

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

LI

2018

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto
Pasi Pölönen, puheenjohtaja
Katja Lindroos
Taina Pihlajarinne
Elina Pirjatanniemi

Toimittaja
Janne Kaisto

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
www.lakimiesyhdistys.fi

© kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys 2018
ISSN-L 0355-8215
ISSN 0355-8215
ISBN 978-951-855-377-2
ISBN 978-951-855-721-3 (verkkokirja)
Oy Nord Print Ab, Helsinki 2018

Sisällys

<i>Janne Aer</i>	Formalismi, realismi ja verolain kiertäminen	5
<i>Tiitus Hiivanainen</i>	Tuomion purkaminen rikosasiassa syytetyn eduksi	83
<i>Lauri Koskenniemi</i>	Mielettömyyden määrittelijät – oikeushistoriallinen katsaus hulluuteen ja asiantuntijuuteen ranskalaisessa ja englantilaisessa rikosprosessissa 1700- ja 1800-luvuilla.....	177
<i>Tommi Oikarinen</i>	Julkisen hallinnon tietohallinnon suunnitteluelvoitteet.....	255
<i>Siina Raskulla</i>	Muutoksen ja vakauden dynamiikka – oikeus ja politiikka yhteiskunnallisina diskursseina.....	329
Kirjoittajat		375

Janne Aer

**FORMALISMI, REALISMI JA
VEROLAIN KIERTÄMINEN**

Sisällys

JOHDANTO	9
1 VERONKIERTOSÄÄNNÖKSEN SÄÄDÖS- HISTORIA.....	13
2 VERONKIERTONORMIN OIKEUSTOIMIOPIILLINEN TULKINTA	16
3 KHO:N OIKEUSKÄYTÄNTÖ TAVANOMAISEN OIKEUDEN MUODOSTAJANA	19
4 KHO 1961 I 18 – UUDEN TULKINTALINJAN AVAUS.....	23
5 SUBJEKTIIVINEN JA OBJEKTIIVINEN KATSANTO- TAPA (KILPI)	32
6 OIKEUSTOIMIOPIILLINEN TULKINTA ANALYYT- TISEN SIVIILIOIKEUDEN KANNALTA (VOPIO).....	39
7 FORMALISTINEN JA REALISTINEN VEROLAIN TULKINTATAPA	44
8 VERONKIERTONORMIN REALISTINEN UUDELLEENTULKINTA (TIKKA)	52
9 VEROSUUNNITTELUN JA VERONKIERRON RAJANKÄYNTI.....	60
10 ENNAKOITAVUUS JA OIKEUSTURVA VERONKIERTONORMIN SOVELTAMISESSA.....	66
11 KOKOAVIA NÄKÖKOHTIA	69
LÄHTEET	75
FORMALISM, REALISM AND THE AVOIDANCE OF THE TAX LAW	82

Formalismia, realismia ja verolain kiertäminen

JOHDANTO

*”What I thought was an injustice
turned out to be a color of the sky.”*
Tony Hoagland

Formalismilla lainsoveltamisessa voidaan tarkoittoa monenlaisia asioita. Yhteinen piirre formalistisille näkemyksille on sääntöjen merkityksen korostaminen päätöksenteossa.¹ Tästä näkemyksestä johdetaan sitten erilaisia normatiivisia kantoja muun muassa sen suhteen, kuinka vapaasti normeja voidaan tulkita ja kuinka sidottua tuomioistuinten toiminta on oikeusjärjestyksen kehittämisessä. Sääntöjen merkityksen väheksyminen on toisaalta yhteinen piirre erilaisille realistisille näkemyksille, jotka korostavat päätöksentekijän arvojen ja asenteiden merkitystä laintulkinnassa. Terminologisesti nimitykset formalismi ja realismi liittyvät Yhdysvalloissa esiinty-neisiin suuntauksiin, mutta samat rintamalinjat ovat jakaneet juristeja myös muualla maailmassa.²

Weinribin mukaan formalismille yleisenä oikeudellisena ajattelutraditiona on tunnusomaista se, että oikeudelliset kysymykset ratkaistaan niiden yksityisoikeudellisten näkökohtien perusteella, jotka koskevat erilaisia oikeussuhteita.³ Vero-oikeudessa formalismin lähtökohtana on se, että vero-oikeudellinen normisto kytkeytyy useissa tapauksissa oikeudellisiin instituutioihin, joiden toiminta määräytyy siviilioikeuden mukaan. Formalismi

* *Janne Aer*, OTT, oikeusneuvos, korkein hallinto-oikeus

¹ *Schauer* 1987 s. 510. Formalismista Yhdysvaltain vero-oikeudessa ks. *Weisbach* 1999 passim.

² Formalismista oikeudellisessa ajattelussa Yhdysvalloissa. Ks. *Schauer* 1988.

³ *Weinrib* 2010 s. 328–329.

pyrkii ratkaisemaan vero-oikeudelliset tulkintakysymykset ottaen lähtökohdaksi siviilioikeudelliset periaatteet.

Veronkiertämisellä tarkoitetaan vero-oikeudellisessa doktriinissa verolain sääntöjen kiertämistä.⁴ Kysymys veronkiertämisen määrittelystä on itsessään osoittautunut kiistanalaiseksi. Veronkiertämisellä tarkoitetaan jo 1950-luvulla Euroopassa vakiintuneen käsityksen mukaan sitä, että verovelvollinen pyrkii epätavallisilla sopimusjärjestelyillä ja muilla vastaavilla toimenpiteillä vähentämään verojaan. Olennaista tässä näkemyksessä oli, että veronkiertäminen erotettiin rikosoikeudellisesti sanktioidusta veropeitoksesta. Veronkiertäminen ei ollut rangaistavaa toimintaa, vaikka siihen voitiin puuttua vero-oikeudellisesti.⁵ Veronkiertämisestä puhutaan yleensä silloin, kun verojärjestelmän sisäistä rakennetta pyritään käyttämään hyväksi alemman verorasituksen saavuttamiseksi. Veronkiertäminen liittyy vero-oikeudellisen normiston sisäiseen kompleksisuuteen sekä ristiriitoihin normin ja sen taustalla olevan tavoitteen välillä. Kansainvälisesti on varsin laajalle levinnyt sellainen veropolitiikka, jossa veronkiertämiseen puututaan lainsäädäntöön sisältyvän yleisen veronkiertonormin (*general anti-avoidance rule, GAAR*) nojalla. Yleisen veronkiertonormin avulla voidaan puuttua verovelvollisten sellaisiin taloudellisiin järjestelyihin, joilla on saatu verotuksellisia etuja, jos järjestelyjen pääasiallinen tarkoitus on ollut sanottujen etujen hankkiminen.⁶

Suomessa yleinen veronkiertonormi on omaksuttu verolainsäädäntöön jo 1940-luvulla, jolloin tällainen normi oli kansainvälisesti harvinainen lainsäädännöllinen ilmiö. Veronkiertonormin soveltamisen Suomessa on arvioitu kansainvälisesti ottaen olleen yleistä, ja tulkintalinjaa on pidetty varsin ankarana.⁷ Säännöksen sanamuoto on edelleen samankaltainen kuin vuoden 1943 tulo- ja omaisuusverolaissa (1943/888, jäljempänä TOL). Myöhemmin vastaava säännös siirtyi ensin verotuslakiin (1958/482) ja vuonna 1995 lakiin verotusmenettelystä (1995/558). Näiden lakien tekstissä ilmaistu säännös on abstrakti ja yleisluonteinen eikä sellaisenaan voi tehokkaasti ohjata verotuskäytäntöä. Edellä mainittuja lakeja koskevissa hallituksen esityksissä ei säännöksen tarkoitusta ja sisältöä perusteltu tar-

⁴ Veronkiertoon liittyvästä terminologiasta ks. *Knuutinen* 2014.

⁵ Oikeudellisissa yhteyksissä laillisesta veronkierrasta käytetään englanninkielistä termiä *tax avoidance*, kun taas laitonta toimintaa (verorikkomus tai -petos) kutsutaan termillä *tax evasion*. Saksassa käytetään vastaavasti termejä *Steuerumgehung* ja *Steuerhinterziehung*. Ranskassa käsitteet ovat *évasion fiscale* ja *fraude fiscal*.

⁶ Veronkiertonormien lakiteknisestä rakenteesta *Waerzeggers – Cory* 2016.

⁷ *Wikström* 1997 s. 333–334.

kemmin, minkä vuoksi säännöksen tulkinta on muodostunut oikeuskäytännössä ja siihen perustuvassa oikeustieteellisessä doktriinissa.

Veronkiertonormin tulkinta on ollut vahvasti sidoksissa KHO:n oikeuskäytäntöön. Koska säännöksen tekstisisältö on vähäinen, veronkiertonormia koskeva keskustelu on väistämättä keskustelua KHO:n oikeuskäytännön tulkinnasta. Vero-oikeudellinen tutkimus on osaltaan pyrkinyt vaikuttamaan siihen, millaiseksi normin tulkinta on muodostunut. Veronkiertonormi herätti aikanaan merkittävää oikeustieteellistä mielenkiintoa ja erilaisia näkemyksiä normin tulkinnasta. Tämän keskustelun käynnisti veronkiertosäännöksen tulkintakäytännössä 1960-luvulla tapahtunut muutos, joka oli myös asiallisesti syynä erilaisiin näkemyksiin normin lainopillisesta tulkinnasta. Tulkinnallisen erimielisyyden myöhempi hälveneminen johti veronkiertonormin laajaan soveltamiseen verotuskäytännössä.⁸

Tässä artikkelissa tarkastellaan tuloverotuksen veronkiertonormin tulkintaa koskevien oikeustieteellisten käsitysten kehittymistä.⁹ Veronkiertonormia koskeva tulkintaoppi muodostui 1960- ja 1970-luvuilla. Tämän jälkeen ei uusia teoreettisia avauksia tehty ja oikeudellinen käytäntö vaikiintui Lassi Kilven 1980-luvulla julkaisemissa veronkiertonormia koskevissa artikkeleissa. Tulkintaopin rakentumisessa keskeisessä asemassa olivat aiheesta tehdyt kaksi väitöskirjaa, Jaakko Voipion tutkimus *Verotuksen kiertämisestä* (1968) ja Kari S. Tikan tutkimus *Veron minimoimisesta* (1972). Molemmissa tutkimuksissa pyritään antamaan erilaisista teoreettisista näkökulmista rationaalinen konstruktio KHO:n oikeuskäytännölle. Tutkimuksien peruslähtökohdat asettuvat formalismi/realismi -jakolinjan eri puolille. Realismia edustava Tikan teos on näistä kahdesta monessa mielessä painavampi tutkimus veronkiertonormista, ja siinä esitettyjä tul-

⁸ KHO:n ennakkopäätösrekisteristä löytyy (hakusanalla verotuksen kiertäminen) ratkaisuja seuraavasti: kuusi tapausta vuosilta 1960–1969, 48 tapausta vuosilta 1970–1979 ja 36 tapausta vuosilta 1980–1989.

⁹ Tulkinnan muodostuminen oikeustieteellisen keskustelussa ei ole saanut osakseen laajempaa lainopillista tarkastelua. Aikaisemmista kirjoituksista on syytä mainita *Mikko Pikkujämsän* tutkimus ”Oikeusperiaatteet ja arvonlisäverotus” (2001). Siinä on teoksen aiheeseen nähden varsin laajasti käsitelty veron kiertämisen torjumista koskevaa doktriinia. Pikkujämsän esitys on lähtökohdiltaan kriittinen suhteessa Tikan tulkintaan. Lyhyesti opillista kehitystä on käsitelty *Kauko Wikström* Tikan muistokirjassa julkaisemassa artikkelissa ”Perusoikeudet ja veron kiertäminen” (2007). *Matti Urpilaisen* kirjoituksessa verotusmenettelylain 28 §:n tehokkuudesta (2013) on tarkasteltu veronkiertosäädöksen lainsäädäntöhistoriaa kiinnittämättä laajemmin huomiota oikeudellisen doktriinin kehitykseen. Ulko-maisessa vero-oikeudellisessa tutkimuksessa Suomen veronkiertosäännöstä ei ole yleensä tarkasteltu. Esimerkiksi ruotsalainen Rosander ei kielivaikeuksien vuoksi käyttänyt Suomea vertailumaana veronkiertosäännöksiä koskevassa vertailevassa tutkimuksessaan. *Rosander* 2007 s. 11.

kintoja pidetään yleensä nykyisin ns. vallitsevana käsityksenä. Tästä syystä tässä artikkelissa keskeiseen asemaan nousee Tikan väitöskirjan realismiin kytkeytyvien teoreettisten sidonnaisuuksien analysointi suhteessa tuolloin ajankohtaiseen oikeusteoreettiseen keskusteluun. Tutkimuksessa pyritään selvittämään, millä tavoin vero-oikeudessa on realismin kannalta ymmärretty ja selitetty oikeuskäytännössä omaksutut ja vakiintuneet veronkiertonormin soveltamisratkaisut.

Vero-oikeudessa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuille on ollut vanhastaan merkittävä asema oikeudellisen tulkinnan perusteena.¹⁰ KHO:n rooli vero-oikeuden kehittäjänä on toisaalta jäänyt vähälle huomiolle keskustelussa ylimpien tuomioistuinten yhteiskunnallisesta asemasta eikä esimerkiksi 1980-luvulla käydyssä tuomarivaltiokeskustelussa nostettu esille tätä puolta KHO:n toiminnasta.¹¹ KHO:n ratkaisujen merkitystä normin tulkinnassa voidaan tarkastella eri näkökulmista. Vero-oikeuden sisäisen keskustelun kannalta ongelma keskittyy siihen, miten eri tutkijat yrittivät teoreettisesti konstruoida ja määritellä veronkiertonormin suhteessa oikeuskäytäntöön ulkopuolisen tarkastelijan näkökulmasta. Toiseksi on pyrittävä tarkastelemaan oikeuskäytäntöä myös tulkitsijan näkökulmasta, eli millä tavoin KHO:ssa ymmärrettiin veronkiertotapausten ratkaisemisen tapahtuminen.

Veronkiertonormista käyty keskustelu tuo esille erilaisen suhtautumisen oikeuskäytäntöön vero-oikeuden kehittäjänä. Koska tulkinta on siten vahvasti heijastanut oikeuskäytännön muutoksia, on syytä kysyä, millä tavoin Tikan esittämä ja sittemmin vakiintunut tulkinta tuo adekvaatisti esiin KHO:n oikeuskäytännön taustalla olevia käsityksiä veronkiertonormin tulkintaperiaatteista. Tähän kysymykseen pyritään hakemaan vastausta tarkastelemalla hallintoneuvos Lassi Kilven esittämiä käsityksiä veronkiertonormin tulkinnasta ja sitä koskevista KHO:n ratkaisuista.¹² Kilven kirjoitusten voidaan olettaa ilmaisevan suhteellisen luotettavasti niitä käsityksiä, joita KHO:ssa oli tullut esille veronkiertonormiin liittyen.

¹⁰ Ennakkopäätösten merkityksen oikeuslähteenä vero-oikeudessa nosti ensimmäisenä esille hallintoneuvos *Aarne Saarialho* jo 1943 korkeimman hallinto-oikeuden juhla kirjassa julkaisemassaan artikkelissa (Saarialho 1943). Ennakkopäätösten merkitystä on käsitelty myös *Matti Myrsky* kirjassaan *Prejudikaattien merkitys verotuksessa*, jonka ensimmäinen laitos ilmestyi vuonna 1991.

¹¹ Tuomarivaltiokeskustelun ensimmäinen vaihe liittyi KHO:n ratkaisukäytäntöön rakentamisen poikkeuslupa-asioissa. Ks. *Tuori* 2003 s. 913–921.

¹² Kilpi toimi KHO:n verojaostolla 1960-luvun alusta lähtien kolme vuosikymmentä, josta osan jaoston puheenjohtajana.

1 VERONKIERTOSÄÄNNÖKSEN SÄÄDÖSHISTORIA

Euroopassa veronkiertoa koskevasta yleislausekkeesta säädettiin ensimmäisenä Saksassa vuonna 1919. Vastaavan lainsäädännön toteuttaminen muissa maissa oli hidasta (Hollanti 1924 ja Ranska 1941). Suomessa yleinen säännös veronkierrosta otettiin vuoden 1943 tulo- ja omaisuusverolain 95 §:n 2 momenttiin. Momentissa on kaksi lausetta:

Ensimmäinen lause:

Jos jollekin olosuhteelle tai toimenpiteelle on annettu sellainen oikeudellinen muoto, joka ei vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta, on verotusta toimitettaessa meneteltävä niin, kuin jos asiassa olisi käytetty oikeata muotoa.

Toinen lause:

Milloin kauppahinta, muu vastike tahi suoritus aika kauppa- tai muussa sopimuksessa on määrätty taikka muuhun toimenpiteeseen on ryhdytty ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin, on verolautakunnalla oikeus arvioida verotettava tulo ja omaisuus.

Tulo- ja omaisuusverolain säätäminen oli osa verojärjestelmän kokonaisuudistusta, joka tapahtui jatkosodan aikana. Valmistelun suoritti verokomitea. Uusi tulo- ja omaisuusverolaki tuli voimaan 1943. Veronkiertosäännökselle ei ole tarkempia perusteluja tulo- ja omaisuusverolakia koskevassa hallituksen esityksessä. Lakiesitys perustui Verokomitean ehdotukseen.¹³ Verokomitean työssä TOL 95 §:n 2 momentti ei saanut juurikaan huomiota. Veronkiertoon liittyi myös erityissäännöksenä peiteltyä osingonjakoa koskeva TOL 30 §. Peitelty osingonjako nähtiin yhtenä veronkiertämisen muotona.¹⁴

TOL 95 §:n 2 momentin ensimmäinen lause oli otettu suoraan Lainvalmistelukunnan verotuslakiehdotuksesta.¹⁵ Lainvalmistelukunnan säännösehdoitukseen oli todennäköisesti saatu virikkeitä Ruotsin lainvalmistelusta, jossa oli tehty ehdotus samantapaisesta säännöksestä 1930-luvun

¹³ Verokomitea ei julkaissut mietintöä lakiehdotuksesta, vaan komitean luonnos ja sen suppeat perustelut sisältyvät valtiovarainministeriölle toimitettuun kirjelmään. Verokomitea valtiovarainministeriölle, ehdotus tulo- ja omaisuusverolaiksi 5.4.1943. Kansallisarkisto Valtiovarainministeriön arkisto. Kirjediaari 212/509 19.5.1943.

¹⁴ Peiteltyä osingonjakoa koskeva säännös oli ollut mukana jo aikaisemmassa vuonna 1942 tehdyssä hallituksen esityksessä (HE 1/1942 vp s. 3), jossa säännöstä perusteltiin laajemmin kuin TOL:a koskevassa esityksessä.

¹⁵ Ks. tarkemmin *Urpilainen* 2013 s. 200–201.

alussa.¹⁶ TOL 95 §:n 2 momentin toinen lause oli kirjoitettu mukaillen aikaisempaa kotimaista kunnallisverotusta koskevaa sääntelyä.¹⁷ Kyse ei siten ollut Saksan ja Ranskan mallin omaksumisesta, koska näiden maiden yleislausekkeet perustuivat oikeuksien väärinkäyttöä koskevalle siviilioikeudelliselle doktriinille, jollaista Suomessa ei ollut. Veronkiertosäännös jouduttiin rakentamaan toisenlaisesta lähtökohdasta ilman selviä ulkomaisia esikuvia.¹⁸

TOL:n veronkiertosäännöstä vastaava säännös otettiin lakiin myös liikevaihtoverotuksessa. Vuoden 1950 liikevaihtoverolain (605/1950) 32 §:ssä oli sanamuodoltaan lähes TOL 95 §:n momentin mukainen säännös, joka sittemmin siirtyi uudistettuihin liikevaihtoverolakeihin (532/1963 ja 559/1991) ja myöhemmin arvonlisäverolakiin (1501/1993).

TOL:n verotusmenettelyä koskevat säännökset korvattiin vuoden 1958 alusta voimaan tulleella verotuslailla. Veronkiertosäännös oli uuden lain 56 §. Pykälää ei käsitelty hallituksen esityksessä tarkemmin. Lainkohtaa täydennettiin vuonna 1975 uudella 2 momentilla (527/1975), joka koski verovelvollisen kuulemista. Hallituksen esityksessä arvioitiin yleisesti, ettei verotuslain 56 §:ää ollut tarvetta uudistaa kokonaisuudessaan:

”Verotuslain 56 §:n kaltaista yleislauseketta ei voida sen tehokkuuden kärsimättä, muotoilla sellaiseksi, että se sanamuodoltaan loisi luotettavan pohjan ratkaisueunnusteille. Säännöksen uudelleen kirjoittaminen saattaisi aiheuttaa sekaannusta ja epävarmuutta siitä, millä tavoin oikeus tila on muuttunut. Nykyinen sanamuoto antaa sitä paitsi lain soveltajille mahdollisuudet sekä lieventää että tiukentaa suhtautumista ei-toivottaviin veronminimointijärjestelyihin.”

¹⁶ Säännösten samankaltaisuudesta huomauttaa SOU 1963:52 s. 82. Mietinnössä SOU 1931:40 ehdotettiin seuraavaa säännöstä lisättäväksi vuoden 1928 kommunalskattelagenin: Finnes uppenbart, att åtgärd, vars beskaffenhet från beskattningssynpunkt äger betydelse, till sin verkliga innebörd är av annan beskaffenhet än som uppgivits, skall beskattningsfrågans bedömande ske med hänsyn till åtgärdens verkliga innebörd.

¹⁷ TOL 95 §:n 2 momentin toinen lause oli peräisin Lainvalmistelukunnan vuonna 1934 tekemästä ehdotuksesta verotuslaiksi ja vastasi verotuslain 65 §:ää. Ehdotuksen 65 § oli puolestaan laadittu tulojen ilmoittamisvelvollisuudesta kunnallisverotusta varten annetun lain (43/1919) 16 §:n 2 momentin säännöstä täydentämällä ja laajentamalla. Mainitulla säännöksellä oli taksoituslautakunnalle myönnetty oikeus arvioida kauppahinta tai muu vastike, kun ilmeisesti oli kysymys veronkierrosta. Mainittuun lakiin säännös oli lisätty vuonna 1923. Taustalla oli ollut pyrkimys estää sellaiset tapaukset, joissa metsän kauppahinta ilmoitettiin kunnallisverotuksessa liian alhaiseksi. Lainvalmistelukunta 2/1934: Ehdotus verolaiksi, verotuslaiksi sekä laiksi niiden voimaannpanosta ynnä perustelut. Helsinki 1934 s. 157. Ks. myös *Voipio* 1968 s. 97–98 ja *Urpilainen* 2013 s. 199–200.

¹⁸ *Andersson* 1985 s. 130.

Uusi 2 momentti täydensi veronkiertosäännöksen rakennetta siten, että verovelvollisen kuulemisella pyrittiin selvittämään verovelvollisen motiivia niille toimille, joihin arvioitiin ryhdytyn verosta vapautumisen tarkoituksessa. Tämä osoitti, että veronkiertosäännöksen soveltaminen edellytti sekä subjektiivisen että objektiivisen tunnusmerkistön täyttymistä. Toisaalta uusi momentti selvensi veronkiertosäännöksen soveltamiseen liittyvää todistustaakan jakoa.

Verotuslaki korvattiin vuonna 1997 voimaan tulleella lailla verotusmenettelyistä. Veronkiertosäännös tuli uuden lain 28 §:ksi ilman tekstillisiä muutoksia. Säännös vastaa verotuslain 56 §:ää. Uutta lakia koskevassa hallituksen esityksessä 28 §:n yksityiskohtaiset perustelut ovat seuraavat: ”Veronkierto. Pykälä vastaisi verotuslain 56 §:n säännöstä.”¹⁹ Vuoden 2017 alusta tuli voimaan oma-aloitteisten verojen verotusmenettelyistä annettu laki (786/2016), jonka 10 §:ssä säädetään veron kiertämisestä. Tätä säännöstä, joka edelleen on TOL 95 §:n 2 momentin mukainen, sovelletaan arvonlisäverotuksen lisäksi useisiin muihin verotusmuotoihin.

Suomi oli pitkään ainoa pohjoismaa, jossa lainsäädäntöön sisältyy yleinen veronkiertosäännös. Ruotsissa veronkiertosäännöksen tarvetta alettiin selvittää jo 1950-luvun alussa.²⁰ Yleislausekkeen sisältävä laki tuli voimaan vasta vuonna 1980.²¹ Suomalaisella vero-oikeudella ei ollut merkittävää vaikutusta Ruotsissa käytyyn keskusteluun veronkiertosäännöksestä. Yleissäännöstä ei ole Norjassa eikä Tanskassa.

¹⁹ HE 131/1995 vp.

²⁰ Vuonna 1953 asetetun komitean työskentely jatkui vuoteen 1963, jolloin komitea julkaisi mietinnön *Om åtgärder mot skatteflykt* (SOU 1963:52). Kyse on ensimmäisestä laajasta veronkierron torjumista koskevasta selvityksestä pohjoismaissa. Komitea päätyi lopputulokseen, ettei yleislauseketta tullut ottaa käyttöön Ruotsin verolainsäädännössä, koska lauseke heikentäisi oikeusvarmuutta ja johtaisi laajaan epävarmuuteen. SOU 1963:52 s. 95–101.

²¹ Ensimmäinen veronkiertosäännöksen sisältävä laki perustui vuonna 1975 tehtyyn julkaistuun selvitykseen *Allmän skatteflyktsklausul* (SOU 1975:77). Työryhmän työssä näkyi vaikutteita erityisesti Länsi-Saksan verolainsäädännöstä, vaikka Ruotsin yleislauseke ei rakenteeltaan eikä sanonnaltaan seuraa saksalaista säännöstä. Länsi-Saksan verolainsäädännöstä omaksuttiin pikemmin idea siitä, että yleislauseke on veronkiertämisen torjumisessa käyttökelpoinen ja oikeusjärjestyksen kannalta hyväksyttävä keino. Työryhmän käsityksen mukaan Saksassa yleislausekkeella oli huomattavaa käytännöllistä merkitystä. Saksan yleislauseke muodosti mallin, johon työryhmän omaa ehdotusta pyrittiin vertaamaan. Ks. SOU 1975:77 s. 54–69.

2 VERONKIERTONORMIN OIKEUSTOIMIOPIILLINEN TULKINTA

Saksassa ja Ranskassa veronkiertoa koskeva yleislauseke sisälsi viittauksen siviililakikirjassa säänneltyyn oikeuksien väärinkäyttöön.²² Suomessa ei ollut vastaavaa oikeuksien väärinkäyttöä koskevaa vakiintunutta siviilioikeudellista sääntelyä eikä doktriinia, joka olisi muodostanut perustan TOL 95 §:n 2 momentin soveltamiselle. Veron kiertäminen jouduttiin määrittelemään vero-oikeudellisessa doktriinissa. Tässä suhteessa keskeisessä asemassa oli Arne Rekolan TOL 95 §:stä esittämä tulkinta, joka muodostui hyvin vaikutusvaltaiseksi.

Rekola oli Helsingin yliopiston finanssioikeuden professorina suomalaisen vero-oikeustieteen keskeinen vaikuttaja sodan jälkeisinä vuosina.²³ Rekolan tulkintaa TOL 95 §:stä on luonnehdittu yksityisoikeuspainotteiseksi, sillä Rekola tulkitsi lainkohtaa oikeustoimien pätemättömyysopin valossa.²⁴ Rekolan tulkinnassa veronkiertoilmiötä tarkastellaan oikeustoimien simulaatiota koskevien siviilioikeudellisten periaatteiden kautta. Siviilioikeudellisia oikeussuhteita koskevan muodollisen ratkaisuperiaatteen asettaminen etusijalle vero-oikeudellisessa kontekstissa kytkee Rekolan selvästi oikeudellisen formalismin traditioon.

Formalistiselle oikeudelliselle ajattelulle on tunnusomaista oikeussuhteiden muodollinen tarkastelu. Oikeussubjektien toiminnan lähtökohta on subjektien persoonallisuus ja vapaan tahdon käyttäminen. Oikeussubjektien yksittäisten oikeustoimien motiiveilla ei lähtökohtaisesti ole merkitystä oikeussuhteen tarkastelussa.²⁵ Yksityisautonomian kannalta on siten olennaista, että tuloverotuksen perustana ovat yksilön todelliset taloudelliset olosuhteet.²⁶ Siviilioikeudellisia oikeustoimien ja yhtiöjärjestelyjen pä-

²² *Prebble Z. – Prebble J.* 2008 s. 152–154 ja 158–159.

²³ Rekola oli 1940-luvulla jäsenenä KHO:ssa ja toimi mm. TOL:a valmistelleen verokomitean puheenjohtajana. Sodan jälkeen Rekola nimitettiin Helsingin yliopiston finanssioikeuden professoriksi. Rekolan kirjallinen päätyö verotuksen alalta oli TOL:n kommentaari, minkä hän julkaisi vuonna 1947. Teos oli keskeinen tuloverotusta koskeva lainopillinen esitys aina 1960-luvulle asti, jolloin teos menetti merkityksensä verolainsäädännön laajojen rakenteellisten uudistusten vuoksi. Klamin mukaan Rekolan metodologinen lähtökohta oli siviili- ja vero-oikeudellisten käsitteiden samaistaminen käsitelainopillisen ajattelutavan mukaisesti. *Klami* 1981 s. 91.

²⁴ *Wikström* 2007 s. 451.

²⁵ *Weinrib* 2010 s. 334.

²⁶ Delmotte puolustaa näkemystä, jonka mukaan yksilöautonomia edellyttää, että tulot määritellään realisaatioperiaatteen mukaisesti eikä laskennallisen markkina-arvon mukaisesti varallisuuden kasvuna. *Delmotte* 2017 s. 290–295.

tevyys ei riipu siitä, miten näitä toimia verotuksen kannalta arvioidaan, vaan verotuksen kannalta siviilioikeuden järjestys on annettu.²⁷

Verotuksen kannalta siviilioikeudellisen yksityisautonomian periaatteen on katsottu edellyttävän, että jokaisella on oikeus järjestää taloudelliset asiansa tavalla, joka johtaa mahdollisimman alhaiseen verotukseen. Verot muodostavat rasiuksen, jonka välttäminen on moraalisesti hyväksyttävää ja muutoinkin laillista. Ajattelutapa on tullut esille veronkiertoa koskevissa klassisissa oikeustapauksissa Englannissa ja Yhdysvalloissa.²⁸ Subjektiviivisellä pyrkimyksellä välttää veroja tai vähentää niitä ei saa olla merkitystä arvioitaessa sitä, onko verovelvollisen oikeustoimi veronkiertoa vai ei. Verovelvollisen motiivin pitäisi olla yhdenmukainen verotuksen kannalta. Näkökohta on saanut paljon huomiota varsinkin Yhdysvaltain vero-oikeudessa.²⁹

Veronkiertonormin soveltamisen Rekola rajoitti valeoikeustoimiin. Rekolan lähtökohtana oli se, että veronkiertonormi lausuu julki periaatteen, jonka mukaan valeoikeustoimien osalta verotuksessa on menetelty niin kuin oikeustoimia ei olisi tehtykään.³⁰ Peiteltyjen oikeustoimien suhteen on toimittava sen mukaisesti, mitä todellisesti tahdottu oikeustoimi sisältää. Esimerkiksi vanhempien tarkoituksena on lahjoittaa talonsa lapsilleen, mutta luovutus tapahtuu kaupan muodossa näennäisin kauppahinnoin, jota ei ole aiottukaan suoritettavaksi. Oikeustointa tuli vero-oikeudellisesti käsitellä sellaisena, miksi se on tarkoitettu. Tästä käytännöstä oli Rekolan mukaan otettu nimenomainen säännös TOL 95 §:n 2 momentin ensimmäiseen lauseeseen. Peiteltyä osingonjakoa koskevassa TOL 30 §:ssä on julki lausuttu sama periaate erityisesti osakeyhtiöiden kohdalla. Muuta Rekolan mukaan lainkohtiin ei sisällynyt.³¹

Rekola ei hyväksynyt ruotsalaisen Sandströmin käsitystä, jonka mukaan vero-oikeudellinen valeoikeustoimen käsite olisi laajempi kuin siviilioikeudellinen valeoikeustoimi. Tällaisesta toimesta oli Sandströmin mukaan

²⁷ Formalistisessa ajattelussa lähtökohtana on oletus yksityisautonomiaan perustuvien toimien sitovuudesta verotuksessa. Wikströmin mukaan liberaalissa oikeusvaltiossa yksityisoikeudelliset kategoriat otetaan ja pitää ottaa julkisoikeudessa annettuina. Julkisoikeus on sekundäärinen suhteessa yksityisoikeuteen. Veronsaaja on sidottu verovelvollisen sopimusvapauden puitteissa tekemiin oikeustoimiin. Sidonnaisuuden murtaminen vaatii perustakseen nimenomaista oikeusnormia. *Wikström* 2004 s. 257–258.

²⁸ *Barker* 2009 s. 235–240, *Prebble Z. – Prebble J.* 2010 s. 714–715.

²⁹ Verovelvollisen motiivin merkityksettömyydestä Yhdysvaltojen vero-oikeudessa ks. *Gunn* 1978 s. 735–741.

³⁰ TOL 95 §:n 2 momentin tulkinnassa Rekolan esikuvana on selvästi ollut Saksan Steueranpassungsgesetzin 5 §, joka koski simuloitujen oikeustoimien merkitystä verotuksessa.

³¹ *Rekola* 1947 s. 485 ja 1953 s. 210.

kyse, kun henkilö valitsee sellaisen oikeustoimen, jolla hän vapautuu verosta, mutta joka on asiallisesti identtinen toisenlaisen oikeustoimen kanssa, johon veroseuraamukset liittyvät. Tällaiset toimet pitää verottaa sen muodon mukaisina, joka johtaa verotukseen. Rekolan mielestä Sandströmin käsitystä ei voida hyväksyä yleissäännöksi Suomen oikeuden osalta. Vero-oikeudessa käytetään yleisoikeudellista valeoikeustoimen käsitettä. Laajan valeoikeustoimen käsitteen omaksuminen olisi ongelmallista oikeusturvan kannalta, koska verovelvollinen ei voisi ennakoida, milloin oikeustoimi hyväksytään verotuksessa.³²

Myös 1940- ja 1950-luvulla TOL 95 §:n 2 momentista kirjoittaneet Honka, Castrén ja Kilpi tulkitsivat lainkohtaa Rekolan tapaan simulaatioopin mukaisesti.³³ Kysymys veronkierron torjumisessa käytettävistä oikeudellisista keinoista oli esillä vuonna 1960 pohjoismaisessa juristikokouksessa. Rekolan mukaan Suomessa vallitsi yksimielisyys siitä, että valeoikeustoimien käsittely seuraa vero-oikeudessa yksityisoikeudellisia käsityksiä. Yksilöllä tulee olla oikeus järjestää taloudellinen toimintansa niin, että hän pääsee pienemmillä mahdollisilla veroilla, jos käytetty menettely on laillinen, rehellinen ja kunniallinen. Jos jokin tietty menettely välttää veroja tulee niin yleiseksi, ettei sitä voida sallia, tulee nämä oikeustoimet säätää lailla veronalaisiksi. Jos jokin tietty menettely välttää veroja tulee niin yleiseksi, ettei sitä voida sallia, tulee nämä oikeustoimet säätää lailla veronalaisiksi. Sitä ennen niitä ei tule verottaa, minkä Rekolan mukaan estää maksimi ”*nullum tributum sine lege tribunal*”.³⁴

³² *Rekola* 1953 s. 212–213

³³ Vuonna 1946 ennen Rekolan kommentaarin ilmestymistä julkaisi hallintoneuvos Olavi Honka artikkelin Eräistä yksityisoikeudellisista käsitteistä ja oikeustoimista hallinto-oikeudellisen lainkäytön näkökulmasta (*Honka* 1946). Myös KHO:n presidentti U. J. Castrén käsitteli aihetta lyhyessä kirjoituksessaan Siviilioikeudelliset oikeustoimet ja vero-oikeus (*Castrén* 1950). Myös Kilven väitöskirjassa Pääomavähennyksestä veronkiertonormia tarkasteltiin oikeustoimien muodon kannalta (*Kilpi* 1952 s. 5 ja 9) Samaan tapaan aiheesta kirjoitti myös Paavo Mäkinen (*Mäkinen* 1959, passim.) sekä kunnallisverotuksen osalta Esko Rekola (*Rekola, E.* 1957 s. 183–184). Andersson yhtyi täysin Aarne Rekolan tulkinnaan veronkiertonormista. *Andersson* 1962 s. 176–177 ja 1963 s. 26. Veron määräämisestä vuonna 1950 väitellyt Aaro Kauppi ei lyhyttä mainintaa lukuun ottamatta käsitellyt veronkiertämistä. *Kauppi* 1950 s. 276–277.

³⁴ *Rekola* käsitteli esitelmässään veronkiertoon liittyviä oikeusturvakysymyksiä. *Rekola* toisti esitelmässä aikaisemmin esittämänsä kritiikin Sandströmin valeoikeustoimikäsitystä kohta. *Rekola* 1963 s. 3–7 ja 16.

3 KHO:N OIKEUSKÄYTÄNTÖ TAVANOMAISEN OIKEUDEN MUODOSTAJANA

Veronkiertonormin soveltamista alettiin KHO:n oikeuskäytännössä laajentaa merkittävästi 1950-luvun puolivälistä alkaen. Tikka ryhmitteli 1970-luvun alussa oikeuskäytännön seuraavasti:³⁵ 1) oikeudellisen muodon ja taloudellisen reaalisisällön vastaamattomuustilanteet; 2) vaiheittaiset transaktiot; 3) intressinpuutetilanteet ja 4) poikkeava hinnoittelu intressiyhteys-tilanteessa. Olennainen tekijä KHO:n ratkaisukäytännössä oli se, että uusilla ratkaisuilla osoitettiin uudenlaisia tapaustyyppisiä, joiden kohdalla voitiin tutkia ja ratkaista kysymys siitä, oliko yksittäistapauksessa kyse veronkierrosta. Oikeuskäytäntö laajensi veroviranomaisten mahdollisuuksia puuttua veronkiertoon.

Veronkiertonormi on yksi selkeä esimerkki KHO:n luomasta tulkintakäytännöstä. Veronkiertosäännöksen väljä muotoilu antoi tuomioistuimelle mahdollisuuden kehittää oikeuskäytäntöä tahtomallaan tavalla. KHO:ssa ilmiö ymmärrettiin tavanomaisen oikeuden muodostumiseksi oikeuskäytännön kautta. Oikeuskäytännön hyväksymiä tulkintoja ei määritelty yksittäisten ennakkopäätösten kautta eikä oikeuskäytäntö ollut sidottu aikaisempien tapauskuvausten mukaisiin tosiseikkoihin. Tämän näkemyksen mukaisesti Kilpi luki tavanomaiseen oikeuteen verotuksessa sovellettavat oikeusohjeet, joita ei voida välittömästi tai välillisesti johtaa eduskuntalain nimenomaisista säännöksistä.³⁶ Tavanomainen oikeus muodosti tällä tavoin lakia täydentävän oikeuslähteen asemaan oikeudenkäymiskaaren mukaisesti: ”Maan tapa, jos se ei ole kohtuuton, olkoon hänellä myös ohjeena tuomitessansa, kun säädettyä lakia ei ole” (OK 1:11). Normin puuttuessa voitiin nojautua vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön. Tällainen käsitystapa oli yleinen aina 1980-luvulle asti.³⁷ Uudemmissa oikeuslähdeopin esityksissä tavanomainen oikeus ja oikeuskäytäntö nähdään erillisinä ilmiöinä.³⁸

³⁵ Ryhmittely esitellään säännöllisesti Tikan kirjoituksissa eri laajuisena ja tarpeen mukaan uusilla oikeustapauksilla päivitettyinä: *Tikka* 1981 s. 67–70; 1983a s. 14–29 ja 1983b s. 362–363.

³⁶ *Kilpi* 1987a s. 217. Kilven ajattelulle ominaista jatkuvuutta tuo esiin se, että jo vuonna 1951 artikkelissaan ennakkopäätöksistä Kilpi totesi, että KHO:n ennakkopäätökset ilmaisevat Suomessa vallitsevan tavanomaisen oikeuden. *Kilpi* 1951 s. 89.

³⁷ Yleisenä voidaan pitää näkemystä, että ennakkopäätökset ovat sitovia, jos ne muodostavat tavanomaista oikeutta. *Jokela* 1984 s. 191–192; *Klami* 1986 s. 159.

³⁸ Esimerkiksi Aarnio ei käsittele oikeuskäytännön merkitystä tavanomaisen oikeuden muodostumisessa. Tavanomainen oikeus tai maan tapa liitetään lähinnä kauppatapaan tms. Oikeuskäytännön tarkastelu puolestaan keskittyy ennakkopäätösten rooliin. (*Aarnio* 1982 s. 88–91) Tässä muutoksessa heijastui selvästi se keskustelu, jota 1970-luvun lopulla alet-

Vanhempi käsitystapa tulee esille Aatos Alasen pitkään käytetyssä yleisen oikeustieteen oppikirjassa, jonka voidaan olettaa ilmentävän vanhempaa oikeuslähdeoppia luotettavalla tavalla. Tavanomaisen oikeuden muodostumisesta Alanen totesi, että nykyaikana (millä hän tarkoitti sotien jälkeistä aikaa) yleisin tavanomaisen oikeuden muodostumistapa oli sellainen tuomioistuin käytäntö, joka saa vähitellen tavanomaisen oikeuden sitovan luonteen. Tavanomaisen oikeuden sitovuus perustuu siihen, että kun lainkäytön luomaa tuomionormia on pitkään sovellettu, oikeusvarmuuden intressi vaatii sen käsittelemistä velvoittavana oikeusnormina. Tavanomaisen oikeuden piiriin kuuluvat normit, jotka ovat muodostuneet oikeuskäytännön kautta, lainkäyttäjän on otettava huomioon viranpuolesta.³⁹

Veronkiertonormin tulkinta muodostui 1950-luvulta lähtien osaksi verotuksessa noudatettua tavanomaista oikeutta, jolla oli tuolloin varsin huomattava merkitys vero-oikeudessa. Yksi tavanomaiseen oikeuteen perustuneista vero-oikeudellisista instituutioista oli ammattimaisen kiinteistöjen myynnin verotus, jonka yhteys tulo- ja omaisuusverotusta koskevaan lainsäädäntöön oli lähes olematon. Ammattimaisen kiinteistöjen myynnin verotuskäytäntö nojautui todellisuudessa yksinomaan KHO:n oikeuskäytäntöön.⁴⁰ Muodollisesti ammattimaisen kiinteistöjen myynnin verotusta koskeva oikeuskäytäntö nojautui tulo- ja omaisuusverolain tulokäsitettä koskevaan yleisnormiin. Ammattimaisen kiinteistöjen myynnin verotuksen jatkuminen elinkeinoverolain voimaantulon jälkeen muodostui vuonna 1969 vaikeaksi tulkintaongelmaksi.⁴¹ KHO päätyi kantaan, jonka mukaan kiinteistöluovutuksesta saadusta voitosta voitiin edelleen verottaa ammat-

tiin käydä KKO:n roolista ennakkopäätöstuomioistuimena. Tapaoikeudesta uudemmassa kirjallisuudessa ks. *Neuvonen* 2005, passim.

³⁹ *Alanen* 1948 s. 65–68. Oppikirjan myöhemmässä uudistetussa laitoksessa (Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus 1965) esitys pysyi tavanomaisen oikeuden osalta samana, joskin laajennettuna.

⁴⁰ *Kilpi* 1987a s. 220. Ammattimaisen kiinteistön myynnin verotus jatkui ilman täydentävää säädöspohjaa aina vuoteen 1986, jolloin myyntivoittoverotuksen uudistuksen yhteydessä ammattimaisen kiinteistöjen myyntitoiminnan verottamisesta luovuttiin. Tällöinkään ei lakiin otettu mitään säännöksiä, joista tämä muutos ilmenisi, vaan se käy ilmi TVL:n muutamista koskevasta hallituksen esityksestä.

⁴¹ Anderssonin mukaan ammattimaisen kiinteistöjen myynnin verotuksessa sovellettavat periaatteet on kehitetty oikeuskäytännössä eräänlaisten yleisten periaatteiden nojalla. EVL:n laatijoiden tarkoituksena oli, että ammattimaisen kiinteistön myynnin verotuksessa sovellettava käytäntö säilyisi ennallaan ainakin siksi, kunnes arvonnousuverolaki tulee sen tilalla, mikä pyrittiin sanomaan EVL 55 §:n säännöksellä. Muodollinen peruste verotukselle oli siinä, että myynti on TOL 26 §:ssä tarkoitettua muuta ansiotoimintaa. *Andersson* 1969 s. 107–108. Samoin *Ilkka* 1969 s. 118.

timaisen kiinteistönmyyntitoiminnan perusteella.⁴² Vero-oikeudessa voitiin oikeuskäytännön kautta luoda jopa oikeudellisia instituutioita, joista muodostui tavanomaista oikeutta. Samoin tapahtui normien tulkinnassa: KHO:n tulkinnat muodostuivat oikeusnormien sisällöksi, kun tulkintaratkaisuja alettiin säännönmukaisesti seurata verotuskäytännössä.

KHO:n ratkaisukäytäntö muuttui tavalla, joka heijasti enemmänkin KHO:ssa omaksuttuja tavoitteita kuin oikeustieteen hyväksymiä oppeja.⁴³ Kilven mukaan oikeuskäytäntö joutui muuttuvassa yhteiskunnassa nopeasti sopeuttamaan tulkintoja muuttuneisiin olosuhteisiin, riippumatta tulkintojen oikeellisuudesta oikeustieteen kannalta. Uusien ennakkopäätösten avulla voidaan huolehtia vero-oikeuden pysymisestä käytännöllisen elämän kehityksen mukana.⁴⁴ KHO:n oikeuskäytännössä omaksuttiin 1960-luvulla pragmaattinen ja instrumentaalinen tulkinta-asette.⁴⁵

KHO:n ennakkopäätöksiä ei pidetty oikeuslähteinä, joihin luettiin laki ja tavanomainen oikeus. Kilven mukaan KHO:n päätökset ovat vain yksittäistapauksessa annettuja ratkaisuja siitä, mitä KHO pitää lain mukaisena. Vaikka KHO ei antanut ennakkopäätöksiä, KHO:n ratkaisuja käytetään ennakkopäätöksinä, koska samanlaisessa tilanteessa KHO lähtökohtaisesti ratkaisee asian samalla tavoin. Ennakkopäätösarvoa on kaikilla KHO:n ratkaisuilla, vaikka arvo on eriasteista ja riippuu esimerkiksi päätöksen julkisesti tiedoksi tulemisesta ja kuinka painavia perusteita siitä ilmeneväs-

⁴² Asia oli esillä KHO:n täysistunnossa 21.5.1969. KHO:n kanta, jonka mukaan kiinteistönluovutuksesta saadusta voitosta voitiin verottaa ammattimaisen kiinteistönmyyntitoiminnan perusteella myös EVL:n voimaantultua, ilmaistiin neljässä vuosikirjaratkaisussa: 1969 II 526 (ään. 3–2), 538 (ään. 5–1), 539 (ään. 3–1–1) ja 541 (ään. 3–1–1). Kaikissa tapauksissa oli kyse KVL:n ennakkotiedoista, joita KHO ei muuttanut. Päätösten perusteluissa ei ole viittausta sovellettuihin oikeusohjeisiin. Jokaisessa tapauksessa ainakin yksi hallintoneuvos äänesti sillä perusteella, ettei ammattimaisesta kiinteistön myynnistä saatu voittoa voitu EVL:n voimaantulon jälkeen verottaa.

⁴³ 1960-luvun lopulle tultaessa KHO:ssa alettiin irtaantua Rekolan edustamasta verovelkasuhdeopin tulkinnasta. Rekolan mukaan tuloverovelka syntyy ja kehittyy sitä mukaa kuin tuloakin kertyy (*Rekola* 1947 s. 471). Ratkaisussa KHO 1968 I 53 katsottiin, että verotuslain 3 §:n mukaan yhtiön osakas oli vastuussa yhtiölle verovuodelta pannusta verosta veronkorotuksineen, vaikka hän oli ennen verovuoden päättymistä eronnut yhtiöstä (ään. 17–10). Vähemmistöistä osa katsoi, että yhtiömies oli vastuussa yhtiölle pannusta tuloverosta vain siltä osin kuin se kohdistui hänen aikaansa osakkaana. Vähemmistön kanta liittyi selvästi perinteiseen verovelkasuhdeajatteluun. KHO:n enemmistö ei perustellut ratkaisua verovelkaopin käsitteistöllä. Kilven mukaan enemmistö hyväksyi tulon jakamattomuuden periaatteen, jonka mukaan tietyltä kaudelta laskettava tulo on yksi yhtenäinen käsite, joka sulattaa siihen vaikuttaneet osatekijät yhdeksi kokonaisuudeksi. *Kilpi* 1969 s. 493–494, 497.

⁴⁴ *Kilpi* 1968b passim. Käytännöllisen elämän tarpeiden huomioinnon ottamisen oli yksi tekijä, joka korosti oikeuskäytännön merkitystä vero-oikeudessa. *Kilpi* 1951 s. 91.

⁴⁵ KHO:n päätöksenteon pragmaattisuudesta *Aer* 2010 s. 188–190.

tä tulkinnasta poikkeamiselle uudessa tapauksessa on. Päätöksen julkaiseminen vain osoittaa KHO:n itsekä katsovan, että päätöksellä saattaa olla ennakkopäätösarvoa. Kilpi tarkasteli ennakkopäätöksen roolia siten ainoastaan myöhemmän päätöksentekotilanteen kannalta. Se, että alemmat asteet seuraavat KHO:n oikeuskäytäntöä, ei ole varsinaisesti KHO:n tarkoituksellista vallankäyttöä, vaan KHO:n tehtävän suorittamisesta johtuvaa tosiasiallista toimintaa.⁴⁶

Oikeuskäytäntö saattoi siten muodostua velvoittavaksi oikeudeksi tavanomaisena oikeutena, koska KHO:n päätöksiä seurattiin vakiintuneesti verotuskäytännössä. Näin ollen voidaan sanoa, että vero-oikeudessa tavanomainen oikeus perustui oikeuskäytäntöön, viime kädessä KHO:n ratkaisuihin. KHO:n ratkaisu oli aina vero-oikeudellinen kannanotto, jota voidaan myöhemmin seurata verotuksessa. Osa kannanotoista on oikeudellisesti merkityksellisempiä kuin muut. Silti yksittäinen päätös ei ollut oikeudellisesti sitova ennakkopäätös eikä KHO:n päätöksen perusteluissa otettu yleensä kantaa suoraan laintulkintakysymykseen.⁴⁷ Ennakkopäätösten perusteena oleva oikeusohje voitiin muodostaa vasta laajemman ratkaisujoukon perusteella.⁴⁸

KHO:n päätösten niukkojen perustelujen vuoksi oikeuskäytännön tulkinta oli vaikeaa laajemman ratkaisujoukon perusteella. Tämä johti ilmeisesti siihen, että Kilpi alkoi 1960-luvun lopulla säännöllisesti kommentoida KHO:n ratkaisuja. Jo nuorena väitöskirjan tekijänä Kilpi oli pitänyt ongelmana, että KHO:n perustelut oli muotoiltu siten, että ulkopuolisen oli melkein mahdotonta luoda yhtenäistä käsitystä siitä, mitä johtavia periaatteita eri kysymysten ratkaisemisessa noudatettiin.⁴⁹ KHO:n veroasioissa tekemien ratkaisujen kommentoinnista julkisuudessa muodostuikin Kilvälle lopulta vuosikymmenien pituinen haaste. Kilpi saattoi täydentää päätösten suppeita perusteluja omissa nimissään julkaisemillaan kommentaareilla.

⁴⁶ Kilpi 1992 s. 451 ja 454–455. Kilven ennakkopäätöskäsityksestä Aer 2010 s. 186–188. Varauksellinen kanta ennakkopäätöksiin oli myös *Voipiolla*. *Voipio* 1989, passim.

⁴⁷ KHO:n perinteisessä perustelutavassa soveltamisratkaisu ilmenee ainoastaan epäsuorasti tosiseikkojen kuvauksesta, ja perusteluista ei ilmene muita oikeusohjeita kuin sovellettu lainkohta. KHO:n perustelutavasta ks. Aer 2000 s. 184–190

⁴⁸ Myrsky 1991 s. 71–72. KHO:n prejudikaatti-ideologian kannalta ei ole pidettävä adekvaattina Tikan käsitystä, jonka mukaan KHO ilmaisi ennakkopäätöksessään tiettyä tapaus-tyyppiä koskevan ratkaisuperiaatteen ja samalla asetti tosiasiallisesti noudatettavaksi säännön, jota voidaan kutsua prejudikaattinormiksi. Tikka 1982 s. 273.

⁴⁹ Kilpi 1951 s. 94.

Oikeuskäytännön merkitys vero-oikeudessa tunnustettiin oikeustieteellisessä tutkimuksessa. Tikan mukaan verolain tulkintatilanteet olivat lähellä sääntelemätöntä tilannetta, koska verolakien säätämstekniikasta johdun yleissäännökset ovat niin avoimia ja sisällyksettömiä, että niistä on vaikea saada mitään kiinteää johtoa konkreettisia ongelmia ratkaistaessa. KHO:n ratkaisuilla, jotka kiinteyttävät yleissäännösten tulkintakriteerejä ja kartoitetaan niiden soveltamisalojen äärirajoja, on melko selvä oikeutta luova piirre.⁵⁰ KHO:n tulkintalinjasta Tikka pani merkille myönteisenä piirteenä, ettei KHO ollut korostanut legalismia äärimilleen, vaan oli varovaisella tavalla pyrkinyt täyttämään sen lainsäätäjän työn jatkajan ja normiston kehittäjän tehtävän.⁵¹

Kokonaisuutena KHO:n oikeuskäytäntö pyrki vastaamaan käytännön elämän vaatimuksiin. KHO:n toimintatavalle oli ominainen piirre, joka Brian Leiterin tulkinnan mukaan on oikeudelliseksi realismiksi kutsutun ajattelutavan ytimessä. Nimittäin käsitys siitä, että lainkäytössä on enemmän kysymys yksittäisen tapauksen faktoihin nojautuvasta ratkaisutoiminnasta kuin sääntöjen soveltamisesta.⁵² Suomalaisen hallintolainkäytön yhteydessä ei ole perusteetonta puhua oikeudellisesta realismista, kun otetaan huomioon päätöksenteon vahva pragmaattisuus ja tavanomaisen oikeuden merkitys. Tällä realismilla oli myös vastineensa oikeustieteen puolella, sillä esimerkiksi Veli Merikosken hallinto-oikeudellisessa ajattelusta voidaan löytää selkeästi pragmaattinen perusvire.⁵³

4 KHO 1961 I 18 – UUDEN TULKINTALINJAN AVAUS

Veronkiertonormin tulkinnasta oli 1950-luvun lopulle asti varsin yhtenäisen käsitys KHO:ssa ja vero-oikeuden tutkijoiden parissa. Vallitseva näkemys tarkasteli kysymystä verosta vapautumisen tarkoituksessa tehtyjen oikeustoimien luonteesta kysymyksenä sopimusten muodon ja sisällön ristiriidasta. Tulkinnan hajaantumista ennakoி Rekolan jyrkkä näkemys siitä,

⁵⁰ Tikka 1972 s. 60–61.

⁵¹ Tikka 1972 s. 145. Tikan mukaan syynä siihen, ettei lainsäätäjät ole erityisen aktiivisesti estäneet veronkiertoa, oli osittain puoluehajaannus, joka on vaikuttanut sekä eduskunnan että hallituksen toimintaan. Eduskunnan haluttomuus yleispoliittisista syistä toteuttaa edes hyvin perusteltuja verolainsäädännön muutoksia puoltaa lainsoveltajien tärkeää osaa veronkierron estämisessä. Tikka 1976 s. 40.

⁵² Leiter 2010 s. 257–262.

⁵³ Kulla 1999, passim. ja Merikosken osalta ks. Aer 2005 s. 18–22. Realismilla oli myös vankka asema siviilioikeudellisessa tutkimuksessa. Ks. Helin 1988.

että TOL 95 §:n 2 momentti ei sisältänyt muuta kuin simuloituja ja dissimuloituja oikeustoimia koskevan periaatteen, vaikka lainkohdan toista lausetta oli oikeuskäytännössä sovellettu tilanteissa, joissa ei ollut kyse simulaatiosta.⁵⁴ 1960-luvun alussa KHO alkoi oikeuskäytännössään suhtautua hyväksyvästi veronkiertosäännöksen laaja-alaiseen soveltamiseen.

Rekolan tulkinnan kompastuskiveksi muodostui KHO:n täysistuntoratkaisu 1961 I 18 (äänestys 16–4). Ratkaisussa oli kysymys siitä, että isää voitiin verottaa myyntivoitosta, jonka hänen poikansa oli saanut myydessään isän hänelle lahjoittamat osakkeet. Isä oli lahjoittanut alle viisi vuotta omistamansa osakkeet pojalleen, joka oli yhdessä neljän muun osakkeenomistajan kanssa myynyt yhtiön koko osakekannan. Myös muut olivat saaneet osakkeet lahjaksi vanhemmiltaan. Isää verotettiin satunnaisesta myyntivoitosta, koska isä lahjoittaessaan osakkeet pojalleen oli ilmeisesti ryhtynyt lahjoitustoimenpiteeseen siinä tarkoituksessa, että hän vapautuisi myyntivoitosta suoritettavasta verosta.

Tapauksen otsikko kuului ytimekkäästi: ”Osakkeiden lahjoittamiseen katsottu ryhdytyn ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin (TOL 95 § 2 mom).” Otsikko osoittaa, ettei lahjoituksen sivuuttaminen edellyttänyt, että lahjoitus oli valeoikeustoimi. Riittäväenä pidettiin sitä, että lahjoitukseen oli ryhdytty verosta vapautumisen tarkoituksessa. Toinen merkittävä linjaus oli se, että lahjoituksen saajan myyntivoitto voitiin kohdentaa lahjoituksen tekijälle. Kohdentamiskysymykset olivat saamassa KHO:ssa kasvavaa huomiota. Yhtymäverotusta koskevassa täysistuntoratkaisussa 1960 II 421 (äänestys 20-7) oli katsottu, että lääkäriä voitiin TOL 95 §:n 2 momentin nojalla verottaa hänen yhdessä vaimonsa kanssa röntgentutkimusten suorittamista varten perustaman avoimen yhtiön tuloista ja omaisuudesta. Henkilöyhtiöt nousivat 1960-luvulla veronkiertonormin yleisimmäksi soveltamiskohteeksi.⁵⁵ Kun täysistuntoratkaisua 1960 II 421 tarkastellaan rinnan täysistuntoratkaisun 1961 I 18 kanssa, on ilmeistä, että myös jälkimmäinen ratkaisu laajensi tarkoituksellisesti veronkiertonormin soveltamismahdollisuuksia.⁵⁶

⁵⁴ Esimerkkinä KHO 1948 II 587: Verovelvollinen A oli sopimuksella ottanut hoitaakseen yhtiö B:n tuotteiden myynnin. Sopimus oli siirretty C Oy:lle, joka oli nostanut sovitun provision B:ltä. Provisio katsottiin A:n tuloksi. KHO nojautui päätöksessään TOL 95 §:n 2 momenttiin ja viittasi siihen, että A oli siirtänyt sopimuksen C Oy:lle ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin.

⁵⁵ Henkilöyhtiöistä *Tikka* 1972 s. 249–266.

⁵⁶ Ratkaisu 1961 I 18 poikkesi myös aikaisemmasta ruotsalaisesta käytännöstä. Regeringsrätten oli kumonnut 1950-luvun alussa useita lahjoitetun omaisuuden myyntiin liittyviä päätöksiä, joissa lahjoitusta oli pidetty valeoikeustoimena ja lahjoittajaa oli verotettu myyn-

Ratkaisussa 1961 I 18 KHO:n enemmistö ei kirjoittanut omia perusteluja päätökselle, vaan pysytti lääninoikeuden päätöksen sellaisenaan hyväksyen lääninoikeuden perustelut. Valituksen kohteena olleen lääninoikeuden ratkaisun tausta-ajatuksia valottaa Eero Kivikarin Verotus-lehdessä vuonna 1961 esittämä uusi tulkinta veronkiertonormista. Kivikarin tulkinnassa verotuslain 56 §:n jälkimmäisen osan soveltamisala on olennaisesti laajempi kuin Rekolan, Hongan ja Castrenin tulkinnassa, joiden mielestä säännös oikeutti puuttumaan pätevien sopimusten ehtoihin, mutta heille oli täysin vieras ajatus siitä, että verotuksessa pätevä sopimus voitaisiin kokonaisuudessaan lainkohdan nojalla sivuuttaa.

Kivikarin mukaan verotuslain 56 §:n toista virkettä sovellettaessa veronkiertämistarkoitus itsessään perustaa oikeuden arvioida verotettava tulo. Tällöin ei ratkaisisi oikeustoimen simuloitu tai dissimuloitu luonne, vaan myös täysin oikeat oikeustoimet kuuluisivat lainkohdan piiriin, jos oikeustoimi näytetään tehdyn ilmeisesti verosta vapautumisen tarkoituksessa. Kivikari mainitsee esimerkkinä tilanteen, jossa isä lahjoittaa osakkeita pojalleen, jotta tämä voisi myydä osakkeet ilman myyntivoittoveroa. Kivikarin mukaan verotuksesta vapautuminen tällaisissa tapauksissa ei ole kohtuullista ja oikeata veronsaajia ja toisia verovelvollisia kohtaan.⁵⁷

Rekolan kritiikki

Rekola piti lääninoikeuden päätöksestä ilmenevää tulkintaa virheellisenä ja esitti kritiikkinsä julkisesti. Lakimiespäivillä maaliskuussa 1961 Rekola piti esitelmän ”Verotus ja yksilön oikeussuoja”. Veronkierrasta puhuessaan Rekola otti esille tapauksen, jota hän piti ns. kouluesimerkkinä. Siinä oli kysymys isästä, joka kahdeksan vuotta aikaisemmin vastiketta vastaan oli hankkinut kiinteistön ja voisi myydä sen voitolla, lahjoittaa kiinteistön pojalleen, joka myy sen ja katsoo, että kun hän on hankkinut kiinteistön vastikkeettomalla saannolla, hänelle ei voida kaupan johdosta panna myyntivoittoveroa, vaan että hän on velvollinen maksamaan vain saamastaan lahjasta lahjaveron.⁵⁸

tivoitosta. Päätökset kumottiin, koska lahjoittaja ei ollut saanut myyntituloja hyväkseen. SOU 1963:52 s. 70–71.

⁵⁷ Kivikari 1961 s. 187–88. Kivikari viittasi KHO:n ratkaisuun 19.11.1959 nro 7098, jossa oli katsottu, että lapsille lahjoitetut osakkeet oli TOL 95 §:n 2 momentin nojalla luettava isän varoiksi, koska lahjoitustoimiin oli ryhdytty ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin.

⁵⁸ Rekola 1961 s. 19. Rekola käsittelee samalla tavoin esimerkkitapaustaan myös artikkelissaan *Rekola* 1953 s. 221 alaviite 31.

Rekolan kouluesimerkki on rakenteeltaan sama kuin – tuolloin vielä ratkaisemattomassa – tapauksessa 1961 I 18, jossa oli kyse osakkeista eikä kiinteistöstä. Rekola oli tietoinen KHO:ssa vireillä olevasta asiasta, koska hän oli siinä antanut asiantuntijalausunnon.⁵⁹ Rekolan kouluesimerkissä keskustellaan siten asiallisesti tuosta vireillä olleesta asiasta. Verotuskysymys on Rekolan mukaan ratkaistava simulointia koskevien periaatteiden mukaan:

”Jos isän ja pojan välinen lahja on luonteeltaan laillinen ja rehellinen sekä siinä mielessä kunniallinen, että lahja on tarkoitettu todelliseksi, niin ettei poika siis esim. luovuta myöhemmin jotakin osaa saamastaan kauppahinnasta takaisin isälle tai hyvitä tätä muilla tavoin, ei satunnaisen myyntivoiton verotusta saisi toimittaa. Milloin taas poika toimii vain isänsä bulvaanina ja myy siis kiinteistön tosiasiallisesti kokonaan tai osittain isän lukuun, on kysymyksessä simulointi tai dissimulointi, jolloin myyntivoitto on lähinnä isään kohdistuvana toimitettava.”

Rekola totesi, että eri maissa on esiintynyt käsitys, jonka mukaan kielletty veronkiertäminen ulottuisi varsinaisen simuloinnin ulkopuolellekin. Tällä Rekola viittasi lähinnä jo aikaisemmin arvostelemaansa Sandströmin käsitykseen valeoikeustoimista. Rekolan mielestä tällainen verosäännösten laajentava tulkinta ei ole oikeutettua eikä Sandströmin käsitys ole Suomessa saanut ”sanottavaa kannatusta”.⁶⁰ Rekola viittasi ilmeisesti Kivikarin samana vuonna julkaisemaan tulkintasuositukseen.

KHO ratkaisi kysymyksen veronkiertonormin soveltamisesta sinänsä päteviin oikeustoimiin vastoin Rekolan useasti esittämää kantaa. KHO ei ollut valmis hyväksymään Rekolan suppeaa näkemystä normin tulkinnasta. Asian käsittely täysistunnossa osoittaa KHO:n kannanoton merkittävyyttä laintulkinnan kannalta. KHO:n oikeuskäytäntö kulki tässä kysymyksessä selvästi eri suuntaan kuin Rekolan tulkintasuositukset.⁶¹ Ratkai-

⁵⁹ Asiantuntijalausunnosta mainitsee Tikka, joka viittaa Kilven antamaan tietoon. *Tikka* 1972 s. 227.

⁶⁰ *Rekola* 1961 s. 19–20.

