





LAKIMIES 6/2023

SISÄLLYS

Päätoimittajalta (<i>Tatu Hyttinen</i>)	842
Artikkeleita	
<i>Forss, Marko</i> : Lapsen vangitsemiskynnys esitutkinnassa	843 
<i>Koivukari, Kristiina</i> : Rikostuomioiden julkaiseminen avoimesti kaikkien saataville – Avoimen datan lisäämisen ja julkisuuden toteuttamisen haasteet	868 
<i>Markus, Jaakko</i> : <i>De lege ferenda</i> -tutkimus prosessi- ja insolvenssi-oikeudessa	895 
<i>Moilanen, Marlon</i> : Sosiaalihuollon asiakkaan suostumuksen väärinkäytöstä	918 
Väitöksiä	
<i>Henriksson, Charlotta</i> : Patenttien arvo ja arvonmääritys	947
<i>Henriksson, Charlotta</i> : Patenttien arvo ja arvonmääritys (<i>Petri Kuoppamäki</i>)	953
Oikeuskäytäntöä	
KHO 2022:111 – Äänestäminen ja ratkaisun lopputuloksen selkeys (<i>Martina Nyman</i>)	959
Kirjallisuutta	
Koskeniemi, Martti: To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power 1300–1870 (<i>Pekka Pohjankoski</i>)	967
Korhonen, Petteri – Jämsä, Jurkka: Sähköinen prosessi hovioikeudessa (<i>Antti Savela</i>)	974
Tämän numeron kirjoittajat	979
Contents:	
<i>Forss, Marko</i> : The threshold for remanding a child in a pre-trial investigation;	
<i>Koivukari, Kristiina</i> : Publishing criminal judgements as open data – The challenges of increasing access to public sector information and open data;	
<i>Markus, Jaakko</i> : Research de lege ferenda in procedural law and insolvency law;	
<i>Moilanen, Marlon</i> : Abuse of Consent in Residential Elder Care; <i>Dissertations; Legal Cases; Literature</i>	

Tämän vuoden alusta Lakimies-aikakauskirja on ollut avoimesti kaikkien luettavissa Tieteellisten seurain valtuuskunnan ylläpitämässä Journal-fi-palvelussa. Päätöksen taustoista ja merkityksestä voi lukea tarkemmin Helsingin yliopiston Think Open -blogista, jossa aiheesta on syyskuussa 2023 julkaistu pidempi kirjoitus.¹

Avoimen julkaisemisen systemaattinen edistäminen on herättänyt tiedeyhteisössä positiivista huomiota, vaikka Lakimiestä lukevalle juristikunnalle muutos on voinut vaikuttaa etäisemmältä. Moni on jo aiempina vuosina päässyt lukemaan aikakauskirjan sähköisen version Edilex-lakitietopalvelussa, jonka arkistoista löytyy Lakimieheissä julkaistuja kirjoituksia vuodesta 1996 alkaen. Palvelu on maksullinen, mutta monet pääsevät palveluun esimerkiksi työnantajan kustantamana. Lisäksi monille tärkein versio on edelleenkin paperimuotoinen Lakimies kotiin kannettuna.

Avoimuuden edistämisellä on myös sellaisia hyötyjä, jotka jäävät helposti taka-alalle. Ensinnäkin moni kirjoittaja haluaa jo periaatteellisista syistä julkaista kirjoituksensa avoimeen julkaisemiseen sitoutuneessa tiedejulkaisussa. Niinpä siirtyminen avoimeen julkaisemiseen turvaa sen, että Lakimieheen tarjotaan myös tulevaisuudessa laadukkaita käsikirjoituksia. Toiseksi avoin julkaiseminen on lisännyt Lakimies-aikakauskirjan näkyvyyttä juristikunnan ulkopuolella, jossa Edilex-lakitietopalvelun käyttö tai aikakauskirjan painetun version lukeminen on ollut perinteisesti vähäisempää. Esimerkiksi tässä numerossa julkaistava Marlon Moilasan artikkeli sosiaalihuollon asiakkaan suostumuksen väärinkäytöstä on oikeustieteellisesti tärkeä puheenvuoro, mutta sitä voidaan suositella myös kaikille niille, jotka tekevät työtä haavoittuvassa asemassa olevien sosiaalihuollon asiakasryhmien parissa tai ovat muutoin kiinnostuneet aiheesta.

Muissa tämän numeron artikkeleissa käsitellään lapsen vangitsemiskynnystä esitutkinnassa, rikostuomioiden avoimeen julkaisemiseen liittyviä haasteita sekä de lege ferenda -tutkimuksen merkitystä prosessi- ja insolvenssioikeudessa. Tälläkin kertaa artikkelit ovat tieteellisten ansioidensa lisäksi yhteiskunnallisesti merkittäviä. Artikkeleita yhdistävä tekijä on myös kriittinen tutkimusote, joka on ensiarvoisen tärkeää kehitettäessä tutkimusperusteisesti entistä vahvempaa suomalaista oikeusvaltiota.

Vertaisarvioitujen artikkelien lisäksi numero sisältää lektion sekä siihen liittyvän vastaväittäjän lausunnon, oikeustapauskommentin sekä kaksi kirja-arvostelua. Kirjoitukset tarjoavat muun ohella erinomaisen keinon kartuttua ja syventää oikeudellista yleissivistystä.

Tatu Hyttinen
päätoimittaja

1. <https://blogs.helsinki.fi/thinkopen/lakimies-aikakauskirja/>

Marko Forss

Lapsen vangitsemiskynnys esitutkinnassa



Lakimies
6/2023
s. 843–867

HAKUSANAT: esitutkinta, pakkokeino, vangitseminen, kohtuus, painavat syyt, lapsen etu

1. Johdanto

Vangitseminen on ankarin pakkokeino esitutkinnassa, mutta myös lapsia joudutaan vangitsemaan muutamia kymmeniä vuosittain.¹ Vain 15–17-vuotiaiden lapsien vangitseminen on mahdollista, koska alle 15-vuotiaiden lapsien vangitseminen on kielletty pakkokeinolain (806/2011, PKL) 2 luvun 11 §:n 4 momentin perusteella.² Vaikka 15–17-vuotiaiden vangitseminen on mahdollista, tulee sen olla Yhdistyneiden kansakuntien lapsen oikeuksien sopimuksen (Sops 59–60/1991, LOS) 37(b) artiklan mukaisesti aina viimesijainen vaihtoehto ja kestoltaan mahdollisimman lyhyt.

Käytännössä on tavanomaista, että lasta koskevassa vangitsemiskäsittelyssä yleisten (PKL 2:11.1) ja erityisten (PKL 2:5.1) edellytysten katsotaan täyttyvän ja vangitsemiskynnyksen määrittely jää kohtuusarvion (PKL 2:13) sekä painavien syiden (PKL 2:11.5) varaan. Vaikka vangitsemiskynnys määrittyy sinänsä formaalien säännösten avulla, kyseiset joustavat säännökset muodostavat merkittäväkhön liikkumavaran päätöksentekijälle.³ Tämä näkyy myös käytännös-

* Marko Forss, HTM, väitöskirjatutkija, rikostarkastaja.

1. Poliisin PolStat-järjestelmän mukaan vuosien 2018–2022 välillä vangittiin vuosittain keskimäärin 36 lasta. Pidättämisten määrä on selvästi suurempi, keskimäärin 224 lasta. Matkustuskiellosta tai tehostetusta matkustuskiellosta ei ole saatavilla tietoja lapsista. Kiinniottoja suoritettiin keskimäärin 781 kertaa vuosittain. Ennen 1990-luvun puoliväliä lapsia vangittiin vuosittain yli sata, mutta luku laski ennen 2000-lukua 50–60:n paikkeille. Ks. Ulla Mohell, Nuori tutkintavanki. Tutkimus tutkintavankeuden käytöstä ja tutkintavangin kohtelusta. Oikeusministeriö 2000, s. 1–2, 54. Ruotsissa vangittiin vuonna 2021 kaikkiaan 160 lasta. Ks. Kriminalvården: Kort om häktade barn. Kriminalvården Digitaltryck 2023, s. 2.
2. Lapsi lasketaan 15 vuotta täyttäneeksi vasta syntymäpäivää seuraavana päivänä. Ks. KKO 2010:77. Sama tulkinta koskee myös 18 vuotta täyttävää. Ks. KKO 1952 II 10 ja KKO 1964 II 84.
3. Sama joustavuus koskee myös lapsen edun määrittelyä, koska se voi mahdollistaa päätöksentekijän omien subjektiivisten arvostusten ja tunteusten vaikutuksen päätöksentekoon. Ks. Virve-Maria Toivonen, Lapsen oikeudet ja oikeusturva. Alma Talent 2017, s. 107–108.

sä.⁴ Vangitsemisasioiden oikeuskäytännön pitäisi olla joustavista säännöksistä huolimatta yhtenäistä.⁵ Tulkinta on haastavaa, koska lapsia vangitaan vähän, kotimaista tutkimusta ei ole⁶ eikä lapsen vangitsemisesta ole olemassa prejuddikaatteja.⁷ Poliisin omakaan ohjeistus ei jostain syystä kiinnitä aiheeseen mitään huomiota.⁸ Lisäksi vuodesta 2019 lähtien on ollut mahdollista määrätä perusmuotoisen matkustuskiellon (PKL 5:1) lisäksi tehostettu matkustuskielto (PKL 5:1a), joka on lisännyt yhden varteenotettavan vaihtoehdon lapsen vangitsemiselle.⁹

LOS ja siihen liittyvät instrumentit ovat vasta viime vuosien aikana vakiintuneet osaksi suomalaista lapsioikeutta, joskin tilanne vaihtelee aiheittain.¹⁰ Prosessioikeuden perusteoksessa LOS:n merkitys kansallisessa lainkäytössä on nähty vähäisenä.¹¹ Vaikka lapsen oikeudellinen erityisasema näkyy muutoin rikosprosessissa, vangitsemispäätöksissä ei viitata LOS:n sääntelyyn. Siinä missä perus- ja ihmisoikeuslähtöinen tarkastelu on usein liitetty rikosprosessioikeudessa epäiltyyn, on lapsen tapauksessa korostunut lähinnä asianomistajan

4. Olen toiminut yli neljännesvuosisadan poliisina ja aikaisemmin viisi vuotta tutkinnanjohtajana Helsingin poliisilaitoksen nuorisoryhmässä. Tuossa työssä olen osallistunut useisiin lapsia koskeviin vangitsemiskäsittelyihin. Vaikka tekijän tieto on tieteellisenä lähteenä kritiikille altis, katson sen korostuvan tässä aiheessa, koska oikeuskäytäntöä ja tutkittua tietoa on vähän. Ks. tekijän tiedosta tarkemmin lähteineen Markku Fredman, Puolustajan rooli. Alma Talent 2012, s. 26–27.
5. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi 222/2010 vp, s. 260.
6. Kansainvälistä tutkimusta on suhteellisen paljon, mutta se koskee pitkälti vangitsemiseen johtavia syitä, rikosprosessin ulkopuolisia vaihtoehtoja vangitsemiselle ja vangitsemisen vaikutuksia lapseen. Ks. tutkimuksesta kootusti Yannick Van den Brink, Young, Accused and Detained; Awful, But Lawful? Pre-Trial Detention and Children's Rights Protection in Contemporary Western Societies. Youth Justice 19(3) 2019, s. 238–261, 242–244.
7. Kirjoittamishetkellä on vireillä lapsen vangitsemista koskeva valituslupa VL:2023-41. Ruotsissa ennakkopäätöksiä on annettu jo useita. Käytän osaa niistä lähteenä tässä artikkelissa sallitun oikeuslähteen tavoin, koska vangitsemiseen liittyvä sääntely on hyvin samankaltainen.
8. Ks. Poliisihallitus, Lapsi poliisitoinnassa ja esitutkinnassa 23.12.2019 POL-2019-34669. Miltei 40 sivua kattava ohjeistus ei mainitse vangitsemista sanallakaan.
9. Matkustuskielto nähtiin hyvänä vaihtoehtona lapsen vangitsemiselle jo ensimmäisen pakkokeinolain (450/1987) säätämisen yhteydessä. Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi 14/1985 vp, s. 4.
10. Ks. Milka Sormunen, The Best Interest of the Child in Human Rights Practice: An Analysis of Domestic, European and International Jurisprudence. University of Helsinki 2021, s. 78–85; Hannele Tolonen – Sanna Koulu – Suvianna Hakalehto, Best Interest of the Child in Finnish Legislation and Doctrine: What Has Changed and What Remain the Same, s. 159–184 teoksessa Trude Haugli – Anna Nylund – Randi Sigurdson – Lena R.L. Bendiksen (eds), Children's Constitutional Rights in the Nordic Countries. Brill 2020, s. 179–180.
11. Jyrki Virolainen – Mikko Vuorenpää, I Johdatus prosessioikeuteen, s. 43–228 teoksessa Mikko Vuorenpää – Dan Helenius – Petra Hietanen-Kunwald – Tuomas Hupli – Risto Koulu – Juha Lappalainen – Heidi Lindfors – Johanna Niemi – Jaakko Rautio – Timo Saranpää – Santtu Turunen – Jyrki Virolainen, Prosessioikeus. Alma Talent 2021, s. 88.

ja todistajan asema.¹² Riippumatta siitä, että LOS 3(1):n lapsen edun määrittely vangitsemiskontekstissa on haastavaa, tulisi se ottaa joka tapauksessa huomioon ja sen tulisi näkyä myös perusteluissa.¹³

Vangitsemiskynnyksen määrittelyssä on yleisellä tasolla kyse rikosvastuun toteuttamisen tehokkuusvaatimuksen ja perus- ja ihmisoikeuksien luoman oikeusturvan välisestä jännitteestä.¹⁴ Koska epäiltynä on lapsi, vaikuttaa vangitsemiskynnykseen myös lapsen oikeudellinen erityisasema.¹⁵ Lasten erityisasema yhtäältä korottaa vangitsemiskynnyksen täysi-ikäistä korkeammalle mutta luo lisäksi jännitteen rikosprosessin (oikeusmalli) ja lastensuojeluprosessin (huoltomalli) keinojen välille. Ensimmäisessä huomio kohdistuu lapsen tekoon ja kontrolliin, kun taas jälkimmäisessä on kyse lapsen tarpeesta ja suojelusta.¹⁶

Tämän oikeusdogmaattisen artikkelin tarkoituksena on tulkita ja systematisoida lapsen vangitsemiskynnyksen määrytymistä esitutkinnassa ja esittää lisäksi *de lege ferenda* -kannanottoja. Tutkimuskysymys voidaan muotoilla seuraavasti:

Mikä on lapsen edun ensisijaisuuden huomioiva vangitsemiskynnyksen esitutkinnassa?

Tarkastelua ei uloteta koskemaan vangitsemisen kestoja, matkustuskiellon rikkomisen johtamista vangitsemiseen, todennäköisyyskynnyksiä tai puolustajan käyttöä. Todettakoon kuitenkin, että jos lasta esitetään vangittavaksi, tulee hänelle määrätä aina oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997) 2 luvun 1 §:n 3 momentin 2 kohdan mukaisesti viran puolesta puolustaja. Luvussa kaksi käydään läpi lapsen vangitsemisen edellytykset ja funktiot, minkä jälkeen luvussa kolme edetään pakkokeinoperiaatteiden kautta lapsen edun määrittämisen perusteisiin vangitsemiskontekstissa. Luvussa neljä kyseisiä huoltomallin mukaisia tekijöitä tulkitaan suhteessa oikeusmallin mukaisiin vangitsemisen

12. Ks. Elisa Silvennoinen, Lapsen oikeudet ja lapsiasianomistajan rooli esitutkinnassa. Itä-Suomen yliopisto 2020, s. 71–76 ja Päivi Hirvelä, Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. Talentum Media 2006, s. 227–236.

13. Ks. perusteluvaatimuksesta General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), kohdat 6, 28 ja 97.

14. Ks. Virolainen – Vuorenperä 2021, s. 43–228, 204. Ks. kootusti erilaisista oikeusturvakäsityksistä Hirvelä 2006, s. 120–125 lähteineen.

15. Lapsen erityisasema rikosprosessissa perustuu ajatukselle lapsen kypsyyttömyydestä, ymmärtämättömyydestä ja tarpeesta suojeluun. Ks. tarkemmin Karin Åhman – Pernilla Levner – Kavot Zillén, Barnkonventionen i praktiken – rättsliga utmaningar och möjligheter. Norstedts Juridik 2020, s. 357–358. Ks. myös Suviaanna Hakalehto, Lapsioikeuden perusteet. Alma Talent 2018, s. 35.

16. Ks. oikeus- ja huoltomallien eroista Tarja Pösö, Kolme koulukotia – tutkimus tyttöjen ja poikien poikkeavuuden määrittelykäytännöistä koulukotihoidossa. Tampereen yliopisto 1993, s. 38–45 ja Matti Marttunen, Nuorisorikosoikeus. Lakimies 4/2008, s. 82–88. Kyseiset mallit eivät ole selvärajaisia, vaan pikemminkin sekoittuneita keskenään. Ks. Van den Brink 2019, s. 249.

funktioihin, joista muodostuu lapsen edun huomioiva vangitsemiskynnys eri tilanteissa.

2. Lapsen vangitsemisen edellytykset

Vangitsemisella puututaan perustuslain (731/1999, PL) 7 §:n 1 momentissa turvattuun vapauteen.¹⁷ Perustuslain 6 §:n 3 momentin mukaan perusoikeudet kuuluvat yhtäläisesti lapsille, mutta heille on lisäksi hyväksytty yhdenvertaisuusvaatimuksesta poikkeavia käsittelytapoja lainsäädännössä.¹⁸ Merkittävin lapsen oikeudellista erityisasemaa koskeva ihmisoikeussopimus on LOS, johon liittyy myös muita, vähemmän velvoittavia instrumentteja.¹⁹ Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 5(1)(c) ja 5(3) artikla muodostaa tutkintavankeuteen liittyvän kokonaisuuden.²⁰ Tätä täydentää Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) dynaamis-evolutiivinen oikeuskäytäntö, joka kehittää osaltaan myös lapsioikeutta.²¹ On lisäksi selvästi havaittavissa Euroopan unionin (EU) lisääntynyt merkitys erityisesti direkttiivien luomien prosessuaalisten vähimmäissääntöjen kautta.²²

Vangitsemisen edellytyksissä (PKL 2:11.1) viitataan pidättämisen edellytyksiin (PKL 2:5.1). Vangitsemisen perusteena olevalle rikokselle tulee olla toden-

17. Luonnollisesti myös useat muut oikeudet vaarantuvat vangittaessa. Esimerkiksi PL 16.1 §:n mukainen oikeus maksuttomaan perusopetukseen ei ole viime vuosina toteutunut riittävällä tavalla. Ks. Tuija Muurinen, Alaikäiset ja nuoret vangit. Rikosseuraamuslaitoksen monisteita 5/2021, s. 52–56.

18. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 45. Ks. rikosprosessiin liittyvä PeVL 56/2018 vp (HE 175/2018 vp rikoslain 2 c luvun 5 §:n muuttamisesta), s. 2 ja siinä mainitut lähteet. Ks. myös EIT Blokhin v. Venäjä 23.3.2016, kohta 203.

19. Näitä ovat lähinnä yleiskommentit. Rikosprosessia koskee General Comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system. Ks. erilaisista lapsen vangitsemiseen liittyvistä kansainvälisistä suosituksista kootusti Hallituksen esitys eduskunnalle tutkintavankeuden vaihtoehtoja ja järjestämistä koskevaksi lainsäädännöksi 252/2016 vp, s. 16–19.

20. Ks. tarkemmin Matti Pellonpää – Monica Gullans – Pasi Pölönen – Antti Tapanila, Euroopan ihmisoikeussopimus. 6. uudistettu painos. Alma Talent 2018, s. 508.

21. Ks. EIT:n roolista European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Handbook on European law relating to the rights of the child. 2022 edition, s. 32–33. Ks. LOS:ään liittyvästi EIT Korneykova v. Ukraina 19.1.2012, kohta 44 ja EIT Nart v. Turkki 6.5.2008, kohta 31. Ks. myös Liisa Nieminen, Lapsuudesta vanhuuteen. Perus- ja ihmisoikeuksien merkitys eri ikävaiheissa. Edita 2006, s. 72–73.

22. Tällainen on esimerkiksi niin sanottu lapsidirektiivi eli direktiivi rikoksesta epäiltyjä tai syytettyjä lapsia koskevista menettelytakeista rikosoikeudellisissa menettelyissä 11.5.2016 (EU) 2016/800. Lisäksi voidaan mainita Euroopan unionin perusoikeuskirjan (200/C 364/01) lapsen oikeuksia ja etua koskeva 24 artikla.

näköiset syyt, ja lisäksi lasta tulee epäillä rikoksesta todennäköisin syin.²³ Jos rikoksesta ei ole säädetty lievempää rangaistusta kuin kaksi vuotta vankeutta (ylitörkeä rikos), ei erityisiä edellytyksiä vaadita (PKL 2:5.1:n 1 kohta). Jos rikoksesta säädetty lievin rangaistus on lievempi kuin kaksi vuotta vankeutta mutta ankarin vähintään vuosi vankeutta, tulee olla syytä epäillä vähintään yhtä vaaraedellytystä (normaalitapaus). Näitä ovat karttamisvaara, sotkemisvaara ja jatkamisvaara (PKL 2:5.1:n 2 kohta). Vangitseminen on mahdollista myös identifiointitarkoituksessa (PKL 2:5.1:n 3 kohta) ja kvalifioidun karttamisvaaran (PKL 2:5.1:n 4 kohta) perusteella.²⁴

Yleisten edellytysten arviointi ei yleensä muodostu haasteeksi, vaikka onkin sinänsä yleistä, että nekin kiistetään puolustajan toimesta vangitsemiskäsittelyssä.²⁵ Erityisten edellytysten vaara-arviointi kohdistuu lapsen tulevaan käyttäytymiseen, mutta vaaraedellytyksen todennäköisyys tulkitaan epäillyn aikaisemman käyttäytymisen ja tiedossa olevien olosuhteiden perusteella.²⁶ Epäillyn käyttäytymisen ennustaminen on luonnollisesti haastavaa, minkä takia vaaraedellytysten kynnys on asetettu alhaiselle syytä epäillä -tasolle.²⁷ Tunnuksmerkistön täyttymisen tulee joka tapauksessa perustua vaaraedellytyksien kyseessä ollessa konkreettisiin tosiseikkoihin.²⁸

Erityisillä edellytyksillä on merkittävä vaikutus vangitsemiskynnyksen määrittämiselle, koska kohtuuden ja painavien syiden arviointi ei itsessään merkitse mitään, ellei niitä tulkita suhteessa vangitsemisen tarkoitukseen. Vangitsemisen funktioina ovat vaaraedellytyksistä johtaen 1) paon estäminen, 2) todisteiden hävittämisen tai sotkemisen taikka todistelutarkoituksessa kuultaviin henkilöihin vaikuttamisen estäminen ja 3) rikollisen toiminnan jatkamisen estäminen. Näistä kaksi ensimmäistä kohdistuvat rangaistusvastuun toteuttamiseen, ja jatkamisvaaran kyseessä ollessa painottuu ennaltaestävyys.²⁹

23. Myös syytä epäillä -kynnyksellä vangitseminen on mahdollista (PKL 2:11.2), joskin tämä on erittäin harvinaista lapsien tapauksessa.

24. Identifiointitarkoituksessa ei ole tarvetta vangita lapsia, koska asia tulee hoitaa huoltomallin mukaisin toimenpitein. Ks. kyseisistä perusteista tarkemmin Markku Fredman – Janne Kanerva – Matti Tolvanen – Marko Viitanen, *Esitutkinta ja pakkokeinot*. 6., uudistettu painos. Alma Talent 2020, s. 779–782.

25. Problematiikka koskee useammin esimerkiksi törkeän pahoinpitelyn ja tapon yrityksen rajaa tai muutoin teon törkeysasteen arviointia.

26. Ks. Juha Halijoki, *Rikosoikeudellinen vapaudenriisto*. Defensor Legis 2/2001, s. 203–227, 221.

27. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta 52/2002 vp, s. 19.

28. Ks. KKO 2020:16, kohdat 12 ja 18.

29. Ks. vangitsemisen funktioista laajemmin Fredman ym. 2020, s. 792.

3. Vangitsemiskynnykseen liittyvät pakkokeinoperiaatteet

3.1. Suhteellisuusperiaate ja vähimmän haitan periaate

Perus- ja ihmisoikeuksiin palautuvia pakkokeinoperiaatteita ovat suhteellisuusperiaate (PKL 1:2), vähimmän haitan periaate (PKL 1:3) ja hienotunteisuusperiaate (PKL 1:4). Ne koskevat kaikkia pakkokeinoja, ja lähinnä kaksi ensimmäistä vaikuttavat vangitsemiskynnykseen.³⁰ Suhteellisuusperiaatteen mukaan pakkokeinoja saadaan käyttää vain, jos pakkokeinon käyttöä voidaan pitää puolustettavana ottaen huomioon tutkittavana olevan rikoksen törkeys, rikoksen selvittämisen tärkeys sekä rikoksesta epäillylle tai muille pakkokeinon käytöstä aiheutuva loukkaaminen ja muut asiaan vaikuttavat seikat. Kokonaisharkinnassa tulee kiinnittää huomiota rikoksen vakavuuteen ja siihen, miten mahdollinen pakkokeinon käyttö loukkaa kohteen oikeuksia.³¹

Suhteellisuusperiaate edellyttää etuvertailua, joka voi johtaa siihen, että pakkokeinon käytöstä on luovuttava tai että keinon käyttöä on rajoitettava jollakin tavalla.³² Esimerkiksi yksittäisestä sinänsä moitittavasta rikoksesta, kuten rikoslain (39/1889, RL) 21 luvun 5 §:n mukaisesta pahoinpitelystä tai petoksesta (RL 36:1), ei suhteellisuusperiaatteen vaikutuksen takia yleensä vangita edes täysi-ikäistä, joten vielä vähemmän se on mahdollista lapsen ollessa kyseessä.³³ Pakkokeinojen käyttö voi kuitenkin tulla herkemmin kysymykseen epäiltäessä henkeen ja terveyteen kohdistuvaa rikosta kuin omaisuusrikoksissa.³⁴

Pakkokeinolain 1 luvun 3 §:n vähimmän haitan periaatteen mukaan pakkokeinon käytöllä kenenkään oikeuksiin ei saa puuttua enempää kuin on välttämättöntä käytön tarkoituksen saavuttamiseksi. Pakkokeinon käytöllä ei myöskään saa aiheuttaa kenellekään tarpeettomasti vahinkoa tai haittaa.³⁵ Vähimmän hai-

30. Lisäksi on huomioitava esitutkintalain (805/2010, ETL) esitutkintaperiaatteet. Ks. HE 222/2010 vp, s. 72. Esimerkiksi ETL 4:2:n syyttömyysolettamasta on katsottu seuraavan, että vapaudenmenetyks tulisi olla viimesijainen keino esitutkinnan ja oikeudenkäynnin turvaamisessa. Ks. myös KKO 2020:16, kohta 13.

31. Hallituksen esitys eduskunnalle telekuuntelua ja -valvontaa sekä teknistä tarkkailua koskevaksi lainsäädännöksi 22/1994 vp, s. 35.

32. HE 22/1994 vp, s. 34.

33. Tällainen mahdollisuus voisi olla lähinnä silloin, kun kyse on rikoskierteestä ja taustalla on jo useita muita rikosepäilyjä. Ks. Halijoki 2001, s. 208.

34. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi ehdollisesta rangaistuksesta annetun lain 1 §:n sekä rangaistusten täytäntöönpanosta annetun asetuksen 4 luvun 2 §:n muuttamisesta 245/1988 vp, s. 3. Esitöiden mukaan varsinkin omaisuusrikokset ovat tiettyyn ikään liittyvä ilmiö, joka useimmiten menee itsestään ohi. Tämän takia vankilaa tuleekin välttää viimeiseen asti. Ks. myös Halijoki 2001, s. 208.

35. Vähimmän haitan periaatteen katsotaan liittyvän läheisesti suhteellisuusperiaatteeseen, koska molemmat pyrkivät mahdollisimman vähäiseen puuttumiseen epäillyn oikeuksiin. Ks. HE 222/2010 vp, s. 193.

tan periaate kuvastaa sitä, että pakkokeinoa ei saa koskaan käyttää rangaistuksena.³⁶ Vähimmän haitan periaate kieltää myös niin sanotun painostusvankeuden, jonka tarkoituksena on saada epäilty tunnustamaan.³⁷ Kyseinen merkitys on korostunut erityisesti lapsille, joille vapaudenmenetyksen seuraukset ovat haitallisempia kuin täysi-ikäisille.³⁸

Yksi periaatteen ilmentymistavoista on se, että vangitsemisen sijaan tulisi käyttää sen vaihtoehtoja eli matkustuskieltoa ja tehostettua matkustuskieltoa.³⁹ Lisäksi periaate vaikuttaa esitutkintatoimenpiteiden kestoon ja järjestykseen.⁴⁰ Esimerkkinä voidaan mainita se, että ensin kuulustellaan ne henkilöt, joihin epäillyn voidaan ajatella pyrkivän vaikuttamaan.⁴¹ Tulee kuitenkin huomioida, että tuomioistuimen ei pidä tulkita vangitsemiskynnystä kuin käsittelyhetken tilanteen perusteella, koska mahdollisen vangitsemisen jälkeen vastuu siirtyy tutkinnanjohtajalle (PKL 3:17.3).⁴²

3.2. Kohtuuttoman vangitsemisen kieltö ja painavat syyt

Kohtuussäännöksessä (PKL 2:13) on osittain samanlaisia elementtejä kuin muissakin pakkokeinoperiaateissa, mutta sillä on näistä poiketen selvästi enemmän henkilön ominaisuuksia korostava rooli.⁴³ Kohtuuttomuuden on lisäksi katsottu ilmentävän kohteen kannalta vakavampaa loukkausta kuin suhteellisuusperiaatteen rikkomistapauksissa.⁴⁴ Myöhemmin lapsidirektiivin myötä säädetty vaati-

36. Ks. EIT J.M. v. Denmark 13.02.2013, kohta 54. Ks. myös Fredman ym. 2020, s. 94.

37. Halijoki 2001, s. 207.

38. Ks. esimerkiksi CRC/C/GC/24, kohta 2.

39. HE 222/2010 vp, s. 247. Tuomioistuimen tulee arvioida vangitsemiskäsittelyssä matkustuskiellon ja tehostetun matkustuskiellon (PKL 5:4.3) sekä vapauttamisen mahdollisuutta (PKL 3:17.2). Ks. myös KKO 2020:16, kohta 19.

40. HE 222/2010 vp, s. 246. Myös suhteellisuusperiaatteen katsotaan vaikuttavan tutkintavankeuden keston kohtuullisuuteen. Ks. KKO 2019:99.

41. Ks. Halijoki 2001, s. 206.

42. Olen havainnut tilanteita, joissa tuomioistuin tuntuu ennakoivan vapaudenmenetyksen tulevaa kestoa kynnystä määriteltäessä. Eli tietyllä tapaa oletetaan, että poliisi jatkaa vangitsemista pääsääntöisesti niin pitkään, kunnes vangitsemisasiaa käsitellään PKL 3 luvun 15 §:n mukaisesti uudelleen viimeistään kahden viikon kuluttua. Esitutkinnan tilanne voi kuitenkin muuttua heti vangitsemisen jälkeen, ja tutkinnanjohtajan tulee tällöin tarvittaessa vapauttaa lapsi heti (PKL 3:17.3).

43. Ks. periaateluonteesta HE 222/2010 vp, s. 72. Ks. Mika Launiala, Rikoksesta epäillyn vangitsemisen edellytyksistä, vaihtoehdoista ja liitännäisistä. Defensor Legis 1/2021. s. 138–158, 144–145. Launiala toteaa, että yksilön oikeuksiin puuttuminen on tyypillisesti mitoitettu keskivertoihmisen sietokyvyn mukaisesti. Kuitenkin on olemassa erityisryhmiä, joille keskivertoihmisen mukaan mitoitettut pakkokeinot aiheuttavat kohtuuttomana pidettävää räsitusta ja jopa vaarantavat henkilön perusterveyden. Tähän sovelletaan kohtuussääntelyä.

44. KKO 2019:99, kohta 19. Ks. pakkokeinoperiaatteiden tulkinnasta tarkemmin Launiala 2021, s. 140.

mus painavista syistä (PKL 2:11.5) korostaa kohtuussäätelyn 18 vuoden ikäraja, mutta se ei muuttanut vallitsevaa oikeustilaa.⁴⁵ Jo ennestään kynnyksellä alle 18-vuotias oli ollut korkea ja siihen oli vaadittu painavat syyt.⁴⁶

Siinä missä suhteellisuusperiaate ja vähimmän haitan periaate muodostavat yleiset raamit pakkokeinojen käyttömahdollisuuksille, kohtuussäännös ja painavien syiden vaatimus muodostavat yhdessä lapsen korotetun vangitsemiskynnyksen.⁴⁷ Arvioitavaksi tulee 1) lapsen iän, 2) asian laadun ja 3) lapsen henkilökohtaisten olosuhteiden vaikutus. Juuri syyntakeisuusiän saavuttaneiden vangitsemiskynnyksellä on korkeimmillaan, mutta pian 18 vuotta täyttävän osalta voi tulla arvioitavaksi esimerkiksi se, etteivät lastensuojelun keinot ole enää käytettävissä rikoskierteen katkaisemiseksi.⁴⁸ Yleisesti voidaan todeta, että 15-vuotias ei ole liian nuori vangittavaksi tai 17-vuotias liian vanha välttymään vangitsemiselta kohtuussyiden takia.

Asian laadulla tarkoitetaan lähtökohtaisesti rikoksen vakavuutta. Tähän on yhteydessä mahdollinen seuraamus, koska vangitseminen voi olla kohtuutonta, jos tutkittavana olevasta rikoksesta ei yleisen rangaistuskäytännön mukaan seuraa sakkoo ankarampaa rangaistusta.⁴⁹ Tulkinna ei tule ottaa huomioon lapsen liittyvää RL 6:8:n lieventämissäännöstä (PKL 11:1). Asian laadun käsitteen alle voidaan lukea lisäksi rikoksen selvittämisen tärkeys, vaikeus ja selvittämistä, mutta myös rikoksen laajuudella, rikosepäilyjen lukumäärällä, osallisten lukumäärällä ja vahinkojen suuruudella on merkitystä tulkinnassa.⁵⁰

Nykyisen pakkokeinolain esitöissä ei avattu henkilökohtaisten olosuhteiden sisältöä, mutta vanhan pakkokeinolain esitöissä mainittiin sairaus, raskaus ja perheasiat.⁵¹ Tehostettua matkustuskieltoa ja tutkinta-arestia koskevan uudistuksen esitöissä henkilökohtaisilla olosuhteilla tarkoitettiin esimerkiksi henkilötie-

45. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi esitutkintalain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 177/2018 vp, s. 42.

46. Ks. HE 245/1988 vp, s. 4. Esitöissä todetaan, että tuomitsemiseen liittyvien painavien syiden säätämisen tarkoituksena on ollut vaikuttaa myös tutkintavankeuden käyttöön. Etenkin kun syyt, joiden vuoksi ehdotonta vankeusrangaistusta pitäisi välttää, koskevat yhtä lailla tutkintavankeudessa saatavia laitoskokemuksia. Ks. myös Halijoki 2001, s. 209. Halijoki toteaa, että lapsen vangitsemiseen tulee olla painavat syyt.

47. Ks. HE 177/2018 vp, s. 24. Esitöissä todetaan, että alle 18-vuotiaisiin sovelletaan samoja vangitsemisen yleisiä ja erityisiä edellytyksiä kuin muihinkin, mutta kohtuuttoman vangitsemisen kielto tarkoittaa korotettua kynnystä täysi-ikäiseen nähden.

48. Ks. CRC/C/GC/24, kohta 6(v). Yleiskommentissa todetaan, että vangitsemista tulisi käyttää vain vanhempiin lapsiin. Ks. myös EIT Korneykova v. Ukraina 19.4.2012, kohdat 40 ja 46. Epäilty oli juuri saavuttanut syyntakeisuuden ikärajan, jota korostettiin tulkinnassa.

49. HE 222/2010 vp, s. 248. Ks. myös HE 14/1985 vp, s. 50.

50. Asian laatua on käsitelty käsitteenä useissa muissa esitutkintaa ja pakkokeinoja koskevissa kohdissa, joita voi käsitykseni mukaan käyttää soveltuvin osin myös vangitsemisen kohtuullisuutta arvioitaessa. Ks. esimerkiksi HE 222/2010 vp, s. 57, 152, 161, 183, 209.

51. HE 14/1985 vp, s. 50.

toja, toimeentuloa, työ- tai opiskelupaikkaa, asuntoa ja perhesuhteita.⁵² Lapsidirektiivissä mainitaan lapsen persoonallisuus ja kehitystaso, lapsen taloudellinen ja sosiaalinen tausta sekä perhetausta, elinympäristö mukaan luettuna. Lisäksi mainitaan lapsen mahdollinen erityinen haavoittuvuus, esimerkiksi oppimis- ja kommunikaatiovaikeudet.⁵³ Kokemukseni mukaan merkittävimpiä vangitsemiskynnukseen vaikuttavia seikkoja ovat kuitenkin lapsen aikaisempi rikollisuus ja se, onko häneen kohdistettu aikaisemmin pakkokeinoja.⁵⁴

Huoltajille ja sosiaaliviranomaiselle tulee varata mahdollisuus olla mukana vangitsemiskäsittelyssä (PKL 3:7).⁵⁵ Heidän roolinaan on nähty lapsen tukemisen lisäksi kohtuuskäsitteilyä esille nostaminen.⁵⁶ Kummankaan tahon läsnäolo ei ole pakollista, eikä poissaolo estä käsittelyä.⁵⁷ Kokemukseni mukaan huoltajien kyky ilmaista kohtuusarviointiin liittyviä seikkoja on yleensä melko heikko eikä ole harvinaista, ettei huoltajia ole istunnossa lainkaan. Toisin on silloin, kun kyse on sosiaaliviranomaisista, joiden lausunnolla on yleensä merkittävä rooli kohtuusarvioinnissa.⁵⁸ Toisaalta sosiaaliviranomaisen on vaikea todeta lapsen henkilökohtaisista olosuhteista mitään, jos tällä ei ole ollut lastensuojelun asiakkuutta.

Helsingin hovioikeuden päätöksessä 9.9.2022 R 22/1809 15-vuotias vangittavaksi vaadittu lapsi ei ollut lastensuojelun asiakas. Lastensuojelu ei pystynyt ottamaan kantaa siihen, oliko vangitseminen ainoa tosiasiallinen keino rikoskierteen katkaisemiseksi. Kun tällaista tietoa ei ollut, ei sen puute kuitenkaan voinut olla epäilyllä vahingoksi. Tällöin oli otettava huomioon vain ne seikat, jotka olivat tiedossa.

Rikoksesta epäillyn henkilökohtaisiin olosuhteisiin on katsottu liittyvän vaikutukset muuhun hänelle läheiseen henkilöön. Esimerkkinä on mainittu yksinhuoltaja, jonka lapsi jäisi vaille tarpeellista huoltoa huoltajan vangitsemisen takia.⁵⁹ Vaikka alle 18-vuotiaalla voi olla jo oma lapsi, tulee tulokinnassa ottaa

52. Hallituksen esitys eduskunnalle tutkintavankeuden vaihtoehtoja ja järjestämistä koskevaksi lainsäädännöksi 252/2016 vp, s. 38, 45.

53. Ks. EU 2016/800, johdannon kohta 36. Lapsidirektiivin 7 artiklassa on taattu oikeus yksilölliseen arviointiin. Tämä on kansallisessa implementoinnissa yhdistetty vain syyteharkintaan sekä seuraamuksen määräämiseen ja täytäntöönpanoon. Ks. HE 177/2018 vp, s. 19. Niin kuin direktiivin johdannon kohdasta 38 käy ilmi, koskee sama yksilöllinen arviointi *de facto* myös tutkintavankeutta.

54. Lisäksi henkilökohtaisten olosuhteiden arvioinnissa nostetaan vangitsemiskäsittelyissä esille usein koulunkäynti ja harrastukset, joiden merkitys jää kuitenkin usein melko vähäiseksi.

55. Samoille tahoille tulee varata mahdollisuus osallistua jo rikoksesta epäillyn lapsen kuulusteluun (ETL 7:14–16).

56. HE 222/2010 vp, s. 83, 254.

57. HE 222/2010 vp, s. 254.

58. Tämä koskee erityisesti arviota siitä, olisivatko lastensuojelun toimenpiteet riittäviä. Ks. HE 177/2018 vp, s. 42.

59. HE 222/2010 vp, s. 248.

huomioon tosiasiallinen tilanne lapsen huollon järjestämisessä.⁶⁰ Sille, että vangittavaksi vaaditun lapsen huoltajat tai muut läheiset kärsivät henkisesti mahdollisesta vangitsemisesta, ei voida antaa merkitystä lapsen vangitsemiskynnyksen määrittämisessä.

3.3. Lapsen edun ensisijaisuus vangitsemiskynnyksen määrittämisen kontekstissa

Lapsen edun ensisijaisuuden tarkoituksena on varmistaa sekä kaikkien yleisopimuksessa tunnustettujen oikeuksien täysimääräinen ja tehokas toteutuminen että lapsen kokonaisvaltainen kehitys.⁶¹ Lapsen etu on dynaaminen kolmi-osainen käsite, koska se toimii oikeutena, periaatteena ja menettelytapana.⁶² Se voidaan lukea yhdeksi pakkokeinoperiaatteeksi mutta myös esitutkinnassa velvoittavaksi menettelysäännökseksi.⁶³ Lapsen edun määrittely vaihtelee tilannekohtaisesti, ja lapsen asemalla on vaikutusta tulkintaan.⁶⁴ Rikosprosessissa lapsen edun arviointi korostaa rangaistukseen tähtäävien toimien sijaan huoltomallin mukaista kuntoutumista ja restoratiivisia toimenpiteitä.⁶⁵

Esitutkinta- tai pakkokeinolaissa ei ole lapsen etua koskevaa säännöstä, mutta ETL 4:7.1:n lapsen kohtelua koskeva periaatteen kaltainen säännös muistuttaa sitä. Säännöksen mukaan alle 18-vuotiasta on kohdeltava esitutkinnassa hänen ikänsä ja kehitystasonsa edellyttämällä tavalla. Erityisesti on huolehdittava siitä, ettei tutkintatoimenpiteistä aiheudu hänelle tarpeetonta haittaa koulussa, työpaikalla tai muussa hänelle tärkeässä ympäristössä. Säännös korostaa lapsen suojelunäkökulmaa, ja sen on katsottu merkitsevän sisällöllisesti lapsen etua mutta myös olevan vain osa lapsen edun sisältöä.⁶⁶

En katso ETL 4:7.1:n kattavan lapsen edun ensisijaisuutta kokonaisuudessaan, koska yhtä lailla sitä ilmentävät kohtuussäännös ja painavien syiden vaatimus vangitsemiskontekstissa.⁶⁷ Olisikin perustellumpaa, että ETL 4:7.1:ssä mai-

60. Eräässä tapauksessa vangitulla oli jo oma pieni lapsi. Koska kyseinen pieni lapsi oli otettu huostaan, ei asialle annettu merkitystä epäillyn vangitsemiskynnystä määriteltäessä.

61. CRC/C/GC/14, kohta 4.

62. CRC/C/GC/14, kohdat 6–7 ja 11.

63. Lapsen edun käsittelyä nimenomaan prosessuaalisena velvoitteena aineellisen velvoitteen sijaan on korostettu, koska se mahdollistaa käsitteen johdonmukaisemman soveltamisen eri tapausryhmien välillä. Ks. Sormunen 2021, s. 98.

64. Ks. Silvennoinen 2020, s. 204. Ks. myös Hirvelä 2006, s. 27, 233–235. Hirvelä määrittelee lapsen edun prosessioikeuteen liittyvän lapsen kuulemista ja suojelua koskevana seikkana, mutta hän käsittelee vain asianomistajan asemaa.

65. CRC/C/GC/14, kohta 28. Restoratiivisista toimenpiteistä paras esimerkki on sovittelu.

66. Ks. Silvennoinen 2020, s. 208. Vrt. Hirvelä 2006, s. 233, joka katsoo säännöksen olevan vain osa lapsen etua.

67. Ks. päällekkäisyyksistä CRC/C/GC/14, kohdat 32, 34, 39, 46 ja 97.

nittaisiin lapsen edun huomioiminen esitutkinnassa, jolloin se nostaisi kyseisen velvoitteen paremmin esille. Näin on tehty lastensuojelulain (417/2007, LSL) keskeisiä periaatteita koskevassa 4 §:ssä ja vastikään perusopetuslain (628/1998) 1 luvun 3 a §:ssä.⁶⁸

Lapsen edun huomioiminen ei tarkoita sitä, ettei lasta ikinä vangittaisi.⁶⁹ Lapsen edun ensisijaisuus velvoittaa selvittämään vangitsemiskynnystä määrittäessä kaikki tapaukseen liittyvät lapsen edun kannalta olennaiset osatekijät.⁷⁰ LOS:n kolme muuta, ja muiden artiklojen tulkintaa ohjaavaa yleisperiaatetta, ovat suojelunäkökulmaa painottava oikeus kehitykseen (LOS 6), yhdenvertaista kohtelua vangitsemisasioissa korostava oikeus syrjimättömyyteen (LOS 2) ja lapsen osallistumisoikeus (LOS 12).⁷¹ Lapsen osallisuus toteutuu käytännössä aina kuulustelussa sekä mahdollisuudella ilmaista näkemyksensä vangitsemisistunnossa (PKL 3:6.2), joskin yleensä tämän suorittaa puolustaja.⁷²

Lapsen etu tulee jakaa osiin, jotta voidaan tarkastella niitä lapselle kuuluvia oikeuksia, jotka ovat kulloisessakin tapauksessa relevantteja. Tällöin saadaan selville lapsen etua parhaiten toteuttava ratkaisuvaihtoehto. Tätä vaihtoehtoa on punnittava suhteessa muihin ratkaisuvaihtoehtoihin ja niiden taustalla oleviin intresseihin.⁷³ Vangitsemiskynnyksen määrittämisessä näitä intressejä voidaan havainnollistaa seuraavalla kuvalla.

68. Perusopetuslain lisäksi muutos tehtiin lukio- ja ammattikoulutuksen lainsäädäntöön. Syynä lapsen edun lisäämiselle oli se, että näin voitiin tuoda paremmin oikeudellisesti esille kyseinen jo velvoittava säännös. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi perusopetuslain, ammatillisesta koulutuksesta annetun lain, lukiolain ja tutkintokoulutukseen valmentavasta koulutuksesta annetun lain muuttamisesta 127/2021 vp, s. 19, 28.

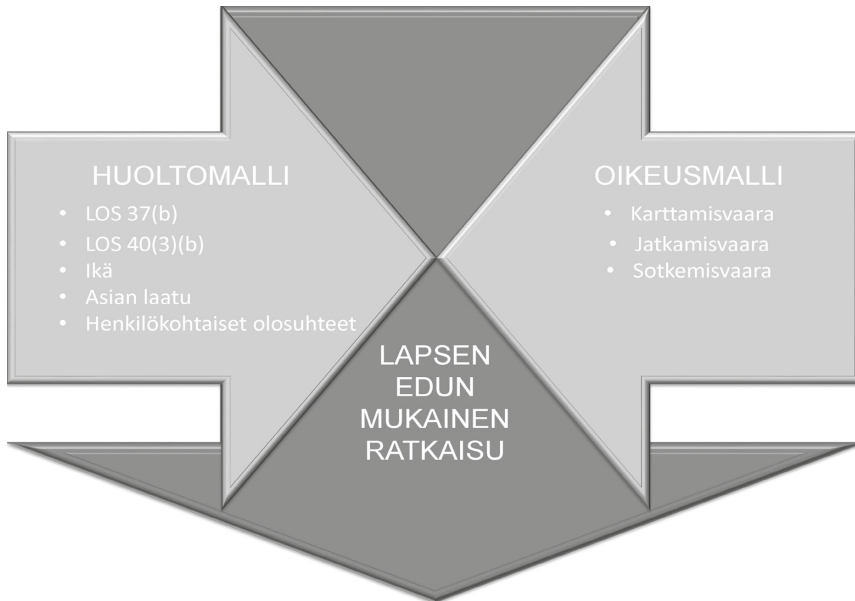
69. Ks. CRC/C/GC/24, kohta 76. Yleiskommentissa todetaan, että vakavissa rikoksissa voidaan harkita toimenpiteitä, jotka ovat suhteessa rikosentekijän tilanteeseen ja rikoksen vakavuuteen. Tällöin voidaan ottaa huomioon myös yleiseen turvallisuuteen ja seuraamuksiin liittyvät tarpeet.

70. Ks. Hakalehto 2018, s. 103. Hakalehto toteaa, että ensisijaisuudessa ei ole kysymys siitä, että lasten intressit menisivät lopullisessa päätöksessä välttämättä muiden intressien edelle, mutta niille on päätöksentekoprosessissa annettava tietoisesti suuri painoarvo. Kun lapsen oikeudet ovat ensisijainen ratkaisuperuste, ratkaisua tehtäessä on tunnistettu ratkaisuvaihtoehtojen vaikutukset lasten oikeuksiin ja ratkaisussa on otettu huomioon lapsen oikeuksien mahdollisimman täysimääräinen toteutuminen.

71. Ks. yleisperiaatteista tarkemmin Hakalehto 2018, s. 42–54.

72. Rikosprosessille on vierasta ratkaisun KHO 2017:81 kaltainen tilanne. Maahanmuuttovirasto oli tehnyt päätöksen turvapaikatutkinnassa ilman lapsen kuulemistä. Huomioitava on myös lapsen edustajan rinnakkainen puheoikeus (ETL 7:14.2), joskin sen merkitys vangitsemiseen kannalta on vähäinen. Asia voi kuitenkin tulla huomiotavaksi tehostettuun matkustuskieltoon annettavan suostumuksen tai esimerkiksi puolustajan valinnan näkökulmasta. Ks. myös LOS 12 artiklaan liittyvä General Comment NO. 12 (2009) The right of the child to be heard, kohdat 58–61. Yleiskommentissa korostetaan lapsen kuulemistä, omaa vapaaehtoista suostumusta rikosprosessin ulkopuolisiin toimiin, prosessin ymmärrettävyyttä ja oikeuskäsittelyn yksityisyyttä.

73. Hakalehto 2018, s. 104. Ks. myös Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, Council of Europe Publishing 2010, s. 53. Euroopan neuvoston



Kuva 1. Lapsen edun ensisijaisuuden huomioiminen vangitsemiskynnystä määriteltäessä.

LOS 37(b) estää mielivaltaisen vangitsemisen sekä painottaa vangitsemisen viimesijaisuutta. Lisäksi se vaikuttaa jo heti kiinniottohetken jälkeen korostaen vapaudenmenetyksen lyhytkestoisuutta.⁷⁴ Komitea on korostanut, että vangitsemista tulisi käyttää vain kaikkein vakavimmissa rikoksissa ja silloin, kun yleinen järjestyks ja turvallisuus ovat oikeasti uhattuna.⁷⁵ LOS 40(3)(b) koskee huoltomallin ensisijaisuutta oikeusmallin mukaisiin toimenpiteisiin nähden (diversio).⁷⁶ LOS:n lisäksi YK:n lapsen oikeuksien komitean yleiskommentit tarkentavat sopimuk-

ministerikomitean lapsiystävällisestä oikeudenkäytöstä annettujen suuntaviivojen mukaan lapsen etua on punnittava muiden osapuolten, kuten muiden lasten, vanhempien ja uhrien, etuun nähden. Arviointi tulee tehdä ammattitaitoisesti ja tapauskohtaisesti.

74. Artiklasta löytyy myös kohtelua koskeva LOS 37(a), LOS 37(c):n velvoite pitää lasta erillään aikuisista ja LOS 37(d):n mukainen oikeus oikeusapuun ja saada asia käsitellyksi tuomioistuimessa.

75. CRC/C/GC/24, kohdat 86 ja 89.

76. Ks. diversioista tarkemmin CRC/C/GC/24, kohdat 18 ja 72. Lisäksi artiklassa korostetaan lapsen kohtelua, yhteiskunnallista sopeutumista ja rakentavaa roolia (LOS 40(1)), todetaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeet (LOS 40(2)), kehoitetaan säätämään syyntakeisuusikäraja (LOS 40(3)(b)) ja määrittämään huoltomallin erilaisia toteuttamistapoja (LOS 40(4)).

sen sisältöä, mutta ne eivät ole oikeudellisesti velvoittavia.⁷⁷ Yleiskommentteja ei saa käyttää vangitsemista puoltavaan argumentointiin.⁷⁸

Huoltomallin mukaisia toimenpiteitä painottaa LOS:n lisäksi kohtuussäännöksen ja painavien syiden yhteisvaikutus, kun taas oikeusmallin mukaisten toimenpiteiden intressit on ilmaistu erityisissä edellytyksissä. Asettamalla huolto- ja oikeusmallin intressit vastakkain sekä punnitsemalla niiden tapauskohtaista painoarvoa saadaan tulkittua lapsen edun ensisijaisuuden huomioiva vangitsemiskynnys.

4. Lapsen edun huomioiva vangitsemiskynnys

4.1. Karttamisvaara vangitsemisperusteena

Karttamisvaaralla tarkoitetaan tilannetta, jossa lapsen henkilökohtaisten olosuhteiden tai muiden seikkojen perusteella on syytä epäillä hänen lähtevän pakoon taikka muuten karttavan esitutkintaa, oikeudenkäyntiä tai rangaistuksen täytäntöönpanoa (PKL 2:5.1:n 2 a kohta). Epäillyn henkilökohtaisina olosuhteina on pidetty vakituista asuin- ja työpaikkaa, perhesuhteita, muita sosiaalisia sidonnaisuuksia ja epäillyn aikaisempaa elämää ja käyttäytymistä.⁷⁹ Lapsen tapauksessa tämä tarkoittaa myös koulunkäyntiin liittyviä sidonnaisuuksia. Muita olosuhteita ovat lähinnä rikoksen vakavuus ja odotettavissa oleva rangaistus, jotka eivät tosin yksistään riitä ilmentämään karttamisvaaraa.⁸⁰

Karttamisvaara on käsillä silloin, kun epäilty on tavattu pakosalta, yrittänyt paeta, ilmaissut pakoaikeensa tai tehnyt pakovalmisteluja. Karttamisvaaraa ilmentää myös kätkeytyminen asuinpaikkakunnalla, ulkonäön muuttaminen tai esiintyminen väärällä nimellä. On katsottu, että pakenemiseen viittaa myös se, että epäilty on syytä ilmoittamatta poissa työpaikaltaan tai ei ole tavoitettavissa asunnossaan. Sama koskee myös tilannetta, jossa epäilty on jäänyt saapumatta esitutkintaan tai oikeudenkäyntiin.⁸¹ Aikaisemmat etsintäkuulutukset ilmentävät yleensä parhaiten karttamisvaaraa. Lisäksi lastenkodista karkaamista tai karku-

77. Ks. Liisa Nieminen, Ristiriitainen soft law – liian paljon vai liian vähän soft law'ta? Lakimies 7–8/2020, s. 1081–1103, 1088. Niemisen mukaan kolmannen valinnaisen valitusoikeuteen liittyvän pöytäkirjan (SopS 4–5/2016) myötä vuonna 2016 mahdollistettu valitusoikeus on lisännyt yleiskommenttien painoarvoa mutta toistaiseksi sen käyttö on ollut vähäistä. Ks. velvoittavuudesta myös Hakalehto 2018, s. 20.

78. CRC/C/GC/24, kohta 84.

79. Fredman ym. 2020, s. 778. Ks. myös KKO 2020:16, kohta 11 ja siinä mainitut EIT:n ratkaisut.

80. KKO 2020:16, kohta 20. Ks. myös Fredman ym. 2020, s. 778.

81. Fredman ym. 2020, s. 778. Ks. myös HE 14/1985 vp, s. 49.

teille jäämistä, hatkaamista, voidaan pitää karttamisvaaraan liittyvänä pakoiluna ja piileskelynä.⁸²

Karttamisvaara korostuu erityisesti pääkäsittelyn peruuntumista ja seuraamuksen täytäntöönpanoa arvioitaessa eikä niinkään esitutkinnan turvaajana.⁸³ Suomessa asuvilla lapsilla on aina asunto joko huoltajien tai lastensuojelun tarjoaman sijoituspaikan myötä.⁸⁴ Lisäksi alle 18-vuotiaita koskee yleinen oppivelvollisuus, joten heillä on aina ”vakituinen” opiskelupaikka.⁸⁵ Kun otetaan huomioon lapsen riippuvuus aikuisista, yleiset sidonnaisuudet yhteiskuntaan ja se, ettei lapsia muutoinkaan yleensä pidetä vangittuina pääkäsittelyyn asti, painottuvat huoltomallin mukaiset perusteet eikä vangitseminen ole lapsen edun mukaista normaalitapauksissa pelkän karttamisvaaran perusteella. Tällöin ei ole kyse ylitörkeästä rikoksesta eikä lapsen iällä ole korostunutta merkitystä. Jos vapauttamista ei katsota mahdolliseksi, lähtökohtana tulee olla määrääminen matkustuskieltoon tai tehostettuun matkustuskieltoon, yhdistettynä lastensuojelun toimiin.⁸⁶

Poikkeuksen muodostavat ne tilanteet, joissa lapsi ei asu Suomessa. Kyse on tällöin normaalitapauksen sijaan kvalifioidusta karttamisvaarasta (PKL 2:5.1:n 4 kohta). Pelkkä ulkomailla asuminen tai oletus kotimaahan matkustamisesta ei kuitenkaan vielä muodosta karttamisvaaraa. Merkitystä on myös sillä, millainen oikeudellinen yhteistyö näiden maiden välillä on.⁸⁷ Jos rikos on tai rikokset ovat riittävän vakavia, voi tilanne kuitenkin johtaa lapsen vangitsemiseen.⁸⁸

Rovaniemen hovioikeuden päätöksessä 4.3.2020 R 20/179 oli kyse Romaniassa asuvan 17-vuotiaan lapsen vangitsemisen jatkamisesta pääkäsittelyn jälkeen ennen tuomion antamista. Lapsi oli epäiltyä useista törkeistä varkauksista, ja syyttäjä oli vaatinut vähintään kolmen vuoden vankeusrangaistusta. Kvalifioitua karttamisvaaraa ilmensi se, että lapsi oli Romanian kansalainen ja ilmoittanut pyrkivänsä poistumaan Suomesta, mikäli hänet vapautetaan. Hänellä oli koti ja perhe Romaniassa eikä kiinteitä yhteyksiä, asuntoa tai työtä Suomessa. Lisäksi kyse oli vakavista rikoksista. Karttamisvaaraa

82. Kokemukseni mukaan hatkaaminen on otettu huomioon käräjäoikeuden vangitsemispäätöksissä. Ruotsissa hatkaaminen on otettu huomioon korkeimman oikeuden ratkaisussa karttamisvaaraa arvioitaessa. Ks. NJA 2015, s. 649, kohta 12.

83. HE 52/2002 vp, s. 19–20.

84. Joissain tapauksissa voi kuitenkin olla uhkana, että perhe lähtee tai lähettää lapsen ulkomaille rikollisen toiminnan takia. Ks. Ihmisoikeusliitto, Selvitys maahanmuuttajataustaisten lasten ja nuorten lähettämisestä vanhempien kotimaahan tai toiseen maahan väliaikaisesti kasvatettavaksi tai asumaan. Ihmisoikeusliitto 2010, s. 10–13.

85. Tämä ei toisaalta kerro siitä, kuinka aktiivisesti lapsi käy koulua. Koulunkäynnin haasteet liittyvät sekä perusteeseen sijoittaa lapsi mutta myös siihen, ettei lapsi käy koulua sijoituksen aikana. Ks. Sosiaali- ja terveysministeriön Lastensuojelun vaativan sijaishuollon uudistamistyöryhmän loppuraportti 2020, s. 12, 14, 22.

86. Näin tapahtuu havaintojeni mukaan myös käytännössä. Karttamisvaaraa voikin kuvailla normaalitapauksissa tietynlaiseksi jatkamis- ja sotkemisvaaran tukiedellytykseksi.

87. Ks. HE 222/2010 vp, s. 248 ja KKO 2014:29, kohdat 18–19.

88. Pelkkä rikoksen vakavuus ei riitä karttamisvaaran perusteeksi. Ks. KKO 2020:16, kohta 11.

vastaan puhuvat eurooppaoikeudelliset instrumentit, joilla pystytään luovuttamaan henkilö toiseen maahan. Lapsi pysyi vangittuna.

4.2. Jatkamisvaara vangitsemisperusteena

Jatkamisvaaraa ilmentää se, että lapsen henkilökohtaisten olosuhteiden tai muiden seikkojen perusteella on syytä epäillä hänen jatkavan rikollista toimintaa (PKL 2:5.1:n 2 c kohta). Merkitykseltään se eroaa karttamis- ja sotkemisvaarasta siten, ettei tarkoituksena ole turvata esitutkintaa vaan estää lapsen rikollisen toiminnan jatkaminen. Preventiivisen luonteen takia sen tarkoitus on katsottu osittain samanlaiseksi kuin rangaistuksen.⁸⁹ Jatkamisvaaraa ei saa kuitenkaan käyttää perusteena lapsen varoitus-, shokkirangaistus- tai kasvatustarkoitukselle.⁹⁰

Jatkamisvaaran tärkeimpiä arviointikriteerejä ovat tekijän aikaisempi rikollisuus ja rikoksen nopea uusiminen.⁹¹ Odotettavissa olevan rikollisuuden ei tarvitse olla samanlaisia.⁹² Vaaraedellytys voi täyttyä myös silloin, kun yksittäiset teot eivät sinänsä ole erityisen vakavia mutta rikosten jatkamisvaara on poikkeuksellisen suuri tekijän ollessa rikoskierteessä.⁹³ Lainvoimaiset tuomiot ovat lapsilla harvinaisia rikosprosessin pitkän keston takia, mutta rikosepäilyjen huomioon ottamiseen on suhtauduttu jatkamisvaaraa arvioitaessa hyväksyvään sävyyn.⁹⁴ Vaikka lainvoimaiset tuomiot voidaan nähdä painavampana vaikutukseltaan, tulee myös rikosepäilyt ottaa huomioon. Saman katson koskevan myös alle 15-vuotiaana tehtyjä rikollisia tekoja, vaikka kyse ei olekaan varsinaisista rikoksista.

Lapsilla tärkeimmän vastakriteerin vangitsemiselle muodostavat jatkamisvaaratilanteissa huoltomallin mukaiset lastensuojelun mahdollisuudet katkaista rikoskierre.⁹⁵ Vangitsemiskäsittelyssä arvioitavia lastensuojelullisia toimenpiteitä ovat erityisesti lastensuojelulain 11 luvun rajoitustoimet, joita voi kohdistaa vain laitokseen sijoitettuihin lapsiin. Tuomioistuimella ei ole mahdollisuutta määrätä

89. Fredman ym. 2020, s. 777.

90. Mohell 2000, s. 120–122. Ks. myös EIT Azizov ja Novruzlu v. Azerbaidžan 18.5.2021, kohdat 60 ja 78–80. Lapsen vangitsemisen rangaistuksenomaisista ja poliittisista syistä katsottiin rikkovan EIS 18 artiklaa.

91. Fredman ym. 2020, s. 779.

92. HE 14/1985 vp, s. 49.

93. HE 14/1985 vp, s. 49. Ks. myös Minna Leikas (toim.), Rovaniemen hovioikeuspiirin laatuhanke. Oikeudenkäynti pakkokeinoasioissa. Käsitelijän opas. Rovaniemen hovioikeuspiiri 2016, s. 15.

