ennen sen vahvistamista poikkeuksellisesti tarvittavaa kontrollia suorittavaksi elimeksi.

Tuollaista ”ylimääräistä” kontrollia voidaan nykytilanteen valossa arvella tarvittavan hyvin harvoin, mutta Euroopassa on esimerkkejä siitä, että jo verra-

112. Pauliine Koskelo, Högsta domstolens roll i behörighetsfrågor mellan riket och Åland, Den åländska hembygdsrätten, Rapport från seminariet Hembygdsrätt, näringsrätt, medborgarrätt – hörnstenar i den åländska självstyrelsen i Helsingfors den 14 juni 2007, Ålands lagting & Ålands fredsinstitut 2007 (red. Sias Spiliopoulou Åkermark), s. 9–17, 16. KKO:n rooli ei rajoitu pelkästään sen valvomiseen, että Ahvenanmaan lainsäätäjät ei ylitä itsehallintolaissa asetettuja rajoja, vaan esim. Itävallan perustuslakituomioistuimen tavoin KKO on myös viimekätinen ratkaisija eräiden kompetenskonfliktien yhteydessä. Ks. KKO 2017:47 (Korkein oikeus katsoi, että valtakunnan viranomaisella oli toimivalta päättää EU:n Suomelle jakaman kalastuskiintiön jaosta maakunnan ja valtakunnan välillä).

113. Korkeimpien oikeuksien yhteistyön kehittäminen – Työryhmän mietintö, Oikeusministeriön julkaisuja, Mietintöjä ja lausuntoja 2020:6. Työryhmämietintö ei ainakaan toistaiseksi ole johtanut jatkotoimenpiteisiin. Kuten mietinnöstä (s. 102–103) käy ilmi, molemmat ylimmät tuomioistuimet ovat Ahvenanmaan itsehallintolain uudistamishankkeiden yhteydessä puoltaneet sitä, että itsehallintolain mukaisen lausunnon tasavallan presidentille antaisivat KKO ja KHO yhteiskokoonpanossa, johon kuuluisi kolme jäsentä KKO:sta ja kaksi KHO:sta. Tämän tyyppinen kokoonpano voisi tulla kysymykseen myös nyt puheena olevassa mahdollisessa uudessa tehtävässä.

ten vahvoilta näyttäviä oikeusvaltion rakenteita voidaan nopeastikin murentaa tuomioistuinlaitoksen itsenäisyyttä heikentävillä uudistuksilla.¹¹⁴ Esimerkiksi ylimpien tuomioistuinten tuomareiden eläkeikää voidaan alentaa, jolloin eroa-maan pakotettujen tilalle voidaan nimittää vallanpitäjiin ja heidän pyrkimyksiinsä suopeammin suhtautuvia henkilöitä. Tällainen uhka on Ruotsissa herättänyt vakavan kysymyksen siitä, olisiko tuomioistuinten asemaa vahvistettava perustuslaissa kaiken varalta siitä huolimatta, että mitään välitöntä vaaraa maan luisumisesta Puolan ja Unkarin tielle tuskin on. Suomessakin on herätty samaan asiaan. Maaliskuussa 2021 pidetyllä hallintotuomioistuinpäivällä KHO:n presidentti *Kari Kuusiniemi* lausui, paitsi Ruotsin esimerkkiin myös Washingtonin Capitol Hillin tapahtumiin 6.1.2021 viitaten seuraavaa:

”Hätkähdyttävät tapahtumat maailmalla pysäyttävät. Mikään ei meilläkään ole itses-tään selvää. Olisiko Suomi valmis kestämään mahdolliset demokratiaa ja oikeusval-tiota kyseenalaistavien toimet? Määräaikaishuollolle olisi tarve, jotta tuomioistuimet kykenevät varmistamaan oikeusvaltion toiminnan ja puolustamaan jokaisen yksilön oikeuksia jatkossakin, olisi selvitettävä tarvetta vahvistaa tuomioistuinten riippumat-tomuuden perustustaillisia takeita. Näin tehdään paraikaa Ruotsissa. Selvityksen teke-misen aika on meilläkin nyt. Myöhemmin voi olla liian myöhäistä.”¹¹⁵

Koska suomalaisessa oikeusvaltiossa perustuslakivaliokunnalla on tuomiois-tuinten ohella keskeinen rooli, voisi olla aihetta pohtia sitäkin, tulisiko myös perustuslakivaliokunnan asemaa pyrkiä turvaamaan tänään hyvin epätoden-näköisten mutta tulevaisuudessa ei täysin pois suljettujen uhkien varalta. Tämä näyttäisi perustellulta, sillä itse asiassa valiokunta on tuomioistuimiin verrattuna haavoittuvammassa asemassa sikäli, että sen perinteisen arvovallan uhkaamiseen ei tarvita sellaisia lainsäädäntötoimia, jotka olisivat välttämättömiä esimerkiksi ylimpien tuomioistuinten aseman horjuttamiseksi. Periaatteessa valiokunnan luonnetta voidaan sisältä päin hivuttaa pois sen tuomioistuinmaisesta roolista kohden poliittista toimijaa, mikäli eduskuntaan ja sitä kautta valiokuntaan jo-nain päivänä tulee tällaista kehitystä puoltava enemmistö. Näin ollen presidentti Kuusiniemen peräänkuuluttaman selvityksen yhteydessä voisi olla perusteltua ottaa esiin myös kysymys siitä, olisiko korkeimmille oikeuksille annettava rooli toimia viimekätisenä hälytyskellona sen takaamiseksi, että perustuslakivalio-kunta ei missään olosuhteissa muutu oikeusvaltion yhdestä tukipilarista sen uhkaksi. Tätäkään tehtävää varten ei ole tarvetta perustaa erillistä perustus-

114. Puolaa ja Unkaria voitiin vielä 1990-luvulla pitää oikeusvaltiokehityksen osalta jonkinlaisina mallimaina postkommunististen valtioiden joukossa. Silti oikeusvaltion perusteiden muren-tamisen tähtäävä kehitys EU:n sisällä lähti liikkeelle niistä.

115. Puhe löytyy KHO:n kotisivuilta (www.kho.fi), Ajankohtaista, Presidentin puheet, XVIII hal-lintotuomioistuinpäivä, 19.3.2021. Ks. myös HS 6.4.2021, s. A 6 (”Tuomioistuinten riippu-mattomuus voi murentua.”). Kuusiniemi puuttui oikeusvaltiokysymyksiin myös KHO:n v:n 2020 vuosikirjassa (”Presidentin katsaus”).

lakituomioistuinta, vaan asia on hoidettavissa jatkuvuuden turvaavalla tavalla olemassa olevien ylimpien tuomioistuinten tehtävänkuvaan kovin radikaalisti muuttamatta.¹¹⁶ Ennen lain voimaantuloa tapahtuvan kontrollin kehittäminen saattaisi olla perusteltua myös muista kuin juuri viitatuista hälytyskellon rooliin liittyvistä syistä, sillä yksilön ja yritysten perustuslaillisten oikeuksien suoja voidaan yleisemminkin pitää aukollisena, mikäli perusoikeuksia loukkaava lain-säädäntö ehtii tulla voimaan ja sitä sovelletaan kenties hyvinkin lukuisia kertoja ennen kuin asiaan puututaan esimerkiksi jälkikäteisellä kontrollilla.

Edellä olevasta katsauksesta on käynyt ilmi, että silloinkin, kun valtiosääntötuomioistuimilla on osuus lain voimaantuloa edeltävässä perustuslakikontrollissa, ei niiden tehtävä rajoitu tähän. Vähintään yhtä tärkeätä on perustuslakituomioistuinten harjoittama jälkikontrolli, jolla puututaan myös lain soveltamisen yhteydessä tapahtuviin perustuslain ja erityisesti perusoikeuksien loukkauksiin. Paitsi, että tällaiset menettelyt mahdollistavat yksittäistapauksessa annettavan oikeussuojan, ne saattavat paljastaa laissa sellaisia yleisiä puutteita, jotka ennakkolisessa normikontrollissa ovat ehkä jääneet katvealueeseen. Vaikuttaa siltä, että pandemian aikana joustavaksi ja varsin tehokkaaksi on osoittautunut menettely, jossa yhdistyvät yhtäältä mahdollisuus kiireellisessä menettelyssä nopeasti puuttua välittömästi uhkaavien perusoikeuksien loukkauksiin, toisaalta mahdollisuus asian perusteelliseen käsittelyyn ja linjausten tekemiseen silloinkin, kun välitön puuttuminen ei ole tarpeen. Joustavuutta tuo myös jälkikontrolliin usein kuuluva mahdollisuus muun muassa erilaisilla siirtymäkaudesta koskevilla määräyksillä pehmentää sitä muutosta, jota voimassa olevan lain tai säännöksen kumoaminen perustuslain vastaisena voi merkitä. Perustuslakituomioistuimet ovat myös osoittaneet pystyvänsä toimimaan joutuisasti tilanteen niin vaatiessa.

Yksi edellä esitetystä vertailevasta katsauksesta tehtävissä oleva johtopäätös on, että etukäteis- ja jälkikontrollia ei tule nähdä poissulkevin vaihtoehtoina, ja vielä vähemmän toistensa vastakohtina, vaan pikemminkin toistensa täydentäjinä sikäli, että ihanteellinen perustuslaillisuuden kontrollijärjestelmä edellyttää molempia.

Jälkikäteiskontrollin osalta Suomessakin voi katsoa olevan parantamisen varaa, mutta parannukset eivät tältäkin osin vaadi erillisen perustuslakituomioistuimen perustamista. Ensinnäkin on osoitettavissa varsin tuoreita esimerkkejä siitä, että tuomioistuimet voivat perus- ja ihmisoikeusystävällisellä lain tulkinnalla päätyä pitkälti vastaavanlaisiin ratkaisuihin kuin ne, joista on ollut kysymys eräissä edellä mainituissa ulkomaisten perustuslakituomioistuinten tapauksissa.

116. Vaikka tässä yhteydessä on ennen aikaista pohtia menettelyn yksityiskohtia, olisi mahdollista lähteä siitä, että korkeimpien oikeuksien varaan rakentuva kokoonpano voisi lausua asiasta vain, jos perustuslakivaliokunta ei ole ollut yksimielinen. Asian vireillepano-oikeus olisi mahdollista harkita laajennettavaksi ulottumaan esim. eduskunnan oikeusasiamieheen ja mahdollisesti – monien perustuslakituomioistuinten tavoin – tiettyyn määrään kansanedustajia.

Ratkaisulla KHO 2020:108 on yhtymäkohtia Saksan perustuslakituomioistuimen Stuttgartissa pidettyä mielenosoitusta koskevan tapauksen (1 BvQ 37/20) kanssa. Aluehallintovirasto oli tehnyt tartuntatautilain 58 §:n 1 momentin nojalla päätöksen, jolla sen toimialueella (Pohjois-Suomi) kiellettiin pääsääntöisesti kaikki sisä- ja ulkotiloissa järjestettävät yleisötilaisuudet ja yleiset kokoukset, joihin osallistuu yli 50 henkeä. Espoosta kotoisin olevan valittajan valitus tosin jätettiin tutkimatta, koska päätöksen ei voinut katsoa vaikuttavan oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain (HOL) 7 §:n 1 momentissa tarkoitetulla tavalla ”välittömästi” valittajan oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun.

Vaikka, toisin kuin oli laita Saksan tapauksessa, KHO:n ratkaisu oli valittajalle kielteinen, päätöksen perustelut viittaavat siihen, että mikäli valittajana olisi ollut aiemmin selostetun Stuttgartissa järjestettyä mielenosoitusta koskevaan tapaukseen verrattavalla tavalla Oulussa järjestettäväksi suunnitellusta kokouksesta kokouslain mukaisen ilmoituksen tehnyt, Pohjois-Suomesta oleva henkilö,¹¹⁷ olisivat ainakin HOL:n mukaiset valituksen tutkimisen edellytykset todennäköisesti täyttyneet. Tähän viittaa myös seuraava tapaus, jossa alueellinen hallinto-oikeus oli jättänyt valituksen tutkimatta muun ohessa sillä perusteella, että päätöstä ei ollut kohdistettu valittajaan, mutta jossa KHO myönsi valitusluvan, tutki asian ja ratkaisi sen valittajien eduksi.

Ratkaisussa KHO 2021:1 oli kysymys kunnan vammaispalvelupäällikön tartuntatautilain 17 §:n nojalla ja sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön koronavirus-tartuntojen ehkäisemiseksi koskeviin ohjeisiin viitaten 29.5.2020 antamasta asumisyksiköitä ajanjaksona 1.–30.6.2020 koskevasta vierailukiellosta, josta vammaispalveluyksikön asukas ja hänen isänsä valittivat. KHO:n mukaan päätöksellä oli tosiasiallisesti rajoitettu muutoksenhakijoiden oikeutta yksityis- ja perhe-elämään, joten kysymys oli sellaisesta PL 21 §:ssä tarkoitettusta oikeuksista ja velvollisuuksista koskevasta päätöksestä, jonka lainmukaisuus tulee voida saattaa tuomioistuimen käsiteltäväksi ja ratkaistavaksi. Hallinto-oikeudesta poiketen KHO katsoi, että kysymyksessä oli valituskelpoinen päätös, jonka ylin hallintotuomioistuin kumosi. Voidaan sanoa, että KHO:n ratkaisu merkitsi sellaista perusoikeuskontrollia, joka on hyvin rinnastettavissa esimerkiksi Itävallan perustuslakituomioistuimen lukuisiin päätöksiin.¹¹⁸

Esimerkit osoittavat, että perus- ja ihmisoikeusmyönteisellä lain tulkinnalla on mahdollista ilman perustuslakituomioistuinta päätyä ratkaisuihin, joka ovat asiallisesti ottaen varsin vertailukelpoisia sellaisen jälkikäteen, konkreettisen normikontrollin kanssa, jota eurooppalaiset perustuslakituomioistuimet harjoittavat. Toki tämä edellyttää tuomioistuimilta jatkuvaa valmiutta soveltaa olemassa olevaa normistoa tarvittaessa tietyllä ”luovuudella”. Niinpä viivytyksettömän

117. Pohjois-Suomen hallinto-oikeus, joka myös jätti valituksen tutkimatta, viittasi omassa päätöksessään nimenomaisesti mm. siihen, että valittaja asui Espoossa.

118. Ks. myös Finlexissä julkaistu Itä-Suomen HAO 16.10.2020 20/1059/12.

menettelyn turvaamiseksi hallintotuomioistuimet saattavat joutua HOL 123 §:n (”Hallintotuomioistuimen määräys päätöksen täytäntöönpanosta ja muu väliaikainen määräys”) soveltamisalaa ja tulkintaa pohtiessaan harkitsemaan perinteisiin täytäntöönpanokieltoihin verrattuna uudenlaisten määräysten antamista. Tässä suhteessa eurooppalaisten perustuslakituomioistuinten ratkaisut saattaisivat tarjota, jollei suoranaista mallia, niin ainakin eräänlaista ”food for thought”.¹¹⁹

Perusoikeusmyönteisellä laintulkinnalla on kuitenkin rajansa sikäli, että saattaa syntyä tilanteita, joissa lähtökohtaisesti sovellettava lain säännös on niin selkeästi ristiriidassa perustuslain kanssa, että yritys ratkaista ongelma perusoikeusystävällisellä tulkinnalla voisi merkitä lain sanamuotojen kenties mielivaltaiselta vaikuttavaa venyttämistä. Tuolloin ristiriidan ratkaiseminen edellyttää etusijan antamista perustuslaille, mikä Suomessakin on mahdollista mutta vain perustuslain 106 §:ssä edellytetyin reunaehdoin:

”Jos tuomioistuimessa käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi *ilmeisessä ristiriidassa* (kursivointi MP) perustuslain kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle.”

Tämä ”ilmeiseen ristiriitaan” viittaava raja on syntyaikanaan ollut ymmärrettävä keino vaimentamaan sitä periaatteessa suurta muutosta, joka tapahtui annettaessa tuomioistuimille niiltä ennen puuttunut mahdollisuus tutkia lakien perustuslainmukaisuutta. Tänä päivänä rajauksen tarpeellisuus voidaan asettaa kysymyksen alaiseksi, ja se on aiheuttanut epäilyksiä säännöksen tarkoittaman oikeussuojan tehokkuudesta aina Euroopan ihmisoikeustuomioistuinta myöten.¹²⁰ Suotavaa olisikin, että tämä ristiriidan ”ilmeisyyteen” viittaava vaatimus

119. Vrt. Saksan perustuslakituomioistuimen Stuttgartin mielenosoitusta koskeneessa tapauksessa viranomaisille antama määräys lyhyessä määräajassa perustella mielenosoituksen kieltäminen perusoikeudet huomioon ottavalla tavalla ja uhalla, että mielenosoitus saadaan järjestää. Viime vuoden alussa voimaan tulleen HOL:n puutteena on pidetty sitä, että väliaikaista oikeusturvaa ei ole saatavissa ennen pääasian vireilletuloa. Ks. Sami Myöhänen, Väliaikaista oikeusturvaa koskevan sääntelyn irtaantuminen siviiliprosessuaalisista turvaamistoimista ja tarve ennakkoliselle oikeusturvalle hallintolainkäyttöasioissa. *Lakimies* 3–4/2021, s. 497–527, 498–499, 526. Esim. saksalaisissa hallintotuomioistuimissa on *Einstweilige Anordnung* jo ennen pääasian vireilletuloa mahdollinen. *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) § 123.

120. EIT antoi ns. raippaveroa (korkeiden eläketulojen lisävero) koskevassa asiassa tammikuussa 2018 tehdyn valituksen (5854/18, *Tulokas*) Suomen hallitukselle tiedoksi vastinetta varten esittäen mm. seuraavan kysymyksen: ”Has the applicant had at his disposal an effective remedy within the meaning of Article 13? In particular, as regards Article 106 of the Constitution of Finland, what is the relationship between constitutional rights and rights guaranteed under the Convention in regard to arguable claims of a violation arising from an Act of Parliament; what is the legal position in regard to arguable claims under the Convention in such situations, inter alia, in terms of a threshold such as that laid down in Article 106 of the Constitution, referring to a manifest conflict; and what redress is available.” Sama kysymys esitettiin saman

poistettaisiin perustuslain 106 §:stä. Uudistus ei aiheuttaisi käytännössä kovin suurta muutosta, sillä on epätodennäköistä, että ainakaan ylimmät tuomioistuimet katsoessaan normaaleja tulkintamenetelmiä soveltaen lain olevan ristiriidassa perustuslain kanssa, tulkisivat erikseen, ylittääkö ristiriita jonkin korotetun ”ilmeisyyskynnyksen”.¹²¹ Sikäli kuin tällaista korkeamman kynnyksen täyttymistä joissakin rajatapauksissa joudutaan pohtimaan, selkeyttäisi ilmeisyysvaatimuksen poistaminen tilannetta mielestäni ilman vaaraa siitä, että tuomioistuimet muutoksen johdosta ryhtyisivät perustuslakivaliokunnan keskeistä roolia suomalaisessa perustuslainmukaisuuden kontrollijärjestelmässä horjuttavaan ”valankaappaukseen”.¹²² Periaatteelliselta kannalta muutos olisi sikäli tärkeä, että se poistaisi tuossa järjestelmässä olevan – ulospäin vähintään kauneusvirheeltä näyttävän – aukon, joka syntyy sitä kautta, että kaikkia lakiehdotuksia ei välttämättä käsitellä valiokunnassa ja että tätä puutetta täydentävä tuomioistuincontrolli koskee vain ”ilmeisiä” ristiriitoja.

Ilmeisyysvaatimuksen poistamista periaatteellisesti suurempi muutos olisi antaa tuomioistuimille perustuslain vastaisen säännöksen soveltamatta jättämisen asemesta tai lisäksi toimivalta kumota tai mitätöidä säännös tai osa siitä. Erityisesti tuomioistuimille annettava mahdollisuus toimia muun muassa Itävallan perustuslakituomioistuimen tavoin ”negatiivisena lainsäätäjänä”¹²³ herättäisi

vuoden heinäkuussa Suomen hallitukselle kommunikoidussa vastaavanlaisessa tapauksessa (5855/18, *Taipale*).

121. Erityisesti tilanteissa, joissa perustuslainvastaisuus seuraa siitä, että perustuslain säännöstä tulkitaan kansainvälisen vastuun välttämiseksi EIS:n ja EIT:n oikeuskäytännön mukaisesti, on vaikea ajatella, etä tuomioistuin katsoessaan alemmantasoisien normien olevan EIS:n ja sitä kautta perustuslain kanssa ristiriidassa, tosiasiaa edellyttäisi ristiriidalta jonkin korkeamman ilmeisyyskynnyksen täyttymistä. Tapauksessa KHO 2018:85 taksiluvan epäämisen katsottiin olevan ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Ratkaisu ei sinänsä perustunut EIS:een, mutta ilmeisyyskriteeriä käsitellessään KHO toteaa mm., että ”[n]iissä harvalukuisissa tilanteissa, joissa perustuslain 106 §:ää on oikeuskäytännössä sovellettu, tällaisen ristiriidan olemassaolo on voitu usein todeta joko suoraan yksittäisen perusoikeussäännöksen sanamuodon tai ihmis- ja perusoikeuksia koskevan soveltamiskäytännön, erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen, perusteella.” Ks. myös Pellonpää 2021, s. 69–70.
122. Kaarlo Tuori suhtautuu teoksessa *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen* (ed. alaviite 4), s. 159–206 julkaistussa kirjoituksessaan (*Verfassungsgerichtsbarkeit in Finland*) kielteisesti ilmeisyysvaatimuksen poistamiseen. Ks. s. 203–204. Poistamista sen sijaan puoletaan Ihmisoikeuskeskuksen tuoreessa selvityksessä ”Perustuslain 106 §:n etusijäsäännös ja ilmeisen ristiriidan vaatimus – onko aika kypsä muutokselle?”, Ihmisoikeuskeskuksen julkaisu 5/2021. Outi Suviranta puolestaan kertoo kuuluneensa aivan viime aikoihin asti vahvasti ilmeisyysvaatimuksen kannattajiin mutta lisää, että vaatimuksen ”tarkasteleminen oikeusvaltion suojarakenteiden näkökulmasta on nyt kuitenkin jossakin määrin horjuttanut uskoani ilmeisyysvaatimuksen ’siunauksellisuuteen’”. Suviranta, *Perustuslain tuomioistuinvalvonta Suomessa – vertailevia näkökohtia*. Lakimies 3–4/2021, s. 357–64, 361.

123. Ks. alaviite 76.

vallanjakoperiaatteeseen liittyviä hyvin fundamentaalisia kysymyksiä,¹²⁴ joiden esiin nostamiselle ei näyttäisi olevan tarvetta. Sitä, että ylimmätkään suomalaiset tuomioistuimet eivät voi kumota perustuslain vastaisiksikaan katsomiaan lakeja tai säännöksiä, korvaa jossain määrin se, että mikään ei estä tuomioistuinta kiinnittämästä huomiota lainmuutosten tarpeeseen.¹²⁵

Tämän kirjoituksen alussa viitatus, vuonna 2007 julkaistun artikkelinsa johtopäätöksissä *Liisa Nieminen* toteaa, että ennakkollisen ja jälkikäteisen kontrollin yhdistävä perustuslakituomioistuin olisi mahdollinen Suomessakin, ja jatkaa:

”Ehkä se ei olisikaan kovin huono vaihtoehto. Tuollainen tuomioistuin voisi osoitautua käytännössä hyvinkin toimivaksi, mutta näen sen perustamisen nykyoloissa yliorganisoinniksi.”¹²⁶

Vuoden 2007 jälkeen tapahtunut kehitys ei anna aihetta toisenlaisiin johtopäätöksiin. Perustuslakituomioistuin olisi mahdollinen Suomessakin, ja sellaisen perustaminen voisi tuoda tiettyjä etuja esimerkiksi sitä kautta, että tällaisen toimijan olisi luontevaa toimia osana eurooppalaista *Verfassungsgerichtsverbundia* ja hyötyä vuorovaikutuksesta sen muiden jäsenten kanssa.¹²⁷ Tämä ei kuitenkaan ole riittävä argumentti, etenkin kun eurooppalaisen keskustelun ovet eivät nytkään ole suljetut.¹²⁸ Vaikka tiettyihin korjauksiin voidaan nähdä olevan tarvetta, pystyy nykyinen sekajärjestelmä tarjoamaan sellaisen ennakkokontrollin ja jäl-

124. Tämantapaisten kysymysten edessä oltiin Britanniassa, jossa tuli vuonna 2000 voimaan EIS:n osaksi valtiosisäistä oikeutta inkorporoiva *Human Rights Act* -niminen laki. Sen myötä tuomioistuimille tuli mahdolliseksi lausua, että tietty laki on ristiriidassa ihmisoikeussopimuksen kanssa eli antaa *declaration of incompatibility*. Tämä ei kuitenkaan automaattisesti johda lain tai sen säännöksen kumoutumiseen, vaan parlamentin suvereenisuutta korostavassa järjestelmässä jatkojohtopäätösten tekeminen kuuluu kansanedustuslaitokselle. Ks. esim. Christian Djeflal, *Dynamic and Evolutive Interpretation of the ECHR by Domestic Courts? – An Inquiry into the Judicial Architecture in Europe*, s. 175–197, 184–185 teoksessa Helmut Philipp Aust – Georg Nolte (eds), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts – Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford University Press 2016.

125. Korkein oikeus totesi tapauksessa KKO 2015:14, jossa eräs OK:n säännös oli ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, katsovansa, ”että asiointilan korjaamiseksi olisi ryhdyttävä kiireellisiin lainsäädäntötoimiin.” Kohta 48.

126. Nieminen 2007, s. 24.

127. Ks. Von Bogdandy – Grabenwarter – Huber, *Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum, samojen tekijöiden toimittamassa teoksessa Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen* (edellä alaviite 5), s. 1–23, 7–13. Ks. myös Ellerbrok – Pracht 2021 (”Das Bundesverfassungsgericht als Taktgeber im horizontalen Verfassungsgerichtverbund”). Käsitteen ”der europäische Verfassungsgerichtsverbund” toi eurooppalaiseen valtiosääntökeskusteluun entinen Saksan perustuslakituomioistuimen presidentti Andreas Voßkuhle. Ks. Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1/2010, s. 1–8.

128. Vrt. alaviite 122. Ks. myös Ellerbrok – Pracht 2021, jossa (s. 206) viitataan kahteen perustuslakivaliokunnan lausuntoon (PeVL 12/2018 vp ja PeVL 12/2020 vp).

kikäteisen kontrollin yhdistelmän, joka on hyvinkin vertailukelpoinen monien perustuslakituomioistuinten mahdollistaman kontrollin kanssa. Ne parannukset, joita tarvitaan, eivät vaadi tuollaisen tuomioistuimen perustamista. Kun näin on laita, on tässä vaiheessa perustellumpaa kehittää järjestelmää jatkuvuuden turvaavalla tavalla ja sen perusluonnetta muuttamatta pikemminkin kuin uusi instituutio luomalla.

Control of constitutionality of legislation in Finland and four other European countries

MATTI PELLONPÄÄ, LL.D.

The system of constitutional review of legislation in Finland has some unique features. Finland has no Constitutional Court, and the existing courts of law (including the Supreme Court and the Supreme Administrative Court) have only a limited power of judicial review. The main review is exercised by a parliamentary Committee, the Constitutional Law Committee, which scrutinises the constitutional compatibility of Government Bills pending before the Parliament before they are adopted as laws. The rulings of the Committee have great authoritative force as interpretations of the Constitution.

Courts of law do have power to assess constitutionality *ex post*, but only in the sense that they may conclude that there is an "evident conflict" between a statute and the Constitution. If a court concludes that there is an evident conflict, the statute should be left without effect and the Constitution accorded priority.

The article contributes to this discussion by examining constitutional review in four European countries (France, Germany, Austria, and Spain) which actually share many fundamental values (as distinct from merely paying lip service to such values) with Finland, but which, unlike this country, have relatively well-established Constitutional Courts. The author looks at possible lessons to be learned from those countries and their systems for the purpose of reinforcing the Finnish system when contemplating its reform needs.

While a Constitutional Court could give certain advantages, these are such that would make the establishment of such a court necessary. The author argues that more modest changes, whereby the roles played by the Supreme Court and the Supreme Administrative Court could be enhanced, especially by the creation of a joint session consisting of Justices from both supreme courts, would suffice. Overall, while a Constitutional Court could turn out to be a workable solution for Finland as well, there are no acute problems which would require that also Finland adopt one. This being the case, any reform of the system should be based on continuity and existing structures, as well as on the interconnection between them, rather than on the creation of new structures.

On obvious reform need concerns the requirement of "evident" conflict between a statute and the Constitution, as referred to in section 106 of the Constitution. There is a growing tendency that this requirement should be abolished. Such a change would necessitate a slight amendment of the relevant section 106, (deletion of the word "evident" but no establishment of a Constitutional Court or some other new structure).

Vammaisten oikeuksien yleissopimus ja sosiaalinen osallisuus – oikeus työhön

HAKUSANAT: UNCRPD, työsopimus, yhdenvertaisuus, kohtuulliset mukautukset, esteettömyys, saavutettavuus

1. Aluksi

Sopimuspuolet tunnustavat vammaisten henkilöiden oikeuden tehdä työtä yhdenvertaisesti muiden kanssa; tähän sisältyvät oikeus mahdollisuuteen ansaita elantonsa vapaasti valitsemallaan tai työmarkkinoilla hyväksytyllä työllä sekä työympäristö, joka on avoin, osallistava ja vammaisten henkilöiden saavutettavissa. Sopimuspuolet turvaavat työnteko-oikeuden toteutumisen ja edistävät sitä, myös niiden osalta, jotka vammautuvat palvelussuhteen aikana, toteuttamalla myös lainsäädännön avulla asianmukaisia toimia – . (Vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimus, 27 artiklan 1 kohta)

Vammaisten henkilöiden oikeuksia koskeva yleissopimuksen 27 artiklan 1 kohta korostaa vammaisen ihmisen oikeutta osallistua yhteiskuntaan tekemällä työtä ja ansaitsemalla toimeentulonsa itse.¹ Yleissopimus on voimassa 182 valtiossa ja Euroopan unionissa unionin oikeuden alalla.² Yleissopimuksen tulkintaperiaat-

* Katja Karjalainen, OTT, tutkijatohtori, Itä-Suomen yliopisto; Marjo Ylhäinen, OTT, apulaisprofessori, Itä-Suomen yliopisto. Kirjoituksesta vastaavat yhteisesti ja tasapuolisesti Karjalainen ja Ylhäinen. Kirjoitus on osa työikäisenä muistisairauksiin sairastuvia koskevaa monitieteellistä tutkimushanketta “Mild-cognitive Impairments at Work 2018–2022. Tutkimuskonsortioita rahoittaa Suomen akatemia osana JPI More Years Better Lives. Hankkeen muut suomalaisjäsenet ovat Anna Mäki-Petäjä-Leinonen (Suomen osakonsortion johtaja), Mervi Issakainen, Sirkka-Liisa Heimonen ja Maija Moisio. Konsortion johtajana toimii Louise Nygård Karoliinisesta instituutista. Muita osakonsortioita johtavat Arlene Astell Toronton yliopistosta, Jennifer Boger Waterloon yliopistosta ja Ann-Charlotte Nedlund Linköpingin yliopistosta. Kiitämme kaikkia hankkeen jäseniä.

1. Ks. Amartya Sen, Work and Rights. International Labour Review 139 (2) 2000. Yhdistyneiden kansakuntien taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva yleissopimus (TSS-sopimus) 1976, 6.1 artikla. Taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien komitea (UN Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, CESCR) yleiskommentti nro 18 (2006) 6 artiklasta, kohta 1.1 (E/C.12/GC/18, hyväksytty 6.2.2006); oikeus työhön on ihmisarvon erottamaton osa ja kuuluu kaikille.
2. Ks. Status of Ratification Interactive Dashboard, <https://indicators.ohchr.org>, tilanne 2.9.2021. Neuvoston päätös tehty 26 päivänä marraskuuta 2009, vammaisten henkilöiden oikeuksia koskevan Yhdistyneiden Kansakuntien yleissopimuksen tekemisestä Euroopan yhteisön puolesta

teet ohjaavat sitä, miten kansallisia ja eurooppalaisia yhdenvertaisuusoikeuksia sekä työelämää koskevaa lainsäädäntöä on tulkittava.³ Erityisen tärkeitä tässä suhteessa ovat yhdenvertaisuuslaki (1342/2014), työturvallisuuslaki (738/2002), työsopimuslaki (2001/55) ja työ syrjintädirektiivi.⁴

Yleissopimuksessa kielletään kaikkinaisen syrjintä (2 artikla). Lähtökohtana on tasa-arvo ja yhdenvertaisuus (5 artikla) ja sopimuksen ytimessä on sosiaalisen osallisuuden tavoite. Sosiaalinen osallisuus tarkoittaa, että ihmisillä on mahdollisuus, oikeus ja velvollisuus aktiivisesti osallistua yhteiskuntaan sen täysivaltaisina jäseninä.⁵ Sosiaalinen osallisuus voi toteutua vain silloin, kun yhteiskunta on saavutettava (9 artikla). Saavutettavan yhteiskunnan toteuttaminen edellyttää kaikkinaisen syrjinnän estämisen lisäksi sosiaalisen osallisuuden esteiden poistamista ja rakenteiden joustavaa mukautumista erilaisiin yksilöllisiin ominaisuuksiin. Tällöin ihmiset pystyvät erilaisuudestaan riippumatta osallistumaan yhteiskuntaan tosiasiallisesti yhdenvertaisina.⁶

Yleissopimuksessa tunnustetaan erilaisia työelämään osallistumisen esteitä, joiden poistamiseksi sopimusvaltioiden on muun muassa kiellettävä syrjintä työssä/työsuhteessa (27 artiklan 1 kohdan a alakohta). Lisäksi valtioille on asetettu suojeluelvoite suhteessa työsuhteen ehtoihin ja työoloihin (27 artiklan 1 kohdan b alakohta) ja valtioiden edellytetään varmistavan, että vammaisia ihmisiä varten tehdään työpaikalla kohtuulliset mukautukset (27 artiklan 1 kohdan i alakohta, 5 artiklan 3 kohta). Näiden sosiaalisen osallisuuden esteiden poistaminen on ensisijaisesti julkisen vallan velvollisuus. Työtä tehdään kuitenkin useimmiten työsopimussuhteessa. Sosiaalinen osallisuus edellyttää siten toimia yksityisten välisissä oikeussuhteissa.⁷ Esimerkiksi työntekijän oikeus työkyvyn edistämiseen tai vammaisen ihmisen oikeus kohtuulliseen mukautukseen voi olla ristiriidassa muun muassa työnantajan omaisuuden suojan ja liikkeenjohdollisen vallan tai työnantajan tasapuolisen kohtelun velvoitteen kanssa.

(2010/48/EY). Euroopan unionin perusoikeuskirjassa (2016/C 202/02) tunnustetaan vammaisten oikeus päästä osallisiksi toimenpiteistä, joilla edistetään itsenäistä elämää yhteiskunnallista ja ammatillista sopeutumista sekä osallistumista yhteiskuntaelämään.

3. Ks. esim. Juhani Kortteinen – Tuomas Ojanen, YK:n yleissopimus vammaisten henkilöiden oikeuksista ja sen vaikutus yhdenvertaisuuslain soveltamiseen, teoksessa Anttila Outi – Ojanen Tuomas (toim.), Yhdenvertaisuuslaki kommentein. Alma Talent 2019, s. 484.
4. Neuvoston direktiivi 2000/78/EY, annettu 27 päivänä marraskuuta 2000, yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista.
5. Ks. Hugh Collins, Discrimination, equality and social inclusion. *Modern Law Review* 66(1) 2003, s. 16–43, 23–25.
6. Vammaisten henkilöiden oikeuksien sopimuksen yhteydessä käytetään käsitettä osallistava yhdenvertaisuus (*inclusive equality*). Ks. Vammaisten henkilöiden oikeuksien komitean yleis-kommentti nro 6 (2018), 5 artiklasta, kohta 11 (CRPD/C/GC/6, hyväksytty 9.3.2018); tasa-arvo ja yhdenvertaisuus, sekä Sally Witcher, *Inclusive Equality: A Vision for Social Justice*. Policy Press 2013, s. 124.
7. Ks. Katja Karjalainen – Marjo Ylhäinen, Toimintavalmiudet yksityisoikeudessa – esimerkkinä vammaisuus ja työelämä. *Oikeus* 3/2021 (Karjalainen – Ylhäinen 2021a).

Vammaisen ihmisen työelämäoikeudet liitetään usein sosiaali- ja työllisyyspoliittisiin toimenpiteisiin. Oikeuksia ei sitä vastoin ole tarkasteltu systemaattisesti osana yksityisoikeutta, jossa joudutaan tasapainottamaan osapuolten oikeuksia ja velvollisuuksia sopimussuhteessa eikä osana hyvinvointivaltiollista sopimusoikeutta ja työoikeutta, jolle on tyyppistä heikomman osapuolen suojele vähimmäispakottavalla lainsäädännöllä.⁸ Muun muassa kysymys kohtuullisiin mukautuksiin keskeisesti liittyvästä kohtuullisuuden arvioinnista yksityisoikeudellisessa suhteessa on jäänyt suhteellisen vähälle huomiolle.⁹ Artikkelilla pyrimme paikkaamaan tätä puutetta oikeustieteellisessä tutkimustraditiossa.

Lähestymme aihetta hyvinvointivaltiollisen sopimusoikeuden ja heikomman osapuolen suojan sekä yhdenvertaisuusoikeuksien yhteensovittamisen näkökulmasta. Artikkelissa analysoimme, millä tavoin vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen tavoite sosiaalisesta osallisuudesta vaikuttaa työläinsäädännön tulkintaan silloin, kun on kyse vammaisen työntekijän työn tekemisen edellytyksistä ja työstä suoriutumisesta. Vastataksemme kysymykseen etsimme kansallisesta työläinsäädännöstä kiinnekohtia ja yhtäläisyyksiä, joiden kautta yleissopimukseen perustuvat oikeudet voidaan integroida osaksi työsuopimussuhdetta. Nostamme myös esille sopimusoikeudellisen kohtuusperiaatteen ja yhdenvertaisuusoikeuksien alalla vaikuttavan suhteellisuusperiaatteen välillä ja perustelemme niiden keskinäistä yhteyttä.

Ymmärrämme *saavutettavuuden* kattavan kaikki työhön osallistumista edistävät ja työhön osallistumista ylläpitävät toimenpiteet riippumatta niiden oikeudellisesta perustasta tai siitä ovatko toimenpiteet luonteeltaan universaaleja vai individuaalisia. Universaaleja, kollektiivisia, toimenpiteitä ovat työympäristön turvallisuutta edistävät toimet esimerkiksi *esteettömyyden* toteuttamiseksi. Individuaalisia toimenpiteitä ovat puolestaan yksilölliset työkykyä edistävät ja ylläpitävät toimet, joiden välttämättömyyttä työntajalla eri tilanteissa on velvollisuus arvioida ja toteuttaa. Näitä toimenpiteitä vammaisella ihmisellä on oikeus vaatia myös *kohtuullisina mukautuksina*. Emme tarkastele artikkelissa työhönottoa tai työnhakijoiden asemaa, emmekä vammaisiin ihmisiin itsenäisinä ammatinharjoittajina liittyviä kysymyksiä.

8. Hyvinvointivaltiollisesta sopimusoikeudesta Thomas Wilhelmsson, *Social Civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktträtterns allmänna läror*, Lakimiesliiton Kustannus 1987 ja Thomas Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law*. Kluwer Academic Publishers 1992.
9. Suomessa kohtuullisten mukautusten käsitettä käytetään silloin, kun on kyse vammaisten henkilöiden oikeuksista. Kansainvälisesti käsitettä on pohdittu laajemminkin merkityksessä myös muiden syrjäntäperusteiden kohdalla. Esimerkiksi Kanadassa kohtuullisista mukautuksista on useiden syrjäntäperusteiden yhteydessä säädetty lailla. (Canadian Human Rights Act (R.S.C., 1985, c. H-6)) 15(2).

2. Sosiaalinen osallisuus, saavutettavuus ja vammaisuus

2.1. Oikeus tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen yleissopimuksen keskiössä

Yhdistyneiden kansakuntien yleisten ihmisoikeussopimusten soveltamisalaa kuuluvat kaikki ihmiset. Yleiset ihmisoikeussopimukset eivät kuitenkaan turvaa tehokkaasti vammaisten ihmisten ihmisoikeuksia, koska sopimuksia laadittaessa ei ole huomioitu niitä erityisiä esteitä, joita vammaisten ihmisten ihmisoikeuksien toteuttamiselle on. Sopimukset eivät kattavasti vastaa syrjintään, jota vammaiset ihmiset kohtaavat esimerkiksi opinnoissaan, työelämässä tai suhteessa sukupuoleensa.¹⁰ Sopimukset eivät myöskään perustu yhdenvertaisuudelle erilaisuudesta huolimatta vaan niissä erilaisuudesta johtuvan haavoittuvuuden katsotaan aiheuttavan paternalistisen suojelun tarpeen.¹¹ Tällainen suojelun objektiksi ymmärtäminen sisältää ajatuksen yksilön sopeuttamista vaativasta erilaisuudesta.¹²

Sitä vastoin vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen tavoitteena on tosiasiallisen yhdenvertaisuuden saavuttaminen erilaisuuden hyväksymisen ja keskinäisen kunnioituksen avulla.¹³ Yleissopimuksessa turvatut oikeudet auttavat ihmisarvoisen elämän edellytysten tunnistamisessa ja vahvistamisessa.¹⁴ Yleissopimuksen normatiivisten tulkintaperiaatteiden (3 artikla) mukaisesti yksilöiden ihmisarvoa, itsemääräämisoikeutta ja riippumattomuutta sekä erilaisuutta tulee kunnioittaa (a ja d kohta). Yhteiskunnan tulee olla esteetön ja saavutettava (f kohta). Yksilöllä, sukupuolesta riippumatta, tulee olla yhdenvertainen ja täysimääräinen, tasa-arvoinen mahdollisuus, osallistua yhteiskunnassa (b, c, f ja g kohta).

10. Ks. Michael Ashley Stein – Janet E. Lord, United Nations Convention on Rights of Persons with Disabilities, s. 17–40 teoksessa Oddn' y Mjöll Arnasdóttir – Gerard Quinn (eds), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2009, s. 19.

11. Ks. esim. Jarna Petman, The Special Reaching for the Universal: Why a Special Convention for Persons with Disabilities? s. 20–33 teoksessa Jukka Kumpuvuori – Martin Scheinin (eds), United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The Center for Human Rights of Persons with Disabilities in Finland (VIKE) 2009, s. 21–25. Gerard Quinn, A Short Guide to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European Yearbook of Disability Law 1/2009, Intersentia, s. 89–114, 92.

12. Ks. esim. Quinn 2009, s. 89–90.

13. Oddny Mjöll Arnasdóttir, A Future of Multidimensional Disadvantage Equality, s. 41–66 teoksessa Oddn' y Mjöll Arnasdóttir – Gerard Quinn (eds), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Martinus Nijhoff 2009, s. 64.

14. Ks. José Antonio Seoane, La convención de la onu sobre los derechos der las personas con discapacidad: perspectiva jurídica. Revista Espanola sobre Discapacidad Intelectual 42(1) 2011, s. 21–32, 23–24.

Sopimuksessa rakennetaan yhteiskunnan pelikenttä uudelleen. Yksilön vammaisuudesta johtuvia toimintakyvyn rajoitteita ei pidetä ensisijaisesti tai yksinomaan yksilöllisinä, henkilöön liittyvinä ongelmina.¹⁵ Toimintakyvyn aiheuttamat rajoitteet liittyvät enemmän rakenteisiin ja yhteiskuntaan, jotka eivät ota huomioon vammaisten ihmisten erilaisuutta.¹⁶ Olennaista on, että yhteiskunnan rakenteiden tulee olla saavutettavia siten, etteivät ne estä kenenkään osallistumista tasavertaisesti yhteiskunnallisiin toimintoihin työelämä mukaan lukien.

Muodollinen yhdenvertaisuus ja sen keskiössä olevat syrjintäkiellot eivät riitä takaamaan tosiasiallista yhdenvertaisuutta. Yhdenvertaisuuden saavuttaminen voi edellyttää erityistoimenpiteitä (5 artiklan 4 kohta).¹⁷ Sopimusvaltiolle on siten asetettu sekä yleinen saavutettavuusvelvollisuus että erilaisia yksityiskohdaisempia veloitteita yhteiskunnan esteettömyyden takaamiseksi. Tavoitteena on yhdenvertaiseen ja osallistavaan suunnitteluun perustuva fyysinen, sosiaalinen ja kulttuurinen ympäristö (*Design for All, Universal Design*).¹⁸ Toimintaympäristöt, ohjelmat ja palvelut on suunniteltava niin, että ne ovat mahdollisimman laajasti kaikkien käytettävissä ilman jälkikäteisten mukautusten tai erityisratkaisujen tarvetta.¹⁹ Yhdenvertaisen ympäristön ideaan on sisäänrakennettu ajatus siitä, että individuaalisiin toimenpiteisiin tulee turvautua ainoastaan, jos rakenteiden mukauttamisesta ei ole universaaleilla toimenpiteillä huolehdittu, se ei ole yksittäistapauksessa tarkoituksenmukaista tai jos toimenpiteet on laiminlyöty.²⁰

15. Wolff ja de-Shalit jaottelevat yksilön voimavarat sisäisiin (esim. taidot) ja ulkoiisiin (esim. perhe, varallisuus, yhteisön tuki). He huomioivat yhteiskunnalliset ja kulttuuriset rakenteelliset tekijät, kuten lait, tavat, perinteet, viralliset ja epäviralliset valtasuhteet, uskonto ja kieli, jotka osaltaan määrittävät, miten yksilö voi voimavarojaan hyödyntää. Jonathan Wolff – Avner de-Shalit, *Disadvantage*. Oxford University Press 2007, s. 173. Ks. Myös Simo Vehmas, *Vammaisuuden luokittelu, sosiaaliset haitat ja yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus*, teoksessa Matti Häyry – Tuija Takala – Johanna Launonen-Ahola (toim.), *Oikeudenmukaisuuden ongelma* 2018, s. 47.
16. Voimavaralähtöistä vammasta tai sairaudesta riippumatonta toimijuutta voidaan rakentaa, kun keskiöön otetaan erilaisuuden tunnistaminen ja tunnustaminen. Ks. esim. Nancy Fraser, *Rethinking recognition*. NLR May June 2000, s. 107–120, 119–120. Nancy Fraser – Axel Honneth, *Redistribution or Recognition A Political – Philosophical Exchange*. Verso 2003, s. 3–4.
17. Ks. Arajärvi 2009, s. 49.
18. Suomessa Universal Design -käsite liitetään lähinnä koulutukselliseen yhdenvertaisuuteen. Esimerkiksi Norjassa käsitteellä tarkoitetaan laajaa universaalia suunnittelua ja esteettömyysvaatimuksia eri toiminnoissa ja sillä asetetaan veloitteita sekä julkisille, että yksityisille toimijoille. Universaalien suunnittelun ja esteettömyysvaatimusten laiminlyönti on erillinen syrjintäperuste. Ks. Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) LOV-2017-06-16-51.
19. Vammaisten henkilöiden oikeuksien komitean yleiskommentti nro 2 (2014), kohta 16 (CRP-D/C/GC/2, hyväksytty 11.4.2014); esteettömyys.
20. Ks. Vammaisten henkilöiden oikeuksien komitean yleiskommentti nro 6 (2018), kohta 24 (CRPD/C/GC/6, hyväksytty 9.3.2018); koulutus. Anna Lawson, *Reasonable Accommodation in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Non-Discrimination in Employment: Rising to the Challenges?* s. 359–374 teoksessa Charles O'Mahony – Gerard Quinn

2.2. Vammaisuuden käsitteen paradoksaalinen välttämättömyys

Ensisijainen tavoite yhteiskunnan rakenteiden saavutettavuudesta heijastaa muuttunutta käsitystä vammaisuudesta ja korostaa saavutettavuuden ensisijaisuutta. Ideaalimaailmassa joustavat rakenteet mahdollistavat yksilöiden yhdenvertaisuuden ilman, että heidän luokittelemisensa tiettyihin erityisryhmiin kuuluviksi on välttämätöntä.²¹ Vammaisuuden käsite on siten paradoksaalinen, välttämätön työkalu, jotta voidaan tunnistaa yksilöt, joiden erityiset oikeudet tietyssä kontekstissa on tunnustava. Ilman vammaisuuden käsitettä ei voida määrittää, kenellä on oikeus oikeudellisesti suojattuun syrjimättömään kohteluun tai kuka on oikeutettu vaatimaan kohtuullisia mukautuksia.

Vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen osallistavan lähtökohdan mukaisesti vammaisuus on määritelty joustavasti ja avoimesti. Vammaisuutta ei määritellä mihinkään ”vammaisten tai sairaiden ryhmään” kuulumisen kautta vaan suhteessa ympäröivään yhteiskuntaan.²² Yleissopimuksen tarkoittamasta vammaisuudesta on kysymys, kun ihmisellä on pitkäaikainen ruumiillinen, henkinen, älyllinen tai aisteihin liittyvä vamma, joka vuorovaikutuksessa erilaisten esteiden kanssa estää hänen täysimääräisen ja tehokkaan osallistumisensa yhteiskuntaan yhdenvertaisesti muiden kanssa (1 artiklan 2 kohta). Vammaisuuden kriteeristön täyttyminen on siten aina kontekstisidonnaista. Tämä tarkoittaa yksittäistapauksessa esimerkiksi sitä, että vammaisuuden määritelmä voi täytyä suhteessa koulutukseen osallistumiseen, muttei välttämättä suhteessa työelämään, tai päinvastoin.

Unionin tuomioistuin on katsonut ratkaisussaan *HK Danmark*, (Joined Cases C-335/11 and C-337/11), että sairaus voi kuulua vammaisuuden käsitteen alaan, jos parantuva tai parantumaton sairaus aiheuttaa fyysisistä, henkisistä tai psyykkisistä vaurioista johtuvan rajoitteen, joka vuorovaikutuksessa erilaisten muiden esteiden kanssa voi estää asianomaisen henkilön täysimääräisen ja tehokkaan osallistumisen työelämään yhdenvertaisesti muiden työntekijöiden kanssa, ja jos rajoite on pitkäaikainen. Myös esimerkiksi liikalihavuus/sairaalloinen ylipaino, joka pitkäaikaisesti rajoittaa osallistumista työelämään voi täyttää vammaisuuden kriteerit (Kaltoft, C-354/13, 59–60 kohta).²³

(eds), *Disability Law and Policy: An Analysis of the UN Convention*. Clarus Press 2017, s. 359–374.

21. Ks. Vehmas 2018, s. 53–54. Jonathan Wolff, *Disability among Equals*, teoksessa Kimberley Brownlee – Adam Cureton (eds), *Disability and Disadvantage*. Oxford University Press 2009, s. 113–138.
22. Ks. esim. Simo Vehmas, *Vammaisuus: johdatus historiaan, teoriaan ja etiikkaan*. Gaudeamus 2005; Vasili Galis, *We have never been able-bodied: Thoughts on dis/ability and subjectivity from science and technology studies*, teoksessa Nick Watson – Simo Vehmas (eds), *Routledge Handbook of Disability Studies, Second Edition*. Taylor & Francis 2020, s. 407–408.
23. Tuomio 11.4.2003 *HK Danmark* yhdistetyt tapaukset C-335/11 ja C-337/11, EU:C:2013:222 ja tuomio 18.12.2014, Kaltoft C-354/13, EU:C:2014:2463. Ks. myös Jaana Paanetoja, *Työsuhteista*

Kuten Jaana Paanetoja on todennut, vammaisuuden käsitettä voidaan jäsentää tätä laajemman vajaakuntoisuuden käsitteen kautta. Myös vajaakuntoisuus voi olla sosiaalista, psyykkistä tai fyysistä. Vajaakuntoisuuden taustalla ei kuitenkaan aina ole vammaa tai pitkäaikaista sairautta. Siten esimerkiksi normaali ikääntyminen voi aiheuttaa vajaakuntoisuutena ilmenevää haittaa ilman, että kyse olisi vammaisuudesta oikeudellisesti merkityksellisellä tavalla.²⁴ Toisaalta myös ikääntynyt ihminen voi olla yleissopimuksen tarkoittamalla tavalla vammainen ihminen. Tyypillisesti rajanvetoa ikääntymisen ja vamman välillä käydään, kun vanhempi ihminen sairastuu vaikkapa dementiaan tai Alzheimerin tautiin. Tällöin fyysisten, henkisten ja kognitiivisten kykyjen heikentymisen seuraukset voivat johtaa vammaisuuteen yleissopimuksen tarkoittamalla tavalla.²⁵

Vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen tarkoittama kontekstidonnainen vammaisuus on joustavuutensa ja avoimuutensa vuoksi vaikea käsite. Esimerkit kuvaavat, että vammaisuutta ei voida määritellä yksiselitteisesti tai tyhjentävästi. Yksittäistapauksessa voi olla hankalaa arvioida, milloin kysymyksessä on yleissopimuksen tarkoittama vammaisuus, joka edellyttää erityisten oikeuksien toteuttamista. Ennakoitavuus olisi kuitenkin olennaista. Vammaisuus vaikuttaa myös yksityisten välisissä suhteissa; kuten juuri työoikeuden alalla. Tällöin se asettaa toteuttamisvelvoitteen toiselle sopijapuolelle, jonka velvoitteiden ulottuvuutta voi olla hankala ennakoida.²⁶ Toisaalta ennakointi on välttämätöntä, jotta sosiaalinen osallisuus olisi ylipäätään mahdollista. Todellisessa maailmassa ei tultane saavuttamaan sellaista ideaalimaailman tavoittelemaa saavutettavaa yhteiskuntaa, ettei vammaisuuden käsitettä erityisten oikeuksien määrittäjänä tarvittaisi.

työtä vai työtoimintaa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2013, s. 4.

24. Paanetoja 2013, s. 4–5.

25. Ks. myös hallituksen esitys eduskunnalle vammaisten henkilöiden oikeuksista tehdyn yleissopimuksen ja sen valinnaisen pöytäkirjan hyväksymisestä sekä laeiksi yleissopimuksen ja sen valinnaisen pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja eduskunnan oikeusasiamiehestä annetun lain muuttamisesta 284/2014 vp, s. 24.

26. Esimerkiksi tuomioissa asiassa C-193/17, Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi, EU:C:2019:43, Cresco Investigation GmbH katsoi, että työ syrjintädirektiivi velvoitti suoraan työnantajaa silloin, kun jäsenvaltion lainsäädäntö oli työ syrjintädirektiivin vastainen.

3. Sosiaalinen osallisuus työelämässä

3.1. Saavutettava työympäristö

Sosiaalinen osallisuus yhteiskunnassa voi toteutua ainoastaan saavuttavuuden kautta. Työympäristön saavutettavuuden toteuttaminen edellyttää universaaleja, yleisiä toimenpiteitä, joiden avulla pyritään jo ennakolta rakentamaan työympäristöä saavutettavaksi. Ennakolta toteutettu työympäristön saavutettavuus suojaa työmarkkinoilla kaikkein haavoittuvimmassa asemassa olevia ihmisiä, joilla ei ole voimavaroja vaatia oikeuksiaan toteutettavaksi yksilöllisinä toimenpiteinä.²⁷ Laajasti ymmärrettynä työympäristön saavutettavuudella tarkoitetaan fyysistä, psyykkistä, sosiaalista ja taloudellista saavutettavuutta.²⁸ Osa saavutettavuuteen tähtäävistä ja sitä edistävästä toimenpiteistä perustuu pakottavaan lainsäädäntöön, osan toteuttaminen edellyttää kohtuusharkintaa tai intressipunnintaa ja osa toimenpiteistä on työnantajan harkintavallassa. Tarkempia, työnantajaa velvoittavia säännöksiä annetaan työturvallisuuslaissa, ennen kaikkea sen 5 luvussa.²⁹ Työnantajan on muun muassa ylläpidettävä ja edistettävä työntekijän työkykyä esimerkiksi huolehtimalla työpisteen ergonomiasta, valaistuksesta ja muista terveyteen ja turvallisuuteen vaikuttavista seikoista.

Yhdenvertaisuuslaissa ei ole nimenomaisesti säädetty työympäristön saavutettavuudesta, mutta lain 7 §:ssä työnantajalle on asetettu velvoite edistää yhdenvertaisuutta esimerkiksi työoloja kehittämällä. Edistämisvelvoite on oikeudelliselta luonteeltaan yleisvelvoite, jonka tarkoituksena on ohjata työnantajan toimintaa eräänlaisena eettisenä periaatteena.³⁰ Velvoitetta on tulkittava vasten

27. Esteettömyys vaikuttaa siten ihmisten työmarkkinakelpoisuuteen. Työmarkkinakelpoisuus (*employability*) on työkykyä laajempi käsite, jota voidaan kuvata jatkuvana prosessina yhtäältä työntekijän muuttuvina kykyinä ja osaamisena, etenemisenä sekä kykynä työllistyä aina uudelleen eli työntekijän työkykyä työsuhteen ulkopuolella. Ks. esim. Anneleen Forrier – Luc Sels, *The concept employability: a complex mosaic*. Int. J. Human Resources Development and Management 3(2) 2003, s. 102–124, 107.

28. Tea Hoffrén – Lea Rautanen-Muhli (toim.), *Seurantaraportti YK:n vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen kansallinen toimintaohjelma (2018–2019)*. Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita 2019:61, s. 65. Valtioneuvoston asetuksessa työpaikkojen turvallisuus- ja terveysturvallisuudesta 18.6.2003/577.

29. Työkyvyn ylläpitämistä kuvaavia yleisvelvoitteita konkretisoidaan myös esimerkiksi Valtioneuvoston asetuksessa hyvän työterveyshuoltokäytännön periaatteista, työterveyshuollon sisällöstä sekä ammattihenkilöiden ja asiantuntijoiden koulutuksesta (708/2013). Ks. myös Kuntoutuksen uudistamiskomitean ehdotuksen kuntoutusjärjestelmän uudistamiseksi. Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita 2017:41, s. 29.

30. Hallituksen esitys eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 19/2014 vp, s. 63.

vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen tavoitteita.³¹ Työnantajan velvollisuus huolehtia työhön osallistumisesta ja sitä edistävästä toimenpiteistä käy ilmi työturvallisuuslaista. Työnantajan työturvallisuusvelvoite sisältää nimenomaisten työn turvallisuuteen tähtäävien toimenpiteiden lisäksi työhön osallistumista edistäviä erityisiä toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on mahdollistaa muun muassa vammaisten työntekijöiden työn tekeminen (työturvallisuuslain 12 §:n 2 mom.).

Työturvallisuuslain 12 §:ää on tulkittava yhdenmukaisesti yhdenvertaisuuslain 7 §:n edistämismääräyksen kanssa. Saavutettavuus on siis osa työnantajalle asetettua työympäristön suunnitteluvelvoitetta ja sen toteutusta. Esimerkiksi työympäristön esteettömyyttä arvioidaan yhteensovittamalla yhdenvertaisuuslaissa säädetty yhdenvertaisuuden edistämismääräys sekä työturvallisuuslaissa asetettu velvoite huomioida vammaiset ja muut työntekijät, joilla on erityisiä tarpeita. Työturvallisuuslain soveltamiselle on ominaista intressipunninta, joka ilmenee muun muassa määritettäessä turvallisuustoimenpiteiden vähimmäistasoa ja siten myös sitä, millaisia saavutettavuustoimenpiteitä työnantajan on vähintään tehtävä. Intressipunninnassa painavat yhtäältä turvallisen ja terveellisen työympäristön tavoite ja toisaalta tarkoituksenmukaisuusperiaatteen asettamat tekniset ja taloudelliset rajat. Suojelutoimenpiteiden tarpeellisuuden arviointiin vaikuttaa siten myös työnantajan asema ja taloudelliset resurssit.³²

Esimerkiksi työnantajalla, joka työllistää satoja työntekijöitä voi olla lähtökohtainen velvollisuus luoda sellainen työympäristö, joka on automaattisesti myös liikuntarajoitteisten työntekijöiden saavutettavissa (esteetön), koska voidaan olettaa, että tällaisen ympäristön toteuttaminen ei juuri lisää työnantajan kustannuksia. Tällaista samanlaista lähtökohtaista velvoitetta ei puolestaan voida asettaa silloin, kun on kyse vain muutaman työntekijän työllistävästä yrityksestä. Myöskään suurella työnantajalla ei kuitenkaan ole velvollisuutta suorittaa hyvin hintavia hankintoja työympäristön yleiseen esteettömyyteen tähtäävinä toimenpiteinä. Tyypillisenä esimerkkinä voidaan käyttää esimerkiksi näkövammaisen tarvitseman kalliin pistekirjoitusohjelmiston hankkimista. Tällaiset tarpeet tulee tosin ottaa osana saavutettavuutta huomioon, jos se on kohtuudella tehtävissä jo silloin, kun työpaikan ohjelmistohankintoja suunnitellaan. Jos yrityksen työntekijän tai työnhakijan työnteko estyy, koska työympäristö ei ole esteetön, voi kysymykseen tulla oikeus työntekijäkohtaiseen kohtuulliseen mukautukseen.³³

31. Myös työympäristön on oltava avoin, osallistava ja saavutettavissa. Ks. esim. Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisuja 2/2018 ja Sosiaali- ja terveysministeriö, Työkykyohjelma 2020–2022. Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisuja 2020:11.

32. Hallituksen esitys eduskunnalle työturvallisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 59/2002 vp, s. 28; SEUT 153 artikla. Ks. myös Jorma Saloheimo, Työturvallisuus: perusteet, vastuu ja oikeusturva. Talentum Media 2016, s. 71–72.

33. Esim. laki digitaalisten palveluiden tarjoamisesta (306/2019) ei velvoita tekemään työpaikan sisäisistä työntekijöille tarkoitettua intranet- ja extranet tai mobiilisovelluksista saavutettavia

Kohtuullisen mukautuksen laiminlyönti on puolestaan syrjintää, josta seuraa velvollisuus maksaa yhdenvertaisuuslaissa säädettyä hyvitystä (yhdenvertaisuuslain 8.2 ja 23 §).³⁴ Ratkaisussa HK Danmark lisäksi katsottiin, että kohtuullisten mukautusten laiminlyönti saattaa vaikuttaa myös sen arviointiin kenen vastuulla työntekijän työn estyminen on.³⁵

Koska yleisellä esteettömyydellä on keskeinen rooli tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumisessa, tulisi yhdenvertaisuuslain tulkinnessa universaaliin saavutettavuuteen tähtäävät esteettömyystoimenpiteet erottaa selkeästi yksilöllisistä kohtuullisista mukautuksista. Työsuojeluviranomaisen suorittamassa yhdenvertaisuuslain valvonnassa viitataan kohtuullisten mukautusten laiminlyöntiin esimerkiksi tapauksessa, jossa työntekijällä oli sairauksista johtuvia pitkäaikaisia rajoitteita, joiden perusteella häntä voitiin *työpaikan olosuhteissa* pitää vammaisena henkilönä. Työnantaja oli laiminlyönyt kohtuullisten mukautusten selvittämisen ja toteuttamisen, kun työntekijä oli pyytänyt apua työtehtävien suorittamiseen. Työnantaja ei myöskään ollut toteuttanut työntekijän tarpeita vastaavia mukautuksia tai selvittänyt niiden vaihtoehtoja ja oli siksi toiminut syrjinnän kiellon vastaisesti.³⁶ Myös yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta on tulkintakäytännössään tarkastellut esteettömyyteen liittyviä toimenpiteitä kohtuullisina mukautuksina.³⁷

3.2. Työkyvyn arvioinnin ensisijaisuus

Työympäristön saavutettavuus liittyy työkykyyn; työntekijän työkyvyn edistämiseen, ylläpitämiseen, arviointiin ja työkyvyn heikentymisen vaikutukseen työsuhteessa. Työntekijän työkyvyn ylläpitämisen ja edistämisen vaatimus on kirjattu työnantajan yleisvelvoitteisiin työsopimuslain 2 luvun 1 § ja työturvallisuuslain 8 §:ään. Työnantajan on työsopimukseen liittyvän lojaliteettivelvollisuuden ja työturvallisuuslaissa asetetun huolehtimisvelvoitteen perusteella tarvittaessa arvioitava työntekijän työkyky ja ryhdyttävä toimenpiteisiin työntekijän työkyvyn

(3 §:n 2 mom. 1 kohta).

34. Outi Anttila – Juhani Kortteinen – Tuomas Ojanen, 15 § Kohtuulliset mukautukset vammaisten ihmisten yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi, s. 273–274 teoksessa Anttila – Ojanen (toim.) 2019, s. 261–278.

35. HK Danmark yhdistetyt asiat C-335/11 ja C-337/11, kohta 55.

36. Syrjinnän kiellon valvonta Etelä-Suomessa vuonna 2016. Työsuojeluhallinnon julkaisuja 6/2017, s. 10. Ks. Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta (382/2018, 18.6.2018).

37. Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunnan toimivaltaan ei kuulu yhdenvertaisuuslain valvonta työelämässä. Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta (178/2016, 21.3.2018), Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta (139/2016, 20.4.2017) Yhdenvertaisuus- ja tasa-arvolautakunta (31/2015, 14.12.2015).

ylläpitämiseksi.³⁸ Vasta työkyvyn selvittämisen jälkeen voidaan tietää, onko työntekijällä tarvetta työkykyä tukeviin yksilöllisiin työkykytoimenpiteisiin ja riittävätkö ne. Viime kädessä vammaisen työntekijän työnteko saattaa edellyttää kohdullisia mukautuksia. Työkykysääntelyn vähintäänkin implisiittisenä tavoitteena on vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimukseen verrattavilla tavoilla sosiaalisen osallisuuden mahdollistaminen ja sosiaalisen riskin pienentäminen.³⁹

Työntekijällä on oltava työtehtävän edellyttämä työkyky, jotta hän pystyy työskentelemään työ sopimuksessa sovitulla tavalla. Juuri työtehtävästä riippuu se, millaista kyvykkyyttä; osaamista, taitoja ja ominaisuuksia, työntekijältä voidaan edellyttää. Työkykyä arvioitaessa tulee tietää, mitä työtä työntekijä on tehnyt, tekee tai aikoo tehdä sekä se, että miten hän on selviytynyt työn asettamista vaatimuksista.⁴⁰ Työkykyyn vaikuttaa sekä työntekijän kyvyt ja ominaisuudet, työympäristö ja työolosuhteet että työnantajan liikkeenjohdolliset toimenpiteet, kuten työn uudelleen organisointi tai uusien työmenetelmien tai työvälineiden käyttöönotto, mutta myös työntekijän somaattiset, psyykkiset tai sosiaaliset edellytykset, esimerkiksi juuri työntekijän sairaus tai vamma tai näiden paheneminen.⁴¹ Nämä eri tekijät voivat vaikuttaa myös samanaikaisesti. Relationaalinen työkyvyn arviointi muistuttaa siten vammaisuuden kontekstisidonnaista arviointia. Työkyky määrittyy suhteessa tehtävään työhön ja työolosuhteisiin vastaavasti kuin vammaisuus määrittyy suhteessa ympäristöön.

Työntekijän kyky suoriutua työtehtävistään voi työsuhteen kuluessa muuttua. Mahdollinen sairaus tai vamma ei välttämättä aiheuta työkyvyttömyyttä kaikkiin tehtäviin, joita työnantajalla olisi tarjolla, tai kaikkeen työhön, jota työnantaja teettää. Vähimmäisvaatimuksena voidaan pitää sitä, että työnantaja selvittää sekä työntekijän jäljellä olevan työkyvyn, että omat mahdollisuutensa tarjota työntekijälle muuta työtä, jos työntekijän työkyky uhkaa vaarantua olennaisesti ja pitkäaikaisesti. Työsuhteen päättämistä tulee pyrkiä välttämään.

Ratkaisussa TT 2017:58, työntekijän työkyvyn heikentymistä ei voinut pitää pitkäaikaisena, kun polvileikkauksen jälkeinen normaali kuntoutusaika oli vielä kesken.

38. Työkyvyllä voidaan tarkoitaa myös sellaisia työstä suoriutumiseen liittyviä henkilökohtaisia seikkoja, jolla ei ole yhteyttä sairauteen tai vammaa, vaan esimerkiksi työntekijän puutteelliseen osaamiseen. Ks. myös Marjo Ylhäinen, 7 § Työnantajan velvollisuus edistää yhdenvertaisuutta s. 104, teoksessa Anttila – Ojanen (toim.) 2019, s. 101–109.

39. Tätä kuvaa esimerkiksi työntekijälle asetettu työllistämisvelvollisuus, joka ilmenee työ sopimuslain 7 luvun 2 § 2 momentista. Siinä kielletään työntekijän irtisanominen sairauden, vamman tai tapaturman perusteella, ellei työntekijän työkyky ole olennaisesti ja pitkäaikaisesti heikentynyt.

40. Vastaavasti määrittely osatyökykyiseksi tehdään yksilöllisesti ja kytketään tehtävään työhön. Ks. Paanetoja 2013, s. 9–10.

41. Tarja Kröger, Sairaus työsuhteen irtisanomisperusteena. Lakimiesliiton Kustannus 1990, s. 28–29.

Ensisijaista on pakottavan lainsäädännön mukainen heikomman osapuolen suoja. Lisäksi sopimusoikeudellisella kohtuusarvioinnilla on merkitystä, kun tarkastellaan työnantajan tosiasiallisia mahdollisuuksia mukauttaa työtä.

Kohtuusarviointia voidaan konkretisoida työsuhteen päättämistä koskevalla problematiikalla. Arvioitaessa työnantajan oikeutta päättää työsuhte individualisella irtisanomisperusteella otetaan kohtuusarvioinnissa huomioon molempien sopijapuolten asemaan liittyviä seikkoja. Työnantajaan liittyviin seikkoihin kuuluu muun muassa työnantajan taloudelliset mahdollisuudet, työnantajan koko sekä muiden työntekijöiden asema ja tasapuolisen kohtelun velvoite. Kohtuusarvioinnin kautta otetaan huomioon eri työnantajien tosiasiallisesti erilaiset mahdollisuudet toteuttaa esimerkiksi työtehtävien mukautusta. Työntekijän suojeluperiaate ilmenee puolestaan vaatimuksena olosuhteiden ja vaihtoehtojen objektiivisesta selvittämisestä.

Ratkaisussa TT 2012:153 työntekijän yleinen terveydentila ja siten myös työkyky oli useiden erilaisten sairauksien johdosta heikentynyt. Työterveyslääkärin lausunnon mukaan odotettavissa ei ollut työkyvyn paranemista ja työnantaja oli työjärjestelyin tarjonnut mukautettuja työtehtäviä työntekijälle. Kevyempiä tehtäviä ei työnantajalla ollut enää tarjolla, minkä vuoksi työntekijän työkyky oli heikentynyt olennaisesti ja pitkäaikaisesti eikä työnantajalta voitu kohtuudella edellyttää työsuhteen jatkamista.

Ratkaisussa TT 2018:8 asianosaiset olivat yksimielisiä siitä, että työntekijä oli kykenemätön entisiin tehtäviinsä. Yhtiössä käytettyä työkokeilua oli työntekijälle kohdalla sovellettu siten, että tehty työkokeilu oli käsittänyt samoja työtehtäviä kuin aiemmin, eikä niitä oltu millään tavoin mukautettu vastaamaan työntekijän jäljellä ollutta työkykyä. Työnantajan ei katsottu selvittäneen irtisanotun työntekijän työkykyä muuhun työhön.

Työnantajan selvitysvelvollisuus on korostunut, kun kysymys on individualisesta irtisanomisperusteesta, kuten työntekijän vamma tai sairaus. Selvitysvelvollisuuden laiminlyönti voi ilmetä esimerkiksi siten, että työnantaja on palkannut uuden työntekijän sellaiseen työhön, josta työkyvyn heikkenemisen vuoksi irtisanottu työntekijä olisi saattanut suoriutua.

Ratkaisussa TT 2016:65 asianosaiset olivat yksimielisiä siitä, ettei työntekijän työkyky riittänyt hänen työsuojimuksensa mukaisiin työtehtäviin. Työnantaja oli kuitenkin palkannut kokonaan uuden työntekijän vähemmän raskaaseen työtehtävään tarjoamatta sitä työkyvyn heikentymisen vuoksi irtisanotulle työntekijälle. Kun työnantaja ei ollut selvittänyt irtisanotun työntekijän työkykyä tätä tarjolla ollutta tehtävää silmällä pitäen eikä mahdollisuuksia mukauttaa tehtävää tälle soveltuvaksi, katsottiin työnantajan menetelleen irtisanomissuojasopimuksen vastaisesti.

Työkyvyn turvaamiseen liittyvän sääntelyn tarkoitus on siten ylläpitää työntekijän työkykyä ja korjata sairaudesta tai vammasta johtuvan puutteellisen työkyvyn vaikutuksia. Työkyvyn selvittämisen laiminlyönnin on oikeuskäytännössä katsottu osoittavan, ettei irtisanomisperustetta työkyvyn heikentymisen vuoksi ole. Selvitysvelvollisuuden ohella työnantajan on tehtävä tarvittavat toimenpiteet, milloin se on kohtuudella mahdollista. Viime kädessä työkyvyn heikentyminen voi haitata työstä suoriutumista siinä määrin, että se muodostaa irtisanomisedellytykseltä vaaditun olennaisuuden ja pitkäaikaisuuden ohella myös yhdenvertaisuuslaissa tarkoitettun oikeuttamisperusteen. Oikeuttamisperusteen soveltamisala on kuitenkin erittäin suppea.⁴²

3.3. Oikeus kohtuulliseen mukautukseen

Jokaisella työntekijälle on oikeus siihen, että hänen työkykynsä arvioidaan ja ryhdytään sitä edistäviin ja ylläpitäviin toimenpiteisiin. Jos työntekijä on vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen tarkoittamalla tavalla vammainen ihminen, voi hänellä olla työkykyyn liittyvien oikeuksien ohella oikeus kohtuullisiin mukautuksiin. Kohtuulliset mukautukset voivat olla samoja toimenpiteitä kuin yleisen työkyvyn edistämiseen ja ylläpitämiseen tähtäävät toimenpiteet. Myös työkyvyn arviointiin liittyvä sopimusoikeudellinen kohtuusperiaate ja toisaalta mukautusten kohtuullisuuden arviointiin liittyvä suhteellisuusperiaate voidaan rinnastaa. Työnantajan velvollisuutta toteuttaa kohtuullisia mukautuksia vahvistaa kuitenkin se, että niistä kieltäytyminen on yhdenvertaisuuslaissa tarkoitettua syrjintää ja rinnastuu syrjintäperusteisiin.

Koska oikeutta kohtuulliseen mukautukseen ei voida ymmärtää ilman syrjintäperusteita, sitä voidaan analogisesti hahmotella syrjinnän arviointiprosessin avulla. Syrjinnän arviointiprosessi tiivistyy neliportaiseen malliin.⁴³

1. Ensimmäisellä portaalla arvioidaan, onko työntekijä yksilöllisten ominaisuuksien vuoksi epäedullisemmassa asemassa kuin toinen vastaavassa asemassa oleva työntekijä.
2. Toisella portaalla tarkastellaan, syntyykö asiassa syrjintäoletta.
3. Kolmannella portaalla arvioidaan, onko epäedullisempaan asemaan joutumiselle perusteltuja syitä.