⁶¹ Rekolan esittämät johtopäätökset verovelkasuhdeopista olivat olleet monelta kohden ristiriidassa oikeuskäytännön kanssa. Lukuisissa arvovaltaisissa ratkaisuisa KHO asettui eri linjoille. Rekolan mukaan yhtiömiehen vastuu oli luonteeltaan julkisoikeudellista ja se tuli vahvistaa verotusmenettelyssä tai hallintoriita-asiana (*Rekola* 1957, passim). Argumentointi rakentui verovelan luonteelle. KKO ja KHO antoivat kahdessa täysistuntoratkaisussaan, joita Rekola piti virheellisinä, päinvastaisen tulkinnan. Ylimmät tuomioistuimet katsoivat, ettei Suomen lainsäädäntö ei tuntenut yhtiön osakkaiden julkisoikeudellista verovastuuta, ja kauppakaaren säännösten mukainen vastuu oli yksityisoikeudellista (KKO 1954 I

su on syytä rinnastaa KHO:n vuosikirjaratkaisuun 1959 I 1, joka myös koski veronkiertonormin soveltamista vastoin Rekolan kantaa. Rekola oli katsonut vuonna 1953 julkaistussa artikkelissaan, ettei veronkiertosäännös sovellu osakkeiden lunastamiseen.⁶² KHO ratkaisussa katsottiin, että veronkiertosäännöksen nojalla voitiin puuttua tilanteeseen, jossa verovelvollinen oli saanut osakkeiden lunastuksella osingonluoteisen tulon, kun osakeyhtiö oli lunastanut osan osakkeenomistajien osakkeista.⁶³

Rekolan johdolla toiminut verolakikomitea esitti vuonna 1961 ilmestyneessä mietinnössään, että verotuslain 56 §:n toinen lause tulisi poistaa. Tätä perusteltiin sillä, että lause oli sisällöltään varsin epämääräinen ja oli omiaan aiheuttamaan epävarmuutta verovelvollisille.⁶⁴ Tässä kannanotossa näkyi ehkä selkeimmin Rekolan pyrkimys estää sellainen kehitys, jossa verotuslain 56 §:n toista lausetta käytettäisiin Kivikarin ehdottamalla tavalla sinänsä pätevien oikeustoimien sivuuttamisessa. Onkin ilmeistä, että Rekola suhtautui vakavasti siihen mahdollisuuteen, että KHO hyväksyisi pätevien oikeustoimien sivuuttamisen verotuslain 56 §:n nojalla.

Veronkiertosäännöksen toisen lauseen itsenäinen merkitys oli havaittu Ruotsin verokiertoa selvittäneen komitean työssä. Komitean käsityksen mukaan Suomen verotuslain 56 § teki eron valeoikeustoimien ja veronkiertämisen välillä. Lainkohdan ensimmäinen lause koski yleisesti valeoikeustoimia. Toinen lause meni tätä pitemmälle; sen mukaan voitiin pitää verotuksessa pätemättöminä muutoin päteviä oikeustoimia, joilla pyrittiin vapautumaan verosta. Tältä osin komitean mielestä kysymys subjektiivisesta tunnusmerkistöstä, veronkiertotarkoituksesta, oli tärkeässä asemassa.⁶⁵

Rekolan ja verolakikomitean torjuva kriittinen suhtautuminen verotuslain 56 §:n soveltamisalaan sai kannatusta vielä Edward Anderssonin vuonna 1967 ilmestyneessä verotuslain kommentaarissa.⁶⁶ Anderssonin mukaan veronkiertosäännös antoi viranomaisille oikeuden käsitellä veronkiertotoimia niiden todellisen luonteen mukaisesti. Säännöksen ensimmäinen lause koski yleisen käsityksen mukaan simuloituja ja dissimuloituja

2, KHO 1956 I 8 ja 9). Ongelma poistettiin lopullisesti säätämällä verotuslaissa osakkaiden verovastuusta.

⁶² *Rekola* 1953 s. 219–220.

⁶³ Tulkintaongelmaa on tarkastellut Andersson, jonka mielestä osakkeiden lunastukseen ei olisi tullut puuttua veronkiertosäännöksen nojalla. *Andersson* 1963 s. 26–27.

⁶⁴ Verolakikomitean mietintö (KM 1961:4) s. 31 ja 238.

⁶⁵ SOU 1963:52 s. 82–84.

⁶⁶ Tähän teokseen on syytä kiinnittää erityistä huomiota, koska Anderssonin verotuslain kommentaari oli laajasti käytetty oppikirja 1960-luvun lopulta aina 1990-luvulle asti. Teoksen eri painoksissa heijastuu veronkiertonormista käyty keskustelu, johon Andersson suhtautui varovaisesti eikä merkittävästi muuttanut teoksen perustekstiä.

oikeustoimia.⁶⁷ Säännöksellä oli kuitenkin jonkin verran laajempi merkitys, koska erityistä lain tukea ei välttämättä tarvittaisi simuloitujen ja dissimuloitujen oikeustoimien tulkitsemiseksi niiden todellisen tarkoituksen mukaan.⁶⁸

Rekolan näkemyksiä seuraten Andersson toi esiin, että veronkiertosäännöksen jälkimmäinen osa oli aivan liian yleisesti muotoiltu ja säännöstä oli vaikea soveltaa.⁶⁹ Tähän lauseeseen vetoamalla väitettiin usein, että kysymyksessä on veron kiertäminen, vaikka verovelvollinen on ainoastaan valinnut yksityisoikeudellisesti pätevän ja mahdollisesti verotuksellisesti edullisen vaihtoehdon. Anderssonin mielestä yksistään se seikka, että oikeustoimi mahdollisesti on epätavallinen, ei tee siitä veronkiertämistointia. Myöskään se seikka, että verovelvollinen on tarkoituksellisesti valinnut sellaisen vaihtoehdon, joka johtaa verosta vapautumiseen, ei muodosta riittävää perustetta normin soveltamiselle, jos toimenpide on kuitenkin vastannut asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta.⁷⁰

Voipion tulkinta päätöksen merkityksestä

Tapaus KHO 1961 I 18 nousi uudelleen huomion kohteeksi vasta vuonna 1968, kun Voipio käsitteli sitä väitöskirjassaan. Voipio tarkasteli päätöksen kannalta, oliko siinä kysymys dissimuloituun luovutusmuotoon puuttumisesta. Hänen mukaansa oikeuskäytännössä on ollut epävarmuutta siitä, voidaanko verovelvollista, joka vastikkeettomasti luovuttaa esineen sukulaiselleen, verottaa luovutusvoitosta, kun viimeksi mainittu pian luovuttaa esineen edelleen. Voipio mainitsi ratkaisut KHO 1961 I 18 ja 1964 II 637. Jälkimmäisessä oli katsottu, ettei myyntivoittoa tullut verottaa lahjoittajan tulona. Voipio kirjoittaa:⁷¹

”Tapaus KHO 61 I 18 on täysistuntoratkaisu, jolle yleensä on annettava suuri merkitys, varsinkin kun enemmistökin oli selvä. KHO 64 II 637 taas oli tasaäänin syntynyt jaostoratkaisu. KHO 61 I 18 voi olla selvässä

⁶⁷ Andersson 1967 s. 64.

⁶⁸ Huomaus säännöksen laajemmasta merkityksestä lisättiin suomenkieliseen ensimmäiseen painokseen. Andersson 1979 s. 83.

⁶⁹ Ruotsinkielisessä ensimmäisessä painoksessa Andersson totesi, että veronkiertäminen tulisi määritellä laissa tarkemmin. Käsitys heijastaa vielä 1960-luvun alun keskusteluja. Andersson viittasi verolakikomitean ehdotukseen säännöksen toisen lauseen kumoamisesta. Andersson 1967 s. 66.

⁷⁰ Andersson 1979 s. 84–86.

⁷¹ Voipio 1968 s. 181.

ristiriidassa sen tässä kirjassa esitetyn kannan kanssa, ettei tarkoitus vapautua verosta yksinään oikeuta verottamaan, jos verovelvollisen suorittamat toimet eivät muuten toteuta minkään verovelan synnyttävän normin tosiseikastoa. Sitä yleiskuvaa, jonka olen saanut veronkiertotarkoituksen merkityksettömyydestä, tämä epäselvä tapaus ei kuitenkaan ole muuttanut.”

Voipio erehtyi. Oikeuskäytäntö ei ollut jäänyt ainoastaan ratkaisuun KHO 1961 I 18, vaan KHO teki myöhemmin samansuuntaisia ratkaisuja.⁷² Oikeuskäytännön linjan hahmottamisen kannalta oli merkittävää se, ettei myöhempiä ratkaisuja julkaistu. Sen sijaan KHO julkaisi ratkaisun 64 II 637 (ään. 3–3), jossa katsottiin, ettei myyntivoittoa tullut verottaa lahjoittajan tulona. On tietenkin niin, että suhteessa ratkaisuun KHO 1961 I 18 oli ratkaisulla 64 II 637 mielenkiintoa siinä suhteessa, että jälkimmäinen ratkaisu erosi täysistuntoratkaisusta, mikä ilmeisesti oli puoltanut päätöksen julkaisemista. Vastaavaa julkaisuintressiä ei ollut päätöksissä, jotka olivat aikaisemman linjaratkaisun mukaisia.

Voipion oikeuskäytännön tulkinta oli virheellistä. Paitsi tulkitessaan vuosikirjaratkaisun 1961 I 18 merkityksen väärin, Voipio ei tuntenut julkaisemattomia tapauksia, joissa oli omaksuttu vastaava tulkinta kuin ratkaisussa KHO 1961 I 18. Valikoiva julkaiseminen johti tässä asetelmassa siihen, että Voipio saattoi väittää KHO:n luopuneen viimeksi mainitussa ratkaisussa aikaisemmasta täysistuntokannanotostaan. Voipio tarkasteli KHO:n ratkaisuja yksittäistapauksina ja toisaalta tulkitsi noita ratkaisuja vero-oikeuden perinteisen viitekehyksen valossa, joka kytki veronkiertokysymykset simulaatio-oppiin. Voipiolle oli vieras ajatus ratkaisusta KHO 1961 I 18 linjaratkaisuna, joka avasi uuden aikaisempaa laajemmän mahdollisuuden soveltaa veronkiertonormia.

Voipion mukaan KHO:n käytännöstä löytyy ratkaisuja, joissa perustelu on seurannut vain verotuslain 56 §:n toista lausetta. Perustelu on Voipion mielestä johtunut perinteellisestä tavasta seurata lain sanontaa eikä siitä, että verotuksen kiertämisaikomukselle olisi oikeuskäytännössä annettu oikeustosisen arvo. Voipio päätyikin ehdottamaan perustelujen kirjoittamistavan harkitsemista uudessa valossa. On oletettavaa, että ennen Voipion tutkimuksen julkaisemista verotuslain 56 §:n ensimmäisen ja toisen lau-

⁷² Näistä voidaan mainita ratkaisut KHO 14.1.1964 t. 167, 22.9.1965 t. 3579 ja 28.2.1967 t. 1194, joissa oli kysymys satunnaisen myyntivoiton verottamisesta lahjoittajan tulona.

seen välinen ero ei saanut KHO:ssa riittävästi huomiota. Voipion tutkimus vaikutti KHO:n linjan tarkentumiseen.⁷³

Anderssonin näkemys oli samansuuntainen kuin Voipion, ja Andersson hyväksyi Voipion oikeuskäytännöstä esittämät tulkinnat. Andersson kirjoitti: ”Haluan erityisesti korostaa, että teos on varsin luotettava esitys siitä, miten meidän vero-oikeudessa suhtaudutaan ja tulisi suhtautua niihin vaikeisiin ongelmiin, joista yleensä käytetään nimitystä veron tai verotuksen kiertäminen. Tekijä on niin kauan seurannut oikeuskäytäntöämme, että hän pystyy hyvin arvioimaan, mitä päätösten usein suppeat perustelut todella tarkoittavat.”⁷⁴

Myös samana vuonna ilmestyneessä verotuslain kommentaarissaan Andersson katsoi, että KHO:n ratkaisu 1961 I 18 on periaatteessa hyväksyttävissä vain, jos myyntivoitto tulee lahjoittajalle, eikä hänen pojalleen. Andersson lisäsi, että oikeampaa on ehkäistä veron kiertämistä lainsäädäntötoimin eikä laajentavalla tulkinnalla.⁷⁵ Verotuslain 56 §:n toisen lauseen osalta Andersson esitti, toisin kuin Voipio, että toinen lause eräissä tapauksissa täydentää ensimmäistä lausetta siten, että jollei jonkin epätavallisen toimenpiteen puolesta voida esittää asiallista motiivia, toimi katsotaan helpommin kiertämistoimeksi.⁷⁶ Anderssonin kanta oli siten samantapainen kuin Rekolan.

Voipion ja Anderssonin tulkinnan perusteita horjutti Lassi Kilven kiinteistöverotusta koskevassa teoksessa selostettu KHO:n oikeuskäytäntö. Kilven mukaan tapaus 1961 I 18 oli hyvin poikkeuksellinen ja siinä oli menty tulkinnan äärimmäisille rajoille. Olosuhteiden täytyi Kilven mukaan olla varsin poikkeukselliset, jotta toista henkilöä voidaan verottaa toisen saamasta myyntivoitosta. Samanlaisia ratkaisuja oli KHO:ssa tehty myöhemminkin. Kilpi puolusti ratkaisua KHO 1961 I 18 perusteilla, jotka selvästi ylittivät sen, mitä päätöksen perusteluista kävi ilmi. Kilven esittä-

⁷³ *Voipio* 1968 s. 292–293. Voipion tutkimuksen jälkeen KHO:n perustelutavassa tapahtui muutos ja yhtymien itsenäisen verotusaseman sivuuttamista alettiin perustella enemmänkin verotuslain 56 §:n ensimmäisen lauseen kannalta. Monissa yhtymiä koskevissa vanhemmissa ratkaisuissa oli viitattu perusteina sivuuttamiselle verotuksellisiin syihin. Päätöksen KHO 1968 II 512 jälkeen vakiintui perustelutapa, jonka mukaan puolisoiden toiminta yhtiössä ei vastannut toiminnan varsinaista luonnetta. Tikka selittää muutunutta perustelutapaa sillä, että itsenäistä verotusasemaa arviointiin yhtiömiessuoritusten taloudellisen merkityksen ja niiden välisen organisatorisen suhteen kannalta. *Tikka* 1972 s. 262. Kysymys ei siten ollut ratkaisuperusteiden muuttumisesta, vaan perustelutapaa tarkennettiin saman säännöksen sisällä.

⁷⁴ *Andersson* 1969 s. 238.

⁷⁵ *Andersson* 1968 s. 75–76.

⁷⁶ *Andersson* 1969 s. 236–237.

mät näkökohdat koskevat veronkiertotarkoituksen olemassaoloa ja keinottelupyrkimyksiä:⁷⁷

”Tässä tapauksessa, joita samalla kertaa tuli ratkaistavaksi 4 samanlaista samojen koskiosuuksien myyntiä koskevaa tapausta, kuitenkin asiakirjoista vakuuttavasti kävi ilmi, että lahjoitus oli tehty, kun myyntimahdollisuus oli ilmaantunut ja lahjoituksen tarkoitus oli, ettei isä myynnistä huolimatta joutuisi veroa suorittamaan. Mainittakoon, että tapauksissa sitä paitsi ilmeni hyvin selvästi koskiosuudet alunperinkin hankitun keinottelutarkoituksessa.”

Kun verrataan Voipion ja Kilven vuonna 1968 esittämiä tulkintoja ratkaisusta KHO 1961 I 18, voidaan havaita, että molemmat pitivät ratkaisua poikkeuksellisenä. Kilpi saattoi kuitenkin osoittaa, ettei kysymys ollut yksittäisestä poikkeamasta, vaan uuden tulkintalinjan avauksesta. Tätä tulkintalinjaa Voipio ei havainnut, koska Voipio tulkitsi ja selitti KHO:n oikeuskäytäntöä perinteisen vero-oikeudellisen ajattelutavan kautta.

Tikan tulkinta tapauksesta KHO:n linjaratkaisuna

Tikka esitti uuden tulkinnan ratkaisusta KHO 1961 I 18. Tikan selityksen mukaan ratkaisu on ymmärrettävissä, jos lahjoitusta ja sitä seurannutta kauppaa tarkastellaan yhtenä vaiheittain etenevänä transaktiona, jonka tarkoituksena on ollut osakkeiden myyminen siten, että myyntivoittoverosta vapaudutaan. Tikan mukaan ratkaisevana voitaneen pitää seikkaa, ovatko lahjoittaja ja lahjansaaja lahjoituksen tapahtuessa tosiasiallisesti edellyttäneet, että lahjoitusta seuraa vastikkeellinen luovutus, jotta yhteisesti suunniteltu transaktio voitaisiin toteuttaa ilman satunnaisen myyntivoiton verotusta. Ratkaisua tehtäessä oli lain tarkoituksen toteuttamiseksi luovuttu lahjoituksen ja myynnin erillisestä arvostelusta ja perustettu ratkaisu oikeustoimiketjun kokonaisarvosteluun.⁷⁸

Oikeustoimen epätavallisuutta Tikka ei nostanut objektiiviseksi tunnusmerkitötekijäksi, vaikka hän liitti määritelmän tasolla veronkierron ilmiönä tavanomaisesta vaihdantakäyttäytymisestä poikkeaviin disponointitiloihin. Oikeustoimen epätavallisuus saattoi olla indikaatio verovelvollisen

⁷⁷ *Kilpi* 1968a s. 176–177.

⁷⁸ *Tikka* 1972 s. 271–277.

pyrkimyksestä vapautua verosta.⁷⁹ Tikan tulkinta pyrki irrottamaan veronkiertonormin tulkinnan simulaatio-opin mukaisista rajoituksista. Vahvan perusteen tähän antoi se, ettei KHO:n oikeuskäytännössä nojaututtu simulaatioajatteluun, vaan oikeustoimien merkitys arvioitiin ottamalla huomioon oikeustoimien taloudellinen reaalisisältö. Tikan mukaan verotuslain 56 §:n tulkinta oli nähty simulaatioilmioistä erilliseksi kysymykseksi.⁸⁰ Veronkiertonormia voitiin soveltaa simuloituihin oikeustoimiin, mutta puuttumisen edellytykset eivät olleet sidottu oikeustoimiopillisiin periaatteisiin eikä veronkiertonormin soveltamisala ollut mitenkään rajoitettu suhteessa oikeustoimiopilliseen simulaatioon.

Oikeustoimi saattoi olla tavallinen tai epätavallinen, mutta veronkierron kannalta kiinnostava kysymys oli se, mihin oikeustoimella pyrittiin. Kokonaistilanteen tarkastelu verovelvollisen tavoitteiden kannalta oli nimenomaan Tikan konseptin keskeinen elementti. Yksittäisessä tapauksessa oikeustoimen epätavallisuus saattoi olla tekijä, joka kallisti vaa'an veronkiertonormin soveltamisen puolelle. Verovelvollisen katsottiin käyttäneen väärin siviilioikeudellista määräämisvaltaa. Yksinomainen peruste oikeustoimen epätavallisuus saattoi olla vain valeoikeustoimien yhteydessä. Epätavallisen oikeudellisen muodon kriteeri ei riittänyt antamaan hyväksyttävää tulkintaa kaikille KHO:n ratkaisuille veronkiertoasioissa. Epätavallisuuskriteeri ei nimittäin täytynyt esimerkiksi lahjoitustapauksissa, koska lahjanantaminen on täysin tavanomainen oikeustoimi lasten ja vanhempien suhteessa. Sellaiset tapaukset kuten KHO 1961 I 18 voidaan ymmärtää vain lähtien siitä, että viranomaisten puuttumisen perusteena on verovelvollisen tarkoitus välttää veroa.

5 SUBJEKTIIVINEN JA OBJEKTIIVINEN KATSANTOTAPA (KILPI)

KHO:n omaksuman veronkiertonormin tulkinnan yleisen rakenteen varteenotettavana hahmotuksena voidaan pitää Kilven esittämää käsitystä subjektiivisen ja objektiivisen katsantotavan merkityksestä vero-oikeudessa. Kilven puheenvuorot ovat huomionarvoisia vero-oikeustieteen ja oikeuskäytännön kehityslinjojen tarkastelun kannalta. Kilvellä oli poikkeuk-

⁷⁹ Epätavallisuutta Tikka käsittelee teoksessa käsitellessään verosta vapautumisen tarkoituksen toteamista eli näytön harkintaa eikä verotuslain 56 §:n soveltamisedellytyksiä. *Tikka* 1972 s. 313.

⁸⁰ *Tikka* 1972 s. 302–305.

sellinen asema kirjoittaa veronkiertonormista, koska hän oli 1960- ja 1970-luvuilla mukana KHO:ssa ratkaisemassa lähes kaikkia niitä tapauksia, joihin muun muassa Tikan tulkinta KHO:n käytännöstä nojautuu. Kilven lähtökohtaa voidaan parhaiten luonnehtia siten, että hän tarkasteli veronkiertonormia sisäisestä näkökulmasta, päätöksentekijän kannalta.

Kilven kirjoitukset ajalta, jolloin hän työskenteli KHO:ssa, ilmentävät väistämättä oman toiminnan perusteiden reflektointia. KHO:n päätösten suppeat perustelut eivät avaa millään tavoin sitä, millaisista lähtökohdista KHO punnitsi yksittäisissä tapauksissa, oliko veronkiertonormia syytä soveltaa vai ei. Kilven kirjoituksista voidaan pyrkiä etsimään viitteitä KHO:ssa yleisemmin vallinneesta ajattelutavasta.

Kilpi sivusi veronkiertonormia lukuisissa kirjoituksissaan alkaen väitöskirjasta vuodelta 1952, mutta systemaattisesti hän ei veronkiertoa tarkastellut ennen kuin vuonna 1987 julkaistussa artikkelissa. Varhaisemmissa kirjoituksissa olevat huomautukset ovat suhteellisen yhdenmukaisia ja edustavat samanlaisia näkökohtia kuin vuoden 1987 artikkeli.⁸¹ Näissä esityksissä Kilpi ei kommentoi eikä muutoinkaan viittaa Voipion tai Tikan tutkimuksiin. Toisaalta eri aikoina julkaisemissaan kirjoituksissa Kilpi pyrkii analysoimaan hieman eri tavoin veronkiertonormin tulkinnan ominaispiirteitä ilman kytkentää kansainväliseen vero-oikeudelliseen tai ajan-kohtaiseen oikeusteoreettiseen keskusteluun. Kilven ajattelulta puuttuu selvä viitekehys, mikä vaikeuttaa hänen ajattelunsa yleistä arviointia. Kilven näkemysten luonnosmaisuus osoittaa toisaalta, ettei KHO:ssa edes 1980-luvun lopulla ollut kehittynyt selkeää ja vakiintunutta doktriinia veronkiertonormin tulkinnasta. Ratkaisukäytännössä ilmeisesti seurattiin aikaisempaa käytäntöä, jota laajennettiin vähitellen uudenslaisiin tilanteisiin.

Hämmentävänä voidaan pitää Kilven vuonna 1987 lausumaa väitettä siitä, ettei hän pystynyt esittämään KHO:n omaksumaa yleistä linjaa eikä konkreettista omaa linjaansa yleisessä muodossa. Viitattuaan yleisesti Tikan ja Voipion tutkimuksiin Kilpi totesi, ettei hänelle ollut teoreettisesti yleispätevästi auennut veronkierron käsittelytapa, joka oli yksityistapauksellista kuhunkin tapaukseen liittyvää käytännöllistä askartelua. Yksityisis-

⁸¹ Väitöskirjassa pääomanvähennyksestä veronkiertämisen ongelma liittyy vero-oikeudellisten käsitteiden suhteeseen muiden oikeusalojen käsitteisiin. *Kilpi* 1952 s. 5 ja 9. Veronkierron ja peiteltyä osingonjaon suhdetta käsitellään peiteltyä osingonjakoa koskevassa kirjassa. *Kilpi* 1962 s. 33–35. Veroseuraamusten ennakoinnin yhteydessä tarkasteltiin käytännölliseltä kannalta verotuslain 56 §:ää. *Kilpi* 1974 s. 103–104. Arvioverotuksen yhteydessä veronkiertonormin soveltaminen liitettiin ns. objektiviteettiperiaatteen noudattamiseen. *Kilpi* 1976 s. 99–100. Samoin *Kilpi* 1980 s. 285.

tä oikeustapauksista ei voida yleensä vetää kovinkaan paljon johtopäätöksiä uusien tapausten ratkaisujen pohjaksi.⁸²

Toisessa yhteydessä Kilpi totesi, että Voipion ja Tikan tutkimuksissa oli oikeuskäytännöstä löydetty systemaattisuutta ja tehty johtopäätöksiä, joilla oli merkitystä vastaisen oikeuskäytännön kannalta. Kilpi väitti, että johtopäätökset olivat hänelle yllätyksiä, mutta hän tunnusti ne oikeiksi. Silti Kilpi kielsi sen, että kysymys olisi ollut KHO:n johdonmukaisesti noudattamasta ratkaisulinjasta todetessaan, että ”ilmeisesti asioita ratkaistaessa tapahtuu alitajunnallista toimintaa, joka johtaa systemaattisuuteen”.⁸³ Erikoisella sanavalinnalla Kilpi halusi ilmeisesti korostaa veronkiertoasioiden tapauskohtaista ratkaisua ilman pyrkimystä oikeuskäytännön yhtenäisyyteen, sikäli että KHO ei veronkiertoasioissaan tehnyt ennakkopäätöksiä eikä seurannut omia aikaisempia ratkaisujaan.

Oman käsityksensä veronkiertonormista Kilpi yhdistää subjektiivisen ja objektiivisen katsantotavan asemaan verolain soveltamisessa. Subjektiivisella katsantotavalla Kilpi tarkoittaa verovelvollisen omaa käsitystä taloudellisesta seikasta. Subjektiivisen katsantotavan käyttämisen edellytyksenä on oletus verovelvollisten toimimisesta itsenäisesti ja omalta kannaltaan arvostelevina yksilöinä, jotka tekevät ratkaisunsa vapaan kilpailun sekä kysynnän ja tarjonnan lakien mukaan. Elleivät nämä taustaoletukset täyty, verotuksessa luovutaan subjektiivisesta katsantotavasta.⁸⁴ Objektiivinen katsantotapa tarkoittaa sitä, että tapahtumia arvostellaan sen mukaan, mikä on tavallista, eli jonkinlaisena normaali- ja keskimääräistapauksena kiinnittämättä huomiota kuhunkin yksityistapaukselliseen tilanteeseen. Objektiivinen katsantotapa tulee kysymykseen vain silloin, kun tähän on laissa nimenomaisesti viitattu, kuten veronkiertoa ja peiteltyä osingonjakoa koskevista säännöksistä.⁸⁵ Subjektiivisen ja objektiivisen katsantotavan eron Kilpi on tehnyt ilmeisesti saksalaisesta kirjallisuudesta saamien vaikutteiden perusteella.⁸⁶ Erottelun taustalla on myös termit subjektiivinen ja ob-

⁸² *Kilpi* 1987b s. 7 ja 10–11.

⁸³ *Kilpi* 1983 s. 959.

⁸⁴ *Kilpi* 1977 s. 196.

⁸⁵ *Kilpi* 1987b s. 8. Arvioverotusta koskevassa artikkelissa Kilpi puhui objektiviteettiperiaatteesta samassa merkityksessä kuin objektiivinen katsantotapa. *Kilpi* 1976 s. 99–100 ja 1980 s. 285.

⁸⁶ Katsantotapa käsitteellä on vero-oikeudessa idiomaattinen merkitys, joka on peräisin Saksan verolainsäädännöstä. Vuoden 1919 Reichsabgabenordnungissa vahvistettiin pääsäännöksi taloudellinen katsantotapa, *die wirtschaftliche betrachtungsweise*. Sen mukaan tosiseikat vahvistetaan epäselvässä tilanteessa niiden taloudellisten näkökohtien perusteella. Myös jako subjektiiviseen ja objektiiviseen katsantotapaan esiintyy saksalaisessa vero-

jektiivinen arvostelutapa, joita aina 1960-luvulle asti käytettiin kuvaamaan erilaisia tapoja ratkaista kulujen vähennyskelpoisuus verotuksessa.⁸⁷

Kilpi painotti objektiivista katsantotapaa yleisesti verolain tulkinnessa eikä nähnyt sitä koskevissa säännöksissä mitään poikkeuksellista: ”Omalta kohdaltani näen VertL 56 ja 57 §:n säännökset lähinnä tällaisen tosiasiallisen katsantotavan ilmauksiksi eikä miksiäkään poikkeussäännöksiksi”.⁸⁸ Objektiivisella katsantotavalla tarkoitetaan oikeastaan sitä, että verotuksen toimittajalla on harkintavaltaa siinä, minkä sisältöisenä verotuksen peruste vahvistetaan. Verotuksen toimittaja ei ole sidottu verovelvollisen ilmoittamiin tietoihin ja tietojen kvalifointiin. Kyse ei ole pelkästään erilaisesta tavasta tarkastella verotuksen perusteena olevia seikkoja, vaan myös erilaisesta roolista verotusmenettelyssä. Olennaista ei ole objektiivinen katsanto, vaan tosiseikkojen arviointi yleiseltä kannalta. Objektiivinen katsantotapa ei ilmaise oikeusperiaatetta, vaan se on kuvaileva yhteisnimeke normeille, jotka oikeuttavat toimittamaan verotuksen vastoin verovelvollisen ilmoittamia tietoja. Objektiivisuus viittaa tässä yhteydessä siihen, että kyse ei ole veroviranomaisten subjektiivisesta käsityksestä, vaan tavallaan ainoasta, oikeasta käsityksestä verovelvollisen taloudellisista oloista.

Kilven mukaan objektiivista katsantotapaa ilmentää paitsi veronkiertoon puuttuminen niin myös arvioverotus ja peiteltyyn osingonjaon verottaminen. Nämä verotusmuodot ovat samaa juurta. Peiteltyä osingonjakoa Kilpi on käsitellyt seikkaperäisimmin. Sekä peiteltyyn osingonjakoon että veronkiertoon voitaisiin puuttua jo pelkästään yleisten oikeudellisten periaatteiden nojalla. Peiteltyä osingonjakoa koskeva normi olisi tarpeeton, jos sen käyttöala rajoittuisi veronkiertotapauksiin. Peiteltyä osingonjakoa koskeva normi sisältää enemmän kuin vain yleisen periaatteen. Kyse on yleisestä arvostelunormista: jos hyvitys ylittää sen, mikä on kohtuullista ja tavanomaista, siirrytään objektiivisen arvostelutavan kannalle. Suoritusta ei

oikeudellisissa kirjallisuudessa. Käsite katsantotapa ei ole suomalaisessa vero-oikeudessa yleistynyt.

⁸⁷ Menojen vähennyskelpoisuutta voidaan arvioida kolmella tavalla subjektiiviselta kannalta eli mitä menon suorittaja pitää tarpeellisena, yleiseltä eli objektiiviselta kannalta sen mukaan, pidetäänkö menon suorittamista normaalina, tai kolmanneksi, onko meno tosiasiallisesti kerryttänyt tuloa. Jaottelusta *Kilpi* 1952 s. 126–132 ja *Kilpi* 1962 s. sekä *Ikkala* 1957 s. 22–26 ja 1962 s. 33–45.

⁸⁸ *Kilpi* 1988 s. 112.

voida hyväksyä verotuksessa, vaikka suoritus olisi tapahtunut vakaassa tarkoituksessa.⁸⁹

Kilven tulkinta peiteltyä osingonjakoa koskevasta normista herättää kysymyksen siitä, tapahtuuko veronkiertonormin soveltaminen rakenteellisesti samalla tavoin. Peiteltyä osingonjakoa koskevan normin ja veronkiertonormin ero on oikeuskirjallisuudessa nähty nimenomaan nähty ensiksi mainitun normin ”objektiivisuudessa”; kyse on itsenäisestä käyttäytymisnormista. Veronkiertonormilla ei ole samanlaista funktiota suhteessa verovelvollisiin, vaan verokiertonormi antaa harkintavaltaa jonkin toisen normin soveltamisen yhteydessä.⁹⁰ Kilven tulkinta veronkiertonormista edellyttää, että veronkiertoon puuttuminen tapahtuu objektiivisen arvioinnin perusteella: verovelvollisen verosta vapautumiseen johtaviin toimiin voidaan yleisesti puuttua, jos toimet eivät vastaa kohtuullisuuden tai tavallisuuden vaatimuksia. Toisin kuin peitellyn osingonjaon osalta veronkiertonormin soveltamistilanteet ja -kriteerit jäävät lain tasolla avoimeksi.

Verotusperusteiden objektiivisen arvioinnin kriteerit veronkiertotapauksissa eivät ole Kilven esityksen perusteella yleisesti määriteltävissä. Kilven esityksestä voidaan nostaa kaksi yleistä näkökohtaa, jotka oikeuskäytännössä ovat vaikuttaneet siihen, missä tilanteissa veronkiertonormin soveltamista on pidetty perusteltuna. Ensinnäkin Kilpi luonnehti veronkiertonormia ”tosiasiasäännökseksi”. Tuloverotukselliset käsitteet ovat taloudellisia tosiasiakäsitteitä eivät yleisjuridisia käsitteitä. Oikeudelliset ilmiöt tulee ottaa vero-oikeudessa huomioon niiden todellisen, taloudellisen sisällön perusteella, mitä Kilpi kutsui todellisuuden periaatteeksi. Vero-oikeudellisen tapauksen tosiseikat tulee ymmärtää nimenomaan niiden taloudellisen merkityksen kautta.⁹¹

Verotuksen perusteena olevien taloudellisten seikkojen selvittäminen muodostaa vasta ensimmäiseen vaiheeseen veronormin soveltamisessa, tosiseikkojen selvittämisen. Tosiseikkojen selvittäminen voi tuoda esille verotuksen perusteena olevan toimen epätavallisen luonteen. Veronormin soveltamisvaiheen osalta Kilpi toteaa, että verovelvollisen tapauksen tosiasiallisesta luonteesta poikkeavan tapauksen nimeäminen tai oikeudellinen

⁸⁹ *Kilpi* 1962 s. 33–36. Ikkalan tulkinta peittelystä osingonjaosta oli erilainen. Kyse ei ole objektiivisesta normista. Ikkalan mukaan peiteltyyn osingonjakoon voidaan puuttua vain siinä tapauksessa, että subjektiivinen veronkiertotarkoitus on olemassa. *Ikkala* 1962 s. 172–175.

⁹⁰ *Wikström* 1985 s. 200–201.

⁹¹ *Kilpi* 1987b s. 10–12. Myös Ikkalan mukaan veronkiertosäännös korosti todellisuuden merkitystä tuloverotuksessa. Säännös velvoittaa toimittamaan verotuksen todellisten olosuhteiden mukaan. *Ikkala* 1962 s. 45–46.

muotoaminen eivät ole ratkaisevia tapauksen verotuksellisen käsittelyn kannalta vaan sen taloudellinen luonne. Asianosaisilta voidaan edellyttää, että suorittaessaan verotuksellisia seuraamuksia aiheuttavia oikeustoimia he pukevut nämä oikeustoimet niiden suorittamisessa yleensä käytettyyn muotoon. Muunlaisen muodon käyttämiseen voidaan puuttua veronkiertonormin nojalla. Epätavallisen muodon käyttäminen siirtää todistustaakkaa verovelvolliselle siitä, että käytetty muoto vastaa todella vallinneita olosuhteita.⁹² Kilpi arvioi sitä, milloin on kyse epätavallisesta oikeudellisesta muodosta, sen aineellisen veronormin perusteella, jonka soveltamisesta asiassa on varsinaisesti kyse. Veronkiertonormin soveltaminen liittyy tiettyjen aineellisten veronormien tulkintakäytännön kehittymiseen.⁹³ Puuttuminen tietynlaisiin veronkiertotapauksiin voi muodostua tavanomaiseksi.

Kilven konseptio objektiivisesta katsantotavasta rakentuu sen kautta, että verotuksen perusteena olevia tosiseikkoja tarkastellaan taloudellisten näkökohtien mukaan eli noudattaen ns. taloudellista katsantotapaa. Toiseksi näiden taloudellisten tosiseikkojen hyväksyttävyyden arvostelussa nojaututaan objektiiviseen kriteeriin: voidaanko taloudellista tointa pitää yleiseltä kannalta tarpeellisena ja tarkoituksenmukaisena vai onko toimeen ryhdytty vain veroetujen saamiseksi. Objektiivisen katsantotavan käyttäminen edellyttää verolainsäädännön tukea, muuten verotus tulee toimittaa subjektiivisen arvostelutavan mukaisesti.

Kilven vero-oikeudellisen ajattelun lähtökohta on käsitys verolaista jakaantumismuotona, jonka hän esitti ensimmäisen kerran jo väitöskirjassaan vuonna 1952. Ajatusmuodon kantavuutta osoittaa se, että vuonna 1989 Kilpi edelleen tarkasteli verotuksen luonnetta lähtien siitä, että verolaki on jakaantumismuoto. Jakaantumismuoto-idea pyrkii tavoittamaan verolaille ominaisen normatiivisen vaikutuksen. Jakaantumismuoto-oikeudellinen vaikutus on siinä, että kunkin vuoden verorasitus jaetaan verovelvollisten kesken siten, että taloudellisesti samassa asemassa olevat verovelvolliset ovat myös vero-oikeuden kannalta samanlaisessa asemassa.⁹⁴

⁹² *Kilpi* 1987b s. 10–12.

⁹³ Veronkiertonormia koskevassa oikeuskäytännössä alkoi jo 1960-luvulla muodostua erityisen ”saastuneita” oikeustoimityyppejä, joihin katsottiin liittyvän veronkiertosäännöksessä tarkoitettua menettelyä. Kun jokin oikeustoimityyppi oli tällä tavalla saastunut, siihen Kilven mukaan sovelletaan veronkiertosäännöstä erityisen herkästi. Esimerkkeinä Kilpi mainitsi yksityisen henkilön aikaisemmin harjoittaman toiminnan pukemisen avoimien ja kommandiittiyhtiöiden muotoon sekä satunnaisen myyntivoiton tapauksissa esisopimuksella, lainanannolla ja omaisuuden hallinnan siirrolla opeoimisen. *Kilpi* 1974 s. 103–104.

⁹⁴ *Kilpi* 1952 s. 7, 10, 14 ja 133–134.

Veronkiertämisen kannalta merkityksellinen on jakaantumismuotoon liittyvä käsitys, jonka mukaan yhden vapautuessa normin mukaisesta suorituksesta toisten suoritusvelvollisuus lisääntyy.⁹⁵ Oikeusturvan korottaminen hyvin korkeaksi jonkin verotusmuodon kohdalla voi johtaa veron välttämisen mahdollisuuden lisääntymiseen, koska käytännössä ei kyetä osoittamaan verotusedellytysten olemassaoloa, vaikka verotettavaksi tarkoitettuja tuloja olisi olemassakin. Tämä voi johtaa muiden verorasituksen nousumiseen. Oikeusturvan liiallinen korostaminen yhden ryhmän osalta saattaa siis johtaa toisten oikeusturvan heikentymiseen.⁹⁶ Objektiiivinen katsantotapa pyrkii siten turvaamaan sen, että taloudellisesti samanlaisessa asemassa olevien verovelvollisten verorasitus ei muodostu perusteettomasti erilaiseksi.

Kilven objektiiivista katsantotapaa koskeva konseptio pyrkii lähinnä kuvailemaan oikeuskäytännössä omaksuttua suhtautumista veronkiertoon, peiteltyyn osingonjakoon ja arvioverotukseen. Objektiiivinen katsantotapa ei ole vaihtoehtoinen tulkinta veronkiertonormista. Ehkä Kilven tarkoituksena oli omalla kirjoituksellaan korostaa sitä, että veronkiertonormin tulkintaa ohjaa oikeuskäytännössä kehittynyt näkemys siitä, missä tilanteissa veronkiertoon on puututtava. Silti Kilpi ei lähemmin avannut oikeuskäytännön taustalla olevia yleisempiä näkökohtia, vaan enemmänkin kielsi sellaisten olemassaolon.

Formalistisen näkökulman mukaan tehdyt siviilioikeuden kannalta pätevät toimet sitoisivat myös verotusta. Tämä on Rekolan näkemys. Oikeuskäytännön kehitys osoittaa, että formalistinen näkemys ei ole ollut Suomessa voimassa olevaa oikeutta. Siviilioikeudellisten määräamistointien sitovuus verotuksessa ei ole näin ollen sääntö, joka toimii aina verovelvollisen eduksi, vaan *prima facie* -periaate, josta voidaan tilanteen kokonaisarvion perusteella poiketa. Siviilioikeudellisten määräamistointien sitovuus ei ratkaise verotuskohtelua, jos asiassa on riittävän painavat näkökohdat tehdä ratkaisu, joka perustuu tilanteen taloudelliseen kokonaisarvioon. Kilven erottelu subjektiiiviseen ja objektiiiviseen katsantotapaan rakentuu tälle erottelulle. Verotus voidaan toimittaa määräedellytyksin objektiiivisen katsantotavan mukaan käyttäen verotuksen perusteena yleisesti hyväksyttävänä pidettäviä seikkoja.

⁹⁵ Kilpi 1989 s. 377.

⁹⁶ Kilpi 1980 s. 288.

6 OIKEUSTOIMIOPILLINEN TULKINTA ANALYYTTISEN SIVIILIOIKEUDEN KANNALTA (VOIPIO)

Veronkiertoa koskevan ajattelun modernisoimisen tarve oli 1960-luvulla ilmeinen. Rekolan siviilioikeudelliseen pätemättömyysajatteluun nojautuvan veronkierto-opin avulla ei kyetty enää hallitsemaan erilaisia soveltamistilanteita. KHO:n oikeuskäytäntö ei myöskään ollut seurannut Rekolan ratkaisulinjoja. Tässä tilanteessa oli haettava uusia teoreettisia välineitä veronkierto-ongelman hallitsemiseksi.

Veronkiertämisestä jo 1950-luvulla väitöskirjan laatimisen aloittanut Voipio löysi uuden teoreettisen lähestymistavan analyttisestä siviilioikeudesta, joka oli uudistanut siviilioikeudellista tutkimusta. Uusi lähestymistapa korosti vero-oikeudessa formalistisia piirteitä. Voipio ei ollut ensimmäinen pohjoismaissa veronkierrosta monografian kirjoittanut, sillä ruotsalainen Dag Helmers oli jo 1955 esittänyt väitöskirjatutkimuksensa *Kringgående av skattelag*.⁹⁷ Helmersin kirjan vaikutus suomalaiseen keskusteluun jäi vähäiseksi.

Veronkiertoon liittyvät oikeudelliset kysymykset Voipio pyrki ratkaisemaan erikseen kussakin henkilörelaatiossa.⁹⁸ Voipio määritteli tutkimusaiheensa siten, että kysymys veronkiertämisestä koski vero-oikeuden ja siviilioikeuden suhdetta. Analyttisen siviilioikeuden pyrkimys oikeusasemien erilliseen tarkasteluun vakuutti Voipion siitä, että vero-oikeuden ja siviilioikeuden suhdetta ei voinut selittää pohtimalla sitä yleisesti, vaan kysymystä piti tarkentaa. Voipio on kirjoittanut:⁹⁹

”Kun siviilioikeus itsekin antoi oikeusohjeet kussakin tilanteessa erikseen kutakin erilaista henkilösuhdetta varten, vero-oikeuden tutkimuksen piti kohdistua siihen, millaiseksi yksityisoikeuden itse kunkin instituutin ja käsitteen merkitys muodostui verotusrelaatiossa. – – Zitting kuvasi koko omistajanvaihdosilmiön valaisemalla verrattomalla tarkkuudella, mistä oikeusvaikutuksista kussakin henkilörelaatiossa kulloin-

⁹⁷ Helmers saattoi todeta tutkimuksessa, että Ruotsissa oli eräisiin veronkiertotilanteisiin, kuten peiteltyyn osingonjakoon, valeoikeustoimiin ja bulvaanisuhteisiin, voitu puuttua ilman erityisiä vero-oikeudellisia sääntelyjä. Lisäksi verolainsäädännössä oli järjestelyjä, joilla pyrittiin estämään veronkiertoa erityistilanteissa. Helmers päätyi siihen, että näiden erityissääntelyjen taustalla ei ollut yleistä veronkiertoa koskevaa periaatetta. *Helmers* 1956 s. 500.

⁹⁸ *Voipio* 1985 s. 321–322.

⁹⁹ *Voipio* 1985 s. 327.

kin oli kysymys. Minulle tämä merkitsi oman työni kysymyksenasettelun selviämistä. Vastauksia minun piti ammentaa vero-oikeuden omista lähteistä ja aivan erikoisesti oikeuskäytännöstä.”

Voipion tutkimuksessa veronkierto-ongelma liittyi nimenomaan varallisuus oikeudellisiin luovutustoimiin. Kysymyksenasettelun rajausta johti siihen, ettei teoksessa käsitelty muun tyyppisiä veronkiertotilanteita eikä niitä koskevaa oikeuskäytäntöä. Aiheen rajausta ei estänyt Voipiota esittämästä väitteistä vero-oikeudesta yleensä ja veronkiertonormista erityisesti. Erityisen ongelmallisena näyttäytyy se, ettei Voipio voinut omasta lähtökohdastaan käsin ottaa huomioon henkilöyhtiöitä koskevaa oikeuskäytäntöä, jossa verotuslain 56 §:n rooli oli selvästi toisenlainen.

Analyyttisen siviilioikeuden vaikutus näkyy Voipion tutkimuksessa selvästi. Väitöskirja tarkastettiin vuonna 1968, jolloin analyttinen siviilioikeus oli vakiinnuttanut asemansa lainopillisena lähestymistapana. Samana vuonna tarkastettiin myös analyttisen tradition huipennukseksi luonnehdittu Aulis Aarnion tutkimus perillisen oikeusasemasta. Ei kulunut montaakaan vuotta siihen, kun Aarnio alkoi kehittää omaa hermeneuttista oikeusteoriaansa.¹⁰⁰

Analyttinen siviilioikeus antoi Voipiolle uuden näkökulman kysymykseen, miten veronkiertonormia on tarkasteltava siviilioikeuden kannalta. Voipio selostaa laajasti Zittingin esineoikeudellista soveltamistilannesysteemiä. Voipion tarkoitus oli analyttisen päätämättömyysopin avulla eritellä ja täsmentää veronkiertämisen liittyviä kysymyksenasetteluja.¹⁰¹ Voipion päätelmänä oli, että veronsaajan asemaa ei voida hahmottaa yksityisoikeudellisen käsitteistön avulla, koska veronsaaja ei ole oikeussuhteen asianosainen eikä myöskään sivullisuhteessa. Veronsaajasta ei tule koskaan niiden oikeuksien subjektia, joiden siirtymisestä veronkiertonormissa on kyse. Veronsaajaa ei voida myöskään pitää velkojajana, jota veronkiertonormi suojaa luovutustilanteissa.¹⁰²

Voipion tarkoituksena oli väitöskirjassaan etsiä kriteeriä, jonka perusteella valittiin ne tapaukset, joihin käytännössä puututtiin verotuksen kiertämisenä. Erottavana kriteerinä Voipio piti oikeuskäytännön perusteella eräänlaista oikeustoimen ulkoisen muodon näennäisyyttä tai epätodelli-

¹⁰⁰ Analyttisestä siviilioikeudesta yleisesti *Klami* 1981 s. 42–54.

¹⁰¹ Analyttisestä tutkimusmetodista ks. *Kartio* 1997 s. 112–122. Zittingin ajattelusta oikeusteorian kannalta *Aarnio* 1983 s. 28–30.

¹⁰² *Voipio* 1968 s. 75–84.

suutta, joka on kuvattu verotuslain 56 §:n ensimmäisessä lauseessa. Valintaa ei käytännössä tehty kiertämisaikomuksen olemassaolon perusteella.¹⁰³

Voipion mukaan verotuslain 56 § ei ollut yleislauseke samassa mielessä kuin oikeustoimilain 33 §, koska verotuslain 56 § ei antanut verottajalle keskimääräistä enemmän harkintavaltaa jonkin normin tosiseikkojen kuvauksen merkityssisällön suhteen. Veroviranomaisella ei ollut oikeutta harkita, milloin luonnollinen pyrkimys vähentää verotusta on tullut niin törkeäksi, että asiaan pitää puuttua.¹⁰⁴ Voipion näkemys vastaa Rekolan käsitystä verotuksen toimittamisesta. Rekolan mukaan verotuksen toimittaminen oli luonteeltaan deklaratiivinen hallintotoimi. Velvollisuus veron suorittamiseen seurasi suoraan verolaista. Veron määräämistöimellä vain todettiin aiemmin syntyneen abstraktin verovelan olemassaolo, mihin ei sisältynyt veroviranomaisen harkintavallan käyttöä.¹⁰⁵

Voipion yritykseen löytää uusi lähestymistapa vero-oikeudellisiin kysymyksiin suhtauduttiin vähintäänkin epäillen. Vastaväittäjänä ollut Andersson katsoi lausunnossaan, että laaja puhtaan siviilioikeuden käsittely ei teoksessa osoittautunut hedelmälliseksi eikä siviilioikeudellisilla tutkimustuloksilla vaikuttanut olevan konkreettista merkitystä verolain tulkinnan kannalta.¹⁰⁶ Myös Kilpi esitti epäilyjä Voipion vero-oikeudellisen näkemyksen lähtökohdista. Tapa käsitellä vero-oikeudellisia ilmiöitä samaan tapaan kuin yksityisoikeudessa tutkitaan vaihdantatilanteiden sivullisrelaatioissa aiheuttamia kollisioita, ei Kilven mukaan vero-oikeudellisesti kelpaa läheskään yksinomaiseksi selitysperusteeksi. Siinä veronsaajaa pidetään jonkinlaisena osallistujana verotuksellisen tosiseikaston muodostavaan taloudelliseen tapahtumaan, mikä on vain yksi puoli verovelkasuhdetta.¹⁰⁷

Wikströmin mukaan Voipio osoitti, että veronkiertonormin tarkastelu siviilioikeuden kannalta antaa vääristyneen kuvan veronsaajan oikeusasemasta.¹⁰⁸ Voipion tutkimuksen negatiivisena tuloksena on sen osoittaminen, ettei veronsaajan asemaa voida istuttaa analyttisen siviilioikeuden

¹⁰³ Voipio 1974 s. 182–183.

¹⁰⁴ Voipio 1968 s. 5–6.

¹⁰⁵ Rekola 1947 s. 471–472 ja 1961 s. 198. Merikosken mukaan veron määrääminen on sidotun hallintotoiminnan alaan kuuluva toimi. Verotus merkitsee ankarana laatuista kajoamista yksityiseen omistusoikeuteen ja siinä ei saa jäädä vähimpiäkään mahdollisuuksia väärinkäytöksille eikä mielivaltaisuuksille. Merikoski 1958 s. 252–253.

¹⁰⁶ Andersson 1969 s. 229 ja 238.

¹⁰⁷ Kilpi 1973 s. 630–631. Kilpi esitti – hieman jälkijättöisesti – näkemyksensä arvostellessaan Voipion teosta peitellystä voiton siirrosta (1971).

¹⁰⁸ Wikström 1985 s. 197.

kehikkoon, vaan verotusrelaatio on selvästi erityyppinen oikeussuhde. Tästä ei loogisesti seuraa mitään lähtökohtaa veronkiertonormin tulkinnan kannalta, vaan tulkinta on nojattava muihin argumentteihin. Formalistinen lähestymistapa edellyttäisi, että verovelvollisen ja veronsaajan välistä oikeussuhdetta määrittäisi jokin yleinen normatiivinen periaate, kuten yhtäältä sopimuspuolten ja omistajan ja sivullistahojen välillä. Veronsaajan ja verovelvollisen välistä suhdetta määrittää lähinnä vaatimus siitä, että veron on perustuttava lakiin.¹⁰⁹ Oikeusvaltiollinen periaate ei osoita perustetta sille, miten veronsaajan ja verovelvollisen välinen konflikti lain oikeasta soveltamisesta ratkaistaan.

Voipion tutkimuksen ongelmat toivat esille sen, että analyttinen suuntaus oli sidoksissa siviilioikeudellisen tutkimuksen kysymyksenasetteluihin eikä tätä metodologiaa voitu menestyksellisesti siirtää julkisoikeudelliseen tutkimukseen. Zittingin edustama analyttinen suuntaus painotti oikeudellisen systeemin merkitystä lain tulkinnassa. Pragmaattisilla ja instrumentaalisilla näkökohdilla ei ollut merkittävää asemaa suuntauksen oikeuslähdeajattelussa.¹¹⁰ Analyysin kautta ei kyetty pääsemään kovinkaan pitkälle oikeusjärjestyksen täsmentämisessä, koska oikeusjärjestyksen ylläpitäminen edellytti jatkuvaa normiston uudelleentulkintaa.¹¹¹ Voipio tarkasteli kyllä laajasti KHO:n oikeuskäytäntöä, mutta systemaattisten näkökohtien painotuksen vuoksi hän ei kyennyt hahmottamaan, miten oikeuskäytännön kautta KHO oli alkanut luoda uutta oikeutta. Oikeuskäytäntö rakentui vahvasti siihen, että tulkinnat sopeutettiin muuttuviin taloudellisiin olosuhteisiin.

Yhdenmukaisen tulkintatradition mukaan veronkiertonormin avulla voitiin puuttua sellaisiin tilanteisiin, joissa oikeudellisen muodon ja taloudellisen sisällön suhde muodostui poikkeavaksi. Vanhemmassa doktriinisä tätä ilmiötä hahmotettiin simulaatio-opilla. Voipio puhui tässä yhteydessä oikeustoimien näennäisyydestä, kun taas Andersson ja Kilpi käyttivät ilmausta oikeustoimen epätavallisuus. Veronkiertonormin soveltamiskritee-

¹⁰⁹ Pohjoismaisessa lakimieskokouksessa Rekola esitti yleisenä vero-oikeudellisenä periaatteena maksimiin ”nullum tributum sine lege tribunali”. *Rekola* 1963 s. 16. Kyseinen maksimi ei ole vanhaa roomalaista perua latinankielisestä muotoilustaan huolimatta. Rikosoikeudellista legaliteettimaksimia jäljittelevä sananparsa esiintyi ensimmäisen kerran Ljungmanin vuonna 1947 ilmestyneessä kirjassa, josta Rekola sen oli poiminut. Ljungman kirjoitti: ”Den ofta omdiskuterade, men i vår rätt aldrig övergivna satsen nulla poena sine lege lär åtminstone tillsvidade kunna kompletteras med satsen nullum tributum sine lege.” *Ljungman* 1947 s. 21.

¹¹⁰ Systematiikan merkityksestä Zittingin ajattelussa *Helin* 1988 s. 346–351.

¹¹¹ Analyttisestä suuntauksesta *Tolonen* 1998 s. 325–326.

rinä oikeustoimen epätavallisuus voidaan erottaa veronkiertotarkoitukselta. Ruotsin veronkiertokomitea puhui objektiivisesta ja subjektiivisesta tunnusmerkistöstä, josta komitea mainitsi esimerkkinä verotuslain 56 §:n toisen lauseen.¹¹² Voipion tulkinta painotti objektiivisen tunnusmerkistön asemaa veronkiertonormissa, minkä Voipio liitti verotuslain 56 §:n ensimmäiseen lauseeseen. Subjektiivisen tunnusmerkistön sisältävällä pykälän toisella lauseella ei ollut itsenäistä asemaa.¹¹³ Myös Andersson piti toimenpiteen epätavallisuuteen ja puuttuvaan taloudelliseen perusteeseen liittyviä näkökohtia hyvin tärkeinä, ja katsoi ettei pelkällä subjektiivisella tunnusmerkistöllä voitu operoida. Epätavallisuuskriteeriä tarvitaan silloin, kun epätavallinen toimi on johtanut verotuksen kannalta edullisempaan tulokseen kuin vastaava ”normaali” toimenpide.¹¹⁴

Ratkaisun KHO 1961 I 18 jälkeen veronkiertonormin soveltaminen ei edellyttänyt, että veronkierto tapahtui käyttäen hyväksi oikeustoimea, joka oli simuloitu, dissimuloitu, epänormaali tai epätavallinen. Mihin tahansa oikeustoimeen voitiin puuttua, mikäli oikeustoimi oli tehty verosta vapautumisen tarkoituksessa. Tikan mukaan viimeistään 1960-luvun loppupuolella oli selvää, että verotuslain 56 §:n käyttöalan rajoittaminen näennäis-oikeustoimiin oli ristiriidassa oikeuskäytännön kanssa. Tämän vuoksi lainopissa tuli joko hylätä simulaatio-oppi veronkiertonormin tulkinnassa tai modifioida radikaalisti näennäisyyden käsitettä.¹¹⁵ Voipio yritti jälkimmäistä tapaa. Tikka puolestaan rakensi konstruktiota veronkiertonormista, joka irtaantui oikeustoimiopillisesta simulaatioajattelusta. Tikan mukaan veronkiertonormin käyttöalaa ei ollut perusteltua samaistaa simulaatioilmiön käsittelyyn.¹¹⁶

Anderssonin *Verotuslain kommentaarin* toisessa painoksessa vuodelta 1979 tulee esiin Tikan tulkinnan vaikutus. Tärkein muutos veronkiertosäännöstä koskevan esityksen osalta koskee verotuslain 56 §:n 1 momentin jälkimmäistä lausetta. Andersson täydentää aikaisempaa tekstiään toteamalla, ettei säännöksen tulkinnassa voida mennä niin pitkälle kuin Voipio oli tehnyt ja katsoa, että tältä lauseelta puuttuu itsenäinen sisältö, ja että Tikka on oikeuskäytännössä osoittanut tapauksia, jotka ”hänen mielestään

¹¹² SOU 1963:52 s. 83 ja 96–98.

¹¹³ *Voipio* 1968 s. 104–105. Tältä osin Voipion esitys oli keskeneräinen eikä hän esittänyt artikuloitua tulkintaa verotuslain 56 §:stä. Tikalla oli suhteellisen helppo tehtävä kritisoida Voipiota siitä, että tämän selittämällä tavalla jäi epäselväksi se, oliko verotuslain 56 §:llä itsenäistä oikeudellista funktiota lainkaan. *Tikka* 1972 s. 224–225.

¹¹⁴ *Andersson* 1973 s. 322.

¹¹⁵ *Tikka* 1972 s. 223.

¹¹⁶ *Tikka* 1972 s. 304.

on voitu ratkaista vain” verotuslain 56 §:n 1 momentin jälkimmäisen lauseen nojalla.¹¹⁷ Aikaisemmin Anderssonin kanta päätöksestä KHO 1961 I 18 oli varsin lähellä Rekolan näkemystä.¹¹⁸

7 FORMALISTINEN JA REALISTINEN VEROLAIN TULKINTATAPA

Kari S. Tikka esitti vuonna 1972 väitöskirjan Veron minimoinnista. Tutkimus koski tulo- tai omaisuusverosta vapautumisen tarkoituksessa tehtyjä toimia verotuslain 56 §:n soveltamisongelmana. Asiallisesti väitöskirja käsittelee samaa aihepiiriä kuin Voipion neljä vuotta aikaisemmin julkaistu tutkimus.

Tikka esitti väitöskirjassaan uuden tulkinnan veronkiertonormista ja sen soveltamista koskevasta oikeuskäytännöstä. Tikan tutkimuksessa argumentaatio tähtäsi sen osoittamiseen, että veronkiertonormilla on oikeuskäytännön mukaan – vastoin Voipion näkemystä – laaja soveltamisala. Veronkiertonormin myönteiset soveltamisratkaisut todistivat Voipion näkemystä vastaan. Tikan uusi tulkinta ei herättänyt vastaavanlaista kritiikkiä ja torjuntaa kuin Voipion väitöskirja. Voipio korosti myöhemmin eri yhteyksissä hyväksyneensä Tikan tulkinnan. Voipion omat kirjoitukset veronkiertonormista jäivät väitöskirjan jälkeen vaatimattomalle tasolle.¹¹⁹ Yleisesti hyväksyttynä Tikan tulkintaa ei ole pyritty kehittämään tai uudistamaan. Tikan omat kirjoitukset lähinnä toistavat jo väitöskirjassa esitetyt näkemykset.¹²⁰ Eräissä 1980-luvun kirjoituksissaan Tikka esitti täsmentäviä näkökohtia veronkiertonormin ja oikeusturvan suhteesta, mikä tema

¹¹⁷ Andersson 1979 s. 84–86.

¹¹⁸ Andersson ei tehnyt muutoksia verotuslain kommentaarin toisessa painoksessa esitettyyn käsitykseen verotuslain 56 §:stä myöhemmissä kirjan laitoksissa, ja sama perusnäkemys on hänen julkaisemassaan verotusmenettelylain kommentaarissa. Andersson 1990 s. 90–96 ja 1996 s. 41–47.

¹¹⁹ Esimerkkinä veronkiertonormin soveltamista koskeva Voipion artikkeli nimeltään Miten vastataan verotuksen kiertämistä koskevaan tiedusteluun. Voipio 1979 s. 90–108.

¹²⁰ Väitöskirjan julkaisemisen jälkeen Tikka käsittelee veronkiertonormia muutamissa artikkeleissa ks. Tikka 1976, 1981, 1983a ja 1992. Nämä artikkelit ovat lähinnä tiivistelmiä väitöskirjasta täydennettynä uudemmilla oikeustapauksilla. Uuden tulkinnan laajemman omaksumisen kannalta tärkeäksi kanavaksi muodostui Tikan ja Olli Nykäsen julkaisema jatkuvätäydenteinen teos Yritysverotus (1985-), jonka veronkiertoa koskeva jakso oli täysin Tikan tulkinnan mukainen. Myöhemmin Tikka julkaisi myös oppikirjan Yritysverotuksen perusteista.

oli sivuutettu väitöskirjassa. Tätä aihetta tarkastellaan myöhemmin erikseen.

Voipion tutkimuksen jälkeen ilmenneet puutteet oikeuskäytännön selvittämisessä eivät olisi sinänsä riittäneet uuden tutkimuksen aineistoksi. Kysymys ei ollut erityisen laajasta oikeustapaustaineistosta. Tikka piti Voipion tarkastelutapaa liian kapea-alaisena. Siinä ei riittävästi kiinnitetty huomiota veronkiertämisilmiöön liittyviin oikeudellisiin arvoihin ja toimivaltaongelmiin. Arvioitaessa veronkiertämisilmiötä olennainen merkitys oli Tikan mukaan sillä, kuinka painotetaan sellaisia oikeudellisia arvoja kuin esimerkiksi verotuksen taloudellinen yhdenmukaisuus ja ratkaisujen ennustettavuus ja kuinka suhtaudutaan toimivallanjakoon lainsäätäjän ja lain soveltajan välillä.¹²¹

Uuden tutkimuksen tekeminen samasta aihepiiristä vaati erilaisen näkökulman omaksumista aiheeseen, mutta myös kriittistä suhtautumista Voipion tutkimukseen. Tähän antoi mahdollisuuden Voipion tutkimuksen siviilioikeudellinen näkökulma ja aiheen rajaaminen luovutustoimiin. Veronkiertonormia koskevaa oikeuskäytäntöä oli mahdollista tarkastella laajemmin. Samalla Tikka laajensi näkökulman koko aikaisempaan vero-oikeudelliseen tutkimukseen, jonka keskeiseksi piirteeksi hän nosti formalismin.

Tikan väitöskirjan teoreettinen lähtökohta on verolain formalistisen ja realistisen soveltamistavan erottelu. Verolain soveltamisella tarkoitetaan oikeudellista ratkaisua kokonaisuudessaan, mikä sisältää oikeusnormin tulkinnan, tosiseikkojen toteamisen ja johtopäätöksen. Tikka suhtautui torjuvasti mahdollisuuteen erottaa yksittäisessä soveltamisratkaisussa oikeuskysymys ja tosiasiakysymys. Soveltamistilannetta tuli tarkastella kokonaisuutena.¹²² Tikka kuvasi oikeudellista tulkintaa kolmen ideaalityypin kautta. Kirjaimellisen tulkinnan teorian mukaan jokaisella hyvin laaditulla tekstillä on vain yksi oikea tulkinta, joka käy ilmi sen sanamuodosta. Tarkoitustulkinnan teorian mukaan lakitekstin oikea tulkinta ilmenee lainsäätäjän tarkoituksesta. Kolmantena tulkintateorian on kohtuustulkinta, jossa lakitekstillä ei oleteta olevan oikeaa tulkintaa, vaan hyväksyttävän tulkinnan tulee täyttää tietyt kohtuullisuuden kriteerit. Tällaisia kriteerejä ovat muun muassa ennakoitavuuden ja yhdenmukaisuuden kriteerit. Ratkaisija ei tulkitse säännöstekstiä irrallisena vaan laajan oikeuslähdeaineiston pe-

¹²¹ Tikka 1983c s. 1082–1083.

¹²² Tikka 1972 s. 112–121.

rusteella.¹²³ Tikan väitöskirjassa sovellettu tulkintateoria ilmentää selkeästi viimeksi mainittua kohtuullisuustulkintaa.

Formalistiselle soveltamistavalle on Tikan mukaan luonteenomaista sanataarkan tulkinnan ajatus ja kulujen hyväksyttävyyden subjektiivinen arvostelutapa sekä verovelvollisuuden synnyttävien toimenpiteiden yksilöllinen arvostelu. Realistiselle soveltamistavalle on ominaista pragmaattisten tekijöiden korostettu asema päätöksenteossa. Ratkaisija kiinnittää huomiota ratkaisuvaihtoehtojen seuraamuksiin ja suorittaa valinnan arvostusten perusteella.¹²⁴ Realistis-taloudellisen soveltamistavan edustajat olivat taipuvaisia korostamaan vero-oikeuden itsenäisyyttä ja sen kiinteää kytkeytymistä taloudellisiin ilmiöihin sekä sen normien tehtävää verorasituksen jakaantumismormeina.¹²⁵ Formalistisen ja realistisen soveltamistavan erolla on selvästi laajempi merkitys kuin se, onko verolakia sovellettaessa asetettava etusijalle oikeustoimen muoto vai sisältö.¹²⁶

Formalistisen ja realistisen soveltamistavan perusidean Tikka omaksui tanskalaisen Mogens Eggert Möllerin kirjoittamasta konferenssiraportista. Formalistisen tulkinnan Möller yhdisti erilaisiin lakitekstin merkitystä korostaviin tulkintatapoihin ja auktoriteettiargumenttien käyttöön. Realistisessa tulkinnassa vastaavasti keskeisessä asemassa oli erilaisten tulkintavaihtoehtojen seuraamusten arviointi. ”The elements of interpretation may be characterized as realistic, when importance is attached to the social effects of the various interpretations. If not, the elements of interpretation are formalistic.”¹²⁷ Möllerin esittämä realistisen tulkintatavan konseptio lähtee reaalisten näkökohtien käytöstä oikeudellisina argumentteina.¹²⁸ Oikeudellisena argumenttina reaalisilla näkökohdilla (reelle hensyn) tarkoitetaan

¹²³ Tikka 1972 s. 88–89. Tulkintateorioiden esittely perustuu ruotsalaisen Jan Eversin oppikirjaan *Argumentationsanalys för jurister* (1970 s. 43–58). Eversin teoksessa sivutaan yleiseltä kannalta niitä näkökohtia, jotka myöhemmin omaksuttiin juridisessa argumentaatio-teoriassa.