94. Ks. Launiala 2021, s. 150 ja Kari Järmälä, Ennen tuomion antamista tapahtuvan vangitsemisen erityiset edellytykset. Poliisiammattikorkeakoulu 2020, s. 88–89.

95. Vangitseminen on mahdollista vain silloin, kun lastensuojelun toimenpiteet eivät ole enää riittäviä. Ks. HE 177/2018 vp, s. 42.

lasta vangitsemisen sijaan lastenkotiin, vaan se voi ottaa kantaa vain vangitsemiseen.⁹⁶

Lastensuojelulain 11 luvun 69 §:n mukaisella liikkumisvapauden rajoittamisella voidaan kieltää lapsen poistuminen laitoksen alueelta, laitoksesta tai tietyn asuinyksikön tiloista. Kokemukseni mukaan tämä toimii heikosti rikoskierteessä olevien lasten tapauksessa. Lapsi voi hatkata useita kertoja uudelleen, eikä rajoituksen rikkomisesta yleensä seuraa mitään. Lastensuojelulain järein rajoitustoimi on erityisen huolenpidon jakso (LSL 11:72) eli EHO-jakso. Sen funktio on osittain päällekkäinen jatkamisvaaraa koskevien toimenpiteiden kanssa, koska yhtenä edellytyksenä on rikos- ja päihdekierteen katkaisemistarkoitus (LSL 11:72.1). EHO-jakson haasteeksi muodostuvat aloitusprosessin hitaus sekä sijoituspaikkojen vähyys.⁹⁷ Toisaalta järeinkään lastensuojelun rajoitustoimi ei pysäytä kaikkia lapsia, koska hatkaaminen on mahdollista myös EHO-jaksolta. Osa lastensuojelutyöntekijöistä jopa katsoo, että pienelle joukolle lapsia vankila voi olla parempi paikka katkaista rikoskierre kuin lastensuojelulaitos.⁹⁸ Toisaalta esimerkiksi lapsen väkivaltaisuus ei saa olla este huoltomallin mukaisille toimenpiteille.

Vaasan hovioikeuden päätös 23.3.2021 R 21/291 koski asiaa, jossa 17-vuotias epäilty oli puukottanut asianomistajaa 3–4 kertaa vasempaan käsivarteeseen. Asumisyksikkö oli todennut, ettei voi taata osapuolten turvallisuutta, mikäli epäiltyä ei vangita. Hovioikeuden mukaan tämä ei ollut hyväksyttävä peruste pakkokeinon käyttämiselle, koska viranomaisen vastuulla on järjestää alaikäisten huolto.

Oma kysymyksensä on se, että aivan liian usein vangituilla lapsilla on erilaisia neuropsykologisia ja päihteisiin liittyviä ongelmia, joihin ei ole saatu riittävää hoitoa terveydenhuollosta. Edellä mainitut seikat eivät kuitenkaan voi vaikuttaa vangitsemista puoltavana seikkana, vaan pikemminkin ne ovat sitä vastaan puhuva henkilökohtainen olosuhde.⁹⁹

96. Virossa on mahdollista määrätä rikosprosessilain 131 §:n mukaan lapsi vangitsemisen sijaan koulukotiin. Ks. myös EIT D.G. v. Irlanti 16.5.2002 ja EIT Bouamar v. Belgia 29.2.1988, joissa oli kyse lapsen vangitsemisesta koulutuksellisista syistä (purpose of educational supervision) EIS 5(1)(d) artiklan perusteella.

97. EHO-jaksolle pääsemiseen vaaditaan moniammatillinen arvio, joka perustuu kasvatukselliseen, psykologiseen, lääketieteelliseen ja sosiaalityön asiantuntemukseen (LSL 11:72.2). Haasteet ovat johtaneet yksittäistapauksissa siihen, että lapsi vangitaan, koska paikkaa ei ole tai sen saaminen on liian hidasta.

98. Ks. Päivi Korhonen, Alaikäisten vankien ja muiden vakavilla rikoksilla oireilevien nuorten asema palvelujärjestelmässä: Tilannekuva sote-ammattilaisten näkökulmasta. Terveyden ja hyvinvoinnin laitos 2022, s. 20.

99. Päihde- ja mielenterveysongelmia ei tulisi hoitaa rikosprosessin keinoin. Lisäksi vaikuttaa siltä, että lastensuojelun harteille on annettu tässä kontekstissa myös paljon terveydenhuollon vastuulla olevia asioita. Ks. Muurinen 2021, s. 77 ja Toivonen 2017, s. 96–97. Ks. myös Council of Europe, Committee of Ministers. Recommendation CM/Rec(2008)11 on the European Rules

Vaikka lastensuojelun keinoja ei pidettäisi riittävänä katkaisemaan rikoskierrettä, vaatii lapsen edun huomioiminen joka tapauksessa käyttämään ensisijaisesti vangitsemisen vaihtoehtoja eli matkustuskieltoa tai tehostettua matkustuskieltoa.¹⁰⁰ Vangitsemiseen pelkästään jatkamisvaaran uhan vuoksi tulisikin normaalitapauksessa päätyä pääsääntöisesti vasta matkustuskiellon tai tehostetun matkustuskiellon rikkomisen myötä (PKL 5:10).¹⁰¹ Poikkeuksen tähän tekee tilanne, jossa lapsi ei anna suostumustaan tehostetun matkustuskiellon käyttämiseen (PKL 5:1a.2:n 2 kohta).¹⁰² Lisäksi vangitsemiseen voi johtaa arvio siitä, että matkustuskiellon noudattaminen ei ole todennäköistä.¹⁰³ Käytännössä on myös esiintynyt yksittäisiä tapauksia, joissa lapsi on ehdonalaisessa mutta häneen ei ole syytä tai toisesta kohdistettu aikaisemmin pidättämistä ankarampia pakkokeinoja. Myös näissä tapauksissa voidaan päätyä suoraan vangitsemiseen matkustuskiellon sijaan.

4.3. Sotkemisvaara vangitsemisperusteena

Sotkemisvaaratilanteessa on syytä epäillä lapsen vaikeuttavan asian selvittämistä hävittämällä, turmelemalla, muuttamalla tai kätkemällä todistusaineistoa. Lisäksi sotkemisvaaraa ilmentää vaikuttaminen todistajaan, asianomistajaan, asian-

for juvenile offenders subject to sanctions or measures, kohta 57. Kohdan mukaan mielenterveysongelmista kärsivät lapset tulisi säilyttää vankilan sijaan mielenterveydenhoitoon keskitetyissä laitoksissa. Ks. myös Euroopan komission suositus haavoittuvassa asemassa olevia rikoksesta epäiltyjä ja syytettyjä koskevista menettelytakeista rikosoikeudellisissa menettelyissä 24.12.2013 (2013/C 378/02), 3 jakso, kohta 14. Jäsenvaltioita suositellaan toteuttamaan kaikki mahdolliset toimet sen varmistamiseksi, että haavoittuvassa asemassa olevien henkilöiden vapaudenmenetys ennen tuomiota on viimeinen keino, oikeasuhteinen toimenpide, ja että se tapahtuu haavoittuvassa asemassa olevan henkilön tarpeisiin soveltuvin edellytyksin.

100. Ks. vaatimuksesta arvioida lievempiä vaihtoehtoja EIT Dinç ja Çakir v. Turkki 9.6.2013, kohta 63 ja EIT Güveç v. Turkki 20.1.2009, kohta 108.

101. Siinä missä matkustuskiellon rajoituksia on vaikeahkoa valvoa, tarjoaa tehostettu matkustuskielto erinomaisen keinon rajoittaa lapsen liikkumista tietyllä alueella ja vaatia oleskelemaan asunnossa tai sijoituspaikassa tiettyinä aikoina. Ks. matkustuskiellon käyttömahdollisuuksista tarkemmin Marko Forss, Rikosprosessuaaliset pakkokeinot lapsen rikoskierteen katkaisijana esitutkinnassa, s. 322–339 teoksessa Heikki Turkka – Julia Saarholm (toim.), Lasten ja nuorten rikokset. PS-kustannus 2023, s. 330–333.

102. Eräässä tapauksessa 16-vuotias lapsi oli rikkonut tehostettua matkustuskieltoa. Vangitsemiskäsittelyssä poliisi olisi suostunut jatkamaan joka tapauksessa kyseisen pakkokeinon käyttöä ja tästä oli jo sovittu lapsen puolustajan kanssa. Vangitsemisoikeudenkäynnissä lapsi peruutti suostumuksensa, koska hän ei halunnut palata lastenkotiin vaan halusi mieluummin vankilaan. Lapsi vangittiin.

103. Vain tehostetun matkustuskiellon osalta on vaatimus epäillyn sitoutumisesta määräysten noudattamiseen, minkä lisäksi tulee pitää todennäköisenä, että hän noudattaa niitä (PKL 5:1a.2:n 3 kohta). Käytännössä myös perusmuotoisessa matkustuskiellossa tulee tehdä arviota siitä, pystyykö lapsi noudattamaan ja haluaako hän noudattaa sen määräyksiä.

tuntijaan tai rikoskumppaniin (PKL 2:5.1:n 2 b kohta). Mitä vakavammasta rikoksesta on kyse, sitä korkeampi sotkemisvaaran on katsottu yleisesti olevan.¹⁰⁴ Sotkemisvaaraa arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota prosessin edistymiseen, rikoksesta epäillyn henkilöön sekä tämän käyttäytymiseen ennen ja jälkeen vapaudenmenetyksen.¹⁰⁵ Eri rikosten selvittämismahdollisuudet vaihtelevat, mutta toisaalta huomioon tulee ottaa myös lapsen tosiasialliset mahdollisuudet vaikeuttaa tutkintaa.¹⁰⁶

Todistusaineistoon liittyvän sotkemisvaaran merkitystä on oikeuskäytännössä pidetty vähäisempänä kuin henkilöihin liittyvää vaikuttamista.¹⁰⁷ Todistusaineiston kannalta merkittävimpiä vaaratekijöitä ovat yleensä anastetun omaisuuden tai rikoksentekeväliseen kateissa oleminen. Anastettua omaisuutta voivat olla esimerkiksi ryöstön yhteydessä anastetut vaatteet, puhelin, nappikuulokkeet ja käteinen raha. Jos omaisuus on jo löytnyt tai se tiedetään varmuudella hävitetyksi, ei sotkemisvaaraa enää ole. Toisaalta poliisi voi todeta, ettei esimerkiksi kotietsintää ole vielä ehditty suorittamaan. Edellä mainitun voidaan katsoa pätevän myös rikoksentekeväliseen liittyvän sotkemisvaaran arviointiin. Epäillyn mahdollisuudet vaikuttaa muuhun todistusaineistoon ovat yleensä selvästi heikommat.¹⁰⁸

Vaikuttaminen rikosepäilyyn liittyviin henkilöihin tarkoittaa esimerkiksi uhkailua, taivuttelua tai manipulointia tietynsäilytöisen valheellisen kertomuksen antamiseen.¹⁰⁹ Erityisesti tämä korostuu niissä rikoksissa, joissa todistelu koostuu pääosin henkilötodistelusta. Riskiä lisää se, että epäilty tuntee rikokseen liittyviä henkilöitä, jolloin tosiasialliset mahdollisuudet ottaa yhteyttä osallisiin korostuvat joko suoraan tai välillisesti.¹¹⁰ Ilmeisiä vaikuttamisyrityksiä ovat tutkittavana olevaan rikosepäilyyn liittyvät uudet rikokset.¹¹¹

Kun otetaan huomioon lapsille yleinen rikosten ryhmässä tekeminen, pidättämisaajan lyhyys ja kiinniottojen ajoittamisen haasteet, ei sotkemisvaaraa voida arvioida pelkästään rikoksen tekohetken perusteella.¹¹² Pikemminkin kyseeseen tulee se ajankohta, milloin epäilty tulee tietoiseksi siitä, että asiasta on ilmoi-

104. Ks. KKO 2019:99, kohta 15.

105. Ks. KKO 2019:99, kohta 9 ja siinä mainitut EIT:n ratkaisut. Ks. myös KKO 2018:87, kohta 15; Fredman ym. 2020, s. 778 ja HE 181/1994 vp, s. 8.

106. Ks. KKO 1999:30. Vangitsemisen kohtuullisuutta puoltavana seikkana nähtiin huumausainerikosten selvittämiseen yleisesti liittyvät vaikeudet. Ks. myös Gunnell Lindberg, Straffprocessuella tvångsmedel – när och hur får de användas? Juno Version 5. Juno 2022, s. 249–250.

107. Ks. Järmälä 2020, s. 71 ja siinä mainittu oikeuskäytäntö.

108. Näitä ovat esimerkiksi laite-etsintä, DNA-testit, televälvontatiedot ja välvontatallenteet.

109. Fredman ym. 2020, s. 778.

110. Ks. Lindberg 2022, s. 925–926. Lapsille on tyypillistä, että henkilöitä voidaan tuntea pelkän sosiaalisen median perusteella, mikä voi olla myös alhaisen kynnyksen alusta vaikuttamiselle.

111. Kyseeseen voi tulla esimerkiksi oikeudenkäytössä kuultavan uhkaaminen (RL 15:9).

112. Ks. HE 14/1985 vp, s. 50. Esitöissä korostetaan lapsien syyllistymistä rikoksiin ryhmissä, joissa sotkemisvaara on usein poikkeuksellisen suuri. Ks. myös Guidelines of the Committee of

tettu poliisille ja epäiltyä aletaan kuulustella.¹¹³ Kuulustelun jälkeen voi selvittää lisää epäiltyjä, ja jos heitä ei saada otettua kiinni pidätysajan rajoissa, voidaan ensimmäisenä kiinniotettu lapsi joutua vaatimaan vangittavaksi. Toisaalta jos yksittäisen epäillyn yhteydessä ei ole tosiasiallisia mahdollisuuksia selvittää asiaa enää kuulustelujen lisäksi tarkemmin, ei vangitseminen etenkin pitkän ajan kuluttua rikoksen tapahtumisajankohdasta ole enää lapsen edun mukaista.¹¹⁴

Teon tunnustamisella on merkittävä vaikutus sotkemisvaaraan, ja vaara-edellytys voi sen myötä poistua.¹¹⁵ Tämä koskee erityisesti yksityiskohtaista ja muun todistusaineiston kanssa yhdenmukaista kertomusta tapahtumista.¹¹⁶ Itsekriminointisuojaan vetoavan vaikenemista ei voida pitää suoraan sotkemisvaaran ilmentäjänä.¹¹⁷ On syytä painottaa LOS 12:n mukaista lapsen kuulemista myös tästä näkökulmasta, koska vaikka huoltajalla on rinnakkainen puhevalta (ETL 7:14.2), itse asiasta voi kertoa vain lapsi itse.¹¹⁸ Toisaalta tunnustuksia vedetään pääkäsittelyissä takaisin, joten rikoksen myöntäminen ei välttämättä poista sotkemisvaaraa vasta kuin siinä vaiheessa, kun tunnustusta tukevat todisteet on taltioitu ja kuulustelut suoritettu.¹¹⁹ Tunnustamisesta huolimatta sotkemisvaaran on katsottu olottuvan myös muihin epäiltyihin, joita ei ole vielä tavoitettu tai tunnistettu, joten tunnustaminen ei automaattisesti tarkoita sitä, ettei lasta tulisi vangita.¹²⁰

Lapsen oikeuksien sopimuksessa tai sitä koskevissa yleiskommenteissa rikoksen selvittämistarvetta ei huomioida lainkaan.¹²¹ LOS 37(a) artiklassa on kielletty

Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice 2010, s. 67. Ohjeessa korostetaan sotkemisvaaran roolia tutkintavankeuden perusteena.

113. Ks. esimerkiksi Leikas 2016, s. 42. Kyseisessä oppaassa korostetaan sotkemisvaaraan liittyvän tutkinnan vaiheen konkretisointia kuulustelujen tilanteella. Ks. myös Lindberg 2022, s. 250.

114. Ks. KKO 2013:52, kohta 9. Ks. myös Järmälä 2020, s. 72–73 ja siinä mainitut tuomioistuinnratkaisut.

115. Fredman ym. 2020, s. 778.

116. Tunnustus voi olla jotain yleisen ”tein sen” -ilmaisun ja tarkasti yksilöidyn teonkuvauksen väliltä. Mitä epämääräisempi tunnustus on, sitä vahvemmin sotkemisvaara on vielä käsillä.

117. Ks. Launiala 2021, s. 150. Launiala toteaa, että laillisiin oikeuksiin turvautumisen ei voitane katsoa osoittavan sotkemisvaaran olemassaoloa. Olen samaa mieltä, mutta samalla se korostaa muun todistusaineiston keräämisen ja muiden henkilökuulustelujen suorittamisen painoarvoa sotkemisvaaraa arvioitaessa.

118. Esitöissä korostetaan kuulustelua vain kohtuullisuuden arviointiin vaikuttavana tekijänä. Ks. HE 222/2010 vp, s. 245.

119. Ks. tarkemmin Järmälä 2020, s. 67–69 ja siinä mainittu tuomioistuinikäytäntö. Ks. myös Launiala 2021, s. 150.

120. Ks. Tero Kujala, Suhteellisuusperiaatteen huomioon ottaminen pakkokeinojen käytöstä päätettäessä, s. 195–211 teoksessa Pekka Koponen – Raimo Lahti – Essi Konttinen-Di Nardo, Kirjoituksia rikosprosessioikeudesta. Helsingin hovioikeuden julkaisuja. Helsingin hovioikeus 2016, s. 201–202 ja siinä mainitut lähteet.

121. Ks. CRC/C/GC/24, kohta 87. Kohdan mukaan tutkintavankeuden ensisijaisena tavoitteena tulisi olla varmistaa, että lapsi on läsnä tuomioistuin käsittelyssä ja ettei lapsi aiheuta vaaraa muille. Kohta on kritiikille altis, koska se ei huomioi rikoksen selvittämistarvetta lainkaan.

kidutus ja julma sekä epäinhimillinen tai halventava kohtelu. Artiklan valmistelussa oli tarkoitus kieltää myös eristäminen, mutta se jäi artiklasta pois syystä, joka ei käy ilmi valmisteluaineistosta.¹²² Yleiskommentissa n:o 24 kielletään täydellinen eristäminen (incommunicado detention).¹²³ Lisäksi todetaan, ettei lasta tulisi säilyttää yksinäissellissä (solitary confinement), mutta se katsotaan kuitenkin mahdolliseksi viimesijaisena ja mahdollisimman lyhytaikaisena keinona.¹²⁴ Lapsen oikeuksien komitea on tästäkin huolimatta esittänyt vakavan huolensa kyseisen vangitsemismuodon käytöstä.¹²⁵ Aihe nousi esille myös viimeisimmässä Suomea koskevassa vuonna 2023 julkaistussa määräaikaisraportissa.¹²⁶

Joka tapauksessa mahdollisuus eristää lapsi on edelleen tarpeellinen. Huoltomallin mukaiset toimenpiteet ovat tärkeitä karttamis- ja jatkamisvaaratilanteissa, mutta niiden vaikutus on vähäinen rikoksen selvittämiseen liittyvään sotkemisvaaraan. Poliisi ei voi käyttää lastensuojelulain toimenpiteitä turvaamaan rikoksen selvittämistä vakavissakaan rikoksissa.¹²⁷ Ja vaikka voisi, ei niillä ole samanlaista vaikuttavuutta kuin PKL 4 luvun mukaisella yhteydenpidon rajoittamisella.¹²⁸ Samasta syystä myös matkustuskiellon ja tehostetun matkustuskiellon

Ks. myös Van den Brink 2019, s. 254–255, joka kritisoi yleiskommentti n:o 24:n liian yleisluontoista luonnehdintaa yleisen järjestyksen ja turvallisuuden roolista lapsen vangitsemisen yhteydessä.

122. Ks. John Tobin – Harry Hobbs, Art. 37 Protection against Torture, Capital Punishment, and Arbitrary Deprivation of Liberty, s. 1420–1502 teoksessa John Tobin, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*. Oxford Scholarly Authorities on International Law (OSAIL) 28 March 2019, s. 1428.
123. Ks. CRC/C/GC/24, kohta 95(a). Tämä ei ole pakkokeinolain mukaan mahdollista edes täysi-ikäisten ollessa kyseessä. Epäilty saa olla aina yhteydessä puolustajaansa ja lapsi huoltajiinsa joko valvottuna tai valvomatta (PKL 4:1.2).
124. Ks. CRC/C/GC/24, kohta 95(h).
125. Ks. tarkemmin komitean esittämästä kritiikistä Tobin – Hobbs 2019, s. 1456–1458. Ks. hyväksyttävyydestä European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment of Punishment (CPT): 21st General Report of the CPT/inf(2011)28, kohdat 55 ja 56(a). Ks. eristämisen erilaisista psykofyysisistä haitoista Peter Sharff Smith, *The effects of solitary confinement on prison inmates: A brief history and review of the literature*, s. 441–528. *Crime and justice: A review of research* 34. The University of Chicago Press 2006, s. 502–504.
126. Ks. Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth reports of Finland CRC/C/FIN/CO/5–6*, kohdat 40–41. Komitea oli huolestunut eristämisen lisäksi rikosprosessin kestosta, lapsien säilyttämisestä yhdessä aikuisten kanssa ja vapautensa menettäneiden mahdollisuudesta opiskella.
127. Ks. esimerkiksi AOA 4.12.2020 EOAK/3730/2019. Tapauksessa alle 15-vuotias lapsi oli sijoitettu kiireellisesti heti poliisin kuulustelun jälkeen ja hänelle oli määrätty sekä yhteydenpidon rajoitukset ja liikkumisvapauden rajoitukset poliisin toiveesta tutkinnan turvaamistarkoituksessa. Laillisuusvalvojan mukaan sosiaaliviranomainen oli toiminut virheellisesti.
128. Lastenkodissa ei ole mahdollisuutta eristää lasta siten, ettei hän pysty olemaan yhteydessä toisiin lapsiin, eikä eristäminen voi muutoinkaan perustua rikosprosessin tarpeisiin. Sama pätee myös Ruotsissa. Ks. NJA 2017, s. 701, kohdat 15–16.

käyttömahdollisuudet ovat sotkemisvaaraisissa rikoksissa heikot.¹²⁹ Tämä näkyy myös oikeuskäytännössä.

Helsingin hovioikeuden kantelupäätöksessä 9.9.2022 R 22/1809 15-vuotias lapsi oli määrätty käräjäoikeudessa tehostettuun matkustuskieltoon yhdestä törkeästä ryöstöstä ja kolmesta ryöstöstä. Hovioikeuden mukaan tehostettu matkustuskielto ei ollut etenkin vaikeuttamisvaaran kannalta riittävä pakkokeino, kun vangitsemista oli vaadittu ensimmäistä kertaa käräjäoikeudessa. Vaikeuttamisvaaraa oli perusteltu käräjäoikeudessa sillä, että useita henkilöitä on ollut kuulustelematta.¹³⁰ Vaikka käräjäoikeuskäsittelyssä vangitsemisen edellytykset olivat olleet olemassa ja lapsi olisi tullut vangita, hovioikeus vain tiukensi tehostettua matkustuskieltoa, koska epäilyllä oli jo ollut mahdollisuus vaikuttaa rikoskumppaneihin tehostetun matkustuskiellon määräämisen takia.

Riippumatta siitä, että lapsen tapauksessa painotetaan huoltomallin mukaisia toimenpiteitä, voivat rikosprosessin tehokkuusvaatimukset edellyttää, että vasta 15-vuotias vangitaan vakavasta rikosepäilystä pelkän sotkemisvaaran perusteella. Asian laatuarvioon liittyviä vakavia rikoksia ovat ryöstöjen lisäksi esimerkiksi törkeä pahoinpitely (RL 21:6) ja ylitörkeät rikokset.¹³¹ Lapsen henkilökohtaisille olosuhteille ei voida antaa sotkemisvaaratilanteissa niin paljon painoarvoa kuin karttamis- ja jatkamisvaaratilanteissa, koska rikoksen selvittämistarve korostuu lapsen suojelun sijaan.

4.4. Lapsen vangitsemiskynnys ylitörkeissä rikoksissa

Vangitsemiselle ei tarvita erityisiä edellytyksiä, jos teosta ei ole säädetty lievempää rangaistusta kuin kaksi vuotta vankeutta (PKL 2:5.1:n 1 kohta). Vaikka vangitseminen on tällöin pääsääntö, mitään vangitsemispakkoa ei ole olemassa.¹³² Oikeuskirjallisuudessa on katsottu erityisten edellytysten olevan ylitörkeissä rikoksissa käsillä *presumptiona*, joka on kumottavissa vastanäytöllä.¹³³ Toisaalta on todettu, että lainsäätäjän tahto on ollut nimenomaan päinvastainen, ja vangitse-

129. Matkustuskiellon määrääminen ei ollut aikaisemmin mahdollista sotkemisvaaraisissa rikoksissa, koska yhteydenpitoa muihin osallisiin ei pystytty valvomaan riittävällä tavalla. Ks. HE 14/1985 vp, s. 59.

130. Poliisin kantelusta käy ilmi, että osa epäilyistä oli tunnistamatta ja tavoittamatta, minkä lisäksi epäilty oli kiistänyt teot ja hän oli ollut teoissa johtavassa roolissa. Myös anastettu omaisuus ja tekoväline olivat vielä kateissa. Hovioikeus ei kuitenkaan viitannut näihin perusteisiin.

131. Ryöstöt ja vakavat väkivaltarikokset ovat olleet viime vuosina selvästi yleisin syy lapsen vangitsemiselle. Ks. Muurinen 2021, s. 11.

132. Vangitseminen oli ennen vuotta 1948 pakollista ylitörkeissä rikoksissa ja tämän jälkeen ”puolipakollista”. Vanhan pakkokeinon esitöissä vangitseminen ylitörkeissä rikoksissa nähtiin yleisestävistä syistä tärkeänä. Ks. HE 14/1985 vp, s. 48.

133. Halijoki 2001, s. 212–213.

miskynnystä tulee arvioida vain yleisten edellytysten ja pakkokeinoperiaatteiden perusteella.¹³⁴

Aikaisemman EIT:n oikeuskäytännön mukaan erityiset edellytykset tuli ottaa huomioon ylitörkeissäkin rikoksissa vangitsemisen jatkuttua pitkään, mutta oikeuskirjallisuudessa on nostettu esille Buzadji-tapaus, jonka mukaan tuomioistuimessa olisi varmistuttava jo heti ensimmäisessä vangitsemiskäsittelyssä siitä, että ainakin jokin erityinen edellytys olisi käsillä myös ylitörkeässä rikoksessa.¹³⁵ Kyseinen EIT:n ratkaisu ei kuitenkaan ole toistaiseksi johtanut lakimuutoksiin tai näkynyt oikeuskäytännössä.¹³⁶ KKO on kuitenkin antanut aiheeseen liittyvän valitusluvan.¹³⁷ Toisaalta voidaan kysyä, onko kyseessä oikeasti ongelma etenkin lapsen vangitsemiskynnystä määriteltäessä. Kun otetaan huomioon aikaisemmin mainittu malli lapsen edun ensisijaisuuden huomioimisessa, ei pelkkä yleinen edellytys riitä lapsen vangitsemiseen.

Vaikka kyse olisi esimerkiksi törkeästä ryöstöstä tai tapon yrityksestä, ei lasta ole yleisestävistäkään syistä huolimatta välttämätöntä vangita. Etenkään kun edes ylitörkeä rikos ei välttämättä johda lapsen tapauksessa ehdottomaan vankeusrangaistukseen, vangitseminen on vasta viimesijainen keino ja matkustuskielto yhdistettynä lastensuojelun toimenpiteisiin tarjoaa vaihtoehdon vangitsemiselle. Tämä johtaa siihen, että myös ylitörkeissä rikoksissa tulkinna tulee tapahtua normaalitapausten mukaisesti erityisistä edellytyksistä johdettuja vangitsemisen funktioita vasten.¹³⁸ Jos yhtäkään erityistä edellytystä ei ole konkreettisesti käsillä, ei se puolla lapsen vangitsemista.¹³⁹ Selvää kuitenkin on, että ylitörkeissä rikoksissa vangitsemiskynnys on normaalitapausta matalammalla myös silloin, kun kyse on lapsesta.¹⁴⁰

134. Launiala 2021, s. 148–149. Vrt. Pellonpää ym. 2018, s. 515–516. Heidän mukaansa tilanteessa ei riitä pelkkä periaate- ja kohtuuservio.

135. EIT Buzadji v. Moldova 5.6.2016, kohdat 92–102. Ks. ratkaisun huomioimisesta EOAK/3616/2016 28.9.2016, s. 2–3.

136. Ks. Järmälä 2020, s. 47. Järmälä on tarkastellut tutkimuksessaan useita vangitsemispäätöksiä, eikä niissä näy kyseisen EIT:n ratkaisun vaikutus.

137. Ks. VL:2022-58.

138. Ks. Johanna Niemi, Vapaudenriiston tilanteita, s. 69–112 teoksessa Virve Maria de Godzinsky – Johanna Niemi, Vapauden hinta – rikosprosessuaalinen vapaudenriisto ja sen korvaaminen. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2008, s. 97. Niemen mukaan harkinta on perusteellisempaa, jos myös ylitörkeissä rikoksissa arvioidaan vaaraedellytysten käsilläoloa.

139. Esimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa rikollista entisyyttä omaamaton lukiota käyvä lapsi oli tunnustanut kuulusteluissa yksityiskohtaisesti tapon yrityksen, auttanut tekovälineen löytämisessä ja esitutkinnassa oli muutoinkin ehditty keräämään riittävästi näyttöä lapsen pidätysaikana. Lapsi määrättiin matkustuskieltoon.

140. Jonkun hengen vaatineessa henkirikoksessa lapsen vangitsemista voidaan pitää edelleen pääsääntönä.

5. Johtopäätökset

Lapsen vangitseminen on ankara, mutta edelleen tarpeellinen pakkokeino. Vaikka lapsen vangitsemisen yhteydessä tulisi korostua maailman ratifioidun ihmisoikeussopimuksen sääntely, ei tämä näy käytännössä.¹⁴¹ Tilanteen voisi korjata se, että ETL 4:7.1 muutettaisiin *de lege ferenda* lapsen edun ensisijaisuutta korostavaksi esitutkintaperiaatteen kaltaiseksi säännökseksi. Lisäksi Poliisihallituksen tulisi ohjeistaa poliisin toimintaa lapsen vapaudenmenetystilanteissa nykyistä paremmin, koska nyt ohjeistusta ei ole lainkaan.¹⁴²

Erityiset edellytykset voidaan asettaa lapsen vangitsemiskynnystä määriteltäessä painoarvojärjestykseen, ja mitä useampi erityinen edellytys täyttyy, sitä matalammalla vangitsemiskynnys on. Pelkän karttamisvaaran perusteella lasta ei tulisi vangita normaalitapauksissa, koska lapsen tosiasialliset mahdollisuudet vältellä rikosprosessia ovat heikot. Pääsääntönä tulee olla huoltomallin mukaiset toimenpiteet ja korkeintaan matkustuskiellon jompaankumpaan muotoon määrittäminen. Poikkeuksen tekee kvalifioitu karttamisvaara, joka voi johtaa lapsen vangitsemiseen.

Jatkamisvaaran yhteydessä tulee käyttää ensisijaisesti matkustuskieltoa sekä tehostettua matkustuskieltoa lastensuojelun toimenpiteisiin yhdistettynä. Vangitseminen voi olla kuitenkin tarpeen, jos lastensuojelun keinot eivät ole riittäviä katkaisemaan rikoskierrettä tai on todennäköistä, ettei lapsi pysty noudattamaan matkustuskiellon määräyksiä.¹⁴³ Vaikka rikos- ja lastensuojeluprosessi ovat eri prosesseja, tulisi rikoskierteessä oleva lapsi pystyä *de lege ferenda* määrittämään rikoskierretapauksissa EHO-jaksolle vangitsemisen sijaan nopeuttamalla lastensuojeluprosessia ja varmistamalla paikkojen riittävyys.¹⁴⁴

Normaalitapauksissa vangitsemiskynnys on matalimmillaan sotkemisvaaraisissa rikoksissa. Liian korkea vangitsemiskynnys vakavassa sotkemisvaaraisessa rikoksessa voi tarkoittaa käytännössä sitä, että rikos ei selviä ja asianomistajan

141. Lapsen etua ei käsitelty yhdessäkään artikkelissa lähteenä olevassa hovioikeuden päätöksessä, eikä se näy kokemukseni mukaan käräjäoikeuksienkaan päätöksissä. Ongelma on yleinen myös muissa maissa. Ks. Van den Brink 2019, s. 256.

142. Lapsidirektiivi kehottaa laatimaan poliisiviranomaisille vapaudenmenetystilanteisiin liittyviä suuntaviivoja tai ohjeita, jotta vältettäisiin erityisesti tutkintavankeus. Ks. EU 2016/800, johdannon kohta 45.

143. Vangitseminen on jopa nähty vanhempien mielestä toivona herättävänä seikkana, kun vakava rikos- ja päihdekierte saadaan oikeasti katkaistua. Ks. Muurinen 2021, s. 62.

144. Ks. Muurinen 2021, s. 83. Muurisen mukaan alaikäinen ensikertalainen tai lievemmistä rikoksista epäilty tulisi olla mahdollista sijoittaa esimerkiksi päihdehoitoon tai muuhun suljettuun laitokseen tutkintavankeuden ajaksi. Todettakoon myös, että käytäntö ei ole täysin vieras Suomessakaan, koska lapsia määrättiin kasvatuslaitoksiin rikosprosessissa vuoteen 1943 asti. Lastensuojelun kehityssä rikos- ja lastensuojeluprosessi eriytyivät toisistaan, vaikka ne elävät edelleen tietyntylaisessa symbioosissa.

(joka hänkin on usein lapsi) oikeudet eivät toteudu.¹⁴⁵ Vangitsemista puoltavat oikeusmallin mukaiset rikosprosessin tehokkuusvaatimukset, koska vakavat rikokset tulee pääsääntöisesti yrittää selvittää eikä ole seuraamuksia ilman selvitettyä rikosta. Toisaalta uhrina olevan lapsen aineelliset oikeudet eivät mene rikoksesta epäillyn lapsen menettelyllisten oikeuksien edelle.¹⁴⁶

Sotkemisvaaraan liittyy kiinteästi PKL 4 luvun mukainen mahdollisuus rajoittaa lapsen yhteydenpitoa. Lastensuojelulain 11 luvun rajoitustoimenpiteillä ei voida turvata rikoksen selvittämistä, eivätkä ne ole nykymuodossaan siihen edes riittäviä. Eristäminen on edelleen tarpeellista vakavissa sotkemisvaaraisissa rikoksissa, mutta osa siihen liittyvistä haittavaikutuksista olisi korjattavissa *de lege ferenda* Ruotsin mallin mukaisesti säätämällä pakollinen neljän tunnin määräaika sille, että lapsen seurassa on henkilökuntaa tai joku muu henkilö.¹⁴⁷

Lapsen vangitsemiskynnys on alimmillaan ylitörkeissä rikoksissa, mutta tällöinkään vangitsemisen ei tule olla pääsääntö. Tulkinta tulee tehdä samoin kuin normaalitapauksissa, mutta vangitsemiskynnys on vain matalampi. Myös ylitörkeissä rikoksissa korostuu sotkemisvaaran merkitys. *De lege ferenda* olisi selvyuden vuoksi järkevää säätää asiasta erikseen pakkokeinolaissa ja velvoittaa perustelevaan erityiset edellytykset myös ylitörkeissä rikoksissa erityisesti silloin, kun kyse on lapsista.

145. Muutoinkin lasten ja nuorten välinen rikollisuus on jäänyt liian vähälle huomiolle, koska on keskitytty enemmän aikuisen lapsen kohdistamaan väkivaltaan. Ks. kriittistä Lapsiasia-valtuutettu, Lapsiasiavaltuutetun vuosikertomus 2020, s. 15–17.

146. Ks. CRC/C/GC/14, kohta 39. Yleiskommentissa todetaan, että jännitteet esimerkiksi kahden lapsen oikeuksien välillä tulee ratkaista tapauskohtaisesti ja löytää kompromissi. Ks. Silvennoinen 2020, s. 207. Silvennoinen toteaa, että lapsen etu ei mene epäillyn oikeusturvasääntelyn edelle, jos lopputuloksena on vastaajan ihmisoikeuden loukkaaminen.

147. Kriminalvården 2023, s. 2–3. Lisäksi eristämisen välttämiseen on Pohjoismaissa käytetty syyttäjän suorittamaa kuulustelua vangitsemisoikeudenkäynnissä sekä kuulustelupöytäkirjojen ja video- ja äänitallenteiden käyttömahdollisuuksien lisäämistä oikeudenkäynneissä. Ks. Kriminalvården 2023, s. 10–11.

The threshold for remanding a child in a pre-trial investigation

MARKO FORSS, M.Sc. (Admin.), Doctoral Researcher, Detective Chief Superintendent

Remand is the most severe form of coercive measure in the pre-trial investigation, but despite this, a few dozen children are remanded in the pre-trial investigation every year in Finland. Although remand is possible for 15-17-year-olds, in accordance with the Convention on the Rights of the Child, it should always be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time and must be in the best interests of the child.

If there is a danger of avoiding pre-trial investigation, remanding a child is never in the best interest of the child. In the case of children in danger of continuing to commit crimes, remanding may come into question if the means of child welfare are not sufficient. *De lege ferenda* should, however, present a possibility of ordering the child to a children's home instead of remanding him or her.

The threshold for remanding a child is at its lowest in serious crimes where there is the possibility to influence other persons connected to the crime. This is in connection with restrictions of contacts during deprivation of liberty. It's important to separate the investigation of the crime and the consequences. There is no possibility of compensation or punishment without a solved crime.

Rikostuomioiden julkaiseminen avoimesti kaikkien saataville – Avoimen datan lisäämisen ja julkisuuden toteuttamisen haasteet

HAKUSANAT: julkisuusperiaate, avoin data, tietosuoja, henkilötietojen suoja, yksityisyyden suoja, rikosoikeus, rikosprosessi

1. Johdanto

Alempien tuomioistuinten julkiset ratkaisut tai ainakin nykyistä huomattavasti suurempi osa niistä on tulevaisuudessa tarkoitus julkaista avoimena datana. Toisin sanoen käräjä- ja hovioikeuksien samoin kuin hallinto-oikeuksien julkiset tuomiot on tavoitteena saada tiettyjä niistä poistettavia tietoja – esimerkiksi henkilö- ja paikkatietoja – lukuun ottamatta avoimesti verkkoon kenen tahansa luettavaksi.¹ Tavoite on ilmaistu useissa eurooppalaisissa sääntelyinstrumenteissa ja toimenpideohjelmissa sekä kansallisissa hankkeissa ja kehitysehdoituksissa.² Keinoiksi tavoitteen saavuttamiseksi on ehdotettu ensisijaisesti tekoälyteknologiaa hyödyntävien työkalujen kehittämistä, sillä ne helpottaisivat asiakirjojen anonymisointi- tai pseudonymisointityötä.

Tässä kirjoituksessa tarkastelen kriittisesti mahdollisuuksia saavuttaa tavoite tuomioiden nykyistä merkittävästi laajemmasta avoimesta saatavuudesta teknistä pseudonymisointityökalua hyödyntämällä. Julkisuutta sekä yksityisyyden ja henkilötietojen suojaa koskeva sääntely on monikerroksista ja tulkinnanvaraista, mitä ei ole riittävällä tavalla huomioitu edellä mainittuja tuomioiden avoimen saatavuuden tavoitteita ja keinoja määritettäessä. Kun tavoitteita ja keinoja tarkastellaan oikeudellisessa kontekstissa, teknisen sovelluksen mah-

* *Kristiina Koivukari*, OTT, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto. Tämä kirjoitus on laadittu Suomen Akatemian rahoittamassa tutkimushankkeessa *Is this Public or Private? (PoP)*. Kiitän vertaisarvioitsijoita hyödyllisistä kommentteista sekä University of Helsinki Legal Tech Labin tutkijoita tuesta ja palautteesta kirjoitusprosessin eri vaiheissa.

1. Rikostuomiot ovat sinänsä jo nyt julkisia, mutta pelkkä julkisuus tai pääsy viranomaisen asiakirjoihin on avoimuuden näkökulmasta suppeampi oikeus kuin oikeus tai pääsy avoimeen dataan. Avoimesti julkaistua tietoa voidaan käyttää erilaisiin tarkoituksiin ilman, että julkaisija voi asettaa datan hyödyntämiselle erityisiä ehtoja. Esim. Tanja Jaatinen, *Muokkaako avoin data kansallista julkisuusperiaatetta?*, s. 17–49 teoksessa Päivi Korpisaari (toim.), *Viestintäoikeus nyt – Viestintäoikeuden vuosikirja 2014*. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2015.
2. Näitä tarkastellaan myöhemmin luvussa 2.

dollisuudet vaikuttaa pseudonymisointityön ja edelleen tuomioiden julkaisemisen tehostamiseen ja nopeuttamiseen näyttäytyvät hyvin rajallisina. Toiseksi tuomioiden avoimen julkaisemisen toteuttamisvaihtoehtojen tarkastelu paljastaa myös avoimen datan lisäämisen ja julkisuuden tavoitteiden yhteensovittamattomuuden, vaikka tavoitteet vaikuttavatkin saman suuntaisilta.

Rajaan aiheen käsittelyn rikosprosessiin ja rikosasioita koskeviin tuomioihin, koska niissä sekä julkisuuden että yksityisyyden suojan tarve on korostunut. Edelleen käsittelen aihetta lähinnä rikosasian asianomistajan ja jossain määrin syytetyn tai tuomitun yksityisyyden ja henkilötietojen suojan näkökulmasta, mutta osittain samat kysymykset soveltuvat muihinkin rikosprosessin osallisiin.³

Lähestymistapani on siis siinä mielessä oikeudellinen, että tarkastelen sääntelystä ja sääntelyn taustalla vaikuttavista arvojännitteistä johtuvia haasteita käytännönläheiselle tavoitteelle lisätä tuomioiden avointa saatavuutta. Lähestymistapani ei ole kuitenkaan lainopillinen. Kirjoituksessa ei oteta kantaa siihen, miten rikosoikeudenkäynnissä tai rikosasiaa koskevassa tuomiossa ilmenevien tietojen julkisuus tulisi sääntelyn perusteella ratkaista, tai siihen, mikä on julkisuutta ja toisaalta yksityisyyden ja henkilötietojen suojaa koskevan sääntelyn suhde, sisältö tai soveltamisala.⁴ Sääntelyä koskevan kuvauksen tarkoituksena on tuoda esiin se, kuinka monitahoista ja tapauskohtaista oikeudellinen harkinta on julkisen ja julkaistavissa olevan tiedon määrittämisessä.

Artikkelin lähtökohtana on seuraavassa luvussa 2 esiteltävä avoimen datan lisäämistavoite sekä luvussa 3 käsiteltävä pseudonymisointityökalu, joka on kehitetty henkilötietojen suojaamisen helpottamiseksi tuomioiden avointa julkaisemista toteutettaessa. Koska avoimen julkaisemisen ja henkilötietojen suojaamisen tavoitteet ja keinot ovat osittain päällekkäisiä ja samaan aikaan osittain ristiriitaisia julkisuuden ja yksityisyyden kanssa, käsittelen luvuissa 4 ja 5 julkisuuden ja yksityisyyden merkitystä rikostuomioiden kontekstissa. Tarkastelu osoittaa sekä julkisuuden että yksityisyyden erityisen tärkeän merkityksen rikosprosessissa sekä sen, että julkisuuden ja yksityisyyden välistä jännitettä ei ole mahdollista yleisellä tasolla ratkaista jommankumman hyväksi. Tämän jälkeen luvussa 6 käyn läpi rikostuomioiden julkisuuteen ja yksityisyyteen liittyvää sääntelyä havainnollistaen sääntelyn monikerroksisuutta ja salaamisharkinnan tapauskohtaisuutta. Luvussa 7 palaan avoimen julkaisemisen tavoitteisiin ja keinoihin ja tarkastelen niitä suhteessa perinteiseen viranomaisten asiakirjojen julkisuuteen ja julkisuuden tavoitteisiin. Johtopäätökset on esitetty tiivistetysti luvussa 8.

3. Esim. viime vuosina vilkasta keskustelua aiheuttanutta maalittamista ja muita tuomareihin ja muihin rikosprosessin viranomaisiin kohdistuvia julkisuuteen liittyviä haasteita ei kuitenkaan ole mahdollista käsitellä tämän kirjoituksen rajoissa.
4. Näihin kysymyksiin liittyvästä lainopillisesta analyysistä ks. esim. Susanna Lindroos-Hovinhoimo, Yksityisyyttä vai avoimuutta? Tietosuojan vaikutus julkisuusperiaatteeseen. *Lakimies* 5/2022, s. 749–773.

2. Tavoitteena tuomioiden avoin julkaiseminen

Yleinen tavoite lisätä avoimesti saatavilla olevaa julkisen sektorin tuottamaa tietoa on ilmaistu Euroopan unionin avoimen datan direktiivissä⁵. Direktiivi edellyttää julkisten toimijoiden keräämän datan avointa julkaisemista silloin, kun julkaisemiselle ei ole muusta, ennen kaikkea henkilötietojen suojaamista koskevasta, sääntelystä johtuvaa estettä.⁶ Puolestaan tuomioiden nykyistä avoimemman julkaisemisen tavoite on mukana Euroopan unionin ja Euroopan neuvoston digitaalista oikeutta koskevissa toimintasuunnitelmissa. Lisäksi Euroopan sähköisen oikeuden toimintasuunnitelmassa 2019–2023 yhtenä hankkeena on mainittu tuomioistuinten päätösten avoimen ja saavutettavan julkistamisen helpottaminen sekä siihen liittyvien tekoälyteknologiaa käyttävien työkalujen kehittäminen tuomioistuinten päätösten anonymisoinniseksi ja pseudonymisoinniseksi automaattisesti uudelleenkäyttöä varten.⁷ Samoin oikeuslaitosten toimivuutta tarkasteleva Euroopan neuvoston pysyvä Cepej-komitea (European Commission for the Efficiency of Justice) ottaa esille omassa Digitaalisen oikeuden toimintasuunnitelmassaan 2022–2025 muun muassa sen, että tuomioistuimia tulisi tukea digitaalisten teknologioiden hyödyntämisessä niin itse tuomioistuintoiminnan toteuttamisessa kuin läpinäkyvyyden ja saavutettavuuden lisäämisessäkin.⁸

Vuonna 2022 julkaistussa oikeudenkäytön kehitystyöryhmän arviomuistiossa tavoite tuomioiden avoimen julkaisemisen lisäämisestä on ilmaistu seuraavasti:

”Tuomioistuinten ratkaisujen tulisi olla laajemmin ja vaivattomammin kaikkien saatavilla. Ratkaisujen julkaiseminen verkossa edellyttää niiden anonymisointia tai pseudonymisointia. Olisikin tärkeää kehittää työkalu, jonka avulla tuomioistuinten ratkaisujen anonymisointia voitaisiin automatisoida. Samalla kun muiden viranomaisten, yritysten ja kansalaisten tiedontarpeisiin voitaisiin paremmin vastata julkaisemalla oikeustapauksia nykyistä enemmän verkossa, myös tuomioistuinten toiminta näyttäytyisi avoimempana. – – Lisäksi kehitettäisiin työkalu, jonka avulla tuomioistuinten ratkaisujen anonymisointia voitaisiin automatisoida, sekä toimintatapoja median aktiivisemmaksi palvelemiseksi.”⁹

5. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2019/1024 avoimesta datasta ja julkisen sektorin hallussa olevien tietojen uudelleenkäytöstä (uudelleenlaadittu), 20.6.2019, EUVL L 172/56. Avoimen datan käsite on määritelty direktiivin johdanto-osan kohdassa 16.

6. Esim. direktiivin johdanto-osan kohdat 16, 52 ja 71. Direktiivin 1 artiklan 4 kohdan mukaan direktiivi ei rajoita henkilötietojen suojelua koskevaa kansallista tai unionin oikeutta. Ks. myös Olli Mäenpää, Julkisuusperiaate. 4. uudistettu painos, verkkojulkaisu. Alma Talent 2020, s. 2.

7. Euroopan sähköisen oikeuden toimintasuunnitelma 2019–2023 (2019/C 96/05), s. 15.

8. European Commission for the Efficiency of Justice, 2022–2025 CEPEJ Action plan: “Digitalisation for a better justice”, CEPEJ(2021)12Final.

9. Oikeudenkäytön kehitystyöryhmän arviomuistio 18.8.2022 (arviomuistio 2022), s. 96.

Viranomaisaineistojen avoimen saatavuuden ja paremman käytettävyyden lisäämisen taustalla on sekä taloudellisia intressejä että avoimuuden tai läpinäkyvyyden varmistaminen.¹⁰ Ajatuksena on, että avoimen tiedon lisääminen tuottaa uusia tuotteita ja palveluita ja edelleen luo uusia työpaikkoja mutta myös hyödyttää yhteiskuntaa laajemmin lisäämällä avoimuutta ja vastuullisuutta.¹¹ Ideaa datavetoisesta taloudesta ja avoimen julkaisemisen hyödyistä on kuitenkin kritisoitu useilla perusteilla: avoimen tiedon lisääminen saattaa jopa vaikuttaa negatiivisesti niihin läpinäkyvyyden ja demokratian tavoitteisiin, joita sen pitäisi edistää.¹² Talouskasvun mahdollistaminen ja tukeminen avoimen julkaisemisen lisäämisen motivaationa vaikuttavat joka tapauksessa jättävän perusoikeuksiin liittyvät tavoitteet ja riskit varjoonsa.¹³ Näitä avoimen saatavuuden lisäämisen syvempiä yhteiskunnallisia vaikutuksia ei ole mahdollista tarkastella laajemmin tässä kirjoituksessa, mutta ristiriita vaikuttaa väistämättä myös pseudonymsointityökalun kehittämisen taustalla.

Taloudellisten intressien turvaaminen perustelee osittain myös EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen¹⁴ sääntelemää henkilötietojen suojan tarvetta: jotta tietoa voi olla avoimesti saatavilla mahdollisimman paljon ja jotta tieto voi liikkua vapaasti unionin alueella ja sitä voidaan edelleen hyödyntää taloudellisesti, on henkilötietojen käsittelystä säädettävä yhtenäisesti jäsenvaltioissa.¹⁵ Edel-

10. Tämä käy ilmi esim. avoimen datan direktiivin johdanto-osasta, ks. erit. kohdat 9–14. Datan merkitystä taloudelle korostetaan myös Euroopan datastrategiassa. Euroopan komissio, Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle 19.2.2020 COM(2020) 66 final, erit. s. 2–3. Samoin oikeudenkäytön kehitystyöryhmän arviomuistiossa viitataan oikeudellisen datan omistajuuteen ja hyödynnettävyyteen edellä viitatus tiedontarpeisiin vastaamisen tavoitteen ohella. Arviomuistio 2022, s. 50.
11. Esim. avoimen datan direktiivin johdanto-osa, kohdat 9–14. Datataloudesta tai datavetoisesta taloudesta esim. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle, Euroopan datavetoisen talouden rakentaminen, COM(2017) 9 final ja Pascal D König, *The place of conditionality and individual responsibility in a "data-driven economy"*. *Big data and society* 4(2) 2017.
12. Kritiikistä esim. Jeffrey Alan Johnson, *From open data to information justice. Ethics and Information Technology* 16(4) 2014, s. 263–274; Anneke Zuiderwijk – Marijn Janssen, *The negative effects of open government data: Investigating the dark side of open data*. *Proceedings of the 15th Annual International Conference on Digital Government Research 2014*, s. 147–152 ja Clarissa Valli Buttow – Sophie Weerts, *Public sector information in the European Union policy: The misbalance between economy and individuals*. *Big data and society* 9(2) 2022, s. 1–13.
13. Valli Buttow – Weerts 2022, erit. s. 1–2.
14. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2016/679 luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelystä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta (yleinen tietosuoja-asetus), 27.4.2016, EUVL L 119/1.
15. Ks. yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osa, erit. kohta 9. Vastaavasti kuin julkisten tahojen tuottama data nähdään kaupallisesti hyödynnettävänä resurssina yrityksille, myös yksittäiset kuluttajat saattavat harkita tietojensa luovuttamista yhä enemmän taloudellisen kannattavuuden näkökulmasta. Tästä huolimatta on syytä korostaa, että yksilöt eivät omista tietojaan eikä EU:n tietosujasääntely koske tiedon omistamista. Susanna Lindroos-Hovinheimo, Henki-

leen vaatimus avoimuudesta ja läpinäkyvyydestä puoltaa tuomioiden avointa julkaisemista, mutta toisaalta samaan aikaan korostuvat tarve varovaisuuteen henkilötietojen käsittelyssä ja tarve luoda jokaiselle mahdollisuus päättää oman yksityisyytensä rajoista ja yksityisten tietojen käytöstä.¹⁶

Syinä tavoitteelle lisätä avoimesti saatavilla olevien alempien oikeusasteiden tuomioiden määrää ovat siis avoimuuden toteuttaminen (tai ”avoimempana näyttäytyminen”)¹⁷ sekä eri henkilöiden ja tahojen tiedontarpeisiin vastaaminen ja edelleen taloudellisen hyödyn tavoittelemisen ja saamisen mahdollistaminen. Tavoite lisätä avointa dataa ja siihen liittyvä henkilötietojen suojaaminen ovat saman suuntaisia tavoitteita kuin perinteinen viranomaistoiminnan julkisuus ja sen vastinparina yksityisyyden suojaaminen, ja niitä koskevaa sääntelyä on sovellettava rinnakkain ja limittäin. Pyrkimysten ja sääntelyn taustalla vaikuttavat kuitenkin erilaiset tavoitteet tai tarkoitukset. Tämä aiheuttaa ensinnäkin käytännön soveltamishaasteita henkilötietojen ja yksityisyyden suojan piiriin kuuluvien tietojen määrittämisessä, mutta se aiheuttaa myös periaatteellisempia ristiriitoja ja voi johtaa jopa siihen, että avoimen datan lisääminen kaventaa julkisuutta. Tarkastelen tässä artikkelissa näitä tavoitteisiin ja keinoihin liittyviä haasteita ja ristiriitoja niin, että tarkastelun lähtökohtana ovat anonymisointi- tai pseudonymisointityön helpottamiseksi kehitetyt tekniset sovellukset.

lötietojen suoja EU-oikeudessa – yksityisyyttä yhteisön kustannuksella? Lakimies 1/2018, s. 52–75, 58 av. 28. Näkökulmista yksityisyyteen ja tietoon omaisuutena ks. esim. Lawrence Lessig, *Privacy as Property*. *Social Research* 69(1) 2002, s. 247–269; Paul M. Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*. *Harvard Law Review* 117(7) 2004, s. 2056–2128 ja Kean Birch – DT Cochrane – Callum Ward, *Data as asset? The measurement, governance, and valuation of digital personal data by Big Tech*. *Big Data & Society* 8(1) 2021.

16. Esim. avoimen datan direktiivi ei vaikuta unionin oikeuden tai kansallisen lainsäädännön henkilötietojen suojaa ja käsittelyä koskeviin säännöksiin, vaan avoimen datan lisääminen tulisi toteuttaa yksityisyyden ja henkilötietojen suojaa koskevan sääntelyn rajoissa. Avoimen datan direktiivin johdanto-osan kohta 52. Ks. myös Lindroos-Hovinheimo 2022. Yksityisyyden suojan vahvistamisvaatimuksesta jo pitkään jatkuneena trendinä ks. esim. Susanna Lindroos-Hovinheimo, *Elämäntarinoiden hallintaa – eurooppalainen henkilötietojen suoja yksilöllistymisen ilmentäjänä*, s. 120–138 teoksessa Päivi Korpisaari (toim.), *Oikeus, tieto ja viesti – Viestintäoikeuden vuosikirja 2015*. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2016. Yksityisyyden ja tietosuojan kasvavaa merkitystä käsittelevää englanninkielistä tutkimusta on julkaistu jo paljonkin, ks. esim. Helen Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford University Press 2010 ja Gloria Gonzales Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Springer 2014.
17. Arviomuistio 2022, s. 96.

3. Anoppi ja Lakisampo

Oikeusministeriön Anoppi-hankkeen (hankenumero OM042:00/2018) tarkoituksena on ollut tuottaa kaksi kieliteknologiseen tekoälyyn perustuvaa työkalua. Työkaluja tullaan käyttämään henkilötietoja sisältävien asiakirjojen automaattiseen anonymisointiin (Anoppi) ja sisällönkuvailuun (Appi). Keskityn tässä artikkelissa Anoppi-anonymisointisovellukseen ja jätän sisällönkuvailua varten kehitetyn Appi-sovelluksen vähemmälle huomiolle. Hanketta kokonaisuutena ja sovellusten tarvetta perustellaan sillä, että sovelluksilla ”voidaan parantaa aineistojen sähköistä saatavuutta esimerkiksi päätöksenteossa ja tutkimuksessa”.¹⁸ Sovelluksia ryhdyttiin kehittämään, koska julkisen sektorin tuottamat tietoineistot olisi hyödyllistä saada avoimesti saataville ja edelleen tutkijoiden ja muiden viranomaisten lisäksi myös yritysten ja kansalaisten käyttöön kuitenkin yleisen tietosuoja-asetuksen henkilötietojen suojalle asettamia vaatimuksia noudattaen.¹⁹ Hankkeen lähtökohdista on kerrottu seuraavasti:

”Hankkeessa on kyse tekstidokumenteissa olevien nimettyjen entiteettien anonymisoinnista datan avointa käyttöä ja julkaisemista varten. Henkilötietojen suojaamiseen ja yksityisyyden suojaan liittyvät ongelmat voidaan ratkaista pseudonymisoinnilla tai anonymisoinnilla avoimesti julkaistavaa dataa. Tällöin esimerkiksi henkilöiden nimet korvataan systemaattisesti neutraaleilla nimillä, kuten ”Henkilö A”. Käytämme jatkossa yksinkertaisuuden vuoksi termiä ”anonymisointi” viittaamaan myös hieman palautettavampaan pseudonymisointiin, jossa alkuperäiset nimet ovat helpommin palautettavissa kontekstiedon avulla. Yhteisenä haasteena sekä anonymisoinnissa että sisällönkuvailussa on, että molemmat ovat asiantuntemusta vaativaa kallista käsityötä ja aineistot ovat usein erittäin laajoja. Hankkeessa tarkastellaan viranomaisaineistoista erityisesti tuomioistuinten ratkaisuaineistoja, joilla on monilla tavoin vaikutusta kansalaisiin ja yrityksiin.”²⁰

Sitaatin maininta siitä, että ”Henkilötietojen suojaamiseen ja yksityisyyden suojaan liittyvät ongelmat voidaan ratkaista pseudonymisoinnilla tai anonymisoinnilla avoimesti julkaistavaa dataa”, pitää ainakin anonymisoinnin osalta paikkansa.²¹ Ongelma on kuitenkin siinä, että täysin anonymisoitu data ei ole

18. Anoppi-hankkeen internetsivut osoitteessa <https://oikeusministerio.fi/hanke?tunnus=OM042:00/2018> (vierailtu 28.6.2023).

19. Ks. myös Arttu Oksanen ym., A Pseudonymization Tool for Legal Documents for Linked Data Publication and Use on the Semantic Web, CEUR-WS.org 2022.

20. Anoppi-hankkeen internetsivut osoitteessa <https://oikeusministerio.fi/hanke?tunnus=OM042:00/2018> (vierailtu 28.6.2023).

21. Yksittäisten henkilöiden tunnistaminen jopa anonymisoidun datan perusteella saattaa kuitenkin olla mahdollista. Luc Rocher – Julien M Hendrickx – Yves-Alexandre de Montjoye,

enää hyödyllistä samaan käyttötarkoitukseen kuin anonymisoimaton data.²² Tuomioita ei käytännössä edes voida täysin anonymisoida muutoin kuin käsittelemällä niitä esimerkiksi suurempana tilastotiedoksi muutettuna tietomassana, koska anonymisointi edellyttää tunnistamisen estymistä peruuttamattomasti.²³ Tällaisen tietomassan perusteella yksittäisen tuomion sisältöjen ja ratkaisun perustelujen arvioiminen ei ole mahdollista. Toiseksi on epäselvää, mitä tuomion pseudonymisointi yksittäistapauksessa minimissään edellyttää, jotta tuomio voitaisiin julkaista avoimesti henkilötietojen ja yksityisyyden suojaa koskevia säännöksiä noudattaen.

Anoppi on siis tekninen työväline asiakirjojen osittaiseen pseudonymisointiin²⁴ – hankkeessa ei ole otettu kantaa siihen, mitä tietoja missäkin tilanteessa tulisi salata ja milloin julkisia asiakirjoja voidaan tai tulisi julkaista avoimesti. Tuomioiden julkaisemisen ohella sovellusta voidaan käyttää esimerkiksi tilanteissa, jossa tuomioistuimelta pyydetään osittain salattua tuomiota. Jos asian osapuolet on määrätty salassa pidettäviksi, tuomioistuin voi Anoppi-sovelluksen avulla salata asiakirjasta henkilöiden nimet. Sovelluksen kehittämisen taustalla on kuitenkin tavoite tuomioiden avoimen saatavuuden lisäämisestä merkittävästi. Osana Anoppi-hanketta on ollut kehitteillä myös avoimen datan verkko-

Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models. *Nature Communications* 10(1) 2019.

22. Paul Ohm, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*. *UCLA Law Review* 57 2010, s. 1704 ja Bart van der Sloot, *Public Sector Information & Data Protection: A Plea for Personal Privacy Settings for the Re-Use of PSI*. *Informatica e Diritto*, Fascicolo 1–2/2011, erit. s. 234–236. Tätä ei ole huomioitu esim. avoimen datan direktiivissä, jonka johdanto-osan kohdassa 52 on todettu seuraavasti: ”Tiedon anonymisointi on keino sovittaa yhteen julkisen sektorin tiedon mahdollisimman laajaan uudelleenkäytettävyyteen liittyvät edut ja tietosuojalainsäädännön mukaiset velvollisuudet, mutta se aiheuttaa kustannuksia.”
23. Tietosuoja-asetuksen johdanto-osa, kohta 26. ”Anonymisointi tarkoittaa henkilötietojen käsittelyä niin, että henkilöä ei enää voida tunnistaa niistä. Tiedot voidaan esimerkiksi kärkeistää yleiselle tasolle (agregoida) tai muuttaa tilastolliseen muotoon siten, etteivät yksittäistä henkilöä koskevat tiedot ole enää tunnistettavassa muodossa. Tunnistamisen täytyy estyä peruuttamattomasti ja siten, että rekisterinpitäjä tai muu ulkopuolinen taho ei voi enää hallussaan olevilla tiedoilla muuttaa tietoja takaisin tunnistettaviksi.” Tietosuoja-valtuutetun toimiston verkkosivut osoitteessa <https://tietosuoja.fi/pseudonymisointi-anonymisointi> (viirailtu 28.6.2023). Ks. anonymisoinnin haasteista myös Ohm 2010, s. 1701–1777 ja Rocher – Hendrickx – de Montjoye 2019.
24. Ei ole aivan selvää, tarkoittaako Anoppi-sovelluksen automatisoima nimi- ja paikkatietojen poistaminen edes asiakirjojen pseudonymisoinnista. Yleisen tietosuoja-asetuksen 4 artiklan 5 kohdan mukaan pseudonymisoinnilla tarkoitetaan ”henkilötietojen käsittelemistä siten, että henkilötietoja ei voida enää yhdistää tiettyyn rekisteröityyn käyttämättä lisätietoja, edellyttäen että tällaiset lisätiedot säilytetään erillään ja niihin sovelletaan teknisiä ja organisatorisia toimenpiteitä, joilla varmistetaan, ettei henkilötietojen yhdistämistä tunnistettuun tai tunnistettavissa olevaan luonnolliseen henkilöön tapahdu”. Tuomioissa pseudonymisoinnista ei siis välttämättä ainakaan kaikissa tapauksissa riitä se, että tuomiosta on poistettu nimi- ja paikkatiedot.

palvelu Lakisampo, joka sisältää ajantasaisen lainsäädännön ja oikeustapauksia ja jonka avulla aineistoa voidaan selata ja hakea palvelusta.²⁵ Lakisampokaan ei siis vielä sellaisenaan lisää tuomioiden julkisuutta tai tarkoita siirtymää kattavampaan tuomioiden avoimeen saatavuuteen, mutta Lakisampo-verkkopalvelu mahdollistaa avoimesti saatavilla olevan datan paremman käytettävyyden.