42. KKO 2018:31. Neuvoston direktiivi 2000/78/EY, annettu 27 päivänä marraskuuta 2000, yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista (johdantokappale 23).

43. Olemme jäsennelleet tätä prosessia yksityiskohtaisemmin suhteessa unionin tuomioistuimen asiaan HK Danmark C-335/11 artikkelissamme Katja Karjalainen – Marjo Ylhäinen, On the Obligation to Make Reasonable Accommodation for an Employee with a Disability. *European Journal on Labour Law*, <https://doi.org/10.1177/20319525211027430>, 2021 (Karjalainen – Ylhäinen 2021b), s. 13–14.

4. Neljännellä portaalla tehdään päätös siitä, onko kysymyksessä syrjintä

Kun jäsenetään vammaisen työntekijän oikeutta kohtuulliseen mukautukseen, ensimmäisellä ja toisella portaalla arvioidaan vammaisuutta kontekstisidonnaisesti suhteessa työtehtävään. Vammaisuuden tunnusmerkistö täyttyy, jos työolosuhteiden ja työntekijän vammasta tai sairaudesta johtuvien yksilöllisten ominaisuuksien välillä on pitkäaikainen epäsuhta, joka vaikuttaa työntekijän tosiasiallisiin mahdollisuuksiin tehdä työtään. Tällöin työntekijällä on oikeus kohtuullisiin mukautuksiin yhdenvertaisuuslain 15 §:ssä säädettyllä tavalla. Mukautuksen kohtuullisuus punnitaan kolmannella portaalla. Yksittäisten toimenpiteiden on oltava oikeasuhteisia, eivätkä ne saa aiheuttaa kohtuutonta haittaa (*undue burden*) työnantajalle tai työyhteisölle.⁴⁴ Portaalla neljä tehdään päätös siitä, onko mukautuksesta kieltäytyminen syrjintää. Kieltäytyminen on syrjintää, jos mukauttaminen olisi ollut portaalla kolme tehdyn arvion perusteella kohtuullista. Tähän arvioon vaikuttaa myös se, onko ensisijaiset, tarkoituksenmukaiset yleiseen saavutettavuuteen liittyvät toimenpiteet toteutettu vai onko ne laiminlyöty.

Yksityisoikeudellista näkökulmasta porras kolme on kiinnostavin. Yhdenvertaisuuslain 15.2 §:n mukaan mukautusten kohtuullisuutta arvioitaessa otetaan huomioon vammaisen ihmisen tarpeiden lisäksi 1 momentissa tarkoitettun toimijan koko, taloudellinen asema, toiminnan luonne ja laajuus sekä mukautusten arvioidut kustannukset ja mukautuksia varten saatavissa oleva tuki. Yhdenvertaisuuslainsäädännön alalla viitataan niin kutsuttuun suhteellisuustestiin, joka on kehittynyt erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja unionin tuomioistuimen käytännössä.⁴⁵ Eurooppalaisessa oikeuskäytännössä on enenevissä määrin alettu painottamaan sosiaaliseen osallisuuteen kiinnittyviä seikkoja, mahdollisuutta elää itsensä näköistä elämää. Tällöin esimerkiksi irtisanomistilanteessa painoarvoa on annettu irtisanomisen vaikutuksille työntekijän yksityiselämässä, joita on punnittu suhteessa irtisanomisen syihin.⁴⁶

Vammaisten henkilöiden oikeuksien komitean ratkaisu asiassa *Jungelin v. Sweden*⁴⁷ kuvaa sitä, että suhteellisuustesti ja sopimusoikeudellinen kohtuusarviointi käyttävät hyväksi samoja työsuhteen sisäisiä ja ulkoisia tekijöitä. Yksit-

44. Kohtuullisten mukautusten vaatimaa punnintaa on arvioitu laajasti esimerkiksi kanadalaisessa oikeuskäytännössä. Ks. aiheesta Kevin McNeil, *The Duty to Accommodate in Employment*. Thompson Reuters 2019.

45. Collins 2003, s. 18–20.

46. Hugh Collins, *An Emerging Human Right to Protection against Unjustified Dismissal*. *Industrial Law Journal* 50(1) 2021, s. 36–69, 40. *Denisov v. Ukraine* (application no. 76639/11).

47. *Asia CRPD/C/12/D/2011, Marie Louis Jungelin v. Sweden*.

täistapauksessa ihmisoikeuksien keskinäisen painoarvon punninta ja tasapainottaminen suhteellisuustestin avulla sisältää intressipunnintaa.⁴⁸

Asiassa työnhakija oli vaikeasti näkövammainen. Hän haki töihin Ruotsin kansaneläkelaitosta vastaavaan virastoon (Försäkringskassa) työtehtävään, jossa hän olisi käsitellyt sairausetuuksia. Hän täytti työtehtävän pätevyys- ja kokemusvaatimukset. Häntä ei kuitenkaan harkittu valittuun tehtävään, koska työnantajan ohjelmistoja ei pystytty mukauttamaan hänen tarpeisiinsa. Kaikki mahdolliset vaihtoehdot olisivat olleet kalliita ja raskaita toteuttaa, eikä kaikkia työssä tarvittavaa tietoa siitäkään huolimatta olisi pystytty muokkaamaan saavutettavaan muotoon. Hakijan ottaminen työtehtävään olisi siten edellyttänyt henkilökohtaisen assistentin palkkaamista, joka olisi käytännössä hoitanut suurimman osan työtehtävistä. Asiassa sopimusvaltion ei katsottu rikkoneen velvoitteitaan (5 ja 27 artikla).

Sekä suhteellisuustestissä että sopimusoikeudellisessa kohtuusarvioinnissa on otettava huomioon kummankin osapuolen intressit. Tämä tarkoittaa sitä, että on punnittava työntekijän työkykyyn, ja mahdolliseen vammaisuuteen, vaikuttavien seikkojen lisäksi työnantajan toimintamahdollisuuksiin vaikuttavia seikkoja, kuten työnantajan kokoa ja taloudellisia resursseja. Merkitystä on myös sopimussuhteeseen liittyvillä tekijöillä kuten sopimussuhteen kestolla, ja osapuolten toimilla sopimussuhteen aikana (sisäiset tekijät) sekä sopimuksen ulkoisilla tekijöillä, kuten työnantajan mahdollisuudella saada julkista tukea.⁴⁹

Tapauksessa TT 2012:64 työntekijällä oli runsaasti sairauspoissaoloja hänelle räätälöidystä työvuorosta huolimatta. Kun otettiin huomioon työnantajan tiedossa olleet lääketieteelliset arviot hänen työkyvystään, työnantaja oli voinut perustellusti arvioida työntekijän työkyvyn vähentyneen olennaisesti ja pitkäaikaisesti hänelle tarjolla olleeseen työhön. Työnantajalta ei voitu kohtuudella edellyttää työsuhteen jatkamista.

Äänestyspäätöksessä TT 2019:61 työtuomioistuimien katsoi, ettei työnantajalta voitu kohtuudella edellyttää täysin uuden tehtävän luomista työntekijän irtisanomisen välttämiseksi, kun siihen ei ollut liiketaloudellista perustetta. Työnantajalla ei ollut myöskään velvollisuutta kouluttaa työntekijää huoltoasentajan ja huoltopäällikön työtä vaativampaan teknisen managerin tehtävään.⁵⁰

Vammaisen työntekijän kohdalla suhteellisuusperiaatteen soveltaminen työsuhteessa tarkoittaa sitä, että huomioon on otettava vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen tavoitteet. Siten työnantajan sopimusvelvoitteita punnittaessa vammaisuuden aiheuttamia rajoitteita vasten tulee painopisteen olla yhdenvertaiseen työllistymiseen, ja työstä suoriutumiseen, liittyvien oikeuk-

48. Collins 2021, s. 65.

49. Ks. Karjalainen – Ylhäinen 2021b, s. 14–16.

50. Kröger – Tiitinen 2012, s. 561–562.

sien toteuttamisessa. Työnantajan velvoitteita punnittaessa lisäksi huomioitava, kuinka ja missä määrin työnantaja on pyrkinyt kohti saavutettavaa työympäristöä. Työkyvyn arviointi on puolestaan kiinteämmin yhteydessä työnantajan ja työntekijän väliseen suhteeseen ja sitä tulee ensisijaisesti arvioida osana sopimusvelvoitteita, mutta myöskään tällöin ei voida täysin irrottautua yhdenvertaisuusoikeuksien määrittelemistä sosiaalisen osallisuuden tavoitteista, jos työntekijä on vammaisen ihminen. Kyse on siten ulottuvuudesta, jolle työkyvyn eri vaiheet normaalista työkyvystä heikentyvään työkykyyn sijoittuvat. Mitä lähemmäksi tullaan vammaisuuden tunnusmerkit täyttävää työkyvyn heikentymistä, sen enemmän painoarvoa on annettava sosiaalisen osallisuuden turvaamiselle.

4. Lopuksi

Artikkelissa olemme analysoineet, millä tavoin vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimuksen tavoite sosiaalisesta osallisuudesta vaikuttaa työlaainsäädännön tulkintaan silloin, kun on kyse vammaisen työntekijän työn tekemisen edellytyksistä ja työstä suoriutumisesta. Olemme etsineet kansallisesta työlaainsäädännöstä kiinnekohtia ja yhtäläisyyksiä, joiden kautta yleissopimuksen tavoite voidaan integroida osaksi työsopimussuhdetta. Olemme osoittaneet sopimusoikeudellisen kohtuusperiaatteen ja yhdenvertaisuusoikeuksien alalla vaikuttavan suhteellisuusperiaatteen välillä olevan yhteyden.

Vammaiset tarvitsevat ennen kaikkea mahdollisuutta palkkatyöhön, materiaalisia hyödykkeitä, kohdennettuja voimavaroja sekä henkilökohtaisten kykyjen kohentamista, kuten Simo Vehmas on todennut.⁵¹ Haavoittuvassa asemassa olevien ihmisten sosiaalisen osallisuuden toteuttaminen edellyttää yhdenvertaisen, universaalisti suunnitellun, pelikentän rakentamista. Kuten vammaisten henkilöiden oikeuksien yleissopimus kuvastaa, tällöin ensisijaista on yleinen saavutettavuus, joka voidaan työoikeuden alalla saavuttaa universaaleilla työturvallisuusvelvoitteilla sekä työsopimukseen perustuvilla työkyvyn edistämistä ja ylläpitämistä koskevilla toimenpiteillä. Oikeutta kohtuulliseen mukautukseen tulee arvioida vasta viimesijaisena toimenpiteenä silloin, kun esteettömyysvaatimuksen täyttäminen tai työturvallisuuteen ja työkykyyn liittyvät toimenpiteet, kuten esimerkiksi vähäiset muutokset työtehtäviin, eivät yksittäistapauksessa ole riittäviä. Käytännön toimenpiteet sosiaalisen osallisuuden toteuttamiseksi voivat olla hyvinkin samanlaisia riippumatta siitä, perustuvatko ne työkyvyn edistämiseen vai toteutetaanko niillä yhdenvertaisuuslaissa säädettyjä

51. Ks. Vehmas 2018, s. 52.

kohtuullisia mukautuksia. Tällöin on kiinnitettävä huomioita kohtuusperiaatteen ja suhteellisuustestin yhdensuuntaiseen soveltamiseen.

Vaatus universaalien toimenpiteiden ensisijaisuudesta turvaa ennen kaikkea kaikkein heikoimmassa asemassa olevien asemaa työmarkkinoilla ja työsuhteessa. Silloin huomio ei kiinnity yksittäisen työntekijän ominaisuuksiin, eikä tältä edellytä mukautusten vaatimista. On ilmeistä, että haavoittuvassa asemassa olevien ihmisten sosiaalinen osallisuus ja siihen liittyvä oikeus työhön voi toteutua ainoastaan, jos yhdenvertaisuusoikeudet pystytään tehokkaalla tavalla integroimaan osaksi kansallista työoikeutta ja niitä opitaan arvioimaan osana sopimusoikeudellista suhdetta. Sosiaalisen osallisuuden tavoitteen toteuttaminen työelämässä edellyttää siten myös työsopimusoikeuteen painottuvaa tutkimusta ja harkintaa.

UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, social inclusion, and the right to work

KATJA KARJALAINEN, LL.D., Postdoctoral Researcher, University of Eastern Finland – MARJO YLHÄINEN, LL.D., Associate Professor, University of Eastern Finland

The overarching goal of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UNCPRD) is social inclusion. One key way to participate in the society is work. In reality, an individual's illness or disability may hinder his or her possibilities to work. The authors analyse Finnish employment law rules in the light of the objective of social inclusion set in the UNCPRD and how this objective affects the interpretation of the terms of employment and the work performance of an employee with disabilities. The authors look for parallels in domestic employment law through which accessibility rights and the right to reasonable accommodation provided in the UNCPRD could be incorporated into an employment relationship. Such parallels can be found in the regulation on occupational safety and health and on work ability. The authors also highlight the significance of the principle of fairness in contract law and the interrelationship of the principles of proportionality and equality.

Voisiko maalittaminen olla rangaistavaa?

HAKUSANAT: rikosoikeus, kriminalisoinnit, laillisuusperiaate, syyllisyysperiaate, sananvapaus, perusoikeuksien rajoitusedellytykset, maalittaminen

1. Johdanto

Parin viime vuoden ajan maalittaminen uutena ja haitallisena, erityisesti sosiaalisen median ilmiönä on ollut paljon esillä julkisessa keskustelussa.¹ Maalittamisella tarkoitetaan yleensä jonkinlaista yhteen ihmiseen kohdistuvaa organisoitua vihapuhetta, yksityisluontoisten tietojen levittämistä ja muunlaista häirintää pääasiassa viestein ja kirjoituksin sosiaalisessa mediassa ja internetin keskustelupalstoilla, mutta myös muilla tavoin ja jopa väkivallalla uhaten.² Lisäksi osana maalittamistyyppistä häirintää saatetaan tehdä kohteesta esimerkiksi perättömiä rikosilmoituksia tai lastensuojeluilmoituksia. Viranomaisiin kohdistuessaan maalittamiseen saattaa liittyä myös muun muassa perusteettomia tietopyyntöjä ja kanteluita, joiden tarkoituksena on häiritä viranomaisen toimintaa ja virka-

* *Kristiina Koivukari*, OTT, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto. Artikkelin on tehty osana Helsingin Sanomien Säätiön rahoittamaa Viha ja julkisuus -tutkimushanketta.

1. Maalittaminen on mainittu uutena ja merkitykseltään kasvavana ilmiönä myös oikeustieteellisissä keskustelussa, ks. esim. Päivi Korpisaari, Sananvapaus verkossa – yksilöön kohdistuva vihapuhe ja verkkoalustan ylläpitäjän vastuu. *Lakimies* 7–8/2019, s. 928–952, 928; Mika Sutela – Henri Rikander, Virkamiesten väkivaltaisesta vastustamisesta – onko yhteiskunnallisilla olosuhteilla yhteyttä viranomaisiin kohdistettuun väkivaltaan? *Edilex* 2020/15; Anu Mantila, Saako myös tämän sanaa? Milloin puhe muuttuu rangaistavaksi vihapuheeksi. *Oikeus* 2/2020, s. 154–171, 154; Sami Suomalainen, Vihapuheen rikosoikeudellisesta määrittelystä. *Edilex Opiskelijakirjoitukset* 12.5.2020; Pekka Viljanen, Maalittamisen kriminalisointiehdotuksen arviointia. *Akava Works* 5/2021. Ks. myös Olga Larinkari, Työntekijöihin kohdistuva ”maalittaminen” – rangaistavan käyttäytymisen rajat ja kriminalisoinnin tarpeellisuus. *Pro gradu -tutkielma*, Helsingin yliopisto 2020; Anna Häkkinen, Mitä poliisin pitää sietää – Poliisimiestenkokemuksia maalittamisesta, Poliisiammattikorkeakoulun opinnäytetyö 5/2020.
2. Maalittamisen määritelmiä esim. Korpisaari 2019, s. 930; Mika Illman, Järjestelmällinen häirintä ja maalittaminen – Lainsäädännön arviointia. *Valtioneuvoston selvitys* 2020:3, s. 9–13; HE 226/2020 vp laiksi rikoslain 25 luvun 9 §:n muuttamisesta, s. 4; HE 226/2020 vp eduskunnalle laiksi rikoslain 25 luvun 9 §:n muuttamisesta, s. 4; Maalittamisen vastaisten toimien tehostaminen. *Työryhmäraportti*, Sisäministeriö 2021:3, s. 13; Guy Aitchison – Saladin Meckled-Garcia, *Against Online Public Shaming: Ethical Problems with Mass Social Media*. *Social Theory and Practice* 47(1) 2021, s. 6–7.

toimien hoitamista.³ Kohdehenkilön itsensä lisäksi häirintä saattaa kohdistua hänen perheenjäseniinsä ja muuhun lähipiiriin. Toisaalta vaikka maalittamisen kohteena on joku tietty henkilö ja tämän lähipiiri, varsinaisen kohteen hiljentämisen tai häneen vaikuttamisen lisäksi maalittamisen taustalla saattaa olla tarkoitus vaikuttaa julkisesti käytävään keskusteluun laajemminkin, ja toisaalta tekijän tarkoituksesta riippumatta maalittaminen ja sen uhka saattavat tukahduttaa ja kaventaa julkista keskustelua.⁴

Maalittaminen voi saada alkunsa suorasta kehotuksesta olla yhteydessä kohteeseen ja / tai häiritä tätä, mutta kyse voi olla myös epäsuorasta yllyttämisestä tai provosoinnista. Riippumatta aloitusviestin muodosta, maalittamisella tarkoitetaan lähtökohtaisesti *järjestelmällistä* toimintaa, jonka nimenomaisena *tarkoituksena* on joukkovoimaa hyväksi käyttäen hyökätä kohdetta vastaan esimerkiksi pyrkien vaientamaan tämä tai muulla tavoin vaikuttamaan kohteen toimintaan.⁵ Maalittamisena voi kuitenkin näyttäytyä myös spontaanisti ja ilman maalittamistarkoitusta alkanut ja jatkuva, mutta vaikutuksiltaan vastaava toiminta. Maalittamistyyppinen tilanne saattaa alkaa esimerkiksi siitä, että joku mielestään huonoa palvelua tai väärän päätöksen saaneena purkaa tunteitaan sosiaalisessa mediassa ehkä epäasiallisestikin, mutta tarkoittamatta kuitenkaan yllyttää muita kohteen häirintään, ja muut provosoituvat tämän seurauksena hyökkäämään kohdetta vastaan eri tavoin.⁶ Pitkään ja useilla eri kanavilla jatkuttuaan on vaikea edes enää määrittellä, mistä, saati kenen aloittamana toiminta sai alkunsa. Käytännössä ei aina voidakaan tietää sitä, kuinka järjestelmällistä tai spontaania maalittamis-

3. Esim. Poliisihallituksen, Valtakunnansyyttäjänviraston ja käräjäoikeuksien laamannien oikeusministeriölle osoittama lainsäädäntöesitys 17.6.2019, Aloite ID-19121964, POL-2018-54628), s. 2.
4. Korpisaari 2019, s. 930. Maalittajien tavoitteista ja tarkoituksista ei juuri ole tutkimustietoa, joten niitä koskeviin väitteisiin (esim. väite ”[m]aalittajien tavoitteena on, että maalittamisen kohde ei saisi tukea”, SM:n työryhmäraportti 2021:3, s.28) tulee suhtautua varauksella. Tekijöiden tavoitteet eivät välttämättä ole samat kuin toiminnan tosiasialliset vaikutukset. Ks. myös Reeta Pöyhtäri – Paula Haara – Pentti Raittila, Vihapuhe sananvapautta kaventamassa. Tampere 2013, s. 132. Anglo-amerikkalaisessa keskustelussa puolestaan korostuu ajatus siitä, että maalittamisen taustalla olisi tarkoitus häpäistä kohde, mihin maalittamisesta käytetty englanninkielinen termi ”shaming” myös viittaa. Esim. Aitchison – Meckled-Garcia 2021, s. 9–11. Vihapuheen osalta ks. myös Aleks Knuutila – Heidi Kosonen – Tuija Saresma – Paula Haara – Reeta Pöyhtäri, Viha vallassa: Vihapuheen vaikutukset yhteiskunnalliseen päätöksentekoon. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2019:57, s. 14–15 ja 34–46. Vihamielisen verkko-keskustelun ja aggressiivisen palautteen todennäköisyyden on havaittu vaikuttavan yksittäisten asiantuntijoiden ja journalistien haluun ja tapaan esiintyä julkisuudessa. Pöyhtäri – Haara – Raittila 2013, s. 132–137; Reeta Pöyhtäri, Vihapuhe haasteena uutismedialle ja journalismille, s. 241–266 teoksessa Riku Neuvonen (toim.), Vihapuhe Suomessa. Edita 2015, s. 258–259.
5. Esim. Korpisaari 2019, s. 930; HE 226/2020 vp, s. 4.
6. Lisäksi hyvin erityyppiset nettikiusaamisen ja -häpäisemisen muodot voivat näyttäytyä maalittamisena ja kiusaamisen ja häirinnän muotoja saattaa olla käytännössä vaikea erotella toisistaan, joskin erottavia piirteitäkin on. Ks. esim. Emily B. Laidlaw, Online Shaming and the Right to Privacy. *Laws* 6(1) 2017, s. 1–26; Aitchison – Meckled-Garcia 2021, s. 11–13.

tyyppinen häirintä on, ja toisaalta maalittamisena voidaan pitää myös vakavuudeltaan, laajuudeltaan ja kestoaltaan hyvin erilaisia tilanteita.

Maalittamistyyppisen häirinnän vaikutukset kohteelle ja laajemmin julkiselle keskustelulle ovat pahimmillaan hyvin vakavia, mutta keinoja puuttua siihen ja ehkäistä häirintää tai sen seurauksia on vähän. Ongelmiin puuttumiseksi kolmetoista kansanedustajaa teki vuonna 2019 lakialoitteen viranomaisten maalittamista koskevan erilliskriminalisoinnin säätämiseksi ja eräiden maalittamistekojen poistamiseksi asianomistajarikoksista.⁷ Sisäministeriö puolestaan asetti vuonna 2020 työryhmän selvittämään maalittamisen vastaisten toimien tehostamista,⁸ minkä lisäksi valtioneuvosto on teettänyt selvityksen maalittamisesta lähinnä rikosoikeuden ja työsuojelulainsäädännön näkökulmista.⁹ Myös Poliisihallitus, Valtakunnansyyttäjänvirasto ja käräjäoikeuksien laamannit ovat yhdessä esittäneet, että maalittaminen pitäisi kriminalisoida, koska nykyiset säännökset eivät riittävällä tavalla kata tekoja eivätkä suojaa maalittamisen kohteeksi joutuvia erityisesti siksi, että ”yksittäisiin tekoihin keskittyneillä kriminalisoinneilla ei pystytä tehokkaasti ehkäisemään maalittamisen kaltaista ilmiötä”. Aloitteen mukaan keskeinen ongelma voimassa olevan sääntelyn kannalta on se, että maalittamisessa hyödynnetään joukkovoimaa, eivätkä yksittäiset teot erikseen arvioituina usein täytä minkään rikoksen tunnusmerkistöä tai yksittäiset rikokset ovat lieviä.¹⁰

Eri yhteyksissä on esitetty ainakin neljää erilaista maalittamisen kriminalisoivaa säännöstä.¹¹ Tämän artikkelin tarkoituksena on selvittää, *mitä ne teot ovat, jotka halutaan tai pitäisi kriminalisoida* haitalliseen maalittamiseen puuttumiseksi. Keskusteltaessa maalittamisen aloittamisen tai siihen osallistumisen rikosvastausta ja mahdollisesta kriminalisoinnista ongelmana on, että maalittamisilmiö kuvataan yleensä kokonaisuutena siitä näkökulmasta, millaisena se näyttäytyy kohteelle. Rikosoikeuden näkökulmasta maalittamista on vaikeampi tarkastella yhtenä kokonaisuutena. Maalittamistilanteessa useiden eri rikosten tunnusmerkistöt voivat täytyä, mutta maalittamistyyppinen häirintä on mahdollista myös niin, ettei kukaan tai suurin osa siihen osallistuvista syyllisty mihinkään rikokseen. Puolestaan kriminalisointia pohdittaessa on kysyttävä, näyttäytyykö ilmiö kokonaisuutena tai jopa organisoituna tai tarkoituksellisen

7. LA 33/2019 vp laiksi rikoslain muuttamisesta.

8. SM:n työryhmäraportti 2021:3. Jo aiemmin valmistuneessa, vihapuhetta laajemmin tarkastelevassa työryhmäraportissa on huomioitu myös maalittamiseen liittyviä kysymyksiä. Sanat ovat tekoja: Vihapuhe ja nettikiusaamisen vastaisten toimien tehostaminen. Sisäministeriön julkaisu 2019:23.

9. Illman 2020.

10. Poliisihallituksen ym. lainsäädäntöesitys 2019, s. 8. Lisäksi useat muut oikeudenhoidon alalla toimivia edustavat järjestöt ovat esittäneet tukensa esitykselle oikeusministeriölle osoittamallaan kirjeellä 1.7.2019, Dn:o 63/5/2019.

11. Poliisihallituksen ym. lainsäädäntöesitys 2019; LA 33/2019 vp; Illman 2020; P. Viljanen 2021.

toimintana myös tekijöiden näkökulmasta ja mieltävätkö tai voivatko tekijät mieltää tekonsa osana maalittamiskokonaisuutta. Tästä seuraa ongelma siitä, *miten rangaistavat maalittamisteot määriteltäisiin* mahdollisessa säännöksessä niin, etteivät mahdollisuudet käyttää sananvapautta kaventuisi merkittävästi, mutta maalittamiseen eri tavoin osallistuvat saataisiin teoistaan rangaistusvastuuseen.

Artikkelin keskeinen kysymys on siis maalittamisilmiön määrittelyongelma erityisesti tekijöiden rangaistusvastuun määrittelyä näkökulmasta. Koska maalittamisen kriminalisoinnissa on kysymys perus- ja ihmisoikeutena turvatu sananvapauden rajoittamisesta ja toisaalta kriminalisoinnilla suojattaisiin maalittamisen kohteen perus- ja ihmisoikeuksia, mahdollisuutta säätää maalittaminen rangaistavaksi on tarkasteltava sananvapauden ja perusoikeuksien rajoitusedellytysten suhteen. Lisäksi kriminalisoinnin mahdollisuutta on testattava kriminalisointiperiaatteiden avulla. Maalittamisilmiön luonteesta ja määrittelyongelmasta johtuen keskeisimmät rajoitukset maalittamisen kriminalisoinnille aiheutuvat tarpeesta turvata sananvapaus, ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteesta ja siihen liittyvästä syyllisyysperiaatteesta sekä laillisuusperiaatteen edellyttämästä ennakoitavuudesta, täsmällisyydestä ja tarkkarajaisuudesta.

Edellä mainitun lakialoitteen ja Poliisihallituksen ym. esityksen mukainen kriminalisointi koskisi maalittamista vain silloin, kun sen kohteena on virkamies tai viranomaistoiminta. Tässä artikkelissa tarkastelen kuitenkin maalittamistehtävien kriminalisoinnissa mahdollisuutta laajemmin rajaamalla mahdollisia maalittamisen kohteita tiettyihin henkilöryhmiin. Periaatteessa kuka tahansa voi joutua maalittamisen kohteeksi, mutta erityinen riski siihen vaikuttaisi olevan esimerkiksi palvelualueilla työskentelevillä sekä toimittajilla, tutkijoilla, poliittisissa luottamustehtävissä toimivilla ja asiantuntijoilla, jotka käsittelevät julkisuudessa vahvoja tunteita ja mielipiteitä herättäviä aiheita.¹² Mainittujen rajausten lisäksi sinänsä tärkeät ylläpitäjän ja muiden palveluntarjoajien mahdolliseen vastuuseen liittyvät kysymykset samoin kuin kysymys muista mahdollisista (rikosoikeudellisistakin) keinoista puuttua maalittamiseen on rajattu tämän artikkelin ulkopuolelle.¹³ Lisäksi keskityn pääosin vain kotimaiseen sääntelyyn ja siitä käytyyn keskusteluun.¹⁴

12. Esim. SM:n työryhmäraportti 2021:3. Lisäksi erityisen haavoittuvassa asemassa ovat näihin ryhmiin kuuluvat, jotka eivät ole työntekijäasemassa. Illman 2020, s. 113–114; P. Viljanen 2021, s. 4.

13. Näiden osalta ks. Korpisaari 2019; Illman 2020. Näitä muita keinoja voisivat olla myös mm. syyteoikeutta koskevien säännösten muuttaminen niin, että maalittamistyyppisissä tilanteissa tehtävät teot olisivat virallisen syytteen alaisia. Tällainen muutos koskien laitonta uhkausta tiettyissä tilanteissa (RL 25:9.2) tuli voimaan syksyllä 2021, ks. myös HE 226/2020 vp ja LaVM 10/2021 vp.

14. Tiedossani ei ole, että maalittaminen sellaisenaan olisi tällä hetkellä säädetty rangaistavaksi josain toisessa (Euroopan) maassa. Ks. myös oikeusministeriön tekemä selvitys tiettyjen maiden osalta, Tiivistelmä maalittamista koskevan EU-jäsenvaltioiden kyselyn tuloksista. OM/KRO/ROY 30.6.2020.

2. Sananvapaus perus- ja ihmisoikeutena

Maalittamiskeskustelun ytimessä on kysymys sananvapaudesta ja mahdollisuuksista rajoittaa sitä esimerkiksi muiden yksityiselämän, kunnian, sananvapauden ja viime kädessä jopa henkilökohtaisen koskemattomuuden ja turvallisuuden tai vapauden turvaamiseksi. Perustuslaki (12 §, PL) samoin kuin muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimus (10 artikla, EIS) edellyttävät, että jokaisella on oikeus ilmaista ja julkaista tietoja, mielipiteitä ja viestejä sekä myös oikeus vastaanottaa niitä. Koska sananvapauden ”keskeisenä tarkoituksena on taata kansanvaltaisen yhteiskunnan edellytyksenä oleva vapaa mielipiteen muodostaminen, avoin julkinen keskustelu, joukkotiedotuksen vapaa kehitys ja moniarvoisuus sekä mahdollisuus vallankäytön julkiseen kritiikkiin”,¹⁵ kriittiset, mutta myös provosoivat, järkyttävät ja jopa loukkaavat ilmaisut kuuluvat tiettyyn rajaan asti sananvapauden piiriin.¹⁶ Sananvapautta voidaan kuitenkin rajoittaa, mutta EIS 10 artiklan mukaan rajoituksista tulee säätää laissa, niiden täytyy olla välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa ja rajoitusten tulee suojata artiklassa mainittuja intressejä. Lisäksi kaikkein vakavimpien loukkausten osalta sovelletaan EIS 17 artiklan oikeuksien väärinkäytön kieltoa, jolloin ei tarvitse edes tehdä punnintaa siitä, kuuluuko ilmaisu sananvapauden suojan piiriin vai ei, vaan ilmaisu on yksiselitteisesti kielletty.¹⁷ Ei tosin ole selvää, millaiset ilmaisut voidaan katsoa niin loukkaaviksi, että väärinkäytön kiello soveltuu ilman sananvapauspunnintaa.¹⁸

Kriminalisointien hyväksyttävyyttä on arvioitava sekä perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten¹⁹ että perus- ja ihmisoikeuksien sisällön kannalta. Mainitun EIS 10 artiklan 2 kappaleen mukaan sananvapautta voidaan ja on tarpeen rajoittaa muun muassa kunnian, yksityisyyden ja yleisen turvallisuuden

15. HE 309/1993 vp perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta, s. 56/II.

16. Esim. Oberschlick v. Itävalta n:o 2 (1.7.1997), Hertel v. Sveitsi (25.8.1998), Steel ja Morris v. Yhdistynyt kuningaskunta (15.12.2005) ja Mouvement raélien suisse v. Sveitsi (13.7.2012). Ks. myös KKO 2020:68 (kohta 30) ja Päivi Tiilikka, Sananvapaus ja yksilön suoja - Lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen. WSOY 2007, s. 203–204. Sananvapauden merkityksestä ja toisaalta myös tarpeesta ja mahdollisuuksista rajoittaa vihapuhetta, esim. Kimmo Nuotio, Miten vihapuhetta tulisi rajoittaa? s. 204–217 teoksessa Maija Aalto-Heinilä – Visa Kurki (toim.), Mitä oikeudet ovat? Filosofian ja oikeustieteen näkökulmia. Gaudeamus 2019.

17. Esim. European court of human rights, Fact Sheet – Hate Speech, September 2020. Oikeuksien väärinkäytön kiellosta vihapuhekontekstissa, ks. myös esim. Kimmo Nuotio, Vihapuheen rikosoikeudellinen sääntely, s. 139–164 teoksessa Riku Neuvonen (toim.), Vihapuhe Suomessa. Edita 2015, s. 156–159; Tatu Hyttinen, Vihapuhe ja oikeuksien väärinkäytön kiello, s. 89–111 teoksessa Dan Frände – Dan Helenius – Heli Korkka – Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä – Sakari Melander (toim.), Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019. Forum Iuris 2019.

18. Esim. Matti Pellonpää – Monica Gullans – Pasi Pölönen – Antti Tapanila, Euroopan ihmisoikeussopimus, 6. uud. painos. Alma Talent 2018, s. 1053; Hyttinen 2019.

19. PeVM 25/1994 vp.

suojaamiseksi. Rikoslaisa (39/1889, RL) on useita säännöksiä, joissa kriminalisoinneilla on asetettu rajoituksia sananvapaudelle ja näin pyritty turvaamaan muiden perusoikeuksien toteutumista. Koska sananvapauden rajoittamisessa on kuitenkin kyse sekä yksilön itseilmaisun että yhteiskunnan ja demokratian kannalta varsin merkittävän oikeuden rajoittamisesta, myös sananvapautta rajoittavien rikossäännösten tulkinnan tulee olla rajoittavaa niin, ettei sananvapauden ydinsisältöön puututa.²⁰ Sananvapautta rajoittaviin tunnusmerkeistöihin (RL 24:8.2–3 ja RL 24:9.3–4) lisättiinkin vuoden 2014 alusta voimaan tulleilla muutoksilla sananvapautta korostava vastuuvapauslauseke niiltä osin kuin keskustelussa on kyse yleiseltä kannalta merkittävän asian käsittelemiseksi esitetystä ilmaisusta, jos sen esittäminen, huomioon ottaen sen sisältö, toisten oikeudet ja muut olosuhteet, ei selvästi ylitä sitä, mitä voidaan pitää hyväksyttävänä.²¹ Vastaava julki-sessa roolissa toimivan henkilön toiminnan asianmukainen arvostelu oli 3 momentin mukaan rankaisematonta jo ennen muutosta. Vuoden 2014 alusta lähtien voimaan tulleilla muutoksilla myös kavennettiin vankeusrangaistuksen käyttöä ilmaisunvapausrikoksissa.²² Sananvapauden korostuneesta asemasta huolimatta yksityiselämää ja kunniaa on suojattava niitä loukkaavan tiedon levittämiseltä, mikä edellyttää perusoikeuksien välistä punnintaa tapauskohtaisesti.²³ Sananvapautta koskevalla sääntelyllä ja oikeuskäytännöllä on siten merkitystä sekä sovellettaessa voimassaolevia rikossäännöksiä maalittamistyyppiseen häirintään

20. Esim. *Oberschlick v. Itävalta* n:o 2 1.7.1997. Ks. myös rankaisemisen perus- ja ihmisoikeuksien mukaisuuden kaksoiskontrollista esim. *Dan Frände ja Markus Wahlberg teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg, Keskeiset rikokset. 4. uudistettu painos. Edita Publishing Oy 2018, s. 429.*
21. HE 19/2013 vp laeiksi rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta. Muutokset liittyivät osittain EIT:n ratkaisukäytäntöön ja lukuisiin Suomen saamiin langettimiin tuomioihin, ks. lähemmin esim. *Jussi Matikkala, Onko ilmaisurikoksia koskeva sääntelymme kohdallaan?* s. 147–169 teoksessa *Tatu Hyttinen – Antti Jokela – Jussi Tapani – Mikko Vuorenperä (toim.), Rikoksesta rangaistukseen – juhlaulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012. Turun yliopisto 2012.*
22. Myös tämän muutoksen taustalla olivat EIT:n ratkaisut sekä Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen 25.7.2007 antama päätöslauselma 1577 (2007) *Towards decriminalisation of defamation*, jossa suositellaan mm. vankeusrangaistuksen poistamista kunnianloukkauksista.
23. Perus- ja ihmisoikeuspunninnasta rikosoikeuden tulkinnassa, esim. *Tatu Hyttinen, Syytön tai Syyllinen. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2015.* EIT:n käytäntö sananvapausasioissa on ollut jo vuosituhatien vaihteessa hyvin laaja. *Jukka Viljanen, The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. Tampere University Press 2003, s. 299–300.* Tapauksen valtavan määrän ja kirjon sekä perusoikeuspunninnan tapauskohtaisuuden vuoksi tulkintalinjausten tiivistäminen on haastavaa. *Tiilikka 2007, s. 169–170.* Osaltaan vuonna 2014 voimaan tulleet muutokset sananvapautta rajoittaviin rikostunnusmerkeistöihin selkeyttivät tulkintaa ja päivittivät sen vastaamaan paremmin EIT:n käytäntöä, mutta tapauskohtaisen punninnan tarvetta ja säännösten tulkinnanvaraisuutta ei voida täysin välttää. HE 19/2013 vp. Ks. myös *Riku Neuvonen, Uudistettu yksityiselämän ja kunniansuoja Suomessa. Defensor Legis N:o 5/2015, s. 864–882.*

että harkittaessa mahdollisuuksia säätää maalittamisteot rangaistavaksi nykyistä laajemmin.

Maalittamisen kriminalisoiminen voitaneen perustella EIS 10 artiklan tarkoittamalla tavalla lähtökohtaisesti tarpeelliseksi sen ohella, että kriminalisointi suojaisi EIS 8 artiklassa tunnustettuja sekä eräitä muitakin oikeuksia. Mahdollisessa maalittamisen kriminalisoimisessa keskeinen kysymys on kuitenkin se, voidaanko sananvapaudelle säätää uusia rajoituksia riittävän täsmällisesti ja niin, että rajoitukset koskisivat nimenomaan haitallista ja vakavaa maalittamista, mutta eivät kriittistä keskustelua erityisesti yleiseltä kannalta merkittävistä asioista. Erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) sananvapautta korostava ratkaisukäytäntö sekä aiemmat ilmaisurikoksiin tehdyt muutokset perusteluineen huomioiden, lisärajoituksiin sekä rangaistusten ankaroittamiseen sananvapautta rajoittavissa rikoksissa tulee suhtautua varauksella.

3. Maalittaminen voimassa olevan rikossääntelyn näkökulmasta

Kuten johdannosta käy ilmi, maalittamisen kohteeksi joutuminen voi tarkoittaa hyvin monenlaista ja pitkäänkin jatkuvaa, lukuisten ihmisten toteuttamaa häirintää, joka saa alkunsa yhden tai muutaman henkilön toimista. Tekijän ja tämän rikosoikeudellisen vastuun näkökulmasta tarkasteltuna ilmiö näyttäytyy monitahoisempana. Tyypillinen organisoituna pidetty maalittamistilanne lienee sellainen, jossa yksi tai muutama aloittaja, joilla on näkyvyyttä ja vaikutusvaltaa esimerkiksi sosiaalisessa mediassa, joko avoimesti tai epäsuorasti kehottavat muita ”hyökkäämään” kohdettaan vastaan. He ilmaisevat näkemyksensä maalittamisen kohteesta, tämän teo(i)sta tai mielipiteestä tietäen tai olettaen, että heidän yleisönsä reagoi esimerkiksi lähettämällä häiritseviä viestejä kohteelle, tai he saattavat avoimesti kehottaa yleisöään esimerkiksi ottamaan yhteyttä kohteeseen, kirjoittamaan häiritseviä tai halventavia viestejä tästä tai voivat jopa yllyttää tai kehottaa muita väkivaltaan tai muihin rikoksiin kohdetta vastaan. Maalittamisessa siis keskeinen rooli on maalittajalla itsellään ja hänen viestinnällään, mutta maalittamistyyppinen tilanne voi saada alkunsa myös spontaanimminkin ilman varsinaista aloittajaa ja olla siitä huolimatta jollain tavalla organisoitua ja / tai tarkoituksellista. Olennaista on joka tapauksessa se, että tekokokonaisuuteen osallistuu useita henkilöitä, jotka joko oma-aloitteisesti tai maalittajan yllyttämisenä tai innoittamina toimivat kohdetta häiritsevällä tavalla.

Kuvatun kaltainen maalittaminen voi tapahtua niin, ettei siinä syyllistyä rikoksiin, mutta maalittamisen osateot voivat myös täyttää useiden eri rikosten tunnusmerkistön. Kohteen häirinnässä saattaa olla kyse ainakin yksityiselämästä loukkaavasta tiedon levittämisestä (RL 24:8–8a), kunnianloukkauksesta

(RL 24:9–10), laittomasta uhkauksesta (RL 25:7), vainoamisesta (RL 25:7a), viestintärauhan rikkomisesta (RL 24:1a), julkisesta kehottamisesta rikokseen (RL 17:1) tai viranomaiseen kohdistuessaan esimerkiksi virkamiehen vastustamisesta tai haitanteosta virkamiehelle (RL 16:1–3).²⁴ Maalittamistekokonaisuudessa voi siten tulla arvioitavaksi lukuisia eri rikoksia, joissa voi olla useita RL 5 luvun 3–6 §:ssä tarkoitettuja tekijöitä ja osallisia.

Maalittamisen aloittaminen saattaa tulla arvioitavaksi yllyttämisenä tai julkisena kehottamisena rikokseen, mutta kaikki maalittamistyyppisessä tilanteessa mahdollisesti täyttyvät rikokset voivat olla yhtä hyvin aloittajan kuin muidenkin tekemiä. Esimerkiksi maalittamisen alullepaneva viesti voi sisältää yksityiselämää koskevaa tietoa tai täyttää kunnianloukkauksen tunnusmerkistön, ja toisaalta maalittamistyyppiseen häirintään muulla tavalla osallistuva saattaa syyllistyä esimerkiksi yllyttämiseen. Maalittamistyyppisessä tilanteessa tekoja ja vastuita ei kuitenkaan välttämättä tutkita kokonaisuutena, vaan yksittäisten tekijöiden yksittäisinä rikosepäilyinä.²⁵ Tutkittavana saattaa olla satoja viestejä ja tekoja, joista osa yhdessä tai erikseen täyttävät eri rikosten tunnusmerkistöjä, ja eri tekijöiden vastuu teoista vaihtelee. Toisaalta teot yksittäin arvioituina ovat yleensä suhteellisen vähäisiä rikoksia ja usein internetissä tehtyinä hankalasti tutkittavia, jolloin niiden tutkiminen ei välttämättä ole prosessiekonomisesti mielekästä tai edes mahdollista siksi, ettei riittäviä tutkintakeinoja ole käytettävissä.²⁶ Lisäksi yksittäiset rikokset vanhenevat nopeasti, kun kokonaisuus koostuu lukuisista vähäisemmistä rikoksista.

Voimassa olevien rikossäännösten soveltuminen maalittamiskokonaisuuksiin on laaja ja monitahoinen kysymys, jota ei voida tyhjentävästi käsitellä tässä yhteydessä. Suurin ongelma lienee kuitenkin se, että useissa tapauksissa yksittäiset maalittamiskokonaisuuden osateot eivät joko täytä minkään rikoksen tunnusmerkistöä tai jäävät hyvin vähäisiksi rikoksiksi, vaikka kokonaisuutena arvioituna maalittamisella aiheutettu haitta tai vahinko olisi huomattavakin. Sinänsä nykyisten säännösten perusteella maalittamistyyppiset teot voivat hyvin johtaa rangaistuksiin, mutta käytännössä näin tapahtuu vain poikkeuksellisesti.²⁷ Tästä syystä maalittamiskeskustelussa keskeisimpiä kysymyksiä on ollut se,

24. Lähemmin voimassa olevan rikossääntelyn soveltumisesta maalittamistyyppisiin tekokokonaisuuksiin, ks. Oikeusministeriö, Lainkäyttöhenkilöstön rikosoikeudellinen suoja. Muistio 9.4.2019 (VN/7189/2018); Illman 2020, s. 25–77.

25. Esim. esitutkinnan rajoittamista koskeva valtakunnansyyttäjän ratkaisu VKSV dnro 315/21/18.

26. Maalittamiseen liittyvien rikosten tutkinnasta esim. Illman 2020, s. 93–102 ja SM:n työryhmäraportti 2021:3, s. 24–25. Ks. myös Marko Fors, Rangaistava vihapuhe internetissä – Miten kansanryhmän suoja eroaa yksilön suojasta? Edilex 2018/23.

27. Esim. Illman pitää ns. MV-lehti ym. -tapausta (Helsingin käräjäoikeuden tuomio 18.10.2018 nro 18/144694, dnro R 18/4821, Helsingin hovioikeus 14.7.2020, dnro 20/124654, ei lainvoimainen) osoituksena siitä, että maalittamistyyppisiä tekoja pystytään torjumaan ainakin kohtuullisesti jo nykyisäännösten avulla. Illman 2020. Tapaus on kuitenkin hyvin poikkeuksellinen siinä mielessä, että teoista tuomituilla henkilöillä oli MV-lehden kautta laaja yleisö ja

pitäisikö maalittaminen kriminalisoida erikseen. Koska vakavammat ja ilmeisemmät tekemuodot yksittäisinäkin lähtökohtaisesti jo nyt voivat täyttää eri rikosten tunnusmerkistöjä, keskityn tässä artikkelissa tarkastelemaan kriminalisoimismahdollisuutta niiltä osin kuin rikosvastuu ei tällä hetkellä toteudu. Toisin sanoen tarkastelen mahdollisuutta kriminalisoida maalittamistekoja niissä tapauksissa, kun yksittäiset teot eivät voimassa olevan sääntelyn mukaan täytä minkään rikoksen tunnusmerkistöä (tai ovat korkeintaan lieviä rikoksia), mutta yksittäisten tekojen yhteisvaikutuksena aiheutuu maalittamisen kohteelle vakaakin häirintää.

4. Maalittamisilmiö ja rangaistusvastuun määrittelyhaasteet

Poliisihallituksen ym. esityksessä viranomaisiin kohdistuvan maalittamisen kriminalisoimisesta todetaan, että ”[m]aalittamiselle luonteenomaisessa tekosarjassa on kyse systeemivääryydestä, jonka kokonaisuutena tulisi arvostella rikosoikeudellisesti omana tekonaan.”²⁸ Jotta tällaiseen systeemivääryyteen voitaisiin puuttua, mahdollisessa kriminalisoinnissa tulisi huomioida ensinnäkin se, että tekokokonaisuus on uhria vakavasti häiritsevää ja taustalla on jopa häiritsemistarkoitus. Lisäksi pitäisi huomioida riittävällä tavalla yksittäisten tekojen toistuvuus ja tapahtuminen pitkän ajan kuluessa sekä se, että tekokokonaisuuteen osallistuu useita tekijöitä ja etteivät teot erikseen arvioituina välttämättä täytä tällä hetkellä minkään rikoksen tunnusmerkistöä. Kuten jäljempänä esitetään, mahdollisuus puuttua tällaisiin systeemivääryyksiin ei kuitenkaan ole selvää sananvapaus, perusoikeuksien rajoitusedellytykset ja kriminalisointiperiaatteet huomioiden.

toisaalta vaikutusvaltaa lehden lukijoiden piirissä. Tästä huolimatta, kuten Illmankin toteaa, vaati ”jo muutamien päätekijöiden osuuden saattaminen esitutkinnan ja rikosoikeudenkäynnin kohteeksi varsinkin huomattavan viranomaispanostuksen”. Illman 2020, s. 67. Lisäksi arvioiduksi ja tuomituiksi tulivat nimenomaan vain keskeisten tekijöiden teot ja heidätkin tuomittiin yhteensä vain muutamista maalittamistyyppiseen kokonaisuuteen kuuluvista rikoksista. Osa teoista oli ehtinyt jo vanhentua vuosia jatkuneen häirinnän aikana, ja esim. vainoamisen osalta arvioitiin vain yhden henkilön toimia, ja hovioikeus totesi, että ”yksittäisiä viestejä voidaan ... pitää sisällöltään korkeintaan epäasiallisina” (tuomion s. 22) ja toisaalta että, tekijän ei ole ”tullut ymmärtää menettelynsä olevan oikeudetonta” (tuomion s. 12). Tapaus sinänsä osoittaa rangaistavuuden olevan mahdollista, mutta toisaalta se viittaa tekijöiden rangaistusvastuuseen saamisen olevan hyvin vaikeata ja epätodennäköistäkin silloin, kun tekijät ovat vähemmän tunnettuja ja toimivat esimerkiksi pelkästään sosiaalisessa mediassa ja / tai vähemmän ilmeisellä tavalla uhria häiriköiden.

28. Poliisihallituksen ym. lainsäädäntöesitys 2019, s. 8.

Ensin on kuitenkin tiedettävä, mistä haitalliseksi koetussa ja kriminalisoitavaksi ehdotetussa ilmiössä on kyse ja millaisia konkreettisia tekoja on tarkoitus kriminalisoida. Keskeinen ongelma maalittamisesta ja erityisesti sen kriminalisoimisesta käydyssä keskustelussa on, että ilmiön kuvaaminen ja tarkastelu keskittyy lähes yksinomaan siihen, millaisena maalittaminen näyttäytyy sen kohteelle. Uhrin kokemaa häirintää on tutkittu,²⁹ mutta sen sijaan netissä toisia häiriköivien ihmisten, saati nimenomaan maalittamistyyppiseen häirintään osallistuneiden käyttäytymisestä ja motiiveista on vähemmän tietoa,³⁰ eikä tekijöiden näkökulmaan ole kiinnitetty juuri huomiota maalittamisen kriminalisoinnista koskevassa keskustelussa. Emme siis tiedä sitä, kuinka suuri osa maalittamisena näyttäytyvästä toiminnasta todella on organisoitua ja tarkoituksellista kohteen häirintää, pelottelua tai hiljentämistä eikä esimerkiksi halua osallistua keskusteluun, kritisoida, arvostella, tukea samaa mieltä olevaa, pyrkimystä osoittaa joukkoon kuulumista tai jopa ilmaista vihaa tai loukata tarkoittamatta kuitenkaan *maalittaa* tai *osallistua maalittamiseen*. Emme siis tiedä, kuinka yleistä tarkoituksellinen tai organisoitu maalittaminen on, ja pystymme joka tapauksessa hyvin harvoin päättelemään tekokokonaisuutta tarkastelemalla, milloin on kyse organisoidusta ja tarkoituksellisesta toiminnasta ja miten yksittäinen tähän toimintaan osallistunut henkilö on mieltänyt tilanteen ja oman tekonsa osana sitä.

Tilanne, jossa keskustelijat saattavat kokea tullessaan maalitetuiksi voi alkaa esimerkiksi niin, että tutkija kritisoi vallitsevan tieteellisen tiedon vastaisia terveystieteitä julkisesti esittäneen sosiaalisen median vaikuttajan näkemyksiä. Tämän jälkeen viimeksi mainittu puolestaan kritisoi tutkijan kannanottoja, mistä seuraa tilanne, jossa lukuisat henkilöt lähettävät kummallekin kiistan osapuolelle viestejä, jotka muuttuvat kohteilleen häiritseviksi. Kumpikin osapuoli kokee tullessaan toistensa maalittamaksi, vaikka kumpikaan ei olisi nimenomaisesti kehottanut ketään lähettämään viestejä toiselle osapuolelle, saati häiritsemään tai uhkailemaan tätä. Osapuolten kokemuksen ja lähetettyjen viestien perusteella ei kuitenkaan voida päätellä sitä, mikä heidän tarkoituksensa on ollut, mutta ei myöskään sitä, millaisena muut viestejä lähettäneet henkilöt ovat nähneet tilanteen ja toisaalta oman tekonsa osana kokonaisuutta. Tämä on nähdäkseni olennaisin ongelma maalittamisen kriminalisoimisesta keskusteltaessa sekä aloittajan että osallistujien vastuun määrittämisen suhteen.

Tässä mielessä myös maalittamisen käsite on kiinnostava. Termillä tarkoitetaan sodankäynnissä (vihollisjoukkojen) kohteen määrittämistä tai

29. Esim. Magdalena Celuch – Nina Savela – Reetta Oksa – Rita Latikka – Atte Oksanen, Individual factors predicting reactions to online harassment among Finnish professionals. *Computers in Human Behavior* 127/2022, 107022.

30. Ks. kuitenkin esim. Markus Kaakinen – Pekka Räsänen – Matti Näsi – Jaana Minkkinen – Teo Keipi – Atte Oksanen, Social capital and online hate production: A four country survey. *Crime, Law and Social Change* 69/2018, s. 25–39; Xiaoyu Ge, Social media reduce users' moral sensitivity: Online shaming as a possible consequence. *Aggressive Behavior* 46/2020, s. 359–369.

merkitsemistä hyökkäyksen kohteeksi. Maalittamisen käsite ja maalittaminen tekokokonaisuutena ovat uhrin näkökulmasta suhteellisen ongelmattomia: kohtaamansa häirinnän perusteella maalittamisen kohde kokee tulleen maalitetuksi tai joutuneensa hyökkäyksen kohteeksi eikä hänelle ole välttämättä olennaista, ketkä kaikki tekon osallistuivat, millä osuudella ja kuka oli tekokokonaisuuden aloittaja vai alkoiko häirintä spontaanisti. Rikosvastuun ja tekijöiden näkökulmasta sen sijaan on välttämätöntä tietää ja pystyä määrittelemään, mistä teosta on kyse, kuka tai ketkä ovat tekijöitä ja mitä heidän vastuunsa kattaa.

Käsite ”maalittaminen” viittaa siihen, että tekokokonaisuuden taustalla on henkilö tai muutamia henkilöitä, jotka maalittavat eli osoittavat kohteen, jota vastaan muut puolestaan hyökkäävät. Maalittaminen-sana viittaa siis yhteen tai muutamaaan vihaviestikampanjan alullepanijaan, ja viestejä lähettävät eivät siksi ”maalita” eivätkä itse asiassa edes osallistu *maalittamiseen*, vaan hyökkäävät jo maalitettua, kohteeksi merkittyä henkilöä vastaan. Maalittaminen-termin käyttö nettihäirinnän ja vihapuheen yhteydessä on myös siinä mielessä harhaanjohtava, että toisin kuin sodankäynnin kontekstissa, osallistujat eivät välttämättä toimi yhteisymmärryksessä, saati ennalta sovitun suunnitelman mukaisesti. Sen sijaan varsinainen maalittaja osoittaa kohteen ja provosoi muita hyökkäämään, mutta ei voi olla varma toisten reaktioista. Näillä eroilla puolestaan on merkitystä aloittajan ja osallistujien mahdollista rikosvastuuta pohdittaessa.

Ilmiön määrittelyongelman lisäksi maalittamiskriminalisointiin liittyvien kysymysten arvioiminen on haastavaa siksi, että useista kriminalisointiehdotuksista huolimatta sellaista ehdotusta ei ole esitetty, joka kattaisi tekoja olennaisesti laajemmin kuin nykyiset rikossäännökset, mutta olisi muun muassa laillisuusperiaatteen rajoissa hyväksyttävissä.³¹ On siis arvioitava hypoteettisen säännöksen mahdollisuutta ja mahdottomuutta. Lisäksi kriminalisoitavaan tekokokonaisuuteen liittyy useita sellaisia tekijöitä, jotka poikkeavat perinteisestä rikoksen mallista ja vakiintuneesta rikosoikeudellisesta sääntelytavasta³² ja jotka

31. Lakialoitteessa LA 33/2019 vp ja Poliisihallituksen ym. lainsäädäntöesityksessä (2019) ehdotetut säännökset ovat hyvin epäselviä ja laajoja. Ehdotuksia koskevasta kritiikistä, ks. Illman 2020, s. 123–130 ja P. Viljanen 2021, s. 4–6. Toisaalta Illmanin ja P. Viljasen ehdottamat säännökset eivät juuri laajentaisi rangaistavuuden alaa nykyisestä, mutta aiheuttaisivat kuitenkin tulkintaongelmia myöhemmin esitettävällä tavalla. Illman 2020; P. Viljanen 2021.

32. Ks. tästä muutoksesta ja poikkeamisen tarpeesta esim. Ari-Matti Nuutila, Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton kustannus 1996, s. 111; Kimmo Nuotio, Teko, vaara, seuraus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998, s. 7–16, 53–55; Jussi Tapani, Petos liikesuhteessa: talousrikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, s. 92–95; Kimmo Nuotio, Lainsäätäjä rikosoikeuden yleisten oppien parissa, s. 243–269 teoksessa Lahti – Lappi-Seppälä (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, erit. s. 252. Tarve muutokselle ja eri syistä johtuvalle poikkeamiselle ”perinteisestä” rikoksen mallista ja sen varaan rakentuvista yleisistä opeista on todettu jo vuosikymmeniä sitten (ks. esim. Rikosoikeuskomitean mietintö KM 1976:72, s. 39 ja 43) ja tarve alkaa toisaalta olla jo niin yleinen, että kyse ei ole siinä mielessä kovin poikkeuksellisesta

haastavat jopa rikosoikeuden yksilönvastuuta ja valinnanvapautta korostavat tausta-arvot.³³ Näihin liittyvät ongelmat puolestaan avaavat suuren joukon rikosoikeudellisen vastuun muodostumista koskevia kysymyksiä (muun muassa kysymykset tahallisuudesta ja tuottamuksesta, syy-yhteydestä, vaarantamisesta ja osallisuudesta), joita on tutkittu paljon ja joita koskevista näkemyksistä ei ole kaikilta osin yhteisymmärrystä. Näihin rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeviin kysymyksiin ei ole mahdollista perehtyä syvällisesti, vaan on tyydyttävä hyvin yleiseen tarkasteluun ja lähinnä ongelmien paikantamiseen.

4.1. Kriminolisointiperiaatteet ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset

Sananvapautta rajoittavan uuden kriminalisoinnin hyväksyttävyyden arvioiminen ja rangaistusvastuun määrittelemisen edellyttää huomioimaan sananvapautta koskevan sääntelyn ja oikeuskäytännön lisäksi perusoikeuksien rajoitusedellytysten sekä kriminalisointiperiaatteiden asettamat rajat ja vaatimukset. Kriminolisointiperiaatteita ovat ainakin oikeushyvien suojelun periaate, ultima ratio -periaate sekä hyöty-haitta-punninnan periaate,³⁴ mutta myös laillisuusperiaatteen ja ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteen voidaan katsoa olevan osa kriminalisointiperiaatteita.³⁵ Perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä ovat

tilanteesta. Nuotio huomauttaakin, että ”moderneja” ilmiöitä on osoitettavissa jo rikosoikeuden teorian klassisen vaiheen ajoilta”. Nuotio 1998, s. 12. Myös perustuslakivaliokunta on katsonut esim. vakiintuneista osallisuusopeista poikkeamisen mahdolliseksi lisäedellytyksin, esim. PeVL 41/2001 vp ja PeVL 48/2002 vp.

33. Liberaaleihin arvoihin perustuva yksilön toimintavapaus ja vastuu on keskeinen rikosoikeuden tausta-arvo tai oletus, joka heijastuu koko rikosoikeusjärjestelmään ja rikosoikeuden yleisiin oppeihin. Esim. Nuotio 1998, s. 26–28 ss. Kriminolisointiperiaatteiden näkökulmasta, esim. Melander 2008, erit. s. 94 ja 343–344; Heli Korkka-Knuts – Dan Helenius – Dan Frände, Yleinen rikosoikeus. Edita Publishing Oy 2020, erit. s. 17–18. Ks. myös esim. HE 44/2002 vp rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi, s. 69/I. Arvojen kriittistä tarkastelua, ks. esim. Nicola Lacey, In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory. *Modern Law Review* 64(3) 2001, s. 350–371, erit. 357. Ks. myös Alan Norrie, Crime, reason and history – A critical introduction to criminal law. Butterworths 2001; Kristiina Koivukari, The crumbling narrative of modern European criminal justice, Helsingin yliopisto 2020.
34. Tapio Lappi-Seppälä, Miksi rikosoikeus? s. 19–82 teoksessa Ari Hirvonen (toim.), Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitos 1994, s. 33–41.
35. Sakari Melander, Kriminolisointiteoria – Rangaistavaksi säättämisen oikeudelliset rajoitukset. Suomalainen lakimiesyhdistys 2008. Ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteen osalta, Nuutila 1996, s. 76–79. Sen sijaan esim. Jussi Tapani, Matti Tolvanen ja Tatu Hyttinen eivät katso näiden olevan kriminalisointiperiaatteita, vaan heidän mukaansa laillisuusperiaatteen osalta on kyse ”koko oikeusvaltiollisen rikosoikeusjärjestelmän perusfundamentista” ja ih-

perustuslakivaliokunnan käytännön mukaan vaatimukset lailla säätämisestä, täsmällisyydestä ja tarkkarajaisuudesta, hyväksyttävyydestä, perusoikeuden ytimen koskemattomuudesta, suhteellisuudesta, oikeusturvasta sekä perus- ja ihmisoikeuksienmukaisuudesta.³⁶ Kaikki rajoitusedellytykset ja kriminalisointiperiaatteet ovat sidoksissa toisiinsa ja ne ovat osittain päällekkäisiäkin.³⁷ Keskityn maalittamiskriminalisoinnin osalta kaikkein ongelmallisimpiin periaatteisiin, laillisuusperiaatteeseen ja ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteeseen, jälkimmäisen osalta erityisesti syyllisyysperiaatteeseen ja perusoikeuden ydinalueen koskemattomuuden vaatimukseen. Näiltäkin osin tämän tekstin rajoissa voidaan tarkastella vain keskeisimpiä kysymyksiä maalittamiskeskustelun näkökulmasta.

Oikeushyvien suojelun periaatteella tarkoitetaan tiivistetysti sitä, että rikoslain säännösten on suojeltava jotain perusoikeuksien³⁸ kannalta hyväksyttävää intressiä, ja säännösten taustalla on oltava painava yhteiskunnallinen tarve.³⁹ Oikeushyvien suojelun periaatteella on myös yhteys laillisuusperiaatteeseen: teleologinen tulkinta edellyttää säännöksen tarkoituksen tuntemista, jolloin suojeleobjektin määrittämisen voidaan katsoa muodostuvan osaksi säännöksen täsmällisyyttä ja tarkkarajaisuutta.⁴⁰ Lisäksi suojeltava oikeushyvä vaikuttaa kriminalisoitavan käyttäytymisen määrittelemiseen.⁴¹ Mahdollisessa maalittamiskriminalisoinnissa suojeltavat oikeushyvät liittyisivät oletettavasti ainakin yksilön henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen (PL 7.1 §) sekä yksityiselämän ja kunnian suojaan (PL 10.1 §), mutta säännös voisi suojata (välillisesti) myös sananvapautta (PL 12.1 §), demokraattisia osallistumisoikeuksia (PL 2.2 §), tieteen ja taiteen vapautta (16.3 §) sekä mahdollisesti päätöksenteon riippumattomuutta ja viranomaistoimintaa yleensä.⁴² Koska maalittamisen kriminalisoimisella voitaisiin perustellusti katsoa suojattavan perustuslaissa turvattuja yksilön oikeuksia (ja mahdollisesti välillisesti myös yhteisöllisiä oikeushyviä),⁴³ oikeushyvien suojelun periaate tai EIS 10 artiklan

misarvonloukkaamattomuuden osalta ”rikosoikeuteen sisäänkirjoitetusta ihmiskäsityksestä”.
Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Tatu Hyttinen, Rikosoikeuden yleinen osa. Alma Talent 2019, s. 83–84.

36. PeVM 25/1994 vp, s. 5.

37. Esim. Sakari Melander, Kriminalisointiperiaatteet ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Lakimies 6/2002, s. 938–961.

38. Keskustelua perusoikeuksien ja oikeushyvien välisestä suhteesta, ks. esim. Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Alma Talent 2001, s. 332–333; Melander 2008, s. 346–351

39. Esim. PeVM 25/1994 vp, s. 5; PeVL 23/1997 vp, s. 2; LaVL 9/2004 vp, s. 1–2; Melander 2008, s. 327–388.

40. Melander 2008, s. 253, 355–357. Ks. myös Hyttinen 2015.

41. Esim. Melander 2008, s. 358 – 361; Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 117–119.

42. Ks. myös Illman 2020, s. 14–21; P. Viljanen 2021, s. 4.

43. Yhteisöllisiin oikeushyviin liittyvät ongelmat ja huoli niiden yleistymisestä ei olisi maalittamiskriminalisoinnin suurin haaste, koska kriminalisoinnilla suojattavat oikeushyvät voitaisiin

mukaan sallitut rajoitusperusteet sananvapaudelle eivät tässä mielessä rajoittaisi maalittamisen säätämistä rangaistavaksi.

Sen sijaan vaatimus siitä, että suojattavan intressin on oltava perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä, johtaa vaikeampiin kriminalisoinnin hyväksyttävyyttä koskeviin kysymyksiin. Kriminalisointia harkittaessa on nimittäin huomioitava perusoikeuksien muodostama kokonaisuus, mikä edellyttää punnintaa suojattavan ja rajoitettavan oikeuden välillä niin, että oikeuksia rajoitettaisiin mahdollisimman vähän.⁴⁴ Tämä puolestaan edelleen liittyy perusoikeuksien rajoitusedellytysten suhteellisuusvaatimukseen ja rikosoikeudelliseen *ultima ratio* -periaatteeseen.⁴⁵ Suhteellisuusvaatimuksen osalta maalittamiskriminalisoinnissa on olennaista se, että ”[r]ajoitus ei saa mennä pidemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään.”⁴⁶ Vaatimus liittyy osittain rangaistusseuraamuksen ankaruuteen ja edellyttää käyttämään vähemmän perusoikeuksiin puuttuvaa keinoa, jos sellainen on mahdollinen tavoitteen saavuttamiseksi.⁴⁷ Hyväksyttävyydedellytyksen ohella suhteellisuusvaatimuksen intressipunninta kuitenkin johtaa maalittamiskriminalisoinnissa myöhemmin esitettävällä tavalla siihen, että (vaikka muutakaan keinoa oikeushyvän suojaamiseksi ei olisi käytettävissä,) maalittamisen kriminalisoiminen kattavasti edellyttäisi niin laajaa sananvapauden piiriin kuuluvien tekojen rangaistavuutta, että se ei voi olla hyväksyttävää edellä mainittujen oikeushyvien suojelemiseksi.⁴⁸ Tämän on puolestaan katsottu olevan osa hyöty–haitta-punninnan periaatteen

perustellusti määritellä (pelkästään tai ensisijaisesti) yksilöllisiksi. Yhteisöllisiin oikeushyviin liittyvistä ongelmista esim. Kaarlo Tuori, Yleinen järjestys ja turvallisuus – perusoikeusko? Lakimies 6–7/1999, s. 920–931; Juha Lavapuro, Yleinen järjestys ja turvallisuus: kollektiivinen hyvä. Lakimies 3/2000, s. 412–422; Tapani 2004, s. 82–84; Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 93–98.

44. V.-P. Viljanen 2001, s. 136–149; Melander 2002, s. 949–951. Ks. myös esim. PeVL 23/1997 vp, erit. s. 2–3.

45. Esim. Melander 2002, s. 951–954.

46. PeVM 25/1994 vp, s. 5.

47. PeVL 23/1997 vp, s. 2.

48. Intressipunninnasta oikeushyvien suojelun periaatteen ja hyöty–haitta-punninnan periaatteen yhteydessä, esim. Nuutila 1996, s. 82–88. Ks. myös hyväksyttävyy- ja suhteellisuustestien merkityksestä tämän tyyppisessä punninnassa Lavapuro 2000, s. 416–417; V.-P. Viljanen 2001, s. 134–135. V.-P. Viljasen mukaan ”kunnian ja yksityiselämän loukkausten kriminalisointi on sinänsä ongelmatonta, joskin rangaistussäännöksiä kirjoitettaessa ja niitä yksittäisissä tapauksissa sovellettaessa on vielä punnittava vastakkain mainittuja perusoikeuksia, jotta voidaan ratkaista, onko rangaistuksesta säätämiseksi tai siihen tuomitsemiseksi perusoikeusjärjestelmän kannalta riittävät edellytykset myös sen jälkeen, kun kaikki asiaan vaikuttavat seikat on otettu huomioon (all things considered).” V.-P. Viljanen 2001, s. 332–333. Tiettyjen myöhemmin käsiteltävien maalittamisen rikosvastuun määrittelyyn liittyvien ongelmien voidaan katsoa sisältyvän tämän kaltaiseen ”all things considered” -perusoikeuspunnintaan ja sitä kautta myös oikeushyvien suojelua sekä hyväksyttävyy- ja suhteellisuusvaatimuksia koskevaan keskusteluun.

mukaista arviointia,⁴⁹ mutta liittyy osittain myös täsmällisyys- ja tarkkaraisuusvaatimukseen.

Laillisuusperiaatteella on erityisen vahva asema kriminalisointia rajoittavana periaatteena, koska periaate on ilmaistu niin Euroopan ihmisoikeussopimuksessa kuin perustuslaissakin ja sen vaatimukset on huomioitu myös perusoikeuksien rajoitusedellytyksinä. Laillisuusperiaatteen epätäsmällisyyskielto edellyttää määrittelemään riittävän selvästi, miten ja millä kriteerein maalittamistekokokonaisuuden alullepaneva tai siihen osallistuva viesti tai teko katsotaisiin rangaistavaksi.⁵⁰ Teko pitäisi pystyä määrittelemään niin, että tekijä voi säännöksen sanamuodon perusteella ennakoita, täyttääkö viesti maalittamisrikkoksen tunnusmerkistön.⁵¹ Maalittamisessa on lisäksi kyse kriminalisoinnista, joka koskee lähtökohtaisesti kaikkia, eikä rajattua erityistä henkilöryhmää, joten lähtökohtaisesti kenen tahansa pitäisi pystyä ymmärtämään säännöksen sanamuodon perustella, mitkä teot ovat rangaistavia.⁵² Maalittamisen osalta ennakoitavuutta koskevan kysymyksen ytimessä on sananvapaus, joka turvaa oikeuden myös kriittisten, provosoivien ja loukkaavienkin näkemysten esittämiseen; kaikkia kielteisiä tai potentiaalisesti jonkun henkilön kohtuuttomaltakin tuntuvaan häirintään johtavia ilmaisuja ei ole voida säätää rangaistavaksi. Näin

49. Nuutila 1996, s. 86; Melander 2002, s. 957.

50. HE 44/2002 vp, s. 29; PeVM 25/1994 vp, s. 8; PeVL 31/2002 vp, s. 2. Ks. myös Melander 2008, s. 246–255.

51. Perustuslakivaliokunta on nimenomaisesti edellyttänyt ennakoitavuutta lukuisissa lausunnoissaan (esim. PeVL 26/2004 vp, s. 3/II; PeVL 7/2005, s. 3/I; PeVL 37/2016 vp, s. 2; PeVL 20/2018 vp, s. 2; PeVL 1/2021, s. 3; PeVL 34/2021 vp, s. 2–3) ja viitannut käytännössään myös EIT:n (Cantoni v. Ranska, 11.11.1996, kohta 29; Jorgic v. Saksa, 12.07.2007 kohdat 109–115) ja EU-tuomioistuimen (asia C-405/10 Özlem Garenfeld, 10.11.2011, kohta 48) edellyttämään rikossääntelyn ennustettavuuteen. Hallituksen esityksessä täsmällisyyttä ja tarkkarajaisuutta korostettiin mm. säädettäessä järjestäytyneitä rikollisryhmiä koskevista rangaistussäännöksistä: ”Tekorikosoikeudellisen lähtökohdan mukaisesti rikoksissa tulee olla kysymys moitittavista konkreettisista teko-tyypeistä. Laillisuusperiaatteen edellyttämien tavoien nuo moitittavat teko-tyypit on määriteltävä tarkkarajaisesti rikostunnusmerkistöissä. Rikostunnusmerkistöt eivät näin ollen voi olla yleisluontoisia ja epämääräisiä, jolloin rikoksen määrittelyvalta jätettäisiin lakia soveltaville tahoille. Epämääräiset rikostunnusmerkistöt voivat samalla merkitä ylikriminalisointia.” HE 263/2014 vp rikoslain järjestäytyneitä rikollisryhmiä koskevien säännösten yhtenäistämiseksi, s. 21.

52. Ainakin ”oikeustieteellisen koulutuksen saaneiden henkilöiden” pitäisi pystyä arvioimaan rangaistavuus, mutta parhaassa tapauksessa myös muiden tulisi voida itse päätellä tietyn teon luonne rangaistavana tai sallittuna säännöksen sanamuodon perusteella. HE 44/2002 vp, s. 32. Myös EIT:n käytännössä on todettu vastaavasti laillisuusperiaatteen epätäsmällisyyskiellon edellyttävän, että henkilön on voitava arvioida kohtuudella säännöksen merkitys oman toimintansa kannalta, tarvittaessa sopivan oikeudellisen avun turvin. Esim. Kokkinakis v. Kreikka (25.5.1993); Cantoni v. Ranska 11.11.1996). Ks. myös Melander 2008, s. 246–252.

laaja kriminalisointi olisi liian yleinen, epämääräinen ja loukkaisi vaatimusta perusoikeuden ytimen koskemattomuudesta.⁵³

Kielelliset ilmaisut ovat aina välttämättä jossain määrin tulkinnanvaraisia, joten sääntelyn ehdoton täsmällisyys ei ole edes mahdollista, eikä siksi tavoiteltavaakaan.⁵⁴ Kielellisten ilmaisujen epätasällisuuden ongelma kuitenkin kertaantuu pohdittaessa kriminalisointia, jossa rangaistava teko itsessäänkin on (kielellinen) ilmaisu, joka saattaa olla hyvin monitulkintainen.⁵⁵ Sosiaalisen median kommunikoinnissa on myös yleistä ilmaisujen monimerkityksisyyden hyödyntäminen tarkoituksella, esimerkiksi pelkän emojin lisääminen sinänsä positiiviseen tai neutraaliin viestiin saattaa muuttaa sen merkityksen täysin jättäen kuitenkin emojin (ja siksi koko viestin) tulkinnanvaraiseksi.⁵⁶ Vastaavasti esimerkiksi pelkästään viittaaminen lempinimellä henkilöön, joka ei ole itselle läheinen, saatetaan tietyssä kontekstissa tulkita vähättelyksi ja pilkkaamiseksi, mutta sitä voidaan yhtä hyvin pitää neutraalina tai jopa positiivisena ilmaisu-⁵⁷ Sellaisessa maalittamiskriminalisoinnissa, joka kattaisi muunkinlaiset kuin esimerkiksi eksplisiittisesti uhkaavat, kunniaa loukkaavat tai rikokseen yllyttävät tai kehottavat ilmaisut, ei ole mahdollista tai riittävää määritellä tietynlaista kielellistä ilmaisua tai kuvaa itsessään vahingolliseksi. Sen sijaan kriteereitä joudutaan hakemaan varsinaisen yksittäisen ilmaisun sisällön ja muodon lisäksi sen ulkopuolelta, kontekstista, motiiveista ja teon seurauksista.⁵⁸ Näihin

53. Esim. PeVL 16/2013 vp, s. 2/II: ”Sananvapaus ei estä siihen sisältyvien oikeuksien rajoittamista jälkikäteiseen valvontaa perustuvan sääntelyn keinoin, kunhan sääntely täyttää perusoikeusrajoituksilta edellytettävät yleiset vaatimukset. Rajoitusten tulee olla mm. täsmällisiä ja oikeasuhtaisia, eikä niillä saa puuttua perusoikeuden ytimeen. Siten esimerkiksi pitkälle menevät väljät poliittisen ilmaisuvapauden käytön kriminalisoinnit voivat olla sananvapauden kannalta ongelmallisia”. Ks. myös Melander 2008, s. 302–308. V.-P. Viljanen toteaa lisäksi, että ”mitä selvemmin kriminalisointi rajoittaa jotakin yksittäistä perusoikeutta, sitä suuremmat täsmällisyyttä koskevat vaatimukset rangaistussäännökselle voidaan asettaa.” V.-P. Viljanen 2001, s. 329.