¹²⁴ Tikka 1972 s. 127.

¹²⁵ Tikka 1972 s. 323.

¹²⁶ Vuonna 1983 pohjoismaisessa lakimieskokouksessa pitämässään esitelmässä veronkierrosta Mattson käytti hyväkseen jaottelua formalistiseen ja realistiseen tulkintatapaan, mutta samaisti tämän kysymykseksi siitä, kumpi on ratkaiseva tekijä veroseuraamusten kannalta, oikeustoimen muoto vai sisältö. *Mattson* 1983 s. 135.

¹²⁷ *Cahiers de droit fiscal*, Vol. 50a s. 88–94.

¹²⁸ Tulkintatavan realismi viittaa siten skandinaavisen realismin käsitykseen lain soveltamisesta. Möllerin käsitys realistisesta tulkintatavasta on saanut selvästi vaikutteita Rossin teoksesta *Rett og rettfærgidhet* (1953 s. 116–120) esitetystä käsityksestä pragmaattisten tekijöiden vaikutuksesta päätöksenteossa. Ross käsitteli reaalisia näkökohtia (reell hänsyn) suppeasti päätöksentekoon vaikuttavina pragmaattisina tekijöinä.

oikeudellisen ratkaisun lopputuloksen hyväksyttävyyttä koskevia arvostuksia.¹²⁹

Möller yhdistää vero-oikeudellisen kysymyksenasettelun muodosta ja sisällöstä siihen, tulkitaanko lakia sen sanamuodon vai tulkinnan reaalis-ten, taloudellisten seuraamusten mukaan. Formalistisen ja realistisen tulkintatavan erottelu koskee oikeudellista argumentaatiota. Möllerin mukaan vero-oikeudessa sovelletaan asiasta riippuen formalistista ja realistista tulkintatapaa, jotka eivät ole yleisellä tasolla toisiaan poissulkevia, vaikka tulkintatavat yksittäisen konkreettisen tapauksen tasolla voivatkin johtaa erilaisiin lopputuloksiin.

Formalistinen ja realistinen soveltamistapa ilmaisevat erilaisia tulkinta- asenteita. Formalistinen tulkinta- asenne, jossa nojaututaan pelkästään lain sanamuotoon, ei vastannut Suomessa hyväksytyä oikeuslähdeoppia, eikä formalismia voida tässä suhteessa voitu pitää yksinomaisena lähtökohtana verolakien tulkinnassa. Verolakien tulkinnassa on tullut ottaa huomioon lain sanamuodon ohella muihin oikeuslähteisiin nojautuvat argumentit. Tällöin joudutaan ottamaan huomioon se, minkälaiseen lopputulokseen säännöksen sanamuodon mukainen tulkinta voi johtaa suhteessa säännök- sen taustalla olevaan tarkoitukseen. Koska tulkinnan lopputulos riippuu kaikkien argumenttien huomioon ottamisesta, ei voida etukäteen määritel- lä sitä, onko tulkinta ennakoitava tai joustava. Tässä mielessä realismi an- taa oikean kuvan verolain soveltamisesta. Keskustelussa formalistisesta ja realistisesta soveltamistavasta ei ole kyse vero-oikeudessa hyväksyttävistä argumenteista, vaan siitä, minkälaisia verolain tulkintoja pidetään sisällöl- tään oikeina ja lainmukaisina. Samalla verolain normilla voi olla sekä for- malistisia että realistisia tulkintoja, jotka tulevat sovellettavaksi erilaisissa tilanteissa.

Realistinen soveltamistapa hahmotetaan Tikan tutkimuksessa Möllerin ajatusten pohjalta 1970-luvun vaihteen kotimaisen oikeusteoreettisen kes- kustelun antamalla käsitteellisillä työkaluilla.¹³⁰ Reaalisen argumentaation

¹²⁹ *Eckhoff* 1987 s. 307. Reaalisten argumenttien merkitys oikeudellisessa päätöksenteossa nousi tärkeäksi aiheeksi oikeustieteellisessä keskustelussa vasta *Eckhoffin* teoksen *Rettskil- delere* (1971) myötä. *Eckhoff* liitti reaaliset näkökohdat osaksi oikeuslähdeoppia. *Eckhoffin* käsitys reaalisista argumenteista on lähtökohdiltaan samantapainen kuin *Rossin*. Reaalisilla argumenteilla oli ollut jo ennen *Eckhoffin* teosta vakiintunut asema norjalaisessa oikeusläh- deopissa. Ks. *Graver* 2001 s. 447–451. *Kjonstad* 2006

¹³⁰ Oikeusteorian uusista suuntauksista Tikan väitöskirjassa seurataan lähinnä analyttistä ja ymmärtävää oikeusteoriaa, joiden edustajiin *Tikka* lukee vastaavasti *Makkosen* ja *Aar- nion*. *Tikka* 1972 s. 57–58. Ymmärtävä eli hermeneuttinen oikeusteoria pyrkii oikeudellisen päätöksenteon rakenteen ymmärtämiseen. Ks. *Aarnio* 1983 s. 61–70.

läpimurto lainopillisessa tutkimuksessa oli tapahtunut jo 1950-luvulla siviilioikeudellisessa tutkimuksessa.¹³¹ Teoreettisella tasolla uudennainen näkökulma hahmotettiin seuraavan vuosikymmenen puolivälissä Kaarle Makkosen väitöskirjassa *Zur problematik der Juridischen Entscheidungen*. Makkosen lähtökohtana oli se, että lain tulkitsija antaa merkityksen lakitekstille. Laintulkintaa tarkastellaan erillisenä tapahtumana, johon vaikuttavat nimenomaan tulkitsija ja tulkintatilanne. Tulkinat heijastavat näin tulkitsijan arvoja ja tavoitteita.¹³² Makkosen tutkimuksella oli käänteentekevä vaikutus suomalaisessa oikeusteoriassa. Makkonen nosti tuomioistuinten keskeiseksi oikeutta luovaksi tekijäksi oikeusjärjestyksessä.¹³³

Oikeusteoreettisessa keskustelussa alettiin painottaa lainkäytön luonnetta tavoitteellisenä toimintana, jossa päätöksenteon arvosidonnaisuus nähtiin osana päätöksenteossa tehtäviä tavoitevalintoja. Tästä näkökulmasta kysyttiin, mitä valintoja lainkäytössä tehtiin, ja mihin arvoihin valinnat reaalisesti nojautuivat. Juridista argumentaatiota ei enää pidetty luonteeltaan ”loogisena ja teknisena”, vaan yhteiskuntapoliittisten arvostusten värittämänä päätöksentekona. Aulis Aarnion vuonna 1971 julkaisemassa teoksessa *Oikeudellisen ajattelun perusteista* lähestytään oikeudellista ajattelutapaa ratkaisutoiminnan näkökulmasta. Aarnion mukaan menettelytapa korostaa ”oikeustieteellisen ajattelun toiminnallista aspektia”. Inhimillisen toiminnan yksi puoli on tavoitteellisuus.¹³⁴

Aarnion mukaan lainkäyttöpäätöksen lopputuloksen muodostumisessa ratkaisevassa asemassa ovat ne tavoitteet, joihin asiaa päättävä tuomari kulloinkin pyrkii. Voimassa olevaa oikeutta koskevan kannanoton perusteena ovat sekä oikeuslähteisiin perustuvat argumentit että erilaiset reaaliset argumentit. Vetoaminen reaaliin argumentteihin merkitsee nojautumista tarkoituksenmukaisuutta, järkevyyttä ja kohtuutta koskeviin vaatimuksiin. Ratkaisua tehtäessä painotetaan päätöksen oletettuja seuraamuksia ja punnitaan niitä kulttuuritradition valossa. Seurausharkinnan merkityksen oivaltaminen oli nostanut etualalle keskustelun juridisen päätöksen-

¹³¹ Helin 1988 s. 380–384.

¹³² Makkonen 1981 s. 239–245.

¹³³ Tolonen 1998 s. 326 ja 2003 s. 54–55. Makkosen työn yleisestä merkityksestä Aarnio 1983 s. 33–35.

¹³⁴ Aarnio 1971 s. 35. Oikeudellisen ratkaisutoiminnan teoreettisena viitekehyksenä suuria odotuksia asetettiin v. Wrightin praktisen päättelyn mallille, ja sen mahdollisuuksiin oikeudellisen päätöksenteon ymmärtämisessä uskottiin aluksi vahvasti. Aarnion mielestä praktinen syllogismi antoi ikään kuin avaimen ymmärtää, miksi lainkäyttö on luovaa toimintaa (Aarnio 1971 s. 78). Praktiseen päättelyyn sisäänrakennettu tavoiterationaalisen toiminnan malli johti siihen, että oikeudellinen päätöksenteko nähtiin korostetusti ratkaisuntekijän sisäisten tavoitteiden toteuttamisena.

teon ideologisesta sidonnaisuudesta, erityisesti sen poliittisuudesta. Aarnio tuo toistuvasti esille sen, että ratkaisijaa ohjaavat muut kuin juridis-tekniset argumentit, nimenomaan erilaiset tavoitteet ja arvot. Aarnio totesi muun muassa seuraavaa: ”Argumenttien valintaan ja painotukseen vaikuttaa määräävällä tavalla ratkaisuntekijän omaksuma päämääräjärjestelmä, ne tavoitteet, joita hän pitää suotavina.” Keskustelu oikeustieteen arvosidonnaisuudesta on palautettavissa tavoitteita ja päämääriä koskevaksi.¹³⁵

Tikan konseptio realistisesta tulkintatavasta nostaa reaaliset argumentit näkyvään asemaan verolain tulkinnassa. Tikka ei tarkastele erikseen verolain normin merkityksen täsmentämistä eli tulkintaa suppeassa merkityksessä ja veronormin soveltamista, koska säännöstekstin tulkittu sisältö on vain yksi argumentti muiden joukossa eikä sille voida antaa etusijaa reaalisiin argumentteihin nähden.¹³⁶ Tikka ei tarkoittanut realismilla verolakien joustavaa tulkintaa, vaan soveltamistapaa, jossa ratkaisevaa on verolain tulkinnan lopputuloksen kohtuullisuuden arviointi.

Wikströmin mukaan Tikan väitöskirja on teoreettisilta perusteiltaan Makkosen ajattelun sovellutus vero-oikeuteen.¹³⁷ Tikan lähestymistapa oli radikaali ja sen taustalla oli 1970-luvun alussa käyty keskustelu oikeudellisen päätöksenteon tavoitteellisuudesta ja poliittisesta luonteesta. Väitöskirja oli Tikan puheenvuoro tässä keskustelussa. Tikka asettui selvästi tukemaan keskustelun vasemmistolaisia painotuksia. Reaalisten argumenttien merkityksen korostaminen ei kuitenkaan mennyt niin pitkälle, että vero-oikeudellisen päätöksenteon perusrakenne olisi konstruoitu tavoiterationaaliseksi toiminnaksi. Tikka tarkasteli vero-oikeudellista päätöksentekoa subsumptiologisen mallin mukaisesti. Ratkaisutoiminnassa oli kyse oikeussäännön sisällön selvittämisestä, faktojen toteamisesta sekä

¹³⁵ Aarnio 1971 s. 74–75, 100, 104–107. Aarnion reaalisia argumentteja koskeva esitys nojautuu Rossin näkemyksiin. Myöhemmin Aarnio käsitteli reaalisia argumentteja eritellymmin ja hän yhdisti reaaliset argumentit seuraamusharkintaan. Samalla hän torjui ajatuksen siitä, että seuraamusharkinta olisi laintulkinnan yleinen malli. Aarnio 1982 s. 92, 98 ja 134–135.

¹³⁶ Wikström on Tikan konseptioita kritiikkinä esittänyt näkemyksen, jonka mukaan formalistinen ja realistinen soveltamistapa kohdistuu eri vaiheisiin verolain soveltamisessa. Formalismia seurataan verolain sisällön täsmentämisessä ja realismia siinä, miten verolain tunnusmerkistöä sovelletaan tiettyihin oikeustositseikkoihin. Wikström 1993 s. 342–343. Wikströmin konseptio eroaa olennaisesti Tikan alkuperäisestä realismista. Wikströmin konseptiossa reaalisten argumenttien merkitys jää toissijaiseksi lakitekstiin nähden. Kun verolain soveltamisen rajat määräytyvät säännöstekstin mukaisesti, reaalisten argumenttien käyttö olisi mahdollista vain säännöstekstin tulkinnasta johdetuissa rajoissa.

¹³⁷ Wikström 2007 s. 456. Tikka on myös itse viitannut Makkoselta saamiensa vaikutteiden keskeiseen merkitykseen. Tikka 2003 s. 140.

näiden perusteella tehtävästä oikeusseuraamusten johtamisesta. Reaaliset argumentit tuli ottaa huomioon subsumptiologisen mallin puitteissa oikeussäännön tulkinnassa ja oikeusseuraamusten johtamisessa.¹³⁸

Reaalisten argumenttien hyväksyttävyyys ja painoarvo perustuvat niiden sisällölliseen perusteluvoimaan eikä auktoriteettiasemaan kuten säädösten ja tuomioistuinratkaisujen. Reaalisissa argumenteissa on kyse taloudellisista, hallinnollisista, moraalisisista ja muista sellaisista näkökohdista, joilla oikeudellista johtopäätöstä tuetaan tai perustellaan. Argumenttien käytölle on tunnusomaista tilannesidonaisuus. Reaalisten argumenttien rooli päätöksenteossa merkitsee juridisen ratkaisun itsenäisyyttä suhteessa abstrakteihin normeihin. Ratkaisua ei voi löytää lakitekstistä.¹³⁹ Realistisen soveltamistavan ominaispiirteenä on pragmaattisten tekijöiden korostettu ja avoin asema päätöksenteossa. Ratkaisija selvittää eri ratkaisuvaihtoehtoihin liittyvät seuraamukset. Tikan mukaan vero-oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa voi olla seuraamusharkinnan kannalta merkitystä verotuksen tavoitteilla, käytännöllisillä eduilla ja haitoilla, osapuolten intresseillä ja lakisystematiikkaan liittyvillä näkökohdilla. Päätöksentekijä ei ratkaisuvaihtoehtoja hahmottaessaan koe sanamuodon tulkinnalle asettamia rajoja yhtä ahtaaksi kuin sanatarakan tulkinnan ideaan tukeutuja.¹⁴⁰ Ratkaisija ottaa huomioon erilaisten vaihtoehtojen lopputulosten tosiasialliset ja oikeudelliset seuraukset. Ratkaisuksi valitaan se vaihtoehto, joka täyttää kohutuullisuuden, järkevyyden, johdonmukaisuuden tai muun sellaisen perusteen mukaiset vaatimukset.¹⁴¹

Tikan suorittama KHO:n oikeuskäytännön ryhmittely antoi samalla vastauksen siihen, miten oikeuskäytännössä käytettiin veronkiertosäännöksen sisältyviä ilmaisuja ja minkälainen merkitys näille ilmaisuille erilaisissa käyttöyhteyksissä muodostui. Tässä kohden Tikan metodologisena esikuvana voidaan nähdä Aarnion testamenttioikeudellinen tutkimus *Kysymyksiä testamenttioikeuden alalta*.¹⁴² Aarnion tutkimuksen tarkoituksena on tarkastella testamenttioikeuden toimivaa kieltä eli miten testamenttikä-

¹³⁸ Tavoiterationaalisessa mallissa oikeusääntö antaa lainkäyttäjälle arvot ja intressit, jotka tulee ottaa huomioon tapauksessa sekä käytettävissä olevat ratkaisuvaihtoehdot. Oikeusääntö muodostaa siten puitteet oikeudellisesti hyväksyttävälle ratkaisuille. Subsumptiologisesta ja tavoiterationaalisesta argumentaatiomallista ks. *Eriksson* 1979 s. 28–34.

¹³⁹ *Tolonen* 1998 s. 327. Reaalisista argumenteista päätöksenteon kannalta *Laakso* 1990 s. 70–71.

¹⁴⁰ *Tikka* 1972 s. 65–80 ja 125–128.

¹⁴¹ *Tikka* 1972 s. 63. Tikan esitys vastaa asiallisesti sitä, mitä Aarnio kirjoittaa reaalisten argumenttien vaikutuksesta päätöksenteossa (*Aarnio* 1971 s. 100).

¹⁴² *Aarnio* 1969.

sitteitä tosiasiallisesti käytetään. Tikan tutkimuksessa oikeuskäytännön ryhmittely on samalla tavoin verotuksen toimivan kielen erittelyä eikä teoreettisten käsitesuhteiden analyttistä purkamista Voipion tapaan. Tikan työ sijoittuu selvästi Aarnion tuolloin edustamaan tutkimussuuntaukseen.

Tutkimusmetodologisesti KHO:n perustelutapa asetti merkittävän rajoituksen mahdollisuuksille analysoida oikeuskäytäntöä sen kannalta, oliko tietyssä ratkaisussa kyse formalistisesta vai realistisesta tulkinnasta. Reaalisilla argumenteilla ei ollut sijaa KHO:n perusteluissa, vaikka argumenteilla olisi ollut vaikutusta arvioitaessa omaksutun tulkinnan hyväksyttävyyttä. Tulkintatapaa voitiin tarkastella lopputuloksen kannalta: poiketaanko päätöksessä verolainkohdan sanamuodon mukaisesta tulkinnasta. Kysymys siitä, minkälaisien argumenttien perusteella lopputulokseen päädyttiin, jäi avoimeksi. Sanamuodon mukaiseen tulkintaan päätyminen ei välttämättä johtunut siitä, että auktoriteettiargumentteja painotettiin tulkinnassa, vaan lopputulos on voinut johtua reaalistien argumenttien huomioon ottamisesta. Toisaalta voidaan perustellusti olettaa, että lainkohdan sanamuodosta poikkeavan tulkinnan tekeminen perustuu reaaliin argumentteihin, ellei tulkintaa voida nojata mihinkään tunnettuun auktoriteettiperusteeseen. Näin ollen Tikka saattoi perustellusti olettaa, että realististen tulkintojen taustalla olivat reaaliset argumentit, vaikka ne eivät KHO:n perusteluista ilmenekään.¹⁴³

KHO:n oikeuskäytäntö viittasi vahvasti siihen, että taloudelliset argumentit olivat merkityksellisiä veroasioiden ratkaisemisessa. Tämänkaltaisilla argumenteilla voitiin perustella tavanomaisen oikeuden luomista oikeuskäytännön kautta. Kilven käsitys, jonka mukaan veronkiertonormi on tosiasiasäännös, voidaan parhaiten ymmärtää tarkoittavan sitä, että normin soveltamisessa reaaliset, taloudelliset argumentit ovat ratkaisevia. Kilven ajattelun voidaan nähdä edustavan selkeää oikeusrealismia.

¹⁴³ KHO:n oikeuskäytännöstä esitetyn tulkinnan uskottavuutta lisäsi se, että Tikka oli toiminut KHO:ssa ylimääräisenä esittelijänä ja oli siten voinut tutustua julkaisemattomiin tapauksiin ja juttujen päätöksentekoaineistoon. Tikan voidaan siten olettaa lukeneen KHO:n esittelymuistioita 1960-luvulla ratkaistuista tapauksista. *Tikka* 1972 s. 8.

8 VERONKIERTONORMIN REALISTINEN UDELLEENTULKINTA (TIKKA)

Tikan väitöskirjan lähestymistapa oli uusimpien virtausten mukainen. Tikan arviossa Voipion metodologisesta kapea-alaisuudesta näkyy selvästi uuden ajattelutavan vaikutus. 1960-luvun lopun vilkas oikeusteoreettinen keskustelu antoi Tikalle uudet käsitteelliset välineet analysoida veronkiertonormia koskevaa oikeuskäytäntöä. Voipion tutkimuksen kohtalona oli tulla julkisuuteen siinä vaiheessa, kun perinteisen lakipositivistisen lainopin perusteista keskusteltiin kriittisesti. Voipion esikuvana ollut analyytinen siviilioikeus oli lähtökohdiltaan lakipositivistista eikä sen tutkimuksellisen mallin puitteissa ollut sijaa keskustelulle oikeudellisista arvoista ja tavoitteista. Uusi metodologia oli vasta muotoutumassa eikä ehtinyt vaikuttaa Voipion tutkimukseen.

Tikan tutkimuksen teoreettiset sidonnaisuudet tavoitteellisen päätöksen teorian merkitsevät siten, että esitetty tulkinta verotuslain 56 §:stä pyrkii selittämään, miksi KHO on tulkinnut lainkohtaa tietyllä tavalla. KHO:n päätösten perustelut eivät sisältäneet yleisiä näkökohtia veronkiertonormin tulkinnasta. Kilven luonnosmaisat ajatukset subjektiivisesta ja objektiivisesta katsantotavasta eivät olleet riittävän täsmentyneitä edes 1980-luvun lopulla voidakseen osoittaa, mitä periaatteita veronkiertonormin tulkinnassa seurattiin. Lainopissa oli tarpeen yrittää muotoilla perusteet normin tulkinnasta.

Tikka pyrki antamaan veron kiertämisen käsitteelle täysin deskriptiivisen määrittelyn. Tikan mukaan veronkiertämisestä voidaan puhua sekä yleisellä tasolla vero-oikeuden piirissä ilmenevänä lainkiertämisilmiönä että erikoistuneemmin suhteessa voimassa olevaan lainsäädäntöön ja sen soveltamiseen. Veron kiertämisellä tarkoitetaan tällöin niitä tapauksia, joissa veroetu on evätty veronkiertosäännöksen nojalla. Nämä kaksi veronkierron merkitystä tulee pitää erillään eikä veronkiertonormin soveltaminen ole sidottu veronkiertoilmiön tuntomerkkeihin.¹⁴⁴ Veron kiertämisen käsite viittaa näin ollen oikeuskäytännössä esiintyneisiin tilanteisiin, joissa veronkiertosäännöstä on käytetty perusteluna veroedun epäämiseksi. Veronkiertämisen käsitteellä ei ole sellaista itsenäistä sisältöä, josta voitaisiin tehdä normatiivisia johtopäätöksiä.

¹⁴⁴ Tikka 1972 s. 26–27.

Yleislauseke realistisessa tulkinnassa

Formaalisen ja realistisen soveltamistavan vastakkainasettelun avulla Tikka pyrki tuomaan esille veronkierto-ongelman hahmottamiseksi merkityksellisen teoreettisen erottelun. Suomessa verolain soveltamisessa oli nähtävissä tendenssi formalismin suuntaan, vaikka vallitsevaa tulkintaa ei voitu luonnehtia korostetun formalistiseksi. Formalismista erottavina piirteinä Tikka mainitsi oikeuskäytännössä esiintyvät analogiaratkaisut ja tavanomaiseen oikeuteen perustuvat instituutiot. Veronkiertotapauksissa lain soveltajilla ei ole mahdollisuutta ehkäistä perusteettomien etujen syntymistä normaalin tulkinnan keinoin.¹⁴⁵ Tikan mukaan veronkiertonormi oikeuttaa sellaiset realistisen soveltamistavan mukaiset subsumptioratkaisut, joissa poiketaan toisen normilauseen normaalista merkitysisällöstä.¹⁴⁶

Norjan osalta Aarbakke oli esittänyt käsityksensä, että oikeuskäytännön mukaan veronkiertoon voitiin puuttua soveltamalla verolakeja reaaliset näkökohdat huomioon ottaen ilman säädettyä veronkiertonormia.¹⁴⁷ Tämä viittasi siihen, että kysymys veronkiertonormin roolista riippui viime kädessä realistisen soveltamistavan omaksumisesta ylimmän tuomioistuimen käytännössä. Veronkiertosäännös on yksi veronkiertonormia sovellettaessa huomioon otettava argumentti. Veronkiertosäännös ei voi määritellä lopullisella tavalla veronkiertonormin soveltamisedellytyksiä eikä säännöksen sanamuoto ei osoita realistisen tulkinnan alaa. Tämän vuoksi Tikka piti perusteluteknisenä kysymyksenä rajanvetoa verolain säännönmukaisen soveltamistavan puitteissa ratkaistavien tapausten ja veronkiertonormin nojalla ratkaistavien tapausten välillä.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Tikka 1972 s. 145, 152 ja 157. Jo vuonna 1975 pohjoismaisessa seminaarissa pitämässään esitelmässä Tikka painotti suomalaisen tulkintatavan formalistisia piirteitä (Tikka 1976 s. 37). Tällä perusteella Lindencrona rinnasti Suomessa ja Ruotsissa sovelletun verolain tulkintatavan (Lindencrona 1976 s. 106). Verrattuna Ruotsiin, jossa verolain tulkinta on ollut äärimmäisen formaalista, Suomessa sovellettu tulkintatapa omasi selvästi realistisia piirteitä (ruotsalaisen laintulkinnan formalismista ks. Mattson 1983 s. 137–141). Myöhemmässä tuotannossaan Tikka painotti tulkintatavan formalistisia piirteitä. Tikka 1983b s. 360 ja 1992 s. 585.

¹⁴⁶ Tikka 1972 s. 123. Veronkiertonormin soveltamisratkaisujen poikkeuksellisuudesta Tikka käyttää useita erilaisia on luonnehdintoja: poikkeavat subsumptioratkaisut, poikkeavan realistinen soveltamistapa, poikkeuksellisen realistiset ratkaisut. Tikka 1972 s. 148, 152, 187 ja 277.

¹⁴⁷ Aarbakke 1970a. Aarbakken artikkeli avasi Norjassa keskustelun siitä, oliko oikeuskäytännössä vakiintunut tavanomaisoikeudellinen veronkiertonormi. Artikkelijulkaisu on myös englanniksi. Tekstit eivät ole kuitenkaan täysin identtiset. Ks. Aarbakke 1970b passim.

¹⁴⁸ Tikka 1972 s. 309.

Realistisen soveltamistavan käyttöalaa vero-oikeudessa ei ole rajoitettu eikä voida rajoittaa. Veronkiertonormilla ei ole tällaista asemaa yleisenä soveltamistapanormina. Realistiseen argumentaatioon nojaava poikkeava subsumptioratkaisun sisältävä tulkinta voitaisiin tehdä ilman veronkiertonormin tukea. Itse asiassa kysymys soveltamistavasta nousee esille suhteessa verokiertosäännökseen itseensä. Rekolan, Anderssonin ja Voipion tulkinta veronkiertonormista oli formalistinen, normia tulkittiin säännöksen sanamuodon mukaisesti. Veronkiertonormin oikeudelliset vaikutukset nähtiin rajallisina ja yksityisoikeudellisen kontekstin määrittäminä. Sen sijaan KHO:n oikeuskäytäntö näytti soveltavan veronkiertonormia suhteellisen vapaasti eikä KHO:ssa pyritty tekemään tulkintoja veronkiertosäännöksen sanamuodosta.

Veronkiertonormista voitiin tehdä realistinen tulkinta, mikä irtaantui selvästi säännöksen sanamuodosta. Realistisessa tulkinnassa verotuslain 56 §:stä oli muodostunut veronkierron torjumista koskeva yleislauseke. Tätä tulkintaa Tikka saattoi perustella rinnastamalla verotuslain 56 §:n ulkomaisiin säädännäisiin veronkiertämistä koskeviin yleislausekkeisiin, joita oli Tikan mukaan ainakin Saksan liittotasavallassa, Itävallassa, Ranskassa, Australiassa ja Kanadassa.¹⁴⁹ Vertailun perusteella vaikutti perustellulta olettaa, että veronkiertonormilla olisi ollut samanlainen funktio Suomen verojärjestelmässä.

Suomessa termiä yleislauseke käytetään yleensä siviilioikeudellisen lainsäädännön yhteydessä, kun taas julkisoikeudessa on vastaavan ilmiön kohdalla puhuttu joustavista oikeusnormeista. Yleislausekkeiden ja joustavien normien soveltamisedellytyksiä ei ole määritelty samalla tavoin tarkasti kuin varsinaisten oikeussääntöjen. Yleislausekkeiden soveltamisala on samalla tavoin avoin arvotuksille kuin periaatteidenkin. Yleislausekkeen soveltamisessa reaaliset argumentit ovat määrääviä. Tikan tapa ymmärtää yleislauseke on asiallisesti lähellä Merikosken käsitystä joustavista oikeusnormeista, sillä veronkiertämistilanteita kuvataan yleisesti luonnehtivien, avoimin tunnusmerkein.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Tikka 1972 s. 174–175.

¹⁵⁰ Merikosken mukaan joustava oikeusnormi on oikeussääntö, jonka perusteena eivät ole määräsäilyttävät käsitteet ja selvät normatiiviset lähtökohdat. Joustavan normin soveltamiseen liittyy aina harkintaa, joka kuitenkin on lähtökohtaisesti oikeudellisesti sidottua. Merikoski 1958 s. 49–56. Merikosken mukaan joustavien oikeusnormien soveltamiseen liittyvä harkintavalta oli sidottua eli oikeudellista harkintaa, vaikka siihen sisältyi arvostuksenvaraisia kannanottoja. Aer 2005 s. 37–40.

Veronkiertosäännös kompetenssinormina

Veronkiertonormin uutta tulkintaa tukemaan Tikka esitti teoreettisen konstruktion, jonka mukaan veronkiertonormi on tyypiltään kompetenssinormi, jolla on lisätty viranomaisten toimivaltaa ja joka oikeuttaa nämä ehkäisemään veronkiertämistä normaalin kompetenssin ylittävillä ratkaisuilla.¹⁵¹ Tikka viittasi teoksessaan kompetenssinormin osalta vain ruotsalaisen Tore Strömbergin normiteoreettisiin käsityksiin.¹⁵² Tältä osin teoksen argumentaatio oli kuitenkin pinnallista. Strömbergin normikäsitteiden omaksumisen voidaan nähdä liittyvän realistisen lainsoveltamisen kokonaiskehitykseen, sillä Strömbergin näkemyksissä tulee esiin skandinaavisen realismin vaikutus.

Strömbergin käsitys kompetenssinormeista on tapa jäsentää kelpuuttavien normien ongelmaa. Yleisin näkemys kompetenssin käsitteestä on se, että kompetenssi antaa henkilölle oikeudellisen mahdollisuuden muuttaa toisen henkilön oikeudellista asemaa. Kompetenssinormit antavat oikeussubjekteille kelpoisuuden tehdä hyväksyttäviä oikeudellisia toimia.¹⁵³ Strömbergin mukaan kompetenssinormien nojalla tietyllä instanssilla on ”valta” tai kyky joihinkin toimiin, mikä ei olisi mahdollista ilman velvoittavien sääntöjen voimaa. Normi on hänen mukaansa performatiivinen lause, joka ”luo” itse lauseen määrittämän kompetenssin, kun lauseen sanoma uskotaan.¹⁵⁴ Veronkiertonormi antaa kompetenssinormina kelpoisuuden puuttua toimiin, joilla yritetään saavuttaa kohtuuttomia veroetuja. Realis-

¹⁵¹ Myös Voipio tarkasteli veronkiertonormia normityypittelyn kannalta, mutta hän päätyi siihen näkemykseen, että verovelkasuhteen synnyttävän normin luokittelusta joko käyttäytymisnormiksi tai kompetenssinormiksi saatava hyöty on vähäinen eikä se ole tarpeen edes esitysteknillisistä syistä. *Voipio* 1968 s. 16–19 76–77.

¹⁵² *Tikka* 1972 s. 46–48, 189, 218–219. Kompetenssinormikonseptio on Tikan tutkimuksessa sivuroolissa eikä hän pohjusta esitystä viittauksilla kotimaiseen kirjallisuuteen, jossa kompetenssinormeista oli kirjoitettu. Kompetenssinormi oli ollut osa analyttisen siviilioikeuden työvälineistöä jo Zittingin väitöskirjasta lähtien. Analyttisen oikeustieteen vaikutuksesta keskustelu kompetenssinormeista laajeni 1960-luvulla myös hallinto-oikeuteen.

¹⁵³ Kompetenssin käsitteestä yleisesti esim. *Spaak* 2009. Kompetenssinormeja koskevan oikeusteoreettisen keskustelun pääkysymys on ollut se, onko kompetenssinormi oikeastaan käyttäytymisnormi, joka määrittelee toimintavelvollisuuden, vai onko kompetenssinormi oma normityypinsä. Ks. esim. *Spaak* 2003 ja *Bulygin* 1992.

¹⁵⁴ *Strömberg* 1970, 297 ja 1984, 562. Strömberg käsitteli kompetenssinormeja yhdessä artikkelissa ja oikeusteorian perusoppikirjassaan. Strömbergin käsitykset palautuvat pääasiassa skandinaavisen realismin ajatusmaailmaan. Strömbergin perusajatukset liittyivät myös kielitekojen teoriaan, mikä vaikutti 1960-luvulla skandinaaviseen keskusteluun. *Strömberg* 1984.

min näkökulmasta kompetenssi ilmenee veroetujen epäämisenä eikä veronkiertosäännöksen antamaan kompetenssiin sisälly tämän enempää.¹⁵⁵

Tikan tutkimus heijastaa oman aikansa teoreettisia lähestymistapoja siinä, että kysymykseen veronkiertonormin tulkinnan perustelemisesta oikeuskäytännössä suhtauduttiin kritiikittömästi. Argumentaatioteoreettisella kysymyksenasettelulla ei ollut laajempaa merkitystä. Oikeusteoreettinen keskustelu keskittyi kysymykseen käyttäytymisen selittämisestä, ja päätöksenteon selittämisen ja justifikaation eroihin kiinnitettiin huomiota vasta vuosikymmenen puolivälistä lähtien.¹⁵⁶ Tikan tutkimuksen teoreettiset sidonnaisuudet tavoitteellisen päätöksenteon teoriaan merkitsivät, että tulkinta verotuslain 56 §:stä pyrki selittämään, miksi KHO on tulkinnut lainkohtaa tietyllä tavalla. Sen sijaan kysymys siitä, millä edellytyksillä lainkohtaa koskevat tulkintalauseet ovat hyväksyttävissä, on tutkimuksessa jäänyt vähintäänkin toissijaiseen asemaan.

Tikan teoreettisella välineistöllä ei saada otetta itse peruskysymyksestä eli veronkiertonormin soveltamisesta. KHO:n päätösten erittäin suppeat perustelut eivät antaneet minkäänlaisia elementtejä päätöksentekijöiden käyttäytymisen selittämiseksi. Oikeuskäytäntöön nähden Tikka on omaksunut enemmänkin ulkoisen tarkkailijan roolin, joka etsii oikeuskäytännöstä säännönmukaisuuksia, jotka osoittavat, että veronkiertonormin soveltamiskriteerit ovat kiinteytyneet.¹⁵⁷ Hänen pääasialliset tutkimustuloksensa ovat siinä, että hän ryhmittelee KHO:n ratkaisuja veronkiertonormin soveltamistilanteiden mukaisesti. Ryhmittelyn perusteena ovat ratkaisutilanteiden ominaiset tekijät, joiden vuoksi nämä tilanteet ovat muodostuneet niin komplisoiduiksi verolain kannalta, ettei tapausta ole voitu ratkaista säännönmukaisen tulkinnan avulla.¹⁵⁸ Ryhmittely ei lähde näin ollen ratkaisuperusteista, vaan tosiseikoiltaan samankaltaisten tapausten vertai-

¹⁵⁵ Realistinen näkemys toimivallasta tulee esille Makkosen toimivaltakonseptiossa. Hänen mukaansa toimivalta on perimmältään oikeustosisekoisten ja oikeusseuraamusten suhde. ”Kun sanomme, että jollakin on toimivalta, merkitsee se ainoastaan, että asianomaisella toimenpiteellä on oikeudellisia vaikutuksia”. *Makkonen* 1964 s. 782–783. Artikkelin liittää Makkosen oikeusteoreettisten käsitysten perustaviin näkemyksiin. Artikkelin muodostui Makkosen avaukseksi analyttisen metodin soveltamisessa hallinto-oikeudessa. Myöhemmin keskustelua Makkosen käsityksistä jatkoivat Holopainen ja Sinisalo. *Tuori* 2003.

¹⁵⁶ Suomalaisessa oikeusteoreettisessa keskustelussa nosti esille kysymyksen justifikaation ja selittämisen eroista Aarnio vuonna 1974 julkaisemassaan artikkelissa. Siinä hän erottaa teon teoriaan liittyvän juridisen päätöksenteon tavoitteellisen selittämisen justifikaation problematiikasta. *Aarnio* 1974 s. 333–339.

¹⁵⁷ Tikka määrittelee teoksen johdannossa päätehtäväksi oikeuskäytännön invarianttien piirteiden selvittämisen. *Tikka* 1972 s. 3.

¹⁵⁸ *Tikka* 1972 s. 229.

lusta. Toisaalta KHO:n oikeuskäytännön analyysi osoitti, ettei ollut perusteita puhua yhdestä tarkkarajaisesta veron kiertämisen käsitteestä, vaan erilaisista ja toisistaan poikkeavista tilanteista, joissa on pidetty perusteltuina kutsua toimintaa veron kiertämiseksi. Kyse ei ole käsitteen analysoinnista, vaan niistä argumenteista, joita voidaan esittää verovelvollisen oikeustoimen hyväksymisen puolesta ja vastaan.

Legaliteettiperiaatteen merkitys

Uuden tulkinnan mukaan veronkiertonormi antaa veroviranomaiselle oikeuden käyttää normaalin toimivallan ylittävää harkintavaltaa normin mukaisissa tilanteissa. Uusi tulkinta voidaan nähdä yrityksenä selittää KHO:n oikeuskäytäntö konstruoimalla tulkinta, joka osoittaa KHO:n oikeuskäytännön yhtenäiseksi ja johdonmukaiseksi. Oikeuskäytännössä veronkiertonormia sovellettiin selvästi yleislausekkeen tapaan. Päätöksessä KHO 1961 I 18 veronkierron torjuminen edellytti sitä, että lahjoitus sivuutettiin lahjanantajan verotuksessa kokonaan ja häntä verotettiin myyntivoitosta, vaikkei hän ollut osapuolena luovutuksessa. Veronkiertoa koskevia yleislausekkeitä sovelletaan juuri näin: verovelvollisen tekemälle järjestelylle veroedun saamiseksi ei anneta verotuksessa oikeudellisia vaikutuksia, vaan verotus toimitetaan niin kuin järjestelyä ei olisi tehty.

Rekola ei ollut pitänyt legaliteettiperiaatteen kannalta mahdollisena puuttua yleislausekkeella erilaisiin veronkiertotilanteisiin. Rekolan käsitys heijasti ruotsalaisia kannanottoja, joissa veronkiertosäännöstä pidettiin uhkana oikeusturvalle.¹⁵⁹ Tikka ei nähnyt veronkiertonormia ongelmana legaliteettiperiaatteen kannalta. Legaliteettiperiaate merkitsi ennen muuta lainsäädäntötasolla vaikuttavaa vaatimusta siitä, että verosta on säädettävä lailla. Lainsäätäjällä on perustuslaillinen oikeus lisätä veronkiertoa koskevalla yleislausekkeella lainsoveltajan toimivaltaa ja oikeuttaa tämä ehkäisemään veron kiertämistä normaalin kompetenssin ylittävillä ratkaisulla, jotka siten sijoittuvat laintäydentämisfunktion piiriin. Legaliteettiajattelun perusteella tätä ei voida pitää kiellettynä.¹⁶⁰ Tikka ei nähnyt rajoituksia sen

¹⁵⁹ Tämän tradition jatkajana on esiintynyt Hultqvist, joka vuonna 1995 julkaistussa väitöskirjassaan esitti näkemyksensä, että Ruotsissa veronkiertoa koskeva yleislauseke oli siirtänyt legaliteettiperiaatteen vastaisesti lainsäätäjälle kuuluvaa valtaa lainkäyttäjälle. *Hultqvist* 1995 s. 416.

¹⁶⁰ Legaliteettiperiaatteesta yleisesti *Knuutinen* 2015. Knuutisen esityksessä ei kiinnitetä huomiota legaliteettiperiaatteen nykyistä joustavampaan tulkintaan ennen 1990-lukua. Knuutisen artikkelissa ilmaistut tulkinnat koskevat siten nykyistä tapaa ymmärtää legaliteettiperiaatteen merkitys.

suhteen, voiko lainsäätäjä päättää veronkiertoa koskevan yleislausekkeen säätämisestä. Lainsäätäjällä on oikeus antaa tulkinnan joustavuutta ja lain soveltamistapaa yleensä säänteleviä määräyksiä.¹⁶¹ Tikan mukaan problemaattisimmillaan legaliteettiperiaate on silloin, kun siihen vedotaan soveltamistasolla. Periaatteeseen vetoamalla saattaa päätöksentekijä tukea omaa ratkaisusuositustaan ja vastustaa muita vaihtoehtoja, mutta tällöin ”legaliteettiperiaate toimii ainoastaan yhtenä, sinänsä varsin hämäränä suostuttelekeinona, jonka käyttämiseen voi olla mitä moninaisimmat syyt”.¹⁶²

Legaliteettiperiaatteella ei Tikan käsityksen mukaan ollut merkitystä verolakien soveltamisessa. Periaatteesta ei johtunut mitään lähtökohtaista estettä analogian käytölle. Analogian ja tulkinnan välille ei voida vetää selväpiirteistä rajaa, vaan molemmissa tapauksissa ratkaisu perustuu tapauksen samankaltaisuutta koskeville arvioinneille. Periaatteen taustalla olevat arvot, erityisesti ratkaisujen ennustettavuus, voidaan ottaa käytännön ratkaisutilanteissa pragmaattisina argumentteina huomioon tarvitsematta operoida analogiakiellolla tai legaliteettiperiaatteella.¹⁶³ Epäilemättä tässä näkemyksessä heijastuu varsin pitkälle tuolloinen käsitys siitä, millainen painoarvo lakitekstille annettiin tulkinnassa. Oikeuskäytännössä hyväksytyjen ratkaisujen yhteys lakitekstiin oli monessa tapauksessa viitteellinen, ja vero-oikeudelliset instituutiot olivat kehittyneet riippumatta lakitasoisesta sääntelystä. Tällaisen tulkinta-asenteen kannalta kysymys analogiankiellosta vaikutti ehkä naiivilta; lainsoveltamisessa oli menty paljon pidemmälle kuin analogiaan.

Tikan realistisessa tulkinnassa legaliteettiperiaatteesta tulee esiin se, miten Suomessa periaatteen on perinteisesti nähty oikeuskäytännössä koskevan eduskuntalain ja alemman normiston välistä normihierarkkista suhdetta. Verovelvollisuuden perusteista tuli säätää eduskuntalaissa eikä perusteiden vahvistamista voitu delegoida hallintoviranomaisille. Oikeuskäytännössä suhtauduttiin torjuvasti yrityksiin sisällyttää velvoittavaa sääntelyä hallituksen esityksen perusteluihin.¹⁶⁴ Muutoin legaliteettiperiaatteesta ei

¹⁶¹ Tikka 1972 s. 189–193. Lainsäätäjän vallan korostaminen oli Tikan vasta-argumentti ruotsalaiselle Hultqvistille, jonka vastaväittäjänä Tikka toimi. Tikka ei yhtynyt Hultqvistin näkemyksiin, joita Tikka luonnehti fundamentalistisiksi. Tikka 1996 s. 56–57 ja 1998 s. 72. Tikan ja Hultqvistin näkemyseroja on selostanut *Pikkujämsä* 2001 s. 182–187.

¹⁶² Tikka 1972 s. 135–136.

¹⁶³ Tikka 1972 s. 139–142. Tikan argumentaatio seuraa sitä, mitä Makkonen oli kirjoittanut lainanalogiaongelmasta. Makkosen perusidea oli, että ydinkysymys oli, sovelletaanko tiettyä normia vai ei. Analogia on vain normin soveltamisratkaisua koskeva argumentaatiokuutio, jolla perustellaan sitä, että normia sovelletaan. Makkonen 1981 s. 154–159.

¹⁶⁴ Wikström 1988 s. 284–287. Ratkaisussa KHO 1978 I 51 oli kysymys siitä, voitiinko asetuksella oikeuttaa ministeriö antamaan sähköveron suuruuden määräämiseen vaikuttavia

tehty pitkälle meneviä johtopäätöksen sen suhteen, miten verolakeja tuli tulkita.¹⁶⁵ KHO:n oikeuskäytännössä pidettiin riittävänä, että veron kantaamisella oli jonkinlainen muodollinen perusta laissa, vaikka tuo perusta olisi ollut varsin ohut. Eräiden instituutioiden, kuten ammattimaisen kiinteistön myynnin, verotuksen normatiivinen perusta oli oikeastaan oikeuskäytännön muodostamassa tavanomaisessa oikeudessa.

Realistisen vero-oikeuden kaudella legaliteettiperiaatteen ei nähty muodostavan estettä oikeuskäytännön kautta tapahtuvalle oikeussääntöjen luomiselle. Tässä suhteessa muutos alkoi vasta 1990-luvulla, jolloin legaliteettiperiaateelle annettiin keskeinen merkitys formalistisessa tulkinnassa.¹⁶⁶ Legaliteettiperiaatteen rooli lainsoveltamisessa muuttui, kun periaatteesta johdettiin ns. korostetun laillisuuden vaatimus. Sen mukaan veron jokaiselle komponentille on kyettävä löytämään tuki verolaista, ja korostetun laillisuuden vaatimus sitoo verolain soveltamisen lakitekstin sanamuotoon.¹⁶⁷ Verolain soveltamisen sitominen säännöstekstin sanamuotoon eroaa selkeästi Tikan realistisesta näkemyksestä, jossa legaliteettiperiaate liitetään sen tausta-arvoihin, joita verolain soveltajan on kunnioitettava.¹⁶⁸ Yksivivainen legaliteettiperiaatteen soveltaminen voi johtaa yhdenvertaisuusperiaatteen loukkaamiseen. Taloudellisesti toisiinsa verrattavat tapaukset saisivat erilaisen verokohtelun johtuen siitä, että lain sanamuoto tarkasti luettuna näyttäisi koskevan vain toista tapausta.¹⁶⁹ Verolain säännöksen sanamuodolla ei ole realistisessa argumentaatioissa ratkaisevaa merkitystä, vaan se on yksi argumentti muiden joukossa ja sanamuodon paino perusteluissa riippuu reaalisten näkökohtien punninnasta.

päätöksiä. Kun asetus oli ollut hallituksen esityksen mukainen, kohdistui KHO:n päätös perustelujen merkitykseen. Kilven mukaan KHO oli jälleen, lähes yksimielisesti torjunut yrityksen lain säätämistä hallituksen esityksen perusteluihin. *Kilpi* 1979 s. 186–188.

¹⁶⁵ *Vapaavuori* 1987 s. 310–312.

¹⁶⁶ Uudemmissa vero-oikeudellisissa väitöskirjatutkimuksissa formalistista tulkintatapaa pidetään vero-oikeudelle ominaisena metodologisena sitoumuksena. *Ryyänen* 1996 s. 84–89; *Pikkujämsä* 2001 s. 102–110 ja *Kontkanen* 2002 s. 292–298.

¹⁶⁷ Korostetun laillisuuden vaatimuksen Wikström esitti jo vuonna 1988 julkaistussa artikkelissaan (*Wikström* 1988 s. 282). Ajatus on sittemmin ollut toistuvasti hänen kirjoituksissaan ks. esim. 1993 s. 337 ja 1997 s. 330–331.

¹⁶⁸ Tikan näkemyksessä legaliteettiperiaatteen merkityksestä ei tapahtunut muutoksia. Vuonna 1998 julkaistussa artikkelissa Tikka luonnehtii legaliteettiperiaatetta oikeusperiaateeksi, joka tähtää tiettyjen tavoitteiden ja arvojen toteuttamiseen. Näitä ovat parlamentin verotusvallan korostaminen ja verovelvollisten verokohtelun ennustettavuus. Verolain soveltajan on kunnioitettava legaliteettiperiaatteen tausta-arvoja. Periaatteen paino vaihtelee kuitenkin erilaisissa ratkaisutilanteissa. Kyse ei ole oikeussäännöstä. *Tikka* 1998b s. 72 ja 79.

¹⁶⁹ *Vapaavuori* 1987 s. 312.

9 VEROSUUNNITTELUN JA VERONKIERRON RAJANKÄYNTI

Tikka havainnollisti veronkiertonormin soveltamisalaa uudella tavalla määrittelemällä veronkierron normatiivisen käsitteen suhteessa reaali maailman ilmiöihin veron minimoiminen ja verosuunnittelu. Kyse oli suomalaisessa vero-oikeudessa uudenaikaisesta näkökulmasta. Veron minimoimisen Tikka määritteli verovelvollisen toimenpiteiksi, joihin ryhtymisen hallitsevana motiivina on veroedun saaminen. Verosuunnittelu puolestaan on erilaisiin toimintavaihtoehtoihin liittyvien veroseuraamusten selvittämistä ja niiden huomioon ottamista arvioitaessa toimintavaihtoehtojen edullisuutta. Oikeudellisesti veron kiertämiseksi kutsutaan niitä veroedun tavoittelemiseen johtaneita toimenpiteitä, joiden osalta veroedun epäämistä perustellaan veronkiertosäännöksellä. Veronkierron puhuminen tulee oikeudellisesti ajankohtaiseksi vasta siinä vaiheessa, kun verolainsäädännön soveltamisen yhteydessä veron minimoiminen aiotaan estää tai on estetty.¹⁷⁰

Normatiivisessa kontekstissa veron minimoimisen ja verosuunnittelun käsitteet liittyvät yksityisautonomiaan perustuvaan verovelvollisen oikeuteen valita verotuksellisesti edullisin toimintatapa. Veronkiertonormia koskeva oikeuskäytäntö osoittaa selvästi, että verovelvollisen oikeus valita toimintatapansa ei kuitenkaan ole absoluuttinen subjektiivinen oikeus suhteessa verotukseen, vaan tietyin edellytyksin toimintatapaan voidaan puuttua. Tällöin joudutaan määrittelemään kriteeri, jonka perusteella hahmotetaan rajaa hyväksyttävän verosuunnittelun ja veron kiertämisen välillä. Veronkiertotarkoitus on kriteerinä mitä ongelmallisinkin, koska verosuunnittelu on oikeudellisesti, taloudellisesti ja moraalisesti hyväksyttävä ja rationaalinen toimintatapa. Yksityisautonomian perustavanlaatuisesta asemasta oikeusjärjestyksessä johtuu, ettei mikä tahansa pyrkimys veronkiertoon voi muodostua yleisesti sovellettavaksi perusteeksi puuttua verovelvollisen oikeustoimiin, vaan perustetta on punnittava suhteessa muihin asiaan liittyviin näkökohtiin.

Formalistisen ajattelutavan mukaisesti rajankäynnissä tulisi seurata yleisesti määriteltävää kriteeriä, joka voidaan ilmaista yleisenä oikeusperiaatteena. Keskustelu päätöksestä KHO 1961 I 18 koski sitä, minkä yleisen periaatteen mukaisesti voitiin oikeuttaa puuttuminen siviilioikeudellisesti pätevään lahjoitukseen. Rekolan mukaan veronkiertonormin soveltamis-

¹⁷⁰ Tikka 1972 s. 26–33.

le ei ollut oikeudellista perustetta, kun taas Kilven ja Tikan tulkinnan mukaan pyrkimys verosta vapautumiseen oikeutti puuttumisen. Tikan ja Voipion erimielisyys koski subjektiivista tunnusmerkistöä: oliko veronkiertotarkoituksella itsenäistä merkitystä soveltamiskriteerinä. Veronkiertonormin käytännöllisen merkittävyyden kannalta tällä kriteerillä arvioitiin olevan ratkaiseva vaikutus. Ruotsissa verokiertoa selvittäneen komitean mukaan yleislausekkeella saattoi olla käytännöllistä merkitystä vain siinä tapauksessa, että säännös sisälsi subjektiivisen tunnusmerkistön, pyrkimyksen veron välttämiseen. Toinen kysymys on sitten se, voiko pyrkimys veron välttämiseen olla yksinomainen peruste siihen, että verovelvollisen muutoin laillisiin oikeustoimiin puututtiin.¹⁷¹

Veronkiertonormin soveltamiskriteerit Tikka pyrkii määrittelemään oikeuskäytännön perusteella eikä perusta soveltamiskriteerejä veron kiertämisen käsitteeseen. Tikka luonnehdinta siitä, mitä yleisesti tarkoitetaan vero-oikeuden piirissä esiintyvillä lainkiertämisilmiöillä, ei ole tarkoitettu veron kiertämisen normatiiviseksi määritelmäksi. Tikan mukaan ilmiötasolla veron kiertämisessä on kyse verovelvollisen disponointitoimista, jotka ovat tavanomaisesta vaihdantakäyttäytymisestä poikkeavia ja vaikuttavat keinotekoiselta, niillä tavoitellaan lainsäätäjän tarkoitukselle vieraita veroetuja ja disponointitoimien synnyttämille ratkaisutilanteille on ominaista verolain säännöksen ja sanamuodon normaalin tulkinnan ja sen ration välinen jännitystilä.¹⁷² Edellä mainitut ilmiötason kriteerit eivät kuitenkaan ole veronkierron normatiivisia tunnusmerkkejä, joiden perusteella voidaan tunnistaa, milloin kyse on veronkierrosta.

Veronkiertosäännöksellä oli lähinnä muodollinen suhde säännöstä koskevaan ratkaisukäytäntöön. Tikan esityksestä käy ilmi, että veronkiertonormin soveltamiskäytännön tulkintaa ei ollut mahdollista konstruoida suhteessa verotuslain 56 §:n säädöstekstiin.¹⁷³ Tikka toteaa johtopäätöksensä, että verotuslain 56 §:n ensimmäisen ja toisen lauseen keskinäinen rajanveto jää hämäräksi, mutta rajanvedon voidaan katsoa olevan epäolennainen ongelma. Koska molempien lauseiden ilmaisemilla normeilla on sama funktio, niiden keskinäisen rajanvedon hämäryydestä ei ole haittaa. Aineellisen lopputulokseen nähden Tikan mielestä oli toissijainen kysy-

¹⁷¹ SOU 1963:52 s. 83 ja 96–98.

¹⁷² Tikka 1972 s. 26–27.

¹⁷³ Uudemmassa oikeuskirjallisuudessa esiintyy korostetun laillisuuden vaatimukseen yhdistyvää pyrkimystä määritellä veronkiertosäännöksen sanamuodon kautta sen soveltamisalan rajat. Varsinkin Wikströmin kirjoituksissa formalistinen tendenssi on vahva. Ks. esim. Wikström 1993 s. 340–341.

mys, kuinka perustelut formuloitiin. Lopputuloksen kannalta hän piti irrelevanttina sitä, ratkaistaanko veronkiertoon puuttuminen normipremissin vai faktapremissin muotoamisen tasolla.¹⁷⁴ KHO:n ratkaisujen perusteluita ei ollut mahdollista tehdä pitemmälle meneviä johtopäätöksiä veronkiertonormin soveltamisessa noudatetuista periaatteista.

Oikeuskäytännön analyysin perusteella Tikka päätyy siihen, että veronkiertonormin soveltamiskriteerit ovat verosta vapautumisen tarkoitus ja tavoitellun veroedun lain ration vastaisuus. Disponointitoimien epätavallisuus tai keinotekoisuus ei ole veronkiertonormin tunnusmerkistökäsitteitä, vaan ulkoinen tosiseikka, josta voidaan tehdä päätelmiä verosta vapautumisen tarkoituksesta.¹⁷⁵ Veronkiertonormin soveltamiseen kuuluu erilaisien näkökohtien punninta eikä normin soveltaminen ole yksiselitteisesti todettavissa sen mukaan, vallitseeko tietty tunnusmerkistö kuvattu asiantila vai ei. Veronkiertotilanteita ei voida yksiselitteisesti tunnistaa enakoitavalla tavalla.

Verosuunnittelun ja veronkierron välinen rajankäynti ei perustu formaaliseen kriteeriin, vaan materiaaliseen harkintaan. Oikeuskäytännössä siviilioikeuden kannalta pätevät toimet eivät ole sitoneet verotusta silloin, kun toimet johtavat lopputulokseen, joka on muiden verovelvollisten kannalta arvioituna kohtuuton. Verovelvollisen valinta-oikeutta joudutaan punnitsemaan suhteessa muihin, yleistä etua ja yhdenvertaisuutta koskeviin näkökohtiin. Tämä tulee esiin Tikan näkemyksessä siitä, että veronkiertonormin soveltaminen edustaa realistista soveltamistapaa, jossa korostuu sääntöjen sijasta arvo- ja tavoitenäkökohdat.¹⁷⁶ Tikan näkemykset ovat samansuuntaiset Aarbakken kanssa. Aarbakken mukaan veronkiertoon puuttumisessa on kysymys reaaliin näkökohtiin nojautuvasta arvoratkaisusta.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Tikka 1972 s. 228–230, 310.

¹⁷⁵ Tikka 1972 s. 311–315. Myöhemmin käyttöönotettua terminologiaa seuraten voidaan sanoa, että verosta vapautumisen tarkoitus ja veroedun oleminen vastoin lain ratiota ovat oikeustositseikkoja, kun taas disponointitoimen epätavallisuus on todistusositseikka eli seikka, josta päätellään oikeustositseikan olemassaolo.

¹⁷⁶ Tikan tutkimuksessa ei tuoda esille yleisten oikeusperiaatteiden roolia veronkiertonormin soveltamistilanteiden analyysissä, missä tulee näkyviin Makkosen torjuva suhtautuminen oikeusperiaatteilla argumentointiin. Makkosen mukaan oikeusperiaatteisiin nojautuminen peittää sen seikan, että ratkaisu perustuu lainsoveltajan omiin arvostuksiin. Oikeusperiaatteiden merkityksestä lainsoveltamisessa alettiin keskustella Ronald Dworkinin oikeusteoriasta saatujen virikkeiden johdosta vasta 1980-luvun puolella, millä oli yhteys oikeusteoreettisen keskustelun kääntymisessä argumentaatioteorian suuntaan.

¹⁷⁷ Aarbakke 1970a s. 3–4. Aarbakken käsitys arvostusten ratkaisevasta merkityksestä lainsoveltamisessa tulee selvästi esiin hänen esitelmästään veronkiertoa käsitelleessä pohjoismaisessa tutkijaseminaarissa. Aarbakke 1976.

Veronkiertonormin soveltamiseen vaikuttavat arvonäkökohdat koskevat yhtäältä yksityisen verovelvollisen oikeutta valita toimintatapansa ja toisaalta verovelvollisten yhdenvertaisuutta. Kilpi tuo esiin nämä näkökohdat erotellessaan subjektiivisen ja objektiivisen katsantotavan. Tikka puolestaan käsittelee kysymyksiä ennakoitavuudesta ja verotuksen yhdenmukaisuudesta. Verosuunnittelun ja veronkierron rajankäynti ilmenee siten kysymyksenä siitä, missä tilanteessa verovelvollisten keskinäisen taloudellisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen on painavampi peruste kuin verotuksen ennakoitavuus. Tikan mukaan yleislausekkeen säätäminen merkitsee sitä, että lainsäätäjät luottaa tuomioistuinten kykyyn painottaa järkevällä tavalla keskenään vaatimukset, jotka kohdistuvat yhtäältä verotuksen taloudelliseen yhdenmukaisuuteen ja toisaalta ratkaisujen ennustettavuuteen.¹⁷⁸ Pragmaattisen lainsoveltamisen kannalta oikeudenmukaisuus- ja yhdenvertaisuusnäkökohtia tarkasteltiin 1970-luvun alussa reaalisina näkökohtina, koska niiden merkitys tuli esiin siinä, oliko ratkaisun lopputulosta pidettävä oikeana suhteessa kyseisiin arvonäkökohtiin.¹⁷⁹

Arvonäkökohtiin perustuvassa argumentoinnissa Summers on tehnyt eron sen mukaan, ovatko arvoperusteet mukana tulevaisuuteen kohdistuvina tavoitteina vai menneisiin tapahtumiin liittyvinä oikeudenmukaisuusarviointeina.¹⁸⁰ Veronkiertotapauksissa reaaliset näkökohdat tulevat siten esille siinä, että arvioidaan saadun veroedun hyväksyttävyyttä oikeudenmukaisuuden kannalta. Ratkaisut eivät perustu tavoitteelliseen argumentointiin suhteessa verovelvollisen oikeudelliseen asemaan. Reaalisten argumenttien huomioon ottaminen ratkaisutoiminnassa ei edellytä päätöksenteon tarkastelua tavoiterationaalisen intressipunninnan näkökulmasta.

Formalistinen oikeudellinen ajattelu tarkastelee oikeudenmukaisuuden toteutumista oikeussuhteen osapuolten kannalta. Oikeudenmukaisuuden toteuttaminen on osapuolten asemaa korjaavaa, sillä siinä yhden osapuolen kärsimä oikeudenloukkaus oikaistaan. Vero-oikeudessa asetelma muodostuu erilaiseksi. Oikeudenmukaisuus koskee ensisijaisesti verotuksen distributiivista oikeudenmukaisuutta, eli sitä, millainen verorasituksen jakaantuminen yhteisössä on moraalisesti hyväksyttävissä. Verolaeilla määritellään poliittisella tasolla lähtökohtatilanne eli ne kriteerit, joiden perusteella verorasituksen pitäisi jakautua. Kysymys oikeudenmukaisuudesta ei koske

¹⁷⁸ Tikka 1972 s. 192.

¹⁷⁹ Oikeudenmukaisuuskäsityksistä reaalisina argumentteina Eckhoff 1987 s. 316–319

¹⁸⁰ Summers 1978 s. 717–720 ja 774–778.

vain oikeussuhteen osapuolia, vaan kaikkia niitä henkilöitä, joiden kesken verorasitus jaetaan.¹⁸¹

Yleensä normin soveltamista voidaan pitää kyseenalaisena siinä tapauksessa, että lopputulos on ristiriidassa normin oletetun tarkoituksen kanssa tai lopputulos on muutoin arvioitavissa kohtuuttomaksi. Tikka puhuu veronormin soveltamisen ei-toivottavista seuraamuksista. Verovelvolliset vaativat verotuksessa noudatettavaksi tulkintaa, jota ehkä voidaan perustella lain sanamuodolla, muttei lain tavoitteilla, ja jonka perustana olevat veronminimointitoimet saattavat vaikuttaa varsin keinotekoisilta. Lainsäätäjän tarkoitukselle vieraiden veronsäästämismahdollisuuksien olemassaolo voi puolestaan loukata muiden verovelvollisten yhdenvertaisuuteen ja verotuksen yhdenmukaisuuteen kohdistuvia odotuksia.¹⁸²

Tikka käyttää väitöskirjassaan ilmausta yhdenmukaisuus, jonka yksi merkitys on vaatimus siitä, että samankaltaisia tapauksia on arvosteltava oikeudellisesti samalla tavalla. Tikan mukaan tämän tapaiset odotukset kohdistuvat erityisen voimakkaana verolain soveltamiseen, koska vero-oikeudelliset normit mielletään verorasituksen jakaantumismormeiksi. Tulkintatasolla maksimi voi saada merkitystä vasta, kun ryhdytään käyttämään jotakin samanlaisuuden kriteeriä, jollaisena tulee kysymykseen tapauksen taloudellinen samankaltaisuus.¹⁸³ Jakaantumismormiajattelussa Tikka nojautuu selvästi Kilpeen.

Jakaantumismormin idea pyrkii tavoittamaan verolaille ominaisen normatiivisen vaikutuksen. Tikan mukaan veronormi liittyy taloudelliseen toimintaan velvollisuuden osallistua julkisten menojen kattamiseen.¹⁸⁴ Jakaantumismormin oikeudellinen vaikutus on siinä, että kunkin vuoden verorasitus jaetaan verovelvollisten kesken siten, että taloudellisesti samassa asemassa olevat verovelvolliset tulevat samanlaiseen asemaan.¹⁸⁵ Kilven ajattelussa voidaan yleisellä tasolla nähdä liittyviä institutionaaliseen oikeudenmukaisuusteoriaan, varsinkin John Rawlsin reiluuden periaatteeseen (*principle of fairness*). Vero-oikeudellisesti reiluuden periaatteella

¹⁸¹ Formalismin ja oikeudenmukaisuusajattelun suhteesta ks. *Weinrib* 2010 s. 332–333. Weinribin analyysi nojautuu Aristoteleen tekemiin käsite-erotteluihin Nikomakhoksen etiikassa. Tarkemmin *Weinrib* 1989, passim.

¹⁸² *Tikka* 1972 s.154–156.

¹⁸³ *Tikka* 1972 s. 83–84.

¹⁸⁴ *Tikka* 1998b s. 73.

¹⁸⁵ *Kilpi* 1952 s. 7, 10, 14 ja 133–134. Kilven vero-oikeudellisen ajattelun lähtökohta on käsitys verolaista jakaantumismormina, jonka hän esitti ensimmäisen kerran jo väitöskirjassaan vuonna 1952. Ajatusmuodon kantavuutta osoittaa se, että vuonna 1989 Kilpi edelleen tarkasteli verotuksen luonnetta lähtien siitä, että verolaki on jakaantumismormi.

tarkoitetaan sitä, että henkilöllä on moraalinen velvollisuus osallistua julkisten menojen rahoittamiseen maksamalla veronsa, koska hän hyötyy siitä, että muut maksavat osansa. Velvollisuus kohdistuu siten toisiin verovelvollisiin eikä veronsaajiin. Periaatteen voidaan katsoa edellyttävän myös, että henkilö välttää sellaisia toimenpiteitä, joilla hän voi alentaa verotaakkaansa suhteessa muihin samassa asemassa oleviin nähden.¹⁸⁶ Reilun periaate muodostaa siten moraalisen vastapainon yksityisautonomian periaatteelle.