Teknisten työkalujen kehittäminen osittain automatisoitua anonymisoinnista tai pseudonymisoinnista varten on edennyt jo suhteellisen pitkälle, mutta tuomioiden avoimeen julkaisemiseen liittyviä sisällöllisiä kysymyksiä, jotka koskevat tietosuojaa, yksityisyyttä ja julkisuutta sekä yhdenvertaisuutta, ei ole tarkasteltu lähemmin.²⁶ Ainakin toistaiseksi päätös siitä, mitkä tuomiot julkaistaan ja miltä osin salattuna, on jätetty kunkin tuomioistuimen omaan harkintaan. Vastaavalla tavalla tuomioistuimet joutuvat tälläkin hetkellä punnitsemaan tuomioiden julkaisemisen tarvetta ja mahdollisuuksia omilla verkkosivuillaan, Finlexissä tai Lakisammossa. Kysymys siitä, mitä tuomioita voidaan julkaista ja missä muodossa, ei ole mitenkään helppo oikeudellinen ongelma; pelkkä nimi- ja paikkatietojen poistaminen tuomioista ei ainakaan kaikissa tapauksissa riitä, koska muunkinlaiset tiedot voivat olla henkilötietojen ja yksityisyyden suojan piiriin kuuluvia tietoja, joita ei voida julkaista. Tietyt sinänsä julkaistavissa olevat tiedot saattavat myös muihin tietoihin yhdistettynä johtaa henkilön tunnistamiseen tai yksityisyyden tai tietosuojan piiriin kuuluvan tiedon paljastumiseen.²⁷

25. Lakisammosta lähemmin esim. Eero Hyvönen, Sammon taantaa semanttisessa webissä. Tekniikan Waiheita 39(2) 2021, s. 87–105 ja Eero Hyvönen ym., LawSampo Portal and Data Service for Publishing and Using Legislation and Case Law as Linked Open Data on the Semantic Web. Artificial Intelligence Technologies for Legal Documents and Knowledge Graph Summarization 3257 2022, s. 41–50.

26. Edellä mainitussa EU:n sähköisen oikeuden toimintasuunnitelmassa (2019/C 96/05) on mainittu, että kehitettävien työkalujen tulee olla ”GDPR-yhteensopivia”, ja lisäksi oikeudenkäytön kehitystyöryhmän arviomuistiossa on maininta: ”Myös julkisuuden sekä toisaalta salassapidon on toteuduttava laissa säädetyllä tavalla.” Arviomuistio 2022, s. 91.

27. Tähän on kiinnitetty huomiota myös avoimen datan direktiivissä, jonka mukaan jäsenvaltioiden ”olisi myös varmistettava henkilötietojen suojele, myös silloin, kun yksittäisessä tietoaaineistossa oleva tieto ei aiheuta riskiä luonnollisen henkilön tunnistamisesta tai yksilöimisestä mutta kyseinen tieto saattaa yhdistettynä muihin käytettävissä oleviin tietoihin aiheuttaa tällaisen riskin” (direktiivin johdanto-osan kohta 16). Rikosasiasa esim. asianomistajan henkilöllisyys voi paljastua, jos tuomiosta käy ilmi hänen sukulaisuussuhteensa rikoksen tekijään siinä tapauksessa, että tekijän henkilöllisyys on tiedossa. Ks. myös EUT:n ratkaisu asiassa C-184/20 Vyriausioji tarnybinės etikos komisija, ECLI:EU:C:2022:601, erit. kohdat 100–102 ja 123–128. Tapauksessa puolison henkilötietojen ilmoittaminen tarkoitti henkilön seksuaalisen suuntautumisen paljastumista epäsuorasti.

4. Rikostuomioiden julkisuus lähtökohtana

Oikeudenkäynnin julkisuus yhtenä tärkeimmistä demokraattisen oikeusvaltion prosessiperiaatteista on kiistaton.²⁸ Mahdollisuus vaikuttaa ja osallistua yhteiskunnan toimintaan sekä mahdollisuus valvoa ja kritisoida viranomaisten toimintaa edellyttävät viranomaistoiminnan julkisuutta²⁹, mutta oikeudenkäynnissä julkisuusintressi on erityisen vahva.³⁰ Oikeudenkäynnin julkisuuden vaatimus käy ilmi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksiä koskevasta perustuslain 21 §:stä sekä sananvapautta ja julkisuutta koskevasta 12 §:stä. Samoin muun muassa Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen (SopS 63/1999) 6 artikla ja Yhdistyneiden kansakuntien kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen (SopS 8/1976) 14 artikla edellyttävät oikeudenkäynnin julkisuutta.³¹

Oikeudenkäynnin julkisuus ei kuitenkaan tarkoita sitä, että esimerkiksi kaikki oikeudenkäyntiasiakirjat ratkaisu mukaan lukien olisivat avoimesti saatavilla tai julkaistu. Julkisuuden yhteydessä puhutaan läpinäkyvyydestä tai avoimuudesta yleisempänä käsitteenä tai tavoitteena, kun taas julkisuus viittaa oikeudellisessa kontekstissa lähinnä asiakirjajulkisuuteen ja oikeuteen saada tieto julkisesta asiakirjasta, mutta toisaalta julkisuutta voidaan käyttää myös laajemmassa merkityksessä.³² Se, että viranomaisella oleva tieto on julkista, ei

28. Periaate on vahvistettu myös useissa EIT:n ratkaisuissa, esim. Pretto ym. v. Italia 8.12.1983, kohta 21 ja Riepan v. Itävalta 14.11.2000, kohta 27. EIT on myös todennut, että oikeudenkäynnin julkisuudesta poikkeamista koskevia säännöksiä on tulkittava suppeasti, esim. Diennet v. Ranska 26.9.1995, kohdat 30–35.

29. Esim. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 58/I; Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi 30/1998 vp, s. 9/I, 32 ja PeVL 43/1998 vp, s. 2.

30. Esim. PeVL 43/1998 vp, s. 7/II; PeVL 31/2005 vp, s. 4/I ja Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 13/2006 vp, s. 4/II.

31. Ks. oikeudenkäynnin julkisuudesta perus- ja ihmisoikeutena esim. Oikeudenkäynnin julkisuus-toimikunnan mietintö 2002:1, s. 16–22; Kaarlo Tuori, Oikeuden julkisuus. Oikeus 31(3) 2002, s. 243–251 ja Sakari Melander, Rikos, julkisuus ja yksityisyyden suoja. Lakimies 7–8/2019, s. 953–983.

32. Läpinäkyvyyden, avoimuuden ja julkisuuden määritelmät ja niiden väliset erot ovat epäselviä: läpinäkyvyys ja avoimuus ovat lähellä toisiaan, ja ne ovat myös metaforia, joita taas julkisuus ei ole. Tero Erkkilä, Government Transparency: Impacts and Unintended Consequences. Palgrave Macmillan 2012, s. 5 ja Sandrine Baume, Publicity and Transparency: The Itinerary of a Subtle Distinction, s. 203–224 teoksessa Emmanuel Alloa – Dieter Thomä (eds), Transparency, Society, Subjectivity: Critical Perspectives. Palgrave Macmillan 2018, s. 216–220. Puolestaan Koiviston mukaan läpinäkyvyyden käsitteeseen liitetään ajatus kansalaisten mahdollisuudesta valvoa hallitsijaa ja vaikuttaa tämän toimintaan, mikä julkisuuden käsitteestä puuttuu. Ida Koivisto, The Transparency Paradox – Questioning an Ideal. Oxford University Press 2022, s. 158. Julkisuuteenkin kuitenkin voidaan liittää tämän tyyppisiä arvoja ja mahdollisuuksia, mikä

siis tarkoita, että tieto olisi julkaistu tai julkaistavissa ja että tieto olisi myöskään avoimesti kaikkien saatavilla – sitä on erikseen pyydetty viranomaiselta.³³ Hallinnon avoimuus taas edellyttää viranomaisilta ”perinteisen” julkisuuden ohella jonkinlaista oma-aloitteista toiminnastaan tiedottamista ja esimerkiksi avoimen pääsyn mahdollistamista erilaisiin tietovarantoihin.³⁴

Oikeudenkäynnin julkisuus jaetaan yleensä diaari-, asiakirja-, käsittely- ja ratkaisujulkisuuteen.³⁵ Tämän jaottelun lisäksi oikeudenkäynnin julkisuutta on luokiteltu kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa useilla eri tavoilla ja eri näkökulmista ainakin sen suhteen, keitä tai mitä julkisuuden intressitahot ovat, mitä tehtäviä oikeudenkäynnin julkisuudella on ja mitä julkisuuden toteutusmuodot ovat.³⁶ Yksi keskeisimmistä jaotteluista koskee jakoa asianosais- ja yleisöjulkisuuteen.³⁷ Tässä artikkelissa tarkastellaan vain yleisöjulkisuutta, johon tuomioiden avoin julkaiseminen ensisijaisesti vaikuttaa.

Oikeudenkäynnin julkisuuden funktioiden avulla voidaan eritellä ja analysoida niitä syitä, joiden vuoksi oikeudenkäynnin julkisuuteen pyritään ja joiden vuoksi julkisuus on keskeinen arvo ja periaate demokraattisessa oikeusvaltiossa. Esimerkiksi *Antti Tapanilan* mukaan julkisuuden funktioita ovat oikeusturvafunktio, legitimoitiefunktio, kontrollifunktio ja ohjausfunktio.³⁸ Julkisuus edistää

näkyikin myöhemmin käsiteltävissä julkisuuden funktioissa. Joka tapauksessa läpinäkyvyys on käsitteenä julkisuutta laajempi, koska pelkkä tiedon saatavilla oleminen ei täytä läpinäkyvyyden edellytyksiä. Koivisto 2022, s. 119–122.

33. Ks. esim. Mäenpää 2020, s. 9: ”Julkinen toiminta ja siinä tapahtuva yleisen intressin toteuttaminen on yleensä julkista tiedon saannin ja välityksen kannalta. Julkisuus määritelläänkin oikeudellisesti yleensä viranomaisjulkisuutena. Kysymys on keskeisesti oikeudesta saada tietoa viranomaisista, julkisen vallan käytöstä ja muusta julkisesta toiminnasta (PL 12.2 §). Nykyään myös julkiset tietojärjestelmät ja tietoverkot määrittävät avoimuutta ja julkisen tiedon saavutettavuutta. Julkisuus edellyttää julkisen toiminnan transparensia osana hyvää hallintoa.”

34. Mäenpää 2020, s. 2.

35. Esim. HE 13/2006 vp, s. 4/I.

36. Ks. lähemmin erilaisista julkisuuden luokitteluista ja näkökulmista julkisuuden funktioihin esim. Henrik Edelstam, *Offentlighet och sekretess i rättegång – Principen om förhandlingsoffentlighet*. Nordstedts Juridik 2001, s. 92–113; Tuori 2002, s. 243–251; Jarkko Männistö, *Rikosprosessi ja oikeudenkäynnin julkisuuden monet kasvat*, s. 203–213 teoksessa Ari-Matti Nuutila – Elina Pirjatanniemi (toim.), *Rikos, rangaistus ja prosessi – Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005*. Turun yliopisto 2005; Antti Tapanila, *Oikeudenkäynnin julkisuus riita- ja rikosasioissa*. Edita 2010, s. 14–32; Tomi Voutilainen, *Tiedonsaanti rikosoikeudenkäyntiin liittyvistä asiakirjoista*, s. 505–524 teoksessa Anssi Keinänen – Reima Kukkonen – Mia Kilpeläinen (toim.), *Oikeustieteiden moniottelija – Matti Tolvanen 60 vuotta*. Edita 2016 ja Mäenpää 2020, s. 11.

37. Esim. HE 30/1998 vp, s. 4/I.

38. Tapanila 2010, s. 26–32. Mainitut funktiot vastaavat pitkälti esim. oikeudenkäyntijulkisuuslain esitöissä mainittuja seikkoja, joilla oikeudenkäynnin julkisuuden merkitystä perustellaan (HE 13/2006 vp, s. 4–5). Tämän artikkelin rajoissa ei ole mahdollisuutta analysoida erilaisia julkisuuden luokitteluja ja ulottuvuuksia lähemmin; muunlaisia tapoja jäsentää julkisuuden funktioita on edellä alaviitteessä 36 mainitussa oikeuskirjallisuudessa. Kriittisemmästä lähestymistavasta ks. esim. Koivisto 2022, erit. s. 90–150, joka ei sinänsä keskustelee julkisuuden

ennen kaikkea oikeudenkäynnin asianosaisten oikeusturvaa ehkäisemällä mieltävaltaista lainkäyttöä; tuomioistuimien toiminnan arviointi ja kritiikki ovat mahdollisia vain silloin, kun tuomioistuinten toiminta on julkista. Legitimointifunktio viittaa siihen, että tuomioistuimien toiminnan avoimuuden ja läpinäkyvyyden ajatellaan lisäävän tuomioistuinten kohtaan tunnettua luottamusta ja hyväksyttävyyttä. Avoimuus sekä yleisölle että tiedotusvälineille edelleen mahdollistaa tuomioistuinten toiminnan kontrolloimisen ja valvonnan, mihin kontrollifunktio viittaa.³⁹ Näin voidaan valvoa esimerkiksi laintulkintaa, argumentaatiota ja yhdenvertaisuutta sekä tuomioistuimen riippumattomuutta ja puolueettomuutta, mikä puolestaan mahdollistaa epäkohtiin puuttumisen ja sananvapauden käyttämisen.⁴⁰ Ohjaus- tai prejudikaattifunktio puolestaan viittaa siihen, että julkisuuden ansiosta sekä tuomioistuimilla että yleisöllä on mahdollisuus saada tietoa aiemmista ratkaisuista ja toimia saamansa tiedon pohjalta.⁴¹

Rikosoikeudessa ja rikosprosessissa julkisuudella on erityinen asema ja merkitys. Nykyinen eurooppalainen ja angloamerikkalainen rikosoikeusjärjestelmä perustuvat ajatukseen siitä, että rikos ei ole yksityisasia vaan julkinen vääryys yleistä järjestystä tai koko yhteisöä vastaan.⁴² Rangaistusteorioissa julkisuus on siis sisäänrakennettuna jo rikoksen ja rangaistuksen käsitteissä vähintäänkin siinä mielessä, että teoriat perustelevat julkisen vallan väliintuloa silloinkin, kun rikokseksi katsottava teko on tapahtunut ”yksityisen alueella”.⁴³ Rangaistuksilla ajatellaan myös olevan yleispreventiivistä vaikutusta, joka myös edellyttää väistämättä rikosprosessin julkisuutta.⁴⁴

Näiden rikosoikeuden peruskäsitteisiin ja rangaistuksen oikeutukseen liittyvien kysymysten ohella julkisuus on välttämätön osa rikosoikeutta ja -prosessia oikeusturva- ja legitimiisyyssnäkökulmista.⁴⁵ Koska rangaistusta pidetään

funktioista mutta tarjoaa kuitenkin kiinnostavan ja tervetulleen kriittisen ja teoreettisen näkökulman keskusteluun.

39. Tapanila 2010, s. 29. Julkisuus voi mahdollistaa myös oikeudenkäynneistä johtuvan tarpeen moraalikeskustelulle. Thomas Wilhelmsson, (Media)julkisen oikeudenkäynti moraalikeskustelun tilana. *Oikeus* 31(3) 2002, s. 252–264.

40. Jyrki Virolainen – Mikko Vuorenpää, 4. Periaatteet prosessioikeudessa, s. 115–230 teoksessa Mikko Vuorenpää ym., *Prosessioikeus*. Alma Talent 2021, s. 138.

41. Tapanila 2010, s. 29.

42. Ks. esim. Melander 2019, s. 953–983, 956–959.

43. Toisaalta julkisen käsittelyn tarvetta ja hyötyjä voidaan toki perustella myös abolitionistisista lähtökohdista. Esim. Nils Christie, *Conflicts as property*. *The British Journal of Criminology* 17(1) 1977, s. 1–15.

44. Yleisprevention yhteydestä oikeudenkäynnin julkisuuteen sekä rikosoikeuden ja oikeudenkäynnin legitimiisyyteen ks. Mikko Vuorenpää, *Syyttäjän tehtävät – Erityisesti silmällä pitäen rikoslain yleisestävää vaikutusta*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007, erit. s. 78–102. Ks. myös massajulkisuudesta keinona kurin ylläpitämisessä Männistö 2005, s. 208–210.

45. Esim. HE 13/2006 vp, s. 4/II: ”Erityisesti rikosoikeudenkäynnissä oikeudenkäynnin julkisuus on tärkeä koko menettelyn hyväksyttävyyden kannalta rikosprosessissa käytettävän huomattavan julkisen pakkovallan vuoksi.”

vakavimpana ja intensiivisimpänä valtiovallan välineenä puuttua yksilön oikeuksiin ja vapauksiin, rangaistuksen käyttäminen edellyttää mahdollisuutta kontrolloida ja valvoa tuomioistuinten toimintaa sekä puuttua mahdolliseen pakkovallan väärinkäyttöön. Tämä puolestaan edellyttää avoimuutta ja asettaa erityisen vahvan julkisuusolettaman rikosoikeudenkäynneille.⁴⁶ Edelleen mitä vakavammasta teosta on kyse ja mitä ankarampi rangaistus on, sitä suurempi julkisuuden intressi on.⁴⁷

5. Yksityisyyden ja henkilötietojen suojaamisen tarve rikosprosessissa ja -tuomioissa

Viranomaistoiminnan ja rikosprosessin laajasta julkisuudesta huolimatta julkaisella on oikeus myös yksityiselämän ja henkilötietojen suojaan (perustuslain [731/1999] 10 §:n 1 momentti; Euroopan ihmisoikeussopimuksen [SopS 63/1999] 8 artikla), eikä rikosasian käsittely sinänsä poista keneltäkään osapuolelta oikeutta yksityisyyteen.⁴⁸ Rikosprosessissa asianosaisten ja mahdollisesti muidenkin, esimerkiksi asiassa todistajina toimivien henkilöiden, yksityisyyttä suojataan, mutta rikosprosessin lähtökohtaisen ja laajan julkisuusolettaman vuoksi asiat, joita muissa tilanteissa pidettäisiin yksityisinä, saattavat rikosasiaa käsiteltäessä olla julkisia.⁴⁹ Laissa oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa (370/2007, oikeudenkäyntijulkisuuslaki) on säädetty niistä poikkeuksista, joiden perusteella joitain tietoja voidaan tietyissä tilanteissa salata, mutta lähtökohtaisesti prosessi on kokonaan julkinen, esimerkiksi osapuolten nimitiedot mukaan lukien.⁵⁰

Julkisuuteen ja salaamiseen liittyvät haasteet rikosprosessissa johtuvat käytännön tasolla monimutkaisesta ja paljon harkintavaltaa sisältävästä

46. Esim. EIT-ratkaisu Shagin v. Ukraina 10.12.2009, erit. kohta 58.

47. EOA 1357/4/08 ja EOAK/5847/2019 31.8.2020. Ks. myös Tuori 2002, s. 244 rikosjutuista, joissa on kyse yleisen intressin suojaamisen tarpeesta.

48. Esim. EIT-ratkaisut Z v. Suomi 25.2.1997 ja Panteleyenکو v. Ukraina 29.6.2006. Ks. myös Tuori 2002, s. 245. Myös eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytännön mukaan arkaluonteisten tietojen salassapito voi olla välttämätöntä perustuslain 10 §:n 1 momentissa turvatun yksityiselämän suojaamiseksi, mistä esim. PeVL 39/2009 vp, s. 2–3; PeVL 14/2018 vp, s. 5 ja PeVL 13/2016 vp, s. 4.

49. Oikeudenkäyntijulkisuuslain 9 §:n 3 momentin mukaan tietyt muissa tilanteissa salassa pidettävät tiedot ovat lähtökohtaisesti julkisia ”siltä osin kuin ne liittyvät olennaisesti syytteesä tarkoitettuun tekoon tai sen rikosoikeudelliseen arviointiin”.

50. Osapuolten henkilöllisyydestä julkisena tietona HE 13/2006 vp, s. 66/II. Ei tosin ole aivan selvää, miksi esim. asianomistajan henkilöllisyyden on oltava oikeudenkäynnin julkisuusperiaatteen keskeinen kohta.

sääntelystä. Periaatteellisemmalla tasolla hankalin kysymys on se, miksi rikoksen uhri joutuu osittain luopumaan yksityisyydestään käsiteltäessä häneen kohdistunutta rikosta rikosprosessissa.

Kuten edellä on todettu, rangaistusteoriat ja rikosoikeusjärjestelmä rakentuvat ajatukselle siitä, että rikos ei ole koskaan pelkästään yksityisasiaa. Tämä lähtökohta voi olla perusteltu, kun tarkastellaan asiaa valtion ja rikoksenteikijän välisessä suhteessa siinäkin tapauksessa, että julkisuus nähdään epäillyn, syytetyn ja tuomitun kannalta negatiivisena asiana. Sen sijaan uhrin näkökulmasta tarkasteltuna prosessin julkisuus voi näyttäytyä kohtuuttomana: hän on ensin joutunut rikoksen uhriksi ja kärsinyt rikoksen seuraukset, mutta tämän jälkeen hän tai hänen läheisensä joutuu vielä käsittelemään kokemustaan ja siihen liittyviä yksityisiä asioitaan julkisessa oikeudenkäynnissä ja pahimmassa tapauksessa lisäksi vielä mediassa ja sosiaalisessa mediassa.⁵¹ Prosessissa asian käsittely ei ole missään vaiheessa uhrin hallinnassa vaan muut rikosprosessin toimijat määrittävät sen, miten, milloin, mistä seikoista ja kuinka pitkään asiaa kussakin vaiheessa käsitellään ja asianomistajaa kuullaan. Asianomistaja saattaa joutua kertomaan yllättävän laajasti muistakin asioistaan kuin vain yksittäisestä rikosteosta ja sen olosuhteista: esimerkiksi hänen menettelyään ja motiivejaan toimia ennen rikosta tai sen jälkeen voidaan kyseenalaistaa tai hänelle voidaan esittää loukkaavia kommentteja.⁵² Oikeudenkäynnin jälkeen tiedot rikoksesta ovat lähtökohtaisesti kenen tahansa saatavissa⁵³ ja prosessissa ilmi tulleita uhrille yksityisiä tapahtumia ja asioita voidaan hyödyntää kaupallisesti ja tyydyttämään yleisön uteliaisuutta.⁵⁴

Kun otetaan huomioon, kuinka paljon oikeudenkäynnin julkisuutta, sen merkitystä ja hyötyjä mutta toisaalta myös haittoja on käsitelty, on yllättävää, kuinka vähän aihetta on tarkasteltu rikoksen uhrin näkökulmasta. Vuonna 2021 julkaistua *Satu Rantaeskolan* väitöskirjaa lukuun ottamatta aihe on jäänyt varsin

51. Ks. myös Satu Rantaeskola, Asianomistajan yksityiselämän suoja rikosprosessissa. *Alma Talent* 2021, s. 3 ja Päivi Honkatukia, Uhrin rikosprosessissa: Haavoittuvuus, palvelut ja kohtelu. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2011.

52. Rantaeskola 2021, s. 179–188.

53. Rikoksen uhri joutuu moninkertaisen häviäjän rooliin: Nils Christien mukaan rikoksen uhri on kaksinkertainen häviäjä joutuessaan ensin rikoksen uhriksi, minkä jälkeen häneltä vielä kielletään täysi osallistumisoikeus rikosprosessissa, jossa käsitellään todennäköisesti yhtä uhrin elämän merkittävintä (ja mahdollisesti traumaattistakin) tapahtumaa. Nils Christie, *Conflicts as property*. *The British Journal of Criminology* 17(1) 1977, s. 1–15, 3. Kun huomioidaan näiden lisäksi prosessin henkinen kuormittavuus muilla tavoin ja yksityisyyden menettäminen tai sen riski, rikoksen uhri päätyy rikoksen ja rikosprosessin seurauksena ei kaksin- vaan jopa nelinkertaiseksi häviäjäksi.

54. Ilmeisintä hyödyntäminen on kaupallisen median rikosuutisoinnissa. Esim. Päivi Tiilikka, *Sananvapaus ja yksilön suoja – Lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen*. *WSOY pro* 2007, s. 104–108. Ks. myös Tuori 2002. Tuorin mukaan oikeudenkäynnin julkisuudella on muiden tehtävien ohella myös kaupallinen tehtävä.

vähälle huomiolle. Yllättävää tämä on erityisesti sen vuoksi, että julkisuus saattaa olla uhrille hyvin vahingollista ja laajan julkisuuden tarvetta on vaikea puolustaa uhrin näkökulmasta. Toisaalta asianomistajan näkökulma ylipäänsä on jäänyt rikosoikeustieteellisessä keskustelussa yleensäkin hyvin marginaaliseen asemaan. Syynä uhrin näkökulman puuttumiseen rikosprosessin julkisuutta koskevassa keskustelussa saattaa olla myös se, että rikosoikeutta ja rangaistuksia pidetään itsestään selvänä ja välttämättömänä osana toimivaa yhteiskuntaa⁵⁵ ja edelleen yleisöltä täysin suljetut oikeudenkäynnit pääsääntönä eivät edellä esitetysti tule demokraattisessa oikeusvaltiossa kysymykseen. Vaikuttaa siis siltä, että uhrin yksityisyyden tarve, olkoon kuinka kriittinen tahansa, ei voi kuitenkaan olla (kuin vain poikkeuksellisesti ja yksittäistapauksissa) niin vahva, että sen perusteella voitaisiin kyseenalaistaa rikosoikeudenkäynnin julkisuuden välttämättömyydet. Tästä aiheutuu edelleen perustavanlaatuisen ristiriita rikosprosessin erityisen vahvan julkisuuden ja toisaalta erityisen vahvan (uhrin) yksityisyyden suojaamisen tarpeen välillä. Ristiriita näkyy sekä monimutkaisessa ja -kerroksisessa sääntelyssä että paikoin ennakoimattomassa soveltamiskäytännössä.⁵⁶

Samoin kuin julkisuuden ja avoimuuden käsitteitä myös yksityisyyden tai yksityiselämän suojan ja toisaalta henkilötiedon (ja edelleen arkaluonteisen henkilötiedon tai erityisiin henkilötietoryhmiin kuuluvan henkilötiedon) käsitteitä käytetään eri asiayhteyksissä, ja niillä on osittain eri merkitys.⁵⁷ Henkilötiedoilla viitataan joihin tarkoitusta varten kerättyihin tietoihin, joiden perusteella henkilö voidaan tunnistaa ja joiden keräämisen ja käsittelemisen edellytyksistä henkilötietojen suoja koskevissa säädöksissä on säädetty. Oikeus yksityisyyteen ja yksityisyyden tai yksityiselämän suoja ovat puolestaan laajempia käsitteitä, eikä niiden sisältöä ole määritelty tai voida määritellä tyhjentävästi.⁵⁸ Esimerkiksi viranomaistoiminnan julkisuudesta annettua lakia (621/1999, julkisuuslaki) koskevissa esitöissä on todettu, että 24 §:n 1 momentin salassa pidettäviä asiakirjoja koskeviin 23–32 kohtaan ”on koottu yksityisyyden suojan perusteet”.⁵⁹ Kohdassa

55. Kristiina Koivukari, *The crumbling narrative of modern European criminal justice*. Helsingin yliopisto 2020, s. 104–113.

56. *Soveltamiskäytännöstä lähemmin* Rantaeskola 2021.

57. Petteri Jartti, Rikosasiaan liittyvän ratkaisun pyytäminen ja antaminen viranomaisen rekisteristä. *Defensor Legis* 1/2020, s. 62–79, 64 (alaviitteet poistettu): ”Henkilötietolaissa rikollinen teko, rangaistus tai muu rikoksen seuraamus määriteltiin arkaluonteiseksi tiedoksi. Perustuslakivaliokunta on aikanaan katsonut, että arkaluonteiset tiedot kuuluvat yksityiselämän suojan ytimeen, ja niiden salassapitoa ja suojaamista ulkopuolisilta on pidetty tarpeellisena. Yleislainsäädännössä arkaluonteista tietoa ei enää käsitteenä tunneta, mutta esimerkiksi perustuslakivaliokunta käyttää sitä edelleen. Erityisen riskialttiit tiedot ihmisen yksityisyyden kannalta on nykyään säätelyssä määritelty yleisessä tietosuojasetuksessa erityisiksi henkilötietoryhmiksi, josta säädetään yleisen tietosuojasetuksen 9 artiklassa.”

58. Ks. lähemmin esim. Lindroos-Hovinheimo 2016, erit. s. 122–125.

59. HE 30/1998 vp, s. 88/I.

on lueteltu lukuisia erityyppisiä salassapitoperusteita, joita on toki muutettu ja lisättykin myöhemmin.⁶⁰

Yksityisyyden ja henkilötiedon käsitteet poikkeavat toisistaan, mutta ne saattavat toisaalta joissain tilanteissa kattaa samoja tietoja. Käsitteiden epäselvyys ja tulkinnanvaraisuus aiheuttavat epäilemättä haasteita käytännön tilanteissa, joissa pitäisi esimerkiksi päättää tuomion julkaisemisesta avoimesti, mutta tämän artikkelin rajoissa ei voida ottaa kantaa tapauskohtaiseen arviointiin siitä, millaisissa tilanteissa rikosasiaa koskevassa tuomioistuimen ratkaisussa voi olla kyse yksityisyyden suojan tai henkilötietojen suojan piiriin kuuluvista asioista.⁶¹

Yksityisyyden suojaaminen tuomioissa viittaa siihen, että yksityisyyden suojan piiriin kuuluvia tietoja voidaan ja tulee sääntelyn mukaisesti salata. Henkilötietojen suojaamista koskevassa tietosuojalaissa (1050/2018) ja yleisessä tietosuojasetuksessa puolestaan säännellään ennen kaikkea sitä, kuka ja miten henkilötietoja saa käsitellä.

6. Rikostuomion julkisuutta ja yksityisyyttä koskeva sääntely

Oikeudenkäynti rikosasioissa ja rikostuomiot ovat aina lähtökohtaisesti kokonaan julkisia. Tuomioistuinten ratkaisujen julkisuudesta on säädetty oikeudenkäyntijulkisuuslaissa, mutta tietojen pyytämiseen viranomaisilta sovelletaan julkisuuslakia. Toisaalta julkisuuslaissa (16 §:n 3 momentissa) on edelleen viittaus henkilötietojen suojaa koskevaan sääntelyyn, joka tulee huomioida luovutettaessa viranomaisen henkilörekisteristä henkilötietoja.⁶² Henkilötietojen suojasta on säädetty ennen kaikkea yleisessä tietosuojasetuksessa ja tietosuojalaissa.⁶³ Käyn seuraavassa läpi tätä sääntelyä yleisellä tasolla.

Tuomioistuinkäsittelyn ja tuomion julkisuudesta ja salassapidosta on säädetty oikeudenkäyntijulkisuuslaissa. Lisäksi laissa oikeudenkäynnistä rikosasioissa

60. Yksityiselämä on määritelty laveasti myös perusoikeutena ja rikoslain yksityiselämää loukkaavaa tiedon levittämistä koskevassa säännöksessä (RL 24:8). Esim. Veli-Pekka Viljanen, 6. Yksityiselämän suoja (PL 10 §), s. 389–411 teoksessa Pekka Hallberg ym., Perusoikeudet. WSOYpro 2011 ja Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta 19/2013 vp, s. 38.

61. Ks. Rantaeskola 2021, jossa asiaa on tarkasteltu rikosprosessin osalta laajasti.

62. Säännöksen tulkinnasta Lindroos-Hovinheimo 2022, s. 758–759.

63. Rikostuomioita koskeva säännös on tietosuojalain 7 §:ssä. Ks. kuitenkin myös laki henkilötietojen käsittelystä rikosasioissa ja kansallisen turvallisuuden ylläpitämisen yhteydessä (1054/2018). Lakia sovelletaan henkilötietojen käsittelyyn mm. silloin, kun rikosasiaa käsitellään tuomioistuimessa (1.1 §:n 3 kohta), mutta 2 §:n mukaan lakia ei sovelleta oikeuteen saada tieto viranomaisen henkilörekisteristä eikä muutoinkaan, jos muussa laissa on poikkeavia säännöksiä.

(689/1997) on joitain oikeudenkäynnin ja oikeudenkäyntiasiakirjojen julkisuutta koskevia säännöksiä, jotka liittyvät muun muassa anonyymiin todisteluun (5 luvun 11 d §). Oikeudenkäyntijulkisuuslain 15 §:ssä on säädetty perusteista järjestää suullinen käsittely kokonaan tai osittain yleisön läsnä olematta. Säännöksen mukaan tuomioistuin voi asiaan osallisen pyynnöstä tai erityisestä syystä muutoinkin päättää asian käsittelystä suljetuin ovin. Päätös on siis harkinnanvarainen ja edellyttää lähtökohtaisesti asiaan osallisen pyyntöä, mutta perusteet salaamiselle on lueteltu säännöksessä tyhjentävästi.

Oikeudenkäyntijulkisuuslain 22 §:n mukaan tuomioistuimen ratkaisu on julkinen, jollei tuomioistuin määrää sitä salassa pidettäväksi. Salassapidon perusteista on puolestaan säädetty oikeudenkäyntijulkisuuslain 24 §:ssä. Säännös on rakenteeltaan monitasoinen, ja siinä on viittauksia lain muihin pykäliin, ja sekin ilmaisee epäsuorasti julkisuuden olevan lähtökohta. Oikeudenkäyntijulkisuuslain 24 §:n 1 momentin mukaan tuomioissa olevien tietojen salaaminen on ensinnäkin harkinnanvaraista ja toiseksi tuomiosta voidaan määrätä salassa pidettäväksi vain ne kohdat, joiden salaamista pidetään tarpeellisena.⁶⁴ Säännöksen mukaan salassapidon perusteita on se, että ratkaisu sisältää saman lain 9 §:ssä salassa pidettäväksi säädettyjä tai 10 §:n perusteella salassa pidettäväksi määrättyjä tietoja, tai se, että se sisältää tietoja, joiden salassa pitämiseksi asian suullinen käsittely on toimitettu yleisön läsnä olematta.

Harkinnanvaraisuuden ohella pykäläviittaukset tekevät oikeudenkäyntijulkisuuslain 24 §:n 1 momentista haastavan. Esimerkiksi säännöksessä viitatus oikeudenkäyntijulkisuuslain 9 §:n 1 momentin mukaan oikeudenkäyntiasiakirja on pidettävä salassa siltä osin kuin se sisältää muun muassa arkaluonteisia tietoja henkilön yksityiselämään⁶⁵, terveydentilaan, vammaisuuteen tai sosiaalihuoltoon liittyvistä seikoista (2 kohta) tai tietoja rikoksen uhrista, jos tiedon antaminen loukkaisi rikoksen uhrin oikeuksia tai hänen muistoaan tai läheisiään (3 kohta).⁶⁶ Oikeudenkäyntijulkisuuslain 9 §:n 1 momentin 5 kohdassa on edelleen viittaus

64. HE 13/2006 vp, s. 66/I: ”Tuomioistuin voisi määrätä ratkaisun pidettäväksi salassa vain siltä osin kuin ratkaisu sisältää salassa pidettävää tietoa. [–] Ehdotuksen mukaan tuomioistuimen ratkaisun julistaminen yleisön läsnä olematta tai ratkaisun sisältävän oikeudenkäyntiasiakirjan määrääminen salassa pidettäväksi ei olisi koskaan pakollista.”

65. Kuten Rantaeskola huomauttaa, tässä yhteydessä ei ole määritelty tarkemmin sitä, mitä arkaluonteisilla yksityiselämään liittyvillä tiedoilla tarkoitetaan. Säännös kuitenkin koskee vain arkaluonteisia tietoja yksityiselämästä ja terveydentilasta, vammaisuudesta tai sosiaalihuollosta, ei kaikkia yksityiselämää ja terveydentilaa ym. koskevia tietoja. Rantaeskola 2021, s. 100–104.

66. Rikoksen uhrin tietojen salaamista edellyttää myös ns. uhridirektiivi. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi rikoksen uhrin oikeuksia, tukea ja suojelua koskevista vähimmäisvaatimuksista sekä neuvoston puitepäätöksen 2001/220/YOS korvaamisesta, 25.10.2012, 2012/29/EU, EUVL L 315/57.

viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain tiettyihin pykäliin.⁶⁷ Puolestaan oikeudenkäyntijulkisuuslain 10 §:

”Tuomioistuin voi asianosaisten pyynnöstä tai erityisestä syystä muutoinkin päättää, että oikeudenkäyntiasiakirja on pidettävä tarpeellisin osin salassa, jos siihen sisältyy muussa laissa salassa pidettäväksi säädettyjä tietoja, joiden julkiseksi tuleminen todennäköisesti aiheuttaisi merkittävää haittaa tai vahinkoa niille eduille, joiden suojaamiseksi salassapitovelvollisuus on säädetty.”

Oikeudenkäyntijulkisuuslain 24 §:n 2 momentin mukaan kuitenkin silloinkin, kun ratkaisu määrätään joiltain osin salassa pidettäväksi, ratkaisun lopputulos ja sovelletut lainkohdat ovat julkisia. Koska ”asianosaisten nimet ovat aina osa ratkaisun lopputulosta”⁶⁸, samassa momentissa on säädetty, että asianomistajan henkilöllisyys rikosasiassa sekä turvapaikanhakijan henkilöllisyys säilöön ottamista koskevassa asiassa voidaan tietyissä tilanteissa määrätä salassa pidettäväksi. Rikosasian asianomistajan tapauksessa tämä on mahdollista silloin, kun rikosasia koskee erityisen arkaluonteista hänen yksityiselämäänsä liittyvää seikkaa.

Oikeudenkäyntijulkisuuslain 25 §:

”Edellä 24 §:n 1 momentin nojalla salassa pidettäväksi määrätystä ratkaisusta on laadittava julkinen seloste, jos asia on yhteiskunnallisesti merkittävä tai se on synnyttänyt huomattavaa kiinnostusta julkisuudessa. Julkinen seloste sisältää pääpiirteittäisen selostuksen asiasta ja ratkaisun perusteluista. Erityisen arkaluonteista henkilön yksityiselämään liittyvää rikosta koskeva julkinen seloste on myös julkistettava niin, että asianomistajan henkilöllisyys ei paljastu.”

Lainkohdan esitöiden mukaan säännöksellä pyritään kiinnostusta herättäneissä salatuissa tuomioissa mahdollisimman tyydyttävään ratkaisuun huomioiden sekä julkisuus että esimerkiksi asianosaisten yksityiselämää koskevan suojan tarve.⁶⁹ Tuomion lisäksi erillisen julkisen selosteen laatimista edellytetään esimerkiksi silloin, kun tuomio määrätään ratkaisun lopputulosta ja lainkohtia lukuun ottamatta salassa pidettäväksi. Myös tällaiseen julkiseen selosteeseen liittyy riski esimerkiksi rikoksen uhrin tunnistamisesta, minkä lakivaliokuntakin on huomionnut.⁷⁰ Salassa pidettäviä tietoja julkisessa ratkaisussa koskeva oikeudenkäyntijulkisuuslain 26 §:n 1 momentti pyrkii myös toteuttamaan vastaavaa tasapainoa oikeudenkäynnin julkisuuden ja yksityiselämän suojan välillä: sen mukaan 24 §:n 1 momentin perusteella salassa pidettäväksi määrättyjä tietoja

67. Näissä on kyse mm. asianomistajan yhteystiedoista tai asuinpaikasta, jos tieto vaarantaisi tämän turvallisuutta, etuja tai oikeuksia.

68. HE 13/2006 vp, s. 66/II.

69. HE 13/2006 vp, s. 67.

70. LaVM 24/2006 vp, s. 7/I.

kuitenkin ”saa ottaa julkiseen ratkaisuun siinä laajuudessa kuin se ratkaisun perustelemiseksi on tarpeellista”.

Tuomioistuimen ratkaisun julkaisuutta ja tietojen salaamista koskeva sääntely on pykäläviittaauksineen monitahoista ja jättää lainsoveltajalle varsin paljon harkinnan- ja tulkinnanvaraa.⁷¹ Säännöksissä on paljon ”tuomioistuin voi”- ja ”siltä osin kuin tarpeellista” -tyyppisiä ilmaisuja ja erilaisia vahinkoedellytyslausekkeita, haitan tai vahingon aiheutumisen todennäköisyyden arvioimisen edellytyksiä.⁷² Sääntelyllä ei ole ratkaistu – eikä voitaisikaan ratkaista – ristiriitaa julkisuuden ja yksityisyyden välillä kaikkia tilanteita ajatellen tyydyttävällä tavalla, vaan asia on jätetty päätettäväksi kussakin yksittäistapauksessa väljien säännösten raameissa.⁷³ Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ja Euroopan unionin tuomioistuimen (EUT) ratkaisukäytäntö perustuu vastaavalla tavalla tapauskohtaiselle harkinnalle ja punninnalle yksityisyyden ja julkisuuden välillä.⁷⁴

Kahden perusoikeuden välinen punninta ja tapauskohtainen harkinta sisältävät kuitenkin aina riskin käytännön epäyhtenäisyydestä. Tilanne on hankala rikosasian osapuolille ja erityisesti asianomistajalle, joka on rikoksen uhriksi joutumisen lisäksi vielä vaarassa joutua paljastamaan yksityisiksi mieltämiään asioita rikosprosessin vuoksi ilman, että hän voisi tietää varmuudella etukäteen, mitkä tiedot tulevat olemaan myöhemmin julkisia ja mitä tietoja tuomioistuin päätyy salaamaan. On myös huomattava, että useimmiten tietojen salaaminen oikeudenkäynnissä edellyttää asianomistajan pyyntöä. Koska sääntely tai se, minkä tietojen tulisi missäkin tilanteessa olla salassa pidettäviä, ei ole kaikissa tilanteissa

71. Ks. myös Koivisto 2022, s. 128–129. Sama koskee julkisuuslakia: yksi syy tarpeelle ryhtyä valmistelemaan lain muutosta oli se, että voimassa oleva sääntely koettiin tulkinnanvaraiseksi ja ristiriitaiseksi ja näistä syistä vaikeaksi soveltaa, HE 273/2022 vp, s. 11. Esitys tosin on rauennut 4.4.2023. Eduskunnan kirjelmä eduskunnan työn lopettamisesta, rauenneista asioista ja eduskunnan kokoontumisesta EK 87/2022 vp.

72. Ks. lähemmin esim. Rantaeskola 2021, s. 104–114.

73. Tämä on myös nimenomaisesti todettu perustuslakivaliokunnan lausunnoissa, esim. PeVL 14/2018 vp, s. 8: ”Valiokunta kuitenkin painottaa, että yksityiselämän ja henkilötietojen suojan suhde muihin perusoikeuksiin määräytyy konkreettisesti vasta yksittäistapauksessa kunkin tapauksen erityispiirteet huomioiden viranomaisissa ja tuomioistuimissa.” Harkinnasta yksityisyyden ja julkisuuden välillä oikeuskäytännössä ks. esim. KKO 2005:136; KKO 2018:51 ja KHO 2018:112. Ks. myös Tuori 2002, s. 245.

74. EIT:n käytännöstä ks. esim. A. v. Norja 9.4.2009, kohta 65 ja Pedersen and Baadsgaard v. Tanska 17.12.2004, kohta 71. EUT:n käytännössä tapauskohtaisen harkinnan tarve on ilmaistu esim. asiassa C-268/21 Norra Stockholm Bygg, ECLI:EU:C:2023:145, erit. kohdat 47 ja 59 ja asiassa C-131/12 Google Spain SL ja Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ja Mario Costeja González, ECLI:EU:C:2014:317, kohta 81. Ks. lähemmin analyysia tuomioistuinkäytännöstä Lindroos-Hovinheimo 2018, s. 65–70, jonka mukaan ”Unionin tuomioistuin on korottanut henkilötietojen suojan perusoikeusasemaa yksityisyyden rinnalle EIT:tä selkeämmin ja aiemmin” (s. 65).

yksiselitteistä⁷⁵, pitäisi asian osapuolten avustajien tai viranomaisten aina varmistaa asianosaisilta heidän suhtautumisensa julkisuusyksityisyyksensä. Esimerkiksi Rovaniemen hovioikeuspiirin tuomioistuinten laatuhankeen raporttiin, jossa ohjataan tuomioistuinten julkisuusyksityisyyksensä, on kirjattu täysin päinvastainen oletus: ”Jos asianosaiset eivät ole oikeudenkäynnin aikana kiinnittäneet itse huomiota salassapidon tarpeeseen, tiedon julkiseksi tulemisesta ei useimmissa tapauksissa aiheutune merkittävää haittaa taikka vahinkoa?”⁷⁶ Asianosaiset eivät kuitenkaan välttämättä huomaa ajatella rikosprosessin kuluessa asiaa tai saattavat olettaa viranomaisten huomioivan mahdollisen salaamistarpeen viran puolesta.

Ennakoitavuuden näkökulmasta on lisähaasteena, että myös tietojen luovuttamista tietopyyntöjen perusteella koskevat säännökset ovat epäselviä ja osittain vanhentuneita.⁷⁷ Vaikka julkisuuden ja yksityisyyden välinen punnintaratkaisu on tehty jo aiemmassa vaiheessa niin, että tuomio on joko kokonaan tai osittain julkinen tai salassa pidettävä, on julkisuuden toteutumisen kannalta merkitystä myös sillä, miten tietojen luovutusta koskevaa sääntelyä sovelletaan. Tietosuojalaki ja EU:n yleinen tietosuoja-asetus eivät sinänsä rajoita julkisuutta, mutta henkilötietojen suojaa koskevalla sääntelyllä on merkitystä viranomaisen luovuttaessa henkilötietoja, koska tietojen luovuttaminen on yleisen tietosuoja-asetuksen 4 artiklan 2 kohdan mukaan henkilötietojen käsittelyä.⁷⁸

Tietosuojalain 7 §:n 1 momentin 2 kohdan mukaan rikostuomioihin liittyviä henkilötietoja saa käsitellä muun muassa saman lain 6 §:n 1 momentin 2 kohdan tarkoittamassa tilanteessa eli silloin, kun tietojen käsittelystä säädetään laissa tai kun käsittely ”johtuu välittömästi rekisterinpitäjälle laissa säädetystä tehtävästä”.⁷⁹ Rikostuomioiden julkisuudesta ja julkisuuden toteuttamisesta on säädetty oikeudenkäyntijulkisuuslaissa ja julkisuuslaissa. Tietosuojalain 7 §:n 2 momentin mukaan rikostuomioihin liittyviä henkilötietoja käsiteltäessä on kuitenkin huolehdittava tarvittavista suojatoimista, joista on säädetty tietosuojalain 6 §:n 2 momentissa. Säännöksen luettelo sisältää hyvin erityyppisiä mahdollisia suojatoimia, eikä se ole kattava tai pakottava, vaan ”Rekisterinpitäjän harkintaan jäisi ensivaiheessa sen arvioiminen, millaisia suojatoimenpiteitä henkilötietojen käsittelyyn sisältyvät riskit edellyttävät”.⁸⁰

Julkisuuslain 9 §:n 1 momentin perusteella jokaisen tulisi saada kopio pyytämästään julkisesta asiakirjasta. Lähtökohtaisesti pyyntöä ei tarvitse perustella tai

75. Rantaeskola 2021, empiirinen analyysi s. 423 ss.

76. Minna Leikas (toim.), Rovaniemen hovioikeuspiirin tuomioistuinten laatuhankeen työryhmäraportteja XIII. Rovaniemen hovioikeuspiirin laatuhanke 2018, s. 21.

77. Jartti 2020, erit. s. 76. Julkisuuslain ja tietosuoja-sääntelyn yhteensovittamisesta ja soveltamis- haasteista ks. Lindroos-Hovinheimo 2022.

78. Ks. myös Lindroos-Hovinheimo 2022, erit. s. 754–762.

79. Sääntely perustuu yleisen tietosuoja-asetuksen 10 artiklaan.

80. Hallituksen esitys eduskunnalle EU:n yleistä tietosuoja-asetusta täydentäväksi lainsäädännöksi 9/2018 vp, s. 91.

ilmoittaa tietojen käyttötarkoitusta.⁸¹ Toisaalta ainakin silloin, kun pyyntö koskee suurempaa joukkoa tuomioita, tietopyynnön ratkaisevan viranomaisen on selvitettävä, onko tietojen pyytäjällä henkilötietojen suojaa koskevien säännösten mukainen oikeus käyttää ja tallettaa pyydettyjä tietoja.⁸² Sääntely ei kuitenkaan ole näiltä osin yksiselitteistä esimerkiksi sen suhteen, milloin on kyse suuresta joukosta tuomioita tai milloin jostain muusta syystä tietopyyntöön tulisi soveltaa julkisuuslain 16 §:n 3 momenttia ja edelleen kriteeriä henkilötietojen suojaa koskevien säännösten mukaisesta oikeudesta tallettaa ja käyttää luovutettavia henkilötietoja. Myös oikeuskäytännössä tietojen pyytämistä ja luovuttamista koskevia säännöksiä on sovellettu vaihtelevasti.⁸³

Vielä siinä vaiheessa, kun tietoja pyytänyt henkilö on saanut julkisen rikosasiaa koskevan tuomion tuomioistuimelta, tulee pohdittavaksi kysymys siitä, miten asiakirjassa olevia tietoja saa käyttää. Asiakirjan tai tiedon julkisuus ei siis ole sama asia kuin tiedon avoin saatavuus, eikä julkisuus vielä oikeuta tiedon julkaisemiseen.⁸⁴ Rikosasiaa käsiteltäessä tulee ilmi ja asiaa koskevassa julkisessa tuomiossa saattaa olla – ja usein onkin – yksityisyyden suojan piiriin kuuluvia tietoja. Näitä tietoja käsiteltäessä ja harkittaessa esimerkiksi tietojen julkaisemista tulee huomioida henkilötietojen suojaa koskeva sääntely ja se, että rikosasian käsittely julkisesti saattaa kuitenkin loukata rikosasian osapuolen yksityisyyden suojaa.⁸⁵

81. Mäenpää 2020, s. 295. Ratkaisukäytäntö vaikuttaa kuitenkin olevan tältä osin vaihtelevaa, ks. Jartti 2020; Lindroos-Hovinheimo 2022, erit. s. 759–762 ja EOAK/2808/2021, s. 5. Pääsääntö ei ole kuitenkaan poikkeukseton, vaan esim. asianosaisjulkisuuden toteuttamiseksi pyytäjän henkilöllisyys on tietenkin selvitettävä.

82. Aiheesta lähemmin esim. Jartti 2020, erit. s. 68–72, 78 ja Lindroos-Hovinheimo 2022, s. 756–759. Ks. myös OM:n vastine HE 273/2022 vp:tä (rauennut) koskevaan lausuntopalautteeseen OM056:00/2022, jossa on voimassa olevaa sääntelyä koskeva seuraava maininta (s. 16): ”Julisten henkilötietojen rajoittamista rajaavat julkisuuslain 16 §:n 3 momentissa säädetty viranomaisen henkilörekisteriä koskeva luovutusrajoitus, joka edellyttää tietojen käyttötarkoituksen selvittämistä, kun asiakirjasta annetaan tieto kopiona, tulosteena tai sähköisesti. Henkilötiedot saanut tietosuojaa-asetuksen soveltamisalaan kuuluva rekisterinpitäjä on velvollinen käsittelemään saamaansa tietoa tietosuojasääntelystä seuraavien velvoitteiden mukaisesti ja viime kädessä rikoslaissa on säädetty rangaistavaksi yksityiselämää loukkaavan tiedon levittäminen (ks. HE 273/2022 vp, s. 38). Näin ollen on mahdollista, että tietojen luovuttamisen yhteydessä viranomainen voisi kysyä myös tietojen käyttötarkoitusta.”

83. Tuomioistuinten ja oikeusasiamiehen ratkaisukäytännön analyysia Jartti 2020; Lindroos-Hovinheimo 2022 ja Voutilainen 2016, s. 514–522.

84. Esim. EIT:n ratkaisu Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland 27.6.2017, kohta 190: “the fact that the data in question were accessible to the public under the domestic law did not necessarily mean that they could be published to an unlimited extent”.

85. Esim. KKO 2005:136 ja KKO 2018:15. Ks. myös Melander 2019.

7. Miksi avoin saatavuus on ongelmallista siitä huolimatta, että tuomiot ovat lähtökohtaisesti julkisia?

Edellä esitetyllä tavalla ratkaisu yksityisyyden ja julkisuuden välillä perustuu aina pohjimmitaan perusoikeuksien punnintaan yksittäistapauksessa. Toisaalta rikostuomioiden julkisuus näyttyy sääntelyn perusteella monimutkaisena ja epäselvänä kokonaisuutena. Se, voidaanko yksittäistä tuomiota tai kaikkia siihen sisältyviä tietoja antaa sitä tai niitä pyytävälle henkilölle, määräytyy kerroksittain prosessin eri vaiheissa tehtävän tapauskohtaisen harkinnan perusteella. Asiaan vaikuttavat ainakin ratkaisut siitä,

- 1) määrätäänkö suullinen käsittely pidettäväksi yleisön läsnä olematta
- 2) salataanko ratkaisu kokonaan tai osittain
- 3) mitä yksittäisiä tuomion kohtia asiakirjasta peitetään tuomioistuimen salaamisratkaisun perusteella (asiakirjaa tuomioistuimelta pyydettyä ja luovutettaessa)
- 4) sovelletaanko tietopyyntöön julkisuuslain 16 §:n 3 momenttia sekä tietosuojalakia ja yleistä tietosuoja-asetusta ja niiden mukaista edellytystä tietoja pyytävän oikeudesta käyttää ja tallettaa viranomaisen henkilörekisteristä annettavia henkilötietoja.

Kun harkitaan julkisen tuomion julkaisemista avoimesti, voidaan lähteä siitä, että kysymys tietojen salaamisesta oikeudenkäyntijulkisuuslain mukaisesti on ratkaistu jo prosessin aiemmissa vaiheissa. Avoimesti julkaistut tiedot ovat kuitenkin kenen tahansa käytettävissä, joten niiden ollessa kyseessä ei voida selvittää tietosuoja sääntelyn mukaisesti kussakin tilanteessa erikseen tietojen käyttäjän oikeutta käyttää ja tallettaa tietoja. Tietojen täytyy olla sellaisia ja sellaisessa muodossa, että niiden käyttäminen, hyödyntäminen ja julkaiseminen edelleen eivät loukkaa kenenkään yksityisyyttä tai henkilötietojen suojaa.⁸⁶ Rikostuomioihin liittyviä henkilötietoja käsiteltäessä on tietosuojalain 7 §:n 2 momentin mukaan huolehdyttävä tarvittavista suojatoimista. Näitä toimenpiteitä ovat lain 6 §:n 2 momentin 5 ja 6 kohdan mukaan muun muassa henkilötietojen pseudonymisointi ja salaaminen, mutta kuten edellä on todettu, säännöksen lista on suuntaa antava ja säännös jättää suojatoimenpiteistä päättämisen rekisterinpitäjän harkintaan.⁸⁷

86. Ks. lähemmin esim. Van der Sloot 2011, s. 219–236. Susanna Lindroos-Hovinheimo, Euroopan unionin tuomioistuimen punnintaa yksityisyydestä ja julkisuudesta: Vyräusioji tarnybinés etikos komisija, s. 94–105 teoksessa Päivi Korpisaari (toim.), Vapaita sanoja: Viestintäoikeuden vuosikirja 2022. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2023, erit. s. 104–105.

87. HE 9/2018 vp, s. 91.

Kysymys siitä, mitä tietoja avoimesti julkaistavaan tuomioon voidaan jättää, on siis jälleen epäselvä ja tapauskohtaista harkintaa edellyttävä yksityisen ja julkisen rajanvetoon liittyvä oikeudellinen ongelma, joka myös tuo lisää kerroksia jo valmiiksi monitahoiseen ja -vaiheiseen julkisuuden määrittämisprosessiin. Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiä koskevien julkaisuperiaatteiden mukaan oikeuden on julkaistessaan ennakkoratkaisusta julkista selostetta otettava huomioon, että selosteessa

”kuvataan asian aikaisempi käsittely tarpeellisin osin. Korkeimman oikeuden ratkaisu otetaan selosteeseen siltä osalta kuin oikeuskysymyksen kuvaamiseksi on tarpeen. – – Selosteen laatimisessa otetaan huomioon yksityisyyden suojaa koskevat vaatimukset. Henkilöiden ja yhteisöjen nimityksiä käytetään tarvittaessa korvaavia tunnuksia.”⁸⁸

Julkaisuperiaateissa ei ole avattu tarkemmin sitä, mitä ”yksityisyyden suojaa koskevien vaatimusten” huomioiminen käytännössä tarkoittaa. Julkisten selosteiden perusteella ei voida päätellä, onko nimien lisäksi poistettu muita tietoja, mitä mahdollisesti pois jätetyt tiedot ovat tai mihin ne liittyvät.

Joka tapauksessa lienee selvää, että ainakaan nykyisen sääntelyn rajoissa julkisia rikostuomioita tai niiden julkisia osia ei voida julkaista avoimesti sellaisenaan. Toisaalta on myös selvää, ettei yksittäisiä tuomioita voida anonymisoida, koska anonymisointi edellyttää henkilön tunnistamisen estymistä peruuttamattomasti.⁸⁹ Käytännössä vaihtoehdoksi jää avoin julkaiseminen niin, että julkaistavat tuomiot on pseudonymisoitu, mikä puolestaan edellyttää niiden kirjoittamista vastaavaan muotoon kuin korkeimman oikeuden ennakkoratkaisujen julkiset selosteet. Pseudonymisoinnissa pitäisi varmistaa yleisen tietosuojasetuksen 4 artiklan 5 kohdan määritelmän mukaan, että henkilön tunnistamisen mahdollistavat henkilötiedot säilytetään niin, ettei tietoja yhdistämällä ole mahdollista tunnistaa henkilöä, jota pseudonymisoitu asiakirja koskee. Tällä tavoin pseudonymisoidun selosteen kirjoittaminen myös niin, ettei tuomiosta käy ilmi yksityisyyden suojan piiriin kuuluvia tietoja, on työlästä, eikä alempien tuomioistuinten resursseilla liene mahdollista julkaista selosteita kaikista tuomioista.

Käytännössä siis tuomioistuimet voivat julkaista avoimesti suhteellisen yksityiskohtaisia julkisia selosteita vain joistain antamistaan tuomioista. Kuten aiemmin on jo todettu, Anoppi-sovelluksen kehittämisen tavoitteena onkin nimenomaan se, että yhä useampi alempien oikeusasteiden tuomio tulisi avoimesti saataville. On kuitenkin kysyttävä, toteuttaako tämän tyyppinen vain joidenkin tuomioiden avoin julkaiseminen niitä periaatteellisempia ja laajempia tavoitteita,

88. Korkeimman oikeuden internetsivut osoitteessa <https://korkeinoikeus.fi/fi/index/ennakkopaatokset/ennakkopaatostenjulkaiseminen.html#> (vierailtu 5.5.2023).

89. Yleinen tietosuojasetus, johdanto-osan kohta 26. Ks. kuitenkin myös Rocher – Hendrickx – de Montjoye 2019, jonka mukaan oletetusti anonymisoidunkin datan perusteella on mahdollista tunnistaa uudelleen yksittäisiä henkilöitä.

joita avoimen saatavuuden lisäämiselle ja myös Anoppi-sovelluksen kehittämiselle on asetettu. Tavoitteena on ennen kaikkea se, että erilaisiin muun muassa tutkijoiden, toisten viranomaisten ja kansalaisten tiedontarpeisiin pystyttäisiin vastaamaan paremmin.⁹⁰ Edelleen näiden tavoitteiden taustalla vaikuttavat datan taloudellisen hyödynnettävyyden ja vapaan liikkuvuuden intressit.

Toisaalta koska avoin julkaiseminen liittyy olennaisesti julkisuuteen ja sen toteuttamiseen, tavoitteita tulisi arvioida myös suhteessa oikeudenkäynnin julkisuuden funktioihin eli siihen, minkä vuoksi oikeudenkäynnin julkisuus ylipäänsä on tärkeää. Tiivistetysti oikeudenkäynnin julkisuuden tarkoituksena on edellä esitetysti mahdollistaa tiedon saaminen tuomioista sekä tuomioistuimien toiminnan arvioiminen, kritiikki ja valvonta. Näiden ajatellaan edelleen edistävän oikeusturvaa, tuomioistuimia kohtaan tunnettua luottamusta sekä yhdenvertaisuuden ja ennakoitavuuden toteutumista.⁹¹ Voiko useampien rikosasioita koskevien tuomioiden julkaiseminen avoimesti edistää näiden tarkoitusten saavuttamista ja ovatko tavoitteet saman suuntaisia vai ristiriidassa avoimen saatavuuden lisäämisen tavoitteiden kanssa?

Avoimeen julkaisemiseen liittyy ristiriita: tuomiot ja niissä oleva tieto tulevat suuremman joukon saataville, mutta julkaisuvaiheessa tiedon määrää on rajoitettava, jotta yksityisyyden ja henkilötietojen suojaa ei loukattaisi. Tällöin tietoa on saatavissa sisällöllisesti vähemmän, kun tuomioista voidaan julkaista varsinaista julkista tuomiota suppeampi versio ja sekin vain murto-osasta tuomioita.⁹² Mitä anonyymimpi asiakirja on, sitä vähemmän siinä on informaatiota ja sitä vähemmän se tyydyttää kenenkään tiedontarpeita.⁹³ Avoimesti julkaistujen tuomioiden

90. Anoppi-hankkeen internetsivut osoitteessa <https://oikeusministerio.fi/hanke?tunnus=OM042:00/2018> (vierailtu 28.6.2023).

91. Esim. Tapanila 2010, s. 29–32.

92. Avoin julkaiseminen saattaisi johtaa myös siihen, että tuomiot ja niiden perustelut olisivat jo valmiiksi hyvin niukat, jolloin riski yksityisyyden suojan loukkaamisesta vähenisi eikä tuomioiden pseudonymisointi aiheuttaisi niin paljon lisätyötä julkaisemisvaiheessa. Ks. myös Jaatinen 2014, s. 37 ja Gisela Juutilainen, Yksityiselämän suojaa koskevan periaatteen merkityksestä rikostuomion perustelemisessa, s. 425–439 teoksessa Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala (toim.), Rikostuomion perusteleminen. Helsingin hovioikeus 2005, s. 438: ”Se, kuinka laajasti yksityiselämään liittyviä tietoja otetaan tuomioon, riippuu myös siitä, kenelle tuomio ensi sijassa kirjoitetaan ja mitkä tahot sillä on tarkoitus saada vakuuttuneeksi eli ketkä ovat tuomion adressaatit.”