54. Ks. näkökulmia kielellisten ilmaisujen epätasällisuuden suhteesta sääntelyyn ja oikeudelliseen tulkintaan, esim. Timothy Endicott, *Law is necessarily vague. Legal Theory* 7/2001, s. 379–385; Susanna Lindroos-Hovininheimo, *Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vaikutus tulkintaan. Oikeus* 3/2006, s. 364–380; Elina Paunio – Susanna Lindroos-Hovininheimo, *Kielellisen tulkinnan fiktio EU-oikeudessa. Lakimies* 2/2008, s. 230–247.

55. Erityisesti sananvapautta rajoittaviin rikossäännöksiin liittyvistä tulkintakysymyksistä, ks. esim. Hyttinen 2015, erit. s. 116–125; Mantila 2020, s. 165–168

56. Esim. Perussuomalaisen puheenjohtaja Jussi Halla-aho onnitteli Twitterissä tuoretta Sdp:n pääministeriehdokasta Sanna Marinia joulukuussa 2019, mutta lisäsi viestin loppuun popcorn-emojin. Emojin merkitys ja vaikutus viestin sisältöön aiheutti keskustelua, ks. esim. <https://www.hs.fi/sunnuntai/art-2000006342832.html>.

57. Esim. ns. MV-lehti ym. -tapaus (Helsingin käräjäoikeuden tuomio 18.10.2018 nro 18/144694, dnro R 18/4821, Helsingin hovioikeus 14.7.2020, dnro 20/124654, ei lainvoimainen).

58. Vrt. Mantila 2020, s. 166. Ks. myös esim. PeVL 26/2002 vp, s. 3/I, jossa määritelmäsäännöksen täsmentämiseksi katsottiin tarpeelliseksi kiinnittää huomiota toiminnan tarkoituksiperiin sekä sen tosiasiallisiin vaikutuksiin ja seurauksiin.

liittyviä kysymyksiä joudutaan puolestaan pohtimaan laillisuusperiaatteen lisäksi ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteen ja syyllisyysperiaatteen rajoissa.

Uhrin näkökulmasta maalittamisessa on keskeistä se, kuinka paljon ja kuinka loukkaavia tai häiritseviä viestejä hän lopulta saa ja kuinka häiritseviksi ja ahdistaviksi hän ne kokee. Tekijän ja rikosoikeudellisen vastuun näkökulmasta puolestaan teon arvioiminen jälkikäteen pelkästään tai pääasiassa sen perusteella, mitä siitä seurasi, on vastoin rikosoikeuden syyllisyys- ja laillisuusperiaatteita. Yksittäisiä ilmaisuja ei voi säätää rangaistavaksi pelkästään sillä perusteella, että uhri kokee niiden yhteisvaikutuksen häiritseväksi, pelottavaksi tai ahdistavaksi. Syyllisyysperiaatteen mukaan rikosvastuu voi tulla kyseeseen vain niistä teoista, joiden suhteen tekijällä oli kyky ja mahdollisuus toimia toisin. Ilman tätä edellytystä rikosvastuu olisi objektiivista, eli rangaistukseen tuomitsemiseksi riittäisi, että tekijän todettaisiin kausaalisesti aiheuttaneen kielletyn seurauksen riippumatta hänen mahdollisuuksistaan estää seurausta tai kyvystään ymmärtää toimintansa johtavan kiellettyyn seuraukseen.⁵⁹ Maalittamisen kohdalla toisintoimimismahdollisuus liittyy ennen kaikkea *tilaisuuteen* toimia toisin, millä tarkoitetaan sitä, että tekijä ei voi olla tietämätön esimerkiksi tekonsa seurauksista tai siitä, että teko on kielletty.⁶⁰ Nämä edellytykset puolestaan palautuvat laillisuusperiaatteen epätäsmällisyyskieltoon: säännöksen sanamuodon perusteella on voitava ennakoita, mitkä teot ovat rangaistavia.⁶¹

Tarkastelen seuraavassa hieman konkreettisemmin niitä ongelmia, joita maalittamiskriminalisoinnissa jouduttaisiin pohtimaan sananvapaudesta, kriminalisointiperiaatteista ja perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä johtuen. Koska aloittajan ja osallistujien osalta tulee pohdittavaksi osittain erilaiset kysymykset, niitä käsitellään erikseen.

4.2. Maalittajan rangaistusvastuun määrittäminen

Pohdittaessa mahdollisuutta säätää maalittamisen aloittaminen rangaistavaksi on lähdeittävä siitä, mitkä konkreettiset teot tulisi säätää rangaistaviksi ja millainen tekoja koskeva tunnusmerkistö voisi olla. Maalittamisen aloittamisena voidaan pitää ainakin niitä tekoja, joiden tarkoituksena on aiheuttaa kohteen maalittamistyyppistä häirintää, joka puolestaan aiheuttaa kohteelleen jonkinlaista vahinkoa, pelkoa, ahdistusta tai muuta haittaa. Ajatus maalittamisesta on siis tietyllä tavalla kaksitasoinen; maalittajan oma teko yksinään tai itsessään

59. Esim. Nuutila 1996, 528–540; Melander 2008, s. 290–302. Ks myös Nuutila 1996, s. 77: ”Haitalliseen tulokseen johtavista vaikutussuhteista on paikannettava sellainen inhimillisen tekijän osuus, jolla rikosoikeudellinen vastuu voidaan kohtuudella perustella.”

60. Nuutila 1996, s. 531; Melander 2008, s. 294.

61. Melander 2008, s. 294.

ei aiheuta kohteelleen haittaa, vaan teon on saatava muut reagoimaan tietyllä tavalla, ja nämä teot kokonaisuutena aiheuttavat haittaa. Maalittamisen alulle panemisessa on siten samoja piirteitä kuin yllytyksessä (RL 5:5) ja julkisessa rikokseen kehottamisessa (RL 17:1).

Muokkaamalla ja yksinkertaistamalla aiemmin ehdotettuja varsin monimutkaisia säännöksiä maalittamisen kriminalisoimiseksi⁶² aloittajan vastuuta voisi lähteä määrittelemään esimerkiksi seuraavalla tavalla: ”joka aiheuttaa tilanteen, jossa useat henkilöt häiritsevät toista niin, että se aiheuttaa (tai on omiaan aiheuttamaan) kohteelleen haittaa tai kärsimystä, tuomitaan maalittamisen aloittamisesta...”. Sekä tämän yksinkertaistetun että alun perin ehdotettujen säännösten muotoilu on ilmeisen epätarkka, mutta pyrin sen avulla paikantamaan maalittamisen aloittamisen rangaistusvastuun määrittelyongelmia. Aloittajan osalta rangaistusvastuu syntyy siitä, että tämä olisi omalla teollaan aiheuttanut ”tilanteen”, jonka puolestaan olisi aiheutettava (tai olemaan omiaan aiheuttamaan) haittaa tai kärsimystä kohteelleen. Aloittajan vastuun näkökulmasta olennaista esitetystä säännöksessä on ensinnäkin se, miten tilanteen ”aiheuttaminen” ymmärrettäisiin ja määriteltäisiin. Toisin sanoen, millainen olisi se teko, jonka katsottaisiin aloittaneen maalittamiskokonaisuuden ja miten se erotettaisiin vastaavanlaisista, mutta sananvapauden rajoissa sallituista teoista. Toiseksi pitäisi pystyä määrittelemään, mitä tarkoittaisi sana ”tilanne”, joka siis käytännössä viittaa siihen haitalliseen (häiritsemällä tai muulla tavalla aiheutettuun) maalittamiskokonaisuuteen, joka on maalittamista koskevan kriminalisointikeskustelun ytimessä.

Jos oletetaan, että pystyisimme määrittelemään mainitun ”tilanteen” eli maalittamistyyppisen häirinnän riittävän tarkasti (mihin palataan seuraavassa luvussa), voitaisiinko maalittamisen aloittaminen säätää rangaistavaksi? Tällaisen säännöksen mukaan maalittamisen alulle panemisesta tuomittaisiin esimerkiksi se, joka aiheuttaa maalittamiseen osallistumista koskevassa (kuvitteellisessa) säännöksessä tai momentissa tarkoitetun maalittamistilanteen. Säännöksen tarkoittamaa ”aiheuttamista” ei voida pitää riittävän täsmällisenä. Tekotapaa voitaisiin kuitenkin täsmentää kuvaamalla tekoa tarkemmin tai rajaamalla tekotavat vastaamaan esimerkiksi laitonta uhkausta, kunnianloukkausta ja yksityiselämää loukkaavaa tiedon levittämistä.⁶³ Tekotapojen rajaamisella jo olemassa oleviin kriminalisointeihin tai muihin täsmällisemmin määriteltyihin tekoihin ei kuitenkaan voitaisi merkittävästi parantaa tunnusmerkistön täsmällisyyttä, koska ongelma tulisi mahdottomuus toisaalta ennakoita ja toisaalta osoittaa, että

62. LA 33/2019 vp; Poliisihallituksen ym. lainsäädäntöesitys 2019.

63. Sekä Illmanin että P. Viljasen maalittamiskriminalisointia koskevassa ehdotuksessa on tämän tyyppinen tekotapojen rajausta sen lisäksi, että teko on toteutettava sähköistä tietoverkkoa käyttäen. Illmanin ehdotus ei kuitenkaan koske varsinaisesti maalittamisen aloittamista, vaan pelkkää osallistumista. Illman 2020, s. 131–132; P. Viljanen 2021, s. 11.

sinänsä tunnusmerkistön mukainen teko olisi aiheuttanut maalittamistilanteen eli saanut muut toimimaan tarkoitetulla tavalla.

Ainakin siinä tapauksessa, että säännöksessä tarkoitettu aiheuttaminen katkaisi muutakin kuin suoran kehottamisen kohteen häirintään, ongelmaksi saataisiin tulla syy-yhteys teon ja seurauksen välillä. Maalittamisen aloittamisen osalta kyseeseen tulisi lähinnä jonkinlainen psyykkinen kausaliteetti, jolla tarkoitetaan sitä, että seurauksen aiheutuminen selitetään psyykkisellä vaikuttamisella: tekijä antaa toiselle henkilölle perusteen toimia tietyllä tavalla.⁶⁴ Varsinainen ongelma on kuitenkin muualla, joten syy-yhteyttä ei ole mielekästä tarkastella tässä yhteydessä lähemmin. Nimittäin riippumatta siitä, voitaisiinko todeta, että aloittajan teko oli kausaalisuhteessa aiheutuneeseen maalittamistilanteeseen, teon seuraus ei olisi välttämättä ollut tekijän ennakoitavissa,⁶⁵ tai jos se olisi ollut ennakoitavissa, se ei välttämättä olisi ollut vältettävissä muutoin kuin pidättäytymällä teosta kokonaan.

Maalittamistilanne saattaa saada alkunsa hyvin monen tyyppisistä teoista, ilmaisuista tai tilanteista. Yhtä hyvin neutraali tai henkilöä positiivisessa valossa käsittelevä missä tahansa yhteydessä esitetty (esimerkiksi sosiaalisen median kommentti tai lehtiartikkeli) kuin toiseen henkilöön kohdistuva kriittinen kommenttikin voi laukaista maalittamistyyppisen tilanteen. On toisaalta osittain mahdotonta ennakoita, mitkä viestit tai teot aiheuttavat maalittamisena näyttäytyvää käyttäytymistä, ja toisaalta sananvapautta ei voida rajoittaa niin, että kaikki mahdollisesti maalittamisriskiä aiheuttavat ilmaisut kielletään, kun myös aivan sananvapauden ytimeen kuuluvat ilmaisut voivat sisältää mainitun riskin.⁶⁶ Kun lisäksi huomioidaan julkisissa tehtävissä toimivia ja yleiseltä kannalta merkittävien asioiden käsittelemistä koskeva tarve laajemmalle ilmaisunvapaudelle, aloittamistekojen kattava kriminalisoiminen riittävällä tarkkuudella ei liene mahdollista.⁶⁷

Jos maalittamisen aloittamisena rangaistaisiin pelkästään teoista, jotka jo nyt on säädetty rangaistaviksi esimerkiksi laittomana uhkauksena, kunnian-

64. Ei kuitenkaan ole pidetty tarpeellisenä luoda erillistä psyykkistä kausaliteettia koskevaa teoriaa, vaan kausaalisuutta rikosoikeudessa ylipäänsä selittävien syy-yhteysteorioiden katsotaan kattavan myös psyykkisen kausaliteetin. Tapani 2004, s. 119–138; Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 232–240, 525–528; Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 124–125, 354.

65. Mahdollisuuksia osoittaa syy-yhteyttä ja toisaalta ennakoitavuusedellytystä on tässä yhteydessä tarkasteltava nimenomaan lainsäätäjän näkökulmasta ajatellen kriminalisoitavaa tekoa ja sitä varten muotoiltavaa riittävän täsmällistä tunnusmerkistöä. Vrt. käytyyn keskusteluun seurauksen ennakoitavuudesta ja sen merkityksestä osana rikosvastuun edellytyksiä tulkinta- ja soveltamistilanteissa, esim. Nuutila 1996, s. 223–229; Melander 2016, s. 129–131; Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 164–166.

66. Ks. myös P. Viljanen 2021, s. 6 ja PeVL 23/1997 vp s. 2.

67. Vrt. RL 24 luvun 8 ja 9 §:n rajoituslausekkeet (2–3 mom.). Ks. myös poliittisen ilmaisunvapauden käyttämisen rajoittamisedellytyksistä, esim. HE 309/1993 vp, s. 57/II; PeVL 26/2002 vp, s. 2/II; PeVL 16/2013 vp, s. 2/II.

loukkauksena tai yksityiselämää loukkaavana tiedon levittämisenä, rangaistusvastuu maalittamistyyppisissä tilanteissa ei laajenisi merkittävästi nykyisestä, vaan mainittuja tekoja pidettäisiin vain moitittavampina silloin, kun ne aiheuttavat maalitetuksi tulemisen riskiä kohteelleen.⁶⁸ Tältä osin ei olisi ongelmana se, että itse teko voisi olla tai sen tulisi olla sananvapauden rajoissa sallittu. Tekoon kuitenkin liittyisi joka tapauksessa ennakoitavuuteen liittyvä ongelma siitä, milloin mainittujen rikosten voitaisiin katsoa aiheuttavan muita rikoksia tai vaaraa muista rikoksista. Perustuslakivaliokunta on katsonut, että jossain määrin epätasällisiä ja muusta rikosoikeudellisesta sääntelystä poikkeavia säännöksiä voidaan täsmentää syyksiluettavuuden asteen korottamisella tahallisuuteen tai törkeään huolimattomuuteen,⁶⁹ ja syyllisyysperiaate edellyttää joka tapauksessa subjektiivisen syyksiluettavuuden määrittelemistä.⁷⁰ Tämän tyyppinen syyksiluettavuuden asteeseen liittyvä täsmennyskään ei kuitenkaan maalittamisen kohdalla ratkaisisi ennakoitavuuteen liittyvää ongelmaa, koska sananvapautta on voitava käyttää silloinkin, kun maalittamistilanteen riski on aivan ilmeinen, eikä toisaalta maalittamisteosta itsestään tai teko-olosuhteista useimmiten voida päätellä tekijän tarkoitusta, tahallisuutta tai mielenliikkeitä ylipäänsä.⁷¹

Edellä mainituista syistä maalittamisen aloittamisen kriminalisoiminen vaarantamistyyppisenä rikoksena ei myöskään vaikuta mahdolliselta. Vaarantamirikoksissa huomioidaan vahinkoseurauksen sijaan käyttäytymisen luonne vahingon todennäköisyyttä lisäävänä. Maalittamisen aloittamisen kohdalla tällainen vahingon vaaraa aiheuttava teko olisi hyvin vaikea määritellä, koska kaikessa julkisessa keskustelussa on jonkinlainen riski siitä, että esitetyn ilmaisun perusteella

68. Ks. Illmanin ehdotus, joka tosin ei koske maalittamisen aloittamista. Illman 2020, s. 131–132.

P. Viljasen ehdottama säännös sen sijaan kattaisi aloittamisteot, mutta on soveltamisalaltaan rajattu vielä niin, että maalittamisen aloittamistekojen lisäksi maalittamiseen osallistuvat teot vastaavat jo tällä hetkellä rangaistavia tekoja. P. Viljanen 2021, s. 11.

69. PeVL 56/2014 vp, s. 2–3. Ks. myös esim. PeVL 26/2014 vp, s. 3/II sekä PeVL 1/2021, s. 3, jossa todettiin, laillisuusperiaatteen edellyttävän tietyiltä osin korotettua tahallisuusvaatimusta.

70. Melander 2008, s. 295–296.

71. Tahallisuuden näyttämisestä ja siihen liittyvistä ongelmista, Helena Vihriälä, Tahallisuuden näyttäminen. Forum Iuris 2012. Vrt. myös esim. laitonta naamioitumista (RL 17:13a) koskeviin lausuntoihin, PeVL 26/2004 vp ja LaVM 8/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunnon mukaan ”sääntely tulee lakiehdotuksessa kriminalisointia koskevan täsmällisyysvaatimuksen takia kytkeä henkilön tarkoitukseen loukata tai vaarantaa yleistä järjestystä ja turvallisuutta tai ryhtyä muuhun oikeudenvastaiseen tekoon.” PeVL 26/2004 vp, s. 4/I. Tästä syystä laitonta naamioitumista koskevaan säännökseen lisättiin edellytys siitä, että naamioitumiseen liittyy ilmeinen tarkoitus ryhtyä käyttämään henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai vahingoittamaan omaisuutta. Maalittamisen kohdalla myöskään tämän tyyppisen kriteerin lisääminen ei selventäisi säännöstä, koska maalittamisessa ilmeistä tarkoitusta ei ole yleensä mahdollista päätellä teosta tai teko-olosuhteista, joskin se voi olla haastavaa laittoman naamioitumisenkin kohdalla (ks. esimerkkitalanteita LaVM 8/2004 vp, s. 4–5).

käynnistyy maalittamistyyppinen häirintä.⁷² Maalittamistyyppisen häirinnän vaaraa tai riskiä aiheuttavan tekotyypin tai teon olosuhteiden täsmentäminen niin, että voitaisiin erottaa vaaraa aiheuttavat ja moitittavat teot sellaisista teoista, jotka eivät aiheuta vaaraa ja / tai ovat sallittuja, ei ole nähdäkseni mahdollista.⁷³ Riski ei välttämättä ole suurempi esimerkiksi silloin, kun maalittamisen aloitettavaa ilmaisua itsessään voidaan pitää moitittavana, eli kun se täyttää muun rikoksen, vaikkapa kunnianloukkauksen, tunnusmerkistön.⁷⁴ Riskin suuruuteen vaikuttanee lähinnä osapuolten näkyvyys ja asema sekä käsiteltävän aiheen kiinnostavuus tai kiistanalaisuus, ja näihin vaaraa puolestaan ei voida sitoa sananvapauden ydinsisältö huomioiden. Hyvin laaja kriminalisointi olisi vastoin perusoikeuksien rajoitusedellytysten suhteellisuusvaatimusta sekä vaatimusta olla puuttumatta sananvapauden ytimeen.

Käytännössä siis varsinaisen maalittajan tekoa ei voitaisi kriminalisoida juuri laajemmin kuin mitä RL 24 luvun ilmaisunvapausrikokset, laiton uhkaus, yllytys ja julkinen kehottaminen rikokseen jo tällä hetkellä kattavat. Viimeksi mainittujen osalta tunnusmerkistöt kuitenkin täytyisivät helpommin, jos maalittamiseen osallistuminen (eli se ”tilanne”, johon edellä esitetystä kriminalisointiehtdotuksessa viitattiin) olisi rangaistavaa. Nimittäin yksi ongelma yllytystä tai julkista kehottamista rikokseen koskevien säännösten soveltumisessa maalittamistyyppiin tilanteisiin tällä hetkellä on se, että maalittamisen osateot eivät välttämättä täytä minkään rikoksen tunnusmerkistöä eivätkä maalittamiseen osallistuminen tai maalittamisteot kokonaisuutena ole rangaistavia. Yllytyksen soveltuminen edellyttää muun muassa sitä, että joku on noudattanut kehotusta ja tehnyt rikoksen tai sen rangaistavan yrityksen ja puolestaan julkiseen kehottamiseen tulee johtaa vaaraan rikoksen tekemisestä.⁷⁵ Yllyttämisen ja kehottamisen kohteena on siis oltava *rikos*, mitä maalittamisteot eivät tällä hetkellä välttämättä ole. Voitaisiinko siis maalittamiseen osallistuminen säätää

72. Tästä syystä maalittamiskriminalisoinnissa ei välttämättä olisi merkittävää eroa sillä, mikä tyyppistä vaarantamista (konkreettista vai abstraktista) tunnusmerkistössä edellytettäisiin. Muotoilut ”aiheuttaa vaaraa maalittamistyyppisestä häirinnästä”, ”oli syytä varoa” ja ”on omiaan aiheuttamaan maalittamistyyppistä häirintää” olisivat kaikki joka tapauksessa laajoja ja epämääräisiä. Konkreettisen ja abstraktin vaarantamisen samankaltaisuudesta tietyissä tilanteissa, ks. myös Nuotio 1998, s. 395 ss.

73. Vrt. esim. tappeluun osallistumista koskevan säännöksen osalta mainittuihin tilanteisiin, joissa säännöksessä edellytetyn vakavan seurauksen mahdollisuus on todellinen ja seurauksen aiheutumista on siksi syytä varoa. LaVM 22/1994 vp, s. 13/I.

74. Illmanin ja P. Viljasen ehdotuksissa tekotavat on rajattu suhteellisen täsmällisiksi vastaamaan jo olemassa olevia kriminalisointeja, mutta kummassakin ehdotuksessa ongelmana on nimenomaan se, millaisissa tilanteissa katsottaisiin aiheutuvan vaaraa, että rikosten tekemistä oman teon seurauksena jatketaan tai millaisissa tilanteissa tekijällä oli syytä varoa maalittamisen olevan käsillä tai alkamassa. Illman 2020; P. Viljanen 2021.

75. Kehottamissäänöksen soveltamisalaa on nimenomaisesti muutettu niin, että kriminalisoitua ei ole julkinen kehottaminen sellaiseen lainrikkomiseen, jota ei voitaisi pitää rikoksena. HE 6/1997 vp, s.110/II.

rangaistavaksi merkittävästi nykyistä laajemmin ja tätä kautta vaikuttaa myös aloittajan rangaistusvastuuseen joko niin, että maalittamiseen osallistumista koskeva säännös kattaisi myös aloittamisen tai välillisesti sitä kautta, että aloitusteot täyttäisivät helpommin esimerkiksi yllytystä tai rikokseen kehottamista koskevat tunnusmerkistöt?

4.3. Osallistujien rangaistusvastuun määrittelyminen

Mitä voisi olla sellainen maalittamistilanne, joka aiheuttaisi tai olisi omiaan aiheuttamaan kohteelleen esimerkiksi vahinkoa, haittaa tai kärsimystä ja johon osallistuminen tulisi kriminalisoida? Tällaisessa maalittamisessa ei välttämättä tarvitsisi olla varsinaista aloittajaa, vaan muullakin tavoin alkaneet joukkohäirintätilanteet voisivat tulla kyseeseen. Erilaisilta määrittelyongelmilta ei voitaisi kuitenkaan välttyä. Myös maalittamiseen osallistumisen kriminalisointia harkittaessa jouduttaisiin vaikeuksiin sekä tekokokonaisuuden että yksittäisten tekojen ja niistä aiheutuvan seurauksen tai vaaran määrittelyssä. Lisäksi tulisi pohdittavaksi sekä osallistumiskriminalisointeihin että tekojen toistuvuuteen liittyvät kysymykset. Tarkastelen tässä luvussa erityisesti sitä, voitaisiinko osallistumissäännös laatia niin, että yksittäisen tekokokonaisuuteen osallistuvan henkilön ja tämän yksittäisen teon näkökulmasta olisi laillisuusperiaatteen edellyttämällä tavalla ennakoitavissa, onko teko rangaistava vai ei. En sen sijaan käsittele tarkemmin sitä, millaisten ja kuinka vakavien tekokokonaisuuksien voitaisiin katsoa aiheuttavan (tai millainen häirintä olisi omiaan aiheuttamaan) mahdollisessa säännöksessä tarkoitettua vahinkoa, kärsimystä tai muuta haittaa.⁷⁶

Maalittamisessa kohteelleen esimerkiksi häiritsevä, pelottava tai ahdistava ”tilanne” on sellainen, jossa useat henkilöt lähettävät kohteelle itselleen tai julkaisevat tätä koskevia jollain tavalla ei-toivottuja viestejä tai ilmaisuja ja häiritsevät tätä mahdollisesti muillakin tavoilla. Ongelmana voi olla toisaalta viestien ja tekojen lukumäärä ja toisaalta niiden sisältö. Kriminalisoinnilla pitäisi jotenkin pystyä vaikuttamaan tekokokonaisuudessa yksittäisten tekijöiden yksittäisiin tekoihin. Esimerkiksi Poliisihallituksen ym. kriminalisointiehdotuksessa osallistuminen on määritelty niin, että ”[j]oka ... osallistumalla toimintaan, jossa [kohdetta] ... häiritsemällä ... tai muulla vastaavalla tavalla ... aiheuttaa tilanteen, joka on omiaan vahingoittamaan ...”⁷⁷ Olennaisia elementtejä ehdotetussa tunnusmerkistössä ovat siis osallistuminen häiritsemällä tai muulla vastaavalla

76. Maalittamissäännöksen soveltamisalaa saattaisi olla mahdollista rajata (vastaavalla tavalla kuin vainoamista koskevassa RL 25:7a §:ssä) osittain sen perusteella, millaisen häirinnän katsottaisiin olevan omiaan aiheuttamaan kohteelleen esim. pelkoa tai ahdistusta. Sakari Melander, Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tietosanoma 2016, s. 139.

77. Poliisihallituksen ym. lainsäädäntöesitys 2019, s. 9–10. Ehdotettua säännöstä on selvyuden vuoksi lyhennetty ja yksinkertaistettu huomattavasti, myös korostukset on lisätty.

tavalla ja sellaisen tilanteen syntyminen, joka on omiaan vahingoittamaan kohdetta.

Miten rangaistava maalittamiseen osallistuminen määriteltäisiin yksittäisten tekokokonaisuuteen osallistuneiden osalta siten, että kuka tahansa pystyisi arvioimaan tekonsa luonteen joko sallittuna tai kiellettyinä? Lähtökohtaisesti jokaisen julkiseen keskusteluun osallistuvan pitäisi pystyä mieltämään ensinnäkin keskustelun luonne kokonaisuutena joko kiellettyinä maalittamistilanteena tai sallittuna (kriittisenä) keskusteluna. Toiseksi silloin, kun kyse olisi maalittamistilanteesta, jokaisen pitäisi pystyä ennakoimaan se, onko oma teko osa maalittamista vai voitaisiinko se kuitenkin katsoa sallituksi julkiseen keskusteluun osallistumiseksi käynnissä olevasta maalittamisrikoksesta huolimatta. Voisiko yksittäinen häiritسیä joutua vastuuseen maalittamiseen osallistumisesta vasta siinä vaiheessa, kun kokonaisuudella on laajemmat mittasuhteet eli kun viestejä on tullut jo paljon (kuinka paljon?), vai pitääkö hänen pystyä ennakoimaan tilanteen kehittyminen maalittamistyyppiseksi häirinnäksi jo aiemmassa vaiheessa? Kohteen saamista yksityisistä viesteistä ei yleensä ole mahdollisuuksia saada tietoa, mutta pitäisikö maalittamiskokonaisuuteen (potentiaalisesti) osallistuvien seurata tai olla tietoisia viesteistä, joita kohde saa tai tähän kohdistuu esimerkiksi eri sosiaalisen median kautta tai keskustelupalstoilla? Voisiko tekokokonaisuuden osallistuva joutua vastuuseen kohteelle myös tulevaisuudessa aiheutetusta häirinnästä, jos häirinnän katsottaisiin liittyvän samaan tekokokonaisuuteen ja riskiä tai vaaraa häirinnän laajenemisesta oli pidettävä mahdollisena tai todennäköisenä jo aiemmin?

Yksilönvastuuseen ja syyllisyysperiaatteeseen sitoutuneessa rikosoikeusjärjestelmässä kunkin kokonaisuuteen osallistuvan teko(j)a ja vastuuta on tarkasteltava erikseen. Lisäksi lähtökohtana on yksittäisten tekojen tunnusmerkistön mukaisuuden arvioiminen, ja tekojen toistuvuus rangaistavuuden edellytyksenä on poikkeuksellista.⁷⁸ Niissä rikoksissa, joissa on kyse jatkuvasta ja toistuvasta toiminnasta, arvioitavaksi tulee yleensä vain yhden tekijän toiminta ja sen toistuvuus. Tällaisia rikoksia, joiden tunnusmerkistöt voivat täytyä myös maalittamistilanteessa, ovat vainoaminen (RL 25:7a) ja viestintärauhan rikkominen (RL 24:1a).

Esimerkiksi viestintärauhan rikkomisen tunnusmerkistö edellyttää, että tekijän tarkoituksena on ollut häiritä uhria, hän on toistuvasti lähettänyt uhrille viestejä tai soittanut tälle sekä sitä, että teko on ollut omiaan aiheuttamaan kohteelleen huomattavaa häiriötä tai haittaa. Lisäksi tunnusmerkistön täytyminen edellyttää menettelyn oikeudenvastaisuutta, millä tarkoitetaan sitä, etteivät ”asialliset ja perustellut yhteydenotot” voi johtaa rangaistusvastuuseen. Tämän ar-

78. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 24/2012: Sananvapausrikokset, vainoaminen ja viestintärauhan rikkominen, s. 99–100.

viointiin puolestaan vaikuttaa yhteydenpidon sisältö ja intensiivisyys.⁷⁹ Tunnusmerkistö voisi periaatteessa täyttyä niin, että useat ihmiset lähettävät kohteelle kukin yksittäisiä viestejä ja viestit ovat säännöksessä ja esitöissä tarkoitettulla tavalla olleet omiaan aiheuttamaan kohteelle huomattavaa häiriötä tai haittaa. Esimerkiksi rikoskumppanuus (RL 3:3) edellyttää kuitenkin yhteisymmärrystä rikoksen tekemisestä eli ”tietoisuutta siitä, että oma toiminta yhdessä muiden kanssa toteuttaa tunnusmerkistön”,⁸⁰ ja kaikkien tekijäkumppaneiden tahallisuus pitäisi pystyä osoittamaan. Lisäksi kynnys yksittäisen viestin arvioimiseksi oikeudettomaksi häirinnäksi ja osaksi viestintärauhan rikkomista täytyy olla korkealla sananvapaus huomioiden.⁸¹

Rikoksissa, joissa teoilta edellytetään toistuvuutta, muutkin kuin eksplisiit-
tisesti uhkaavat tai loukkaavat viestit voivat olla oikeudettomia ja toistuessaan
voivat täyttää rikoksen tunnusmerkistön. Mahdollinen maalittamissäännös voisi
olla samantyyppinen, mutta vastaavalla tavalla kuin voimassa olevien säännösten
soveltaminen on ongelmallista maalittamistilanteessa, uuden kriminalisoinnin
osalta jouduttaisiin pohtimaan tunnusmerkistön täyttymistä kaikkien tekokoko-
naisuuden osallistuvien osalta erikseen sekä toisaalta heidän mahdollisuuksiaan
osallistua keskusteluun ilman pelkoa siitä, että osallistuvat maalittamiseen.⁸²
Näiden ongelmien kääntöpuolena ovat näyttöongelmat: miten osoitettaisiin
jonkun osallistuneen maalittamistyyppiseen häirintään, kun sallitut teot näyttä-
tyvät hyvin samanlaisina, eikä henkilöä itseään voisi moittia tekojen toistuvuu-
den tai pitkäkestoisuuden perusteella, jos kukin tekijä yksinään olisi lähettänyt
vain yksittäisiä viestejä.

Säännöksen täsmällisyyden ja tarkkarajaisuuden ja niihin liittyvän enna-
koitavuuden kannalta olisi ongelmallista säätää yksittäisinä sallitut teot osana
maalittamistekokokonaisuutta rangaistaviksi niin, että yksittäinen muutoin
sallittu viesti voisi aiheuttaa rikosvastuun osana muiden lähettämien viestien
muodostamaa kokonaisuutta. Esimerkiksi vainoamisen tunnusmerkistön täyt-
tymisen yhtenä edellytyksenä on, että erillisiä tekoja on voitava pitää yhtenä

79. HE 19/2013 vp, s. 36.

80. HE 44/2002 vp, s. 21/II.

81. Maalittamisen näkökulmasta on kiinnostavaa, että viestintärauhan rikkomisessa “[s]osiaalisen median palveluiden, reaaliaikaisten keskustelujen, verkkopelien ja keskustelupalstojen *yksityisviestit* ovat rinnasteisia sähköpostiin, ja myös ne ovat säännöksessä tarkoitettuja viestejä.” HE 19/2013 vp, s. 36/II. Sulkeeko tämä säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle viestit, jotka ovat mainituissa kanavissa lähetettyjä julkisia viestejä, joissa tietty henkilö mainitaan nimeltä, mutta viestejä ei ole osoitettu nimenomaisesti tai yksinomaan hänelle? Ks. myös Larinkari 2020, s. 42.

82. Ks. myös Illman 2020, s. 134–136. Hän pitää kysymystä haastavana, mutta katsoo, että olisi kuitenkin mahdollista säätää maalittamiseen osallistuminen rangaistavaksi edellytyksenä se, että tekijällä ”oli syytä varoa” maalittamisen olevan käsillä hänen julkaistessaan kohdetta häiritsevän viestin. On tosin huomioitava, että hänen ehdotuksessaan maalittamiseen osallistumisena voitaisiin rangaista vain teoista, jotka käytännössä olisivat rangaistavia sellaisenaankin ilman maalittamisyyhteyttä.

tekokokonaisuutena. Kriteerinä tälle on se, voidaanko tekojen arvioida perustuvan tekijän yhtenäiseen motivaatiotaustaan eli syihin, joiden perusteella tekijä tekee vainoamistekoja. Tätä puolestaan arvioidaan tekojen määrän ja ajallisen suhteen perusteella. Jos osalle yhteydenotoista tarkasteltavana ajanjaksona on perusteltu syy, näitä ei voida katsoa vainoamisen osateoiksi.⁸³ Maalittamisen kohdalla (ja myös vainoamisen kohdalla, jos tekijöitä on useita) tällaista yhtenäistä motivaatiotaustaa on vaikea arvioida ja osoittaa, ja toisaalta yksittäisten tekojen asianmukaisuutta tai oikeudenvastaisuutta ei useimmiten voitaisi päätellä silloin, kun maalittamisteko on meneillään ja on kyse yksittäisistä tai korkeintaan muutamista viesteistä, joita yksittäiset osallistujat lähettävät. Lisäksi tulisi pohdittavaksi maalittamistekon kesto sekä se, milloin teko alkaa ja milloin se päättyy, ja milloin esimerkiksi voidaan katsoa uuden maalittamiskokonaisuuden alkaneen.⁸⁴

Samoin kuin toistuvuutta rangaistavuuden edellytyksenä, erilaisia vakiintuneista osallisuusopeista poikkeavia osallistumiskriminalisointeja on pidetty lähtökohtaisesti ongelmallisina. Perustuslakivaliokunta on nimenomaisesti todennut laillisuusperiaatteen täsmällisyysvaatimuksen olevan korostunut silloin, kun säännellään rikosoikeudessa vakiintuneista osallisuusopillisista käsityksistä poikkeavasti.⁸⁵

Vakiintuneista osallisuusopeista poikkeamiseen liittyviä kysymyksiä on pohdittu ainakin rikollisryhmän ja terroristiryhmän toimintaan osallistumisen sekä mellakkaan ja tappeluun osallistumisen osalta. Näistä tappeluun osallistumista koskeva säännös lienee lähimpänä sitä, mitä maalittamiseen osallistumisen kriminalisoimisen kohdalla jouduttaisiin pohtimaan. RL 21:12:n mukaisesta tappeluun osallistumisesta voidaan tuomita sellainenkin henkilö, jonka ei voida katsoa osallisuusoppien mukaisesti syyllystyneen tappelun yhteydessä tehtyyn muuhun rikokseen, jos hän osallistui tappeluun ja hänellä oli syytä varoa, että tappelun seurauksena joku surmataan tai jollekin aiheutetaan vaikea ruumiinvamma tai vakava sairaus. Rikoslain kokonaisuudistuksen toisessa vaiheessa ehdotettiin, että tappeluun osallistuminen poistettaisiin rikoslain säännökseen sisältyvien seurausvastuuseen ja kollektiiviseen syyllyisyyteen viittaavien piirteiden sekä näyttövaikeuksien vuoksi, mutta lakivaliokunnan mietinnön mukaisesti kriminalisointi pidettiin voimassa pienin muutoksin.⁸⁶ Tappeluun osallistumisen moitittavuutta korostaa vahva hengen ja terveyden suojan tarve ja toisaalta tahallisen väkivallan tuomittavuus.⁸⁷

83. HE 19/2013 vp, s. 51–52.

84. Vrt. vainoamisen osalta HE 19/2013 vp, s. 51–52 ja LaVM 11/2013 vp.

85. Esim. PeVL 7/2002 vp, s. 2/II; PeVL 48/2002 vp, s. 2–3. Valiokunta on ”kiinnittänyt huomiota siihen, onko rangaistava osallistuminen aktiivista, kohdistuuko se ryhmän rikolliseen toimintaan, edellyttääkö osallistumisen rangaistavuus pääteoksi katsottavan rikoksen tekemistä ja onko osallistuminen rangaistavaa vain tahallisenä.” PeVL 48/2002, s. 2–3.

86. HE 94/1993 vp, s. 89 ja LaVM 22/1994 vp, s. 12–13.

87. HE 94/1993 vp, s. 87/I ja 89/I.

Mahdollista maalittamiseen osallistumisen kriminalisointia pohdittaessa tappeluun osallistumisessa ongelmallisina pidetyt rangaistavuuden edellytykset olisivat vielä haastavampia. Edellä esitetyn kaltaisessa maalittamisen osallistumisäännöksessä olisi vastaavia kollektiivisen syyllisyyden ja seurausvastuun piirteitä,⁸⁸ mutta osallistujille tappelua huomattavasti vaikeammin hahmotuttavassa tilanteessa niin sen osalta, milloin rikos on käsillä kuin myös siltä osin, johtaako tilanne säännöksen tarkoittamaan seuraukseen tai sen vaaraan. Merkitävin ero lienee kuitenkin se, että tappelun ulkopuolelle jättäytyminen ei yleensä tarkoita sitä, että henkilö joutuisi pidättäytymään jonkin perusoikeutensa käyttämisestä. Sananvapauden käyttämisestä ei pitäisi voida rangaista aina edes silloin, kun ”tekijällä oli syytä varoa”, että hänen toimintansa yhdessä muiden kanssa aiheuttaa kohteelleen maalittamistyyppistä häirintää.⁸⁹ Toisin sanoen tällaista varomisvelvollisuutta ei voida asettaa, jotta rangaistussäännöksillä ei käytännössä puututtaisi sananvapauden ytimeen kuuluviin oikeuksiin.

Jonkinlainen vastaava oikeudettomuusedellytys kuin vainoamisrikoksessa on ei merkittävästi selventäisi rangaistavuuden alaa osana maalittamistunnusmerkistöä. Yksittäisten kommenttien tai ilmaisujen oikeudettomuuden arviointi osana tekokokonaisuutta on hyvin vaikeaa, mutta jos tätä ei tehtäisi, periaatteessa asiallisen kommentinkin jättänyt voisi joutua epäilyksi maalittamisesta, jos sattuisi kommentoimaan silloin, kun maalittamisrikos on meneillään. Jos rangaistavuuden alaa haluttaisiin laajentaa nykyisestä, yksittäisiltä kommenteilta ei voisi edellyttää vastaavaa loukkaavuutta tai vakavuutta kuin esimerkiksi kunnianloukkaukselta tai muilta jo kriminalisoiduilta teoilta, mutta oikeudettoman viestin pitäisi kuitenkin olla jollain tavalla häiritsevempi tai loukkaavampi kuin vain sananvapauden rajoissa sallittu negatiivinen tai kriittinen kommentti. Käytännössä oikeudettomuusarviointi tulisi kiinnittää jonkinlaisiin kriteereihin siitä, ovatko esimerkiksi kommentit sosiaalisessa mediassa ”asiallisia” tai ”perusteltuja” silloin, kun on olemassa epäily siitä, että maalittamisteko saattaisi olla käsillä.⁹⁰ Tällainen arviointi ei kuitenkaan ole mahdollista sananvapautta ja laillisuusperiaatetta kunnioittaen, koska myös muun muassa provosoivat ja järkyttävät ilmaisutkin voivat olla sallittuja. Lisäksi jokaisen tekijän erillisen ilmaisun asianmukaisuuden arvioiminen erikseen ja suhteessa muiden tekoihin ja teonhetkisiin olosuhteisiin ei olisi prosessiekonomisesti järkevää. Toisaalta rangaistavista maalittamiskokonaisuuksista pitäisi pystyä erottamaan maalittamista vastaavina näyttäytyvät tilanteet, joissa esimerkiksi kohteen sama ankara

88. Tämä olisi jossain määrin väistämätöntä, jos halutaan puuttua sellaiseen joukkovoiman hyödyntämiseen ja ”systeemivääräytyeen”, joilla laajan kriminalisoinnin tarvetta on perusteltu.

Poliisihallituksen ym. lainsäädäntöesitys 2019, s. 8.

89. Vrt. kuitenkin Illman 2020, s. 131–137.

90. Vrt. esim. vainoamistekojen oikeudettomuusedellytykseen, HE 19/2013 vp, s. 52.

kritiikki on kuitenkin (ainakin pääosin) perusteltua.⁹¹ Jotta tällaiseen kritiikkiin osallistumisesta ei rangaistaisi maalittamiseen osallistumisena, tulisi osallistumisen lisäksi pystyä määrittelemään ja erottamaan maalittamiskokonaisuus jollain tavalla muusta maalittamiselta näytävästä toiminnasta.

Olisi siis hyvin vaikeata, ellei mahdotonta määritellä ensinnäkin se, milloin on kyse maalittamistilanteesta, ja toiseksi, missä yksittäistapauksissa on kyse maalittamiseen *osallistumisesta* sen jälkeen, kun maalittamisen on todettu olevan tai olleen käynnissä.

Osassa kriminalisointiehdotuksia edellä esitetyt ongelmat on pyritty ratkaisemaan niin, että maalittamiseen osallistumisen osateot vastaavat ainakin pääpiirteissään jo nyt rangaistaviksi säädettyjä tekoja (esimerkiksi poliittisten oikeuden loukkaamisena (RL 14:5), vainoamisena (RL 25:7), kunnianloukkauksena (RL 24:9), yksityiselämää loukkaavana tiedon levittämisenä (RL 24:8) ja julkisena kehottamisena rikokseen (RL 17:1)).⁹² Tältä osin niiden oikeudenvastaisuus ei olisi tekijälle välttämättä sen selvempää tai epäselvempää kuin tällä hetkelläkään on. Suurin muutos olisi se, että näistä teoista voitaisiin määrätä ankarampi rangaistus silloin, kun ne katsotaan tehdyiksi osana maalittamistekokokonaisuutta.⁹³ Tästä seuraisi kuitenkin edellä esitetyllä tavalla huomattavia vaikeuksia sen suhteen, milloin voitaisiin katsoa, että tekijän on esimerkiksi ollut ”syytä varoa” tekonsa liittyvän maalittamiskokonaisuuteen tai aiheuttavan vaaraa rikosten tekemisestä tai jatkumisesta.⁹⁴ Ehdotukset eivät siten vastaa siihen ongelmaan, että suuri osa maalittamiskokonaisuuteen liittyvistä teoista ei ole tällä hetkellä rangaistavia, mutta toisaalta kuitenkin aiheuttaisivat uusia tulkintaongelmia.

91. Kysymyksestä ei ole juuri keskusteltu Suomessa maalittamiskeskustelun yhteydessä ainakaan tarkasteltaessa maalittamista oikeudellisena ongelmana, mutta maalittamista vastaava toiminta voi näyttäytyä jopa toivottavana sosiaalisen kontrollin muotona ja keinona vaikuttaa koettuihin epäkohtiin silloin kun suuri joukko ihmisiä ottaa kantaa havaitsemaansa vääryyteen. Esim. Laidlaw 2017, s. 2; Paul Billingham – Tom Parr, Online Public Shaming: Virtues and Vices. *Journal of Social Philosophy* 51(3) 2020, s. 371–390. Vrt. kuitenkin esim. Aitchison – Meckled-Garcia 2021, s. 1–31. Heidän näkemyksensä mukaan tämän tyyppinen toiminta vaikutuskeinona on moraalisesti väärin ainakin aina silloin, kun se on yksilöön kohdistuvaa (s. 2–3). Ja joka tapauksessa tällainen erottelu hyviin ja huonoihin hyökkäyksiin on aina hyvin arvo- ja näkökulmasidonnaista, eikä erottelua sisällön perusteella voitaisi tehdä laissa.

92. Illman 2020 131–132. Ks. myös P. Viljanen 2021.

93. Illman 2020, s. 131–137. P. Viljasen ehdotuksessa rangaistus määrättäisiin sekä maalittamisesta että säännöksessä mainitusta toisesta rikoksesta, johon teolla syyllistyttäisiin. P. Viljanen 2021, s. 11.

94. ”Syytä varoa” -muotoilusta, Illman 2020, s. 131–137; P. Viljanen 2021.

5. Johtopäätökset

Lienee selvää, että maalittamiseen tai yleisemminkin eri tavoin solvaavaan ja epäasialliseen keskusteluun ja häirintään sosiaalisessa mediassa tulisi (voida) puuttua etenkin silloin, kun se muuttuu pitkäkestoiseksi maalittamistyyppiseksi häirinnäksi. Uusi kriminalisointi ja jopa rikosoikeus ylipäänsä toimivat kuitenkin huonosti tässä tarkoituksessa, mikä viittaa siihen, ettei maalittamiskriminalisointi olisi perusteltu myöskään ultima ratio -periaatteen ja hyöty-haitta-punninnan periaatteen kannalta.⁹⁵ Siitä huolimatta, että nykyisillä kriminalisoinneilla on vaikea puuttua maalittamisilmiöön kattavasti, ei näytä mahdolliselta säätää riittävän täsmällistä ja tarkkarajaista säännöstä, jolla varsinainen maalittaminen tai maalittamiskokonaisuuteen osallistuminen tulisi merkittävästi nykyistä laajemmin rangaistavaksi.

Uudenlaiset ongelmat kuitenkin haastavat jatkuvasti rikosoikeuden keskeisiä oppeja ja periaatteita. Esimerkiksi vainoaminen säädettiin rangaistavaksi siitä huolimatta, että se poikkesi totutusta rikosoikeudellisen vastuun muodostumista koskevista opeista, samoin tappeluun osallistuminen pidettiin rangaistavana tekona osittain seurausvastuuseen ja kollektiiviseen vastuuseen perustuvasta rangaistavuudesta huolimatta. Lisäksi vaikuttaa siltä, että perusoikeudet eivät käytännössä juuri estä perusoikeuksien rajoittamista tarkoittavien lainsäädäntöhankkeiden toteuttamista, vaan lähinnä edellyttävät muodollisia ja menettelyllisiä oikeusturvatakeita.⁹⁶ Voisivatko perusoikeudet ja rikosoikeuden periaatteet joustaa myös maalittamisen kohdalla niin, että sen rangaistavaksi säätäminen voisi ongelmista huolimatta olla mahdollista? Vastaus riippuu siitä, kuinka laajasti maalittamiseen haluttaisiin puuttua ja siitä, kuinka paljon periaatteista ja vastuun muodostumista koskevista opeista ollaan valmiita joustamaan, mutta tässä artikkelissa tarkasteltu maalittamisen laaja kriminalisoiminen ei laillisuusperiaatteen ja syyllisyysperiaatteen keskeisimmät vaatimukset huomioiden onnistu.

Kriminalisointiperiaatteiden sekä perusoikeuksien rajoitusedellytysten lisäksi Euroopan ihmisoikeussopimus ja siihen liittyvä EIT:n käytäntö kaventavat mahdollisuuksia säätää uusia rajoituksia sananvapauden käyttämiselle. Yksittäiset ilmaisut, joiden rangaistavuutta ja kriminalisoimistakin maalittamisen suhteen joudutaan pohtimaan, eivät ole niin vakavia loukkauksia, että oikeuksen

95. Periaatteista lähemmin, esim. Melander 2008, s. 389–505. Voimassa olevaa rikossääntelyä toki voidaan ja tulisi tarkastella siitä näkökulmasta, miten maalittamisen kohteeksi joutuneen oikeuksia voitaisiin suojata nykyistä paremmin ilman uus kriminalisointia. Tämä saattaisi edellyttää joitain lakimuutoksia, mutta myös esim. maalittamiskokonaisuuteen liittyvien (lievien) rikosten esitutkintakäytäntöjä ja niiden muutostarpeita tulisi selvittää maalittamisen näkökulmasta. Tämän tyyppistä arviointia esim. Illman 2020.

96. Juha Lavapuro, Valtiosääntöinen managerialismi ja perusoikeudet. Oikeus 1/2010, s. 6–27.

väärinkäytön kielto tulisi yleensä kyseeseen. Pikemminkin maalittamiskokonaisuuden osatekojen rangaistavuuden arvioinnissa on kyse jo nyt tulkinnanvaraisesta rajanvedosta sallittuihin ilmaisuihin ja tässä mielessä vaikeasta kysymyksestä. Esimerkiksi vuoden 2014 lakimuutoksilla pyrittiin nimenomaan huomioimaan EIT:n sallivampi suhtautuminen sananvapauden käyttämiseen erityisesti silloin, kun ilmaisu koskee yleiseltä kannalta merkittävää asiaa, ja lisäksi poistettiin vankeusrangaistuksen uhka tietyistä ilmaisurikoksista (RL 24:8 ja 24:9).⁹⁷ Mahdollisen uuden kriminalisoinnin ei pitäisi johtaa siihen, että näiltä osin palattaisiin aiempaan ja mahdollisesti EIT:n linjausten kanssa ristiriitaiseen tilanteeseen.⁹⁸

Could online shaming be criminalised?

KRISTIINA KOIVUKARI, LL.D., Postdoctoral Researcher, University of Helsinki

Online shaming is a new and topical issue in Finnish legal discourse. The concept of online shaming refers to hateful expressions where someone has initiated a hate campaign against another, usually on social media or on some other online platform. Besides being severely disturbing to the target, even the risk of this kind of shaming potentially affects and distorts public discussion and the public's right to obtain information.

Online shaming often consists of separate acts some of which do not constitute criminal offences, but some do. However, the range of potentially applicable criminal provisions is rather broad, and the offences are seldom serious when assessed separately. In practice, therefore, the cases are difficult to identify, investigate, and prosecute. It has been suggested that a new criminalisation is needed: For this to have the required effect, the new provision should cover all or most of the acts constituting online shaming. The author argues that such a broad criminalisation of online shaming is not possible. The principles of legality and assumption of innocence, as well as the limited possibilities to restrict the freedom of expression, prevent the criminalisation of online shaming comprehensively. The problem lies in the impossibility to define online shaming precisely enough to be able to differentiate harmful and malicious shaming from targeted criticism that should still be allowed under the freedom of expression. In addition, with an ongoing online shaming campaign, it is impossible to differentiate between

97. HE 19/2013 vp; Matikkala 2012.

98. Maalittamistyyppisissä tilanteissa osa ilmaisuista voi koskea yleiseltä kannalta merkittävää asiaa ja toisaalta esim. Illmanin esityksessä ehdotetaan vankeusrangaistuksen säätämistä mahdolliseksi ko. rikoksista silloin, kun teot olisivat osa maalittamiskokonaisuutta. Illman 2020, s. 132.

Kristiina Koivukari

acts that would constitute the offence of shaming and comments that “merely” criticise the target with no intent to shame.



Psykojuridinen näkökulma tuomarin päätöksentekoon, erityisesti rangaistuksen määräämiseen

HAKUSANAT: prosessioikeus, kognitiivinen psykologia, tuomarit, oikeuspsykologia, päätöksenteko, rangaistuksen määrääminen

1. Johdanto

Tässä artikkelissa esitämme monitieteisen, psykojuridisen näkemyksen tuomarin päätöksenteosta. Tavoitteena on varsinkin ulkomaisen tutkimuksen avulla muodostaa psykologisesti realistinen kuva tuomioistuinratkaisun keksimisestä. Erityisen tarkastelun kohteena on rangaistuksen määrääminen käräjäoikeudessa yhden tuomarin kokoonpanossa.

Tuomioistuinratkaisujen tutkimus on yleensä vahvasti keskittynyt ratkaisun oikeuttamisen kontekstiin. Tässä artikkelissa osoitamme, että myös ratkaisun keksimisen kontekstia voidaan tutkia tieteellisesti ja empiirisesti. Rikostuomioita on tarpeellista lähestyä paitsi perustelujen kautta myös siitä näkökulmasta, miten niihin päädytään kognitiivisessa mielessä.

Tuomioistuinpäätöksenteon yhteiskunnallinen merkitys oikeusvaltiossa on yleensäkin huomattava. Rikosasioiden tärkeyttä korostaa vielä muun ohella se, että rangaistusseuraamuksilla voidaan puuttua laajasti perusvapauksiin. Tuomioiden laadun ja tuomioistuinjärjestelmän oikeutuksen kannalta on aiheellista tutkia tuomion perustelujen lisäksi sitä, millä tavoin ajattelun oikopolut voivat vaikuttaa tuomarin päätöksentekoon ja miten epäolennaisten seikkojen tiedos-
tamatonta vaikutusta voi torjua.

* Ville A. Saarinen, FM, OTM, VT, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto; Jussi Palomäki, FT, kognitiotieteen dosentti, Helsingin yliopisto. Ville A. Saarinen on hankkinut useimmat lähteet artikkelia varten ja ollut päävastuussa kaikkien lukujen kirjoittamisesta. Jussi Palomäki on tarkistanut artikkelin kognitiivista psykologiaa sisältävät osuudet, hankkinut osan lähteistä ja ollut mukana muokkaamassa käsikirjoituksen julkaistavaksi hyväksyttyä versiota. Kirjoitus perustuu osittain OTM-tutkielmaan Ville A. Saarinen, Tuomarin päätöksenteko ja vankeusrangaistuksen perustelevä. Helsingin yliopisto 2015. Kirjoittajat haluavat kiittää Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkimusavustajaa *Enna Hakalaa* työstä käsikirjoituksen ulkoasun viimeistelemisessä.

Tarkastelemme erityisesti rangaistuksen määräämistä, koska ensiksikin rangaistuksen määräämisen lopputuloksena tyypillisesti on ilmoitettava jokin numeroarvo, mikä itsessään altistaa päätöksentekijän erälle kognitiivisille harhoille mutta myös mahdollistaa monet psykologiset koeasetelmat ilmiön tutkimiseksi luotettavasti. Toiseksi kysymys siitä, vastaako tällainen päiväsakkojen tai vankeuskuukausien määrää ilmentävä numeroarvo jonkin rikollisen teon moittivuutta oikeudenmukaisella tavalla, on sikäli vaikea, että myös tuomarin päätöksenteon kontrolloiminen juuri tällä alueella on periaatteessa hankalaa. Lisäksi vanhastaan rangaistuksen määräämistä on perusteltu varsin niukasti ja läpinäkymättömästi, vaikkakin perustelut ovat hiljattain parantuneet korkeimman oikeuden tartuttua ennakkoratkaisuissaan rangaistuksen mittaamisen kysymyksiin viime vuosikymmenellä.

Käytämme tuomarin päätöksenteon ja päätöksentekoympäristön kuvaamiseen integroivan kirjallisuuskatsauksen menetelmää¹ yhdistettynä teoreettiseen lainoppiin. Tiivistämme kansainvälisen tutkimuskirjallisuuden pohjalta tuomarin päätöksenteon kannalta keskeiset kognitiivisen psykologian alalla tehdyt löydökset ja sovellamme tuloksia tuomarin päätöksentekoon kotimaisessa käräjäoikeusympäristössä.² Rangaistuksen määräämisen psykologia on toki sen verran rajattu aihe, että nimenomaisesti sitä koskevaa tutkimusta ei ole paljon. Olemme sen johdosta pitäneet perusteltuna analysoida tutkimustuloksia myös sellaisista koeasetelmista, jotka muistuttavat lähemmin syyksilukemisharkintaan kuin suoranaisesti tai yksistään rangaistuksen määräämiseen liittyviä tilanteita. Monijäsenisen kokoonpanon päätöksentekoon liittyvät erityiskysymykset puolestaan on rajattu artikkelin ulkopuolelle.

Olemme katsooneet juristilukijoille hyödylliseksi ensiksi luvussa 2 esitellä yleisellä tasolla kirjoituksen teoreettisena taustana olevat kognitiivisen psykologian kaksoisprosessiteoriat ja luvussa 3 kytkeä kaksoisprosessiteoriat oikeusteoriassa kehitettyyn ideaan kahdesta päätöksenteon kontekstista. Luvussa 4 kerromme tuomarin päätöksenteon erityispiirteistä psykologisen päätöksenteon tutkimuksen näkökulmasta. Luvussa 5 analysoimme rangaistuksen määräämistä päätöksenteko-ongelmana. Luvussa 6 luonnehdimme käräjäoikeudessa työskentelevän tuomarin päätöksentekoympäristön ja kerromme, mitä sen piirteet merkitsevät tuomarin työssä oppimisen kannalta. Luvussa 7 esitämme johtopäätöksemme ja suosituksemme järjestelmän kehittämiseksi.

1. Hannah Snyder, Literature review as a research methodology: An overview and guidelines. *Journal of Business Research* 104, 2019, s. 333–339, 335–337.
2. Kotimaisessa oikeustieteessä ei ole nykyaikaisesta kognitiivisesta tuomarinpsykologiasta juuri keskusteltu. Ensimmäisessä alaviitteessä viitatus OTM-tutkielman lisäksi voidaan mainita lähinnä Heikki Kempainen, Rangaistuksen määräämisen perustelevinen. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2021, s. 164–177.

2. Kognitiivisen psykologian kaksoisprosessiteoriat

Kaksoisprosessiteorioiden mukaan ihmisen kognitiivinen prosessointi jakautuu kahteen eri tyyppiin. Tyypin 1 prosessointi on nopeaa, automaattista sekä tiedostamatonta ja sitä havaitaan ihmisen lisäksi myös muilla eläimillä. Tyypin 2 prosessointia puolestaan havaitaan vain ihmisillä, se on hidasta, tarkkaavaisuutta ja tietoisia ponnisteluja vaativaa sekä työmuistia kuormittavaa. Asiantuntijoiden päätöksenteossa tyypin 1 prosessointia edustavat lähinnä assosiaatio-opitut heuristiikat eli intuitiiviset peukalosäännöt ja tuntemukset. Esimerkiksi shakkimestarien päätöksenteko perustuu usein siihen, miltä erilaiset siirtovaihtoehdot ja niihin liittyvät pelilaudan asetelmat tuntuvat, sillä kaikkien siirtovaihtoehtojen lukumäärä on liian suuri tietoisesti käsiteltäväksi työmuistissa.³ Loogisen päättelyn kaltaisiin, formaalien sääntöjen noudattamiin edellyttäviin tehtäviin tarvitaan yleensä tietoista ajattelua eli tyypin 2 prosesseja. Esitämme, että laintulkintaongelmat ovat sellaisia, joiden ratkaisemiseen tarvitaan tyypin 2 prosesseja. Laintulkintaongelmien ratkaisussa valintavaihtoehtojen määrä on selkeästi rajattu – toisin kuin esimerkiksi shakissa, jossa mahdollisia pelin kulkuja muuttaman siirron päähän voi olla tähtitieteellinen määrä.⁴ Näin ollen intuition ja peukalosääntöihin nojautuminen ei ole laintulkintaongelmien kohdalla useimmiten tarpeellista.

Kaksoisprosessiteorioita on testattu ja kehitetty erityisesti tutkimalla ihmisen päättelyä ja päätöksentekoa kokeellisesti. Tyypillisessä koeasetelmassa koehenkilöille esitetään päätöksenteko-ongelmia kontrolloidusti, jolloin päästään tarkkailemaan useita ihmisiä varmasti samanlaisessa päätöksentekotilanteessa – ja voidaan myös muuttaa jotakin tehtävän piirrettä muut piirteet vakioiden. Yksi esimerkki tällaisesta tehtävästä on niin kutsuttu Wasonin korttitehtävä, jossa koehenkilölle esitetään neljä kaksipuolista korttia, joista jokaisen toisella puolella on kirjain ja toisella puolella numero. Kortit ovat pöydällä sillä tavoin, että niiden päällyspuolella lukee esimerkiksi *A, B, 7 ja 4*. Koehenkilön tehtävä on kortteja kääntämällä osoittaa todeksi tai epätodeksi sääntö ”*Jos kortin toisella puolella on A, sen toisella puolella on 4*”. Oikea vastaus on kääntää kortit *A ja 7*, mihin kykenee noin 10–20 prosenttia koehenkilöistä. Tyypillinen väärä vastaus on kääntää kortit *A ja 4* – tämä on väärä vastaus, koska sääntö ei ota kantaa

3. Fernand Gobet – Philippe Chassy, Expertise and intuition: A tale of three theories. *Minds and Machines* 19(2) 2009, s. 151–180. Moni Suomessa tietää kaksoisprosessiteoriat suositusta käännoiskirjasta Daniel Kahneman, Ajattelu, nopeasti ja hitaasti. Terra Cognita 2012.
4. Ks. Jonathan St. B. T. Evans – David E. Over, Rationality and reasoning. Psychology Press 1996. Vrt. Daniel Kahneman – Gary Klein, Conditions for intuitive expertise: A failure to disagree. *American Psychologist* 64(6) 2009, s. 515–526.

siihen, mitä 4:n toisella puolella tulee olla. Kyseinen tehtävä on melko vaativa ja työmuistille raskas, eli se edellyttää tyyppin 2 prosessointia.⁵

Sama tehtävä voidaan esittää hieman eri muodossa siten, että sen ratkaiseminen perustuu tyyppin 1 prosessointiin. Tällä kertaa korttien yhdellä puolella lukee baarin asiakkaan ikä ja toisella puolella se, mitä hän on juomassa. Kortit voivat olla esimerkiksi *Juo olutta, Juo kokista, 15 vuotta, 30 vuotta*. Testattava sääntö on ”*Jos henkilö juo olutta, hän on täysi-ikäinen*”. Tällöin noin 75 prosenttia koehenkilöistä kääntää oikeat kortit eli *Juo olutta ja 15 vuotta*. Koehenkilön näkökulmasta on intuitiivisesti selvää, että sillä ei ole väliä, mitä 30-vuotias henkilö tässä tilanteessa juo. Samaa intuitiivista selkeyttä ei kuitenkaan muodostu, jos korttien merkitystä ei sidota opittuihin yhteiskunnallisiin normeihin tai muuhun konkretiaan.⁶

Kokeellisia päätöksenteon tutkimuksia on kritisoitu muun muassa siitä, että laboratoriossa koehenkilö joutuu rajoittumaan tiettyyn premissijoukkoon, kun taas arkipäätöksenteko ei ole tällä tavoin rajoitettua.⁷ Näille kokeille on nimittäin tyyppillistä, että koehenkilön ei ole sallittua käyttää päättelyssään muita tosiasiapremissejä kuin kokeen laatijan antamia. Lisäksi kokeissa perinteisenä mittapuuna on ollut deduktiivisen logiikan sääntöjen noudattaminen, mikä on saanut osakseen kritiikkiä siitä lähtökohdasta, että analyyttinen päättely ei arkipäätöksenteon tilanteissa useinkaan ole optimaalinen vaihtoehto.⁸ Esimerkiksi puntaroidessamme sitä, minkä elokuvan haluaisimme katsoa, päätös ehkä kannattaakin perustaa siihen, miltä eri elokuvavaihtoehdot *tuntuvat*.⁹

Kokeellisella päätöksenteon tutkimuksella saavutetut tulokset yleistyvät kuitenkin tuomioistuimen päätöksentekoon mahdollisesti paremmin kuin arkipäätöksentekoon. Tuomarin päätöksenteon perustana on tuomioistuimelle esitetty aineisto ja vain se, ja häneltä odotetaan nimenomaan normatiivista rationaalisuutta kuten logiikan sääntöjen noudattamista, myös rangaistuksen määräämisessä. Väitämme, että haastehakemus ja muu oikeudenkäyntiaineisto jossakin määrin rinnastuvat kontrolloidun laboratoriokokeen tehtävänantoon. Tuomarin on mahdollista katsoa asianosaisten väitteiden tulleen toteen näytetyiksi tai jääneen toteen näyttämättä, mutta hänellä ei ole oikeutta lisätä aineistoon muita

5. P. C. Wason, Reasoning about a rule. *The Quarterly Journal of Experimental Psychology* 20(3) 1968, s. 273–281.

6. Leda Cosmides – John Tooby, Cognitive adaptations for social exchange, s. 163–228 teoksessa Jerome H. Barkow – Leda Cosmides – John Tooby, *The adapted mind: Evolutionary psychology and the generation of culture*. Oxford University Press 1992, s. 182–183; Jonathan St. B. T. Evans, In two minds: dual-process accounts of reasoning. *Trends in Cognitive Sciences* 7(10) 2003, s. 454–459.

7. Evans – Over 1996, s. 101; Mandeep K. Dhami – Ian Belton, On getting inside the judge’s mind. *Translational Issues in Psychological Science* 3(2) 2017, s. 214–226.

8. Ap Dijksterhuis – Maarten W. Bos – Loran F. Nordgren – Rick B. van Baaren, On making the right choice: The deliberation-without-attention effect. *Science* 311(5763) 2006, s. 1005–1007.

9. Evans – Over 1996, s. 14–16.

tosiseikkoja. Oikeudenkäynnin suullisuus tosin rikastaa psykologisessa mielessä tuomarin niin sanottua päätöksentekoympäristöä ja tuo siihen luonnollisuutta verrattuna laboratoriotutkimusasetelmiin.

Virolainen ja *Martikainen* kuvailevat kulissiperustelujen yhteydessä tuomioistuinratkaisun syntymistä varsin osuvasti: ”On mahdollista, ettei ratkaisija ole aina edes tiedostanut sitä, mitkä tekijät todella ovat vaikuttaneet hänen ratkaisuunsa. Siinäkin tapauksessa, että hän on ollut niistä tietoinen, hän saattaa katsoa, ettei ole sopivaa nimenomaisesti tuoda niitä julkisuuteen, minkä vuoksi hän asettuu näennäisten perustelujen muodostaman kulissin taakse.”¹⁰ Silloin kun tuomari argumentoi rehellisesti, ratkaisun perusteleminen itselle ja sen perusteleminen yleisölle voivat kuitenkin olla miltei sama asia.¹¹

Psykologian näkökulmasta tekijät, jotka vaikuttavat yksinomaan tyyppin 1 prosessien kautta, ovat pääosin tiedostamattomia, joskin niiden lopputulos saattaa ilmetä tietoisuudelle intuitiivisena tuntemuksena kuten esimerkiksi shakkimestarien päätöksenteossa. Päätöksentekijän on siis mahdollista kuvailla päätöksentekonsa vaiheita sitä tarkemmin, mitä suurempi rooli tyyppin 2 prosesseilla on siinä ollut. Jos tyyppin 2 prosesseilla on rooli vain jälkikäteisessä justifiointissa ja itse ratkaisusta on päätetty tyyppin 1 prosessein eli intuitioon tai tunteeseen nojaten, tuomari ei voi varmasti tietää päätöksensä vaikuttaneita tekijöitä.¹² Hän saattaa silti perusteluja kirjoittaessaan uskoa kuvailevansa niitä totuudenmukaisesti. Shakkimestarit usein perustelevat siirtojaan vedoten yksinkertaisesti siihen, miltä pelilaudan asetelma ”tuntui”.¹³ Vastaava tuntemukseen vetoava perustelutapa – vaikka se olisikin todellinen osasyys päätökseen – ei olisi sopiva tuomioistuinratkaisuisissa.

3. Oikeusteoreettinen kaksoisprosessiteoria

Oikeusteoriassa on perinteisesti erotettu ratkaisun *keksimisen konteksti* ja sen *oikeuttamisen konteksti*.¹⁴ Tämä muistuttaa kognitiivisen psykologian kaksoisprosessiteorioiden mukaista käsitystä siinä määrin, että oikeusteoreettista näkemystä kahdesta kontekstista voitaisiinkin kutsua oikeusteoreettiseksi kaksoisprosessiteoriaksi. Tämän teorian mukaan ratkaisu keksitään ensin niin sanottujen

10. Jyrki Virolainen – Petri Martikainen, *Tuomion perusteleminen*. Talentum 2010, s. 15 ja 35–36.

11. Virolainen – Martikainen 2010, s. 36.

12. Ks. esim. Evans – Over 1996, s. 155–156.

13. Kahneman – Klein 2009, s. 519.

14. Engl. *context of discovery* ja *context of justification*. Tätä Richard A. Wasserstromin ja Suomessa muun muassa Aulis Aarnion kehittämää jaottelua on kuvattu teoksessa Virolainen – Martikainen 2010, s. 11–15.

ratkaisuheuristiikkojen perusteella ja vasta sen jälkeen se oikeutetaan eli tavallaan perustellaan itselle tietoisella tasolla niin sanotun *justifioinnin logiikan* keinoin. Helposti nähdään, että ratkaisuheuristiikat vastaavat melko pitkälti tyyppin 1 prosesseja ja ratkaisun justifiointi taas tyyppin 2 prosesseja. Lopputuloksen oikeudenmukaisuus riippuu tällöin siitä, mistä ratkaisuheuristiikat tulevat: ilmentävätkö ne joitakin tuomarin työssä implisiittisesti opittuja vääriä yleistyksiä ja esimerkiksi asianosaisten ulkonäön tuomarissa herättämiä syvään juurtuneita ennakkoluuloja vai kenties hyvin sisäistettyjä oikeusnormeja.

Koska intuitiivisen päätöksenteon vaiheita ei voi tiedostaa, perustelujen tekstiin voi päätyä vain jälkikäteen rationalisoimalla luotuja justifiointeja. On mahdollista, että tuomari ei kelpuuta kaikkia niitäkään tuomioon kirjoitettavaksi esimerkiksi siitä syystä, etteivät ne perustu sallittuihin oikeuslähteisiin. Toisin sanoen tuomioon päätyvät perustelut voivat poiketa niistä, joilla tuomari perustelee ratkaisun itselleen normatiivis-rationaalisesti kahden kontekstin mallissa. Ratkaisuheuristiikat, justifiointi itselle ja justifiointi yleisölle voivat siten olla kolme eri asiaa.

Sekä oikeusteoriassa että psykologiassa kaksoisprosessiteoriat ovat kuitenkin kehittyneet kohti sellaisia malleja, joissa rationaalinen ajattelu voi vaikuttaa perustelujen lisäksi myös päätöksenteon lopputulokseen. Psykologisissa kaksoisprosessiteorioissa on ehdotettu monenlaisia vuorovaikutustapoja tyyppien 1 ja 2 prosessien välillä. Päätöksenteon tyyppien vuorovaikutuksen tai kilpailun luonteesta on erimielisyyttä, vaikka kenties alun perin ajateltiin juuri, että tyyppin 1 prosessit vastaavat päätöksen muodostumisesta ja tyyppin 2 prosessit päätöksen rationalisoinnista.¹⁵ Nytemmin on saatu näyttöä, ettei perusteleminen aina pelkästään seuraa itse päätöstä, vaan rationaalisilla perusteluilla ja analyttisillä prosesseilla voi olla myös vaikutusta lopputulokseen.¹⁶

Oikeusteoriassa – jossa siis perusnäkemys on, että ratkaisu keksitään keksimisen kontekstissa, minkä jälkeen perustelut luodaan oikeuttamisen kontekstissa – puhutaan vastaavasti päätöksenteon kahdensuuntaisuudesta (engl. *bidirectionality*).¹⁷ Tällä tarkoitetaan, että oikeuttamisvaiheessa voidaan esimerkiksi päätyä muuttamaan alustavaa ratkaisua, mikä vastaa tarkasti kognitiivisen psykologian heuristis-analyttistä mallia (engl. *intuitive-override model*), jonka mukaan analyttisen ajattelun keinoin voidaan tarkastaa ja tarvittaessa korjata intuitiivisesti

15. Jonathan Haidt, The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review* 108(4) 2001, s. 813–834, 814.

16. Mandeep K. Dhami – Ian Belton – Jane Goodman-Delahunty, Quasirational models of sentencing. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 4(3) 2015, s. 239–247.

17. Minna Gräns, Some aspects of legal decision making in the light of cognitive consistency theories, s. 100–122 teoksessa Peter Wahlgren (eds), *Perspectives on jurisprudence. Essays in honor of Jes Bjarup. Scandinavian studies in law* 48/2005, s. 113. Termi on peräisin päätöksenteon tutkimuksesta, mutta Gräns poikkeaa monista muista oikeusteoretikoista siinä, että hän viittaa psykologian alan tutkimuksiin ja perustaa kannanottojaan niihin.

löydettyjä ratkaisuja.¹⁸ Oman päätöksen tarkistaminen tyyppin 2 prosessein, siis tietoisesti harkiten, olisikin juuri tuomioistuinpäätöksenteossa keskeistä sen laadun kannalta, koska kuten jäljempänä tulee esille, tuomarin työssä ammatilliset intuiot eivät välttämättä aina kehity luotettavalla tavalla.