Tikan mukaan yleislauseke antaa oikeudellisen perusteen taloudellisen yhdenmukaisuuden huomioon ottamiseksi verotuksessa. Veronkiertotilanteissa pyritään taloudellista yhdenmukaisuutta toteuttaviin ratkaisuihin: taloudellisesti samanlaisia tapauksia on oikeudellisesti arvostettava samalla tavoin.¹⁸⁷ Veronkiertonormin legitimitetti on siten viime kädessä vero-oikeudellisen distribuution oikeudenmukaisuuden varmistamisessa. Kyse on erilaisesta moraalista lähtökohdasta kuin rikos- ja siviilioikeudessa.¹⁸⁸ Vaikka veronkierto ei ole rikosoikeudellisesti rangaistavaa, voi veronkierto silti olla moraalisesti väärin. Siviilioikeudellisen sääntelyn kannalta päteillä järjestelyillä ei voida muuttaa vero-oikeudellisten lakien mukaista verorasituksen jakautumisen järjestystä. Veronkierron hyväksikäyttäminen loukkaa niitä verovelvollisia, joilla ei ole mahdollisuutta itse käyttää vastaavia etuja hyväkseen. Veronkierrossa katsotaan olevan kyse perusteettomien etujen hankkimisesta verotuksessa. Tälle lähtökohdalle voidaan antaa merkitystä myös argumentaation näkökulmasta: erilaista kohtelua vaativalla täytyy olla hyväksyttävät perustelut vaatimukselleen. Erilaisen kohtelun perusteita joudutaan hakemaan niistä normeista, joiden soveltamiseen edut liittyvät, kuten yhtymäverotusta tai luovutusvoittoverotusta koskevista säännöksistä. Niiden tulkinnan kautta voidaan täsmentää, milloin on kyse normin vastaisesta veroedun tavoittelusta. Veroetuun puuttumisen tulee olla oikeassa suhteessa normin tavoitteisiin.

¹⁸⁶ *Hemels* 2014 s. 1–9. Hemels nojautuu vero-oikeudellisen reiluperiaatteen kehittäessä vahvasti John Rawlsin oikeudenmukaisuusteoriaan, joka perusajatukset tämä esitti jo vuonna 1958 artikkelissaan *Justice as Fairness*. *Rawls* 1958, passim.

¹⁸⁷ *Tikka* 1972 s. 83–84, 189–190, 218, 322–323.

¹⁸⁸ Prebblet ovat katsoneet, että yksikään veronkierron moraalista hyväksyttävyyttä koskevista argumenteista ei ole pätevä. *Prebble – Prebble* 2010 s. 719–736.

10 ENNAKOITAVUUS JA OIKEUSTURVA VERONKIERTONORMIN SOVELTAMISESSA

Kansainvälisessä keskustelussa veronkiertoa koskevista lainsäädännöllisistä yleislausekkeista keskeisessä asemassa on kysymys siitä, onko yleislauseke yhteensopiva oikeusvaltioperiaatteiden, erityisesti oikeusvarmuuden periaatteen kanssa.¹⁸⁹ Tämänasuuntaista kritiikkiä esittivät Suomessa jo 1960-luvulla Rekola, Andersson ja Voipio. Verotuslain 56 §:n toista lausetta esitettiin jopa kumottavaksi liian yleisluonteisena. Ruotsissa oikeusturvapäätökset nähtiin niin painaviksi, ettei pidetty mahdollisena säätää verokiertoa koskevaa yleislauseketta.¹⁹⁰ Tikan väitöskirjassa kysymys veronkiertonormin ja oikeusturvan suhteesta jäi sivuun, mutta Tikka palasi kysymykseen myöhemmin eräissä artikkeleissaan, jotka täydentävät väitöskirjassa esitettyjä tulkintoja ja liittävät tulkinnan laajempaan yhteyteen.

Vero-oikeudessa oikeusturvaa tarkastellaan yleensä ennakoitavuutena, oikeusvarmuutena. Ennakoitavuus on oikeudelliseen formalismiin kytkeytyvä arvo. Verovelvollisella tulee olla mahdollisuus ennakoida taloudellisten toimenpiteidensä veroseuraamukset. Tällainen ennakoitavuus edellyttää, että oikeudelliseen tulkinnassa otetaan huomioon yleisenä tavoitteena oikeusvarmuus ja että lakia soveltavien organien tulkintatapa on jokseenkin yhdenmukainen.¹⁹¹

Realistisen lähestymistavan mukaisesti Tikka tarkasteli veronkiertonormin soveltamista sen kannalta, millainen merkitys normin soveltamiskäytännöllä oli verovelvolliselle. Tikan näkemykset ovat samansuuntaisia kuin Kilven, jonka mukaan veronkiertosäännöksen aiheuttaman oikeusepävarmuuden olemassaolo on tarpeellista veronsaajan kannalta, jotta veronkiertoyrityksiin ei helpolla ryhdyttäisi.¹⁹² Kilpi katsoi, että veronkiertonormin ominaisuuksiin kuuluu mahdollisuus ennakoimattomiin sovellutuksiin. Verovelvollisen oikeusturva ei ole veronkiertotilanteissa vahva, mutta ve-

¹⁸⁹ Veronkiertoa koskevasta yleislausekkeesta oikeusvaltioteorian kannalta ks. *Prebble – Prebble* 2010, passim.

¹⁹⁰ Ruotsissa ennakoitavuuteen liittyvät epäilyt muodostivat aluksi esteen yleislausekkeen säätämiseksi. Vuonna 1963 mietintönsä jättänyt komitea katsoi, että yleislauseke johtaisi laajaan epävarmuuteen. Sen paremmin verovelvolliset kuin veroviranomaiset eivät voisi varmuudella osoittaa, mikä on sallittua ja mikä ei, mitä epävarmuutta ei voisi oikeuskäytännön kautta poistaa. SOU 1963:52 s. 98–99.

¹⁹¹ *Tikka* 1972 s. 81–83.

¹⁹² *Kilpi* 1970 s. 301.

rovelvollinen voi toisaalta pidättäytyä ryhtymästä toimeen, joka tuottaa veronalaisuuden.¹⁹³

Tikan tutkimuksessa nämä Kilven esittämät näkökohdat omaksuttiin osaksi uuden tulkinnan perusteluja, mutta Tikka ei lähemmin kehitellyt niiden merkitystä rovelvollisen oikeusturvan kannalta.¹⁹⁴ Vasta myöhemmässä tuotannossaan Tikka rakensi kuvan veronkiertonormin reaalista vaikutuksista rovelvollisen kannalta seuraavasti:¹⁹⁵

”VerL 56 luo yksityisoikeudellisesti pätevien veronminimointitoimien kenttään epävarmuusalueen, jonka piirissä rovelvollinen ei voi olla varma siitä, että hänen sanamuodonmukaiseen, formalistiseen tulkintaan perustuva ratkaisuvaatimuksensa tulisi verotuksessa hyväksytyksi, vaan verotuksen toimittaja voi omaksua realistisen, taloudellista lopputulosta paremmin vastaavan tulkinnan.”

Veronkiertonormin soveltamiseen liittyvä epävarmuus johtui viime kädessä normin tulkinnan dynaamisuudesta. Veronkiertonormille ei ole muodostunut vakiintunutta tulkintaa, vaan tulkinta oli oikeuskäytännön kautta avautunut uudelleen ja alkanut kehittyä. Tästä on selvä esimerkki päätös KHO 1961 I 18. Veronkiertosäännöksen arvostelijat näkivät ongelmana mahdollisuuden uusilla tulkinnoilla puuttua veronkiertoyrityksiin, kun taas Tikan ja Kilven tulkinnan mukaan tämä dynaamisuus oli olennainen osa veronkiertonormin soveltamista; yrityksiin saada kohtuuttomia veroetuja muiden rovelvollisten kustannuksella tuli puuttua taloudellisen yhdenvertaisuuden nimessä.

Oikeudellisessa ajattelussa tapahtunut formalistisen piirteiden korostuminen uudelleen 1970-luvun lopulla ilmeni myös oikeusturvapainotuksissa. Aarnio omaksui oikeusteoriaansa perustaksi oikeusturvaodotuksen käsitteen. Aarnion mukaan oikeusturva on oikeusvaltiossa elävän yksilön perustaviin kuuluva, viranomaiskoneistoon kohdistuva odotus. Oikeusturvassa on muodollinen ja aineellinen puolensa. Muodollinen oikeusturva merkitsee vaatimusta mielivallan välttämisestä ja siten painottaa lain soveltamisen yhdenmukaisuutta ja ennakoitavuutta, kun taas aineellinen oikeusturva kytkeytyy päätöksenteon lopputulokseen ja merkitsee lainsoveltami-

¹⁹³ *Kilpi* 1977 s. 201.

¹⁹⁴ *Tikka* 1972 s. 154–155, 211–213 ja 321–322. Tikan väitöskirjassa veronkiertonormin luoma epävarmuusalue jää muutamien mainintojen varaan.

¹⁹⁵ *Tikka* 1981 s. 70. Myöhemmissä kirjoituksissa kysymys epävarmuusalueen merkityksestä nousee keskeisemmäksi osaksi argumentaatiota.

sen moraalista hyväksyttävyyttä, kohtuutta.¹⁹⁶ Vero-oikeudessa formalismi merkitsi muodollisen oikeusturvan korostamista, kun taas realismi heijastaa selkeästi vaatimusta aineellisen oikeusturvan toteuttamisesta.

Tikan tulkinnassa oikeusturvasta verotuksessa on pyritty ottamaan huomioon sekä muodolliset että aineelliset näkökohdat. Tikan mukaan oikeusturvavaatimus on normatiivinen odotus siitä, että ratkaisu veroasiassa on varmuudella tai suurella todennäköisyydellä oikea eli lainmukainen, että verovelvollinen on voinut ennakoita tämän ratkaisun sekä että verovelvollinen voi myös muutoin katsoa tulleensa asianmukaisesti kohdelluksi verotuksessa. Ratkaisujen ennakoitavuus on oikeusturvatekijä. Veronkiertosäännös on muotoilultaan varsin epämääräinen eikä tyydytä erityisen hyvin vaatimusta ennakoitavuudesta. Oikeusturvan toteutumista ei voida tarkastella yksinomaan ratkaisujen ennakoitavuuden perusteella, vaan verolain soveltamisessa tulee ottaa huomioon myös yhdenvertaisuusvaatimus. Yhdenvertaisuus- ja ennakoitavuusvaatimukset voivat veronkiertotapauksissa joutua ristiriitaan.¹⁹⁷ Punnittaessa näitä vaatimuksia keskenään tulee ottaa huomioon, ettei tarkoituksena ole suosia sitä, joka tasapainoilee lain soveltamisalan ulkoreunalla. Tikan mukaan sillä, joka pyrkii saamaan perusteettomia veroetuja, ei ole samaa ennakoitavuuden intressiä verotuksessa kuin verosuunnittelijalla, joka käyttää lain tarkoitusta vastaavia vaihtoehtoja.¹⁹⁸

”I Finland förefaller åsikten, att de skattsskyldige som planerar avantgardistiska skattekringgåendeoperationer inte har grundat intresse att vänta sig full förutsebarhet beträffande de skatteavgörandena, att ha rätt mycket stöd.”

¹⁹⁶ *Aarnio* 1982 s. 15–16. Aarnio esitti kehittyneessä muodossa ajatuksensa oikeusturvaodotuksen merkityksestä oikeudellisessa ajattelussa ensimmäisen kerran kirjassa *Oikeussäännösten tulkinnasta* (1982). Aarnion ajattelussa tärkeän, kulttuuriin rakennetun aineellisen oikeusturvaodotuksen idea on löydettävissä jo hänen teoksestaan *Oikeudellisen ajattelun perusteet* (1971). Aarnio kirjoitti varhaisessa teoksessaan siitä, että vetoaminen reaaliin argumentteihin on tapa käyttää kulttuuritraditiota päätöksenteossa. Päätöksenteossa nojaututaan järkevyyden ja kohtuuden vaatimuksiin, jotka ovat kulttuuritradition asettamia. Kulttuuritraditio merkitsee normatiivista mittaa sille, mitkä seuraamukset ovat relevantteja ja mikä painotus niille annetaan suhteessa toisiinsa. *Aarnio* 1971 s. 100.

¹⁹⁷ *Tikka* 1983 s. 8–17. Oikeusturvaa verotuksessa Tikka käsittelee laajasti vuonna 1982 pohjoismaisessa seminaarissa pidetyissä esitelmissään ”*Vad avses med rättsäkerheten i beskattningen*” ja ”*Förutsebarheten i beskattningen*”. Esitelmissä näkyy jo Aarnion argumentaatioteoriaan nojautuvan oikeusturva-ajattelun piirteitä.

¹⁹⁸ *Tikka* 1983 s. 99 ja 115, sekä s. 363.

Veronkiertonormin soveltamistilanteita ei voida siten tarkastella vain ennakoitavuuden kannalta, vaan myös lopputuloksen hyväksyttävyyden kannalta: onko veroedun saavuttaminen tietyn järjestelyn kautta kohtuullista ja järkevää. Ennakoitavuuden merkitystä on punnittava tapauskohtaisesti eikä verolain tulkintaa yleisesti sitovana periaatteena.¹⁹⁹ Vero-oikeudellisen sääntelyn kannalta realistinen ajattelu merkitsi aineellisen oikeusturvan toteutumista. Vero-oikeudessa oikeusturvaodotus ei rajoitu vain siihen, voiko yksittäinen verovelvollinen vedota verolain sanamuotoon saadakseen haluamansa veroedun, vaan myös kysymykseen reilun periaatteen täyttymisestä. Vero-oikeudellinen realismi voitiin 1980-luvulla sovittaa oikeusteorian uuteen aaltoon, koska molemmissa tulkintaratkaisut lukittiin viime kädessä yhteiskunnallisiin arvostuksiin.

11 KOKOAVIA NÄKÖKOHTIA

Veronkiertonormista käyty oikeustieteellinen keskustelu on ollut alusta pitäen keskustelua normin tulkinnasta oikeuskäytännössä. Veronkiertonormin tulkinnassa keskeisen oikeuslähteen muodostaa oikeuskäytäntö, ja normin herättämä runsas vero-oikeudellinen mielenkiinto palautuu viime kädessä oikeuskäytännön kautta tapahtuviin muutoksiin. Oikeuskäytännön tulkinta oli ongelmallista, koska ratkaisujen suppeat perustelut eivät avanneet yleisemmällä tasolla päätöksentekijöiden ratkaisupremissejä. KHO ei tehnyt avoimesti perusteltuja ennakkopäätöksiä, vaan ratkaisukäytäntöä voitiin tulkita vapaasti verotuskäytännössä.

Keskustelun lähtökohtana olivat erilaiset näkemykset veronkiertonormin oikeasta tulkinnasta vero-oikeuden tutkijoiden ja KHO:n kesken. Oikeuskäytännön kehitys ei ole kulkenut vero-oikeudellisen tutkimuksen esittämien kannanottojen mukaan. Näkemuserot henkilöityivät Aarne Rekolan ja Lassi Kilpeen. Veronkiertonormista kirjoitetut Voipion ja Tikan väitöskirjat asettuvat kiistan eri puolille, Voipio Rekolan ja Tikka Kilven näkemysten puolelle. Suhde KHO:n oikeuskäytäntöön on väitöskirjoissa erilainen. Voipio ei rekisteröinyt oikeuskäytännön muutosta 1960-luvulla, vaan piti kiinni Rekolan vakiinnuttamasta formalistisesta tulkinnasta. Tikan työssä puolestaan uusi oikeuskäytäntö otettiin teoreettisesti haltuun ja esitettiin tätä käytäntöä mukaileva uusi konstruktio veronkiertonormista. Tikan ja Kilven käsitysten keskinäinen suhde ei näyttäydä selväpiirteisesti.

¹⁹⁹ *Vapaavuori* 1987 s. 322.

Kilpi ei suoranaisesti ottanut kantaa Tikan tulkintaan, mutta ei asettanut Tikan tulkintaa myöskään kyseenalaiseksi. Toisaalta vaikuttaa selvältä, ettei myöskään Tikka omassa tutkimuksessaan enemmälti nojautunut Kilven käsityksiin. Tikan väitöskirja merkitsi myös 1960-luvulla alkaneen aktiivisen vero-oikeudellisen tutkimusjakson päättymistä. Uudet tutkijat nousivat esiin vasta 1980-luvun puolella.²⁰⁰

Tikan tutkimuksen teoreettiset sidonnaisuudet liittyivät 1970-luvun alun oikeusteoreettiseen keskusteluun, jossa nostettiin esille päätöksentekijän arvostusten merkitys ratkaisutoiminnassa. Realistinen tulkinta oli reaalisten argumenttien käyttämisestä vero-oikeudellisessa tulkinnassa. Reaalisista argumenteista tärkein oli taloudellinen yhdenmukaisuus verovelvollisten kesken. Vuosikymmenen loppua kohden lainsäädännön merkitys oikeuslähteenä palasi keskeiseen asemaan oikeudellisen argumentaation teoriasa. Aarnio korosti kirjoituksissaan oikeudellisen päätöksenteon sidonnaisuutta lakiin ja torjui käsityksen siitä, että päätöksenteossa arvostuksilla voisi olla ratkaiseva asema.²⁰¹ Ympyrä oli sulkeutunut. Oikeusteorian palaaminen perinteisille urille teki tilaa formalististen painotusten nousulle.

Tikan väitöskirjassa esitetty tulkinta antoi yhden mahdollisen oikeustieteellisen konstruktion KHO:n ratkaisukäytännön taustalla oleville ajatuskuluille. Samalla Tikan väitöskirja antoi legitimitetin KHO:n aktiiviselle ratkaisulinjalle veronkiertokäytännöissä. Tämän jälkeen oikeustieteellisessä keskustelussa KHO:n realistista linjaa ei enää kyseenalaistettu. Omaksuttu uusi tulkinta verotuslain 56 §:stä avasi mahdollisuuden veronkiertonormin laajamittaiseen käyttöön 1970- ja 1980-luvuilla. Laadullisesti veronkiertonormin käyttöala laajeni samanaikaisesti. Tulkinnan äärimmäiset rajat saavutettiin ja ylitettiin siten yhä uudelleen ja uudelleen.

Vuonna 1974 tapahtunut verotuslain 56 §:n täydentämistä koskevan esityksen käsittely sisälsi tavallaan lainsäätäjän myönteisen kannanoton lainkohdan uuteen tulkintakäytäntöön. Lähtökohtana uudelle momentille oli

²⁰⁰ Tikan lisäksi 1970-luvulla väitteli Olli J. Sainio. Tulevista vero-oikeuden professoreista väitteli vuonna 1983 Heikki Niskakangas, Esko Linnakangas väitteli vuonna 1984 ja Matti Myrsky vuonna 1988. Muita väittelöitä olivat Pauli K. Mattila (1984) ja Esa Aalto (1988). Turussa vero-oikeuden professorina pitkään toiminut Kauko Wikström väitteli vuonna 1979 yleisen oikeusteorian alalta. Hänen vero-oikeudellinen tuotantonsa alkoi vasta 1980-luvulla.

²⁰¹ Aarnio 1982 s. 134–135. Klami kehitti 1970-luvulla omaa finalistista oikeusteoriaansa, jossa pyrittiin korostamaan tavoitteellisten eli finaalistien argumenttien asemaa oikeudellisessa päätöksenteossa (Klami 1979). Klamin kehelmä jäi luonnosmaiseksi sääntöperusteisen argumentaatiomallin kritiikiksi. Aarnion oikeuslähteopissa reaalisille argumenteille annettiin rooli ns. sallittuina argumentteina. Aarnio 1982 s. 96.

tulo- ja varallisuusverolain hyväksymiseen liitetty eduskunnan ponsi.²⁰² Yhtymäverotusta koskevien säännösten käsittely eduskunnassa osoitti, ettei ollut valmiutta siihen, että aineellisten säännösten tasolla olisi pyritty estämään veronkiertoa, vaan tältä osin turvaututtiin veronkiertonormin yleisenä sulkusäännöksenä. Veropoliittinen ongelma jätettiin lain tasolla ratkaisematta, ja käytännössä ilmenneet epäkohdat jäivät ratkaistavaksi KHO:n oikeuskäytännön mukaisesti. Kysymyksessä oli siten osaksi lainsäätäjän tietoinen valinta, kuten yhtymäverotuksen kohdalla. Sen ohjaaminen, miten veronkierto estetään yhtymien avulla verotuskäytännössä, lankeksi tulo- ja varallisuusverolain voimaantumisen jälkeen KHO:lle, joka jatkoi jo 1970-luvun alussa vakiintunutta oikeuskäytäntöään. Veronkiertonormin soveltamiskäytäntö yhtymäverotuksessa muodostui laajaksi ennen kuin yhtymäverotus uudistettiin kokonaisuudessaan.²⁰³

Oikeuskäytäntö saattoi laajentaa veronkiertonormin tavanomaisoikeudellista tulkintaa tavalla, joka ei ollut ennakoitavissa. Kysymys tulonhankkimistoiminnan harjoittamisesta osakeyhtiömuodossa muodosti yhden verotuslain 56 §:n viimeisistä suurista soveltamisalan laajennuksista.²⁰⁴ KHO hyväksyi periaatteen, jonka mukaan yhtiön tulo voidaan katsoa yhtiön osakkeen omistajan ammattituloksi. Ratkaisujen perustelut olivat perinteiseen tapaan suppeat. Miniosakeyhtiöratkaisujen perusteluissa selostetaan vain kyseiseen tapaukseen liittyviä tosiseikkoja. Kilven mukaan ratkaisuja ei koettu KHO:ssa millään tavalla käänteentekeviksi kannanmuutoksiksi. Ratkaisut muodostivat vain yhden renkaan vallitsevassa oikeuskäytännössä.²⁰⁵

KHO:n vahva toimintakausi verolainsäädännön tulkitsijana liittyy nimenomaan kauteen 1960–1990. Sitä voisi kutsua vero-oikeudellisen realismin ajaksi. Vasta 1980-luvun lopulla toteutettiin verouudistuksia, joilla selvitettiin pahimmat ongelmaryhmät yhtymä- ja luovutusvoittoverotuksessa. Tällöin oltiin jo siirtymässä avoimen kilpailutalouden kauteen. Viimeiset suuret veronkiertonormin soveltamisratkaisut KHO teki taseyhtiö-

²⁰² TVL:n säätämisen yhteydessä oli ollut tarkoitus luopua yhtymien verottamisesta erillisinä verovelvollisina. Näin ei tapahtunut, mutta päätökseen sisältyi ponsi, joka oli suunnattu henkilöyhtiöiden kautta tapahtuvaa veronkiertämistä vastaan. Hallituksen tuli antaa esitys verotuslain 56 §:n muuttamiseksi siten, että säännös antaa veroviranomaiselle nykyistä paremmat mahdollisuudet, esimerkiksi verovelvollisen näyttövelvollisuutta laajentamalla, puuttua verotuksessa sellaisiin tapauksiin, joissa henkilöyhtiön perustamisen tai muun järjestelyn ei voitu katsoa johtuneen selvästi liiketaloudellisista syistä, vaan joissa yhtiö oli ilmeisesti perustettu tai järjestelyyn ryhdytty veroetujen saamiseksi.

²⁰³ Ks. Yritysverotuksen uudistamistoimikunnan mietintö (KM 1987:39).

²⁰⁴ Miniosakeyhtiöratkaisusta *Myrsky* 1989, passim.

²⁰⁵ *Kilpi* 1988 s. 110.

jutuissa. Tikka totesi taseyhtiöratkaisujen osalta, että ratkaisut ovat pikeminkin merkinä säännösten antaman liikkumavaran äärirajasta kuin tienviittana uuteen realismia korostavaan tulkintakulttuuriin.²⁰⁶ Veronkiertonormia alettiin tarkastella uudelleen kriittisestä näkökulmasta. Samalla korostettiin normin ongelmallisuutta oikeusturvan kannalta.²⁰⁷ Nykyisin yleisen veronkiertonormin on arvioitu menettäneen merkitystään oikeuskäytännössä.²⁰⁸ Toisaalta formalistiset näkemykset ovat saaneet vero-oikeudessa entistä suuremman painoarvon.

Kansainväliset vertailut veronkiertonormin soveltamisesta eri maissa osoittavat, että lainsäädäntöön perustuvan veronkiertonormin käytännön merkitys veronkierron torjunnassa riippuu viime kädessä tuomioistuinten asenteesta normin soveltamiseen. On maita, joissa veronkiertonormin soveltaminen on käytännössä estetty ylimmän tuomioistuimen oikeuskäytännöllä. Suomessa veronkiertonormin asema vero-oikeudessa ei ole ensisijassa seurausta siitä, että kyseinen veronkiertonormi on lainsäätäjän vahvistama, vaan KHO:n ratkaisukäytännöstä.²⁰⁹ Veronkiertonormia koskeva realistiseen soveltamistapaan perustuva oikeuskäytäntö muistuttaa paradoksaalisesti Norjan oikeutta, jossa veronkiertonormi on kehittynyt yksinomaan oikeuskäytännön kautta. Ruotsissa tilanne on ollut selvästi erilainen kuin Suomessa, koska Ruotsissa tuomioistuinten soveltamiskäytäntö on ollut hyvin formalistinen eikä edellytyksiä veronkiertoon puuttumiseen ilman erillistä veronkiertosäännöstä ole ollut.

Suomessa verolainsäädännön ristiriitaisuus teki mahdolliseksi veronkierron, jonka torjuminen jäi veroviranomaisten ja KHO:n vastuulle. Veronkiertonormin tulkinnan muutos tapahtui oikeuskäytännössä. Lainsäädäntö pysyi ennallaan ja oikeustiede yritti hahmottaa oikeuskäytännön kehityslinjoja. Veronkiertonormin funktio vero-oikeudessa oli KHO:n oikeuskäytännön luomus. Uusi tulkinta ei ollut seurausta yksittäisten päätösten merkityksestä ennakkopäätöksinä. Kilven kannanotoissa järjestelmällisesti vähäteltiin yksittäisten ratkaisujen asemaa oikeuslähteenä. Tätä kuvaa vahvasti perustelutapa, jossa oikeusohje kätettiin tapauksen tosiseikkojen

²⁰⁶ Tikka 1998a s. 14.

²⁰⁷ Verotuksen oikeusturvatyöryhmä näki yleisen veronkiertosäännöksen ongelmallisena legaliteettiperiaatteen ja vallanjaon kannalta. Yleislausekkeen katsottiin vähentävän verotuksen ennustettavuutta ja johtavan prejudikaatiooikeuteen. Verotuksen oikeusturvatyöryhmän muistio TM 36/1997 s. 72–74.

²⁰⁸ Urpilainen 2013 s. 2009–2010.

²⁰⁹ Vuonna 1992 Tikka totesi, että veronkiertoa koskevan yleislausekkeen suuri käytännöllinen merkitys on seurausta KHO:n valitsemasta lausekkeen tulkintalinjasta. Tikka 1992 s. 586.

kuvaukseen. KHO:n ratkaisujen yksittäistapauksellisuuden korostamisen seurauksena KHO:n julkaisemista ratkaisuista ei ollut helppo osoittaa merkittäviä linjaratkaisuja, jotka ilmaisivat prejudikaattinormiksi täsmällisen ratkaisuperiaatteen. Vasta laajemman tapausjoukon perusteella voitiin tulkinallisesti ilmaista ratkaisujen taustalla oleva yleisempi normi.²¹⁰ Oikeuskäytäntö pyrki tällä tavoin luomaan – Kilven sanoin – tavanomaista oikeutta.

Veronkiertonormin uusi tulkinta ajoittuu yhteiskunnan yleisen keskustelukulttuurin muutosvaiheeseen. Julkisessa keskustelussa 1950- ja 1960-luvun alussa ns. moraalitalouden diskurssi painotti viranomais toiminnan moraalisia velvoitteita ja varoitti mielivallasta.²¹¹ Tikan tulkinnassa veronkiertonormin antaa veroviranomaiselle suoraan vallan arvioida verovelvollisten toimien hyväksyttävyyttä. Vielä 1960-luvun vaihteen keskusteluissa tätä oli pidetty suoranaisena mielivaltana, koska laki ei asettanut mitään kriteerejä verovelvollisten toimien arviointia varten. Voipion mukaan silloin ei oltu valmiita pitämään edes mahdollisena selitystä, että verolautakunta saisi monien kiertämisyriytysten joukosta valita ne, joissa oltiin ankaria, ilman että siihen oli mitään yleistä kriteeriä.²¹² Tikan tulkinnan hyväksyminen edellytti siten muutosta suhtautumisessa viranomaisten toimintaan. Veronkiertonormin soveltamisessa oli Tikan tulkinnan mukaan kysymys siitä, miten veroviranomaisten toimin voidaan rajoittaa verovelvollisten harjoittamaa verosuunnittelua.

1960-luvulla syntyi uudenlainen keskustelukulttuuri, jota on kutsuttu suunnittelutalouden diskurssiksi. Hyvinvointivaltion rakentamiseen liittyvä suunnittelutalouden diskurssi painotti julkishallinnollisten organisaatioiden merkitystä yhteiskunnassa.²¹³ Rekolan käsitykset veronkiertonormista olivat 1960-luvun julkisessa keskustelussa väistymässä olevaa moraalitalouden diskurssia, kun taas Tikan tulkinta on selkeästi esimerkki suunnittelutalouden diskurssista. Toisaalta verolainsäädäntöön heijastuivat aikakauden poliittiset ristiriidat, esimerkkinä yhtymäverotuksen keskenjäänyt uudistus 1974. Veropoliittiset ongelmat jätettiin usein lain tasolla

²¹⁰ Yksittäisten KHO:n päätösten merkitys ennakkopäätöksinä oli vaikeasti määriteltävissä. Arvostelussaan Myrskyn ennakkopäätöksiä koskevasta teoksesta Arja Manner kiinnitti huomiota siihen, että Myrskyn teoksessa ei kyetty esittämään yleispäteviä johtopäätöksiä yksittäisten KHO:n ennakkopäätösten sitovuudesta myöhemmässä viranomaiskäytännössä. *Manner* 1992 s. 83.

²¹¹ Käsitteestä moraalitalouden diskurssi. Ks. *Alasuutari* 1996.

²¹² *Voipio* 1974 s. 182.

²¹³ Suunnittelutalouden diskurssista ks. *Alasuutari* 1996.

ratkaisematta ja siirrettiin soveltamiskäytännön ja viime kädessä KHO:n oikeuskäytännön varaan.

Vero-oikeuden realismi 1960-luvulta lähtien oli tulosta oikeudellisen teorian muodostamisen ja KHO:n oikeuskäytännön vuorovaikutuksesta. Oikeuskäytännön asema oikeuslähteenä muuttui 1960-luvulla. Oikeat tulkinnat laintulkintakysymyksiin olivat löydettävissä ylimpien tuomioistuinten käytännöstä. Myöhemmin 1960-luvulla käsitys tuomioistuinten ratkaisutoiminnasta muuttui yleisemminkin. Yhteiskunnallisessa keskustelussa lainkäyttö alettiin nähdä tavoitteellisena toimintana, jossa ratkaisut palvelivat aina tiettyjä yhteiskunnallisia arvoja. Tuomarin asemaan nähtiin liittyvän lainsäätäjälle kuuluvaa valtaa normien luomiseen. Käsitys oli omiaan korostamaan tuomioistuinratkaisujen oikeuslähdearvoa. Tästä näkökulmasta oli mahdollista hyväksyä ajatus siitä, että KHO oli voinut omaksua veronkiertonormista uuden tulkinnan, jota ei voinut perustaa oikeustieteen käsityksiin sen enempää kuin lainsäätäjän tarkoitukseen. Tulkinnan viimekätinen perusta oli KHO:n omassa käsityksessä siitä, miten lainkohtaa tuli tulkita. Oikeaa tulkintaa verotuslain 56 §:stä ei löydetty, vaan KHO antoi tuon merkityksen normille.

LÄHTEET

- Aarbakke, Magnus*, Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem. Lov og Rett 1970, s. 1–24. (1970a)
- Aarbakke, Magnus*, Unreasonable avoidance of legal rules in Norwegian tax law. Scandinavian studies in law 1970, s. 12–33. (1970b)
- Aarbakke, Magnus*, Hvorledes bor domstolene stille sig till omgåelsesproblemerne? Kringgående av skattelag. Rapporter och inlägg vid Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets seminarium om kringgåendeproblemen in nordisk skattelagstiftning i Södertälje i oktober 1975. Stockholm 1976, s. 137–142.
- Aarnio, Aulis*, Kysymyksiä testamenttioikeuden alalta. Vammala 1969.
- Aarnio, Aulis*, Oikeudellisen ajattelun perusteista. Vammala 1971.
- Aarnio, Aulis*, Justifiointi ja selittäminen. Lakimies 1974, s. 305–339.
- Aarnio, Aulis*, Oikeussääntöjen tulkinnasta. Tutkimus lainoillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Helsinki 1982.
- Aarnio, Aulis*, Philosophical perspectives in jurisprudence. Helsinki 1983.
- Aer, Janne*, Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa: hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Jyväskylä 2000.
- Aer, Janne*, Veli Merikoski ja kysymys hallinnollisesta harkintavallasta. Oikeustiede–Jurisprudentia XXXVIII:2005, s. 8–75.
- Aer, Janne*, Pragmaattinen ennakkopäätöskäsitys hallintolainkäytössä. Hallinto ja hallintolainkäyttö. Juhlajulkaisu Heikki Kulla 1950–28/8–2010. Porvoo 2010, s. 177–192.
- Alanen, Aatos*, Yleinen oikeustiede. Porvoo 1948.
- Alanen, Aatos*, Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus. Porvoo 1965.
- Alasuutari, Pentti*, Toinen tasavalta. Suomi 1946–1994. Jyväskylä 1996.
- Andersson, Edward*, Resultatutjämning vid inkomstbeskattningen. Vammala 1962.
- Andersson, Edward*, Osakepääoman alentaminen ja osakkeiden lunastaminen peiteltyinä osingonjakona. Juhlajulkaisu Ilmari Caseliuksen ja Aarne Rekolan 70-vuotispäivänä 25.4.1963. Porvoo 1963, s. 25–37.
- Andersson, Edward*, Kommentar till beskattningslagen. Helsingfors 1967.
- Andersson, Edward*, Verotuslain kommentaari. Vammala 1968.
- Andersson, Edward*, Lausunto väitöskirjasta Jaakko Voipio. Verotuksen kiertämisestä. Lakimies 1969, s. 226–238.
- Andersson, Edward*, EVL ja aikaisempi elinkeinotulon verotusta koskeva oikeuskäytäntö III. Verotus 1969, s. 97–109.
- Andersson, Edward*, Lausunto väitöskirjasta Kari S. Tikka: Veron minimoimisesta. Lakimies 1973, s. 313–323.
- Andersson, Edward*, Verotuslain kommentaari. Toinen täydennetty painos. Vammala 1979.
- Andersson, Edward*, Hur svensk skatterätt påverkat den finska inkomst- och förmögenhetsbeskattningen. Svensk Skattetidning 1985, s. 13–134.
- Andersson, Edward*, Verotuslain kommentaari. Kolmas uudistettu painos. Helsinki 1990.
- Andersson, Edward*, Verotusmenettelylain kommentaari. Jyväskylä 1996.

- Barker, William B.*, The Ideology of Tax Avoidance. *Loyola University Chicago Law Journal* 2009, s. 229–251.
- Bulygin, Eugenio*, On norms of competence. *Law and Philosophy* 1992, s. 201–216.
- Cahiers de droit fiscal international Vol. 50a*. Reports for the 19th International Congress on Financial and Fiscal Law. London, 1965. First subject: The interpretation of tax laws with special reference to form and substance.
- Castren, U. J.*, Siviilioikeudelliset oikeustoimet ja vero-oikeus. *Lakimies* 1950, s. 556–559.
- Delmotte, Charles*, The Right to Autonomy as a Moral Foundation for the Realization Principle in Income Taxation. Bhandari, Monica (ed.), *Philosophical Foundations of Tax Law*. Oxford 2017, s. 281–303.
- Eckhoff, Torstein*, *Rettskildelaere*. 2. reviderete utgave. Otta 1987.
- Eriksson, Lars D.*, Om olika argumentationsmodeller. *Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1979, s. 25–51.
- Evers, Jan*, *Argumentationsanalys för jurister*. Lund 1970.
- Graver, Hans Petter*, Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelaere og utfordringer fremover. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2001, s. 429–476.
- Gunn, Alan*, Tax Avoidance. *Michigan Law Review* 1978, s. 733–767.
- Helmers, Dag*, *Kringgående av skattelag*. Studier i svensk och utländsk beskattningsrätt Uppsala 1956.
- Helin, Markku*, Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Vammala 1988.
- Hemels, Sigrid*, Fairness and Taxation in a Globalized World (February 26, 2015). Saatavissa: <https://ssrn.com/abstract=2570750>.
- Honka, Olavi*, Eräistä yksityisoikeudellisista käsitteistä ja oikeustoimista hallinto-oikeudellisen lainkäytön näkökulmasta. *Lakimies* 1946, s. 57–73.
- Hultqvist, Anders*, *Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen*. Stockholm 1995.
- Ikkala, Olli*, Käyttöomaisuuden arvovähennykset tulo- ja omaisuusverotuksessa. Porvoo 1957.
- Ikkala, Olli*, Luonnolliset vähennykset ja liiketulo. TOL 25 §:n tulkintaa. Porvoo 1962.
- Ikkala, Olli*, Jokunen sana hallintoneuvos Kilven artikkelin johdosta. *Verotus* 1969, s. 117–119.
- Jokela, Antti*, Periaatteellisia näkökohtia oikeuskäytännön merkityksestä. *Lakimies* 1984, s. 189–201.
- Kennedy, Duncan*, Legal formality. *The Journal of Legal Studies* 1973, s. 351–398.
- Kartio, Leena*, Esineoikeuden esine tutkimuspöydällä. Häyhä, Juha (toim.), *Minun metodiini*. Porvoo 1997, s. 110–130.
- Kauppi, Aaro*, Veron määrääminen I. Virheetön veron määrääminen ja sen oikeusvaikutukset. Oulu 1950.
- Kilpi, Lassi*, Ennakkopäätösten merkityksestä verolain tulkinnessa. *Defensor Legis* 1951, s. 86–95.
- Kilpi, Lassi*, Pääomanvähennys. Vero-oikeudellinen tutkimus pääomanvähennyksen suhteesta luonnollisiin vähennyksiin tulo- ja omaisuusverolaissa. Vammala 1952.

- Kilpi, Lassi*, TOL:n mukainen yhtymä. *Lakimies* 1961, s. 670–712.
- Kilpi, Lassi*, Yhteisön ja sen jäsenen kahdenkertainen verotus. Porvoo 1962.
- Kilpi, Lassi*, Kiinteistöverotus. Porvoo 1968. (1968a)
- Kilpi, Lassi*, Oikeustiede ja tuomioistuinkäytäntö. Korkein hallinto-oikeus 1918–1968. Helsinki 1968, s. 93–102. (1968b)
- Kilpi, Lassi*, Uuden verolainsäädännön vaikutuksista vanhojen verolakien tulkintaan. *Verotus* 1969, s. 111–117.
- Kilpi, Lassi*, Eräistä EVL:n mukanaan tuomista laintulkintakysymyksistä. *Verotus* 1970, s. 1–7. (1970a)
- Kilpi, Lassi*, Arvostelu teoksesta Edward Andersson: Verotuslain kommentaari. *Lakimies* 1970, s. 299–301. (1970b)
- Kilpi, Lassi*, Arvostelu teoksesta Jaakko Voipio: Peitelty voitonsiirto ja kunnallisverotus. *Lakimies* 1973, s. 628–634.
- Kilpi, Lassi*, Verotusseuraamusten ennakoimisesta kiinteistöjen ja arvopapereiden kaupassa. Verosuunnittelun mahdollisuuksista. Helsinki 1974, s. 100–117.
- Kilpi, Lassi*, Arvioverotuksesta. *Verotus* 1976, s. 99–114.
- Kilpi, Lassi*, Verovelvollisen oikeusturva verotuksessa. *Defensor Legis* 1977, s. 193–212.
- Kilpi, Lassi*, Oikeustapausselostus. *Lakimies* 1979, s. 182–188.
- Kilpi, Lassi*, Näyttökysymykset arvioverotuksessa. *Verotus* 1980, s. 284–297.
- Kilpi, Lassi*, Ennakkopäätöksistä veroasioissa. *Lakimies* 1983, s. 947–961.
- Kilpi, Lassi*, Tavanomaisesta oikeudesta vero-oikeudessa. Teoksessa Juhlaulkaisu Matti Ylöstalo 1917–4/2–1987. Vammala 1987, s. 217–227. (1987a)
- Kilpi, Lassi*, Verotuslain 56 §:n soveltaminen. *Verotus* 1987, s. 7–17. (1987b)
- Kilpi, Lassi*, Kolme KHO:n huomiota herättänyttä ratkaisua: miniosakeyhtiöt ja henkilöstöanti. *Verotus* 1988, s. 109–115.
- Kilpi, Lassi*, Verosuunnittelun sudenkuopat. *Verotus* 1989, s. 377–390.
- Kilpi, Lassi*, Arvostelu teoksesta Matti Myrsky: Prejudikaattien merkitys verotuksessa. *Lakimies* 1992, s. 449–455.
- Kivikari, Urpo*, Eräitä näkökohtia verosta vapautumisen tarkoituksessa tehdyistä oikeustoimista. *Verotus* 1961, s. 186–188.
- Kjønstad, Asbjørn*, Reelle hensyn som rettskilde. *Festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag*. Oslo 2006, s. 357–382.
- Klami, Hannu Tapani*, Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksenteon ja oikeusnormipropositioiden tavoitteellisesta justifoinnista ja kontrollista. Turku 1979.
- Klami, Hannu Tapani*, Suomen oikeustiedettä 1900-luvulla. Turku 1981.
- Klami, Hannu Tapani*, Ennakkotapausten sitovuudesta Suomen oikeudessa. *Defensor Legis* 1986, s. 159–173.
- Knuutinen, Reijo*, Veron kiertäminen, veronkierto vai verolain kiertäminen – terminologinen tarkastelu. *Verotus* 2014, s. 169–177.
- Knuutinen, Reijo*, Legaliteettiperiaate vero-oikeudessa. *Lakimies* 2015, s. 811–833.
- Kontkanen, Erkki*, Pankin verotus. Tutkimus pankin verotuksesta erityisesti pankkitoiminnan sääntelyn ja verotuksen hallinnollisen ohjauksen näkökulmasta. Jyväskylä 2002.
- Kulla, Heikki*, Pragmatismi hallinto-oikeudessa. *Lakimies* 1999, s. 541–552.

- Laakso, Seppo*, Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta, erityisesti julkisoikeuden alalla. Helsinki 1990.
- Leiter, Brian*, American Legal Realism in Patterson, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Second Edition. Wiley-Blackwell 2010, s. 249–266.
- Lindencrona, Gustav*, Generalrapport angående kringgående av skattelag. Kringgående av skattelag. Rapporter och inlägg vid Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets seminarium om kringgåendeproblemen in nordisk skattelagstiftning i Södertälje i oktober 1975. Stockholm 1976, s. 105–122.
- Ljungman, Seve*, Om skattefordran och skatterestitution. Uppsala 1947.
- Manner, Arja*, Onko vero-oikeus oikeustapausoikeutta – ja mitä siitä seuraa? *Oikeus* 1992, s. 81–84.
- Matsson, Nils*, Kringgåendeproblemet i skatterätten. Förhandlingarna vid det 30 nordiska juristmötet i Oslo 15.–17. august 1984. Del 1, s. 123–141.
- Makkonen, Kaarle*, Toimivalta. Oikeusteoreettinen erittely. *Lakimies* 1964, s. 778–784.
- Makkonen, Kaarle*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus. Vammala 1981.
- Merikoski, Veli*, Vapaa harkinta hallinnossa. Vammala 1968.
- Mäkinen, Paavo*, Valeoikeuden käsittelystä verotuksessa. *Verotus* 1959, s. 89–93.
- Myrsky, Matti*, Tulonhankkimistoiminnasta osakeyhtiömuodossa harjoitettuna. Eräiden KHO:n miniosakeyhtiöitä koskevien ratkaisujen arviointia. *Lakimies* 1989, s. 421–448.
- Myrsky, Matti*, Prejudikaattien merkitys verotuksessa. Helsinki 1991.
- Newonen, Riku*, Tapaoikeus oikeuslähdeopissa. *Lakimies* 2006, s. 405–432.
- Pikkujämsä, Mikko*, Oikeusperiaatteet ja arvonlisäverotus kiinteistöalalla. Jyväskylä 2001.
- Prebble, Rebecca – Prebble, John*, Does the use of general anti-avoidance rules to combat tax avoidance breach principles of the rule of law? A comparative study. *Saint Louis University Law Journal* 2010, s. 21–46.
- Prebble, Zoe M. – Prebble, John*, Comparing the general anti-avoidance of income tax law with the civil law doctrine of abuse of law. *Bulletin for international taxation* 2008, s. 151–170.
- Prebble, Zoe – Prebble, John*, The morality of tax avoidance. *Creighton Law Review* 2010, s. 693–745.
- Rawls, John*, Justice as Fairness. *The Philosophical Review* 1958, s. 164–194.
- Rekola, Aarne*, Tulo- ja omaisuusverolaki. Porvoo 1947.
- Rekola, Aarne*, Osakkeiden lunastaminen ja tuloverotus. *Lakimies* 1953, s. 205–221.
- Rekola, Aarne*, Yhtymän verovelan osakasvastuun toteuttaminen. *Lakimies* 1957, s. 446–485.
- Rekola, Aarne*, Verotus ja yksilön oikeussuoja. Suomen Lakimiesliiton XII lakimiespäivien pöytäkirja. Vammala 1961, s. 11–25.
- Rekola, Aarne*, Beskattningen och individens rättsskydd. Förhandlingarna å det tjuogoandra nordiska juristmötet i Reykjavik den 11–13 augusti 1960. Bilag VI. København 1963.
- Rekola, Esko*, Kunnallisverotuksen pääpiirteet. Toinen painos. Porvoo 1957.
- Rosander, Ulrika*, Generalklausul mot skatteflykt. Jönköping 2007.
- Ross, Alf*, Om ret og retfaerdighet. København 1953.

- Ryynänen, Olli*, Förtäckt dividend i beskattningen. Vammala 1996.
- Saarialho, Aarne*, Ennakkopäätöksestä sekä sen merkityksestä ja noudattamisesta. Korkein hallinto-oikeus 1918–1943. Helsinki 1943, s. 135–165.
- Schauer, Frederick*, Formalism. *The Yale Law Journal* 1987, s. 509–548.
- SOU 1931:40 Betänkande med förslag till ändrade bestämmelser angående beskattning av aktiebolag och andra näringsföretag m.m. Statens offentliga utredningar 1931:40. Stockholm 1931.
- SOU 1963:52 Om åtgärder mot skatteflykt. Statens offentliga utredningar 1963:52. Stockholm 1963.
- SOU 1975:77 Allmän skatteflyktsklausul. Statens offentliga utredningar 1975:77. Stockholm 1975.
- Spaak, Torstein*, Norms that confer competence. *Ratio Juris* 2003, s. 89–104.
- Spaak, Torstein*, Explicating the Concept of Legal Competence. In Hage, Jaap & von der Pfordten, Dietmar (eds.), *Concepts in Law* 2009, s. 67–80.
- Strömberg, Tore*, Om kompetensnormens definition. *Festskrift till Ivar Agge*. Nordstedt 1970, s. 294–304.
- Strömberg, Tore*, Norms of Competence in Scandinavian Jurisprudence in Peczenik, Alexander et al (ed.), *Theory of Legal Science*. Dordrecht 1984, s. 559–570.
- Summers, Robert S.*, Two types of substantive reasons: the core of a theory of common law justification. *Cornell Law Review* 1978, s. 707–788.
- Tikka, Kari S.*, Veron minimoinnista. Tutkimus tulo- tai omaisuusverosta vapautumisen tarkoituksessa tehdyistä toimista lainsoveltamisongelmana erityisesti silmällä pitäen verotuslain 56 §:ää. Vammala 1972.
- Tikka, Kari S.*, Kringgående av skattelag – Finland. Kringgående av skattelag. Rapporten och inlägg vid Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets seminarium om kringgåendeproblemen in nordisk skattelagstiftning i Södertälje i oktober 1975. Stockholm 1976, s. 31–51.
- Tikka, Kari S.*, Veron torjunta, verosuunnittelu, veron kiertäminen, veropako ja verovilppi. *Taloudellinen rikollisuus*. Vammala 1981, s. 58–78
- Tikka, Kari S.*, Onko lainsäätäjän ja korkeimman hallinto-oikeuden välinen tehtävänjako verotuksen sääntelyssä muotoutunut tarkoituksenmukaiseksi? *Juhlajulkaisu Aarne Nuorvala 1912–18/4–1982*. Vammala 1982, s. 272–284.
- Tikka, Kari S.*, Veron kiertämistä ehkäisevä yleislauseke verosuunnittelun mahdollisuuksien rajaajana. *Verosuunnittelun tehtävät ja vaihtoehdot*. Vammala 1983, s. 12–36. (1983a)
- Tikka, Kari S.*, National report: Finland. *Cahiers de droit fiscal international*. Volume LXVIIIa, s. 357–368. (1983b)
- Tikka, Kari S.*, Oikeustieteen tehtävistä verotutkimuksessa. *Lakimies* 1983, s. 1079–1093. (1983c)
- Tikka, Kari S.*, Vad avses med rättssäkerheten i beskattningen. Rättssäkerheten i beskattningen. Rapporten vid Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets seminarium i Helsingfors i oktober 1982. Göteborg 1983, s. 7–21. (1983d)

- Tikka, Kari S.*, Förutsebarheten i beskattningen. Rättssäkerheten i beskattningen. Rapporter vid Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets seminarium i Helsingfors i oktober 1982. Göteborg 1983, s. 89–118. (1983e)
- Tikka, Kari S.*, Om kringgåendeproblemet och skatteflyktsklausulen i den finska inkomstbeskattningen. *Skattenytt* 1992, s. 583–590.
- Tikka, Kari S.*, Anmälan av Anders Hultqvist: Legalitesprincipen vid inkomstbeskattningen. *Skattenytt* 1996, s. 52–58.
- Tikka, Kari S.*, Taseyhtiöjärjestelyt, KHO:n prejudikaatit ja lainsoveltamisen rajat. *Verotus* 1998, s. 4–15. (1998a)
- Tikka, Kari S.*, Legaliteettiperiaatteesta verolain soveltamisessa. *Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta*. Helsinki 1998, s. 71–80. (1998b)
- Tikka, Kari S.*, Ylimääräistä työtä kohtalotovereiden ja mestareiden lähellä. Teoksessa Halila, Heikki – Timonen, Pekka (eds.), *Miten meistä tuli oikeustieteen tohtoreita*. Jyväskylä 2003, s. 138–143.
- Tikka, Kari S.*, Om principer vid tolkning av skattelag. *Skattenytt* 2004, s. 656–663.
- Tolonen, Juha*, Oikeustieteen metodioppia. *Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938–30/8–1998*, s. 323–332. Vammala 1998.
- Tolonen, Juha*, Rättsvetenskapens utveckling i Finland efter kriget. *Retfærd* 2003, s. 51–62.
- Tuori, Kaarlo*, Kaarle Makkonen ja suomalainen hallinto-oikeus in Nuotio, Kimmo (toim.), *Oikeusteoreettisia katkelmia*. Saarijärvi 2003, s. 111–142. (2003a)
- Tuori, Kaarlo*, Tuomarivaltio – uhka vai myytti? *Lakimies* 2003, s. 915–943. (2003b)
- Urpilainen, Matti*, Onko VML 28 §:n veronkiertämistä koskeva yleislauseke menettämässä tehonsa? Minne menet vero-oikeus? *Juhlajulkaisu Raimo Immoselle*. Turku 2013, s. 197–214.
- Vapaavuori, Ahti*, Aukollisen verolain tulkinnasta. *Oikeustiede–Jurisprudentia XX:1987*, s. 279–325.
- Waerzeggers, Christophe – Hillier, Cory*, Introducing a general anti-avoidance rule (GAAR) – Ensuring that a GAAR achieves its purpose. *Tax Law IMF Technical Note 2016/1*, IMF Legal Department.
- Weinrib, Ernest J.*, Aristotle’s Forms of Justice. *Ratio Juris* 1989, s. 211–226.
- Weinrib, Ernest J.*, Legal Formalism in Patterson, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Second Edition. Wiley-Blackwell 2010, s. 327–338.
- Weissbach, David A.*, Formalism in the Tax Law. *University of Chicago Law Review* 1999, s. 860–886.
- Wikström, Kauko*, Valtion tuloveron rakenne. Tutkimus tuloveron rakenteesta ja sen peruspiirteiden historiallisesta kehityksestä. Turku 1985.
- Wikström, Kauko*, Verolakien tulkinnasta. *Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928–5/11–1988*. Turku 1988, s. 281–287.
- Wikström, Kauko*, Verosta säätäminen – verolain tulkinta ja soveltaminen. *Juhlajulkaisu Antero Jyränki 1933–9/8–1993*. Turku 1993, s. 335–343.
- Wikström, Kauko*, Vero-oikeudellisen tutkimuksen erityispiirteitä teoksessa Häyhä, Juha (toim.), *Minun metodini*. Porvoo 1997, s. 330–338.

- Wikström, Kauko*, Sopimus ja neljäs. Omistus, sopimus, vaihdanta. Juhlakirja Leena Kartiolle. Turku 2004, s. 251–259.
- Wikström, Kauko*, Perusoikeudet ja veron kiertäminen. In memoriam Kari S. Tikka 1944–2006. Jyväskylä 2007, s. 450–462.
- Voipio, Jaakko*, Verotuksen kiertämisestä. Luovutustoimien vero-oikeudellisista vaikutuksista erityisesti silmällä pitäen näennäisluovutuksia sekä verovelvollisten yrityksiä määrätä oikeusvaikutuksien syntymisestä. Porvoo 1968.
- Voipio, Jaakko*, Peitelty voitonsiirto ja kunnallisverotus. Helsinki 1971.
- Voipio, Jaakko*, Verosuunnittelun epävarmuustekijät. Verosuunnittelun mahdollisuuksista. Helsinki 1974, s. 178–188.
- Voipio, Jaakko*, Inlägg. Kringgående av skattelag. Rapporter och inlägg vid Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets seminarium om kringgåendeproblemen in nordisk skattelagstiftning i Södertälje i oktober 1975. Stockholm 1976, s. 53–55.
- Voipio, Jaakko*, Lisää liikeverotuksesta. Helsinki 1979.
- Voipio, Jaakko*, Vero-oikeus ja analyttinen siviilioikeus. Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915–14/2–1985. Vammala 1985, s. 321–328.
- Voipio, Jaakko*, Prejudikaatit ovat vain sivutuotteita. Juhlajulkaisu Lassi Kilpi 1920–4/2–1990. Vammala 1989, s. 325–331.

FORMALISM, REALISM AND THE AVOIDANCE OF THE TAX LAW

The Finnish tax law has contained a general anti-avoidance rule (GAAR) since 1943. The focus of this study is the development of the interpretation of GAAR in the case law of the Supreme Administrative court on one hand and in academic research on the other hand. The early interpretation of GAAR was very formalistic. This interpretation was shared by administrative courts and academics. 1960's the case law of the Supreme Administrative Court begin to develop in a way that contradicted the opinions of various academic researchers on tax law. The dissonance remained not until 1972 when Kari S. Tikka presented in his dissertation a new construction on the interpretation of GAAR. Although the construction was against the previous academic opinions, the new construction was accepted. Tikka's interpretation of GAAR explained in adequate manner the case law, and explanation was made according to the theoretical ideas that were highly fashionable at that time.

The theoretical background of the new approach can be found in the discussions of legal theory in Finland in late 1960's and early 1970's. This discussion has very strong realist emphasis that accepted as a fact that courts could make law. This understanding of court practice opened Tikka opportunity make different kind of theoretical construction of the GAAR. The realist position of Tikka made it possible to acknowledge that the content of GAAR in effect was dependable on the case law of the Supreme Administrative Court. In the case law of the Supreme Administrative during 1960's the normative meaning of the Finnish GAAR had been changed. Tikka's main idea was that Finnish GAAR confers tax authorities' power to interfere in tax planning which led unfair benefits to the certain taxpayers. The status of GAAR as a power-conferring norm justified legality of the administrative practice.

Tiitus Hiivanainen

**TUOMION PURKAMINEN
RIKOSASIASSA SYYTETYN
EDUKSI**

Sisällys

1	JOHDANTO	87
1.1	Aluksi	87
1.2	Artikkelin aihe ja rajaukset	89
2	YLIMÄÄRÄINEN MUUTOKSENHAKU	90
2.1	Yleisesti	90
2.2	Ylimääräistä muutoksenhakua koskevasta sääntelystä	93
2.3	Varsinaisten ja ylimääräisten muutoksenhaku- keinojen eroista	95
2.4	Oikeusvoimasta	96
2.4.1	Lähtökohta.....	97
2.4.2	Oikeusvoima rikosprosessissa.....	98
2.4.2.1	Yleisesti	98
2.4.2.2	Oikeusvoimakelpoiset tuomioistuin- ratkaisut	101
2.4.2.3	Rikostuomion oikeusvoimasta eri oikeudenkäyntien välillä.....	102
3	TUOMIONPURUN MUODOLLISET EDELLYTYKSET.....	103
3.1	Purkamisen kohde	103
3.1.1	Tuomioistuimen tekemä pääasiallinen tai muu päätös	103
3.1.2	Eräitä purkamisen kohdetta koskevia tulkintakysymyksiä.....	107
3.2	Lainvoimaisuus tuomion purkamisen edellytyksenä.....	111
3.2.1	Lainvoimaisuudesta.....	111
3.2.2	Tuomioistuinratkaisujen lainvoimaiseksi tulon ajankohta	113
3.3	Kenellä on oikeus hakea tuomionpurkua?.....	114
3.3.1	Yleisesti	114
3.3.2	Rikosasian asianosaiset	116

3.3.3	Viranomaistaho.....	118
3.3.4	Avustajapakko purkumenettelyssä	122
3.4	Purkuintressi.....	125
3.4.1	Yleisesti	125
3.4.2	Armahduksen vaikutus tuomionpurkuun.....	127
4	SYYTETYN EDUKSI TAPAHTUVAN TUOMION- PURUN AINEELLISET EDELLYTYKSET	130
4.1	Yleisesti.....	130
4.2	Rikollinen menettely	131
4.2.1	Säännöksen kattama henkilöpiiri	131
4.2.2	Rangaistavaksi säädetty menettely	133
4.2.3	Rikollisen menettelyn vaikutus jutun lopputulokseen	135
4.2.4	Esteellisyys purkuperusteena Ruotsissa	136
4.3	Väärä todiste.....	137
4.3.1	Väärä asiakirja	138
4.3.2	Väärä eli perätön lausuma	140
4.3.3	Väärän todisteen vaikutus jutun lopputulokseen	143
4.4	Uusi seikka tai todiste	144
4.4.1	Käsitteistä	145
4.4.2	Uutuuskriteeri.....	148
4.4.3	Uuden seikan tai todisteen vaikutus jutun lopputulokseen	150
4.5	Ilmeisesti väärä lain soveltaminen.....	153
4.5.1	Lain käsite	154
4.5.2	Lain soveltamisen ilmeinen virheellisyys	157
5	LOPPUSANAT.....	164
	LÄHTEET	167
	OIKEUSTAPAUKSET	172
	LYHENTEET	173
	REVERSAL OF A FINAL JUDGMENT IN A CRIMINAL CASE TO THE BENEFIT OF THE DEFENDANT	174

Tuomion purkaminen rikosasiassa syytetyn eduksi

1 JOHDANTO

1.1 Aluksi¹

Rikosprosessin tavoitteina on selvittää epäilty rikos ja siihen syöllistynyt henkilö sekä määrätä teosta laissa säädetty rangaistus. Rikosasian oikeudenkäynti tulee järjestää siten, että todennäköisyys asian virheelliseen ratkaisemiseen on mahdollisimman vähäinen.² Pyrkimyksenä on saavuttaa ripeästi aineellisesti oikea ja lopullinen ratkaisu, jotta syyttömät vapautuisivat nopeasti heihin kohdistuneista rikosepäilyistä ja jotta asianmukaisesti syyllisiksi todetut sekä rangaistukseen tuomitut henkilöt joutuisivat viipymättä suorittamaan rangaistustaan.³ Rikosasian oikeudenkäynnissä totuuden saavuttaminen on tärkeässä asemassa. Totuuden selvittämisellä pyritään ensinnäkin rikosvastuun tehokkaaseen toteutumiseen, mutta toisaalta myös siihen, ettei syyttömiä tuomittaisi.⁴ Pidetäänhän väärää langettavaa tuomiota oikeuspoliittisesti paljon kohtalokkaampana kuin väärää vapauttavaa tuomiota.

Oikeudenkäynnissä tavoiteltavaa totuutta voidaan luonnehtia aineelliseksi siinä mielessä, että se perustuu vapaan todistusteorian mukaisesti aineelliseen todistusjärjestelmään. Näin ollen kaikkia jutussa ilmenneitä

* *Tiitus Hiivanainen*, OTM, tutkija, tohtorikoulutettava, Lapin yliopisto

¹ Artikkelij pohjautuu Lapin yliopistossa 2016 hyväksytyyn maisteritutkielmaani, joka on saanut myös Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen oivallisen oikeustieteen maisteritutkielman palkinnon. Kiitän professori *Mikko Vuorenpää*tä kirjoitusta koskevista huomioista sekä kaikesta muustakin avusta. Totean myös, että referee-arvioitsijoiden esittämä palaute on parantanut artikkelia.

² HE 82/1995 vp s. 15–16.

³ *Sutela* DL 2014 s. 315.

⁴ Totuudesta rikosprosessissa ks. *Tirkkonen* 1969 s. 24–25.

seikkoja tulee voida käyttää todisteena ja lopulta tuomioistuin vapaaseen harkintaan nojautuen määrittää todisteiden näyttöarvon. Aineellista totuutta ja oikeutta tavoiteltaessa keskeisimmäksi ongelmaksi muodostuu silti se, mikä yksittäisessä tapauksessa on totuus ja mikä on oikea ratkaisu.⁵

Oikeusturvan takaamiseksi asianosaisilla tulisi olla mahdollisuus saattaa virheelliseksi kokemansa tuomioistuinratkaisut jonkin toisen, arvovaltaisemman tuomioistuimen ratkaistavaksi. Tällaisella muutoksenhakujärjestelmällä on sekä virheitä korjaava että niitä ennaltaehkäisevä vaikutus. Pyrkimyksenä on saavuttaa oikeita ratkaisuja, kun ylempi tuomioistuin tutkii uudelleen alemman oikeusasteen antaman ratkaisun. Muutoksenhakujärjestelmässä vallitsee kuitenkin eräänlainen jännite kahden eri tavoitteen välillä: toisaalta pyritään tekemään oikea ratkaisu, mutta toisaalta pyritään saavuttamaan pikainen oikeusrauha.⁶ Onnistuneen tasapainon löytäminen näiden vastakkaisten pyrkimysten välille on hankalaa. Etenkin rikoslainkäytössä muutoksenhakekeinojen tarkoituksenmukainen järjestäminen on visainen kysymys. Rikosvastuun toteuttamiseen liittyy niin merkittäviä yksityisiä ja julkisia intressejä, että rikosprosessin asianosaisille tulee taata riittävät mahdollisuudet saada väärät tuomiot korjatuiksi. Toisaalta taas syytetyn etu puhuu sen puolesta, että oikeudenkäynti on mahdollisimman nopeasti vietävä lopulliseen päätökseen.

Muutoksenhakujärjestelmästä huolimatta on silti olemassa riski, että myös väärät ratkaisut jäävät lainvoimaisiksi. Kuten kaikessa inhimillisessä toiminnassa, myös lainkäytössä voidaan tehdä virheitä. Tuomioistuimilla ei ole mahdollisuutta saada lainkäyttönsä tueksi täydellistä ja kaiken kattavaa informaatiota. Tämä on seurausta jo siitä tosiasiasta, että vain hyvin harvoin mikään asia on täysin varmaa. Tuomioissa joudutaan tyytymään todennäköisyyksiin, minkä vuoksi oikeudenkäynneissä on mahdollista tavoittaa vain niin sanottu prosessuaalinen totuus eli sellainen lopputulos, joka kulloinkin voimassa olevien menettelysäännösten mukaan on mahdollista saavuttaa.⁷

Väärä tuomio loukkaa aina yksityisen asianosaisen oikeuksia. Varsinkin rikosasioiden osalta väärin perustein annetut tai muuten virheelliset tuomiot ovat syytetyille ja heidän läheisilleen vahingollisia. Langettava tuomio merkitsee usein sitä, että tuomittu menettää vapautensa tai joutuu kärsimään muita seurauksia. Rikollisen leimaa on jälkikäteen vaikea pois-

⁵ Aineellisesta ja prosessuaalisesta totuudesta lähemmin ks. *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 171–175.

⁶ *Tirkkonen* 1972 s. 472.

⁷ *Ervo* 2012 s. 3.

taa. Myös oikeusjärjestyksen kannalta väärä tuomio on haitallinen, koska se merkitsee samalla sitä, että oikeussuojajärjestelmä on epäonnistunut tehtävässään. Väärät ratkaisut voivat joskus myös häiritä vallitsevaa oikeustajua jopa siinä määrin, että ne horjuttavat yleistä luottamusta tuomioistuinlaitokseen.

Tätä taustaa vasten ylimääräisillä muutoksenhakuineilla ja varsinkin tuomionpurkua koskevilla säännöksillä on oikeussuojajärjestelmässä tärkeä merkitys. Jos asiassa ei ole päästy aineellisesti tai menettelyllisesti oikeaan lopputulokseen, eivätkä säännönmukaiset valitustiet ole enää käytävissä, mahdollisuus saada lainvoimainen päätös puretuksi tai poistetuksi on asianosaisen kannalta merkityksellinen tae oikeusturvan toteutumisesta. Ylimääräisiä muutoksenhakuineja voidaan tämän johdosta luonnehtia viimesijaisiksi varoventtiileiksi, joiden avulla selvästi virheelliset tuomioistuinratkaisut saadaan korjatuiksi.