93. ”Data can be either useful or perfectly anonymous but never both”, Ohm 2010, s. 1704. Myös Van der Sloot (2011, erit. s. 234–236) päätyy vastaavaan lopputulokseen ja ehdottaa suositumusta keinona mahdollistaa julkisen sektorin hallussa olevan datan avoin julkaiseminen henkilötietojen suojaa loukkaamatta. Tuorin mukaan oikeusjärjestyksen kehitystä koskevan yhteiskunnallisen keskustelun edellytyksenä on mm. päätösten perustelujen kirjoittaminen ”niin, että ratkaisun pohjana olevat oikeudelliset näkökohdat tuodaan avoimesti ja ymmärrettävästi esille”. Tuori 2002, s. 249. Tämän lisäksi ratkaisun ja sen perustelujen ymmärrettävyyttä edellyttää, että lopputulokseen vaikuttaneet olennaiset tosiseikat tuodaan esiin, ja näihin liittyvät rikosjutuissa usein yksityisyyden tai henkilötietojen suojan piiriin kuuluvia seikkoja.

perusteella olisi siten vaikeampaa arvioida, kritisoida ja valvoa tuomioistuinten toimintaa, koska niissä olisi sisällöllisesti vähemmän tietoa kuin alkuperäisessä tuomiossa tai sen julkisissa osissa. Tässä mielessä avoin julkaiseminen käytännössä kaventaisi oikeudenkäynnin julkisuuden funktioiden toteutumista. Vastaavalla tavalla Anoppi-sovelluksen tavoitteena oleva eri tahojen tiedontarpeisiin vastaaminen tai taloudellisen hyödyn tavoite ei välttämättä toteutuisi, joskin jälkimmäistä on erityisen vaikea arvioida.⁹⁴ Pseudonymisoituna julkaistujen tuomioiden osalta tulisi pohdittavaksi (tapauskohtaista harkintaa käyttäen) myös se, kenelle alkuperäinen pseudonymisoimaton tuomio voitaisiin luovuttaa, mitä tarkoitusta varten ja millä ehdoilla.

Toinen ongelma liittyy siihen, kuka päättää, mitä tuomioita julkaistaan avoimesti, millä perusteella ja minkä sisältöisenä. Viranomaisen hoitaessa itse tiedottamisen omasta toiminnastaan ja päättäessä, mitkä ratkaisut julkaistaan avoimesti, se pystyy käyttämään julkaisemista esimerkiksi oman julkisuuskuvansa hallintaan julkaisemalla ja saattamalla tiedoksi vain oman toimintansa ja asemansa kannalta hyödyllisiä tai itselleen edullisia tietoja.⁹⁵ Oikeudenkäynnin julkisuus kritiikin ja valvonnan välineenä ei toteudu sen tyypisessä valvonnassa, jossa valvottava itse päättää, missä yksittäisissä asioissa ja kuinka laajasti valvonta sallitaan, eikä muuta keinoa saada tietoa viranomaistoiminnasta olisi.⁹⁶ Yleisö ei voisi tietää, minkälaisia tuomioita on päätetty jättää julkaisematta eikä myöskään sitä, mitä tietoja julkaistuista tuomioista on jätetty henkilötietojen suojaamisen vuoksi tai muusta syystä pois. Yksittäinen tuomio jostain tietyn tyypisistä rikosasiasta ei vielä kerro paljoakaan tuomioistuimen toiminnasta yleisesti tai edes sen ratkaisukäytännöstä kyseisenlaisissa rikoksissa. Käsityksen saaminen tuomioistuimen toiminnasta tai ratkaisukäytännöstä joissain tietyissä rikoksissa edellyttää useisiin (samankaltaisiin) tuomioihin perehtymistä.⁹⁷

94. Se, toteutuvatko avoimeen julkaisemiseen yleisesti liitetyt tavoitteet käytännössä, on aina tapauskohtaista riippuen julkaistavasta tiedosta. Samoin on vaikeaa ennakoita ja laskea avoimesta julkaisemisesta mahdollisesti saatavaa taloudellista hyötyä, kun useimmiten ei ole tiedossa, millaisiin tarkoituksiin dataa lopulta tullaan käyttämään. Marijn Janssen – Yannis Charalabidis – Anneke Zuiderwijk, Benefits, Adoption Barriers and Myths of Open Data and Open Government. *Information Systems Management* 29(4) 2012, s. 258–268, 260.

95. Esim. Zuiderwijk – Janssen 2014, s. 149. Ks. myös Ida Koivisto, Miksi läpinäkyvyyden ihanne globalisoituu? *Lakimies* 3–4/2021, s. 333–356, 347–348 ja Koivisto 2022, s. 137–141. Myös oikeudenkäytön kehitystyöryhmän arviomuistiossa tavoitteeksi on asetettu nimenomaan se, että ”tuomioistuinten toiminta näyttäytyisi avoimempänä”, mikä viittaa pikemminkin julkisuuskuvan hallintaan kuin toiminnan muuttamiseen jollain tavalla avoimemmaksi. Arviomuistio 2022, s. 96. Samoin Männistön ajatus (massa)julkisuudesta kurin ylläpitämisen keinona viittaa osittain siihen, että yleisölle on luotava käsitys siitä, että julkinen valta pitää yllä järjestystä. Männistö 2005, s. 209.

96. Tiedotusvälineiden oikeudesta uutisoida tuomioistuinten rajoittamatta aiheita ja käsittelytapaa ks. Tapanila 2010, s. 19.

97. Ks. kuitenkin tiedottamisen ja ratkaisujen julkaisemisen hyödyistä sekä mahdollisuuksista sitä kautta vaikuttaa ohjausvaikutuksen toteutumiseen Tapanila 2010, s. 32.

Edelleen jollei tuomioita pystytä anonymisoimaan täysin, saattaa olla yhdenvertaisuusnäkökulmasta ongelmallista julkaista joitain tiettyjä tuomioita, jotka oletettavasti herättävät yleisön ja median kiinnostusta. Kun edes anonymisoiminen ei välttämättä estä yksittäisen henkilön tunnistamista tietomassasta⁹⁸, nimi- ja paikkatietojen poistaminen tai sitä jossain määrin laajempi pseudonymisoiminen ei takaa sitä, etteivätkö yksittäiset henkilöt olisi tunnistettavissa. Ongelmaa korostaa se, että useimmiten laajan yleisön näkökulmasta kaikkein kiinnostavimmat ratkaisut liittyvät vakavimpiin rikoksiin, kuten seksuaali- ja henkirikoksiin ja lapsiin kohdistuneisiin rikoksiin, joissa myös yksityisyyden suojaamisen intressit ovat vahvimmat. Toiseksi usein yksityisyyden suojan ytimeen kuuluvat tiedot ovat sellaisia, joilla on rikosasioissa olennainen vaikutus ratkaisun lopputulokseen.⁹⁹ esimerkiksi törkeiden tekemuotojen kvalifointiperusteet saattavat liittyä uhrin asemaan ja rangaistuksen koventamisperusteissa huomioidaan muun muassa rasistinen tai muu vihamotiivi. Julkisuuden laajentamisessa on myös riskinsä oikeusturvan ja oikeuksiin pääsyn näkökulmasta.¹⁰⁰ Lisäksi on mahdollista, että salaamista vaadittaisiin jo rikosprosessin aikana aktiivisemmin ja vaatimuksiin suhtauduttaisiin eri tavalla, jos tuomioiden julkaiseminen avoimesti olisi tavanomaista.¹⁰¹ Tätä kautta avoin julkaiseminen voi vaikuttaa jo varsinaista julkaisemista edeltävään tietojen julkisuutta ja salaamista koskevaan harkintaan.

8. Johtopäätökset

Läpinäkyvyyden tai avoimuuden korostaminen on selvä trendi¹⁰² samoin kuin tavoite lisätä avointa dataa, sen vapaata liikkuvuutta ja taloudellista hyödynnettävyyttä. Toisin kuin voisi olettaa, avoimen datan lisääminen ei kuitenkaan

98. Rocher – Hendrickx – de Montjoye 2019.

99. Ks. myös Juutilainen 2005, erit. s. 432–437.

100. ”Yksilön edun vuoksi taas on pidettävä salassa esimerkiksi yksilön persoonallisuutta voimakkaasti loukkaavat tiedot. Paitsi että tällaisten tietojen tuleminen julkisiksi loukkaisi henkilön yksityiselämän suojaa, se saattaisi joissakin tilanteissa johtaa jopa siihen, että asianosainen mieluummin luopuu koko oikeudenkäynnistä kuin alistuu häntä koskevien tietojen julkisiksi tulemiselle. Näin vaikuttaessaan oikeudenkäynnin julkisuus estäisi tosiasiallisesti henkilöä pääsemästä oikeuksiinsa ja käyttämästä hänelle perus- ja ihmisoikeutena kuuluvaa oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.” HE 13/2006 vp, s. 5/I.

101. Vrt. Jaatinen 2014, s. 37 ja Juutilainen 2005, s. 438, jonka mukaan tuomioon otettaviin yksityiselämään liittyviin tietoihin vaikuttaa se, keille tuomio kirjoitetaan ja keitä sillä pyritään vakuuttamaan. Vastaavalla tavalla riski tietojen tulemisesta hyvin todennäköisesti julkaistuiksi prosessin päätyttyä saattaa vaikuttaa tuomion kirjoittamistavan ohella salaamiskäytäntöihin jo prosessin ollessa vireillä.

102. Läpinäkyvyydestä trendinä oikeudellisissa diskursseissa ja siitä, mitä käsitteen käytön laajenemisesta trendiksi seuraa, ks. Koivisto 2022, s. 151–175.

automaattisesti lisää avoimuutta tai toteuta avoimuuteen, läpinäkyvyyteen tai julkaisuuteen liitettyjä positiivisia arvoja tai vaikutuksia. Sen sijaan avoimen datan lisääminen julkaisemalla rikostuomioita avoimesti verkossa vaikuttaa olevan osittain jopa ristiriidassa oikeudenkäynnin julkisuuden tavoitteiden kanssa.

Sisällöllisistä eroistaan huolimatta henkilötietojen suojaa koskeva sääntely ja yksityisyyden suojaa koskeva sääntely sinänsä vaikuttavat samaan suuntaan suojaten rikosprosessin osapuolten yksityisiä tietoja ja henkilötietoja ja yleisemmällä tasolla yksilön vapautta ja koskemattomuutta.¹⁰³ Niitä koskeva rinnakkain sovellettava ja toisistaan poikkeava sääntely kuitenkin lisää tulkinta- ja soveltamishaasteita tilanteissa, joissa tuomion luovuttamista ja ennen kaikkea julkaisemista harkitaan.

Avointa julkaisemista toteutettaessa edellytetään noudatettavan yksityisyyttä ja henkilötietojen suojaa koskevaa sääntelyä.¹⁰⁴ Siitä huolimatta, että tiedetään pelkästään tietosuojaa-asetuksen soveltamisen käytännön haasteet¹⁰⁵, ratkaisuksi ongelmaan on esitetty lähinnä teknologisia sovelluksia. Pseudonymisointityökalu ei merkittävästi paranna mahdollisuuksia julkaista useampia alempien oikeusasteiden tuomioita nimenomaan siksi, että jokainen avoimesti julkaistu tuomio on käytävä läpi ja tuomiosta poistettava yksityisyyden suojan piiriin kuuluvat tiedot sekä tiedot, joita henkilötietojen suojaa koskevan sääntelyn perusteella kuka tahansa ei saa kerätä ja käsitellä. Tällaisia tietoja tuomioissa on paljon enemmän kuin vain henkilöiden ja paikkojen nimet, joiden salaamista Anoppi-sovellus helpottaa ja nopeuttaa. Päätökset salattavista ja julkaistavista tiedoista on tehtävä hyvin monitahoisen ja tulkinnanvaraisen sääntelyn perusteella virkavastuulla.¹⁰⁶ Ehdotus teknisestä sovelluksesta ratkaisuksi tuomioiden anonymisoinniseksi avointa julkaisemista varten ei siis kiinnitä varsinaiseen tuomioiden julkaisemisen esteeseen lainkaan huomiota. Tämä kuvastaa hyvin teknosolutionismia, jossa digitaalisen teknologian innovaatioita pidetään tehokkaana ratkaisuna mihin tahansa yhteiskunnalliseen ongelmaan ja jossa todellinen, usein vaikutuksiltaan ja perusteiltaan monitahoinen ongelma jää kokonaan huomioimatta.¹⁰⁷

103. Lindroos-Hovinheimo 2018, s. 59.

104. Avoimen datan direktiivin 1 artiklan 4 kohta. Ks. myös johdanto-osan kohdat 16, 52 ja 71.

105. Esim. Bert-Jaap Koops, *The Trouble with European Data Protection Law*. Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 04/2015, s. 1–14.

106. Ratkaisun vastuullisuutta ja painavuutta korostavat arkaluonteisten tietojen käsittelyyn liittyvät riskit, joita perustuslakivaliokuntakin on useissa lausunnoissaan eri asiayhteyksissä painottanut. PeVL 14/2009 vp, s. 3/I; PeVL 13/2016 vp, s. 4 ja PeVL 14/2018 vp, s. 5.

107. Evgeny Morozov, *To Save Everything, Click Here – The Folly of Technological Solutionism*. Public Affairs 2013.

Publishing criminal judgements as open data – The challenges of increasing access to public sector information and open data

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

The EU directive on open data and the re-use of public sector information (Open data directive, 2019/1024) along with several European policy documents and action plans require that the public sector information is published as open data as far as the general data protection regulation (GDPR, 2016/679) allows. The goal is to increase the availability of public data as well as increase business opportunities by encouraging the dissemination of data. In this article, I examine whether the Finnish lower court judgements in criminal matters could be published as open data. In Finland, an AI tool has been created to automatically pseudonymise court decisions, hence, make the publishing process easier and quicker. However, I argue that the tool does not considerably help the pseudonymisation process, since it only conceals the names of the parties and the names of the places in the documents. In the court decisions there are usually also other kinds of sensitive and personal data that should be concealed before publishing the documents. Moreover, as the goals and means of publishing open data differ from those of ensuring the more traditional public access to documents, the requirement of publishing the court decisions as open data can end up limiting the amount of public information available.

De lege ferenda -tutkimus prosessi- ja insolvenssioikeudessa



HAKUSANAT: de lege ferenda, oikeuspoliittinen tutkimus, tavoitteenasettelu, prosessioikeus, insolvenssioikeus

1. Johdanto

Oikeustieteilijä ottaa tutkimuksissaan usein kantaa mahdollisiin lainmuutoksiin ja muutosehdotusten taustaoletuksiin. Tällöin puhutaan kannanotoista *de lege ferenda* – säädettävän lain kannalta – erotuksena voimassa olevaa oikeutta koskevista tulkintakannanotoista (*de lege lata*). Kotimaisessa oikeustieteessä on käyty varsin vähän metodikeskustelua siitä, kuinka *de lege ferenda* -kannanottoja muodostetaan tai pitäisi muodostaa. Tämä vaikuttaa yllättävältä, koska *de lege ferenda* -tutkimus on merkittävä tutkimussuuntaus ja koska siinä käytettävät menetit eivät ole samoja kuin lainopillisen tutkimuksen menetit.¹ Useimmat oikeustieteilijät kenties jakavat hiljaisen tekijäntiedon siitä, miten *de lege ferenda* -kannanottoja tehdään. Mutta niin kauan kuin keskustelu pysyy vähäisenä, eräät tutkimukselliset mahdollisuudet ja arvovalinnat voivat jäädä liian vähälle huomiolle, kuten *Minni Leskinen* on kiehtovassa artikkelissaan esittänyt.² Laajempi metodikeskustelu myös tarjoaisi opastusta ja inspiraatiota väitöskirjatutkijoille ja opinnäytteitä laativille opiskelijoille.

Artikkelin tavoite on jäsentää ja sanallistaa sitä, kuinka Suomessa on tehty *de lege ferenda* -tutkimusta tietyillä oikeudenaloilla. Artikkelin on siis ennen kaikkea deskriptiivinen. Lähdän liikkeelle oikeusteoreettisesta käsityksestä, jonka mukaan *de lege ferenda* -tutkimus merkitsee tavoite-keinoanalyysia.³ Luonnehdinta antaa aiheen pohtia, mistä tavoitteet ja keinot saadaan. Perinteisesti

* Jaakko Markus, OTT, tutkijatohtori, Lapin yliopisto. Kiitän aiempien versioiden kommentoinnista yliopistonlehtori Anssi Kärkeä ja anonyymeja vertaisarvioitsijoita.

1. Ks. esim. Antti Kolehmainen, Tutkimusongelma ja metodi lainopillisessa työssä, s. 106–134 teoksessa Tarmo Miettinen (toim.), Oikeustieteellinen opinnäyte. Edita 2016, s. 108: ”Tulkintasuositukset perustuvat oikeuslähdeoppiin, kun taas *de lege ferenda* pohdinnat voidaan tehdä vapaammin esimerkiksi yhteiskunnallisen tarkoituksenmukaisuusharkinnan pohjalta.”
2. Minni Leskinen, *De lege ferenda* -tutkimuksesta metodina ja tieteenä. Lakimies 7–8/2022, s. 1158–1185, etenkin s. 1158–1162, 1184.
3. Ks. Raimo Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 132.

tutkimussuuntaus on jaettu muun muassa tavoiteavoimeen ja tavoitesidottuun dlf-tutkimukseen⁴ sen mukaan, ovatko yhteiskunnalliset päämäärät ”tutkijan itsensä määriteltävissä” vai ”jo ennalta lukkoon lyödyt”.⁵ Artikkelissa tarkastelen ensinnäkin sitä, millaiseen tavoitteenasetteluun tutkijat ovat päätyneet ja millä perusteilla. Toiseksi tarkastelen, millä tavoin tutkijat ovat kartoittaneet ja arvioineet keinoja. Tarkastelu edellyttää avainkäsitteiden selventämistä.

Artikkelin yhtenä ajatuksellisenä lähtökohtana toimii *Tuula Linnan* väitöskirjassaan muotoilema *de lege ferenda* -tutkimuksen malli, jossa on neljä päävaihetta:⁶

1. ”tavoitteenasettelu
2. lähtökohtatilanne
3. potentiaalisten oikeudellisten keinojen kartoitus sekä kausaalisuhteiden analysointi
4. keinovalinnan justifointi”.

Alustavasti pidän Linnan mallia tarkoituksenmukaisena tapana lähestyä aineistoa ja jäsentää artikkelin rakennetta. Kuitenkin *de lege ferenda* -tutkimussuuntausta pidetään varsin heterogeenisenä.⁷ Oletettavasti jotkut aineiston tutkimukset selkeästi keskittyvät johonkin vaiheeseen, jättävät jonkin vaiheen vähemmälle huomiolle tai sisältävät vaiheen, joka tuntuu jäävän Linnan mallin ulkopuolelle. Jos tällaiset poikkeamat ovat yleisiä, on syytä pohtia mallin muokkaamista tai esittää sille vaihtoehto.⁸

Artikkelin aineistona käytetään prosessioikeudellista ja insolvenssioikeudellista tutkimuskirjallisuutta. Harvoihin oikeudenaloihin keskittyminen on ollut välttämätöntä, jotta artikkeli ei laajenisi kohtuuttomasti. Valinta toki rajoittaa artikkelin merkitystä, sillä siinä ei ehkä tunnisteta sellaisia kysymyksenasetteluja, joita käytetään esimerkiksi ympäristöoikeudellisessa tutkimuksessa. Aineistoon ei ole otettu selvityksiä, joita oikeustieteilijät laativat ministeriölle tai valtioneuvostolle.⁹ Aineistoa on rajattu myös siten, että lähdetekoksen *de lege*

4. Käytän toisinaan tätä lyhennettä *de lege ferenda* -tutkimuksesta vaihtelun ja tekstin keventämisen vuoksi.

5. Ks. Siltala 2003, s. 132. Taustalla on Linnan muotoilema jaottelu, ks. Tuula Linna, Ulosottorealisoinnista *de lege ferenda*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987, s. 20–22.

6. Linna 1987, s. 34.

7. Ks. esim. Leskinen 2022, s. 1165–1168, joka erottelee neljä *de lege ferenda* -tutkimuksen tyyppiä.

8. Selvyyden vuoksi totean, että artikkelissa Linnan malli toimii lähinnä esitysteknisenä apuvälineenä eikä tutkimuskohteena. Siksi ei ole tarpeen esimerkiksi tilastoita, moniko tutkija seuraa Linnan mallia jossain mielessä. Artikkelini ei yleensääkään edusta kvantitatiivista analyysia.

9. Tällöin oikeustieteilijä toimii selvityshenkilönä tietyn toimeksiannon pohjalta, mikä asettaa rajoitteita tutkimuksen tekemiseen verrattuna. Ks. esim. Rikosketjun LEAN-hanke: Selvityshenkilön raportti. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 2020:6.

ferenda -tarkastelun täytyy olla riittävän rikas ja avoimesti perusteltu, jotta siitä voi saada tarpeeksi sisältöä irti. Siksi aineistossa ei ole esimerkiksi sellaisia yleisesityksiä, jotka sisältävät lyhyitä ja hajanaisia *de lege ferenda* -huomautuksia. Samasta syystä (ja tutkimusekonomian vuoksi) olen keskittynyt väitöskirjoihin ja tutkimusmonografioihin jättäen artikkelit aineiston ulkopuolelle.

Aineiston valinnassa en ole käyttänyt tiukkoja ajallisia rajauksia. Koska lainsäädäntö ja yleiset opit kuitenkin uudistuivat suuresti 1990-luvulla niin prosessi- kuin insolvenssioikeudessakin¹⁰, uudistuksia edeltävä tutkimus ei pääsääntöisesti ole 2020-luvulla erityisen kiinnostavaa. Mainittakoon tässä vain, että prosessioikeudellisia uudistuksia edelsi pitkä ja aktiivinen oikeuspoliittinen keskustelu etenkin siitä, kuinka vanhentunutta alioikeusmenettelyä tulisi muuttaa.¹¹ Samanaikaisesti eli 1960-luvun lopulta alkaen Suomen oikeustieteessä vahvistui yleensäkin käsitys siitä, että sääntelyn vaikutuksia ja uudistustarpeita tulee tutkia aiempaa enemmän.¹²

Aineiston siviiliprosessuaaliset tutkimukset ovat Viitasen¹³, Leppäsen¹⁴, Saarenolan¹⁵, Huhtamäen¹⁶ ja Markuksen¹⁷ väitöskirjat sekä Viitasen monografia asianajopalkkioista¹⁸. Aineiston selvimmin rikosprosessuaalinen tutkimus on Riekkisen¹⁹ väitöskirja; rikosprosessi- ja rikos oikeuden rajapinnalta olen ottanut aineistoon Niemi-Kiesiläisen (nyk. Niemi) monografian parisuhdeväkivallasta²⁰ ja Vatjus-Anttilan

10. Insolvenssioikeuden merkittävimpiä uudistuksia olivat laki yrityksen saneerauksesta (47/1993, YSL) ja laki yksityishenkilön velkajärjestelystä (58/1993, VJL), jotka merkitsivät saneerausintressin ja velallisen suojaamisen läpimurtoa. Itse asiassa insolvenssioikeuden nykyinen systematiikka ja terminologia hahmottuivat vasta 1990-luvulla, mistä ks. Johanna Niemi-Kiesiläinen, Luonnollisen henkilön velkavastuu insolvenssioikeudessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1995, s. 1–10. Prosessioikeudellisista uudistuksista mainittakoon alioikeusorganisaation ja riita-asioiden menettelyn kokonaisuudistus (1052/1991), rikosprosessiuudistus (689–690/1997) sekä perus- ja ihmisoikeusajattelun nousu.
11. Hyvänä esimerkkinä ja keskustelun yhteenvetona voidaan mainita laaja artikkeli Antti Jokela, Yleisen alioikeusmenettelyn suullisuudesta, välittömyydestä ja keskityksestä. Oikeustiede–Jurisprudentia 1988:XXI, s. 53–169.
12. Ks. esim. Aulis Aarnio, Mitä lainoppi on? Tammi 1978, s. 52–56 ja Antti Kivivuori, Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys. I, Rikoslainsäädäntö 1809–1875. Helsingin yliopisto 1969, s. 25–26.
13. Klaus Viitanen, Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003.
14. Tatu Leppänen, Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998.
15. Satu Saarenola, Oikeudenkäyntikulut ja kohtuullisuus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2017.
16. Heikki Huhtamäki, Rahavarojen turvaamistoimet Suomessa ja Euroopan unionissa. Alma Talent 2019.
17. Jaakko Markus, Oikeuksiin pääsy massavahinkotilanteissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2022.
18. Klaus Viitanen, Asianajopalkkiot – kilpailu vai sääntely? Edita 2011.
19. Juhana Riekkinen, Sähköiset todisteet rikosprosessissa. Alma Talent 2019.
20. Johanna Niemi-Kiesiläinen, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. WSOY 2004.

väitöskirjan²¹. Hallintolainkäytön tutkimusta edustaa Siitari-Vanteen väitöskirja²². Aineiston insolvenssioikeudelliset tutkimukset ovat Linnan väitöskirja, Koulun monografia immateriaalivarallisuudesta konkurssissa²³, Huplin²⁴ väitöskirja sekä yhtiö- ja insolvenssioikeuden rajapinnalle sijoittuva Engelbergin²⁵ väitöskirja.

Kun tutkija tekee havaintoja tekstiaineistosta, kuten tutkimuskirjallisuudesta, hänen havaintonsa ovat väistämättä jonkin teoreettisen esiyymmärryksen opastamia. Avoimuuden nimissä luonnehdin lyhyesti omaa esiyymmärrystäni: Oikeus on ihmisten tekemä ja ihmisyhteisön muutettavissa oleva järjestelmä. Toki oikeuskulttuurin taso ja etenkin oikeuden syvärakenne ovat hitaasti muuttuvia ja rajoittavat sääntelyn (pintatason) muuttamista.²⁶ Oikeustieteelliset *de lege ferenda*-kannanotot ovat praktista argumentaatiota, jolla pyritään vakuuttamaan oikeusyhteisöä lähinnä muutosehdotuksen hyvydestä tai heikkoudesta.²⁷ Kannanoton taustalla voi olla mitä erilaisimpia vaikuttimia, mutta sen esittäjä hiljaisesti suostuu siihen, että kannanottoa arvioidaan praktisen keskustelun yleisten rationaalisuusehtojen ja oikeuden syvempien tasojen perusteella.²⁸ Esiyymmärrykseni siis nojaa oikeuspositivismiin ja moderniin argumentaatioteoriaan.

Kirjoitus etenee siten, että johdannon jälkeen luvussa 2 määritellään avainkäsitteet, lähikäsitteet ja niiden keskinäiset suhteet. On näet välttämätöntä selvittää *de lege ferenda* -tutkimuksen suhdetta muihin tutkimussuuntauksiin ja pohtia tavoitteen käsitettä. Luvussa 3 syvennyn ensimmäiseen tutkimuskysymykseen tavoitteenasettelusta ja käsitelen myös lähtökohtatilanteen kartoitusta. Luvussa

21. Jalo Vatjus-Anttila, Rangaistus ja tunnustus. Turun yliopisto 2022. Kyseiseen artikkeliväitöskirjaan sisältyy laaja synteesiosa ja kuusi artikkelia. Oikeudenalajaon kannalta tutkimus on lähinnä rikosoikeudellinen, mutta siinä perehdytään myös rikosprosessuaalisiin kysymyksiin (s. 14–16).
22. Eija Siitari-Vanne, Hallintolainkäytön tehostaminen. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005. Tunnetusti hallintolainkäyttö luetaan oikeudenalajaossa hallinto-oikeuden piiriin. Tämän estämättä prosessioikeuden ja hallintolainkäytön tutkimus voivat toki ottaa vaikutteita toisiltaan.
23. Risto Koulu, Immateriaalinen varallisuus konkurssissa. WSOY 2003. Koulun laajasta prosessija insolvenssioikeudellisesta tuotannosta aineistoon olisi voitu valita muitakin dlf-pohdintaa sisältäviä tutkimuksia.
24. Tuomas Hupli, Täytäntöönpanointressi yrityssaneerauksessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004.
25. Matti Engelberg, Yhtiöoikeudellinen uudelleenjärjestelymenettely. Helsingin yliopisto 2019. Oikeudenalajaon kannalta tutkimus on lähinnä yhtiöoikeudellinen.
26. Ks. Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*. Routledge 2016, s. 154–194, 217–222.
27. Ks. Linna 1987, s. 29–32.
28. Praktisen argumentaation yleisiä rationaalisuusehtoja ovat muun muassa perusteluvollisuus, johdonmukaisuus ja yleistettävyyys. Ks. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford University Press 2010, s. 188–197, 202–205. *De lege ferenda* -keskustelua varten on muotoillut erityisempiä rationaalisuusehtoja esimerkiksi Linna 1987, s. 34–37. En sitoudu kyseiseen listaukseen, eli se ei ole osa esiyymmärrystäni. Oikeuden syvemmät tasot vaikuttavat lähinnä oikeuden itserajoituksen kautta esimerkiksi siten, että selvästi ihmisoikeuksien vastainen ehdotus ammuttaneen nopeasti alas dlf-keskustelussa.

4 perehdytään toiseen tutkimuskysymykseen, siis keinojen kartoitukseen ja arviointiin. Luku 5 sisältää yhteenvedon.

2. Käsiteanalyysi

2.1. Lainoppi, arviointitutkimus ja *de lege ferenda* -tutkimus

2000-luvulla lainsäätäjä on erittäin puhelias ja oikeusyhteisö suhtautuu lakeihin verrattain instrumentaalisesti. Näissä olosuhteissa on mielekästä, että oikeustieteilijä käsittelee tutkimusaiheena olevaa sääntelyä paitsi nykyisen sisällön myös muutostarpeiden kannalta. Hänen tiedonintressejään voidaan käsitteellisesti jäsentää eri tavoin.

Siltalan käsitteistön mukaan tällaisella oikeustieteilijällä on tulkinnallinen (lainopillinen) ja oikeuspoliittinen (*de lege ferenda*) tiedonintressi. Tulkinnallinen tiedonintressi kohdistuu voimassa olevan oikeuden merkityssisältöön: tutkija tulkitsee, systematisoi ja punnitsee. Oikeuspoliittisen tiedonintressin tyydyttämiseksi tutkija muotoilee ja arvioi ”erilaisia lainsäädännöllisiä ratkaisumalleja eli ’mahdollisia maailmoja’, joihin tuleva oikeudellinen sääntely voisi perustua”. *Siltalalle de lege ferenda* -tutkimus ja oikeuspoliittinen tutkimus ovat synonyymejä.²⁹ Edelleen hän jaottelee, että lainopin tutkija on omaksunut analyttis-deskriptiivisen tai kriittis-normatiivisen tutkijanideologian (tai niiden yhdistelmän); edellisessä tähdätään vallitsevan tuomariniideologian mukaiseen tulkintaan, jälkimmäisessä taas tulkintaan, joka on paras mahdollinen jonkin muun yhteiskuntaideologian mukaan.³⁰ Lainopillisista ja oikeuspoliittisista tiedonintresseistä on erotettava myös tutkimus, jossa oikeutta tarkastellaan erityistieteiden intressistä käsin ja niiden metodeilla. Esimerkiksi psykologinen, historiallinen, sosiologinen ja taloustieteellinen tutkimus voi ottaa oikeudellisia ilmiöitä kohteikseen.³¹

Siltalan käsitejärjestelmä tarjoaa hyödyllisen lähtökohdan. Hänen esityksensä on kuitenkin niin laaja ja abstrakti, että tutkimussuuntausten väliset toiminnalliset yhteydet jäävät vähälle huomiolle. *Ervasti* on kirjoittanut arviointitutkimuksesta, joka lyhyesti sanoen arvioi (selvittää ja arvottaa) sääntelyn vaikutuksia

29. *Siltala* 2003, s. 130–131. *Siltalan* määritelmä sisältää myös maininnan ”avustaa lainsäätäjää”, mitä *Leskinen* 2022, s. 1161 on arvostellut varsin aiheellisesti. Ohennetussa muodossa *Siltalan* määritelmä on nähdäkseni käyttökelpoinen.

30. *Siltala* 2003, s. 59–66. Tällainen vallitsevasta tuomariniideologiasta poikkeava ideologia voi olla esimerkiksi taloudellisesti heikomman suoja, feminismi tai taloudellinen tehokkuus.

31. *Siltala* 2003, s. 132–137.

hyödyntämällä yhteiskuntatieteiden menetelmiä ja tutkimustuloksia.³² Arviointitutkimus kuuluu hänen mukaansa oikeuspoliittisen tutkimuksen piiriin. Ervasti näet ymmärtää oikeuspoliittisen tutkimuksen Siltalaa laajemmin ”tutkimukseksi, jolla on pyrkimys tai kyky vaikuttaa oikeuspoliittiseen päätöksentekoon, lainvalmisteluun, suunnitteluun, linjausten muotoiluun tai käytäntöihin”.³³ *De lege ferenda* -tutkimus on tässä käsitteistössä oikeuspoliittisen tutkimuksen alalaji, joka koskee yksilöidympää lainmuutosehdotusta.³⁴

Arviointitutkimuksen käsite kuvaa osuvasti eräitä nykyaikaisen oikeustutkimuksen ominaispiirteitä. Samalla lainopillinen tutkimussuuntaus voidaan rajata kapeasti, mikä ehkäisee käsitteen rönsyilyä ja epäkoherenssia.³⁵ Toisaalta en pidä tarkoituksenmukaisena omaksua kovin laajaa oikeuspoliittinen tutkimus-käsitettä. Pikemminkin lainopillinen tutkimus, arvioiva tutkimus ja *de lege ferenda* -tutkimus voidaan hahmottaa kolmeksi eri tiedonintressiksi, jotka usein muodostavat toiminnallisen jatkumon. Nähdäkseni ainakin *Kolehmainen* on metodiatikkelissaan jäsentänyt asian samansuuntaisesti.³⁶

Aineiston eräissä teoksissa kolmen tiedonintressin jatkumo on selvästi havaittavissa. Hyvä esimerkki on *Viitasen* väitöskirja Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona, joka ensinnäkin selvittää voimassa olevaa oikeustilaa, toiseksi arvioi lautakunnan vaikuttavuutta oikeuden saatavuuden kannalta ja kolmanneksi tarkastelee eräitä oikeuspoliittisia keinoja kehittää lautakuntamenettelyä.³⁷ Myöhempiä esimerkkejä ovat ainakin *Riekkisen* ja *Markuksen* väitöskirjat.³⁸ Tällöin tutkija ikään kuin ensin pukeutuu tuomarin peruukkiin ja noudattaa tarkoin oikeuslähdeoppia, ennen kuin vaihtaa kriittisemmän arvioijan hatun pohtiakseen, kuinka hyvin eräät arvot ja tavoitteet toteutuvat nykyisessä oikeustilassa; jatkona on verrattain tiivis *de lege ferenda* -osio. Toisaalta aineistossa on myös dlf-tarkasteluun keskittyviä tutkimuksia, kuten Viitasen monografia asianajopalkkioista.

32. Kaijus Ervasti, Oikeussosiologinen ja oikeuspoliittinen tutkimus osana oikeustiedettä. Oikeustiede–Jurisprudentia 2011:XLIV, s. 61–132, 88–93. Arviointitutkimus voidaan hahmottaa yhteiskunnallisen oikeustutkimuksen (*socio-legal studies*) alalajiksi tai ainakin hyödyntäjäksi. Käsitteestä ks. Kaijus Ervasti, Yhteiskunnallinen oikeustutkimus. *Gaudeamus* 2022, s. 21–25.

33. Ervasti 2011, s. 86.

34. Ervasti 2011, s. 87. Myös Linna pitää oikeuspoliittista tutkimusta laajempänä käsitteenä, ks. Linna 1987, s. 5–10.

35. Ks. myös Panu Minkkinen, Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? *Lakimies* 7–8/2017, s. 908–923, etenkin 909, 918–921. Minkkinen kyseenalaistaa lainopin käsitteen laivan käyttämisen.

36. Ks. Kolehmainen 2016, s. 110: ”Tiedonintressi voi olla esimerkiksi laintulkinnallinen, systematisoiva, sääntelyn vaikutuksia arvioiva tai sääntelyä kehittävä.” Sääntelyä kehittävä tiedonintressi viittaa selvästikin *de lege ferenda* -tutkimukseen. Ks. myös jo Aarnio 1978, s. 52–55.

37. Viitanen 2003, s. 129–135.

38. Riekkinen 2019, s. 7, 11–15 ja Markus 2022, s. 7–9.

Artikkelissa ei ole mahdollista käsitellä arviointitutkimuksen käsitettä ja menetelmiä enemmälti. Joka tapauksessa arviointitutkimuksen karkeakin määrittely on auttanut rajaamaan *de lege ferenda* -tutkimuksen käsitettä. Rajaus ei kuitenkaan merkitse jälkimmäisen käsitteen positiivista määritelmää. Linna on määritellyt, että *de lege ferenda* -tutkimuksessa lainsäädännölliset ”tavoite- ja keinovaihtoehdot tietyn ongelman ratkaisemiseksi kartoitetaan ja systematisoidaan, jonka jälkeen tavoitteita ja/tai keinoja koskevat valinnat perustellaan”.³⁹ Määritelmä on ahdas. Leskinen ei muotoile nimenomaista positiivista määritelmää mutta esittää, että tavoiterationaalinen keinovalinta ei kuvaa osuvasti kaikkia dlf-tutkimuksen muotoja. Tutkija voi esimerkiksi lainopin sivutuotteena, sääntelyn tavoitteisiin juuri syventymättä, esittää *de lege ferenda* -ehdotuksen, joka vähentäisi sääntelyn monitulkintaisuutta tai epäkoherenssia.⁴⁰ Kuitenkin lienee selvää, että merkitysisällön antaminen oikeussäännöksille on lainopillista tutkimusta – silloinkin, kun säännökset eivät ole voimassa tutkimuksen ilmestyessä vaan odottavat voimaantuloa tai hallituksen esityksen eduskuntakäsittelyä.⁴¹

En pidä tarkoituksenmukaisena muotoilla omaa määritelmää tässä vaiheessa ennen aineiston analysointia. Myöskään aineiston valintaa ei ole ohjannut mikään tarkkarajainen positiivinen määritelmä. Sen sijaan olen ottanut aineistoon teokset, jotka itse ilmoittavat sisältävänsä oikeuspoliittista tai *de lege ferenda* -tutkimusta ja jotka täyttävät johdannossa mainitut valintakriteerit. Käytännössä tämä linjaus ei ole merkinnyt aineiston liiallista rönsyilyä.

2.2. Tavoitteen käsite

Tässä vaiheessa on välttämätöntä selvittää, mitä tarkoitan tavoitteella ja sen lähikäsitteillä, kuten epäkohdalla ja reunaehdolla. *De lege ferenda* -tutkimuksissa tavoitteella viitataan toisinaan tavoitteenasettelun perusteisiin ja toisinaan sen lopputuotteeseen. Ensimmäinen merkitys on laajempi, ja pyrin valaisemaan erottelua Linnan ja Riekkisen tutkimusten avulla.

De lege ferenda -keskustelussa tavoitteeksi kutsutaan ensinnäkin asiaintilaa, joka ei ole toteutunut, jonka väitetysti pitää toteutua (ainakin nykyistä paremmin) ja jonka sisältö on edes jokseenkin täsmennetty. Toisin sanoen tavoite on Sollen-maailmaan kuuluva jokseenkin konkreettinen lause. Esimerkiksi Linnan

39. Linna 1987, s. 9.

40. Ks. Leskinen 2022, s. 1162–1170. Tätä voi pitää *de lege ferenda* -tutkimuksen pinnallisimpana muotona. Leskinen pitää yhtenä alalajina myös epistemologis-eettistä dlf-tutkimusta, jossa tutkija pohtii valtarakenteissa piilevää epäoikeudenmukaisuutta ja tutkimuksellista vallankäyttöä.

41. Ks. Linna 1987, s. 10–11. Aineiston tutkimuksissa esimerkiksi Koulu käsittelee lainopillisesti työryhmämietinnön ehdotusta uudeksi konkurssilaiksi. Kyse on todennäköisesti pian voimassa olevasta oikeudesta. Koulu 2003, s. 32, 39.

tutkimuksessa tällaisia tavoitteita ovat ainakin ulosoton tehostaminen ja velallisen suojaaminen. Tavoitteiden taustalla on yleisempiä argumentteja, kuten arvo ja päämääriä. Epäkohdaksi sanotaan käsillä olevaa asiointilaa, jota väitetään poistamisen arvoiseksi jonkin arvon tai päämäärän perusteella. Tavoitetta voikin sanoa tausta-argumentin ja epäkohdan inspiroimaksi.⁴²

Tavoitteet toteutuvat asteittain ja ovat usein ristiriidassa keskenään: tällöin yhden tavoitteen toteuttaminen tiettyä astetta pidemmälle merkitsee toisen tavoitteen tai sen tausta-argumentin heikompaan toteutumista. Sellaista tavoitteen, arvon tai päämäärän toteutumista, jota väitetysti ei saa alittaa, voidaan kutsua reunaehdoksi eli vähimmäisehdoksi.⁴³ Reunaehdot siis määrittävät tavoitteen toteuttamisen liikkumavaran. Myös liikkumavaran sisällä tietyn tavoitteen (A) edistäminen usein tapahtuu toisen tavoitteen tai tausta-argumentin kustannuksella, mikä edellyttää perusteltua tasapainotusta.⁴⁴ Tavoitteen A toteuttamisen kannalta reunaehto toimiikin joustamattomana rajoitteena ja tasapainotuksen tarve joustavana rajoitteena.⁴⁵

Esimerkiksi Linna päätyy laajahkon tasapainotuksen jälkeen muotoilemaan tavoitteensa niin, että ulosottorealisoinnissa on pyrittävä kohti käypää hintatasoa mahdollisimman pienin kustannuksin.⁴⁶ Tässä ”tavoite” esiintyy jo suppeammassa merkityksessä eli viittaa tavoitteenasettelun lopputuotteeseen. Riekkinen omaksuu tavoitteenasettelun perusteiksi prosessioikeuden vakiintuneet tavoitteet ja arvot (varmuus, nopeus, halpuus, menettelyn oikeudenmukaisuus) ja määrittelee tavoitteeseen niiden ”toteutumisen optimoinnin todistusoikeuden osalta”.⁴⁷ Jatkossa käytän termiä ”tavoite” tavoitteenasettelun perusteista, kun

42. Ks. Linna 1987, s. 47–48, 54–55. On toki vaikea sanoa tarkkarajaisesti, millainen konkreettisuus erottaa tavoitteen tausta-argumentista. Silti pidän intuitiivisesti selvänä, että esimerkiksi ”yhteiskunnan on oltava oikeudenmukainen” ja ”arjen on oltava turvallista” ovat tavoitetta abstraktimpia.

43. Ks. Linna 1987, s. 27–29. Kuten Linna toteaa, väljemmässä kielenkäytössä reunaehtojen, tavoitteiden ja tausta-argumenttien erittelyä ei välttämättä tehdä.

44. Tällainen oikeuspoliittinen tasapainotus muistuttaa oikeusperiaatteiden punnintaa (weighing and balancing) lainopillisessa tarkoituksessa. Jälkimmäisestä ks. esim. Raimo Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, s. 501–506.

45. Erityy voidaan havainnollistaa perusoikeuksien rajoitusdoktriinin avulla. Kun tavoite A merkitsee perusoikeuden rajoittamista, perusoikeuden ytimeen koskemattomuus toimii reunaehdona, kun taas muut yleiset rajoitusedellytykset ovat joustavampia. Toki myös ytimeen kajoavat lainmuutokset ovat mahdollisia perustuslainsäätämisyjärjestyksessä, mutta kyseessä on dlf-keskustelun kannalta poikkeuksellinen tilanne. Esimerkki myös valaisee kaksisuuntaisuutta: tavoite A toimii perusoikeuden näkökulmasta rajoituksena, ja perusoikeus vuorostaan asettaa A:n näkökulmasta rajoitteita.

46. Linna 1987, s. 56–65, etenkin s. 64. Tämän relatiivisen tavoitteen lisäksi hän muotoilee abso-luuttiseksi tavoitteeksi ”kohtuuttoman alhaiseen hintaan realisoinnin ehkäisemisen”.

47. Riekkinen 2019, s. 15. Optimoinnista ks. myös s. 24–25.

taas lopputuotteesta käytän termiä ”tutkimusoperatiivinen tavoite”.⁴⁸ Silloin kun sääntelyä lähestytään yhden tavoitteen eli päätavoitteen kannalta, kilpailevista tavoitteista (ja tausta-argumenteista) on mielekästä puhua viittaamalla niistä johtuviin reunaehtoihin ja joustaviin rajoitteisiin.

Äskeisen käsite-erittelyn pohjalta saatetaan kysyä, merkitseekö dlf-keskustelu vain 1990-luvulla vakiintuneen periaatekeskustelun soveltamista lainsäätäjän toimintaan.⁴⁹ On huomattava, että *de lege ferenda* -tutkimuksessa periaatteita ja muita argumentteja käytetään jokseenkin eri tavalla kuin lainopissa. Dlf-tutkija voi vapaammin esimerkiksi kyseenalaistaa jonkin periaatteen painoarvon taikka vedota sellaiseen arvoon tai tavoitteeseen, jota lainoppi ei tunnista oikeusperiaatteeksi institutionaalisen tuen jäädessä liian heikoksi.⁵⁰ Seuraavan luvun esimerkit konkretisoivat näitä erityispiirteitä. Toki periaatekeskustelu on tarjonnut argumentteja 2000-luvun *de lege ferenda* -tutkimuksen tarpeisiin.

3. Tavoitteenasettelu ja lähtökohtatilanne

Jo alaluvun 2.2. selvennykset viittaavat siihen, että tavoitteenasettelu voi olla kompleksinen vaihe. Aineistoon sisältyykin tutkimuksia, joiden *de lege ferenda* -tarkastelu keskittyy tavoitteenasetteluun ja sen tausta-argumentteihin, ei niinkään keinoihin. Esimerkiksi *Huplin* pitkälti lainopillinen väitöstutkimus lähtee liikkeelle YSL:n vastakkaisista tavoitteista: velallisyriityksen saneerausintressistä tervehdyttää liiketoimintaansa ja velkojien täytäntöönpanointressistä tulla menettelyssä huomioduksi. Täytäntöönpanointressin sisällön ja painoarvon ymmärtämiseksi täytyy *Huplin* mukaan perehtyä insolvenssioikeuden ”syväteoriaan”.⁵¹ Hän esittelee utilitaarisen ”taloudellISRationaalisen” teorian ja rawlsilaisen ”arvorelatiivisen” teorian, ryhtyy jälkimmäisen teorian kannattajaksi ja hyödyntää sen opinkappaleita eräissä kiperissä tulkintatilanteissa ja *de lege ferenda* -kysymyksissä.⁵² Hyvä esimerkki on *Huplin* voimakas kritiikki konkurssivertailusäännöstä kohtaan. Saneerausohjelmaa ei vahvisteta, jos velkoja

48. Ensimmäiselle käsitteelle ei kannata muotoilla teknistä erikoistermiä, koska sellainen tekisi oikeustieteen kielestä liian itseriittoista ja juristeillekin outoa erikoiskieltä. Jälkimmäistä termivalintaa puoltaa se, että tavoitteenasettelun tulos on muotoiltu tiettyssä tutkimuksessa ja kyseistä tutkimustehtävää varten.

49. Periaatekeskustelusta kootusti ks. Leppänen 1998, s. 24–32, 46–62, 71–76.

50. Ks. myös Leppänen 1998, s. 75, jonka mukaan ”periaatteet painottuvat jossakin määrin eri tavoin yhtäältä lainsäädännön systeemitasolla ja toisaalta yksittäistapausten lainkäyttötasolla”.

51. *Hupli* 2004, s. 1–6. Termi ”syväteoria” on *Huplin* (s. 94).

52. *Hupli* 2004, s. 22–26, 42–91, 96–98. Näitä opinkappaleita ovat kaikkien intressitahojen inkluusio, vastavuoroisuus, järjkevä suunnittelu ja insolvenssioikeudellinen eroperiaate.

todennäköisesti saisi saneerauksessa pienemmän suorituksen kuin velallisen konkurssissa. Vertailussa ei kuitenkaan huomioida saneerausmenettelyn aikaisia velkoja, vaikka todellisessa konkurssissa näillä veloilla olisi etuoikeus, joka pienentäisi useimpien velkojien jako-osuuksia. Huplin mukaan kyseessä on represio, velalliseen kohdistuva rangaistus saneerausmenettelyn kokeilemisesta, eikä sääntely vaikuta palvelevan rationaalisten velkojien täytäntöönpanointressiä.⁵³

Toinen esimerkki on *Vatjus-Anttilan* väitöskirja, joka pureutuu tunnustuksen rikosoikeudellisiin vaikutuksiin syyteneuvottelussa ja sen ulkopuolella. Tutkimus sisältää tulkinta-, systematisointi- ja *de lege ferenda* -kannanottoja. *Vatjus-Anttila* ei tyydy suomalaisen kriminaalipolitiikan vallitsevaan tavoitteenasetteluun vaan esittää jokseenkin toisenlaista painotusta moraalifilosofisista syistä. Liian utilitaarinen ja kustannustietoinen kriminaalipolitiikka on velvollisuuseettisesti ongelmallinen ja myös omiaan rapauttamaan välillistä yleispreventiota.⁵⁴ Tutkimuksen kiinnostavimpia *de lege ferenda* -kysymyksiä on syyteneuvottelun soveltamisalan laajennus. Siinä keskeisiä kriminaalipoliittisia argumentteja ovat ainakin luottamus oikeusjärjestelmään (niin sanottu yleinen oikeustajunta), yhdenvertaisuus ja asianomistajan intressit. Tässä ja muissakin dlf-kysymyksissä *Vatjus-Anttila* keskittyy selventämään tavoitteenasettelua eikä muotoilemaan ja arvioimaan keinovaihtoehtoja.⁵⁵

Mainituissa esimerkeissä tutkija on lähtenyt siitä, mitä tavallisesti pidetään tietyn lain tai oikeusinstituution tavoitteena. Hän on kuitenkin päättänyt problematisoida tavoitteen merkityssisällön tai painoarvon, mikä on vienyt *de lege ferenda* -keskustelun syvemmälle tasolle. Molemmissa esimerkeissä tutkijoiden viimesijaiset tausta-argumentit ovat moraalifilosofisia.⁵⁶ Kiinnostava vertailukohta on *Niemi-Kiesiläisen* parisuhdeväkivaltaa koskeva monografia, joka sisältää Suomen oikeuden kuvausta ja arviointia, tiivistelmän parisuhdeväkivallan yhteiskuntatieteellisistä selitysmalleista, oikeusvertailevan katsauksen sekä *de lege ferenda* -ehdotuksia. Teos lähtee tavoitteesta vähentää parisuhdeväkivaltaa ja kritisoi kriminaalipolitiikan perinteistä⁵⁷ tavoitteenasettelua, joka keskittyy yleispreventioon ja pitää yksittäistapauksessa rankaisemista varsin hyödyttömänä. Kritiikki perustuu lähinnä siihen, että rikosoikeusjärjestelmä vaikuttanee väkivallan esiintymiseen eri konteksteissa eri tavoin. Parisuhde-

53. Hupli 2004, s. 344–347, 396–397.

54. *Vatjus-Anttila* 2022, s. 21–29, 54–74.

55. Ks. *Vatjus-Anttila* 2022, s. 147–152 ja Jalo *Vatjus-Anttila*, Syyteneuvottelun soveltamisalan rajoitukset yleisen ja yksityisen edun kannalta. *Lakimies* 3–4/2022, s. 543–569. Aiheen konkreettisempi tutkimus olisi ottanut analysoitavaksi esimerkiksi vaihtoehdot: soveltamisalan laajennuksen myös törkeisiin huumausainerikoksiin; laajennuksen kaikkiin paitsi henkirikoksiin ja törkeimpiin seksuaalirikoksiin; täysin yleisen soveltamisalan.

56. Myös Leskinen 2022, s. 1168–1170 pitää tärkeänä esikysymyksenä sääntelykohteen filosofista ymmärtämistä.

57. Perinteisen linjan merkittävimpana edustajana esiintyy Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä 1: Teoria ja yleisen osa. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 1987, s. 208–225.

väkivaltaan rangaistuksilla voi olla normaalia suurempi yleis- ja erityispreveniivinen vaikutus, ja sitä paitsi jo rikosprosessiin tyypillisesti liittyy uhria suojaavia mekanismeja, kuten lähestymiskielto.⁵⁸ Näin ollen Niemi-Kiesiläinen päätyy tavoitteenasettelussaan korostamaan uhrin turvallisuutta ja rikosvastuun systemaattisempaa toteutumista eikä niinkään uhrin tahdonilmausten kunnioittamista.⁵⁹ Tämä näkyy *de lege ferenda* -ehdotuksissa syyteoikeuden järjestelystä ja syyteharkinnasta: esimerkiksi syyttämättä jättämisen perusteena ei tulisi käyttää parisuhdeväkivallan sovittelua.⁶⁰

Toisen kiinnostavan vertailukohdan tarjoaa Viitanen väitöskirja. Viitanen kyseenalaistaa prosessin tavoitteille perinteisesti annetut painoarvot perustellen tätä access to justice -liikkeen teesillä: oikeuden laatua ei pidä priorisoida oikeuden saatavuuteen nähden. Access to justice voidaan mieltää oikeusjärjestelmää koskevaksi arvoksi tai ideaaliksi, joka vaikuttaa tavoitteiden taustalla mutta on kuitenkin konkreettisempi ja oikeudellisempi kuin moraalifilosofiset perusteet.⁶¹ Viitanen problematisointi koskee yleisesti siviiliproessia ja erityisesti kuluttajariitojen käsittelyä lautakunnassa. Tavoitteenasettelussa Viitanen ottaa nimenomaisesti huomioon myös julkiselle vallalle koituvat kustannukset.⁶² Myös keskustelu prosessin funktioista voi vaikuttaa tavoitteiden taustalla: esimerkiksi *Siitari-Vanne* lähtee hallintolainkäytön oikeussuoja- ja ohjausfunktioista ymmärtääkseen hallintolainkäytön tavoitteenasettelua, kuten virallisperiaatteen painoarvoa.⁶³

Katsauksen perusteella jo tavoitteenasettelu voi olla kompleksinen tutkimustehtävä, joka sisältää valintoja tyytymisestä ja kyseenalaistamisesta. Tutkija voi mennä tausta-argumenttien kyseenalaistamisessa niin pitkälle kuin haluaa. Hän voi vaikkapa epäillä, edistääkö tietyn tavoitteen toteuttaminen sen taustalla olevaa päämäärää tietyssä erityisessä kontekstissa. Edelleen hän voi mennä astetta syvemmälle ja kysyä, millaisiin moraalifilosofisiin perusteisiin tietty arvo tai päämäärä nojaa. Jäsentelyllä en halua arvottaa tutkimuksia esimerkiksi siten, että vakiintuneeseen tavoitteenasetteluun tyytyvä tutkimus olisi kyseenalaistavia tutkimuksia vähäpätöisempi. Jos tutkija pitää vakiintunutta tavoitteenasettelua onnistuneena, hänen kannattaa käsitellä sitä lyhyesti ja keskittää tutkimusresurssinsa muihin kysymyksiin.⁶⁴

58. Ks. Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 17, 115–118, 124–127, 163. Teos tarkastelee rikosoikeusjärjestelmää laajasti eli käsittää myös rikosten sovittelun ja lähestymiskieltoimenettelyn.

59. Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 124–127. Väkivaltaisessa parisuhteessa tahdonilmaus ei luultavasti ole muodostunut vapaasti.

60. Niemi-Kiesiläinen 2004, s. 158–165, 389–390.

61. Access to justice -käsitteestä yleisesti ks. Kaijus Ervasti, Oikeuden saamisen monet kasvat. Oikeus 3/2011, s. 347–360, 349–350. Ks. myös Markus 2022, s. 35–36.

62. Viitanen 2003, s. 124–128.

63. Ks. Siitari-Vanne 2005, s. 152–159, 164–166.

64. Ks. myös Linna 1987, s. 50–51, jonka mukaan tutkija saattaa hyväksyä jonkin auktoriteetin määrittelemät tavoitteet ”asettamatta niiden rationaalisuutta kyseenalaiseksi”, hyväksyä ne

Linnan mallissa *de lege ferenda* -tutkimuksen toinen päävaihe on lähtökohtatilanteen kartoittaminen. Lähtökohtatilanne käsittää ensinnäkin nykyisen sääntelyn ja sen soveltamiskäytännön. Toiseksi selvitetään normiston vaikutukset tavoitteiden kannalta.⁶⁵ Lähtökohtatilanteen kartoitus siis tapahtuu lainopin ja arviointitutkimuksen menetelmillä, ja kartoituksen avulla tutkija yksilöi epäkohdat ja perustelee uudistustarpeen.

Kuten edellä todettiin, monissa aineiston tutkimuksissa lainopillinen tarkastelu on pääosassa ja *de lege ferenda* -tarkastelu toimii jatkona. Tällöin *de lege ferenda* -kannanottojen lähtökohtana on usein joukko verrattain suppeita epäkohtia. Harvinaisen nyansoitu listaus esitetään Riekkisen väitöskirjan VI luvussa: hän tunnistaa 17 erillistä haittatekijää (aktuaalista tai potentiaalista epäkohtaa), jotka voivat rasittaa tavoitteiden ja arvojen toteutumista sähköisen todistelun kontekstissa.⁶⁶ *Huhtamäen* pääosin lainopillisessa väitöskirjassa havaitaan erinäisiä epäkohtia, jotka koskevat oikeudenkäymiskaaren (4/1734, OK) 7 luvun turvaamistoimissääntelyn vallitsevaa soveltamiskäytäntöä sekä EAPO-asetusta^{67, 68}. Myös Hupli esittelee väitöskirjassaan joukon epäkohtia, jotka on tosin mainittu lainopillisen tekstin lomassa eikä kokoavassa osiossa.⁶⁹

Eräissä aineiston tutkimuksissa lähtökohtatilanteen kartoitus osoittaa yhden laajahkon epäkohdan, tai ainakin kirjoittaja päättää keskittyä tärkeimpään epäkohtaan. Hyvä esimerkki on *Engelbergin* väitöskirja: Yhtiön vähemmistöosakkeenomistajat tai velkojat voivat hyödyntää asemaansa (hold out -positio) opportunistisella tavalla, joka uhkaa yhtiön elinkelpoisuutta. Hold out -position opportunistinen käyttö on ongelmallista, koska se rajoittaa muiden osakkeenomistajien oikeuksia ja kansantaloudellisesti merkitsee yhtiöresurssien alikäyttöä.⁷⁰ Lainsäädäntö mahdollistaa tilanteeseen puuttumisen lähinnä yri-

kriittisen testauksen jälkeen tai asettaa tavoitteet, jotka eivät ole auktoriteetin ennestään määrittelemät.

65. Linna 1987, s. 34, 66–67.

66. Ks. Riekkinen 2019, s. 465–486.

67. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 655/2014, annettu 15 päivänä toukokuuta 2014, eurooppalaisen tilvarojen turvaamismääräysmenettelyn käyttöön ottamisesta rajat ylittävää velkojen perintää varten siviili- ja kauppaoikeudellisissa asioissa.

68. Huhtamäki 2019, s. 285–295. Huhtamäki pitää yhtenä epäkohtana sitä, että OK 7:1:n mukainen saamisen turvaaminen ei edellytä todennäköisyysnäyttöä vaade-edellytyksen täyttymisestä, ainakaan ennakkopäätöksen KKO 1994:132 tulkintalinjan mukaan. Tämä merkitsee vastaajalle kohtuutonta oikeussuojavajetta (s. 295–296). EAPO-asetusta hän pitää ”kattavasti huonona prosessilakina” (s. 295).

69. Tällaisia epäkohtia ovat muun muassa saneerausvelkojan sopimuskumppania koskeva detentiokielto (Hupli 2004, s. 195–200), kuittausvelkojan kovin vahva asema saneerauksen konkurssi-vertailussa (326–330), syvän maksukyvyttömyyden erilainen kohtelu sen mukaan, vallitsiko tilanne jo saneerausmenettelyn alussa (366–370) ja, laajempaan ongelmakohtana, puutaan selvitysrauhoidusajan puute (417–419). Edelliset ovat ongelmallisia lähinnä yhdenvertaisen oikeussuojan kannalta, jälkimmäiset lähinnä taloudellisen rationaalisuuden kannalta.

70. Ks. Engelberg 2019, s. 2–7, 50, 159–160.

tyssaneerauksessa tai vähemmistöosakkeiden lunastusmenettelyssä. Nämä eivät kuitenkaan ole mahdollisia kaikissa ongelmatilanteissa ja ovat sitä paitsi hitaita ja kalliita menettelyjä.⁷¹ Engelbergin tutkimusoperatiivinen tavoite on kehittää tehokas ja oikeudenmukainen yhtiöoikeudellinen uudelleenjärjestelymenettely, jossa tuomioistuin vahvistaa määräänemmistöjen kannattaman järjestelyn.⁷²

Samoin Viitanen väitöskirja kuluttajariidoista keskittyy lähinnä yhteen epäkohtaan eli lautakunnan ratkaisusuositusten noudattamisasteeseen.⁷³ Kirjan päättävän *de lege ferenda* -osion tutkimusoperatiivinen tavoite kuuluu, ”millä eri keinoin lautakunnan ratkaisusuositusten noudattamisastetta voitaisiin parantaa.”⁷⁴ Siitari-Vanne nostaa väitöskirjassaan hallintolainkäytön epäkohdaksi lähinnä ajallisen tehottomuuden eli hitauden. Hän selvittää hitautta empiirisesti, arvioi tilannetta EIS:n ja EU-oikeuden laatuvaatimuksia vasten sekä pohtii dl-fosiossa, millä muutoksilla epäkohtaan voisi puuttua.⁷⁵ Kahden perusmallin – yksi laaja epäkohta tai joukko suppeita epäkohtia – lisäksi esiintyy tietyksi välimalleja. Esimerkiksi *Leppäsen* pääosin lainopillisen väitöskirjan päätösluvussa arvioidaan sääntelyä riita-asian todistusaineiston valmistelusta: valmistelun joutuisuutta haittaa liian laajan aineiston ilmoittaminen, kun taas prosessin totuustavoitteelle on ongelmallista, että asianosaisilla on heikosti keinoja etsiä relevanttia todistusaineistoa.⁷⁶

4. Keinojen kartoitus, analyysi ja valinta

Linnan mallin kolmanteen päävaiheeseen kuuluu ensinnäkin keinovaihtoehtojen kartoitus. Tämä on luovaa toimintaa, johon saadaan virikkeitä ainakin ulkomaisista oikeusjärjestyksistä ja kotimaisesta oikeushistoriasta.⁷⁷ Aineiston tutkimuksissa keinovaihtoehtojen määrä on tyypillisesti suppea ja toisinaan vaihtoehtojen kartoitus jää rivien väliin.⁷⁸ Ulkomainen oikeus toimii merkittävänä inspiraation

71. Ks. Engelberg 2019, s. 116–118, 126–130.

72. Ks. Engelberg 2019, s. 6–8, 28. Oikeudenmukaisuuden kannalta tutkimuksessa on tärkeää selvittää, millaisia rajoitteita omaisuudensuoja ja osakkeenomistajien yhdenvertaisuus aiheuttavat hold out -positioiden käyttöön puuttumiselle.