Holyoakin ja *Simonin constraint satisfaction* on ehdotus mekanismiksi, jonka kautta tyyppin 1 prosessien vaikutus tuomarin päätöksentekoon voisi toteutua.¹⁹ *Constraint satisfaction* tarkoittaa lyhyesti sanoen sitä, että päätöksentekijä kiinnittää huomionsa lähinnä yhteen monista mahdollisista erisuuntaisista perusteluista ja tiedostamattaan työstää vastakkaisuuntaiset perustelut pois.²⁰ Tällainen taipumus on osoitus *pro et contra* -perustelemistavan psykologisesta vaikeudesta. Päätöksentekijät ja erityisesti ammattituomarit lopulta ovat vakuuttuneita omasta ratkaisustaan ja sen rationaalisuudesta.²¹ Tämä vaikutus ulottuu perusteluihin siten, että päätöksentekijä voi kuvailla näytön tai oikeussäännön osoittaneen *vahvasti yhteen suuntaan*, vaikka kysymys olisi tilanteesta, jossa koeasetelmalla on *varmistettu* oikeussääntöjen tai näytön *ristiriitaisuus*.²²

Vaikka tyyppin 2 prosesseilla voi olla oma osuutensa myös päätöksenteon lopputuloksen muodostumisessa eikä pelkästään sen rationalisoinnissa, on selvää, että tyyppin 1 prosessit *vaikuttavat olennaisesti lopputulokseen*, tuomioistuintoiminnassa todennetusti esimerkiksi jäljempänä kuvatun ankkurointivaikutuksen kautta.²³ Asiantuntemuksen tutkimuksessa ”taitavan intuition” merkitystä on tarkasteltu esimerkiksi shakin, pokerin, lääketieteellisen diagnostiikan, psykiatrian ja autourheilun yhteydessä.²⁴ Tyyppin 1 prosesseja vastaavien ratkaisuheuristiikkojen sivuuttaminen tai toteaminen tutkimattomaksi alueeksi johtaisi vaillinaiseen teoriaan tuomarin päätöksenteosta. Ei pidä tyytyä tutkimaan vain

18. Leland F. Saunders, Reason and intuition in the moral life, s. 335–354 teoksessa Jonathan St. B. T. Evans – Keith Frankish, In two minds. Dual processes and beyond. Oxford University Press 2009, s. 343–344.

19. Gräns 2005, s. 113; Keith J. Holyoak – Dan Simon, Bidirectional reasoning in decision making by constraint satisfaction. Journal of Experimental Psychology: General 128(1) 1999, s. 3–31, 4–5.

20. Tällainen on *vahvistusharhan* mukaista päättelyä ja päätöksentekoa, ks. Moa Lidén – Minna Gräns – Peter Juslin, 'Guilty, no doubt': detention provoking confirmation bias in judges' guilt assessments and debiasing techniques. Psychology, Crime & Law 25(3) 2019, s. 219–247, jossa todetaan tuomarin aiemmin tekemällä vangitsemispäätöksellä olevan huomattavan suuri vaikutus näytön arviointiin ja syyksilukemisratkaisuun pääasiassa.

21. English – Mussweiler – Strack 2006, s. 189 ja 194; Gary Edmond – Kristy A. Martire, Just cognition: Scientific research on bias and some implications for legal procedure and decision-Making. Modern Law Review 82(4) 2019, s. 633–664, 633.

22. Gräns 2005, s. 117–118.

23. Birte English – Thomas Mussweiler – Fritz Strack, Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. Personality and Social Psychology Bulletin 32(2) 2006, s. 188–200, 188.

24. Gobet – Chassy 2009; Jussi Palomäki – Michael Laakasuo – Benjamin U. Cowley – Otto Lappi, Poker as a domain of expertise. Journal of Expertise 3(2) 2020; Kahneman – Klein 2009.

justifioinnin logiikkaa, jos samaan aikaan hyväksytään, että sillä on varsinaisessa perustelemista edeltävässä päätöksenteossa enintään toissijainen rooli tietoisuuden ulkopuolella tapahtuvaan kognitiiviseen prosessointiin nähden.

4. Kognitiiviset harhat ja päätöksentekoympäristön validiteetti tuomarin päätöksenteossa

Tuomarit eivät ole immuuneja päätöksenteon harhoille (engl. *biases*), koska nämä ovat ihmiskognition piirteitä, jotka eivät katoa koulutuksen myötä ja joita ei kytketä pois päältä omalla erityisalalla toimittaessa.²⁵ Joidenkin alojen ammattilaiset tosin osaavat välttää harhoja ja epäolennaisten seikkojen vaikutusta muita paremmin, mutta tuomarit eivät tutkimustiedon valossa kuulu tällaisiin ammattikuntiin.²⁶

Päätöksenteon intuitiivisuus ei ole sinänsä kielteinen asia. Päinvastoin jos päätöksenteossa voi hyödyntää *luotettavia* tyyppin 1 prosesseja eli edellä mainittua ”taitavaa intuitiota”, päätökset ovat silloin niin nopeita ja tarkkoja, ettei sellaiseen voi yltyä analyttisessä päätöksenteossa. Sekään ei ole yksinään ongelma, että kaikilla päätöksenteon alueilla intuitio ei kehity yhtä tarkasti – esimerkiksi shakissa kehittyvä intuitio on usein tarkempaa kuin osittain sattumaan perustuvassa pokerissa kehittyvä intuitio.²⁷ Sellaisilla päätöksenteon alueilla, jotka eivät ole suotuisia taitavan intuition kehittymiselle, voidaan yrittää käyttää tyyppin 2 prosesseja eli tehdä päätökset analyttisesti ja keskittyneesti. Tällä tavoin voi olla mahdollista välttää huonoista intuitioista johtuvat systemaattiset virheet. Nämä virheet on kuitenkin ensin tiedostettava. On myös hyvä tunnistaa oman osaamisen taso: kokemattoman shakinpelaajan tai autourheilijan on parempi olla luottamatta intuitioonsa, koska hänen intuiionsa ei siinä vaiheessa voi heijastaa kokemukseen perustuvaa tiedostamatonta prosessointia.

Shakkimestarien pelissä hyödyntämä intuitio pohjautuu tuhansiin peliker-toihin, strategian opiskeluun ja pelien tutkimiseen. Assosiativisen oppimisen kautta pelaajat ovat alkaneet havaita, mitkä pelilaudan asetelmat ovat hyviä ja mitkä huonoja; shakkimestarin taitava intuitio kertoo tästä ”tietoisuuden pinnan alla” tapahtuvasta kokemukseen perustuvasta kognitiivisesta prosessoinnista.

25. Ks. esim. Eyal Peer – Eyal Gamliel, Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review* 49(2) 2013, s. 114–118; English – Mussweiler – Strack 2006.

26. Hyviä suorituksia on mitattu esimerkiksi meteorologeilta, shakkimestareilta, koelentäjiltä ja kirjanpitäjiltä, heikkoja suorituksia esimerkiksi psykologeilta, pinoto-ohjaajilta, osakemekla-reilta, rekrytoinnin ammattilaisilta ja tuomareilta. James Shanteau, Competence in experts: The role of task characteristics. *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 53(2) 1992, s. 252–266, 258; James Shanteau, Why task domains (still) matter for understanding expertise. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 4(3) 2015, s. 169–175, erityisesti 171.

27. Palomäki – Laakasuo – Cowley – Lappi 2020.

Heikommalla pelaajalla pelissä mahdollisesti heränneen intuitiivisen tuntemuksen taustalla ei olisi vastaavaa kokemuspohjaa, ja tuntemus olisi siten hyödytön. Ei ole syytä olettaa, että oikeudellisten asiantuntijoiden hyödyntämät ratkaisuehuristiikat olisivat yhtä luotettavia kuin shakkimestarien intuitio.

Taitava intuitio ei kuitenkaan kehity missä tahansa ympäristössä pelkästään kokemuksen karttuessa. Jotta taitava intuitio voi kehittyä, päätöksentekoympäristön täytyy olla ennustettava siten, että hyvä päätös johtaa systemaattisesti hyvään lopputulokseen ja siinä on runsaasti osittain samankaltaisina toistuvia tilanteita. Lisäksi tarvitaan luotettavaa palautetta, joka saadaan nopeasti ja säännöllisesti.²⁸ Yhdessä nämä ominaisuudet muodostavat niin kutsutun *validin* päätöksentekoympäristön. Validi päätöksentekoympäristö voi kehittää ammattitaitoa jopa pelkän ”altistumisen” kautta ilman suuria tietoisia ponnistuksia. Jos sen sijaan esimerkiksi palautteen saamisessa on suuria odotusaikoja ja sitä tulee harvoin, se ei juuri edistä implisiittistä oppimista, tyyppin 1 prosessien eli intuitioiden kehittymistä. Tällaisestakin palautteesta voi tosin hyötyä, mutta se edellyttää palautteen analysoimista ja sieltä omaksuttujen ohjeiden käyttöön ottamista tyyppin 2 prosessien tasolla.

Kuvitellaan, että henkilöllä A on pitkä kokemus ja vahva implisiittinen ammattitaito. Hän siis useinkin työtehtävissään tietää oikean ratkaisun nopeasti ilman tietoista pohdintaa. Kuvitellaan sitten, että on toinen henkilö B, jolla myös on pitkä kokemus, mutta hänellä on heikko implisiittinen ammattitaito, hänen intuitiiviset päätöksensä eivät ole luotettavia ja niissä on myös systemaattisia virheitä. Hän ottaa huomioon epäolennaisia seikkoja ja jättää ottamatta huomioon olennaisia seikkoja. Jos pyydämme näitä henkilöitä arvioimaan ammattitaitoaan tai intuitioitaan, heidän vastauksensa voivat – riippuen siitä, millä alalla he toimivat – olla suunnilleen samanlaiset. B ei tiedosta omien intuitioidensa puutteita. Jos näin on, tämä johtuu todennäköisesti siitä, että hänen intuiotensa eivät ole päässeet kehittymään validissa ympäristössä.

On tarpeellista kysyä, onko suomalaisessa käräjäoikeudessa työskentelevä tuomari mahdollisesti henkilön B tyyppinen ja jos on, miten tilannetta voisi parantaa. Kysymys ei ole helppo, sillä psykologisessa päätöksenteon tutkimuksessa ei vielä tiedetä tarkalleen, miten ylipäänsä asiantuntijoiden ammattitaito kehittyy ja millaiset mekanismit kehittävät asiantuntijoiden kykyä oppia erottamaan olennainen epäolennaisesta.²⁹ Parannusehdotusten täytynee joka tapauksessa olla sentyyppisiä, että joko tuomarin päätöksentekoympäristöä pitäisi kehittää hyviä intuitioita edistävään suuntaan tai tuomarin koulutusta ja päätöksentekoympäristöä pitäisi kehittää päätöksenteon intuitiivisuutta vähentävään suuntaan.

28. Shanteau 2015; Kahneman – Klein 2009, s. 520.

29. Shanteau 2015, s. 174.

Ammattituomareiden on kokeellisen tutkimuksen koehenkilöinä todettu toimivan muun muassa niin sanotun jälkiviisausharhan mukaisesti.³⁰ Jälkiviisausharha tarkoittaa sitä, että toteutuneen tapahtuman todennäköisyyttä liioitellaan jälkikäteisissä arvioissa. Tuomioistuintoiminnassa todennäköisyyksien arviointia on tehtävä esimerkiksi vakuutus- ja vahingonkorvausoikeudessa sekä rikosoikeudessa, kun arvioidaan todennäköisyystahallisuuden tai tuottamuksen kysymyksiä rikoslain (39/1889) 3 luvun 6 §:n ja 7 §:n mukaan.³¹ Jälkiviisausharhan on todettu Yhdysvalloissa vaikuttaneen todellisissa oikeustapauksissa muun muassa tuottamuksen arviointiin sillä tavoin, että samanlainen lääkärin toiminta samanlaisissa tilanteissa arvioidaan useammin tuottamukselliseksi silloin, kun aiheutunut vahinko on ollut suuri.³²

Tuomarin päätöksenteko ei ole ennustamista vaan taaksepäin katsovaa päätöksentekoa. Sitä voisi yleisesti luonnehtia menneen tapahtuman hahmottamiseksi ja asettamiseksi oikeudelliseen kehikkoon. Osa tässä päätöksenteossa huomioon otettavista asioista on tavallaan menneisyyden ennustamista, sillä esimerkiksi rangaistuksen määräämisen kohdalla muun muassa tahallisuuden asteen ja toisintoimimismahdollisuuden arvioimiseksi tulisi ottaa tekoa edeltävän ajanhetken näkökulma. Nimenomaan tällä alueella on huomioitava jälkiviisausharhan mahdollisuus: tuomarin pitäisi olla varautunut korjaamaan alaspäin omaa arviotaan toteutuneen tapahtuman todennäköisyydestä. Jälkiviisausharhan vaikutukset heijastuvat myös rangaistuksen määräämiseen, koska teon tuottamuksen tai tahallisuuden aste vaikuttaa siihenkin.

5. Rangaistuksen määräämisen psykologia

Jos rikosoikeudenkäynnissä vastaajan syyksi luetaan rikos, hänelle on määrättävä rangaistus kyseisen rikoksen rangaistusasteikolta. Rangaistuksen määräämistä on kuvattu tavoitteelliseksi käyttäytymiseksi rajoitusten vallitessa. Tavoitteena on ennen kaikkea oikeudenmukainen rangaistus syyksi luetusta rikoksesta. Oikeudenmukaisuuden tavoite pitää sisällään suhteellisuusperiaatteen ja monenlaisia, keskenään erisuuntaisiakin rangaistusteoreettisia tavoitteita. Rajoituksia taas voivat olla esimerkiksi rangaistusasteikko, eri rangaistuslajien yleiset tuomitsemisedellytykset, yhteistä rangaistusta koskevat säännökset, rangaistuksen

30. Chris Guthrie – Jeffrey J. Rachlinski – Andrew J. Wistrich, *Blinking on the bench: How judges decide cases*. Cornell Law Review 93(1) 2007, s. 1–43, 24–29.

31. Ks. Heli Korkka-Knuts – Dan Helenius – Dan Frände, *Yleinen rikosoikeus*. Edita 2020, s. 196–201 ja 225–233; oikeuskäytännöstä esim. KKO 2013:82.

32. Peer – Gamliel 2013, s. 115.

määräämistä koskevat ennakkoratkaisut ja joissakin tapauksissa mittaamishojeet (engl. *sentencing guidelines*) tai suositustaulukot. Myös perustelemisvelvollisuus on eräs rajoituksena huomioon otettava asia: se käytännössä ehkäisee tuomaria tuomitsemasta rangaistusta, jota hän ei katso voivansa perustella laillisesti.³³

Tavoitteiden epämääräisyys vaikeuttaa rangaistuksen määräämistä koskevien ratkaisujen kritisointia ja rangaistuksen määränneen tuomarin ”onnistumisen” arviointia. ”Onnistuminen” ei ole hyvin määritelty käsite tässä yhteydessä. Tuomarienvälinen ja tuomarikohtainen konsistenssi – eli se, miten vahvasti samaa mieltä tuomarit ovat tuomioista *keskenään* tai samanlaisissa tapauksissa *itsensä kanssa* – olisivat varmasti objektiivisimpia mahdollisia onnistumisen kriteereitä, mutta niitäkään ei ole helppo mitata.³⁴ Lisäksi tutkimusnäyttöä on niukasti siitä, millainen rangaistuksen määräämistä koskeva sääntely parhaiten johtaa mihinkin tavoitteisiin. Rangaistuksen määräämistä eri oikeusjärjestelmissä vertailleet tutkijat ovatkin sillä kannalla, että tutkimusnäytön puuttuessa tulee pyrkiä vain tunnistamaan kuhunkin rangaistuksen määräämistehtävään sopivin kognitiivinen prosessointimenetelmä. Määräämistehtävän täsmällinen sisältö taas vaihtelee oikeusjärjestyksittäin sen mukaan, millainen rangaistuksen määräämistä koskeva sääntely ja muu normisto on käytössä.³⁵

Rangaistuksen määrääminen päätöksentekotehtävänä sisältää sekä tyypin 1 prosesseja että tyypin 2 prosesseja edellyttäviä ja aktivoivia piirteitä. Tyypin 1 prosesseja tarvitaan huomioon otettavien näkökohtien runsauden ja näiden näkökohtien keskinäisriippuvuuksien sekä osittaisen subjektiivisuuden vuoksi. Edelleen tyypin 1 prosesseja aktivoivat myös ratkaisuvaihtoehtojen runsaus ja useimmiten määräämistehtävän rutiininomaisuus. Tyypin 2 prosessien käytön puolestaan tekevät hyödylliseksi muun muassa, että käsiteltävä informaatio on sanallisessa muodossa, palautetta ei juurikaan tule ja ratkaisut on perusteltava. Mahdollinen aikapaine vaikuttaisi tyypin 1 prosesseja aktivoivasti ja aikapaineen puuttuminen taas suosisi tyypin 2 prosesseja.³⁶

Jos päätös tehdään tyypin 1 prosessein, esimerkiksi rangaistuslajin valinnassa ei välttämättä käytännössä pohdita useita eri vaihtoehtoja. Kokenut ammattilainen, tässä yhteydessä tuomari, voi aiemman kokemuksensa pohjalta päätyä melko välittömästi ensimmäisenä harkitsemaansa vaihtoehtoon siltä pohjalta, että tapaus muistuttaa riittävästi aiempia tietyllä tavalla ratkaistuja, tässä yhteydessä tietynlajiseen rangaistukseen johtaneita, tapauksia.³⁷ Parhaan vaihtoehdon tunnistaminen nopeasti olisi luonnollisestikin myönteinen asia. Intuitiivinen ”*pattern matching*” voi kuitenkin olla ongelmallinen päätöksentekotapa, jos pää-

33. Dhami – Belton – Goodman-Delahunty 2015, s. 240; Kempainen 2021, s. 177.

34. Ks. esim. Shanteau 2015.

35. Dhami – Belton – Goodman-Delahunty 2015, s. 244.

36. Ibid.

37. Gary Klein, A naturalistic decision making perspective on studying intuitive decision making. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* 4(3) 2015, s. 164–168, 165.

töksentekoympäristö ei anna riittävästi mahdollisuuksia harjaantua tekemään juuri oikeita erotteluita – eli jos ympäristö ei ole riittävän validi.

Rangaistuksen määräämisen kannalta eräs mielenkiintoisimpia päätöksen-
teon efektejä on jo mainittu *ankkurointi* (engl. *anchoring*). Ankkurointi merkitsee sitä, että kun tehdään päätöstä jostakin numeerisesta arvosta, tähän päätökseen tyypillisesti otetaan tiedostamatta lähtökohdaksi jokin standardiarvo. Tämä lähinnä edistää hyvään lopputulokseen pääymistä silloin, kun standardiksi otetaan jokin perusteltu tai relevantti luku. Ankkurointi ei kuitenkaan ole tietoisien harkinnan tulosta, eikä ankkuri ole relevantein mahdollinen luku, vaan ankkuri valikoituu lähinnä mentaalisen saatavilla olemisen perusteella. Ankkuri on näin ollen mikä tahansa luku, jota tuomari on jossakin vaiheessa kognitiivisesti prosessoinut ja joka on päätöksentekotilanteessa niin sanoaksemme päällimmäisenä mielessä.³⁸

Todellisessa rangaistuksenmääräämistilanteessa, erityisesti rangaistuksen mittaamisvaiheessa, ankkureita voivat olla esimerkiksi minimirangaistus, maksimirangaistus, tyyppirangaistus (jos se on tuomarin tiedossa) ja *syyttäjän seuraamuskananotto*. Syyttäjän seuraamuskananotto olisi ongelmallinen ankkuri tuomarin riippumattomuuden kannalta ja sen vuoksi, että se saattaa olla asetettu varsin korkeaksi. Syyttäjän tulee kontradiktorisessa rikosprosessissa toimia aitona vastapuolena, ja hän ei halunne mitoitaa oikeudenkäynnissä ilmaise-
maansa näkemystä ainakaan liian lieväksi. Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että ankkurointivaikutuksen voimakkuus puhuu yksityiskohtaisten seuraamuskananottojen esittämistä vastaan.³⁹

Ankkurointia on tutkittu muun muassa kokeneilla saksalaisilla ammattituomareilla.⁴⁰ Kyseisessä tutkimuksessa käytettiin useita koeasetelmia, joilla pyrittiin nimenomaan sulkemaan pois sellainen vaihtoehto, että tuomarien käsitys luvun relevanssista vaikuttaisi ankkurointiin. Tuomareille esitettiin esimerkiksi sellainen kuvitteellinen tilanne, jossa lehtitoimittaja oli kysynyt tuomarilta, tuleeko tapauksessa vankeutta yli vai alle yksi vuosi tai tuleeko vankeutta yli vai alle kolme vuotta. Tuomarit oli siis jaettu kontrolloidusti kahteen ryhmään, ja ainoa muuttuja oli, sanoiko toimittaja ”yksi vuosi” vai ”kolme vuotta”. Tapauksen faktat kuvailtiin tuomareille annetuissa aineistossa hyvin yksityiskohtaisesti ja realistisesti. Tuomarien tuli jälleen ratkaista tapaus, ja kolmen vuoden ankkurin saaneet tuomitsivat keskimäärin 33 kuukautta, yhden vuoden ankkurin saaneet keskimäärin 25 kuukautta vankeutta. Ratkaisuun siis vaikutti toimittajan sattu-

38. English – Mussweiler – Strack 2006, s. 188.

39. Kempainen 2021, s. 172.

40. English – Mussweiler – Strack 2006. Koehenkilöinä oli myös syyttäjiä, joiden mukanaolo ei vaikuttane tulosten pätevytyteen, sillä tutkijoiden analyysi osoitti, etteivät syyttäjien vastaukset juuri poikenneet tuomarien vastauksista.

malta esittämä luku, jonka kaikki koehenkilöt tiesivät epäolennaiseksi; heillä oli keskimäärin yli kymmenen vuoden kokemus tuomioistuintyöstä.⁴¹

Eräässä toisessa osatutkimuksessa osoitettiin, että ”syyttäjän seuraamuskananotto” vaikutti tuomarien ratkaisuun myös silloin, kun tuomarit tiesivät luvun sattumanvaraisesti valituksi. Luku ei tosin ollut aidosti sattumanvarainen, mutta tuomarit luulivat sitä sellaiseksi, koska he saivat itse arpoa sen painotetulla nopalla. Tässä tapauksessa yhdeksän kuukauden ankkurille altistettu ryhmä tuomitsi keskimäärin 8 kuukautta ehdollista vankeutta, kolmen kuukauden ankkurin ryhmä taas 5 kuukautta ehdollista vankeutta. Ero on jälleen huomattava ja kutakuinkin samansuuruinen kuin sellaisessa kokeessa, jossa samat ankkurit esitettiin syyttäjän näkemyksinä.⁴²

Tutkijat myös vertasivat rikosoikeuden asiantuntijoita muiden alojen asiantuntijoihin. Osoittautui, että asiantuntemuksella ei ollut vaikutusta siihen, missä määrin ankkuri vaikutti ratkaisuun. Asiantuntemuksella oli vaikutusta vain siihen, miten varmoja koehenkilöt olivat oman ratkaisunsa oikeellisuudesta: rikosoikeuteen erikoistuneet juristit olivat varmimpia.⁴³ Tietynlaisissa päätöksentekoympäristöissä toimivat asiantuntijat saattavat siis olla sellaisen vakaan uskomuksen vallassa, että heidän ammattitaitonsa kehittyi, vaikka itse asiassa ainoastaan heidän *käsityksensä omasta ammattitaidostaan* kehittyi, nimittäin yli-itsevarmaan suuntaan.

Edellä viitatuut tutkimustulokset osoittavat yhtäältä, että intuitiivinen päätöksentekotapa ei sellaisenaan sovellu rangaistuksen määräämiseen. Toisaalta muun muassa rangaistukseen vaikuttavien seikkojen ja myös mahdollisten seuraamusvaihtoehtojen runsaus tarkoittavat, ettei tyyppin 2 prosessien kapasiteetti välttämättä ole riittävä parhaan mahdollisen suoritusason saavuttamiseksi. Onkin esitetty, että rangaistuksen määräämiseen tarvittaisiin sekä tyyppin 1 että tyyppin 2 prosesseja (”kvasirationaalista” päätöksentekotapaa).⁴⁴ Pidämme tätä melko uskottavana lähtökohtana ottamatta kantaa siihen, onko ”kvasirationaalisuus” todellinen välimallinen prosessityyppi vai onko kysymys esimerkiksi vain jonkinlaisesta vuorottelusta tyyppien 1 ja 2 välillä. Ideaalinen päätöksentekoympäristö olisi sellainen, jossa päätöksentekoa on rajoitettu ja normitettu riittävästi mutta ei liikaa: jonkinlainen välimuoto vapaan harkinnan ja taulukon soveltamisen väliltä.

41. Ibid.

42. English – Mussweiler – Strack 2006, s. 194.

43. English – Mussweiler – Strack 2006, s. 189 ja 194.

44. Dhani – Belton – Goodman-Delahunty 2015, s. 244.

6. Suomalaisen käräjätuomarin päätöksentekoympäristö rikosasiassa

On tiedossa, että validit päätöksentekoympäristöt – joissa päätöksen vaikutukset ja siitä saatu palaute ovat systemaattisia – edistävät hyvien intuitioiden ja ammattitaidon kehittymistä, kun taas ei-validit päätöksentekoympäristöt edistävät huonoja heuristiikkoja, satuilua ja yli-itsevarmuutta.⁴⁵ On siis mahdollista arvioida tuomarin päätöksenteon menetelmiä pelkästään tältä kannalta, kuten ulkomailla on tehtykin. Ongelmallinen tämän tutkimusotteen kannalta on se edellä mainittu seikka, että tuomioistuinpäätöksenteossa oikeita vastauksia ei ole samalla tavoin kuin esimerkiksi meteorologiassa tai shakissa. Mahdollisesti tämä on juuri eräs ei-validin ympäristön piirre.

Päätöksistä saatava palaute on siis olennainen validin päätöksentekoympäristön ominaisuus. Tuomioistuimet saavat yksittäistapauksellisesti merkityksellistä palautetta lähinnä ylempien instanssien muutoksenhakuratkaisuista. Alioikeuksienkin tuomarien työstään saama palaute on kuitenkin epäsäännöllistä ja vähäistä. Esimerkiksi rikosasioissa vuosittain annetuista ratkaisuista käräjäoikeuksien antamia on noin 90–91 prosenttia, mikä kertoo hovioikeuden ratkaisujen kautta saatavan palautteen niukkuudesta.⁴⁶ Yhdysvalloissa, missä suurin osa tässäkin artikkelissa viitatuista tutkimuksista on tehty, alioikeuden antamien ratkaisujen osuus on vielä suurempi, koska muutoksenhakuoikeus ja ylioikeuksien tutkimisvalta ovat siellä suppeampia kuin Suomessa.⁴⁷

Ylioikeuden ratkaisut, joita tiedämme esimerkiksi suomalaisten käräjätuomarien ja käräjänotaarien seuraavan, toimivat kylläkin alioikeuden tuomarille palautteena. Tämä palaute on vain hyvin hidasta ja epäsäännöllistä verrattuna sellaiseen palautteeseen, jota saavat esimerkiksi shakkimestarit, meteorologit, fyysisten sairauksien diagnooseja tekevät lääkärit ja koelentäjät. Nämä ovat esimerkkejä ammateista, joiden harjoittajilla tutkitusti on intuitiivista ammattitaitoa.⁴⁸ Suomalainen tuomari ei toki kuulu tähän kategoriaan, vaikka hänen ratkaisujaan muutettaisiin ja vahvistettaisiin ylemmässä oikeusasteessa vähän

45. Kahneman – Klein 2009; Dhami – Belton – Goodman-Delahunty 2015, s. 238 ja 244. Ks. myös Aldert Vrij, *Why professionals fail to catch liars and how can they improve*. *Legal and Criminal Psychology* 9(2) 2004, s. 159–181.

46. Suomea koskeva tieto on laskettu Tilastokeskuksen luvuista, joiden mukaan vuonna 2013 ratkaistiin käräjäoikeuksissa 60 720 rikosasiaa, hovioikeuksissa 6100 ja KKO:ssa joitakin kymmeniä (asiaratkaisuja yhteensä oli 153). Vuoden 2013 tieto on uusin hovioikeuksien tilastossa, joka on lakkautettu vuonna 2015. KKO antaa vuosittain yli 2000 ratkaisua, joista kuitenkin valitusluparatkaisuja ei kuulu pitää minkäänsuuntaisena palautteena alemman instanssin ratkaisuista. Alioikeusratkaisujen osuus kaikista on pysynyt melko muuttumattomana 2010-luvun ajan.

47. Noin 98 prosenttia, ks. Guthrie – Rachlinski – Wistrich 2007, alaviite 16 ja s. 4–5.

48. Kahneman – Klein 2009, s. 522 viitaten tutkimukseen Shanteau 1992; Shanteau 2015, s. 171.

useammin kuin yhdysvaltalaisen tuomarin ratkaisuja. Esimerkiksi *civil law*-maa Saksan tuomarit ovat kokeellisessa tutkimuksessa tehneet aivan samanlaisia ankkurointivirheitä kuin yhdysvaltalaisetkin; Ruotsissa taas on kokeellisesti osoitettu vahvistusharhan vaikuttavan lainoppineen tuomarin päätöksentekoon rikosasioissa.⁴⁹

On havaittu, että yhdysvaltalainen tuomari pystyy välttämään jälkiviisauharhan vaikutukset tietynlaisissa tapauksissa, joissa hänen tuli soveltaa erityisen yksityiskohtaisia oikeussääntöjä.⁵⁰ Todennäköisesti sovellettavien sääntöjen yksityiskohtaisuus ylipäänsä lisää analyyttisen päätöksenteon osuutta ja pienentää intuitiivisen päätöksenteon osuutta, ainakin jos noista säännöistä selviää, mitä kriteereitä päätöksenteossa tulee ottaa huomioon.⁵¹ Heuristis-analyyttisessä mallissa tämä tarkoittaisi, että ensikätinen intuitiivinen päätös tulee useammin kumotuksi.

Kotimaassa tuomioistuimen on rikoslain 6 luvun 4 §:n mukaan mitattava rangaistus niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttamiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen. Rangaistuksen määräämisessä on otettava mainittujen näkökohtien lisäksi huomioon kunkin rangaistuslajin soveltamisedellytykset ja rangaistuskäytännön yhtenäisyys rikoslain 6 luvun 3 §:n 1 momentin perusteella. Kenties olennaisin tavoite yksittäisessä tuomitsemistilanteessa on juuri rangaistuskäytännön yhtenäisyyden säilyttäminen eli aikaisemman oikeuskäytännön kanssa yhteensopivan rangaistuksen määrääminen.⁵² On tärkeää huomata, että nämä laissa säädetyt rangaistuksen määräämisen lähtökohdat ovat verraten yleisluontoisia ja abstrakteja käytännön tuomioistuintyön kannalta.

Koska saman rikostunnusmerkistön täyttävien tekojen kirjo monesti on laaja ja myös niiden rikosoikeudellinen moitittavuus vaihtelee, on monen rikoksen rangaistusasteikkokin suhteellisen laaja. Suomessa rangaistusasteikko mahdollistaa tyypillisesti useat eri rangaistuslajit. Näissä tapauksissa rangaistuksen määräämiseen kuuluu rangaistuslajin valinta, jossa siis päätetään, onko syyksi luetusta teosta tuomittava esimerkiksi vankeutta vai sakkoa. Vasta lajinvalinnan jälkeen voidaan tehdä rangaistuksen mittaaminen, jossa päätetään esimerkiksi vankeusrangaistuksen pituudesta tai päiväsakkojen lukumäärästä. On kuitenkin useita tilanteita, joissa lajinvalintaan vielä palataan rangaistuksen mittaamisen

49. Ankkurointivaikutuksesta Saksassa English – Mussweiler – Strack 2006, vrt. esim. Guthrie – Rachlinski – Wistrich 2007, s. 19–21. Vahvistusharhasta Ruotsissa Moa Lidén, *Confirmation Bias in Criminal Cases*, Uppsala Universitet, 2018. Samassa teoksessa (s. 41) on todettu myös, että Ruotsissa saavutettujen tulosten perusteella amerikkalaiset tutkimukset yleistyvät Ruotsiin.

50. Guthrie – Rachlinski – Wistrich 2007.

51. Shanteau 2015, s. 172: ”*Experts agree on cues*” hyvän suoritusason kriteerinä asiantuntijapäätöksenteossa.

52. Hallituksen esitys rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi 44/2002 vp, s. 176.

jälkeen. Lain mukaan nimittäin esimerkiksi vankeusrangaistuksen ehdollisuudesta tai ehdottomuudesta päättämiseksi on ensin päätettävä vankeusrangaistuksen pituudesta. Ehdottoman vankeusrangaistuksen pituuden määrittämisen jälkeenkin on vielä päätettävä siitä, tuomitaanko rikoksentehtäjä ehdottoman vankeusrangaistuksen sijaan yhdyskuntapalveluun tai valvontarangaistukseen, ja niin edelleen. Rangaistuksen määrääminen on siten Suomessa mielletävissä osaratkaisujen sarjaksi, mikä tuo tehtävään paitsi rakennetta myös omia haasteitaan, sillä monet samat asiat vaikuttavat eri osaratkaisuihin, osaratkaisut riippuvat toisistaan eikä osaratkaisujen keskinäinen järjestys ole aina täysin selvä vaan ne nivoutuvat toisiinsa.⁵³

Nimenomaan rangaistusta määrättäessä sekä kiperä tapaus että rutiinitapaus ratkaistaan kotimaassa väljien standardien pohjalta. Lakitekstistä ei ole Suomessa sen paremmin kuin Yhdysvaltojen kaltaisissa verrokkimaissaakaan saatavilla konkreettisia yksityiskohtaisia ohjeita rangaistuksen määräämiseen eikä etenkin rangaistuksen mittaamiseen, joskin Yhdysvalloissa on otettu käyttöön tiukkoja mittaamisohjeita⁵⁴ ja Suomessa taas annetaan paljon rangaistuksen määräämistä koskevia ennakkoratkaisuja. Ennakkoratkaisuista alemmat tuomiot saavat tietoa oikeudenmukaisesta rangaistustasosta ja malleja sekä rangaistusseuraamukseen vaikuttavien seikkojen punnintaan eri rikoslajeissa että ylipäänsä rangaistusseuraamuksen perustelutavaksi.⁵⁵ Lisäksi muun muassa rattijuopumusten ja huumausainerikosten rangaistuksen mittaamiseen on luotu oikeuskäytäntöön perustuvia taulukoita.⁵⁶ Näiden taulukoiden noudattaminen toki on nimenomaan yksityiskohtaisten normien soveltamista.

Tuomioistuimen tulisi tuntea tai kyetä selvittämään yleisten rikostyyppien tyyppirangaistukset eli rangaistusasteikkoa suppeammat vyöhykkeet, joilta rangaistukset niistä vakiintuneesta mitataan.⁵⁷ Edellä mainittuun ankkurointivaikutukseen viitaten tyyppirangaistus olisi rangaistuksen mittaamisen yleisperiaat-

53. Marjatta Kaskenmäki, Rangaistuksen määräämisen perustelevinen, s. 328–351 teoksessa Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala (toim.), Rikostuomion perustelevinen. Helsingin hovioikeus 2005, s. 328.

54. Ks. Richard A. Posner, *How judges think*. Harvard University Press 2008, s. 178–179 siitä, miten paljon *United States Sentencing Guidelines* on muuttanut rangaistuksen määräämistä Yhdysvaltojen liittovaltion tuomioistuimissa sääntöjen ohjaamaan suuntaan.

55. Heikki Kempainen, Korkeimman oikeuden ennakkopäätökset rangaistuksen määräämisen oikeuslähteinä. *Defensor Legis* 6/2018, s. 869–890, 889; Heikki Kempainen – Jussi Tapani, Rangaistuksen määrääminen ja ennakkopäätöksiä koskeva tulkintaoppi. *Lakimies* 7–8/2020, s. 1035–1059.

56. Rangaistuksen mittaamisen apuna käytettävistä taulukoista ja niiden ongelmista ks. esim. Kempainen 2021, s. 100–105; Sakari Melander, Yhdenvertaisuus rikosoikeudessa. *Oikeus* 2/2011, s. 175–198; Kaskenmäki 2005, s. 333–334.

57. Ns. normailirangaistus- tai tyyppirangaistusajattelusta ks. esim. HE 40/1990 vp, s. 25–26; Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä I, Teoria ja yleinen osa. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 1987, s. 104–113.

teen kannalta sopiva ankkuri, koska sen ottaminen mittaamisen lähtökohdaksi edistää yhdenvertaisuutta ja oikeuskäytännön yhtenäisyyttä.⁵⁸ Rangaistuksen määräämistä ohjaavat nykyään keskeisesti tieto voimassa olevasta rangaistuskäytännöstä ja erityisesti edellä mainitut mittaamisprejudikaatit.⁵⁹

Voikin olla, että kotimaisen *normiston* runsaus ja yksityiskohtaisuus lisäävät käräjätuomarin päätöksenteon analyttisyyttä verrattuna jossakin väljemmässä sääntely-ympäristössä toimivaan rangaistuksen määrääjään. Prosessoitavan *information* eli asiassa huomioon otettavien teonpiirteiden ynnä muiden seikkojen runsaus sitä vastoin edistää nimenomaan intuitiivisuutta, kuten aiemmin on todettu.

Suomalaisessa järjestelmässä rangaistuksen määräämistä on näin ollen ohjeistettu suhteellisen tarkkaan mutta ei niin yksityiskohtaisesti, ettei jäisi sijaa myös tuomarin vapaalle harkinnalle. Laissa on yleisluontoisesti säädetty huomioon otettavista näkökohdista ja normitettu päätöksentekojärjestystä, mutta esimerkiksi mittaamisessa ei useissa rikostyypeissä ole eikä voiskaan olla käytettävissä taulukoita, joiden avulla konkreettinen tapaus paikantuisi edes ohjeellisesti jollekin rangaistusasteikon osalle. Tuomarien odotetaan ratkaisevan tapaukset aikaisemman oikeuskäytännön mukaisesti hyödyntäen vastaavanlaisissa tapauksissa eli viitetapauksissa annettuja ennakkoratkaisuja. Rangaistuksen määrääminen on näin ollen suoraviivaisinta rikoksesta, jonka lajissa on annettu mittaamisprejudikaatteja ja joka ilmeisellä tavalla vertautuu ennakkoratkaisujen tapauksiin.

Edellä olevan perusteella rangaistusseuraamuksesta päättävän käräjätuomarin päätöksentekoympäristö ei ole sillä tavoin validi, että taitavan intuition kehittymiseen voisi luottaa. Tällainen ei-validi päätöksentekoympäristö on tyyppillinen ammattiteille, joissa tavalla tai toisella arvioidaan vaikeasti ennustettavaa behavioraalista järjestelmää eikä fysikaalista järjestelmää kuten meteorologin tai fyysikon ammatissa.⁶⁰ Intuitioiden käyttöä suomalaisessa järjestelmässä edistää vielä se, että vaikka rangaistuksen määrääminen jakautuukin osaratkaisuihin, nämä osaratkaisut kuitenkin riippuvat toisistaan sillä tavoin, että rangaistuslajin valintaa ja rangaistuksen mittaamista on käytännössä usein tarkasteltava samalla

58. HE 44/2002 vp, s. 187.

59. Mittaamisprejudikaatteja KKO on antanut säännöllisesti alkaen ennakkoratkaisusta KKO 2011:102. Ratkaisun kohdan 19 mukaan mittaamisharkinnassa keskeisessä asemassa ovat korkeimman oikeuden rangaistuksen mittaamista ohjaavat ennakkoratkaisut ja jos korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä ei jostakin rikoksesta ole, voidaan ottaa huomioon saatavilla olevat rangaistuskäytäntöä kuvaavat tilastot ja selvitykset. Ennakkoratkaisun KKO 2015:52 (kohta 18) mukaan tilastoista voi olla hyötyä ainakin verraten usein toistuvissa rikoksissa. Mittaamisprejudikaattien vaikutuksista alempien oikeuksien perusteluihin ks. Heikki Kempinen, Korkeimman oikeuden ratkaisujen vaikutus rangaistuksen mittaamisen perustelemiseen alemmissa oikeusasteissa. Defensor Legis 6/2017, s. 852–866.

60. Shanteau 1992, s. 257–259; Shanteau 2015, s. 171–172.

kertaa.⁶¹ Tällainen monimutkainen ongelma, jossa prosessoitavaa informaatiota ja mahdollisia ratkaisuvaihtoehtoja on paljon, on todetuin tavoin sellainen, jonka ratkaisemiseen tyyppin 1 prosessit soveltuvat paremmin kuin tyyppin 2 prosessit – kuten esimerkiksi shakissa.

Oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997) 11 luvun 4 §:n 2 momentin mukainen rikustuomion perustelemisvelvollisuus koskee myös rangaistuksen määräämistä, mikä siis saattaa edistää tyyppin 2 prosessien käyttöä, ellei perustelemisessä ole kysymys pelkästään ratkaisuun vaikuttamattomasta rationalisoinnista. Avoimet ja *pro et contra* -luonteiset perustelut nähdäksemme ovat omiaan paljastamaan väärän ratkaisun vääräksi sillä tavoin, että tällaisten perustelujen, päinvastoin kuin ylimalkaisempien tai fraasiperustelujen, voisi odottaa vaikuttavan tarvittaessa myös itse ratkaisun sisältöön. Perustellaanko rangaistusseuraamusta avoimesti, konkretisoivasti ja analyttisesti korkeinta oikeutta alemmissa oikeusasteissa, on tärkeä empiirinen kysymys, joka on uudessa rikoslainopin tutkimuksessa otettu tarkasteluun.⁶²

7. Johtopäätökset

Ratkaisuheuristiikkojen roolia tuomarin päätöksenteossa voi tutkia ja sitä tulee tutkia. Asiantuntijapäätöksentekijä ei ole oman kognitionsa paras asiantuntija, vaan hänen näkemyksensä päätöksentekonsa kulusta on pelkästään systemaattisten harhojen värittävä otaksuma. Päätöksentekoympäristön piirteistä johtuu, ettei tyyppin 1 prosessien osuutta tuomarin päätöksenteossa tai ainakaan rangaistuksen määräämisessä voi poistaa. Intuitiivinen päätöksenteko voi silti olla myös hyödyllistä ja taitavaa, jos se perustuu riittävän validissa päätöksentekoympäristössä hankittuun kokemukseen. Sellaista informaatiota, jonka pitäisi vaikuttaa esimerkiksi rangaistuksen määräämisratkaisuun, on niin paljon, että tehtävä voi olla liian vaativa pelkästään tietoisille, analyttisille tyyppin 2 prosesseille. Lienee realiteetti, että nimenomaan tuomarin työssä tarvitaan kummankinlaisia prosesseja, ja on esitetty ajatus myös välimuotoisista kvasirationaalisista prosesseista. Tarvittaisiin enemmän tutkimustietoa päätöksentekotyyppien käytöstä ja työnjaosta tuomarin tehtävissä ja rangaistuksen määräämisessä, jotta voitaisiin antaa täsmällisiä sääntelysuosituksia. Kotimainenkin kokeellinen tutkimus aiheesta olisi tervetullutta.

61. Shanteau 2015, s. 172: ”*Problem decomposition*” hyvän suoritusasteen kriteerinä asiantuntijapäätöksenteossa.

62. Kempainen 2017.

Jo nyt tiedetään kuitenkin, että tyyppin 1 prosessien kehittymisen kannalta eräs keskeisiä seikkoja ympäristön validiteetin kannalta on päätöksenteosta saatu säännöllinen palaute. Olisi siten pohdittava keinoja parantaa tuomarien saaman palautteen laatua ja varsinkin taajuutta. Vaikkei tuomarin päätöksentekoympäristöä voikaan muuttaa täydellisen validiksi, välittömän palautteen lisääminen esimerkiksi koulutusviroissa olisi askel oikeaan suuntaan tyyppin 1 intuitiivisten prosessien kehittämiseksi.

Henkilön tai ammattikunnan asiantuntemuksen laatua ei voi selvittää kysymällä asianomaisilta itseltään. Tuomarin näkökulmasta päätöksenteon tutkimuksen alueella saatuja tuloksia tulee tulkita sillä tavoin, että implisiittisen oppimisen voimaan ei kannata tuomarin luottaa. Hänen tulee kehittää asiantuntemustaan metodisesti ja analyttisesti, sillä yksinomaan kokemuksen ja toistojen kartuttaminen ei riitä kehittämään hänen asiantuntemustaan ei-validissa päätöksentekoympäristössä, vaikka hänestä itsestään voi siltä tuntuakin. Joihinkin asioihin tuomari ei voi itse vaikuttaa. Tällaisia ovat esimerkiksi tuomarin ratkaistavana olevien juttujen määrä ja niiden sisältö samoin kuin erilaisten seuraamusvaihtoehtojen ja huomioon otettavien seikkojen lukumäärä. Hän ei voi vaikuttaa suoranaisesti myöskään omien intuitioidensa sisältöön. Nähdäksemme tuomari itse voi laadukkaan päätöksenteon edistämiseksi ainakin kiinnittää huomiota perustelemiseen ja perustelujen konkreettisuuteen. Ei ole varmuutta siitä, että huolellinen perusteleminen vaikuttaa lopputulosten laatuun, mutta perustelujen avoimuus ja kattavuus mahdollistavat ratkaisun kriittisen tarkastelun sekä tuomarille itselleen että ulkopuolisille. Lisäksi heuristiikkojen vaikutuksista on välttämätöntä olla tietoinen, jos niitä haluaa välttää.

Rutinoituminen on hankala kysymys tuomarin asiantuntemuksen kannalta. Päätöksenteon rutiinimaisuus on yhteydessä sen korkeaan tasoon, jos päätöksentekotilanteet toistuvat riittävän samanlaisina. Tämä johtuu siitä, että rutinoituminen aktivoi tyyppin 1 prosesseja, joiden laskentateho on ylivoimainen tyyppin 2 prosesseihin verrattuna. Tyyppin 1 prosessien käytöllä ei kuitenkaan välttämättä saavuteta etua sellaisessa ympäristössä, jossa tilanteet vaihtelevat hienovaraisella tavalla ja useiden piirteiden suhteen. Rutiinijutut kenties voi ratkaista tyydyttävästi intuition keinoin, mistä ei tosin siitäkään ole suoranaista näyttöä, mutta ehdottomasti riskinä olisi *poikkeuksellisten juttujen virheellinen tunnistaminen rutiinijutuiksi*.⁶³ Tällaisia intuitiivisia virheitä on vaikeaa tai mahdotonta huo-

63. Ks. esim. Jeanette A. Lawrence, Expertise on the bench: Modeling magistrates' judicial decision-making, s. 229–260 teoksessa Michelene T. H. Chi – Robert Glaser – Marshall J. Farr, The nature of expertise. Lawrence Earlbaum Associates 1988; Craig Haney, Psychology and legal change: On the limits of a factual jurisprudence. Law and Human Behavior 4(3) 1980, s. 147–199.

mata itse. Näin ollen tuomareita lienee kehotettava varomaan rutinoitumista parhaansa mukaan.⁶⁴

Jatkotutkimusta voitaisiin tehdä myös muun muassa tarkastelemalla tuomarin päätöksenteon niin sanottua konsistenssia, joko tuomarikohtaista tai tuomarienvälistä. Kokeellisessa asetelmassa tuomarille voitaisiin antaa ratkaistavaksi useita tapauksia, joista osa olisi keskenään identtisiä paitsi joiltakin epäolennaisilta osin, jolloin voitaisiin verrata tuomarin ratkaisuja noissa identtisissä tapauksissa (tuomarikohtainen konsistenssi). Voitaisiin myös antaa useille tuomarikoehenkilöille sama mittaamistehtävä ja verrata heidän ratkaisujaan (tuomarienvälinen konsistenssi). Konsistenssia voisi mahdollisesti tutkia myös tuomioistuinaineiston perusteella ilman kokeellista asetelmaa. Koska rangaistuksen määräämistilanteissa ei ole yhtä oikeaa ratkaisua, konsistenssi tällä tavoin mitattuna olisi käyttökelpoisimpia keinoja empiirisesti arvioida tuomarien suoriutumista tehtävässään.

Päätöksenteon harhoista hyvin olennainen juuri rangaistuksen määräämisen ja mittaamisen kannalta on ankkurointivaikutus. Ankkuroinnissa rangaistus tapaa asettua lähelle jotakin asiaan liittyvää lukua, joka on vahvimmin rangaistusta mittaavan tuomarin mielessä. Olisi ajateltava, että antaa vain yksinkertainen ohje välttää ankkurointia, sillä kyseessä näyttää olevan kognitiivisesti läpäisemättömän päätöksentekoon vaikuttava efekti, jota *ei voi* välttää. Paremminkin on ohjeistettava tuomareita ankkuroitumaan mahdollisimman relevanttiin lukuun ja korjaavan sitä jompaankumpaan suuntaan. Tällainen olisi etenkin tyyppi-rangaistus.

Käsityksen tyyppirangaistuksesta tulisi perustua tilastotietoon tai vielä mieluummin prejudikaattiin eikä esimerkiksi kokemuksen myötä oikeuskäytännöstä muodostuneeseen arvioon. Rangaistusseuraamusta harkitseva tuomari osanee mittaamisprejudikaattia lukiessaan kiinnittää tarkkaan huomiota sen perusteluihin ja niissä kerrottuihin relevantteihin teonpiirteisiin käsillä olevan tapauksen vertaamiseksi prejudikaatin tapaukseen. Joskus kuitenkin sopivia mittaamisprejudikaatteja ei ole annettu. Riittävän tarkkaa tilastotietoakaan harvoin on saatavilla esimerkiksi tekotavoiltaan kovin vaihtelevissa rikostyypeissä. Voidaankin esittää toive, että korkein oikeus antaisi ennakkoratkaisuja varsinkin tavallisista rikostyypeistä ja esimerkiksi uusien rangaistussäännösten kohdalla antaisi ensimmäiset mittaamisprejudikaattinsa mahdollisimman tyyppillisestä tapauksesta silmällä pitäen ankkurointivaikutusta.

Rangaistuksen määräämiseen kuuluu, että vaikka jokainen rikos on erilainen ja harkinta siten yksittäistapauksellista, seuraamusratkaisuissa tulee pyrkiä suhteellisuuden lisäksi myös yhdenvertaisuuteen ja ratkaisut on kyettävä perustelemaan. Jos tällaiset ratkaisut tehdään yksinomaan intuitiivisesti tyyppin 1

64. Näin myös Tapio Nousiainen, Rangaistuksen tuomitsemisesta. Käytännöllisiä ohjeita tuomarille virkavirheiden välttämiseksi. Suomen Lakimiesliiton Kustannus Oy 1963, s. 64 ja 69.

prosessein, vaarantuu päätöksenteon *rationaalisuus* ja sen myötä niin yhdenvertaisuus kuin suhteellisuuskin; tuomarit eivät työskentele validissa päätöksentekoympäristössä, joka olisi omiaan edistämään laadukkaiden intuitioiden kehittymistä. Rangaistuksen määrääminen päätöksentekotehtävänä on senlaatuinen, ettei päätöksentekoympäristöä voi muuttaakaan validiksi, vaan rangaistuksen määräämiseen kuuluu joka tapauksessa subjektiivisia elementtejä ja kokonaisvaltaisen harkinnan vaatimus. Tuomitsemisen pitää olla yksilöllistä, ja jos määräämisperusteita yritetään pelkistää esimerkiksi taulukon muotoon ja siten kaavamaistaa päätöksentekoa, jotkin näkökohdat väistämättä alikorostuvat. Muutoinkin rangaistuksen määräämisen normittamisessa tulee pyrkiä tasapainoon vapaan harkinnan ja tiiviin kontrollin välillä.

Tutkimustulokset tuomarin intuition epäluotettavuudesta ja epäolennaisten seikkojen vaikutuksista tuomarin päätöksentekoon puhuvat sen johtopäätöksen puolesta, ettei rangaistuksen määräämistä tai mittaamista voi jättää tuomarin vapaan harkinnan varaan. Samaan aikaan on kuitenkin niin, että taulukkomuotoiset tai muutoin hyvin tarkat tuomitsemisohjeet eivät poistaisi näitä ongelmia. Huomioon otettavien seikkojen kirjo on niin suuri, ettei tuomitsemisohjeissa monessakaan rikoslajissa voitaisi ottaa huomioon kaikkia olennaisia kriteerejä. Vaarana olisi, että joitakin lain mukaan rangaistukseen vaikuttavia seikkoja jäisi huomiotta. Kotimaisessa järjestelmässä on kenties toimittu viisaasti valitsemalla sellainen keskitie, jossa yhtäältä sääntely on väljää mutta toisaalta mittaamisprejudikaatit varsinkin nyttemmin tarjoavat rangaistuksen määräämiselle kiinne-kohtia ja malleja.

District Judges' decision-making in sentencing

VILLE A. SAARINEN, M.A., LL.M., University of Helsinki – JUSSI PALOMÄKI, Ph.D., Title of Docent in Cognitive Science

The authors present a multidisciplinary view of sentencing decision-making in Finnish courts of first instance (District Courts). Their aim is to provide a psychologically realistic view of a judge's decision-making when drafting a sentence. The article describes results of foreign studies on the topic of expert decision-making, from the point of view of cognitive dual-process theories. These studies have revealed that irrelevant factors have effects on expert decisions, including judicial decisions. The authors look at the implications of these results on sentencing norms.

Judges as well as many other professionals generally believe that their expertise develops with experience. However, this would require their decision-ma-

king environment to be valid, i.e., stable, predictable, and such that it provides clear and timely feedback. The authors argue that judges' decision-making environment actually is none of the above, which is why judges cannot rely on the development of their intuition via implicit learning. At worst, an expert operating in an invalid decision-making environment may develop false confidence in the quality of his or her work. Judges should develop their expertise by conscious, systematic study of the law while being aware of the effects of intuition on their work. Also legislators who draft criminal and procedural rules should be cognizant of human decision-making processes and biases.

Finland does not have much of a tradition of experimental research in the field of judicial psychology. The authors present some possible experimental settings for the future study of a judge's decision-making in sentencing.

Tunnustukseen perustuva esitutinnan rajoittaminen ja syyttämättä jättäminen toimenpiteistäluopumisjärjestelmän uudenkaltaisten tavoitteiden ilmentäjänä

HAKUSANAT: rikosoikeus, rikosprosessi, toimenpiteistä luopuminen, esitutinnan rajoittaminen, syyttämättä jättäminen, syyteneuvottelu

1. Johdanto

Toimenpiteistä luopumista koskevat perustelut pohjautuvat rankaisemisen tapaan rangaistusteorioihin ja kriminaalipolitiikkaan. Toimenpiteistä luopumisen syyt ja perusteet ovat tavallaan rangaistuksen käytön kääntöpuoli. Rangaistuksen käytöstä voidaan luopua, kun sen puolustamiseksi normaalisti käytettävistä perusteista uupuu jotain tai sitä vastaan puhuu toinen merkittävä ja vastakkainen näkökohta.¹

* *Jalo Vatjus-Anttila*, OTM, tohtorikoulutettava, Turun yliopisto.

1. Seuraamusjärjestelmämme vallitseva (1970-luvulla määritelty) rangaistusteoreettinen ja kriminaalipoliittinen perustelu tiivistyy rikollisuudesta aiheutuvien haittojen kontrolloimiseen ja niiden oikeudenmukaiseen jakamiseen. Sittemmin (1990-luvulta alkaen) perusoikeuskeskustelu on liittännyt tavoitemääritelmiin perus- ja ihmisoikeuksien maksimaalisen takaamisen. Rikosoikeudellisen järjestelmän arvot, tavoitteet, rakenne ja toiminta määräytyvät entistä enemmän perus- ja ihmisoikeusajattelun sekä kansainvälisten sopimusten ja käytäntöjen mukaan. Perusoikeuslähtöisessä kriminaalipolitiikassa rikosoikeuden käyttö tulee ankkuroida perusoikeuksien suojaamiseen. Ks. tarkemmin jäljempänä luku 3.3 sekä kehityksestä Raimo Lahti, *Kriminaalipolitiikka ja rikosoikeus*, s. 11–26 teoksessa Ville Hinkkanen – Leena Mäkipää (toim.), *Suomalainen kriminaalipolitiikka. Näkökulmia teoriaan ja käytäntöön*. Tapio Lappi-Seppälän juhla-kirja. *Forum Iuris* 2013, s. 11–16, 19–24; Matti Tolvanen, *Tieliikenne-rikokset ja kriminaalipolitiikka*. Lakimiesliiton Kustannus 1999, s. 179–183, 192–205; Ari-Matti Nuutila, *Rikosoikeudellinen huolimattomuus*. Lakimiesliiton Kustannus 1996, s. 24–25, 79–90; Matti Tolvanen, *Johdatus kriminaalipolitiikan teoriaan*. Joensuun yliopisto 2005, s. 142–149, 173, 191; Raimo Lahti, *Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 1974, s. 237–240; Tapio Lappi-Seppälä, *Rikosoikeudellisista toimenpiteistä luopumista koskeva uudistus – I*. *Lakimies* 7/1991a, s. 902–928, 910–911; Tapio Lappi-Seppälä, *Rikosoikeudellisista toimenpiteistä luopumista koskeva uudistus – II*. *Lakimies* 8/1991b, s. 1202–1232, 1220–1221.

Toimenpiteistäluopumissäännösten taustalla olevat kriminaalipoliittiset ideologiat ja tavoitteet sekä periaatteelliset näkökohdat ovat konkretisoitu yksittäisiksi luopumisperusteiksi. Konkreettisten perusteiden ja yleisempien periaatteiden välinen yhteys on kiinteä. Periaatteelliset näkökohdat toisin sanoen suodattuvat ja siirtyvät normitasolta löytyviin säännöksiin, jolloin viimeksi mainittujen soveltaminen on arvosidonnaista ja edellyttää yksittäistapauksissakin taustaperiaatteiden arviointia ja punnintaa. Kun yksittäiset luopumisperusteet ilmentävät tällä tapaa enemmän tai vähemmän kulloinkin vallinnutta kriminaalipoliittista ”ilmastoa”, niiden arviointi edellyttää taustalla olevien kriminaalipoliittisten tavoitteiden ymmärtämistä. Ajan saatossa tapahtuva kriminaalipoliittisen tavoitteiston kehitys voi myös johtaa luopumisjärjestelmän painotuksien ja perusteiden keskinäisen systematiikan muuttumiseen, millä on luonnollisesti vaikutuksensa myös yksittäisten perusteiden säätämiseen, soveltamiseen ja niiden perusteltavuuden arviointiin.² Pohdittaessa uusiempien luopumisperusteiden merkitystä ja roolia luopumisjärjestelmän kokonaisuudessa on siten ensin hallittava *koko järjestelmän taustalla olevat kriminaalipoliittiset lähtökohdat*.

Ehdottomasta syytepakkoperiaatteesta luovuttiin vuonna 1966, jolloin toimenpiteistä luopuminen mahdollistettiin lain tasolla.³ Luopumisjärjestelmää vietiin yhä enemmän samaan suuntaan vuoden 1991 uudistuksella, ja viimeisimpinä lisäyksinä lainsäädäntöön ovat vuoden 2006 kustannusperuste sekä vuoden 2015 tunnustusperuste.⁴ Tarkoituksenmukaisuusharkinnan mahdollisuutta on vuosien saatossa näin ollen laajennettu tuntuvasti. Laajennuksien taustalla ovat olleet ennen kaikkea prosessiekonomiset näkökohdat.⁵ Muutos on herättänyt huolta muun muassa siitä, että prosessiekonomiset seikat ovat saaneet liikaa painoarvoa rikosprosessin toimintaa ohjaavina tekijöinä. Esimerkiksi kustannus- ja tunnustusperusteiden on katsottu merkitsevän merkittävää murrosta

2. Ks. Lahti 1974, s. 237; Lappi-Seppälä 1991a, s. 912–914; Matti Tolvanen, Kriminaalipoliittikka vaativissa rikosasioissa, s. 28–60 teoksessa *Arvot ja periaatteet. Valtakunnansyyttäjänviraston julkaisusarja 5/2007*, s. 54; Antti Jokela, Rikosprosessioikeus. 5., uudistettu painos. Alma Talent 2018, s. 64–67, 259.
3. Toimenpiteistä luopumisella tarkoitetaan sekä esitutkintalain (805/2011, ETL) 3 luvun 10 ja 10 a §:n että oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997, ROL) 1 luvun 7–8 §:n mukaisia yleissäännöksiä. Artikkeliki käsittelee täten syyttämättä jättämisen ohella myös esitutkinnan rajoittamista. Rikoslain (39/1889, RL) 6 luvun 12 §:n mukainen tuomitsematta jättäminen ja muualta lainsäädännöstä löytyvät erityissäännökset ovat sen sijaan rajattu tarkastelun ulkopuolelle. Tarkastelu on lisäksi rajattu nimenomaisesti toimenpiteistä luopumiseen varsinaisen syyteneuvottelun sijasta. Käytän myös termiä *epäilty* riippumatta siitä, mikä rikosprosessin vaihe on kulloinkin tarkastelun kohteena.
4. Kustannusperuste tuli vuonna 2006 osaksi esitutkinnan rajoittamista, mutta syyttämättä jättämisen perusteisiin se löysi tiensä vasta vuonna 2015. Ks. Lappi-Seppälä 1991a, s. 902–904, 908; Jokela 2018, s. 259–261.
5. Samalla on huomioitava, että prosessiekonomiset näkökohdat vaikuttavat jo varhaisimpien perusteiden ja koko luopumisjärjestelmän taustalla. Ks. Lappi-Seppälä 1991a, s. 913–915; Lahti 1974, s. 114–123, 248–249.

perinteisesti pääsääntönä olleeseen legalismiin ja viranomaisen yksipuoliseen harkintavaltaan.⁶ Erityisesti tunnustusperusteen mahdollistamaa rangaistusvastuun toteuttamisesta neuvottelemista on pidetty sopimattomana suomalaisen oikeuskulttuuriin. Sen on pelätty rapauttavan rikosoikeusjärjestelmän uskottavuutta ja sitä kohtaan koettua luottamusta. Syyteneuvottelua ja siihen kytkeytyvää tunnustusperustetta on pidetty jopa vallankumouksellisenä muutoksena suomalaisen rikosprosessin kehityskaarella, minkä on katsottu ilmentävän prosessiekonomisten syiden ”voittoa” oikeudenmukaisuudesta.⁷

Samanaikaisesti on kuitenkin huomioitu, että tunnustusperusteen ilmentämiä aineksia on sisällytetty rikosprosessiimme jo ennen syyteneuvottelu-uudistusta. Ensinnäkin prosessiekonomiset näkökohdat vaikuttavat kaikkien luopumisperusteiden taustalla. Toiseksi syyttäjä ja epäilty sekä tämän avustaja ovat voineet *neuvotella* esitutkinnan aikana esimerkiksi siitä, missä laajuudessa asiaa selvitetään ja mitkä seikat ovat riidattomia tai riitaisia. Ajoittain on käytännössä neuvoteltu jopa syytteen sisällöstä. Syyttäjä on voinut myös tiedustella mahdollisuuksia esimerkiksi asianosaisten väliseen sovintoon. Kyseiset neuvottelut ovat voineet johtaa syyttämättä jättämiseen, jolloin asianosaisten voidaan katsoa harjoittaneen määräämisperiaatteen mukaista toimintaa jo ennen syyteneuvottelun voimaantuloa.⁸

Asianosaisten määräämistoimien ohella tunnustusperusteella on myös muita kiinnekohtia vanhempiin luopumisperusteisiin. Tunnustusperuste on itse asiassa jopa pyritty rakentamaan muiden perusteiden ja niiden sisältämien periaatteiden pohjalta siten, että se niveltäisi joustavasti (joihinkin) jo olemassa olleisiin rikos-

6. Matti Nissinen, Esitutkinnan rajoittaminen – mahdollisuuksien taidetta. *Defensor Legis* 1/2007, s. 54–69, 55, 68–69; Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Syyteneuvottelun ongelmia. *Defensor Legis* 2/2015, s. 229–247, 238–239; Sari Heiskanen – Jussi Ohisalo, Talousrikosjuttujen rakentaminen esitutkinnassa – kohti tutkintakulttuurin murrosta? *Oikeus* 3/2005, s. 241–261, 254–256; Jokela 2018, s. 181.
7. Markku Fredman, Puolustajan rooli. Rikoksesta epäillyn ja syytetyn avustajan roolin kehitys Suomessa 1980-luvulta nykypäivään. *Alma Talent* 2018, s. 411–412; Jukka Oikarainen, Syyteneuvottelu ja tunnustamis-oikeudenkäynti oikeuspoliittisena kysymyksenä – uhka vai mahdollisuus? *Lakimies* 5/2012, s. 742–763, 742; Oikeusministeriön Mietintöjä ja lausuntoja 47/2010: Arviomuistio syytteestä sopimisesta (plea bargain), *Lausuntotiivistelmä*, s. 32, 42, 47, 50–52, 55, 62, 64, 66; Tapani – Tolvanen 2015, s. 233.
8. Kaikkia tässä mainittuja toimintatapoja ei kuitenkaan käytetty yleisesti, vaan ne ovat olleet päinvastoin varsin poikkeuksellisia. Esim. epävirallista syyteneuvottelua on tietävästi käytetty *joissakin tapauksissa*, mutta tämä ei ole ollut ajalleen ominaista ja yleistä. Matti Tolvanen, Kriminaalipoliittinen näkökulma syyteneuvotteluun, s. 330–343 teoksessa Ville Hinkkanen – Leena Mäkipää (toim.), *Suomalainen kriminaalipolitiikka. Näkökulmia teoriaan ja käytäntöön*. Tapio Lappi-Seppälän juhlakirja. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2013, s. 331; Timo Saranpää, Syyteneuvottelusta hovioikeudessa, s. 306–329 teoksessa Juhana Riekkinen (toim.), *Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon. Juhlajulkaisu Tuula Linna 1957 – 25/9 – 2017*. *Alma Talent* 2017, s. 314–315; Pekka Koponen, *Talousrikokset ja syytteestä sopiminen*, s. 59–81 teoksessa Tatu Hyttinen (toim.), *Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1951 – 26/8 – 2012*. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2012, s. 76, 80.

prosessia koskeviin säännöksiin ja käytäntöihin. Syytteestä sopimisjärjestelmä pohjautuu ja sillä on tämänmukaisesti vahvat kytkökset edellä mainitun kohtuuserusteen ohella muun muassa konkurrenssi- ja kustannuserusteisiin sekä niiden toimintalogiikkaan ja prosessiekonomiaan nojaviin taustaperusteluihin. Kyseinen yhteys on jopa niin vahva, että alkuvaiheen kokemuksen perusteella tunnustusperusteen kannalta soveliaissa tapauksissa niihin soveltuisi myös jokin toinen syyttämättäjättämisperuste. Toimenpiteistä olisi todennäköisesti luovuttu siis joka tapauksessa, mikä kieli ainakin jonkinasteisesta samansuuntaisuudesta ja ”päällekkäisyydestä” perusteiden välillä.⁹

Käsitykset tunnustusperusteesta ovat näin ollen varsin ristiriitaisia. Yhtäältä sen sisältämät elementit eivät olleet täysin vieraita aikaisemmallekaan luopumisjärjestelmälle, mutta samanaikaisesti sen katsotaan edustavan merkittävä uutuutta monessa suhteessa. Tämän ohella se vaikuttaa ammentavan ja *yhdistelevän* jo olemassa olleiden luopumisperusteiden aineksia ja taustaperusteluita. Kiteytettynä sillä on kaksijakoinen ja vielä jokseenkin jäsentymätön suhde luopumisjärjestelmään kokonaisuutena.

Tässä artikkelissa tarkastelen tunnustusperusteen suhdetta muihin luopumisperusteisiin ja näiden sekä koko luopumisjärjestelmän taustaperusteluihin ja -arvoihin sekä tavoitteisiin. Tavoitteenani on sijoittaa tunnustusperuste osaksi kriminaalipolitiikan ja luopumisjärjestelmän yleistä kehityskaarta ja toimintalogiikkaa sekä selvittää, *minkälaista muutosta peruste edustaa luopumisjärjestelmän tavoitteiston ja sisällön kannalta sekä onko kyseinen muutos kriminaalipoliittisesti perusteltavissa?* Pyrkimyksenäni on toisin sanoen vastata siihen, miten tunnustusperusteen tavoitteet ja näiden toteuttamistavat istuvat luopumisjärjestelmään toimintalogiikkaan ja taustaperusteluihin kokonaisuutena. Soveltamiskäytännön hakiessa vielä uomaansa, ja mahdollisten uudistuksien ollessa jo nyt työn alla,¹⁰ tarkoituksenani on vertailla tunnustusperusteen eroavaisuuksia ja yhtäläisyyksiä

9. Toisaalta luopumisperusteet ja niiden tausta-ajatukset ovat jo ”väistämättä” läheisessä yhteydessä toisiinsa. Ts. luopumisratkaisuja voidaan yleensäkin puoltaa samanaikaisesti usean eri perusteen nojalla, ja niiden soveltamisharkinnassa tulee väistämättä kiinnitettyä huomiota samoihin seikkoihin. Tämän ohella tulee huomioda myös se, että tunnustusperusteen nuoruuden myötä sen soveltamiskäytännöt ovat vielä kehitysvaiheessa. Jäljempänä esittämäni tapaan luopumisperusteiden välille tulisi tosin kyetä tekemään selkeät erot, sillä erilaisten luopumisperusteiden soveltaminen johtaa erilaisiin hyötyihin ja haittoihin. Ks. Lappi-Seppälä 1991a, s. 913–916; Heini Kainulainen, Huumeiden käyttäjien rikosoikeudellinen kontrolli. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2009, s. 209, 221–235; Hallituksen esitys eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi 58/2013 vp, s. 12, 21, 35; OML 47/2010, s. 19–20, 70; Frida Emilia Mäkelä – Hannu Niemi, Syyteneuvottelulainsäädännön toteutuminen Suomessa vuosina 2015–2016. Helsingin yliopiston valtiotieteellinen tiedekunta 2017, s. 19, 36; Oikarainen 2012, s. 748; Jukka Oikarainen, Syyteneuvottelu rikosoikeudellisen järjestelmän osana ja rikosprosessuaalisena menettelynä. Lapin yliopisto 2017, s. 68, 97, 113, 123, 201.

10. Esim. Oikeusministeriön Selvityksiä ja ohjeita 2020:6: Rikosketjun Lean-hanke, Selvityshenkilön raportti; Mäkelä – Niemi 2017, s. 37; sekä edellä alaviite 9.

muihin perusteisiin nähden sekä tätä kautta havainnollistaa ja punnita *erilaisia tapoja jyvittää rikosoikeusjärjestelmän rajallisia voimavaroja*. Koska säännösten taustalla olevien tavoitteiden arviointiin liittyy olennaisesti niiden toteuttamista sekä tavoitteiden toteutumisen realistisuus, tarkasteluni kohteena ovat myös säännösten tosiasialliset soveltamiskäytännöt sekä se, täyttääkö sääntely (ja sen soveltamiskäytäntö) sille asetetut tavoitteet. Tavoitteiden toteutumisen arvioinnin ohella nostan myös esille muodostunutta soveltamiskäytäntöä selittäviä tekijöitä sekä pohdin, onko asetettujen tavoitteiden täytyminen ylipäättänsä mahdollista (tai mielekästä) nykyisessä järjestelmässä. Kysymyksenasettelu kattaa näin ollen myös tulevan kriminaalipoliittisen tavoitteenasettelun sekä sen ongelmakohtien ennakoimisen. Aloitan tarkastelun perusteista, joiden päälle nykyinen luopumisjärjestelmä pohjimmiltaan rakentuu.

2. Toimenpiteistäluopumisjärjestelmän tavoitteiston kehittyminen

2.1. Järjestelmän perusta

Vuoden 1991 uudistus kumosi vanhan toimenpiteistä luopumissäännösten, jota on kuvattu kriminaalipoliittiselta ideologialtaan ja tavoitteiltaan epäyhteneväiseksi sekä sekavaksi. Vanha järjestelmä sitoutui erityisestävyyteen, sovitusajatuksen ja pelotepreventioon liittyviin näkökohtiin, mikä teki siitä varsin rajallisen ja lopulta jännitteisen 1970-luvulla heränneiden kriminaalipoliittisten suuntauksien ja uusklassisen rikosoikeuden kanssa. Uudet kriminaalipoliittiset tavoitteenasettelut mahdollistivat kustannus-hyöty-ajatteluun pohjautuvan seuraamusjärjestelmän nousun, ja sen myötä myös toimenpiteistä luopumisen laajenemisen. Uudistus muotoili tämänmukaisesti toimenpiteistä luopumiselle uudet periaatteelliset lähtökohdat, joiden pohja on viime vuosituhannen lopun mukaisessa kustannus-hyöty-ajattelussa.¹¹

Vuoden 1991 uudistuksen yhteydessä omaksutut toimenpiteistäluopumissäännökset palvelevat varsin erilaisia taustaperiaatteita ja oikeuspoliittisia tarpeita, jotka voidaan tiivistää karkeasti neljään näkökohtaan. Ne konkretisoitiin lain tasolla yksittäisiksi luopumisperusteiksi, joiden avulla voidaan havainnollistaa niiden tarkempaa sisältöä. Ensimmäisenä näkökohtana oli *voimavarojen kohdistaminen*, mitä edustavat tuolloin säädetyistä perusteista ennen kaikkea vähäisyys- ja konkurrenssiperusteet.¹² Kyseiset perusteet löytyvät nykyisin ROL

11. Lappi-Seppälä 1991a, s. 911–913; Lahti 1974, s. 237–243, 248–252.

12. Ks. Tapio Lappi-Seppälä, Rikosten seuraamukset. Werner Söderström Lakitieto 2000, s. 273–275; Lappi-Seppälä 1991a, s. 913–915.