1.2 Artikkelin aihe ja rajaukset

Artikkelin aiheena on tuomion purkaminen rikosasiassa syytetyn eduksi, jota voidaan käytännössä pitää merkittävimpänä ylimääräisen muutoksenhaun muotona. Kirjoituksen tavoitteena on selvittää tuomionpurulle asetettuja muodollisia ja aineellisia edellytyksiä, minkä ohella pyritään valottamaan hieman myös tuomionpurkua koskevien säännösten tarkoitusta ja merkitystä oikeussuojajärjestelmälle. Artikkelin on lainopillinen esitys vallitsevasta oikeustilasta, minkä vuoksi purkusäännösten uudistustarpeisiin ei syvennytä tarkemmin.⁸

Artikkelissa tarkastellaan ensin yleisesti ylimääräisiä muutoksenhakuineja (luku 2). Tässä yhteydessä tehdään lyhyesti selkoa myös prosessi-oikeustieteen keskeisimmästä instituutiosta eli oikeusvoimasta, jonka tarkastelu on aiheen kannalta välttämätöntä. Tämän jälkeen siirrytään tuomionpurun muodollisiin edellytyksiin (luku 3). Tarkastelu kohdistuu tuomionpurun kohderatkaisuihin sekä siihen, kenellä on oikeus vaatia lainvoimaisen ratkaisun purkamista. Käsittelyn kohteena on myös purkamiselle asetettu purkuintressi. Seuraavaksi perehdytään syytetyn eduksi tapahtu-

⁸ On vielä syytä mainita erikseen *Pekka Koposen* laaja teos ”Ylimääräinen muutoksenhaku” vuodelta 2017. Sanotussa teoksessa ylimääräistä muutoksenhakua ja siten myös tuomionpurkua syytetyn eduksi käsitellään yksityiskohtaisesti erityisesti KKO:n näkökulmasta. Kirjassa ylimääräistä muutoksenhakua koskeva KKO:n oikeuskäytäntö on analysoitu perusteellisesti. Ks. tuomion purkamisesta laajemmin *Koponen* 2017 s. 365–639.

van tuomionpurun aineellisiin edellytyksiin (luku 4). Purkamisen aineellisilla edellytyksillä tarkoitetaan oikeudenkäymiskaaren (OK, 4/1734) 31:8:n 1–4 kohdissa (109/1960; 2 kohtaa on muutettu lailla 732/2015) säädettyjä purkuperusteita. Artikkelin päätteeksi esitetään loppuhuomioita (luku 5).

Tarkastelun ulkopuolelle rajataan siviiliprosessissa annetun tuomion purkaminen (OK 31:7, 109/1960) sekä syytetyn vahingoksi koitua tuomionpurku (OK 31:9, 109/1960). Kirjoituksen eräissä kohdissa tarkastellaan vertailun vuoksi kuitenkin jonkin verran myös näitä artikkelin ulkopuolelle rajattuja säännöksiä, jotta käsillä olevaa aihetta voitaisiin havainnollistaa useasta eri näkökulmasta.

Käsittelyä vaille jäävät myös tuomionpurun erityistilanteet. Esityksessä ei käsitellä menettämisseuraamus- eli konfiskaatio tuomion purkamista syytetyn eduksi (OK 31:8a, 360/2003) eikä tämän vahingoksi (OK 31:9c, 1290/2003). Myös yhtenäisrangaistuksen purkaminen (OK 31:9a, 755/1997), luovutustuomion purkaminen (OK 31:9b, 1290/2003) sekä henkilörehdyspurku (OK 31:11, 109/1960) jäävät tarkastelun ulkopuolelle. Kirjoituksen ulkopuolelle rajataan vielä purkamista koskeva adheesiosäännös (OK 31:15, 360/2003), jonka nojalla voidaan purkaa myös yksityisoikeudellista korvausvaatimusta koskeva tuomion osa, mikäli rikostuomio puretaan rangaistusvaatimusta tai menettämiskaatimusta koskevalta osalta.⁹ Artikkelissa ei perehdytä myöskään purkumenettelyyn eli purkuhakemuksen käsittelyyn korkeimmassa oikeudessa.

2 YLIMÄÄRÄINEN MUUTOKSENHAKU

2.1 Yleisesti

Ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja ovat tuomiovirhekantelu, tuomion purkaminen ja menetetyt määräajan palauttaminen. Niistä säädetään OK 31 luvussa ja ne ovat poikkeustilanteita koskevia ja viimekätisiä oikeustur-

⁹ OK 31:15 on merkittävä säännös, sillä tuomionpurun menestymisen edellytykset poikkeavat riita- ja rikosasioiden osalta toisistaan. Ei siis ole yhdentekevää, haetaanko rikosasiassa annetun korvaustuomion purkamista rikostuomion purkamisen yhteydessä vaiko erikseen OK 31:7.1:n nojalla. Lisäksi on hyvä panna merkille, että syytetyn eduksi tapahtuvalle tuomionpurulle ei ole laissa säädetty mitään määräaika. Tämän vuoksi OK 31:15:n soveltaminen tarkoittaa myös sitä, että rikokseen perustuva vahingonkorvausvaatimus voidaan purkaa ilman määräaika. Ks. *Lappalainen* 1986 s. 506–507 ja *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 153–154.

vakeinoja, joihin turvautuminen on tarkoin rajattu. Ylimääräisen muutoksenhaun perusteena ovat ensisijaisesti vakavat virheet. Ylimääräisten muutoksenhakukeinojen käyttäminen on mahdollista vasta sen jälkeen, kun varsinaiselle muutoksenhauille varattu määräaika on kulunut umpeen ja tuomio on saavuttanut lainvoiman.

Tuomiovirhekanteluun (OK 31:1.1, 109/1960) voidaan turvautua, jos oikeudenkäyntimenettelyssä on tapahtunut merkittävä prosessioikeudellinen virhe (ts. oikeudenkäyntivirhe) tai muu oikeusturvan loukkaus. Tuomiovirhekantelun avulla turvataan siten viime kädessä asianosaisen oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.¹⁰ Tuomion purkamisen (OK 31:7–9c ja 31:11) kohteena on puolestaan aineellisesti virheellinen jo lainvoiman saavuttanut tuomio, johon ei voida enää hakea muutosta varsinaisin muutoksenhakukeinoin. Tuomionpurulla pyritään varmistamaan se, että asianosaisen oikeussuoja toteutuu myös aineellisella tasolla.

Kolmantena ylimääräisenä muutoksenhakukeinona on menetetyn määräajan palauttaminen (OK 31:17, 109/1960), jolla asianosaiselle tarjotaan tilaisuus saada tietyin edellytyksin hyväkseen uusi prosessuaalinen määräaika. Palautuskelpoisia ovat sellaiset määräajat, joilla pyritään jatkamaan oikeudenkäyntiä eli tyyppillisiä palautettavissa olevia määräaikoja ovat täten varsinaista muutoksenhakua määrittävät määräajat.¹¹ Aineellisten määräaikojen osalta on sitä vastoin perinteisesti katsottu, että niitä ei voi palauttaa. Oikeudenkäynnin aloittamista koskevat määräajat jäävät säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle.¹² Esimerkkeinä aineellisista määräajoista voidaan mainita mm. saamisen yleinen vanhentumisaika sekä rikosten syyteoikeutta koskevat vanhentumisajat.¹³ Syyteoikeuden vanhentumisaikaa on silti rikoslain (RL, 39/1889) 8:4:ssä (297/2003) asetettujen perusteiden nojalla mahdollista jatkaa kerran enintään yhdellä vuodella.

Ylimääräisessä muutoksenhaussa toimivalta kuuluu lähtökohtaisesti KKO:lle, joka OK 31 luvun pääsäännön mukaan toimii purku- ja kantelui-

¹⁰ Jokela 2009 s. 345.

¹¹ Ks. KKO 2003:20, jossa korkein oikeus katsoi, että lainvoiman saaneen tuomion purkamiselle asetettu määräaika ei ollut palautettavissa OK 31:17:n nojalla. Vrt. *Havansi* 2004 s. 221, jossa tuomiovirhekantelun kuuden kuukauden ja menetetyn määräajan palauttamisen 30 päivän määräaikoja pidetään palautuskelpoisina.

¹² *Rautio* 2017b s. 1247; *Jokela* 2015 s. 820.

¹³ Toisaalta on katsottu, että myös aineellisten määräaikojen pitäisi olla palautettavissa, ks. *Havansi* 2004 s. 360–365. Palautuskelpoisuuden laajentaminen johtaisi kuitenkin varsin suureen epävarmuuteen, kun milloinkaan ei voisi olla täysin varma siitä, voiko oikeussuhteen vastapuoli saada jo vanhentuneen asian riitautetuksi. Varsinkin rikosten syyteoikeuden vanhentumista koskevien määräaikojen kannalta palautuskelpoisuutta ei ole ainakaan syytä laajentaa siitä, mikä on vallitseva tilanne RL 8:4:n johdosta.

nstanssina sekä käsittelee tietyt menetetyt määräajan palauttamista koskevat hakemukset. Nykyisin toimivaltaa ylimääräisessä muutoksenhaussa on kuitenkin siirretty myös alemmille tuomioistuimille. Esimerkiksi käräjäoikeuden tuomiosta kannellaan tuomiovirheen perusteella hovioikeuteen (OK 31:2.1, 109/1960), minkä lisäksi hovioikeus käsittelee myös menetetyt määräajan palauttamista koskevan hakemuksen, jos palautettavaksi vaadittu määräaika koskee toimenpiteen tekemistä käräjäoikeudessa tai muutoksenhakua sen ratkaisuun (OK 31:18.2, 666/2005).

Ylimääräisten muutoksenhakeinojen ominaispiirteenä on, että niiden avulla on poikkeuksellisesti mahdollista murtaa tuomion lainvoimaisuus ja oikeusvoima. Lainsäätäjä on katsonut, että tietyt virheet ja puutteet oikeudenkäyntimenettelyssä tai tuomiossa voivat olla niin vakavia, että oikeusrauhaan voidaan vielä tuomion lainvoimaiseksi tulon jälkeenkin puuttua. Ylimääräisten muutoksenhakeinojen oikeutus onkin juuri siinä, että joskus yhteiskunnan ja yksityisten etu vaatii, että selvästi väärät tuomiot saadaan korjatuiksi.¹⁴

Ylimääräisille muutoksenhakeinoille on leimallista niiden käytön toissijaisuus. Niihin ei voi turvautua, jos määräaika varsinaiselle muutoksenhauille ei ole vielä kulunut umpeen. Pääsääntönä voidaan pitää myös sitä, että mikäli on olemassa jokin yksinkertaisempi tie hakea muutosta, ei ylimääräiseen muutoksenhakuun voi turvautua.¹⁵ Varsinainen ja ylimääräinen muutoksenhaku eivät ole käytettävissä samanaikaisesti tai keskenään vaihtoehtoisesti.

Suomessa voimassa olevaa ylimääräistä muutoksenhakujärjestelmää voidaan luonnehtia sangen avoimeksi, koska esimerkiksi tuomion purkaminen syytetyn eduksi on laajasti mahdollista.¹⁶ Meidän oikeusjärjestelmässämme painotetaan oikeudenkäyntimenettelyn ja tuomioiden virheetömyyttä. Tämä merkitsee, että ylimääräistä muutoksenhakua koskevassa järjestelmässä oikeusriitojen päätepisteen saavuttamiselle ja tuomioiden pysyvyydelle on annettu vähäisempi painoarvo kuin lopputuloksen oikeellisuudelle.

¹⁴ *Jokela* 2015 s. 800.

¹⁵ *Rautio* 2017b s. 1208; *Ekelöf – Edelstam* 2008 s. 175.

¹⁶ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 126; *Jokela* 2009 s. 344.

2.2 Ylimääräistä muutoksenhakua koskevasta sääntelystä

Suomessa voimassa oleva ylimääräistä muutoksenhakua koskeva lainsäädäntö eli OK 31 luku on pääsääntöisesti peräisin vuodelta 1960. Läheisenä esikuvana sanotun luvun säännöksille olivat Ruotsin rättegångsbalkenin (RB, 1942:740) 58–59 lukujen vastaavat säännökset.¹⁷ Tämän johdosta ylimääräistä muutoksenhakua koskevaa lukua tulkittaessa voidaan hyödyntää myös Ruotsin tieteisoppia ja oikeuskäytäntöä. OK 31 luvun säännöksiä ja niiden perusteluja voidaan pitää varsin niukkoina.¹⁸ Kyseisiin säännöksiin ei viimeisten vuosikymmenten aikana ole tehty suuria muutoksia, joskin vuonna 2005 ylimääräisen muutoksenhaun järjestelmää uudistettiin siten, että toimivaltaa siirrettiin KKO:lta alemmille oikeusasteille.¹⁹

Merkittävänä ylimääräistä muutoksenhakua koskevana uudistuksena voidaan pitää myös vuonna 2013 voimaan tullutta lainuudistusta, jolla oikeudenkäymiskaaren 15:1:ään lisättiin 4 momentti (718/2011), jonka mukaan muun hakijan kuin viranomaisen on KKO:ssa tuomiovirhekantelua tai tuomionpurkua koskevassa asiassa käytettävä oikeudenkäyntiasiamiestä tai -avustajaa.²⁰ Esitöiden mukaan asiamiespakko vähentää ilmeisen perusteettomien purkuhakemusten tekemistä, mikä samalla parantaa myös KKO:n työtilannetta. Lisäksi hakemusten laadun arveltiin parantuvan, kun ylimääräisen muutoksenhaun tarpeellisuuden arvioi ensin oikeudenkäyntiasiamiehen kelpoisuusvaatimukset täyttävä lakimies.

OK 31 luku on säädetty yleisissä tuomioistuimissa käsiteltäviä riita- ja rikosasioita varten. Luvun soveltamisalaa voidaan kuitenkin luonnehtia yleiseksi, sillä luku soveltuu myös ulosotto- ja insolvenssiasioihin sekä hakemusasioihin²¹. Ylimääräiset muutoksenhakukeinot soveltuvat myös

¹⁷ *Tirkkonen* 1972 s. 544–545 ja *sama* 1977 s. 404–405. Ks. myös ruotsalaisen lainsäädännön esityöt SOU 1938:43 s. 144–148 ja SOU 1938:44 s. 572–587.

¹⁸ Ks. HE 14/1958 vp.

¹⁹ Ks. HE 9/2005 vp s. 10 ja 12. Mainituista uudistuksista lähemmin ks. *Salonen* DL 2005 s. 990–1004 ja hovioikeuden toimivaltaan kuuluvista ylimääräisistä muutoksenhakukeinoista ks. *Jokela* 2010 s. 489–500.

²⁰ Ks. HE 318/2010 vp s. 20–21.

²¹ *Koponen* 2017 s. 92–93; *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 129–130. Ks. myös *Linna* 2009 s. 26–30. Hakemusasioissa annettavien ratkaisujen purku- ja kantelukelpoisuus riippuu niiden kyvystä saavuttaa oikeusvoima. Hakemusasioissa annettavilla ratkaisuilla on kiistattomasti positiivinen oikeusvoimavaikutus, mutta negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen osalta tilanne on monisyisempi. Pääsääntönä voidaan kuitenkin pitää sitä, että mikäli hakemus on hyväksytty päätöksellä, joka on tullut lainvoimaiseksi, on päätöksen negatiivinen oikeusvoimavaikutus este uuden samaa asiaa koskevan hakemuksen tekemiselle. Hakemukseen an-

tuomioihin, jotka on annettu yhtenäistetyissä eurooppalaisissa menettelyissä eli eurooppalaisessa vähäisten vaatimusten menettelyssä ja eurooppalaisessa maksamismääräysmenettelyssä.²² Lisäksi OK 31 luku soveltuu erityisissä rikosprosessilajeissa käsiteltyihin asioihin, jotka olisi voitu ratkaista myös käräjäoikeudessa. Näitä ovat esimerkiksi sakko-, rikesakko- ja rangaistusmääräys, jotka on annettu sakon ja rikesakon määräämisestä annetun lain (SML, 754/2010) nojalla.²³

Sitä vastoin OK 31 luvun nojalla ei voida puuttua hallintoviranomaisten tekemiin ratkaisuihin, joihin haetaan muutosta yleisiltä hallintotuomioistuimilta. Hallintolainkäyttölain (HLL, 586/1996) 58–68 §:ssä säädetään ylimääräisestä muutoksenhausta, joka kohdistuu hallinto- ja hallintolainkäyttöpäätöksiin. Hallintoasioissakin ylimääräisiä muutoksenhakekokeinoja ovat menettelyvirhekantelu²⁴, päätöksen purkaminen sekä menetetyt määrärajan palauttaminen. Säännökset ovat kuitenkin yleisluonteisempia ja etenkin hallintopäätöksen purkamista koskevia edellytyksiä voidaan pitää väljempinä kuin riita- ja rikosasioissa.²⁵ Toimivaltainen tuomioistuin ylimääräisen muutoksenhaun osalta hallintoasioissa on pääsääntöisesti korkein hallinto-oikeus.

nettu hylkäävä päätös taas ei lähtökohtaisesti estä uuden hakemuksen tekemistä, mikäli hakemukseen liittyvissä olosuhteissa on tapahtunut muutoksia. Asiaryhmällä on myös merkitystä hakemusasiassa annetun päätöksen negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen syntymiselle. Esim. lapsen huoltoa koskevissa asioissa voidaan tehdä uusi huollon siirtämiseen pyrkivä hakemus ilman, että aikaisempi huoltopäätös pitäisi ennen uuden hakemuksen käsitteilyä purkaa.

²² HE 157/2008 vp s. 23 ja 33. Ks. myös *Lindfors* 2012 s. 198, 225–226 ja 331.

²³ *Rautio* 2017b s. 1207. Sakko-, rikesakko- ja rangaistusmääräystä koskevan ylimääräisen muutoksenhaun käsittelee lähtökohtaisesti käräjäoikeus, ellei asia poikkeuksellisesti kuulu KKO:n toimivaltaan, ks. SML 36 §:n 2 momentti.

²⁴ Oikeudenkäyntiä hallintoasioissa koskevan uuden lain myötä tarkoituksena on luopua menettelyvirhekantelusta itsenäisenä ylimääräisenä muutoksenhakekokeinona hallintolainkäytön puolella. Kanteluperusteet on ehdotettu yhdistettäväksi purkuperusteisiin, ks. HE 29/2018 vp s. 55, 184 ja 186–187 sekä OML 4/2011: Oikeudenkäynti hallintoasioissa. Prosessityöryhmän mietintö s. 209–211.

²⁵ Ylimääräisestä muutoksenhausta hallintoasioissa ks. *Mäenpää* 2007 s. 596–616 ja *Paso – Saukko – Tarukannel – Tolvanen* 2015 s. 237–248. Todettakoon vielä, että HLL 63 §:ssä säädetty purkuperusteet ovat yhteisiä kaikille hallintotuomioistuinten toimivaltaan kuuluville asiaryhmille.

2.3 Varsinaisten ja ylimääräisten muutoksenhakukeinojen eroista

Muutoksenhakukeinot on yleensä jaettu säännönmukaisissa tapauksissa käytettävissä oleviin varsinaisiin muutoksenhakukeinoihin ja poikkeuksellisten edellytysten vallitessa kysymykseen tuleviin ylimääräisiin muutoksenhakukeinoihin. Näiden kahden eri ryhmän keskeisimmäksi eroksi muodostuu muutoksenhaun kohteena olevan tuomion lainvoimaisuus. Varsinainen muutoksenhaku kohdistuu tuomioon, joka ei ole vielä lainvoimainen. Ylimääräisen muutoksenhaun kohteena on puolestaan lainvoimainen tuomio, jonka osalta ei ole enää mahdollista turvautua varsinaisiin muutoksenhakukeinoihin.

Ylimääräisillä muutoksenhakukeinoilla on varsinaista muutoksenhakua täydentävä, toissijainen luonne. Kuten aiemmin on jo todettu, ylimääräisten muutoksenhakukeinojen käyttö estyy, mikäli käytettävissä on jokin yksinkertaisempi oikeussuojakeino tai jos asiassa voidaan oikeusvoiman estämättä laittaa vireille uusi oikeudenkäynti.²⁶

Muutoksenhakukeinot voidaan jakaa kahteen ryhmään myös sen perusteella, onko niillä lakkauttava eli devolutiivinen vaikutus vaiko ei. Devolutiivisella vaikutuksella tarkoitetaan asian vireilläolon päättymistä ratkaisun antaneessa oikeusasteessa ja sen vireille tulemistä muutoksenhakuinstanssissa. Varsinaisilla muutoksenhakukeinoilla on lakkauttava vaikutus, joka ylimääräisiltä muutoksenhakukeinoilta puuttuu.²⁷ Jaotteluperusteena voidaan edellä mainitun ohella käyttää myös lykkäävää eli suspensiivista vaikutusta. Se ilmenee tuomioihin nähden siten, ettei tuomio muutoksenhaun johdosta vielä tule oikeusvoimaiseksi tai täytäntöönpanokelpoiseksi. Jälleen voidaan todeta, että varsinaisilla muutoksenhakukeinoilla on lykkäävä vaikutus, joka ylimääräisiltä muutoksenhakukeinoilta puuttuu.²⁸

Varsinaisilla muutoksenhakukeinoilla jatketaan ensiasteessa vireille tulleutta prosessia muutoksenhakuasteessa. Varsinaisen muutoksenhaun tarkoituksena on saada muutos valituksenalaiseen tuomioistuinratkaisuun siten, että se joko muutetaan, kumotaan tai palautetaan takaisin alempaan oikeusasteeseen. Sitä vastoin ylimääräiseen muutoksenhakuun voi turvau-

²⁶ Koponen 2017 s. 105.

²⁷ Lager 1972 s. 14; Tirkkonen 1977 s. 323. Siviiliprosessin puolella takaisinsaannilla, jota haetaan yksipuolista tuomiota vastaan, ei kuitenkaan ole devolutiivista vaikutusta. Vastavasti rikosprosessuaaliselta kannalta tarkasteltuna kaikilla varsinaisilla muutoksenhakukeinoilla on devolutiivinen vaikutus.

²⁸ Lager 1972 s. 14. Ks. myös Tirkkonen 1972 s. 483–484 ja Lindell ym. 2005 s. 335.

tua vain silloin, kun käsillä on lopullinen eli lainvoimainen tuomio, jonka (negatiivinen) oikeusvoimavaikutus estää asian käsittelemisen uudelleen.

Ylimääräisillä muutoksenhakukeinoilla ei siten välittömästi voida muuttaa hakemuksen kohteena olevaa ratkaisua. Muutoksen saaminen on mahdollista vasta sen jälkeen, kun varsinaisena esteenä oleva tuomio – tarkemmin sanottuna sen lainvoima – on ensin poistettu tai purettu.²⁹ Ylimääräisillä muutoksenhakukeinoilla pyritään siis saamaan muutos siihen prosessuaaliseen olotilaan, jossa lainvoimaisen tuomion oikeusvoimavaikutus muodostaa esteen asian uudelleen tutkimiselle.³⁰

2.4 Oikeusvoimasta

Ennen tuomionpurkua koskevien säännösten käsittelemistä on syytä perehtyä oikeusvoiman käsitteeseen ja sen oikeudellisiin vaikutuksiin. Oikeusvoima on välttämätön instituutio, jonka avulla taataan sekä oikeusrauha että annetun tuomion sitovuus tulevaisuudessa.³¹ Oikeusvoimainstituution puuttuminen merkitsisi sitä kestävämpää tilannetta, että oikeusriidat eivät koskaan saisi lopullista päätöstä. Oikeusvoimasta ei kuitenkaan ole nimenomaisia säännöksiä prosessilaissamme, vaikka se lukeutuu prosessioikeuden keskeisimpiin instituutioihin.³² Oikeusvoimaa koskevat ongelmat on meillä Suomessa jätetty oikeustieteen ja oikeuskäytännön selvittelyjen varaan.³³ Sitä vastoin Ruotsin prosessilaissa oikeusvoimasta säädetään siiviiliasioiden osalta RB 17:11:ssä ja rikosasioiden osalta RB 30:9:ssä.

Vaikka kansallinen prosessilakimme ei sisällä säännöksiä oikeusvoimasta, tulee kiinnittää huomiota eräisiin kansainvälisiin sopimuksiin, jotka kieltävät rankaisemasta uudelleen sellaisesta rikoksesta, josta syytteessä ollut henkilö on jo lopullisella tuomiolla joko vapautettu tai todettu syylliseksi. Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 7. lisäpöytäkirjan 4 artikla ja YK:n kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan sopimuksen (KP-sopimus) 14 artiklan 7 kohta sisältävät määräyksiä rikostuomion oikeusvoi-

²⁹ *Lager* 1972 s. 17.

³⁰ *Lager* 1972 s. 19.

³¹ Ks. *Tirkkonen* 1933 s. 46.

³² Kaikkien oikeusvoimailmiön piiriin kuuluvien tilanteiden kattava sääntelemineen olisi kuitenkin haasteellista ja tapausten moninaisuuden vuoksi myös varsin epätarkoituksenmukaista.

³³ *Lappalainen* 2001 s. 406. Toisaalta oikeusvoima käy välillisesti ilmi OK 31 luvun säännöksistä, jotka mahdollistavat lainvoimaisen ja siten myös oikeusvoimaisen tuomion poistamisen tai purkamisen ylimääräisten muutoksenhakukeinojen avulla.

masta. Kaksoisrangaistavuuden kieltoa koskeva määräys sisältyy myös Euroopan unionin perusoikeuskirjan 50 artiklaan sekä Schengenin sopimuksen 54 artiklaan.

2.4.1 Lähtökohta

Oikeudenkäynnin päättävä tuomio merkitsee asian ratkaisemista tulevaisuuteen nähden sitovalla tavalla. Lainvoimaisella tuomiolla ratkaistua asiaa ei voida tuomioistuimessa tutkia enää uudelleen.³⁴ Kyseessä on prosessioikeudellinen oppi oikeusvoimasta, josta voidaan käyttää myös nimitystä *res judicata*. Toistuvia oikeudenkäyntejä samasta asiasta ei hyväksytä, koska niistä aiheutuisi runsaasti ongelmia sekä asianosaisille että yhteiskunnalle. Asianosaisten on esimerkiksi voitava luottaa tuomiossa vahvistetun oikeustilan pysyvyyteen. Myös oikeusvarmuus edellyttää, että jokaiselle oikeusriidalle saadaan lopullinen päätepiste.

Oikeusvoimaopin taustalla on tarve pitää tuomiolla ratkaistut olosuhteet vakaina ja pysyvinä. Tämä tosin merkitsee samalla myös sitä, että väärätkin tuomiot saavat oikeusvoiman. Oikeusvoimavaikutus ei ole riippuvainen siitä, onko tuomio aineellisesti oikea vaiko ei. Lainvoimaisten tuomioiden oikeusvoima on kuitenkin poikkeustapauksissa mahdollista murtaa ylimääräisten muutoksenhakukeinojen avulla, mikäli tuomiota tai oikeudenkäyntimenettelyä rasittaa jokin vakava virhe tai laiminlyönti.

Oikeusvoiman on vakiintuneesti katsottu ilmenevän kahdessa eri ulottuvuudessa.³⁵ *Negatiivinen oikeusvoima* merkitsee, että lainvoimaisella tuomiolla ratkaistua asiaa ei voida tutkia uudelleen eli aikaisempi tuomio on esteenä uudelle samaa asiaa koskevalle prosessille. Tämä prosessineste on ehdoton eli tuomioistuimen tulee ottaa se huomioon viran puolesta.³⁶ Ei siis ole mahdollista, että aiemman oikeudenkäynnin hävinnyt asianosainen vaatii prosessiteitse tuomioistuimelta samaa asiaa koskevaa uutta ratkaisua, joka olisi sisällöltään aiemman oikeusvoimaisen tuomion vastakohta.

Oikeusvoiman positiivinen vaikutus puolestaan tarkoittaa, että aiemmin ratkaistu lainvoimainen tuomio asetetaan myöhemmän oikeudenkäynnin perustaksi, jos siinä ratkaistu asia on ennakkoluonteisena kysymyksenä myöhemmässä oikeudenkäynnissä. Aikaisempaa tuomiota ei siis myöhem-

³⁴ Vastaavasti *lis pendens* -vaikutus eli vireilläolovaikutus muodostaa esteen sille, että samaa asiaa koskeva kanne otettaisiin tutkittavaksi toisessa tuomioistuimessa tai oikeudenkäynnissä, kun ensiprosessi on vielä vireillä.

³⁵ *Tirkkonen* 1933 s. 54–56. Ks. myös *Vuorenpää* 2014 s. 79.

³⁶ *Lappalainen* 2001 s. 401.

mässä prosessissa voi enää riitauttaa. Jos esimerkiksi saatavan olemassaolo on jo vahvistettu lainvoimaisella tuomiolla, ei tämän saatavan olemassaoloa voida enää kiistää myöhemmässä oikeudenkäynnissä, jossa on kyse saatavan suorittamisesta. Positiivinen oikeusvoimavaikutus ei muodosta estettä uudelle oikeudenkäynnille. Se ilmenee siis siten, että aiemmin annettu tuomio on myöhemmässä oikeudenkäynnissä aineellisen ratkaisun sisältöön vaikuttava sitova ennakkoluonteinen kannanotto. Tuomioistuinten tulee ottaa myös positiivinen oikeusvoimavaikutus huomioon viran puolesta eli ilman asianosaisen vetoamista.³⁷

2.4.2 Oikeusvoima rikosprosessissa

2.4.2.1 Yleisesti

Kuten aiemmin on jo todettu, Suomen kirjoitetussa laissa ei ole säännöksiä tuomion oikeusvoimasta.³⁸ Oikeusvoimaoppi on tästä huolimatta meillä voimassa tavanomaisoikeudellisena periaatteena. Rikosprosessissa oikeusvoimaoppia ilmentää myös EIS 7. lisäpöytäkirjan 4 artiklan 1 kohta, jonka mukaan ketään ei saa saman valtion tuomiovallan nojalla tutkia uudelleen tai rangaista oikeudenkäynnissä rikoksesta, josta hänet on jo lopullisesti vapautettu tai tuomittu syylliseksi. Kyseinen määräys tunnetaan paremmin *ne bis in idem* -kieltona, ”ei kahdesti samassa asiassa”. Se on rikoslainkäytössä syytetyn oikeussuojan keskeinen osa.³⁹ Vastaava määräys on myös YK:n KP-sopimuksen 14 artiklan 7 kohdassa sekä EU:n perusoikeuskirjan 50 artiklassa. Lisäksi Schengenin sopimuksen 54 artiklaan sisältyy *ne bis in idem* -periaate. Ohimennen huomautettakoon, että EIS 7. lisäpöytäkirjan 4 artiklan 1 kohtaa sovelletaan pelkästään kansallisella tasolla eli sopimusvaltion sisäisesti,⁴⁰ kun taas EU:n perusoikeuskirjan 50 artiklaa sovelletaan

³⁷ Tirkkonen 1972 s. 439 ja sama 1977 s. 277.

³⁸ Ruotsissa tilanne on päinvastainen, sillä oikeusvoimasta rikosasiassa on nimenomainen säännös RB 30:9.1:ssä, jonka mukaan: ”Sedan tid för talan mot dom utgått, må ej fråga om ansvar å den tilltalade för gärning, som genom domen prövats, ånyo upptagas.”

³⁹ Frände 2017b s. 793; Jokela 2018 s. 782. Kaksoisrangaistavuuden kielto on viime vuosina osoittautunut tulkinnanvaraiseksi etenkin suhteessa veronkorotuksiin ja niiden rangaistusluonteeseen, ks. tästä kysymyksestä mm. KKO 2010:82, KKO 2012:106, KKO 2013:59, KKO 2014:93.

⁴⁰ Ks. Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1985 s. 6–7 ja Koponen 2015 s. 429.

sekä jäsenvaltion sisäisesti että jäsenvaltioiden rajat ylittävällä tasolla.⁴¹ Mainittujen määräysten soveltamisalat siis eroavat merkittävästi toisistaan.

Rikosprosessissa negatiivinen oikeusvoimavaikutus ilmenee siten, että haastehakemus on viran puolesta jätettävä tutkimatta, jos se koskee sellaista tekoa, josta on jo aiemmin annettu tuomio. Lainvoimainen tuomio, oli se sitten langettava tai syytteen hylkäävä, muodostaa ehdottoman prosessinesteen uudelle samaa asiaa koskevalle oikeudenkäynnille. Rikostuomion antamisen jälkeen ei ole enää mahdollista määrätä samasta teosta uusia julkisoikeudellisia seuraamuksia.⁴²

Rikosprosessissa negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen ulottuvuutta ja sisältöä määrittävät useat eri seikat. Aluksi on pystyttävä määrittelemään, onko kyseessä sama teko, josta on jo annettu tuomio. Suomessa negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen määrittelyn lähtökohtana on ollut rikollisen teon identiteetti.⁴³ Tässä arvioinnissa ratkaisevana tekijänä on pidetty tapahtumien tosiasiallista eli historiallista kulkua.⁴⁴ Korostettakoon kuitenkin, että vaikka jokin tietty tapahtumainkulku olisi jo aiemmin ollut rikosprosessissa tutkittavana, ei se estä tuomitsemasta jotakuta muuta henkilöä samasta teosta esimerkiksi yllyttäjänä tai avunantajana.⁴⁵

Rikostuomion oikeusvoiman ulottuvuus määrittää sitä, missä laajuudessa ratkaisu tulee asiallisesti sitovaksi. Oikeusvoiman ulottuvuutta arvioitaessa on otettava huomioon etenkin syytetyn intressit, minkä johdosta oikeusvoimavaikutuksen tulisi ulottua suhteellisen laajalle.⁴⁶ Rikostuomion oikeusvoimapiirin katsotaan ulottuvan rikolliseen tekoon, sen tekijään, hänen syyllisyyteensä ja hänen rangaistukseensa.⁴⁷ Tämä on perusteltua myös syytetyn oikeusturvan vuoksi, sillä hänen tulee saada varmuus siitä, että esimerkiksi syytteen hylkäävä tuomio on lopullinen eikä asiaa ryhdytä käsittelemään oikeudenkäynnissä enää uudelleen.

⁴¹ Ks. *Koponen* 2015 s. 432.

⁴² *Jokela* 2015 s. 595. Sitä vastoin vahingonkorvausta ja muita yksityisoikeudellisia seuraamuksia on kyllä ROL 3:8:n nojalla mahdollista vaatia myöhemmässä siviiliprosessissa siltä osin kuin asiaa ei ole käsitelty ja ratkaistu rikosprosessin yhteydessä.

⁴³ *Frände* 2017b s. 793; *Jokela* 2018 s. 785. Teon identiteetti määrittää myös syyttäjän ja asianomistajan mahdollisuuksia tarkistaa syytettä. Rikollisen teon identiteetin määrittelystä tarkemmin ks. *Koponen* LM 2003b s. 376–381.

⁴⁴ *Tirkkonen* 1972 s. 450.

⁴⁵ *Frände* 2017b s. 793.

⁴⁶ *Jokela* 2015 s. 595. Ks. myös *Koponen* LM 2003a s. 184. Kun oikeusvoiman piiriä tulkitaan laajasti, se merkitsee osaltaan sitä, että myös syytteen tarkistamiselle jää varsin laaja soveltamisala.

⁴⁷ Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 443–444.

Oikeusvoiman negatiivisen vaikutuksen vuoksi tiettyyn historialliseen tapahtumaan perustuvat muut mahdolliset rangaistusvaatimukset on jätettävä tutkimatta. Tuomion oikeusvoimavaikutus estää siten esimerkiksi syyttäjää vetoamasta uudessa oikeudenkäynnissä niihin oikeustosisekkoihin, joihin on vedottu jo ensiprosessissa. Tämän lisäksi oikeusvoima estää vetoamisen sellaisiin oikeustosisekkoihin, joihin ei ole aiemmin vedottu, vaikka niin olisi voitu tehdä.⁴⁸ Rikostuomion oikeusvoimavaikutus ulottuu näin ollen kaikkiin niihin sekkoihin, joihin syyttäjä oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (ROL, 689/1997) 5:17.2:n mukaisesti olisi syytetä tarkistamalla voinut vedota. Oikeusvoimavaikutuksen syntyminen ei kuitenkaan ole riippuvainen siitä, onko syyttäjä näin tehnyt vaiko ei. Koska rikosasia on mahdollista saattaa vain kerran oikeudenkäynnin kohteeksi, sen täytyy olla perusteellisesti selvitetty. Negatiivinen oikeusvoimavaikutus ohjaa myös syyttäjän ja esitutkintaviranomaisten toimintaa, sillä niiden tulee hankkia kaikki asiaa koskeva relevantti selvitys ennen syytteen nostamista tai viimeistään oikeudenkäynnin aikana.

Negatiivinen oikeusvoimavaikutus on myös hyödyllinen väline silloin, kun vedetään rajaa syytteen tarkistamisen ja syytteen laajentamisen välille. Syyttäjä saa vedota uusiin oikeustosisekkoihin syytteen tueksi silloin, kun oikeusvoiman negatiivinen ulottuvuus estäisi syyttäjää nostamasta myöhemmin uutta erillistä syytettä, joka perustuisi uusiin oikeustosisekkoihin.⁴⁹ Tällöin nämä uudet oikeustosisekat kuuluvat alkuperäisessä syytteessä kuvatun teon kanssa samaan tekokokonaisuuteen. Syyttäjä voi siis tarkistaa syytettään näiden uusien oikeustosisekkojen osalta, koska negatiivinen oikeusvoimavaikutus estää niiden erillisen käsittelyn uudessa oikeudenkäynnissä.⁵⁰ ROL 5:17.1:ssä kielletty syytteen muuttaminen eli syytteen laajentaminen on kyseessä puolestaan silloin, kun syyttäjä voisi negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen estämättä nostaa uuden erillisen syytteen uusien oikeustosisekkojen perusteella.⁵¹ Jos siis uusi syyte jää oikeusvoimapiiriin ulkopuolelle, ei ole mitään välttämätöntä tarvetta saada asiaa samalla kertaa käsitellyksi, koska uuden erillisen syytteen nostaminen on mahdollista.⁵²

⁴⁸ Virolainen – Pölönen 2003 s. 402; Jokela 2018 s. 785.

⁴⁹ Jokela 2018 s. 377.

⁵⁰ Koponen LM 1997 s. 261. Syytteen muuttamisesta ja tarkistamisesta ks. myös Linna DL 2015 s. 419–422.

⁵¹ Syytteen muutoskiellosta lähemmin ks. Koponen LM 1997 s. 255–260. ROL 5:17.1:n nojalla tuomioistuin voi kuitenkin tietyin edellytyksin myöntää syyttäjälle luvan laajentaa syytteen koskemaan saman vastaajan tekemää toista tekoa.

⁵² Koponen LM 1997 s. 261.

2.4.2.2 Oikeusvoimakelpoiset tuomioistuinratkaisut

Kysymys siitä, onko syytetty syyllistynyt rikolliseen tekoon, on ROL 10:1:n mukaisesti ratkaistava tuomiossa. Negatiivinen oikeusvoimavaikutus liittyy täten ensisijaisesti tuomioihin. Sillä seikalla, onko tuomio vaiputtava vai langettava, ei ole merkitystä oikeusvoimavaikutuksen syntyneen kannalta. Myöskään tekoa, josta syytetty on seuraamusluonteisesti jätetty rangaistukseen tuomitsematta RL 6:12:n (515/2003) nojalla, ei voida tutkia uudelleen, sillä rangaistukseen tuomitsematta jättäminen voidaan rinnastaa rangaistukseen.⁵³ Ratkaisun oikeusvoimaisuus edellyttää, että asia koskee rikosprosessia eli että syyttäjä taikka asianomistaja on vaatinut syytetylle rangaistusta.⁵⁴

Myös tuomioihin rinnastuvat oikeudenkäynnin aikana annetut lopulliset ratkaisut saavat negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen. Tällaisia päätöksiä ovat mm. oikeudenkäynnin aikana tai pääasian yhteydessä syntyneet lopulliset aineellisoikeudelliset ratkaisut, jotka koskevat esimerkiksi todistajanpalkkiota tai oikeudenkäyntikulujen korvaamista.⁵⁵

Sitä vastoin tuomioistuimen päätös jättää juttu sillensä ei saa oikeusvoimavaikutusta, joten asia on mahdollista ottaa tuomioistuimessa uudelleen tutkittavaksi.⁵⁶ Myös prosessinedellytysten olemassaoloa koskevat tuomioistuimen päätökset ovat vailla oikeusvoimaa, jos ne ovat sisällöltään sellaisia, ettei niillä voi olla vaikutusta toisessa oikeudenkäynnissä. Jos tällaisella prosessiratkaisulla voi *in abstracto* olla vaikutusta toisessa oikeudenkäynnissä, on se kuitenkin oikeusvoimainen päätös.⁵⁷ Esimerkkinä tästä voidaan mainita päätös, jolla rikosasia on jätetty tutkimatta, koska tuomioistuimella ei ole ollut alueellista toimivaltaa käsitellä asiaa. Forumkysymyksestä annettu päätös saa lainvoiman ja oikeusvoiman, joka on este ottaa asia tutkittavaksi, mikäli juttu saatettaisiin uudelleen vireille samassa tuomioistuimessa.

Lainvoimaisiin tuomioihin rinnastetaan rikosasioissa myös sakko-, rikesakko- ja rangaistusmääräykset, jotka on annettu SML:n nojalla. Myös syyttämättäjättämispäätöksiin liittyy eräänlainen sitova vaikutus, sillä virallinen syyttäjä ei voi vapaasti peruuttaa syyttämättäjättämispäätöstään.⁵⁸

⁵³ *Tapani – Tolvanen* 2016 s. 180. Vastakkaisella kannalla on *Frände* 2012 s. 318 av. 649, jossa katsotaan, että tuomitsematta jättäminen ei ole rangaistus, koska siitä ei aiheudu vastaajalle mitään seuraamuksia. Ks. myös KKO 2003:30.

⁵⁴ *Frände* 2017b s. 795.

⁵⁵ *Jokela* 2018 s. 783; *Tirkkonen* 1972 s. 440 ja *sama* 1977 s. 282.

⁵⁶ *Jokela* 2018 s. 784.

⁵⁷ *Jokela* 2015 s. 575.

⁵⁸ *Frände* 2017b s. 794. Ks. myös *Jokela* 2018 s. 290–292.

Varsinaisesta oikeusvoimavaikutuksesta ei kuitenkaan tältä osin voida puhua, sillä syyttämättäjättämispäätöksen peruuttaminen on ROL 1:11.1:n mukaan mahdollista, jos päätös on perustunut olennaisesti puutteellisiin tai virheellisiin tietoihin.⁵⁹ Myös ylemmällä syyttäjällä on oikeus ottaa uudelleen ratkaistavaksi alemman syyttäjän tekemä syyttämättäjättämispäätös (ROL 1:11.3).

2.4.2.3 Rikostuomion oikeusvoimasta eri oikeudenkäyntien välillä

Oikeusvoiman ulottuvuuden osalta voidaan vielä tarkastella sitä, onko tuomion oikeusvoimalla vaikutuksia pelkästään saman menettelylajin sisällä vai ulottaako se vaikutuksensa myös eri prosessilajien välisten rajojen yli. Rikostuomion positiivista oikeusvoimavaikutusta tarkasteltaessa tulee ensinnäkin ottaa kantaa siihen, millainen vaikutus rikostuomiolla on myöhemmässä rikosprosessissa. Toiseksi pohdittavaksi tulee myös se, täytyykö aiempi rikostuomio ja siinä ratkaistu syyllisyyskysymys asettaa sellaiseen myöhemmän riita-asian oikeudenkäynnin perustaksi. Jos rikostuomiolle ei anneta minkäänlaista oikeusvoimavaikutusta, myöhemmässä siviiliprosessissa on mahdollista riitauttaa aiemman rikostuomion sisältö.

Aluksi on syytä tarkentaa, että aiemman rikostuomion vaikutus myöhemmässä siviiliprosessissa voi tulla kyseeseen vain oikeusvoiman positiivisen ulottuvuuden osalta. Eri prosessilajeissa ei nimittäin voi olla negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen mukaisesti kyse samasta asiasta, ellei oteta huomioon adheesioperiaatteen noudattamisesta seuraavia poikkeuksia.⁶⁰

Aiemmin suomalaisessa oikeustieteessä vallinneen kannan mukaan aikaisemmassa rikostuomiossa ratkaistu syyllisyyskysymys oli oikeusvoimaluonteisesti sitova ajettaessa myöhemmin kyseeseen rikokseen perustuvia yksityisoikeudellisia vaatimuksia.⁶¹ Nykyisin edellä mainitusta käsityksestä on luovuttu ja vallalla on näkemys siitä, ettei aikaisemman rikostuomion oikeusvoima sido tuomioistuinta myöhemmässä riitajutussa.⁶² Rikostuomiolla ei siis ole vahvistustuomion veroista asemaa myöhemmässä siviiliprosessissa, minkä vuoksi myöhemmän riita-asian asianosaiset ovat vapaita riitauttamaan rikosprosessissa annetun ratkaisun sisällön. Aiempi rikostuomio rinnastuu myöhemmässä siviilijutussa sitä vastoin enemmänkin aikaisempaan siviilituomioon, jolla on ratkaistu samasta pe-

⁵⁹ Ks. HE 82/1995 vp s. 40–41.

⁶⁰ Vuorenperä Oikeustieto 2003 s. 14.

⁶¹ Tirkkonen 1972 s. 455; Lappalainen 2001 s. 465–466.

⁶² Lappalainen 1986 s. 456–457; Jokela 2015 s. 599.

rusteesta johtuva, mutta eri seuraukseen pyrkivä vaatimus.⁶³ *Lappalainen* onkin huomauttanut, ettei oikeusvoimainstituutio oikeastaan edes kovin hyvin sovellu operointivälineeksi rikos- ja siviilituomion välisen riippuvuussuhteen tarkastelussa.⁶⁴

Siitä huolimatta, että aiemmalla rikostuomiolla ei ole sitovaa vaikutusta myöhemmässä siviiliprosessissa, syytteen johdosta annetulla tuomiolla on joka tapauksessa näyttönä suuri merkitys ratkaistaessa myöhemmin selaista yksityisoikeudellista vaatimusta, joka perustuu samaan tapahtumainkulkuun kuin syyte. Aikaisemmalla rikostuomiolla on siis merkittävä todistusvaikutus myöhemmässä siviiliprosessissa.⁶⁵ Aikaisempaa rikostuomiota voidaan luonnehtia siviiliasian käsittelyyn vaikuttavaksi todistustoiseikaksi.

Rikosprosessissa annetulla tuomiolla ei ole katsottu olevan positiivista oikeusvoimavaikutusta myöskään myöhemmässä rikosasian oikeudenkäynnissä. Näin ollen syytetty voidaan oikeudenkäynnissä vapauttaa häntä koskevista syytteistä, vaikka joku muu henkilö olisi aiemmassa rikosprosessissa tuomittu esimerkiksi avunannosta kyseiseen rikokseen. Vaikka rikosasiassa annetulla tuomiolla ei ole sitovaa vaikutusta myöhemmässä rikosprosessissa, saattaa aikaisemmalla rikostuomiolla kuitenkin olla huomattava todistusvaikutus myöhemmässä rikosasian oikeudenkäynnissä etenkin silloin, kun aikaisemmassa tuomiossa arvioituilla oikeustoiseikoilla on merkitystä myös myöhemmässä rikosprosessissa.⁶⁶

3 TUOMIONPURUN MUODOLLISET EDELLYTYKSET

3.1 Purkamisen kohde

3.1.1 Tuomioistuimen tekemä pääasiaratkaisu tai muu päätös

Tuomionpurkua koskevista OK 31 luvun säännöksistä ilmenee, että purkamisen kohteena ovat yleisimmin lainvoimaiset tuomiot, joilla tarkoitetaan siis tuomioistuimen riita- ja rikosasioissa kanteen johdosta antamia lopullisia pääasiaratkaisuja (OK 24:1 ja ROL 11:1). OK 31:16:ssä säädetään vielä lisäksi, että tuomionpurun kohteena voi olla myös jokin muu tuomio-

⁶³ Ks. *Ekelöf – Bylund – Edelstam* 2006 s. 259.

⁶⁴ *Lappalainen* 1986 s. 456.

⁶⁵ *Lappalainen* 1986 s. 453.

⁶⁶ *Frände* 2017b s. 795. Ks. myös *Jokela* 2018 s. 790–796.

istuimen tekemä oikeudellinen ratkaisu, joka on rinnastettavissa lainvoimaiseen tuomioon. Purkamisen ei myöskään aina välttämättä kohdistu kokonaiseen tuomioon, vaan tuomionpurun kohteeksi on kelvollinen myös sellainen itsenäinen tuomion osa, joka voisi yksinäänkin olla muutoksenhaun kohteena.⁶⁷

Tuomionpurun kohteena voivat siis käytännössä olla normaalissa tuomioistuinprosessissa annetut kaikenlaiset ratkaisut. Purkamisen voi kohdistua tavalliseen tuomioon, yksipuoliseen tuomioon, osatuomioon ja sellaiseen välituomioon, joka saavuttaa lainvoiman, tai muuhun tuomioistuimen tekemään lopulliseen päätökseen taikka väliaikaismääräykseen.⁶⁸ Rikosasiassa välituomio tulee kyseeseen ROL 11:5a:n mukaan silloin, kun syytetty määrätään mielentilatutkimukseen. Lainkohdan mukaan ennen kuin syytetty määrätään mielentilatutkimukseen, tuomioistuimen tulee erikseen välituomiolla ratkaista kysymys siitä, onko syytetyn näytetty menetelleen haasteessa kuvatulla rangaistavaksi säädetyllä tavalla. Väliaikaismääräyksen osalta voidaan vielä tarkentaa, että tuomionpurun kohteeksi ei kelpaa sellainen väliaikaismääräys, jonka vaikutukset rajoittuivat vain siihen oikeudenkäyntiin, jossa päätös on annettu ja itse pääasia on sittemmin ratkaistu lopullisesti.⁶⁹

Purkukelpoisia ovat nimenomaisesti tuomioistuimen antamat ratkaisut. Purkamisen kohteena voi olla vain kotimaisen tuomioistuimen tekemä ratkaisu, sillä ulkomailla annetun tuomion purkamisen suomalaisten purkusäännösten nojalla ei ole mahdollista.⁷⁰ Tuomioistuimella tarkoitetaan tässä yhteydessä sekä yleisiä että erityistuomioistuimia.⁷¹ Ainoa rikosasioita käsittelevä erityistuomioistuin Suomessa on valtakunnanoikeus. Valtakunnanoikeuden antama tuomio on valtakunnanoikeudesta ja ministerivastuunasioiden käsittelystä annetun lain (196/2000) 17 §:n mukaisesti purkukelpoinen ratkaisu, mutta purkuhakemus tulee osoittaa valtakunnanoikeudelle itselleen eikä KKO:lle. Valtakunnanoikeuden tuomion purkamisessa noudatetaan soveltuvin osin OK 31 luvun säännöksiä. Sotilasoikeudenkäynti-

⁶⁷ *Rautio* 2017b s. 1210.

⁶⁸ *Lindell* 2017 s. 489; *Welamson – Munck* 2016 s. 189–190.

⁶⁹ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 128.

⁷⁰ *Lager* 1972 s. 63.

⁷¹ *Tirkkonen* 1972 s. 573 ja *sama* 1977 s. 433; *Jokela* 2009 s. 345. OK 31 luvun säännösten nojalla purkaa voidaan myös työtuomioistuimen, vakuutus oikeuden sekä markkinaoikeuden antama ratkaisu. Markkinaoikeuden sekä vakuutus oikeuden päätösten osalta ylimääräinen muutoksenhaku ohjautuu kuitenkin eri asiaryhmien osalta joko korkeimpaan hallinto-oikeuteen tai korkeimpaan oikeuteen, ks. oikeudenkäynnistä markkinaoikeudesta annetun lain (100/2013) 7 luku sekä oikeudenkäynnistä vakuutus oikeudessa annetun lain (677/2016) 19–20 §.

lain (326/1983) 20 §:n 1 momentin nojalla sotatilan aikana maahamme voidaan asettaa sotaoikeuksia käsittelemään sotilaita koskevia rikosasioita. KKO lienee toimivaltainen purkamaan myös sotaoikeuden antaman lainvoimaisen tuomion.⁷²

Tapauksessa KKO 2008:94 Väinö Tannerin pojanpoika haki KKO:lta sotasyllisyysoikeuden antaman tuomion purkamista. KKO katsoi, ettei sillä ollut toimivaltaa käsitellä purkuhakemusta ja jätti sen tutkimatta. KKO perusteli ratkaisuaan mm. sillä, ettei sotaan syyllisten rankaisemisesta annetussa laissa (890/1945) ollut säännöksiä, joiden nojalla sotasyllisyysoikeuden tuomion purkamista voitaisiin hakea KKO:lta.

Tuomion purkukelpoisuuden kannalta merkitystä ei ole sillä seikalla, onko tuomio annettu normaalissa kontradiktorisessa prosessissa, yksipuolisena tuomiona, kirjallisessa menettelyssä tai esimerkiksi vastaajan poissa ollessa. Purkukelpoisuuden määrittelyn osalta on yhdentekevää myös se, miten perusteelliseen tutkintaan tai käsittelyyn tuomio perustuu. Myös tunnustamisoikeudenkäynnissä (ROL 5b luku, 670/2014) annettu tuomio voi olla tuomionpurun kohteena. Tunnustamisoikeudenkäynnin eri vaiheisiin kohdistuva ylimääräinen muutoksenhaku tapahtunee käytännössä kuitenkin ensisijaisesti tuomiovirhekanteluna OK 31:1.1:ssä säädettyjen perusteiden nojalla.⁷³

Tuomioistuinratkaisun purkukelpoisuutta arvioitaessa ratkaiseva merkitys täytyy antaa päätöksen kyvyllä saavuttaa oikeusvoima.⁷⁴ Jos purkua on haettu sellaiseen tuomioon tai tuomioistuimen päätökseen, joka ei vielä ole lainvoimainen, ei käsillä oikeastaan edes ole perustetta turvautua tuomion purkamiseen. Tällaisessa tilanteessahan asianosaisella on vielä mahdollisuus käyttää varsinaisia muutoksenhakukeinoja. Ylimääräiset muutoksenhakukeinot eivät ole käytettävissä, jos ylimääräisen muutoksenhaun kohteena olevaa asiaa ei ole ratkaistu lain- ja oikeusvoimaisesti.

Oikeudenkäynnin aikana annetaan usein muitakin ratkaisuja kuin edellä mainittuja tuomioita ja niihin rinnastuvia päätöksiä. Asian käsittely sekä jutun vireilläolo voi päättyä myös siksi, että tuomioistuin ei ole toimivaltai-

⁷² Sotilasoikeudenkäyntilain 27 §:n mukaan sotaoikeus käsittelee asian rikosasioista säädettyssä järjestyksessä, minkä ohella noudatetaan sotilasoikeudenkäyntilain 4 ja 5 luvun säännöksiä. Tämä tarkoittanee myös sitä, että sotaoikeuden käsittelemissä asioissa säännönmukainen ja ylimääräinen muutoksenhaku tapahtuvat OK:n säännösten mukaisesti. Näin myös *Frände* 2009 s. 575 av. 7.

⁷³ Ks. *Koponen* 2017 s. 138–140.

⁷⁴ *Welamson – Munck* 2016 s. 189–190.

nen käsittelemään asiaa. Tästä syystä tai jonkin muun ehdottoman prosessinedellytyksen puuttumisen vuoksi tuomioistuin voi jättää asian tutkimita. Tällainen päätös saa säännönmukaisesti negatiivisen oikeusvoima- vaikutuksen, eli se estää asian uudelleen käsittelyn samassa tuomioistuimessa. Tämän vuoksi myös prosessinedellytyksestä annettu lainvoimainen ratkaisu voi olla purkuhakemuksen kohteena, olipa asia sitten virheellisesti tutkittu tai jätetty tutkimita.⁷⁵ Toisaalta voidaan katsoa, että edellä mainittuun ta-paukseen ei oikeastaan tulisi soveltaa tuomionpurkua koskevia säännöksiä, vaan tilanteessa pitäisi paremminkin turvautua tuomiovirhekanteluun OK 31:1.1:n 1 kohdan perusteella, koska kyse on prosessinedellytysten virheellisestä arvioinnista.⁷⁶

Kuten edellä on jo mainittu, purku voi kohdistua myös poliisin tai syyttäjän sakkomenettelyssä antamaan määräykseen. Syyttäjän tekemä syyttämättäjättämiskorjaus ei saa oikeusvoimaa, joten sitä ei voida rinnastaa lainvoimaiseen tuomioistuinratkaisuun. Tämän johdosta se ei voi myöskään olla tuomionpurun kohteena.⁷⁷ Vakiintuneesti suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on myös katsottu, että välitystuomio ei voi olla purkuhakemuksen kohteena.⁷⁸

Aikaisemmin tuomioistuimen vahvistamaa sovintoa pidettiin vain poikkeuksellisesti purkukelpoisena tuomioistuinratkaisuna.⁷⁹ Nykyisin OK 20:5:n (664/2005) mukaan tuomioistuimen ratkaisuun sovinnon vahvistamista koskevassa asiassa saa hakea muutosta noudattaen, mitä muutoksen hakemisesta asianomaisen tuomioistuimen tuomioon säädetään. Vahvistetut sovinnot rinnastuvat näin ollen muutoksenhaun ja lainvoimaisuuden osalta tavanomaisiin tuomioihin, mikä tarkoittaa myös sitä, että ylimääräinen muutoksenhaku on mahdollista. Purku voi siis tuomioistuimen vahvistaman sovinnon osalta tulla kyseeseen kaikilla OK 31:7.1:ssa mainituilla perusteilla. Käytännössä vahvistettuja sovintoja vastaan lienee useimmiten kohdistettavissa tuomiovirhekantelu, sillä purkuperusteet soveltuvat vain rajoitetusti sovinnon vahvistamista koskeviin ratkaisuihin.⁸⁰

⁷⁵ Leppänen – Välimaa 1998 s. 130; Rautio 2017b s. 1211–1212.

⁷⁶ Ks. myös Lager 1972 s. 77–78, jossa lausutaan, että tuomionpurun hakeminen tutkimita jättämistä koskevaan päätökseen lienee mahdollista vain poikkeuksellisesti, esim. silloin, kun tutkimattajättämispäätös perustuu virheelliseen oikeudenkäyntiaineistoon.

⁷⁷ Leppänen – Välimaa 1998 s. 130; Koponen 2017 s. 141.

⁷⁸ Halila LM 1964 s. 27–28; Lager 1972 s. 81–82; Tirkkonen 1972 s. 573 ja sama 1977 s. 432–433; Jokela 2009 s. 356.

⁷⁹ Tirkkonen 1937 s. 166–167 ja sama 1977 s. 432. Ks. myös Lager 1972 s. 76–77.

⁸⁰ Ks. Ervasti 2013 s. 151–155.

Lisäksi sotilaskurinpitomenettelyssä annetut kurinpitopäätökset voivat olla ylimääräisen muutoksenhaun ja siten myös tuomionpurun kohteena. Sotilaskurinpidosta ja rikostorjunnasta puolustusvoimissa annetun lain (255/2014) 67 §:n 1 momentin mukaan kurinpitoasian asianosaisella on oikeus ylimääräisten muutoksenhakukeinojen käyttämiseen siten kuin OK 31 luvussa säädetään. Kurinpitopäätöksiä koskevat purkuhakemukset lienevät kuitenkin varsin harvinaisia, sillä kurinpitorangeistusten oikeellisuutta kontrolloidaan puolustusvoimien sisällä myös jälkikäteen.⁸¹ Sotilaskurinpitomenettelyssä annettuihin lainvoimaisiin rangaistuspäätöksiin haettaneen muutosta useimmiten lähinnä menettelyvirheiden eli OK 31:1.1:n mukaisten kanteluperusteiden nojalla.

3.1.2 Eräitä purkamisen kohdetta koskevia tulkintakysymyksiä

Joissain tapauksissa tuomioistuimen antamilta ratkaisuilta puuttuu kokonaan kyky saavuttaa oikeusvoima. Tämäntyyppiset ratkaisut ovat kuitenkin harvinaisia, eikä niillä oikeastaan ole purkusäännösten soveltamisen kannalta suurta merkitystä.⁸² Esimerkkinä näistä päätöksistä voidaan mainita prosessinjohtoa koskevat ratkaisut. Ne eivät ole oikeusvoimakykyisiä tuomioistuinratkaisuja, koska niillä ei ole uuteen oikeudenkäyntiin ulottuvia vaikutuksia. Prosessinjohtoon piiriin kuuluvat päätökset eivät ole sitovia edes suhteessa tuomioistuimeen itseensä.

Ratkaisussa KKO 2012:51 katsottiin, että käräjäoikeuden päätös, jolla asian kiireelliseksi määräämistä koskeva hakemus oli hylätty, ei ollut purkukelpoinen ratkaisu siten kuin OK 31 luvussa säädetään. KKO toteasi perusteluissaan muun muassa, ettei kielteinen ratkaisu kiireelliseksi määräämistä koskevaan pyyntöön sido käräjäoikeutta eikä siten estä asian määräämistä kiireelliseksi uuden hakemuksen ja muuttuneiden olosuhteiden johdosta.

⁸¹ Ks. sotilaskurinpidosta ja rikostorjunnasta puolustusvoimissa annetun lain 124–126 §. Huomautettakoon myös, että sanotun lain 126 §:n 2 momentin mukaan joukko-osaston komentajalla tai häntä ylemmällä kurinpitoesimiehellä on oikeus kumota kurinpitopäätös tai lieventää kurinpitorangeistusta, jos kurinpitomenettelyssä on tapahtunut olennainen virhe tai kurinpitoesimies on ylittänyt toimivaltansa taikka kurinpitoasiassa tehty päätös on lopputulokseltaan virheellinen tai ilmeisesti kohtuuton. Päätöstä ei kuitenkaan saa kumota tai muuttaa, jos sen tekemisestä on kulunut enemmän kuin kaksi vuotta, elleivät erityisen painavat syyt sitä vaadi.

⁸² *Tirkkonen* 1977 s. 432–433; *Rautio* 2017b s. 1211.

Sillensäjättämispäätösten osalta asiaa voidaan kuitenkin pitää osin ongelmallisena ja niiden purkukelpoisuus on tulkinnanvaraista. Pääsääntöisesti niitä ei pidetä purkukelpoisina, sillä jos juttu jätetään sillensä, ei mitään oikeusvoimavaikutusta synny ja asia voidaan milloin tahansa saattaa uudelleen tuomioistuimen tutkittavaksi.⁸³ *Tirkkonen* on kuitenkin katsonut, että sillensäjättämispäätös voi olla tuomiovirhekantelun kohteena,⁸⁴ mikä samalla tarkoittanee sitä, että tällainen ratkaisu on myös purkukelpoinen. Sillensäjättämispäätösten purkukelpoisuutta voitaisiin perustella myös sillä, että niihin voidaan tietyin edellytyksin hakea muutosta valittamalla.⁸⁵

Tulkintavaikeuksia ovat aiheuttaneet myös ylimääräistä muutoksenhakua koskevat ratkaisut ja erityisesti tuomion purkamista koskevat ratkaisut. *Rautio* pitää purkupäätösten purkukelpoisuutta luontevana, koska myös ylimääräistä muutoksenhakua koskevat ratkaisut saavuttavat lainvoiman.⁸⁶ Varsin iäkkäässä ratkaisussa KKO 1963 II 3 purkupäätöstä ei kuitenkaan pidetty purkukelpoisena ja on epäselvää, onko kyseisen ratkaisun oikeusohje edelleenkin voimassa. Ruotsissa on puolestaan katsottu, että myös purkuhakemukseen annettu ratkaisu voi olla purkamisen kohteena.⁸⁷ Kyseenalaista on myös se, onko KKO:n valituslupa-asiassa antama ratkaisu OK 31 luvussa tarkoitettu purkukelpoinen tuomioistuinratkaisu. *Rautio* on todennut, että olisi loogista pitää valitusluvan myöntävää ratkaisua purkukelvottomana, kun taas valitusluvan hylkäävä ratkaisu olisi purkukelpoinen.⁸⁸ Toisaalta jos valituslupaa ei myönnetä, yksinkertaisinta on kohdistaa

⁸³ *Lappalainen* 2001 s. 414; *Jokela* 2015 s. 574.

⁸⁴ *Tirkkonen* 1972 s. 552 ja sama 1977 s. 412.

⁸⁵ *Rautio* 2017b s. 1211; *Koponen* 2017 s. 127–128.

⁸⁶ *Rautio* 2017b s. 1213. Ks. myös *Lappalainen* 2001 s. 415. Oikeusvoimavaikutusta voidaan pitää selvänä, jos ylimääräinen muutoksenhakemus on hyväksytty. Ratkaisu on oikeusvoimakykyinen myös silloin, kun hakemus on hylätty. Jos KKO on esim. hylännyt purkuhakemuksen, myös uusi samoihin perusteisiin nojautuva purkuhakemus on oikeusvoimaoppien mukaan jätettävä tutkimatta aiemman päätöksen johdosta. Purkuhakemusten identtisuuden vertailu voi kuitenkin olla hankalaa. Tämän vuoksi samaperusteinen purkuhakemus tulee käytännössä hylätyksi, jos havaitaan, ettei sillä ole menestymismahdollisuuksia. Ks. myös HE 200/2017 vp s. 42–43, jossa ehdotetaan OK 31 lukuun lisättäväksi uusi 19 §, jonka tarkoituksena on rajoittaa moninkertaista ylimääräistä muutoksenhakua. Ehdotetun säännöksen mukaan asianosainen voisi samassa asiassa turvautua ylimääräiseen muutoksenhakuun vain kerran, jollei asiaa ole erityisen painavasta syystä välttämätöntä tutkia uudelleen. Toistuvat ja samoihin perusteisiin nojautuvat ylimääräiset muutoksenhakemukset jätettäisiin siis ehdotetun lainkohdan nojalla tutkimatta. Vastaava rajoitus koskee jo ylimääräistä muutoksenhakua hallintoasioissa, ks. HLL 64a § (891/2015).

⁸⁷ *Welamson – Munck* 2016 s. 191.