73. Viitanen 2003, s. 461–465. Toiseksi ongelmaksi hän nostaa menettelyn keston.

74. Viitanen 2003, s. 467.

75. Siitari-Vanne 2005, s. 9, 667–672, 682–683, 738–740.

76. Ks. Leppänen 1998, s. 398–401.

77. Linna 1987, s. 182–188.

78. Tällöin kirjoittaja etenee epäkohdan toteamisesta suoraviivaisesti ehdotukseen, joka puuttuu epäkohtaan. Ks. esim. Koulu 2003, s. 294–297. Perustelutekniikka herättää kysymyksiä, mutta sen käytölle on toki ymmärrettäviä tutkimusekonomisia syitä niissä tutkimuksissa, joissa *de lege ferenda* -tarkastelu on sivuroolissa.

lähteenä: Esimerkiksi Engelberg käsittelee laajasti ulkomaisia uudelleenjärjestelymenettelyjä, etenkin Englannissa toimivaa menettelyä (Scheme of Arrangement) ja Hollannissa valmisteltua mallia.⁷⁹ Leppänen esittelee Yhdysvaltain discovery- ja Englannin disclosure-järjestelmän todisteiden etsimisen keinoina.⁸⁰ Markus kartoittaa väitöskirjansa *de lege ferenda* -osiossa menettelyuudistuksia, joilla voitaisiin kohentaa oikeuksiin pääsyä massavahinkotilanteissa. Keinovaihtoehto ”jäsentyneempi joukko-oikeudenkäynti” sisältää Saksasta haetun idean pilottituomion sitovuudesta muissakin jutuissa, kun taas keinovaihtoehto ”vaikuttavampi ryhmäkante” koskee ryhmäkanteen soveltamisalan ja kante-oikeuden laajentamista muiden Pohjoismaiden malliin.⁸¹

Aineiston tutkimuksissa on saatu keinoideoita myös Suomen oikeusjärjestelmän sisältä, kuten toisesta prosessilajista tai toiselta oikeudenalalta. Markuksen kolmas keinovaihtoehto siirtäisi tietyt massavahinkojutut pois yleisistä tuomioistuimista, esimerkiksi kilpailuoikeudelliset vahingonkorvausasiat markkinaoikeuteen, joka käsittelee massavahinkoon liittyvän seuraamusmaksuasian; inspiraationa on rikosasian ja vahingonkorvausvaateen adheesiokäsittely.⁸² *Koulu* ehdottaa, että myytässä konkurssivarallisuutta toimivana kokonaisuutena lain tulisi edellyttää kevennettyä due diligence -arviointia, jota käytetään yrityskauppoissa insolvenssimenettelyjen ulkopuolella.⁸³

Sääntelykeinojen kartoituksen yhteydessä on mietittävä sääntelytasoa.⁸⁴ Myös prosessi- ja insolvenssioikeuden alalla on usein syytä pohtia, voidaanko tavoite saavuttaa ilman uutta valtiollista sääntelyä. Esimerkiksi epäkohdan aiheuttavaa oikeuskäytäntöä saatetaan oikaista nykyisen lainsäädännön uustulkinnalla.⁸⁵ Oikeuslaitoksessa pyritään levittämään hyviä käytäntöjä esimerkiksi laatuhankeiden ja koulutuksen avulla. Hyvä asianajajatapa on oikeudenhoidon kannalta merkittävä yhteis- tai itsesääntelynormisto. Aineiston tutkimuksista Viitasen monografia asianajopalkkioista käsittelee perusteellisimmin

79. Engelberg 2019, s. 61–81, 93–104. Scheme of Arrangement on toiminut mallina myös EU:n direktiiviehdotukselle.

80. Leppänen 1998, s. 402–410.

81. Markus 2022, s. 307–316.

82. Markus 2022, s. 316–318.

83. Ks. Koulu 2003, s. 294–297. Tässä voisi puhua oikeusjärjestelmän sisäisestä siirrännäisestä tai oikeusanalogiaan perustuvasta dlf-keinosta.

84. Sääntelytasolla voidaan tarkoittaa hieman eri asioita. Viitataan ympäristöoikeudelliseen sääntely- ja ohjauskeinoitutkimukseen, joka on tässä suhteessa sofistikoitunutta. Sääntely voidaan jakaa velvoittavaan sääntelyyn, taloudellisiin kannustimiin ja informaatio-ohjaukseen (jotka usein verkottuvat keskenään). Ks. esim. Jukka Similä – Kai Kokko, *Oikeudellinen sääntely ja metsäluonnon monimuotoisuus. Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja 2009*, s. 69–129, 83–84. Sääntely voidaan jakaa myös valtiolliseen sääntelyyn, yhteissääntelyyn ja itsesääntelyyn. Ks. esim. Minna Pappila, *Metsäsääntely Suomessa ja Venäjällä*. Turun yliopisto 2011, s. 5–6, 9–14.

85. Ks. esim. Huhtamäki 2019, s. 286, jonka mukaan epäkohta eli OK 7:1:n vaade-edellytyksen liian matala näyttökynnys ”ei välttämättä edellyttäisi” lainmuutosta. Lain sanamuoto ja esityöt näet antavat tilaa uustulkinnalle.

sääntelytasoa ja sääntelykeinoja. Hän lähtee tutkimusoperatiivisesta tavoitteesta pitää asianajopalkkiot kohtuullisella tasolla⁸⁶, tarkastelee nykyistä vapaan kilpailun mallia ongelmiseen ja kehittämiskeinoineen sekä arvioi neljää eri palkkioperustetta perinteisen hintasääntelyn keinoina.⁸⁷ Sääntelytasoa koskee kiinnostava oikeudellinen reunaehto: EU:n kilpailuoikeus estää kansallisen asianajajaliiton antaman palkkiosääntelyn silloinkin, kun sääntelytehtävä on julkisen vallan delegoima. Sen sijaan julkisen vallan itse vahvistama palkkiosääntely on sallittua.⁸⁸

Linnan mallissa *de lege ferenda* -tutkimuksen kolmas päävaihe sisältää keino- vaihtoehtojen testauksen. Testauksessa arvioidaan keinon vaikutuksia: Toteuttaisiko keino tavoitteen? Millaisia sivuvaikutuksia ja muita kustannuksia keinon käyttöönottoon liittyisi? Linna ymmärtää kustannusten käsitteen laajasti siten, että esimerkiksi oikeusnormiston lisääntyvä epäkoherenssi tulee huomioida ”lakisystemaattisena kustannuksena”⁸⁹

Aineiston tutkimuksista Viitanen monografia testaa eri palkkioperusteita neljällä kriteerillä, jotka ovat työmäärävastaavuus, kokonaispalkkion ennakoitavuus, intressivastaavuus ja tulovastaavuus. Ensimmäinen turvaa asianajajien ja muut päämiesten etuja.⁹⁰ Myös Viitanen väitöskirjassa keinotestaus toimii havainnollisesti. Ratkaisusuositusten noudattamisen tehostamiseksi ensimmäinen keino- vaihtoehto on julkisuuspelote – laiminlyöjien nimien julkaiseminen. Julkisuuspelote toteuttaisi tavoitetta vain vähäisessä määrin ja sattumanvaraisesti.⁹¹ Toinen, selvästi vaikuttavampi keino olisi ratkaisujen lakisääteinen täytäntöönpanokelpoisuus. Tämän keinon testauksessa on elintärkeää selvittää, asettaako Euroopan ihmisoikeussopimus reunaehto, jonka mukaan lautakuntamenettely täytyisi tällöin muuttua suulliseksi ja siten muodostuisi kalliimmaksi avustajan tarpeen vuoksi.⁹² Myös Engelbergin väitöskirjassa uudelleenjärjestelymenettelyä

86. Viitanen 2011, s. 6.

87. Viitanen 2011, ks. esim. 117–120, 259–274, 311–315. Käsiteltävät palkkioperusteet ovat aika-veloitus, toimenpideveloitus, intressiperusteinen veloitus ja tulospirusteinen veloitus. Keino- vaihtoehdot on kartoitettu nykyisten palkkiokäytäntöjen ja ulkomaisen oikeuden pohjalta.

88. Viitanen 2011, s. 289–310. Toisin sanoen hintasääntelyn täytyisi olla puhtaasti valtiollista sääntelyä tai tietynlaista yhteissääntelyä.

89. Ks. Linna 1987, s. 34–35, 188–194.

90. Ks. kokoavasti Viitanen 2011, s. 370–382. Hän päätyy pitämään parhaana palkkioperusteena osakokonaisuuksiin perustuvaa toimenpideveloitusta.

91. Viitanen 2003, s. 469, 476–487. Arvio perustuu tilastotietoihin ja reaaliargumentteihin. Nimi- listojen julkaiseminen lautakunnan toimesta olisi paitsi heikosti vaikuttavaa myös ongelmallista eräiden rajoittavien arvojen (kuten puolueettomuuden) kannalta.

92. Viitanen 2003, s. 488–491, 502–526, 550–551. Viitanen mukaan EIS ei aseta tällaista reunaehto: riittävää olisi järjestää muutoksenhakumahdollisuus käräjäoikeuteen, joka tarvittaessa pitää suullisen käsittelyn.

testataan ensin vaikuttavuuden kannalta.⁹³ Myöhemmin selvitetään, asettaako omaisuudensuoja keinon omaksumiselle reunaehtoja tai lievempiä rajoitteita.⁹⁴

Aineiston tutkimuksissa on toki noteerattu myös pienempiä sivuvaikutuksia ja muita kustannuksia.⁹⁵ Esimerkiksi väärinkäyttömahdollisuus mainitaan sivuvaikutuksena, jota tulee ehkäistä.⁹⁶ Lakiteknisten kustannusten vähyys esiintyy puoltavana argumenttina – ”muutoksen toteuttaminen on mahdollista varsin vähäisillä muutoksilla lautakuntaan toimintaa koskevaan sääntelyyn”⁹⁷ –, kun taas lakiteknisesti monimutkaista ja laajaa keinovaihtoehtoa ruoditaan skeptisesti.⁹⁸ Voisi sanoa, että tavallista monimutkaisempi ja laajempi muutosehdotus luo tavallista raskaamman perustelutaakan, koska reagointi muuttuvaan sääntelyyn tuottaa hallinnollisia kustannuksia viranomaisille, yrityksille ja yksityishenkilöille.⁹⁹ Mutta muutuskustannus ei ole mikään keskustelun tappava valttikortti, mikäli uudistuksen puolella on tarpeeksi painavia tavoitteita. Engelberg jäsentää uudelleenjärjestelymenettelyyn liittyvää muutostarvetta ja kustannuksia polku-riippuvuuden teorialla: jos sääntelyn historiallisesti määräytyneet ”tielinjaukset” ovat nykyisissä olosuhteissa kyllin tehottomia, uudistus on muutuskustannuksista huolimatta perusteltu.¹⁰⁰

Keinotestauksessa on kiinnostavaa, kuinka *de lege ferenda* -tutkija perustelee väitteitään vaikutuksista. Yhteiskunnallisen tavoitteen ja sääntelykeinon välinen kausaalisuhde on viime kädessä empiirinen kysymys, mutta useimmiten dlf-tutkijan käytössä ei ole sellaista empiiristä tutkimustietoa, joka vastaisi kysymykseen luotettavasti.¹⁰¹ Empiirinen yhteiskuntatutkimus käyttää luonnollisina koeasetelmina eri yhteiskuntien tilaa ja saman yhteiskunnan tilaa eri

93. Engelberg 2019, s. 111–137.

94. Etenkin oikeushenkilöiden omaisuudensuoja on verrattain joustava perusoikeus. Uudelleenjärjestelymenettely ei kajoaisi perusoikeuden ytimeen eikä olisi erityisen ongelmallinen muidenkaan yleisten rajoitusedellytysten kannalta. Engelberg 2019, s. 210–217, 223–225.

95. Ks. esim. Engelberg 2019, s. 251–252, joka arvioi uudelleenjärjestelyn mahdollisia ulkoisvaikutuksia kilpailijoihin.

96. Ks. esim. Saarensola 2017, s. 136, 227, 288–291 ja Markus 2022, s. 51–53, 313–314. Molemmat käsittelevät kiusanteko- tai kiristysluonteisia kanteita. Ks. myös Leppänen 1998, s. 412.

97. Viitanen 2003, s. 552 (tarkemmin s. 527–538). Tältä osin vastaväittäjä huomauttaa, että lautakuntaratkaisujen muuttaminen täytäntöönpanokelpoisiksi edellyttäisi kuitenkin mittavia organisatorisia uudistuksia, jotka ”jäivät väittelijän pohdintoissa taka-alalle”. Ks. Juha Lappalainen, Vastaväittäjän lausunto teoksesta Klaus Viitanen, Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona. Lakimies 4/2004, s. 739–749, 749.

98. Ks. esim. Markus 2022, s. 317–321 ja Leppänen 1998, s. 415–418.

99. Ks. esim. Kalle Määttä, Oikeustaloustieteellinen näkökulma kotimaiseen lainvalmisteluun. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 242. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2009, s. 103–111.

100. Engelberg 2019, s. 17–19, 249–251. Käytän lähdetekstille uskollista termiä ”tehottomia”. Yleisempi ilmaus olisi ”tavoitteenasettelun kannalta irrationaalisia”, mikä kattaisi relevantit tavoitteet, arvot ja periaatteet.

101. Ks. jo Linna 1987, s. 190–191.

aikoina. Niin hyödyllisiä kuin nämä tiedot ovatkin, on usein vaikea todentaa tietyn kausaalisuhteen vahvuutta, saati soveltaa ulkomaisia tutkimustuloksia Suomen oloihin. Aineistossa Koulu hyödyntää ruotsalaista empiiristä tutkimusta konkurssivarallisuuden myynnistä.¹⁰² Vaikka hän pohtii kriittisesti eräitä tutkijoiden päätelmiä ja tulosten relevanssia Suomen kannalta, hän päätyy toteamaan, ”kuinka kiistanalaisinkin perustein yleistetty ulkomainen empiirinen aineisto antaa rationaalisemman perustan päätelmille kuin intuitiiviset arvaukset suomalaisesta konkurssirealisoinnista”.¹⁰³

Silloinkin, kun relevantti empiirinen tutkimustieto puuttuu, aineiston tutkimuksissa pyritään arvioimaan vaikutuksia. Sääntelyn koskiessa taloudellista päätöksentekoa on luontevaa käyttää teoreettisen oikeustaloustieteen tuloksia tai muita taloudellisia reaaliargumentteja. Oikeustaloustiedettä on hyödynnetty muun muassa Engelbergin tutkimuksessa. Tällöin on syytä tiedostaa ainakin se, ovatko hyödynnettävät tutkimukset deskriptiivisiä vai normatiivisia ja millaisiin oletuksiin niiden mallit nojautuvat.¹⁰⁴

Oikeustaloustieteen malleilla voidaan testata monenlaista tehokkuutta, kuten kustannus-, dynaamista tai allokatiivista tehokkuutta (viime mainittua Pareto- tai Kaldor–Hicks-testin mukaan).¹⁰⁵ Aineiston tutkimuksissa esimerkiksi Engelberg valaisee tehokkuuskäsitteen sisältöä yhtiöoikeudellisessa¹⁰⁶ ja Koulu konkurssioikeudellisessa kontekstissa¹⁰⁷.

Viitanen taas ottaa etäisyyttä oikeustaloustieteeseen mutta viljelee tilastojen lisäksi talouspainotteisia reaaliargumentteja, joita optimisti luonnehtisi käytännöllisen järjen käytöksi¹⁰⁸ ja skeptikko ”realisiksi”¹⁰⁹ argumenteiksi.¹¹⁰

102. Koulu 2003, s. 75–76, 278–279, 292–296.

103. Koulu 2003, s. 293.

104. Ks. Engelberg 2019, s. 9–12, 111–118. Ks. myös Markus 2022, s. 34–36, 89, 305, 311, joka esittelee oikeustaloustieteen hyödyntämistapoja ja perustelee sen avulla muun muassa ryhmäkanteen tavoiterationaalisuutta muihin vaihtoehtoihin nähden.

105. Ks. Määttä 2009, s. 75–81. Oikeustieteessä termiä ”tehokkuus” voidaan käyttää myös varsin toisenlaisessa merkityksessä, ks. esim. Siitari-Vanne 2005, s. 29.

106. Engelberg 2019, s. 10–11. Osakkeenomistajien suhteissa sovelias tehokkuuden mittari on Pareto-testi.

107. Koulu 2003, s. 24 avaa, kuinka epäonnistuneen yrityksen likvidaatio vapauttaa sen tuotannon tekijät tavalla, joka edistää allokatiivista tehokkuutta. Toisaalta likvidaatio hävittänee tietotaitoa ja muuta immateriaalista varallisuutta, mikä heikentää dynaamista tehokkuutta. Ks. myös Koulu 2003, s. 286–288.

108. Ilmauksesta ks. Jukka Mähönen, *Taloustiede lain tulkinnaissa*. *Lakimies* 1/2004, s. 49–64, 56.

109. Ks. Hannu Tapani Klami, »Reaaliset» argumentit. *Lakimies* 3/1996, s. 468–476, joka kritisoi sen ajan perustelutekniikoita pisteliäästi.

110. Viitanen 2003, s. 4–5 (oikeustaloustieteestä), s. 62–65 (kilpailun toimivuuden perusteista) ja s. 100–117 (laadusta ja hinnasta valintakriteereinä). Nähdäkseni ei tarvita oikeustaloustieteen ja taloudellisen reaaliargumentaation vastakkainasettelua, sillä pikemminkin oikeustaloustiede on eräs reaaliargumentaation työkalu. Ks. samansuuntaisesti Mähönen 2004, s. 64 ja Man-

Kun sääntelyn yhteydet taloudelliseen päätöksentekoon ovat etäisemmät, vaikutusten arvioinnissa hyödynnetään myös muiden erityistieteiden tuloksia.¹¹¹ Esimerkiksi Vatjus-Anttila puoltaa syyteneuvottelua maltillisilla rangaitshuojennuksilla, koska se antaa epäillyille vaikutusmahdollisuuksia ja edistää aineellisen totuuden selvittämistä, mikä on omiaan vahvistamaan rikosoikeusjärjestelmän legitimitettä.¹¹² Argumenttia perustellaan muun muassa sosiaali-psykologisella tutkimuksella.¹¹³ Todistelua koskevissa *de lege ferenda* -ehdotuksissa on luontevaa hyödyntää oikeuspsykologista tietoa.¹¹⁴

Linnan mallissa neljäs päävaihe käsittää keinovalinnan ja sen justifioinnin. Linna myös toteaa, että toisinaan tutkijan on rationaalista pidäytyä valinnasta: ensinnäkin tavoitteenasettelun ollessa liian sekava lainsäädäntöehdotus tai -ehdotukset voidaan esittää hypoteettisessa muodossa, toiseksi jos keinovalintaa ei voida suorittaa rationaalisuusehtoja noudattaen, tutkijan kannattaa tyytyä keinokartoitukseen.¹¹⁵

Aineistossa esiintyy joitakin selkeitä keinovalintoja: Engelbergin väitöskirjan mukaan Scheme of Arrangement -malli tietyin mukautuksin on tavoitteenasettelun mukaisempi kuin Hollannin malli, joka on mahdollinen vain insolvenssimenettelyssä.¹¹⁶ Viitanen päätyy asianajopalkkioita koskevassa tutkimuksessaan siihen, että ensin on pyrittävä kehittämään hintainformaation saatavuutta ja vertailtavuutta sähköisellä hintarekisterillä; ellei tämä tuota toimivaa hintakilpailua, tarvitaan perinteistä hintasääntelyä, joka perustuisi toimenpideveloitukseen.¹¹⁷ Aineiston pääosin lainopillisissa tutkimuksissa *de lege ferenda* -tarkastelu voi tyytyä keinojen kartoitukseen ja alustavaan arviointiin.¹¹⁸ Toki myös pääosin lainopillisissa tutkimuksissa esiintyy dlf-keinovalintoja: Esimerkiksi Saarensola arvioi väitöskirjansa lopussa oikeudenkäyntikulusäännösten uudistuskeinoja, jotka kohtuullistaisivat heikomman asianosaisen kuluvastuuta häviötilanteessa.

ne Airaksinen, Osakkeenomistajakeskeisyys, sidosryhmät ja yhteiskuntavastuu osakeyhtiö-oikeuden järjestelmässä. Alma Talent 2023, s. 58–69, 77–82.

111. En suinkaan tarkoita, että taloustieteestä ei olisi hyötyä esimerkiksi kriminaalipoliittisessa keskustelussa. Johdatuksena rikostaloustieteeseen ks. Kalle Määttä, Oikeustaloustieteen perusteet. Edita 2016, s. 209–238. Mutta sääntelykohteesta riippuu, minkä tieteiden tuloksia on tarjolla vaikutusarvioinnin avuksi ja minkä verran.

112. Vatjus-Anttila 2022, s. 142–143.

113. Vatjus-Anttila 2022, s. 142 av. 142 viitataan muun muassa Tom Tylerin tuotantoon.

114. Ks. esim. Riekkinen 2019, s. 526 (ja suggestiivisista esitystavoista laajemmin s. 391–393).

115. Linna 1987, s. 34–37.

116. Engelberg 2019, s. 164–168.

117. Viitanen 2011, s. 417–423.

118. Ks. esim. Markus 2022, s. 308–321 ja Siitari-Vanne 2005, s. 788–797. Siitari-Vanne toki pitää KHO:n valituslupajärjestelmän olennaista laajentamista luultavasti tehokkaimpana keinona torjua viivytystä (s. 796).

Parhaana hän pitää vaihtoehtoa, jossa kuluvaluvuun leikkaaminen olisi pääsääntö, kun asianosaisasetelma ja asian merkitys ovat tietynlaiset.¹¹⁹

Linnan mallissa *de lege ferenda* -tutkimus ei sisällä lainvalmistelun teknistä aspektia eli lakitekstin muotoilua. Hän tarkoittaa keinoilla ratkaisumalleja, jotka ovat pykäläehdotuksia abstraktimpia.¹²⁰ Sitä vastoin Leskinen toteaa, että tulevan lakitekstin muotoilukin voi kuulua dlf-tutkimuksen piiriin ja että ”usein tämä osa tutkimuksesta tulee ajankohtaiseksi vasta lakimuutoksen ollessa jo loppusuoralla.”¹²¹ Aineiston tutkimuksissa ainakin Saarensola, Huhtamäki ja Engelberg esittävät tietynlaista lakitekstin muotoilua.¹²² Kiinnostavaa kyllä, Saarensolan tai Huhtamäen tutkimusten aikaan ei ollut vireillä lainmuutoshanketta.¹²³ Silti he pitävät pykäläehdotusten muotoilua aiheellisena oletettavasti siksi, että epäkohdat ovat varsin ilmeisiä. Lakiteknisesti heidän ehdotuksissaan on kyse yksittäisten säännösten täsmäkorjauksista, jotka mukautuisivat oikeudenkäymiskaaren 7 ja 21 lukujen systematiikkaan ja terminologiaan.¹²⁴ Lyhyesti sanoen *de lege ferenda* -tutkimuksissa toisinaan esiintyy lakitekstin muotoiluakin, olipa lainuudistus-hanke vireillä tai ei.

5. Johtopäätökset

Artikkelissa olen esitellyt, miten kotimaisessa prosessi- ja insolvenssioikeudessa on tehty *de lege ferenda* -tutkimusta. Aineiston perusteella kyseistä tutkimus-suuntausta voi luonnehtia niin, että siinä arvioidaan yhtä tai useampaa lain-säädännön uudistuskeinoa taikka uudistamiseen liittyvää tavoitteenasettelua.¹²⁵ Keinovalintaa ei välttämättä tehdä. *De lege ferenda* -tutkimuksella on selviä yhteyksiä teoreettiseen lainoppiin ja nykyisen sääntelyn arviointitutkimukseen esimerkiksi silloin, kun sama tavoite esiintyy keskustelussa sekä nykyisen sääntelyn

119. Saarensola 2017, s. 286–290. Malli sisältää poikkeusmahdollisuuden vääriinkäyttöisten kan-teiden torjumiseksi. Tanskan ja Norjan malleissa täysi korvaus olisi pääsääntö mutta poik-keaminen olisi mahdollista abstraktin kriteerin (esim. erityiset tai painavat syyt) perusteella. Saarensolan mukaan näissä malleissa kuluvaluvuun kohtuullistaminen olisi liian epävarmaa.

120. Ks. Linna 1987, s. 34, 194–195.

121. Leskinen 2022, s. 1164.

122. Saarensola 2017, s. 290–291; Huhtamäki 2019, s. 296–300 ja Engelberg 2019, s. 170–171.

123. Sittemmin OK 21:8 b:ää on epäkohdan korjaamiseksi muutettu (lailla 143/2023) tavalla, jota Saarensola luultavasti olisi pitänyt vähemmän onnistuneena.

124. Tilanne poikkeaa Linnan väitöskirjan laatimistilanteesta, jolloin ulosottolain kokonaisuudis-tus oli tulossa ja tulevan lain systematiikka vielä epävarma. Ks. Linna 1987, s. 195.

125. Määritelmä sisältänee myös dlf-tutkimuksen pinnallisimman muodon (ks. av. 40 ja siihen liittyvä leipäteksti). Artikkelissa tällainen tutkimus on jäänyt vähälle huomiolle lähinnä siksi, että aineiston keräämisessä dlf-tarkastelun laajuus oli yksi valintakriteeri.

funktioista että sääntelyn uudistamisesta. Dlf-tutkimus kuitenkin kytkee tavoitteen uudistusta koskevaan keskusteluun eikä vain lainopilliseen keskusteluun.¹²⁶

Yksittäinen dlf-tutkimus voi keskittyä tavoitteenasetteluun eli jäsentämään, mitkä ovat tietyn ongelman sääntelyssä relevantteja tavoitteita ja reunaehtoja sekä niiden taustalla olevia arvoja ja päämääriä.¹²⁷ Tällöin keinojen kartoitus ja analyysi voivat jäädä vähemmälle. Toisaalta tutkija voi tyytyä tiettyyn tavoitteenasettelun lyhyin perusteluihin ja keskittyä keinovalikoimien analysointiin.¹²⁸ Kyse on pikemminkin painotuseroista kuin tutkimusten tarkkarajaisesta karsinnoista.

Artikkelin tutkimuskysymyksiä on tarkasteltu edellä luvuissa 2–4, ja tarkastelun yhteenvetona voidaan hahmottaa kehikko siitä, mitä tutkimuksellisia valintoja *de lege ferenda* -tutkijan eteen tulee. Tätä kehikkoa voi sanoa Tuula Linnan nelikohtaisen mallin rikastamiseksi tai kilpailevaksi malliksi. En väitä kehikkoa reseptiksi, jota tutkijat olisivat eksplisiittisesti seuranneet teoksissaan (tai jota pitäisi seurata). Koska ajattelun eksplikointi ja esityksen tiiviys ovat keskenään vastahangassa, tutkijat eivät kirjoita lopputuotteeseen auki läheskään kaikkia valintojaan ja rajauksiaan.¹²⁹ Silti laajan *de lege ferenda* -tutkimuksen laatiminen sisältää seuraavanlaisia valintoja:

- 1) Eräänlaisena esikysymyksenä tutkija päättää, minkä verran hän keskittyy *de lege ferenda* -tutkimukseen. Jos tutkimus on pääosin lainopillinen, jatkona toimivan dlf-tarkastelun täytyy olla suppea joidenkin vaiheiden osalta.

Valinnat 2–5 koskevat tavoitteenasettelua:

- 2) Kun tutkija nimeää sääntelykohteen kannalta relevantin tavoitteen ja sen painoarvon (tai tavoitteet ja niiden painoarvot), hän voi tyytyä vakiintuneeseen käsitykseen tai kyseenalaistaa sen. Kyseenalaistaminen voi koskea relevanttien tavoitteiden listaa tai yksittäisen tavoitteen merkityssisältöä tai painoarvoa. Kyseenalaistamisessa vedotaan tavoitteita syvempiin arvoihin tai päämääriin esimerkiksi väittämällä, ettei tietty tavoite tietyssä kontekstissa edistäkään päämäärää.

126. Tällä tavoin *de lege ferenda* -käsite ei paisu yhtä laajaksi kuin Ervastian luonnehtima oikeuspoliittisen tutkimuksen käsite (Ervasti 2011, s. 86). Esimerkiksi Launialan väitöskirja esitutkinnan funktioista ja periaatteista sisältää funktiotarkastelua, jota voidaan hyödyntää lainsäädännön uudistamisessa. En kuitenkaan sanoisi sitä dlf-tutkimukseksi, koska Launiala käsittelee funktioita ja periaatteita lainopillisessa tarkoituksessa. Ks. Mika Launiala, Esitutkintafunktiot ja esitutkintaperiaatteet. Itä-Suomen yliopisto 2013, s. 16–19.

127. Hyvä esimerkki on Vajus-Anttila 2022.

128. Hyviä esimerkkejä ovat Viitanen 2011 ja Engelberg 2019.

129. Ajattelun eksplikointia korostaa Hupli 2004, s. 7–9.

- 3) Kun tutkija toteaa lähtökohtatilanteen ja epäkohdat, hän valitsee perustelujen laajuuden ja syvyyden: kuinka eksplisiittisesti on tarpeen perustella vaikkapa sitä, että tavoite ei nykyisin toteudu?
- 4) Kun tutkija kartoittaa tavoitteen edistämisen reunaehdot ja joustavat rajoitteet, hän voi tyytyä niiden mainitsemiseen taikka problematisoida niiden sisällön tai painoarvon.

Valinnat 2, 3 ja 4 liittyvät läheisesti toisiinsa, ja esitysteknisesti voi olla mielekäästä käsitellä tavoitteita ja reunaehtoja samassa yhteydessä.

- 5) Tutkimusoperatiivinen tavoite perustuu ensinnäkin tutkijan käsitykseen tavoitteista, epäkohdista, reunaehdoista ja joustavista rajoitteista. Mutta tutkimusoperatiivisen tavoitteen muotoilussa tutkija myös päättää, rajaako hän *de lege ferenda* -tarkastelunsa yhteen laajempaan epäkohtaan vai moniin epäkohtiin. Valinnasta riippuu, kuinka yksityiskohtaisesti epäkohtaan puuttuvia keinoja voidaan käsitellä.
- 6) Keinokartoituksen yhteydessä tutkija valitsee, minkä sääntelytasojen keinoja hän käsittelee ja kuinka monia keinoja hän ottaa analysoitavaksi. Jo keinokartoitus sisältää jonkinlaisen esitestauksen tavoitteita ja reunaehtoja vasten.¹³⁰
- 7) Keinotestaus perustuu johonkin valintaan siitä, millaista empiiristä tietoa ja minkä erityistieteiden tuloksia käytetään. Keinotestauksessa tutkija myös omaksuu jonkin kannan polkuriippuvuuteen eli muutostakuuksiin.¹³¹
- 8) Keinotestauksen jälkeen tutkija päättää, pitääkö hän dlk-kysymystä kyllin ”ratkaisukypsänä” tietyn keinon valitsemiseksi vai jättääkö hän keinovalinnan tekemättä.
- 9) Jos tutkija on valinnut tietyn keinon, hän voi pidäytyä sen lakiteknisestä muotoilusta tai ehdottaa tietynlaista muotoilua. Se, onko tilanne sovelias lakitekniselle muotoilulle, riippuu muun muassa ehdotuksen suppeudesta ja mahdollisen lainvalmisteluhankkeen vaiheesta.

Jatkotutkimuksessa voidaan käsitellä laajemmin nykyisen *de lege ferenda* -tutkimuksen taustoja, puutteita ja yhteyksiä muihin tutkimussuuntauksiin. Taustavaiikutteista voitaneen karkeasti sanoa, että avoin arvoargumentaatio on 1990-luvun periaate- ja perusoikeuskeskustelun perintöä, kun taas avoimesti erityistieteitä hyödyntävä argumentaatio on yhteiskunnallisen oikeustutkimuksen perintöä. Tämä erittely ei merkitse vastakkainasettelua, sillä molemmat argumentaatiomallit sopivat yhteen ja samaan tutkimukseen. Aineiston 2000-luvun tutki-

130. Ks. tästä Linna 1987, s. 189.

131. Tämä valinta saattaa jäädä paitsi auki kirjoittamatta myös tutkijalta kunnolla tiedostamatta.

muksissa varsin huomionarvoista on, että dlf-metodin kuvauksissa ei vedota ulkomaiseen keskusteluun.¹³² Läheisissä oikeuskulttuureissa *de lege ferenda* on sinänsä vakiintunut käsite, joka ymmärretään samoin kuin Suomessa.¹³³ 2000-luvun ulkomaisessa oikeustieteessä lainsäädäntöä on tarkasteltu monissa tutkimussuuntauksissa, jotka voisivat tarjota virikkeitä suomalaiselle dlf-tutkimukselle.¹³⁴ Esimerkiksi regulatory policy -tutkimus keskittyy sääntelyn vaikutusarviointiin ja selkeyteen sekä hallinnollisen taakan välttämiseen.¹³⁵ Teoreettisempi legisprudence-tutkimussuuntaus on eritellyt esimerkiksi koherenssiongelmiä, joita lainsäätäjän tulee välttää.¹³⁶ Sinänsä voidaan kysyä, toisivatko nämä tutkimusotteet aitoa lisäarvoa vai merkitsisivätkö ne vain ennestään tuttujen argumenttien uudelleen kuorruttamista.

Artikkelissa olen pyrkinyt ymmärtämään ja jäsentelemään enkä arvottamaan. Lopuksi sallittakoon – lyhyt ja ylimalkainen – tutkimusohjelmallinen kannanotto. Olen vakuuttunut siitä, että oikeustieteessä tarvitaan eri vaiheisiin painotettavia *de lege ferenda* -tutkimuksia. Aivan epäilemättä on tilausta esimerkiksi soveltavalle dlf-tutkimukselle, joka keskittyy yksityiskohtaiseen keinoestaukseen hyödyntäen yhteiskuntatieteiden menetelmiä tai ainakin tuloksia. Lisäksi tarvitsemme muun muassa kyseenalaistavaa dlf-tutkimusta, joka pureutuu tavoitteenasetteluun ja sen taustaoletuksiin. Jos näet *de lege ferenda* -tutkijat eivät kyseenalaista perinteistä tavoitekeskustelua, keskustelu uhkaa päätyä mantrojen toisteluun. *John Maynard Keynesiä* mukaillen voisi sanoa, että liian käytännöllinen oikeuspoliittinen keskustelu on herkästi jonkin tunkkaisen teorian lumoissa sitä kunnolla tiedostamatta.¹³⁷

132. Sen sijaan Linna 1987, s. 9–37 hyödyntää kotimaisen metodikeskustelun lisäksi mm. Jerzy Wroblewskin, Alf Rossin ja Preben Lauridsenin tuotantoa. Toki 2000-luvun dlf-argumentaatio on sikäli kansainvälistä, että siinä viitataan ulkomaisiin sääntelyratkaisuihin ja kokemuksiin sekä erityistieteiden ulkomaiseen tutkimukseen, kuten oikeustaloustieteeseen.

133. Ks. esim. Aleksandr Peczenik, Vad är rätt? Norstedts juridik 1995, s. 308–310. Toisinaan naapurimaiden prosessioikeudellisissa väitöskirjoissa esitetään runsaasti dlf-kannanottoja – tosin metodia juuri avaamatta. Ks. esim. Marek Keller, Konkurs och process. Iustus Förlag 2020, s. 36–38 ja Christina Jensen, Småkravsprosessen. Funksjoner og virkemidler. Gyldendal 2021, s. 18–20.

134. Yleiskuvauksena ks. Sakari Melander, Kriminolisointiteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. 56–68.

135. Taustalla vaikuttavat OECD:n opit paremmasta sääntelystä. Tutkimussuuntauksen perusteista ks. Auri Pakarinen, Tapaustutkimuksia lainvalmistelun kehittämisestä ja sääntelyn toimivuudesta. Itä-Suomen yliopisto 2012, s. 25–37.

136. Ks. Luc Wintgens, Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence, s. 9–40 teoksessa Luc Wintgens (ed.), Legisprudence: a new theoretical approach to legislation. Hart Publishing 2002, s. 35–38. Wintgens hahmottaa koherenssiongelmiä sääntötason ristiriidat, lainmuutokset ilman riittäviä perusteluja (ajallinen epäkoherenssi), systemaattisen tason epäkoherenssin sekä epäsuhtaan yhteiskuntatodellisuuden kanssa. Ks. myös Svein Eng, Legislative Inflation and the Quality of Law, s. 65–79 edellä mainitussa teoksessa.

137. John Maynard Keynes, The General Theory of Employment, Interest and Money. Palgrave Macmillan 2018 [1936], s. 340: “Practical men, who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influences, are usually the slaves of some defunct economist.”

Research de lege ferenda in procedural law and insolvency law

JAAKKO MARKUS, LL.D., Postdoctoral Researcher, University of Lapland

The article discusses how research of legal policy (de lege ferenda) has been conducted in recent Finnish jurisprudence in the fields of procedural law and insolvency law. First, the author clarifies the concept by discussing its relationship to dogmatic legal research and evaluative socio-legal research. Second, the article reviews recent jurisprudence in order to formulate a descriptive framework of research de lege ferenda. Such a framework contains major choices that a researcher de lege ferenda tends to face. The article is inspired by a model developed by Tuula Linna in the 1980s, yet it departs from Linna's model to recognise the variety of research de lege ferenda. Although such research may be described as analysis of legislative means with respect to goals, some researchers focus on goal setting, discussing the underlying values and policies critically. Other researchers have focused on surveying and analysing alternative means in some detail, using law and economics literature and other socio-legal research. The article aims to improve the self-understanding of Finnish jurisprudence by systematising this complexity under a common framework.

Sosiaalihuollon asiakkaan suostumuksen väärinkäytöstä

HAKUSANAT: suostumus, itsemääräämisoikeus, väärinkäyttö, sosiaalihuolto, teoreettinen lainoppi

1. Johdanto

Sosiaalihuollon asiakkaan suostumus on yksi keskeinen tapa itsemääräämisoikeutta kunnioittavan hoivan toteuttamiseen. Kun hoivatoimenpiteiden lainmukaisuutta arvioidaan jälkikäteen, saatetaan joutua arvioimaan myös suostumuksen oikeudellista merkitystä. Vaikka suostumusta käytetään lähtökohtaisesti itsemääräämisoikeuden edistämiseen, on suostumuksen yksi tehtävä oikeusjärjestyksessä myös puolustautuminen väärintekemiseltä. Toisin sanoen suostumusta käytetään oikeudellisessa argumentaatiossa oikeutusperusteena toiminnalle, joka voitaisiin katsoa muutoin laittomaksi.¹ Niinkin yksinkertainen teko kuin asukkaan oven lukitseminen hoivayksikössä saa aivan erilaisia oikeudellisia merkityksiä riippuen siitä, onko toimenpiteelle asiakkaan suostumus vai ei – onko kyse itsemääräämisoikeuden edistämisestä, rajoittamisesta tai jopa vapaudenriistosta?²

Kun suostumusta pyydetään julkisen vallan vastuulla oleviin hoivatoimenpiteisiin, on suostumuksessa kyse korostuneesti julkisen ja yksityisen väliseen suhteeseen liittyvästä oikeutusperusteesta, jolla voidaan vastuuttaa sosiaalihuollon asiakasta ongelmallisilla tavoilla tai hämärtää julkisen vallan vastuuta hoi-
vasta. Suostumuksen antaminen voikin tarkoittaa myös sitä, että yksilön katso-

* *Marlon Moilanen*, OTM, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto. Kiitän lämpimästi Toomas Kotkasta ja Ida Koivistoa käsikirjoituksesta annetuista kommentaiteista. Kiitän myös nimettömiä vertaisarvioitsijoita arvokkaista huomioista.

1. Ks. Deryck Beyleveld – Roger Brownsword, *Consent in the Law*. Bloomsbury Publishing 2007, s. 336; Neil Manson – Onora O’Neill, *Rethinking Informed Consent in Bioethics*. Cambridge University Press 2007, s. 187; Alasdair Maclean, *Magic, Myths, and Fairy Tales: Consent and the Relationship Between Law and Ethics*, s. 111–134 teoksessa Michael Freeman (ed.), *Law and Bioethics*. Oxford University Press 2008, s. 112–113; Tom O’Shea, *Consent in History, Theory and Practice*. Essex Autonomy Project 2012; Heidi Hurd, *The Normative Force of Consent*. University of Illinois College of Law Legal Studies Research Paper No. 15–36 2015, s. 4, 11–13 ja Heidi Hurd, *The Moral Magic of Consent*. *Legal Theory* 2(2) 1996, s. 123.
2. Ks. esim. EOAK/2788/2022, s. 33 tai EOAK/8165/2020, s. 18–19.

taan heikentäneen omaa mahdollisuuttaan kiistää hoivatoimenpiteen oikeutus jälkikäteen tai luopuneen kyseisestä mahdollisuudesta.³

Sosiaalihuollon asiakkaiden itsemääräämisoikeutta ja suostumusta koskeva oikeudellinen sääntely on jäänyt hyvin avoimeksi ja puutteelliseksi, eikä lainsäädäntö anna juuri vastauksia suostumuksen käyttämiseen jokapäiväisen hoivan kaltaisessa asiayhteydessä. Samaan aikaan eduskunnan oikeusasiamies (EOA) on nostanut puutteet vanhusten oloissa ja kohtelussa yhdeksi keskeiseksi perus- ja ihmisoikeusongelmaksi Suomessa. Yleishallinto-oikeudellisesta näkökulmasta julkisen vallan vastuulla olevassa arkisessa hoivassa on kyse julkisen hallintotohtävän hoitamisesta ja tosiasiallisesta hallintotoiminnasta, joka voi sisältää myös eriasteista julkisen vallan käyttöä.

Suomalaisessa julkisoikeudellisessa doktriinissa yksilön suostumukseen on yleisesti ottaen suhtauduttu hieman ristiriitaisesti hallintotoiminnan oikeutusperusteena. On katsottu varovaisesti, että suostumusta voitaisiin vain poikkeuksellisesti käyttää toimi- ja harkintavallan täydentäjänä erityisesti perus- ja ihmisoikeuksia koskevassa toiminnassa. Eräiden ehtojen vallitessa suostumuksen on sekä oikeuskirjallisuudessa että perustuslakivaliokunnan ja eduskunnan oikeusasiamiehen oikeuskäytännössä katsottu voivan kuitenkin oikeuttaa jopa rajoitustoimenpiteiden kaltaista julkisen vallan käyttämistä. Doktriini jättää paljon avoimia kysymyksiä suostumuksen käyttöalan rajoista, painoarvosta ja pätevyiden ehtojen tulkinnasta pitkäaikaishoivassa, kuten ikääntyneiden ympärivuorokautisessa palveluasumisessa.

Tässä artikkelissa kehitän ja sovellan julkisoikeudellista suostumusdoktriinia sosiaali- ja hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta. Millaisia ongelmia asiakkaan suostumuksen käyttämiseen voi liittyä hoivan oikeuttamisessa? Entä miten suostumusdoktriinia voitaisiin tulkita ja soveltaa asianmukaisemmin ikääntyneiden ympärivuorokautisessa palveluasumisessa?

Tutkimus edustaa teoreettista lainoppia, jossa kehitetään yleisiä oppeja kriittisestä näkökulmasta. Keskityn artikkelissa tutkimaan doktriinin soveltamista erityisesti ikääntyneiden ympärivuorokautisen ja pitkäaikaisen palveluasumisen asiayhteydessä.⁴ Doktriinin kehittämisessä on hyödynnetty relationaaliseen autonomiaan ja haavoittuvuusteoriaan pohjautuvia näkökulmia, joita käytetään lähtökohtina asiakkaan autonomian, hoivaan liittyvän vallankäytön ja oikeudellisen doktriinin välisten suhteiden tunnistamisessa.⁵ Suomalaisessa keskustelussa esimerkiksi *Mäki-Petäjä-*

3. Hurd 2015, s. 5.

4. Ks. määritelmästä sosiaalihuoltolaki (1301/2014) 21 c §.

5. Ks. relationaalisen autonomian tai haavoittuvuusteorian hyödyntämisestä oikeustieteellisessä tutkimuksessa Rosie Harding, *Duties to Care: Dementia, Relationality and Law*. Cambridge University Press 2017, s. 21–26. Tällainen lähestymistapa vaikuttaa esimerkiksi vanhuusoikeudellisessa NORMA tutkimusympäristössä Lundin yliopistossa, ks. Titti Mattsson – Lottie Giertz, *Vulnerability, Law, and Dementia: An Interdisciplinary Discussion of Legislation*

Leinonen on peräänkuuluttanut oikeudellisia keinoja yksilöiden relationaalisen autonomian vahvistamiseen.⁶ Kriittinen näkökulma näkyy tutkimusaseteessa siten, että suostumuksen käyttäminen ymmärretään laitosvaltaa vastustavan tavoitteensa rinnalla yksilön vapautta ja autonomiaa kielenään käyttävänä hallintana, jolla saattaa olla myös sosiaalihuollon asiakkaan riippuvuutta ja ongelmallista kohtelua lisäävä vaikutus.⁷ Kyse on voimassa olevasta oikeudesta käsin tehdystä yleisten oppien kriittisestä kehittämisestä lainsäädännön ollessa avoin ja puutteellinen eikä esimerkiksi kovin radikaalista *de lege ferenda* -ehdotuksesta.⁸

Itsemääräämisoikeuden tiedollisen ulottuvuuden ja kompetenssin sijaan doktriinin kehittämisessä keskeistä pitäisi olla vallankäytön intensiteetin ja asiakkaan riippuvuuden huomioiminen asiakkaan suostumuksen käyttöalan, painoarvon ja pätevyuden ehtojen määrittelyssä. Suhteutan systematisoinnissa suostumuksen käyttöalan rajat, painoarvon ja pätevyuden ehdot hallintotoiminnan vallankäytön intensiteettiin, perusoikeusvaikutuksiin ja asiakkaan riippuvuuteen hoivasta. Mitä voimakkaammasta vallankäytöstä hoivatoimenpiteessä on kyse, sitä varovaisemmin on suhtauduttava asiakkaan suostumukseen oikeutusperusteena. Samoin mitä riippuvaisempi asiakas on hoivaolosuhteistaan, sitä pidättyvämmän suostumukseen on suhtauduttava harkintavallan käyttöä ohjaavana tekijänä. Nähdäkseni tämä on perusteltua ikääntyneiden henkilöiden palveluasumisessa, jotta oikeudellinen suoja ja hoivatoimenpiteen tarkempi sisällöllinen arviointi kohdistuisivat tilanteisiin, joissa vallankäyttö on intensiivistä tai asiakkaan riippuvuus korostunutta. Periaatteellisesti kyse on sosiaalihuollon asiakkaan suojelun ja vapauden välisen jännitteen tasapainottamisesta, mutta myös julkisen ja yksityisen välisen vastuun määrittämisestä.

Artikkelissa esitetyillä huomioilla on merkitystä yleisesti haavoittuvassa asemassa olevien sosiaalihuollon asiakasryhmien kannalta. Asiakkaan suostumuksen väärinkäytöstä tässä esitetyjä systematisointeja ei voida kuitenkaan välttämättä soveltaa sellaisenaan muilla sosiaalihuollon tai hallinnon aloilla, vaikka ne voivat toimia inspiraationa vastaavien kysymyksenasettelujen esittä-

and Practice. Theoretical Inquiries in Law 21(1) 2020. Ks. myös Paul Tiensuu – Maija Aalto-Heinilä – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Johdanto: itseys, autonomia ja itsemääräämisoikeus, s. 7–50 teoksessa Paul Tiensuu – Maija Aalto-Heinilä – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen (toim.), Itsemääräämisoikeus: teoriasta käytäntöön. Vastapaino 2023, s. 27.

6. Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Autonomia relaatioissa – ikääntyvien ihmisten kokemuksia autonomiansa toteutumisesta, s. 349–363 teoksessa Paul Tiensuu – Maija Aalto-Heinilä – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen (toim.), Itsemääräämisoikeus: teoriasta käytäntöön. Vastapaino 2023, s. 362.

7. Ks. Ida Koivisto, Ohjattua vapautta? Itsemääräämisoikeus hallinnan välineenä. Lakimies 6/2018, s. 627–650; valtaherkstä lainopista Marlon Moilanen, Kohti uutta sosiaalioikeudellista lainoppia. Oikeus 4/2020, s. 404–424 ja vapauden ja kurinpidollisen hallinnan suhteesta esim. Nikolas Rose, Powers of Freedom. Cambridge University Press 1999, s. 69–78.

8. Ks. *de lege ferenda* -tutkimuksen radikaalista potentiaalista Minni Leskinen, *De lege ferenda* -tutkimuksesta metodina ja tieteenä. Lakimies 7–8/2022, s. 1158–1185.

miselle. Valitettavasti artikkelin laajuuden rajoissa ei ole ollut myöskään mahdollista käsitellä kattavasti monia tärkeitä pätevyyden osakysymyksiä, kuten suostumuksen nimenomaisuuden, täsmällisyyden tai voimassaolon määrittelyä eri tyyppitilanteissa. Käsitelen kuitenkin ohimennen (kvasi-)sopimuksellisiin instrumentteihin ja hoivatahtoon liittyviä ongelmia suhteessa suostumuksen väärinkäyttöön.

Artikkelin 2. luvussa käsitellään aluksi suostumuksen taustalla olevia yksilön autonomiaan liittyviä oletuksia, joiden kriittistä arviointia hyödynnetään doktriinin kehittämisen lähtökohtana. Sen jälkeen systematisoidaan suostumusta koskevaa julkisoikeudellista doktriinia tarkastelemalla perustuslakivaliokunnan ja eduskunnan oikeusasiamiehen oikeuskäytäntöä. Ehdotan 3. luvussa tulkintamallia asiakkaan suostumuksen väärinkäytöstä ikääntyneiden ympärivuorokautisessa palveluasumisessa ja konkretisoin samalla esittämiä huomioiden käytännön soveltamista. Johtopäätöksissä (4. luku) tuon käsitellyt asiat yhteen ja pohdin lyhyesti, miten tulevaisuudessa asiakkaan itsemääräämisoikeutta kunnioittavaa oikeudellista hallintaa tulisi kehittää.

2. Asiakkaan suostumus: autonomiaa vai hallintaa?

2.1. Itseään hallitsevasta yksilöstä valtasuhteiden tunnistamiseen

Itsemääräämisoikeudesta on tullut viime vuosikymmeninä keskeinen sosiaalihuollon asiakkaiden hoivaa koskeva puhetapa ja oikeudellisen hallinnan lähtökohta. Itsemääräämisoikeuden merkityksen kasvu näkyy käytännössä esimerkiksi lakien tavoitesäännöksissä, menettelyvelvoitteissa ja rajoitustoimien pidesääntelyn laajentumisessa sosiaalihuollon eri aloilla. Myös sosiaali- ja hallinto-oikeudellisessa tutkimuksessa kysymys itsemääräävästä jopa kuluttajaan rinnastetusta asiakkaasta on noussut uudenaikaiseksi aiheeksi.⁹ Julkisoikeudelli-

9. Heidi Vanjusov, Asiakkaan osallisuus itsemääräämisoikeuden ilmentäjänä päihdepalveluissa, s. 303–328 teoksessa Paul Tiensuu – Maija Aalto-Heinilä – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen (toim.), *Itsemääräämisoikeus: teoriasta käytäntöön*. Vastapaino 2023; Laura Kalliomaa-Puha, *Asiakas on aina oikeassa – vai onko?*, s. 274–291 teoksessa Laura Kalliomaa-Puha – Toomas Kotkas – Marketta Rajavaara (toim.), *Harkittua? Avauksia sosiaaliturvan harkintavallan tutkimukseen*. Kelan tutkimusosasto 2014; Laura Kalliomaa-Puha, *Vanhaille ja sairaille sopivaa? Omaishoitotosopimus hoivan instrumenttina*. Kelan tutkimusosasto 2007, s. 142; Anja Karvonen-Kälkäjä, *Unohtuuko vanhuus? Oikeustieteellinen tutkimus hallintosopimuksen asianosaissuhteista vanhuksen vaikuttamismahdollisuuden näkökulmasta*. Vanhustyön keskusliitto 2012, s. 310; Toomas Kotkas, *Sopimuksellisuus sosiaalioikeudessa – esimerkkinä julkisen työvoimapolvelun ja työttömyysturvan asiakassuunnitelmat*. Lakimies 7–8/2018, s. 1187–1204 ja John Clarke – Morag McDermond – Jane Newman, *Delivering Choice and Administering Justice: Contested*

sesta näkökulmasta itsemääräämisoikeus tarkoittaa yksilön vapautta määrätä itsestään, omasta elämästään ja toimistaan ilman, että ulkopuoliset tekijät estävät tahdonmuodostusta.¹⁰ Kun itsemääräämisoikeus ymmärretään myös laitosisolosuhteissa asuvien ihmisten oikeutena säilyttää vapaus elää mahdollisimman omannäköistä elämää, on itsemääräämisoikeutta pidettävänä tärkeänä vastavoimana julkisen hoivan paternalistista historiaa vasten.¹¹ Itsemääräämisoikeuden edistäminen edellyttää silloin laitosisoluinten käytänteiden purkamista ja yksilöllisemmän hoivan toteuttamista.¹²

Suostumuksen käyttämisen tarkoitus on edistää sosiaalihuollon asiakkaan itsemääräämisoikeutta. Suostumusta voidaan pyytää yksittäisiä hoivatoimenpiteitä toteutettaessa tai esimerkiksi välillisesti hoivakäytäntöjä erilaisiin suunnitelmiin yhteisymmärryksessä kirjattaessa sekä muiden sopimuksellisten käytäntöjen välityksellä. Sinänsä arvokkaista tarkoituksistaan huolimatta suostumus on kuitenkin myös autonomiaa kielenään käyttävä vallankäytön tekniikka, jonka vaaroja ovat yksilön liiallinen vastuullistaminen ja erityisesti julkisen hoivan yhteydessä myös julkisen vallan vastuun hämärtyminen. Suostumus voi jälkikäteisessä laillisuusarvioinnissa toimia oikeutusperusteena, eräänlaisena vastuusta vapauttajana tai vastuun heikentäjänä, kun asiakkaan katsotaan suostumuksellaan sallineen hoivatoimenpiteitä tai -käytäntöjä.¹³ *Hurd* on kuvannut suostumuksen normatiivista vaikutusta jopa taianomaisena, koska se muuttaa toiminnan oikeudelliseettistä arviointia niin merkittävästi.¹⁴ Näyttääkin siltä, että suostumus ei aina lisää asiakkaan oikeuksia vaan se voi myös poistaa tai heikentää julkisen vallan velvollisuuksia.

Logics of Public Services, s. 25–45 teoksessa Michael Adler (eds), *Administrative Justice in Context*. Hart Publishing 2010.

10. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 42; Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista sekä sosiaalihuoltolain muuttamisesta ja eräiksi niihin liittyviksi laeiksi 137/1999 vp, s. 22, jossa erotellaan sisäinen ja ulkoinen itsemääräämisoikeus; ks. myös Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli Pekka Viljanen, *Perusoikeudet*. Alma Talent 2020, luku III.1.

11. George Agich, *Dependence and Autonomy in Old Age: An Ethical Framework for Long-term Care*. Cambridge University Press 2003, s. 177; Sheila McLean, *Autonomy, Consent and the Law*. Taylor & Francis Group 2009, s. 13; Karvonen-Kälkäjä 2012, s. 147 ja Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, *Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 11–15.

12. Ks. *laitosisoluinta opeista* Kaarlo Tuori – Toomas Kotkas, *Sosiaalioikeus*. Alma Talent 2016, s. 642 ja Liisa Nieminen, *Laitosisoluinta hylkääminen: alku perusoikeuksien uudelle aikakaudelle*, s. 11–36 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Olli Mäenpää – Tuomas Ojanen (toim.), *Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009.

13. *Beyleveld – Brownsword* 2007, s. 336 ja *Manson – O’Neill* 2008, s. 187. Ks. myös analogisesti rikosoikeuden asiayhteydessä esim. Vera Bergelson, *The Defense of Consent*, s. 629–654 teoksessa Markus Dubber – Tatjana Hörnle (eds), *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press 2014, s. 651.

14. *Hurd* 1996, s. 121 ja *Hurd* 2016, s. 2.

Itsemääräämisoikeuteen ja suostumukseen liittyvät ongelmat korostuvat oikeustilan ollessa avoin ja puutteellinen. Vaikka sosiaalihuollon asiakkaan itsemäärääminen on vakiinnuttanut paikkansa sosiaali- ja vanhuus oikeudellisena oikeusperiaatteena, asiakkaan suostumusta ei ole lailla säännelty jokapäiväisen hoivan kaltaisessa hallintotoiminnassa.¹⁵ Asiakkaiden ja potilaiden itsemääräämisoikeutta koskevaa (yleis)lainsäädäntöä on valmisteltu yli vuosikymmen, ja sääntely näyttää toteutuvan ainakin tällä hetkellä lähinnä vaihteittain asiakasryhmä kerrallaan.¹⁶ Vanhustenhuollossa itsemääräämisoikeutta ja suostumusta koskeva sääntely on jäänyt erityisen puutteelliseksi.¹⁷ Samaan aikaan eduskunnan oikeusasiamies on nostanut puutteet vanhusten oloissa ja kohtelussa yhdeksi keskeiseksi perus- ja ihmisoikeusongelmaksi Suomessa.¹⁸

Yleistä tukea itsemääräämisoikeuden edistämiseen löytyy toki ihmisoikeuksista, perustuslaista (731/1999), sosiaalihuollon yleislaeista ja proseduraalisista säännöksistä, joiden voidaan katsoa suuntaavan hallintoa suostumuksen käyttämiseen.¹⁹ YK:n yleissopimuksessa vammaisten henkilöiden oikeuksista yksilön itsemääräämisoikeuden kunnioittaminen – mukaan lukien vapaus tehdä omat valintansa – on yksi sopimuksen keskeisistä yleisperiaatteista, ja se pyritään toteuttamaan muun muassa tuetun päätöksenteon korostamisella. Perustuslain 7 § toimii tärkeänä periaatteellisena lähtökohtana asiakkaan suostumuksen edistämiseksi, koska perusoikeusuudistuksen esitöiden perusteella säännökseen sisältyvä oikeus henkilökohtaiseen vapauteen suojaa yleisperusoikeutena fyysisen vapauden ohella myös ihmisen tahdonvapautta ja itsemääräämisoikeutta.²⁰ Samainen säännös sisältää myös ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kiellon, joka voi asettaa rajoja suostumuksen käyttämiselle.²¹ Lisäksi perustuslain 19 §:n 2 momentin tarkoittamat riittävät sosiaalihuollon palvelut on kytketty lain esitöissä nimenomaisesti toimimiseen yhteiskunnan täysivaltaisena jäsenenä.²² Arvo- ja

15. Ks. itsemääräämisperiaatteesta Tuori – Kotkas 2016, s. 200, 508.

16. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sosiaalihuollon asiakkaan ja potilaan itsemääräämisoikeuden vahvistamisesta ja rajoitustoimenpiteiden käytön edellytyksistä sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi 108/2014 vp ja Asiakkaan ja potilaan itsemääräämisoikeuden vahvistamisen tiekartta – suunnitelma jatkovalmistelun pohjaksi 1.6.2021. Sosiaali- ja terveysministeriö.

17. Ks. oikeustilan epäselvyydestä esim. Karvonen-Kälkäjä 2012, s. 243–245 ja Tuori – Kotkas 2016, s. 691–698.

18. Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2022, s.112.

19. Sosiaalihuoltolain (1301/2014) 4 §; Sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista annetun lain (812/2000) 4 ja 8 § sekä Hallituksen esitys eduskunnalle sosiaalihuoltolaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 164/2014 vp, s. 100.

20. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 46.

21. Ks. ihmisarvoa rajoittavan vaikutuksen ja autonomian välisestä suhteesta Hanna-Maria Niemi, Ihmisarvo perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä. Lakimies 3–4/2019, s. 337–362, 343, 351.

22. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 71; Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ikääntyneen väestön toimintakyvyn

tavoitesidonnainen sääntely ei kuitenkaan riitä tuottamaan kovin selkeää oikeussuojaa erityisesti tilanteissa, joissa sosiaalihuollon asiakkaat ovat huomattavan riippuvaisia hoivasta.²³ Kun oikeustila on avoin ja toisaalta hallinto tuottaa systemaattisesti puutteellisia hoivaolosuhteita vanhuksille, ei suostumuksen käyttämiseenkään voida suhtautua varauksetta sen itsemääräämisoikeuden edistämiseen liittyvistä tavoitteista huolimatta.

Koivisto on kuvannut itsemääräämisoikeuden ilmenevän oikeusjärjestyksessä sekä liberaalina että sosiaalisena varianttina, jotka heijastavat hieman erilaisia mutta toisiinsa kytkeytyviä ihmiskuvia ja logiikoita.²⁴ Itsemääräämisoikeutta koskevat oikeudelliset oletukset tuottavat normalisoivaa hallintaa, jonka ideaalit voivat olla varsin kaukana todellisesta elämästä.²⁵ Kuitenkin nämä oletukset heijastuvat myös lainsäädännössä, oikeuskäytännössä ja oikeudenalojen yleisissä opeissa. Oikeudellisen hallinnan näkökulmasta on olennaista huomata, että suostumuksen käyttäminen ja sillä hoivan oikeuttaminen eivät pelkästään edistä itsemääräämisoikeutta vaan myös olettavat ja pyrkivät luomaan subjektinaan erityisillä tavoilla itsemäärääviä yksilöitä. Tämän vuoksi suostumuksen ongelmat kytkeytyvät oikeuskulttuurin tasolla itsemääräämisoikeuden taustalla oleviin yksilön autonomiaa ja erityisesti haavoittuvassa asemassa olevien ihmisten autonomiaa koskeviin oletuksiin. Suostumuksen ongelmien syvällisemmän paikantamisen ja doktriinin kehittämisseurannan perustelemiseksi tarkastelen seuraavaksi pitkäaikaishoivaan liittyviä yksilön autonomiaa koskevia oletuksia sekä mahdollisuutta sisäistää suostumusdoktriinin kehittämisessä perinteistä autonomiakäsitystä laajempi relationaalinen autonomiakäsitys.

Suostumuksen voidaan katsoa liittyvän kiinteästi liberaalin yhteiskuntajärjestyksen oletuksiin, joiden keskiössä on ihanne toimintakykyisestä itseään ja elämäänsä hallitsevasta vapaasta kansalaisesta. Oikeudellisesti autonomia ymmärretään silloin klassisesti ennen kaikkea yksilön negatiivisena vapautena ja suostumus rationaalista harkintaa edellyttävänä kykyinä sallia toiminta, joka muutoin lähtökohtaisesti loukkaisi yksilön vapauksia ja oikeuksia.²⁶ 2020-luvulla

tukemisesta sekä iäkkäiden sosiaali- ja terveyspalveluista annetun lain muuttamisesta 4/2020 vp, s. 104 ja samoin ESP 23 artiklan osalta ks. *Digest of the case law of the European committee of social rights* (2022), s. 178.

23. Marja Pajukoski, *Mitä oikeusturva on?*, s. 20–41 teoksessa Marja Pajukoski (toim.), *Pääseekö asiakas oikeuksiinsa? Sosiaali- ja terveydenhuollon ulkopuoliset tekijät -työryhmän raportti III*, s. 23.

24. *Koivisto* 2018, s. 631–632.

25. Ks. Ida Koivisto – Pauli Rautiainen, *Valtio yksikön itsemääräämisoikeuden määrittäjänä*, s. 183–207 teoksessa Paul Tiensuu – Maija Aalto-Heinilä – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen (toim.), *Itsemääräämisoikeus: teoriasta käytäntöön*. Vastapaino 2023, s. 190.