1 luvun 7 ja 8 §:stä sekä ETL 3 luvun 9 ja 10 §:stä. Vähäisyysperuste mahdollistaa nimensä mukaisesti luopumisen silloin, kun käsillä oleva rikos on vähäinen. Tavoitteena on suunnata yhteiskunnan voimavaroja vähäisistä teoista enemmän törkeiden rikosten tutkimiseen ja niitä koskeviin oikeudenkäynteihin. Vähäisyysperusteen taustalla oli ajatus siitä, että yhteiskunnalle vähän haitallisen mutta runsaslukuisen rikollisuuden torjumiseen ei ole syytä suunnata *suhteellisesti* yhtä paljon resursseja kuin vakavampien rikosten torjuntaan. Mikäli kaikkia rikostyyppisiä torjuttaisiin suhteellisesti yhtä paljon, resurssien käyttö painottuisi liikaa vähäisiin rikoksiin – ja koska viimeksi mainittuja on enemmän, ne syövät resursseja myös vakavammilta rikoksilta. Taustaperusteena on ollut tavoite mahdollistaa luopuminen vähäisissä rikoksissa siten, että vakavampien rikosten käsittelyn resurssit kyetään turvaamaan. Vähäisyysperuste liittyy näin *asian laatuun* ja sen myötä vähäiseen rangaistusintressiin.¹³

Konkurrenssiperuste pyrkii toteuttamaan prosessitaloudellisuutta hieman eri keinoin. Kyseisen peruste mahdollistaa luopumisen silloin, kun muista epäilyistä rikoksista tuomittava rangaistus on riittävä seuraamus. Vaikka konkurrenssiperuste soveltuu myös muihin kuin edellä kuvatun mukaisiin vähäisiin rikoksiin, eikä rikostapauksen erityispiirteillä ole näin ollen samanlaista merkitystä kuin muissa perusteissa, myös sen logiikka liittyy rangaistusintressiin. Kun tutkittavana oleva teko ei vaikuta olennaisesti tuomittavan rangaistuksen määrään, yhteiskunnan voimavaroja ei ole järkevää kohdistaa niiden tutkintaan.¹⁴ Kokonaisuutena voidaan luonnehtia, että voimavarojen kohdistaminen merkitsi tuolloin niiden suuntaamista rangaistuarvon kannalta vähäisistä teoista törkeämpiin tekoihin. Suurilukuisammista teoista ja ”massoista” pyrittiin saamaan säästöjä ja resursoimaan niitä haasteellisempien tilanteiden varalle.

Seuraavina päänäkökohtina olivat *seuraamusten tarkoituksenmukaisuuteen ja kohtuusajatteluun* liittyvät näkökohdat, jotka voidaan niputtaa yhteen kohtuusperusteen (ROL 1 luvun 8 § ja ETL 3 luvun 10 §) alaisuuteen. Sen mukaan syyte

13. Vähäisyys on suhteutettava jokaisessa yksittäistapauksessa kyseiseen rikoslajiin, eli luovuttavan teon tulee olla rikoslajin normaalitapaukseen verrattuna vähäinen. Perustetta ei siis voida soveltaa kategorisesti ja automaattisesti kaikkiin vähäisiin rikoslajeihin. Lähtökohtaisesti peruste soveltuu selvimmin siis vähäisten rikosten lieviin tekomuotoihin. Ks. tarkemmin Lappi-Seppälä 2000, s. 282–283; Hallituksen esitys Eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi 222/2010 vp, s. 185; Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosioikeudellisista toimenpiteistä luopumista koskevien säännösten uudistamiseksi 79/1989 vp, s. 6–7, 13; Lappi-Seppälä 1991a, s. 918–919; Lahti 1974, s. 114–121, 248–252; Petri Jääskeläinen, Syyttäjä tuomarina. Rikos- ja prosessioikeudellinen tutkimus seuraamusluonteisen syyttämättä jättämisen ja rangaistuspäättämisen ehtoista Suomessa ja Ruotsissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1997, s. 21.
14. Jokela 2018, s. 284; Lappi-Seppälä 1991a, s. 926–927; Lappi-Seppälä 1991b, s. 1207; Jääskeläinen 1997, s. 296–304; Lappi-Seppälä 2000, s. 293–294; Valtakunnansyyttäjänviraston ohje syyttämättä jättämispäätöksen laatimisesta ja sisällöstä 2016:6, s. 12; Valtakunnansyyttäjänviraston ohje esitutkinnan rajoittamisesta 2007:2, s. 4; HE 79/1989 vp, s. 15–16.

voidaan jättää nostamatta, jos oikeudenkäyntiä ja rangaistusta olisi pidettävä kohtuuttomina tai tarkoituksettomina ottaen huomioon rikoksesta epäillyn ja asianomistajan välillä saavutettu sovinto tai muu epäillyn toiminta tekonsa vaikutusten estämiseksi tai poistamiseksi, hänen henkilökohtaiset olonsa, teosta hänelle aiheutuvat muut seuraukset, sosiaali- ja terveydenhuollon toimet tai muut seikat. Peruste sisältää monia melko erilaisia aineksia ja näkökohtia, minkä vuoksi termi kohtuusperuste on hieman harhaanjohtava. Kuvaavampi termi olisi kohtuus- ja tarkoituksenmukaisuusperuste, sillä se sisältää reaalisen arvoargumentin (säännönmukainen seuraus liian ankara) ohella myös reaalisia tavoiteargumentteja (tarkoituksenmukaista luopua seuraamuksesta). Peruste sisältää toisin sanoen aineksia sekä RL 6 luvun 6 §:n 3 kohdasta (kriminaalipoliittinen tarkoituksenmukaisuusargumentti) että RL 6 luvun 7 §:stä (kohtuussyyt).¹⁵

Kohtuusajatteluun ja aineelliseen oikeudenmukaisuuteen liittyvät näkökohdat ”poistavat” rangaistusintressin siinä mielessä, että rankaiseminen tuntuisi kohtuuttomalta. Tilanteiden voidaan ajatella olevan sellaisia, että rankaiseminen saattaisi olla jopa yleisen oikeustajunnan vastaista. Perusteen mukainen tarkoituksenmukaisuusargumentaatio taas puoltaa luopumista silloin, kun luopumisen voidaan katsoa olevan rankaisemista hyödyllisempää. Esimerkiksi erityispreventiivisten näkökohtien, sovinnon ja vahinkojen hyvittämisen turvaamiseksi (ja myötä) on ajoittain järkevää pidättäytyä rangaistuksen käytöstä. Rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän rangaistusintressi eräällä tapaa kumoutuu jonkin toisen kontrollimuodon suuremman tarkoituksenmukaisuuden myötä. Erityisesti viimeksi mainitulla on monessakin suhteessa läheinen suhde jäljempänä käsiteltäviin tunnustus- ja kustannusperusteisiin.¹⁶

Seuraamusten tarkoituksenmukaisuuteen liittyy läheisesti myös *seuraamusten porrastamisen* ajatus, joka on kuitenkin useasti erotettu omaksi taustaperiaatteeksi. Porrastamisajattelua ilmentää esimerkiksi nuoruusperuste (ROL 1 luvun 7 § ja ETL 3 luvun 10 §). Nuorten tekemissä rikoksissa esimerkiksi lastensuojeluviranomaisilla saattaa olla käytettävissään rangaistusta sopivampia toimen-

15. Lappi-Seppälä 1991a, s. 913–914, 921–926; Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987, s. 192–195.

16. Oikeudenkäynnin ja rangaistuksen *tarkoituksettomuuden* arvioinnissa on voitu antaa painoarvoa esim. oikeudenkäynnistä johtuville kustannuksille. Huomionarvoista on se, että peruste mahdollisti syyttämättä jättämisen lähinnä *loppuun saatetun* esitutinnan jälkeen, jos *oikeudenkäyntiä* voitiin pitää tarkoituksettomana. Kohtuusperusteella on ollut liityntä myös rikoksen tunnustamiseen. Vaikka epäillyn pyrkimys edistää tekonsa selvittämistä on jätetty RL 6 luvun 6 §:n 3 kohdan loogikasta poiketen pois syyttämättä jättämisen perusteista, myös sille on voitu antaa painoarvoa kokonaisharkinnassa. Erityisesti viimeksi mainitun todellinen painoarvo on kuitenkin ollut varsin pieni. Ks. Matti Tolvanen, Syyttäjän ratkaisut, asiaesittely ja todistustemat. Defensor Legis 3/2003a, s. 347–362, 349–350; Lappi-Seppälä 1991, s. 913–914, 921–926; Lappi-Seppälä 1991b, s. 1205–1206, 1213–1214; HE 79/1989 vp, s. 15.

piteitä. Seuraamusjärjestelmän tulisi yleisestikin kyetä välttämään ankarimpien rangaistusten käyttöä, jos se ei ole välttämätöntä.¹⁷

Vuonna 1991 omaksuttujen näkökohtien voidaan kokonaisuutena katsoa ilmentävän voimavarojen suuntaamista rangaistusintressin kannalta vähäisistä – mutta lukumääriltään suurista – teoista vakavampiin ja vaikeammin tutkittavissa oleviin tekoihin. Luovuttavat teot ovat vähäisiä joko itsessään tai tuomittavan rangaistuksen kannalta, tai intressi rangaista on kohtuusajattelun ja aineellisen oikeudenmukaisuuden tekijöiden kannalta vähäinen. Voimavaroja pyrittiin kohdentamaan sinne, missä niitä tarvitaan – eli vakavampiin ja enemmän tutkintaresurseja vaativiin rikosasioihin. Voimavarojen järkevään kohdistamiseen liittyvä kustannusajattelu oli siis siinä mielessä välillistä, että *peruste luopumiselle haettiin jostain muualta kuin suoranaisista tutkinnan kustannuksista*. Vaikka oikeusjärjestelmän taloudellisuus oli jo tuolloin koko järjestelmän taustalla, yksittäiset syyt luopumiselle oli uusimpia perusteita selkeämmin osoitettavissa rangaistusintressin puutteella eikä suoranaisesti tarkastelemalla tutkinnan kustannuksia.¹⁸

2.2. Kustannustietoisen ajattelun murros

Vuosituhanne vaihteen myötä rikosprosessista käyty keskustelu muuttui entistä kustannustietoisemmaksi, mikä näkyi myös luopumissäännösten tulkinnassa ja niiden kehittämisessä. Edellä käsitellyissä perusteissa enemmän taustalla vaikuttanut ja massoista muodostunut prosessiekonomian ajatus laskeutui *konkreettiseksi perusteeksi* rajoittaa esitutkintaa.¹⁹ Vuonna 2006 uutena esitutkinnan rajoittamisperusteena tuli voimaan niin sanottu kustannusperuste, joka löysi tiensä syyttämättä jättämisen perusteisiin vasta vuonna 2015 syyteneuvottelu-uudistuksen yhteydessä. Kustannusperusteen (ETL 3 luvun 10 § ja ROL 1 luvun 8 §) mukaan esitutkintaa voidaan rajoittaa ja teosta jättää syyttämättä, jos asian käsittelyn jatkamisesta aiheutuvat kustannukset olisivat selvässä epäsuhteessa asian laatuun ja siitä mahdollisesti odotettavissa olevaan seuraamukseen.²⁰

17. Lappi-Seppälä 1991a, s. 914–915.

18. Lappi-Seppälä 1991b, s. 1213; Lappi-Seppälä 1991a, s. 913–915; Mikko Vuorenpää, Syyttäjän tehtävät. Erityisesti silmällä pitäen rikoslain yleisestävää vaikutusta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007, s. 124; VKS:2007:2, s. 2.

19. Ks. kehityksestä Nissinen 2007, s. 62–64; Tolvanen 2003a, s. 349; Jokela 2018, s. 181; Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö 2003:3, s. 123; Valtakunnansyyttäjänviraston työryhmän mietintö 2001:1: Syyttäjän toimenkuvankehittäminen, s. 16–17; Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain, oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien rikosasioiden käsittelyä käräjäoikeudessa koskevien säännösten muuttamisesta 271/2004 vp, s. 66; HE 58/2013 vp, s. 9–13; VKS:2007:2, s. 2.

20. Aikaisempi sääntely mahdollisti periaatteessa *syyttämättä jättämisen*, mutta ei esitutkinnan toimittamatta jättämistä. Ks. edellä alaviite 16 sekä Tolvanen 2003a, s. 349–350; Nissinen 2007, s. 254; Jokela 2018, s. 181; Valtakunnansyyttäjänviraston työryhmän mietintö 2001:1, s. 17;

Peruste mahdollistaa luopumisen niin yksittäisistä rikosteosta kuin laajemman rikoskokonaisuuden osista. Rikosasian laadun ja sen tutkinnan edellyttämien kustannusten välinen suhde hahmottuu kyseisissä tilanteissa kuitenkin toisistaan poikkeavilla tavoilla. *Yksittäisen teon* itsenäistä merkitystä arvioitaessa rikosasian laadun voidaan katsoa saavan enemmän merkitystä.²¹ Kun on kyse rikoskokonaisuudesta, luovuttavan teon merkitys suhteutetaan koko tutkittavaan rikoskokonaisuuteen. Mitä epäolennaisemmasta osasta kokonaisuuden kannalta on kysymys, sitä vähemmän asian laadulle tarvitsee antaa merkitystä. Luopuminen on siis lähtökohtaisesti helpommin perusteltavissa rikoskokonaisuuden kohdalla kuin yksittäisten tekojen tapauksissa.²²

Siinä missä ”alkuperäiset” luopumissäännökset ovat perustuneet siihen, että kaikkia vähäisiä rikosasioita ei ole järkevää käsitellä niiden suuren määrän vuoksi, uusi kustannustietoinen ajattelu perustuu siihen, että vähäistä törkeämpiäkään rikoksia ei ole järkevää tutkia hinnalla millä hyvänsä. Tapaukset ovat laajentuneet ja niiden tutkinta vaikeutunut sekä kallistunut, minkä vuoksi kevennyksiä pyritään nyt kohdistamaan *ensimmäisten luopumissäännösten ”suojelukohteeseen”* eli vaikeammin tutkittavissa oleviin ja samalla jopa vahvemman rangaistusintressin sisältäviin juttuihin. Kustannusperuste pyrkii toisin tehostamaan esitutkintaa ja syyteharkintaa mahdollistamalla prosessikohteen rajaamisen jopa muissa kuin perinteisessä mielessä vähäisissä teoissa. Resurssisäästöjen kasvava tavoittelu on näin ollen muuttanut voimavarojen kohdentamistapaa ja -kohdetta. Uudentyyppisen ajattelun mukaan voimavaroja ei voida loputtomasti kohdistaa vaativampienkaan asioiden käsittelyyn vaan näistäkin tulisi tarpeen niin vaatiessa kyetä keventämään. Voimavarojen suuntaamisen *järkevyyden* mittapuuna on nyt entistä selkeämmin tutkinnan tuloksellisuus ja kustannustehokkuus sen sijaan, että kyseinen järkevyyden haettaisiin selkeästi rangaistusintressiin liittyvistä syistä.²³

Toimenpiteistäluopumisjärjestelmän tavoitteiston tämänkaltaisen muutoksen on katsottu laajentaneen viranomaisen harkintavaltaa jopa siinä määrin, että on puhuttu legalistisen tutkintakulttuurin murroksesta. Rikosten yleisestä selvittämistavoitteesta on kustannusperusteen myötä luovuttu puhtaasti taloudellisilla perusteilla, mikä on osaltaan vaikuttanut esitutkinnan rajoittamispä-

21. Säännöksen tarkoituksena ei ole mahdollistaa esitutkinnan rajoittamista kaavamaisesti työläissä ja samalla vähäisissä asioissa. Soveltaminen edellyttää sitä, että tutkittavana oleva tapaus on kustannusten ja asian laadun välistä epäsuhtaa ajatellen *lajissaan tavanomaista suuritöisempi*. Nissinen 2007, s. 63–64.

22. Ks. Nissinen 2007, s. 63; HE 271/2004 vp, s. 66; VKS:2007:2, s. 8.

23. Ks. kehityksestä Lahti 1974, s. 114–121, 248–252; Lappi-Seppälä 1991b, s. 1213; Jääskeläinen 1997, s. 21; HE 271/2004 vp, s. 66; Valtakunnansyyttäjänviraston työryhmän mietintö 2001:1, s. 16–17; Nissinen 2007, s. 55–56, 62–63, 68–69; Jokela 2018, s. 181; Vuorenpää 2007, s. 124; HE 58/2013 vp, s. 9–14; VKS:2007:2, s. 8; Koponen 2012, s. 60–61, 76, 80; Tuomioistuineläytöksen kehittämiskomitean mietintö 2003:3, s. 122–123, 299.

tösten huomattavaan kasvuun. Poikkeukselliseksi varoventtiiliksi tarkoitettua luopumisperustetta – ja luopumisjärjestelmää kokonaisuudessaan – on ryhdytty käyttämään huolestuttavan laajasti ja useasti aikaisemmista painotuksista poikkeavalla tavalla.²⁴

Kyseinen kehitys ei kuitenkaan katkennut kustannusperusteen säätämiseen. Myös tämän jälkeen käydyssä keskustelussa katsottiin, että esitutkintaa tulisi pystyä huomattavasti selvemmin kohdentamaan myös törkeitä rikoksia sisältävissä laajoissa juttukokonaisuuksissa.²⁵ Kustannusperuste toisin sanoen aurasii tietä syyteneuvottelu-uudistukselle.

2.3. Tunnustusperusteen synty ja tavoitteet

Syyteneuvottelu nousi ensimmäisen kerran kunnolla esille vuosituhanen vaihteissa. Tuolloin menettelyn katsottiin merkitsevän liian suurta etääntymistä legaaliteetti- ja virallisperiaatteista, minkä vuoksi mallin omaksuminen ei vaikuttanut toivottavalta tai edes realistiselta.²⁶ ”Vakavasti otettava” keskustelu heräsi vasta 2000- ja 2010-lukujen taitteessa, jolloin menettelyn sopimattomaksi tehneiden piirteiden korostamisen sijaan kiinnitettiin aikaisempaa enemmän huomiota myös järjestelmän potentiaalisiin etuihin ja näiden hyödyntämisen tarpeeseen. Laajat ja vaikeat rikosasiat veivät *kokonaisuutena* yhä enemmän resursseja, millä katsottiin olevan jo niiden ulkopuolelle ulottuvia laajempia vaikutuksia siihen, kuinka viranomaiset kykenevät asianmukaisella joutuisuudella käsittelemään kaikki heidän käsiteltäväkseen tulevat rikosasiat. Yksittäisten vaikeimpien asioiden katsottiin toisin sanoen vievän liikaa resursseja ja hidastavan kohtuuttomasti muiden asioiden käsittelyä.²⁷ Syyteneuvottelu-uudistuksen taustalla oli siten pyr-

24. Ks. Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2019 K 15/2020 vp, s. 166; Jokela 2018, s. 181; OMSO 2020:6 s. 39–40; Nissinen 2007, s. 55–56, 62–63, 68–69; Heiskanen – Ohisalo 2005, s. 254–256; sekä tarkemmin jäljempänä alaviite 27.

25. OMML 47/2010, s. 35; Koponen 2012, s. 76, 80; Vuorenpää 2007, s. 124; Oikarainen 2012, s. 748–749; Oikarainen 2017, s. 19, 201.

26. Fredman 2018, s. 403; Valtakunnansyyttäjänviraston työryhmän mietintö 2001:1, s. 16–17, 31–32; Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö 2003:3, s. 123, 298–299.

27. Vaikeasti tutkittavissa olevien rikosasioiden lukumäärä on lisääntynyt huomattavasti vuosina 2004–2018, ja kehityksen katsotaan yhä jatkuvan. Poikkeuksellisen työläiden ja laajojen rikosasioiden lukumäärä ja vaativuus ovat kasvaneet siten, että vaikka ne kattavat tarkasteluvälin loppupuolella vain n. kuusi prosenttia juttumäärästä, ne sitovat silti *yli puolet* syyttäjälaitoksen henkilötyövuosista (ja merkittävästi myös muiden toimijoiden voimavaroja). Samanaikaisesti esitutkintaviranomaisilta syyttäjille vuosittain saapuneisiin asioihin sisältyvien esitutkinnan lopettamista tai toimittamatta jättämistä koskevien rajoittamisasioiden osuus on lisääntynyt tarkastelujaksolla noin 1 000:sta noin 20 000:een ja varsinaisten syyteharkinta-asioiden lukumäärä vastaavasti vähentynyt. Resurssien puute on käytännössä ohjannut viranomaisia luopumaan toimenpiteistä myös sellaisissa tapauksissa, joissa lainsäätäjät ei ole tarkoittanut niin meneteltävän. Ks. Syyttäjälaitoksen (KPY 152) vuosien 2020–2023 voimavara-analyysi

kimys mahdollistaa esitutinnan rajaaminen entistä tehokkaammin voimavaroja ja aikaa vievissä jutuissa.²⁸

Keskustelu johti lopulta vuonna 2015 syyteneuvottelujärjestelmän omaksumiseen, jonka toimenpiteistä luopumista koskevat elementit (esitutinnan ja syyteharkinnan tasolla) löytyvät ETL 3 luvun 10 a §:stä ja ROL 1 luvun 8 §:n 2 momentista.²⁹ Jos esitutkinnassa tai syyteharkinnassa on saman henkilön tekemäksi epäiltyjä rikoksia kaksi tai useampi ja hän on tunnustamalla edistänyt yhden tai useamman epäillyn rikoksen selvittämistä, syyttäjä voi päättää, että syytettyä ei nosteta kaikista epäillyistä rikoksista tai tutkinnanjohtajan esityksestä määrätä, että esitutkintaa ei toimiteta kaikista rikoksista tai että esitutkinta näiden osalta lopetetaan.

Nimensä mukaisesti tunnustusperuste perustuu epäillyn myötävaikutukseen ja tunnustuksen saamiseen. Täten sen toimintalogiikka poikkeaa muista perus-

14.3.2019, Dnro 37/13/18, s. 3–7, 19; Oikeusministeriön tilinpäätöskannanotto syyttäjälaitoksen kirjanpitoyksikön tilinpäätöksestä vuodelta 2018, Dnro VN/3881/2019, s. 1; ja kyseisen kehityksen vaikutuksesta syyteneuvottelu-uudistukseen HE 58/2013 vp, s. 9–14; Oikarainen 2012, s. 745–749; Oikarainen 2017, s. 19, 201; Oikeusministeriön Mietintöjä ja lausuntoja 87/2010: Oikeusprosessin pitkeytymisen estäminen, s. 12–19, 35; Koponen 2012, s. 61, 80; Fredman 2018, s. 402–403.

28. Syyteneuvottelujärjestelmillä ja tunnustuksen huomioimisella yleensäkin kuitenkin voi – ja nähdäkseni myös tulisi – olla prosessitaloudellisten syiden ohella myös muita tavoitteita. Tällaisena voidaan mainita esim. restoratiiviset, erityispreveniiviset sekä asianomistajan hyvittämiseen ja teon sovittamiseen liittyvät näkökohdat. Teon selvittämistä, sen vaikutuksien korjaamista ja vastuunottoa edistävä keskusteluyhteys voikin tuottaa monenlaisia käytännöllisiä etuja ja edistää rikosoikeusjärjestelmää kohtaan koettua luottamusta niin epäillyn, asianomistajan, viranomaisten kuin yhteiskunnan kannalta. Lain esityöt ovat keskittyneet kuitenkin hyvin pitkälti nimenomaan kustannustehokkuuteen palautuviin argumentteihin. Tästä syystä muiden mahdollisten hyötyjen ja argumenttien käsittely jää jatkotutkimukseni piiriin. Ks. Frida Emilia Kuusisto Mäkelä, Prosessiekonomiaa vai uusi restoratiivinen työkalu rikosprosessiin? Syyteneuvottelumenettelyn soveltamiskäytäntö 2015–2017 ja käyttökokemuksia menettelyn ensivuosisilta Suomessa. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti 2021a, s. 92–94, 99–101; Juha Kääriäinen, Seitsemän rikostapausta: käräjätuomareiden arvioima rangaistuskäytäntö ja väestön rangaistusvalinnat. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti 2017, s. 30–31; Tapani – Tolvanen 2015, s. 238; Matti Tolvanen, Sopimuksellisuus rikosoikeudellisessa seuraamusjärjestelmässä. Lakimies 7–8/2012, s. 1070–1088, 1070, 1076–1077; Koponen 2012, s. 59; Jääskeläinen 1997, s. 108; HE 58/2013 vp, s. 6–14, 23–26, 29–31.
29. Tässä artikkelissa tarkastelu on rajattu nimenomaisesti toimenpiteistä luopumiseen ja toimenpiteistä luopumissäännösten itsenäiseen soveltamiseen syyttäjän alennussitoumuksen ja varsinaisen syyteneuvottelun sijasta. Varsinaisesta syyteneuvottelusta voidaan nimittäin erottaa ns. tunnustamismenettely, jonka tuloksena voi yhtä lailla olla alennussitoumus ja/tai toimenpiteistä luopuminen, mutta joka johtaa tuomioesityksen ja tunnustamisoikeudenkäynnin sijaan tavanomaiseen haastehakemukseen ja pääkäsitteilyyn. Tarkasteluni painottuu näin ollen tunnustusperusteisten toimenpiteistä luopumissäännösten itsenäiseen soveltamiseen varsinaisen syyteneuvottelujärjestelmän (ja alennussitoumuksien) ulkopuolella. Ks. tarkemmin Oikarainen 2017, s. 115–117; Tuula Linna, Syytteen muuttaminen ja tarkistaminen, syyteneuvottelu ja oikeusvoima. Defensor Legis 3/2015, s. 417–435, 423; VKS 2016:6; Jussi Matikkala, Rikosoikeudellinen seuraamusjärjestelmä. 2., uudistettu painos. Edita 2021, s. 315–317.

teista useammassakin suhteessa. Siinä missä esimerkiksi kustannusperusteen mukainen rajoittaminen pohjautuu asian laadun ja sen tutkinnan edellyttämien kustannusten väliseen epäsuhteeseen *luovuttavan teon* osalta, tunnustusperuste tavoittelee resurssisäästöjä tehostamalla *tutkittavan teon* käsittelyä tunnustuksen myötä. Viimeksi mainitun perusteen kohdalla voidaan ajatella, että *luovuttava teko* ei ole enää *yhtä selkeästi* päämielenkiinnon ja resurssisäästöjen kohteena. Tunnustusperusteen mukaista luopumista ei perustella ensisijaisesti *luovuttavan teon* merkityksellä ja rangaistusintressiin liittyvillä syillä. Huomio on kiinnittynyt luovuttavien tekojen sijaan entistä enemmän laajoihin ja työläisiin rikosasioihin sekä näiden tutkintaan *kokonaisuutena*.³⁰

Kokonaisuutena tunnustusperuste kohdistuu siis tutkinnallisesti vaikeimpiin, ja mahdollisesti myös aikaisempaa vakavampiin, rikosasioihin. Tunnustusperusteen logiikka ja sen tapa kohdistaa voimavaroja ovat siten melko erilaisia verrattuna vuoden 1991 perusteisiin. Alun perin vähäisemmistä rikoksista säästämisestä on nyt saavuttu siihen, että tutkinnasta ja rangaistusvastuun toteuttamisesta ollaan valmiita tinkimään myös toisesta ääripäästä, eli vaikeammin tutkittavista ja vakavammista rikoksista, joihin voimavaroja pyrittiin nimenomaisesti vanhempien perusteiden avulla kohdentamaan. Vähäisempien tekojen tutkinnan rajoittaminen sellaisenaan on saapunut siihen pisteeseen, että sitä ei voida enää pitää perusteltuna. Resurssiongelmia ei voida ratkaista sillä, että yhä useampien vähäisempien tekojen tutkinnasta luovutaan kokonaan. Luopumista pyritään kohdentamaan nyt myös laajoihin ja haastaviin juttukokonaisuuksiin siten, että *voimavaroja pyritään suuntaamaan luopumiskäytännöillä ”takaisinpäin” laajoista jutuista myös vähäisempiin*. Toimenpiteistä luopumisen tavoitteisto ja suuntaaminen on toisin sanoen avattu uudelle kriminaalipoliittiselle arvottamiselle, mikä merkitsee vaikeudeltaan ja vakavuudeltaan erityyppisten tekojen vastuun huojentamisen uudelleen jyvittämistä ja resurssien suuntaamisen perusteiden uudelleen pohtimista. Kiteytetysti kyse on siitä, missä suhteessa resursseja on mielekästä kohdistaa mihinkin tekotyyppiin ja tilanteeseen.³¹

Kyseisen painottamisen – tai voimavarojen jyvittämisen – oikeutukseen ja tarkoituksenmukaisuuteen liittyy olennaisesti kysymys sen toteuttamistavasta. Kun tunnustusperuste edustaa hyvin erilaisia elementtejä aikaisempiin suuntauksiin verrattuna, tarkastelen seuraavaksi tunnustusperusteen ja sen tavoitteiden ominaispiirteiden hyväksyttävyyttä sekä tarkoituksenmukaisuutta suhteessa muihin perusteisiin.

30. Ks. HE 58/2013 vp, s. 9–14, 21, 35; Fredman 2018, s. 402–403; Oikarainen 2012, s. 745–747, 749; Koponen 2012, s. 61, 80; OMML 87/2010, s. 12–19, 35; OMML 47/2010, s. 75; sekä jäljempänä luvut 3.1 ja 4.

31. Ks. K 15/2020 vp, s. 166, 174; OMSO 2020:6 s. 39; Oikarainen 2012, s. 748–749; Oikarainen 2017, s. 19, 201; Koponen 2012, s. 80.

3. Tunnustusperusteen ja sen ilmentämän kustannusajattelun suhde muihin perusteisiin

3.1. Luopumisen ja tavoiteltavien säästöjen kohde

Tunnustusperuste on tarkoitettu tilanteisiin, joissa esitutkinnassa tai syyteharjinnassa on saman henkilön tekemäksi epäiltyjä rikoksia kaksi tai useampi ja hän on tunnustamalla edistänyt yhden tai useamman epäillyn rikoksen selvittämistä.³² Kyseeseen voi tulla niin toisistaan erillisten rikostekojen rajoittaminen kuin myös yhtenä rikoksena arvioitavaan tekokokonaisuuteen liittyvien osatekojen rajaaminen. Toimenpiteistä luopuminen tulee olla perusteltu tekokokonaisuus huomioiden, minkä vuoksi perusteella on yhteys muun muassa kilpailusääntöperusteeseen ja sen taustaperusteisiin. Molemmat perusteet pyrkivät järjestyttämään laajojen rikosjuttujen käsittelyä siten, että tutkintaresurssit keskitetään pääteon tutkintaan. Samalla pyritään varmistamaan, että juttukokonaisuus on pääkäsittelyssä paremmin hallittavissa.³³

Perusteiden soveltamisedellytykset ja niiden mahdollistamat tulokset ovat samalla toisaalta hyvin erilaisia. Kilpailusääntöperuste on tarkoitettu tilanteisiin, joissa luovuttava rikos ei vaikuta olennaisesti kokonaisuutensa määrään. Muista epäillyistä rikoksista tuomittava rangaistus katsotaan riittäväksi seuraamukseksi. Tunnustusperusteen mahdollistama harkintavalta sen sijaan on tarkoitettu kilpailusääntöperusteen alaa laajemmaksi siten, että luovuttava teko voisi saada merkitystä jopa tuomittavan rangaistuksen kannalta. Rangaistusvaikutuksen ollessa pieni kilpailusääntöperusteessa, tarve moittia epäilyä on eräällä tapaa tyydytetty paremmin verrattuna tunnustusperusteeseen, jossa luovuttavalla teolla voisi olla vaikutusta rangaistuksen määrään, mutta toimenpiteistä pääte-

32. Säännöksiä tarkasteltaessa on tärkeää huomioida, että ETL 3 luvun 10 a §:n mukainen esitutkinnan rajoittaminen on sidottu varsinaisen syyteneuvottelun soveltamisalaan ja edellytyksiin. Soveltamisalan ulkopuolelle on tällöin rajattu tietyt RL 20 ja 21 lukujen mukaiset rikokset sekä teot, joiden enimmäisrangaistus on yli kuusi vuotta vankeutta. Vastaavia rajoituksia ei kuitenkaan sisälly syyttämättä jättämistä koskevaan sääntöön, joka on soveltamisalaltaan yleinen ja edellyttää ainoastaan tärkeän yleisen tai yksityisen edun huomioon ottamista. Tästä seuraa, että myös tunnustusperusteinen esitutkinnan rajoittaminen on periaatteessa mahdollista toteuttaa ilman ensiksi mainittuja rajoituksia nojaten ETL 3 luvun 10 §:n 1 mom. kautta harkinnanvaraisen syyttämättä jättämisen perusteisiin. ETL sisältää näin ollen kaksi erillistä ja erilaiset kriteerit sisältävää tunnustusperusteista esitutkinnan rajoittamismahdollisuutta, joista ETL 3 luvun 10 a §:ää on pidettävä ”korkeampia kriteerejä sisältävänä” erityissääntönsä. Säännökset ovat kuitenkin joka tapauksessa läheisessä yhteydessä toisiinsa, ja yleisen sekä yksityisen edun huomioimisen edellytykset tekevät arvioinneista ja niiden kriteereistä käytännössä pitkälti samansuuntaisia. Valtakunnansyyttäjänviraston ohje syyteneuvottelua koskevan lainsäädännön soveltamisesta 2015:6, s. 4–5; Valtakunnansyyttäjänviraston ohje esitutkinnan rajoittamisesta 2016:5; HE 58/2013 vp, s. 21, 35.

33. HE 58/2013 vp, s. 21; VKS:2016:6, s. 12, 14.

tään silti luopua selkeämmin prosessitaloudellisten kuin rangaistuksen riittävyteen liittyvien syiden vuoksi. Tätä on perusteltu muun ohella tunnustusperusteen tarjoaman *kannustinvaikutuksen* tukemiseksi. Mikäli tunnustamisen mahdollistamasta luopumisesta ei olisi hyötyä yhteisrangaistuksen mittaamissääntöjen tai konkurrenssiperusteen vuoksi, epäilyllä ei olisi yhtä selkeää motiivia ryhtyä selvittämään tekoansa.³⁴

Konkurrenssiperusteesta poiketen tunnustusperusteen mukainen syy luopumiselle ei täten ole niinkään luovuttavassa teossa itsessään vaan luopumisen *kannustinvaikutuksessa ja tutkinnan kohteena olevan teon tutkinnan helpottumisessa*. Luovuttava teko ei toisin sanoen ole ensisijainen säästöjen kohde ja sisällä välttämättä itsessään syytä luopumiselle vaan se mahdollistaa välillisesti säästöjen saamisen tutkittavasta teosta tunnustuksen myötä. Vaikka myös kustannus- ja konkurrenssiperusteet tähtäävät tämäntyyppiseen tutkinnan kohdentamiseen ja oikeudenkäyntivaiheen helpottamiseen, niissä säästöjen arvioinnin kohteena (ja tavoitteena) on selkeämmin *luovuttavasta teosta saavutettavat hyödyt*.³⁵ Esimerkiksi kustannus- ja konkurrenssiperusteiden pohjalta tapahtuva rajoittaminen ei itsessään vähennä *tutkittavan teon* selvittämiskustannuksia esimerkiksi näytön hankkimisen osalta. Tunnustus voi sen sijaan vähentää juuri kyseisiä näyttökustannuksia, jolloin tunnustusperusteen mahdollistamat säästöt kohdistuvat *sekä tutkittavaan päärikokseen että luovuttavaan sivurikokseen*. Kustannus- ja konkurrenssiperusteet eivät mahdollista ensiksi mainittua ainakaan samoissa määrin – näyttöä tulee hankkia luopumisesta huolimatta yhtä paljon, vaikka tähän voidaankin keskittyä kohdennetummin. Kustannus- ja konkurrenssiperusteet eivät toisin sanoen tunnustusperusteesta poiketen mahdollista pääteon tutkinnan helpottumista vaan pikemminkin resurssien *kohdentamista* siihen. Kohdentaminen nopeuttaa päärikoksen tutkintaa, mutta tunnustamisperusteen tarjoaman tunnustushelpotuksen sijaan ainoastaan vain ”luovuttavan teon resurssien” verran.³⁶

Tunnustusperusteen toimintalogiikan eroavaisuutta perinteisempien kustannus- ja konkurrenssiperusteiden mukaiseen arviointiin voidaan havainnollistaa käytännön esimerkillä. Jos epäilty epäillänsä esimerkiksi päärikoksesta A ja sivurikoksista B sekä C, tunnustusperuste voi mahdollistaa C:n tutkinnasta luopumisen, mikäli epäilty tunnustaa teon A. Tällöin resursseja säästetään niin C:n tutkinnasta luopumisen kuin A:n tutkinnan helpottumisen muodossa. Mikäli

34. HE 58/2013 vp, s. 21, 35; VKS:2016:6, s. 14; OMML 47/2010, s. 19–21. Vrt. Lappi-Seppälä 1991a, s. 926–927; HE 79/1989 vp, s. 15–16; VKS:2016:6, s. 12.

35. Kyseisten perusteiden soveltamisharkinnassa pohditaan suoremmin sitä, kuinka paljon kustannuksia *luovuttavan* teon tutkiminen ja käsittely tuottaisi sekä ovatko kyseiset kustannukset epäsuhteessa asiaan laatuun sekä odotettavissa olevaan seuraamukseen nähden.

36. Ks. kustannusperusteesta VKS:2016:6, s. 13. Vrt. VKS:2015:6, s. 1, 5; Valtakunnansyyttäjän yleisen ohjeen VKS:2015:6 liiteasiakirja, Dnro 26/31/14, s. 5; HE 58/2013 vp, s. 21, 35–36; OMML 87/2010, s. 35.

esimerkkitalanteessa sovellettaisiin ainoastaan kustannus- ja konkurrensiperusteita, viranomaiset luopuisivat C:n tutkinnasta ilman, että A:n selvittäminen helpottuisi. Ilman A:n tunnustamista sen selvittämiseksi tarvittaisiin enemmän tutkintatoimenpiteitä ja näyttöä, jolloin ensimmäisen esimerkin mahdollistamia kustannussäästöjä ei saataisi vaikeasti tutkittavissa olevan päärikoksen A osalta ollenkaan. Tämänmukaisesti tunnustusperusteen soveltamisen kannalta ratkaisevaa on se, tuottaako A:n *tunnustaminen* merkittäviä prosessiekonomisia etuja asian käsittelyyn. Luovuttava teko C ja *luopuminen itsessään* ei ole säästöjen hankinnan kannalta primääri keskittymisen kohde. Tapa arvioida resurssisäästöjä ja se, *mistä* niiden ajatellaan syntyvän, ovat toisin sanoen erilaisia tunnustusperusteen ja muiden luopumisperusteiden välillä. Vaikka tunnustusperusteen kohdalla myös luovuttavaa tekoa voidaan arvioida prosessiekonomiselta kannalta, soveltamisharkinnan pääpaino tulisi olla kyseisen sivuteon sijaan niissä resurssisäästöissä, joita epäilyln *tunnustamisesta* seuraa.³⁷

Tunnustusperusteisen luopumisen taustalla oleva *kustannusajattelu* on näin ollen muuttunut siten, että kustannuksia ei arvioida enää puhtaasti luovuttavan teon (C:n) vaan *myös tutkittavan teon (A:n) ja rikoskokonaisuuden selvittämisen kannalta*. Muista perusteista poikkeavalla tavalla luopuminen kohdennetaan ja perustellaan sen kannustinvaikutuksen mukaisesti. Rangaistusvastuun toteuttaminen luovuttavan teon C osalta tietyllä tapaa ”uhrataan” pääteon A tutkinnan helpottamiseksi. Tunnustusperuste ilmentää siis uutta ajattelua sen suhteen, *mihin luopuminen kohdennetaan – ja miksi* tutkinnasta luovutaan.

Samalla tunnustusperusteen voidaan muista perusteista poiketen katsoa myös tietyllä tapaa jopa *tähtäävän* rikosvastuun toteuttamiseen. Esimerkiksi kohtuusperusteen – ja muidenkin vanhempien luopumisperusteiden – edellytysten täyttyessä on tavanomaista jättää koko käsiteltävänä oleva juttu viemättä tuomioistuimeen, koska pääsääntöisesti kyse ei tällöin ole vain rönsyjen karsimisesta. Tästä poiketen tunnustusperusteen nimenomaisena tarkoituksena on rajoittaa isompia kokonaisuuksia vain osittain ja viedä pääjuttu tuomioistuimeen – sekä tunnustuksen myötä *edistää* rikosvastuun toteuttamista pääjutun osalta. Kriminaalipoliittiselta kannalta tunnustusperuste eroakin merkittävästi muista perusteista myös siten, että se ei merkitse tutkinnan lopettamista ja rikosvastuun toteuttamisesta luopumista kokonaan. Kun tämä ominaispiirre yhdistetään perusteen tuottamiin resurssisäästöihin, tunnustusperusteen voidaan periaatteessa ajatella vähentävän tilanteita, joissa rikostapausten tutkinnasta joudutaan luopumaan kokonaan.³⁸

37. HE 58/2013 vp, s. 21–23, 35–36; Oikarainen 2017, s. 123; Valtakunnansyyttäjän yleisen ohjeen VKS:2015:6 liiteasiakirja, Dnro 26/31/14, s. 1, 4–5; OMML 87/2010, s. 35. Vrt. HE 271/2004 vp, s. 66; VKS:2016:6, s. 12–13; HE 222/2010 vp, s. 187–188.

38. Ks. myös Fredman 2018, s. 402; Tapani – Tolvanen 2015, s. 229; Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö 2003:3, s. 298; Tolvanen 2003b, s. 1018, 1020.

Huomionarvoista tunnustusperusteisen toimenpiteistä luopumisen kannalta on tältä osin kuitenkin se, että tunnustusperusteen käytännön soveltaminen ei vaikuta toteuttavan säännöksille ennalta-asetettuja tavoitteita. Lain esitöissä tunnustussäännöksiä tavoitteeksi asetettiin viranomaisten toiminnan tehostaminen kaikissa rikosprosessin vaiheissa. Säännöksillä pyrittiin toisin sanoen nopeuttamaan niin esitutkintaa, syyteharkintaa kuin tuomioistuinkäsittelyä. Suurimpien prosessiekonomisten hyötyjen ajateltiin syntyvän silloin, kun resurssit saadaan mahdollisimman tehokkaaseen käyttöön jo esitutkinnan aikana. Hallituksen esityksessä järjestelmän painopisteeksi onkin tästä syystä otettu esitutkintalain mukainen tunnustamismenettely, ja esityksessä korostetaan jo esitutkinnan aikana vastaanotettavan tunnustuksen ja tutkintatoimenpiteiden kohdentamisen sekä rajaamisen merkitystä.³⁹

Käytännössä kyseiset tavoitteet eivät kuitenkaan vaikuta toteutuneen. Syyteneuvontaseuranta-aineiston – vaikkakin hyvin hajanaisen sellaisen – pohjalta voidaan todeta, että syyteneuvottelujärjestelmän tuoma ajansäästö näyttäisi ainakin menettelyn alkuvuosina painottuneen selvästi rikosprosessin loppupäähän. Ajansäästöä on syntynyt erityisesti tuomioistuinvaiheessa yhtäältä lyhentyneen pääkäsittelyn ja siihen vaaditun kevyemmän etukäteisvalmistautumisen muodossa että toisaalta muutoksenhaun todennäköisessä poisjäännissä. Sen sijaan syyteharkinta- ja esitutkintavaiheissa aikaa on säästynyt selvästi harvemmin. Menettely käynnistetään tyypillisesti selvästi myöhäisemmässä prosessivaiheessa kuin lainsäädäntöä laadittaessa ajateltiin, minkä ohella syyteneuvottelua on myös yleisesti käytetty odotettua (noin 500 rikosasiaa vuodessa) vähäisemmissä määrin. Vaikuttaakin siltä, että esitutkintalain mukaista tunnustamismenettelyä ja toimenpiteistä luopumista ei juuri hyödynnetä, vaan syyteneuvottelujärjestelmän menettelyvaihtoehdoista käytössä on lähinnä tuomioesityksen laatimiseen tähtäävä varsinainen syyteneuvottelumenettely. Tällöinkin menettelyyn ryhdytään yleisimmin vasta syyttäjän tekemän syyteharkinnan jälkeen. Erityiseksi tavoitteeksi asetetut esitutkinnan supistumisesta saatavat resurssisäästöt eivät ole siis toteutuneet, vaan säästöt kohdistuvat lähinnä tuomioistuinvaiheeseen.⁴⁰

39. HE 58/2013 vp, s. 12–13, 16–17; Mäkelä – Niemi 2017, s. 4–6.

40. Tunnustamiseen perustuneita esitutkinnan rajoittamispäätöksiä on ollut yhteensä 23 tapausta vuosina 2015–2019. Vuonna 2015 tehtiin lisäksi 1, vuonna 2016 7, vuonna 2017 16, vuonna 2018 48 ja vuonna 2019 7 tunnustamiseen perustunutta syyttämättäjäätämispäätöstä. Luopumispäätösten vähäistä lukumäärää korostaa osaltaan se, että syyteneuvotteluun on ryhdytty joissain tapauksissa jopa vasta muutoksenhakutuomioistuimissa esitutkintavaiheen sijaan. Frida Emilia Kuusisto Mäkelä (toim.), Seuraamusjärjestelmä 2019. Kontrollijärjestelmä tilastojen ja tutkimusten valossa. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti 2021b, s. 29, 34–37; Mäkelä – Niemi 2017, s. 4–6, 15–21, 36–39; Kuusisto Mäkelä 2021a, s. 8, 19–20, 97–98; Laura Kallioinen, Syyteneuvottelu ja tunnustamisoikeudenkäynti hovioikeuskäytännössä –empiirinen katsaus, s. 75–95 teoksessa Pekka Koponen – Raimo Lahti – Elina Elo (toim.), Valittuja kysymyksiä rikos- ja rikosprosessioikeudesta II. Helsingin hovioikeus 2019, s. 88, 92; Ritva Sahavirta, Syyteneuvottelu – kun käytäntö kohtaa teorian, s. 385–398 teoksessa Anssi Keinänen

Syyttäjien esitutkintavaiheeseen kohdistuvaan työmäärään tunnustamismenettely ei ennakolta toisaalta edes arvioitu tuovan suuria säästöjä, sillä tunnustamismenettelyssä tehtävät esitutinnan rajoittamispäätökset vaativat syyttäjän tiivistä mukanaoloa. Syyteneuvottelun alkaessa kuitenkin korostuneesti syyteharkintavaiheessa (ja jopa tämän jälkeen) syyteharkintaan tulevat asiat eivät kuitenkaan ennakoidun mukaisesti ole vähentyneet – esitutinnan kevenemisestä puhumattakaan. Syyttäjän työmäärä vähentyy lähinnä oikeudenkäyntiin liittyvien tehtävien osalta, mikä ei tavoitteiden mukaisesti auta esitutkinta- ja syyteharkintavaihetta merkittävästi.⁴¹

Pääsyy muodostuneeseen soveltamiskäytäntöön vaikuttaa piilevän siinä, että tunnustamismenettelyn käyttö koetaan hankalaksi rikosprosessin varhaisessa vaiheessa. Etenkin esitutinnan alkuvaiheessa teon erityispiirteistä, laajuudesta, tekijäpiiristä, mahdollisista kansainvälisistä ja muista laajemmista kytkennöistä tai aiheutetusta vahingosta ei välttämättä ole tarpeeksi tietoa menettelyn edellytysten käsillä olon arvioimiseksi. Aina ei ole selvää edes se, määrittyykö teko lopulta rikokseksi lainkaan. Syyteneuvottelun on todettu olevan syyttäjille mielekäs vaihtoehto vasta myöhemmässä vaiheessa prosessia, kun tapauksen tutkinta on saatu siinä määrin valmiiksi, että on mahdollista hahmottaa, ylittyykö syytekynys, minkälaisesta teosta on kyse ja soveltuuko tapaus ylipäänsä menettelyn piiriin. Vaikuttaakin siltä, että tunnustamismenettelyn soveltaminen esitutinnan varhaisessa vaiheessa on erityisen ongelmallista tunnustuksen peruuttamiseen, syytekynnykseen, aineelliseen totuuteen, näytön riittävyys (ja tosiasialliseen kattavuuteen) sekä objektiivisuusperiaatteeseen kytkeytyvien ongelmakohtien vuoksi.⁴² Käytännöllisten – tutkinnan ja rikosvastuun toteuttamiseen liittyvien – haasteiden ohella viimeksi mainitut seikat saavat jäljempänä luvussa 3.3 esittämälläni tavalla huomattavaa merkitystä myös epäillyn oikeusturvan ja riksoikeudellisen järjestelmän legitimitetin kannalta. Tämän vuoksi tunnustamismenettelyn aikaistamiseen liittyvien tehostamisratkaisujen tekeminen merkitsee nähdäkseni jokseenkin väistämättömästi erittäin haastavaa punnintaa oikeusturvaan, kustannustehokkuuteen, riksoikeusjärjestelmän legitimiisyyteen ja aineellisen totuuden selvittämistäntressiin liittyvien näkökohtien välillä.

– Reima Kukkonen – Mia Kilpeläinen (toim.), Oikeustieteiden moniottelija – Matti Tolvanen 60 vuotta. Edita 2016, s. 395–396; Oikarainen 2017, s. 103, 111–113.

41. HE 58/2013 vp, s. 12–13, 16–17; Kuusisto Mäkelä 2021a, s. 97–98; Sahavirta 2016, s. 395–398; Mäkelä – Niemi 2017, s. 4–6.

42. Ks. vähäistä soveltamista selittävästä ongelmakohdista sekä varhaisen tunnustamismenettelyn haasteista tarkemmin Mäkelä – Niemi 2017, s. 15–21, 22–27, 36–39; Kuusisto Mäkelä 2021a, s. 1–2, 18–19, 26–27, 63–66, 97–98; Oikarainen 2017, s. 103, 111–112; Linna 2015, s. 431–433; Katja Harakka, Tunnustuksen peruuttamisen ongelmakohdat syyteneuvottelujärjestelmässä, s. 29–40 teoksessa Pekka Koponen – Raimo Lahti – Essi Konttinen-Di Nardo (toim.), Kirjoituksia rikosprosessioikeudesta. Helsingin hovioikeus 2016, s. 34–39; Sahavirta 2016, s. 395–397; HE 58/2013 vp, s. 22; PeVL 7/2014 vp syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi, s. 5.

Kokonaisuutena voidaan todeta, että tunnustusperuste ilmentää muuttunutta kriminaalipoliittista ajattelua siten, että muista perusteista poiketen se soveltuu (ja sitä sovelletaan) aikaisempaa vakavampiin rikostyyppeihin. Pyrkimyksenä on tällöin vapauttaa resursseja vaikeampien ja vakavampien rikosten käsittelystä sekä suunnata niitä ”takaisin” vähäisempien ja yleisempien rikosten tutkintaan (kuten kunnianloukkauksiin ja lieviin pahoinpitelyihin), jotta muiden luopumisperusteiden mukaisten luopumispäätöksien määrää saataisiin viimeksi mainittujen rikostyyppien osalta vähennettyä. Tunnustusperusteissa on toisin sanoen nähdäkseni kyse uudenlaisesta rikostyyppikohtaisesta voimavarojen suuntaamisesta – eli kriminaalipoliittisten resurssien uudenkaltaisesta jyvittämisestä eri rikostyyppien kannalta.⁴³

Tämän ohella tunnustusperusteella pyritään nopeuttamaan rikosprosessin kaikkia vaiheita kiinnittämällä luovuttavan teon sijaan erityistä huomiota *pääteon tutkinnan ja käsittelyn nopeutumiseen*. Muista luopumisperusteista poiketen ensisijainen säästöjen kohde ja syy luopumiselle ei näin ollen ole luovuttava teko itsessään, vaan säästöjen ajatellaan syntyvän pääteon tutkinnan helpottumisesta. Muista perusteista poiketen tunnustusperuste ei myöskään merkitse tutkinnan lopettamista kokonaan, vaan rikosvastuun toteutuminen varmistetaan ainakin jossain muodossa pääjutun osalta. Viimeksi mainitusta johtuen tunnustusperusteen soveltaminen on esitutkintavaiheessa osoittautunut kuitenkin haasteelliseksi. Vastoin ennakko-odotuksia, ja muista esitutkinnan rajoittamis- sekä syyttämättäjättämisperusteista poiketen, se ei vaikutakaan tuovan säästöjä esitutkinta- ja syyttäjäviranomaisille. Kun huomioidaan edellä mainittu tunnustusperusteen tavoite jyvittää ja vapauttaa esitutkintavoimavaroja myös muiden (vähäisempienkin) rikostyyppien tutkintaan nimenomaan esitutkintavaihetta ajatellen, kyseinen tavoite ei näyttäisi näin ollen toteutuvan. Kun tunnustamismenettelyn tuottamat säästöt kohdistuvat esitutkinta- ja syyttäjäviranomaisten sijaan tuomioistuimiin, kriminaalipoliittinen tavoite rikostyyppikohtaisesta voimavarojen uudelleenjyvittämisestä esitutkinnassa – ja lievempiin rikostyyppeihin kohdistuvien luopumisperusteiden liiallisen soveltamisen ehkäisemisestä – ei vaikuta toteutuvan.

Perusteen uutuusarvoisuus – ja samalla toisaalta osittainen päällekkäisyys – muihin perusteisiin nähden ei kuitenkaan rajoitu tähän. Perusteen soveltaminen ja sen tavoitteiden toteutuminen ovat riippuvaisia epäillyn omasta harkinnasta, jolloin sen voidaan katsoa ilmentävän myös muutosta viranomaisen *yksipuoliseen tarkoituksenmukaisuusharkintaan*. Toisin sanoen siihen miten tutkinnan kohdentamisesta ja siitä luopumisesta päätetään. Peruste on myös entisestään laajentanut syyttäjän kriminaalipoliittista harkintavaltaa ja roolia, mikä puolestaan merkitsee yhä kasvavia jännitteitä syyttäjän erityyppisten tehtävien hoidon

43. Ks. myös Oikarainen 2017, s. 19, 201; Mäkelä – Niemi 2017, s. 5–8, 27–29, 36–38; Oikarainen 2012, s. 478–749; HE 58/2013 vp, s. 12–14.

Tunnustukseen perustuva esitutkinnan rajoittaminen ja syyttämättä jättäminen

kesken. Kyseinen kehitys onkin omiaan korostamaan perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien merkitystä syyttäjän toimintaa ohjaavina kiintopisteinä

3.2. Luopumisesta päättäminen ja neuvotteleminen

Tunnustusperusteen tavoitteleva ja mahdollistama kustannussäästö edellyttää epäillyn *tunnustusta* eikä viranomaisen voi muiden rajoittamisperusteiden tapaan soveltaa sitä ilman epäillyn myötävaikutusta.⁴⁴ Epäillyllä on toisin sanoen valtaa vaikuttaa rikosprosessin *kulkuun, kohteeseen ja lopputulokseen* neuvottelemalla kyseisistä seikoista viranomaisen kanssa.⁴⁵ Tunnustamisperusteen on tämän vuoksi katsottu merkitsevän muita perusteita selkeämmin askelta kohti opportunitettiperiaatteen ja määräämisperiaatteen mukaista rikosprosessia.⁴⁶ Rikosprosessin toimijoiden harkintavallan on katsottu lisääntyneen entisestään, ja sen on katsottu siirtyneen aikaisempaa selkeämmin myös epäillylle. Samoin kuin muiden luopumisperusteiden on aikaisemmin pelätty rapauttavan syyte-pakkoperiaatteen edustamia arvoja, virallisperiaatteen on nähty olevan vaarassa erityisesti tunnustusperusteen myötä.⁴⁷

Kummankin periaatteen katsotaan palvelevan aineellista rikosoikeutta edistämällä rikosvastuun toteuttamistavoitetta. Periaatteiden mukaan rikosvastuun toteuttaminen ei lähtökohtaisesti saisi riippua harkinnanvaraisista tarkoituk-

44. Pl. kohtuusperuste, johon palaan jäljempänä.

45. Tapani – Tolvanen 2015, s. 231, 235; Tuula Linna, Puntarissa plea bargaining – vastassa oikeusturva ja itsekriminointisuoja. Oikeustiede-Jurisprudentia XLIII:2010, s. 189–261, 201–202; VKS:2015:6, s. 1.

46. Perinteisesti suomalainen rikosprosessijärjestelmä on rakentunut pitkälti syytepakko- ja virallisperiaatteiden varaan. Ensiksi mainitun mukaan syyttäjän on aina nostettava syyte näytön ollessa riittävä ja teon täyttäessä rangaistavuuden edellytykset. Jälkimmäisen puolestaan merkitsee sitä, että määräämisvalta kuuluu rikosprosessissa viranomaiselle. Rikosprosessi toimitetaan viranomaisen toimesta riippumatta muiden asianosaisten tahdosta. Periaatteiden vastapoolina ovat syyteharkinta- ja määräämisperiaate. Syyteharkintaperiaate antaa syyttäjälle mahdollisuuden jättää syyttämättä harkinnanvaraisesti myös silloin, kun edellytykset syytteen nostamiseksi ovat muutoin olemassa. Syytevelvollisuus on tällöin relatiivinen ja riippuu syyttäjän tarkoituksenmukaisuusharkinnasta, jossa voidaan huomioida myös kriminaalipoliittisia ja sosiaalisia näkökohtia. Määräämisperiaate edustaa myös syytepakosta poikkeavan harkintavallan laajentamista siinä mielessä, että periaate antaa siviiliproessin tapaan päätösvaltaa prosessin kohteesta ja kulusta ainakin osittain asianomistajalle tai epäillylle. Ks. Lappi-Seppälä 1991a, s. 909; Jääskeläinen 1997, s. 152–153; Matti Tolvanen, Asianosaisten määräämistoimista rikosprosessissa. Defensor Legis 6/2003b, s. 1009–1027, 1017–1018, 1021–1022; Jaakko Jonkka, Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista. Helsingin yliopisto 1992, s. 59–60.

47. Vaikka suomalaisen rikosprosessin ei luopumisjärjestelmän olemassaolon myötä voida muutoinkaan katsoa perustuvan ainakaan absoluuttiseen syytepakkoperiaatteeeseen. Ks. Fredman 2018, s. 411–412; Lappi-Seppälä 1991a, s. 908; Oikarainen 2012, s. 742; Linna 2010, s. 233; Tolvanen 2012, s. 1070–1071; Valtakunnansyyttäjänviraston työryhmän mietintö 2001:1, s. 31; Jonkka 1992, s. 59–60; Tolvanen 2003b, s. 1017–1018, 1021–1022.

senmukaisuusseikoista tai asianosaisten disponointivallasta. Periaatteiden nähdään toteuttavan rikosprosessin legitimointitehtävää ja rikosoikeuden julkista intressiä, sillä ne pyrkivät edistämään muun ohella yhdenvertaisuutta, ennustettavuutta, oikeusvarmuutta sekä rikosvastuun toteutumista.⁴⁸ Periaatteiden katsotaan suojaavan mainittuja arvoja useiden rajoitusten avulla. Rikosprosessin lähtökohtana olevan virallisperiaatteen mukaan määräämisvalta kuuluu rikosprosessissa viranomaiselle. Rikosprosessi toimitetaan viranomaisen toimesta riippumatta asianosaisten tahdosta. Viranomaisella on määräysvalta niin rikosprosessin aloittamisesta, menettelyn kulusta kuin prosessin kohteesta. Määräysvallalle ja sen käytölle muodostuu tämän mukaisesti useita rajoituksia: 1) tutkinnan aloittamisesta ja eteenpäin viemisestä päättää viranomainen, 2) syyttäjä ei voi sopia asiaa epäillyn kanssa sekä 3) rangaistusvaatimuksen myöntäminen ei sido tuomioistuinta eikä epäiltyä voida tuomita pelkän tunnustuksen perusteella.⁴⁹

Tunnustusperusteen mukaisen neuvotteluvallan on pelätty ensinnäkin johtavan siihen, että viranomaisjohtoinen asian kontrolloiminen ei olisi mahdollista tai ei välttämättä toteutuisi riittävässä määrin. Tunnustusperusteen on toisin sanoen aavisteltu antavan rikosprosessin asianosaisille liikaa valtaa päättää prosessin kohteesta eli siitä, mitä tekoja tutkinnassa viedään eteenpäin.⁵⁰ Nähdäkseni on kuitenkin perusteltua väittää, että tunnustusperuste ei ole romuttanut viranomaisen määräävää asemaa lopullisena päätöksentekijänä. Vaikka tunnustusperusteen soveltaminen edellyttääkin epäillyn myötävaikutusta ja osapuolten välistä neuvottelua, syyttäjällä on yksipuolinen ja viimekätinen oikeus ratkaista, soveltaako säännöstä vai ei. Epäillyllä ei ole subjektiivista oikeutta päästä syyteneuvotteluun tai disponoida tunnustusperusteen soveltamisesta. Syyttäjän katsoessa perusteen edellyttämien kriteerien jäävän täyttyväksi, tämä ei voi rajoittaa tutkintaa. Virallisperiaatteesta ei siis ole luovuttu ainakaan siten, että viranomainen ei voisi käyttää yksipuolista valtaa ratkaista asiat harkintansa mukaan.⁵¹ Viranomaisella on yhä muiden luopumisperusteiden tapaan yksipuol-

48. Syytepakkoperiaate ja virallisperiaate sitoutuvat samoihin tausta-arvoihin. Tällöin myös niiden vastinpareja, eli syyteharkintaperiaatetta ja määräämisperiaatetta, puolletaan lähtökohtaisesti samankaltaisin argumentein. Ks. Lappi-Seppälä 1991a, s. 909; Jonkka 1992, s. 59–60; Jääskeläinen 1997, s. 152–153; Tolvanen 2003b, s. 1021–1022.

49. Määräämisperiaatteesta on kyse silloin, jos tässä kuvailtu päätösvalta kuuluu ainakin osittain asianomistajalle tai epäillylle. Ks. Tolvanen 2003b, s. 1017–1018, 1022; Jääskeläinen 1997, s. 153; Jonkka 1992, s. 59–60.

50. Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö 2003:3, s. 298; Valtakunnansyyttäjänviraston työryhmän mietintö 2001:1, s. 31; OML 47/2010, s. 14–15; Sahavirta 2016, s. 387–392; Linna 2010, s. 211, 233; Tapani – Tolvanen 2015, s. 233–234.

51. Tuula Linna, Oikeudenmukaisen rankaisemisen ideaali ja reaali – tunnustaminen rangaistuksen lieventämisperusteena, s. 275–297 teoksessa Dan Frände – Dan Helenius – Heli Korkka – Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä – Sakari Melander (toim.), Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2019, s. 285–286, 297;

linen harkintavalta päättää neuvottelumenettelyyn ryhtymisestä ja siitä, antaako se aihetta luopua toimenpiteistä – eli päättää tutkinnan eteenpäin viemisestä.

Toiseksi tunnustusperusteen on epäilty antavan liikaa harkintavaltaa (tai sopimisvaltaa) jopa syyttäjälle.⁵² Luopumissäännösten ja neuvotteluvallan laajentamisen on katsottu heikentävän aineellisen totuuden asemaa. Huolenaiheena on toisin sanoen ollut se, että syyttäjällä on (yhteistyössä epäillyn kanssa) valta poiketa liiallisesti aineellisen totuuden vaatimuksista sopimalla tutkinnan ja syytteen kohteesta.⁵³ Harkintavallan olemassaolo ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö sen laajuutta ja käyttöä voitaisi rajoittaa.⁵⁴ Tunnustamisperusteen tarjoamaa harkintavaltaa rajoitetaan monin eri tavoin eikä sen voida väittää olevan kontrolloimatonta tai vapaata. Tutkinnan ja syytteen kohteeksi valikoituvan teon ja siihen liittyvän tunnustuksen tulee ensinnäkin vastata tosiasioita. Syyttäjä ei toisin sanoen voi muotoilla syytettä tunnustuksen perusteella siten, että se ei olisi oikeellinen ja tosiasioita vastaava. Syyttäjä ja epäilty eivät voi sopia syytteen koskevan sellaista tekoa, johon epäilty ei tosiasiaissa ole syyllistynyt. Syytteen aineellista faktapohjaa voidaan tunnustuksen perusteella toisin sanoen rajata, muttei käsiteltävin osin ”väärentää”. Se, mistä syytetään, on totta – vaikkakin vain osa totuudesta. Nykymallin mukaisen tunnustuksen merkitystä rajoittaakin olennaisissa määrin aineellisen totuuden kunnioittamisen vaatimus. Syyttäjän harkintavalta ei ulotu tunnustuksen manipuloimiseen eikä epäiltyä tällöin voida

Fredman 2018, s. 412, 421; HE 58/2013 vp, s. 22, Linna 2010, s. 202; Tapani – Tolvanen 2015, s. 231, 234; Tolvanen 2003b, s. 1024.

52. Tunnustusperusteen soveltamisen kannalta on erityisen huomionarvoista, että niin esitutkinnan rajoittamispäätöksissä kuin syyttämättä jättämispäätöksissä päätöksentekijänä on syyttäjä (ETL 3 luvun 10 a §, ROL 1 luvun 8 §). Esitutkinnan rajoittamisesta syyttäjä voi määrätä ainoastaan tutkinnanjohtajan esityksestä, mutta muutoin syyttäjän rooli on tunnustamismenettelyissä (ja tämän myötä myös esitutkinnassa) varsin korostunut. Tämä on selkeää jatku-moa kehitykselle, jonka mukaan syyttäjän tehtävät ja toimivalta ovat kasvaneet niin suhteessa poliisiin kuin tuomariin. Roolierot niin syyttäjän ja poliisin kuin syyttäjän ja tuomarin välillä ovat toisin sanoen hämärtyneet. Ks. syyttäjän roolin kehityksestä Oikarainen 2017, s. 16–19; Raimo Lahti, Syyttäjä kriminaalipoliittisena ja eettisenä toimijana, s. 108–119 teoksessa Jussi Ohisalo – Matti Tolvanen (toim.), *Consilio manaque*. Yhtenäinen syyttäjälaitos 10 vuotta. Joensuun yliopisto 2008, s. 109–114; Jääskeläinen 1997, s. 6–12; Jaakko Jonkka, Syyttäjänrooli ja syytekynnys. *Defensor Legis* 6/2003 s. 976–992, 976–977; Nissinen 2007, s. 61–64.
53. Sahavirta 2016, s. 387–392, 397; Matti Tolvanen, *Ätalsuppgörelse – Effektivitet på bekostnad av rättsskyddet?* JFT 2–4/2017, s. 581–592, 581; Saranpää 2017, s. 315; Linna 2010, s. 211, 233; Linna 2019, s. 284–286; OML 47/2010, s. 13–15, 19, 55–56, 59; Tapani – Tolvanen 2015, s. 233–234; Tolvanen 2012, s. 1071; Valtakunnansyyttäjänviraston työryhmän mietintö 2001:1, s. 31; Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö 2003:3, s. 298.
54. Luopumissäännösten tarjoamaa harkintavaltaa on yleiselläkin tasolla vastustettu siksi, että sen on pelätty johtavan harkintavallan sijaan ennakoimattomaan mielivaltaan. Taustalla on kuvitelma siitä, että luovuttaessa tiukasta syytepakkoperiaatteesta (ja virallisperiaatteesta) käytössä ei enää olisi oikeudellisia keinoja syyttäjien harkintavallan kontrolloimiseksi. Lappi-Seppälä 1991a, s. 909–910. Ks. myös Tolvanen 2003b, s. 1024; Tapani – Tolvanen 2015, s. 234; Linna 2019, s. 285.

tuomita pelkän tunnustuksen perusteella ilman, että sen voidaan osoittaa olevan sopusoinnussa aineellisen totuuden kanssa. Toisin sanoen kyse ei ole rajoittamattomasta määräämisperiaatteesta prosessin kohteen suhteen.⁵⁵

Koska kyse on kuitenkin toimenpiteistä *luopumisesta*, aineellista totuutta ja sen mukaista rikosvastuuta ei toteuteta täysissä määrin. Edellä mainitsemani mukaisesti syytteesen ”valikoidaan” vain osa totuudesta. Aineellisen totuuden rajaaminen itsessään ei kuitenkaan ole uusi asia. Tämä on toimenpiteistöluopumisjärjestelmän ja rikosprosessin yleinen toimintalogiikka ja piirre. Tunnustusperusteen suhteen ”uudeksi” problematiikaksi on nähty ensi sijassa sen sijaan se, että kyseinen totuuden valikoiminen tapahtuu määräämisperiaatteen mukaisin aineksien syyttäjän ja epäillyn yhteistyön ja sopimisen avulla. Rajoittamisesta sopimiseen on suhtauduttu muita perusteita skeptisemmin ”noudatettavan totuuden valikoimisen” *toteuttamistapana*.⁵⁶

Nähdäkseni tunnustusperuste ei kuitenkaan edusta *käytännön* tasolla yhtä suurta muutosta, kuin mitä on maalailtu. Määräämiselementti on nimittäin sisällynyt muihin toimenpiteistä luopumisperusteisiin jo ennen tunnustusperusteen lain tasoisia säännöksiä. Esitutkintaa on muutoinkin kohdennettu ja rajattu tavoilla, jotka muistuttavat sopimus pohjaista rajaamisen menettelyä. Esimerkiksi kohtuusperusteen mukaisesti syyttäjä on voinut jättää syytteen nostamatta *epäillyn teon jälkeisten toimien* perusteella. Syyttäjä on jopa voinut *kehottaa* epäiltyä ryhtymään mainittuihin toimiin *lupaamalla*, että tämä jättää syytteen tällöin nostamatta. Syyttäjä on tämän ohella voinut myös neuvotella epäillyn kanssa siitä, missä laajuudessa asiaa selvitetään ja mitä seikkoja epäilty kiistää tai myöntää (esim. ROL 1 luvun 8 a §). Ajoittain on tosiasiallisesti neuvoteltu jopa syytteen suoranaista sisällöstä. Tämänkaltaiset neuvottelut ja määräämistoimet ovat tosiasiaa voineet johtaa tutkinnan ja syytteen rajaamiseen sekä kohdentamiseen syyteneuvottelua muistuttavalla tavalla, vaikka säännösten suoranaista tarkoituksena ei ole ollutkaan mahdollistaa syyttäjän ja epäillyn välistä kaupan käyntiä syytteen sisällöstä.⁵⁷

55. Syyteneuvottelussa tuomioistuimen on lisäksi kontrolloitava menettelyn oikeellisuutta ja faktojen paikkansapitävyyttä. Ts. tuomioistuin ei ole sidottu tunnustukseen tai tuomioesitykseen. Fredman 2018, s. 412, 421; Tapani – Tolvanen 2015, s. 239; HE 58/2013 vp, s. 22; Sahavirta 2016, s. Sahavirta 2016, s. 387–388, 395–398; Linna 2010, s. 207–208.

56. Toimenpiteistä luopumisessa katsotaan *järkeväksi* luopua vastuun täysimittaisesta toteuttamisesta ja aineellisen totuuden selvittämisestä. Sama ajatus löytyy yleisemmälläkin tasolla rikosprosessin toimintalogiikasta: aineellista totuutta ei ole ainakaan kaikissa tapauksissa mahdollista selvittää eikä siihen ole mielekäästä pyrkiäkään hinnalla millä hyvänsä, minkä vuoksi rikosprosessissa tyydytään ja on *ainoastaan mahdollista* päätyä prosessuaaliseen totuuteen. Ks. Lappi-Seppälä 1991a, s. 911; Tolvanen 2003b, s. 1016; Sahavirta 2016, s. 398; OMMML 47/2010, s. 13–15.

57. Jälleen on syytä kuitenkin huomioida, että tämäntyyppiset neuvottelut eivät olleet kovin yleisiä. Ks. Tolvanen 2013, s. 331; Saranpää 2017, s. 314–315; Koponen 2012, s. 76, 80; Tolvanen 2003b,

Merkittävää tiettyjen käytäntöjen suhteen on ollut se, että toimintaa ei ole kaikilta osin tehty nimenomaisen päätöksen muodossa eikä sille ole ollut osoittaa lain nimenomaista tukea. Erityisesti laajoissa rikoskokonaisuuksissa vähäisempiä tekoja on tosiasiaassa rajattu aktiivitutinnan ulkopuolelle kohdentamalla esitutkintaa toisaalle *varsinaisia rajoittamisratkaisuja tekemättä*. Toisin sanoen asian tutkinnassa päätettiin kohdentaa tutkintatoimet tiettyihin tapahtumiin, jolloin tapahtumakokonaisuuden muut osat jätettiin tietoisesti tutkimatta. *Nissisen* sanoin jokaista kiveä ei haluttukaan kääntää, vaan juttu otettiin siitä, mistä se helpoimmin lähti. Tuolloin voimassa ollut oikeus ei tunnistanut kyseistä menettelyä, vaan kyseessä oli toimintakulttuurin varassa ollut epävirallinen toimintatapa. Ongelmana tässä oli se, että toimintatapa oli lain tavoittamattomissa ja jäi dokumentoimatta ja valvomatta. Päätöksiä ei kirjattu edes poliisin omiin tietojärjestelmiin, minkä vuoksi ratkaisut ja niiden perustelut eivät olleet näkyviä ja ulkopuolelta valvottavissa.⁵⁸

Kun nykyistä tunnustusperustetta verrataan edellä sanottuun, sen periaatteellinen uutuusarvoisuus ja riski kontrolloimattomuudesta ei vaikuta yhtä isolta. Nähdäkseni tunnustusperuste on ennen kaikkea tuonut edellä kuvaillut menettelytavat lain tasolle ja näin vallannut alaa aikaisemmilta epävirallisilta neuvottelija kohdentamisen menettelyiltä. Käytäntöjen laintasoistumisen myötä niitä voidaan kontrolloida ja ne voidaan perustaa yhdenmukaisiin soveltamiskriteereihin.⁵⁹ Syyttäjä ja epäilty eivät voi kyseisten kriteerien myötä sopia minkä tahansa teon rajaamisesta.⁶⁰ Lain tasoisena luopumisperusteena niiden soveltamisesta tulee edellä mainitusta poiketen tehdä lain edellytyksien mukaisesti *perusteltu päätös*. Luopumisperusteiden oikeaa soveltamista on tällöin myös mahdollista valvoa ja kontrolloida, minkä ohella yhdenmukaiset kriteerit ja niiden avulla kontrolloitu menettely vähentävät epäilyksiä siitä, että ratkaisujen taustalla olisi ennakoimattomia, epäyhdenvertaisia ja epäasiallisia vaikuttimia.⁶¹

s. 1022–1025; Jokela 2018, s. 278–279; Nissinen 2007, s. 62–63; Heiskanen – Ohisalo 2005, s. 254–255; OMMML 47/2010, s. 40, 45, 73–74.

58. Nissinen 2007, s. 58–59, 63; Heiskanen – Ohisalo 2005, s. 254–255; Sisäasiainministeriön julkaisusarja 37/2004: Talousrikostutkinnan tila, Työryhmän loppuraportti, s. 14.

59. Epävirallisten syyteneuvottelumenettelyiden tosiasiallinen käyttö ja niistä seuranneet – tässä kuvaillut – ongelmat johtivat syyteneuvottelujärjestelmän laintasoistumiseen lopulta myös esim. Saksassa. Ks. Regina E. Rauxloh, Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle? *Fordham International Law Journal* 34(2) 2011, s. 296–331, 296–300, 320–321; Kuusisto Mäkelä 2021a, s. 120–121.

60. Vaikka tunnustusperusteiden soveltamiskriteerit antavatkin niiden yleisen muotoilun myötä viranomaisille laajan harkintavallan, perusteiden soveltaminen on nyt perusteltava avoimesti mm. yleisen ja yksityisen edun vaatimukset täyttävästi. Ks. Jokela 2018, s. 274; Linna 2019, s. 285.