⁸⁸ *Rautio* 2017b s. 1213. Ks. myös ratkaisu NJA 2005 s. 78 ja *Welamson – Munck* 2016 s. 191, jossa lausutaan, että: ”Resning torde vara möjlig beträffande beslut att meddela pröv-

purkuhakemus asiassa lainvoimaiseksi jääneeseen hovioikeuden ratkaisuun.⁸⁹

Myös asianajajien kurinpitomenettelyssä annettujen ratkaisujen purkukelpoisuuteen liittyy epäselvyyksiä, sillä Asianajajaliiton yhteydessä toimiva riippumaton valvontalautakunta ei ole tuomioistuimien eikä sitä voida pitää myöskään viranomaisena. Valvontalautakunnan ratkaisuun haetaan asianajajista annetun lain (496/1958) 10 §:n 1 momentin (716/2011) mukaan muutosta Helsingin hovioikeudelta ja edelleen valituslupaa pyytämällä korkeimmalta oikeudelta, minkä lisäksi valvonta-asiaa koskeva ylimääräinen muutoksenhaku ohjautuu OK 31:16:n nojalla korkeimpaan oikeuteen. Tulkintaongelmia aiheuttaa tällöin se seikka, sovelletaanko valvontalautakunnan ratkaisuun riita- vai rikosasioiden purkusäännöksiä. Vaikka valvontalautakunnalta kurinpidollisen seuraamuksen saanut asianajaja ei ole noudattanut hyvää asianajotapaa, ei hän kuitenkaan ole syyllistynyt rikokseen. Riippumattoman valvontalautakunnan määräämä kurinpidollinen seuraamus ei myöskään ole rikosoikeudellinen rangaistus, minkä johdosta valvonta-asia on rinnastettavissa lähinnä hallintolainkäyttöön, joskin siinä on kieltämättä myös rikosasian käsittelylle tyypillisiä piirteitä.⁹⁰ Mikäli valvonta-asia rinnastetaan hallintolainkäyttöön, Asianajajali-

ningstillstånd bara om det i det enskilda fallet undantagsvis framgår att en prövning i denna ordning har en funktion att fylla –.”

⁸⁹ Lisäksi OK 30a luvussa (650/2010) säädetään ns. ennakkopäätösvalituksesta, jolla käräjäoikeuden tuomioon haetaan muutosta suoraan KKO:lta valituslupaa pyytämällä. Hovioikeusvaihe hypätään siis yli. Menettelyyn ryhtyminen vaatii myös muutoksenhakijan vastapuolen suostumuksen (OK 30a:1.2). Lupa ennakkopäätösvalitukseen voidaan myöntää vain sellaisessa tapauksessa, jossa lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa asioissa tai oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi on tärkeää saattaa asia KKO:n ratkaistavaksi. Jos valituslupaa ei myönnetä, käräjäoikeuden ratkaisu jää pysyväksi (OK 30a:2). Tuomiosta ei siis tällöin voi valittaa enää hovioikeuteen. Lainvoimaiseksi jääneeseen käräjäoikeuden ratkaisuun voi kuitenkin hakea muutosta ylimääräisillä muutoksenhakukeinoilla, ks. HE 105/2009 vp s. 42. Ennakkopäätösvalituksesta tarkemmin ks. *Jokela* 2010 s. 156–160.

⁹⁰ Ks. KKO 2015:30, perustelujen kohdat 17–20. Huomionarvoista on, että asianajajien kurinpitomenettely ei ole katsottu kuuluvan EIS:n rikosoikeudelliseen soveltamisalaan. Asianajajien valvontamenettelyssä annetun seuraamuksen sanktioluonnetta voidaan kuitenkin joutua arvioimaan kaksoisrangaistavuuden kiellon kannalta esim. silloin, kun asianajan rikkomus on samaan aikaan vireillä sekä rikosprosessissa että Asianajajaliiton yhteydessä toimivassa riippumattomassa valvontalautakunnassa. EIT:n oikeuskäytännössä seuraamuksen rikosoikeudellisen luonteen arviointi on pohjautunut ns. Engel-kriteereihin, joita ovat teon oikeudellinen luonnehdinta kansallisessa oikeudessa, teon todellinen luonne sekä määrättävissä olevan seuraamuksen luonne ja ankaruus. Ks. myös *Hirvelä – Heikkilä* 2017 s. 344–347. Kaksoisrangaistavuuden kieltö on pyritty huomioimaan myös asianajajista annetun lain 7 §:n 5 momentissa (716/2011). Sanotun lainkohdan nojalla valvontalautakunta ei voi määrätä *seuraamusmaksua*, jos samaa rikkomusta koskeva asia on vireillä esitutkinnaissa, syyteharkinnassa tai tuomioistuimessa rikosasiaina taikka jos asianajaja on

ton yhteydessä toimivan riippumattoman valvontalautakunnan tekemään ratkaisuun haettaneen silloin purkua riita-asioiden säännösten nojalla.⁹¹ Toisaalta valvonta-asian kohteena olevan asianajajan kannalta tämä on varsin epäedullinen vaihtoehto, sillä tuomionpurku syytetyn eduksi ei ole sidottu määräaikoihin. Tämän lisäksi OK 31:8:n soveltamisessa ei noudateta preklusiota.

Purkamisen kohteen osalta tulkinnanvaraisia ratkaisuja ovat myös lähes-
tymiskielto ja liiketoimintakielto. Toisaalta kummankin kiellon voimassa-
oloaikoja on rajoitettu, minkä vuoksi niiden purkamiseen ei liene kovin
usein tarvetta. Epäselvää liiketoimintakiellon osalta on vielä sekin, sovel-
letaanko siihen riita- vai rikosasioiden purkusäännöksiä. Liiketoiminta-
kiellosta annetun lain (1059/1985) 19 §:n 1 momentin (448/2011) mukaan
liiketoimintakiellon määräämistä ja pidentämistä koskeva asia käsitellään
rikosasian järjestyksessä. Saman pykälän 2 momentin (773/2002) mukaan
liiketoimintakiellon kumoamista koskevan asian käsittelyssä noudatetaan
kuitenkin OK 8 luvun (768/2002) hakemusasioita koskevia säännöksiä.
Tässäkin yhteydessä voidaan todeta, että rikosasioiden purkusäännösten
soveltaminen olisi liiketoimintakieltoon asetetun kannalta edullisempi
vaihtoehto.⁹²

Tuomionpurun kohteen osalta voidaan vielä tarkastella sitä, miten tulisi
suhtautua tuomioihin, joita pidetään ns. mitättöminä. Lähtökohtaisesti tuo-
mioistuimen antamaa tuomiota ei pidetä mitättömänä, vaan sen katsotaan
virheistä huolimatta olevan pätevä niin kauan kunnes siihen haetaan muu-
tosta.⁹³ Tuomio ei yleensä ole sillä tavoin mitätön, että se jäisi jonkin
aineellisen tai menettelyllisen virheen vuoksi suoraan lain nojalla vaille
oikeusvoimavaikutusta. Joissain poikkeustapauksissa tuomiota voidaan

lainvoimaisesti tuomittu rangaistukseen kyseisestä rikkomuksesta. Vaikka asianajaja olisi
saanut rikkomuksestaan langettavan tuomion, hänelle voidaan siitä huolimatta antaa huo-
mautus tai varoitus taikka erottaa hänet asianajajayhdistyksen jäsenyydestä. Mainittu sään-
nös estää siis vain seuraamusmaksun määräämisen, mutta ei sitä vastoin esim. jäsenyydestä
erottamista, vaikka sitä voitaneen pitää ankarampana seuraamuksena kuin seuraamusmak-
sua. Lainkohdan esitöissä ei selosteta, miksi säännös koskee vain seuraamusmaksun mää-
räämistä, vaikka säännöksen tarkoituksena on nimenomaan ollut ne bis in idem -kiellon
huomioiminen ja oikeustilan selvittäminen tältä osin, ks. HE 318/2010 vp s. 46. Ks. myös
Ylönen 2014 s. 122–126.

⁹¹ Ks. *Koponen* 2017 s. 98–101.

⁹² Ks. *Koponen* 2017 s. 97–98. Liiketoimintakielto voidaan siis määrätä rikosasian yhtey-
dessä, mutta sen määrääminen ei kuitenkaan aina edellytä rikosta. Liiketoimintakielto voi
tulla kyseeseen myös liiketoimintaan liittyvien lakisääteisten velvollisuuksien laiminlyön-
nin johdosta.

⁹³ *Lager* 1972 s. 62.

kyllä pitää suoraankin mitättömänä, esimerkiksi jos sen on antanut jokin valtiollisen lainkäyttöorganisaation ulkopuolinen taho ilman lakiin perustuvaa toimivaltaa.⁹⁴ Näissä tilanteissa purkamista ei voida pitää tarpeellisena, koska tuomiolta puuttuvat sen normaalit vaikutukset. Tuomionpurkusaännöksiä tiukasti tulkiten käsillä ei oikeastaan edes ole sellaista tuomioistuinratkaisua, joka voisi olla purkamisen kohteena. Joskus tuomion mitättömyyteen reagoiminen tuomionpurun avulla saattaa kuitenkin olla perusteltua, vaikkei se ehkä olisikaan välttämätöntä. Näin voisi olla esimerkiksi silloin, kun mitätön tuomio olisi tärkeätä purkaa epävarman oikeustilan kumoamiseksi.

3.2 Lainvoimaisuus tuomion purkamisen edellytyksenä

3.2.1 Lainvoimaisuudesta

Lainvoimalla tarkoitetaan oikeustieteessä tuomion lopullisuutta. Lainvoima ilmenee siten, että turvautuminen varsinaisiin muutoksenhakekeinoihin ei ole enää mahdollista. Varsinaiset muutoksenhakekeinot ovat luonteeltaan sellaisia muutoksenhakekeinoja, joihin voidaan turvautua säännönmukaisesti tavallisissa tapauksissa ja ilman erityisiä, normaalista poikkeavia edellytyksiä.⁹⁵ Tuomio saavuttaa lainvoiman, kun tyytymättömyyden ilmoittamiselle tai muutoksenhauille varattu määräaika on kulunut umpeen. Tuomiota pidetään tämän jälkeen lopullisena ja pysyvänä. Mikäli tuomioon ei voida lainkaan hakea muutosta varsinaisilla muutoksenhakekeinoilla tai laissa on asetettu nimenomainen valituskielto, tuomio saa lainvoiman heti julistamishetkestään lähtien. Esimerkiksi KKO:n ratkaisut ovat lainvoimaisia välittömästi jo antohetkellään.

OK 31:8:n mukaan tuomion purkamisen kohteena tulee olla tuomioistuinratkaisu, joka on lainvoimainen. Tuomion tulee olla lainvoimainen siihen asianosaiseen nähden, joka vaatii tuomion purkamista. Edellytyksenä ei kuitenkaan ole, että asianosainen olisi ensin hakenut muutosta purkuhakemuksen kohteena olevaan ratkaisuun varsinaisin muutoksenhakekeinoin. Riittävää on, että määräaika varsinaiselle muutoksenhauille on kulunut umpeen.⁹⁶ Purkuhakemuksen tekeminen ja sen hyväksyminen on mah-

⁹⁴ Tirkkonen 1972 s. 430; Lappalainen – Hupli 2017b s. 774.

⁹⁵ Tirkkonen 1972 s. 430 ja sama 1977 s. 268–269.

⁹⁶ Leppänen – Välimaa 1998 s. 131.

dollista, vaikka purkamisen kohderatkaisuun ei edes olisi voinut hakea muutosta varsinaisin muutoksenhakukeinoin.⁹⁷

Lainvoimaisuuden oikeuspoliittisena taustana on tarve turvata tuomioi-
den lopullisuus ja sitovuus tulevaisuuteen nähden. Tuomio on moitteenva-
rainen niin kauan, kun muutoksenhauille varattu suhteellisen lyhyt määrä-
aika on avoinna. Kun tuo ajanjakso on kulunut umpeen ja tuomiota vastaan
ei ole reagoitu, tuomiosta on tullut ei-moitteenvarainen eli lainvoimainen.⁹⁸
Lainvoimaisuuden lykkääntymiseksi on riittävää, että joku asianosaisista
on hakenut ratkaisuun muutosta ja asia siirtyy näin ylemmän oikeusins-
tanssin tutkittavaksi.⁹⁹

Lainvoimaisuutta voidaan luonnehtia myös tuomion ominaisuudeksi,
joka on edellytyksenä oikeusvoimavaikutuksen syntymiselle. Lainvoima ja
oikeusvoima on kuitenkin erotettava toisistaan, sillä tuomion lainvoimai-
suus estää muutoksenhaun, kun taas oikeusvoima on esteenä uudelle oi-
keudenkäynnille.¹⁰⁰ Terminologisesti lainvoimasta voidaan käyttää myös
nimitystä *muodollinen oikeusvoima* ja oikeusvoimasta vastaavasti nimitys-
tä *aineellinen oikeusvoima*.¹⁰¹

Tuomioistuimen ratkaisu voi toisinaan saavuttaa vain osittaisen eli rela-
tiivisen lainvoiman. Sanottu tilanne vallitsee silloin, kun vain toinen asian-
osaisista on hakenut tuomioon muutosta. Tällöin tuomio on muutoksenha-
kuajan päätyttyä lainvoimainen ainoastaan siihen asianosaiseen nähden,
joka ei ole hakenut tuomioistuimen ratkaisuun muutosta.¹⁰² Osittainen lain-
voima voi ilmetä myös sillä tavoin, että asianosainen hakee muutosta vain
tuomion tiettyihin osiin niin, että osa tuomiosta jää häneen nähden lainvoi-
maiseksi.¹⁰³ Ylimääräisen muutoksenhaun osalta tuomion osittaisella lain-
voimaisuudella ei ole muuta merkitystä kuin se, että tuomionpurku voi-
daan kohdistaa vain siihen osaan tuomiota, joka on lainvoimainen.

⁹⁷ Jokela 2009 s. 346.

⁹⁸ Tirkkonen 1972 s. 431 ja sama 1977 s. 269.

⁹⁹ Lappalainen – Hupli 2017b s. 770.

¹⁰⁰ Lappalainen – Hupli 2017b s. 769.

¹⁰¹ Lappalainen 2001 s. 407 av. 35.

¹⁰² Tuomion yksipuolinen lainvoimaisuus ei kuitenkaan ole ehdotonta. Jos esim. hovioi-
keus on vastapuolen tekemän valituksen johdosta muuttanut tuomiota sen asianosaisen va-
hingoksi, joka on tyytynyt käräjäoikeuden tuomioon, on tällä oikeus hakea hovioikeuden
ratkaisuun muutosta niiltä osin, kuin se käräjäoikeuden ratkaisuun verrattuna on muuttunut
hänelle epäedullisemmaksi. Ks. Jokela 2015 s. 571.

¹⁰³ Tirkkonen 1977 s. 273–274. Osittainen lainvoima ilmenee erityisesti objektiivisen ku-
mulaation tilanteissa silloin, kun asianosainen hakee muutosta vain joihinkin tuomiolla
ratkaistuihin vaatimuksiin. Objektiivisesta kumulaatiosta tarkemmin ks. Lappalainen 1995
s. 422–431.

3.2.2 Tuomioistuinratkaisujen lainvoimaiseksi tulon ajankohta

Tuomion purkaminen voi tapahtua vasta sen hetken jälkeen, kun purettavaksi vaadittu tuomio tai muu tuomioistuimen päätös on tullut lainvoimaiseksi. Koska lainvoimaisuuden ajankohta on kytkeytynyt varsinaisten muutoksenhakukeinojen käyttömahdollisuuksiin, tarkastellaan seuraavaksi, milloin nämä muutoksenhakukeinot eivät ole enää asianosaisten käytettävissä.

Tuomio tulee pääsääntöisesti lainvoimaiseksi tyytymättömyyden ilmoittamiselle tai muutoksenhauille varatun määräajan viimeisenä päivänä virka-ajan päättyessä, jos tuomiota vastaan ei ole ennen tuota ajankohtaa mitenkään reagoitu. Mikäli tuomioon ei siis voi hakea muutosta varsinaisin muutoksenhakukeinoin, tulee se lainvoimaiseksi heti antamishetkellään.

Jos kärjäoikeuden tuomioon haetaan muutosta, on ensin tehtävä tyytymättömyyden ilmoitus seitsemän päivän kuluessa tuomion antamis- tai julistamispäivästä lukien (OK 25:5.2). Ellei ilmoitusta tehdä, tuomio tulee lainvoimaiseksi mainitun ajan päätyttyä. Tyytymättömyyden ilmoituksen jälkeen muutoksenhakijan on vielä ajettava valitus perille 30 päivän kuluessa laskettuna siitä päivästä, kun kärjäoikeuden tuomio julistettiin tai annettiin (OK 25:12.1). Mikäli tyytymättömyyttä on ilmoitettu, mutta valitusta ei siitä huolimatta ole tehty, tulee kärjäoikeuden tuomio lainvoimaiseksi 30 päivän kuluttua sen antamisesta.¹⁰⁴ Tässä yhteydessä on syytä huomauttaa, että muutoksenhakijalla on poikkeuksellisissa tapauksissa myös mahdollisuus saada pidennystä valitusajalle (OK 25:13 ja 14).

Ennen kuin kärjäoikeuden ratkaisusta voi valittaa hovioikeuteen, asiassa tarvitaan pääsääntöisesti ensin jatkokäsittelylupa. Jos jatkokäsittelylupa myönnetään, tähän myönteiseen päätökseen ei saa hakea muutosta (OK 25a:19.1). Tällöin asian käsittely siirtyy hovioikeuden täysimääräiseen tutkintaan niiltä osin, kuin jatkokäsittelylupa on myönnetty. Hovioikeuden pääasiaan antama ratkaisu sekä jatkokäsittelyluvan hylkäävä päätös tulevat lainvoimaisiksi, kun hovioikeuden ratkaisu on annettu ja ratkaisua vastaan käytettävissä oleva varsinainen muutoksenhakuaika on kulunut umpeen. Hovioikeuden ratkaisuun ei ilmoiteta tyytymättömyyttä. Hovioikeuden jatkokäsittelyluvan hylkäävään ratkaisuun sekä hovioikeuden

¹⁰⁴ Tyytymättömyyden ilmoittaminen ei kuulu takaisinsaantijärjestelmään, jota käytetään muutoksenhakukeinona yksipuoliseen tuomioon. OK 12:15.1:n mukaisesti sen, jota vastaan on annettu yksipuolinen tuomio, tulee hakea takaisinsaantia 30 päivän kuluessa siitä ajankohdasta, jolloin hän on saanut yksipuolisesta tuomiosta tiedon. Muutoksenhausta yksipuoliseen tuomioon ks. *Jokela* 2015 s. 140–141.

antamaan pääasiaa koskevaan ratkaisuun haetaan muutosta pyytämällä KKO:lta valituslupaa. Määräaika valitusluvan pyytämiseen ja valituksen jättämiseen on 60 päivää hovioikeuden ratkaisun antamispäivästä (OK 30:5.1).¹⁰⁵

Jos KKO ei myönnä hovioikeuden ratkaisusta valituslupaa tai jättää sen tutkimatta, hovioikeuden tuomio saa lainvoiman tämän kielteisen ratkaisun tekohetkellä. Mikäli KKO on myöntänyt valitusluvan ja käsitellyt valituksen, saa KKO:n ratkaisu lainvoiman aina antamishetkellään. KKO:n tuomio ja päätös annetaan päivittäin sille päivälle, josta alkaen se on asianosaisten saatavissa (OK 30:27).

Muutoksenhakija voi myös OK 25:12.3:n mukaisesti peruuttaa valituksen. Jos muutoksenhakemus on peruutettu ennen kuin laissa säädetty muutoksenhaku-aika on päättynyt, tuomio tulee lainvoimaiseksi vasta, kun tuo muutoksenhauulle varattu määräaika on kulunut umpeen. Jos taas muutoksenhakemus on peruutettu muutoksenhakuajan jo päätyttyä, saavuttaa tuomio lainvoimaisuuden sillä hetkellä, kun hakemus on peruutettu.¹⁰⁶ Valituksen peruuttamiseen ei pidä sekoittaa prosessitoimintaa, jolla asianosainen ilmoittaa valitusajan kuluessa tyytyvänsä käräjäoikeuden antamaan ratkaisuun (OK 25:2.2). Tässä tapauksessa käräjäoikeuden ratkaisu saa lainvoiman tyytymisilmoituksen tekohetkellä.

Muutoksenhauulle varattua määräaikaa laskettaessa täytyy ottaa huomioon myös säädettyjen määräaikain laskemisesta annettu laki (150/1930). Määräaikojen laskemiseen saattaa vaikuttaa etenkin ns. pyhäpäiväsääntö, joka ilmenee mainitun lain 5 §:n 1 momentista (358/1966). Tämä säännös voi joskus pidentää määräaikaa seuraavaan ensimmäiseen arkipäivään, mikäli määrääjän päättymispäivä on pyhäpäivä, itsenäisyyspäivä, vapunpäivä, joului- tai juhannusaatto taikka arkilauantai.

3.3 Kenellä on oikeus hakea tuomionpurkua?

3.3.1 Yleisesti

Tuomionpurun muodollisiin edellytyksiin kuuluu, että purkua hakevalla tulee olla niin sanottu purkulegitimaatio eli oikeus yksittäistapauksessa vaatia lainvoimaisen tuomion purkamista. Purkulegitimaatioissa on kyse

¹⁰⁵ Ks. myös *Lappalainen* 2001 s. 410–411.

¹⁰⁶ *Lappalainen – Hupli* 2017b s. 770.

eräästä muutoksenhakuoikeuden erityistilanteesta. Yleisesti ottaen muutoksenhakuoikeudessa on kysymys siitä, kenellä ylipäätään on oikeus hakea tuomioistuimen ratkaisuun muutosta.

Purkulegitimaation määräytymisen osalta luonnollisena ja itsestään selvänä lähtökohtana voidaan pitää sitä, että oikeus hakea lainvoimaisen rikostuomion purkamista kuuluu ensiprosessin asianosaisille.¹⁰⁷ Toisaalta tämä merkitsee, että muilla kuin alkuperäisen jutun asianosaisilla ei ole oikeutta turvautua tuomion purkamiseen.¹⁰⁸ Vaikka oikeudenkäymiskäärassa ei ole säännöksiä siitä, onko muilla kuin asianosaisilla oikeus purkukakemuksen tekemiseen, erällä viranomaisilla on katsottu olevan oikeus hakea lainvoimaisen rikostuomion purkamista julkisen edun niin vaatiesa.¹⁰⁹

Purkulegitimaatiota määriteltäessä tulee kiinnittää huomiota siihen henkilöpiiriin, johon purkukakemuksen kohteena olevan tuomion oikeusvoimavaikutus ulottuu.¹¹⁰ Yleisenä sääntönä purkulegitimaation määräytymisen osalta voidaan pitää sitä, että sellaisella henkilöllä, joka on tuomion oikeusvoimavaikutuksen sitoma, tulisi olla oikeus purkukakemuksen tekemiseen.¹¹¹ Kyseeseen saattaa tämän johdosta tulla poikkeuksellisesti myös sellainen taho, joka ei varsinaisesti ole jutussa asianosaisen asemassa. Esimerkiksi sivuväliintulijalla, jonka väliintulointressi on välitön, on oikeus vaatia tuomion purkamista.¹¹² Tosin rikosprosessin osalta tämä voi tulla kyseeseen vain adheesio väilytyksellä eli silloin, kun rikosasian oikeudenkäynnissä käsitellään välittömästi rikokseen perustuvia yksityisoikeudellisia vaatimuksia ja sivuväliintulija tukee asiassa vastaajaa.¹¹³ Todettakoon lisäksi, että siviiliprosessissa välttämättömässä prosessinyhteydessä olevalla henkilöllä on myös oikeus hakea erikseen tuomion purkamista.¹¹⁴

Tässä artikkelissa tuomion purkamiseen oikeutettuja tahoja käsitellään siten, että ensin tarkastellaan ensiprosessin asianosaispiiriä. Asianosaistahoon luetaan tässä esityksessä myös ensiprosessissa toiminut virallinen

¹⁰⁷ *Tirkkonen* 1937 s. 170; *Lager* 1972 s. 101; *Rautio* 2017b s. 1214; *Welamson – Munck* 2016 s. 214.

¹⁰⁸ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 131.

¹⁰⁹ *Rautio* 2017b s. 1215–1216.

¹¹⁰ *Tirkkonen* 1937 s. 170–172.

¹¹¹ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 131.

¹¹² *Lager* 1972 s. 103–104. Väliintulo ei kuitenkaan voi tapahtua muutoksenhakemuksella, vaan edellytyksenä on, että väliintulija on jo osallistunut oikeudenkäyntiin. Ks. myös *Lappalainen* 1995 s. 350.

¹¹³ *Tirkkonen* 1972 s. 574. Sivuväliintulosta rikosprosessissa ks. myös *Tirkkonen* 1969 s. 338.

¹¹⁴ *Lager* 1972 s. 103–104; *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 132; *Rautio* 2017b s. 1214–1215.

syyttäjä. Tämän jälkeen käydään läpi ne viranomaiset, joilla on oikeuskäytännössä katsottu olevan oikeus purkuhakemuksen tekemiseen. Lopuksi tarkastellaan lyhyesti tuomionpurun yksityistä hakijaa koskevaa avustajapakkoa (OK 15:1.4).

3.3.2 Rikosasian asianosaiset

Tuomionpurkuhakemuksen tekemiseen ovat oikeutettuja ensinnäkin rikosasiassa alkuperäisen jutun asianosaiset eli syytetty, asianomistaja ja syyttäjä. Myös muilla oikeudenkäynnissä esiintyneillä henkilöillä voi olla oikeus hakea tuomion purkamista. Esimerkkeinä voidaan mainita oikeudenkäynnissä kuultu todistaja ja asiantuntija, joskin heillä on oikeus vaatia tuomionpurkua vain siltä osin kuin ratkaisu koskee heidän oikeuksiaan. Myös valtion varoista kustannettu avustaja voi hakea tuomion purkamista, mutta hänkin vain palkkioidensa osalta.¹¹⁵

Rikosasioissa asianomistajalla lienee ROL 1:14.3:n nojalla oikeus hakea tuomionpurkua, vaikkei hän olisikaan käyttänyt asiassa aikaisemmin puhevaltaa.¹¹⁶ Mainittu lainkohta koskee asianomistajan oikeutta hakea rikostuomioon muutosta varsinaisilla muutoksenhakukeinoilla, mutta sitä voidaan soveltaa analogisesti myös ylimääräiseen muutoksenhakuun. Jos taas asianomistaja on tuomion lainvoimaiseksi tulon jälkeen kuollut, tuomionpurkua voivat lähtökohtaisesti vaatia ne samat henkilöt, jotka ovat ROL 1:17:n nojalla oikeutettuja käyttämään asianomistajalle kuulunutta syyte-oikeutta hänen kuolemansa jälkeen.¹¹⁷

ROL 2 luvussa tarkoitettulla puolustajalla tai asianomistajan oikeudenkäyntiavustajalla ei sitä vastoin ole oikeutta yksinään ilman päämiehensä suostumusta ja nimenomaista pyyntöä hakea tuomion purkamista tai turvautua muihinkaan ylimääräisiin muutoksenhakukeinoihin.¹¹⁸ Tämä on johdonmukaista jo siitä syystä, että määräys toimia rikosasian vastaajan puolustajana tai asianomistajan oikeudenkäyntiavustajana ei ole enää voimassa sen jälkeen, kun asiassa annettu tuomio on tullut lainvoimaiseksi.

¹¹⁵ Rautio 2017b s. 1214.

¹¹⁶ Leppänen – Välimaa 1998 s. 131.

¹¹⁷ Ks. Tirkkonen 1937 s. 217, jossa on vielä asetettu lisäedellytys, jonka mukaan asianomistajan lähiomaiset voivat vaatia purkua vain silloin, kun asianomistaja ei ole eläessään nimenomaisesti kieltänyt purkuhakemuksen tekemistä. Tällaisia tahdonilmauksia ei käytännössä anneta. Ks. syyteoikeuden siirtymisestä asianomistajan kuoleman jälkeen Jokela 2018 s. 305–306 sekä Vuorenpää 2014 s. 65–68.

¹¹⁸ Leppänen – Välimaa 1998 s. 132.

Rikosasiassa tuomitun kuoleman jälkeen purkulegitimaatio siirtynee hänen lähisukulaisilleen.¹¹⁹ Laissa ei kuitenkaan ole asiasta nimenomaista säännöstä, mutta esimerkiksi *Rautio* on katsonut, että ROL 1:17:ää tulisi soveltaa analogisesti myös määriteltäessä sitä henkilöpiiriä, jolla syytetyn kuoleman jälkeen on oikeus vaatia tuomion purkamista.¹²⁰ Tämä on luonnollista senkin vuoksi, että kyseessä on asia, joka liittyy vahvasti vainajan henkilöön.¹²¹

Suomessa on vakiintuneesti katsottu, että rikosasiassa jutussa toimineella syyttäjällä on oikeus hakea tuomionpurkua sekä syytetyn eduksi että tämän vahingoksi.¹²² Syyttäjä huolehtii rikosoikeudellisen vastuun toteutumisesta yhteiskunnan puolesta. Syyttäjän täytyy tehtävässään toimia sekä yleisen edun että asianosaisten oikeusturvan edellyttämällä tavalla.¹²³ Syyttäjän tulee siten huolehtia myös siitä, ettei rikosoikeudellisiin toimenpiteisiin ryhdytä syyttömiä vastaan. Onkin luonnollista, että syyttäjällä on toimivalta turvautua tuomion purkamiseen, mikäli tuomion tultua lainvoimaiseksi ilmenee jokin seikka, jonka perusteella sen aineellista oikeellisuutta on syytä epäillä.

Syyttäjä saa ROL 1:13:n nojalla hakea muutosta myös rikosasian vastaajan eduksi tai muuttaa vastaajan vahingoksi tekemänsä muutoksenhakemuksen tämän eduksi. Säännöstä on perusteltu muun muassa sillä, ettei syyttäjällä ole rikosprosessissa valvottavanaan omia henkilökohtaisia etuja, vaan hän toimii valtion rikosoikeudellisten etujen valvojana. Syyttäjän tehtäviin kuuluu huolehtia myös siitä, ettei ketään tuomita epäoikeudenmukaiseen rangaistukseen ja että syytettyä kohdellaan muutoinkin oikeudenmukaisesti.¹²⁴ Mainittu lainkohta ja sen perustelut antavat tulkintatukea myös sille, että syyttäjällä on oikeus vaatia tuomionpurkua syytetyn eduksi.

Syyttäjälle kuuluvan purkulegitimaation puolesta puhuvana seikkana voidaan vielä vedota vuonna 1990 Havannassa YK:n kriminaalipoliittisen maailmankongressin päätöslauselmassa hyväksytyihin syyttäjän roolia koskeviin ohjeisiin, jotka on tarkoitettu auttamaan jäsenvaltioita näiden

¹¹⁹ *Tirkkonen* 1937 s. 218; *Cars* 1959 s. 127–128.

¹²⁰ *Rautio* 2017b s. 1218.

¹²¹ Mikäli edesmennyt rikosasian vastaaja on kuitenkin tuomittu yksityisoikeudelliseen vahingonkorvaukseen, puhevalta siirtyy tältä osin vainajan kuolinpesän osakkaille. Ks. myös *Jokela* 2012 s. 61–63.

¹²² *Tirkkonen* 1937 s. 215–216; *Rautio* 2017b s. 1216.

¹²³ Syyttäjän asemasta ja tehtävistä ks. *Virolainen – Pölönen* 2004 s. 29–41 sekä *Jokela* 2018 s. 64–67.

¹²⁴ HE 82/1995 vp s. 42 ja *Vuorenpää* 2007 s. 232–235.

edistäessä syyttäjien puolueettomuutta, tasapuolisuutta ja tehokkuutta rikosprosessissa.¹²⁵ Ohjeiden mukaan syyttäjien odotetaan toimivan ennen kaikkea oikeudenmukaisesti ja puolueettomasti sekä sopusoinnussa kansainvälisten ihmisoikeussopimuksien asettamien vaatimusten kanssa. Syyttäjien tulee suojella julkista etua ja ottaa huomioon myös syytetyn asema ja olosuhteet siitä huolimatta, koituvatko ne syytetyn eduksi vai tämän vahingoksi. Syyttäjien tehtävien toteuttamiseksi voidaan pitää välttämättömänä, että hänellä on oikeus hyödyntää myös ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja. Tässä yhteydessä on hyvä myös havaita, että KKO:ssa syyttäjiä edustaa syyttäjälaitoksesta annetun lain (439/2011) 10 §:n 1 momentin 2 kohdan mukaisesti valtakunnansyyttäjä.

Lisäksi voidaan todeta, että syyttäjän velvollisuus kontrolloida syytetyn etua myös ylimääräisten muutoksenhakukeinojen kannalta on entisestään korostunut ainakin sitä taustaa vasten, että purkuhakemuksen tekeminen ei ole enää niin vapaasti syytetyn käytettävissä kuin aikaisemmin. Nykyisin rikosasian vastaajan täytyy nimittäin OK 15:1.4:n mukaan käyttää KKO:ssa tuomionpurkua ja tuomiovirhekantelua koskevassa asiassa lainopillista avustajaa.

Myös Ruotsissa on vakiintuneesti katsottu, että syyttäjällä on toimivalta vaatia rikosprosessissa annetun lainvoimaisen tuomion purkamista.¹²⁶ Kuitenkin vain valtakunnansyyttäjällä on oikeus vaatia tuomion purkamista, jos asian käsittely kuuluu Ruotsin korkeimman oikeuden toimivaltaan. Mikäli purkuhakemus sen sijaan kohdistuu alioikeuden antamaan rikostuomioon ja purkuasia käsitellään hovioikeudessa, myös alemmalla syyttäjällä on oikeus vaatia tuomionpurkua.¹²⁷

3.3.3 *Viranomaistaho*

Suomalaisen tuomionpurkujärjestelmän erikoisuutena voidaan pitää sitä, että asianosaistahon lisäksi meillä on oikeuskäytännön myötä vakiintunut tietyille viranomaisille oikeus vaatia lainvoimaisen tuomion purkamista. Tilannetta voidaan pitää poikkeuksellisena ainakin siitä näkökulmasta, että näillä viranomaisilla ei ole oikeutta käyttää varsinaisia muutoksenhakukeinoja alkuperäisessä oikeudenkäynnissä. Asianosaistahon ulkopuolisten vi-

¹²⁵ Ks. Guidelines on the Role of Prosecutors. Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990. Ks. ohjeiden johdosta myös *Jokela* 2018 s. 71–73.

¹²⁶ Ks. *Cars* 1959 s. 127.

¹²⁷ *Welamson – Munck* 2016 s. 214.

ranomaisten purkulegitimaatio perustuu julkisen edun valvontaan. Käytännössä viranomaisilla on purkulegitimaatio etenkin siitä syystä, että ilmiselvät virheellisyydet saataisiin korjatuiksi.

Suomessa on vallinnut käytäntö, että asian ratkaissut tuomari voi hakea lainvoimaisen tuomion tai muun päätöksen purkamista syytetyn eduksi.¹²⁸ Perinteisesti on katsottu, että hakijana voi toimia myös tuomioistuimen päällikkötuomari.¹²⁹ Purkulegitimaatiota voidaan päällikkötuomarin osalta perustella sillä, että se on tarkoituksenmukaista ainakin silloin, kun ratkaisun alun perin tehnyt tuomari tai muu virkamies on siirtynyt muihin tehtäviin tai kuollut. Pääsääntöisesti tuomareiden purkuhakemusten osalta on kuitenkin noudatettu linjaa, jonka mukaan tuomari voi hakea vain ”omien” tuomioidensa purkamista. Vastaavaa järjestelmää ei tunneta muissa Pohjoismaissa.¹³⁰ *Koponen* onkin luonnehtinut tuomarille kuuluvaa purkulegitimaatiota oikeuskäytännön myötä syntyneeksi kansalliseksi kummajaiseksi, josta toisaalta olisi myös oikeuskäytännön muutoksen myötä aiheellista kokonaan luopua.¹³¹

Tapauksessa KKO 2010:77 käräjäoikeuden puheenjohtajana toiminut laamanni pyysi, että käräjäoikeuden tuomio puretaan siltä osin kuin siinä oli luettu A:n syyksi nuorena henkilönä tehdyt varkauden yritys ja vahingonteko. A oli tehnyt teot samana päivänä, jona hän oli täyttänyt 15 vuotta, joten hän ei ollut ollut teoista vielä rikosoikeudellisessa vastuussa. KKO katsoi, että tuomio oli perustunut OK 31:8:n 4 kohdassa säädettyllä tavalla ilmeisesti väärään lain soveltamiseen ja purki käräjäoikeuden tuomion edellä mainittujen rikosten osalta.

¹²⁸ *Ellilä* 1976 s. 73 ja 253; *Rautio* 2017b s. 1216. Sitä vastoin tuomari ei voi tehdä purkuhakemusta syytetyn vahingoksi. Ratkaisussa KKO 2014:10 tällainen hakemus jätettiin tutkimatta, koska sen katsottiin mm. heikentävän yleistä luottamusta rikoslainkäytön puolueettomuuteen. Tuomarilla ei ole myöskään oikeutta hakea oman tuomionsa purkamista dispositiivisissa riita-asioissa. Asian ratkaisseen tuomarin oikeus turvautua ylimääräiseen muutoksenhakuun on kuitenkin rajoitetusti mahdollista hakemusasioissa sekä indispositiivisissa riita-asioissa.

¹²⁹ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 133.

¹³⁰ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 134.

¹³¹ Ks. *Koponen* 2017 s. 60–72 ja 676. Tuomarin hakijakelpoisuus ylimääräisessä muutoksenhaussa on tulkinnanvarainen sen kysymyksen osalta, voiko tuomari tehdä ratkaisemaansa asiaa koskevan tuomiovirhekantelun. Kanteluperusteethan ovat yhteiset sekä riita- että rikosasioille, minkä lisäksi tuomiovirhekantelussa ei OK 31:1:n mukaan kiinnitetä huomiota lainkaan siihen, koituuko kantelu esim. rikosasian vastaajan eduksi vaiko vahingoksi. Epäselvää siis on, edellyttääkö tuomarin tekemän tuomiovirhekantelun hyväksyminen ensin arviota siitä, että kantelu tapahtuu syytetyn eduksi. Toisinaan tällaisen arvion tekeminen voi olla lähes mahdotonta, mikäli aiemmassa oikeudenkäynnissä on sattunut sellainen menettelyvirhe, joka vaatii jutun palauttamista takaisin alempaan instanssiin.

Tuomarin oikeutta vaatia oman tuomionsa purkamista voidaan joka tapauksessa pitää pulmallisena. Ratkaisun tehnyt tuomari ei ole asianosainen käsittelemässään asiassa, vaan hänen tehtävänsä päättyy tuomion antamiseen. Mikäli tuomarilla olisi henkilökohtainen intressi jutussa, on hän OK 13:4.1:n 1 tai 5 kohdan nojalla esteellinen käsittelemään asiaa. Koska tuomari ei voi valittaa omasta ratkaisustaan, on erikoista, että säännönmukaisien oikeussuojakeinojen käyttämiseksi varatun määräajan päättymisen jälkeen tuomarille ilmaantuu oikeus turvautua ylimääräisiin muutoksenhakukeinoihin. Tuomarin purkulegitimaatiota ei voida myöskään perustella sillä, että alioikeuden tuomarin tulisi huolehtia lainkäytön valvonnasta.¹³² Tämä tehtävä kuuluu pikemminkin ylemmille oikeusasteille.

Tuomarin purkulegitimaatiota voitaisiin ehkä perustella sillä näkökohdalla, että jos rikostuomio on perustunut ilmeisen väärään lain soveltamiseen, voi tuomari sen johdosta mahdollisesti joutua virkarikossyytteeseen. Tällöin tuomarilla olisi intressi saada virheellinen tuomio korjatuksi. Mainittu peruste tuntuu kuitenkin hieman ontuvalta, eikä se ole sopusoinnissa tuomarilta vaadittavan puolueettomuuden kanssa. Tuleehan tuomarilta edellyttää tasapuolisuutta sekä oikeudenkäynnin aikana että sen jälkeen. Tuomarin muutoksenhakuoikeutta vastaan puhuu vielä sekin seikka, että nykyisin yleistä etua rikosasioiden osalta valvoo syyttäjälaitos.¹³³

Myös valtioneuvoston oikeuskanslerilla ja eduskunnan oikeusasiamiehellä on vanhastaan katsottu olevan oikeus tehdä lainvoimaista tuomiota koskeva purkuhakemus.¹³⁴ Etsittäessä oikeutusta näiden viranomaisten purkulegitimaatiolle tulee painottaa heidän tehtäviään lainkäytön ja viranomaistoiminnan laillisuusvalvojina. Oikeuskanslerin ja oikeusasiamiehen tulee Suomen perustuslain (PL, 731/1999) 108 ja 109 §:n nojalla valvoa, että tuomioistuimet ja muut viranomaiset noudattavat toiminnassaan lakia ja täyttävät velvollisuutensa. Tehtäviään hoitaessaan laillisuusvalvojen täytyy valvoa myös perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista. Tätäkin taustaa vasten voidaan pitää perusteltuna sitä, että ylimmät laillisuusvalvojat

¹³² Lager 1972 s. 111.

¹³³ Leppänen – Välimaa 1998 s. 134. Hygieenisempänä menettelytapana voitaisiin ehkä pitää sitä, että asian ratkaissut tuomari ilmoittaa jutussa toimineelle syyttäjälle tuomion antamisen jälkeen havaitsemastaan virheestä. Tällöin syyttäjä ryhtyisi tarvittaviin toimenpiteisiin joko säännönmukaisin muutoksenhakukeinoin tai, mikäli tuomio on jo ehtinyt tulla lainvoimaiseksi, tekemällä KKO:lle purkuhakemuksen.

¹³⁴ Tirkkonen 1937 s. 215 ja sama 1972 s. 574 ja av. 42.

ovat oikeutettuja turvautumaan kaikkiin mahdollisiin keinoihin selvien virheellisyksien korjaamiseksi.¹³⁵

Oikeusrekisterikeskuksella on oikeus purkuhakemuksen tekemiseen sakkoa ja menettämisestä koskevista asioista.¹³⁶ Oikeuskäytännössä on katsottu, että myös Rikosseuraamuslaitoksella on oikeus ylimääräiseen muutoksenhakuun vankeusrangaistusten ja yhdyskuntaseuraamusten täytäntöönpanoa koskevista asioista, vaikkei Rikosseuraamuslaitoksella olekaan näissä asioissa asianosaisasemaa.¹³⁷ Rikostuomion täytäntöönpanosta vastaavilla viranomaisilla on oikeus tehdä purkuhakemus, kunnes tuomion täytäntöönpano on saatettu loppuun.¹³⁸ Huomautettakoon myös, että sotilaskurinpidosta ja rikostorjunnasta puolustusvoimissa annetun lain 126 §:n 3 momentin mukaan säännöksessä tarkoitettu kurinpitoesimies voi hakea kurinpitopäätöksen poistamista tai purkamista, mikäli kurinpitoasia pitäisi käsitellä uudelleen tai kurinpitopäätöstä olisi muutettava kurinpitoasian vastaajan vahingoksi. Lainkohta oikeuttanee säännöksessä tarkoitettua kurinpitoesimiehen hakemaan purkua myös kurinpitoasian vastaajan eduksi, mikäli tällaiselle hakemukselle poikkeuksellisesti ilmenee tarvetta.

Lopuksi voidaan vielä vertailun vuoksi todeta, että hallintolainkäytön puolella KHO:lla on lakiin perustuva oikeus käyttää purkutoimivaltaa oma-aloitteisesti.¹³⁹ Tämä käy ilmi HLL 64 §:n 1 momentista, jonka mukaan KHO:ssa vireillä olevan asian ratkaisemisen yhteydessä voidaan

¹³⁵ Oikeudenkäyntiä hallintoasioissa koskevaan uuteen lakiin ehdotetaan otettavaksi nimenomainen säännös, jonka mukaan ylimmillä laillisuusvalvojilla on oikeus vaatia hallintoasiassa annetun päätöksen purkamista, ks. HE 29/2018 vp s. 56 ja 188.

¹³⁶ *Rautio* 2017b s. 1216–1217. Ks. myös KKO 2016:27, jossa katsottiin, ettei Oikeusrekisterikeskuksella ollut oikeutta valittaa käräjäoikeuden päätöksestä, joka koski toisen Euroopan unionin jäsenvaltion viranomaisen tekemän taloudellista seuraamusta koskevan päätöksen tunnustamista ja täytäntöönpanoa Suomessa. Oikeusrekisterikeskuksen tekemä ennakkopäätösvalitus jätettiin siten puuttuvan muutoksenhakuoikeuden vuoksi tutkimatta. KKO katsoi ratkaisussaan, että vaikka Oikeusrekisterikeskuksella ei ollut oikeutta turvautua asiassa varsinaisiin muutoksenhakukeinoihin, sillä oli oikeus tehdä asiaa koskeva ylimääräinen muutoksenhakemus. Tämän johdosta KKO piti Oikeusrekisterikeskuksen valituskirjelmää ratkaisusta ilmeneviltä osilta tuomiovirhekanteluna, joka siirrettiin OK 31:2.1:n nojalla hovioikeuden käsiteltäväksi.

¹³⁷ Ks. esim. KKO 2004:25, KKO 2013:95 ja KKO 2015:9.

¹³⁸ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 134; *Rautio* 2017b s. 1216–1217.

¹³⁹ Ks. *Hallberg – Ignatius – Kanninen* 1997 s. 410–411. Korostettakoon, että HLL 64 §:n 1 momentti ei tarkoita sitä, että KHO valvoisi yleisesti hallinto- tai hallintolainkäyttöpäätösten oikeellisuutta. Hallintomenettelyssä tai hallintoprosessissa annetun päätöksen purkaminen viran puolesta vaatii asiayhteyttä KHO:ssa vireillä olevaan asiaan. Viran puolesta tapahtuva purkaminen tulee muutenkin kyseeseen vain poikkeuksellisesti. Perusteena voi olla esim. se, että valitus ei puuttuvan muutoksenhakuoikeuden vuoksi voi johtaa tulokseen,

käsiteltävänä olevaan asiaan liittyvä päätös purkaa ilman hakemusta tai esitystä. Vastaavaa säännöstä ei ole OK 31 luvussa. Koska purkumonopoli yleisen lainkäytön alalla kuuluu pääsääntöisesti KKO:lle, olisi luonnollista, että se voisi oikaista selvästi virheellisiä lainvoimaisia tuomioita ilman nimenomaista purkuhakemustakin. Eräänlainen oma-aloitteinen, mutta rajattu oikaisutoimivalta KKO:lla on OK 26:2:n (650/2010) nojalla ainakin rikosasioissa.¹⁴⁰ OK 26:2.1:n mukaan näet rangaistusvaatimuksesta annettua ratkaisua voidaan muuttaa syytetyn eduksi silloinkin, kun vain syyttäjä on hakenut muutosta. Sanottu lainkohta oikeuttaa poikkeamaan syyttäjän muutosvaatimuksesta, mutta vain muutoksenhaun alaisilta osin. Muutoksenhaun kohteen laajentaminen ei siis ole mahdollista eli tuomion lainvoimaisiksi jääneisiin osiin ei voida puuttua.¹⁴¹ OK 26:2.2:n mukaan myös syyllisyyskysymys voidaan muutoksenhaussa tutkia siitä huolimatta, että muutosta on haettu vain rangaistusseuraamukseen, mikäli syyllisyyskysymyksen tutkimiseen on erityinen syy.¹⁴² Tällöinkin asian laajempi tutkiminen on mahdollista vain siltä osin kuin asia on muutoksenhaun kohteena. Lainkohdassa tarkoitettu erityinen syy on käsillä ainakin silloin, kun syytön tulisi tuomituksi tai jutussa annettaisiin aineellisen oikeuden vastainen tuomio syytetyn vahingoksi.¹⁴³ Kyseessä lienee käytännössä jokin OK 31:8:ssä säädetty purkuperuste.

3.3.4 Avustajapakko purkumenettelyssä

Rikosasian asianosaisten purkulegitimaatiota tarkasteltaessa tulee kiinnittää huomiota vuoden 2013 alusta voimaan tulleeseen uudistukseen, jolla asetettiin ns. avustajapakko koskien eräitä OK 31 luvussa säädettyjä ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja ja niiden käsittelyä KKO:ssa. Pääsääntöisesti asianosainen, jota ei ole määrätty saapumaan henkilökohtaisesti tuomioistuimeen, saa käyttää asiamiestä (OK 15:1.1). Tuomioistuimessa läsnä olevalla asianosaisella on OK 15:1:3:n mukaan oikeus käyttää oikeu-

vaikka päätös on ilmiselvästi virheellinen. Esimerkkinä oma-aloitteisesta purkamisesta voidaan mainita ratkaisu KHO 2017:186.

¹⁴⁰ Huomautettakoon, että OK 26:2:ssä puhutaan pelkästään hovioikeudesta. Sanottua säännöstä voitaneen kuitenkin soveltaa analogisesti myös korkeimpaan oikeuteen. Ks. myös *Violainen* 1977 s. 164–166 ja *Lager* 1975 s. 95–96.

¹⁴¹ Ks. myös KKO 2014:46, perustelujen kohdat 32 ja 34 sekä *Jokela* 2010 s. 303–304 ja HE 33/1997 vp s. 79.

¹⁴² *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 67 ja 121–122. Ks. myös *Rautio* 2017a s. 1200 ja *Jokela* 2010 s. 305–306.

¹⁴³ *Jokela* 2015 s. 680.

denkäyntiavustajaa. Myös syytetyn ihmisoikeuksien toteutuminen edellyttää, että hän saa puolustautua joko henkilökohtaisesti taikka itse valitsemansa asiamiehen välityksellä (EIS 6 artiklan 3c kohta ja KP-sopimuksen 14 artiklan 3d kohta). Rikosprosessissa syytetyllä on henkilökohtainen läsnäolovelvollisuus oikeudenkäynnissä vain silloin, kun hän on kyseisen rikoksen johdosta vangittuna (ROL 8:3).

Asianosaisella on oikeus itse valita avustajansa tai asiamiehensä. Tätä asianosaisen oikeutta käyttää oikeudenkäynnissä avustajaa ei missään tilanteessa voida häneltä kieltää. Asianosaisen valinta-oikeutta rajoittaa kuitenkin se, että valinnan tulee kohdistua henkilöön, joka täyttää OK 15 luvun 2 ja 3 §:ssä asiamiehelle ja oikeudenkäyntiavustajalle asetetut kelpoisuusvaatimukset. Suomen laki ei siis sisällä yleistä asianajajakkoa eli laki ei velvoita asianosaisia turvautumaan oikeudenkäynnissä asiamieheen tai oikeudenkäyntiavustajaan, vaan oikeudenkäyntikelpoinen asianosainen voi aina halutessaan ajaa asiaansa myös itse.¹⁴⁴

Nykyään tähän edellä mainittuun asianajajakkoa koskevaan pääsääntöön on kuitenkin tullut merkittävä poikkeus, kun OK 15:1:ään otettiin 4 momentti, jonka mukaan muun hakijan kuin viranomaisen on käytettävä KKO:ssa OK 15:2:ssä asetetut kelpoisuusehdot täyttävää oikeudenkäyntiasiamiestä tai -avustajaa, kun asia koskee tuomiovirhekantelua tai tuomion purkamista. Tämä uusi 4 momentti liittyi luvan saaneita oikeudenkäyntiavustajia koskevaan lainuudistukseen¹⁴⁵ ja sillä pyrittiin mm. kohdentamaan KKO:n resursseja ja parantamaan näin sen työtilannetta, koska uudistuksen arvioitiin vähentävän selvästi aiheettomia purkuhakemuksia.¹⁴⁶ Pääsääntöisesti ylimääräiseen muutoksenhakuun turvautuvan on siis käytettävä asiassa joko asianajajaa, julkista oikeusavustajaa tai luvan saanutta oikeudenkäyntiavustajaa.

¹⁴⁴ *Lappalainen – Hupli* 2017a s. 457.

¹⁴⁵ Ks. luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista annettu laki (715/2011) ja HE 318/2010 vp s. 16–20.

¹⁴⁶ Avustajakakon siis todettiin nostavan ylimääräisten muutoksenhakemusten laatua. Tämä lainmuutoksen perusteluissa (HE 318/2010 vp s. 31) lausuttu näkökohta näyttäisi kuitenkin olevan hieman ristiriidassa sen seikan kanssa, että käytännössä KKO tutkii ylimääräisen muutoksenhaun tultua vireille sekä tuomionpurun että tuomiovirhekantelun täyttymisedellytykset ainakin rikosasian vastaajan eduksi siitä riippumatta, miten muutoksenhakemus on muotoiltu. Ks. *Koponen* 2017 s. 666–667 ja *Vähätalo* 2017 s. 511–512. Vrt. *Virolainen* 1977 s. 317–318 ja *Halila* LM 1964 s. 37. KKO näyttää siis tutkivan ylimääräisen muutoksenhaun edellytykset varsin hakijaystävällisesti. Tällöin hakijan lainopillisen avustajan ei tarvitse tehdä etukäteen kovin laajaa arviota siitä, onko hakemuksessa edullisinta nojautua tuomiovirhekantelun vaiko tuomionpurun edellytyksiin.

Toisaalta ylimääräistä muutoksenhakua koskevaa avustajapakkoa voidaan myös kritisoida. Esimerkiksi *Jokela* on todennut, että avustajapakkoa tukevat perustelut ovat asianmukaisia, mutta soveltuisivat myös moniin muihin asioihin.¹⁴⁷ Tuomiovirhekantelua ja tuomion purkamista koskeva menettely on sinänsä varsin yksinkertainen, eikä se tältä kannalta puoltaisi juuri näitä asioita koskevaa avustajapakkoa. Purkuhakemuksen laatimiseen verrattuna esimerkiksi haastehakemuksen ja valituskirjelmän tekeminen on huomattavasti vaikeampaa. Ei ole myöskään hyväksyttävää, että päätösvalta viimesijaisen oikeussuojakeinon käyttämisestä siirtyy käytännössä asianosaisen oikeudenkäyntiavustajalle. Toisaalta kyseenalaista on jo sekin, onko ylimääräisten muutoksenhakeinojen käyttämiseen olemassa riittävästi halukkaita avustajia.¹⁴⁸

Avustajapakko ei koske ylimääräistä muutoksenhakua muissa tuomioistuimissa, kuten esimerkiksi hovioikeudessa tai KHO:ssa¹⁴⁹. Haettaessa menetetyn määräjän palauttamista se ei ole voimassa myöskään KKO:ssa. Kantelu- ja purkuasioissa avustajapakko koskee säännöksen mukaan vain yksityisiä henkilöitä eli sellaisia hakijoita, jotka eivät ole viranomaisia. Jos purkua hakee viranomainen, kuten syyttäjä tai valtioneuvoston oikeuskansleri, ei viranomaishakijan tarvitse käyttää edellä mainitut kelpoisuusvaatimukset täyttävää asiamiestä tai oikeudenkäyntiavustajaa.¹⁵⁰ Avustaja-

¹⁴⁷ Ks. myös *Määttä* 2013 s. 426, jossa todetaan, että avustajapakon laajentamiselle olisi painavia perusteita myös rikoslainkäytön alalla. *Määttä* katsoo, että avustajapakon laajentaminen voisi olla perusteltua etenkin ROL 7 luvussa tarkoitettuihin juttuihin, joissa asianomistaja ajaa syytettä yksin. Asianomistajan ajamat rikosjutut ovat tuomioistuimen näkökulmasta työläitä, sillä ne vaativat usein enemmän valmistelua kuin syyttäjävetoiset jutut. Mainitussa asiaryhmässä avustajapakko voisi myös karsia sellaisia hakemuksia, joilla ei ole menestymismahdollisuuksia ja joiden tekemistä asianosaisten oikeusturva ei edellytä.

¹⁴⁸ *Jokela* 2012 s. 72.

¹⁴⁹ Oikeudenkäyntiä hallintoasioissa koskevan uuden lain myötä avustajapakko ehdotetaan laajennettavaksi koskemaan myös ylimääräistä muutoksenhakua KHO:ssa, ks. HE 29/2018 vp s. 56 ja 188–189.

¹⁵⁰ Viranomainen voi olla oikeudenkäynnin asianosaisena muutenkin kuin vain lakisääteisiä tehtäviä hoitaessaan. Esimerkiksi kunta voi olla rikosasiassa asianomistajana taikka riita-asian osapuolena. OK 15:1.4:n perusteluissa (HE 318/2010 vp s. 54) todetaan, että avustajapakko ei koske viranomaisia, kuten esimerkiksi syyttäjä- tai vankeinhoitoviranomaisia. Viranomaisen käsite pitäneekin ymmärtää laajasti, jolloin säännöksen tulokinnassa ei liene tarpeellista tehdä erottelua sen mukaan, mille hallinnon alalle viranomaishakija organisatorisesti sijoittuu tai kuuluuko tuomioistuimessa edustaminen viranomaisen lakisääteisiin tehtäviin. Mikäli tuomionpurun hakijana on siis jokin muu kuin oikeuslaitoksen piiriin lukeutuva viranomainen, esim. juuri kunta, ei tällaisenaan viranomaishakijan tarvinne purkuhakemuksen tekemisessä turvautua oikeudenkäyntiavustajaan. Avustajapakon ulottuvuutta viranomaishakijaan rajoittanee vielä sekin seikka, että työ- tai virkasuhteessa päämieheensä oleva ns. ”talojuristi” saa muutoinkin esiintyä oikeudessa päämieheensä avustajana tai edustajana, mikäli hän on rehellinen ja tehtävään sopiva eikä hän ole

pakko ei kuitenkaan ulotu purkamista vaativan asianosaisen vastapuoleen taikka siihen henkilöön, joka purkuhakemuksen johdosta tulee asiassa kuultavaksi.¹⁵¹

Tapauksessa KKO 2014:77 oli kysymys siitä, koskeeko OK 15:1.4:ssa säädetty avustajapakko myös sellaista tuomiovirhekantelun tekijää, joka täyttää OK 15:2.1:ssa oikeudenkäyntiavustajalle asetetut kelpoisuusehdot ja voiko nämä kelpoisuusehdot täyttävä henkilö laatia ylimääräisen muutoksenhakemuksen myös omassa asiassaan. Tapauksessa asianosaisena oikeudenkäynnissä ollut varatuomari P vaati hovioikeuden lainvoimaisen tuomion poistamista itse laatimallaan hakemuksella. KKO jätti hakemuksen tutkimatta, koska P ei ollut OK 15:1.4:n mukaisesti käyttänyt tuomiovirhekantelua koskevassa asiassa oikeudenkäyntiasiamiestä.

3.4 Purkuintressi

3.4.1 Yleisesti

On olemassa vielä kolmas muodollinen edellytys, jonka tulee täytyä ennen kuin tuomionpurkua koskeva asia voidaan ottaa tutkittavaksi. Lainvoimaisen tuomion purkaminen vaatii ns. purkuintressin täyttymistä. Purkuhakemukseen ei lähtökohtaisesti suostuta, jos hakijalla ei ole oikeudellista intressiä purun hakemiseen. Purkuhakemuksen kohdetuomion on siis oltava hakijalle vastainen eli hakijalla täytyy olla oikeussuojan tarve.¹⁵² Purkuintressiä arvioitaessa pääsääntönä on, että hakijan täytyy hyötyä tuomion purkamisesta. Näin ollen purkuhakemus, joka koituisi hakijan itsensä vahingoksi, jätetään tutkimatta.¹⁵³

Purettavaksi vaaditun rikostuomion tulee olla jossain suhteessa syytetylle haitallinen, jotta purkuhakemukseen voitaisiin suostua. Tuomio on rikosasiassa syytetylle vastainen, jos se kohdistaa syytetyyn jonkin negatiivisen seuraamuksen tai moitteen. Rangaistuksen määrällä tai ankaruudella ei ole vaikutusta purkuintressin arvioinnissa, vaan ratkaiseva merkitys on annettava rikostuomion tosiasiallisille haitallisille vaikutuksille. Täten

konkurssissa tai hänen toimintakelpoisuuttaan ei ole rajoitettu (OK 15:2.2). Ks. myös *Linna* 2012 s. 32–33.

¹⁵¹ *Lappalainen – Hupli* 2017a s. 457.

¹⁵² *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 134.

¹⁵³ *Rautio* 2017b s. 1217.

myös RL 6:12:n nojalla tehty päätös, jolla syytetty on jätetty rangaistukseen tuomitsematta, voi olla purkamisen kohteena. Tuomitsematta jättämiseen sisältyy syytettyyn kohdistuva moitearvostelu, koska tekijän todetaan syyllistyneen syytteessä kuvattuun rikokseen, vaikkei hänelle teon johdosta määrätäkään julkisoikeudellista seuraamusta.

Tuomion vastaisuus ilmenee useimmiten tuomiolauselmaasta eli tuomion lopputuloksesta. Myös tuomion perusteluita koskevan purkuhakemuksen tekeminen lienee mahdollista, sillä perusteluista saattaa joiltakin osin aiheutua haittaa asianosaiselle.¹⁵⁴ *Rautio* on kuitenkin katsonut, että purkukynnys ylittyy tällaisissa tapauksissa yleensä vain poikkeuksellisesti.¹⁵⁵

Purkuintressin ei voida katsoa poistuneen edes niissä tapauksissa, joissa asianosainen on jo suorittanut purkamisen kohdetuomiossa asetetut velvoitteet tai sanktiot. Tuomionpurku syytetyn eduksi lienee mahdollista siitäkin huolimatta, että purkuhakemuksen kohteena olevan rikoksen syyteoikeus on jo vanhentunut. Rikosasiassa tuomion purkaminen syytetyn eduksi on mahdollista myös silloin, kun syytetty on tuomion lainvoimaiseksi tulon jälkeen kuollut.¹⁵⁶ Tällöinhän oikeus purun hakemiseen on siirtynyt syytetyn lähiomaisille. Kunnioitussyihin nojautuen maineen puhdistaminen ja rikollisen leiman poistaminen riittävät purkukynnyksen ylittämiseen myös tuomitun kuoleman jälkeen. Tuomitun kuolema ei siis sinänsä ole este tuomionpurun toimittamiselle hänen edukseen, mutta syytetyn kuolema tuomion antamisen ja lainvoimaiseksi tulon jälkeen ei voi olla ainoa peruste tuomion purkamiselle.

Syytetyn kuolemaan liittyy vielä eräs erityistilanne. Mikäli rikosasian vastaaja kuolee oikeudenkäynnin aikana, lausunnon antaminen rangaistusvaatimuksesta raukeaa. Toisinaan voi kuitenkin käydä niin, että tieto syytetyn kuolemasta ei tavoita tuomioistuinta ennen asian ratkaisemista ja vainaja tuomitaan rangaistukseen. Tällainen vaara on olemassa etenkin kansliatuomioiden sekä rikosasian kirjallisen menettelyn kohdalla. Kuolleen henkilön tuomitseminen rangaistukseen on virhe, joka tulisi korjata. Tällöin voidaan turvautua joko tuomionpurkuun tai tuomiovirhekanteluun.¹⁵⁷

¹⁵⁴ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 134. Ks. myös *Jokela* 2010 s. 174. Tuomion perusteluihin kohdistuva muutoksenhaku on sallittua esim. silloin, kun muutoksenhakija pystyy osoittamaan, että hänellä todella on oikeudellinen tarve tai muu riittävä intressi saada tuomion perusteluissa oleva lausuma kumotuksi tai muutetuksi. Rikosasioissa kielto valittaa tuomion perusteluista ei muutoinkaan ole niin ehdoton kuin siviiliproessin puolella.

¹⁵⁵ *Rautio* 2017b s. 1217. Ks. myös *Lager* 1972 s. 118.

¹⁵⁶ Ks. *Tirkkonen* 1937 s. 218–219 sekä *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 132.

¹⁵⁷ Ks. *Koponen* 2017 s. 134–135. Hakijana voi tällaisessa tilanteessa toimia esim. asian ratkaissut tuomari, täytäntöönpanoviranomainen tai syytetyn oikeudenomistaja.

Purkuhakemus tulee kyseeseen OK 31:8:n 3 kohdan perusteella, koska syytetyn kuolemaa voidaan tässä tilanteessa pitää säännöksen tarkoittamana uutena selvityksenä. Toisaalta myös tuomiovirhekantelun tekeminen OK 31:1.1:n 1 kohdan nojalla on mahdollista, sillä vainajaan kohdistuva rangaistusvaatimus tulisi jättää tutkimatta. Tarkennettakoon vielä, että rikosasian vastaajan kuolema prosessin aikana johtaa pelkästään syytteen raukeamiseen. Tuomiota ei tällöin voida purkaa taikka poistaa vahingonkorvaus- tai konfiskaatiovaatimuksen osalta. Näiltä osin lainvoimainen tuomio sitoo kuolleen henkilön oikeudenomistajia.¹⁵⁸

Sitä vastoin viranomaisaloitteisissa purkuhakemuksissa ei purkulegitimaation ohella voida edes puhua samanlaisesta purkuintressistä kuin asianosaisaloitteisten purkuhakemusten kohdalla. Näissä tilanteissa purkuintressi määräytyy virheellisen ratkaisun merkityksen ja yleisen yhteiskunnallisen edun kautta, sillä purkuvaatimuksen kohteena olevaa ratkaisua ei voida pitää viranomaiselle vastaisena. Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että viranomaisella ei ole asiassa valvottavanaan omia henkilökohtaisia intressejä.

3.4.2 Armahduksen vaikutus tuomionpurkuun

Purkuintressiä arvioitaessa voidaan vielä tarkastella sitä, mikä vaikutus tasavallan presidentin myöntämällä armahduksella on rikostuomion purkamiselle. PL 105 §:n 1 momentin mukaan tasavallan presidentti voi yksittäistapauksessa saatuaan lausunnon KKO:lta armahtaa tuomioistuimen määräämästä rangaistuksesta tai muusta rikosoikeudellisesta seuraamuksesta joko kokonaan tai osittain. Armahdusinstituutiolla, josta voidaan käyttää myös nimitystä lainlievennysvalta, on historiallisesti pitkät perinteet ja sillä pyritään luomaan joustoa muutoin liian kankeaksi jäävään rikosoikeusjärjestelmään.¹⁵⁹

Presidentille kuuluva armahdusoikeus ei ole luonteeltaan lainkäyttöä, vaikka armahduksesta säädetään lainkäyttöä koskevassa PL 10 luvussa. Armahduksella on katsottu olevan asiallinen yhteys lainkäyttöön, minkä vuoksi kyseinen säännös otettiin lainkäyttöasioita koskevaan perustuslain lukuun.¹⁶⁰ Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että presidentti-instituutio asetuisi lainkäyttöorganisaation huipulle. Presidentti ei voi puuttua riippumat-

¹⁵⁸ Jokela 2012 s. 67–68.

¹⁵⁹ Jyränki – Husa 2012 s. 330; Kotkas 1999 s. 85 ja 98–99.

¹⁶⁰ Ks. HE 1/1998 vp s. 161.

tomien tuomioistuinten antamiin ratkaisuihin eikä myöskään kumota tai muuttaa hallintoviranomaisten päätöksiä.