26. Ks. *autonomian ja liberalismien suhteesta* Mary Donnelly, *Healthcare Decision-Making and the Law: Autonomy, Capacity and the Limits of Liberalism*. Cambridge University Press 2010, s. 19; Margaret Hall, *Relational Autonomy, Vulnerability Theory, Older Adults and The Law: Making It Real*. *Elder Law Review* 12(1) 2019, s. I–XXII, 5–7; Jonathan Herring – Jesse Wall,

suostumuksen käyttäminen pitkäaikaishoivassa toteuttaa samaa neoliberaalia vapaaehtoisuuden logiikkaa kuin (kvasi)sopimuksellisuus, osallistaminen ja markkinoistuminen.²⁷ Näihin liberaaleihin ihanteisiin nähden kykenemättömiksi tai muutoin epänormaaleiksi määritellyt – esimerkiksi laitososuhteissa asuvat ihmiset – on voitu nähdä joko poikkeuksellisenä ryhmänä, johon voidaan paternalistisesti soveltaa normaaleista poikkeavia oikeudellisia lähtökohtia, tai sitten heihin on sovellettu liberaalia ihannetta vastaavaa autonomiakäsitystä, joka asettaa sopimattomat kriteerit heidän ongelmiansa hallinnalle.²⁸ *Donnelly* on kuvannut osuvasti, että perinteinen liberaali ajattelutapa ikään kuin menettää kiinnostuksensa yksilöön siinä vaiheessa, kun tämä on todettu toimintakyvyttömäksi – siirtäen tämän edun arvioinnin muille, jotka vastaavat paremmin toimintakykyisyyden ihanteita.²⁹

Suomalaisessa sosiaalioikeudessa liberaali autonomiakäsitys näkyy esimerkiksi vanhuusoikeuden yleisissä opeissa ja potilasoikeudellisessa opissa tietoon perustuvasta suostumuksesta. Terveenä ilmaistun tahdon ja oletetun terveen tahdon kunnioittamisen periaatteet heijastavat mallia, jossa itsemääräämisoikeuden edistäminen kiinnittyy yksilön rationaalisenä pidettyyn päätöksentekoon.³⁰ Tämä näkyy vaikkapa siinä, miten suuri merkitys oikeudelliselle ennakoinnille hoito- tai hoivatahdon muodossa annetaan lähtökohtaisesti oikeudellisessa ajattelussa.³¹ Samoin tietoon perustuvan suostumuksen periaate – suostumuksen pätevyyden ehtoja koskevana oppina – kietoutuu ensisijaisesti potilaalle annettavan tiedon riittävyden, tiedonantamistapojen ja potilaan ymmärryskyvyn määrittämisen ympärille. Voidaan ajatella, että kriteerien muotoilun taustalla vaikuttaa

- Autonomy, Capacity and Vulnerable Adults: Filling the Gaps in the Mental Capacity Act. *Legal Studies* 35(4) 2015, s. 698–719, 702 ja Agich 2003, s. 83.
27. Kenneth Veitch, Law, Social Policy, and the Neoliberal State (Version 1). Sussex University 2017, s. 10; Kotkas 2018 ja Minna Zechner – Lena Näre – Olli Karsio – Antero Olakivi – Liina Sointu – Hanna-Kaisa Hopponia – Tiina Vaittinen, *The Politics of Ailment: A New Approach to Care*. Bristol University Press 2022, s. 43.
28. Hall 2019, s. 3.
29. Mary Donnelly, A Legal Overview, s. 271–281 teoksessa Charles Foster – Jonathan Herring – Israel Doron (eds), *The Law and Ethics of Dementia*. Hart Publishing 2014, s. 273 ja samoin Jonathan Herring, *Legal issues surrounding dementia*. *Elder Law Journal* (2) 2011, s. 182–189, 182.
30. Ks. periaatteista Mäki-Petäjä-Leinonen 2017, s. 41 ja Mäki-Petäjä-Leinonen 2003, s. 267.
31. Ks. erilaisista suhtautumistavoista Tiensuu ym. 2023, s. 35–37; kriittisestä suhtautumisesta Jonathan Herring, *Losing it? Losing What? The Law and Dementia*. *Child and Family Law Quarterly* 21(1) 2009, s. 3–29, 19; Hall 2019, s. 22; vrt. Ronald Dworkin, *Life's dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. HarperCollins 1993 tai Henna Nikumaa, *Muistisairaana autonominen toimijuus – sairastuneen yksilölliset ja termisidonnaiset kokemukset*, s. 365–390 teoksessa Paul Tiensuu – Maija Aalto-Heinilä – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen (toim.), *Itsemääräämisoikeus: teoriasta käytäntöön*. Vastapaino 2023, s. 386. Vuonna 2018 rautuneen asiakas- ja potilaslain uudistuksen valmistelussa hoitotahtoon liitetyille hoivatoiveille annettiin ehdotuksessa ”sitova” merkitys (Alustava luonnos: Asiakas- ja potilaslaki 25.4.2018).

liberaali sopimusteoreettinen autonomisen yksilön olettava ideaalimalli, jossa tiedon pitäisi siirtyä neutraalisti lääkäriltä vapaalle yksilölle, jonka taas oletetaan kykenevän rationaaliseen itsenäiseen harkintaan, valinnan tekemiseen ja lopulta suostumuksen ilmaisemiseen.³²

Tällaiset oletukset eivät sovellu kovin hyvin asiakkaiden itsemääräämisoikeuden edistämiseen pitkäaikaishoivassa. Ensinnäkin jokapäiväistä hoivaa koskeva asiakkaan harkinta nojaa usein viime kädessä arvostuksenvaraisempiin seikkoihin kuin tietoon perustuvaa suostumusta terveydenhuollossa harkittaessa.³³ Toiseksi monilla pitkäaikaishoivan asiakkailla ei välttämättä ole sellaista päätöksentekokykyä, jonka perinteisessä mallissa oletetaan olevan pätevän suostumuksen pohjana.³⁴ Kolmanneksi ympärivuorokautisen sosiaalihuollon asiakas on yleensä kokonaisvaltaisemmin ja pitkäaikaisemmin riippuvainen hoivaolosuhteista, henkilökunnasta ja muutoin saamastaan tuesta kuin mitä esimerkiksi yksittäisestä terveydenhuollon toimenpiteestä päätettäessä potilas on. Ylipäätään suostumuksen käyttämisen ongelmat saattavat liittyä jokapäiväisessä huolenpidossa enemmän toimijuutta heikentäviin valta- ja olosuhteisiin kuin yksilön kykyyn harkita tiettyjen rationaalisuuden ja normaaliuden ihanteiden mukaisesti. Käytännössä viitataan ennen kaikkea elämiseen suljetussa ympäristössä, asiakkaan riippuvuuteen laitoksen henkilökunnasta ja toiminnan hallinnollisiin, taloudellisiin ja oikeudellisiin rakenteisiin, joihin lasken myös oikeudellisen sääntelyn, valvonnan ja doktriinin.³⁵

Oikeudellisen doktriinin näkökulmasta suppea liberaali autonomiakäsitys voi aiheuttaa yleisten oppien liiallista keskittymistä yksilön kognitiivisen päätöksentekokykyyn tai riittävän tiedonsaannin määrittelyyn sekä joustamattomiin jakoihin normaalin ja epänormaalin, esimerkiksi toimintakyvyn ja -kyvyttömyyden, välillä. *Mattssonin* ja *Giertzinin* tutkimuksen perusteella ruotsalaisessa vanhustenhuollossa itsemääräämisoikeuden tiukka tulkinta yhdessä epäselvän lainsäädännön kanssa on johtanut laiminlyönteihin palvelujen saamisessa.³⁶ Samoin Suomessa sosiaalihuollon asiakkaan itsemääräämisoikeutta ja suostumusta koskeva lainsäädäntö on hyvin avointa ja puutteellista, eikä ole nähdäkseni syytä uskoa, etteikö samankaltaisia autonomiakäsityksiin kytkeytyviä ongelmia olisi suomalaisessa vanhustenhuollossa ja sen oikeudellisessa hallinnassa.

Haavoittuvassa asemassa olevia ihmisiä ja pitkäaikaishoivaa koskevassa tutkimuskirjallisuudessa päädytään varsin säännönmukaisesti siihen, että sup-

32. Manson – O’Neill 2007, s. 1–2, 48–49, 68 ja Donnelly 2010, s. 22.

33. Perttola 2018, s. 137–138.

34. Karvonen-Kälkäjä 2012, s. 243.

35. Ks. Terry Carney, *People with Dementia and Other Cognitive Disabilities: Relationally Vulnerable or a Source of Agency and Care?* *Elder Law Review* 12(1) 2019, s. 1–21, 17 ja Charles Lidz – Lynn Fischer – Robert Arnold, *The Erosion of Autonomy in Long-Term Care*. Oxford University Press 1992, s. 175.

36. Mattsson – Giertz 2020, s. 154–156.

pea liberaali autonomiakäsitys ja sitä heijastavat joustamattomat oikeudelliset lähtökohdat ovat riittämättömiä ihmisten ongelmien hahmottamisessa ja ratkaisemisessa.³⁷ Vaihtoehtoisia tarkastelutapoja ovat muun muassa välittämisen etiikkaan, relationaaliseen autonomiaan ja haavoittuvuusteoriaan pohjautuvat lähestymistavat, joissa autonomisen päätöksenteon katsotaan edellyttävän suhteita muihin ihmisiin ja yhteiskuntaan tai vähintäänkin autonomian toteutuminen ymmärretään riippuvaisena näistä suhteista. Yksilöä ei lähestytä abstraktina vapaana kansalaisena, vaan hänet ymmärretään jo lähtökohdiltaan yleisinhimillisellä tavalla haavoittuvana ja hänen päätöksentekonsa merkitystä tarkastellaan todellisissa olosuhteissaan asiayhteysidonnaisesti.³⁸ *Harding* on esittänyt, että relationaalinen autonomia voitaisiin ymmärtää linssinä tai näkökulmana, joka suuntaa huomioimaan ihmisen jokapäiväiseen elämään kietoutuvat valtarakenteet hoivassa.³⁹ Samansuuntaisesti *Mattson* ja *Katzin* ovat todenneet haavoittuvuusteorian auttavan paljastamaan oikeusjärjestyksen subjektia koskevia oletuksia, kuten riippuvainen stigmatisoitu ja riippumaton autonominen.⁴⁰ Sosiaalityön professori *O'Connor* on korostanut dementiaa sairastavien sosiaalisen kansalaisuuden näkökulmasta tarvetta tunnistaa tapaus- ja asiayhteyskohtaisemmin myös sosiokulttuuriseen kontekstiin liittyviä valtasuhteita.⁴¹ Mitä tämä haaste voisi tarkoittaa itsemääräämisoikeuden edistämiseen pyrkivälle sosiaalioikeu-

37. Ks. esim. Hall 2019, s. 14; Donnelly 2010; Herring 2011, s. 182; Herring 2009, s. 11 ja Catriona Mackenzie, The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability, s. 33–59 teoksessa Catriona Mackenzie – Wendy Rogers – Susan Dodds (eds), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*. Oxford University Press 2013, s. 36.
38. *Harding* 2017, s. 17; *Mattson – Giertz* 2020, s. 145–146; *Herring – Wall* 2015; *Carney* 2019; *Claire Murray*, Why Care About Carers, s. 42–52 teoksessa *Mary Donnelly – Claire Murray* (eds), *Ethical and Legal Debates in Irish Healthcare: Confronting Complexities*. Manchester University Press 2016, s. 41; *Mackenzie* 2013, s. 42; laajasta tai moniulotteisesta autonomiakäsityksestä feministisen filosofian näkökulmasta *Catriona Mackenzie*, Feminist innovation in philosophy: Relational autonomy and social justice. *Women's Studies International Forum* 72 2019, s. 144–151, 147; käytännöllisemmin esimerkiksi *Katri Löhmus*, Caring Autonomy: European Human Rights Law and the Challenge of Individualism. *Cambridge University Press* 2015, s. 28, 202, joka on kehitelty välittämisen etiikkaa ja perinteistä rationaalisuutta yhdistävää Caring autonomy -käsitettä EIT:n ratkaisukäytäntöä koskevassa tutkimuksessaan; samoin *McLean* 2009, s. 27 suostumuksen näkökulmasta; *Lidz* ym. 1992, s. 19 tai *Agich* 2003, s. 123 pitkäaikaishoivan yhteydessä.
39. *Harding* 2017, s. 22–26, 35.
40. *Titti Mattson – Mirjam Katzin*, Vulnerability and ageing, s. 113–131 teoksessa *Ann Numhauser-Henning*, *Elder Law: Evolving European Perspectives*. Edward Elgar Publishing 2017, s. 120–121 ja samoin *Mackenzie* 2013, s. 36.
41. *Deborah O'Connor*, Practising Social Citizenship in a Context of Compromised Decision-Making Capacity: Realizing and Protecting Human Rights. *Elder Law Review* 12(1) 2019, s. VI–XV, 9 ja *Deborah O'Connor – Mariko Sakamoto – Kishore Seetharam – Habib Chaudbury – Alison Phinney*, Conceptualizing citizenship in dementia: A scoping review of the literature. *Dementia* 21(7) 2022, s. 2310–2350, 2343.

delliselle ajattelulle? Kuinka sosiaalihuollon asiakkaan suostumusta pitäisi silloin lähestyä oikeudellisissa doktriinissa?

Perinteistä laajemman autonomiakäsityksen sisäistäminen voisi tarkoittaa sosiaalioikeuden yleisten oppien kehittämisen näkökulmasta vähintäänkin sitä, että sosiaalihuollon asiakasta ei lähestytä niinkään itseään hallitsevana rationaalisenä päätöksentekijänä tai haavoittuvaisena stigmatisoituna kohteena vaan keskitytään myös doktriinin tasolla sellaisiin suostumuksen käyttämisen olosuhteisiin ja vallankäyttölliisiin ulottuvuuksiin, jotka asettavat hänet haavoittuvaksi tai synnyttävät esteitä autonomiselle elämälle. *Rogers, Mackenzie* ja *Dodds* ovat erottaneet haavoittuvuudesta kolme eri ulottuvuutta: sisäisen, tilannesidonnan ja patologisen haavoittuvuuden. Sisäisellä haavoittuvuudella kirjoittajat viittaavat haavoittuvuuteen, joka johtuu sellaisista ominaisuuksista, kuten yksilön terveydentila, ikä tai sukupuoli. Tilannesidonnan haavoittuvuudella taas viitataan tapauskohtaisiin kontekstista määräytyviin olosuhteisiin, kuten taloudellisiin tai sosiaalisiin olosuhteisiin. Patologisella haavoittuvuudella viitataan sosiaalisiin suhteisiin tai rakenteisiin, jotka tuottavat itsessään haavoittuvuutta. Esimerkkinä tästä kirjoittajat mainitsevat myös julkisen vallan interventiot, jotka tarkoittavat hyvää mutta tuottavat vain lisää haavoittuvuutta.⁴² Viimeksi mainitun haavoittuvuuden tuottamiseen voivat kytkeytyä juuri oikeudellisiin instituutioihin liittyvät epärealistiset oletukset, joiden *Dodds* toteaa voivan pahentaa yksilön riippuvuutta, jos ne eivät onnistu tavoittamaan riippuvuuden ja haavoittuvuuden monimutkaisia suhteita.⁴³ Pahimmillaan myös itsemääräämisoikeuden edistämiseen tarkoitettua suostumuksen käyttämisessä voi olla kyse juuri tällaisen rakenteellisen haavoittuvuuden tuottamisesta tai oikeuttamisesta.

Ikääntyneiden henkilöiden pitkäaikaishoivassa asuvat ihmiset ovat usein haavoittuvia kaikilla edellä mainituilla haavoittuvuuden tasoilla. Perinteisen liberaalin autonomiakäsityksen näkökulmasta suostumuksen käyttämisen ongelmat liittyvät ennen kaikkea yksilön normaalista poikkeavaan sairauteen, alentuneeseen päätöksentekokykyyn ja riittävään tiedonsaantiin, jolloin keskiössä on yksilön sisäinen haavoittuvuus. Relationaalisen autonomian näkökulmasta taas ongelmana ovat pikemminkin olosuhteet ja vallankäyttö, jotka aiheuttavat haavoittuvuuden. Tässä artikkelissa suostumusdoktriinia pyritään lähestymään ja kehittämään nimenomaan huomioimalla ensisijaisesti hoivantoimenpiteiden vallankäyttöllinen luonne ja yksilön autonomiaa heikentävät olosuhteet. Näkökulma merkitsee oikeudellisen katseen siirtämistä sosiaalihuollon asiakkaan

42. Wendy Rogers – Catriona Mackenzie – Susan Dodds, Why bioethics needs a concept of vulnerability. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 5(2) 2012, s. 11–38, 24–25 ja Mackenzie 2013, s. 40–41.

43. Susan Dodds, Dependence, Care, and Vulnerability, s. 181–203 teoksessa Catriona Mackenzie – Wendy Rogers – Susan Dodds (eds), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*. Oxford University Press 2013, s. 198.

rationaalisesta päätöksentekokyvystä hänen olo- ja ihmissuhteisiinsa sekä rakenteellisiin valtasuhteisiin.

2.2. Suostumus toimi- ja harkintavallan perusteena?

Oikeudellisesta näkökulmasta suostumuksen ongelmat hahmotetaan ikääntyneiden sosiaali- ja terveydenhuollon asiakkaiden tai potilaiden kyseessä ollessa tyypillisesti yksilön itsemääräämisoikeuden ja suojelun välisenä jännitteenä, jonka keskiössä on asiakkaan ymmärryskyvyn, riittävän tiedonsaannin ja vapaaehtoisuuden määrittäminen.⁴⁴ Kun asiakkaan suostumuksen merkitystä systematisoidaan sosiaali- ja hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta, on asiaa tarkasteltava hieman laajemmin julkisen ja yksityisen väliseen suhteeseen liittyvänä toimi- ja harkintavallan käytön ongelmana. Myös jokapäiväiseen hoivaan liittyvän tosiasiallisen hallintotoiminnan ja siihen sisältyvän (julkisen) vallan käytön pitäisi perustua lakiin ja olla lain sitomaa, vaikka perinteisesti sosiaalihuollossa on haluttu jättää runsaasti harkintavaltaa hoivasta vastaaville viranomaisille ja ruohonjuuritason työntekijöille.⁴⁵ Lainalaisuuteen ja lakisidonnaisuuteen nähden asiakkaan suostumuksen tulisi silti olla poikkeuksellinen hallintotoiminnan oikeutusperuste myös sosiaalihuollossa. Jos kuitenkin suostumusta käytetään toimi- ja harkintavallan perustana, tarkoitussidonnaisuuden periaatteeseen sisältyvät toimivallan väärinkäytön kieltö ja sidonnaisuus hyväksyttäviin tarkoituksiin edellyttävät, että suostumuksen käyttäminen todella vastaa sillä tavoiteltuja päämääriä eli esimerkiksi asiakkaan itsemääräämisoikeuden ja hyvän hoivan toteuttamista.⁴⁶ Suostumuksessa hoivatoimenpiteisiin ei siis ole kyse vain asiakkaan toimintakyvyn ongelmista, vaan myös julkisen vallan käytön sidonnaisuudesta ja sen rajoista.

44. Ks. Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Vanhuusoikeuden perusteet. Alma Talent 2017, s. 30; Mäki-Petäjä-Leinonen 2003, s. 10, 17, 254 ja Laura Perttola, Informoidun valinnan edellytykset vanhuspalveluissa. Oikeus 2/2018, s. 128–154, 131–133. Yleisesti ottaen tietoon perustuvan suostumuksen periaate (informed consent) kiertyy usein juuri yksilön kompetenssin ja riittävän tiedonsaannin kysymysten ympärille, ks. esim. Tuori – Kotkas 2016, s. 519–522; Irma Pahlman, Potilaan oikeudet, luku 4 teoksessa Lasse Lehtonen – Mirva Lohiniva-Kerkelä – Irma Pahlman (toim.), Terveysjuridiikkaa. Alma Talent 2015; Tom Beauchamp, Informed consent: its history, meaning, and present challenges. Cambridge University Press 2011 ja Manson – O’Neill 2007, s. 26–27, 34.

45. Ks. lakisidonnaisuuden haasteista avoimessa oikeustilassa Olli Mäenpää, Yleinen hallinto-oikeus. Alma Talent 2017, s. 143; valvonnan haasteista Virve-Maria Toivonen – Matti Muukkonen – Anna Mäki-Petäjä-Leinonen, Vanhuspalvelujen laatu ja valvonta – käytäntöä ja uudistamistarpeita. Oikeus 2/2021, s. 209–227 ja Marlon Moilanen, Yleisesti hyväksyttävää kasvatusta? Kriittinen tutkimus lastensuojelulaitosten huolenpidon käytäntöjen oikeudellisesta hallinnasta. Oikeus 2/2022, s. 255–280, 259–260.

46. Ks. Mäenpää 2017, s. 157–159.

Suomalaisessa 2000-luvun valtiosääntö-, sosiaali- ja hallinto-oikeudellisessa oikeuskirjallisuudessa yksityisen suostumukseen on suhtauduttu hallintotoiminnan oikeutusperusteena lähtökohtaisesti varovaisesti, mutta tiukkojen ehtojen vallitessa kuitenkin sallivasti. Suostumuksen on voitu tietyin varauksin katsoa mahdollistavan oikeuksien rajoittamisen ja jopa täydentävän tai korvaavan viranomaisen puuttuvaa lakiperustaista toimivaltaa. Suostumuksen käyttöalan rajojen on katsottu tulevan vastaan perusoikeuksien ydinalueella sekä perusoikeuksista luovuttaessa kokonaisuudessaan. Suostumuksen pätevyyden ehtojen tai muodon on nähty muuttuvan toimenpiteen luonteen perusteella.⁴⁷ Viljasen mukaan erityisen ongelmallista on viranomaisen toimivaltanormien korvaaminen suostumuskonstruktioilla tilanteissa, joissa esimerkiksi alisteisen aseman vuoksi suostumuksen vapaaehtoisuutta voidaan epäillä.⁴⁸

Kun lainsäädäntöpohja on avoin, herää hankalia kysymyksiä suostumuksen käytön ongelmista, oikeudellisista edellytyksistä ja rajoista. Kaksisuuntainen suhtautuminen suostumukseen näkyikin myös perustuslakivaliokunnan ja eduskunnan oikeusasiamiehen oikeuskäytännössä. Perustuslakivaliokunta on yleisesti ottaen todennut suhtautuvansa kriittisesti suostumuskonstruktion varaan rakennettuihin sääntelyehdotuksiin.⁴⁹ Valiokunnan mukaan perusoikeussuojaa ei voida millaisessa asiassa tahansa jättää riippumaan asianomaisen suostumuksesta, vaikka henkilön suostumuksella voi sinänsä olla merkitystä valtiosääntö-oikeudellisessa arvioinnissa. Valiokunta on todennut, että perusoikeussuoja ei voi menettää oikeudellisenä kysymyksenä merkitystään pelkästään siksi, että laissa säädetään jonkin toimenpiteen vaativan kohdehenkilön suostumuksen.⁵⁰ Suostumus ei voi toimia valiokunnan mukaan yksinomaisena oikeutusperusteena etenäkään silloin, kun kysymys on varsin voimakkaasti yksityiselämään ja henkilökohtaiseen koskemattomuuteen kohdistuvasta toimenpiteestä.⁵¹

Suostumuksen merkitys oikeudellisen hyväksyttävyyden yhtenä tekijänä jää kuitenkin melko tulkinnanvaraiseksi kysymykseksi. Suostumuksen käyttö-

47. Ks. Mäenpää 2017, s. 277–280; Olli Mäenpää, Hallinto-oikeus. Alma Talent 2023, luku II.6; Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Alma Talent 2001, s. 109–112 ja Tuori – Kotkas 2016, s. 651–652.

48. Viljanen 2001, s. 109–112.

49. PeVL 30/2010 vp (HE 17/2010 vp valvontarangaistusta ja sähköistä valvontaa avolaitoksissa koskevaksi lainsäädännöksi), s. 7.

50. Ks. esim. PeVL 19/2000 vp (HE 39/2000 vp laiksi valtioneuvoston tarkastusvirastosta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi), s. 3; PeVL 18/2010 vp (HE 106/2009 vp laiksi ampuma-asetlain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta sekä kansainvälisen järjestäytyneen rikollisuuden vastaisen Yhdistyneiden Kansakuntien yleissopimuksen ampuma-aseiden, niiden osien ja komponenttien sekä ampumatarvikkeiden laittoman valmistuksen ja kaupan torjumista koskevan lisäpöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi lisäpöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta), s. 4 ja PeVL 4/2013 vp (HE 140/2012 vp valvottua koevapautta koskevaksi lainsäädännöksi), s. 4.

51. PeVL 4/2013 vp, s. 5.

alan ja painoarvon määrittelyn sijaan valiokunnan doktriinissa on keskitytty asettamaan oikeudellisia ehtoja suostumuksen pätevyuden sääntelylle, jonka tapauskohtaiseen arviointiin doktriini näyttääkin usein ohjaavan. Suostumuksen pätevyuden ehtojen osalta valiokunta on johdonmukaisesti edellyttänyt suostumuksenvaraisesti perusoikeussuojaan puuttuvalta lailta muun muassa tarkkuutta ja täsmällisyyttä, säännöksiä suostumuksen antamisen ja sen peruuttamisen tavasta samoin kuin suostumuksen aitouden ja vapaaseen tahtoon perustuvuuden varmistamista.⁵² Näiden edellytysten vallitessa valiokunta on myös hyväksynyt suostumuksen varaan nojaavia sääntelyehdotuksia.⁵³ Suostumuksen vapaaehtoisuuden ja aitouden arvioinnissa valiokunta on kiinnittänyt huomiota siihen, millaisiin tosiasiallisiin ja oikeudellisiin seurauksiin suostuminen tai kieltäytyminen johtaisi. Käytännössä valiokunta on arvioinut esimerkiksi sitä, johtaisiko kieltäytyminen automaattisesti haetun luvan epäämiseen, oletukseen tietystä ihmisen kannalta epäedullisesta oikeudellisesta asemasta tai toisaalta siihen, johtaisiko suostuminen jonkin merkittävän edun saamiseen.⁵⁴

Perustuslakivaliokunta ei ole arvioinut suostumuksen merkitystä nimenomaan ikääntyneiden palveluasumisessa tai muussa ympärivuorokautisessa sosiaalihuollossa. Sen sijaan eduskunnan oikeusasiamies on käsitellyt verrattain usein suostumusta sosiaalihuoltoa koskevassa laillisuusvalvontakäytännössään. Perustuslakivaliokunnan tavoin EOA on suhtautunut kriittisesti suostumukseen ensisijaisena perusteena perusoikeuksien rajoittamiselle. Oikeusasiamiehen mukaan henkilön suostumusta voidaan pitää yhtenä perusteena arvioitaessa rajoitustoimenpiteen hyväksyttävyyttä, vaikka suostumus ei ”itsestään selvästi” oikeuta rajoittamaan perusoikeuksia. Myös EOA kiinnittää huomiota suostumuksen pätevyuden ehtoihin: aitoon vapaaehtoisuuteen ja peruuttamismahdollisuuteen, etukäteisyyteen, riittävään täsmällisyyteen sekä siihen, onko suostumuksen antaja todella ymmärtänyt suostumuksen merkityksen.⁵⁵ Valvontakäytännön perusteella näyttäisi lisäksi olevan selvää, ettei omaisen tai muun toisen henkilön suostumusta voida käyttää perusteena asiakkaan oikeuksien rajoittamiselle.⁵⁶

Eduskunnan oikeusasiamies on katsonut, että aidon vapaaehtoisuuden varmistaminen on haastavaa erityisesti silloin, kun kyse on alaikäisistä ja niistä henkilöistä, joilla on kognitiivisia toimintarajoitteita. Siten esimerkiksi lastensuo-

52. PeVL 19/2000 vp, s. 3; PeVL 18/2010 vp, s. 4; PeVL 30/2010 vp, s. 7; PeVL 16/2010 vp (HE 240/2009 vp laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta), s. 4; PeVL 4/2013 vp, s. 4; PeVL 30/2014 vp (HE 76/2014 vp laiksi terveydensuojelulain muuttamisesta), s. 3.

53. Kuten esimerkiksi valvontarangaistuksen (PeVL 30/2010 vp) ja terveydensuojelulain tarkoittaman kotirauhan piiriin kuuluvan asunnon tarkastuksen (PeVL 30/2014 vp) tilanteessa.

54. Ks. esim. PeVL 16/2010 vp, s. 4; PeVL 18/2010 vp, s. 5 ja PeVL 4/2013 vp, s. 5.

55. EOAK/1871/2018, s. 7; EOAK/2555/2016, s. 5–6 ja EOAK/5595/2019, s. 13 ja dnro 2598/4/12, s. 5.

56. EOAK/1823/2020, s. 15 ja EOAK/5595/2019, s. 13.

jelulaitoksiin sijoitettujen lasten osalta lähtökohta on, että rajoitustoimenpiteitä ei voida perustaa lapsen suostumukseen.⁵⁷ Ikääntyneiden ympärivuorokautista palveluasumista koskevassa valvontakäytännössään EOA on kuitenkin todennut seuraavasti: ” – eräissä tapauksissa rajoitukset voivat myös perustua sosiaalihoillon asiakkaan tai potilaan omaan suostumukseen edellyttäen, että henkilö kykenee ottamaan asiaan kantaa ja suostumus on aito.”⁵⁸ Tutkijalle ei kuitenkaan näyttäydy valvontakäytännön perusteella selvästi, mikä on todella suostumuksen käyttöala tai millainen painoarvo suostumukselle olisi annettava eri tilanteissa. Selvää ei ole sekään, miten eriasteisesti toimintakyvyltään heikentyneiden ja hoivasta riippuvaisten ihmisten tilanteessa suostumuksen abstrakteja pätevyiden ehtoja todella pitäisi arvioida.

Perustuslakivaliokunta ja EOA ovat tulkinneet, soveltaneet ja luoneet varsin aktiivisesti suostumusdoktriinia, mutta yhtä selvää on, että doktriinia on kehitettävä lainopillisesti, jotta sitä voidaan soveltaa onnistuneesti ikääntyneiden ympärivuorokautisessa palveluasumisessa. Suostumusdoktriini mahdollistaa asiakkaan suostumuksen käyttämisen jopa perusoikeuksia rajoittavien hoivatoimenpiteiden oikeuttamisessa, vaikka suostumuksen käyttämisestä jokapäiväisessä hoivassa ei ole perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä kunnioittavaa sääntelyä. Samanaikaisesti suostumuksen käyttöä yritetään doktriinissa rajoittaa korostamalla suostumuksen pätevyiden ehtojen merkitystä erityisesti silloin, kun kyse on haavoittuvassa asemassa olevista asiakkaista. Tästä huolimatta suostumusdoktriini törmää osittain perinteisen liberaalin autonomiakäsityksen ongelmiin, kun suostumuksen merkitystä arvioidaan kognitiiviselta toimintakyvyltään heikentyneiden ihmisten tapauksessa. Toimintakyvyn heikentyminen ja alistainen asema nähdään ensisijaisesti suostumuksen pätevyiden eli ennen kaikkea yksilön itsenäisen päätöksentekokyvyn ongelmina. Nähdäkseni olisi perustellumpaa ajatella, että pitkäaikaishoivassa asuvien ihmisten päätöksenteko on lähtökohtaisesti merkittävästi riippuvaista hoivaolosuhteista ja että oikeudellinen mielenkiinto tulisi kohdistaa siihen, millaiseen vallankäyttöön asiakas suostuu ja millaisissa riippuvuussuhteissa suostuminen tapahtuu. Tiukkojen kahtiajakojen, kuten pätevä/pätemätön tai toimintakykyinen/-kyvytön, sijaan enemmän huomiota voitaisiin kiinnittää suostumuksen painoarvoon ja käyttöalan rajoihin. Tämä tunnistaisi ikään kuin eriasteisesti autonomisten päätösten olemassaolon ja oikeudellisen suojan kohdistumisen tilanteisiin, joissa vallankäyttö tai riippuvuus on korostuneinta.⁵⁹

Harkintavallan käytön näkökulmasta perustuslakivaliokunnan ja eduskunnan oikeusasiamiehen oikeuskäytäntöä voitaisiin tulkita ikääntyneiden ympäri-

57. EOAK/5377/2018, s. 34 ja EOAK/2555/2016, s. 5–6.

58. EOAK/1823/2020, s. 15.

59. Ks. eriasteisesti autonomisista päätöksistä ja niiden kunnioittamisesta Herring – Wall 2015, s. 716.

vuorokautisessa palveluasumisessa siten, että asiakkaan suostumuksella ei voida ohittaa kokonaan kysymystä hoivan perusoikeusvaikutuksista mutta suostumus voi kuitenkin toimia yhtenä oikeutusperusteena arvioitaessa toiminnan hyväksyttävyyttä. Tällöin kyse on myös hoivatoimenpiteen vaikutuksista asiakkaan yksityiselämään ja henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Suostumus voi siis toimia yhtenä oikeudelliseen hyväksyttävyyteen vaikuttavana tekijänä, mutta se ei silti usein riitä yksinään ainoaksi perusteeksi. Tämän vuoksi tärkeäksi kysymyksi nouseekin suostumuksen painoarvon merkitys viranomaisen kokonaisuarkinnassa. Jos suostumukselle annetaan väärissä tilanteissa liian suuri painoarvo, on se proseduraalisena oikeutusperusteena vaarassa syrjäyttää hoivan sisällöllisen arvioinnin, kuten toimenpiteiden oikeasuhtaisuuden punninnan tai riittävyden selvittämisen.

Kysymys suostumuksesta viranomaisen toimi- ja harkintavallan täydentäjänä on siis kaikkea muuta kuin yksinomaan teoreettinen. Käytännössä sosiaalihuollossa suostumus voi näkyä toimi- ja harkintavallan täydentäjänä esimerkiksi silloin, kun lakiin perustuvien tai perustumattomien rajoitustoimenpiteiden käyttöä puolustetaan asiakkaan nimenomaisella suostumuksella tai asiakas- tai palvelusuunnitelmaan yhteisymmärryksessä kirjatulla käytännöllä. Käänteisesti asiakkaan suostumus toimii oikeutusperusteena silloin, kun asiakkaan kieltäytymisellä oikeutetaan viranomaisen passiivisuutta tai tietyn hoivakäytännön valitsemista. Itsemääräämisoikeuden kunnioittaminen on tärkeä oikeudellinen lähtökohta, mutta sen merkitys saattaa myös vääristyä, jos sitä käytetään perusteena erilaisten ongelmallisten hoivakäytäntöjen oikeuttamisessa. Pahimmillaan suostumuksesta muodostuu ikään kuin kilpi, jolla oikeudellisessa argumentaatiossa yritetään estää tai ohittaa hoivatoimenpiteiden riittävyden ja laadun kokonaisvaltainen arviointi.⁶⁰ On siis vaarana, että suostumuksen käyttämisessä on joissakin tilanteissa kyse itsemääräämisoikeuden edistämisen sijaan oikeastaan asiakkaan suostumuksen väärinkäytöstä sellaisten hoivakäytäntöjen puolustamiseen, joita voisi olla muutoin vaikea oikeuttaa sosiaalihuollon asiakkaan oikeuksien toteuttamisen näkökulmasta. Suostumuksen ongelmallinen käyttäminen voi tarkoittaa esimerkiksi sitä, että hallinnossa asiat tehdään kuten tarkoituksenmukaiseksi koetaan – kunhan asiaan saadaan asiakkaan suostumus. Toiminnan taustalla voi olla asiakkaiden oikeuksien edistämisen sijaan vaikkapa resurssien niukkuus tai vanhentunut hoivakulttuuri. Viranomainen voi yrittää perustella esimerkiksi laajaa kameravalvontaa asiakkaiden suostumuksella, kuten eräästä eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisusta ilmeni.⁶¹

Sen sijaan, että oikeudellisesti hyväksyttävää suostumusta tarkasteltaisiin abstraktina tiedonantamisena rationaaliselle subjektille, on tärkeämpää tarkas-

60. Ks. suostumuksesta kilpenä ja proseduraalisena oikeutusperusteena Beyleveld – Brownsword 2007, s. 61.

61. EOAK/5196/2022, s. 9.

tella suostumusta vastuun siirtämisenä hoivasta riippuvaiselle asiakkaalle tiettyssä oikeudellisessa ja tosiasiallisessa asiayhteydessä, johon voi kytkeytyä myös ongelma suostumuksen väärinkäytöstä.⁶² Yksilön päätöksentekokyvyn sijaan suostumuskäytön pitäisikin asettaa keskiöön jokapäiväisen hallintotoiminnan vallankäyttöllinen luonne, perusoikeusvaikutukset ja asiakkaan riippuvuus hoivasta eri tilanteissa. Julkisoikeudellisesti kyse on siitä, missä tilanteissa ja missä määrin hoivatoimenpiteen lainmukaisuus ratkeaa asiakkaan suostumuksen perusteella. Hoivasuostumuskelvottomuuskin on silloin viime kädessä oikeudellinen fiktio⁶³, jolla pyritään määrittämään raja sille, milloin julkisen vallan toimintaan on puututtava oikeudellisesti.

3. Asiakkaan suostumuksen väärinkäyttö

3.1. Suostumuksen käyttöalan rajat, painoarvo ja pätevyiden ehdot ikääntyneiden ympärivuokautisessa palveluasumisessa

Tässä luvussa esittelen sosiaalihuollon asiakkaan suostumuksen väärinkäyttöä koskevaa oppia, jonka perustana olen käyttänyt edellä esitettyjä julkisoikeudellisen doktriinin lähtökohtia ja niitä koskevia kriittisiä huomioita. Olennaista on suostumuksen oikeudellisten vaatimusten eläminen hallintotoiminnan vallankäyttöllisen luonteen mukaan ja asiakkaan riippuvuuden korostaminen abstraktin toimintakelpoisuuden sijaan. Seuraavaksi esitettävän tulkintamallin perusajatus on, että mitä voimakkaammasta vallankäytöstä on kyse, sitä tiukemmat oikeudelliset vaatimukset suostumuksen käyttämiselle on asetettava. Erityisesti kun kyse on yksityiselämään ja henkilökohtaiseen vapauteen kohdistuvista toimista ja asiakas on korostuneen riippuvainen hoivaolosuhteista tai -henkilökunnasta, on suostumuksen käyttämiseen oikeutusperusteena suhtauduttava varauksella.

Hallinto-oikeudessa on perinteisesti puhuttu viranomaisen harkintavallan väärinkäytöstä.⁶⁴ Asiakkaan suostumuksen väärinkäyttö viittaa tilanteeseen,

62. Ks. Manson – O'Neill 2007, s. 72, 187 ja Beyleveld – Brownsword 2007, s. 336.

63. Charles Sabatino – Erica Wood, *The Conceptualization of Legal Capacity of Older Persons in Western Law*, s. 35–56 teoksessa Israel Doron – Ann Soden (eds), *Beyond Elder Law – New Directions in Law and Aging*. Springer 2012, s. 36.

64. Ks. esim. Mäenpää 2017, s. 292; Seppo Laakso – Outi Suviranta – Veijo Tarukannel, *Yleishallinto-oikeus*. Tampereen yliopisto 2006, s. 314; Seppo Laakso, *Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta: erityisesti julkisoikeuden alalla*. Valtionhallinnon kehittämiskeskus 1990, s. 190 ja Timo Konstari, *Harkintavallan väärinkäytöstä: tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta hallintoviranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena = On the abuse of power*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1979.

jossa viranomainen tai muu hoivan toteuttamista harkitseva taho antaa kokonaisuutensa asiakkaan suostumukselle – ”harkinnalle” – väärän oikeudellisen merkityksen. Asiakkaan suostumuksen väärinkäyttö ei välttämättä vielä tarkoita, että itse hoivatoimenpide on laitton. Se tarkoittaa kuitenkin sitä, että asiakkaan suostumusta ei voida käyttää oikeutusperusteena tilanteessa vaan että asiaa pitäisi arvioida ennen kaikkea objektiivisempien ja sisällöllisempien mittapuiden perusteella.

Julkisoikeudellisessa doktriinissa käyttöalan rajat ovat edellä esitetysti hahmotettu ennen kaikkea hallintotoiminnan perusoikeusvaikutusten perusteella. Kysymys perusoikeusvaikutuksista tai perusoikeuksien ydinalueesta ei ole kuitenkaan sosiaalihuollossa yksinkertainen. Perustuslakivaliokunnan käytännössä tai oikeuskirjallisuudessa ei ole ylipäänsä luotu systemaattisesti perusoikeuksien ydinalueita koskevia doktriineita.⁶⁵ Teoreettisesti voitaisiin ajatella, että hoivatoimenpiteen lähestyessä perusoikeuden ydinaluetta myös asiakkaan suostumuksen merkitys oikeutusperusteena heikkenee. Ikääntyneiden ympärivuorokautisessa palveluasumisessa hoivatoiminta koskee kuitenkin usein tavalla tai toisella läpeensä monia perusoikeuksia ja erityisesti asiakkaan yksityiselämää ja henkilökohtaista koskemattomuutta. Sen sijaan, että huolenpidollisesta hallintotoiminnasta olisi mahdollista lohkaista selkeä perusoikeuksia rajoittava ja niiden ydinalueita koskeva hallintotoiminnan alue, on realistisempaa ajatella, että toiminnassa on pääosin kyse perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisesta. Tästä huolimatta asiakkaan suostumuksen väärinkäytön näkökulmasta on hyödyllistä systematisoida suostumuksen käyttöalan rajoja, painoarvoa ja pätevyiden ehtoja eri tavoin hallintotoimintaan liittyvän vallankäytön intensiteetin ja perusoikeusvaikutusten mukaan.

Vaikka olen suhtautunut kriittisesti potilasoikeudelliseen tietoon perustuvan suostumuksen hyödyntämiseen suoraan pitkäaikaishoivassa, voidaan myös joitain periaatteen tulkinnassa luotuja perusratkaisuja hyödyntää soveltaen doktriinin kehittämisessä. Tietoon perustuvan suostumuksen periaate on keskeinen terveydenhuollon periaate, jolla toteutetaan käytännössä potilaan itsemääräämisoikeutta. Sen lainsäädännöllinen perusta on potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain (785/1992, potilaslaki) 6 §:ssä, jonka mukaan potilasta on hoidettava yhteisymmärryksessä hänen kanssaan. Periaate asettaa edellytyksiä ennen kaikkea suostumuksen pätevyydelle: ymmärrettävän ja riittävän tiedon antamiselle päätöksentekoon kykenevälle potilaalle, joka voi harkita suostumuksensa antamisen vapaaehtoisesti.⁶⁶ Näiden kriteerien tulkinnassa on

65. Hallberg ym. 2020, luku II.3; Jyränki ym. 2021, s. 177–178 ja sosiaalisten oikeuksien ja laitoshuollon näkökulmasta Moilanen 2022, s. 274–275.

66. Tuori – Kotkas 2016, s. 522; Pahlman 2003, s. 188–191; Perttola 2018, s. 135; Mäki-Petäjä-Leinonen 2003, s. 254; ks. oikeuskäytännöstä myös esim. EOAK/5851/2019, s. 9; EOAK/5531/2019, s. 6 ja EOAK/1629/2018, s. 3.

kuitenkin tuotu potilaslain esitöihin nojaten esiin muun muassa erottelu vähäisiin ja tärkeisiin hoitotoimenpiteisiin, jolloin suostumuksen nimenomaisuus voi joustaa sen mukaan, onko kyse vähäisistä toimenpiteistä, ja taas kiristyy silloin, kun kyse on tärkeistä toimenpiteistä ja kun puututaan syvästi yksilön fyysiseen ja psyykkiseen koskemattomuuteen.⁶⁷ Kaksijakoisen erottelun käytännön soveltaminen ei ole ollut itsestään selvää, mutta vastaavaa ajattelutapaa, jossa suostumukselle asetettavat oikeudelliset vaatimukset elävät hoivatoimenpiteen luonteen mukaan, voitaisiin nähdäkseni soveltaa hienojakoisemmassa muodossa myös asiakkaan suostumuksen väärinkäyttöä arvioitaessa.⁶⁸

Suostumuksen käyttöalalla tarkoitetaan tässä hallintotoiminnan alaa, jolla suostumusta voidaan käyttää oikeudellisesti hyväksyttävästi. Käytännöllisimmillään hoivan piiriin kuuluvat esimerkiksi asiakkaan hygieniasta ja syömisestä huolehtiminen, liikuttaminen, ulkoiluttaminen, sosiaalisen vuorovaikutuksen ylläpito, viriketoiminta ja muu toimintakykyä edistävä toiminta sekä myös erilaiset selvästi rajoittavat toimenpiteet, kuten sängynlaitojen nostaminen, haara-voiden käyttäminen tai perhe-elämän rajoitukset. Näissä toimenpiteissä on kyse pääosin tosiasiallisesta hallintotoiminnasta, joka saattaa sisältää myös eriasteista julkisen vallan käyttämistä. Sen sijaan, että toiminta jaettaisiin kaksijakoisesti perusoikeuksien rajoittamiseen ja muuhun, oikeudellisesti vähämerkitykselliseen toimintaan, olen jakanut toiminnan asiakkaan suostumuksen väärinkäytön näkökulmasta hienojakoisemmin neljään osaan: 1) laitosvaltaiseen tai muutoin asiattomaan hallintotoimintaan, 2) itsemääräämisoikeutta edistävään vähämerkitykselliseen tosiasialliseen hallintotoimintaan, 3) perusoikeussidonnaiseen tosiasialliseen hallintotoimintaan ja 4) perusoikeuksia selvästi rajoittavaan toimintaan.

3.1.1. Laitosvaltainen tai muutoin asiaton hallintotoiminta (käyttöalan ulkopuolinen toiminta)

Ensinnäkin voidaan tunnistaa sellaista hallintotoimintaa, johon asiakas ei voi oikeudellisesti hyväksyttävästi suostua missään tilanteessa riippumatta suostumuksen pätevydestä. Kyse on suostumuksen käyttöalan ehdottomista rajoista, joiden ulkopuolelle jäävät ainakin asiaton, mielivaltainen ja laitosvaltainen toiminta erityisesti, kun tilanne johtaa ihmisarvon vastaiseen kohteluun. Osa ongelmallisista hoivatyön käytännöistä on pikemminkin asiattonta kohtelua, jota ei ole tarpeen arvioida varsinaisesti oikeuksien rajoittamisena tai harkintavallan

67. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista 185/1991 vp, s. 16; Pahlman 2003, s. 192–197; Pahlman 2015, luku 4 ja Tuori – Kotkas 2016, s. 535–536.

68. Ks. esim. EOAK/2456/2019, s. 17, jonka perusteella erottelu tärkeisiin ja vähäisiin hoitotoimenpiteisiin vaikuttaa käytännön viranomaistoiminnan kannalta hieman epäselvältä tai huonosti tunnetulta. Jo potilaslain esitöissä (HE 185/1991 vp, s. 16) epäiltiin mahdollisuutta määrittää eroa vähäisiin ja tärkeisiin hoitotoimenpiteisiin lain yleissäännöksellä.

käytön piiriin kuuluvana asiana. Eduskunnan oikeusasiamiehen valvontakäytännön perusteella tällaista asiatonta kohtelua on esimerkiksi asiakkaan vaatteiden, liikuntavälineen tai henkilökunnan kutsumiseen tarkoitettujen soittokellon piilottaminen tai poisottaminen.⁶⁹ Lähtökohtana voidaan pitää sitä, ettei asiakas voi oikeudellisesti hyväksyttävästi suostua ihmisarvonsa vastaiseen huolenpitoon.⁷⁰ Viranomainen ei voi siten oikeuttaa asiakkaan kieltäytymiseen vedoten myöskään hoivan sellaista laiminlyöntiä, joka johtaa ihmisarvon vastaiseen kohteluun. Tällaisena EOA on pitänyt esimerkiksi tilannetta, jossa peseytymisavusta kieltäytyneen ikääntyneen henkilön hiukset jouduttiin lopulta ajamaan pois täiden vuoksi. Viranomainen ei voinut siis oikeuttaa passiivisuuttaan tässä tilanteessa vetoamalla asiakkaan kieltäytymiseen.⁷¹

Nähdäkseni myös asiakkaan oikeus yksilökohtaiseen harkintaan ja laitosvaltaisten hoivakäytäntöjen kieltö asettavat samankaltaisia ehdottomia rajoja suostumuksen käyttämiselle harkintavallan käyttöä ohjaavana tekijänä ja oikeutusperusteena. Lähtökohtaisesti asiakas ei voi suostua oikeudellisesti hyväksyttävästi esimerkiksi kaavamaisesti ilman harkintaa sovellettaviin rajoitustoimenpiteisiin tai yksilöllisten tarpeidensa arvioinnin yksiselitteisesti ohittavaan päivärytmiin. Argumenttini on, että laitოსvaltaisia menettelytapoja, kuten joukkotoimenpiteitä sekä rangaistusluonteisia ja kaavamaisia hoivakäytäntöjä, arvioitaessa suostumusta ei voida käyttää missään tilanteessa oikeutusperusteena hoivalle vaan asiaa pitäisi arvioida ennen kaikkea muiden, objektiivisempien hoivan laatuun ja riittävyteen liittyvien tekijöiden perusteella. Myöskään lakiin perustumattomilla (kvasi)sopimuksilla tai palvelusuunnitelmaan kirjatulla suostumuksella ei tulisi voida kiertää yksilökohtaisen tarvearvioinnin vaatimuksia.

Voidaan toisin sanoen ajatella, että jos viranomainen pyrkii oikeuttamaan laitosvaltaista, mielivaltaista tai muutoin asiatonta kohtelua – erityisesti ihmisarvon vastaiseen kohteluun johtanutta hoivatoimenpidettä tai vakavaa hoivan laiminlyöntiä – vetoamalla asiakkaan suostumukseen, on kyse todennäköisesti asiakkaan suostumuksen väärinkäytöstä riippumatta siitä, onko suostumus ollut pätevä. Myöskään kysymys suostumuksen painoarvosta tai asiakkaan riippuvuuden arviointi ei aktualisoidu, koska suostumusta ei voida käyttää ylipäätään tällaisessa toiminnassa.

69. EOAK/1823/2020, s. 15–16.

70. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista sekä sosiaalihuoltolain muuttamisesta ja eräiksi niihin liittyviksi laeiksi 137/1999 vp, s. 20, jossa korostetaan asiakkaan ihmisarvon loukkaamattomuutta kaikissa olosuhteissa.

71. Dnro 4687/4/15.

3.1.2. Itsemääräämisoikeutta edistävä vähämerkityksellinen tosiasiallinen hallintotoiminta

Itsemääräämisoikeutta edistävällä vähämerkityksellisellä tosiasiallisella hallintotoiminnalla viitataan tässä arkisiin huolenpidollisiin toimenpiteisiin, jotka jäävät selvästi perusoikeuksiin puuttumisen ulkopuolelle mutta jotka edistävät silti asiakkaan itsemääräämisoikeutta. Ne ovat vallankäytölliseltä intensiteetiltään lähtökohtaisesti lieviä toimia, joilla on kuitenkin merkitystä hyvän elämän toteutumiseen. Käsillä ei ole vapausoikeuksien rajoittaminen, eikä toiminta puutu välittömästi ihmisarvoisen elämän ja huolenpidon toteutumiseen tai henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Käytännössä kyse voisi olla esimerkiksi asiakkaan huoneen sisustamisesta, aterivaihtoehdoista päättämisestä, asiakkaan hoivaa toteuttavan työntekijän valitsemisesta, viriketoiminnasta, muusta toimintakykyä ja kuntoutusta tukevasta arkisesta toiminnasta ja asukkaiden välisten sosiaalisten suhteiden mahdollistamisesta. Yleensä käsillä on useita mahdollisia asukkaan itsemääräämisoikeuden toteutumista edistäviä vaihtoehtoja, joiden soveltuvuus riippuu lähinnä asiakkaan henkilökohtaisista mieltymyksistä, toiveista ja elämänhistoriasta. Esitän, että suostumusta voitaisiin käyttää tällaisella hallintotoiminnan alueella keskeisenä harkintavallan käyttöä ohjaavana tekijänä. Toisin sanoen suostumusta voidaan käyttää melko ongelmitta painoarvoltaan vahvana oikeutusperusteena toiminnalle.

Käytännössä vahva painoarvo tarkoittaa sitä, että asiakkaan suostumus voi usein riittää yksinomaisenakin perusteena, jos toiminta yleisesti ottaen edistää hyvän hoivan toteutumista. Samoin asiakkaan kieltäytyminen riittää lähtökohtaisesti perusteeksi olla toteuttamatta toimintaa, vaikka usein muiden vaihtoehtojen toteuttamistapojen tarjoaminen on asianmukaista, jos passiivisuus muutoin uhkaisi keskeisten perusoikeuksien toteutumista. Itsemääräämisoikeutta edistävässä tosiasiallisessa hallintotoiminnassa asiakkaan suostumuksen väärinkäyttötilanteet voivat liittyä lähinnä siihen, jos asiakkaan kieltäytymistä käytetään perusteena passiivisuudelle, joka johtaa ihmisarvoisen elämän ja huolenpidon toteutumatta jäämiseen.

Itsemääräämisoikeutta edistävässä tosiasiallisessa hallintotoiminnassa myös pätevän suostumuksen ehtoja voitaisiin tulkita suhteellisen joustavasti. Myös hiljainen eli konkludenttinen suostumus voisi olla lähtökohtaisesti mahdollinen, ja suostumuksen voitaisiin katsoa olevan voimassa toistaiseksi. Kun kyse on myös kognitiiviselta toimintakyvyltään voimakkaasti rajoittuneista henkilöistä, voitaisiin antaa usein vahva painoarvo sille, miten he haluavat esimerkiksi huoneensa sisustettavan tai millaisia sosiaalisia suhteita he haluavat solmia hoivayksikössä. Jos tällaisessa toiminnassa käsillä ei ole erityistä asiakkaan ihmisarvoisen elämän

tai huolenpidon toteutumiseen liittyvää suojelunäkökohtaa, tulisi esimerkiksi vakavasti dementoituneidenkin henkilöiden mielipiteitä kunnioittaa.⁷²

3.1.3. Perusoikeussidonnainen tosiasiallinen hallintotoiminta

Perusoikeussidonnaisella tosiasiallisella hallintotoiminnalla tarkoitetaan hoivatoimintaa, joka kyllä koskettaa perusoikeuksien toteutumista olennaisella tavalla mutta jää perinteisen doktriinin näkökulmasta varsinaisen perusoikeuksien rajoittamisen – ymmärrettynä ydinaltaan yksilön vapauspiiriin puuttumisenä – ulkopuolelle. Oikeuskirjallisuudessa *Tuori* ja *Kotkas* ovat hyödyntäneet käsitteellistystä ”julkisen vallan piirteitä sisältävä perusoikeuksia koskettava tosiasiallinen hallintotoiminta” tulkittessaan hyvän hallinnon perusteiden noudattamista yksityisten palveluntuottajien toiminnassa.⁷³ Perusoikeussidonnaista tosiasiallista hallintotoimintaa voisivat ikääntyneiden ympärivuorokautisessa palveluasumisessa olla esimerkiksi ulkoiluttaminen, valvonta- ja seurantalaitteiden käyttäminen sekä harrastuksiin, kulttuuritapahtumiin ja järjestötoimintaan osallistumisen tai perhe-elämän ja uskonnonharjoittamisen tukeminen.

Varsin voimakkaasti yksityiselämään ja henkilökohtaiseen koskemattomuuteen kohdistuvia toimenpiteitä voisivat olla myös jotkin intiimin luonteensa tai ajallisen kestonsa kannalta olennaiset toimet, kuten suihkuun ohjaaminen tai pakottaminen, pukeminen ja riisuminen, painostaminen nielemään lääkkeitä tai ruokaa, asiakkaan tarkkailu yksityisissä tilanteissa ja muut vastaavat hoivatoimenpiteet, jotka koskettavat läheisesti kehollista koskemattomuutta ja yksityisyyttä. Ajallisen kestonsa vuoksi yksilön oikeuksille merkityksellinen toiminta voisi liittyä erityisesti hoivatoimenpiteisiin, jotka kertaluonteisina ovat vähämerkityksellisiä mutta jotka vakiintuneina ja toistuvina käytäntöinä muodostuvat intensiteetiltään voimakkaiksi vaikuttaen henkilökohtaisen vapauden toteutumiseen. Vallankäyttö ei ole välttämättä pistemäisenä tekona merkittävä mutta voi ajallisen kestonsa vuoksi systemaattisena käytäntönä muodostua merkittäväksi.⁷⁴ Ikääntyneiden ympärivuorokautisessa palveluasumisessa ajallisen kestonsa vuoksi merkityksellinen toiminta voisi olla esimerkiksi sinänsä asiakkaan tarpeita vastaavan säännöllisen päivä- ja ruokailurytmin asettamista tai ulkoilu- ja vierailuajkojen toistuvaa etukäteen määrittämistä.

Esitän, että perusoikeussidonnaisessa toiminnassa asiakkaan suostumusta voitaisiin käyttää painoarvoltaan olennaisena ja ratkaisevanakin oikeutusperusteena, mutta ei koskaan yksinomaisena. Lisäksi suostumuksen pätevyydelle olisi asetettava varsin tiukat ehdot. Katsoisin, että erityisesti varsin voimakkaasti

72. Ks. hoivaetisissä keskustelussa Herring 2009, s. 28. Ks. myös suojaamisesta vasta suojaamisen tarpeen ilmetessä Mäki-Petäjä-Leinonen 2003, s. 357.

73. Tuori – Kotkas 2016, s. 383–384. Ks. käsitteellistyksestä myös Moilanen 2022, s. 261.

74. Ks. Moilanen 2022, s. 261.

henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja yksityiselämään kohdistuvien perusoikeussidonnaisten toimien arvioinnissa suostumuksen rinnalla pitäisi aina olla huomattavia asiakkaan etuun liittyviä sisällöllisempiä perusteita. Pätevyyden ehtojen näkökulmasta suostumuksen olisi oltava nimenomainen, täsmällinen ja määräaikainen, kun kyse on ainakin henkilökohtaisesta koskemattomuudesta ja yksityiselämään varsin voimakkaasti kohdistuvista toimenpiteistä. Suostumus voitaisiin antaa hoivatyötä toteuttavalle sosiaali- ja terveydenhuollon ammattihenkilölle. Pätevyyden arvioinnissa olisi kiinnitettävä huomiota myös asiakkaan riippuvuuteen hoivayksikön olosuhteista.

Asiakkaan suostumuksen väärinkäyttöä olisivat siten perusoikeussidonnaisessa hallintotoiminnassa tilanteet, joissa suostumuksen rinnalla ei ole esitetty ollenkaan tai juuri muita objektiivisempia sisällöllisiä perusteita. Erityisesti jos toiminta kohdistuu varsin voimakkaasti henkilökohtaiseen koskemattomuuteen tai yksityiselämään, ei toimintaa voida perustaa pääosin asiakkaan suostumukseen. Suostumus voisi kuitenkin toimia kokonaisharkinnassa lopulta ratkaisevana tekijänä punnittaessa erilaisia perusteltuja toimintavaihtoehtoja. Kieltäytyminen voi jo yksinään riittää perusteeksi viranomaisen passiivisuudelle yksittäisen toimenpiteen arvioinnissa, ellei passiivisuus johda ihmisarvoisen elämän ja huolenpidon vaarantumiseen. Asiakkaalle pitäisi kuitenkin aina tarjota muita vaihtoehtoja oikeuksien edistämiseksi. Suostumuksen pätevyyden ehtojen tiukan tulkinnan vuoksi väärinkäyttöä voisivat olla tilanteet, joissa suostumus on annettu hiljaisena, epätäsmällisenä, toistaiseksi voimassa olevana tai väärälle henkilölle, kuten omaiselle.

3.1.4. Perusoikeuksia selvästi rajoittava toiminta

Kun kyse on perusoikeuksien rajoittamisesta, toimintaa pitäisi koskea perusoikeuksien rajoitusedellytys -doktriinin vaatimukset, kuten täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus, suhteellisuusvaatimus tai perusoikeuden ydinalueen koskemattomuusvaatimus.⁷⁵ Perusoikeuksia selvästi rajoittavan toiminnan voidaan ajatella lähtökohtaisesti kattavan sellaista hallintotoimintaa, jota myös voimassa olevassa oikeudessa säännellään usein erillisellä rajoitustoimenpidesääntelyllä. Esimerkkinä siitä on lastensuojelulain (417/2007) tarkoittama liikkumisvapauden ja yhteydenpidon rajoittaminen tai kehitysvammalain (519/1977) tarkoittama rajoittavien välineiden tai asusteiden käyttäminen. Perusoikeusudistuksen jälkeen useilla sosiaalihuollon aloilla rajoittamisen edellytyksiä on säännelty erillisellä rajoitustoimenpidesääntelyllä, mutta vanhusten palveluasumisessa ei edelleenkaan ole minkäänlaista täsmällistä rajoitustoimenpidesääntelyä. Laillisuus-

75. PeVM 25/1994 vp (HE 309/1993 vp perustuslain perusoikeussäännösten muuttamisesta), s. 5; Viljanen 2001 ja Antero Jyränki – Jaakko Husa, Valtiosääntöoikeus: systemaattinen yleisesitys Suomen valtiosäännöstä. Kauppakamari 2021, s. 173–179.

valvontakäytännön perusteella itsemääräämisoikeuden rajoittamista vanhusten palveluasumisessa ovat esimerkiksi sängynlaitojen nostaminen, haaravöiden ja muiden sidosten käyttäminen, ovien ja kaappien lukitseminen, hygieniahaalarien käyttäminen sekä vierailua koskevat rajoitukset ja kiellot.⁷⁶ Vuonna 2018 rauenneen asiakas- ja potilaslain uudistuksen valmistelussa rajoittaviksi toimenpiteiksi ehdotettiin myös esimerkiksi kiinnipitämistä, aineiden ja esineiden haltuunottoa, lyhytaikaista erillään pitämistä ja poistumisen estämistä.⁷⁷ Yleisesti ottaen sosiaalihuollossa rajanveto perusoikeuksia rajoittavan ja muun hoivatoiminnan välillä on kuitenkin osoittautunut haastavaksi.⁷⁸

Avoimessa oikeustilassa eduskunnan oikeusasiamies on valvontakäytännösään vahvistanut ja luonut oikeudellisia rajoja rajoitusten käyttämiselle ikääntyneiden palveluasumisessa. Kun rajoitustoimenpiteistä ei ole lainsäätelyä, lepää rajoittaminen EOA:n siunauksella hätävarjelu- ja pakkotilannormien, ammattihenkilöstöä ohjaavien normien, yleisten perusoikeuksien rajoitusedellytysten sekä EOA:n itse muotoilemien kriteerien varassa. Oikeusasiamiehen itse muotoilemat kriteerit ovat sekä menettelyllisiä että aineellisia. Keskeistä niissä on rajoittamisen välttämättömyyden ja oikeasuhtaisuuden korostaminen sekä rajoituksen tarpeen jatkuva arviointi. Menettelyllisesti keskiöön on asetettu lääkärin päätöksenteko ja rajoitusten käytön järjestelmällinen suunnittelu, kirjaaminen ja seuranta. Samalla EOA on kuitenkin korostanut jatkuvasti oikeustilan ongelmallisuutta.⁷⁹

Nykyisessä julkisoikeudellisessa doktriinissa ikääntyneiden henkilöiden ympärivuorokautisen palveluasumisen yhteydessä ihmisen perusoikeuksia voidaan rajoittaa hänen suostumuksensa perusteella tai vähintäänkin suostumus otetaan huomioon yhtenä kokonaisharkinnan osatekijänä, jos suostumuksen pätevyys on varmistettu. Oikeustilan puutteellisuudesta johtuen suostumuksen asema saattaa muodostua hallinnossa ja laillisuusvalvonnassakin varsin vahvaksi toimi- ja harkintavallan perusteeksi. Suhtaudun suurella varauksella siihen, että asiakkaan suostumusta voitaisiin ilman täsmällistä lakiperustaa käyttää perusoikeuksia selvästi rajoittavan toiminnan oikeuttamisessa – erityisesti ikääntyneiden ympärivuorokautisen palveluasumisen kaltaisissa olosuhteissa. Näiden olosuhteiden osalta keskeistä on huomata, että vanhustenhuollollisessa palveluasumisessa ei ole yleensä kyse määrääkaaisesta jaksosta vaan asukkaat asuvat palvelun piirissä usein loppuelämänsä. Toisin sanoen asiakkaat ovat korostuneen riippuvaisessa

76. Ks. esim. EOAK/8165/2020, s. 16; EOAK 3232/2020, s. 28 ja Ihmisoikeuskeskuksen julkaisu 4/2021, s. 12–13.

77. Alustava luonnos: Asiakas- ja potilaslaki 25.4.2018, luku 9.

78. Ks. rajoitustoimenpiteiden määrittelystä yleisesti Reetta Saarnio, *Fyysisten rajoitusten käyttö vanhusten laitoshoidossa*. Oulun yliopisto 2009, s. 20–21 ja rajanvedon hankaluudesta Moilanen 2022, s. 270–273.