61. Päätöksen *perusteluvelvollisuutta* on korostettu useissa yhteyksissä. Sitova velvollisuus perustella syyttämättä jättämispäätös on kirjattu myös mm. ROL 1 luvun 6 a §:ään. Säännöksen mukaan perusteluista on ilmentävä ne seikat ja todisteet sekä näytön arviointi ja oikeudellinen päättely, joihin päätös perustuu. Syyttämättä jättämis- ja esitutkinnan rajoittamispäätökset ovat myös

Vaikka esitutkinta- ja syyttäjäviranomaisten (kriminaalipoliittinen) harkintavalta on eittämättä kasvanut ja sitä voidaan kuvailla neuvotteluvallaksi, tunnustussääntelyn laintasoistumista itseään ei nähdäkseni voi katsoa pahaksi siltä kannalta, että se on tuonut viranomaisen toimivallan lain määritelmien alaiseksi. Samalla se ilmentää toki kiistatta kustannustietoisuuden ja määräämisvallan kasvua sekä syyttäjän perinteisen roolin ja tehtävien laajentumista, mitkä puolestaan merkitsevät jännitteitä syyttäjän erityyppisten tehtävien hoidon kesken. Nämä jännitteet tulisi kyetä ratkaisemaan syyttäjän toiminnassa rikosoikeudellisen järjestelmän legitimiisyyksivaatimuksia sekä perus- ja ihmisoikeuksia kunnioittavalla tavalla, mitä kuitenkin edesauttaa tarkasti laissa säännelty (ja valvottu) tunnustamismenettely. Laintasoistuminen mahdollistaa syyttäjän toiminnan legitimiisyyden valvomisen asettamalla tunnustamismenettelylle laissa säännelty – ja tätä kautta valvottavissa olevat – perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien (sekä muiden legitimiisyyksivaatimusten) kannalta punnitut kriteerit. Hyvin rajattuna ja säänneltyä tunnustusperuste sen määräämisaineiksineen ei nähdäkseni olekaan perustelemattomissa, *mikäli* sääntelyllä kyetään turvaamaan oikeusturva- ja legitimiisyyksivaatimusten asema syyttäjän toiminnan kiintopisteenä sekä tehokkuusnäkökohtien vastapainona.⁶²

3.3 Perus- ja ihmisoikeuksiin sekä rikosoikeusjärjestelmän legitimiisyyteen liittyvät tavoitteet

Syyttäjän vallan kasvaminen ja kriminaalipoliittisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien korostuminen rikosprosessissa edellyttävätkin vastapainokseen myös niitä rajoittavia oikeusturvatakeita. Mitä enemmän jollekin viranomaiselle annetaan valtaa, ja mitä enemmän rikosprosessissa korostuvat rikosoikeudellisen järjestelmän (kustannus)tehokkuutta painottavat argumentit, sitä tärkeämpää on huolehtia vallankäytön legitimiisyydestä ja kontrolloitavuudesta sekä asianmukaisen vastuu-, ohjaus- ja valvontajärjestelmän toimivuudesta. Sanalla sanoen kriminaalipoliittisten ratkaisuperusteiden (ja vallan) merkityksen kasvaessa niiden käyttöä on syytä kyetä rajoittamaan tukeutumalla oikeusvaltiollisiin oikeudenmukaisuusargumentteihin, oikeusturvavaatimuksiin ja perusoikeusnäkökohtiin – sekä näin ollen korostaa viimeksi mainittujen itsenäistä merkitystä tehokkuusnäkökohtia rajoittavina ja niistä irrallisina kriminaalipoliittisina tavoitteina sekä argumentteina. Rikosoikeusjärjestelmän tehokkuuteen ei toisin

lähtökohtaisesti julkisia. Huoli harkintavallan käytön läpinäkyvyydestä on samalla kuitenkin erityisen mielenkiintoinen sen vuoksi, että rajoittamispäätösten perusteluvollisuutta on ajoittain ehdotettu kevennettäväksi. Ks. OMSO 2020:6, s. 38; VKS: 2015:6, s. 4; VKS:2007:2, s. 13; OMML 47/2010, s. 47–48, 55–56; Tapani – Tolvanen 2015, s. 239; Nissinen 2007, s. 69; Heiskanen – Ohisalo 2005, s. 254–255.

62. Ks. myös Tolvanen 2013, s. 342; Sahavirta 2016, s. 387–388, 395–398; Lahti 2008, s. 116–118;

sanoen tulisi pyrkiä oikeusturvan kustannuksella.⁶³ Esitutkinta- ja syyttäjäviranomaisiin kohdistuvan ohjaus- ja valvontajärjestelmän toimivuuden ohella on tällöin syytä korostaa perus- ja ihmisoikeuksiin palautuvien oikeusturvatakeiden asemaa rikosprosessia ja rikosprosessuaalisia toimijoita ohjaavina kiintopisteinä – sekä perusoikeuksien suojaamista itsenäisenä kriminaalipoliittisena tavoitteena.⁶⁴

Mahdollisuuteni paneutua tarkemmin kyseiseen problematiikkaan ovat tässä artikkelissa rajalliset, mutta ehdottomana lähtökohtana perus- ja ihmisoikeussäännöksiä edellyttämän suojan kannalta voidaan pitää sitä, että tunnustussään-

63. Oikeusturvaan ja menettelyn oikeudenmukaisuuteen liittyvät tekijät vaikuttavat myös merkittävästi rikosoikeudellisen järjestelmän legitimiisyyteen, minkä vuoksi ne ovat keskeisessä asemassa välillisen yleispreventiomekanismin kannalta. Välineellisen merkityksen lisäksi niillä on myös luonnollisesti itseisarvoista, sellaisenaan velvoittavaa, merkitystä. Yksilön oikeusturvan perimmäisenä taustana on nimittäin ihmisarvon ja yksilöautonomian kunnioittaminen, joka on yksi keskeisimmistä lähtökohdista länsimaisessa oikeusideologiassa. Edellä toteamaani tapaan perus- ja ihmisoikeuksien maksimaalinen takaaminen onkin nykyään keskeinen osa kriminaalipoliittikan ja rikosoikeuden tavoittemäärittelyä, jolloin rikosoikeuden käyttö tulee ankkuroida perusoikeuksien suojaamiseen. Ks. tarkemmin Lahti 2008, s. 110–113, 116–118; Lahti 2013, s. 11–16, 19–24; Tolvanen 1999, s. 179–183, 192–205; Jääskeläinen 1997, s. 81–86, 108–122, 144–153; Vuorenperä 2007, s. 9–16, 26, 73–95; Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law*. Princeton University Press 2006, s. 5, 65–66, 102–108; Sakari Melander, *Kriminalisointiteoria*. Rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. 51–55, 94–97, 261–264; Lappi-Seppälä 1987, s. 131–132, 139–143.

64. Valtion rankaisuvallan ja rikosprosessin rajoitusten sitominen nimenomaan perus- ja ihmisoikeuksiin on olennaista mm. sen vuoksi, että nykyaikaisen kriminaalipoliittisesti ja teologisesti orientoituneen rikosoikeuden vaaranpaikkana on utilitaristisen tavoiterationaalisuuden liiallinen korostaminen. Tämä näkyy osaltaan juuri esim. syyteneuvottelun kaltaisten menettelytapojen ja järjestelmien nousussa. Rajoittamattoman instrumentalistisen rikosoikeuden ja ”offensiivisen teleologian” rajoittamiseksi rikosoikeuden käytön rajoitukset on näin ollen syytä sitoa sen ulkopuoliseen mittapuuhun. *Oikeudellisen sitovuuden* varmistamiseksi kyseisten rajoitusten on katsottu edellyttävän niiden sitomista perus- ja ihmisoikeusjärjestelmään, jolloin rajoitusperusteiden muodollinen asema ja merkitys eivät jää kriminaalipoliittisten arvopäämäärä- ja tarkoituksenmukaisuuspohdintojen tai vaikkapa moraalifilosofisten näkemyksien varaan. Kyse on eräällä tapaa rangaistuksen käyttöä ohjaavien teoreettisten periaatteiden vahventamista perusoikeuskytkennällä nimenomaisesti *yksilöiden ihmisarvoa, autonomiaa ja oikeusturvaa* silmällä pitäen. Kun valtion rankaisuvallan rajoitukset sidotaan perus- ja ihmisoikeuksiin, yksilön ihmisarvoa (ja tätä turvaavia oikeusturvatakeita) suojataan rikosoikeusjärjestelmän tehokkuuteen tähtäävien menettelytapojen (kuten syyteneuvottelun) aiheuttamilta loukkauksilta. Ks. Juhon Rankinen, *Rikosoikeudellisesta huolimattomuudesta ja huolesta rikosoikeuteen*. Helsingin yliopisto 2020, s. 139–143, 201–205; Melander 2008, s. 94–97, 170–175, 263–264, 342–343; Kimmo Nuotio, *Teko, vaara, seuraus*. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998, s. 53–55, 60–70, 83–87; Raimo Lahti, *Vastaväittäjän lausunto teoksesta Jussi Tapani, Petos liikesuhteessa*. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisu A-sarja N:o 250. Helsinki 2004. XXXVI + 240 sivua. Lakimies 5/2004, s. 929–938, 934–935; Nuutila 1996, s. 24–25, 83–90; Tolvanen 1999, s. 179–183, 192–205; Märten Knuts, *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010, s. 69–70, 77–87.

telyn ei tulisi lisätä riskiä paikkansapitämättömistä tunnustuksista ja syyttömien tuomitsemisesta – tai ylipäättänsä mahdollistaa näitä. Tämän estämiseen liittyvät keinot kytkeytyvät läheisesti jo käsiteltyihin toimenpiteistöluopumispäätösten läpinäkyvyyteen ja kontrolloimiseen sekä siihen, että myös syyteneuvottelun tulee perustua mahdollisimman pitkälti aineellisen totuuden tavoitteeseen. Mikäli viranomaisten tavoitteena (tai velvollisuutena) ei ole niinkään pyrkiä aineellisen totuuden mukaiseen ratkaisuun, vaan neuvoteltuun ja yksittäisessä tapauksessa ”tarkoituksenmukaiseen” lopputulokseen, riskit paikkansapitämättömistä tunnustuksista ja syyttömien ihmisten tuomitsemisesta kasvavat.⁶⁵ Syyttäjällä tulee toisin sanoen olla velvollisuus varmistua tunnustuksen paikkansapitävyydestä sekä pyrkiä aineellista totuutta kunnioittavaan ratkaisuun, minkä toteutumisen tulisi olla ulkopuolisten tahojen valvottavissa ja kontrolloitavissa.

Edellä toteamaani tapaan kyseiset näkökohdat toteutuvat nähdäkseni melko hyvin nykyisessä tunnustussääntelyssä. Objektiiivisuusperiaate vaikuttaa nimitäin myös syyteneuvottelun taustalla ainakin siinä mielessä, että menettelyä ja tutkintaa ohjataan aineellisen totuuden selvittämistavoitteesta käsin tunnustettavien ja syyksi luettavien tekojen osalta. Syyttäjä ei voi pyrkiä minkälaiseen tunnustukseen tahansa (ja millä hinnalla tahansa), vaan tämän velvollisuutena on pyrkiä selvittämään myös vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen mahdollisuutta aineellisen totuuden selvittämistä kiinnostavien ja objektiiivisuusperiaatteen mukaisesti. Suomalaisessa syyteneuvottelujärjestelmässä tuomitseminen (tai edes syyttäminen) ei myöskään lähtökohtaisesti voi perustua *pelkkään* tunnustukseen ainakaan vähäistä vakavammassa rikosjutuissa, minkä lisäksi tunnustuksen erheellisyyden käydessä ilmi se ei kumoa syyttömyysolettamaa. Nähdäkseni suomalainen syyteneuvottelujärjestelmä ja sen mukainen tunnustus (sekä sen huomiointitapa) eivät näin ollen merkitse (tai edes mahdollista) täydellistä luopumista syyttömyysolettamasta ja tähän läheisesti liittyvistä syyttäjän näyttötaakasta, objektiiivisuusperiaatteesta tai syyte- ja tuomitsemiskynnyksistä.⁶⁶

65. Ks. Rebecca Helm, *Constrained Waiver of Trial Rights? Incentives to Plead Guilty and the Right to a Fair Trial*. *Journal of Law and Society* 46(3) 2019, s. 423–447, 424–433; Linna 2010, s. 207–208, 228–236, 242–247; Lorena Bachmaier, *The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion*. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 26 2018, s. 236–259, 251–254; Oikarainen 2017, s. 50, 56–59; Jenni Korvenmaa, *Itsekriminointisuoja korkeimman oikeuden viimeaikaisessa oikeuskäytännössä – tarkastelun kohteena erityisesti ratkaisut KKO 2009:80 ja KKO 2010:41*, s. 239–264 teoksessa Laura Ervo – Raimo Lahti – Jukka Siro (toim.), *Perus- ja ihmisoikeudet rikosprosessissa*. Helsingin hovioikeus 2012, s. 239–243; Jonkka 1992, s. 45–48; Kuusisto Mäkelä 2021a, s. 12.

66. Aikaisemmin toteamaani tapaan syyttäjän ohella myös tuomioistuimen on varmistuttava tunnustuksen vapaaehtoisuudesta, menettelyn oikeellisuudesta ja faktojen paikkansapitävyydestä. Tuomioesitykset eivät näin ollen sido tuomioistuinta, minkä myötä tuomioesityksiä on myös hylätty tuomioistuimissa. Ks. Oikarainen 2017, s. 6–7, 23–24, 37, 103–112, 162–164; Linna 2015, s. 432; Sahavirta 2016, s. 387–388, 395–398; Tapani – Tolvanen 2015, s. 235, 239; Kuusisto Mäkelä 2021a, s. 1–2, 18–19, 26–27, 63–66; Mäkelä – Niemi 2017, s. 17–18, 22–27; Fredman

Toisena keskeisenä seikkana perus- ja ihmisoikeussuojan kannalta voidaan nostaa esille se, että rikoksen tunnustaminen merkitsee jo lähtökohdiltaan *epäillyn luopumista tietyistä rikosprosessuaalisista oikeuksistaan*. Syyteneuvottelu merkitsee luopumista muun ohella itsekriminointisuojusta, minkä lisäksi oman syyllisyytensä selvittämisen edistäminen merkitsee syyttömysolettamaa vastaan puhuvien – ja lähtökohtaisesti syyttäjän näyttötaakan alaisuuteen – kuuluvien seikkojen esiintuomista. Myötävaikuttamattomuusperiaatteesta luopuminen on syyttömysolettamasta poiketen kuitenkin katsottu mahdolliseksi, kunhan luopumisen voidaan katsoa olevan *vapaaehtoista*. Itsekriminointisuojan ydinsisältönä on näin ollen se, että epäiltyä ei voida painostaa myötävaikuttamaan syyllisyytensä selvittämiseen *vastoin hänen tahtoaan* – kyseistä tahdonvapautta suojataan epäasialliselta painostamiselta.⁶⁷ Suomalaisen syyteneuvottelusääntönsä on lähtökohtaisesti katsottu täyttävän itsekriminointisuojan ja siihen yhdistettyjen oikeusturvatakeiden vaatimukset. Tunnustamismenettelyn ei toisin sanoen katsota asiattomasti painostavan epäiltyä tunnustamaan eikä sitä täten ole pidetty ainakaan erityisen ongelmallisena itsekriminointisuojan tai muidenkaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan ja Suomen perustuslain (731/1999) 21 §:n edellyttämien oikeusturvatakeiden valossa.⁶⁸

2018, s. 412, 421; Jääskeläinen 1997, s. 152–161, 200–217; HE 58/2013 vp, s. 22; PeVL 7/2014 vp, s. 5.

67. Ks. itsekriminointisuojan sisällöstä ja sen yhteydestä rikosprosessioikeuden perusteisiin sekä muihin oikeusturvatakeisiin Antti Tapanila, Itsekriminointisuoja. Tietosanoma 2019, s. 15–19, 29–31, 34–49, 149, 299; Oikarainen 2017, s. 50–56, 72–74; Korvenmaa 2012, s. 239–243; Jonkka 1992, s. 19–26, 45–48, 65–69; Jääskeläinen 1997, s. 152–161, 210–211; Vuorenperä 2007, s. 180–183, 212–213; Linna 2010, s. 196, 209, 236.
68. Syyteneuvottelujärjestelmiltä on EIT:n ratkaisukäytännössä edellytetty mm. seuraavankaltaisten itsekriminointisuojan ja oikeusturvan elementtien täyttymistä: 1) päätösvalta syyteneuvottelusopimuksen hyväksymisestä tulee kuulua puolueettomalle tuomioistuimelle, 2) puolueettoman tuomioistuimen tulee arvioida ja kontrolloida menettelyn asianmukaisuutta sekä tunnustuksen vapaaehtoisuutta, 3) itsekriminointisuojusta luopuminen tulee tapahtua yksiselitteisesti (sekä luonnollisesti vapaaehtoisesti) ja epäillyn tulee olla tietoinen sopimuksen sisällöstä sekä tunnustamisen vaikutuksista, 4) epäillyn tulee voida peruuttaa tunnustuksensa ja 5) epäillyllä tulee olla oikeus avustajaan menettelyn kaikissa vaiheissa. Suomalainen syyteneuvottelujärjestelmä ei merkitsekään luopumista rikosprosessuaalista oikeusturvatakeista kaikilta osin. Edellä käsiteltyjen oikeusturvatakeiden ohella suomalaisessa syyteneuvottelussa ei esim. ole rajoitettu oikeutta muutoksenhakuun tai avustajan käyttöön normaaliprosessiin verrattuna. Kyseisten oikeusturvavaatimusten tarkempi käsittely suomalaisen syyteneuvottelujärjestelmän kannalta jää kuitenkin jatkotutkimukseni piiriin. Ks. myös Oikarainen 2017, s. 49–59; Tapani – Tolvanen 2015, s. 231–233, 236–243, 253–255; Linna 2010, s. 227–232, 253–255; Kuusisto Mäkelä 2021a, s. 1–2, 10–14, 18–20, 26–35, 63–66; Mäkelä – Niemi 2017, s. 17–18, 22–27, 29–33, 36–39; Linna 2019, s. 293; Elisa Savolainen, Tekijän pyrkimys estää tai poistaa rikoksensa vaikutuksia tai edistää rikoksensa selvittämistä huumausainerikoksesta tuomittavan rangaistuksen lieventämisperusteena, s. 375–418 teoksessa Pekka Koponen – Raimo Lahti – Laura Kallioinen (toim.), Valittuja kysymyksiä rikos-, prosessi- ja vahingonkorvausoikeudesta I. Helsingin hovioikeus 2021, s. 410–415; PeVL 7/2014 vp, s. 3–7; HE 58/2013 vp, s. 14–17, 26–27, 34–37.

Tilanne muodostuu kuitenkin ongelmalliseksi, mikäli tunnustamismenettelyä pyritään aikaistamaan edellä luvussa 3.1 käsitellyn mukaisesti esitutkinnan varhaisempaan vaiheeseen. Korostettaessa tehokkuusnäkökohtia jouduttaneen nimittäin jokseenkin väistämättömästi tinkimään oikeusturva- ja legitimiisyysvaatimuksien asettamista edellytyksistä. Mikäli varhaisen tunnustuksen merkitystä korostetaan esimerkiksi hyväksymällä sen riittävyys ”lähes ainoana ratkaisevana” näyttönä, aineellisen totuuden tavoitteen ja objektiivisuusperiaatteen – sekä näiden myötä syyttömyysolettaman – suojaamat arvot heikkenevät. Toisin sanoen kyse on kiteytetystä siitä, missä määrin voidaan tukeutua ja luottaa neuvoteltuun (tunnustuksen mukaiseen) lopputulokseen aineellisen totuuden selvittämisen kustannuksella. Keskustelun kohteena on ollut myös esimerkiksi rajoittamattoman tunnustuksen peruuttamismahdollisuuden poistaminen, minkä on yhtä lailla katsottu olevan ongelmallista perus- ja ihmisoikeusvaatimuksien (kuten itsekriminointisuojaan) kannalta.⁶⁹

Perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien ja syyteneuvottelun välisen suhteen kannalta on kuitenkin myös huomioitava, että syyteneuvottelujärjestelmällä voi olla myös positiivinen vaikutus ensiksi mainittujen toteutumiseen. Syyteneuvottelulla voidaan nimittäin (välillisemmässä mielessä) turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista pitämällä yllä rikosoikeusjärjestelmän tehokkuutta. Mikäli rikosoikeusjärjestelmän mahdollisuudet edistää tiettyjen rikostyyppien suojaamien perusoikeuksien toteutumista ovat edellä mainittuun tapaan heikentyneet liiallisesti laajentuneen luopumiskäytännön vuoksi, syyteneuvottelu voi edistää kyseisten perusoikeuksien suojaamista ylläpitämällä ja tehostamalla järjestelmän toimintaa. Rikosoikeusjärjestelmä ei voi edistää perusoikeuksien suojaamista tehokkaasti, mikäli se ei kykene ylläpitämään käyttäytymisnormien uskottavuutta ja vaikuttavuutta tehokkaan seuraamusjärjestelmän kautta. Legitiimi, kontrolloitu ja oikeusturvavaatimukset täyttävä syyteneuvottelujärjestelmä voineekin edistää perus- ja ihmisoikeuksien suojaamista tehostamalla seuraamusjärjestelmän toimintaa siellä missä kyseinen tehostaminen on mahdollista. Syyteneuvottelulla voi näin ollen olla perusteltu roolinsa myös perus- ja ihmisoikeuksia korostavassa rikosoikeusjärjestelmässä.⁷⁰

69. Ks. tunnustamismenettelyn aikaistamiseen liittyvistä oikeusturvaongelmista ja vaatimuksista Oikarainen 2017, s. 49–59, 103, 111–112, 167–169, 194–197; Linna 2010, s. 229–232, 253–256; Linna 2015, s. 426–433; Harakka 2016, s. 34–39; Sahavirta 2016, s. 395–398; HE 58/2013 vp, s. 16, 22, 28, 34; PeVL 7/2014 vp, s. 3–7.

70. Jos rikosoikeusjärjestelmän justifikaatio, tavoitteet ja ehdot ovat sidoksissa perusoikeuksien suojaamiseen, sen oikeutetun (ja siltä edellytetyn) toiminnan ehtona on vastaavasti tehokkuus kyseisessä suojaamistehtävässä – jota syyteneuvottelu voi osaltaan edistää. Systeemitason ohella syyteneuvottelu voi edistää asianomistajan oikeuksien toteutumista myös yksittäisissä tapauksissa tehostamalla esim. rikosvastuun toteutumista, vahinkojen hyvittämistä ja sovittelua. Tunnustusperustetta voidaan näin puoltaa useisiin muihin perusteisiin verrattuna paremmin myös aineelliseen oikeudenmukaisuuteen liittyvin syin. Ks. rikosoikeusjärjestelmän roolista perus- ja ihmisoikeuksien toteuttajana Lappi-Seppälä 1987, s. 128–131, 136–138; Melander

Pohjimmiltaan punninnassa on tosin aina viime kädessä kyse kriminaalipoliitiikan ja rangaistuksen käytön yleisempien taustatavoitteiden välisestä arvottamisesta – missä suhteessa voimavaroja halutaan suunnata kuhunkin rikostyyppiin sekä kuinka tehokkuus- ja oikeusturvanäkökohtien välillä tulisi tasapainoilla.

4. Lopuksi

Kustannustietoinen ajattelu on alati vahvistunut rikosoikeusjärjestelmässä. Toimenpiteistä luopuminen ei merkitse tähän poikkeusta. Luopumisen taustalla oleva prosessitaloudellinen ajattelu on tullut yhä selkeämmin osaksi soveltamiskriteeristöjä ja päätöksentekoa ohjaavaksi elementiksi. Merkillepantavaa viimeisimmässä uudistuksessa on sanotun kannalta se, että kustannustietoisuus on muuttunut entistä enemmän yksittäisen luovuttavan teon tarkastelusta kattamaan *koko rikoskokonaisuuden*. Tämä on ainakin osittain seurausta niin sanottujen mammuttijuuttujen lisääntymisestä sekä vaikeiden ja laajojen juttujen resurssihamstrauksesta. Luopumisjärjestelmää on näiden tutkinnan tehostamiseksi muutettu siten, että osasta teoista voidaan luopua, mikäli *pääteon tutkintaa saadaan tunnustuksen myötä helpotettua*. Luopuminen on siis aikaisemmista perusteista poiketen sidottu pääteon käsittelyn nopeutumiseen, jolloin syy luopumiselle ei liity yhtä selkeästi luovuttavan teon merkitykseen niin rangaistusarvon kuin sen tutkinnan edellyttämien kustannuksienkaan kannalta. Samalla peruste on entistä vahvemmin sidottu viranomaisen ja asianosaisten yhteisymmärrykseen ja tähän tähtäävään neuvotteluun – eli määräämisvallan käyttöön.

Kuitenkaan sen paremmin määräämiselementit kuin rikoskokonaisuuksien tutkinnan tehostaminen tavoite eivät ole täysin uusia luopumisjärjestelmälle. Edellä esittämäni mukaisesti kyseiset piirteet ovat löydettävissä myös aikaisemmista luopumisperusteista ja tutkintakäytännöistä. Voidaan sanoa, että ennen kaikkea tunnustusperuste on tuonut kyseiset piirteet vahvemmin lain tasolle ja antanut uudelle kustannusajattelulle – sekä siihen tähtääville menettelytavoille – lain institutionaalisen tuen taakse. Kyseisen ajattelun toteuttaminen on täten avoimesti mahdollista ja soveltamiskriteerien täytyessä jopa toivottavaa.⁷¹

2008, s. 90–93; Jääskeläinen 1997, s. 144–145; Vuorenpää 2007, s. 15–18; Lappi-Seppälä 2000, s. 36–43; Tolvanen 2013, s. 338; Lahti 2013, s. 11–16, 19–24; Tolvanen 1999, s. 179–182; Nuutila 1996 s. 24–25, 79–90; Tolvanen 2005, s. 142–149, 173, 191.

71. Keskustelevampaan ja määräämisperiaatetta muistuttavaan suutaan siirtyminen on rikosprosessin muiltakin osin vaikuttanut olevan viime aikojen trendinä. Tolvanen 2012, s. 1070; Laura Ervo, Tie totuuteen, s. 1–16 teoksessa Tatu Hyttinen (toim.), Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1951 – 26/8 – 2012. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2012, s. 15–16; Jokela 2018, s. 278–279; Jääskeläinen 1997, s. 631.

Puhtaasti resurssisyyihin perustuvaa toimenpiteistä luopumista ei sanotusta huolimatta tulisi laajentaa ja käyttää hallitsemattomasti. *Mikäli* voimavarojen kohdistamisen painotuksia joudutaan myös luopumisjärjestelmän osalta kuitenkin arvioimaan uudelleen, tunnustusperusteen edustama suuntaus on nähdäkseni lähtökohtaisesti puollettavissa. Jos lukumäärällisesti vähäiset mutta vaikeimmin tutkittavat tekokokonaisuudet sitovat tutkintaresursseja niin paljon, että ”tavallisiin ihmisiin kohdistuvat vähäisemmät rikokset” jätetään yhä useammin tutkimatta kokonaan, on nähdäkseni perusteltua ulottaa tunnustusperusteen mukainen kevennysmahdollisuus myös ensiksi mainittuihin rikosasioihin ja tällä tavoin ”jyvittää voimavarojen jakautumista tasaisemmin”.⁷² Tunnustusperusteen mukaisessa menettelyssä rikosvastuun toteutuminen tulee nimittäin muista perusteista poiketen ainakin jossain muodossa *varmistettua*,⁷³ minkä ohella se mahdollistaa (ainakin periaatteessa) säästöjen saamisen luovuttavan teon ohella myös *vaikeasti tutkittavissa olevan pääteon käsittelystä*.⁷⁴ Vaikka syytteestä sopiminen ei välttämättä suoranaisesti lisäisikään esimerkiksi pelotevaikutusta tai oikeusjärjestelmää kohtaan tunnettua luottamusta, kehitys lienee kriminaalipoliittisesta näkökulmasta tarkasteltuna vähintään yhtä huolestuttavaa, jos rangaitusvastuuta ei pääsääntöisesti tietyissä tapauksissa toteutettaisi kustannussyihin vedoten ollenkaan. Yleinen oikeustaju ja rikosoikeusjärjestelmää kohtaan koettu luottamus ei tunnustusperusteen tarkasti rajatun soveltamiskriteeristön mukaisesti sovellettuna heikentyne kestävämmäsi verrattuna siihen, että tiettyjen

72. Työläiden ja vaativien rikosasioiden lukumäärän kasvu sekä tästä seuraava resurssien puute on käytännössä ohjannut viranomaisia luopumaan toimenpiteistä sellaisissakin tapauksissa, joissa lainsäätäjä ei ole tarkoittanut niin meneteltävän. Tunnustusperuste voi helpottaa muiden luopumisperusteiden soveltamisen painetta ja täten estää luopumiskäytäntöjen leviämisen niiden suunnitellun soveltamisalan ulkopuolelle. Tämän toteutuminen edellyttää kuitenkin sitä, että erilaisten luopumisperusteiden välinen työnjako ja ”optimaaliset soveltamistilanteet” ovat niiden soveltajalle selkeitä, ja että luopumisperusteita *todella pyritään* käyttämään ai-noastaan niille soveliaissa tilanteissa. Erilaisten luopumisperusteiden soveltaminen kun johtaa tässä esittämäni mukaisesti erilaisiin hyötyihin ja haittoihin. Luopumisjärjestelmän tarjoamia mahdollisuuksia ei kyetä realisoimaan tehokkaasti, mikäli erilaisten luopumisperusteiden ominaispiirteitä ja potentiaaleja ei tunnisteta tai perusteiden soveltamiskäytännöt eivät muutoin todellisuudessa vastaa lainsäädännön tasolla muotoiltua ”normatiivista ihannetta”. Ks. edellä alaviitteet 9, 24 ja 27.

73. Edellä toteamaani tapaan tunnustusperusteen voidaan muista perusteista poiketen katsoa tietyllä tapaa jopa *edesauttavan* ja *tähtäävän* rikosvastuun toteuttamiseen. Muista perusteista poiketen se ei merkitse tutkinnan lopettamista kokonaan, vaan sen nimenomaisena tarkoituksena on rajoittaa isompia kokonaisuuksia vain osittain ja varmistaa pääjutun eteneminen tuomioistuimeen. Ks. myös Fredman 2018, s. 402; Tapani – Tolvanen 2015, s. 229; Tuomiois-tuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö 2003:3, s. 298; Tolvanen 2003b, s. 1018, 1020.

74. Vaikka luopumisessa on korostuneesti kyse tarkoituksenmukaisuusharkinnasta, epäillyn omaan teonjälkeiseen toimintaan perustuvaa luopumista voidaan nähdäkseni puoltaa muita perusteita paremmin myös eettisin ja aineelliseen oikeudenmukaisuuteen liittyvin syin. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2015, s. 235–236; Linna 2012, s. 118; OMML 47/2010, s. 22, 37.

tekojen tutkimatta jäämisestä tulisi esimerkiksi kustannuserusteiden myötä entistä pääsääntöisempää ja ennakoitavaa.⁷⁵

Pohjimmiltaan kyse on yhä kriminaalipoliittisesta punninnasta rankaisemisen puolesta ja rikosvastuun toteuttamista vastaan puhuvien näkökohtien välillä. Problematiikka on alati ajankohtainen ja kehittyvä, minkä vuoksi siitä käytävän keskustelunkaan ei soisi tyrehtyvän ja lukkiutuvan sokeasti vanhoihin näkökohtiin. Aikaisemmin toimivaksi koetut ratkaisut ja periaatteelliset näkökannat voivat kaivata yhteiskunnan muutoksen myötä ehostamista, minkä vuoksi keskustelun tulisi rohkeasti ja avoimesti tarkastella uusia vaihtoehtoja eri tarpeiden väliseen punnintaan.

Rikosprosessilainsäädännön viimeaikaisen kehityksen perusteella onkin nähdäkseni ennakoitavissa, että syyteneuvottelujärjestelmän ilmentämien tavoitteenäisten argumenttien merkitys ei ole tulevaisuudessa ainakaan vähentymään päin. Esimerkiksi syyteneuvottelun tapaan alun perin anglosaksisista maista lähtöisin olevat (ja syyteneuvottelujärjestelmiin läheisesti kytkeytyvät) kruununtodistaja- ja leniency-järjestelmät noussevat Ruotsin viitoittamalla tiellä lopulta keskustelun kohteeksi myös Suomessa.⁷⁶ Vaikka suhtautuminen tällaisiin järjestelmiin on rikosoikeudellisessa kontekstissa ollut perinteisesti varsin pidättäytyväistä niin Suomessa kuin Ruotsissa, syyteneuvottelun käyttöönottoa valmistelevalle Ruotsi on nyttemmin muuttanut suhtautumistaan. Mikäli syyteneuvottelua halutaan kohdentaa erityisesti esimerkiksi laajoihin talous-, jengi- ja huumausainerikollisuusvyyhteihin, joista viimeksi mainittujen sisällyttämistä syyteneuvottelujärjestelmään on pohdittu myös Suomessa, kruununtodistajajärjestelmien sallimisen on katsottu muodostuvan keskeiseksi kysymykseksi syyteneuvottelujärjestelmän tehokkuuden kannalta. Vaikuttaakin siltä, että syyteneuvottelu sekä kruununtodistaja- ja leniency-ajattelun ilmentämät piirteet ovat tulossa ainakin jossain muodossa osaksi ruotsalaista rikos- ja rikosprosessilainsäädäntöä. Myös suomalaisen keskustelun nostaessa esiin mahdollisuuden neuvotella syytteistä huumausainerikoksissa, kysymykset kruununtodistajajärjestelmistä saattavat toisin sanoen ajankohtaistua nopeasti täälläkin. Tätä taustaa vasten tarkastel-

75. Erilaisia preventiomekanismeja on tosin äärimmäisen vaikea mitata luotettavasti. Empiiristä tietoa ei esim. ole olemassa edes siitä, että tunnustuksella kaupankäyminen ylipäättänsä alentaisi rangaistusjärjestelmän preventiivistä tehoa. Tämän ohella yleistä oikeustajuntaa ja muita vastaavia käsitteitä ei ole mahdollista puristaa yhteen yleisesti jaettuun ja tarkasti määriteltyyn merkityssisältöön. Ks. tarkemmin Tapani – Tolvanen 2015, s. 236–237; OMLL 47/2010, s. 36–37, 68; Linna 2019, s. 297; Tolvanen 2003, s. 1020; Linna 2010 s. 214–220; K 15/2020 vp, s. 166.

76. Kyse on tällöin siitä, että rangaistushuojennukset ulotetaan koskemaan oman rikoksen selvittämisen ohella myös tilanteita, joissa epäilty edistää muiden osallisten rikollisen toiminnan selvittämistä. Tämänkaltaisia järjestelmiä on jo käytössä rikosoikeuden ulkopuolella esim. kilpailulain (948/2011) mukaisessa kartellitapausten käsittelyssä, jossa kilpailunrajoituksien perusteella määrättävistä seuraamusmaksuista voi vapautua (tai niitä voi lieventää) toimittamalla tietoa kilpailunrajoituksiin osallisista tahoista.

tuna – ja muutoinkin viimeaikaisen suomalaisen rikosprosessilainsäädännön kehityskaaren perusteella – onkin nähdäkseni odotettavissa, että vastaavanlaisia keskustelunavauksia viriää jossain vaiheessa myös Suomessa.⁷⁷

Lienee myös odotettavissa, että tunnustamismenettelyiden tosiasiallista käyttöä pyritään aikaistamaan nykyisestä. Kun sääntelyllä tavoitellaan resurssisäästöjä esitutkintavaiheesta lähtien, ja tällä hetkellä mainitut säästöt kohdistuvat lähinnä tuomioistuimiin, sääntelyn tavoitteiden toteutumista yritettäneen tehostaa aikaistamalla tunnustamismenettelyn aloittamista esitutkintavaiheeseen. Kriminaalipoliittisena tavoitteena tämä on tietystä mielessä mitä kannatettavin, sillä esitutkintaresurssien riittämättömyys näyttäisi johtavan siihen, että lievemmät(-kin) rikokset jäävät yhä useammin tutkimatta kokonaan. Rikosoikeusjärjestelmän kustannusten vähentäminen on myös luonnollisesti tavoiteltavaa jo sellaisenaan. Todettuun tapaan tällaisten tehokkuusnäkökohtien kääntöpuolena ovat kuitenkin rikosoikeusjärjestelmän legitimitetin ja oikeusturvavaatimusten mukaisten arvojen ja tavoitteiden mahdollinen vaarantuminen.

Kauempaa tarkasteltuna perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien sekä kriminaalipoliittisen tarkoituksenmukaisuuden (rikosoikeusjärjestelmän tehokkuuden) välinen suhde vaikuttaakin olevan kaksisuuntainen. Yhtäältä perusoikeudet vaativat tehokkuusnäkökohtien rajoittamista, mutta toisaalta perusoikeussuoja myös edellyttää rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän tehokkuutta. Mielekkään kriminaalipoliittisen tavoitteenasettelun muotoileminen ja sen menestyksenkäs toteuttaminen onkin alati monimutkaistuvassa maailmassa yhä haasteellisemmaksi muodostuva tehtävä, joka vaatii niin lainsäätäjältä kuin -käyttäjältä useiden erisuuntaisten argumenttien punnintaa ja yhteensovittamista – nyt ja jatkossa.

77. Koska kyseisiin järjestelmiin sisältyy niin merkittäviä periaatteellisia kuin käytännön ongelmia, syyteneuvottelulainsäädännön kehittämisen ja tarkistamisen yhteydessä voisikin olla aiheellista toteuttaa perusteellinen selvitys myös näistä järjestelmistä. Perusteellisen selvityksen tarvetta puoltaa nähdäkseni myös se, että rajanveto omien ja muiden rikosten selvittämisen välillä ei aina ole kovin selväpiirteinen edes nykyisessä syyteneuvottelujärjestelmässä, joka ei salli kruununtodistajamenettelyitä. Oman toiminnan selvittäminen kun useasti merkitsee käytännössä myös muiden osallisten toiminnan selvittämistä. Tällöin on olemassa tosiasiallinen riski siitä, että syyteneuvottelua käytetään (vähintäänkin tahattomasti) ”kruununtodistajatarkoituksiin” jopa nykyisessä suomalaisessa syyteneuvottelujärjestelmässä. Ks. Kuusisto Mäkelä 2021a, s. 101–102, 128; Matikkala 2021, s. 251–252, 457–459; OMSO 2020:6, s. 54; Sahavirta 2016, s. 390; Statens offentliga utredningar 2021:35: En stärkt rättsprocess och en ökad lagföring. Betänkande av Utredningen om en stärkt rättsprocess och en ökad lagföring, s. 175–179, 215–231, 237–245.; Statens offentliga utredningar 2019:38: Stora brottmål – nya processrättsliga verktyg. Slutbetänkande av Utredningen om processrätt och stora brottmål, s. 36, 135, 275; hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi 44/2002 vp, s. 182, 199; Emina Gaspar-Vrana, Kronvittnen i svensk rätt – kampen mellan effektivitet och rättssäkerhets. Juridisk tidskrift 2015/16, s. 236–250; Jack Ågren, Straffrabatt för kronvittnen som riskerar hot om allvarliga repressalier. Juridisk tidskrift 2009/10, s. 697–703; hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslain 6 luvun ja siihen liittyvien säännösten muuttamisesta 125/1975 II vp, s. 15.

Confession-based waiver of penal measures as an expression of the novel objectives of the waiver system

JALO VATJUS-ANTTILA, LL.M., Doctoral Candidate, University of Turku

The significance of waiver of measures in the Finnish criminal justice system has grown considerably in recent decades. The latest addition to the waiver system, the confession provision, entered into force in 2015 and has met controversial reactions. As the individual grounds for a waiver interact closely with the fundamental principles underlying the waiver system as a whole, the conflicting reactions to the confession provision express a shift in the objectives of criminal policy on a general level. The author asks what kind of shift the confession provision represents in terms of the purpose and contents of the waiver system, and whether that shift is justifiable from the point of view of criminal policy.

The procedural-economic reasoning behind the waiver system has become a more important part of the discretion of the authorities as a result of the enactment of the confession provision. In addition, the way in which savings are sought has changed so that, unlike the previous waiver criteria, the confession provision seeks to allow for the allocation of resources on the investigation of more serious crimes. Such a reallocation of the resources of the criminal justice system is according to the author to be welcomed in principle, as the legitimacy of the criminal justice system is not unsustainably weakened compared to a situation where the investigation of certain minor offences would be inadequate due to lack of resources. However, this requires that the confession provision be applied in accordance with strictly defined application criteria that fulfil the requirements of basic human rights.

*Karoliina Helle*Lakimies
6/2021
s. 1048–1052

Rakennuksen salainen omistus – Erityisesti puolison kiinteistölle rakennetun rakennuksen omistussuhteista

Rakennus on varsin erikoinen oikeusobjekti. Rakennus, esimerkiksi niin sanottu omakotitalo, voi kuulua kiinteistöön tai olla irtainta – tai se voi olla molempia yhtä aikaa. Jos rakennus on alun perin rakennettu kiinteistönomistajan intressissä ja omistukseen, siitä on tullut kiinteistön ainesosa, johon sovelletaan kiinteää omaisuutta koskevia sääntöjä. Jos sen sijaan joku muu kuin kiinteistönomistaja on alun perin rakentanut tai rakennuttanut rakennuksen omaan lukuunsa – joko kokonaan tai osittain –, ei rakennus tuolta osin kuulu kiinteistöön, vaan on omistajansa irtainta omaisuutta. Kun siis puhutaan rakennuksen salaisesta omistuksesta, viitataan tyypillisesti tähän jälkimmäiseen tilanteeseen, jossa muu kuin kiinteistönomistaja omistaa tai väittää omistavansa kiinteistölle rakennetun rakennuksen tai osan siitä.

Usein rakennuksen omistusoikeudesta väitteen tekevä taho on kiinteistönomistajan puoliso. Hän ei omista kiinteistöä eli maapohjaa, vaan se kuuluu toiselle puolisolle yksin. Kiinteistön omistava puoliso on esimerkiksi voinut saada kiinteistön perintönä tai lahjana tai hän on yksinkertaisesti ostanut sen omiin nimiinsä.

Kun rakennuksen omistussuhteita ratkaistaan, keskeisen merkityksen saa osapuolten alkuperäinen tarkoitus rakennuksen omistussuhteista. Tarkoitus on siis oikeutta luova seikka. Omistussuhteita koskevaa tarkoitusta ei kuitenkaan voi sellaisenaan havaita, joten tarkoituksen olemassaoloa pyritään osoittamaan erilaisilla näyttöseikoilla, kuten rakennuskustannuksiin tai rakennustöihin osallistumisella, rakennuksen käyttötarkoituksella, jopa parisuhteen erityispiirteillä kuten suhteen kiinteydellä tai sen kestolla. Toisaalta esimerkiksi merkittävääkin rahoitus, joka saattaa olla vahva näyttöseikka, ei sellaisenaan riitä, jos tarkoitusta ei ole ollut. Kyse on tietynlaisesta kehäpäätelmästä.

Jos puoliset omistavat rakennuksen yhdessä, on kyse rakennukseen kohdistuvasta yhteisomistusoikeudesta. Jos toinen puoliso omistaa rakennuksen yksin, minkäänlaista yhteisomistusoikeutta ei ole olemassa: rakennuksen omistaja omistaa rakennuksen ja kiinteistön omistaja kiinteistön eli maapohjan. Rakennuksen omistajalla on kuitenkin oikeus pitää rakennustaan tai osaa siitä toisen

* *Karoliina Helle*, OTT, lehtori (juridiikka), Satakunnan ammattikorkeakoulu. *Lectio praecursoria* Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa 23.4.2021 pidetyssä väitöstilaisuudessa, jossa kirjoittaja puolusti väitöskirjaansa Rakennuksen salainen omistus – Erityisesti puolison kiinteistölle rakennetun rakennuksen omistussuhteista. Alma Talent 2021.

puolison omistamalla kiinteistöllä. Lähtökohtaisesti tuon oikeuden voidaan katsoa perustuvan ennen kaikkea parisuhteen oletettuun jatkuvuuteen.

Parisuhteen osapuolten välillä nimenomaisilla omistussuhteilla ei välttämättä ole merkitystä. Näin on erityisesti silloin, kun osapuolet ovat avioliitossa ja kummallakin puolisoilla on avio-oikeus toisen omaisuuteen. Saattaa jopa olla niin, että varsinaisia omistussuhteita ei ole ollenkaan mietitty, eikä sitä edes pidetä tarpeellisena, kun avio-oikeus joka tapauksessa tuo eräänlaista turvaa salaiselle omistajalle. Kysymykset omistussuhteista sen sijaan tulevat ajankohtaiseksi, jos osapuolet ovat avopuolisoita tai avio-oikeus on rajattu pois. Rakennuksen salaisella omistajalla on intressi pyrkiä osoittamaan rakennusta koskeva oikeutensa, jos parisuhde päättyy eroon tai kiinteistönomistajan kuolemaan. Vastaavasti rakennuksen omistajan perillisillä saattaa olla intressi osoittaa, että rakennus on kuulunut osittain muulle kuin kiinteistönomistajalle. Näyttöseikat saattavat olla hyvinkin ongelmallisia.

Oman ongelmansa muodostaa rakennuksen arvon realisointi, jos asiassa ei päästä sopimukseen. Toimivaa keinoa irtaimen rakennuksen ja kiinteistön erottamiseen sen paremmin oikeudellisesti kuin tosiasiallisestikaan ei ole löydetty. Jos rakennus kuuluu muulle kuin maanomistajalle yksin, on omistajan joko purettava rakennus tai siirrettävä se pois. Jos rakennus omistetaan yhteisesti, voidaan yhteisomistussuhde purkaa, mutta yhteisomistussuhteen purku voi kohdistua vain rakennukseen, sillä kiinteistöä ei omisteta yhteisesti. Pelkän rakennuksen myynti ilman maapohjaa tai sen käyttöoikeutta ei käytännössä tuota osapuolia tyydyttävää lopputulosta.

Suhteessa sivullisiin asia saattaa tulla ajankohtaiseksi, jos kiinteistönomistaja velkaantuu tai myy kiinteistön ilman rakennuksen omistajan myötävaikutusta. Sivullistahoille aiheutuviin ongelmiin on syytä kiinnittää huomiota, sillä yleensä rakennus kuuluu kiinteistöön ja kuten todettua – sen erottaminen kiinteistöstä ei ole käytännössä mahdollista. Kyse on myös kiinteistöoikeuksiin ja -vakuuksiin liittyvästä asiasta.

Esimerkiksi kiinteistöpanntivelkojan, kiinteistön ostajan tai muunkaan kiinteistönomistajan velkojan ei ole katsottu saavan suojaa suhteessa rakennuksen omistajaan. Jos puolison omistusoikeus rakennukseen on näytettävissä, tuo rakennus tai sen osa ei kuulu kiinteistöön eikä kiinteistön panttaus, myynti tai ulosmittaus kata irtainta rakennusta. Suojaa ei saa edes vilpittömässä mielessä oleva kiinteistönomistajan seuraaja silloinkaan, vaikka rakennuksesta olisi kiinteistön ohella nimenomaisesti määrätty.

Kiinteistökokonaisuudella on kuitenkin erityistä merkitystä kiinteistönomistajan seuraajille. Realisointiongelmien lisäksi esimerkiksi vakuutena olevan kiinteistön arvo saattaa olla olennaisesti vähäisempi, kun rakennus ei kuulu kiinteistöön. Kiinteistön ostajalle se, että rakennus ei kuulukaan ostettuun kiinteistöön, saattaa tulla ikävänä yllätyksenä. Toisaalta suotavana ei voida pitää sitäkään, että kiinteistönomistaja ulosmittauksen uhatessa kykenisi vilpillisesti loukkaamaan velkojiansa oikeuksia väittämällä rakennusta puolisonsa omistamaksi.

Rakennuksen omistusoikeus on salainen, sillä ulkopuolisten ei ole sitä mahdollista luotettavasti selvittää: esimerkiksi lainhuuto- ja kiinnitysrekisteristä käy ilmi ainoastaan omistusoikeus kiinteistöön, johon rakennus ei tässä tapauksessa kuulu. Toisin kuin irtainten kohdalla yleensä, rakennuksen hallinnan ei ole myöskään nähty voivan luoda omistajaolettamaa.

Yleensä rakennuksen oletetaan kuuluvan kiinteistöön. Tuollaista oletusta voidaan pitää siinä mielessä perusteltuna, että yleensä kiinteistönomistajan kiinteistöllä sijaitseva rakennus kuuluu tälle. Rakennus ja kiinteistö muodostavat kokonaisuuden, jota ainakin sivulliset tyypillisesti pitävät yhtenäisenä ja erottamattomana kokonaisuutena ja erityisesti, kun kiinteistönomistaja myös tosiasiaassa käyttää kiinteistöllään sijaitsevaa rakennusta.

Lisäksi on huomattava, että myös rakennuksen omistaja saattaa velkaantua. Ongelma on samankaltainen kuin kiinteistönomistajan velkojilla, mutta toisen-suuntainen: rakennuksen omistajan omaisuus on periaatteessa omaisuuserä, joka vastaa omistajansa veloista, tarvittaessa ulosottoteitse, mutta tuollaisen omaisuuden realisointi on käytännössä vaikeaa ellei mahdotonta. Ensinnäkin rakennukseen kohdistuva omistustarkoitus tulisi kyetä näyttämään. Tehtävä on haasteellinen salaiselle omistajalle itselleenkin. Ja vaikka näyttö poikkeuksellisesti saataisiin esitettyä, olisi ulosmittauksen kohteena rakennus tai sen osa ilman maapohjaa.

Selkeää osapuolten tarkoitusta ei läheskään aina ole osoitettavissa eikä yhtenäistä näytön rajaa näytä muodostuneen. Edes huomattava rahoitus yhdessä muiden näyttöseikkojen kanssa ei ole riittänyt, jos osapuolten tarkoitusta ei ole voitu osoittaa. Toisaalta asiaa olisi arvioitava samoin myös toisinpäin: rahoitusnäyttöä ei voida edellyttää, jos tarkoitus on ollut olemassa. Osapuolten sekä sivullisten oikeusturvan vuoksi pelkkä väite tarkoituksesta tai sen puutteesta ei kuitenkaan voi riittää.

Tästä syystä on aihetta keskustella näyttökynnyksestä ja näyttöseikkojen yhdenmukaistamisesta. Kyse on siitä, mitä osapuolten yhteisomistustarkoitusta

näyttäviltä seikoilta tulisi voida edellyttää, jotta omistusoikeus rakennukseen sitoisi tosiasiaissa sekä osapuolia että sitovuus olisi hyväksyttävissä myös suhteessa kolmansiin. Kyse on siis siitä, millä edellytyksillä rakennuksen salainen omistaja voi menestyksekkäästi vedota omistusoikeuteensa sekä kiinteistönomistajaa että esimerkiksi kiinteistönomistajan velkojia tai seuraajia vastaan. Tai toisin päin: milloin salaiseen omistusoikeuteen ei ainakaan voi menestyksekkäästi vedota vilpillisessä tarkoituksessa.

Rakennuksen omistusoikeudesta esitetty väite saattaa tarkoittaa pitkää ja vaikeasti ennakoitavissa olevaa oikeusriitaa. Rakennuksen omistaja saattaa menestyksekkäästi kyetä vetoamaan omistusoikeuteensa esimerkiksi useita vuosia parisuhde-eron jälkeen ja mahdollisesti jopa silloin, kun kiinteistö on vaihtanut omistajaa. Yhdenmukainen tai korkeakaan näyttökynnys ei välttämättä ehkäise väitteitä: väitteellä on aina menestymisen mahdollisuuksia, jos rakennus on rakennettu sellaisena aikana, kun osapuolet ovat olleet parisuhteessa. Pelkästään tarkoitukseen perustuva omistusoikeus on kuitenkin erityisen altis kritiikille: jos osapuolet eivät itsekään ole ajatelleet omistussuhteita tarkemmin, on ongelmallista tulkita tuollaisen tarkoituksen silti tarkoittavan juuri omistusoikeutta sivullisten vahingoksi.

Pelkän näyttökynnyksen kehittämisen ei myöskään löydetä vastausta irtaimen rakennuksen ja kiinteistön realisointia koskeviin ongelmiin. Jos oikeutta maapohjan käyttöön ei ole, ainoaksi vaihtoehdoksi jää rakennuksen ja kiinteistön tosiasiallisen yhteyden purkaminen. Rakennusta tai sen osaa ei kuitenkaan käytännössä voi erottaa kiinteistöstä kohtuutonta vahinkoa aiheuttamatta. Maapohja ja sille rakennettu rakennus muodostavatkin sellaisen tosiasiallisen kokonaisuuden, jonka olisi järkevää olla kokonaisuus myös oikeudellisesti, huolimatta kiinteistön ja rakennuksen muodollisesti eroavista omistussuhteista.

Rakennuksen omistajalla ei myöskään käytännössä ole juurikaan mahdollisuuksia määrätä rakennuksesta ilman kiinteistönomistajan myötävaikutusta: pelkkää rakennusta tai sen osaa koskevia oikeustoimia ei tyyppitapauksissa juuri tehdä, vaan rakennusta koskevat oikeudet siirtyvät kiinteistöä koskevien oikeuksien ohella. Usein myös näyttää siltä, että puolisoiden erotessa on ensisijaisesti vaadittu rahoitus- tai rakentamispäätösten korvaamista velvoiteoikeudellisesti, ei omistusoikeuden vahvistamista rakennuksen osaan. Tämä onkin kiistatta käyttökelpoinen ratkaisu, kun maapohjan käyttöoikeutta tai rakennuksen tosiasiallista realisointimahdollisuutta ei ole.

Ongelmana on rakennuksen omistajan suojattomuus suhteessa kolmansiin: siinä missä omistusoikeus saa suojaa, velvoiteoikeus jää sitä vaille. Toisaalta voidaan väittää, että rakennuksen rakentaminen muulle kuin omalle maalle on aina jonkinasteinen riski. Siinä missä rakennuksen kiinteistöön kuulumattomuus

VÄITÖKSIÄ

tulee yllätyksenä esimerkiksi kiinteistönomistajan seuraajalle, kiinteistöä koskevien oikeustoimien tosiasiallinen ulottuvuus myös rakennukseen ei pitäisi olla tuollainen yllätys rakennuksen omistajalle.

Helle, Karoliina

Rakennuksen salainen omistus. Erityisesti puolison kiinteistölle rakennetun rakennuksen omistussuhteista.

Alma Talent, Helsinki 2021. XIV + 309 sivua.

1. Yleistä

Arvioitavana oleva *Karoliina Helteen* teos on perinteisessä monografiamuodossa julkaistu väitöskirja ja lainopillinen tutkimus. Oikeustieteen kentällä se sijoittuu siviilioikeuden ja tarkemmin määritellen esineoikeuden alalle. Kysymys ei ole tutkimuksesta, joka kiinnostaisi vain alan tutkijoita tai oikeustieteen kehityksestä kiinnostuneita. Lainopin perinteisen tehtävän mukaisesti tavoitteena on uuden tiedon tuottaminen aiheesta, jolla on välitön käyttöarvo myös käytännön tehtävissä toimiville lakimiehille.

Helle on rajannut aiheekseen rakennukseen sen rakentamisen perusteella syntyvän salaisen omistusoikeuden. Yhtäältä kysymys ei ole rakennuksen maapohjaan palautuvasta eli ainesosasuhteelle perustuvasta omistusoikeudesta, normaalisti kiinteistön ainesosana pidettävän rakennuksen omistamisesta. Toisaalta kysymys ei myöskään ole maapohjan, yleensä kiinteistön salaisesta omistusoikeudesta. Tutkimuksen aiheeksi rajattu salainen omistusoikeus syntyy, kun maanomistajaan nähden sivullinen, yleensä kiinteistön omistajan puoliso rakentaa (normaalisti rakennuttaa) kiinteistön alueelle. Kysymys voi luonnollisesti olla myös määräalalle tai vuokra-alueelle rakentamisesta. Rakentaminen tapahtuu lisäksi usein niin, että puoliset rakentavat yhdessä, jolloin puoliso, joka ei ole maanomistaja, voi katsoa omistavansa puolet tai muun suuruisen määröosan rakennuksesta.

Varsinaisen aiheensa eli rakennukseen kohdistuvan salaisen omistusoikeuden tarkastelussa Helle tukeutuu usein myös kiinteistöön kohdistuvaan salaiseen omistamiseen sekä sitä koskeviin normeihin ja tulkintoihin.

Maata omistamattoman puolison omaisuutta, tässä tapauksessa omistusoikeutta rakennukseen, pidetään tällöin irtaimena omaisuutena, eikä tämän omaisuuden katsota kuuluvan kiinteistöön sen ainesosana. Tältä osin asetelma on

* Teksti perustuu *Karoliina Helteen* vastaväittäjän, professori *Matti Ilmari Niemen* Turun yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antamaan ja 12.5.2021 päivättyyn lausuntoon monin ja laajoin muutoksin ja lisäyksin.

samankaltainen kuin tilanteessa, jossa vuokralainen rakentaa vuokra-alueelle. Tällöin rakennus tai sen määräosa ei myöskään sisälly kiinteistön tai muun rakennuksen maapohjan luovutukseen tai panttaukseen. Salaisen omistamisen tilanteessa asetelma on sivullisten kannalta ongelmallinen. Puolisoiden erotilanteessa, maanomistajapuolison tullessa maksukyvyttömäksi tai kiinteistöstä määrättäessä asetelma muodostuu helposti ongelmalliseksi myös puolisoiden välisessä suhteessa.

Väitöskirjan aihe osoittautuu haastavaksi. Aiheen analysointi tuo esiin joukon vaikeita tulkintakysymyksiä, joihin Helle on tarttunut ennakkoluulottomasti ja kunnianhimoisesti. Monen tulkintakysymyksen osalta kirjoittaja on joutunut avaamaan uusia latuja ja pohtimaan erilaisia vaihtoehtoja, joille ei ole saatavissa välitöntä tukea. Myös itse salaisen omistamisen käsite siihen liittyvine kysymyksiineen osoittautuu yllättävän vaikeasti haltuun otettavaksi.

Arvioitava teos on rakenteeltaan tasapainoinen ja toimiva. Teoksen alkuosan muodostaa laaja johdanto (pääkappale 1, ”Tutkimuksen kehukset”), joka sisältää myös oikeusvertailun pää- ja lähtökohdat. Seuraavana kiinnostuksen kohteena on rakennuksen ja maapohjan välinen ainesosasuhte (pääkappale 2, ”Rakennus kiinteistön osana”), jota voidaan pitää tutkimuksen aihetta rakentavana jaksone.

Aiheen yksityiskohtaisen tarkastelun osalta keskeisessä asemassa on laaja pääkappale 3 (”Rakennus irtaimena omaisuutena”), jonka aiheena on rakennuksen jäsentyminen sen maapohjasta erilliseksi irtaimeksi omaisuudeksi. Tämän kappaleen aiheeksi on rajattu *inter partes* eli asianosaissuhde, yleensä maanomistajapuolison ja rakennuksen tai sen määräosan omistavan puolison välillä.

Aiheeseen liittyvät keskeisimmät sivullissuhteet muodostavat teoksen toisen pääaiheen. Sivullissuhteiden tarkastelua pohjustetaan pääkappaleessa 4 (”Rakennuksen omistusoikeus ja yleisiä lähtökohtia sivullisen suojaamiselle”), ja laajassa pääkappaleessa 5 (”Irtain rakennus ja kolmannet”) sivullissuhteet otetaan yksityiskohtaisen tarkastelun kohteeksi. Erillisen huomion kohteeksi jäsentyy saamisoikeus rakennuksen tai sen osan omistamisen vaihtoehtona (pääkappale 6, ”Saamisoikeus vaihtoehtona rakennuksen omistusoikeudelle”). Lyhyessä pääkappaleessa 7 (”Eräitä huomioita de lege ferenda”) huomion kohteena ovat kirjallisuudessa esitetyt ajatukset aihetta koskevan sääntelyn kehittämistä.

Pääkappaleessa 8 (”Lopuksi”) Helle esittelee lyhyesti johtopäätöksensä, jotka perustuvat yhtäältä lainopilliseen analyysiin ja toisaalta omaksuttuun kritiikkiin.

2. Sovelletusta lainopillisesta metodista

Helteen teos etenee lainopillisen tiedon ehdoilla, ja ensivaikutelma on se, että kirjoittaja soveltaa tavanomaista lainopillista metodologiaa. Kysymys olisi näin ollen

Suomen voimassa olevien oikeusnormien osoittamisesta, tulkinnasta ja systematisoinnista. Nykyajan oikeustieteellinen tutkimus on usein suuntautunut oikeustieteen rajapinnoille ja monitieteellisyyteen. Tämä ei ole kuitenkaan Helteen valinta. Toisaalta Helle laajentaa tutkimuksensa lähtökohtana olevan lainopillisen kysymyksenasettelun ulkopuolelle kahdessa eri suunnassa: oikeusvertailuna ja kriittisen tutkimusotteen muodossa.

Helteen teos on esineoikeudellinen tutkimus tämän käsitteen perinteisessä ja vahvassa merkityksessä. Tarkastelun kohteena ovat kiinteistöön ja sen alueella sijaitsevaan rakennukseen kohdistuvat omistusoikeudet. Samalla kysymys on oikeuksien kohteen, esineen määrittelystä. Keskeinen kysymys on, mikä on rakennuksen tai sen määräosan omistajan oikeudellinen asema, kun rakennuksen omistaminen perustuu maanomistajan sallimaan rakentamiseen kiinteistön alueelle. Tätä asemaa tarkastellaan yhtäältä suhteessa maanomistajaan ja toisaalta suhteessa keskeisimpiin sivullistahoihin. Tilanne syntyy helposti, kun rakentaja on maanomistajan puoliso.

Tarkastelun kohteena oleva tilanne on erotettava vuokralaisen rakentamisesta ja siihen perustuvasta omistusoikeudesta rakennukseen vuokra-alueella. Kysymys on analogisesta tilanteesta, Suomessa itsenäisesti kehittyneestä, vakiintuneesta ja erillisen sääntelyn alaisesta järjestelystä, jota voidaan käyttää vertailun kohteena. Lisäksi, niin kuin jäljempänä havaitaan, vakiintunut vuokrajärjestely voi osaltaan antaa selityksen myös sille, miksi puolison omistamaa rakennusta tai sen määräosaa pidetään erillisenä irtaimena esineenä.

Edellä mainitulla tavalla väittelijä on ulottanut tutkimuksensa myös perinteisen kotimaisen lainopin ulkopuolelle. Ensiksi kysymys on oikeusvertailusta. Tavanomaiseen tapaan vertailu suuntautuu muihin Pohjoismaihin ja ennen kaikkea Ruotsin oikeuteen. Tämä on perusteltu ratkaisu, koska Suomen oikeus on Ruotsin oikeuden perillinen ja osa pohjoismaista oikeusperhettä, jonka jäsenillä on paljon yhteisiä piirteitä ja joka omana ryhmänään poikkeaa Euroopan muista oikeusjärjestelmistä.

Väittelijä ei ole kuitenkaan tyytynyt vain tavanomaiseen pohjoismaiseen vertailuun. Yhtäältä vertailu on laaja-alaisempi, ja toisaalta vertailua on käytetty hyväksi myös suomalaisen oikeuden yksityiskohtaisessa tarkastelussa. Laaja-alaisuus ilmenee Englannin oikeuden tarkastelun muodossa. Samalla vertailu laajenee mannereurooppalaisen eli romaanis-germaanisen ja common law -oikeuden väliseksi vertailuksi. Vertailu osoittautuikin huomion arvoiseksi. Se voisi itse asiassa olla oman ja erillisen, monografian laajuisen tutkimuksen kohteena.

Teoksen aihe, rakennukseen kohdistuva salainen omistusoikeus edellyttää vahvaa siviilioikeuden systematiikan ja esineoikeudessa omaksuttujen periaatteiden hallintaa. Toisaalta kysymys ei ole pelkästään systematiikan soveltamisesta, vaan myös sen kehittämisestä. Aihe on siinä mielessä erityislaatuinen ja haastava, että se ei näyttäisi sopivan vaikeuksitta osaksi vallitsevaa siviilioikeuden systemaattista ajattelua. Salaista omistusta koskeva normisto on syntynyt omaksuttu-

jen konkreettisen käytäntöjen ja sen perusteella muodostuneiden oikeussuojan tarpeiden perusteella. Kärjistäen voidaan todeta, että salaista omistamista koskeva normisto eräin osin pikemminkin rikkoo perinteistä systematiikka kuin soveltaa sitä. Salaista omistamista koskeva normisto muodostaa oman erityislaatuisen kokonaisuutensa. Toisaalta tämä kokonaisuus on kuitenkin otettava hallintaan osana siviilioikeuden laajempaa kokonaisuutta. Tavoitteena on mahdollisimman harmoninen ja tasapainoinen järjestelmä.

Varsinaisen lainopillisen tarkastelun eli voimassa olevan oikeuden osoittamisen rinnalla väittelijä on omaksunut selkeän kriittisen lähestymistavan väitöskirjan aiheeseen. Lainopin avulla osoitettu voimassa oleva oikeus asetetaan erikseen kriittisen tarkastelun kohteeksi. Kritiikin kohteeksi asetetaan yhtäältä yleisemmällä tasolla oikeuskäytännössä muodostunut käsitys rakennuksen salaisesta omistamisesta ja toisaalta tarkemmin normit, joita tämän käsityksen mukaisesti on omaksuttu. Kritiikkiin tukeutuen kirjoittaja esittelee myös uusia tulkintoja salaisesta omistamisesta.

Sivulla 28 väittelijä esittelee teoksen keskeisenä lähtökohtana kritiikin vakiintuneita pääsääntöjä kohtaan. Erityisesti mainitaan kritiikin kohteena vallitseva käsitys siitä, että osapuolten tarkoitus johtaa aina rakennuksen irtaimuuteen. Väittelijä pyrkii osoittamaan, että tällainen erillinen omistusoikeus kohteeseen, joka normaalisti näyttäytyy kiinteistön tai vuokraoikeuden osana, ei ole tarkoituksenmukainen ratkaisu. Myöhemmin, tekstin edetessä kritiikki on jatkuvasti läsnä vaihtoehtona tavanomaisille tulkinnoille. Helteen osoittamat ongelmat sekä asianosaisten kesken – tyypillisesti maanomistaja- ja rakennuksen omistajapuolison välillä – että sivullissuhteissa antavat kritiikille oikeutuksen.

Edellä kuvatut lähtökohdat muodostavat perustan sekä lainopilliselle tarkastelulle että kritiikille. Kirjoittaja onkin omaksunut kaksi erilaista ja rinnakkaista näkökulmaa aiheeseensa. Yhtäältä kysymys on Suomessa vakiintuneesta ja *Simo Zittingin* oppeihin palautuvasta analyyttisestä lainopista esineoikeuden alalla ja toisaalta kriittisestä näkökulmasta. Viimeksi mainittu selittää viittaukset *Thomas Wilhelmssoniin*.

3. Tutkimuksen aiheesta ja tiedollisesta pohjasta

Tutkimuksen rajaaminen edellä kuvatulla tavalla rakennuksen salaiseen omistusoikeuteen on kunnianhimoinen tapa määritellä ja rajata tutkimus kahdessa eri merkityksessä. Ensiksi sekä kiinteistöön että rakennukseen kohdistuva salainen omistusoikeus poikkeaa tavanomaisesta lainopin tutkimusaiheesta siinä suhteessa, että lainsäätäjät ei ole niistä suoraan sääätänyt. Keskeiset normit ovat syntyneet korkeimman oikeuden ennakkopäätöksissä. Lisäksi näiden ennako-

päätösten joukko on suppea. Väitöskirjan aiheen kannalta erityisen keskeisessä asemassa on korkeimman oikeuden ennakkopäätös KKO 2003:82. Siksi ei ole yllättävää, että keskeisessä asemassa ovat myös kirjallisuudessa esitetyt tulkinnot.

Toisaalta rakennuksen salaista omistamista koskevat ja oikeuskäytännössä syntyneet normit on otettu huomioon lainsäädännössä. Voidaan sanoa, että tällä tavalla näitä normeja on vahvistettu – epäsuorasti – lainsäädännön avulla. Selkeitä esimerkkejä ovat ulosottoaaren 4:9.1 ja 4:13.1.

Toiseksi aiheen vaativuutta lisää se, että lainopillisessa kirjallisuudessa tarkastelun kohteena on usein ollut vain joko kiinteistöön kohdistuva salainen omistusoikeus tai rakennuksen salainen omistaminen edelliseen liittyvänä sivukysymyksenä. Lähdekirjallisuus koostuu lisäksi pitkän ajan kuluessa julkaistuista artikkeleista ja aiheen lyhyistä tarkasteluista tai maininnoista esineoikeuden alan kirjoissa.

Tarkastelun rajoittaminen rakennukseen on onnistunut ratkaisu. Vaikka tätä aihetta on usein tarkasteltu kirjallisuudessa kiinteistöön kohdistuvan salaisen omistusoikeuden yhteydessä, nämä aiheet osoittautuvat lopulta varsin erilaisiksi. Olennaista tässä yhteydessä on se, että sovellettavat normit ovat erilaiset, ja omistajan asema osoittautuu erilaiseksi, erityisesti sivullisuhteissa.

Varsinaisen oikeusvertailun lisäksi vertailumaiden kirjallisuuden ja oikeuslähteiden hyväksi käyttäminen ilmenee sellaisten kysymysten esittämisenä, jotka eivät ole nousseet esille suomalaisessa oikeuskäytännössä ja siihen pohjautuvassa keskustelussa. Vertailun avulla voidaan esittää kysymyksiä, jotka on sivuutettu tai joita ei ole huomattu suomalaisessa keskustelussa.

Vertailun tehokas ja moniulotteinen hyväksi käyttäminen ilmenee siten, että teoksessa ei ole vain tavanomaista vertailun osuutta sen alkuosassa, vaan vertailuun on tukeuduttu ja sitä on käytetty hyväksi myös myöhemmin aiheen yksityiskohtaisessa tarkastelussa. Ratkaisu on toimiva. On hyvä esittää erikseen vertailtavan oikeusjärjestyksen aihetta koskevan normiston pääpiirteet. Niihin voidaan tukeutua, kun vertailevia argumentteja käytetään myöhemmin aiheen yksityiskohtaisessa tarkastelussa.

Kirjallisuuden osalta väitöskirjan lähdepohja on laaja ja kattava sekä varsinaisen aiheen eli kotimaan oikeuden tarkastelussa että oikeusvertailussa. Suoraan soveltuvan lainsäädännön puuttuessa oikeuskäytäntö, varsinkin aiheen kannalta relevantit korkeimman oikeuden ennakkopäätökset ovat keskeisessä asemassa. Hovioikeuksien päätökset ovat saaneet myös laajan huomion. Erikseen on mainittava laaja tukeutuminen Ruotsin korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiin. Kokonaisuutena oikeuskäytäntö on saanut laajan ja kattava huomion osakseen.

4. Oikeusvertailusta ja sen merkityksestä

Oikeusvertailussa Ruotsin ja Englannin oikeusjärjestelmät ovat keskeisessä asemassa. Norja on myös huomioitu, mutta Tanskan oikeutta ei ole otettu vertailun kohteeksi.

Historiallinen yhteys Ruotsiin on vahva, joten se muodostaa luontevimman ja läheisimmän perustan vertailulle. Yhtäläisyydet Ruotsiin ovat vahvat myös rakennukseen kohdistuvan salaisen omistusoikeuden osalta. Vertailu tuottaa argumentteja ja mahdollisia tulkintoja myös Suomen oikeuden osalta. Toisaalta ruotsalaisen normiston konteksti on siinä määrin erilainen, että kysymyksellä ei Ruotsissa ole ollut samaa merkitystä kuin Suomessa.

Vertailu Englannin oikeuden osalta toimii eri tavalla. Kysymyksessä on oikeusvertailu vahvassa merkityksessä eli erilaisten oikeusjärjestelmien välillä. Vastaan tulee mm. perustavaa laatua oleva ja kirjan aiheen kannalta keskeinen ero oikeuteen *in law* ja *in equity*. *Equity*-perusteinen konstrukttiivinen trusti on sovellettava oikeudellinen muoto, kun puolisoilla katsotaan olevan hiljaisen sopimuksen ja asumisen perusteella sivullisia sitova oikeus, joka monissa suhteissa muistuttaa Suomen oikeuden mukaista salaista omistusoikeutta rakennukseen. Se mm. syrjäyttää kiinteistön panttivelkojan oikeuden. Keskeisessä asemassa on laajan huomion saanut ennakkopäätös *Williams & Glyn's Bank v. Boland*, jota tunnetulla tavalla on ollut tekemässä mm. *Lord Alfred Denning*.

Englannissa muodostettu tulkinta, jonka mukaan salainen omistaja menettää oikeutensa suhteessa panttivelkojaan tai muuhun sivulliseen, jos salainen omistaja ei oikeutta häneltä tiedusteltaessa siihen vetoa, tarjoaa mielenkiintoisen mallin myös Suomelle. Tämä olisi kirjoittajan mukaan hyvä ratkaisu myös Suomessa.

Suomalainen ratkaisu, jonka mukaan henkilö voi rakentamisen perusteella omistaa rakennuksen tai sen määräosan erillisenä omaisuutena, kun rakennus sijaitsee toisen henkilön omistamalla kiinteistöllä, on kansainvälisessä vertailussa poikkeava. Suomessa asia hahmotetaan eri tavalla kuin useimmissa muissa Euroopan maissa. Euroopassa sovelletaan laajasti roomalaisesta oikeudesta peräisin olevaa *superficies solo cedit* -periaatetta. Sen mukaan rakennukset ja muut kiinteistöön liitetyt esineet kuuluvat maanomistajalle. Tätä periaatetta sovelletaan muun muassa Englannissa (*in law*), Saksassa (BGB § 946), Ranskassa (*Code Civil* § 555) Italiassa (*Codice Civile* § 936) ja Espanjassa (*Código Civil* § 358) mukaan lukien Katalonia (*Codi Civil de Catalunya* § 542). Toisaalta periaatteen sovellutukset, poikkeusmahdollisuudet ja siihen perustuva tarkempi sääntely on toteutettu eri maissa eri tavoilla.

Voidaan puhua myös aksessiosta eli liittämisaannosta (ks. arvioitava teos alkaen s. 57). Aksession asema Suomen oikeudessa on epäselvä. Selvää on vain se, että sen merkitys on suppea ja heikko. Yksiselitteistä tulkintatukea ei ole saatavissa myöskään usein viitatussa ennakkopäätöksestä KKO 1981 II 47. Aksessio

näyttäisi tulevan kysymykseen korkeintaan tapauksessa mainittujen irtainten esineiden niin kuin säiliöiden, koneiden ja muiden vastaavien laitteiden osalta. Aksession vaihtoehtona on oikeudenhaltijan oikeus irrottaa toimitetut ja kiinnitetyt esineet.

Aksession merkitys Suomen oikeudessa on vähäinen ennen kaikkea siksi, että se on torjuttu rakennusten osalta. Niiden osalta aksessio ei tule kysymykseen, eikä se ole mahdollinen ratkaisu tai ratkaisuperuste, kun sivullinen omistaa kiinteistöllä sijaitsevan rakennuksen tai sen määräosan. Rakennuksen omistaminen on syytä hahmottaa muulla tavalla. Tältä osin voidaan viitata *Leena Kartion* ja *Vesa Majamaan* perustavaa laatua oleviin tutkimuksiin.