Armahduksen myöntämisen edellytyksenä on, että asiasta on hankittu KKO:n lausunto. Mikäli sanottua lausuntoa ei ole hankittu, presidentillä ei ole muuta mahdollisuutta kuin hylätä hakemus.¹⁶¹ Presidentti ei kuitenkaan ole sidottu KKO:n kantaan, vaan voi halutessaan poiketa siitä. Armahduspäätös perustuu tasavallan presidentin harkintaan eikä PL 105 §:ssä edes luetella edellytyksiä, joiden nojalla armahdus voidaan myöntää. Presidentti ei myöskään perustele armahdusasioissa antamia päätöksiä, oli kyseessä sitten myönteinen tai hylkäävä päätös.¹⁶² Armahduspäätöstä ei perustella edes silloin, kun tasavallan presidentti poikkeaa KKO:n lausunnotta suuntaan tai toiseen. Presidentti tekee armahdusta koskevan päätöksen oikeusministerin esittelystä ilman valtioneuvoston yleisistunnon tekemää ratkaisuehdotusta.

Presidentillä oleva armahdusvalta on yksittäistapauksellista ja armahduksen kohteena on aina yksittäinen armahtamishetkellä yksilöitävissä oleva henkilö. Armahduksen kohteena voi olla tuomioistuimen määräämä rangaistus tai muu rikosoikeudellinen seuraamus, kuten esimerkiksi ajoikielto, menettämisseuraamus tai veronkorotus.¹⁶³ Presidentti ei sitä vastoin voi myöntää armahdusta esimerkiksi vahingonkorvausvelvollisuudesta, maasta karkottamisesta tai konkurssiin asettamisesta. Armahdusvalta ei ulotu myöskään syytteen nostamiseen.¹⁶⁴

Armahdus poistaa teon rikosoikeudelliset seuraamukset joko kokonaan tai osittain, mutta ei pyyhi pois itse rikosta.¹⁶⁵ Armahdus merkitsee rangaistuksen tai seuraamuksen lieventämistä ja armahduksella voidaan määrätä rangaistukseen tuomittu myös ehdonalaiseen vapauteen. Armahduksen edellytyksenä on tuomion lainvoimaisuus, joka on edellytyksenä myös rikostuomion purkamiselle. Armahduksella ja tuomionpurulla on kuitenkin se oikeussystemaattinen ero, että armahdus yksittäiseen asiaan kohdistuvana on luonteeltaan paremminkin harkinnanvaraisuuteen perustuva hallinnollinen päätös, kun taas tuomion purkaminen lukeutuu ylimääräisenä

¹⁶¹ *Jyräki – Husa* 2012 s. 330.

¹⁶² *Kotkas* 2003 s. 291. Ks. myös *Kotkas* 1999 s. 87–88. Koska armahduspäätöksiä ei perustella, niiden taustalla vaikuttavat tekijät eivät tule näkyviin. Mikään ei siten nykyisinkään estäne sitä, että tasavallan presidentti käyttäisi armahdusvaltaa esim. omien poliittisten tavoitteidensa tai henkilökohtaisten intressiensä edistämiseen.

¹⁶³ HE 1/1998 vp s. 161.

¹⁶⁴ *Saraviita* 2011 s. 904.

¹⁶⁵ *Jyräki – Husa* 2012 s. 331.

muutoksenhakukeinona lainkäytön alaan.¹⁶⁶ Armahdus ei myöskään merkitse aikaisemman prosessuaalisen olotilan palautumista, mihin puolestaan tuomionpurulla lähtökohtaisesti pyritään.

Tuomionpurun ja armahduksen välistä eroa voidaan luonnehtia myös siten, että tuomionpurku tulee kyseeseen vain silloin, kun langettava rikostuomio on selvästi virheellinen tai se perustuu vakavaan erehdykseen. Tuomion purkaminen on oikeussuojakeino, jota armahdus ei ole. Armahduksen peruste ei ole oikeudellinen, vaan armahdusta anottaessa huomiota kiinnitetään langettavan tuomion kohtuuttomuuteen ja haitallisiin seuraamuksiin esimerkiksi tuomitun perhe-elämälle tai elämänlaadulle.¹⁶⁷ Koska armahdusanomukseen suostuminen riippuu vahvasti tasavallan presidentin henkilöstä ja hänen arvoistaan, armahdusinstituutiota voidaan pitää vaikeasti ennakoitavana. Armahduksen menestymisestä ei ole varmoja takeita eikä liene edes mahdollista nimetä sellaista perustetta, jonka vallitessa armahdukseen aina suostuttaisiin.¹⁶⁸

Armahduksen ja tuomionpurun välillä ei vallitse keskinäistä riippuvuussuhdetta eikä mikään estäne sitä, että tuomionpurkuhakemus ja armahdusasia olisivat vireillä samanaikaisesti. Huomionarvoista kuitenkin on, että mikäli tuomio puretaan ja asian käsittely palautetaan takaisin alempaan instanssiin, armahdusta voi anoa vasta, kun uudessa käsittelyssä annettu tuomio on tullut lainvoimaiseksi. Vaikka tuomionpurun seurauksena aiemmin tuomittua lainvoimaista rangaistusta siis alennettaisiin syytetyn eduksi, hän voi tästä huolimatta edelleen anoa tasavallan presidentiltä armahdusta jäljellä olevasta rangaistuksesta.

Tasavallan presidentin myöntämä armahdus ei siis ole este lainvoimaisen tuomion purkamiselle eikä presidentin armahdusvaltaa voida pitää korvikkeena tuomionpurkumenettelylle. Vaikka syytetty olisikin armahduksella kokonaan tai osittain vapautettu rangaistuksen suorittamisesta, armahdetulla voi edelleen olla intressi saada häntä koskeva rikostuomio puretuksi ja syyllisen leima poistetuksi. Tuomionpurkuhakemuksen menestyminen tarkoittaa, että purkamisen kohdetuomion sisältö muuttuu tuo-

¹⁶⁶ Ks. *Tirkkonen* 1937 s. 47.

¹⁶⁷ Ks. myös *Kotkas* 2003 s. 291–292.

¹⁶⁸ Armahdusinstituution merkitystä on entisestään vähentänyt myös se seikka, että nykyisin elinkautisvankien vapautuminen ehdonlaiseen on mahdollista muutenkin kuin vain presidentin armahduksella. Rikoslain 2c luvun 10 §:n (1099/2010) mukaan elinkautiseen vankeuteen tuomittu voidaan päästää ehdonlaiseen vapauteen aikaisintaan, kun vankilasaoloaikaa on kertynyt 12 vuotta. Ehdonlaiseen vapauteen päästäminen on harkinnanvaraista. Vapauttamisesta päättää Helsingin hovioikeus. Ks. myös elinkautisvankien vapauttamismenettelystä annettu laki (781/2005).

mitulle edullisemmaksi tai että asia otetaan uuteen käsittelyyn. Sitä vastoin presidentin myöntämä armahdus ei kohdistu tuomioistuinratkaisun sisältöön. Myönteisen armahduspäätöksen vaikutus kohdistuu vain tuomitun rangaistuksen tai rikosoikeudellisen seuraamuksen täytäntöönpanoon.¹⁶⁹

4 SYYTETYN EDUKSI TAPAHTUVAN TUOMIONPURUN AINEELLISET EDELLYTYKSET

4.1 Yleisesti

OK 31 luvun purkuperusteita säädettyäessä on huomioitu se seikka, että rikos- ja riita-asioissa annettujen tuomioiden purkamisessa tulee noudattaa osittain eri periaatteita.¹⁷⁰ Tämän vuoksi kummankin jutturyhmän osalta purkuperusteet eroavat toisistaan ainakin hieman. Vastaavasti rikosasioiden osalta purkuperusteet eroavat olennaisesti toisistaan sen suhteen, vaaditaanko tuomionpurkaa syytetyn eduksi (OK 31:8) vaiko hänen vahingokseen (OK 31:9).

Purkuedellytykset syytetyn eduksi ovat kaikista laajimmat. Riita-asioiden purkuperusteet ovat melkein yhtä laajat, sillä OK 31 luvun 7 ja 8 §:t ovat keskenään lähes identtisiä. Sitä vastoin tuomion purkaminen syytetyn vahingoksi voi tapahtua vain tiukkojen edellytysten vallitessa. Tuomiota ei esimerkiksi voida purkaa syytetyn vahingoksi, jos tuomio on perustunut ilmeisesti väärään lain soveltamiseen. Tämä on perusteltua siksi, että tuomion purkaminen syytetyn vahingoksi puuttuu kaikkein syvimmin asianosaisen asemaan. OK 31:9:ää sovelletaankin varsin harvoin.¹⁷¹

Purkuperusteilla tarkoitetaan niitä OK 31 luvussa säädettyjä aineellisia edellytyksiä, joiden perusteella lainvoimainen tuomio voidaan purkaa. OK 31:8 sisältää tyhjentyviksi katsottavat säännökset siitä, millä perusteilla lainvoimainen rikostuomio voidaan purkaa syytetyn eduksi. Huomionarvoista on myös se, että vaikka sanotun säännöksen mukaan tuomio *voidaan* purkaa, ei purkuinstanssilla kuitenkaan ole tässä suhteessa laajaa harkintavaltaa. Tuomio täytyy aina purkaa, jos jokin laissa säädetty purkuperuste on käsillä.¹⁷²

¹⁶⁹ Ks. *Tirkkonen* 1937 s. 46 ja 213.

¹⁷⁰ *Tirkkonen* 1972 s. 564 ja *sama* 1977 s. 424.

¹⁷¹ *Rautio* 2017b s. 1228.

¹⁷² *Rautio* 2017b s. 1209; *Frände* 2017a s. 31–32; *Ekelöf – Edelstam* 2008 s. 178.

Voidaan vielä painottaa, että tuomion purkamisen muodolliset ja aineelliset edellytykset on pidettävä erillään toisistaan. Purkuhakemus jätetään nimittäin tutkimatta, jos purkamiselle asetetut muodolliset edellytykset eivät täyty. Vastaavasti purkuhakemus hylätään, jos aineellisia edellytyksiä tuomion purkamiselle ei ole olemassa eli käsillä ei ole jotakin OK 31 luvussa säädettyä purkuperustetta. Sinänsä on käytännössä samantekevää, jätetäänkö purkuhakemus tutkimatta vai hylätäänkö se, koska näiden ratkaisujen oikeusvaikutukset ovat samat.

4.2 Rikollinen menettely

OK 31:8:n 1 kohdan mukaan tuomio voidaan syytetyn eduksi purkaa, jos oikeuden jäsen tai virkamies, syyttäjä taikka asianosaisen edustaja tai avustaja on jutun yhteydessä syyllistynyt rikolliseen menettelyyn ja rikollisen menettelyn voidaan otaksua vaikuttaneen jutun lopputulokseen. Purkuperusteissa on näin ollen kyse oikeudenkäynnin ulkoiseen kulkuun tai oikeudenkäyntimateriaaliin kohdistuneesta rikollisesta menettelystä tai muusta siihen rinnastettavasta vakavasta virheestä, jonka voidaan otaksua vaikuttaneen jutun lopputulokseen.

4.2.1 Säännöksen kattama henkilöpiiri

Lainkohdassa mainitaan ensin oikeuden jäsen tai muu oikeuden virkamies. Käsite oikeuden jäsen ei aiheuttane tulkintavaikeuksia: sillä tarkoitetaan kaikkia niitä henkilöitä, jotka ovat ottaneet osaa asian ratkaisemiseen eli osallistuneet lainkäyttöön.¹⁷³ Tällaisia henkilöitä ovat luonnollisesti niin ammattituomarit kuin lautamiehetkin sekä erityistuomioistuimissa toimivat asiantuntija- tai intressijäsenet. Myös tuomioistuinharjoittelua suorittava käräjännotaari kuuluu säännöksessä tarkoitettuun henkilöpiiriin.

Purkuperusteen soveltamisen kannalta riittävää on, että tuomioistuimen monijäsenisen kokoonpanon yksikin tuomari tai lautamies on syyllistynyt rikolliseen menettelyyn. Myös oikeusapua antaneen toisen tuomioistuimen jäsenen rikollisen menettelyn on katsottu olevan peruste tuomion purkamiselle esimerkiksi silloin, kun todistajaa on kuultu toisessa tuomioistuimessa OK 17:58:n (732/2015) nojalla. Purkuperuste on käsillä siitäkin huoli-

¹⁷³ Rautio 2017b s. 1229.

matta, että oikeusapua antaneen tuomioistuimen tuomarin ei varsinaisesti voida katsoa osallistuneen asian ratkaisemiseen.¹⁷⁴

Lainkohdassa mainittu oikeuden virkamies on käsitteenä huomattavasti tulkinnanvaraisempi. Oikeuden virkamiehellä tarkoitettaneen tässä yhteydessä lähinnä sellaista virkamiestä, joka on osallistunut oikeudenkäyntimenettelyyn, siis esimerkiksi esittelijänä tai pöytäkirjanpitäjänä.¹⁷⁵ Käsillä olevan purkuperusteen soveltaminen edellyttää, että lainkohdassa tarkoitettu virkamies on virkamies juuri RL 40:11:n (604/2002) merkityksessä ja että häneen voidaan soveltaa tahallisia tai tuottamuksellisia virkarikoksia koskevia säännöksiä.¹⁷⁶ Myös asiassa toimineen syyttäjän rikollinen menettely on peruste lainvoimaisen rikostuomion purkamiselle syytetyn eduksi. Jos asiassa on ollut useampia syyttäjiä, myöskin heidän osaltaan on riittävää, että vain yksi syyttäjistä on syyllistynyt rikolliseen menettelyyn.¹⁷⁷ Purkuperuste on käsillä jopa silloin, kun syyttäjä on syyllistynyt rikokseen esitutkinnan tai syyteharkinnan aikana, vaikka tämän jälkeen toinen syyttäjä ryhtyisikin ajamaan syytettä tuomioistuimessa.¹⁷⁸

Purkuperusteen kattaman henkilöpiirin osalta herää kysymys, sovelletaanko lainkohtaa myös silloin, kun asianomistaja on yhtynyt syyttäjän syytteeseen tai itse nostanut syytteen taikka ottanut syyttäjän tai toisen asianomistajan nostaman, mutta myöhemmin peruuttaman syytteen ajaakseen ja asianomistaja on tässä yhteydessä syyllistynyt lainkohdassa tarkoitettuun rikolliseen menettelyyn. Asianomistajaa ei erikseen mainita käsillä olevassa lainkohdassa. Syyttäjän käsitettä ei voitane tulkita niin laajasti, että se kattaisi myös syyttäjän syytteeseen yhtyneen tai itsenäisesti syytettä ajavan asianomistajan. Syyttäjä-käsitteen laajentavan tulkinnan puolesta ei puhu myöskään se seikka, että syytteeseen yhtynyt tai syytettä ajava asianomistaja ei ole RL 40:11:ssä tarkoitettu virkamies. Vaikka asianomistaja ajaisikin rikosasian oikeudenkäynnissä itse syytettä ja siis selvästi toimisi

¹⁷⁴ Lager 1972 s. 128.

¹⁷⁵ Leppänen – Välimaa 1998 s. 140; Lager 1972 s. 130. Purkuperusteeksi ei sitä vastoin kelpaa tulkin rikollinen menettely, sillä tulkki ei ole oikeuden virkamies. Edellä mainitussa tilanteessa rikostuomiota ei voida purkaa myöskään OK 31:8:n 2 kohdan perusteella, koska tulkki ei ole lainkohdassa tarkoitettu todistuskeino. Tulkin totuudenvastainen käänös voi kuitenkin olla OK 31:8:n 3 kohdan mukainen purkuperuste.

¹⁷⁶ Näin myös Cars 1959 s. 134; Rautio 2017b s. 1229; Tirkkonen 1972 s. 565. Lainkohdassa käytetty käsite oikeuden virkamies ei tarkoita tuomioistuimessa työskenteleviä muita työntekijöitä, kuten esim. virastomestareita tai siivoojia. Tällaiset työntekijät eivät lukeudu tuomioistuimen lainkäyttöhenkilöstöön, eivätkä he yleensä ole virkasuhteessa tuomioistuimeen.

¹⁷⁷ Rautio 2017b s. 1236.

¹⁷⁸ Frände 2017a s. 34 av. 15.

syytetyn vastapuolena, ei häneen ole mahdollista soveltaa virkarikoksia koskevia rikoslain säännöksiä.¹⁷⁹

Säännöksessä purkuperusteeksi mainitaan myös asianosaisen edustajan tai avustajan rikollinen menettely. Vaikka kyseisten henkilöiden määritelmä on jonkin verran avoin, on avustajalla tai edustajalla vakiintuneesti katsottu tarkoitettavan vain sitä henkilöä, joka on toiminut purkua hakevaneen asianosaisen apuna juuri siinä oikeudenkäynnissä, jossa annettu tuomio on purkuhakemuksen kohteena.¹⁸⁰ Lainkohdan mukaisella avustajalla tarkoitetaan asianosaisen oikeudellista avustajaa eli esimerkiksi asianajajaa, julkista oikeusavustajaa tai luvan saanutta oikeudenkäyntiavustajaa. Edustajalla puolestaan viitataan asianosaisen legaaliseen edustajaan eli esimerkiksi edunvalvojaan sekä sellaiseen edustajaan, joka on oikeustoimen nojalla toiminut asianosaisen oikeudenkäyntiavustajana purkuhakemuksen kohteena olevassa oikeudenkäynnissä.

Korostettakoon, että purkuperusteena on siis ainoastaan purkua hakevan asianosaisen oman edustajan tai avustajan syyllistyminen rikolliseen menettelyyn asian käsittelyn yhteydessä. Vastapuolen valtuusmiehen rikollinen menettely oikeudenkäynnin aikana ei ole purkuperuste.¹⁸¹ Myöskään asianosaisen itsensä syyllistyminen jutun yhteydessä rikolliseen menettelyyn ei ole lainkohdassa tarkoitettu purkuperuste.¹⁸²

4.2.2 Rangaistavaksi säädetty menettely

Lainkohdassa rikollisella menettelyllä tarkoitetaan luonnollisesti sellaisia tekoja ja laiminlyöntejä, jotka ovat rangaistavia aineellisen rikosoikeuden perusteella. Koska puheena oleva purkuperuste on kytkeytynyt hyvin läheisesti rikosoikeuteen, tämän purkuperusteen laajentava soveltaminen ei

¹⁷⁹ Ks. myös *Cars* 1959 s. 134–135 ja av. 23. Mikäli asianomistaja on syytetty ajaessaan syyllistynyt johonkin oikeudenkäyntiä koskevaan rikokseen, saattaa tällöin olla käsillä esim. OK 31:8:n 3 kohdan mukainen uuteen seikkaan perustuva purkuperuste.

¹⁸⁰ *Lager* 1972 s. 130; *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 140; *Rautio* 2017b s. 1230.

¹⁸¹ *Lager* 1972 s. 130–131; *Frände* 2017a s. 35. Vaikka itse lakitekstin sanamuodosta ei käy ilmi, että säännös koskee pelkästään purkua hakevan asianosaisen omaa edustajaa tai avustajaa, meillä Suomessa lainkohtaa on vakiintuneesti tulkittu tällä tavalla. Tulkinta juontaa juurensa Ruotsin tuomionpurkusäännöksistä, joita käytettiin suomalaisen lainsäädännön suorana esikuvana. Ruotsissa prosessipetos ei ollut lainkaan rangaistava teko, toisin kuin Suomessa. Tämä Ruotsista lainattu näkökohta hyväksyttiin hieman epäjohdonmukaisesti sellaisenaan kotimaiseen tulkintakäytäntöömme. Ks. myös *Koponen* 2017 s. 366–370 ja *Lindell* 2017 s. 489 av. 197.

¹⁸² HE 14/1958 vp s. 8; *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 140.

ole mahdollista.¹⁸³ Käsitettä *rikollinen menettely* ei kuitenkaan pidä tulkita kovin laveasti. Purkuperusteeksi ei esimerkiksi kelpaa virkamiehen tai muun säännöksessä tarkoitetun henkilön menettely, joka ei ole aineellisen rikosoikeuden vastainen, mutta jonka seurauksena olisi mahdollista määrätä jokin kurinpidollinen seuraamus.¹⁸⁴ RL 40:10:ssä (604/2002) tuottamukselliselle virkavelvollisuuden rikkomiselle asetettu tunnusmerkistö täyttyy kuitenkin varsin helposti, ja myös tällainen menettely on aineellisen rikosoikeuden vastainen ja siten myös peruste tuomion purkamiselle.¹⁸⁵

Lainkohdassa mainittujen virkamiesten osalta kyseeseen tulevat virkariikoksia ja virkavirheitä koskevat RL 40 luvun (604/2002) säännökset. Esittelijän tai pöytäkirjanpitäjän rikollinen menettely voi johtua esimerkiksi siitä, että mainitut virkamiehet ovat tahallaan johtaneet asian ratkaisemiseen osallistuneita oikeuden jäseniä harhaan siten, että asiassa on tämän vuoksi annettu virheellinen tuomio.

Asianosaisen avustajan tai edustajan osalta purkuperusteen muodostuminen edellyttää puolestaan ensisijaisesti sitä, että sanotun henkilön rikollinen menettely kohdistuu päämiestä vastaan ja aiheuttaa tälle haittaa. Purkua hakevan asianosaisen avustajan tai edustajan osalta rikollisena menettelynä voivat tulla kyseeseen lähinnä epärehellisyysrikokset, kuten luottamusaseman väärinkäyttäminen (RL 36:5, 769/1990), joka edellyttää muun muassa tahallisuutta ja vahingon aiheutumista päämiehelle.

Purkuperusteen soveltamisen edellytyksenä ei kuitenkaan ole, että rikollisesta teosta olisi jo tuomittu rangaistus.¹⁸⁶ Joskus langettavan tuomion saaminen voi olla jopa mahdotonta, esimerkiksi jos rikolliseen menettelyyn syyllistynyt on jo kuollut. Purkuperuste on olemassa myös silloin, kun väitetyn rikollisen teon johdosta ei ole toimitettu edes esitutkintaa. Purkuperuste on käsillä, mikäli asianosainen pystyy esittämään muuta selvitystä siitä, että joku lainkohdassa mainittu henkilö on jutun käsittelyn yhteydessä toiminut rikoslain vastaisesti. Kovin suurta todennäköisyyttä rikollisen menettelyn olemassaolosta ei kuitenkaan voida asettaa. Ilman

¹⁸³ Ks. Lager 1972 s. 133.

¹⁸⁴ Lager 1972 s. 132. Ks. myös Cars 1959 s. 137. Näin ollen esimerkiksi Asianajajaliiton yhteydessä toimivan riippumattoman valvontalautakunnan antama kurinpidollinen seuraamus ei ole lainkohdassa tarkoitettu purkuperuste, sillä vaikka asianajaja ei ole noudattanut hyvää asianajotapaa, ei hänen voida katsoa syyllistyneen rikokseen. Valvontalautakunnan asettama kurinpidollinen seuraamus ei myöskään ole rikosoikeudellinen rangaistus.

¹⁸⁵ RL 40:10:n mukainen teko on rangaistava kuitenkin vain silloin, kun se huomioon ottaen teon haitallisuus ja vahingollisuus ja muut siihen liittyvät seikat ei ole kokonaisuutena arvostellen vähäinen.

¹⁸⁶ Tirkkonen 1972 s. 565 ja sama 1977 s. 425; Frände 2017a s. 39–40; Koponen 2017 s. 370. Ks. myös SOU 1938:44 s. 572.

nimenomaista langettavaa tuomiota rikollisen menettelyn toteen näyttämisen pääsääntöisesti kirjallisessa purkumenettelyssä voi olla hankalaa.

Langettavalla tuomiolla ei oikeastaan voida edes katsoa olevan mitään sitovaa vaikutusta purkumenettelyssä, vaan langettavan tuomion vaikutus käsillä olevaan purkuasiaan jää aina purkuinstanssin ratkaistavaksi.¹⁸⁷ Langettavalla rikostuomiolla on purkuhakemuksen käsittelyssä joka tapauksessa vahva todistusvaikutus.¹⁸⁸ *Rautio* onkin todennut, että tällä purkuperusteella on käytännössä vain vähäinen merkitys, koska usein on vaivattomampaa perustaa purkuhakemus OK 31:8:n 3 tai 4 kohdissa säänneltyihin purkuperusteisiin.¹⁸⁹

Voidaan vielä kysyä, voiko säännöksessä tarkoitettuna purkuperusteena olla rikollinen menettely, joka on tapahtunut ulkomailla. Tulkinnanvaraista on myös, kelpaako purkuperusteeksi ulkomailla annettu langettava rikostuomio. Tällainen tilanne lienee lähinnä teoreettinen, mutta asian johdosta voidaan esittää muutamia huomautuksia. Pääsääntöisesti ulkomaisen rikostuomion sidonnaisuuteen suomalaisessa purkumenettelyssä suhtauduttaneen pidättyvästi, sillä kotimaistakaan rikostuomiota ei pidetä purkuasiassa ehdottomasti sitovana.¹⁹⁰ Toisaalta voidaan todeta, että koska teosta annettu ulkomainen rangaistus pääsääntöisesti sulkee pois sen rangaistavuuden meillä Suomessa, lienee ulkomainenkin tuomio OK 31:8:n 1 kohdassa tarkoitettu purkuperuste.¹⁹¹ Tässä tapauksessa täytyy kuitenkin asettaa se edellytys, että kyseisen rikoksen tulee olla rangaistava myös suomalaisen rikoslainsäädännön perusteella.

4.2.3 Rikollisen menettelyn vaikutus jutun lopputulokseen

Selvitettäessä OK 31:8:n 1 kohdan mukaisen purkuperusteen olemassaoloa, täytyy purkua hakevan asianosaisen osoittaa, että rikollisen menettelyn voidaan otaksua vaikuttaneen jutun lopputulokseen. Rikollisella menettelyllä on siis täytynyt olla kausaalinen vaikutus jutun lopputulokseen ja purkuhakemuksessa on tuotava esiin, että tällainen syy-yhteys on olemassa. Lainkohdassa on käytetty ilmausta ”voidaan otaksua vaikuttaneen jutun

¹⁸⁷ *Lager* 1972 s. 135.

¹⁸⁸ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 140.

¹⁸⁹ *Rautio* 2017b s. 1229–1230.

¹⁹⁰ Ks. myös *Lager* 1972 s. 133.

¹⁹¹ *Lager* 1972 s. 133. Suomessa RL 1:13:ssä on asetettu pääsääntö, jonka mukaan Suomessa ei saa nostaa syytettä teosta, josta on jo tekopaikan valtiossa tai toisessa Euroopan unionin jäsenvaltiossa annettu lainvoimainen tuomio. Säännökseen on kuitenkin eräitä poikkeuksia, joista voidaan mainita mm. kansainväliset rikokset.

lopputulokseen”, mikä ilmentää varsin alhaista todennäköisyysvaatimusta.¹⁹² Sanan *otaksua* osalta voidaan todeta, että kysymyksessä on ensisijainen oletama siitä, että menettely on vaikuttanut jutun lopputulokseen.¹⁹³ Säännöksestä ei kuitenkaan suoraan käy ilmi, millaista kausaaliteettia rikollisen menettelyn ja jutun lopputuloksen välillä edellytetään.

Lähtökohtana voidaan pitää sitä, että rikollisella menettelyllä on tullut olla merkitystä jutun lopputulokselle siten, että ilman rikollista menettelyä asia olisi todennäköisesti ratkaistu toisella tavalla eli syytetyn kannalta hänelle edullisemmin. Toisaalta kausaalisuusvaatimukselle voidaan asettaa myös alhaisempi kynnys. Tällöin purkuperusteen aiheuttaa jo se, että asian käsittelyn yhteydessä tapahtuneella rikollisella menettelyllä on *voinut* olla jotain merkitystä jutun lopputulokselle, vaikka lopputulos rikollisesta menettelystä huolimatta olisi ollut sinänsä täysin lainmukainen.¹⁹⁴

Toisaalta herää kysymys, tuleeko tuomarin rikollisen menettelyn osalta edes asettaa minkäänlaista kausaalisuusvaatimusta. Jos tuomari on jutun yhteydessä syyllistynyt rikolliseen menettelyyn, voitaisiin jo lähtökohtaisesti olettaa, että rikollinen menettely on vaikuttanut jutun lopputulokseen.¹⁹⁵ Kyseessä olisi siis ns. legaalinen oletama rikollisen menettelyn vaikutuksesta jutun lopputulokseen. Tulee myös panna merkille, että tuomioistuimen päätösneuvottelut tapahtuvat aina jutun asianosaisilta salassa, minkä vuoksi näissä tilanteissa on varsin vaikeaa näyttää toteen, että tuomari on syyllistynyt asian käsittelyssä rikolliseen menettelyyn.

4.2.4 Esteellisyys purkuperusteena Ruotsissa

Tässä yhteydessä voidaan ottaa esille purkuperuste, joka on otettu osaksi Ruotsin purkusäännöksiä. RB 58:2:n 2 kohdan mukaan lainvoimainen rikostuomio voidaan syytetyn eduksi purkaa, jos tuomioistuimen lainoppinut jäsen tai syyttäjä on ollut esteellinen käsittelemään asiaa ja on ilmeistä, että esteellisyys on vaikuttanut jutun lopputulokseen.¹⁹⁶ Vastaavaa purkuperustetta ei ole Suomen OK 31:8:ssä, sillä tuomarin tai syyttäjän esteellisyys on meillä tuomiovirhekanteluperuste OK 31:1.1:n 1 kohdan nojalla. Ruotsissa esteellisyys ei kuitenkaan ole peruste siviiliprosessissa annetun

¹⁹² Leppänen – Välimaa 1998 s. 140.

¹⁹³ Lager 1972 s. 184.

¹⁹⁴ Ks. Welamson – Munck 2016 s. 195.

¹⁹⁵ Ks. Lager 1972 s. 181.

¹⁹⁶ Mainitusta säännöksestä ks. myös Koponen 2017 s. 249–252.

tuomion purkamiselle eikä myöskään rikostuomion purkamiselle syytetyn vahingoksi.

Ruotsissa esteellisyyttä koskeva purkuperuste otettiin lakiin vuonna 1987 erään paljon julkisuutta saaneen oikeustapauksen johdosta.¹⁹⁷ Jääviys purkuperusteena koskee vain rikosasiassa toiminutta syyttäjää ja tuomioistuimen tuomaria. Tuomiota ei voi vaatia purettavaksi, jos asian käsittelyyn osallistunut lautamies on ollut esteellinen lainkohdassa säädetyllä tavalla.¹⁹⁸ Lain esitöissä todetaan, että säännökseen piiriin kuuluvissa esteellisyystapauksissa vallitsee vahva presumptio, että syyttäjän tai tuomarin esteellisyydellä on ollut vaikutusta jutun lopputulokseen.¹⁹⁹

Syyttäjän osalta purkuperuste saattaa olla olemassa jo silloin, kun esteellinen syyttäjä on osallistunut rikoksen esitutkintaan tai tehnyt päätöksen syytteen nostamisesta, vaikka varsinaisessa oikeudenkäynnissä syytetä olisikin ajanut esteetön syyttäjä.²⁰⁰ Tässä tilanteessa ratkaisevaa on toki myös se, miten aikaisessa vaiheessa asia on siirtynyt esteettömän syyttäjän vastuulle. Lain esitöiden mukaan purkuperusteeksi kelpaa mikä tahansa esteellisyyden aiheuttava seikka. Käytännössä esteellisyyden laadulla on kuitenkin tärkeä merkitys, kun arvioidaan sen vaikutusta jutun lopputulokseen.²⁰¹

4.3 Väärä todiste

OK 31:8:n 2 kohdan (732/2015) mukaan tuomio voidaan syytetyn eduksi purkaa, jos asiakirja, jota jutussa on käytetty todisteena, on ollut väärä tai asiakirjan antajan tietien sisällöltään totuudenvastainen taikka jos todistaja tai asiantuntija on tahallaan antanut perättömän lausuman ja asiakirjan tai lausuman voidaan otaksua vaikuttaneen jutun lopputulokseen. Lainkohdassa on kyse virheellisestä oikeudenkäyntiaineistosta, minkä vuoksi jutussa on annettu asiallisesti väärä ratkaisu. OK 31:8:n 2 kohdassa lueteltujen todistuskeinojen, eli asiakirjatodistelun tai henkilöllisten todistuskei-

¹⁹⁷ Lainmuutoksen taustoista ks. Regeringens proposition 1987/88:23 s. 11.

¹⁹⁸ Felaktigt dömda: Rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt 2006 s. 83–84. Ks. myös *Ekelöf–Edelstam* 2008 s. 191. Lautamiehen esteellisyys ei ole Ruotsissa purkuperuste, vaikka esteellinen lautamies olisi ollut ratkaisevassa asemassa tuomion lopputuloksesta äänestettäessä.

¹⁹⁹ Regeringens proposition 1987/88:23 s. 10.

²⁰⁰ Suomessa vastaava tilanne ei liene peruste ylimääräiselle muutoksenhauille, ks. *Vuorenpää* 2007 s. 239–240.

²⁰¹ Regeringens proposition 1987/88:23 s. 16.

nojen, on siis täytynyt johtaa todistelun lopputuloksen virheellisuuteen.²⁰² Myös tämän lainkohdan osalta tulee huomioida se, että purkuperusteena tulevat kysymykseen rikolliset teot, joten säännöksen soveltamisalaa sääntelee ennen kaikkea rikoslaki.²⁰³

Leppänen ja *Välimaa* huomauttavat, että käsillä olevan purkuperusteen käyttöala on käytännössä suppea, koska jos jutussa saadaan uutta tietoa, joka kumoaa aikaisemman todistusaineiston, on olemassa myös peruste hakea purkua uusien syiden nojalla (OK 31:8:n 3 kohta).²⁰⁴ Seuraavassa käsillä olevaa purkuperustetta lähestytään siten, että väärää asiakirjaa ja perätöntä lausumaa tarkastellaan erikseen. Näiden jälkeen käsitellään väärän todisteen vaikutusta jutun lopputulokseen.

4.3.1 Väärä asiakirja

OK 31:8:n 2 kohdan mukaisesti rikustuomio voidaan syytetyn eduksi purkaa silloin, kun oikeudenkäynnissä on käytetty todisteena asiakirjaa, joka on väärä tai asiakirjan antajan tietien sisällöltään totuudesta poikkeava. Lainkohdan soveltaminen ei edellytä tämänkään purkuperusteen kohdalla sitä, että väärän tai väärennetyn todisteen antaminen olisi nimenomaisesti rikollinen ja rangaistavaksi säädetty teko.²⁰⁵ Purkuperusteeseen turvautuminen on siis mahdollista, vaikka asiassa ei olisi annettu langettavaa tuomiota. Peruste tuomionpurulle on käsillä myös silloin, kun on kyse menettelystä, josta ei voitaisi edes teoriassa tuomita rangaistusta. Näin on asianlaita esimerkiksi silloin, kun oikeudenkäynnin asianosainen ei ole tietoinen siitä, että hänen tuomioistuimelle todisteena esittämänsä asiakirja on tosiasiallisesti väärä. Purkuperuste on olemassa, vaikka tässä tilanteessa kehtään ei edes voitaisi tuomita rangaistukseen.²⁰⁶ Käsillä olevaan lainkohtaan voidaan menestyksekkäästi nojautua jopa silloin, kun purun hakija ei edes pysty osoittamaan, kuka väärän asiakirjan on tuottanut, mikäli asiakirjan oikeaperäisyysvirhe on muuten selvästi todennettavissa.²⁰⁷

Asiakirjan todistusominaisuutta on arvioitava sen mukaan, millainen on sen sisältämä sanallinen selitys. Asiakirjan ulkoisella muodolla tai tallennusalustalla ei ole purkuperusteen soveltamisen kannalta sinänsä merkitys-

²⁰² *Tirkkonen* 1972 s. 566 ja *sama* 1977 s. 425–426. Ks. myös *Cars* 1959 s. 142.

²⁰³ *Lager* 1972 s. 139.

²⁰⁴ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 141.

²⁰⁵ *Rautio* 2017b s. 1231.

²⁰⁶ *Lager* 1972 s. 142; *Welamson – Munck* 2016 s. 196.

²⁰⁷ *Koponen* 2017 s. 376.

tä. Lainkohdan tarkoittamana asiakirjana voidaan siten pitää myös digitaalisia asiakirjoja, kuten ATK-tallenteita ja ääninauhoja.²⁰⁸

Totuudenvastainen asiakirja merkitsee säännöksen tulkinnassa kirjallista valehtelua. Lainkohdassa edellytetään nimenomaisesti, että asiakirja on *antajansa tietien sisällykseltään* totuudenvastainen. Asiakirjan antajalla tarkoitetaan asiakirjan valmistajaa eli sitä henkilöä, joka on laatinut todisteenä käytetyn asiakirjan. Purkuperuste on käsillä vain silloin, kun asiakirjan laatija on tietoisesti valmistanut totuudenvastaisen asiakirjan.²⁰⁹ Sitä vastoin, kuten edellä on jo käynyt ilmi, väärän todisteen tuomioistuimelle jättäneen oikeudenkäynnin asianosaisen tietoisuudella asiakirjan vääryydestä ei ole merkitystä purkuperusteen soveltamisessa.

Käsiteltävänä olevassa lainkohdassa asiakirjan vääryydellä tarkoitetaan oikeaperäisyysvirhettä eli sitä, että asiakirja on väärennetty tai sen sisältöä on vääristelty. Asiakirjaa pidetään vääränä, jos sen sisältöä on muutettu siten, että asiakirja todistaa jotain muuta kuin se asiakirjan laatijan sille antaman muodon mukaan on alun perin todistanut.²¹⁰ Asiakirja on väärä myös silloin, kun sen laatijana esiintyy muu henkilö kuin se, joka asiakirjan on todellisuudessa valmistanut.²¹¹ Lainkohdan tulkinnassa voidaan tukeutua myös todistusaineiston vääristelemiseen (RL 15:7, 563/1998) ja sen törkeään tekemuotoon (RL 15:8, 563/1998) sekä väärän todistuksen antamiseen viranomaiselle (RL 16:8, 563/1998) ja väärennysrikoksiin, joista säädetään RL 33 luvussa (769/1990).²¹²

Lainkohdassa ei mainita tuomioistuimen toimittamaa katselmusta, joten se ei ilmeisesti kuulu lainkohdan soveltamisalaan. Tämä johtunee osittain katselmuksen luonteesta tuomioistuimen suorittamana todisteluna. Katselmus suoritetaan tuomioistuimen valvonnassa, mikä sinänsä rajoittaa mahdollisuuksia vilpin harjoittamiseen, mutta ei kuitenkaan kokonaan sulje pois mahdollisuutta katselmuksen väärentämiseen. *Cars* onkin todennut, että myös katselmuksen tulisi kuulua käsillä olevan purkuperusteen soveltamisalaan.²¹³ Tämä olisi perusteltua jo siitä syystä, että mikäli

²⁰⁸ *Rautio* 2017b s. 1230.

²⁰⁹ *Koponen* 2017 s. 374–375.

²¹⁰ *Tirkkonen* 1972 s. 567 ja *sama* 1977 s. 426.

²¹¹ *Tirkkonen* 1972 s. 567.

²¹² Väärennysrikoksesta purkuperusteena ks. *Rautio* 2017b s. 1230–1231 sekä *Frände* 2017a s. 43. Väärennysrikossääntelyä on merkittävästi uudistettu rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisessä vaiheessa, jota koskevat säädösmuutokset tulivat voimaan vuonna 1991. Väärennysrikossääntelyä kehitettiin tuolloin yleisluonteisempaan suuntaan, kun aikaisemmin voimassa olleista varsin yksityiskohtaisista säännöksistä luovuttiin. Ks. HE 66/1988 vp s. 109–111.

²¹³ Ks. *Cars* 1959 s. 146 ja av. 92.

oikeudenkäynnissä esitetään vilpillisessä tarkoituksessa todisteena väärennetty esine siten, että tarkoituksena on johtaa tuomioistuinta harhaan, on menettely aineellisen totuuden saavuttamisen kannalta yhtä moitittavaa kuin asiakirjan väärentäminen.²¹⁴

4.3.2 Väärä eli perätön lausuma

OK 31:8:n 2 kohdan mukaan lainvoimainen rikostuomio voidaan syytetyn eduksi purkaa, jos todistaja tai asiassa kuultu asiantuntija on antanut asiassa tahallaan perättömän lausuman. Lainkohdan sanamuotoa on OK 17 lukua koskevan uudistuksen myötä muutettu siten, että ennen purkamisen on ollut mahdollista myös silloin, kun asianosainen on totuusvakuutuksen alaisena antanut perättömän lausuman. Koska kyseinen todistelukeino tuli rikosprosessissa suhteellisen harvoin kyseeseen, on siitä OK 17 luvun säännöksiä koskevan uudistuksen myötä luovuttu.²¹⁵

Lainkohdan nykyisen sanamuodon mukaan tuomio voidaan purkaa vain, mikäli asiassa kuultu todistaja tai asiantuntija on *tahallisesti* antanut perättömän lausuman. Tämän purkuperusteen osalta siis vaaditaan tahallisuutta, erotuksena edellä käsiteltyyn purkuperusteeseen, jossa väärän asiakirjan todisteeksi nimenneen henkilön tietoisuudella asiakirjan vääryydestä tai totuudenvastaisuudesta ei ole merkitystä.²¹⁶

Nyt käsiteltävän purkuperusteen aktualisoitumiselle riittää, että henkilöä on kuultu todistajana. Näin ollen on yhdentekevää, oliko todistaja tosiasiallisesti ollut kelpoinen toimimaan todistajana vaiko ei. Silläkään ei ole merkitystä, olisiko todistajalla ollut vaitiolo-oikeus tai salassapitovelvollisuus taikka oikeus kieltäytyä todistamasta kokonaan.²¹⁷ Edellä lausuttu koskee myös sitä, jota oikeudenkäynnissä on kuultu asiantuntijana.

Käsillä olevan purkuperusteen soveltamisen osalta tulee huomata, että se, mitä asianosainen on häntä vapaasti kuultaessa esittänyt, ei virheellisyydestään tai totuudenvastaisuudestaan huolimatta ole aikaisemminkaan riittänyt purkuperusteeksi.²¹⁸ Rikosprosessissa vastaajalla ei edes ole katsottu olevan velvollisuutta lausua mitään asian käsittelyssä eikä hänellä myöskään ole katsottu olevan velvollisuutta puhua totta.²¹⁹

²¹⁴ Ks. *Lager* 1972 s. 141–142.

²¹⁵ Todistelu-uudistuksesta tarkemmin ks. HE 46/2014 vp s. 24–41.

²¹⁶ *Koponen* 2017 s. 380–381.

²¹⁷ *Tirkkonen* 1977 s. 426.

²¹⁸ *Tirkkonen* 1972 s. 566.

²¹⁹ Rikosasian asianosaisten totuusvelvollisuudesta ks. *Viljanen* DL 2001 s. 1004–1025.

Perätön lausuma tarkoittaa lainkohdan mukaisesti oikeudenkäynnissä todistajana tai asiantuntijana kuullun antamaa väärää tietoa. Perätön lausuma on kyseessä myös silloin, kun lainkohdassa mainittu henkilö salaa jonkin asiaan kuuluvan merkityksellisen seikan. Perättömällä lausumalla ei tässäkään yhteydessä tarkoiteta sellaista tekoa, joka on säädetty rangaistavaksi.²²⁰ Esimerkiksi alle 15-vuotiasta on mahdollista kuulla OK 17:30:n (732/2015) nojalla todistajana ja myös alaikäisen todistajan antama perätön lausuma on lainkohdassa tarkoitettu purkuperuste. Purkuperusteen soveltamisalaa määriteltäessä tulkintatukea voidaan hakea RL 15 luvusta (563/1998), jossa säädetään rikoksista lainkäyttöä vastaan. Luvussa säädetään kuitenkin myös tuottamuksellisista rikoksista, jotka eivät kuulu käsillä olevan purkuperusteen käyttöalaa.

OK 31:8:n 2 kohdassa mainittu perättömän lausuman antaminen edellyttää nimenomaisesti tahallista tekoa, kun taas lievemmat syyksiluettavuuden muodot eivät oikeuta vaatimaan tuomion purkamista.²²¹ Näin ollen ajattelemattomuudesta tai huolimattomuudesta eli tuottamuksellisesti annettu perätön lausuma ei kuulu puheena olevan lainkohdan soveltamisalaa.²²² Tuomiota ei siis voida purkaa tuottamuksellisesti annetun perättömän lausuman johdosta, vaikka todistaja tai asiantuntija olisi mahdollista tuomita rangaistukseen RL 15:4:n (735/2015) nojalla. *Lager* on kuitenkin esittänyt, että tässä tilanteessa lienee mahdollista turvautua OK 31:8:n 3 kohtaan eli asiassa ilmenneisiin uusiin syihin ja todisteisiin.²²³

Oikeudenkäynnissä on mahdollista kuulla todistajana myös asiantuntijaa. OK 17:34:ssä (732/2015) asiantuntijatodistajalla tarkoitetaan henkilöä, jota kuullaan erityisiä tietoja vaativista kokemussäännöistä ja niiden soveltamisesta asiassa ilmenneisiin seikkoihin. OK 17:36.1:ssä säädetään, että asiantuntija antaa lausuntonsa kirjallisesti. Lisäksi säännöksen 2 momentissa luetellaan ne edellytykset, joiden nojalla asiantuntijaa on mahdollista kuulla oikeudenkäynnissä suullisesti. Mikäli asiantuntijaa kuullaan oikeudenkäynnissä suullisesti, hänen tulee antaa laissa säädetty vakuutus (OK 17:45).

Asiantuntijatodistaja voi antaa lausuntonsa oikeudenkäynnissä joko kirjallisesti tai suullisesti. RL 15:1:n mukaisen perättömän lausuman tunnusmerkistön soveltumisen osalta merkityksellistä on se, antaako asiantuntija

²²⁰ *Rautio* 2017b s. 1231; *Frände* 2017a s. 41.

²²¹ *Lager* 1972 s. 143. Tahallisuuden todentaminen kirjallisessa purkumenettelyssä on epäilemättä vaikeaa.

²²² Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 567 av. 14.

²²³ *Lager* 1972 s. 143.

lausumansa pelkästään kirjallisesti vai kuullaanko häntä suullisesti.²²⁴ Jos asiantuntija antaa totuudenvastaisia tietoja kirjallisessa lausumassa, on tulkinanvaraista, onko kyseessä edes RL 15:1:n tarkoittama perätön lausuma. Tilanteeseen saattaisi soveltua myös RL 16:8:n mukainen väärän todistuksen antaminen viranomaiselle. Sinänsä tällä jaottelulla kirjalliseen ja suulliseen perättömään lausumaan ei ole OK 31:8:n 2 kohdan purkuperusteen osalta mitään merkitystä, koska asiantuntijan antama kirjallinen perätön lausuma kuuluisi totuudenvastaisena asiakirjana joka tapauksessa nyt puheena olevan purkuperusteen soveltamisalaan.²²⁵ Purkuperusteen olemassaolo edellyttää vain, kuten edellä on jo todettu, että asiantuntija on antanut perättömän lausuman tahallisesti.

Huomautettakoon vielä, että RL 15:1:n mukaisen perättömän lausuman antaminen ei vakiintuneen kannan mukaan edes edellytä vakuutuksen antamista.²²⁶ Myöskään OK 31:8:n 2 kohdan mukaisen purkuperusteen olemassaolon edellytyksenä ei ole, että asiantuntija, tai muukaan todistaja, olisi antanut todistajalta vaaditun vakuutuksen.²²⁷ Silläkään ei ole purkuperusteen soveltamisen kannalta merkitystä, onko perättömän lausuman antanutta asiantuntijaa kuultu oikeudenkäynnissä tuomioistuimen määräyksestä vaiko asianosaisen toimeksiannosta.

OK 31:8:n 2 kohdassa säädetyn purkuperusteen soveltamisen osalta tavallisin tilanne lienee se, että perätön lausuma annetaan asian ratkaisseessa tuomioistuimessa, mutta myös oikeusapua antaneessa tuomioistuimessa annettu perätön lausuma on peruste lainvoimaisen tuomion purkamiselle. Perätön lausuma voidaan antaa myös silloin, kun todistajaa tai asiantuntijaa kuullaan oikeudenkäynnissä puhelimitse tai videoneuvotteluyhteyden välityksellä.

Puheena olevan säännöksen suomalainen tulkinta eroaa jonkin verran Ruotsin vastaavasta. Meillä Suomessa niiden henkilöiden joukkoon, joiden rikollinen menettely todistelussa muodostaa purkuperusteen, ei ole luettu kielenkääntäjää eli tulkkia. Sitä vastoin Ruotsissa tulkin totuudenvastainen käännös kuuluu käsillä olevan purkuperusteen soveltamisalaan.²²⁸ Myös Suomessa tulkin asema saattaisi olla rinnastettavissa asiantuntijan asemaan ainakin sitä taustaa vasten, että vieraan kielen tulkittamisella voi olla

²²⁴ Vuorenpää 2012 s. 302.

²²⁵ Perättömän lausuman antaminen on tekona kuitenkin yhtä tuomittavaa, tapahtui se sitten kirjallisesti tuomioistuimelle tai suullisesti tuomioistuimessa.

²²⁶ Tämä on perusteltua jo siitä syystä, että kaikki todistajat eivät edes saa antaa todistajan vakuutusta. Ks. myös Vuorenpää 2012 s. 304 ja siellä mainitut lähteet.

²²⁷ Tirkkonen 1972 s. 566 ja sama 1977 s. 426.

²²⁸ Lager 1972 s. 143. Ks. myös Welamson – Munck 2016 s. 196.

hyvinkin suuri vaikutus oikeudenkäynnin lopputulokseen. Tämän vuoksi saattaisi olla perusteltua, että puheena olevaa purkuperustetta voitaisiin soveltaa meillä myös tulkkiin. Joka tapauksessa tulkin rikollinen menettely eli totuudenvastainen käänös kelpaa purkuperusteeksi OK 31:8:n 3 kohdan nojalla.²²⁹

4.3.3 Väärän todisteen vaikutus jutun lopputulokseen

OK 31:8:n 2 kohdassa tarkoitetun väärän todisteen taikka perättömän lausuman täytyy olla myös sellainen, että sen voidaan otaksua vaikuttaneen asian lopputulokseen. Edellytystä tulee tulkita samalla tavalla kuin OK 31:8:n 1 kohdan vastaavaa säännöstä siitä, miten rikollisen menettelyn voidaan otaksua vaikuttaneen jutun lopputulokseen. Tältä osin viitataan myös siihen, mitä kausaalisuusvaatimuksesta on aiemmin lausuttu OK 31:8:n 1 kohtaa käsiteltäessä.

Mikäli tuomio kuitenkin perustuu nimenomaisesti sellaiseen todisteseen, joka lainkohdan tarkoittamassa merkityksessä on väärä, on riittävä kausaalisuusvaatimus väärän todisteen ja asian lopputuloksen välillä lähtökohtaisesti aina olemassa.²³⁰ Toisaalta saattaa olla vaikea arvioida sellaisen todisteen merkitystä jutun lopputulokselle, joka on kyllä ollut väärä, mutta kuitenkin oikeudenkäynnin lopputuloksen kannalta sillä tavalla merkityksetön, että tuomiota ei ole edes perustettu sen varaan. Esimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa todistaja on kyllä antanut tahallaan oikeudenkäynnissä perättömän lausuman, mutta lausuma on totuudenvastainen vain tietyiltä kohdin. Jos lausuman totuudenvastainen osa on vielä lisäksi täysin merkityksetön oikeudenkäynnin lopputuloksen kannalta, ei lainkohdassa edellytetty syy-yhteys täyty.

Edellä lausutun johdosta voidaan tehdä se huomio, että OK 31:8:n 2 kohdassa edellytetyn syy-yhteyden täytyminen vaatii enemmän tapauskohtaista harkintaa kuin on asianlaita OK 31:8:n 1 kohdan osalta. OK 31:8:n 1 kohdassa edellytetty kausaalisuusvaatimus lähenee eräänlaista legaalista presumptiota, koska purkuperuste kohdentuu juuri siihen, että oikeudenkäyntimenettely ei ole ollut asianmukainen. Tällöin kausaalisuusvaatimus täyttyy usein jo pelkästään siksi, että jutun käsittelyn yhteydessä jokin säännöksessä mainituista henkilöistä on syyllistynyt rikolliseen menettelyyn, vaikkei sanotulla menettelyllä varsinaisesti olisi ollutkaan suo-

²²⁹ Lager 1972 s. 143.

²³⁰ Cars 1959 s. 216. Ks. myös Lindell 2017 s. 493–494.

raa vaikutusta jutun lopputulokseen. Sitä vastoin OK 31:8:n 2 kohdan soveltamisen osalta syy-yhteyttä jutun lopputulokseen ei aina välttämättä ole olemassa, vaikka jutussa olisi käytetty väärää todistetta. Näin on esimerkiksi silloin, kun asiassa annettulla väärällä todisteella ei ole ollut tai ei edes olisi voinut olla minkäänlaista merkitystä jutun lopputulokseen. Väärän todisteen merkitystä jutun lopputulokselle joudutaan siten arvioimaan aina tapauskohtaisesti.²³¹

Mainittakoon vielä, että OK 31:8:n 1 kohdassa puhutaan *jutun lopputuloksesta*, kun taas 2 kohdassa käytetään pelkästään sanaa *lopputulos*. Sanamuotojen erolla ei kuitenkaan ole vaikutusta lainkohtien tulkintaan.²³²

4.4 Uusi seikka tai todiste

Lainvoimainen tuomio voidaan syytetyn eduksi purkaa OK 31:8:n 3 kohdan nojalla, jos asiassa vedotaan seikkaan tai todisteeseen, jota ei ole aikaisemmin esitetty, ja sen esittäminen olisi todennäköisesti johtanut syytetyn vapauttamiseen tai siihen, että rikokseen olisi ollut sovellettava lievempiä rangaistussäännöksiä, taikka on muutoin erittäin painavia syitä, katsoen siihen mihin näin vedotaan ja mitä muutoin käy ilmi, saattaa syytetyn syyllisyys uudelleen tutkittavaksi. Purkuperusteena ovat lainkohdan mukaan siis tarkemmin sanottuna uudet syyt. Puheena olevaa purkuperustetta voidaan ilmeisen väärän lain soveltamisen ohella pitää keskeisimpänä purkuperusteena. Sanotulla purkuperusteella on myös historiallisesti vanhimmat perinteet, sillä aiemmin voimassa olleen lain mukaan se oli ainoa peruste vaatia tuomion purkamista.²³³ Käsillä olevan lainkohdan sanamuotoa voidaan pitää niin avoimena ja moniselitteisenä, että se oikeastaan kattaisi myös OK 31:8:n 1 ja 2 kohdissa säännellyt purkuperusteet.²³⁴

Lainkohdan taustalla on ajatus siitä, että tuomion lainvoimaisuudesta huolimatta asianosaiselle tulee avata vielä kerran mahdollisuus saada esittää oikeudenkäyntiaineistoa muutoksen saamiseksi tuomioon.²³⁵ Säännöksessä ei myöskään aseteta minkäänlaista rajoitusta sille, minkä laatuista selvitystä tuomionpurun perusteeksi voidaan esittää. Nyt käsiteltävää purkuperustetta voitaisiinkin luonnehtia siten, että se oikeuttaa hake-

²³¹ Syy-yhteydestä tarkemmin ks. *Cars* 1959 s. 214–218.

²³² *Tirkkonen* 1977 s. 425 av. 11.

²³³ *Lager* 1972 s. 145–146.

²³⁴ Ks. *Cars* 1959 s. 150–151.

²³⁵ *Lager* 1972 s. 146.

maan tuomionpurkua tarkemmin yksilöimättömillä perusteilla. Ainoana edellytyksenä voidaan pitää vain sitä, että uusi seikka tai muu selvitys on luonteeltaan sellaista, että se saattaa epäilyksenalaiseksi sen, onko asiassa annettu ratkaisu sittenkään aineellisesti oikea.

4.4.1 Käsitteistä

Säännöksessä mainitulla uudella seikalla tarkoitetaan oikeudellisesti relevanttia faktaa eli oikeustosisekkää tai kompleksisen oikeustosisaikan, esimerkiksi tuottamuksen, momenttia.²³⁶ Kyseessä on näin ollen empiirisen maailman tosiasia, jolla on jutussa oikeudellista merkitystä. Todisteella tarkoitetaan puolestaan uutta todistuskeinoa, kuten uutta asiakirjaa tai uutta todistajaa, jota ei ole aikaisemmin kuultu.²³⁷ Lisäksi todisteella voidaan tarkoittaa uutta todistustosisekkää. Myös ns. apufaktaa, jolla on merkitystä arvioitaessa muun oikeustosisaikan todistusarvoa, voidaan pitää lainkohdassa tarkoitettuna uutena todisteena.²³⁸ Todisteella tarkoitetaan lainkohdassa siis seikkoja, joiden avulla asiaan vaikuttavat tosiseikat saadaan todennetuiksi. Lainkohta kattaa myös ne tilanteet, joissa aikaisemmin kuultu todistaja esittää aikaisemmasta poikkeavan uuden kertomuksen.²³⁹

Uusi oikeudellinen argumentaatio ei ole peruste lainvoimaisen tuomion purkamiselle.²⁴⁰ Purkuperuste ei ole käsillä myöskään niissä tilanteissa, joissa tuomioistuimen todistusharkinta on ollut virheellistä.²⁴¹ Purkua vaativan asianosaisen esittämä väite tai epäily siitä, että tuomioistuin on mahdollisesti arvioinut väärin asiassa esitettyä näyttöä, ei kelpaa purkuperusteeksi. Tuomion antamisen jälkeen tapahtunutta lainmuutosta ei myöskään voida pitää säännöksessä tarkoitettuna uutena seikkana, jonka nojalla lainvoimainen tuomio voitaisiin purkaa.

Säännöksessä mainitulla uudella seikalla tai todisteella tarkoitetaan sellaista oikeudenkäyntiaineistoa, johon ei ole asiassa vedottu aikaisemmin ja

²³⁶ *Rautio* 2017b s. 1232. Kompleksisella oikeustosisekalla tarkoitetaan siis sellaista oikeustosisekkää, joka ei ole ns. puhdas fakta, vaan joka koostuu eri osatekijöistä. Esimerkiksi tuottamuksen toteen näyttäminen edellyttää, että asianosainen vetoaa siihen menettelyyn, joka on tuottamuksellista ja esittää näyttöä niistä seikoista, joiden nojalla menettely voidaan pitää tuottamuksellisena. Jotta tuottamus olisi käsillä, tulee siis esittää näyttöä siitä, että menettely on ollut huolimaton tai välinpitämätöntä.

²³⁷ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 142.

²³⁸ *Welamson – Munck* 2016 s. 199–200.

²³⁹ *Rautio* 2017b s. 1233.

²⁴⁰ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 142.

²⁴¹ *Cars* 1959 s. 157; *Tirkkonen* 1972 s. 568 ja *sama* 1977 s. 427.

jolla voi olla lainkohdassa lausuttu merkitys asian lopputulokseen. Kysymys on täten sellaisesta aikaisemmin esittämättömästä selvityksestä, joka aikanaan ensiprosessissa esitettyinä olisi luultavasti johtanut asiassa vastaajan tuomitsemiseen lievempään rangaistukseen.²⁴² Tämän uuden seikan on siten tullut pääsääntöisesti olla olemassa jo purkuhakemuksen kohteena olevan ratkaisun antamisen aikana.²⁴³ Oikeuskirjallisuudessa onkin vakiintuneesti katsottu, että jälkisattumus (*factum superveniens*) eli sellainen seikka, joka ilmenee vasta tuomion lainvoimaiseksi tulon jälkeen, ei ole lainkohdassa tarkoitettu peruste tuomion purkamiselle.²⁴⁴ Jälkisattumukseen vetoaminen ei oikeastaan merkitse sitä, että annettu tuomio olisi sinänsä ollut aineellisesti virheellinen, vaan sitä, että uusien tapahtumien jälkeen asia tulisi nyt ratkaista toisella tavalla. Jälkisattumukseen vetoaminen ei siten poista tuomiolta sen oikeusvoimaa.²⁴⁵

Toisaalta voidaan kysyä, tulisiko jälkisattumus ottaa huomioon silloin, kun sen nojalla haetaan tuomion purkamista syytetyn eduksi. Rikostuomiota koskevien tuomionpurkusäännösten tarkoituksenahan on saada selvät virheet korjatuiksi, jotta ne eivät häiritsisi yleistä oikeustajua. Jälkisattumuksen asettamista purkuperusteeksi voitaisiin pitää perusteltuna myös siksi, että tuomion purkaminen syytetyn eduksi on muutoinkin säännösta-solla hyvinkin laajalti mahdollista. Tätä taustaa vasten tuntuu hieman koh-tuuttomalta, että jälkisattumukset rajataan näin jyrkästi purkuperusteen soveltamisalan ulkopuolelle.

Edellä lausutusta huolimatta lienee kuitenkin niin, että jälkisattumuksil-la ei ole rikosasioiden käsittelyssä kovin suurta merkitystä. Käytännössä on hyvin vaikea keksiä esimerkkiä rikosprosessia koskevasta jälkisattu-muksesta, jolla olisi syyksiluettavuuden poistava vaikutus.²⁴⁶ Tuomion

²⁴² Ks. myös KM 2002:8 s. 26–27.

²⁴³ Toisaalta tätä sääntöä ei tulisi tulkita kovin tiukasti rikosasioiden osalta silloin, kun tuomionpurkua haetaan syytetyn eduksi. Rikosasiassa tuomittu ei nimittäin voi nostaa negatiivista vahvistuskannetta syyttömyydestään. Ks. myös *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 143.

²⁴⁴ *Lager* 1972 s. 147.

²⁴⁵ *Lappalainen* 2001 s. 458. Ks. myös *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 144.

²⁴⁶ Rikosprosessissa jälkisattumus ei liene sekään seikka, että asianomistaja haluaa peruuttaa asianomistajarikosta koskevan syyttämispyyntönsä tai itsenäisesti nostamansa syytteen sen jälkeen, kun asiassa on jo annettu langettava tuomio ja se on tullut lainvoimaiseksi. Tällaisella peruuttamisella ei enää tuomion lainvoimaiseksi tulon jälkeen ole merkitystä, eikä syyttämispyyntöön tai syytteen peruuttaminen siten yksistään voi olla perusteena ylimääräiselle muutoksenhauille. ROL 1:16.2:n nojalla asianomistajalla ei edes ole mahdollisuutta peruuttaa syyttämispyyntöään enää sen jälkeen, kun syyttäjä on nostanut syytteen. ROL 1:12.2:n mukaan syyttäjäkään ei voi peruuttaa syytettä enää tuomion antamisen jälkeen. Tosin ROL 1:13:stä käy ilmi, että syyttäjä voi kuitenkin hakea muutosta syytetyn eduksi.

lainvoimaisuuden jälkeen ilmaantuvat uudet faktat lienevät poikkeuksetta olemassa jo ensiprosessin aikana. Näiden seikkojen huomioimatta jääminen purkamisen kohdeoikeudenkäynnissä aiheutuu lähinnä puutteellisesta esitutkinnasta tai syytetyn laiminlyönneistä tuoda esiin itselleen edullisia seikkoja.²⁴⁷

Sitä vastoin uusi tuomio, joka annetaan purkuvaatimuksen kohteena olevan ratkaisun lainvoimaisuuden jälkeen, saattaisi olla luokiteltavissa jälkisattumukseksi. Tällaista uutta tuomiota ei kuitenkaan pääsääntöisesti ole pidetty purkuperusteena.²⁴⁸ Tämä tulkinta on ilmeisen perusteltu ainakin niissä tapauksissa, joissa uusi tuomio ei suoraan koske samaa asiaa tai samoja asianosaisia. Mainitusta pääsäännöstä voidaan kuitenkin poiketa, mikäli purettavaksi haetun tuomion perusteena ollut tuomio on ensin purettu. Aikaisemman tuomion purkaminen on tällöin osoittanut, että myös tämä myöhemmin annettu ja nyt purettavaksi vaadittu tuomio on nojautunut virheelliseen tuomioperusteeseen. Uutena seikkana voidaan kuitenkin pitää sellaista ratkaisua, joka on annettu ennen purkuhakemuksen kohteena olevan ratkaisun antamista.²⁴⁹

KKO 2015:68: B ja C, jotka käräjäoikeudessa oli tuomittu avunannosta törkeään petokseen, eivät olleet hakeneet muutosta tuomioonsa. A, joka oli samassa jutussa päätekijänä tuomittu rangaistukseen törkeästä petok-

²⁴⁷ Ks. *Koponen* 2017 s. 483–484.

²⁴⁸ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 142. Voidaan myös todeta, että korkein oikeus on muutoinkin noudattanut varsin tiukkaa tulkintalinjaa, kun purkuhakemuksen perusteena on vedottu uuteen seikkaan. Esimerkkinä voidaan mainita tapaus KKO 2010:41, jossa oli kysymys siitä, onko A:ta koskevat tuomiot purettava ja häneen kohdistettu syyte törkeästä kätkemisrikoksesta hylättävä sen vuoksi, että kätkemisrikosta koskeva esirikos eli B:tä vastaan nostettu syyte törkeästä velallisen petoksesta oli hylätty, kun korkein oikeus oli EIT:n itsekriminointisuoja koskevan päätöksen johdosta ratkaisullaan KKO 2009:80 purkanut aikaisemman ratkaisunsa KKO 2009:27. Korkein oikeus katsoi ratkaisussaan KKO 2010:41, että itsekriminointisuojaan vaikutus kohdistui vain A:han eikä tämän vuoksi vapauttanut B:tä kätkemisrikosta koskevasta rangaistusvastuusta. B:n purkuhakemus hylättiin.