79. Ks. esim. EOAK/1130/2022, s. 10–11; EOAK/1127/2022, s. 14 ja EOAK/2686/2021, s. 12.

asemassa suhteessa hoivaolosuhteisiin ja vallankäyttö koskettaa kokonaisvaltaisemmin heidän elämäänsä.

Jos suostumusta käytetään perusoikeuksia selvästi rajoittavan toiminnan oikeuttamisessa, ei sen pitäisi voida toimia koskaan painoarvoltaan ratkaisevana tekijänä toiminnan laillisuutta arvioitaessa, vaikka suostumus olisikin sinänsä pätevä. Tämän lisäksi suostumuksen pätevyydelle on asetettava erityisen tiukat ehdot. Suostumuksen olisi oltava aina nimenomainen, täsmällinen, määräaikaikainen ja annettu rajoitustoimenpiteestä oikeudellisesti päättävälle henkilölle.⁸⁰ Katson kuitenkin lähtökohtaisesti, että toimintakykynsä rajoilla olevien henkilöiden suostumusta ei pitäisi voida riippuvuussuhteen vuoksi käyttää oikeutusperusteena perusoikeuksia rajoittavalle hoivalle. Kun kyse on myös muista asiakkaista, olisi kiinnitettävä tapauskohtaisesti erityistä huomiota heidän riippuvuuteensa hoivaolosuhteista ja sen merkitykseen suostumuksen vapaaehtoisuuden arvioinnissa.

Yleensä jo hoivayksikön yleisestä huolenpidon tasosta voidaan tehdä oletuksia niistä ongelmista, joita yksittäisen ihmisen huolenpidossa saattaa ilmetä ja joita voisi olla asianmukaista selvittää tarkemmin asiakkaan riippuvuutta ja suostumuksen vapaaehtoisuutta arvioitaessa. Jos hoivayksikössä on havaittavissa yleisellä tasolla erinäisiä systemaattisia puutteita ja ongelmia asiakkaiden kohtelussa, voidaan olettaa, että asukkaiden riippuvuus ja haavoittuvuus perustarpeidensa täyttämässä on erityisen huomattavaa. Tällaisessa tilanteessa suostumuksella operointiin oikeutusperusteena pitäisi suhtautua lähtökohtaisesti erittäin suppeasti. EOA on todennut valvontakäytännössään, että taloudellisten resurssien puutteellisuus ei voi olla peruste riittämättömille palveluille.⁸¹ Suostumuksen osalta voidaan ajatella samoin. Jos laillisuusarvioinnissa näyttää siltä, että huonon hoivakäytäntöjen takaa kuulua tosiasiallisesti läpi merkittävät resurssiongelmat, voidaan suostumuksen painoarvoon yksittäistapauksissakin suhtautua lähtökohtaisesti varauksella riippumatta asiakkaan kognitiivisesta toimintakyvystä. Ongelma ei ole niinkään asiakkaan kompetenssissa tai välttämättä suoraan suhteiden vapaaehtoisuudessa, vaan pikemminkin olosuhteiden aiheuttamassa riippuvuudessa.⁸² Jos asiakirjojen perusteella esimerkiksi vaikuttaa siltä, että asiakas kokee turvattomuutta tai olosuhteet muutoin objektiivisesti tarkasteltuna vaikuttavat turvattomilta, olisi suostumuksen käyttämiseen oikeutusperusteena suhtauduttava varoen. Ehdottomia hälytysmerkkejä ovat tilanteet, joissa

80. EOA:n ohjauksessa nykyään siis lääkärille.

81. EOAK/1127/2022, s. 14.

82. Ks. eettisessä keskustelussa vapaaehtoisesti alistuvan tai sopeutuvan yksilön ongelmasta Marina Oshana, *Personal Autonomy in Society*. Routledge 2006, s. 86 ja John Christman, *Coping or Oppression: Autonomy and Adaptation to Circumstance*, s. 201–226 teoksessa Andrea Veltman – Mark Piper (eds), *Autonomy, Oppression, and Gender*. Oxford University Press 2014, s. 207.

kieltäytyminen johtaa asiakkaan kannalta kielteisiin seurauksiin.⁸³ Ylipäätään kaikki rangaistusluonteiset seuraukset murentavat suostumuksen vapaaehtoisuutta eli perinteisesti ajateltuna suostumuksen pätevyyttä ja nyt esitetyssä mallissa ennen kaikkea suostumukselle annettavaa painoarvoa oikeutusperusteena.

Asiakkaan suostumuksen väärinkäyttöä olisivat siis tilanteet, joissa viranomaisen esittää rajoittavan toiminnan pääasiallisena perusteena asiakkaan suostumuksen. Jos esimerkiksi sängynlaitojen nostamista perustellaan muodollisesti vain asiakkaan suostumuksella, on kyse asiakkaan suostumuksen väärinkäyttämisestä. Viranomaisen tai hoivasta vastaavan on näissä tilanteissa pystyttävä esittämään muita perusteita rajoittavan toiminnan käyttämiseen. Toisaalta yhtä lailla on tilanteita, joissa rajoittavat toimet ovat nimenomaan välttämättömiä asiakkaan suojelulle. Asiakkaan kieltäytymistä ei voida käyttää silloin pääasiallisena oikeutusperusteena myöskään välttämättömien rajoittavien toimien laiminlyömiselle. Suostumuksen pätevyydelle asetettavien tiukkojen ehtojen vuoksi väärinkäyttöä voisivat olla tilanteet, joissa suostumus on annettu hyljaisesti, epätasällisenä, toistaiseksi voimassa olevana tai muulle kuin rajoitus-toimenpiteistä oikeudellisesti päättävälle henkilölle. Väärinkäyttöä voisivat olla myös tilanteet, joissa suostumusta käytetään oikeutusperusteena rajoittaville hoivakäytännöille olosuhteissa, joissa asiakkaan kohtelu on ollut huonoa tai hoivan taso heikkoa ja asiakkaan riippuvuus hoivaolosuhteista nostaa tarpeen tarkastella asiaa sisällöllisemmistä näkökulmista. Varovainen suhtautuminen suostumukseen oikeutusperusteena ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö asiakkaan toiveita ja mielipiteitä tulisi aina selvittää osana asianmukaisen hoivan järjestämistä.

4. Johtopäätökset

Julkisoikeudellisessa doktriinissa yksityisen suostumus on poikkeuksellinen toimi- ja harkintavallan peruste, johon on suhtauduttu varauksella erityisesti silloin, kun kyse on haavoittuvassa asemassa olevista ihmisistä. Tästä periaatteellisesta lähtökohdasta huolimatta oikeuskirjallisuudessa, perustuslakivaliokunnan etukäteisvalvonnassa ja eduskunnan oikeusasiamiehen jälkikäteisvalvonnassakin suostumuksen on katsottu voivan täydentää puutteellista lakiperustaista toimivaltaa ja toimia yhtenä tekijänä arvioitaessa jopa perusoikeuksia rajoittavan hallintotoiminnan hyväksyttävyyttä. Kun itsemääräämisoikeuden merkitys sosiaali-

83. EOAK/5531/2019, s. 7. Tietoon perustuvan suostumuksen periaatteen tulkinnessa on katsottu, että suostumusta pyydettyä potilasta ei voida yrittää pakottaa suostumaan hoitotoimenpiteeseen esimerkiksi uhkaamalla hoidon lopettamisella tai manipuloimalla annettavaa tietoa. Pahlman 2003, s. 176–177; Pahlman 2015, luku 4 ja Mäki-Petäjä-Leinonen 2003, s. 257.

huollon oikeudellisena periaatteena on kasvanut, ei ole ihme, että suostumusta käytetään usein oikeutusperusteena sosiaalihuollossa. Erityisesti lakiperustaltaan avoimeksi jääneessä ikääntyneiden ympärivuorokautisessa palveluasumisessa kysymys asiakkaan suostumuksesta on hankala ja ajankohtainen.

Tässä oikeustilassa vaarana on se, että suostumus toimii oikeutusperusteena sellaisille hoivakäytännöille, joiden perustelevuus voisi olla muutoin haastavaa asiakkaan oikeuksien toteutumisen näkökulmasta. Silloin suostumusta voidaan yrittää käyttää oikeudellisessa argumentaatiossa kilpenä hallintotoiminnan tehokkuus- ja muille tarkoituksenmukaisuusperusteille. Suostumus on silloin vaarassa kääntyä yhdeksi neoliberaalin hallinnan välineeksi, jolla oikeutetaan esimerkiksi resurssitehokkuutta tai yksilön liiallista vastuuttamista. Ikääntyneiden ympärivuorokautisessa palveluasumisessa esimerkiksi ovien lukitsemista, sängynlaitojen nostamista tai kaavamaisista päivärytmiä saatetaan perustella asiakkaan suostumuksella ja siten itsemääräämisoikeuden kunnioittamisena, vaikka tosiasiaa ovien lukitsemisen taustalla olisivat lähinnä riittämätön henkilökuntaresurssi ja vanhentunut hoivakulttuuri.

Artikkelissa on kehitetty sosiaalihuollon asiakkaan suostumuskäsitteitä esittelemällä oppia asiakkaan suostumuksen väärinkäytöstä. Opin kehittämisen teoreettisena lähtökohtana ovat perinteisen liberaalin autonomiakäsityksen kritiikki ja sosiaalihuollon asiakkaan olosuhteiden ja hoivan vallankäytöllisen luonteen korostaminen. Tulkintamallin perustana on julkisoikeudellinen doktriini suostumuksesta poikkeuksellisen viranomaisen toimi- ja harkintavallan käytön perusteena eikä niinkään asiakkaan toimintakyvyn, tiedollisen itsemääräämisoikeuden tai muutoin suppeasti suostumuksen pätevyuden määrittely. Suostumuksen väärinkäyttöä tarkastellaan yleisemmin osana viranomaisen kokonaisharkintaa hoivatoimenpiteen lainmukaisuutta arvioitaessa. Olennaista on huomioida suostumukselle asetettavien oikeudellisten vaatimusten eläminen suhteessa hallintotoiminnan vallankäytölliseen luonteeseen, perusoikeusvaihteluun ja asiakkaan riippuvuuteen hoivaolosuhteista. Mitä mittavammasta vallankäytöstä hoivatoimenpiteessä on kyse ja mitä riippuvaisempi asiakas on hoivaolosuhteistaan, sitä varovaisemmin on suhtauduttava asiakkaan suostumukseen hoivatoimenpiteen oikeutusperusteena.

Erinäisten hoivatoimenpiteiden hallinto-oikeudellisesta ja vallankäytöllisestä luonteesta voidaan käydä perustellusti erimielistä keskustelua. Itse olen suhtautunut erityisen kriittisesti laitospäätösten käytäntöjen ja perusoikeuksien rajoittamisen oikeuttamiseen suostumuksella ja toisaalta sallivasti itsemääräämisoikeutta edistävien vähämerkityksellisten toimenpiteiden oikeuttamiseen. Tämän artikkelin pääasiallinen tarkoitus on kuitenkin ollut kehittää asiakkaan suostumuksen oikeudellisen merkityksen yleistä systematisointia, jota vasten keskustelua asiakkaan suostumuksen väärinkäytöstä voidaan käydä syvällisemmin. Jos ja kun sosiaalihuollon asiakkaiden itsemääräämisoikeuden korostaminen jatkuu tulevaisuudessa, pitäisi asiakkaiden tilanteita tarkastella laajasti

heidän asiayhteyskohtaiset olo- ja ihmissuhteensa sekä valtasuhteet huomioiden. Myös oikeuden yleisten oppien tulisi kehittyä vastaamaan painopisteen siirtymistä yksilön päätöksentekokyvystä sosiaalihuollossa ilmenevien valtasuhteiden huomioimiseen. Artikkelissa on kehitetty tällaista lähestymistapaa suostumuksen osalta erityisesti ikääntyneiden pitkäaikaishoivan yhteydessä, mutta tulevaisuudessa tarvitaan lisätutkimusta suostumuksen merkityksestä erilaisissa hoivaa koskevissa tilanteissa sekä myös sosiaalihuollon eri sektoreilla ja muilla hallinnonaloilla. Toivon mukaan artikkeli herättää kriittistä keskustelua itsemääräämisoikeuden oikeudellisen hallinnan haasteista mutta myös auttaa käytännön laintulkitsijoita hahmottamaan sosiaalihuollon asiakkaan suostumuksen merkitystä osana hoivatoimenpiteen lainmukaisuuden arviointia.

Abuse of Consent in Residential Elder Care

MARLON MOILANEN, LL.M., Doctoral Researcher, University of Helsinki

The article develops a legal doctrine on the consent of the social care client: the abuse of consent in the context of residential elder care. The systematisation is based on the general doctrine of consent in public law. Instead of centralising the focus on informing and competence, the article examines the meaning of consent as a part of the overall legal evaluation of the care action from the perspective of administrative and social law. The abuse of consent means that consent functions to legitimise problematic care actions in legal argumentation. The article proposes a model for the abuse of consent doctrine, where the legal requirements of consent follow the nature of power, fundamental rights impact and the client's dependency on care. The more severe use of power and dependency of the client, the less legally acceptable the use of consent should be as a justification for the care action.

Charlotta Henriksson

Lakimies
6/2023
s. 947–952

Patenttien arvo ja arvonmääritys

1. Väitöskirjan aihe ja tutkimuksen lähtökohdat

Väitöskirjani aiheena on patenttien arvo ja arvonmääritys. Väitöskirjassa tarkastellaan oikeudellisesta näkökulmasta patenttien ja patentoitavien keksintöjen taloudellisen arvon määrittämistä.

Tutkimusta aloitettaessa yleisen oikeustieteen teoksissa tai patenttioikeutta käsittelevässä oikeuskirjallisuudessa ei ollut käsitelty aiheetta tutkimustehtäväni mukaisesti. Kysymyksessä on siis ensimmäinen tutkimus, jossa tarkastellaan arvonmääritystä yleisen oikeustieteen teorioiden pohjalta. Väitöskirjani on patenttien arvonmääritystä koskevan oikeustieteellisen keskustelun avaaja. Tutkimus on tuottanut tuloksenaan uutta tietoa patenttien arvonmäärityksestä.

Aikaisemman tutkimuksen puuttuminen on mahdollisesti vaikuttanut siihen, että patenttien arvonmääritys, oikeuksien hinnoittelu tai korvausten arvioiminen esimerkiksi osana tuomioistuinten ratkaisutoimintaa on saatettu katsoa vaikeaksi tehtäväksi. Vastaavasti oikeuskäytännöstä ilmeneviä tuomioistuinten tekemiä arvokannottoja, niiden perusteltavuutta ja merkityksiä, voi olla vaikeaa jälkeenpäin arvioida ilman aiheiden käsittelyä jäsentävää systematiikkaa.

2. Miksi patenttien arvonmääritys on vaikeaa?

Oikeusteoreettisen lähestymistavan sijaan taloudellisen arvon määrittämistä tarkastellaan monesti talous- ja liiketaloustieteen katsantokannan mukaisesti. Silloin arvioidaan ja mitataan tarkasteltavan kohdepatentin tuottamia taloudellisia hyötyjä. Näissäkin tilanteissa arvon määrittäminen on usein vaativa asiantuntijatehtävä. Vaativuus on seurausta tarkasteltavan kohteen eli patentin ominaisuuksista kielto-oikeutena sekä patentin tuottamien tulojen muodostumisen erityispiirteistä.

* *Charlotta Henriksson*, OTT, VT. Lectio praecursoria Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa 13.5.2023 pidetyssä väitöstilaisuudessa, jossa kirjoittaja puolusti väitöskirjaansa Patenttien arvo ja arvonmääritys.

Patentti on nimittäin patenttilainsäädännössä säännelty immateriaalioikeudellinen suojamuoto. Patentti on luonteeltaan kielto-oikeus, eli muu kuin oikeudenhaltija ei saa ilman oikeudenhaltijan lupaa kaupallisesti hyödyntää patentoitua teknologiaa. Patentti voidaan saada hakemuksesta sellaiseen keksintöön, joka on lainsäädännössä säädetyllä tavalla uusi, keksinnöllinen, teknisesti tehokas ja toisinnettavissa sekä teollisesti hyödynnettävissä. Patentilla voidaan suojata hyvinkin erilaisia tuotteita, laitteita ja menetelmiä. Arvonmäärityksen tilanteessa tarkastellaan patentin eli sen mukaisen kielto-oikeuden taloudellista merkitystä.

Patentin taloudellinen arvo oikeudenhaltijalleen todentuu patentin tuottamien taloudellisten hyötyjen muodossa. Patenteja voidaan hyödyntää monilla tavoilla taloudellisten hyötyjen saavuttamiseksi. Oikeudenhaltija voi esimerkiksi suojata patenteilla omia teknologioitaan kilpailijoiden tuotteita tai kopiotuotteita vastaan tai hyödyntää patenteja tulonlähteenä lisensointiliiketoiminnassa. Patenttien avulla voidaan hankkia rahoitusta, avata uusia tuote- ja markkinamahdollisuuksia sekä rajata teknologista erikoistumista. Oikeudenhaltija voi patenttien avulla varmistaa oman toimintavapautensa markkinoilla tai hyödyntää niitä ristiinlisensoinnissa saadakseen pääsyn muiden omistamiin tai hallinnoimiin teknologioihin. Patenteja voidaan käyttää myös organisaation markkinoinnissa korostamassa tuotteen tai toiminnan keksinnöllisyyttä.

Kuvaamissani tilanteissa patentin arvonmääritys edellyttäisi huolellista tilanteen tarkastelua sekä sen perusteella tarvittavien taustatietojen selvittämistä, asetelman mallintamista ja laskentaa. Patenteilla ei ole sellaista yleistä, objektiiviseksi katsottavaa arvoa, jonka määrä voitaisiin selvittää arvonmäärityksen keinoin. Sovelletuilla menetelmillä tulisi tavoittaa perusteltu arvio arvosta juuri kyseisessä tarkasteltavassa tilanteessa. Lisäksi patentointiprosessissa, portfolioiden hallinnassa ja oikeuksien kaupallistamisessa tehdään jatkuvasti ratkaisuja, joilla on vaikutusta arvokehitykseen. Tilanteen tai arvonmääritysmenetelyn tarkoituksen muuttuessa taloudellinen arvo tulisi aina selvittää uudelleen.

Patenttien arvonmääritys näyttäytyy monesti kuvaamanani teknis-taloudellis-kaupallisena toimituksena. Siinä mitataan taloudellisia hyötyjä joko yksinkertaisemmilla tai monimutkaisemmilla menettelyillä ja laskentatekniikoilla. Väitöskirjassani arvonmäärityksen käsittelyä laajennetaan tutkimusaiheen ja kysymyksenasettelun mukaisesti oikeudelliseen näkökulmaan, jonka mukaisesti tarkastellaan patenttien ja patentoitavien keksintöjen taloudellisen arvon määrittämistä osana oikeussäännösten tulkintaa ja soveltamista.

Patenttien arvonmääritystä ja taloudellista arvoa ei näissä tilanteissa lähesyttäisi suoraan taloudellisten hyötyjen mittaamisen tarkoituksissa. Sen sijaan arvonmäärityksen lähtökohtana olisi tällöin jokin oikeudellinen tulkintakysymys tai ratkaisutilanne, jonka yhteydessä arvon määrittäminen tulee samalla tehtäväksi. Oikeudellisessa tarkastelussa taloudellisen arvon määrittämisessä ei olisi riittävää keskittyä ainoastaan patenttien tuottamiin taloudellisiin hyötyihin, vaan

tällaista oikeudellista taloudellisten hyötyjen arvioimista tulisi tehdä tapauksessa sovellettavien oikeusnormien mukaisesti.

Sinänsä arvonmääritykseksi kutsuttavissa oleva toimitus voi tulla kysymykseen lukuisissa oikeudellisiksi luonnehdittavissa tilanteissa. Tarkastelun voi nimittäin katsoa olevan luonteeltaan oikeudellista silloin, kun arvostamista sääntelee oikeusnormi, joka vaikuttaa taloudellisten hyötyjen arvioimisen toteutukseen. Tilanteessa tehtäisiin laintulkintaa ja sovellettaisiin asetelmaa sääntelevää oikeusnormia. Tällä olisi puolestaan tulkintojen ja sovellusten myötä vaikutuksia arvostamisen menettelyihin ja niiden lopputuloksiin.

Esimerkkeinä tällaisista tilanteista voidaan mainita erilaisten patentti-oikeuksia koskevien sopimusten epäselvyydet, työsuhde- ja korkeakoulukeksintökorvausten suoritusvelvollisuudet sekä patentinloukkaukset ja niiden yhteydessä vahingonkorvausvelvollisuuden täyttäminen. Lisäksi oikeudenhaltijaa voivat velvoittaa esimerkiksi liiketoiminnan harjoittamiseen liittyvät tiettyjä toimintoja tai tilanteita sääntelevät normit, kuten kirjanpitoa, siirtohinnoittelua tai liiketoiminnan konkurssia koskevat normit. Ne velvoittavat soveltamistapauksissaan tietyn tavoin arvon määrittämiseen tai hinnoitteluun ja siten tilanteen mukaan myös patenttien taloudellisen arvon määrittämiseen.

Näitä lainsäännöksiä on tarkasteltu tutkimuksessani esimerkkeinä taloudellisen arvon määrittämistä sääntelevistä oikeusnormeista. Tutkimukseni mukainen teoreettinen kehittäminen vaikuttaisi näissä kaikissa tulkinta- ja soveltamistilanteissa tuoden niihin järjestelmällisyyttä.

3. Oikeudellinen näkökulma arvonmääritykseen ja tieteidenvälisen tutkimuksen toteuttamisen erityispiirteet

Koska patenttien arvonmäärityksestä ei ole aikaisemmin tehty oikeudellisesta näkökulmasta tutkimusta, tutkimuksessani on tehty paljon valintoja ja rajauksia, jotka koskevat tutkimuksen teoriapohjaa, tutkimusmenetelmiä ja tutkimuskohteenä olevia lainsäännöksiä. Tutkimuksen teoreettisen perustan ovat muodostaneet erityisesti *Aulis Aarnion* oikeusteoreettiset ja oikeusfilosofiset näkemykset. Tälle perustalle on kehitetty edelleen tutkimuksen aiheen mukaisesti oikeusteoreettista kuvausta patenttien arvonmäärityksestä.

Tutkimuksessani on systematisoitu patenttien arvonmääritysnormeja. Arvonmääritysnormin idea on esitetty *Pertti Välimäen* korkeimman oikeuden ennakkoratkaisua KKO 2008:74 (Osakkeiden arvo) koskevassa artikkelissa, joka on julkaistu *Defensor Legis* -aikakauskirjassa.¹ Välimäen esittämät näkemykset ovat

1. Pertti Välimäki, Ositusta ja sen sovittelua. *Defensor Legis* 2/2010, s. 128–147.

olleet inspiraationa tutkimuksen tarkastelunäkökulman valitsemisessa. Hänen ajatuksiaan on hyödynnetty tutkimuksessa kysymyksenasettelun mukaisesti patenttioikeuksien taloudellisen arvon määrittämisessä yleisenä ideapohjana.

Arvonmääritysnormit olisivat tutkimukseni mukaan erityinen normikategoria, johon sisältyvät aineelliset oikeusnormit asettaisivat – yleistä normimääritelmää noudattaen – käskyjä, kieltoja, lupia ja kelpuutuksia, jotka koskevat taloudellisten hyötyjen arvioimista. Taloudellisten hyötyjen arvioiminen voi puolestaan käsittää sekä suorien taloudellisten hyötyjen että epäsuorien taloudellisten hyötyjen arvioimista. Arvonmääritysnormeilla tarkoitettaisiin siten sekä suorien että epäsuorien taloudellisten hyötyjen arvioimista säänteleviä normeja.

Väitöskirjassani on tarkasteltu arvonmääritysnormien erityispiirteitä eli niin sanottua päämäärät-keinot-jäsentelyä esimerkiksi valittujen lainsäädännösten tulkintojen ja soveltamisen yhteydessä. Lisäksi väitöskirjassani on esitetty niin sanottu oikeudellinen prosessikuvaus kuvaamaan osana oikeudellista arviointia toteutuvaa patenttien taloudellisten hyötyjen arvioimista. Nämä tutkimustulokset tuovat uutta, jäsenneilyä rakennetta oikeudelliseen arviointiin ja johdonmukais- tavat patenttien arvonmääritystä koskevaa oikeudellista harkintaa.

Tutkimuksessa on myös tarkasteltu talous- ja liiketaloustieteen piiriin kuuluvan tiedon hyödyntämistä osana oikeudellista harkintaa. Siihen liittyen on hyvä ymmärtää, että taloudellisen arvon määrittämisen tarkastelu on oikeustieteen piirissä ja oikeusnormien tulkintaa sekä soveltamista tarkoittavissa tilanteissa aina jossain määrin tieteidenvälistä toimintaa. Se toteutuu käytännössä, kun oikeudellisessa arvioinnissa hyödynnetään sovellettavien oikeusnormien mukaisesti oikeudellista materiaalia täydentävää ja enemmänkin talous- ja liiketaloustieteen piiriin kuuluvaa tietoa sekä kokemussääntöjä, jotka koskevat patenttien arvostamisen ja hinnoittelun menettelyjä.

Tutkimuksesta voidaankin tunnistaa teoreettisia ja käytännöllisiä tasoja, ja tutkimuksen voidaan katsoa sijoittuvan niiden rajapintojen yhtymäkohtiin kahdessa merkityksessä. Ensinnäkin tutkimus toteutuu oikeustieteen sekä talous- ja (erityisesti) liiketaloustieteen teorioiden yhtymäkohdassa tutkimuksen tavoitteen ollessa kuitenkin oikeustieteen tiedonintressin mukainen. Tutkimuksessa tuotetaan tietoa oikeudesta ja systematisoidaan oikeusnormeja. Toiseksi tutkimuksen voidaan katsoa sijoittuvan patenttioikeuksien taloudellista arvoa koskevien aiheiden tarkastelussa teorian ja käytännön leikkauspisteeseen, kun arvon ja arvonmäärityksen tarkastelussa on otettava huomioon myös hyvin käytännöllisiä arvonmäärityksen toteuttamista koskevia seikkoja. Tutkimuksen toteutuksella eri tasojen yhtymäkohdassa on saavutettu uusi, oikeudellinen kat- santokanta patenttien arvonmääritykseen.

4. Lyhyesti tutkimuksen menetelmistä

Tutkimuksen päämenetelminä on sovellettu lainopillista ja oikeusvertailevaa menetelmää. Lisäksi eräänlaisena oikeustaloustieteen menetelmän vivahteena tutkimuksessa on tarkasteltu patenttien arvonmääritysmenetelmiä ja hyödynnetty niitä koskevaa tietoa. Tutkimus ei kuitenkaan varsinaisesti toteuta oikeustaloustieteelle tunnusomaisia tavoitteita, koska tutkimuksessa ei tarkastella esimerkiksi tutkittavien säännösten taloudellisia vaikutuksia, kustannustehokkuutta tai muita vastaavia oikeustaloustieteelle tyypillisiä aiheita. Arvonmääritysmenetelmien tarkastelu on myös rajattu sellaiselle tasolle, joka on katsottu oikeustieteellisen tutkimuksen toteuttamiseksi asianmukaiseksi.

Tutkimuksessa on myös sovellettu niin sanottua law-in-action-metodologiaa. Tässä tutkimuksessa aiheen mukaisesti tarkastelun kohteena on ollut taloudellisen arvon määrittämistä koskevista oikeusnormeista saadun tiedon hyödyntäminen patenttiportfolioiden hallinnoimisessa sekä arvonmääritystoiminnassa. Lisäksi tutkimuksen viimeistelyvaiheessa on toteutettu rajattu haastattelututkimus. Tutkimuksessa on haastateltu yhteensä 16:ta asiantuntijaa, jotka työskentelevät tai ovat työskennelleet patenttien arvonmäärityksen parissa erilaisissa työtehtävissä.

5. Tutkimuksen tulokset ja loppupäätelmät

Tutkimuksen lähtökohtana on ollut tutkimusväite, jonka mukaan patenttien taloudellisen arvon määrittämiseen on tunnistettavissa myös merkityksellinen oikeudellinen näkökulma. Tutkimuksessa on oletettu, että aihetta voidaan eritellä ja kuvata oikeusteoreettisesti ja tätä teoreettista kehittelyä hyödyntää lainsäännösten tulkinnassa ja soveltamisessa toteutuvassa patenttien arvon määrittämisessä.

Tutkimustulokset osoittavat, että patenttioikeuksien taloudellisen arvon määrittäminen voidaan oikeudellisesta näkökulmasta kuvata sekä normatiivisesti että deskriptiivisesti. Tutkimuksessa tehdyille teoreettiselle erittelylle on myös osoitettu esimerkioikeustapausten analyyseissa tosiasiallista käytettävyyttä lainsäännösten tulkinnassa ja soveltamisessa. Voidaan siten todeta, että oikeudellinen näkökulma arvonmääritykseen ja sen merkityksellisyys on tutkimuksessa kuvattu rajaukset huomioon ottaen riittävällä tavalla. Tutkimuksen hypoteesin voidaan näin katsoa olevan pätevä. Teoreettisen kehittelyn tosiasiallinen merkittävyys selviää kuitenkin tutkimuksen teoriapohjan mukaan vasta myöhemmin käytännön ratkaisutoiminnassa.

Tutkimustulokset osoittavat, että oikeustieteellisestä teoreettisesta kehityksestä voidaan tunnistaa käytännöllisiä liiketaloustieteen aiheiden piiriin ulottuvia vaikutuksia. Väitöskirjassa on tältä osin tarkasteltu patenttien arvokontrollia osana patenttiportfolioiden hallintaa ja tarkennettuja arvotulkintaperusteisia arvoindikaatioita.

Tutkimus on myös osoittanut, että väitöskirjassani kehitellyillä arvomääritysnormeilla, niiden mukaisella (päämäärät-keinot-)systematiikalla ja taloudellisten hyötyjen arvioimisen oikeudellisilla periaatteilla on potentiaalia vähentää patenttien taloudellisen arvon määrittämisen oikeudellisen arvioinnin tulkinnallisuuksia.

Lopuksi voidaan vielä kokoavasti todeta, että väitöskirjassani kuvatuilla tutkimustuloksilla on patenttien arvomääritystä hyödyttävää sekä oikeusteoreettista että hyvinkin käytännöllistä, laintulkintaa, ratkaisutoimintaa ja patenttien arvomääritystä kehittävää, merkitystä.

1. Tutkimusaihe

Charlotta Henrikssonin oikeustieteellinen väitöskirja Patenttien arvo ja arvonmääritys käsittelee nimensä mukaisesti patenttioikeuksien arvonmääritystä. Patenttien arvonmääritys on kansainvälisesti ajankohtainen aihe, ja sillä on erilaisten patenttikorvauksien määrittämisen ohella yhtymäkohtia talous- ja liiketaloustieteeseen, kirjanpitoon ja verotukseen. Väitös kuuluu immateriaalioikeuden, tarkemmin patenttioikeuden, alaan. Henriksson on valinnut lähtökohdakseen patenttien arvonmääritystä sääntelevät lainsäädännökset ja niiden perusteella määräytyvät rajat arvonmääritykselle. Henrikssonin väitöskirja nivoutuu 2000-luvun suomalaiseseen immateriaalioikeudelliseen tutkimukseen, jossa immateriaalioikeudellisten usein varsin avoimien normien sisältöä on pyritty analysoimaan ja selkeyttämään käyttäen hyväksi oikeusvertailua, oikeusteoriaa ja oikeustaloustiedettä. Usein lähtökohtana ovat myös olleet kilpailuoikeuden asettamat rajat immateriaalioikeuksille. Henrikssonin tutkimuksessa hyödynnetään pääasiallisesti lainopillista metodia, mutta myös oikeusvertailevaa metodia. Henriksson on valinnut lähtökohdakseen päämäärä-keinosystematiikan. Kirjassa kuvataan Suomen ja muiden Pohjoismaiden ohella myös Saksan ja Yhdysvaltain patenttilakien korvaussäännöksiä ja oikeuskäytäntöä arvonmääritysnäkökulmasta.

Väitöskirja muodostuu viidestä luvusta. Johdannossa määritellään tutkimuskysymys tai -väite, tutkimuksen oikeusteoreettinen tausta ja perustelut sekä tutkimusmenetelmät ja rajaukset (sivut 1–39). Toisessa luvussa kuvataan patenttien arvonmääritystä käsittelevän tutkimuksen lähtökohdat (sivut 40–136). Kolmas luku käsittelee patenttien arvonmääritysnormeja ja niiden soveltamista (sivut 137–312). Neljännessä luvussa käsitellään talous- ja liiketaloustieteen lisänäkökulmia oikeudelliseen arvonmääritykseen (sivut 313–375). Viidennessä luvussa esitetään tutkimuksen johtopäätökset ja lopussa niitä ”testataan” tutkimusväitettä vasten (sivut 376–391).

Tutkimus on rajattu koskemaan Suomen lainsäädäntöä, mutta patenttiloukkaukorkorvauksia käsiteltäessä huomioon otetaan myös oikeusvertailevia näkökoh-

* Virallisen vastaväittäjän, professori *Petri Kuoppamäen* Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama 31.5.2023 päivätty lausunto vähäisin muutoksin.

tia. Talous- ja liiketaloustieteen arvonmäärittämis menetelmien ja laskentatekniikoiden osalta kuvataan eräitä peruspiirteitä. Kilpailuoikeudellisia näkökohtia kuvataan vain lyhyesti patenttisopimusten ja sopimushinnoittelun yhteydessä.

2. Lähdeaineisto, kieli ja rakenne

Tutkimuksen lähdeaineistoa voidaan pitää riittävänä. Kirjallisuusluettelossa on lähteitä vuoteen 2021 asti. Oikeustapauksia on seurattu vuoteen 2022 asti.

Tutkimuksen kieli on hyvää asiaproosaa.

Kirjan rakenne on enimmäkseen onnistunut. Kuitenkin 1. ja 2. lukujen sisältämä johdanto varsinaiseen tutkimusteemaan eli arvonmäärittämisnormeihin on pitkäkö. Osin toistoakin on, kun samat asiat käsitellään myöhemminkin. Ehkäpä tutkimuksen alkuosaa (sivut 1–136) olisi voinut hieman tiivistää.

Asiasanahakemisto puuttuu. Tällainen ei ole sinänsä välttämätön, mutta se helpottaisi eri asioiden löytämistä kirjasta.

3. Tutkimuskysymys, metodi ja keskeiset väittämät

Väitöskirjan lähtökohtana on väite, jonka mukaan patenttien taloudellisen arvon määrittelyyn on tunnistettavissa myös merkityksellinen oikeudellinen näkökulma. Aihetta voidaan tarkastella oikeusteoreettisesti ja teoreettista kehittelyä hyödyntää lainsäädännön tulkinnessa ja soveltamisessa toteutuvassa patenttien arvonmäärittämisessä. Kirjassa tarkastellaan tämän väitteen tai hypoteesin paikkansapitävyyttä vastaamalla kolmeen kysymykseen (sivu 2):

1. Millä tavalla aineellisoikeudelliset normit sääntelevät patenttien taloudellisen arvon määrittämistä? Onko systematisoitavissa erityinen taloudellisten hyötyjen arvioimista sääntelevien oikeusnormien kategoria, arvonmäärittämisnormit?

2. Voidaanko arvonmäärittäystä kuvata oikeudellisena prosessina?

3. Voidaanko tässä käytettyä arvon määrittämistä tarkoittavaa oikeudellista harkintaa johdonmukaistaa hyödyntämällä patenttioikeuksien yksityisen taloudellisen arvon määrittämiselle tyypillisiä piirteitä?

Väitöskirjassa todetaan, että on olemassa erityinen oikeusnormien kategoria (tutkimuskysymys 1) ja patenttien arvonmäärittystä voidaan kuvata oikeudellisena prosessina (tutkimuskysymys 2). Kolmanteen kysymykseen väitöskirjassa suhtaudutaan jossain määrin varauksellisemmin. Henrikssonin mukaan patentti-oikeuksien yksityisen taloudellisen arvon määrittämisen tyyppilliset piirteet voidaan ottaa huomioon mutta ne ovat kuitenkin alisteisia yksittäistapaukselle ja arvonmäärittäysnormien kulloisellekin päämäärälle.

Tutkimuksessa myös arvioidaan eräänlaisena systeemitason *de sentia ferenda, de lege ferenda* -pohdintana, voitaisiinko tutkimustuloksia käyttää laintulkinnan ja lainsäädännön kehittämiseen. Väittelijä noudattaa *Aulis Aarnioon* tukeutuen lainopillista metodologiaa. Valinta sopii hyvin tähän tutkimukseen.

Mielenkiintoisen lisän tutkimukselle antavat loppuvaiheessa tehdyt kuudentoista arvonmäärittämissä parissa työskentelevän asiantuntijan haastattelut. Nämä haastattelut paitsi tuovat käytännön näkökulmia, kuten odottaa saattaakin, mutta ne myös avaavat mielenkiintoisia näkökulmia eräisiin patenttien hinnoitteluun liittyviin keskeisiin ongelmiin.

4. Arviointia

Kun viime vuosina Suomessa julkaistuissa immateriaalioikeudellisissa väitöskirjoissa on ponnistettu yleensä oikeusvertailusta, oikeustaloustieteestä tai kilpailuoikeudesta, Henriksson keskittyy oikeusteoriaan ja lainoppiin. Ajatuksena on ensinnäkin täyttää tällä tavoin normitasolle jäänyttä väljyyttä. Esimerkiksi patenttilain (550/1967) 58 §:n 1 momentissa todetaan lyhykäisyydessään, että joka tahallaan tai tuottamuksesta loukkaa patenttia, on velvollinen suorittamaan ”kohtuullisen korvauksen” keksinnön hyväksikäyttämisestä sekä korvauksen muusta vahingosta, jonka loukkaus aiheuttaa. Jos tuottamus on vain lievää, voidaan korvausta sovitella. Havaitaan, että korvausnormi on varsin väljästi kirjoitettu. Käytännössä oikeuskäytännössä on kiinnitetty paljon huomiota niin kutsuttuun lisenssianalogiaan, mitä väittelijä ei pidä kaikilta osin onnistuneena ratkaisuna.

Henriksson tuo varsin hyvin esille, että eri patenttien arvostamista koskeva säädösympäristö tavoitteineen ohjaa tutkimuksen mukaan niiden tulkintaa. Esimerkiksi patenttilain 58 §:ssä lähdetään kohtuullisesta korvauksesta, ja taloudellisen arvon määrittämisen tulee noudattaa vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita. Oikeudesta työntekijän tekemiin keksintöihin annetussa laissa (656/1967, työsuhdekeksintölaki) taas pyritään toteuttamaan työsuhdeasetelmaan ja innovatiivisuuden kannustamiseen liittyviä tavoitteita. Korkeakoulu-keksintökorvausten ja niitä koskevien tarkoituksenmukaisuusharkintojen ta-

voitteena on vaikuttaa korkeakouluympäristöön. Kirjanpitolaissa (1336/1997) korostuvat luotettavuuden vaatimus sekä hyvän kirjanpitotavan merkitys. Verotuksen siirtohinnoittelussa taas korostuu markkinaehtoisuus. Konkurssilainsäädännössä kiinnitetään huomiota erityisesti käyvän arvon periaatteeseen ja pesän etuun, joka voi edellyttää nopeaa realisointia. Henrikssonin lähestymistapa avaa silmät eri patenttitilanteiden eroille. Arvonmääritysnormien voidaan katsoa tuovan lisäarvoa sekä säännösten tulkinnan että niiden kehittämisen näkökulmasta.

Sen sijaan enemmän kysymyksiä herättää se, missä määrin arvonmääritysnormeilla voidaan korvata patenttien arvoa koskevaa empiiristä analyysia. Yleisesti ottaen voidaan todeta, että jos otetaan lähtökohdaksi, että patentti on validi ja sitä hyödynnetään, tietyn patentin arvo määräytyy lähtökohtaisesti sen perusteella, millainen liiketoiminta patentin ympärille voidaan rakentaa eli kuinka hyvin sitä voidaan hyödyntää liiketoiminnassa. Tunnetusti on erittäin arvokkaita patenteja ja sitten sellaisia, joilla tällaista arvoa ei ole. Patentin arvo määräytyy siis olennaisesti sen perusteella, millaista taloudellista lisäarvoa se tuottaa sitä hyödyntäville yrityksille.

Säännösten tavoitteita ja keinoja koskevalla tutkimuksella ymmärretään entistä paremmin erityyppisten patenttitilanteiden taustalla olevat tavoitteet ja arvostukset, jolloin säännöksen tulkinnalle saadaan lisää rakennuspuuta ja normeja voidaan kehittää aiempaa yksityiskohtaisemmiksi, sikäli kuin yksityiskohtien lisäämisellä saatavaa oikeusvarmuutta pidetään joustavuutta tärkeämpänä seikkana. Kuitenkaan patenteja koskevasta tavoite-keinoanalyysistä on hankalaa kehittää substituuttia taloudellista arvoa koskevalle taloudelliselle analyysille. Voidaan myös kysyä, onko patentin taloudellinen arvo oikeus- vai tosiasiakysymys. Eikö tietyn hyödykkeen taloudellinen arvo, patentit mukaan lukien, kuitenkin ole viime kädessä empiirinen kysymys? Vaikka normit kirjoitettaisiin aiempaa yksityiskohtaisemmiksi, ne pitää silti täyttää tulkinnalla ja tosiseikkoja koskevalla analyysilla. Missä määrin normi voi itsessään sisältää ”oikean hinnan”? Tietysti teoriassa voitaisiin mennä hintasääntelyyn, jossa patenttien hinta määräytyisi yleisestikin ”taksan” perusteella, mutta tällaisen sääntelyratkaisun yhteiskunnallinen hinta voisi olla innovatiivisuuden näkökulmasta kohtuullisen korkea. Kyse on siitä, missä määrin aukko voidaan täyttää normin tavoitteita ja keinoja koskevalla oikeudellisella analyysilla.

Olen samaa mieltä siitä, että arvonmääritysnormi on varsin hyvä tapa systematisoida patenttioikeuden eri osa-alueiden eroja taloudellisen arvon määrittämisen kannalta, mutta epäselväksi jää, voidaanko siitä rakentaa hinnoittelua koskeva ”supernormi”.

Arvonmääritysnormit kertovat tavoitteiden erot esimerkiksi korkeakoulukeksintöjen ja FRAND-patenttien välillä, mutta lisätutkimuksen varaan jää, kuinka paljon ne konkreettisesti auttavat. Ei ole aivan selvää, mitä tarkoittaa ”patenttiloukkausta koskeva arvotulkinta” ja ”käytännöllinen yleiskäsitys” (sivu 201)

tai mitä olisivat arvonmääritysnormin mahdollistamat ”kohtuullisiksi arvioi-
dut keinot” (sivut 205–206) tai mitä ”patenttioikeuksille arvioituilla taloudel-
lisilla arvoilla” (sivu 215) tarkoitetaan. Missä määrin arvosuuntautunut hinnan
arvioiminen veisi eteenpäin ja missä määrin se monimutkaistaisi tai hämärtäisi
arviointia? Tai olisiko tämä riski ainakin olennainen?

Oman kysymyksensä muodostaa ero dispositiivisen ja indispositiivisen lain-
säädännön välillä (sivu 220). On totta, että esimerkiksi työsuhdepatentteihin liit-
tyy indispositiivista sääntelyä. Tästä ei kuitenkaan voida johtaa periaatetta, jonka
mukaan yleisemmin patenttien hinnoittelua koskevaa sopimusvapautta olisi ra-
joitettu. Miten tai milloin arvonmääritysnormi voitaisiin katsoa pakottavaksi
(indispositiiviseksi)? Miksi sopimusvapautta rajoitettaisiin? Indispositiivisuutta
perustellaan vero- ja kilpailuoikeudella, mutta niissä kyse on indispositiivisesta
eli pakottavasta lainsäädännöstä, josta ei voida toisin sopia. Onko ajatuksena siis,
että arvonmääritysnormeista pitäisi tehdä pakottavaa oikeutta eikä ainoastaan
aukkoja täyttävää normiainesta?

Tähän viittaa väittelijän toteamus (sivu 252) siitä, että hinta voitaisiin määrätä
tuomioistuimessa ”arvonmääritysnormin vastaiseksi”. Miksi näin? On perusteita
työsuhdekeksintöjä ja korkeakoulukeksintöjä koskeville indispositiivisille sään-
nöksille, kun ollaan lähellä työoikeutta tai sen sisällä, mutta voidaanko tällaista
arvonmääritysnormien ”dominanssia” perustella laajemmin? Jos voidaan, niin
millä? Eivätkö varallisuusosoikeudellisista oikeustoimista annetun lain (228/1929,
oikeustoimilaki) 36 § ja muut siviilioikeuden kohtuullistamista ja pätemättö-
myyttä koskevat normit riittä? Onko arvonmääritysnormien osoitettu riittäviä
perusteita syrjäyttää tahdonvaltaisuus, johon hinnanmuodostus markkinoilla
ja markkinoiden itseohjautuvuus ja tehokkuus perustuvat?

Yleisemmin voidaan kysyä, voiko lainsäätävä tai tuomari tietää patenttien
”oikean hinnan”. Entä jos patentin taloudellinen arvo muuttuu? Henrikssonin
mallissa (sivut 280–281) tuomarille asetetaan aika iso rooli. Vahingonkorvausta
määriteltessään tuomarin tulisi ottaa huomioon tapauskohtainen tehokkuus, oikea-
suhtaisuus, varoittavuus, reparaatio ja preventio. Tämä edellyttäisi tuomarilta
melkoisen suurta osaamista eri aloilta. Henriksson toisaalta itekin toteaa (sivu
285), että oikeudellisesta harkinnasta ei tule koskaan ”arvionvaraisuutta täysin
poissulkevaa”. Vastaväittäjän näkökulmasta keskeisin ongelma ei ole kriteerien
puuttuminen vaan pikemminkin niiden selvittämisen hankaluus tuomarin nä-
kökulmasta. Vahingonkorvaustapauksissa tuomari pyrkii konstruoimaan vahin-
gonkorvauksen, sillä pelkästään säännösten sisältä sitä ei löydy, olivat ne sitten
yleisluontoisia tai yksityiskohtaisia.

Henriksson vetää varsin hyvin yhteen johtopäätöksiään kirjassa olevilla graa-
feilla (sivu 303) sekä päämäärä-keino-lähestymistavan soveltamista täsmentävällä
kuvalla (sivut 310–311). Kirjassa on myös lähestymistapaa selventäviä taulukoita
(sivu 354).

Kirja sisältää lyhyen jakson talous- ja liiketaloustieteellisestä patenttien arvonmäärittämisestä. Henriksson kiinnittää aiheellisesti huomiota laskelmien taustalla olevien lähtökohtaoletusten merkitykseen (sivu 319). Voidaan esittää paljon erilaisia matemaattisia kaavoja, mutta ratkaisutoiminnassa kyse on aina premissien oikeellisuudesta tai luotettavuudesta. Mitä tahansa voi periaatteessa laskea, mutta luvut ovat oikein vain oikeilla taloudellisilla premiseilla. Jakson lyhydestä huolimatta kyseessä on hyvä peruskuvauksen aiheesta.

5. Loppulausunto

Vastaväittäjän rooliin kuuluu esittää kriittisiä kysymyksiä ja arvioita tarkastettava väitöskirjasta. Tämä on tieteelle ominainen toimintatapa. Näin on menetelty tämänkin väitöksen yhteydessä. Olen edellä kiinnittänyt huomiota eräisiin työn kritiikille alttiisiin kohtiin, niin kuin vastaväittäjän rooliin kuuluu.

Charlotta Henriksson on valinnut näkökulmakseen patenttien arvonmäärittämis- ja tarkastelun. Tutkimus on huolellisesti tehty ja kieliasultaan sujuva. Tutkimus osoittaa aiheen syvällistä tuntemusta. Tutkimusotteena ”päämäärät-keinot” on onnistunut ja toimii hyvin systematisoivana lähestymistapana. Vaikka edellä on esitetty myös kriittisiä huomioita, Henrikssonin kannanotot on perusteltu huolellisesti. Kirjan systemaattinen lähestymistapa jäsentää arvonmäärittämisnormistoa ja osoittaa erot eri lainsäädännöllisten soveltamistilanteiden välillä.

Henrikssonin väitöskirja lunastaa paikkansa akateemisena opinnäytteenä. Henriksson käyttää valitsemiaan lähteitä johdonmukaisesti, ja hän onnistuu tuomaan esiin uusia ja merkittäviä näkökulmia. Tutkimus tuottaa uutta tieteellistä tietoa. Henrikssonin analyysi on itsenäistä, ja kokonaisuus täyttää väitöskirjalta edellytettävät vaatimukset. Yhteenvetojaksoissa argumentteja puolesta ja vastaan selostetaan tavalla, joka tuottaa mielenkiintoisen kuvan patenttien arvostuksen taustalla olevista näkökohdista, jotka ovat usein jännitteisiä.

Väitöstilaisuudessa väittelijä puolusti väitöskirjaansa asiallisesti ja asiantuntevasti.

Esitän mielihyvin ja vailla epäilyksiä Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle oikeustieteen kandidaatti Charlotta Henrikssonin väitöskirjan hyväksymistä oikeustieteen tohtorin tutkintoa varten.

Petri Kuoppamäki

KHO 2022:111 – Äänestäminen ja ratkaisun lopputuloksen selkeys

Lakimies
6/2023
s. 959–966

1. Johdanto

Tuomioistuimet käyttävät niille perustuslain mukaan kuuluvaa tuomiovaltaa eli käsittelevät ja ratkaisevat niiden toimivaltaan kuuluvaksi säädettyjä asioita. Tuomioistuimesta ja käsiteltävästä asiasta riippuen tuomari ratkaisee asian joko yksin tai osana monijäsenistä kokoonpanoa. Monijäsenisessä kokoonpanossa ratkaisun antamista edeltävät kokoonpanon jäsenten kesken käytävät päätösneuvottelut, joissa myös aika ajoin väistämättä ilmenee näkemyseroja ratkaisun perusteluista tai sen lopputuloksesta. Ajoittaiset erimielisyydet ovat luonnollisia, kun riippumattomat ja itsenäiset tuomarit käyttävät heille kuuluvaa oikeudellista harkintavaltaa. Näissäkin tilanteissa tuomioistuimia kuitenkin koskee ratkaisupakko. Ellei asiassa päästä neuvotteluissa yksimielisyyteen, asia on ratkaistava äänestämällä.¹ Ratkaisusta äänestettäessä kunkin asiassa eri mieltä olleen jäsenen on perusteltava mielipiteensä ja äänestyslausekset liitetään asiassa annettavaan ratkaisuun.²

Riippumatta siitä, onko ratkaisusta äänestetty, asianosaisten oikeusturvan ja ratkaisusta johtuvien erinäisten oikeusvaikutusten toteutumisen kannalta on täysin keskeistä, että ratkaisun lopputulos on selkeä. Ratkaisusta on siten käytävä selvästi ja yksiselitteisesti ilmi, mitä ja miten asiassa on tuomittu tai päätetty.³ Ratkaisun lopputuloksen selkeyden kannalta merkitystä voi olla myös

1. Oikeudenkäymiskaaren (4/1734, OK) 23 luvun 1 §:n 1 momentti, oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain (808/2019, HOL) 85 §:n 1 momentti.
2. Äänestyslausekset perusteleminen säännellään OK 23 luvun 3 §:n 1 momentissa ja äänestyslausekset liittämistä ratkaisuun esim. OK 24 luvun 7 §:n 1 momentin 8 kohdassa ja 15 §:n 1 momentin 8 kohdassa sekä HOL 86 §:n 1 momentin 8 kohdassa. Perusteluvollisuutta rajoittaa sinänsä OK 23 luvun 3 §:n 2 momentti, jonka mukaan jäsenen, joka yhtyy aikaisemmin esitettyyn mielipiteeseen, on perusteltava mielipiteensä vain, jos perustelut poikkeavat aikaisemmin esitetystä. Kansainvälisesti perinteet eriävien mielipiteiden julkaisemisesta ja niiden sallittavuudessa eri maissa ja tuomioistuimissa kuitenkin eroavat. Ks. kokoavasti käytännöistä Euroopan unionin jäsenmaiden ylimmissä oikeusasteissa esim. Rosa Raffielli, *Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States. A study for the Directorate-General of Internal Policies*. European Parliament, 2012 osoitteessa <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf> (vierailtu 7.9.2023).
3. Tuomion oikeusvoima- ja muista vaikutuksista ks. esim. Juha Lappalainen – Tuomas Hupli, s. 751–753 teoksessa *Prosessioikeus*. 6. painos. Alma Talent 2021 ja hallintotuomioistuimen päätöksen oikeusvaikutuksista Olli Mäenpää, *Hallinto-oikeus*. 3. painos. Alma Talent 2023, s. 1113–1119. Ratkaisun lopputuloksen sisältävän tuomio- tai päätöslausekset sisältövaatimuksista erityisesti yleisissä tuomioistuimissa ks. Jyrki Virolainen – Petri Martikainen, *Tuomion*

äänestyslausunnossa lausutulla, minkä osoittaa nyt kommentoitava korkeimman hallinto-oikeuden (KHO) vuosikirjapäätös 2022:111. Kyseisessä tapauksessa ratkaistavana oli se, oliko hallinto-oikeuden päätös syntynyt lainmukaisessa järjestyksessä ja vastasiko päätöksen lopputulos kokoonpanon jäsenten enemmistön kantaa, kun otettiin huomioon siinä annetut äänestyslausunnot. Hallinto-oikeus oli ratkaissut muutoksenhaun kohteena olleen ulkomaalaisasian kolmen tuomarin kokoonpanossa, jossa kaksi tuomaria olivat olleet asiassa eri mieltä.⁴ Tässä oikeustapauskommentissa käydään ensin lyhyesti läpi äänestämistä hallinto-oikeudessa koskevat säännökset, minkä jälkeen esitellään muutoksenhaun kohteena KHO:ssa ollut hallinto-oikeuden päätös sekä KHO:n ratkaisu. Lopuksi arvioidaan KHO:n ratkaisua ja äänestyslausunnon merkitystä sen valossa.

2. Äänestämistä hallinto-oikeuksissa koskevat säännökset

Äänestäminen on osa tuomioistuinten laissa säädettyä päätöksentekomenettelyä. Hallinto-oikeuksissa noudatettavat säännökset äänestämisestä löytyvät tätä nykyä oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetusta laista (808/2019, HOL), jonka lisäksi menettelyyn hallinto-oikeudessa sovelletaan soveltuvin osin oikeudenkäymiskaaren (4/1734, OK) 23 luvun (690/1997) säännöksiä.⁵ Ennen HOL:n voimaantuloa 1.1.2020 äänestämisestä hallinto-oikeuksissa säädettiin hallintolainkäyttölain (586/1996, HLL) 52 §:ssä. Nykyiset HOL:n säännökset vastaavat kuitenkin, lainmuutoksella tehdyillä täsmennyksillä, sisällöltään aiempaa sääntelyä.⁶

perusteleva. Talentum 2010, s. 109–115 ja hallinto-oikeuden päätöksen sisältövaatimuksista Mäenpää 2023, s. 1109. Oikeuskäytännöstä ks. esim. myös nyt kommentoitavassa ratkaisussa viitatus KHO 2020:37 ja KKO 2017:17, kohta 31. Epäselvä tai puutteellinen ratkaisu voi myös tulla ylimääräisessä muutoksenhaussa poistetuksi. Oikeudenkäymiskaaren 31 luvun 1 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaan lainvoiman saanut tuomio voidaan tehdystä kantelusta tuomiovirheen perusteella poistaa, jos tuomio on niin sekava tai epätäydellinen, ettei siitä käy selville, miten asiassa on tuomittu. Korkein hallinto-oikeus voi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain 117 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaan hakemuksesta purkaa lainvoimaisen hallintopäätöksen tai hallintotuomioistuimen lainvoimaisen päätöksen, jos päätös on niin epäselvä tai puutteellinen, ettei siitä käy ilmi, miten asia on ratkaistu.

4. Muutoksenhaun kohteena ollut Pohjois-Suomen hallinto-oikeuden päätös 16.12.2021 nro 1314/2021 sisältää salassa pidettäviä tietoja, eikä kommentin laatijalla ole ollut sitä käytettävissä. Tämä oikeustapauskommentti on siten laadittu yksinomaan KHO:n julkaiseman ratkaisuselosteen perusteella.
5. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräksi siihen liitetyiksi laeiksi 29/2018 vp, s. 155.
6. HE 29/2018 vp, s. 154. Koska muutoksenhakijan valitusasia oli nyt kommentoitavassa tapauksessa tullut vireille hallinto-oikeudessa 4.11.2019, asiassa oli hallinto-oikeudessa tullut soveltaa

Jos hallintotuomioistuimen jäsenet eivät ole samaa mieltä ratkaisusta, siitä on HOL 85 §:n 1 momentin mukaan äänestettävä. Ratkaisusta äänestetään virkaikäjärjestyksessä siten, että nuorin jäsen esittää kantansa ensin ja istunnon puheenjohtaja viimeiseksi. Muu kuin lainoppinut jäsen esittää kantansa ennen lainoppinutta jäsentä. Jos tuomioistuimen jäsen esittelee asian, hänen on kuitenkin esitettävä kantansa ensin. Saman pykälän 2 momentin mukaan äänestyksessä voittaa kanta, jota jäsenten enemmistö on kannattanut. Äänen mennessä tasan voittaa kanta, jota puheenjohtaja on kannattanut. Rangaistusluonteista hallinnollista seuraamusta tai uhkasakon tuomitsemista koskevassa asiassa sekä päätettäessä todistajan noutamisesta tuomioistuimeen taikka tuomittaessa järjestyssakko voittaa äänen mennessä tasan kuitenkin kanta, joka on lievempi sille, johon seuraamus kohdistuu. Pykälän 3 momentin mukaan äänestämiseen sovelletaan muutoin, mitä siitä oikeudenkäymiskaassa säädetään.

OK 23 luvun 3 §:n 1 momentin mukaan mielipide on perusteltava. Pykälän 2 momentin mukaan jäsenen, joka yhtyy aikaisemmin esitettyyn mielipiteeseen, on perusteltava mielipiteensä vain, jos perustelut poikkeavat aikaisemmin esitetystä. Edelleen OK 23 luvun 5 §:n 1 momentissa säädetään, että jos riita-asiassa on esitetty useita vaatimuksia tai kuittausvaatimus, niistä jokaisesta on äänestettävä erikseen. Samoin on meneteltävä, jos samaa vaatimusta koskevassa asiassa on useita kysymyksiä, jotka vaikuttavat ratkaisun lopputulokseen. Sanotun pykälän 2 momentin mukaan tuomioistuimen jäsenen on lausuttava jokaisesta ratkaistavasta kysymyksestä. HOL 86 §:n 1 momentin 8 kohdan mukaan päätöksestä on käytävä ilmi ilmoitus äänestyksestä, jolloin äänestyslausekset on liitettävä päätökseen.

3. Hallinto-oikeuden päätös

Muutoksenhaun kohteena hallinto-oikeudessa oli Maahanmuuttoviraston päätös, jolla se oli hylännyt muutoksenhakijan kansainvälistä suojelua ja oleskelulupaa koskevan hakemuksen ja päättänyt käännyttää hänet kotimaahansa Irakiin. Samalla Maahanmuuttovirasto oli määrännyt muutoksenhakijan kahdeksi vuodeksi Schengen-aluetta koskevaan maahantulokieltoon. Valituksessaan Poh-

oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain 126 §:n 2 momentin nojalla lain voimaan tullessa 1.1.2020 voimassa ollut hallintolainkäyttölaki. HLL 52 §:n 1 momentissa säädetään, että jos päätöksen tekemiseen osallistuvat jäsenet eivät ole olleet ratkaisusta yksimielisiä, siitä on tullut äänestää. Äänestyksessä on voittanut mielipide, jota jäsenten enemmistö on kannattanut. Pykälän 2 momentin mukaan äänen mennessä tasan on voittanut mielipide, jota puheenjohtaja on kannattanut. Pykälän 3 momentin mukaan äänestämistä on muuten ollut soveltuvin osin voimassa, mitä äänestämistä yleisissä tuomioistuimissa säädetään.

jois-Suomen hallinto-oikeuteen muutoksenhakija vaati, että Maahanmuuttoviraston päätös kumotaan ja hänelle myönnetään kansainvälistä suojelua. Vähintään muutoksenhakija vaati, että hänelle myönnetään oleskelulupa yksilöllisestä inhimillisestä syystä. Lisäksi muutoksenhakija vaati suullisen käsittelyn toimittamista.⁷

Hallinto-oikeus hylkäsi muutoksenhakijan vaatimuksen suullisen käsittelyn toimittamisesta ja ratkaisi asian kirjallisessa menettelyssä. Pääasian osalta hallinto-oikeus hylkäsi valituksen kansainvälistä suojelua koskevilta osin. Oleskeluluvan myöntämisen, käännyttämisen ja maahantulokiellon osalta hallinto-oikeus puolestaan kumosi Maahanmuuttoviraston päätöksen ja palautti asian näiltä osin Maahanmuuttovirastoon uudelleen käsiteltäväksi.

Asia ratkaistiin hallinto-oikeudessa kolmen tuomarin kokoonpanossa äänestyksen jälkeen. Ratkaisusta eri mieltä olleet tuomarit jättivät kumpikin oman äänestyslausuntonsa, joissa he ilmaisivat erimielisyytensä, joka koski suullisen käsittelyn toimittamista, kansainvälistä suojelua sekä oleskeluluvan myöntämistä yksilöllisen inhimillisen syyn takia.

Kokoonpanon puheenjohtajana toiminut tuomari A totesi äänestyslausunnossaan olevansa eri mieltä siitä, oliko Maahanmuuttoviraston päätös kumottava ja palautettava Maahanmuuttoviraston käsiteltäväksi oleskeluluvan myöntämistä sekä käännyttämistä ja maahantulokieltoa koskevilta osin. Tuomari A katsoi, ettei asiassa ollut perusteita oleskeluluvan myöntämiseksi yksilöllisestä inhimillisestä syystä eikä aihetta käännyttämisen ja maahantulokiellon kumoamiseenkaan siten ollut. Muilta osin tuomari A ilmoitti olevansa samaa mieltä kuin enemmistö.

Toinen eri mieltä ollut jäsen, tuomari B, katsoi puolestaan äänestyslausunnsaan, että suullinen käsittely olisi tullut järjestää viran puolesta, koska muutoksenhakijalla oli ollut laillinen este. Velvollisena osallistumaan asian ratkaisemiseen kirjallisessa menettelyssä eri mieltä ollut jäsen lausui, että valituksenalainen päätös tulisi kumota ja asia palauttaa Maahanmuuttoviraston käsiteltäväksi turvapaikan antamiseksi muutoksenhakijalle.

7. Kuten KHO:n ratkaisun kohdassa 18 todetaan, ulkomaalaislain mukaan kansainvälistä suojelua toteutetaan joko antamalla hakijalle lain 87 §:ssä tarkoitettu turvapaikka tai myöntämällä lain 88 §:ssä tarkoitettu oleskelulupa toissijaisen suojelun perusteella, jos 87 §:n mukaiset edellytykset turvapaikan antamiselle eivät täyty. Vaikka hakijalle ei myönnettäisi kansainvälistä suojelua, hänelle voidaan silti myöntää ulkomaalaislain 52 §:n perusteella oleskelulupa yksilöllisestä inhimillisestä syystä. Jos kansainvälistä suojelua koskeva hakemus hylätään, ulkomaalaislain 98 §:n 4 momentin mukaan päätetään samalla henkilön käännyttämisestä. Käännyttämisen perusteista säädetään ulkomaalaislain 148 §:ssä. Käännyttämistä koskevassa päätöksessä voidaan ulkomaalaislain 150 §:n mukaan määrätä maahantulokiello.

4. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu ja perustelut

KHO:ssa muutoksenhakija vaati hallinto-oikeuden päätöksen kumoamista siltä osin kuin hallinto-oikeus oli hylännyt valituksen. Muutoksenhakija vaati myös asian palauttamista hallinto-oikeuteen suullisen käsittelyn järjestämiseksi tai toissijaisesti Maahanmuuttovirastoon turvapaikan tai oleskeluluvan myöntämiseksi. Asiassa oli kuitenkin ensin otettava kantaa siihen, oliko hallinto-oikeuden päätös äänestyslausunnot huomioon ottaen syntynyt lainmukaisessa järjestyksessä ja vastaako päätöksen lopputulos kokoonpanon jäsenten enemmistön kantaa. KHO totesi, että hallinto-oikeuden päätöksen täytäntöönpanon ja asianosaisten oikeusturvan vuoksi on välttämätöntä, että asian lopputulos käy selkeästi ja yksiselitteisesti ilmi päätöksestä ja että päätöksen selkeydellä ja yksiselitteisyydellä on lisäksi olennaista merkitystä muutoksenhakuvaiheen kannalta. Päätöksen lainmukaisuutta tässä suhteessa oli arvioitava viran puolesta.⁸

KHO totesi, että hallinto-oikeudessa oli OK 23 luvun 5 §:n 1 momentissa tarkoitettulla tavalla ollut esillä useita asian lopputulokseen vaikuttavia osakysymyksiä, joista jokaisesta kunkin asian ratkaisemiseen osallistuneen jäsenen oli OK 23 luvun 5 §:n 2 momentin mukaisesti tullut lausua tietyssä järjestyksessä. KHO lähti näin ollen tarkastelussaan liikkeelle erittelemällä ensin ne kysymykset, joista hallinto-oikeuden oli tullut lausua, ja kysymysten ratkaisujärjestyksen. Tämän jälkeen KHO otti ratkaistava osakysymys kerrallaan kantaa siihen, oliko päätös syntynyt lainmukaisessa järjestyksessä ja perustuiko se kokoonpanon enemmistön kantaan. Koska asia ratkaistiin hallinto-oikeudessa kolmen tuomarin kokoonpanossa, HLL 52 §:n mukaisen enemmistön muodostivat hallinto-oikeudessa kaksi kolmesta kokoonpanon jäsenestä.

Ensimmäinen hallinto-oikeudessa ratkaistava kysymys oli ollut muutoksenhakijan vaatimus suullisen käsittelyn toimittamisesta ja muutoksenhakijan laillisesta esteestä osallistua siihen, miltä osin hallinto-oikeus hylkäsi vaatimuksen ja ratkaisi asian kirjallisessa menettelyssä.⁹ Tältä osin KHO totesi seuraavaa:

”Hallinto-oikeuden päätöksen käsittelyratkaisusta ja siihen liittyvistä perusteluista sekä kokoonpanon puheenjohtajan äänestyslausunnosta ilmenee, että kaksi kolmesta jäsenestä on katsonut, että muutoksenhakijalla ei ole ollut laillista estettä osallistua suulliseen käsittelyyn ja tästä syystä hallinto-oikeus ei ole järjestänyt asiassa suullista käsittelyä. Käsittelyratkaisu, jolla vaatimus suullisen käsittelyn järjestämisestä on hylätty, on siten kokoonpanon enemmistön kannan mukainen.”¹⁰

8. KHO 2022:111, kappale 19.

9. Hallinto-oikeus oli ensin päättänyt järjestää asiassa suullisen käsittelyn, joka kuitenkin peruttiin muutoksenhakijan sitä pyydettyä. Hallinto-oikeus oli varannut muutoksenhakijalle tilaisuuden toimittaa selvitystä laillisesta esteestä ja kirjallista selvitystä ja sittemmin käsittelyratkaisussaan hylännyt vaatimuksen suullisen käsittelyn toimittamisesta. Ks. KHO 2022:111, kappaleet 4-5.

10. KHO 2022:111, kappale 24.

Tämän jälkeen hallinto-oikeuden oli ratkaistava pääasia ja sen eri osakysymykset, joista ensimmäinen koski kansainvälistä suojelua. Tältä osin oli ensin ratkaistava, oliko valitus hyväksyttävä vai hylättävä turvapaikan osalta, ja sen jälkeen, ellei edellytyksiä turvapaikan antamiseksi ole ollut, oliko valitus hyväksyttävä vai hylättävä toissijaisen suojelun osalta. Jos valitusta ei kansainvälisen suojelun osalta voitu hyväksyä, oli seuraavaksi tullut ratkaista se, voitiinko valitus hyväksyä yksilöllisen inhimillisen syyn vuoksi myönnettävän oleskeluluvan osalta. Viimeiseksi oli vielä ratkaistava valitus käännättämistä ja maahantulokieltoa koskevilta osin. KHO totesi näiltä osin seuraavaa:

”Pääasiaratkaisussaan kansainvälisen suojelun osalta hallinto-oikeus on ensin todennut lausunnon antamisen rauenneeksi siltä osin kuin muutoksenhakija on luopunut vetoamasta kristinuskoon kääntymiseensä turvapaikkaperusteena ja sen jälkeen hylännyt valituksen kansainvälisen suojelun antamista koskevalta osalta. Kokoonpanon puheenjohtaja on äänestyslausunnossaan ilmoittanut tässä suhteessa olevansa samaa mieltä kuin enemmistö. Yksi jäsenistä on ollut asiasta eri mieltä, mutta pääasiaratkaisu on edellä mainituilta osin ollut kokoonpanon enemmistön kannan mukainen.

Kansainvälistä suojelua koskevalta osalta ratkaisun lopputuloksesta eri mieltä ollut jäsen on äänestyslausunnossaan katsonut, että muutoksenhakijalla on seksuaalisen suuntautumisensa vuoksi ulkomaalaislain 87 §:n 1 momentissa tarkoitetulla tavalla perustellusti aihetta pelätä joutuvansa vainotuksi kotimaassaan, eikä hänellä ole maatiedon valossa mahdollista saada tätä vastaan viranomaissuojelua. Näillä perusteilla Maahanmuuttoviraston päätös olisi hänen mukaansa tullut kumota ja asia palauttaa Maahanmuuttovirastolle turvapaikan antamiseksi muutoksenhakijalle.

Yksilöllisen inhimillisen syyn vuoksi myönnettävän oleskeluluvan, käännättämisen ja maahantulokiellon osalta hallinto-oikeus on pääasiaratkaisun ja perustelujen mukaan kumonnut Maahanmuuttoviraston päätöksen ja palauttanut asian vastaavilta osin Maahanmuuttovirastolle uudelleen käsiteltäväksi. Kokoonpanon puheenjohtaja on äänestyslausunnossaan katsonut, että asiassa ei ole ilmennyt perusteita oleskeluvan myöntämiseksi ulkomaalaislain 52 §:n 1 momentissa tarkoitetusta yksilöllisestä inhimillisestä syystä. Aihetta käännättämisen ja maahantulokiellon kumoamisenkaan ei hänen mukaansa siten ole ollut. Kokoonpanon puheenjohtaja olisi siis hylännyt valituksen myös näiltä osin. Toisessa äänestyslausunnossa ei ole oikeudenkäymiskaaren 23 luvun 5 §:ssä edellytetyllä tavalla lausuttu yksilöllisestä inhimillisestä syystä myönnettävästä oleskeluvasta, käännättämisestä ja maahantulokiellosta.”¹¹

Johtopäätöksensä korkein hallinto-oikeus totesi, että hallinto-oikeuden päätöksen lopputulos ei ollut, siltä osin kuin se koski yksilöllisen inhimillisen syyn vuoksi myönnettävää oleskelulupaa, käännättämistä ja maahantulokieltoa, pe-

11. KHO 2022:111, kappaleet 25–27.

rustunut HLL 52 §:n 1 momentissa edellytetyllä tavalla kokoonpanon enemmistön kantaan. Tähän nähden päätöksen lopputulos jäi epäselväksi. Korkein hallinto-oikeus kumosi hallinto-oikeuden valituksenalaisen päätöksen lainvastaisena ja palautti asian hallinto-oikeuteen uudelleen käsiteltäväksi.

5. Ratkaisun analyysi ja loppusanat

KHO:n ratkaisun perusteella asiassa ei sinänsä ollut jäänyt epäselväksi, mihin sisällölliseen lopputulokseen hallinto-oikeus oli Maahanmuuttoviraston päätöksestä tehdyn valituksen johdosta päätenyt. Pääasian osalta hallinto-oikeus oli hylännyt valituksen kansainvälistä suojelua koskevilta osin mutta kumonnut Maahanmuuttoviraston päätöksen yksilöllisen inhimillisen syyn vuoksi myönnettävän oleskeluluvan, käännättämisen ja maahantulokiellon osalta ja palauttanut asian näiltä osin uudelleen käsiteltäväksi. Ongelmalliseksi muodostui sitä vastoin se, ettei hallinto-oikeuden päätöksestä asiassa annettuihin äänestyslausuntoihin nähden ollut luettavissa, että sen lopputulos olisi perustunut ratkaisukokoonpanon enemmistön kantaan. Kun nimittäin puheenjohtajana toiminut tuomari A olisi äänestyslausuntonsa mukaan hylännyt valituksen myös yksilöllisen inhimillisen syyn vuoksi myönnettävästä oleskeluluvasta, käännättämisestä ja maahantulokiellosta annetusta päätöksestä eikä tuomari B ollut lausunut näiltä osin äänestyslausunnossaan, hallinto-oikeuden päätöksestä ilmenevää lopputulosta ei äänestyslausuntojen mukaan ollut kannattanut enemmistö eli kaksi kolmesta kokoonpanon jäsenestä. Hallinto-oikeuden päätöksen lopputulos oli siten epäselvä, ja KHO päätyi kumoamaan hallinto-oikeuden ratkaisun ja palauttamaan asian uudelleen käsiteltäväksi.

Todettakoon, että koska tuomioistuimen kokoonpanon jäsenillä on velvollisuus lausua kaikista ratkaistavista kysymyksistä, hallinto-oikeuden päätös ei nähdäkseni olisi ollut tulkittavissa niin, että tuomari B olisi tosiasiaa yhtynyt hallinto-oikeuden päätöksen lopputulokseen siltä osin kuin hän ei ollut ratkaistavana olevasta kysymyksestä lausunut. Tuomari ei voi niin sanotusti äänestää tyhjää. Tuomioistuimen ratkaisun lopputuloksen selkeys edellyttää, että ratkaisusta käy äänestysilanteessa ilmi, mikä kanta äänestyksessä on voittanut. KHO:n ratkaisu on nähdäkseni kokonaisuudessaan ja äänestysmenettelystä säädettyyn nähden hyvin perusteltu.

Äänestyslausunto ei sellaisenaan ilmaise tuomioistuimen ratkaisun lopputulosta, ja sen käytännön vaikutukset voivatkin tästä syystä helposti jäädä vähemmälle huomiolle. Äänestyslausunto antaa kuitenkin mahdollisuuden välittömästi tarkastella enemmistön perusteluja suhteessa vähemmistöön jääneiden jäsenten argumentaatioon. Äänestyslausunnot avaavat usein mielenkiintoisia

näkökulmia enemmistön perusteluiden vakuuttavuuteen ja ennakkopäätöksen ollessa kyseessä voivat antaa aiheen pohtia sen oikeusohjeen painoarvoa tai sen ulottuvuuksia. Vähemmistön argumentaatio voi myös rikastuttaa tai käynnistää tietystä oikeudellisesta ongelmasta käytävää yhteiskunnallista tai oikeustieteellistä keskustelua.¹²

KHO:n ratkaisu osoittaa, että äänestyslausunnolla on lisäksi yhteys tuomioistuimen ratkaisun lopputuloksen selkeyteen: äänestystilanteesta riippuen sen sisältö voi muodostua jopa ratkaisevaksi arvioitaessa sitä, onko ratkaisun lopputulos perustunut kokoonpanon enemmistön kantaan. Tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa on siten syytä tunnistaa paitsi äänestyslausunnon merkitys myös ratkaisun lopputuloksen selkeyden kannalta kriittiset äänestystilanteet.

Martina Nyman

12. Ks. esim. Mirjami Paso, Viimeisellä tuomiolla: Suomen korkeimman oikeuden ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkopäätösten retoriikka. CC Lakimiesliiton kustannus 2009, s. 187–188, 287–288. Eriävien mielipiteiden funktioista ks. esim. Katalin Kelemen, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts: A Comparative and Legal Perspective*. Routledge 2018, s. 158–160 ja erityisesti korkeimmassa oikeudessa Mika Sutela – Anssi Keinänen – Matti Tolvanen, Korkeimman oikeuden äänestyspäätökset 2010-luvulla: empiirinen analyysi oikeusneuvosten eriävien mielipiteiden esittämisestä. *Lakimies* 3/2013, s. 376–377.

Kansainvälisen oikeuden esihistorian jäljillä

Lakimies
6/2023
s. 967–973

Martti Koskenniemi

To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power 1300–1870

Cambridge University Press 2021. XVIII + 1 107 sivua.

1. Aluksi

Akateemikko, professori emeritus *Martti Koskenniemi* tunnetaan kansainvälisen oikeuden historian tutkimuksen uranuurtajana. Paitsi jo alan klassikoksi muodostuneessa teoksessaan *The Gentle Civilizer of Nations* Koskenniemi on käsitellyt aihepiiriä lukuisissa kokoomateoksissa ja artikkeleissa.¹ Voi siten tulla yllätyksenä, että hänen uusin teoksensa *To the Uttermost Parts of the Earth* ei kirjan johdantovirkkeen mukaan käsittele kansainvälisen oikeuden historiaa. Kirjoittajan väitettä teoksen kohteesta ei kuitenkaan pidä hyväksyä suoralta kädeltä pysähtymättä tarkastelemaan sitä lähemmin. Teos kartoittaa eurooppalaista oikeusajattelua vuosina 1300–1870, ja sen avausvirke valottaa teoksen ytimessä olevaa näkemystä kansainvälisen oikeuden kehityksestä. Teoksen keskeinen merkitys liittyykin siinä esitettyyn kansainvälisen oikeuden historian aikakausijaotteluun.

To the Uttermost Parts of the Earth julkaistiin vuonna 2021, minkä jälkeen teoksesta on laadittu lukuisia arvioita eri foorumeilla.² Kotimaisissa tieteellisissä julkaisuissa tätä suomalaisen oikeustieteilijän merkittävää teosta ei ole kuitenkaan toistaiseksi esitelty.³ Käsillä oleva kirja-arvostelu pyrkii paikkaamaan tätä

1. Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Cambridge University Press 2001. Ks. yleisemmin esim. Wouter Werner – Marieke De Hoon – Alexis Galán (eds), *The Law of International Lawyers*. Reading Martti Koskenniemi. Cambridge University Press 2017. Ks. myös Andrea Bianchi, “The Helsinki School”, ss. 163–182 teoksessa Andrea Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford University Press 2016.
2. Ks. erit. arviot seuraavissa julkaisuissa: Symposium on Martti Koskenniemi, *To the Uttermost Parts of the Earth*. *European Journal of International Law* 32(3) 2021, s. 943–1048 sekä Symposium on Martti Koskenniemi, *To the Uttermost Parts of the Earth*. *Journal of the History of International Law* 25(1) 2023, s. 143–160. Ks. samoin symposiumit julkaisuissa *Rechtsgeschichte – Legal History* 29 (2021) sekä *Völkerrechtsblog* osoitteessa voelkerrechtsblog.org/symposium/to-the-uttermost-parts-of-the-earth/.
3. Ks. kuitenkin Jukka Kekkonen – Toni Malminen, Martti Koskenniemen suurteos on kansainvälinen merkkitapaus oikeuden kehittymisen tutkimuksessa. *Helsingin Sanomat* 3.10.2021.

puutetta. Kirjoituksessa kuvataan ensin lyhyesti teoksen sisältö, joka esitellään pakostakin korostetun summittaisesti, onhan teoksessa yli tuhat sivua. Toiseksi nostetaan esiin teoksen keskeisiä teemoja. Kolmanneksi arvioidaan kriittisesti teoksen kontribuutiota oikeuden kansainvälistymisen historian periodisaatiota eli aikakausijaottelua koskevaan keskusteluun ja neljänneksi sen lähestymistapaa yleisemmin. Lopuksi esitetään eräitä kokoavia havaintoja.

2. Pääpiirteinen sisältö

To the Uttermost Parts of the Earth jakautuu johdantoon, neljään pääosaan, jotka käsittävät yhteensä 12 lukua, ja epilogiin. Jako heijastelee eri alueellisia oikeusjärjestyksiä, joiden kautta Koskenniemi esittelee rajat ylittävän oikeudellisen ajattelun kehitystä. Kristinuskolle rakentuvan myöhäiskeskiajan oikeuden jälkeen tarkastellaan ranskalaisten, englantilaisten ja saksalaisten oikeusajattelijoiden tuotantoa. Omien sanojensa mukaan Koskenniemi esittelee suuren joukon eurooppalaisia ”valkoiohioisia miehiä”, jotka elinaikanaan ovat selittäneet kansainvälistymistä juridiikan välinein. Osien sisällä teksti etenee kronologisesti teoksen alaotsikon mukaisesti ajanjaksolla 1300–1870. Erityisesti teoksessa painottuvat 1500–1800-luvuille ajoittuva länsieurooppalaisten imperiumien järjestäytyminen sekä niiden merentakainen valtiollinen ja kaupallinen toiminta.

Poikkeuksellisen laajassa teoksessa kansainvälistyvän oikeuden kehitys kulkee läpi sotien, merten, vallankumousten ja siirtomaiden muun yhteiskunnallisen kehityksen rinnalla. Kuljetettuaan lukijan kahdentoista historiaa luotaavan substanssiluvun läpi, joita ei ole mahdollista enempää referoida tässä arvoste-lussa, Koskenniemi nostaa johtopäätöksissä esiin pääteesejään, jotka koskevat metodologiaa, eri tieteenalojen lähestymistä rajat ylittäviin oikeussuhteisiin sekä kielen merkitystä oikeudellisen ajattelun välineenä. Epilogissa Koskenniemi paikantaa modernin kansainvälisen oikeuden synnyn Belgian Gentiin vuonna 1873 – paikkaan ja aikaan, jossa liberaalien kosmopoliittien juristien yhteistyö synnytti kansainvälisen oikeuden akateemiset yhdistykset ja jolloin oikeudenala ammattimaistui omaksuen missiokseen maailman sivistämisen ylikansallisen oikeuden keinoin. Teoksen narratiivi yhdistyy näin The Gentle Civilizer of Nations -teoksen alkupisteeseen.

3. Keskeiset teemat: oikeudellinen valta, kielen merkitys, alueelliset oikeusjärjestelmät

Teoksen keskeinen teema on Koskenniemen mukaan suvereniteetin ja omistusoikeuden yhteys oikeudelliseen valtaan. Roomalaisoikeuden *dominium*-käsitteestä erottuivat ajan myötä valta hallita (*dominium iurisdictionis*) ja oikeus omistaa (*dominium proprietatis*), jotka laajentuivat oikeudellisessa ajattelussa kattamaan yleisemmin poliittisen vallan ja taloudellisen toiminnan. Vallan ja omistamisen ilmenemismuodot kuvataan ylikansallisen vallan kielioppina, johon liittyvät käsitteet, kuten *ius gentium*, *imperium*, jumalallinen valta, valtioneetu, suvereniteetti, luonnonoikeus, toimivalta, omaisuus, kehittäminen sekä sivilisaatio, jotka vilisevät teoksen sivuilla eri aikakausina, eri paikoissa ja eri kielillä. Eurooppalaisen valta-ajattelun ”jin ja jang” – kuten kirjoittaja itse suvereniteettia ja omistusoikeutta kutsuu – kietoutuvat toisiinsa ylimuistoisesti, kulloisessakin ajassa ja paikassa niiden oikeudelliselle traditiolle tyypillisellä tavalla.

Kielen yhteys valtaan on teoksessa vahvasti läsnä. Koskenniemi kuvaa oikeudellisen vallan sanoittamista termillä ”bricolage”. Kyseessä on eräänlainen kielellis-ajatuksellinen rakentelu, ammentaminen, jopa ”tuunaus”, jota teoksen ajattelijat harjoittavat. Oikeuden tulkinta on luovaa, ja se esitetään vahvasti tulkitsijasidonnaisena. Teoksen läpi kulkee ajatus, jonka mukaan oikeuden kehitystä motivoi usein todellisuuden kuvaamisen sijaan tavoite vaikuttaa argumenteilla niiden yleisöön. Oikeus, erityisesti ylikansallinen oikeus, kytkeytyy juristien ja muiden vallankäyttäjien poliittiseen asemaan ja retoriseen perustelukykyyn. Koskenniemi osoittaa, miten olemassa oleva valtasanasto on ajan myötä jalostunut kansainvälistyvän maailman tarpeiden mukaan – on kyse ollut sitten löytötöretkistä tai kauppatavoista. Teos on runsaan kontekstuaalinen, mutta lunastaa alaotsikkonsa käsittelemällä nimenomaan oikeudellisen ajattelun historiaa.

Alueellisten oikeusjärjestysten painottuminen teoksessa on teemana impliittisempi. Koskenniemen mukaan oikeudellisen mielikuvituksen perusteet on ”opittu kotona” (”bricolage starts at home”). Näin ymmärrettynä oikeudellisen ajattelun rakennusaineet löytyvät useimmiten tutun oikeusjärjestyksen sisäisen logiikan piiristä. Teoksen avausosassa oikeudellisen ajattelun kehitystä seurataan alueellisesti väljemmin, kun taas myöhemmissä luvuissa tarkastelu kohdistuu ranskalaisen, brittiläisen ja saksalaisen oikeusalueen kehitykseen. Kuten Koskenniemi osoittaa, eri oikeusjärjestelmien sisäisiä oppikeskusteluja on käyty pitkälti hyödyntämällä niiden piirissä muodostunutta sanastoa ja kuvastoa, joiden tarkastelu toisistaan erillään onkin siten luontevaa. Teoksen rakenne alleviivaa kuitenkin näkemystä hyvinkin erillisistä järjestelmistä, joiden piirissä oikeudellinen ajattelu on kehittynyt. Keskinäiset vaikutteet, sikäli kuin niitä on esiintynyt, jäävät vähemmälle huomiolle.

Voidaan pohtia, onko Koskenniemen lähestyminen tältä osin liiankin järjestelmäsiddonnainen. Eräät oikeushistorioitsijat painottavat alueellisten erojen sijaan eurooppalaisten juristien oppien samankaltaisuutta. Esimerkiksi *Herzog* on ansiokkaasti osoittanut mannermaisen ja common law -järjestelmän erojen olevan usein ajateltua vähäisempiä.⁴ Aikoina, jolloin monet juristit ammensivat oppinsa juridiikasta samoissa harvoissa yliopistoissa ja jolloin käytettävissä olevan kirjallisuuden määrä oli huomattavasti rajatumpi kuin nykyisin ja jolloin oppineet käyttivät pitkälti yhteistä kieltä, monet lähtökohdat oikeudelliselle ajattelulle ovat otaksuttavasti olleet verrattain samankaltaiset.⁵ Voidaan siten arvuutella, missä määrin rajat ylittävien ongelmien oikeudellinen käsitteleminen on tukeutunut ensisijaisesti kotoperäisen oikeusjärjestyksen lähtökohtiin. Vai ovatko kyseessä olleet variaatiot samoista teemoista, joiden analysoinnissa juristit ovat ammentaneet inspiraatiota yleisesti tunnetuista kansainvälisistä ilmiöistä varhaisella eurooppalaisella oikeusalueella?

4. ”Ceci n’est pas une histoire du droit international”: huomioita teoksen periodisaatiosta

Teoksen yksi keskeinen väite liittyy sen periodisaatioon.⁶ Menneen ajan jaottelu lukeutuu historiantutkimuksen keskeisiin haasteisiin. Koskenniemen periodisaatio rakentuu ajatukselle, että tarkasteluvuosina 1300–1870 maailmassa ei vielä ollut olemassa modernia kansainvälistä oikeutta vaan että vasta 1800-luvun loppupuolella oikeuden harjoittamisen ammattimaistuminen, varhainen globalisaatio ja ajan liberaali kosmopoliittisuus loivat perustan uudenlaisen oikeuden synnylle. Tämä revisionistinen näkemys juontuu kirjoittajan varhaisemmasta *The Gentle Civilizer of Nations* -teoksesta, jonka mukaan modernin kansainvälisen oikeuden ”nousu ja tuho” ajoittuivat aikakaudelle 1870–1960. *To the Uttermost Parts of the Earth* on tämän aikakausijaottelun looginen vastinpari, joka vastaa kysymykseen, miten modernia kansainvälistä oikeutta edeltävää oikeusajattelua tulisi luonnehtia.

4. Tamar Herzog, *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millenia*. Harvard University Press 2018, esim. s. 115.

5. Pitts toteaa samoin Koskenniemen esittäneen 1870-luvulta alkaneen kansainvälistymiskehityksen tapahtuneen nimenomaan korostuneen eurooppalaisessa hengessä. Ks. arvio *Journal of the History of International Law*’n symposiumissa. Ks. tästä edellä alaviite 2.

6. Ks. periodisaatiosta kansainvälisen oikeuden historian tutkimuksessa Oliver Diggelmann, *The Periodization of the History of International Law*, ss. 997–1011 teoksessa Bardo Fassbender – Anne Peters, *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford University Press 2012.

Onko kyseinen periodisaatio vakuuttava? Keskiajan, varhaisen uuden ajan ja valistuksen oikeusajattelun eetos mitä luultavimmin henki ei-globalisoituneen maailman paikallisia piirteitä. Tällöin ajatukset rajat ylittävistä oikeussuhteista kehittyivät eittämättä paikallisista lähtökohdista käsin ilman, että niiden taustalla olisi ollut jaettua institutionaalista pyrkimystä systemaattiseen, yleismaailmalliseen sitovuuteen. Nykyisenlainen kansainvälinen oikeus antoi samoin yhä odottaa itseään esimerkiksi *Saint-Pierren* laatiessa pamflettiaan yleiseurooppalaisen yhteisön ikuisesta rauhasta Utrechtin rauhan jälkimainingeissa 1700-luvun alkupuolella. Näin ollen jos Koskenniemi olisi otsikoinut koko teoksensa ”Kansainvälisen oikeuden historiaksi”, olisi se luultavasti herättänyt enemmän kysymyksiä kuin valittu lähestymistapa, jossa teos ei väitetysti käsittele tätä historiaa ylipäätään.

Toisaalta perinteisesti ei ole ajateltu, että kansainvälinen oikeus olisi vain 150:n viime vuoden ilmiö. *Gaurier* on todennut antiikin Roomasta löytyvän aidosti kansainvälisoikeudellista sääntelyä⁷, *Grewen* on paikantanut eurooppalaisen kansainvälisoikeudellisen jatkumon keskiajalle⁸, ja varhaisten kansainvälisten sopimusten katalogi Consolidated Treaty Series aloittaa listauksensa Westfalenin rauhansopimuksista 1648.⁹ *Grotiusta* on viime aikoinakin pidetty itsestään selvästi oikeudenalan isähahmona.¹⁰ Kansainvälisten suhteiden oikeuden voidaan katsoa jokseenkin kiistatta olleen systematisoidussa muodossaan vähintäänkin *Vattel*in vuonna 1758 julkaistusta *Le Droit des Gens* -teoksesta lähtien.¹¹ Menneisyyden esitysmallit eivät toki ole absoluuttisia, ja jokainen aikakausijaottelu on jokseenkin mielivaltainen – eräät kuitenkin vähemmän kuin toiset. Koskenniemen näkemys ravistelee tieteenalaa, mutta se on vakaasti harkittu. Selvää on, että kansainvälisen oikeuden historian aikakausijakokeskusteluun osallistuvilta odotetaan jatkossa – vielä aiempaa suuremmalla syyllä – kantaa Koskenniemen teisiin.

7. Dominique Gaurier, *Histoire du droit international: De l'Antiquité à la création de l'ONU*. Presses universitaires de Rennes 2014, s. 74 (”le droit féodal romain est un véritable droit international public archaïque”).

8. Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law* (translated by Michael Byers). Walter de Gruyter 2013, s. 9–11. Teos julkaistiin alun perin vuonna 1941.

9. Clive Parry (ed.), *The Consolidated Treaty Series*. Oceana Publications 1969–1981.

10. Ks. esim. Oona A. Hathaway – Scott J. Shapiro, *The Internationalists and their Plan to Outlaw War*. Penguin 2018, s. 27. Kirjoittajat toteavat, että Grotiuksen (”Hugo the Great”) vuoden 1625 teos *De iure belli ac pacis* ”would become the foundation for all future treatises on international law”.

11. Emer de Vattel, *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. Liberty Fund 2008.

5. Kirjoittajan lähestymisestä oikeudellisen ajattelun historiaan

Mitä tulee teoksen lähestymistapaan yleisemmin, Koskenniemi on aiemmalle tyyliin uskollinen. *Orford* on hiljattain julkaistussa teoksessaan *International Law and the Politics of History* kuvannut kansainvälisen oikeuden tutkijoiden ja historiantutkijoiden lähestymistapojen eroja ylikansallisten oikeudellisten ilmiöiden historian selittämisessä. Yksinkertaistaen voidaan todeta, että historioitsijat pyrkivät tutkimusalaansa ihanteiden mukaisesti löytämään tosiasiallisia kehityskulkuja kansainvälisen oikeuden kentältä kunakin tarkasteltavana hetkenä, kun taas kansainvälisen oikeuden muutoksia selittävät juristit näkevät kyseisen historian osana oikeudellisten argumenttien ja oikeudellisen vallan kehitystä. Juristit eivät tällöin tyydy vain selittämään oikeutta niin kuin se (väitetysti) tosiasiallisesti ilmeni jonain määrättynä hetkenä vaan myös – tai jopa erityisesti – sen sisäisen logiikan kehityksen kautta.¹²

Koskenniemi viittaa teoksessaan itseensä kansainvälistä oikeutta harjoittavana juristina (*international lawyer*), joka kuitenkin pyrkii kriittisesti havainnoimaan juridiikan ilmentämiä valtarakenteita ja ottamaan etäisyyttä niihin kuvittelemalla toisenlaisia lähestymistapoja vallitsevan oikeuden ulkopuolella. Koskenniemen tutkimus rakentuu lukuisten ajattelijoiden töiden aatehistorialliselle rekonstruktioille. Tuloksena on kontekstuaalinen, osin biografinenkin, filosofisissa ajatusrakennelmissa viivähtelevä oikeushistoriallinen esitys, jossa toisinaan nostaa päätään kriittisyys menneisyyden yhteiskunnallisia asetelmia kohtaan. On huomionarvoista, että monitahoisuudestaan huolimatta Koskenniemen tutkimuksellista lähestymistapaa leimaa kirjoittajan ymmärrys itsestään kansainvälistyvän oikeuden kertomuksen rakentajana nimenomaan juristin ominaisuudessa. Tähän liittyy osin myös teoksen julkilausuttu tavoite ymmärtää nykyhetken todellisuutta historian kautta (*a history of the present*).¹³

Koskenniemen tutkimusotteen paikantamisella *Orfordin* jaottelussa ”juristitutkimukseksi” ei ole tarkoitus arvottaa sitä historian kuvaajana sen ansioita väheksyen. Päinvastoin Koskenniemen lähestymistapa mahdollistaa eräänlaisen metahistorian, joka kuvaa – ainakin tätä arvostelua laativan juristin mielestä – vakuuttavasti nimenomaan oikeudellisen ajattelun menneisyyttä ja kehitystä. Kyse on tällöin rajat ylittävien tosielämän ilmiöiden oikeudellisen käsitteellistämisen kuvaamisesta, joka liikkuu väistämättä ainakin osaksi juristien kokonaisuuksien – fiktioidenkin – maailmassa, jota oikeudellinen kieli puolestaan selittää. Oikeus on sidoksissa todellisuuden valtarakenteisiin, minkä vuoksi teoksella on selitysvoimaa juridiikan käsitteellisen kehityksen kuvaamista laa-

12. Ks. Anne Orford, *International Law and the Politics of History*. Cambridge University Press 2021, erit. s. 159–164.

13. *To the Uttermost Parts of the Earth*, s. 12.

jemmin. Niin juristi- kuin historioitsijanäkökulmasta teoksen erityisenä ansiona voitaneen pitää vanhojen tekstien yksityiskohtaista esittelyä tavalla, joka antaa menneisyyden kirjoittajien äänen kuuluu.

6. Lopuksi

Harva oikeushistoriallinen teos saa yhtä suurta huomiota ilmestyessään kuin *To the Uttermost Parts of the Earth*. Teos on otettu maailmanlaajuisesti vastaan innolla ja vaikuttuneena ensyklopedisesta otteesta, jolla sen liki rajatonta aihepiiriä käsitellään. Monet kirjoittajat ovat kuitenkin myös antaneet kritiikkiä esimerkiksi kolonialismin alusmaiden näkökulman unohtamisesta sekä tutkimusmenetelmän epäselvyydestä. Koskenniemen teos, kuten hänen aiempi tuotantonsa, on herättänyt kansainvälisen oikeuden ja sen historian tutkijoiden keskuudessa huomattavaa keskustelua uniikilla kokonaisuudellaan. Kunnianhimoisimmat yleisesitykset altistavat itsensä väistämättä erityisalojen osaajien kritiikille. Lintuperspektiivistä pitkää aikaväliä kartoittavat teokset kuitenkin avaavat uusia näkökulmia yhteiskuntia muokkaavien ilmiöiden suurten linjojen hahmottamiseen.

Todettakoon lopuksi, että pienempikin sivumäärä olisi saattanut pystyä välittämään Koskenniemen perusteet lukijalle, mutta tällöin kyseessä ei olisi sama teos. Kirjoittaja tuo eri oikeudellisten ajattelijoiden ja varhaisten lakikoodeksien primaaritekstit lukijan arvioitaviksi vieden tämän samalla vuosisatoja sitten oikeutta jäsentäneiden henkilöiden sulkakynän varteen. Teoksen korkealaatuista proosaa on ilo lukea. Sivuille kätkeytyy terävänäköisiä havaintoja ja hienovaraista analyysia. Kun ottaa huomioon teoksen ansiot tarkastelukauden teemojen jäsentämisessä yksien kansien väliin sekä sen osallistumisen kansainvälisen oikeuden periodisaatiota, alueellisuutta ja historiantutkimusta koskeviin menetelmällisiin debatteihin, kyseessä on kiistatta hyvin merkittävä lisä rajat ylittävien oikeudellisten ilmiöiden historian tutkimukseen.

Pekka Pohjankoski

Silmiä avaava puheenvuoro oikeudenkäynnin digitalisoitumisesta

Lakimies
6/2023
s. 974–978

Petteri Korhonen – Jurkka Jämsä:
Sähköinen prosessi hovioikeudessa

Edita Publishing 2022. X + 381 sivua.

1. Teoksen aihepiiri ja kirjoittajat

Oikeudenkäynnit ovat muun yhteiskunnan tavoin digitalisoitumassa. On yllättävää, että tästä kehityksestä, joka on alkanut jo yli 20 vuotta sitten, ei ole kirjoitettu kokoavaa ja seikkaperäisempää yleisesitystä. Tätä puutetta paikkaa mainiolla tavalla joulun 2022 alla ilmestynyt oikeudenkäynnin digitalisoitumiseen pureutuva teos Sähköinen prosessi hovioikeudessa, jonka ovat kirjoittaneet *Petteri Korhonen ja Jurkka Jämsä*.

Kirja on hyvin ajankohtainen, sillä yleisissä tuomioistuimissa on parhaillaan käynnissä kaksi oikeudenkäyntien digitalisaatiota edistävää uudistushanketta: Aipa-hanke ja todistelutalenneuudistusta koskeva hanke. Aipa-hankkeessa on kysymys siitä, että jatkossa oikeudenkäynneissä käsitellään ainoastaan sähköisiä asiakirjoja. Perinteiset paperiset asiakirjat ja niihin liittyvät työtavat jäävät Aipan myötä historiaan. Todistelutalenneuudistuksen jälkeen käräjäoikeudessa vastaanotettava henkilötodistelu videoidaan. Pääsäännön mukaan hovioikeus katsoo henkilötodistelun videoilta eikä henkilöitä enää kutsuta hovioikeuteen kuultaviksi.

Tätä elokuussa 2023 kirjoitettaessa arviona on, että Aipa-järjestelmä on yleisissä tuomioistuimissa pääosin valmis vuonna 2024. Todistelutalenneuudistus, jota koskevan lainsäädännön eduskunta on jo hyväksynyt, tulee puolestaan voimaan erillisellä voimaantulopäivällä todennäköisesti vuoden 2025 alkupuolella. Näiden uudistushankkeiden lisäksi etäyhteyksien käyttö oikeudenkäynneissä lisääntyi räjähdysmäisesti koronapandemian myötä, mikä sekin merkitsi suurta harppausta oikeusprosessien modernisoinnissa sähköistä toimintaympäristöä vastaavaksi.

* Arvosteltavan teoksen vuoksi tämän kirja-arvostelun on toimittanut Lakimies-aikakauskirjan Kirjallisuutta-osaston toimittajan Jurkka Jämsän sijaan Oikeuskäytäntöä-osaston toimittaja Anette Alén.

Korhosen ja Jämsän kirja on Editan kustantama. Kirjassa on lähes 400 tekstisivua ja lähdeluettelo, joka sisältää keskeiset lähteet kirjan aihepiiristä. Jäin kirjallisuusluettelosta kaipaamaan lähinnä *Jyrki Virolaisen* ja *Juha Lappalaisen* vuoden 1993 alioikeusuudistukseen liittyviä kirjoituksia, sillä uudistusta ja sen myötä omaksuttuja prosessiperiaatteita käsitellään kirjassa melko paljon. Itse asiassa prosessioikeutemme yhden ”grand old manin”, Lappalaisen, kirjoituksia lähdeluettelossa ei ole lainkaan. Myös esimerkiksi *Sakari Laukkasen* väitöskirjasta Tuomarin rooli olisi saattanut olla hyötyä, koska kirjoittajat pohtivat laajasti tuomioistuimen ja asianosaisten välistä yhteistyötä ja roolituksia oikeudenkäynnissä. Koska kirja ei ole oikeustieteellinen opinnäytetyö, en pidä lähdeluettelon kapea-alaisuutta kuitenkaan erityisenä puutteena.

Kirjan kirjoittajat ovat Vaasan hovioikeuden kasvatteja. Petteri Korhosella on pitkä työura nimenomaan Vaasan hovioikeudessa. Hän on työskennellyt siellä yli 25 vuoden ajan esittelijänä ja hovioikeudenneuvoksena ja vuodesta 2019 osaston johtajana. Korhonen ei ole väitellyt, mutta tuomarin työn ohella hän on julkaissut ahkerasti oikeustieteellisiä kirjoituksia prosessioikeuden ja siviilioikeuden alueilta. Jurkka Jämsä puolestaan on nuorempaa tuomarisukupolvea. Hän on työskennellyt Vaasan hovioikeudessa vuodesta 2017 ensin esittelijänä ja sitten tuomarin virassa asessorina. Sittemmin hän siirtyi korkeimpaan oikeuteen määräaikaiseksi oikeussihteeriksi. Jämsä on väitellyt vuonna 2021 oikeudellisista todistelunrajoitteista rikosasiassa.

Kirjoittajat ovat lainkäytön ammattilaisia. He tuntevat käsittelemänsä aiheen perin pohjin niin käytännön työn kuin lukeneisuuteensa perusteella. Tekstistä välittyy positiivisella tavalla se, että he ovat selvästi myös innostuneita kirjan aihepiiristä. Jäin kuitenkin pohtimaan, olisiko kirjan sisältöä entisestäänkin rikastuttanut se, jos kirjoittajien joukossa olisi ollut Korhosen ja Jämsän lisäksi tuomari, jolla olisi ollut syvällistä kokemusta käräjäoikeudesta. Kirjassa nimittäin käsitellään sen nimestä huolimatta laajasti oikeudenkäynnin käräjäoikeusvaihetta, ja toisaalta kirja on sisällöltään hyvin käytännönläheinen. Myös kirjoittajat lienevät miettineet tätä, sillä kirjan esipuheen mukaan käsikirjoitusta on kommentoinut muun muassa kolme käräjätuomaria.

Kirjan nimi antaa kahdella tavalla jossakin määrin liian kapean kuvan kirjan sisällöstä. Kirjan ideana ei ensinnäkään ole pelkästään oikeudenkäynnin sähköisyyteen liittyvien ”teknisten” asioiden käsittely, vaan kirja sisältää painavaa puhetta yleensäkin asian ajamisesta oikeudessa, asian valmistelemisesta ja pääkäsitteilyn toteuttamisesta. Kirjan pääpaino onkin juuri näissä kysymyksissä. Toiseksi kirjassa ei käsitellä pelkästään hovioikeusprosessia, vaan laajasti myös käräjäoikeusmenettelyä. Tämä on perusteltua, sillä oikeudenkäynti hovioikeudessa rakentuu jo nyt, ja jatkossa vielä enemmän, käräjäoikeudessa toteutetun oikeudenkäynnin varaan. Kovin harhaanjohtavaa ei olisi ollut, vaikka kirjan nimeksi olisi pantu ”Sähköinen prosessi yleisissä tuomioistuimissa”.

2. Kirjan rakenteesta ja sisällöstä

Kirjassa on johdannon ja päätösluvun lisäksi kuusi päälukua. Näistä seuraavat kolme käsittelevät varsinaisesti sähköisen oikeudenkäynnin ydinkysymyksiä: luvussa 4 käsitellään sähköistä oikeudenkäyntiaineistoa mukaan lukien Aipahanke, luvussa 5 tulossa olevaa uudistusta henkilötodistelun vastaanottamisesta videotallenteelta ja luvussa 6 etäyhteyksiä pääkäsitelyssä. Näiden kolmen kokonaisuuden varaan sähköinen oikeudenkäynti rakentuukin uudistusten myötä vuosiksi eteenpäin.

Itselleni antoisin kirjan luvuista oli todistelutalenneuudistusta käsittelevä viides luku ja sitä pohjustava oikeudenkäynnin jäsentämistä käräjäoikeudessa käsittelevä kolmas luku. Kun todistelutalenneuudistusta vähintään sivutaan myös kirjan muissa luvuissa, on kirjan pääpaino selvästi juuri todistelutalenneuudistukseen liittyvissä kysymyksissä. Kirjan sivumäärästä yli puolet käsitteleeekin tätä uudistusta. Pidän kirjoittajien valitsemaa painopistettä perusteltuna, sillä todistelutalenneuudistuksesta ei ole juurikaan Suomessa vielä kirjoitettu. Uudistus paitsi muuttaa merkittäväällä tavalla muutoksenhakumenettelyä myös antaa aiheen kiinnittää uudella tavalla huomiota oikeudenkäynnin toteuttamistapaan käräjäoikeudessa. Voidaan arvioida, että uudistuksen toteuttamisessa keskeiseksi kysymykseksi nousee se, milloin henkilötodistelua voidaan ottaa hovioikeudessa vastaan muulla tavalla kuin käräjäoikeudessa tehdyiltä videotallenteilta. On hyvä, että kirjassa käsitellään tähän liittyviä lisä- ja uudelleenkuulustelun kynnyksiä hovioikeudessa perusteellisesti – kaikkiaan useiden kymmenien sivujen verran.

Kirjan keskeisenä pyrkimyksenä on etsiä vastausta kysymyksiin siitä, miten ajaa asiaa ja miten johtaa oikeudenkäyntiä sähköisessä toimintaympäristössä. Kirjan viesti on tavallaan yllättävä: viimeistään todistelutalenneuudistuksen myötä tulee lunastaa lopulta ne lainsäätäjän odotukset, jotka asianajolle ja prosessinjohtolle asetettiin jo vuoden 1993 alioikeusuudistuksen yhteydessä. Alioikeusuudistuksen myötä esille nousseet menettelyperiaatteet on syytä kerrata ja niiden käytäntöön soveltamista on terävöitettävä: asia on valmisteltava huolella, vaatimukset ja niiden perusteet tulee esittää selkeästi ja jäsennellysti ja niiden tulee perustua kattaviin oikeuslähdeselvityksiin, asiaa tulee ajaa ja oikeudenkäyntiä johtaa jäsennellysti, ja todistelumenettelyn toteuttamisen on oltava suunniteltua. Kuten kirjoittajat toteavat, nämä vaatimukset ovat tietystä mielestä riippumattomia asian ulkoisesta toteuttamistavasta, on se sitten sähköistä tai perinteistä paperimuotoon ja suulliseen todisteluun pohjautuvaa.

Kirjan pääluku 2 käsittelee periaatteita hovioikeusprosessissa. Se on välttämättömän digitaaliseen oikeudenkäyntiin siirtymisen muutoksen suuruuden ymmärtämiseksi ja hahmottamiseksi perinteisten prosessiperiaatteiden valossa. Luvussa käsitellään oikeusastejärjestyksen periaatetta, määräämisperiaatetta, välittömyysperiaatetta ja luottamusperiaatetta. Kirjoittajat pohtivat ansiokkaasti

sitä, miten nämä periaatteet tulisi ymmärtää sähköisessä toimintaympäristössä. Mielenkiintoisia ovat esimerkiksi pohdinnat siitä, kuinka välittömyysperiaate päivittyy uuden teknologian käyttöön ottamisen myötä. Luvun yksi keskeinen tehtävä on valottaa hovioikeuden asemaa oikeusastejärjestyksessä, siis vastata kysymykseen, mitä tehtävää varten hovioikeudet ovat olemassa. Erityisesti todistelutalenneuudistus kirkastaa hovioikeuksien kontrollitehtävää entisestään. Viimeistään tuon uudistuksen jälkeen kaikkien oikeudenhoidon toimijoiden on syytä ymmärtää, että varsinainen oikeudenkäynti käydään jatkossa vain kertaalleen ja että tämä tapahtuu käräjäoikeudessa. Kuten kirjoittajat toteavat, muutoksenhaku hovioikeuteen on ainoastaan käräjäoikeuden oikeudenkäyntiä täydentävä – vai olisiko parempi sanoa varmentava – oikeusturvakeino.

Teosta voi luonnehtia monella tavalla. Ensinnäkin se on mainio yleisesitys paitsi sähköisen oikeudenkäynnin erityiskysymyksistä myös yleensä oikeudenkäynnin toteuttamisesta niin käräjäoikeudessa kuin hovioikeudessaakin. Toiseksi se toimii monin paikoin pätevänä käsikirjana, johon lukija voi aina palata uudestaan pohtiessaan kirjassa käsiteltyjä teemoja. Kirjaa voi luonnehtia eräiltä osin laatukäsikirjaksikin. Esimerkiksi sivuilla 317–318 oleva luettelo oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeista video-oikeudenkäynnissä on hyvin kiteytetty laatukriteeristö tästä kysymyksestä.

Korhonen ja Jämsä eivät pelkää ottaa kantaa eri kysymyksiin. Kirja sisältää runsaasti hyvin pohdittuja laintulkintakannanottoja ja ehdotuksia hyviksi käytännön toimintatavoiksi. Pidän tällaista käsittelytapaa ansiokkaana riippumatta siitä, olenko kirjoittajien kanssa aina samaa mieltä.

3. Lopuksi

Kirja on ilman muuta ansioksi tekijöilleen ja hyödyksi lukijoilleen. Se vie keskustelua sähköiseen oikeudenkäyntiin liittyvistä ilmiöistä selvästi eteenpäin. Kirja on myös silmiä avaava. Jos joku vielä ajattelee, että sähköiseen oikeudenkäyntiin siirtymisessä on kysymys pelkästään uusien teknisten työvälineiden käyttöön ottamisesta, kannattaa hänen tarttua tähän kirjaan ja lukea se ajatuksella läpi.

Kirja on kunniaksi myös Vaasan hovioikeudelle, jonka piiristä on vuosikymmenten kuluessa esitetty merkittäviä tuomioistuinmenettelyn kehittämiseen kannustavia puheenvuoroja. Mainitsen tässä esimerkkinä hovioikeuden presidenttien *Paavo Alkion*, *Erkki Rintalan* ja *Ingvar Krookin* sekä hovioikeudenlaamanni *Robert Liljenfeldtin* ja hovioikeudenneuvos *Timo Saranpään* lukuisat kirjoitukset prosessioikeuden eri alueilta. Vaasan hovioikeutta voikin perustellusti kutsua eräänlaiseksi ”tiedehovioikeudeksi”, erikoistumisalanaan prosessioikeuden tutkiminen ja kehittäminen. Kirjaa lukiessa mieleen väistämättä nousee

Paavo Alkion teos Tuomarin tehtävistä käräjillä vuodelta 1948 (1. painos). Korhosen ja Jämsän teos muistuttaa Alkion kirjaa etenkin käytännönläheisyydessään ja hyviä vinkkejä oikeudenhoidon toimijoille antaessaan.

Kirjaa voi suositella kaikille hovioikeuksissa työskenteleville, myös hovioikeuden kansliahenkilökunnalle. Sen lukuisista käytännön esimerkeistä ja toimintamalleista voi omaksua vaikutteita oman työnsä ja työtapsansa kehittämiseksi. Oikeudenkäynnin jäsentämiseksi ja videotallenteiden laatimisessa onnistumiseksi kirjassa on paljon opiksi otettavaa myös käräjäoikeustuomareille. Syyttäjien ja oikeudenkäyntiavustajien peruslukemistoon kirjan soisi ilman muuta kuuluvan. Asianajaja, joka etsii vastausta kysymykseen, miten huolehtia päämiehensä edusta sähköisessä oikeudenkäynnissä, löytää siihen vastauksen Korhosen ja Jämsän kirjasta.

Kirjassa käsiteltujen teemojen lisäksi oikeudenkäyntien digitalisaatioon liittyy olennaisesti kiihtyvä tekoälyteknologian kehitys. Prosessioikeuden piirissä on käyty tähän mennessä vain vähän keskustelua siitä, miten tekoälyn kehittyminen vaikuttaa – vai vaikuttaako – tulevaisuuden oikeudenkäyntimenettelyyn ja laajemmin tuomioistuimiin. Tähän teemaan kirjassa viitataan vain lyhyesti. Toivoisi, että joko Korhonen ja Jämsä tai joku muu oikeudenkäynnin digitalisaatioon perehtynyt kirjoittaisi tästä aiheesta. Itse pidän selvänä, että tekoälyn kehittyminen ei kohtaa tuomioistuimia vaikutuksitta. On arvioitavissa, että tekoälyn avulla tuotetaan tulevaisuudessa vähintäänkin oikeusmuistioita käsiteltäviin asioihin liittyvistä oikeuskysymyksistä. Esimerkiksi hovioikeuksissa joudutaan tämän myötä kysymään, miten kehitys vaikuttaa tätä työtä nyt keskeisesti tekevien esittelijöiden asemaan ja laajemmin tuomarikoulutusjärjestelmämme kokonaisuuteen.

Antti Savela

Forss, Marko, HTM, väitöskirjatutkija, rikostarkastaja

Henriksson, Charlotte, OTT, VT

Koivukari, Kristiina, OTT, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto

Kuoppamäki, Petri, OTT, professori, Aalto-yliopisto

Markus, Jaakko, OTT, tutkijatohtori, Lapin yliopisto

Moilanen, Marlon, OTM, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto

Nyman, Martina, OTM, VT, väitöskirjatutkija, Itä-Suomen yliopisto; ma. hallinto-oikeustuomari, Vaasan hallinto-oikeus

Pohjankoski, Pekka, OTM, VT, LL.M. (Harvard), Esq. (N.Y.), väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto

Savela, Antti, OTK, FM, hovioikeuden presidentti, Itä-Suomen hovioikeus

Saila Tuomala

Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen tunnustamisoikeudenkäynnissä (A 350)

Suomessa otettiin syyteneuvottelu käyttöön vuonna 2015. Syyteneuvottelu tarkoittaa menettelyä, jossa rikoksesta epäilty ja syyttäjät neuvottelevat siitä, haluaako rikoksesta epäilty tunnustaa rikoksensa, jos syyttäjät sitoutuu tunnustuksen vastapainoksi vaatimaan rangaistusta lievennetyn rangaistusasteikon mukaisesti tai tekemään joltakin osin toimenpiteistöluopumispäätöksen. Jos neuvotteluissa päästään yhteisymmärrykseen, asiassa laaditaan tuomioesitys. Oikeudenkäyntiä, jossa tuomioesitys käsitellään, kutsutaan tunnustamisoikeudenkäynniksi.

Tunnustamisoikeudenkäynnissä tuomioistuimen keskeisin tehtävä on arvioida, onko vastaajan antama tunnustus oikea ja vapaaehtoinen. Tuomioesityksen mukainen tuomio voidaan antaa, jos tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta ei jää varteenotettavaa epäilyä ottaen huomioon myös asiaa koskeva esitutkinta-aineisto. Tuomioistuimelle on tällä tavoin asetettu suuri vastuu tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta ja sitä kautta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisesta. Tunnustamisoikeudenkäynnit ovat kuitenkin menettelyinä suppeita, ja näytön esittäminen niissä on vähäistä – tuomioistuimilla on käytännössä melko rajalliset keinot tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistamiseen.

Tutkimuksessa tarkastellaan, mihin asioihin tuomioistuimen on tunnustamisoikeudenkäynnissä kiinnitettävä huomiota arvioidessaan, jääkö tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta varteenotettavaa epäilyä. Lisäksi tutkimuksessa arvioidaan syyttäjän ja avustajan roolia tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistamisessa. Mitä monimutkaisempaa kokonaisuutta vastaaja on tunnustamassa – ja mitä parempaa ”palkintoa” vastaan –, sitä enemmän korostuvat viranomaisten velvollisuudet huolehtia tunnustuksen oikeellisuudesta ja vapaaehtoisuudesta.

Kysymystä käsitellään paitsi oikeudellisesta näkökulmasta myös vääräi tunnustuksia koskevan oikeuspsykologisen aineiston avulla. Tämän tutkimuksen tarkoituksena on palvella tunnustamisoikeudenkäynneissä työskentelevien ammattilaisten tarpeita. Tutkimus tarjoaa kokonaiskuvan suomalaisesta syyteneuvottelumenettelystä, keskittyen erityisesti tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistamiseen liittyviin käytännön ongelmiin.

Väitös Helsingin yliopistossa 1.9.2023.

XII + 322 sivua.

ISBN 978-951-855-699-5

Hinta 125 € / 87,50 € jäsenille.

Aura Kostiainen

Rationaalisuuden vallankumous

Oikeus, asiantuntijuus ja politiikka rikosoikeuskomitean (1972–1977) työskentelyprosessissa (A 351)

Tämän väitöskirjan tutkimuskohteena on vuosina 1972–1977 työskennellyt rikosoikeuskomitea, jonka asettamisen myötä käynnistettiin neljä vuosikymmentä kestänyt rikoslain kokonaisuudistus. Rikosoikeuskomiteaa voidaan luonnehtia uuden paradigman muotoilijaksi tai vähintäänkin kiteyttäjäksi ja välittäjäksi suomalaiselle kriminaalipolitiikalle ja rikosoikeudelle.

Väitöskirjassa on kahtalainen tutkimusintressi: rikosoikeuskomitean työtä analysoimalla ja kontekstualisoimalla tuotetaan ensinnäkin uutta tietoa rikosoikeusuudistuksen tavoitteista ja sisällöistä sekä toiseksi valotetaan yhteiskuntapoliittisen suunnittelun kehitystä erityisesti kriminaalipolitiikan yhteydessä. Ensimmäisessä näkökulmassa olennaiseksi ulottuvuudeksi tulee oikeuden ja politiikan välinen suhde, jälkimmäisessä näkökulmassa puolestaan asiantuntijuuden ja politiikan, tai asiantuntijuuden ja demokratian välinen suhde.

Komiteatyön tarkastelu jäsenyyty kolmella tasolla. Ensinnäkin tutkitaan niitä yhteiskunnallisia prosesseja, ja oikeudellisyhteiskunnallisia keskusteluja, jotka johtivat rikosoikeusuudistuksen käynnistämiseen ja komitean perustamiseen. Toiseksi tarkastellaan rikosoikeuskomitean prosesseja, toimijoita ja keskeisiä keskusteluja. Kolmanneksi väitöskirjassa tutkitaan rikosoikeuskomiteassa ilmenneitä keskeisiä käsitteitä sekä näiden muodostamia diskursseja. Siten tutkittavana on se käsitteellinen perusta, jota rikosoikeuskomitea oli asettamassa suomalaiselle rikosoikeudelle ja kriminaalipolitiikalle – järjestelmälle, joka yhä edelleenkin on monilta osin voimassa.

Rikosoikeuskomitean perustamiseen johtaneita 1960-luvun keskeisiä tapahtumakulkuja, ilmiöitä ja keskusteluja olivat rikosoikeuden politisoituminen ja tuomioistuineläytökseen kohdistunut kritiikki, pakkohoidosta käyty keskustelu, keskustelu lainvalmistelun demokraattisuudesta ja edustavuudesta sekä erilaiset foorumit, liikkeet ja tapahtumat, joissa edistysmieliset 1960-lukulaiset kokoontuivat vaihtamaan ajatuksia ja ajamaan muutosta. Merkitystä oli myös presidentti Urho Kekkosen nimityspolitiikalla ja sosialidemokraattisella ohjelmatyöllä.

Tutkimus valaisee nykyisen kriminaalipolitiikkamme perustaa ja avaa mahdollisuuksia yhteiskunnalliselle keskustelulle suomalaisen yhteiskunnan arvoista ja aatteellisista kytköksistä. Teoksesta on siten hyötyä niin kriminaalipolitiikasta kiinnostuneelle rikosoikeustutkijalle kuin käsitteistä ja niiden taustoista kiinnostuneille oikeusfilosofille ja historian tutkijalle, mutta myös aivan kenelle tahansa, joka haluaa ymmärtää paremmin kriminaalipolitiikkamme rakentuneisuutta.

Väitös Helsingin yliopistossa 6.10.2023.

XII + 386 sivua.

ISBN 978-951-855-711-4

Hinta 125 € / 87,50 € jäsenille.

Tarjoo artikkelia

Oikeustiede–Jurisprudentia -vuosikirjaan LVI:2024

15.2.2024 mennessä.

Vuosikirjan artikkeleiden ohjelaajuus on 40–80 sivua.

Kirjoitusohjeet www.lakimiesyhdistys.fi/julkaisut.

Käsikirjoitukset vuosikirjaan tarjotaan Journal.fi-palvelun kautta www.journal.fi/oikeustiede-jurisprudentia.

Vuosikirja on Julkaisufoorumin tasolla 1, ja sillä on TSV:n Vertaisarviointitunnus. Vuosikirja julkaistaan avoimena sähköisenä julkaisuina journal.fi-palvelussa.

Yhteystiedot

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Lea Purhonen, p. 050 353 7011

lea.purhonen@lakimiesyhdistys.fi

Oikeustiede–Jurisprudentia-vuosikirja LVI:2023

Johanna Hautakorpi: Asumispalveluyksiköissä pandemia-aikana toteutetut tapaamisrajoitukset perusoikeuksien kannalta

Tuomas Ikonen – Anna Kristiina Kokko: Salaisella pakkokeinolla kertyneen ylimääräisen tiedon käyttämiseen kohdennettava sisäinen laillisuusvalvonta – nykytila ja kehittämistarpeet

Jaakko Markus – Eelis Paukku: Prosessipetos – etenkin totuusvelvollisuuden, itsekriminointisuojaan ja avustajan vastuun kannalta

Marko Priiki: Sähköisen viestinnän välitystietojen ja henkilötietojen käsittelyperusteiden suhteesta – kansallinen lainsäädäntö suoraan sovellettavan tietosuojasetuksen aikana

ISBN 978-951-855-714-5

Hinta 75 € / 52,50 € jäsenille.

Vuosikirja julkaistaan avoimesti painetun kirjan näköispainoksena TSV:n Journal.fi-palvelussa <https://journal.fi/oikeustiede-jurisprudentia/>. Vuosikirja ilmestyy palvelussa samaan aikaan painetun kirjan kanssa. Vuosikirja on myös osana Edilexin lakikirjastoa.

Lehti on lisensoitu Kopioston lisenssillä. Aineistoa saa tulostaa ja kopioida vapaasti henkilökohtaiseen käyttöön. Opetus- ja työkäyttöön saa tulostaa, jakaa ja kopioida sisältöä Kopioston kopiointiluvan ehtojen mukaisesti.

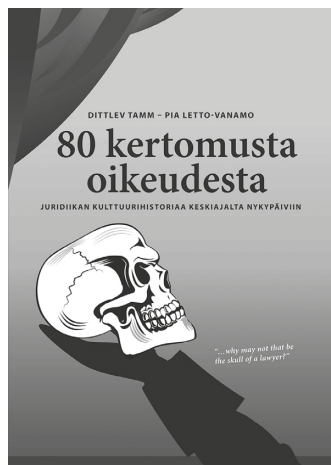
Lakimiesyhdistys ei salli kirjoitusten rinnakkaistallentamista, mutta tietokantoihin voi liittää suoran linkin [journal.fi/oikeustiede-jurisprudentia-](https://journal.fi/oikeustiede-jurisprudentia/)sivulle.

Dittlev Tamm – Pia Letto-Vanamo

80 kertomusta oikeudesta

Juridiikan kulttuurihistoriaa keskiajalta nykypäiviin (E 30)

Kirja on velkaa Shakespearen Hamletille. Tragedian viidennen näytöksen alussa Hamlet on hautausmaalla, ja haudankaivaja kaivaa hautaa Ofeliale. Hamlet tarttuu lapiotaessa ylös heitettyyn pääkalloon ja pohtii, että se olisi voinut kuulua juristille ja saattaisi siis olla a lawyer's skull. Kallo kädessään hän selostaa lähes pikkutarkan korrektilla oikeuskielellä, mitä juristin päässä ehkä liikkuisi: tämä tuskin suunnittelisi tuottoisten siviilikanteiden ajamista vaan hahmottelisi pikemminkin syytettä pahoinpitelystä, kun vainajien luita näin viskellään. Ilmaus a lawyer's skull on osuva pelkistys siitä, mistä juridiikassa – samoin kuin tässä kirjassa – on viime kädessä kysymys. Olennaista oikeudellisissa ammateissa on kyky juridiseen ajatteluun, eikä sellaista ole kaikilla, ei edes kaikilla juristeilla. Onkin kiehtovaa tarkastella sitä, millä kysymyksillä juristit ovat eri aikoina vaivanneet päätään. Se tehdään kirjassa osana yleistä kulttuurihistoriaa.



Kantavana ajatuksena on, että juridiikan kehitys voidaan esittää kertomuksina. Elämme kertomusten aikaa, ja kirjan esseet kertovat sekä suurista että pienistä oikeudellisista hankkeista. Niitä on lukemattomia, ja kirjaan on valittu 80. Kirja perustuu Ditlev Tamm'n teokseen Juraens 100 bedste historier – rettens kulturhistorie fra middelalderen til i dag (Gyldendal 2016) ja siitä tehtyyn professori Heikki E. S. Mattilan suomennokseen. Suomalaisia lukijoita ajatellen osa 100 historiasta karsittiin jo ennen kääntämistä, jonka jälkeen valtaosa kertomuksista muokattiin joko lisäämällä niihin informaatiota Ruotsin/Suomen oikeushistoriasta tai kirjoittamalla ne osittain tai kokonaan uudelleen.

ISBN 978-951-855-716-9

Hinta 65 € / 45,50 € jäsenille.