Tarkoituksenmukainen vertailun kohde rakennuksen salaiselle omistamiselle on sen sijaan Suomessa vakiintunut ja laajasti käytetty – toisaalta kansainvälisessä vertailussa poikkeuksellinen käytäntö – jossa vuokralainen rakentaa vuokra-alueelle omakotitalon tai muun rakennuksen. Vuokralainen pysyy koko vuokra-ajan vuokraoikeuden haltijana ja rakennuksen omistajana, ja tämä kokonaisuus on myös hyvin usein kiinnitysten ja panttioikeuksien erillisenä kohteena samalla tavalla kuin sen maapohjaan, normaalisti kiinteistöön kohdistuva omistusoikeus. Vuokra-ajat ovat lisäksi pitkät, ja usein niitä jatketaan niin, että vuokrasuhteet ovat käytännössä usein hyvin pitkäikäisiä. Vuokraoikeus rakennuksineen on sekä oikeudellisesti että käytännössä kiinteistöön rinnastuva kohde. Selvää on, että aksessiota tai *superficies solo cedit* -periaatetta ei sovelleta vuokra-aikana. Huomion arvoista on, että aksession estyminen ei edellytä rekisteröintiä eli vuokraoikeuden kirjaamista ja että aksessiota ei tapahdu edes vuokraoikeuden päättyessä. Eri asia ovat yhtymystilanne ja rakennusten lunastusta koskevat maanvuokralain säännökset, joita sovelletaan vuokrasuhteen päättyessä.

Suomessa pidetään selvänä, että vuokralaisen rakentama rakennus pysyy vuokraoikeuden ainesosana, eikä se tule kiinteistön ainesosaksi esim. sillä tavalla, että se sisältyisi kiinteistönkauppaan, kuuluisi kiinteistökiinnityksen piiriin tai tulisi kiinteistöä koskevan ulosoton kohteeksi, vaikka vuokraoikeutta ei olisi kirjattu.

Edellä mainitulla tavalla monessa Euroopan maassa vuokralaisen rakentaman rakennuksen katsotaan tulevan kiinteistön osaksi. Otan esimerkiksi Alankomaat. Periaate on lausuttu Alankomaiden siviilikoodin (*Burgerlijk Wetboek*, BW) artiklassa 5:20, kohdassa e. Sen mukaan kaikki maapohjaan kiinteästi yhdistetyt rakennukset, mukaan lukien vuokralaisen rakentamat rakennukset, tulevat pääsääntöisesti kiinteistön ainesosiksi. Vuokraa pidetään velvoiteoikeutena, joka ei muuta ainesosasuhteeseen perustuvaa esineoikeutta eli maanomistajan omistusoikeutta, joka kohdistuu kiinteistöön sen kaikkine ainesosineen – vuokralaisen rakentama rakennus mukaan lukien. Toisin sanoen vuokralaisen oikeus rakentamaansa rakennukseen on vain velvoiteoikeus, joka perustuu vuokralaisen ja vuokranantajan väliseen sopimukseen.

Toisaalta edellä mainitusta pääsäännöstä voidaan poiketa. Vuokralainen voi vahvistaa asemansa itsenäiseksi esineoikeudeksi ja erottaa tällä tasolla rakennuksen kiinteistöstä ja maanomistajan omistusoikeuden piiristä. Vuokraoikeuden esineoikeudeksi vahvistaminen ja rakennuksen erottaminen kiinteistöstä edellyttää notaarin todistuksen tästä poikkeuksellisesta järjestelystä ja vuokralaisen oikeuden rekisteröinnin (artikla 3:89 kohta 1, artikla 3:98 ja artikla 5:101 BW).

Alankomaissa samat edellä kuvatut säännöt soveltuvat myös tilanteeseen, jossa maanomistajan puoliso on maanomistajan suostumuksella rakentanut yksin tai yhdessä puolisonsa kanssa rakennuksen maanomistajapuolison kiinteistölle. Samalla tavalla muun henkilön, esimerkiksi kiinteistön omistajan puolison kokonaan tai osittain rakentama rakennus toisen puolison omistamalle kiinteistölle tämän suostumuksen perusteella näyttäytyy vain velvoiteoikeuden kohteena, mikä ei muuta esineoikeudellista tilannetta, jossa rakennuksen katsotaan olevan osa kiinteistöä. Myös tässä tapauksessa puolison omistusoikeus toisen puolison omistamalle kiinteistölle rakennettuun rakennukseen tai sen osaan ja oikeus pitää rakennusta toisen maalla voidaan vahvistaa itsenäiseksi esineoikeudeksi notaarin todistuksen ja oikeuden rekisteröinnin avulla.

Huomion arvoista on, että Alankomaissa, samoin kuin Suomessa, kiinteän omaisuuden käsite on suppea. Vain maahan kohdistuva omistusoikeus on kiinteää omaisuutta (artiklat 3:3 ja 5:20 BW). Toisaalta rekisteröinti vahvistaa vuokralaisen tai puolison rakennukseen kohdistuvan oikeuden asemaan, jossa se rinnastuu kiinteään omaisuuteen (artiklat 3:10 ja 5:101 BW). Monessa Euroopan maassa kiinteän omaisuuden käsite on laaja-alaisempi sisältäen mm. maanvuokrat ja asunnot.

Suomi on seurannut muita Pohjoismaita. Pohjoismaissa ei ole omaksuttu vahvaa erottelua velvoite- ja esineoikeuksien välillä. Manner-Euroopan lisäksi vahva erottelu velvoite- ja esineoikeuksien välillä on omaksuttu myös common law'n piirissä. Toisaalta Pohjoismaissakin erottelu tunnetaan, mutta selvästi heikommissa merkityksessä kuin Manner-Euroopassa tai common law -maissa.

5. Aiheen yksityiskohtaisesta tarkastelusta Suomen oikeuden mukaan

Helteen esille ottamat kysymykset ja niitä koskevat pohdinnat aiheen yksityiskohtaisessa tarkastelussa antaisivat aiheita hyvinkin laajoille keskusteluille. Seuraavassa otetaan esille vain eräitä mielenkiintoa herättäviä kohtia, eikä tässä yhteydessä ole mahdollisuutta laajempaan tai kattavampaan tarkasteluun.

Aiheen lainopillisessa tarkastelussa keskeisen lähtökohdan ja eräänlaisen aksiooman muodostaa maanomistajaan nähden sivullisen lukuun rakennetun rakennuksen tai sen määräosan luonne irtaimena ja maapohjaan nähden erillisenä omaisuutena. Edellä mainitulla tavalla kysymys on samalla Suomen oikeudessa omaksutusta *superficies solo cedit* -periaatteen kieltämisestä.

Teoksen aiheen haltuun ottaminen tarkoittaa sellaisen normiston hallintaa ja analysoimista, jonka perustana on lopulta vain suppea ennakkopäätösten joukko. Varsinainen aihe, rakentamiseen perustuva salainen omistusoikeus tukeutuu lisäksi sen perustana oleviin normeihin mm. kiinteistöjen ja muiden esineiden ainesosista, joista ei ole myöskään säädetty. Lisäksi vastaan tulee kysymyksiä, joille on vaikea osoittaa yksiselitteisiä vastauksia Suomen voimassa olevan oikeuden puitteissa. Tällainen on esimerkiksi jo edellä tarkastellun aksession merkitys. Sama koskee sopimuksia, joissa maanomistaja on sekä vuokranantajan että vuokralaisen rooleissa. Viimeksi mainittuihin liittyy kirjoittajan mielenkiintoinen keskustelu ja kritiikki. Myös näiltä osin teoksen aihe osoittautuu vaativaksi.

Puolison salainen omistusoikeus toisen puolison kiinteistöllä sijaitsevaan rakennukseen tai sen määräosaan merkitsee erityislaatuista irtainta omaisuutta. Oikeus on tehokkaasti suojattu, koska ennakkopäätöksissä on katsottu, että kysymys ei ole esineen, tässä tapauksessa kiinteistön ainesosaan kohdistuvasta oikeudesta. Erillisenä irtaimena omaisuutena rakennus tai sen osa ei tällöin myöskään sisälly kiinteistöä koskeviin oikeustoimiin. Rakennuksen tai sen osan erillisyyys perustuu puolisoitten tarkoituksiin, kun kohteena oleva rakennus on rakennettu. Kysymys on tällöin alkuperäisestä, rakentamiseen perustuvasta oikeudesta suhteessa sen kohteeseen, ei johdetusta, esimerkiksi kiinteistöön kuuluvan rakennuksen ostajan oikeudesta.

Puolisoiden tarkoituksiin perustuvana salainen omistusoikeus on erityislaatuinen monessa suhteessa. Ulkopuoliset eivät voi sitä käytännössä havaita tai huomata, elleivät osapuolet tuo järjestelyä esiin, ja – niin kuin edempänä tarkemmin havaitaan – oikeus lakkaa, jos siihen ei enää vedota. Jos rakennuksen tai sen määräosan salainen omistaja ei vetoa oikeuteensa, oikeutta ei käytännössä ole.

Edellä lausuttu muodostaa väitöskirjan aiheen keskeiset lähtökohdat, joihin väittelijä toisaalta kohdistaa hyvin perusteltua kritiikkiä. Keskeisenä lähtökohdانا on jatkuvasti ennakkopäätös KKO 2003:82, mutta tarkastelussa nojaututaan laajasti myös muihin ennakkopäätöksiin ja laajemminkin oikeuskäytäntöön. Aihetta tarkastellaan monipuolisesti, erilaisissa tilanteissa, erilaisista näkökulmista ja tukeutuen laajaan lähdepohjaan. Salaisen omistamisen suhde nautintasuojaan on huomion arvoisen erillisen tarkastelun kohteena. Sama koskee rakennuksen salaisen omistajan ja kiinteistön omistajan välisen yhteisomistussuhteen purkamisen kriittistä analyysiä.

Kappaleessa 3.3, alkaen sivu 119, aiheena on – yllättäen – kiinteistöön kohdistuvan salaisen omistamisen suhde ulosottokaaren 4:14 mukaiseen keinotekoiseen järjestelyyn. Tarkastelu laajennetaan kiinteistön salaiseen omistamiseen

teoksen useissa muissakin kohdissa. Em. kappaleessa kysymys on tilanteesta, jossa omaisuus voidaan ulosmitata velallisen velan maksamiseksi, vaikka sivullinen esittää väitteen tämän omaisuuden omistamisesta. Aihe otetaan monipuolisen pohdinnan kohteeksi. Toisaalta kirjoittajan ratkaisu herättää kysymyksen, olisiko tarkastelun kohteeksi ollut syytä ottaa – kirjan aihe huomioon ottaen – velallisen puolison väite siitä, että puoliso omistaa kokonaan tai osittain velallisen kiinteistöllä rakentamansa rakennuksen (UK 4:13.1, ks. myös UK 4:9.1).

Kappaleessa 3.6, alkaen sivu 151, aiheena on rakennuksen ja kiinteistön välisen yhteyden purkautuminen. Kokonaisen rakennuksen osalta asetelma on varsin selkeä. Jos rakennuksen omistaja ei voi osoittaa perustetta rakennuksen pitämislle paikallaan, kiinteistön omistaja voi vaatia rakennuksen poistamista tai purkamista. Kiinteistön omistajan ja hänen puolisonsa yhteinen rakennus on erilaisessa asemassa. Rakennuksen jakaminen ei näyttäisi tulevan kysymykseen, ja myös myyminen sisältää ongelmia. Erikseen ongelmallinen ratkaisu on realisoinnin laajentaminen maapohjaan, ellei avio-oikeus anna sille perustetta.

Kokonaisuutena rakennukseen tai sen osaan kohdistuva erillinen ja salainen omistusoikeus ja tämän oikeuden suhde kysymyksessä olevan kiinteistön omistajan asemaan on otettu laajan, kriittisen ja yksityiskohtaisen tarkastelun ja pohdinnan kohteeksi erilaisissa tilanteissa.

Rakennuksen salaiseen omistamiseen liittyvien sivullissuhteiden tarkastelussa väittelijän kriittisen analyysin lähtökohtana on oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa omaksuttu varsin ehdoton kanta, jonka mukaan rakentamiseen perustuva salainen omistusoikeus on sitova suhteessa sivullisiin. Esimerkiksi sivullisten vilpittömän mielen suoja ei ole tunnustettu. Tarkemmin lausuen kysymys on siitä, että sivullisen kiinteistöön kohdistuva oikeus ei voi kohdistua salaisesti omistettuun rakennukseen tai sen osaan, koska sitä pidetään erillisenä irtaimena omaisuutena eikä kiinteistön ainesosana. Tämä vakiintunut kanta osoittautuu ongelmalliseksi monessa suhteessa ja tilanteessa.

Toisaalta väittelijä olisi voinut ottaa selkeämmin huomioon myös rakennuksen ja erityisesti sen määräosan omistajan oikeussuojan tarpeet. Käytännössä kysymys on ennen kaikkea yksityishenkilön, kiinteistön omistajan puolison oikeussuojan tarpeesta suhteessa luotonantajien ja kiinteistön omistajan velkojien oikeussuojan tarpeeseen. Korkeimman oikeuden ratkaisut ja tulkinnat samoin kuin monet kirjallisuuden kannanotot voidaan selittää myös tältä pohjalta, vaikka nämä selitykset eivät olekaan saaneet kovin näkyvää asemaa. Argumentaatio on keskittynyt useimmiten esineoikeudelliseen ja käsitteelliseen jargoniin.

Kappaleessa 5.2.1.1, alkaen sivu 195, esitetään mielenkiintoinen ja laaja pohdinta mahdollisuudesta liittää tai sisällyttää kiinteistön panttioikeuden piiriin salaisen omistajan omistama rakennus tai rakennuksen määräosa. Tarkastelun kohteena on muun muassa rakennuksen omistajan antaman panttaussuostumuksen merkitys. Kriittisesti voidaan kysyä, eikö kauppakaaren säännösten soveltuminen tai relevanssi tässä tilanteessa edellyttäisi erillistä irtaimen esi-

neen panttausta ja näin ollen myös hallinnan luovuttamista tai muuta julki-varmistusta, mikä käytännössä ei ole mahdollista. Lisäksi voidaan kysyä, eikö salaisesti omistettu rakennus tule osaksi kiinteistöpanntioikeuden kohdetta, jos rakennuksen tai sen määräosan salainen omistaja ei vetoa oikeuteensa viimeistään, kun panttivelkoja realisoi kiinteistön rakennuksineen. Toisin sanoen, eikö kiinteistöpanntioikeuden kohde laajene myös salaisen omistuksen kohteeseen, jos salaiseen omistukseen ei vedota? Salaista omistusoikeutta rakennukseen tai sen osaan ei käytännössä ole, ellei sellaiseen vedota. Ero nimenomaiseen panttaussuostumukseen osoittautuu suhteelliseksi. Vertailu Englannin oikeuteen on havainnollinen tässä yhteydessä.

Voidaan katsoa, että rakennuksen omistajan salainen omistusoikeus rakennukseen tai sen osaan raukeaa tai lakkaa, jos siihen ei vedota kiinteistön realisoinnin yhteydessä. Vasta tässä vaiheessa kiinnityksen ja siihen perustuvan panntioikeuden kohde määritellään konkreettisesti. Oikeutta ei tunnusteta, kun sitä ei tuoda esiin eikä siihen vedota. Oikeuden voidaan katsoa myös lakaneen, jos siihen ei vedota kohtuullisessa ajassa panttauksen jälkeen tai jos voidaan osoittaa, että siitä on muuten luovuttu sekä suhteessa kiinteistön omistajaan että suhteessa kiinteistön panttivelkojaan. Luopuminen tarkoittaa tällöin kiinnityksen ja panntioikeuden hyväksymistä sellaisina, että ne kohdistuvat myös salaisen omistamisen kohteena olevaan rakennukseen tai sen määräosaan. Näin voidaan etsiä selitystä myös korkeimman oikeuden epäselvälle ratkaisulle KKO 2.7.1999 N:o 1840, S97/1090.

Puolison salainen omistusoikeus kiinteistöllä sijaitsevaan rakennukseen, esimerkiksi omakotitaloon tai sen määräosaan, on järjestely, joka ei ilmene rekistereistä, eikä sitä voida helposti havaita paikan päällä. Kiinteistön omistajan puolison asuminen kiinteistöllä on normaalitilanne avio- tai avoliiton perusteella. Rakennuslupakin on myönnetty kiinteistön omistajalle. Kriittinen kysymys on, miten kiinteistön ostaja tai panttivelkoja, esimerkiksi pankki ja sen edustaja voi havaita puolison salaisen omistusoikeuden? Toisaalta salaisen omistajan velkojien on myös käytännössä hyvin vaikea vedota rakennukseen kohdistuvaan omistusoikeuteen veloista vastaavana omaisuutena (ks. tarkemmin arvioitavan teoksen kappale 5.5.1). Rakennuksen salainen omistusoikeus heikentää sekä kiinteistön että rakennuksen omistajan luotonantajien ja muiden velkojien asemaa.

Väittelijä tarkastelee ja analysoi sivullissuhteita laajasti ja monipuolisesti. Huomioon otetaan myös kiinteistön salainen omistaminen. Kritiikki ja siihen perustuvien vaihtoehtojen tulkintojen mahdollisuus saa usein keskeisen aseman. Perinteisesti omaksuttujen lähtökohtien perusteella rakennuksen salainen omistaja saa suojaa, koska hänen omaisuutensa jää kiinteistöä koskevien oikeustoimien ja määräämistoimien ulkopuolelle. Rakennusta tai sen määräänsä ei lueta kiinteistön osaksi. Siksi esimerkiksi kiinteistöä koskevassa luovutustilanteessa rakennuksen tai sen osan omistaja on suojattu, koska yhtäältä rakennusta

tai sen määräosaa ei pidetä kiinteistön osana, eli se ei sisälly luovutukseen, ja toisaalta kysymyksessä ei ole rakennusta tai sen osaa koskeva irtaimen luovutus. Sama koskee vastaavalla tavalla pantti- ja muiden velkojien kiinteistöön kohdistuvia oikeuksia.

Kappaleessa 5.3.3, alkaen sivu 225, tarkastellaan kiinteistön ja siihen liittyvän salaisen omistajan rakennuksen tai sen määräosan kauppoja yhdessä eli samalla kauppakirjalla. Tällöin voidaan kysyä, sisältääkö kauppa kaksi eri luovutusta, kiinteän ja irtaimen omaisuuden kaupat, jos myös rakennuksen salainen omistaja allekirjoittaa kiinteistön kauppakirjan myyjän ominaisuudessa. Voidaan myös kysyä, tuleeko salaisen omistajan aiemmin omistamasta irtaimesta rakennuksesta tai sen määräosasta kaupan jälkeen kiinteistön ainesosa, kun ostaja on saanut sekä kiinteistön myyjältä kiinteistön että rakennuksen salaiselta omistajalta rakennuksen tai sen määräosan? Entä, jos rakennuksen salainen omistaja ei tuo esiin oikeuttaan. Onko lopputulos tällöin sama kuin kappaleessa 5.2.1.1 on esitetty panttivelkojan osalta?

Kappaleessa 5.4.1 ja erityisesti sivulla 232 väittelijä esittää rohkean ja kysymyksiä herättävän mutta toisaalta mielenkiintoisen tulkinnan, jonka mukaan kiinteistön ostaja tai panttivelkoja voisi saada – *de lega lata* – saantosuoja kauppakaaren 11:4 ja 12:4 säännösten perusteella suhteessa rakennuksen salaiseen omistajaan. Kiinteistön ohella luovutettaisiin tai pantattaisiin tosiasiallisesti tällöin myös irtainta omaisuutta, vaikka kiinteistön kauppakirja tai panttaus-sopimus ja panttikirja mainitsevat vain kiinteistön. Kun kysymys on kiinteistön ostajasta tai panttivelkojasta, kauppakaaren säännösten soveltuminen on ongelmallista. Kun kysymys on siitä, että salaisen omistajan rakennus tai sen osa pitäisi lukea kiinteistöä koskevan oikeustoimen osaksi, vastaan tulevat vakiintuneet normit kiinteistön ainesosista, jotka ovat olleet koko edeltävän esityksen perustana. Vallitsevan kannan mukaan vilpittömän mielen suojaa ei myönnetä luovutuksensaaajalle, joka uskoo luovutuksen kohteena olevan esineen ainesosien tai tarpeiston piiriin olevan lain osoittamaa laajempi. Vastaavalla tavalla myös vuokralaisen rakentama rakennus voitaisiin lukea kiinteistön osaksi, kun vuokraoikeutta ei ole kirjattu, niin kuin kirjoittaja toteakin. Kirjoittajan esittämä tulkinta ei näytä sopivan yhteen aiemmin esitettyjen ja tarkastelun lähtökohdista olevien *de lege lata* -kannanottojen kanssa. Tulkinta olisi perustellumpaa hahmottaa osaksi teoksen kritiikkiä tai *de lege ferenda* tai *de sententia ferenda* -kannanotoksi.

Olisiko väittelijän edellä mainitun tulkinnan perustana oleva ongelma ja siihen tarjottava vastaus tarkoituksenmukaisempaa hahmottaa kiinteistön ostajan tai panttivelkojan vilpittömän mielen suojan mahdollisuudeksi suhteessa kiinteistön ainesosiin ja tarpeistoon kiinteää omaisuutta koskevien normien mukaan tai rakennuksen salaisen omistamisen rinnastamisena kiinteistön salaiseen omistamiseen *de lege ferenda*? Tällöin olisi otettava huomioon myös salaisen omistajan, käytännössä yleensä kiinteistön myyjän tai pantinantajan puolison oi-

keussuojan tarpeet. Jälleen vastassa on kysymys siitä, onko kiinteistön omistajan puoliso vai esimerkiksi kiinteistön ostaja tai luotonantaja suuremman suojan tarpeessa. Lisäksi mahdollisuus antaa puolison suostumukselle merkitys, joka laajentaisi luovutuksen tai panttauksen kohteen, olisi myös otettava huomioon.

Vastaavasti kuin kiinteistön panttauksessa ja siihen perustuvassa realisatiossa kiinteistön luovutustilanteessa on mahdollista katsoa, että erillinen omistusoikeus rakennukseen lakkaa tai raukeaa, kun rakennuksen omistaja hyväksyy nimenomaisesti tai hiljaisesti rakennuksen sisällyttämisen luovutukseen. Hyväksynnän perustana voi olla se, että kiinteistön myyjä hyvittää salaiselle omistajalle, yleensä puolisolleen hänen panostuksensa rakentamiseen tai sopii asian muuten nimenomaisesti tai hiljaisesti salaisen omistajan kanssa.

Edellä kuvattu hyväksyntä lienee itse asiassa hyvin usein tapa, jolla rakennuksen salainen omistaminen käytännössä päättyy. Toisin sanoen se päättyy yhtä salaisesti kuin on syntynytkin, eikä sitä muutenkaan tuoda esiin aikana, jolloin siihen olisi voitu vedota. Kysymys on usein puhtaasti tietämättömyydestä. Kiinteistöä myytäessä hyvin harva myyjän puoliso tiedostaa asemansa rakennuksen omistajana. Mahdollisen salaisen omistuksen esille tuominen voisikin turhaan mutkistaa kaupantekoa. Erotilanteessa on sen sijaan todennäköisempää, että lainopillista apua hankitaan.

Saamisoikeutta salaisen omistamisen vaihtoehtona on tarkasteltu havainnollisesti pääkappaleessa 6. Kun lähtökohtana on kriittinen suhtautuminen rakentajapuolison omistusoikeuteen hänen toisen puolison maalle rakentamaansa rakennukseen ja tämän oikeuden ehdottomaan suojaan, on ymmärrettävää etsiä vaihtoehtoja omistusoikeuden vahvistamiselle siten, että rakentajapuolison intressit huomioidaan eikä aiheuteta hänelle menetyksiä. Luonteva vaihtoehto on tällöin rakentajapuolison toista puolisoa kohtaan kohdistuva rahamääräinen saamisoikeus, jos jälkimmäisen katsotaan omistavan kiinteistön rakennuksineen ja oletetaan esimerkiksi toimivan yksin myyjänä tai olevan yksin omistaja suhteessa velkoihin. Kysymykseen voisi tulla perusteettoman edun palautus, vahingonkorvaus tai muu rahamääräinen hyvitys. Edellä kuvatulla tavalla tämä on jo itse asiassa usein käytännössä ratkaisu, jonka avulla salainen omistusoikeus lakkaa.

Voimassa olevan oikeuden puitteissa rahakorvaus on toissijainen oikeussuojan muoto. Huomioon on otettava myös se, että velkojana puolison asema on selkeästi heikompi kuin erillisen rakennuksen omistajana. Tämä koskee erityisesti tilanteita, joissa kiinteistön omistaja on tullut maksukyvyttömäksi.

Pääkappaleessa 7 tarkastellaan eräitä kirjallisuudessa esitettyjä vaihtoehtoja nykyisille normeille, ja pääkappaleessa 8 esitetään yhteenvetona väittelijän kriittiset johtopäätökset Suomessa omaksutuista normeista. Väittelijä suosittelee luopumista rakennuksen salaisen omistajan vahvasta sivullisuujoasta. Kysymykseen voisivat tulla sekä sivullisen vilpittömän mielen suojaaminen että ainesosia koskevien normien muuttaminen.

6. Yhteenveto

Karoliina Helteen väitöskirjassa otetaan haltuun ja analysoidaan erinomaisella tavalla mielenkiintoinen ja käytännön kannalta merkityksellinen esineoikeudellinen aihe ja ongelma. Aihetta on tarkasteltu selkeän ja monipuolisen analyysin avulla ja tukeutumalla muun muassa oikeusvertailuun. Aihe on vaativa. Aihe on onnistuneesti rajattu erääseen salaisen omistamisen erityistilanteeseen. Tällä tavalla aihe on yhtenäinen ja muodostaa kiinteän tutkimuksen kohteen. Sekä aiheenvalintaa että sen rajauksia voidaan pitää rohkeina, ennakkoluulottomina ja onnistuneina.

Helle on lähestynyt aihetta kritiikin avulla. Kriittinen lähestymistapa on perusteltu ja toimiva, koska tarkastelun kohteena oleva normikokonaisuus sisältää ongelmia. Salainen omistusoikeus rakennukseen tai sen määräosaan on sekä kiinteistön omistajan että erityisesti sivullisten, kiinteistön luovutuksensaajan ja panttivelkojan, kannalta ongelma. Aiheella on käytännöllistä merkitystä, ja se on tutkimisen arvoisen. Huomion arvoista on, että aihetta on aiemmin tarkasteltu ja sivuttu usein kirjallisuudessa, mutta se ei ole ollut aiemmin erillisen monografian aiheena.

Tutkimuksen lähdepohja on kotimaan oikeuden osalta laaja ja kattava. Puutteita ei voida osoittaa. Erityisenä ansiona on pidettävä oikeusvertailua suhteessa muihin Pohjoismaihin ja Englantiin. Vertailu ei jää vain erilliseksi jaksoksi, vaan sitä käytetään tehokkaasti myös Suomen oikeuden tutkimisen tukena.

Kokonaisuutena Helteen teos antaa kattavan kuvauksen ja analyysin aiheesta. Teoksella on Suomessa uutuusarvoa ja selkeät tutkimukselliset ansiot. Tutkimuksen kohteina ovat keskeiset ja vaikeaksikin koetut kysymykset kiinteistöjä ja rakennuksia koskevasta omistus- ja muista oikeussuhteista. Aiheella on myös selkeä käytännöllinen merkitys. Helle on esittänyt perusteltuja tulkintakannanottoja ja kritiikkiä sekä käynyt hedelmällistä lainopillista keskustelua. Edellä mainittu ja teoksen kohdistettu kritiikki ei tätä johtopäätöstä muuta. Tältä osin kysymys on lainopillisesta keskustelusta.

Suosittelen Helteen teosta kaikille niille, jotka ovat kiinnostuneet tilanteista, joissa puolison mahdollinen omistusoikeus toisen puolison kiinteistöllä sijaitsevaan rakennukseen tulee ajankohtaiseksi kysymykseksi. Kiinteistön alueella sijaitseva, mutta kiinteistöön kuulumaton kiinteistön omistajan puolison rakennus tai sen määräosa muodostuu helposti ongelmaksi yhtäältä puolisoitten välillä, erityisesti erotilanteessa, ja toisaalta suhteessa kiinteistön omistajan velkoihin ja kiinteistön ostajaan.

Matti Ilmari Niemi

Asianomistajan yksityiselämän suoja rikosprosessissa

1. Johdanto

Olen analysoinut tutkimuksessani rikosasiaan nähden ulkopuolisten tahojen oikeutta saada tietoja rikoksesta. Kysymys on siitä, millainen on rikoksen kohteeksi joutunutta henkilöä koskevien tietojen suoja rikosprosessissa. Olen tarkastellut asianomistajan yksityiselämän suoja tutkimuksessani monitahoisesti ja vastannut kysymykseen: *Millainen asianomistajan yksityiselämän suoja on Suomen rikosprosessissa?* Tutkimuskysymyksiin vastataan pääasiassa lainopin keinoin, voimassa olevaa lainsäädäntöä tulkiten ja systematisoiden. Kiinnitän huomiota asianomistajan yksityiselämän suojan kehitykseen historiallisesti – ja erityisesti perusoikeuksien punnintaan. Lisäksi vertailen Suomen ja Ruotsin säännösten yhtäläisyyksiä ja eroja tutkimuksen kohteen näkökulmasta.

Asianomistaja joutuu palaamaan häntä koskevan rikosasian käsittelyyn toistuvasti – kymmeniä kertoja – prosessin eri vaiheissa asian käsittelyssä viranomaisen niin edellyttäessä. Yksittäiselle virkamiehelle tämä kohtaaminen voi olla vain yksi tavanomainen tehtävä muiden tehtävien joukossa, kun taas asianomistajalle kysymys on hyvin merkityksellisestä asiasta. Virkamiehen kohtaamisten lisäksi asianomistaja käsittelee asiaa oman avustajansa kanssa vähintään yhden kerran viranomaisen toimenpiteen johdosta.

Jokaisella on jokin käsitys, mitä yksityisyydellä ja yksityiselämän suojalla tarkoitetaan. Rikosasioiden julkisuudesta puhuttaessa yleistä keskustelua ei voida perustaa asiasta keskustelevalta tahon henkilökohtaiseen näkemykseen yksityisyydestä, koska silloin keskustelua ei käydä oikeassa kontekstissa. Olen sijoittanut eri yhteyksissä käytettävät käsitteet yksityisyydestä ja yksityiselämästä toisiinsa nähden yksityisyyden käsittekartastoon. Tässä tutkimuksessa yksityiselämän suoja määritellään julkisuuslainsäädännössä ja asianomistajan näkökulmasta. Yksityisyys on käsitteenä uudessa toimintaympäristössä, joka edellyttää uusia keinoja suojan määrittämiseksi. Yhteiskunnallisena arvona yksityisyyttä arvos-

* Satu Rantaeskola, OTT. Lectio praecursoria vähäisin muutoksin Turun yliopistossa 21.5.2021 pidetyssä väitöstilaisuudessa, jossa kirjoittaja puolusti väitöskirjaansa Asianomistajan yksityiselämän suoja rikosprosessissa. Alma Talent 2021.

tetaan edelleen. Esimerkiksi koronapandemian aiheuttamat rajoitukset on koettu haastavina, kun ihmisten yksityiselämään kuuluvia oikeuksia on rajoitettu. Olen muodostanut asianomistajan yksityiselämän vyöhykkeet *Restricted access* -teorian avulla. Erilaisten tapahtumien ja tietojen paikka määrittyy niiden arkaluonteisuuden laadun perusteella mallin eri vyöhykkeille.

2. Julkisuuslainsäädännön soveltamisalasääntely

Rikosasiaa koskevan julkisuuslainsäädännön soveltaminen perustuu soveltamisalasäännöksiin. Viranomaisten toiminnan julkisuudesta annettua lakia (621/1999, julkisuuslaki) sovelletaan muun muassa rikosasian esitutkinta- ja syyteharkintavaiheessa. Oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa annettua lakia (370/2007, oikeudenkäyntijulkisuuslaki) sovelletaan rikosasioissa, kun asia tulee tuomioistuimeen vireille. Täytäntöönpanovaiheessa asian käsittely siirtyy takaisin julkisuuslain soveltamisalueelle. Sen sijaan viranomaisen tekemästä hallintopäätöksestä valitettaessa asian käsittelyyn sovelletaan oikeudenkäynnin julkisuudesta hallintotuomioistuimissa annettua lakia (381/2007). Viimeksi mainitun lain soveltamisalaan kuuluvat mm. valittaminen tietopyyntöön tehdystä kielteisestä ratkaisusta. Silloin esitutkinnasta ja syyteharkinnasta annettuun ratkaisuun haetaan muutosta hallintoprosessuaalisessa linjassa. Sen sijaan rikosasiaa käsittelevälle tuomioistuimelle tehty tietopyyntö käsitellään yleistä lainkäyttöä koskevassa prosessissa. Tietopyyntöjä koskevan sääntelyn myötä samaa rikosasiaa voidaan käsitellä samanaikaisesti kahdessa eri prosessissa, mitä ei voida pitää tarkoituksenmukaisena.

Julkisuuslainsäädäntöä on pidetty haastavana, mutta itse pidän sitä koherenttina kokonaisuutena, kun muun muassa yksityiselämän suoja huomioidaan rikosasian käsittelyssä sen kussakin vaiheessa. Esimerkiksi rikoslain tunnusmerkistöjen ja esitutkinnassa käytettävien pakkokeinojen edellytyksiä voidaan pitää paljon monivaihteisempina ja vaikeammin hallittavina kuin julkisuuslainsäädäntöä. Tunnuksmerkistöjä ja pakkokeinoja koskevaa oikeuskirjallisuutta on paljon saatavilla. Sen sijaan esimerkiksi julkisuuslainsäädännön salassapitokohdista ei ole käyty kovinkaan paljoa oikeudellista keskustelua eikä oikeuskirjallisuutta ole saatavilla kattavasti.

Esitutkinnassa ja syyteharkinnassa asiaa valmistellaan tulevaa oikeudenkäyntiä varten. Asia on silloin valmisteltava siten, että syyteharkinta ja asianosaisten etujen valvominen voidaan suorittaa asianmukaisesti ja että todistelu voidaan pääkäsittelyssä ottaa vastaan yhdellä kertaa tai asia voidaan ratkaista kirjallisessa menettelyssä (ETL 1:2.2). Syyttäjä tekee syyteharkinnan esitutkintapöytäkirjan perusteella. Asianosaiset eivät yleensä ole yhtä aikaa läsnä esitutkinnassa ja syy-

teharkinnassa. Sen sijaan oikeudenkäynnissä asianosaiset ovat läsnä ja asia ratkaistaan suullisessa, välittömässä ja asianosaisille julkisessa oikeudenkäynnissä. Tuomioistuimen ratkaisun jälkeen asia siirtyy täytäntöönpanovaiheeseen, jolloin asianosaisten samanaikaiselle läsnäololle ei ole enää tarvetta.

3. Yleisöjulkisuus ja asianosaisjulkisuus

Yleisöjulkisuuden ja asianosaisjulkisuuden erottaminen toisistaan on tärkeää, kun yksittäisen rikosasian julkisuutta arvioidaan. Esimerkiksi esitutkinnassa asianosaiset määrittyvät esitutkintalain perusteella. Asianosaiset muodostavat asianosaisjulkisuuden piiriin kuuluvat tahot. Yleisöjulkisuuden piiriin kuuluvat ne tahot, jotka eivät kuulu asianosaisjulkisuuden piiriin. Näihin ryhmiin kuuluvien henkilöiden oikeus rikosasiaa koskeviin tietoihin on erilainen. Yleisöjulkisuuden piiriin kuuluvilla on oikeus saada tieto rikosasiaa koskevasta julkisesta aineistosta mutta ei salassa pidettävistä tiedoista. Sen sijaan asianosaisilla on laaja oikeus tietoihin omassa asiassa, ja asianosaisilla on oikeus myös salassa pidettäviin tietoihin. Tavallinen toteamus rikosasiassa voi olla: *mutta sehän on julkista!* Tähän hyvä vastakysymys olisi tiedustella, kenen näkökulmasta tieto on julkista, asianosaisten vai asiaan nähden ulkopuolisten tahojen.

4. Yksityiselämän suoja perusoikeuksien punninnassa

Perusoikeuksien punninta on tärkeässä roolissa julkisuuslainsäädäntöä säädetäessä ja sitä sovellettaessa. Perusoikeudet ovat lähtökohtaisesti samanarvoisia, kuten esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta *Einarsson v. Islanti* 7.11.2017, kohta 37 ilmenee. Kohdassa todetulla tavalla ratkaisun lopputuloksen ei pitäisi vaihdella sen mukaan, onko valitus tehty yksityiselämän suojan vai sananvapauden nojalla, vaan ne ansaitsevat yhtäläisen kunnioituksen oikeuksina (”indeed, as a matter of principle these rights deserve equal respect”).

Lakia säädetäessä salassapitosäynnösten sisällöllä osoitetaan, millä tavoin viranomaisen edellytetään suojaavan tietoja. Muun muassa oikeus julkiseen oikeudenkäyntiin on Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaan asianosaisten oikeus, kun päätetään hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan tai häntä vastaan nostetusta rikossyyttestä. Säännöksen mukaan päätös on annettava julkisesti, mutta lisäksi samassa säännöksessä mainitaan niistä tilanteista, joissa oikeudenkäynnin julkisuutta voidaan rajoittaa kokonaan tai osittain. Edelleen

säännöksessä todetaan, että lehdistöltä ja yleisöltä voidaan kieltää pääsy koko oikeudenkäyntiin tai osaan siitä demokraattisen yhteiskunnan moraalien, yleisen järjestyksen tai kansallisen turvallisuuden vuoksi, nuorten henkilöiden etujen tai osapuolten yksityiselämän suojaamisen niin vaatiessa taikka siinä määrin kuin tuomioistuimien harkitsee ehdottoman välttämättömäksi erityisolosuhteissa, joissa julkisuus loukkaisi oikeudenmukaisuutta. Asianomistajan yksityiselämän suojaaminen voi siten edellyttää oikeudenkäynnin julkisuuden rajoittamista. Samalla salassapitosääntely rajoittaa oikeutta käsitellä asiaa julkisuudessa (esimerkiksi mediassa). Kysymys ei ole sananvapauden ydinalueelle kuuluvasta ennakkosensuurista vaan sananvapauden tehtävän rajoittamisesta, ja perusoikeuden tehtävää voidaan rajoittaa.

Salassapitosäännökset muodostavat rikosasian käsittelylle ns. rajapinnan, jolloin salassapito on laajuudeltaan käsiteltävän asian rikosprosessin vaiheen ja asianosaisten oikeuksien edellyttämän mukainen. Asianosaiset ja ne rikosprosessin toimijat, joilla on oikeus käsitellä tätä yksittäistä rikosasiaa ovat aina tämän ns. rajapinnan sisäpuolella. Asianomistaja voi kertoa rikokseen liittyvän kokemuksensa ja luottaa siihen, että hänen kertomansa tiedot jäävät vain sen henkilöpiiriin tietoon, jolla on eri relaatioissa asianomistajaan nähden oikeus tietoihin. Muut viranomaiset ovat yksittäiseen rikosasiaan nähden rajapinnan ulkopuolella, yleisöjulkisuuden piirissä. Tietojen luovuttaminen heille edellyttää erillistä säännöstä.

Julkisuuslainsäädäntö ja muu sääntely määrittävät yleisöjulkisuuden piirissä olevan tahon oikeuden saada tietoja yksittäisestä rikosasiasta. Siitä voidaan esitutkinnan aikana tiedottaa esimerkiksi rikoksen selvittämiseksi, jolloin ns. rajapintaan tulee aukko. Oikeudenkäyntivaiheessa myös yleisölle julkinen oikeudenkäynti tarkoittaa, että asiaan nähden ulkopuolisilla on oikeus seurata asian käsittelyä tuomioistuimessa. Silloin rikosasian niin sanottu rajapinta rikkoutuu väliaikaisesti enemmän. Ratkaisun antamisen jälkeen tämä ns. rajapinta sulkeutuu, koska täytäntöönpanovaiheessa asiasta ei anneta tietoja ulkopuolisille.

Yksittäisestä rikoksesta tiedottaminen tarkoittaa tietojen antamista esitutkinnasta yleisöjulkisuuden piiriin kuuluville tahoille. Samalla pitäisi harkita esitutkinta- ja syyteharkinta-aineiston yleisen salassapitokohdan sisältämää ehtoa salassapito-olettamasta. Sen mukaan tietojen antaminen on mahdollista vain, jos on ilmeistä, ettei mikään ehdon kohdista toteudu. Tietojen antaminen rikoksesta ei saa vaarantaa tutkintaa, aiheuttaa asianosaisille vahinkoa tai kärsimystä ilman painavaa syytä eikä estää tuomioistuinta määräämästä salassapidosta.

Asianosaisille vahingon tai kärsimyksen aiheuttaminen voi väistyä, jos asiassa on käsillä painava syy tiedottaa yksittäisestä rikoksesta. Rikostutkinnallinen syy voi oikeuttaa tietojen antamiseen yksittäisestä rikoksesta, jolloin poliisi hoitaa sille kuuluvia tehtäviään. Sen sijaan poliisin ulkopuolelta tulevilla vaatimuksilla voidaan nähdä toisenlaisia intressejä. Vaikka jollakin asialla olisi yhteiskunnallista merkitystä, tietojen antamista esitutkinnasta on punnittava esimerkiksi

asianomistajalle aiheutuvaan vahinkoon tai kärsimykseen nähden. Asian heittävä yleistä mielenkiintoa ei voida pitää tietojen antamiseen oikeuttavana painavana syynä, jos tietojen antamisesta aiheutuu liiallisesti vahinkoa tai kärsimystä asianomistajalle.

Lainsäädäntöä sovellettaessa perusoikeuksien keskinäistä punnintaa tehdään silloin, kun salassapitosäännöksessä on vahinkoedellytyslauseke. Tämän ehdon toteutuminen tai toteutumattomuus määrittää asian julkisuuden ja salattavuuden yksittäistapauksessa. Punnintaa ei puolestaan voida lakia sovellettaessa tehdä silloin, kun salassapito määrittyy vahinkoedellytyslausekkeettoman säännöksen perusteella, koska punninta on tehty jo säännöksiä säädettäessä. Vahinkoedellytyslausekkeen sisältävässä salassapidossa tiedon julkisuus ja salattavuus on harkittava kussakin yksittäistapauksessa erikseen. Olen tässä tutkimuksessa systematisoinut julkisuuslain ja oikeudenkäyntijulkisuuslain salassapitotasot suhteessa toisiinsa. Niiden avulla lainsäätäjä on punninnut esimerkiksi yksityiselämän suojan ja sananvapauden välisen suhteen perusoikeuksina.

5. Yksityiselämän suoja ratkaisukäytännössä

Tarkastelin tutkimuksessani laajasti aihepiirin ratkaisukäytäntöä sekä kotimaisten tuomioistuinten, ylimpien laillisuusvalvojen että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen osalta. Käsittelin viranomaistoimintaa kriittisesti laajan ratkaisukäytännön perusteella. Näin korostuvat asianomistajan (ja muiden asianosaisten) oikeudet viranomaistoiminnassa. Samalla asianomistajan oikeudet rikosasian julkisuutta ja salassapitoa koskevista kysymyksistä tulevat laajemmin tietoon.

Esitutkintaa ja syyteharkintaa koskevissa ratkaisuissa korostuivat asian käsitteleminen viivytyksettä, uhrin kohtaaminen ja salassapitomerkintöjen oikeellisuus sekä asianosaisjulkisuuden laajuus. Samoin korostui velvollisuus huolehtia asianomistajan oikeuksista esimerkiksi silloin, kun yksittäisestä rikoksesta tiedotetaan esitutkinnan aikana.

Oikeudenkäyntivaihetta koskevassa ratkaisukäytännössä korostui se, ettei mikään rikostyyppi ole viran puolesta tällä hetkellä oikeudenkäynnissä oikeutettu salassapidon suojaan, ja salassapitomääräyksen antaminen edellyttää pyyntöä. Siksi rikosasian käsittelyn alussa asianomistajan pitäisi oikeuksiensa toteutumiseksi pyytää salassapitomääräysten antamista. Tämä on pyynnön tekemiselle myös tarkoituksenmukaisin ajankohta, kun asianosaiset ovat läsnä. Asianomistajan kannattaa lisäksi pyytää, ettei pyynnön hylkäävää ratkaisua panna täytäntöön ennen sen lainvoimaiseksi tulemistä, koska muutoksenhaku kävisi hyödyttömäksi. Lisäksi muutoksenhakuun on ryhdyttävä heti odottamatta myöhemmin annettavaa pääasian ratkaisua, koska julkisuusratkaisun muutoksenhaku ei ole

sidottu pääasian ratkaisuun. Tuomioistuimella on mahdollisuus antaa ennakkollinen väliaikais määräys salassapidosta ennen asian käsittelyä, mutta myös oikeus käsitellä julkisuusasia uudelleen. Ratkaisukäytännössä korostuivat myös uhrin suojelutoimenpiteet, kuten käsittelyn julkisuuden rajoittaminen uhrin suojelemiseksi. Tähän liittyen syyttäjä toimittaa esitutkinnassa selvitetty suojelutoimenpiteitä koskevat tarpeet haastehakemuksen yhteydessä käräjäoikeudelle.

Suomea koskevassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapauksessa *E. H. v. Suomi 4.4.2006* syytetty ei voinut toteuttaa rikosasian oikeudenkäynnissä kyselyoikeuttaan asianomistajalta. Raikausta koskevassa tapauksessa alaikäinen asianomistaja poistui salista kiihtyneenä ja hermostuneena kesken käsittelyn, kun syytetyn avustaja kuulusteli häntä. Kun asianomistaja palasi saliin, mikään ei osoittanut, etteikö hänen kuulemistaan olisi voitu jatkaa, mutta niin ei toimittu. Hovioikeudessa asianomistajaa ei voitu kuulla, koska kuuleminen olisi voinut vaarantaa hänen terveytensä. Asianomistajan suojaamiseksi erityiset toimenpiteet ovat ratkaisun mukaan mahdollisia ja asianomistajan yksityiselämän suoja tulee huomioida. Menettely ei loukannut syytetyn oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.

Rikoksen uhrista ei voida levittää mediassa sellaista tietoa, joka loukkaa uhria tai tämän läheisten oikeuksia. Tällaisesta uutisoinnista asetetuilla seuraamuksilla ei rikottu sananvapautta, kuten esimerkiksi ratkaisuista *Hachette Filipacchi Associates v. Ranska 14.6.2007*, *Masschelin v. Belgia 20.11.2007* ja *Sigma Radio Television Ltd. v. Kypros 21.7.2011* ilmenee.

Selvitin tutkimuksessani, minkä verran asianomistajat valittavat Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen. Yksityiselämän suojaa koskevan tutkimusaineiston kaikista tilanteista (2 078 tapausta) valitettiin tutkimuksen kohdetta koskevissa prosesseissa (1369 tapausta) eniten väittäen sananvapauden loukkausta (511 tapausta), seuraavaksi eniten väitettiin loukatun oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin (355 tapausta), kun yksityiselämän suojan loukkausta väitettiin vähemmän (189 tapausta). Tutkimusaineistossa oikeuksiaan vaativat rikosprosessuaalisen aseman perusteella epäilty tai epäiltyyn rinnasteisessa asemassa olevat tahot. Samoin ammattinsa tai taustansa puolesta omista oikeuksistaan tietoiset tahot korostuivat valittajien joukossa (esimerkiksi julkaisemiseen liittyvät tahot, poliitikot ja muut vallankäyttäjät sekä rikosprosessin toimijat). Asianomistajat eivät siten näyttäisi vaatineen oikeuksiaan kovinkaan aktiivisesti ainakaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa yksityiselämän suojan toteutumiseksi.

6. Yksityiselämän suoja käytännössä

Tutkin asianomistajan yksityiselämän suojan toteutumista erityisesti Webropol-kyselyn avulla. Kyselyssä rikosprosessin toimijat – viranomaisista esitutkinnan tutkinnanjohtajat, syyttäjät ja rikosasioita käsittelevät käräjätuomarit sekä rikosasioita hoitavat oikeudenkäyntiavustajat – ottivat kokonaiskyselyssä kantaa kolmeen kuvitteelliseen tapaukseen ja niihin liittyvien tietojen julkisuuteen.

Tutkimukseni perusteella näyttää siltä, että asianomistaja saa salassapidon suojaa silloin, kun kysymys on yksityiselämän turvallisuuden ja tiedollisuuden osa-alueista. Kehollisuuden osa-alueen suoja eli henkeen ja terveyteen kohdistuvan rikoksen uhrin ja tämän läheisten suoja näyttäytyy sen sijaan alhaisena. Samoin turvallisuuden osa-alueista kotirauhan suoja näyttäytyy alhaisena. Kotirauhan suoja ja rikoksen uhrin kehollisuuden suoja vaikuttavat tämän tutkimuksen perusteella jääneen oikeuksien ydinalueajattelussa jälkeen muista perusoikeuksista.

Oikeudenkäynnissä asianomistajan yksityiselämään ym. liittyviä tietoja suojataan silloin, kun ne ovat arkaluonteisia. Tiedot eivät kuitenkaan ole salassa pidettäviä, kun ne liittyvät olennaisella tavalla rikosasiaan, jollei tuomioistuin määrää niitä salassa pidettäviksi. Tämä rajoitus ei koske muita säännöksessä salassa pidettäväksi määriteltyjä tietoja. Näyttää siltä, että rikosasian tietoja voidaan määritellä kategorisesti ja ilman riittävää harkintaa julkisiksi tämän olennaisen liittymäpinnan vuoksi – ja vielä rikoslajeittain. Tätä olennaisen liittymäpinnan edellytystä on tarkasteltu monitahoisesti esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisussa *KKO 2018:75*, jossa korkein oikeus on antanut salassapitomääräyksiä paitsi korkeimman oikeuden käsittelyn myös hovioikeuden ja käräjäoikeuden osalta.

Oikeudenkäynnissä salassapitosäännösten soveltaminen näyttää vinoutuneen asianomistajan ja syytetyn välillä. Rikoksen uhria loukkaavat tiedot -salassapitoperusteen soveltaminen pitäisi ottaa huomioon viran puolesta, mutta niin ei näytä tapahtuvan. Salassapito on käsillä, kun perusteen ehto tiedon loukkaavuudesta alhaisimmalla salassapitotasolla täyttyy. Säännöksen soveltamiskynnyks on voinut tutkimuksessa esitetyistä syistä asettua liian korkealle. Salassapito määräytyy syytetyyn yksityiselämää koskeville tiedoille viran puolesta erilaisten selvitysten yhteydessä, mutta asianomistajaa koskevat yksityiselämän tiedot määrittävät liittymäpinnan myötä julkisiksi eikä viran puolesta sovellettavaa salassapitokohtaa uhria loukkaavista tiedoista sovelleta. Epäillyn vähimmäisoikeudet ovat tärkeitä, mutta samalla tavalla asianomistaja ihmisarvoisena yksilönä ja hänen yksityiselämänsä suoja on huomioitava rikosprosessissa.

Rikosasian yhteydessä voi ilmetä lisäksi itse rikokseen liittymättömiä tietoja, kuten esimerkiksi asianomistajan yksityiselämästä tai terveydentilasta. Tällaisten seikkojen salassapidon suojaan pitäisi kiinnittää erityistä huomiota.

7. Asianomistajan yksityiselämän suojan nykytilaa selittäviä tekijöitä

Tutkimuksen tulokset siis osoittavat, että asianomistajan yksityiselämän suoja ei kotimaisessa oikeuskäytännössä välttämättä ole Suomen perustuslain ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen edellyttämällä tasolla. Historian tunteminen voi auttaa ymmärtämään nykytilannetta mutta erityisesti se estää toistamasta samoja virheitä, joita aikaisemmassa lainvalmistelussa on mahdollisesti tehty. Olen selostanut tutkimuksessa monitahoisesti syitä asianomistajan yksityiselämän suojan ongelmiin.

Ennen Suomen itsenäistymistä yksityiselämää suojattiin painovapausasetuksilla eikä painatusoikeuden ja asiakirjajulkisuuden välillä nähty selkeää eroa. Rikosasioiden julkisuutta on säännelty ensimmäisen kerran oikeudenkäytön julkisuudesta annetulla lailla (26/1926): rikosasiasta ei saanut julkaista mitään, jos siinä järjestettiin suljettu käsittely. Tuomioistuimella oli muutoinkin päätösvalta tietojen julkaisemisesta ennen asian ratkaisemista.

Painattamisoikeus ja asiakirjojen julkisuus erotettiin lailla yleisten asiakirjain julkisuudesta (83/1951, asiakirjajulkisuuslaki). Tämän sääntelyn mukaan esitutkinta-aineisto tuli julkiseksi, kun asia oli esillä oikeudessa tai jätetty sikseen. Asiakirjajulkisuuslain tai sen nojalla annetun asetuksen salassapitokohtat eivät koskeneet rikosasioita. Painovapauslaki (1/1919) määritteli edelleen rikosasioiden uutisointia, johon oikeudenkäytön julkisuudesta annetun lain sääntely vaikutti.

Oikeudenkäyntiä koskeva sääntely uudistettiin lailla oikeudenkäynnin julkisuudesta (945/1984). Tätä oikeudenkäynnin julkisuutta määrittävää lakia muutettiin julkisuuslain säätämisen yhteydessä vuonna 1999, kun yksityiselämän suojaa rikosasiassa parannettiin myös oikeudenkäynnissä perusoikeusuudistuksessa edellytetyllä tavalla. Seuraavaksi säädettiin laki sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä (460/2003, sananvapauslaki), jolloin kaikki rikosasiaa koskevat julkaisurajoitukset poistettiin. Viimeisessä vaiheessa säädettiin rikosasioiden julkisuutta oikeudenkäynnissä määrittävä tutkimuksen kohteena oleva oikeudenkäyntijulkisuuslaki (370/2007, YTJulkL).

Rikosasian julkisuudesta esiintyy edelleen mielipiteitä, joiden mukaan rikosasia olisi esitutkinta- ja syyttäjäviranomaisessa julkinen, kun asia on ollut esillä tuomioistuimessa. Näin tilanne olikin ennen julkisuuslakia, mutta julkisuuslain mukaan aineiston yleisen salassapidon päätyttyä muu salassapito pysyy esitutkinta- ja syyteharkintaviranomaisessa voimassa. Asiakirjajulkisuuden ja julkaisemiseen liittyvän lainsäädännön sekoittuminen ja julkisuuslainsäädännön systematiikan hahmottamisen haasteet voivat siten olla yksi asianomistajan yksityiselämän suojan ongelmien syy.

Yksityiselämän suojan arvostukseen vaikuttavat erilaiset näkemykset suojan tarpeellisuudesta. Näkemykset voivat perustua mannereurooppalaiseen tai

angloamerikkalaiseen käsitykseen sananvapaudesta ja yksityisyyden suojasta yleisellä tasolla. Silloin myös asianomistajan yksityiselämän suojan tarpeeseen suhtaudutaan eri tavoin. Näiden näkemysten eroavaisuus voi olla yksi yksityiselämän suojan haasteiden syy.

Painattamisoikeus ja muut perusoikeudet on määritelty painovapausasetuksissa (vuodesta 1766 alkaen) ja hallitusmuodossa (28.8.1772) ensimmäisen kerran 1700-luvulla aikakaudelle tyypillisellä tavalla. Suomen itsenäistymisen jälkeen perusoikeudet määritettiin hallitusmuodossa (94/1919), mutta yksityiselämän ja henkilökohtaisen koskemattomuuden suoja koskeva perusoikeus säänneltiin hallitusmuotoon perusoikeusuudistuksessa vuonna 1995. Rikoksen uhrin asemaa vahvistettiin uhridirektiivin (2012/29/EU) velvoittamana vuonna 2016. Perusteltu kysymys on, onko sääntely asianomistajan yksityiselämän suojan parantamisesta vaikuttanut riittävästi rikosprosessin toimijoiden oikeudelliseen ajatteluun.

Julkisuuslakia, sananvapauslakia ja oikeudenkäyntijulkisuuslakia on valmisteltu eri tasoisesti ennen eduskuntakäsittelyä. Kansainvälisten sopimusten veloitteet jätettiin huomiotta, kun oikeudenkäyntijulkisuuslailla vuonna 2007 poistettiin asianomistajan yksityiselämän suoja oikeudenkäynnissä parantaneet säännökset (624/1999), jotka oli lisätty julkisuuslain säätämisen yhteydessä tuolloin voimassa olleeseen oikeudenkäyntijulkisuuslakiin (945/1984). Oikeudenkäyntijulkisuuslain valmistelun aikana esitettiin kritiikkiä, mutta sitä ei huomioitu. Esimerkiksi yksityiselämän suoja pidettiin valmistelun aikana esitetyissä lausunnoissa puutteellisena. Tiedotusvälineiden mahdollisuutta hoitaa tehtäväänsä pidettiin vieraana tavoitteena lain uudistamiselle. Samoin kritisoitiin kaikkien kysymysten ratkaisemista avoimuuden ja julkisuuden lisäämisellä sekä lainkäytön läpinäkyvyyden parantamisella.

Oikeudenkäyntien julkisuuden kaventuminen esitettiin tosiasiassa, vaikka selvitystä sellaisesta ei ollut. Valmistelussa ei huomioitu sitä mahdollisuutta, että ilman yleisöä toimitetut käsittelyt saattoivat olla perusteltuja ja välttämättömiä asianomistajan yksityiselämän suojaamiseksi. Vaikka oikeudenkäynnin julkisuus onkin tärkeä näkökulma, näyttää siltä, että julkisuuden funktio on oikeudenkäyntijulkisuuslain myötä jossain määrin ylikorostunut.

Lakien valmistelun epäyhtenäisyys korostui myös eduskuntavaiheen käsittelyssä. Julkisuuslakia käsiteltiin kolmessa valiokunnassa, kun taas sananvapauslakia ja oikeudenkäyntijulkisuuslakia käsiteltiin vain yhdessä valiokunnassa. Pyydettyjen asiantuntijalausuntojen määrissä sekä asiantuntijoina kuulluissa tahoissa on huomattavaa eroavaisuutta. Julkisuuslakia kolmessa eri valiokunnassa valmisteltaessa kuultiin yhteensä 137 asiantuntijaa ja pyydettiin 37 kirjallista lausuntoa. Sananvapauslakia perustuslakivaliokunnassa käsiteltäessä kuultiin 25 asiantuntijaa ja pyydettiin kolme kirjallista lausuntoa mutta rikosprosessin asiantuntijoita ei kuultu. Oikeudenkäyntijulkisuuslakia ei käsitelty lainkaan perustuslakivaliokunnassa. Lakivaliokunnan käsittelyssä oikeuden-

käyntijulkisuuslakia valmisteltaessa kuultiin 19 asiantuntijaa eikä kirjallisia lausuntoja annettu. Sananvapauslakia ja oikeudenkäyntijulkisuuslakia säädettäessä asianomistajan yksityiselämän suoja jäi vaille riittävää huomiota. Tämä voi olla yksi asianomistajan yksityiselämän vähäiselle suojalle rikosasiassa tällä hetkellä.

8. Tutkimuksen tulokset ja de lege ferenda

Asianomistajan yksityiselämän suojan parantaminen lainsäädäntöä yhdenmu-kaistamalla on välttämätöntä. Ehdotan tutkimuksessani julkisuuslainsäädännön uudistamista rikosasioita koskevan sääntelyn osalta koko rikosprosessin ajalta. Luonnollisesti muutokset pitäisi tehdä harkiten ja rikosasioiden julkisuutta sekä eri asianosaisten oikeuksia monitahoisesti tarkastellen.

Säännösten yhtäläisyyksien ja erojen vertailussa Ruotsin lainsäädäntöön ilmeni, että Ruotsin julkisuus- ja salassapitolaissa (2009:400) yksityiselämän suoja otetaan huomioon. Erikseen määriteltyjen rikostyyppien yhteydessä asianomistajan yksityiselämää koskevien tietojen suojaa harkitaan Ruotsissa viran puolesta. Samoin rikoksen uhrin mielipide otetaan huomioon julkisuusratkaisua tehtäessä. Ruotsin lainsäädännössä rikoksen uhrin suoja on määritelty paremmaksi kuin Suomessa. Ruotsin lainsäädännön nykytila olisi käyttökelpoinen pohja rikosasioita koskevan lainsäädännön uudistamiselle, erityisesti rikosasian oikeudenkäyntivaiheen osalta.

Asianomistajan yksityiselämän suoja on voimassa olevan lainsäädännön perusteella asetettavissa yksityiselämän vyöhykkeille. Julkisuuslain soveltamisalueella sovellettavassa mallissa tiedot asettuvat tiedon arkaluonteisuuden perusteella oikealle vyöhykkeelleen esitutkinnassa ja syyteharkinnassa siten kuin voimassa oleva laki määrittää. Tietojen sijainti vyöhykkeillä määrittyy sen mukaan, onko salassapitosäännöksessä vahinkoedellytyslauseke vai ei. Merkityksellistä on myös se, sisältääkö vahinkoedellytyslauseke julkisuusolettaman vai salassapito-olettaman mukaisen ehdon. Samoin oikeudenkäyntijulkisuuslain soveltamisalueelle laadituissa asianomistajan yksityiselämän vyöhykkeissä asianomistajaa koskevat tiedot asettuvat eri vyöhykkeille niiden arkaluonteisuuden ja voimassa olevan lainsäädännön mukaan. Tässä mallissa ratkaisevaa on, määrittyykö salassapito viran puolesta vai pitääkö salassapitoa pyytää ja onko tiedolla olennainen liittymäpinta rikosasiaan.

Uhria loukkaavat tiedot ovat laadultaan erilaisia. Tietojen salassapito määrittyy niiden loukkaavuuden perusteella. Jos tiedot eivät loukkaa uhria, ne ovat julkisia. Toisaalta uhria koskevat tiedot voivat julkisina loukata uhria erittäin voimakkaasti, jolloin tiedot sijaitsevat asianomistajan yksityiselämän vyöhykkeillä yksityiselämän ydinalueella tai ydinalueen ytimessä. Rikoksen uhria loukkaavat

tiedot -salassapitoperusteen muotoilussa voidaan nähdä suora viittaus asianomistajan näkemyksen tai ylipäättään jonkun tahon näkemyksen selvittämiseen.

Kotirauhan suojan piirin vyöhykkeet asettuvat samoin yksityiselämän vyöhykkeille tilan tärkeyden mukaan. Asunnossaan (omassa kodissaan) henkilö saa – tai ainakin hänen pitäisi saada – toteuttaa itseään vapaana kaikista ympäristön ja yhteiskunnan rajoitteista tai vaatimuksista. Salassapitosäännösten avulla kenellä tahansa ei ole oikeutta saada tietoja rikospaikaksi sattumalta joutuneesta asunnosta. Kotirauhan suojalle annetaan menettelyllisten säännösten avulla sille kuuluva, perusoikeudellisesti tärkeä sija rikosasiaa käsiteltäessä.

Asianomistajan pitäisi olla rikosasian päähenkilö muiden asianosaisten ohella, kun häntä koskevaa rikosasiaa käsitellään. Samalla asianomistajaa tulisi kohdella oikeudenmukaisesti. Jos asianomistaja jätetään huomiotta, häntä kohdellaan ”epähenkilönä” – kuin asia ei koskisi asianomistajaa, vaikka tilanne on juuri päinvastoin. Rikosasia voi olla rikosprosessin toimijalle vain yksi toimenpide muiden joukossa, kun puolestaan asianomistajan yksityiselämän suojaa perus- ja ihmisoikeutena rikosasia voi loukata äärimmäisellä tavalla.

Subjektiiis-objektiivisessa mallissa julkisuusratkaisun arvioinnin pääpaino on asianomistajan subjektiivisessa mielipiteessä unohtamatta objektiivisia perusteita. Esimerkiksi rikoksen uhria loukkaavat tiedot -salassapitoperusteessa edellytetään selvitystä siitä, loukkaako tietojen julkisuus rikoksen uhria, kuten edellä on todettu. Tätä julkisuusratkaisun tekijän on haastavaa tietää, ellei hän tiedustele asiaa suoraan säännöksessä mainituilta tahoilta.

Jos ratkaisu tehdään julkisuusratkaisun tekvän niin sanottujen objektiivisten perusteiden mukaan, on vaara, että ratkaisun perusteet ovat vain näennäisesti objektiivisia, jos ratkaisuun tosiasiallisesti vaikuttavat ratkaisun tekijän subjektiiviset näkemykset. Ratkaisijan näkemykseen saattaa vaikuttaa jopa yhteiskunnassa vallitseva perusasenneoituminen asianomistajan yksityiselämän suojaan. Siihen voi vaikuttaa myös se, millä tavalla suojan tarpeeseen suhtaudutaan yleisessä keskustelussa, kun keskusteluun osallistuvat yleensä kovin harvat tahot. Kaikilla kun ei ole kanavaa omien mielipiteidensä esille tuomiseen. Asianomistajan yksityiselämän suoja perus- ja ihmisoikeutena turvataan, kun hänen mielipiteensä häntä koskevan rikosasian tietojen julkisuudesta on ratkaiseva.

Yksittäisenä tulkintaehdotuksena ehdotan julkisuuslain henkilökohtaisia olosuhteita koskevan säännöksen tulkinnaksi vaatimusta siitä, että salassapidon suoja voi saada vain laillinen toiminta. Säännöksessä voidaan nähdä sisään rakennettuna ehto henkilön tarkoituksesta, että tieto on yksityistä. Silloin henkilön ilmentämät ulkonaiset seikat toisaalta tukevat tiedon omistajan tarkoitusta, että tieto on luonteeltaan julkista. Esimerkiksi henkilö voi pukeutumisellaan osoittaa kuuluvansa tiettyyn ryhmään (jengi yms.) tai osallistumalla julkiseen toimintaan (esim. mielenosoitukseen) tuoda mielipiteensä julkiseksi. Näissä tilanteissa henkilön ei voida katsoa tarkoittavan toimintaansa yksityiseksi myöskään viranomaisessa käsiteltävässä asiassa.

Julkisuuslain muuttaminen olisi välttämätöntä. Asianomistajan henkilöllisyyden salaamisen pitäisi olla mahdollista laajemmin kuin nykyään. Yleisen esitutkinta- ja syyteharkinnan salassapidon päätyttyä asianosaisten henkilöllisyys on rikosasiassa lähtökohtaisesti julkinen tieto. Asianomistajan henkilöllisyys voidaan kuitenkin määrätä oikeudenkäynnissä salassa pidettäväksi, kun kysymys on arkaluonteisesta rikosasiasta (oikeudenkäyntikäyntijulkisuuslaki 6 ja 24 §). Silloin asianomistajan henkilöllisyys on salassa pidettävä tieto myös esitutkinta- ja syyteharkintaviranomaisessa (julkisuuslaki 22 §). Tätä ei voida pitää riittävänä, vaan asianomistajan henkilöllisyyden määrittämisen salassa pidettäväksi pitäisi olla mahdollista myös muissa tilanteissa. Lisäksi julkisuuslain salassapitosäännöksiä pitäisi selkeyttää ja rikosasiaa koskevaa sääntelyä yhdenmukaistaa koko rikosprosessin ajalta. Yksityiselämän suojaa koskevaa sääntelyä pitäisi tarkastella eri asianosaistahojen näkökulmasta. Lisäksi pitäisi varmistaa asianomistajan laaja oikeus oikeudenkäyntiavustajaan jo esitutkinnan aikana.

Oikeudenkäyntijulkisuuslain muuttaminen laajemmin on välttämätöntä. Erikseen pitäisi määritellä ne rikostyyppit, joiden käsittelyn suojaa asian oikeudenkäyntivaiheessa asianomistajan osalta lisätään. Rikosprosessin toimijoiden velvollisuuksia pitäisi lisätä ja asianomistajan mahdollisuus oikeudenkäyntiavustajaan pitäisi taata rikosasiassa nykyistä laajemmin.

Tuomioistuimelle pitäisi säätää mahdollisuus määrätä julkaisukielto suojaamaan rikosasian käsittelyä yksittäistapauksessa asian ratkaisemiseen saakka. Julkaisukiellon määrääminen on Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen mukaan mahdollista riittävän yksityiskohtaisesti määrättyinä ja käsillä olevan tilanteen sitä edellyttäessä, kuten tutkimusaineiston tapausten perusteella voidaan havaita (ks. esim. ratkaisut *Mosley v. Yhdistynyt Kuningaskunta* 10.5.2011, *Effecten Spiegel AG v. Saksa* 4.5.2010 ja *Österreichischer Rundfunk v. Itävalta* 25.5.2004). Julkaisukiellon asettaminen todetaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä kaikkein lievimmäksi toimintamalliksi puuttua sananvapauteen. Lisäksi valokuvauskiellon määrittämisen mahdollisuus vähentäisi asianomistajan lisäkärsimyksiä, joita voi aiheutua asian liiallisesta julkisuudesta.

Tietopyyntöjä koskevan menettelyn uudistaminen kokonaisuudessaan kaikkien rikosprosessin vaiheiden osalta olisi välttämätöntä. Kahden prosessin mahdollisuus (hallinto-oikeudellinen ja yleinen lainkäyttö) samoja tietoja koskevan tietopyynnön osalta ei ole tarkoituksenmukainen Suomen yhteiskunnallisessa resurssitilanteessa. Näin säästyvät varat tulisi suunnata esimerkiksi tuomioistuimen viestintämenettelyn uudistamiseen, jotta yleistä keskustelua rikosasioista voitaisiin käydä asian ollessa oikeudenkäyntivaiheessa.

Asianomistajan yksityiselämän suojaa lisäävän salassapidon lisääntyessä julkisen selosteen antamisen pitäisi olla pakollista. Vain siten voidaan varmistaa oikeudenkäyntivaiheen oikea-aikainen ja oikeasisältöinen rikosasioiden uutisointi. Yleisen keskustelun käyminen tuomioistuinvaiheessa on perusteltua, kun tuomioistuin on ratkaissut asian oikeudenkäynnissä siellä esitetyllä aineistolla.

Vaikka ratkaisu ei olisikaan vielä lainvoimainen, kansalaisilla pitäisi olla mahdollisuus tutustua suoraan tuomioistuinten anonymisoituina annettuihin ratkaisuihin. Tämä parantaisi tuomioistuinten toiminnan uskottavuutta. Menettely ei poistaisi median mahdollisuutta uutisoida asioista vaan päinvastoin parantaisi myös tätä toimintaa.

Käräjäoikeuksien ratkaisujen julkaiseminen anonymisoituina siirtäisi yleisen keskustelun rikosilmiöihin. Silloin uutisointi ei sattumanvaraisesti keskittyisi yksittäisen rikosasian henkilöihin ja heidän taustoihinsa. Lisäksi tiedotustilaisuuksien järjestäminen käräjäoikeuksissa olisi tilanteen niin vaatiessa perusteltua. Ainakin se olisi perustellumpaa kuin tiedotustilaisuuden järjestäminen esitutkinnassa välittömästi sen jälkeen, kun rikosepäily on juuri vasta tullut poliisin tietoon. Silloin tiedotusvälineiden edustajat voisivat esittää kysymyksiä asian ratkaiselle taholle.

Tutkimuksen perusteella voin todeta, ettei jokaisella ole oikeutta rikosasian tietoihin, kun joku on joutunut rikoksen kohteeksi. Asianomistajalla päinvastoin pitäisi olla mahdollisuus vaikuttaa siihen, missä määrin asiaan nähden ulkopuoliset tahot käsittelevät häntä koskevaa asiaa. Asianomistajalle ei pitäisi aiheuttaa lisäkärsimyksiä, kun häntä kohdannutta rikosasiaa käsitellään rikosprosessissa. Siihen on jo Beccaria pystynyt 1700-luvulla, joten pystymme siihen myös 2020-luvulla perus- ja ihmisoikeudet tiedostavassa Suomessa.

1. Vastaväittäjän lausunnossa huomioon otettavat näkökohdat

Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan ohjeissa kirjoitetaan seuraavasti. Lausunto koostuu väitöskirjan ja väitöstilaisuuden arvioinnista. Lausunto on lähtökohtana tiedekunnan johtokunnalle sen päättäessä väitöskirjatyön hylkäämisestä tai hyväksymisestä. Tämän vuoksi on tärkeää, että vastaväittäjä lausunnossaan ilmaisee selvästi

- 1) väitöskirjatyön puutteet,
- 2) väitöskirjatyön ansiot ja
- 3) selvän kantansa väitöskirjatyön hyväksymisestä tai hylkäämisestä.

Vastaväittäjän tulee sisällyttää lausuntoonsa myös lyhyt kuvaus ja arvostelu julkisesta tarkastuksesta sekä tarkastustilaisuudessa käytetyistä muiden läsnäolijoiden puheenvuoroista (näitä ei juuri koskaan esitetä).

Vastaväittäjän lausunto päättyy erilliseen yhteenvetoon. Siinä on syytä selvästi mainita, onko tarkastetun tutkimuksen aihe ollut relevantti, sen käsittely tieteellisen menetelmän kriteerit täyttävä ja väitöskirja muutoin omintakeinen ja tasapainoinen. Onko kyse aikaisempien tulosten varmentamisesta, aikaisemmin tehtyjen, mutta hajanaisten ja epävarmojen havaintojen täydentämisestä, vai tuodaanko väitöskirjassa oleellista uutta asianomaisen tieteen alan piiriin? Erityisesti on mainittava, jos väitöskirja sisältää asianomaisen tutkimusalan piirissä keskeisen tärkeitä uusia havaintoja ja johtopäätöksiä.

2. Satu Rantaeskolan väitöskirjan lähtökohdat

Satu Rantaeskolan väitöskirjan aihe on ajankohtainen, mielenkiintoinen, oikeustieteen tutkimuskohteeksi hyvin sopiva, mutta samalla hyvin vaativa. Julki-

* Virallisen vastaväittäjän, professori *Matti Tolvasen* Turun yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama, 4.6.2021 päivätty lausunto.

suuskysymykset ovat olleet ja ovat näkyvästi esillä sekä yleisessä keskustelussa että oikeustieteessä. Rantaeskola ei ole valinnut helppoa tutkimustehtävää. Julkisuuslainsäädäntö on päällekkäistä, ristikkäistä ja ristiriitaistakin. Helposta aiheesta ei yleensä synny korkeatasoista tutkimusta, ja aiheen vaativuuden takia odotukset ovat tutkimuksen arvioijalla korkealla. Helpolla Rantaeskola ei luki-jaansa päästä. Tätä väitöskirjaa ei voi laiskoille iltalukemiseksi suositella. Tutkimuksen kirjoitustapa on erittäin raskaslukuinen, mikä johtuu pääosin sääntelyn monimutkaisuudesta, päällekkäisyydestä, ristikkäisyydestä, sisäkkäisyydestä ja tulkinnanvaraisuudesta. Kirjan sivut ovat paikoin aikamoista pykäläviidakkoa, mikä on tietysti sääntelyä analysoivassa tutkimuksessa välttämätöntä. Lukuisat kaaviot helpottavat kirjoitetun ymmärtämistä, ja kirjan kustantajaa on kiittäminen hyvästä painojäljestä. Ahkeraa lukijaa kuitenkin lopulta palkitaan, tutkimus luo hyvät edellytykset aihepiiriin liittyvälle oikeustieteelliselle ja muullekin keskustelulle.

Toimittaja, lakimies itsekin, *Ari Mölsä* haastatteli minua Lakimiesuutisiin kuuluvan vuoden kevättalvella. Yhtenä kysymyksenä oli, mikä on mielestäni kamala laki. Nimesin viranomaisten toiminnan julkisuutta sääntelevän lain kamalaksi laiksi, koska se näyttää johtavan toistuvasti tulkintariitoihin ja väärinymmärryksiin. Aihepiirin tutkimuksen tarve on siten mitä ilmeisin myös vastaväittäjän näkökulmasta. Jotain selvyyttä tähän sotkuun pitäisi saada. Siinä mielessä tervehdin ilolla sitä, että Rantaeskola on tarttunut vaativaan tehtävään tavoitteenaan analysoida asianomistajan yksityiselämän suojan ja oikeudenhoidon julkisuuden sekä sananvapauden välistä suhdetta.

Tutkimustehtävä on määritely selkeästi ja täsmällisesti. Tutkimuksen teoreettiseen viitekehykseen ei ole huomauttamista. Käsitteet on määritely pääosin täsmällisesti, ja niitä on käytetty johdonmukaisesti. Tutkimuksen onnistumista on edesauttanut kirjoittajan perehtyminen aihealueeseen niin teorian tasolla kuin käytännön (poliisi)toimijana ja poliisien kouluttajana. Lähteet ovat ajantasaisia eikä niissä ole ainakaan huomiota herättäviä puutteita.

3. Asianomistajälhtöinen analyysi

Oikeustieteellisessä keskustelussa ja oikeuselämässä ylipäättään ovat eri aikoina painottuneet eri asiat. Rikosprosessiin liittyvä keskustelu on ollut viime vuosikymmeninä keskeisesti rikoksesta epäillyn oikeuksiin keskittyvää. Tämä on liittynyt perus- ja ihmisoikeuksien mukaantuloon konkreettisen oikeuselämän tasolle. Rikosprosessi pakkokeinoineen puuttuu sangen voimakkaasti rikoksesta epäillyn perusoikeuksiin, mistä syystä juuri epäillyn asema on perusoikeusherkkää aluetta. Hienoisena vastavirtana on ollut keskustelu rikosten uhrien, siis

asianomistajien oikeuksista, erityisesti lähisuhdeväkivaltaan, ihmiskauppaan ja seksuaalisuuteen liittyvissä rikoksissa. Kehitys on tyypillisesti ollut muutoin yksisuuntaista, asiaansa uskovat ihmisoikeusjuristit ovat tavoitelleet yksilöllisten perus- ja ihmisoikeuksien, erityisesti vapausoikeuksien, maksimointia, määrittelemättä lainkaan sitä, miten pitkälle tässä kehityksessä voidaan mennä rikosoikeudellisen järjestelmän ja demokraattisen yhteiskunnan perusrakenteita peruuttamattomasti vaurioittamatta. On käytetty ilmaisuja läheiskriminointisuoja, mikä viittaa siihen, että asianomistajalla olisi oikeus ja ehkä jopa velvollisuus suojella asianomistajalle läheistä rikoksesta epäiltyä. Tällainen puheenparsi merkitsee asianomistajan oikeuksien alistamista epäillyn oikeuksille. Rikosprosessi ja rikosoikeus ovat yhteydessä toisiinsa, myös tavoitetasolla. Kysymys on siitä, miten pitkälle jotain tiettyä perus- tai ihmisoikeutta on mahdollista korostaa, rikosvastuun tehokasta toteuttamista vaarantamatta. On syytä ottaa vakavasti myös asianomistajan oikeudet.

Asianomistajan yksityisyyden suojaaminen rikosprosessissa on sinänsä hyväksyttävä tavoite. Erityisesti haavoittuvassa asemassa olevien asianomistajien yksityisyyttä on suojattava. Lapsiin kohdistuvien rikosten ja vakavien seksuaalirikosten uhreja on perusteltua suojella oikeudenkäyntien julkisuutta rajoittamalla. Samalla on kuitenkin pidettävä selkeänä demokraattisen oikeusvaltion lähtökohta: oikeudenkäyntien on oltava pääsääntöisesti julkisia. Perustuslain 12 §:n 2 momentin mukaan viranomaisen hallussa olevat asiakirjat ja muut tallenteet ovat julkisia, jollei niiden julkisuutta ole välttämättömien syiden vuoksi lailla erikseen rajoitettu. Jokaisella on oikeus saada tieto julkisesta asiakirjasta ja tallenteesta. Perustuslain 21 §:n 2 momentin mukaan käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Julkisuus, ja nimenomaan oikeudenhoidon julkisuus on yksi demokraattisen yhteiskunnan peruspilareista. Kun esitetään julkisuuden rajoittamista, on aina kysyttävä, kenen intressissä julkisuutta halutaan rajoittaa. Onko kyseessä viranomaisten halu saada toimia suojassa tiedotusvälineiden kiusallisilta kysymyksiltä vai aito pyrkimys asianomistajien tai muiden rikosprosessin osallisten suojaamiseen? On myös kysyttävä, onko julkisuuden ylenmääräinen rajoittaminen asianomistajankaan edun mukaista. Voi olla niinkin, että asianomistaja haluaa asiaansa käsiteltävän julkisesti.

Yksityiselämän suoja on tärkeä perusoikeus, mutta tärkeä on myös sananvapaus ja oikeus saada julkisesti tietoa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toiminnasta. Valtioissa, joissa ei ole julkista oikeudenkäyttöä, ei ole myöskään sananvapautta ja päinvastoin. Kysymys on yksityisen ja kollektiivin oikeuksien yhteensovittamisesta. Kollektiivin intressi puoltaa oikeudenkäyntien julkisuutta ja mahdollisuutta arvioida tiedotusvälineissä kriittisesti tuomioistuinten, syyttäjien, poliisien ja asianajajienkin toimintaa. Yksityiselämän suoja ei ole sellainen superperusoikeus, joka ohittaisi yleisen edun perustellut intressit. Lainsäädän-

nössä ja lain soveltamisessa on pyrittävä tasapainoon julkisuuden, sananvapauden ja yksityiselämän suojan välillä.

Satu Rantaeskolan näkökulma on korostetusti asianomistajan yksityiselämän suojaa korostava, mikä seikka ilmenee väitöskirjan otsikostakin. Rantaeskola ymmärtää julkisen oikeudenkäynnin ja julkisuuden rajoittamisen korostetusti asianosaisen oikeutena. Julkinen intressi jää monin paikoin yksityisen intressin varjoon. Hänen tutkimusaineistostaan välittyy vahvasti myös viranomaisnäkökulma, mikä on riskinä tutkijan tutkiessa omaan työhönsä ja työnantajansaakin läheisesti liittyviä oikeusongelmia. Olisi ollut paikallaan suunnata osana tutkimusta oleva kysely, joka on suunnattu viranomaisille ja asianajajille, myös esimerkiksi rikosjuttuja kirjoittaville oikeustoimittajille. Tiedotusvälineiden edustajilta olisi kenties välittänyt toisenlainen, kansalaisen näkökulma oikeudenhoidon julkisuuteen.

4. Rikosuutisoinnin ongelmista

Oma lähtökohtani rikosuutisointiin on sananvapautta ja julkisuutta korostava. Olen ollut tiedotusvälineiden käytettävissä niin toimiessani syyttäjänä kuin vastatessani toimittajien kommenttipyyntöihin rikosoikeuden tutkijana. Kokemukseni perusteella perinteinen media on hoitanut rikosuutisointia vastuullisesti ja rikoksen uhrien oikeuksia kunnioittavasti. Yksittäisiä lipsahduksia on toki voinut sattua, mutta kokonaiskuvaa ne eivät muuta. Asianomistajan yksityiselämän loukkaamiseen liittyviä rikosjuttuja ei ole löydettävissä. Syitä tähän asiantilaan voi olla useita. Joko asianomistajan yksityisyyttä ei ole loukattu tai asianomistajilla ei ole ollut voimia lähteä oikeuksiaan rikosprosessin kautta peräämään. Sosiaalinen media on asia erikseen, siellä eivät päde Julkisen sanan neuvoston suositukset, valitettavasti. Eikö myös viranomaisten etuna ole se, että tiedotusvälineet välittävät oikeaa tietoa oikeusjärjestelmän toiminnasta? Roolijaon pitäisi olla se, että viranomaiset pitävät tiedotusvälineet ajan tasalla ratkaisuistaan ja tiedotusvälineet päättävät, miten ne jutuista uutisoivat. Viranomaisten pyrkimykset opastaa toimittajia oikeasta tavasta uutisoida rikoksista ovat tuhoon tuomittuja. Tuomarit ja muut rikoksia työkseen käsittelevät ovat ammattilaisia tuottamaan tuomioita ja muita viranomaispäätöksiä, toimittajat puolestaan tietävät, miten asioista on kirjoitettava ja puhuttava niin, että myös kansalaiset ymmärtävät, mitä oikeastaan on päätetty ja mitä seurauksia päätöksistä kenties tulee olemaan.

Rikosuutisoinnin etupainotteisuus on ongelma, erityisesti rikoksesta epäillyn kannalta ja todistelun luotettavuuden näkökulmasta. Syyttömyysolettaman mukaan rikoksesta epäiltyä on kohdeltava syyttömänä lainvoimaiseen tuomioon saakka. Ideaalitalanteessa rikosuutisoinnin painopiste olisi rikosjutun oikeuden-

käyntivaiheen ja sen päättävän lainvoimaisen tuomion uutisoinnissa, analyysissä ja kritiikissä. Tosiasia kuitenkin on se, että rikosjuttu on kiinnostavimmillaan siinä vaiheessa, kun rikosepäily on tullut yleisesti tietoon. On hyvä kysymys, miten lainsäädännöllä voitaisiin vaikuttaa siihen, ettei rikosjutuista kerrottaisi näin etupainotteisesti. Omasta puolestani en usko, että asiantilalle olisi lainsäädännön keinoin mitään tehtävissä, demokraattisen, moniarvoisen ja liberaalin yhteiskunnan peruspilarina olevaa julkisuuden ja sananvapauden ideaa peruuttamattomasti loukkaamatta.

Oikein hyvän lähtökohdan kriittiseenkin keskusteluun saa väitöskirjan sivulla 657 olevasta lainauksesta, joka on peräisin Rantaeskolan toteuttaman viranomaiskyselyn avoimesta vastauksesta:

”Sananvapauden nimissä aiheutetaan ylimääräistä ja turhaa kärsimystä rikosjuttujen asianomistajille. Esimerkiksi henkirikosten yhteydessä omaisille aiheutuu kärsimystä noin vuoden välein, kun rikosta käsitellään siinä yhteydessä, kun eri oikeusasteet juttua käsittelevät. Tiedotusvälineiden ja erityisesti ns. ”----lehtien” toimintaa pitäisi rajoittaa ja vahingonkorvausvastuuta esimerkiksi kärsimyksen osalta ankaroittaa siten, ettei tiettyjen juttujen repostelu enää olisi taloudellisesti kannattavaa.”

Kysymys on siitä, toimivatko tiedotusvälineet ”sananvapauden nimissä” juttuja ”repostellen” vai toteuttavatko tiedotusvälineet demokratian toteutumiseksi välttämätöntä viranomaisten toiminnan kontrollia, josta voi aiheutua valitettavaa haittaa myös rikosten uhreille, vaikka uhrien nimiä ei julkisuudessa esitettäisiäkään. En ole varma, missä määrin Rantaeskolan väitöskirjaansa ottama sitaatti kuvastaa hänen omaa suhdettaan tiedotusvälineiden toimintaan vai onko sitaatti otettu mukaan lukijan herättämiseksi. Voin vakuuttaa, että tämä vaikutus oli ainakin vastaväittäjälle mitä ilmeisin.

5. Tutkimuskysymykset ja menetelmät

Rantaeskola esittää neljä tutkimuskysymystä. Ensimmäinen tutkimuskysymys kuuluu: *Millaisena asianomistajan yksityiselämän normatiivinen suoja määrittäyty rikosasiassa?* Tähän kysymykseen vastaamiseen lainopillinen menetelmä sopii erinomaisesti. Rantaeskola taustoittaa tutkimustaan ansiokkaasti lainsäädännön kehityksen kuvauksella ja lainsäädännön tausta-aineistolla. Toisena tutkimuskysymyksenä on: *Minkä sisältöisenä perus- ja ihmisoikeudet määrittävät asianomistajan yksityiselämän suojan rikosasiassa?* Tässä analyysissä Rantaeskola hyödyntää laajasti EIT:n ja laillisuusvalvojien ratkaisukäytäntöä. Kolmas tutkimuskysymys on vaativin: *Toteutuuko asianomistajan yksityiselämän menettelyllinen (JulkL ja YTJulkL) suoja rikosasiassa johdonmukaisesti rikoslain*

tunnusmerkistöjen kanssa? Tässä on kysymys ennen kaikkea siitä, miten yleinen julkisuuslaki ja yleisten tuomioistuinten toiminnan julkisuutta sääntelevä laki ovat toisiinsa yhteen sovitettavissa. Neljänneksi Rantaeskola on tutkinut, miten rikosprosessin toimijat soveltavat asianomistajan yksityiselämää suojaavia salsapitosäännöksiä käytännössä. Tähän kysymykseen Rantaeskola on hakenut vastausta myös empiirisesti toteuttamalla laajan kyselyn oikeudenhoidon eri toimijoille. Tutkimuskysymykset ovat relevantteja ja täsmällisiä. On perusteita olettaa, että niihin on saatavissa tutkimuksessa perusteltuja vastauksia.

Edellä kirjoittamastani lienee jo käynyt selväksi, että väittelijän ja vastaväittäjän positiot suhteessa yksityiselämän suojaan ja rikosasian julkisuuteen poikkeavat toisistaan. Se on antanut hyvän pohjan keskustelullemme. Vastaväittäjän tehtävänä ei ole osoittaa väittelijän lähtökohtia tai tutkimustuloksia vääriksi, saati tuottaa hänelle julkista häpeää. Tätä tutkimusta voi hyvällä omallatunnolla ja ilman vähäisintäkään epäilystä suositella kenen tahansa oikeudenhoidon julkisuudesta, sananvapaudesta ja yksityiselämän suojasta kiinnostuneen luettavaksi. Oikeustiede on tulkintatiede, jossa voidaan esittää perusteltuja tulkintavaihtoehtoja. Olennaista on siten testata sitä, missä määrin väittelijän tutkimustulokset perustuvat asianmukaiseen oikeuslähteiden ja empiirisen tutkimuksen tulosten hyödyntämiseen. Sivistyneen keskustelun edellytyksenä ei ole yksimielisyys, vaan keskustelukumppanin kuunteleminen, toki myös hänen argumentaationsa haastaminen. Kun kyseessä on yliopistollisen opinnäytteen julkinen puolustaminen, tarkastelun tai tarkastuksen keskiössä on nimenomaan tutkijan kyky tieteelliseen kirjoittamiseen, argumentaatioon ja tutkimustulostensa puolustamiseen.

6. Tutkimuksen tuloksista

Palauttakaamme mieliimme väittelijän tutkimuskysymykset. 1. *Millaisena asianomistajan yksityiselämän normatiivinen suoja määrittyy rikosasiassa?* Tähän tutkimuskysymykseen väitöskirjasta löytyvät perustellut vastaukset. 2. *Minkä sisältöisenä perus- ja ihmisoikeudet määrittävät asianomistajan yksityiselämän suojan rikosasiassa?* Tässä analyysissä Rantaeskola hyödyntää laajasti, ehkä liiankin laajasti, EIT:n ja laillisuusvalvojen ratkaisukäytäntöä. Kolmas tutkimuskysymys on vaativin: *Toteutuuko asianomistajan yksityiselämän menettelyllinen (JulKL ja YTJulKL) suoja rikosasiassa johdonmukaisesti rikoslain tunnusmerkistöjen kanssa?* Tässä on kysymys ennen kaikkea siitä, miten yleinen julkisuuslaki ja yleisten tuomioistuinten toiminnan julkisuutta sääntelevä laki ovat toisiinsa yhteen sovitettavissa. Tämän kysymyksen osalta olisi ollut syytä punnita perusteellisemmin, mitkä ovat ylipäättään ratkaisua vaativat ongelmat ja mitä ongel-

mien ratkaisemiseksi on tehtävissä. Esitutinnan julkisuuden rajoittaminen on perusteltua useasta syystä. Liian varhainen julkisuus on ongelma syyttömyys-olettaman näkökulmasta. Asian käsittely julkisuudessa voi vaikuttaa haitallisesti henkilötodisteluun, jos myöhemmin oikeudenkäynnissä kuultavat saavat tietoa siitä, mitä esitutkinnassa on ilmi tullut. Oikeudenkäyntivaiheen julkisuuden rajoittamiseen nämä näkökohdat eivät päde. Tutkimusnäyttöä ei ole siitäkään, että varhainen julkisuus ohjaisi tuomarin toimintaa.

Väittelijä kokee julkisuuden myös yhdenvertaisuuskysymyksenä, ja hänen näkemyksensä mukaan oikeudenkäyntivaiheen julkisuuden rajoittaminen johtaisi tasapuolisempaan rikosuutisointiin. Tähän en usko. Jotkin jutut ja joidenkin jutut ovat kiinnostavampia kuin toiset tai toisten jutut. Jutun kiinnostavuus voi liittyä asian rikosoikeudelliseen puoleen, mutta yhtä lailla tapauksen erityispiirteisiin tai siihen, että jutun osapuolet ovat kiinnostavia tai tunnettuja persoonia. Viranomaisten tehtävänä ei ole kertoa tiedotusvälineille, mistä asioista niiden olisi syytä tiedottamismielessä kiinnostua. Neljänneksi Rantaeskola on tutkinut, miten rikosprosessin toimijat soveltavat asianomistajan yksityiselämää suojaavia salassapitosääntöksiä käytännössä. Tämä kysely on tuonut arvokasta tietoa siitä, miten viranomaistoimijat tulkitsevat sekavaa julkisuuslainsäädäntöä. Kyse on nimenomaan viranomaisnäkemystä, vaikka kyselyn kohteena on ollut myös rikosasianajajia.

Lainoppi (analyyttinen lähestymistapa) on kuvattu tutkimuksessa hyvin. Empiirinen kyselytutkimus on toteutettu asianmukaisesti, mutta sen tuloksia ei ole tilastollisin menetelmin analysoitu. Kyseessä ei siten ole ankaralla mittapuulla mitattuna kvantitatiivinen tutkimus, vaikka kirjoittaja on taulukoinut hyvin kyselyssä saamansa vastaukset. Niitä hän analysoi laadullisesti, ei tilastollisesti. Väittelijä on perustellut tekemänsä rajaukset. Kyselyn tulokset ovat varmaan yleistettävissä, koska kyseessä on varsin kattava kysely. Kirjoittaja saa kyselyllään hyvin tietoa ja tekee vastauksista asianmukaisesti johtopäätöksiä. Tilastollisella analyysillä olisi ollut mahdollista saada tilastollisesti analysoitua tietoa siitä, missä määrin vastauksissa on ammattikuntaehtaisia tai alueellisia eroja. Tilastollisin menetelmin tehty analyysi olisi rikastuttanut tutkimusta, mutta toisaalta tutkimusekonomiset seikat puoltavat pitäytymistä väittelijän valitsemalla linjalla. Tutkimusraportti on jo nytkin varsin mittava. Tutkimusaineisto on kattava ja tarkoituksenmukaisesti rajattu muutoin, mutta ehkä olisi ollut syytä suunnata kysely myös tiedon käyttäjätaholle eli tiedotusvälineiden edustajille. Tutkimusaineistoa on peilattu onnistuneesti tutkimuksen teoreettiseen viitekehykseen.

Kirjoittaja tekee laintasoista vertailua lähinnä Ruotsiin, kysymys on lainsäädännön yhtäläisyyksien ja erojen vertailusta. Lainsäädäntövertailu puoltanee tutkimuksessa paikkaansa, vaikka ei siitä tutkimuksen johtopäätöksiin sanottavasti irtoa. Viron oikeudesta Rantaeskola on saanut idean tuomioistuimen määräämästä määräaikaisesta julkaisukiellosta.

Lainsäädännön kehitystä Rantaeskola käyttää pitkälti tulkintasuositusten tukena, mikä on asianmukaista. Lainsäädäntöhistoriasta kirjoittaja saa eväitä myös nykytilan kritiikille, hän ikään kuin löytää syyt epäkohtiin lainsäädäntöprosesista (tämä koskee erityisesti tuomioistuinjulkisuuslakia). Historiajaksot ovat pääosin kuvailevia, mutta puoltavat paikkaansa tutkimuksen taustoittamisessa ja antavat pohjaa nykytilan kritiikille.

Kirjoittaja onnistuu oikeudellisen aineiston systematisoinnissa hyvin, eikä minulla ole tässä suhteessa aihetta kritiikkiin. Tutkimuksen kiistaton ansio on julkisuutta ja sen rajoittamista koskevan sääntelyn systematisointi, ja tässä suhteessa tutkimus on sekä oikeustieteellisenä opinnäytteenä että viranomaiskäytäntöä ohjaavana puheenvuorona merkittävä. Kirjoittajan muotoilemat lukuiset kuviot ja taulukot ovat hyviä havainnollistamaan asiaa, mutta joissain on niin paljon tavaraa, ettei kuviota ymmärrä pelkästään kuviota tutkimalla. Onneksi kirjoittaja avaa tekstissä kuvioiden ja kaavioiden sisältöä. Kirjoittajan esittämät tulkintasuositukset ja aiheen muukin käsittely ovat antaneet sen sijaan aihetta myös kritiikkiin.

Kirjassa käsitellään runsaasti yksityisyyden suojaa yleisellä tasolla, kun kirjan otsikko antaa aiheen odottaa, että keskityttäisiin tiukemmin rikosasian asianomistajan yksityisyyteen liittyviin kysymyksiin. Toinen asia tietenkin on, että yleisen tason tarkastelut ovat toki useimmiten sovellettavissa myös asianomistajaan, mutta olisin jossain määrin taipuvainen ajattelemaan, että jos tutkimuksen otsikossa ilmoitetaan jokin teema, silloin olisi syytä tutkia erityisesti sanottuun teemaan liittyviä kysymyksiä.

Kirjoittaja on muutamaa hajamainintaa lukuun ottamatta jättänyt hyvän lehtimiestävän tarkastelunsa ulkopuolelle. Mielestäni tältä osin olisi ollut hyvä tehdä sellainenkin erottelu vähän selvemmin, että vaikka tuomioistuimen pitää antaa tieto tiedotusvälineille, on vielä hiukan eri asia, onko tietojen julkaiseminen journalistin ohjeiden mukaan perusteltua.

Työssä on myös jonkin verran toistoa. Erityisesti toistoa on tarkastelussa, joka koskee subjektiivis-objektiivista arviointia salassapitoa ratkaistaessa. Tässä tarkastelussa vähän jokaisessa kohdassa sanotaan, että kysymys on siitä, että pitää selvittää asianomistajan näkemys käsittelyn julkisuudesta (mikä kyllä mielestäni on koko lailla itsestään selvää, että tämä pitää selvittää).

Kirjoittajan lähestymistapa julkisuuteen on kovin viranomaiskeskeinen, etten sanoisi poliisikeskeinen. On aika epärealistista ajatella, että viranomaiset kykenisivät hallitsemaan julkisuutta rikosasioissaan. Some-maailmassa arvuutellaan, mitä sattuu. Eikö ole parempi antaa tietoa ajoissa julki, verrattuna siihen, että somessa liikkuu mitä vilskeimpiä huhuja? Ideaalitila asianomistajan näkökulmasta olisi se, että rikoksesta uutisoitaisiin vasta lainvoimaisen tuomion jälkeen. Tämä on tietysti mahdotonta, kun nykyisin rikoksista epäillyt esiintyvät heidän mukaansa nimetyissä true crime -sarjoissa samaan aikaan, kun heidän tekosiaan käsitellään kärjaoikeudessa. Rikos on julkinen, ei yksityinen asia,

minkä väittelijäkin on todennut. Rikosten julkinen käsittely on ajateltu lisäävän ihmisten luottamusta oikeudenhoitoon ja asiasta on tutkittua tietoa olemassa. Missä määrin julkisesta käsittelystä voidaan luopua tätä luottamusta vaarantamatta? Luottamus on kiinteässä yhteydessä rikosoikeudellisen järjestelmän yleisestävään vaikutukseen. Kirjoittaja ei ole välttämättä esittämässä salaisten oikeudenkäyntien lisäämistä, vaan asianomistajaa koskevien arkaluontoisten tietojen nykyistä pidättyvämpää julkistamista. Tämä tavoite on sinänsä ymmärrettävä ja hyväksyttävä, mutta viime kädessä kysymys on tasapainon hakemisesta yleisen tiedonintressin ja rikosprosessin asianosaisten yksityisyyden suojan välillä. Julkisessa oikeudenkäynnissä ilmi tulleita seikkoja koskeva julkaisukiello olisi ennakkosensuuria, jota ei liene oikeusvaltiossa mahdollista toteuttaa. Väittelijän näkemyksen mukaan määräaikainen, oikeudenkäynnin voimassa oleva julkaisukiello olisi mahdollista toteuttaa sananvapausperusoikeutta kohtuuttomasti loukkaamatta. Tässä on väittelijälle hyvä, esimerkiksi artikkelitasoisen jatkotutkimuksen aihe. Väittelijä on puolustanut omia tulkintakannanottojaan oikeustieteellisen tutkimuksen perinteitä kunnioittaen. Se, ettemme ole kaikista ongelmien ratkaisuehdotuksista tai edes ongelmista samaa mieltä, ei tarkoita sitä, että väittelijä olisi epäonnistunut tutkimustehtävänsä toteuttamisessa.

Mikä on loppujen lopuksi kirjoittajan ratkaisuehdotus? Miten asianomistajan asemaa voisi parantaa? Ei ainakaan puuttumalla hänen ja avustajan suhteeseen asettamalla avustajalle laissa velvollisuus esittää julkisuuden rajoittamista silloin, kun edellytykset siihen ovat olemassa. Toki julkisuuden rajoittaminen on perusteltua seksuaalirikoksissa ja vakavissa vapauten kohdistuneissa rikoksissa. Muutoin on syytä pohtia tarkoin, missä määrin oikeudenkäyntien julkisuuden rajoittaminen on perusteltua. Viestintätuomarien tuomisesta tuomioistuimiin en innostu. Tuomioistuin viestii antamalla tuomioita ja ratkaisuselosteita. Tiedottamista ei ole syytä monopolisoida viestintätuomareille. Olisi riskialtista, jos toinen tuomari (viestintätuomari) kommentoisi toisen tuomarin kirjoittamaa tuomiota. Tätä väittelijä ei tarkkaan ottaen esitäkään. Tuomarit ovat ammattilaisia tuomioiden kirjoittamisessa, oikeustoimittajat ovat puolestaan ammattilaisia tuomioiden uutisoinnissa. Näitä rooleja ei pidä sekoittaa. Neljännellä valtiomahdilla on merkittävä rooli myös rikosuutisoinnissa, ja tämä tehtävä sisältää myös tuomioiden kriittisen tarkastelun. Tuomareiden tulee kirjoittaa tuomioita ja välttää niiden selittelyä julkisuudessa. Tässä suhteessa esimerkiksi korkeimman oikeuden jäsenet ovat toimineet esimerkillisesti, he ovat jättäneet ennakkopäätösten tulkinnan oikeustieteen tutkijoiden ja tiedotusvälineidenkin tehtäväksi.

Lainsäädännön täsmentäminen, tuomareiden ja muiden oikeustoimijoiden koulutus ja jo nykyisin käytössä olevien asianomistajan yksityiselämän suojaamiseksi säädettyjen normien tehokkaampi soveltaminen ovat hyviä toimenpide-ehdotuksia. Tuomioiden julkaiseminen verkossa siten, etteivät niistä käy ilmi jutun asianosaiset, on perusteltu suositus, mutta esteeksi suosituksen toteuttamiselle voi tulla tuomioiden käsittelyn vaatima suuri työmäärä. Verkossa oleva

tuomiotietokanta palvelisi paitsi suurta yleisöä myös rikos- ja prosessioikeudesta opinnäytteitään laativia opiskelijoita. Nykyisellään tuomioiden saaminen maisterintutkimuksen aineistoksi on erityisesti henkilötietojen suojan takia tehty sangen vaikeaksi, ja tuomioistuinten alttius palvella opiskelijoita vaihtelee. On aivan selvää, ettei julkisia tuomioitakaan ole syytä julkaista verkossa kaikkien saatavilla ilman, että tuomioista on poistettu asianosaistiedot. Julkisuuden rajaaminen rikoslajikohtaisesti on harkinnanarvoinen vaihtoehto, mutta sellaisen sääntelymallin hyödyistä ja haitoista pitää hankkia lisää tutkittua tietoa. Tämän idean työstämisessä väittelijä on hyödyntänyt hyvin Ruotsin sääntelymallia. Perusteltu on myös Rantaeskolan johtopäätös, että asianomistajan kuulemista olisi tehostettava ennen esitutkimusmateriaaliin kohdistuvan tietopyynnön ratkaisemista. Myös oikeudenkäynnissä on perusteltua kuulla nykyistä aktiivisemmin asianomistajaa päätettäessä aineiston salassapidosta. Rantaeskola esittää myös tietopyyntöratkaisusta tehtävän muutoksenhaun yksinkertaistamisesta. Perusteltua olisi myös, että syyteharkinnan päätyttyä ja syyteasian siirryttyä käräjäoikeuteen tietopyynnot ratkaisisi aina käräjäoikeus.

Lopuksi voi vielä kysyä, meneekö kirjoittaja jopa liian pitkälle siinä tulkinassaan (jakso 6.4), mitkä ovat YTJulk 9.1:n 3 kohdassa tarkoitettuja uhria loukkaavia tietoja. Tarkoitan sitä, että ei kai käsittelyä kovin helposti pidä julistaa salaiseksi vain siitä syystä, että teonkuvauksessa on kuvattu esimerkiksi pahoinpitelyn julmaa tekotapaa.

7. Väitöstilaisuuden arviointi

Muut läsnäolijat eivät esittäneet kysymyksiä. Väittelijä puolusti tutkimustaan erinomaisesti, tieteellisen keskustelun pelisääntöjä noudattaen. Keskustelun toisena osapuolena olen toki hieman jäävi arvioimaan keskustelun tasoa. Aina-kaan väittelijän osuus keskustelussa ei anna aihetta kriittisiin kommentteihin. Väittelijä osoitti kykenevänsä vastaamaan tutkimukseen liittyviin kysymyksiin kantansa hyvin perustellen.

8. Yhteenveto

Tutkimuksen aihe on relevantti ja ajankohtainen. Tutkimuksen tarve aihealueesta on käynyt väitöskirjasta hyvin ilmeiseksi. Väitöskirjassa on sovellettu lainopillisen menetelmän ohella empiirisen tutkimuksen metodologiaa, kyselytutkimusta

ja lähinnä sen laadullista analyysiä. Menetelmät ovat sopineet hyvin aiheen tutkimiseen ja niillä on saatu vastaukset asetettuihin tutkimuskysymyksiin. Satu Rantaeskola on perehtynyt perusteellisesti aiempaan tutkimukseen ja tutkimusalueen kansalliseen ja kansainväliseen oikeuskäytäntöön. Hänen tutkimuksensa on tuonut aihepiirin tutkimukseen uutta, asianomistajan perusoikeuksia painottuvaa näkökulmaa. Väitöskirjassa on kelvollisia parannusehdotuksia vallitsevaan oikeustilaan. Joidenkin väittelijän parannusehdotusten toteuttamiskelpoisuutta ja jopa toteuttamisen aiheellisuutta olen tässä lausunnossani epäillyt, mutta epäilyni ei vähennä väitöskirjan arvoa itsenäisenä tutkimuksena. Väitöskirja sisältää ilman muuta uusia havaintoja ja johtopäätöksiä asianomistajan yksityiselämän suojasta rikosprosessissa. Kyseessä on itsenäinen, punnittu tutkimus yhteiskunnallisesti merkittävästä ja oikeustieteellisesti mielenkiintoisesta temasta.

Esitän Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan johtokunnalle mielelläni, että Satu Rantaeskolan väitöstutkimus ”Asianomistajan yksityiselämän suoja rikosprosessissa” hyväksytään opinnäytteeksi oikeustieteen tohtorin arvoa varten.

Matti Tolvanen

Prosessioikeuden laaja oppimäärä

Lakimies
6/2021
s. 1091–1095

Helenius, Dan – Linna, Tuula

Siviili- ja rikosprosessioikeus

Alma Talent 2021. 819 sivua.

1. Oppikirjojen kirjoittamisesta yleensä

Oppikirjan kirjoittamista ei yliopistoyhteisössä palkita. Oppikirjoilla ei ole arvoa yliopistojen rahoituksessa, eikä niitä tehtävän täydessäkään noteerata kuin korkeintaan sivulauseessa. Onko oppikirjojen kirjoittaminen siis yliopistolaitoksen näkökulmasta hyödytöntä? Ei asianlaita ole sentään niin huono. Yliopiston pitää tarjota tutkimukseen perustuvaa opetusta. Oppikirjoja ei voi kirjoittaa, ellei ole tutkinut oppikirjan aihepiiriä perinpohjaisesti sekä perehtynyt alan kansalliseen ja kansainväliseen tutkimukseen. Ilman oppikirjoja ei opettaja voi opettaa eivätkä opiskelijat oppia. Juristintutkinnon tavoitteena on tuottaa asiansa osaavia ammattilaisia käytännön työhön. Tämä on myös yliopiston etu ja jatkossa tutkimuksen tuottama, käytännössä koeteltu ammattitaito on yksi yliopistojen rahoituksen mittari. Se, miten tätä niin sanottua *työelämärelevanssia* mitataan, on vielä kehittelyn vaiheessa. Juristikoulutuksen maksavat viime kädessä veronmaksajat, joilla on perusteltu odotus luottaa siihen, että koulutus tuottaa käytännön oikeuselämässä tarvittavat valmiudet. Oppikirjojen kirjoittaminen on yhteiskunnallista vaikuttamista. Näin perustellen oppikirjojen kirjoittaminen on yhteiskunnallisesti mitä arvokkainta työtä.

Prosessioikeudessa ei ole ollut varsinaisesti pulaa yleisesityksistä. *Antti Jokela* on jaksanut päivittää prosessioikeuden kirjasarjansa, ja *Tuula Linna* on kirjoittanut jo kahtena painoksena prosessioikeuden suppeahkon oppikirjan. Tämä vuosituhannen ensimmäisellä vuosikymmenellä on ilmestynyt myös *Dan Fränden* ruotsinkielinen teos rikosprosessista sekä *Jyrki Virolaisen* ja *Pasi Pölösen* kaksi teosta niin ikään rikosprosessioikeudesta. Erityisprosesseista (ulosotto ja konkurssi) ja esitutkinnasta ja pakkokeinoista on omat laajat ja ajantasaiset yleisesitykset. Myös hallintoprosessista on ilmestynyt kaksi ajantasaista oppi- ja käsikirjaa. Uudelle oppikirjalle on kuitenkin käyttöä, erityisesti kaikille oikeustieteen opiskelijoille pakollisena oppikirjana.

2. Siviili- ja rikosprosessioikeus -teos oppikirjana

Nyt arvioitava teos on laaja, lähes 800 tekstisivua. Laajuus on ongelma, jos opitun aineksen omaksumista mitataan ulkolukuun perustuvassa perinteisessä tentissä. Toki oma ikäpolveni on lukenut prosessioikeuden tenttiin 2000 sivua *Tauno Tirkosen* teoksia ja yli 1000 sivua muuta aineistoa. Nykyaikaa ulkoa luetuttaminen ei ole ainakaan varsin käytännönläheisessä prosessioikeudessa. Tuomarille ja muulle lainsoveltajalle on olennaista tietää, mistä hän löytää vastauksia eteen tuleviin prosessuaalisiin ongelmiin.

Opitun mittaamisessa on onneksi siirrytty entistä enemmän soveltamiskykyä mittaaviin suoritustapoihin. On kotitenttejä ja oppimistehtävillä suoritettavia kurseja, joissa opiskelija voi hyödyntää kaikkea saatavilla olevaa lähdeaineistoa. *Dan Helenius* ja Linna eivät ole käyttäneet lainkaan kirjallisuusviitteitä. Tämä on ymmärrettävää, jotta teksti ei paisuisi liikaa. Kuitenkin kirjan käytettävyyttä oppikirjana olisi lisännyt merkittävästi, jos kunkin luvun loppuun olisi sisällytetty luettelo soveltuvasta syventävästä luettavasta. Tätä menetelmää olemme käyttäneet esimerkiksi teoksessa *Esitutkinta ja pakkokeinot (Markku Fredman ym. 2020)*.

Helenius ja Linna kertovat käyttäneensä ensisijaisesti virallislähteitä, lakitekstiä, esitöitä ja oikeuskäytäntöä. Valinta ei ole aivan ongelmaton. Ensinnäkin on selvää, että kirjoittajatkin rakentavat tekstinsä sen pohjalle, mitä aihepiiristä on aiemmin oikeustieteessä kirjoitettu. Kumpikin kirjoittaja on ansioitunut tutkija, ja kirjan pohjana on monin paikoin kummankin omaa tutkimusta prosessioikeuden eri osa-alueilta ja lähioikeudenaloilta (muun muassa rikosoikeudesta). Jokainen uusi tutkimus puolestaan perustuu aiempaan tutkimukseen ja oppiaineen traditioon. Vahva painottuminen virallislähteisiin saattaa antaa opiskelijalle jopa väärän kuvan oppiaineen luonteesta. Suomessa on harjoitettu viime vuosikymmeninä tasokasta prosessioikeuden teoreettista tutkimusta, joka on vaikuttanut yhtä hyvin lainsäädäntöön kuin oikeuskäytäntöön. Prosessioikeuden tutkimuksen olisi suonut näkyvän vahvemmin tekstissä. Uusimmassa *Oikeus-lehdessä* (1/2021) *Ida Koivisto* on pohtinut innovatiivisesti tiedelähteiden käsitettä oikeustieteessä (Pitäisikö oikeustieteessä puhua oikeuslähdeopin ohella myös ”tiedelähdeopista?”). Oikeustiede on tiedettä ja oikeustieteen maisterin tutkinto on tässä katsannossa myös tieteellinen tutkinto. Ei ole aivan ongelmattonta, jos alan perusoppikirja kirjoitetaan viittaamatta lainkaan tiedelähteisiin eli oikeustieteelliseen tutkimukseen. Ymmärrän hyvin, ettei oppikirjassa ole mahdollista harjoittaa kovin laajamittaista ja syvällistä lainsäädännön ja oikeuskäytännön kritiikkiä, mutta ei oikeustiede saa olla liian myötäkarvaistakaan suhteessa lain esitöihin ja KKO:n ennakkopäätöksiin.

Esittämästäni lievästä kritiikistä huolimatta katson, että Heleniuksen ja Linnan kirja sopii hyvin käytettäväksi oppikirjana prosessioikeuden opetuksessa.

Teos on kirjoitettu hyvällä suomen kielellä, ja esittämistapa on muutoinkin johdonmukainen ja selkeä. Kirjassa on muutamia havainnollisia kaavioita mutta opiskelija saattaa kaivata niitä enemmänkin. Etenkin menettelyn kuvaajina kaaviokuvat kertovat enemmän kuin sanat tekstissä.

3. Mitä kirja sisältää?

Helenius ja Linna käsittelevät siviili- ja rikosprosessia varsin kattavasti. Voi kuitenkin kysyä, miksi rikosten sovittelu on jätetty parin lyhyen maininnan varaan. Sovittelu ei ole muodollisesti rikosprosessin osa, mutta liittyy siihen kiinteästi. Sovittelualoitteet tulevat poliisilta siinä vaiheessa, kun rikoksen esitutkinta on aloitettu. Onnistunut sovittelu johtaa yleensä esitutkinnan rajoittamiseen tai syyttäjän päätökseen olla syyttämättä kohtuusperusteella. Tuomioistuimien puolestaan jättää vastaajan rankaisematta tai lieventää rangaistusta sillä perusteella, että syytetty on maksanut asianomistajalle sovittelussa sovitut korvaukset. Sovintosopimus voidaan vahvistuttaa tuomioistuimessa ulosottokelpoiseksi. Sovittelu on kriminaalipolitiikan kolmas linja yleis- ja erityisprevention rinnalla. Rikosasioita sovitellaan vuosittain noin 12 000 – 13 000. Kyseessä ei siten ole mitenkään vähäinen konfliktinratkaisun muoto. Vireillä on hanke rikossovittelun siirtämiseksi sosiaali- ja terveysministeriön toimialalta oikeusministeriön toimialalle, mitä voidaan pitää ilmauksena siitä, että rikossovittelun ymmärretään liittyvän läheisesti oikeusprosesseihin. Riitojen tuomioistuinsovittelua kirjassa käsitellään parinkymmenen sivun verran.

Kirjan yleisessä osassa kirjoittajat esittelevät keskeiset prosessiperiaatteet, tuomioistuinlaitoksen, tuomarien aseman ja kelpoisuuden, syyttäjälaitoksen, tuomioistuimen kokoonpanon, prosessinedellytykset, prosessinjohton, käsitteilykielen, tiedoksiannon, pöytäkirjan ja äänittämisen, asian kiireelliseksi määrittämisen ja viivästymisen hyvittämisen sekä oikeusavun. Yleinen osa on kummallekin prosessilajille yhteinen. Yleinen osa on moniaineksinen. Toisaalta kirjoittajat käsittelevät prosessioikeuden peruskysymyksiä (muun muassa tuomarien riippumattomuus ja prosessinjohto), toisaalta luvussa on tekstiä varsin teknisuontoisesta sääntelystä (tiedoksiannosta ja pöytäkirjaamisesta).

Kirjan II luku on siviiliprosessia. Tässä luvussa on kattava kuvaus oikeuspaikkasääntelystä, asian vireilletulosta ja riita-asian käsittelystä tuomioistuimessa. Omana jaksonaan on oikeudenkäyntiasiamiehen ja oikeudenkäyntiavustajan käyttö riita-asiaissa. Sovinnosta ja sovinnon edistämisestä on lyhyt alaluku. Oikeudenkäyntikuluja ja niiden korvaamista on käsitelty tässä jaksossa varsin kattavasti, kun taas hakemusasioista ja turvaamistoimista on lyhyehkö alaluvut.

Kirjan III luku on omistettu rikosprosessille. Esitutkintaa ja pakkokeinoja on käsitelty vajaan parinkymmenen sivun verran, oikeuspaikkasääntelyä reilut kymmenen sivua. Syyteoikeudesta ja syyteharkinnasta, haastamisesta ja suullisesta valmistelusta, syyteestä, pääkäsittelystä, asianomistajan yksin ajamasta rikosjutusta ja oikeudenkäyntikuluista on kirjoitettu yhteensä yli sata sivua, mitä on pidettävä varsin kattavana yleisesityksenä rikosprosessin kulusta.

Kirjan IV luvussa yhdistyvät taas molemmat prosessilajit. Tässä luvussa on yli sadan sivun verran tekstiä todistelusta tuomioistuimessa. Luku on kattava, mutta tiettyjä pulmia seuraa siitä, että luvussa käsitellään rinnakkain siviili- ja rikosprosessia. Lukijan pitää olla tarkkana sen suhteen, mikä sääntely koskee kumpaakin prosessilajia, mikä puolestaan vain toista. Tämä pulma on yleinen teoksissa, joissa pyritään käsittelemään todistelu kokonaisuutena kumpaakin prosessilajia silmällä pitäen.

Viidennessä luvussa käsitellään äänestämistä, tuomiota, oikeusvoimaa ja julkisuutta. Luvun mielenkiintoisin jakso on oikeusvoimaa käsittelevä alaluku, jossa olisi voinut pohtia enemmänkin oikeusvoimaa ja todistusvaikutusta eri prosessilajien välillä (mukaan lukien hallintoprosessin). Tämä prosessilajien välinen vaikutus on nousemassa aiempaa keskeisempään asemaan prosessioikeudellisessa tutkimuksessa ja oikeustieteellisessä keskustelussa.

Muutoksenhausta on kirjassa noin 80 sivun mittainen VI luku. Vaihtoehtoisia menettelyjä kirjoittajat kuvaavat kirjan VII luvussa. Omat alalukunsa on omistettu tuomioistuinsovittelulle, välimiesmenettelylle, syyteneuvottelulle, kirjalliselle menettelylle rikosprosessissa ja sakkomenettelylle. Prosessioikeuden kansainvälisistä yhteyksistä on kirjassa noin 30 sivun mittainen VIII luku.

Yllä olevasta lyhyestä kirjan sisältökuvauksesta käy ilmi, että kyseessä on todella siviili- ja rikosprosessioikeuden yleisesitys. Lukukokemus on pitkän linjan prosessualistillekin hengästyttävä, se on pakko myöntää. Teos sisältää valtavan määrän yksityiskohtaista prosessisääntelyn kuvausta. Aivan perustason oppikirjana teosta ei voi sen takia hyödyntää. Kyseessä on pikemmin prosessioikeuden laaja oppimäärä. Oikeustieteen oppikirjaa ei vain ole mahdollista kirjoittaa viit- taamatta pykäliin.

4. Loppuarvio

Olen välttänyt kajoamasta kirjoittajien yksittäisiin tulkintakannanottoihin, joista kaikista ei tarvitse olla yhtä mieltä. Tulkintakannanotot perustuvat pääosin lain esitöihin ja oikeuskäytäntöön. Niistä tullaan varmasti keskustelemaan toisilla foorumeilla, oikeustieteellisissä artikkeleissa ja monografioissa. Kirjoittajat perustelevat kannanottonsa siinä laajuudessa kuin se oppikirjatasolla on

mahdollista. Kirjasta välittyy kirjoittajien vahva prosessioikeuden tuntemus ja lukeneisuus, vaikka kirjallisuusviitteitä ei ole käytetty. Teos on rakenteeltaan tasapainoinen, ja kirjaa lukiessani en havainnut eroa sen mukaan, kumpi kirjoittajista oli kirjoittanut tietyn luvun. Tämä on positiivinen havainto. Eräässä toisessa prosessioikeuden kirjassa muutamasta ongelmasta oli esitetty erikseen kummankin kirjoittajan toisistaan poikkeava näkemys.

R.A. Wreden teokset olivat aikanaan prosessioikeuden klassikoita, samoin Tauno Tirkkosen neljänä eri niteenä ilmestyneet kirjat. Antti Jokelan eri muodoissaan ilmestyneet teokset ovat kuluneet tutkijoiden ja käytännön toimijoiden ahkerassa käytössä. *Klaus Helmisen* ja kumppaneiden vuonna 1988 alulle panema teos esitutkinnasta ja pakkokeinoista on ilmestynyt kuutena painoksena, viimeksi vuonna 2020 (mukana ei ole enää yhtään alkuperäistä kirjoittajaa). Nämä laitosmäärät eivät vedä vertoja saksalaisille klassikoille, joista on saattanut ilmestyä jo monta kymmentä uudistettua laitosta, alkuperäisten kirjoittajien siirryttyä jo aikaa sitten manan majoille. Nyt arvioitavana olevan teoksen toinen kirjoittaja on alallaan kokeneimpia tutkijoita, toinen kirjoittaja puolestaan edustaa nuorta tutkijapolvea. Kun tämä seikka otetaan huomioon, teoksella Siviili- ja rikosprosessioikeus on kaikki edellytykset tulla prosessioikeuden klassikoksi. On ensiarvoisen tärkeää, että oppi- ja käsikirjojen kirjoittamisen perinne siirtyy joustavasti juristipolvelta toiselle. Juridiikka on käytännönläheinen elämänalue, jossa tarvetta on yhtä hyvin korkeatasoiselle teoreettiselle tutkimukselle kuin käytännön toimijoita ja opiskelijoita palveleville oppi- ja käsikirjoille, joissa tiivistyvät alan kulloinkin kehitysvaihe ja ongelmanasettelu.

Matti Tolvanen

Hyttinen, Tatu

Rahanpesu ja rikosvastuu. Teoria ja käytäntö.

Alma Talent. Helsinki 2021. 698 sivua.

Alustavia näkökohtia

Tatu Hyttinen on Turun yliopiston rikosoikeuden apulaisprofessori, joka yhtenä harvoista tiedeyhteisön jäsenistä on ollut jo vuosia kiinnostunut rahanpesun rikosoikeudellisesta sääntelystä ja siihen liittyvistä oikeudellisista ongelmista. Nyt käsillä oleva teos yhdistää alaotsikkonsa mukaisesti teorian ja käytännön tavalla, josta oletettavasti on hyötyä sekä käytännön toimijoille että tieteellisesti orientoituneille lukijoille.

Teos *Rahanpesu ja rikosvastuu. Teoria ja käytäntö* on julkaisuhetkellään ajantasainen kuvaus siitä, mitä rahanpesulla Suomen rikoslaissa tarkoitetaan, miten rahanpesun kriminalisointi oikeutetaan ja miten rahanpesua koskevia säännöksiä tulkitaan ja sovelletaan. Tunnuksmerkistöjen tarkastelussa Hyttinen käsittelee yksityiskohtaisesti rahanpesun eri tekotapoja. Tunnuksmerkistöjen lisäksi Hyttinen lainkäyttäjienkin näkökulmasta ansiokkaasti pohtii rahanpesun täyttymiseen usein liittyviä kysymyksiä esirikoksen näyttämisestä sekä rahanpesurikosten yksiköinnistä, tekoajasta ja kvalifioinnista.

Lisäksi teokseen on ehtinyt pohdinta uuden itsepesua koskevan säännöksen soveltamisalasta. Kriittisen lukijan on kuitenkin hyvä huomata, että jotkin Hyttisen yksittäiset kannanotot poikkeavat Suomen kansainvälisistä velvoitteista tai ovat käytännölle hieman vieraita.

Hyttinen ansaitsee erityismaininnan teoksen sujuvasta ja selkeästä kielestä. Teksti kulkee jouhevasti ja loogisesti – käsiteltävä tulkintakysymys yksilöidään, ratkaisuvaihtoehdon puolesta tai sitä vastaan esitetään argumentteja ja lopuksi päädytään selkeään johtopäätökseen.

Teoksessa käsitellään ansiokkaasti rahanpesukriminalisoinnin tulkintaa ja soveltamista teoreettisesta näkökulmasta sekä analysoidaan rahanpesurikoksen rakennetta ja syyksiluettavuuden kriteereitä. Arvostelussa nostetaan seuraavaksi esiin eräitä teoksen kannalta keskeisinä pitämiäni kohtia, käydään keskustelua Hyttisen esittämien näkemysten kanssa ja perustellaan edellä esitettyä kritiikkiä.

Rahanpesun kriminalisoinnin kansainvälinen tausta ja sen vaikutus

Rahanpesusta ja sen kriminalisoinnista ei ole syytä puhua ilman, että samalla otetaan huomioon sääntelyn kansainvälinen tausta (sota huumeita vastaan), kriminalisoinnin tavoite (torjua huumerikollisuutta) ja sääntelytausta (puuttuvat tehokkaat konfiskaatiosäännökset), jotka määrittivät keinot, joilla päämäärä alun perin pyrittiin saavuttamaan.

Hyttinen kuvaa selkeästi rahanpesun kansainvälistä taustaa ja sen vaikutusta kansalliseen rahanpesun kriminalisointiin säätämishetkellä, sen jälkeen ja ennakoitavassa tulevaisuudessa. Hyttinen tuo esille myös kansainvälisissä sopimuksissa kuvattujen rahanpesurikosten kansallista implementointia seuraamaan OECD:n alaisuuteen perustetun Rahanpesun ja terrorismin rahoituksen vastaisen kansainvälisen työryhmän (FATF), jonka merkitys rahanpesurikosten kansalliselle sääntelylle on ollut huomattava. Myös Euroopan unionin rahanpesudirektiivit määrittävät jäsenvaltioiden rahanpesukriminalisoinneille asetettavia edellytyksiä. Hyttisen mukaan direktiivit jopa välillisesti harmonisoivat rikosoikeuden yleisiä oppeja esimerkiksi tahallisuus- ja konkurrenssikysymyksissä.

Rahanpesun kriminalisoinnin hyväksyttävyyys

Hyttinen vastaa pitkähkön pohdinnan jälkeen kysymykseen rahanpesun kriminalisoinnin hyväksyttävyydestä myöntävästi. Myös taloudellista hyötyä tavoittelevissa rahanpesurikoksissa tekijän voidaan olettaa ajattelevan rationaalisesti ja pidättäytyvän rikoksesta, ellei siitä ole saatavissa hyötyä. Rangaistussäännökseen liitetty pakollinen konfiskaatio puolestaan tukee välillisesti rangaistuksen preventiivistä tehtävää eli laillisen talouden ja talousjärjestelmän suojelua likaiselta rahalta.

Olen Hyttisen kanssa samaa mieltä rahanpesun kriminalisoinnin hyväksyttävyydestä, vaikka onkin myönnettävä, että alkuperäinen yhdysvaltalainen tarve kriminalisoida rahanpesuna sittemmin tunnettu menettely varsin tukevasti perustui tarpeeseen tehostaa konfiskaatiosäännöksiä Yhdysvalloissa ja muualla maailmassa järjestäytyneen huumausainerikollisuuden torjumiseksi, ja niissä oli siten kyse Hyttisen kuvaamasta ”turvallistamisesta”.

Oikeushyvien suojelun periaate

Rahanpesua koskevassa keskustelussa on joskus asetettu kyseenalaiseksi, suojellaanko rahanpesun kriminalisoinnilla jotakin yhteiskunnassa tärkeäksi koettua arvoa. Kansainvälisesti suojeluobjektiksi on määritelty laillisen talouden/rahoitusjärjestelmän puhtauden suojelu, kuten Hyttinenkin toteaa. Oikeushyvinä laillisen talouden puhtauden suojelu on Hyttisen mainitsemin tavoin abstrakti ja ehkä vaikeasti avautuva tavoite. Kun rahanpesun eri tekotavat on Suomessakin säädetty rangaistaviksi törkeästä rahanpesusta rahanpesurikkomukseen, on aiheellista pohtia, miten kokonaisuutena arvostellen vähäiset, esimerkiksi 50 euron arvoiseen omaisuuteen kohdistuvat teot loukkaavat rahanpesun suojeluobjektia. Vähäisten rikoshyötymäärien kansainvälisesti edellytetyn kriminalisoinnin selettää kuitenkin Yhdysvalloissa aikoinaan saatu kokemus siitä, kuinka helppoa on suurtenkin rikoshyötymäärien jakaminen pienempiin eriin ja saattaminen pankkijärjestelmään (ns. smurffaus).

Hyttinen toteaa arvoltaan vähäiset teot sinänsä moraalisesti vääriksi, mutta epäilee sitä, voivatko ne loukata suojeluobjektia.

Rahanpesun suojeluobjektin konkreettinen määrittelemine voi yksittäistapauksissa olla ongelmallista, kun rahanpesun kriminalisoinnilla halutaan torjua laajasti rikoshyödyn pääsy lailliseen talouteen, mutta teon tarkoitusta tai seurausta ei tunnusmerkistössä sidota suoraan suojeluobjektiin. Toisin kuin Hyttinen katsoo, yksittäinen vähäinenkin rahanpesurikos voi vaarantaa laillisen talouden puhtauden ja teko voi siten omalta osaltaan johtaa suojeluobjektin loukkaamiseen, kun rikoshyötyä käytetään laillisessa vaihdannassa tai se siirretään rahoitusjärjestelmään – pienistä puroista voi syntyä valtava virta. Suojeluobjektin voitaneen katsoa vaarantuvan heti, kun syntyy mahdollisuus rikoshyödyn siirtymisestä lailliseen talouteen (yritys).

Esirikoksen toteennäyttäminen

Yksi vaikeimmista rahanpesun käytännön kysymyksistä on esirikoksen toteennäyttäminen rikosprosessissa. Tämä saattaa olla erityisen vaikeaa silloin, kun esirikos on tehty ulkomailla tai silloin, kun esirikos koostuu lukuisista lievemmistä teoista, kuten ammattimaisessa huumausaineiden katukaupassa tai internetpetoksissa.

Hyttinen katsoo, että esirikoksen väitetyille tekokontekstille ei voida esirikosta toteennäytettäessä antaa painoarvoa, kun arvioidaan sitä, kuinka vahvaa näyttöä

esirikoksesta on esitettävä. Esimerkiksi sillä, onko esirikos tehty kotimaassa vai ulkomailla, ei hänen mukaansa ole merkitystä.

Käsitellessään esirikosta koskevaa näyttökynnystä Hyttinen on muuttanut aikaisempaa näkemystään ja katsoo nyt, että esirikoksen näyttökynnystä ei ole perusteltua pitää alempana kuin itse päärikoksen näyttökynnystä. Tämä Hyttisen näkemys poikkeaa vallitsevasta oikeuskäytännöstä (ml. yrityssalaisuuden väärinkäyttöä koskeva KKO 2013:17), esitöiden kannanotoista ja kansainvälisten veloitteiden lähtökohdista. Kannanotto vaikuttaa myös epäohdonmukaiselta, kun otetaan huomioon, että esirikoksesta ei tarvitse tuntea kaikkia tunnusmerkistön täyttymiselle välttämättömiä tosiseikkoja, kuten tekijää.

Hyttisen johtopäätös esirikokselle asetettavista edellytyksistä on hänen omastakin mielestään tiukka. Hyttinen edellyttää, että esirikoksen tapahtumisesta ei saa jäädä varteenotettavaa epäilyä ja että esirikoksen normatiivisten edellytysten, mukaan lukien tahallisuusvaatimuksen, on täyttyvä.

Syyttäjän voi olla mahdotonta esittää esirikoksen tekijän tahallisuudesta näyttöä, jos esimerkiksi esirikoksen tekijä ei ole tiedossa. Tämä voi olla varsin yleistä esimerkiksi huumausainerikoksissa ja kansainvälisissä internetpetoksissa, joissa pankkijärjestelmään tulevat likaiset varat voivat koostua lukuisista lievemmistä teoista saadusta rikoshiödyistä. Hyttisen vaatimaa näyttökynnystä voitaneenkin pitää myös Suomen kansainvälisten veloitteiden vastaisena.

Jostain syystä Hyttinen myös epäilee, että vastaajalle olisi sälytetty (joissain tapauksissa) esirikoksen tapahtumisesta näyttötaakka. Tiedossa ei liene tapauksia, joissa vastaajalle olisi kääntynyt todistustaakka esirikoksen tapahtumisesta. Prosessuaalisesti on toki niin, että jos syyttäjä esittää vakuuttavaa näyttöä esirikoksesta, vastaajalle käytännössä syntyy tarve esittää vastanäyttöä, ja tuomioistuimien saattaa todeta päätöksessään, ettei vastaaja ole väitteillään kyennyt torjumaan syyttäjän esittämää näyttöä.

Itsepesu

Itsepesuun ja sen kriminalisoimiseen on Suomessa suhtauduttu lähtökohtaisesti torjuvasti, mikä on ilmennyt haluttomuutena säätää itsepesu rangaistavaksi. Ensimmäinen itsepesua koskeva rangaistussäännös muotoiltiin sellaiseksi, ettei sille käytännössä ole jäänyt juurikaan soveltamisalaa, kuten Hyttinenkin toteaa. Hyttisen kuvaamin tavoin Euroopan unionin viides rahanpesudirektiivi lopulta velvoitti joulukuussa 2020 säätämään itsepesun rangaistavaksi kansainvälisten sopimusten jo aikaisemmin edellyttämässä laajuudessa myös Suomessa. Hyttinen kuvaa omaksuttua lainsäädäntöratkaisua persoonalliseksi. Sääntelytekniikan ensisijaisena tehtävänä Hyttinen pitää varsin oikeaan osuvasti itsepesun

rangaistavuuden alan riittävän suppeana pitämistä. Myös hallituksen esityksen perusteluilla tuetaan tätä tavoitetta.

Tulevaisuus näyttää, miten itsepesusäännöstä käytännössä tulkitaan ja millainen rooli konkurrenssiopilla tulee olemaan uuden säännöksen soveltamisessa tulee olemaan. Huomattavaa on myös, että korkein oikeus ratkaisussaan KKO 2020:98 laajensi jo itsepesun aiemman säännöksen tulkintaa katsoen, että samaan rikosshyötyyn kohdistuvat toimet voivat tulla arvioiduiksi erillisinä. Uusi säännös täyttää ainakin sen aukon, mikä aiemmassa lainsäädännössä oli silloin, kun jo lainvoimaisesti esirikoksesta tuomitun hallusta tai vallinnasta löydetään sellaista rikosshyötyä, jonka jäljittäminen ja konfiskoiminen ennen uutta itsepesusäännöstä olisi ollut mahdotonta. Käytännössä tällaisia tilanteita on voinut syntyä laajoista ja vakavista talousrikoksista tuomitujen kohdalla, jotka ovat pystyneet kätkemään saamansa rikosshyödyn ulkomaille ja kotiuttavat sitä tuomion kärsittyään Suomeen tarkoituksenaan käyttää sitä esimerkiksi liiketoinnissaan.

Esirikoksen asianomistajan asema rahanpesua koskevassa oikeudenkäynnissä

Hyttisen näkemyksen mukaan rikoslain 32 luvun 12 §:n 3 momentti tukee ajatusta siitä, että esirikoksen asianomistajalle voidaan antaa asianomistajan asema myös rahanpesurikosioikeudenkäynnissä, erityisesti itsepesua koskevissa asioissa. Hyttinen on oikeassa siinä, että oikeuskäytännössä on viime vuosina ryhdytty antamaan esirikoksen asianomistajalle vastaava asema myös rahanpesuoikeudenkäynnissä, vaikka rahanpesussa ei kansallisen lain mukaan asianomistajaa olekaan. Se ilmenee mm. rahanpesun suojeluobjektista ja siitä johtuvasta pakottavasta konfiskaatiosäännöksestä, joka velvoittaa tuomitsemaan valtiolle menetettäväksi rahanpesijän hallussa olevan rahanpesun kohteen esineellisenä (RL 32:12.1).

Esirikoksen asianomistajan asema on Suomessa pyritty ratkaisemaan sanotussa rikoslain 32 luvun 12 §:n 3 momentissa, jonka mukaan rahanpesun kohde voidaan tuomita esirikoksella loukatulle vahingonkorvauksena, jos omaisuus on tähän sopivaa. Siitä, mikä omaisuus on sopivaa esirikoksen asianomistajalle rahanpesuprosessissa tuomittavaksi, korkein oikeus on antanut yhden ennakkoratkaisun (KKO 2012:60).

Ellei rahanpesun (esineellisen) kohteen tuomitseminen asianomistajalle vahingonkorvauksena ole rahanpesua koskevassa oikeudenkäynnissä mahdollista, kohdeomaisuus on tuomittava valtiolle menetetyksi ja esirikoksella loukattu voi saada valtion varoista vahingonkorvausta siten, kuin rikoslain 10 luvun 11 §:n

2 momentissa säädetään. Säännöksellä ei näin ollen ole ollut tarkoitus antaa esirikoksella loukatulle asianomistajuutta rahanpesuprosessissa, vaan esirikoksen uhrille on räätälöity erillinen menettely, jolla hän voi toteuttaa esirikokseen liittyvän vaatimuksensa. Kansainvälisten sopimusten edellyttämää rahanpesuun liittyvää pakottavaa konfiskaatiosäännöstä ei sen sijaan ole ollut mahdollista muuttaa. Esirikoksen asianomistajan prosessuaalinen asema rahanpesua koskevassa oikeudenkäynnissä on kuitenkin jäänyt hieman epäselväksi.

Ritva Sahavirta

Toimitukselle saapunutta kirjallisuutta

- Jämsä, Jurkka: Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosasiassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2020. X + 497 sivua.
- Kemppinen, Heikki: Rangaistuksen määräämisen perustelevinen. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2021. XI + 327 sivua.
- Kulla, Heikki – Salminen, Janne: Hallintomenettelyn perusteet. 11., uudistettu painos. Alma Talent 2021. XIX + 600 sivua.
- Lahti, Raimo: Towards an Efficient Just and Humane Criminal Justice. Nordic Essays on Criminal Law, Criminology and Criminal Policy 1972–2020. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2021. XIII + 554 sivua.
- Luukkonen Yli-Rahnasto, Marja: Reklamaatiovelvollisuus. Alma Talent 2021. XI + 512 sivua.
- Norros, Olli – Kaisanlahti, Timo: Vahingonkorvaus arvopaperimarkkinoilla. Liikkeeseenlaskijan tiedonantovirhe. XX + 523 sivua.
- Nykänen, Pekka – Nieminen, Martti: Tuloverolain kommentaari. Alma Talent 2021. XIX + 1453 sivua.
- Oikeustiede–Jurisprudentia-vuosikirja LIV:2021. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2021. 429 sivua.
- Pursiainen, Aleks: Kansainväliset pakotteet ja vientivalvonta. Alma Talent 2021. 431 sivua.
- Raitio, Juha – Miettinen, Samuli: Valtiontuet ja SGEI-palvelut. Alma Talent 2021. XVI + 240 sivua.
- Ruohonen, Janne – Vahtera, Veikko – Penttilä, Seppo: Kuntayhtiö. 2., uudistettu painos. Alma Talent 2021. XVII + 422 sivua.
- Tapanila, Antti: Siviiliprosessi. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2021. XIV + 737 sivua.
- Vahtera, Veikko – Rantasaari, Krista (toim.): Yhtiö, velka, velvoite. Juhlajulkaisu Seppo Villa. Alma Talent 2021. 589 sivua.
- Ylönen, Markku: Advokaträtt. Alma Talent 2021. XV + 654 sivua.

Helle, Karoliina, OTT, lehtori, Satakunnan ammattikorkeakoulu
Karjalainen, Katja, OTT, tutkijatohtori, Itä-Suomen yliopisto,
katja.karjalainen@uef.fi
Koivukari, Kristiina, OTT, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto
Niemi, Matti Ilmari, OTT, professori, Itä-Suomen yliopisto
Palomäki, Jussi, FT, kognitiotieteen dosentti, Helsingin yliopisto
Pellonpää, Matti †, OTT
Rantaeskola, Satu, OTT
Sahavirta, Ritva, OTT, Euroopan valtuutettu syyttäjä, EPPO
Saarinen, Ville, FM, OTM, VT, tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto,
ville.a.saarinen@helsinki.fi
Tolvanen, Matti, OTT, professori, Itä-Suomen yliopisto
Vatjus-Anttila, Jalo, OTM, tohtorikoulutettava, Turun yliopisto, jivaan@utu.fi
Ylhäinen, Marjo, OTT, apulaisprofessori, Itä-Suomen yliopisto,
marjo.ylhainen@uef.fi

Tarjoa artikkelia

Oikeustiede–Jurisprudentia -vuosikirjaan LIV:2022

15.2.2022 mennessä.

Toimittaja

professori Janne Kaisto
janne.kaisto@ulapland.fi

Yhteystiedot

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Lea Purhonen, p. 050 353 7011
lea.purhonen@lakimiesyhdistys.fi

Vuosikirjan artikkeleiden ohjelaaajuus on 40–80 sivua.

Kirjoitusohjeet

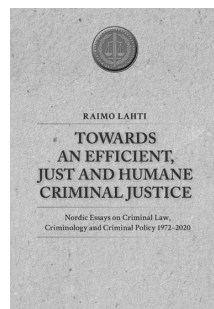
www.lakimiesyhdistys.fi/julkaisut

Vuosikirja on referee-julkaisu (Julkaisufoorumin taso 1).

Raimo Lahti

Towards an Efficient, Just and Humane Criminal Justice

Nordic Essays on Criminal Law,
Criminology and Criminal Policy 1972–2020 (D 8)



This collection of essays on criminal law, criminology and criminal policy includes a selection of my articles from the year of 1972 to the year of 2020, i.e., from a period of 49 years. The writings – in all 32 – chosen for the compilation are written in English and 30 of them have been published earlier. The main aim with this anthology is to crucially widen the access of my writings for comparative purposes.

The articles are divided into seven chapters. Chapters I–VI cover a large spectrum of criminal sciences, and they are – in particular, in Chapters IV–VI – written rather from a Nordic (Scandinavian) than from a narrower Finnish perspective. The title of the anthology expresses its main message: towards an efficient, just and humane criminal justice.

Chapter VII includes five articles related to bioethics and (criminal) law. The reason for that chapter's attachment is to present some of my contributions to the new discipline entitled 'Medical law and biolaw'.

The intensified internationalization and Europeanization of criminal law and justice have changed the role of comparative law and criminal sciences in general. There is much more need for comparison of legal orders due to the emergence of European criminal law and international criminal law and due to the increased interaction between European and global legal regulations and the national legal orders. We also need more evidence-based criminological research to be utilized in criminal-policy planning and as a foundation for rational policy decisions.

XII + 554 sivua

ISBN 978-951-855-386-4

Hinta 55 € / jäsenhintaa 38,50 €

Oikeustiede–Jurisprudentia- vuosikirja LIV:2021

Marko Forss: Lankapuhelinkuulustelusta etävideokuulusteluun – poliisin tiedonsiirtovälineellä suorittama kuulustelu esitutkinnassa ennen, nyt ja tulevaisuudessa

Aleksi Heinilä: Kirkollisten rakennusten suojele ja rakennussuojelua koskevien lakien keskinäiset suhteet

Elina Inberg: Motiivierehdys testamentissa

Eeva-Maija Kalkela – Kai Kotiranta: Todennäköisesti ja välinpitämättömästi – seuraustahallisuuden määrittelyä suomalaisen ja ruotsalaisen oikeuskäytännön valossa

Petteri Laitila: Geenivarojen saatavuus ja hyödynjako oikeudellisenä keinona edistää biodiversiteetin suojele

Veera Väliatalo: Kulttuurisen kansanmurhan käsite

429 sivua

ISBN 978-951-855-390-1

Hinta 75 € / jäsenhintana 52,50 €

Heikki Kempainen

Rangaistuksen määräämisen perustelemisen (A 344)

Rangaistuksen määrääminen on yksi suurinta mielenkiintoa herättävistä aiheista rikosoikeutta ja oikeudenkäyntejä koskevassa julkisessa keskustelussa. Oikeudellisesti tarkasteltuna rangaistuksen määräämisessä yhdistyvät väljä ja yleisluontoinen sääntely, tuomarin laaja harkintavalta ja vaatimus rangaistuskäytännön yhtenäisyydestä.

Rangaistuksen määräämistä koskeva ratkaisu on rikosasian vastaajan kannalta keskeinen. Ratkaisussa tavanomainen laintulkinta voi kuitenkin jäädä taka-alalle, jolloin tuomarin kokemusperäinen tieto ja tähän liittyvät intuitiivisen harkinnan riskit nousevat esiin.

Tutkimuksessa kysytään, miksi ja miten tuomarin tulisi perustella rangaistuksen määräämistä koskevaa päätöstään. Ennen perustelemista koskevien kysymysten käsittelyä tutkimuksessa tarkastellaan rangaistuksen mittaamista ja siihen liittyviä oikeuslähteitä. Tutkimuksessa hyödynnetään tuomion perustelemisesta aiemmassa prosessioikeudellisessa oikeuskirjallisuudessa esitettyjä havaintoja ja teorioita. Tarkasteluun yhdistetään myös rangaistuksen määräämisharkintaan liittyviä tekijöitä, kuten vaatimus rangaistuskäytännön yhtenäisyyden huomioimisesta.

Rangaistuksen määräämisen perustelemista lähestytään sekä yleisesti että erikseen rangaistuksen määräämisen osaratkaisujen ja niihin liittyvän aineellisen lainsäädännön kautta. Tarkastelun tuloksena nostetaan esille tekijöitä, joiden vallitessa rangaistuksen määräämisen perustelemiseen on syytä kiinnittää erityistä huomiota. Teoreettista tarkastelua täydentää tutkimuksen empiirinen osuus, jossa käydään läpi rangaistuksen määräämisen perusteluita tuomioistuinten ratkaisuista koostuvan aineiston perusteella.

Erityisesti kiinnitetään huomiota siihen, vastaavatko tutkimuksen teoreettisessa osassa tehdyt johtopäätökset vallitsevaa oikeuskäytäntöä, ja miten rangaistuksen määräämistä perustellaan tuomioistuinikäytännössä. Tutkimus on kirjoitettu tuomarin näkökulmasta ja se tarjoaa apuvälineen rangaistuksen määräämistä koskevan harkinnan jäsentämiselle tuomioistuintyössä. Tutkimuksesta on hyötyä myös kaikille rikosasioiden käsittelyyn osallistuville.

XI + 327 sivua

ISBN 978-951-855-388-8

Hinta 115 € / jäsenhintana 80,50 €

Antti Tapanila

Siviiliprosessi (B 203)

Siviiliprosessi on yleisesitys riita-asian oikeudenkäyntimenettelystä, joka tarjoaa väylän laillisten oikeuksien toteuttamiseen tuomioistuimessa. Oikeudenkäynnin pitää olla järjestetty niin, että asianosaisilla on käytössään ennakoitava, joutuisa ja kustannustehokas keino yksityisoikeudellisten riitaisuuksiensa ratkaisemiseen.



Teoksessa tarkastellaan riita-asian käsittelyä kanteen vireilletulosta aina valitusluvan hakemiseen korkeimmalta oikeudelta. Keskeisiä tarkastelun kohteita ovat siviiliprosessin periaatteet, asiaan osalliset ja heidän avustajansa, riita-asian vireillepano käräjäoikeudessa, kirjallinen ja suullinen valmistelu sekä todistelukysymykset. Lisäksi oikeudenkäyntikulut, tuomioistuinten ratkaisu ja oikeusvoima sekä muutoksenhaku hovioikeuteen kuuluvat teoksen aihepiireihin.

Teos on kirjoitettu riita-asioita hoitavan tuomarin näkökulmasta. Siviiliprosessissa käsitellään varsin erilaisia riita-asioita, jolloin tuomarin valinnoilla on huomattava merkitys oikeudenkäynnin kulkuun. Vaikka teoksessa sivutaan siviiliprosessia koskevia periaatteita ja kysymyksenasetteluita kirjallisuudessa, oikeudenkäyntimenettelyä on tarkasteltu käytännönläheisesti. Tavoitteena on ollut arvioida, minkälaisin menettelyin siviiliprosessi on mahdollista järjestää joutuisasti ja kohtuullisin kustannuksin. Oikeustapauksiin painottuvaa lähdeaineistoa on seurattu 15.6.2021 saakka. Siviiliprosessi on hyödyllistä luettavaa riita-asioita työnsä puolesta hoitaville lakimiehille ja sitä voidaan käyttää myös oppikirjana ja käsikirjana.

OTT, dosentti Antti Tapanila on käräjätuomari, joka on työskennellyt eri tuomioistuimissa ja kihlakunnansyyttäjänä. Hän on kirjoittanut laajasti prosessioikeuteen, todistusoikeuteen ja prosessuaalisiin ihmisoikeuksiin liittyvistä teemoista.

XIV + 737 sivua
ISBN 978-951-855-392-5

Hinta 145 € / jäsenhintana 101,50 €