²⁴⁹ *Rautio* 2017b s. 1232. Lisäksi voidaan pohtia, onko lainkohdan mukainen purkuperuste käsillä myös silloin, kun tuomion tultua lainvoimaiseksi ilmenee, että samasta asiasta on jo annettu lainvoimainen tuomio, jonka negatiivinen oikeusvoimavaikutus olisi estänyt tämän uudemman tuomioistuinkäsittelyn. Asiassa on siis rikottu ne bis in idem -kieltoa. Esim. *Tirkkonen* on katsonut, että kyseessä ei oikeastaan ole purkuperuste. Oikeusvoimaa koskevia kirjoittamattomia sääntöjä on tässä tapauksessa tulkittu virheellisesti, mitä voitaisiin pitää menettelyllisenä virheenä, joka taas on peruste tuomiovirhekantelulle OK 31:1.1:n 1 kohdan nojalla. Kantelulle on asetettu kuitenkin melko lyhyt määräaika eli se on lähtökohdaisesti tehtävä kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun kantelun kohteena oleva tuomio sai lainvoiman. Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 568 av. 19a ja *sama* 1977 s. 427–428. Näin myös *Lager* 1972 s. 156.

sesta, oli hakenut muutosta. Hovioikeus oli arvioinut esitettyä näyttöä hänen osaltaan toisin kuin kärjäoikeus ja katsonut, että A:n menettely oli täyttänyt petoksen tunnusmerkistön, muttei törkeän petoksen tunnusmerkistöä. A:lle oli annettu haaste tiedoksi yli viiden vuoden kuluttua siitä, kun petosta koskevan syyteoikeuden vanhentumisaika oli alkanut. Hovioikeus oli hylännyt A:ta vastaan ajetun syytteen vanhentuneena.

B ja C hakivat rangaistustuomionsa purkamista ja perustelivat hake-
mustaan sillä, että myös avunantoa koskeva syyte on hylättävä, koska
päätekoa koskeva syyte on hovioikeudessa hylätty. KKO katsoi ratkai-
sussaan, ettei hovioikeuden päätekijää koskeva tuomio ollut OK 31:8:n
3 kohdassa tarkoitettu uusi seikka ja hylkäsi purkuhakemuksen.

4.4.2 Uutuuskriteeri

Purkuhakemuksessa esitettävien seikkojen ja todisteiden tulee olla uusia. Säännöksessä uutuusvaatimus ilmaistaan siten, että tuomionpurun perusteeksi asianosaisen tulee esittää sellainen uusi seikka tai todiste, jota ei ole oikeudenkäynnissä aikaisemmin esitetty. Seikkaa tai todistetta ei ole jutussa aikaisemmin esitetty, jos oikeustositseikkaan ei ole väittämistäakkamielessä vedottu tai todistetta ei ole esitetty ennen purkuhakemuksen kohteena olevan tuomion antamista.²⁵⁰

Todisteiden osalta lainkohdassa tarkoitettu uutuusvaatimus tarvitsee hieman lisätäsmennyksiä. Todiste voi nimittäin syntyä vasta ensiprosessin jälkeen, vaikka se viittaakin sellaiseen oikeustositseikkaan, joka on ollut olemassa jo ensiprosessin aikana.²⁵¹ Todisteen tuleeikin olla siinä mielessä uusi, että se riitauttaa aiemman tuomion aineellisen oikeellisuuden.²⁵² Asiantuntijatodistelun osalta voidaan kuitenkin todeta, että asiantuntijan muuttunut mielipide taikka uusi arvio oikeustapauksen faktoista ei ole

²⁵⁰ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 143.

²⁵¹ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 144.

²⁵² Esimerkiksi todiste, joka on syntynyt vasta hovioikeuden tuomion antamisen jälkeen ja johon on vedottu KKO:lle tehdyssä valituslupahakemuksessa, ei säännöksen kirjaimellisen tulkinnan mukaan täytä lainkohdassa edellytettyä uutuusvaatimusta, jos sanottuun todisteseen vedotaan valitusluvan hylkäävän päätöksen antamisen jälkeen vireille laitettussa tuomionpurkuasiassa. Ks. *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 143. Ruotsissa korkein oikeus on ratkaisussaan NJA 1998 s. 148 nimenomaisesti todennut, että purkuhakemuksen perusteeksi esitetyt seikat ovat purkusäännösten mukaisesti uusia, vaikka niihin olisi vedottu jo aiemmin hylätyksi tulleessa valituslupahakemuksessa. Ks. myös *Welamson – Munck* 2016 s. 199.

lainkohdassa tarkoitettu uusi seikka eikä se siten ole peruste tuomion purkamiselle.²⁵³

Todiste on purkuperusteen tulkinnan osalta uusi etenkin silloin, kun se on syntynyt vasta tuomion lainvoimaisuuden jälkeen. Tästä tilanteesta esimerkiksi voidaan mainita vaikkapa sormenjälki- tai DNA-tutkimus, joka valmistuu vasta tuomion antamisen jälkeen. Todisteen voidaan katsoa olevan uusi myös silloin, kun asianosainen on siihen jo ensiprosessissa pyrkinyt vetoamaan, mutta tuomioistuim ei ole tätä sallinut tai asianosainen ei ole pystynyt taikka onnistunut saamaan todistetta käsiinsä.²⁵⁴

Käsillä olevaan purkuperusteeseen turvautuminen syytetyn eduksi on mahdollista, vaikka lainkohdassa määritelty seikka tai todiste on ollut tiedossa jo ensiprosessin aikana. Säännöksen nojalla tapahtuva tuomion purkaminen syytetyn eduksi ei siten edellytä niin sanottua anteeksiantoperustetta.²⁵⁵ Tätä voidaan pitää hieman erikoisena, koska myös rikosprosessin osalta tavanomaisessa muutoksenhaussa preklusio on voimassa korkeimpaan oikeuteen valitettaessa. OK 30:7.1:n mukaan asianosainen ei saa riita- ja rikosasiassa korkeimmassa oikeudessa vedota uuteen seikkaan tai todisteeseen, ellei hän saata todennäköiseksi, ettei hän ole voinut vedota niihin aikaisemmin tai käsillä on muutoin ollut pätevä syy olla vetoamatta niihin aiemmin. Ylimääräisen ja säännönmukaisen muutoksenhaun välillä vallitsee näin ollen epätasapaino, sillä tuomionpurku on rikosprosessissa mahdollista laajemmin kuin tavanomainen muutoksenhaku.²⁵⁶ Sääntelyn epäjohdonmukaisuutta tulee *Rautio* mukaan kuitenkin tarkastella sitä taustaa vasten, että syytetyn eduksi koitui seikkoihin ei ole nimenomaista vetoamisvelvollisuutta ja että tuomioistuimen tulee jo viran puolesta ottaa huomioon sellaiset seikat, jotka tukevat vastaajan syyttömyyttä.²⁵⁷ Vaikka sääntelyn epätasapainolla ei siis käytännössä näyttäisi olevan kovin suurta merkitystä, todisteita koskevan preklusion osalta tilanne jää ristiriitaiseksi.²⁵⁸

²⁵³ *Koponen* 2017 s. 395.

²⁵⁴ *Rautio* 2017b s. 1234.

²⁵⁵ *Tirkkonen* 1972 s. 568–569; *Rautio* 2017b s. 1236; *Koponen* 2017 s. 439. Siviiliprosessissa annetun tuomion purkaminen uusiin syihin vedoten ei sitä vastoin ole mahdollista, jos uusi seikka tai todiste on prekludoitunut jo ensiprosessissa (OK 31:7.2).

²⁵⁶ Ks. *Koponen* 2017 s. 228–232

²⁵⁷ *Rautio* 2017b s. 1236.

²⁵⁸ Ks. *Välimäki* 2016 s. 304–305 ja av. 44. Tämän epäjohdonmukaisuuden myötä säännönmukaisessa muutoksenhaussa uhkaavan preklusion vuoksi rikosasian vastaajan kannalta olisi siis joissakin tilanteissa edullisempää odottaa tuomion lainvoimaiseksi tuloa ja hakea vasta tämän jälkeen tuomionpurkua. OK 30:7.1:n preklusiosäännöstä sovellettaessa OK

Oikeuskäytännössä on katsottu, että tuomio voidaan uuden selvityksen nojalla purkaa pelkästään myös päiväsakon rahamäärän osalta. Mainita voidaan täysistuntoratkaisu KKO 2016:83, joka syntyi 9–8 äänestyksen tuloksena. Tapauksessa A oli tuomittu käräjäoikeudessa kirjallisessa menettelyssä rattijuopumuksesta ehdollisen vankeusrangaistuksen ohella myös sakkoon. A:ta oli haasteessa kehotettu ilmoittamaan päiväsakon rahamäärään vaikuttavissa tiedoissa tapahtuneista olennaisista muutoksista. Koska A ei kehotuksesta huolimatta ollut esittänyt selvitystä tuloistaan, päiväsakon rahamäärä oli käräjäoikeudessa vahvistettu viimeksi toimitetun verotuksen tietojen perusteella. A ei ollut hakenut käräjäoikeuden tuomioon muutosta. Sitten A vaati tuomion purkamista sillä perusteella, että tuomitsemishetkellä hänen tulonaan oli ollut vain peruspäiväraha.

KKO otti ratkaisussaan kantaa siihen, mikä merkitys tuomitun passiivisuudella on tuomionpurkua koskevassa asiassa. Huomiota kiinnitettiin siihen, ettei A kehotuksista huolimatta ollut ilmoittanut käräjäoikeudelle tulotietojensa muutoksista. A ei ollut myöskään hakenut näillä perusteilla muutosta käräjäoikeuden tuomioon. Mainitut laiminlyönnit puolsivat sinänsä passiivisuuden koitumista A:n vahingoksi. KKO:n enemmistö totesi kuitenkin, että OK 31:8:n 3 kohta soveltuu yleisesti kaikkiin rikosasioihin ja että sanotun säännöksen soveltamisessa ei noudateta preklusiota. Koska myöskään laista ei ilmene, että tuomitun laiminlyönneille tulisi antaa merkitystä purkusäännösten soveltamisessa, enemmistö hyväksyi purkukäytännön ja oikaisi A:n päiväsakon rahamäärän uuden selvityksen mukaiseksi.

Ratkaisu laajensi ylimääräisen muutoksenhaun soveltamisalaa, mistä johtuen samanlaisiin perusteisiin nojautuvien purkukäytännösten määrän voidaan ennakoida lisääntyvän.²⁵⁹

4.4.3 Uuden seikan tai todisteen vaikutus jutun lopputulokseen

Jotta uusi seikka tai todiste johtaisi lainvoimaisen tuomion purkamiseen, lainkohdassa edellytetään, että uusilla syillä olisi todennäköisesti ollut vaikutusta jutun lopputulokseen, jos niihin olisi aikaisemmin asiassa vedottu. Millaista vaikutusta uusilta seikoilta ja todisteilta sitten vaaditaan jutun

31:8:n 3 kohta otettaneen rikosasioissa KKO:ssa kuitenkin huomioon preklusiota lieventävänä seikkana, ks. tältä osin KKO 2018:41.

²⁵⁹ Tähän on jo varauduttu, sillä purkutoimivaltaa ehdotetaan tältä osin siirrettäväksi alemmille oikeusasteille, ks. HE 200/2017 vp s. 42. OK 31 luvun 14a §:ään (666/2005) esitetyn lisäyksen mukaan päiväsakon rahamäärän alentamista koskeva purkukäytännön käsiteltäisiin siinä samassa tuomioistuimessa, jonka tuomiota purkukäytännön koskee.

lopputulokseen nähden? Ainakin lainkohdassa käytettyä todennäköisestisanaa tulee tulkita siten, että se edellyttää suurempaa todennäköisyyden määrää kuin OK 31:8:n 1 ja 2 kohdassa käytetty ilmaus ”voidaan otaksua vaikuttaneen”.²⁶⁰

Lainkohdassa säädetään, että tuomio voidaan uuden oikeudenkäyntimateriaalin nojalla syytetyn eduksi purkaa, jos sen esittäminen olisi todennäköisesti johtanut syytetyn vapauttamiseen tai siihen, että rikokseen olisi tullut soveltaa lievempiä rangaistussäännöksiä taikka muuten on erittäin painavia syitä saattaa uudelleen tutkittavaksi kysymys siitä, onko syytetty syyllistynyt siihen rikolliseen menettelyyn, josta hänet on tuomittu. Purkihakemuksen menestyminen ei siten edellytä täyttä varmuutta tuomion muuttumisesta, mutta pelkkä väite jonkin tosiseikan olemassaolosta ei yksistään riitä perusteeksi tuomion purkamiselle. Hakijan tulee kuitenkin esittää jonkinlaista näyttöä väitteensä tueksi.²⁶¹

Purkaminen on mahdollista, jos ensiprosessissa esitetty uusi seikka tai todiste olisi todennäköisesti johtanut syytteen hylkäämiseen. Kun harkitaan uuden seikan tai todisteen näyttöarvon riittävyttä, tulee sitä arvioida suhteessa jutussa aikaisemmin esitettyyn näyttöön.²⁶² KKO purkuinstanssina joutuu näin ollen purkuasian käsittelyssä tekemään eräänlaisen alustavan näyttöharkinta-arvion uuden oikeudenkäyntiaineiston osalta.²⁶³ Arvioinnin kohteena on tällöin se, miten asia olisi ratkaistu, jos uusi oikeudenkäyntimateriaali olisi ollut käytettävissä jo alkuperäisessä oikeudenkäynnissä. Mitä vakuuttavampaa näyttöä ensiprosessissa annetun tuomion tueksi on esitetty, sitä suuremmat vaatimukset asetetaan uudelle näytölle ja sen luotettavuudelle, jotta riittävä peruste tuomion purkamiselle olisi käsillä.²⁶⁴

Lainkohdan mukaan lainvoimainen rikostuomio voidaan purkaa myös silloin, kun syytetyn katsotaan uuden oikeudenkäyntiaineiston johdosta syyllistyneen lievempään rikokseen kuin mistä hänet on aikaisemmin tuomittu. Rangaistusta määrättäessä olisi siis tullut tukeutua eri lainkohtaan ja

²⁶⁰ *Tirkkonen* 1972 s. 569.

²⁶¹ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 144–145. Tämä koskee etenkin tuomionpurkua siviiliprosessissa, jossa vaaditaan, että hakija esittää selvitystä sekä purkuperusteiden olemassaolosta että myöskin siitä, että nämä perusteet ovat asiaan vaikuttavia. Rikosprosessin osalta näitä vaatimuksia ei kuitenkaan voida noudattaa yhtä ehdottomasti ainakaan silloin, kun purkua haetaan syytetyn eduksi. Ks. myös *Tirkkonen* 1937 s. 223–224 ja av. 138.

²⁶² *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 144; *Welamson – Munck* 2016 s. 205.

²⁶³ *Rautio* 2017b s. 1236; *Lindell ym.* 2005 s. 341.

²⁶⁴ *Welamson – Munck* 2016 s. 205.

noudattaa toista rangaistusasteikkoa.²⁶⁵ Lievemmästä rikoksesta on kyse esimerkiksi silloin, kun uusi aineisto osoittaa syytetyn syyllistyneen törkeän veropetoksen asemasta vain veropetokseen. Lainkohdan tulkinnassa voidaan huomioida myös yleiset vähentämisperusteet, kuten se, että uusi aineisto osoittaa syytetyn syyllistyneen täytetyn rikoksen sijasta ainoastaan rikoksen yritykseen.²⁶⁶ Säännös ei kuitenkaan sovellu niihin tilanteisiin, joissa rangaistus on mitattu virheellisesti tai rangaistuslaji on valittu väärin.²⁶⁷

Lainkohdassa säädetään vielä lisäksi, että tuomio voidaan syytetyn eduksi purkaa, jos on erittäin painavia syitä tutkia uudelleen, onko syytetty tehnyt sen rikollisen teon, josta hänet on tuomittu. Kyseessä on oikeastaan lisäsäännös, jota tulisi soveltaa vain poikkeustilanteissa.²⁶⁸ Mikäli erittäin painavia syitä on käsillä, säännöksessä ei edes edellytetä todennäköisyyttä siitä, että syyllisyyskysymys ratkeaisi toisella tavalla. Tuomio voidaan siis purkaa, vaikka uudet syyt eivät täyttäisikään lainkohdassa edellytettyä todennäköisyyttä siitä, että asia olisi tullut ratkaista toisin, kunhan nämä uudet seikat tai todisteet asettavat syytetyn syyllisyyden epäilyksenalaiseksi.²⁶⁹

Mitä vakavammasta rikoksesta on kyse, sitä helpommin uusien syiden ja todisteiden tulisi johtaa tuomion purkamiseen.²⁷⁰ Erittäin painavana syynä ei kuitenkaan ole pidettävä sitä, että ratkaisu on saanut tiedotusvälineissä osakseen runsaasti huomiota tai kritiikkiä. Myös ajan kuluminen vaikuttaa painavien syiden olemassaoloon, ja mitä pidempi aika tuomion antamisesta on kulunut, sitä epätodennäköisemmin painavia syitä on enää käsillä.²⁷¹ Painavina syinä voidaan pitää myös esimerkiksi jutun esitutkinnassa todettuja vakavia puutteita tai sitä, että joku toinen henkilö on myöhemmin tunnustanut tehneensä kyseisen rikoksen.²⁷²

²⁶⁵ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 146.

²⁶⁶ *Rautio* 2017b s. 1237.

²⁶⁷ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 146. Saman rangaistusasteikon puitteissa liian ankaraan rangaistukseen tuomitseminen voi kuitenkin joskus riittää perusteeksi hakea tuomion purkamista OK 31:8:n 4 kohdan eli ilmeisesti väärän lain soveltamisen nojalla.

²⁶⁸ Vastaavasta säännöksestä Ruotsin oikeudessa ks. *Bengtsson* 1990 s. 1–17 ja *Welamson – Munck* 2016 s. 206–208.

²⁶⁹ *Tirkkonen* 1972 s. 569. Ks. myös HE 14/1958 vp s. 9 ja SOU 1938:44 s. 575.

²⁷⁰ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 145; *Welamson – Munck* 2016 s. 207. Ks. myös KM 2002:8 s. 27.

²⁷¹ *Rautio* 2017b s. 1238; *Bengtsson* 1990 s. 16.

²⁷² *Jokela* 2009 s. 358.

4.5 Ilmeisesti väärä lain soveltaminen

OK 31:8:n viimeisen eli neljännen kohdan mukaan lainvoimainen rikos-tuomio voidaan syytetyn eduksi purkaa, jos se on perustunut ilmeisesti väärään lain soveltamiseen. Asian ratkaisemisessa tapahtunut ilmeinen oikeuserehdys on siten nimenomainen purkuperuste.²⁷³ Kynnys purkupe-rusteen soveltamiselle on varsin korkea, koska ilmeisesti-sanan synonyy-minä voidaan käyttää sanaa ilmiselvä.²⁷⁴ Lainkohta merkitsee aineellisoikeudellisten normien virheellistä soveltamista, joten se ei kata ilmeisiä virheitä, jotka on tehty prosessuaalisten normien soveltamisessa. Jos prosessuaalisia normeja on sovellettu väärin, virhe saadaan korjatuksi nojautumalla OK 31:1.1:ssä säädettyihin tuomiovirheitä koskeviin kanteluperusteisiin.²⁷⁵

Käsillä olevan purkuperusteen osalta voidaan myös kysyä, onko olemas-sa tarvetta säännökselle, jonka nojalla lain soveltamisessa sattuneisiin il-meisiin virheisiin voidaan puuttua vielä tuomion lainvoimaiseksi tulon jälkeen. Lainvastaisiin tuomioistuinratkaisuihin tulisi pääsääntöisesti rea-goida varsinaisten muutoksenhakukeinojen avulla. Tuomion ilmiselvä lainvastaisuus on asianosaisen havaittavissa heti tuomion antamishetkellä, minkä vuoksi muutoksenhakumääräajat tarjoavat riittävän harkinta-ajan arvioida sitä, onko ratkaisu niin virheellinen, että siihen on syytä hakea muutosta. Tiettyssä mielessä lain virheelliseen soveltamiseen reagoiminen tapahtuu tällöin liian myöhään.²⁷⁶ Tätä taustaa vasten puheena olevaa

²⁷³ Ks. myös *Cars* 1959 s. 182, jossa todetaan, että ilmeisen väärä lain soveltaminen voisi olla purkuperuste jo sillä perusteella, että asian ratkaiseen tuomarin voidaan tässä tilanteessa katsoa syyllistyneen rikolliseen menettelyyn. Tuomarihan on tehnyt virkavirheen, mikäli hän on antanut asiassa ratkaisun, joka on perustunut ilmeisen väärään lain soveltami-seen.

²⁷⁴ *Rautio* 2017b s. 1235.

²⁷⁵ Joissain tapauksissa aineellisten ja menettelyllisten normien erottaminen toisistaan voi olla hankalaa. Esimerkkinä tästä voidaan mainita mm. todistustaakan jakoa koskevat nor-mit. Voidaanko niitä pitää puhtaasti prosessuaalisina normeina vai ovatko ne sekamuotoisia säännöksiä? Muun muassa *Tirkkonen* on katsonut, että jos todistustaakan jakoa koskevia normeja on sovellettu väärin, voi tilanne olla sellainen, että tuomio perustuu ilmeisesti vää-rään lain soveltamiseen. Ks. *Tirkkonen* 1972 s. 570 av. 24. Aina edes säännöksen sijoittumi-nen oikeudenkäymiskaareen ei välttämättä tee siitä menettelyllistä normia. Tästä hyvänä esimerkkinä voidaan mainita oikeudenkäyntikulujen korvaamisvelvollisuutta koskevat säännökset, joiden tulkintaa pidetään aineellisoikeudellisena kysymyksenä, ks. *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 161.

²⁷⁶ Toisaalta oikeuserehdyksen havaitseminen vaatii tietenkin oikeudellista asiantuntemus-ta. Jos esim. syytetty ei ole turvautunut oikeudenkäynnissä lainopilliseen avustajaan, ei hän välttämättä itse tule huomanneeksi riittävän ajoissa, että annettu tuomio on perustunut il-

purkuperustetta tulisi soveltaa vain poikkeustapauksissa ja etenkin silloin, kun maan ylin oikeusaste on soveltanut aineellisoikeudellisia normeja ilmeisen virheellisesti.²⁷⁷

Edellä lausutusta huolimatta käsillä oleva säännös kuitenkin puoltaa paikkaansa purkuperusteiden joukossa. Tuomioistuimen tulee tuntea sovellettava laki, minkä vuoksi vastuu virheellisestä tuomitsemisesta kuuluu yksinomaan tuomioistuimelle. Myös julkinen etu vaatii, että lainkäytössä tapahtuneet ilmiselvät virheellisyydet voidaan korjata, vaikka ensisijaisia muutoksenhakukeinoja ei ole lainkaan hyödynnetty.²⁷⁸

4.5.1 Lain käsite

OK 31:8:n 4 kohdan mukaan tuomio voidaan purkaa ilmeisesti väärän lain soveltamisen perusteella. Lainkohdassa käytettyä käsitettä *laki* ei pidä tulkita suppeasti, sillä käsitteellä on laveampi merkitys kuin valtiosääntöoikeudellisella lain käsitteellä. Kyse ei siten ole säännöksen sanamuodosta huolimatta ainoastaan lainsäännöksestä, vaan laajemmasta merkityksessä ratkaisun normatiivisesta perustasta.²⁷⁹ Lailla tarkoitetaan säännöksessä kirjoitettua lakia eli eduskuntalakeja ja kotimaisia alemman asteisia säädöksiä sekä lisäksi kansainvälisiä normeja, kuten EU-säädöksiä²⁸⁰ ja Euroopan ihmisoikeussopimusta tai KP-sopimusta.²⁸¹ Euroopan unionin toimielinten antamien säädösten osalta on myös huomioitava se, että unionin jäsenvaltiot ovat vahingonkorvausvastuun uhalla velvollisia noudattamaan EU-oikeutta. Tätä periaatetta sovelletaan myös silloin, kun jäsenval-

meisen väärään lain soveltamiseen, jolloin ainoa keino saada virheellinen tuomio oikaistuksi on turvautua tuomionpurkuun.

²⁷⁷ Ks. myös *Cars* 1959 s. 182.

²⁷⁸ Ks. myös HE 14/1958 vp s. 9 ja *Koponen* 2017 s. 425–426.

²⁷⁹ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 147; KM 2002:8 s. 26.

²⁸⁰ Eurooppaoikeudellisten säädösten vastaisuudesta ylimääräisen muutoksenhaun perusteena ks. *Pohjalainen* DL 2014 s. 260–268 sekä *Vähätalo* 2016 s. 222–227. Ks. myös ruotsalainen ratkaisu NJA 2016 s. 320. Asiassa oli kysymys siitä, voidaanko lainvoimainen rikostuomio purkaa sillä perusteella, että se on ristiriidassa Euroopan unionin tuomioistuimen ja Ruotsin korkeimman oikeuden muuttuneen oikeuskäytännön kanssa. Lisäksi asiassa oli kysymys myös siitä, voidaanko rikostuomio purkaa sillä perusteella, että korkein oikeus oli asian alkuperäisessä käsittelyssä hylännyt asianosaisen pyynnön siitä, että Euroopan unionin tuomioistuimelta hankittaisiin asiaa koskeva ennakkoratkaisu. Ruotsin korkein oikeus katsoi ratkaisussaan, ettei purkamiselle ollut edellytyksiä ja purkuhakemus hylättiin.

²⁸¹ *Fredman* 2013 s. 807.

tioiden ylimmät tuomioistuimet ovat rikkoneet eurooppaoikeudellisia normeja.²⁸²

Suomessa tavanomaisella oikeudella eli maan tavalla on yleisesti katsottu olevan itsenäinen merkitys oikeuslähteenä.²⁸³ Tapaoikeudella oli aikaisemmin myös vahva institutionaalinen tuki, sillä nyt jo kumotun OK 1:11:n mukaan maan tapa sitoi tuomaria oikeuslähteenä, jos säädettyä lakia ei ollut. Sanotun lainkohdan kumoamisen ei voida katsoa aiheuttaneen tapaoikeuden oikeuslähdeopilliseen asemaan mitään muutosta. Maan tapa on siis yhä edelleen sitova oikeuslähde tilanteissa, joissa kirjoitetut normit puuttuvat. Myös käsillä olevan purkusäännöksen yhteydessä lailla on vakiintuneesti tarkoitettu tavanomaista oikeutta.²⁸⁴

Sen sijaan on kyseenalaista, voidaanko lain esitöiden vastaista tuomitsemista pitää ilmeisen vääjänä lain soveltamisena. Lain esitöillä on erityisen suuri merkitys lain säätämisen ajankohtana, jolloin esitöitä käytetään tulkinta-apuna uuden lain soveltamisessa. Muutoinkin yhteiskunnan oikeudellistuminen ja vallitseva lakitekniikka ovat johtaneet siihen, että varsinaiset säädöstekstit ovat usein ilmiasultaan varsin avoimia ja yleisluontoisia, kun taas säännösten tulkinnan kannalta oleellinen informaatio käy ilmi lain esitöistä. Toisaalta ajan kulumisen myötä esitöiden merkitys lain soveltamisen tulkinta-aineistona vähitellen hiipuu. Suomalaisessa oikeustieteessä lain esitöitä ei perinteisesti ole katsottu lain veroiseksi oikeuslähdeksi eikä niitä myöskään ole pidetty tuomioistuinta ehdottomasti sitovina.²⁸⁵ Meillä lain esitöiden vastaisuutta ei olekaan pidetty perusteena hakea tuomion purkamista, joskin asiaa voidaan pitää epäselvänä.²⁸⁶ Varsinaisilla muutoksenhakukeinoilla on kuitenkin mahdollista hakea muutosta myös sellaiseen tuomion, joka on ristiriidassa lain esitöiden kanssa.

Tuomioistuinten toimintaa ohjaavat lisäksi KKO:n ennakkopäätökset. Ylimmän oikeusasteen ratkaisukäytäntö ei Suomessa kuitenkaan sido

²⁸² Ks. Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu C-224/01 Köbler 30.9.2003.

²⁸³ Maan tavasta oikeuslähteenä ks. *Huovila* 2005 s. 35–36 ja *Virolainen – Martikainen* 2010 s. 376–378.

²⁸⁴ *Tirkkonen* 1972 s. 570 ja *sama* 1977 s. 430.

²⁸⁵ *Lager* 1972 s. 173. Ks. myös *Virolainen – Martikainen* 2010 s. 368 ja 386–396.

²⁸⁶ Ks. *Rautio* 2017b s. 1235, jossa todetaan, ettei lain esitöiden vastaisuus ole purkuperuste. Vrt. *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 147, jossa lausutaan, että lain esitöiden vastainen ratkaisu voi olla ilmeisen vääjänä lain soveltamista. Ks. myös *Cars* 1959 s. 196–200, jonka mukaan esitöiden vastainen tuomitseminen voi olla ilmeisen vääjänä lain soveltamista. *Carsin* mukaan asianosainen, joka on luottanut lain esitöistä ilmenevään kantaan ja toiminut sen mukaisesti, kärsii haittaa, mikäli lain perusteluihin sisältyvä lausuma ei pidäkään paikkansa.

alempia tuomioistuimia, ei edes laintulkinnan osalta.²⁸⁷ KKO:n ennakkopäätökset ovat ainoastaan heikosti velvoittavan oikeuslähteen asemassa ja niistä voidaan asianmukaisten perusteiden nojalla poiketa. Mikäli asianosainen kokee, että häntä koskeva ratkaisu on ylimmän oikeusasteen oikeuskäytännön vastainen, tulee hänen ensisijaisesti hakea ratkaisuun muutosta varsinaisilla muutoksenhakukeinoilla. OK 31:8:n 4 kohdassa säänneltyä purkuperustetta ei ole käsillä, jos tuomio perustuu lain soveltamiseen, jota voidaan pitää KKO:n tulkintakäytännön vastaisena.²⁸⁸ Kuitenkin erityisen vakiintunut ja johdonmukainen oikeuskäytäntö saattaa olla rinnastettavissa lakiin.²⁸⁹ Voidaanhan tällaisessa tilanteessa katsoa, että ylimmän oikeusasteen vakiintunut oikeuskäytäntö lähenee tavanomaista oikeutta, joka taas kuuluu puheena olevan purkuperusteen soveltamisalaan.

Rikostuomio on purettu OK 31:8:n 4 kohdan eli ilmeisesti väärän lain soveltamisen johdosta esim. tapauksessa KKO 2015:22, jossa oli kyse myös rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen tulkinnasta. Tapauksessa A oli lainvoimaisesti tuomittu liikenneturvallisuuden vaarantamisesta rangaistukseen, kun hän oli kuljettaessaan metrojunaa huolimattomuudesta rikkonut Helsingin kaupungin liikennelaitoksen metrojunankuljettajan toimintaohjetta aiheuttaen vaaraa toisen turvallisuudelle. Tuomio purettiin, sillä sen katsottiin perustuneen ilmeisen väärään lain soveltamiseen, koska A oli tuomittu rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei sen tekohetkellä ollut laissa tai lain nojalla annettussa säädöksessä nimienomaisesti säädetty rangaistavaksi.

Lopuksi voidaan tarkastella vielä sitä, onko OK 31:8:n 4 kohdan nojalla mahdollista purkaa ulkomaiseen lainsäädäntöön perustuva tuomio silloin, kun oikeudenkäynnissä on tullut sovellettavaksi vieraan valtion laki ja tässä yhteydessä ulkomaan lakia on sovellettu ilmeisen virheellisesti. Asiaa on pohtinut myös *Cars*, joka on katsonut, että ruotsalaisten tuomionpurkusaännösten nojalla myös ulkomaisen lain ilmeisen virheellinen soveltaminen on peruste tuomion purkamiselle.²⁹⁰ *Tirkkonen* on sillä kannalla, että ulkomaan kirjoitetun lain väärä soveltaminen kuulunee myös suomalaisten tuomionpurkusaännösten soveltamisalaan.²⁹¹ Ulkomainen laki tulee kuitenkin suomalaisessa tuomioistuimessa sovellettavaksi lähinnä vain kan-

²⁸⁷ *Virolainen – Martikainen* 2010 s. 399. Ks. myös *Tirkkonen* 1969 s. 48.

²⁸⁸ Näin myös *Welamson – Munck* 2016 s. 211.

²⁸⁹ *Fredman* 2013 s. 807.

²⁹⁰ *Cars* 1959 s. 195.

²⁹¹ *Tirkkonen* 1972 s. 570 av. 25 ja *sama* 1977 s. 430 av. 25.

sainvälisen yksityisoikeuden alaan kuuluvissa kysymyksissä, joten ulkomaisen lain ilmeisen virheellinen soveltaminen lienee purkuperuste ainoastaan siviiliprosessissa OK 31:7.1:n 4 kohdan nojalla. Sitä vastoin rikosprosessissa aineellisoikeudellisiin kysymyksiin sovelletaan aina kansallista rikoslakiamme. Täten kysymys OK 31:8:n 4 kohdan soveltuvuudesta ulkomaiseen lainsäädäntöön ei voi juuri koskaan aktualisoitua. Ulkomaisen lain ilmeisen virheellisellä soveltamisella ei siis rikostuomion purkamisessa ole käytännön merkitystä.

4.5.2 Lain soveltamisen ilmeinen virheellisyys

Käsillä olevan purkuperusteen soveltaminen edellyttää lain soveltamiselta ilmeistä eli toisin sanoen kiistatonta ja yksiselitteistä virheellisyyttä. Säännöksessä puhutaan siis lain soveltamisesta eikä lain tulkinnasta. Lain soveltamisella on käsitteenä laajempi merkitys kuin lain tulkinnalla.²⁹² Tässä yhteydessä näiden käsitteiden eroavaisuuksiin ei kuitenkaan paneuduta tämän lähemmin.

Kysymys siitä, milloin tuomioistuimen ratkaisu perustuu ilmeisesti väärään lain soveltamiseen, on jokseenkin ongelmallinen. Lainkohdan nojalla purkuperuste on käsillä vain silloin, kun tuomio on perustunut *ilmeisesti väärään* lain soveltamiseen. Tällöin kyseessä on huomattava ja räikeä virheellisyys. Jos lain soveltaminen on ollut *vain väärää*, muttei kuitenkaan *ilmeisen väärää*, ei lain sanamuodon mukaan perustetta tuomion purkamiselle ole olemassa. Rajanveto väärän ja ilmeisesti väärän lain soveltamisen välillä on vähintäänkin hankalaa ja osaltaan myös painotuskysymys. Lainkäytössä sattuneita virheitä ei ole mielekästä jakaa kahteen eri kategoriaan virheen vakavuuden eli sen perusteella, onko tuomio lainvastainen pelkästään lievästi vaiko ilmiselvästi. Tämän johdosta säännöksen tulkinnassa voitaneen lähteä siitä, että jos tuomio on *yleensä lainvastainen*, se on sitä samalla myös *ilmeisesti*.²⁹³

Lakitekstissä käytetyllä sanonnalla ”ilmeisesti väärä lain soveltaminen” viitataan paremminkin siihen, että tuomionpurku soveltuu vain tilanteisiin, joissa lain soveltamiseen ei voi liittyä mitään tulkinnanvaraisuutta. Purkukakemus ei voi menestyä, jos purkukakemuksen kohdetuomio perustuu ns. joustavaan eli tulkinnanvaraiseen normiin, joka jättää tilaa tuomioistuimen

²⁹² Welamson – Munck 2016 s. 210–2011. Ks. myös Cars 1959 s. 183–186, jossa eritellään lain soveltamisen ja tulkinnan käsitteellisiä eroja tarkemmin.

²⁹³ Ks. Lager 1972 s. 175 sekä Cars 1959 s. 202.

omalle harkinnalle.²⁹⁴ Mikäli sovellettavan lainkohdan sanamuoto siis sallii laajan tulkinnan tai säännöksen tulkinta ei ole vakiintunut, vaatimus soveltamisvirheen ilmeisyydestä rajaa purkuperusteen käyttöalaa. Tällä tulkinnalla on pyritty sulkemaan pois ne tilanteet, joissa lain väärä soveltaminen ei ole aivan selvää ja kyseeseen voisi tulla useampi vaihtoehto. Tulkinnanvaraisen lain soveltamisen osalta varsinaisten muutoksenhakukeinojen käyttämistä on pidetty asianosaisten oikeussuojan kannalta riittävänä.²⁹⁵

Ratkaisussa KKO 2017:6 arvioitiin muun ohella lain soveltamisen virheellisyydelle asetettua ilmeisyysvaatimusta. Tapauksessa hovioikeus oli vuonna 2012 antamallaan tuomiolla lukenut A:n syyksi salakuljetuksia ja lääkerikoksia. Rikosten kohteena muiden muassa ollut gammabutyrolaktoni oli rikosten tekoaikana luokiteltu lääkkeeksi. Euroopan unionin tuomioistuin oli sittemmin vuonna 2014 antanut lääkedirektiivin soveltamista koskevan ennakkoratkaisun, jonka valossa KKO oli ratkaisussaan KKO 2016:35 katsonut, että gammabutyrolaktonia ei voidu pitää lääkkeenä (perustelujen kohdat 39–40).

A vaati hovioikeuden tuomion purkamista sillä perusteella, että hänen tekojensa kohteina olleita aineita ei voidu luokitella lääkkeiksi. KKO totesi, että vaikka gammabutyrolaktonia ei ratkaisun KKO 2016:35 mukaan voidu pitää lääkkeenä, kysymys aineen lääkeluonteesta oli hovioikeuden tuomion antamisen aikaan ollut oikeudellisesti tulkinnanvarainen. Hovioikeuden tuomio ei täten ollut perustunut ilmeisesti väärään lain soveltamiseen.

Vaatimus lain ilmeisen virheellisestä soveltamisesta täyttyy ennen kaikkea niissä tilanteissa, joissa tuomioistuin on tehnyt selvän ja kiistattoman juridisen erehdyksen.²⁹⁶ Kyseeseen tulevat tilanteet, jolloin tuomioistuin on antanut selvästi lainvastaisen ratkaisun eli kun tuomio on perustunut väärään lainkohtaan tai ratkaisussa on muutoin erehdytty lain sisällöstä. Tuomio on saatettu esimerkiksi perustaa kumottuun säännökseen tai säännökseen, joka ei ole vielä voimassa. Rikoslainkäytössä väärää lakia voidaan erehdyksessä soveltaa esimerkiksi silloin, kun tuomion antamisen aikaan

²⁹⁴ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 148.

²⁹⁵ *Lager* 1972 s. 175–176.

²⁹⁶ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 148. Ks. myös SOU 1938:44 s. 574. Tuomioistuimella on muutenkin vain hyvin rajalliset mahdollisuudet oikaista tuomiotaan itse eli kyseeseen tulevat lähinnä ilmeiset lasku- ja kirjoitusvirheet tai muut niihin rinnastettavat virheet siten kuin OK 24:10:ssä ja ROL 11:9:ssä säädetään. Tuomion korjaamisesta tarkemmin ks. *Jokela* 2015 s. 543–544 ja *Lappalainen – Hupli* 2017b s. 762–763.

on voimassa eri säännös kuin rikoksen tekohetkellä. Tässä tilanteessahan tulee lievemmän lain periaatteen mukaisesti soveltaa uutta lakia, mikäli sen soveltaminen johtaa syytetyn kannalta lievempään lopputulokseen kuin tekohetkellä voimassa olleen lain soveltaminen. Lainkohdan soveltamisalaan kuuluvat myös tilanteet, joissa harkinnanvaraisista asioista päätettäessä on sattunut ilmeinen erehdys, kuten esimerkiksi selvästi epäsuhtainen rangaistus tai korvausmäärä.²⁹⁷

Koska säännöksessä puhutaan pelkästään ilmeisesti virheellisestä lain soveltamisesta, puheena oleva purkuperuste ei voi tulla kysymyksen silloin, kun tuomioistuin on arvioinut asiassa esitettyä näyttöä eli kun tuomioistuin on ratkaissut sen, onko jokin tosiseikka olemassa vaiko ei.²⁹⁸ Näyttökysymyksen osalta ei siis voida turvautua käsillä olevaan purkuperusteeseen. Toisaalta on myös katsottu, ettei periaatteessa olisi mitään painavaa syytä erottaa lain soveltamista ja näytön arviointia tässä suhteessa toisistaan ja että ilmeisen virheellinen näytön arviointikin voisi *de lege ferenda* olla purkuperuste.²⁹⁹

Näytön arvioinnin asettamista eri asemaan suhteessa lain soveltamiseen on perusteltu etenkin näytön arvioinnin ja lain soveltamisen periaatteellisilla eroilla. Näytön arviointi on sääntelemätöntä ajatustoimintaa, jossa harkinnan vapaus on suurempi kuin lain soveltamisessa. Tämän vuoksi näyttöharkinnan lopputuloksen oikeellisuutta tai virheellisyyttä on varsin vaikea arvioida. Näytön arviointi on myös väistämättä sidottu ajan kulumiseen, toisin kuin lain soveltamisen tarkastelu. Koska mikään määräaika ei rajoita tuomionpurkua syytetyn eduksi, voisi näyttöharkinnan oikeellisuus tulla arvioitavaksi tilanteessa, jossa sitä ei voida enää ajan kulumisen vuoksi aidosti suorittaa uudelleen.

Lain soveltamisen ilmeistä virheellisyyttä arvioidaan aina tuomion antohetkellä vallinneen tilanteen mukaan. Tämän johdosta arviossa ei oteta huomioon tuomion antamisen jälkeen tapahtuneita säädösmuutoksia. Myöskään purettavaksi vaaditun tuomion jälkeen annettuja KKO:n ennakk-

²⁹⁷ KM 2002:8 s. 26. Ks. myös *Lager* 1972 s. 172.

²⁹⁸ *Cars* 1959 s. 183; *Lager* 1972 s. 172; *Lindell ym.* 2005 s. 340. Tuomioistuimen suorittama todistusharkinta muodostaa ylimääräisten muutoksenhakuaineiden osalta eräänlaisen ”kielletyn” alueen. Näyttöharkinnan onnistuneisuutta lienee kuitenkin mahdollista arvioida ainakin välillisesti siten, kuinka hyvin tuomioistuin on perustellut näyttökysymyksestä antamansa ratkaisun. Ylimääräisiä muutoksenhakuaineita silmällä pitäen tällöin lienee mahdollista turvautua tuomiovirhekanteluun OK 31:1.1:n 4 kohdan nojalla ainakin silloin, kun perustelut on näyttöharkinnan osalta kokonaan laiminlyöty, ks. *Virolainen – Martikainen* 2010 s. 542–546.

²⁹⁹ *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 147–148; *Koponen* 2017 s. 674.

kopäätöksiä ja niistä ilmeneviä uusia tulkintakannanottoja ei huomioida mainitun lainkohdan soveltamisessa.³⁰⁰ Edellä lausuttu koskee lähtökohtaisesti myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) sekä Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön muutoksia ja uusia tulkintalinjauksia.³⁰¹ Tuomion antamisen ja lainvoimaisuuden jälkeen tapahtunut merkittäväkään oikeuskehitys ei siis ole peruste tuomion purkamiselle.

Ratkaisuissa KKO 2014:93, KKO 2014:94 ja KKO 2014:95 oli kysymys siitä, voiko ylimääräinen muutoksenhaku menestyä, kun ylimmän oikeusasteen perustuslakia ja ihmisoikeussäännöksiä koskeva tulkintalinja oli muuttunut aiemmin vallinneesta ratkaisukäytännöstä. Kansallisten tulkintamuutosten taustalla vaikutti myös EIT:n uusi oikeuskäytäntö. Kaikissa edellä mainituissa tapauksissa hakijat olivat vaatineet rikostuomioidensa poistamista tai purkamista vedoten joko KKO:n ne bis in idem -sääntöä koskevan oikeuskäytännön muuttumiseen tai EIT:n 20.5.2014 antamiin ratkaisuihin *Glantz v. Suomi* sekä *Nykänen v. Suomi*, joissa katsottiin, että Suomi oli loukannut EIS:n mukaista kaksoisrangaistavuuden kieltoa.³⁰² Kaikissa sanotuissa tapauksissa hakija oli tuomittu joko veropetoksesta tai törkeästä veropetoksesta, minkä lisäksi tästä samasta menettelystä oli erikseen määrätty myös veronkorotus. Yhteistä näille tapauksille oli myös se, että veronkorotusasia ja rikosasia olivat olleet vireillä osittain samanaikaisesti.

Kaikissa edellä mainituissa ratkaisuissa KKO katsoi, että asioissa ei ollut tapahtunut oikeudenkäyntivirhettä tai että tuomiot eivät olleet perustuneet ilmeisesti väärään lain soveltamiseen siltä osin, kuin veropetostuomiot olivat antamishetkellään olleet tuolloin vallinneen oikeuskäytännön mukaisia. Sillä hetkellä, jolloin veropetoksia koskevat tuomiot oli annettu, kaksoisrangaistavuuden kieltoa koskeva tulkinta ei ollut riittävästi selkiintynyt eikä tuomioiden antamisen ajankohtana siis

³⁰⁰ *Fredman* 2013 s. 807.

³⁰¹ *Koponen* 2017 s. 529.

³⁰² Mainituissa tapauksissa oli kysymys siitä, estääkö ne bis in idem -kielto peräkkäiset menettelyt vasta sitten, kun veronkorotuksen tultua lopulliseksi nostetaan samaa asiaa koskeva veropetossyyte, vai estääkö syytteen tutkimisen jo samaa asiaa koskevan veronkorotusasian samanaikainen vireilläolo. EIT lausui ratkaisuisaan, että asian samanaikainen vireilläolo erillisissä prosesseissa loukkasi ne bis in idem -kieltoa, kun toista prosessia ei ollut keskeytetty ensimmäisen prosessin tultua lopulliseksi. Ks. myös EIT:n samana päivänä 20.5.2014 antamat muut ratkaisut *Häkki v. Suomi* sekä *Pirttimäki v. Suomi*, joissa ne bis in idem -kiellon soveltamisen osalta ihmisoikeusloukkauksia ei todettu tapahtuneen. Ensin mainitussa tapauksessa EIT katsoi, että valittajalla oli tosiasiallinen mahdollisuus estää kaksinkertainen rangaistus hakemalla muutosta annetussa määräajassa, minkä hän oli lainminlyönyt. Jälkimmäisessä tapauksessa oli puolestaan EIT:n mukaan kyse eri tosiseikkoihin perustuvista prosesseista.

ollut käytettävissä sellaista tulkinta-aineistoa, jonka nojalla vallinneesta oikeustilasta olisi tullut poiketa. Lisäksi KKO totesi, että myöskään EIT:n vuonna 2014 antamat Suomea koskevat ratkaisut EIS 7. lisäpöytäkirjan 4 artiklan tulkinnasta eivät antaneet aihetta tuomioiden poistamiseen tai purkamiseen.

Huomionarvoista on, että kansallisessa prosessilaissamme ei ole erillistä säännöstä, jonka nojalla EIT:n toteama ihmisoikeusloukkaus olisi peruste tuomionpurulle.³⁰³ Monissa EIS:n jäsenvaltioissa EIT:n langettava päätös on säädetty nimenomaisesti perusteeksi puuttua lainvoimaiseen tuomioon joko niin, että aiempi tuomio kumotaan tai asia otetaan uuteen käsittelyyn. Näin on tehty esimerkiksi Itävallassa, Norjassa, Ranskassa ja Saksassa.³⁰⁴

Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittyneiden valtioiden tulee EIS 46 artiklan 1 kohdan mukaisesti noudattaa EIT:n tuomioita asioissa, joissa ne ovat osapuolina. Sanotusta määräyksestä ei kuitenkaan ole johdettavissa automaattista velvollisuutta kajota kansallisen tuomion oikeusvoimaan edes todetusta ihmisoikeusloukkauksesta huolimatta. Sopimusvaltiot ovat lähtökohtaisesti itse vapaita valitsemaan sopivat keinot ihmisoikeusloukkausten lopettamiseksi.³⁰⁵ Korjaustoimenpiteitä valittaessa tulee kiinnittää huomiota ihmisoikeusloukkauksen laatuun sekä EIT:n tuomion sisältöön. EIT on nykyisin useasti lausunut tuomioisaa myös toimenpiteistä, joita on pidettävä tarpeellisina ihmisoikeusloukkausten korjaamiseksi.³⁰⁶ Sopimusvaltioilla on myös velvollisuus estää uudet samanlaiset sopimusrikkomukset vastaisuudessa esimerkiksi ryhtymällä tarvittaviin säädösmuutoksiin. Lisäksi Euroopan neuvoston ministerikomitea valvoo EIT:n tuomioiden noudattamista ja täytäntöönpanoa.

EIT:n antama langettava tuomio on kuitenkin myös meillä katsottu perusteeksi lainvoimaisen tuomion purkamiselle.³⁰⁷ Kyse on tältä osin aivan

³⁰³ Vastaava säännös puuttuu myös Ruotsin lainsäädännöstä. Ks. myös *Jokela* 2015 s. 815, jossa esitetään, että kansainvälisen ihmisoikeuselimen antama ratkaisu tulisi säätää harkinnanvaraiseksi kantelu- ja purkuperusteeksi. Tällainen lainmuutos selkeyttäisi ylimääräisen muutoksenhaun järjestelmää, vaikka se ei merkittävästi muuttaisi nykytilannetta.

³⁰⁴ *Jokela* 2009 s. 360 av. 37. Lisäksi Euroopan neuvoston ministerikomitea on antanut suosituksen, joka koskee asioiden uudelleen käsittelyä EIT:n toteaman sopimusloukkauksen jälkeen, ks. Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights.

³⁰⁵ *Heikkilä* LM 2008 s. 64.

³⁰⁶ *Heikkilä* LM 2008 s. 69.

³⁰⁷ HE 9/2005 vp s. 24. Ks. myös *Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila* 2012 s. 265; *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 69–70 sekä *Heikkilä* LM 2008 s. 69–71.

uudentyyppisestä purkutilanteesta. Todettu ihmisoikeusloukkaus ei kuitenkaan johda automaattisesti ylimääräisen muutoksenhaun menestymiseen edes siinä samassa asiassa, jossa loukkaus on tapahtunut.³⁰⁸ Meillä ihmisoikeusrikkomusten hyvittämisjärjestelmään kuuluu tapauskohtainen arvio siitä, edellyttääkö ihmisoikeusloukkauksen lopettaminen ja loukkauksen kohteena olevan henkilön aseman palauttaminen loukkausta edeltäneelle tasolle kansallisen tuomion purkamista tai poistamista. Todettu ihmisoikeusloukkaus ei kuitenkaan yksin riitä, vaan myös ylimääräiselle muutoksenhauille OK 31 luvussa asetettujen muiden käyttöedellytysten tulee olla käsillä. Ylimääräinen muutoksenhaku ei ole menestynyt ihmisoikeusloukkauksesta huolimatta esimerkiksi silloin, kun kansallisen tuomion antamisesta on kulunut pitkä aika ja tuomion haitalliset vaikutukset ovat tosiasiallisesti jo päättyneet. Merkitystä on voitu antaa myös sille seikalle, että ihmisoikeusloukkauksen kohteena ollut henkilö on muutoin saanut loukkauksen aiheuttamista haitoista riittävän hyvityksen eli yleensä rahallisen korvauksen.³⁰⁹

Mikäli ihmisoikeusloukkauksen korjaamisen on katsottu edellyttävän kansallisen tuomion oikeusvoiman murtamista, purkusäännöksiä sovellettaessa on jouduttu pohtimaan, mielletäänkö EIT:n langettava tuomio OK 31:8:n 3 kohdan tarkoittamaksi *uudeksi seikaksi* vai onko sitä pidettävä saman pykälän 4 kohdan mukaisesti *ilmeisesti vääränä lain soveltamisena*. KKO on lukuisissa ratkaisuisaan (mm. KKO 1998:33, KKO 2008:24, KKO 2009:80 ja KKO 2014:95) johdonmukaisesti katsonut, että EIS:n väärä tulkinta on rinnastettavissa OK 31:8:n 4 kohdassa tarkoitettuun ilmeisesti väärään lain soveltamiseen. EIS:n vastainen tuomio on myös siinä mielessä johtunut lain virheellisestä soveltamisesta, että sopimus on Suomessa saatettu voimaan laintasoisena.

Suomessa KKO on joutunut purkamaan myös omia ennakkopäätöksiään EIT:n tuomioiden johdosta. Esimerkkinä voidaan mainita täysistuntoratkaisu KKO 2009:80, jolla KKO purki 17.4.2009 antamansa ratkaisun KKO 2009:27. Aiempi rikostuomio purettiin, koska ratkaisusta ilmenevä tulkinta itsekriminointisuojaan sisällöstä oli ristiriidassa EIS 6 artiklan ja sitä koskevan EIT:n oikeuskäytännön kanssa. Purkamisessa oli erityistä se, että purkuperusteena oli nimenomaan itsekriminointisuojaan koskevan tulkinnan täsmentyminen sellaisen EIT:n tuomion johdosta (*Marttinen v. Suomi* 21.4.2009), joka ei liittynyt lainkaan purkuhakemuksen kohteena olleeseen asiaan. Koska EIT:n tuomio an-

³⁰⁸ Jokela 2009 s. 361 ja sama 2018 s. 954.

³⁰⁹ Ks. esim. KKO 2008:24, perustelujen kohdat 5–6 sekä 13.

nettiin vain pari päivää ratkaisun KKO 2009:27 julistamisen jälkeen, tuomionpurulla oli vielä estettävissä EIS:n vastaisesta lain soveltamisesta johtuvat seuraukset.

EIT:n tuomioilla saattaa toisinaan olla vaikutuksia sellaistenkin kotimaisten tuomioiden pysyvyydelle, joita ei ole saatettu ihmisoikeusvalituksella EIT:n tutkittavaksi, mutta joissa on olennaisilta osin kyse samanlaisesta ihmisoikeusnormin tulkintaongelmasta kuin EIT:n ratkaisemassa asiassa. Kuten ratkaisusta KKO 2009:80 ilmenee, EIT:n tuomiolla saattaa poikkeustilanteissa olla taannehtiva vaikutus lainvoimaisiin tuomioihin nähden, vaikka pääsääntöisesti kansallisen tuomion jälkeen annetut uudet ratkaisut tai huomattava oikeuskehitys eivät kelpaa purkuperusteiksi. Kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden noudattaminen voi edellyttää, että kansallisia lainvoimaisia tuomioita tarkastellaan uudelleen myös näissä ns. rinnakkaistapauksissa, varsinkin jos ihmisoikeusloukkauksen torjuminen ja EIT:n tulkintalinjan muutokset antavat siihen aiheita.

Arviointi purettavaksi vaaditun tuomion perustumisesta ilmeisesti väärään lain soveltamiseen on tapauskohtaista myös tilanteissa, joissa EIS:n tulkinta on täsmentynyt EIT:n ratkaisulla vasta kansallisen tuomion antamisen jälkeen. Tällöin on kiinnitettävä huomiota siihen, mikä ihmisoikeusnormin sisältö oli purkukohdekohtaisen kohderatkaisun tekohetkellä sen tiedon valossa, mitä EIT:n uudemman oikeuskäytännön myötä nyt tiedetään.³¹⁰ Purkuperuste saattaa siis olla käsillä, jos kansallisen tuomion antamisen jälkeen ilmenee, että EIT:n sittemmin täsmentyneen tulkintakäytännön johdosta aiempi kotimainen ratkaisu on selvästi virheellinen. Kyse on siitä, että kansallisella lainkäyttäjällä oli aiemmin tulkinnanvaraiseksi mielletyn ihmisoikeusnormin soveltamisessa EIT:n uudempi ratkaisukäytäntö huomioon ottaen vain rajatusti harkintavaltaa. Purkamiseen olisi ryhdyttävä myös silloin, jos on selvää, että kotimainen lainkäyttäjä on sivuuttanut jo purettavaksi vaaditun tuomion antohetkellä saatavissa olleen tulkinta-aineiston eli EIT:n ratkaisuista ilmenevät uudet oikeusohjeet.

Ylimääräisen muutoksenhaun käyttöedellytysten arviointi rinnakkaistapauksissa ei ole aina helppoa. Yksinkertaisen tulkintaohjeen antaminen näiden tilanteiden varalle on hankalaa, sillä ihmisoikeusnormien ilmeisen väärää soveltamista koskevan harkinnan voidaan havaita nojautuvan hie-man epämääräisiin kriteereihin. Vaikeuksia tuottaa jo se, että ihmisoikeus-

³¹⁰ Ks. KKO 2009:80, perustelujen kohdat 8 ja 35–36. Vrt. KKO 2014:93, perustelujen kohdat 12–27 ja 48–54.

sopimusta koskevan vallitsevan oikeustilan selvittäminen on haastava tehtävä. EIT:n oikeuskäytäntö on evolutiivis-dynaamista eli ihmisoikeusnormien tulkintakäytäntö muuttuu ja kehittyy jatkuvasti, vaikka EIS:n sanamuoto pysyy samana. Ongelmallista on sekin, että EIT:n ratkaisukäytännön kehityksessä ei aina ole selkeitä kiinnekohtia, minkä ohella EIT ei yleensä lausu ratkaisuisaan mitään tulkintamuutosten ajallisesta soveltamisesta.

Pääsääntönä edellä kuvatuissa rinnakkaistapauksissa on yhä edelleen pidettävä sitä, että perus- ja ihmisoikeuksia koskevan tulkinnan kehittymisellä ja täsmentymisellä ei voi olla taannehtivaa vaikutusta kaikkiin lainvoimaisiin ratkaisuihin nähden. Tätä näkökantaa voidaan perustella muutoksenhakijoiden yhdenvertaisuudella sekä purkunormien ennakoitavuudella.

5 LOPPUSANAT

Mahdollisuus tuomion purkamiseen täydentää varsinaista muutoksenhakujärjestelmää, minkä vuoksi purkunormistoa voidaan pitää oikeussuojajärjestelmämme olennaisena osana. Vaikka tuomionpurkuinstituution olemassaolo ei ehkä ole välttämätöntä oikeussuojajärjestelmän toimivuuden kannalta, se edistää yleisen oikeudenmukaisuuden toteutumista. Sen avulla voidaan ottaa huomioon intressejä, jotka eivät kuulu minkään muun oikeudellisen instituution piiriin.

Etenkin rikosasian vastaajan oikeusturvan kannalta purkujärjestelmällä on suuri merkitys, sillä järjestelmä on olemassa kohtuuttomuuksien eliminoinemiseksi. Oikeusvaltiossa rikoslainkäytön päällimmäisenä tavoitteena ei voi olla pelkästään syyllisen löytäminen ja rankaiseminen hinnalla millä hyvänsä. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaate edellyttää, että rikosprosessissa kunnioitetaan perus- ja ihmisoikeuksia ja varmistetaan se, että syyttömiä ei missään tapauksessa tuomita. Kaikkein merkittävimpään asemaan rikoslainkäytössä nouseekin yksilön oikeusturvan takaaminen.³¹¹ Purkunormit turvaavat osaltaan tätä tavoitetta ja niiden avulla toteutetaan myös rikosasian vastaajan oikeusturvaintressejä. Tämä näkyy jo esimerkiksi siinä, että tuomionpurku syytetyn eduksi on mahdollista ilman määrääkoja ja ilmeisen väärän lain soveltamisen johdosta tuomio voidaan purkaa vain rikosasian vastaajan eduksi.

³¹¹ Ks. *Jonkka* LM 1998 s. 1263–1266 sekä *Jokela* 2018 s. 9–11.

Tuomion purkaminen on viimeinen keino saavuttaa oikea lopputulos myös silloin, kun ensiprosessia ei ole toteutettu ihmisoikeusvelvoitteiden mukaisesti. Perinteinen purkujärjestelmä on nykyisin saanut alkuperäiseen käyttötarkoitukseensa nähden uusia piirteitä, kun sen avulla on ryhdytty korjaamaan ja oikaisemaan lainkäytössä sattuneita perus- ja ihmisoikeusloukkauksia. Kansainvälisen ihmisoikeuselimen antaman langettavan tuomion vaikutus kotimaisen tuomion oikeusvoimalle on meillä kuitenkin vielä jokseenkin epäselvä kysymys. Näissä tilanteissa KKO:lla on myös huomattava ylimääräisen muutoksenhaun käyttöedellytyksiä koskeva harkintavalta.

Purkunormeilla varmistetaan ennen kaikkea se, että ilmeisen väärin tuomioistuinratkaisuihin voi vielä hakea muutosta, vaikka säännönmukaiset muutoksenhakukeinot eivät ole enää käytettävissä. Lainkäytön uskottavuuden ja kansalaisten tuomioistuimia kohtaan tunteman luottamuksen vuoksi on tärkeää, että on olemassa jokin viimesijainen oikeussuojakeino, jolla selvät virheet voidaan tuomioiden lainvoimaisuudesta huolimatta korjata. Vaikka tuomioiden pysyvyys on lainkäytön luotettavuuden kannalta selkeä pääperiaate, purkusäännökset tuovat muutoksenhakujärjestelmään tietynlaista joustavuutta. Tuomionpurku säilyttäneen siten tulevaisuudessaakin säännönmukaisesta muutoksenhausta eroavan käyttöalansa, vaikka oikeusvarmuuden periaate antaa aiheen suhtautua pidättyvästi lainvoimaisten ratkaisujen purkamiseen.

Purkusäännöksiä voidaan tarkastella myös rikosasian asianomistajan näkökulmasta. Lainvoimaisen rikostuomion purkaminen sotii kiistatta asianomistajan oikeusrauhaodotuksia vastaan. Vaikka suomalaisessa rikosoikeudenhoidossa asianomistajalla on ollut varsin vahva asema, tuomionpurussa asianomistajan oikeuksien tarkastelu on jäänyt yllättävän vähäiselle huomiolle. Syytetyn eduksi tapahtuvassa tuomionpurussa asianomistajan intressit eivät ole merkityksellisiä, mikä johtuu osittain puheena olevien säännösten luonteesta. Mikäli jokin purkuperuste on olemassa, virheellistä rikostuomiota ei voida jättää purkamatta vain siksi, että purku heikentää asianomistajan oikeusrauhaodotuksia ja luottamusta tuomioiden pysyvyyteen. Aineellisesti oikean lopputuloksen saavuttamista ja rikosasian vastajan oikeusturvan toteutumista painotetaan purkunormien soveltamisessa enemmän kuin asianomistajan oikeuksia ja odotuksia.

Tuomionpurkujärjestelmään liittyy myös joitakin ongelmia. Purkusäännökset ovat jo varsin iäkkäitä, minkä vuoksi ne eivät enää välttämättä vastaa nykyajan tarpeisiin. Kuten edellä on jo todettu, vanhoja säännöksiä joudutaan soveltamaan tulkintaympäristössä, jossa perus- ja ihmisoikeuksien sekä ylikansallisten oikeuslähteiden merkitys on voimakkaasti koros-

tunut. Lainsäätäjä ei ole purkusäännöksiä laatiessaan osannut varautua kaikkiin oikeuskehityksen myötä esille nouseviin kysymyksiin.³¹²

Pulmallisena voidaan pitää myös sitä, että purkuperusteiden sisältö ei täysin avaudu pelkästään lakitekstiä lukemalla. OK 31 luvun purkusäännökset ovat osittain tulkinnanvaraisia, minkä johdosta KKO:n tuomionpurkua koskevalla oikeuskäytännöllä on epäselvissä tilanteissa suuri merkitys. Purkujärjestelmän selkeyden kannalta on ongelmallista, että purkamiseen liittyviä ennakkopäätöksiä julkaistaan varsin harvoin. Epäjohdonmukaisuutta lisää vielä sekin, että KKO on joissakin tilanteissa hiljalleen irtaantunut purkusäännösten sanamuodosta.³¹³ Purkusäännöksiä sovellettaessa tulisi pitää kiinni johdonmukaisesta ja ennakoitavasta tulkintakäytännöstä, millä turvataan myös muutoksenhakijoiden yhdenvertaisuutta.

³¹² Ks. myös *Koponen 2017* s. 673–676, jossa esitetään joitakin purkusäännöksiin liittyviä kehitysehdotuksia, mm. että mahdollisuus tuomionpurkuun tulisi joissakin rajatuissa tilanteissa ulottaa myös tuomioistuimen tekemään näyttöharkintaratkaisuun ja että asian ratkaisulle tuomarille kuuluvasta purkulegitimaatiosta tulisi kokonaan luopua. Esitettyihin parannusehdotuksiin on helppo yhtyä, sillä ne osaltaan selkeyttäisivät ylimääräisen muutoksenhaun järjestelmää. Mainittujen ehdotusten ohella saattaisi olla aiheellista selventää myös tuomionpurun ja tuomiovirhekantelun välistä rajapintaa. Nämä kaksi eri ylimääräisen muutoksenhaun muotoa olisi myös tulevaisuudessa tarkoituksenmukaista pitää toisistaan erillään, vaikka oikeuskäytännössä niiden välinen raja on hiljalleen hämärtynyt. Tulkintaongelmia aiheuttanevat tältä osin myös purkamisen ja tuomiovirhekantelun eripituiset määräajat.

³¹³ Esimerkiksi tuomiovirhekantelun ja tuomionpurun välinen raja on oikeuskäytännössä koko ajan madaltunut, kuten edellisessä alaviitteessä on jo tuotu esiin. Etenkin kanteluperusteet ovat vuotaneet tuomionpurun puolelle. Tämä on usein johtunut siitä, että määräaika tuomiovirhekantelun tekemiselle sekä riita- että rikosasioissa on pääsääntöisesti vain kuusi kuukautta (OK 31:2.2). Vastaavasti OK 31 luvussa rikostuomion purkamiselle syytetyn eduksi ei ole asetettu mitään määräaika ja riita-asioissakin määräaika purkuhakemuksen tekemiselle on lähtökohtaisesti yksi vuosi, mutta enintään viisi vuotta (OK 31:10). Mikäli oikeudenkäyntivirhe on siis havaittu vasta tuomiovirhekantelulle varatun määräajan jälkeen, on oikeudenkäyntivirhettä toisinaan arvioitu ilmeisesti väärään lain soveltamiseen perustuvana tuomionpurkuna. Esimerkkinä tästä mainittakoon ratkaisu KKO 2014:95 (ks. perustelujen kohdat 4–5), jossa ne bis in idem -kieltoa koskeva kysymys tutkittiin tuomiovirhekantelun määräajan umpeutumisen johdosta OK 31:8:n 4 kohtaan perustuvana tuomionpurkuna.

LÄHTEET

Kirjallisuus

- Bengtsson, Bertil*, Resning i brottmål vid synnerliga skäl. Teoksessa Lindblom, Per Henrik (red.), Process och exekution. Vänbok till Robert Boman. Iustus Förlag AB 1990, s. 1–17.
- Cars, Thorsten*, Om resning i rättegångsmål. Håkan Ohlssons Boktryckeri 1959.
- Ekelöf, Per Olof – Bylund, Torleif – Edelstam, Henrik*, Rättegång. Tredje häftet. 7. upplagan. Norstedts Juridik 2006.
- Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik*, Rättsmedlen. 12. upplagan. Iustus Förlag AB 2008.
- Ellilä, Tauno*, Oikeudenkäynti ja täytäntöönpano. Prosessioikeutta oikeustapausten valossa. 3. uusittu painos. Werner Söderström Osakeyhtiö 1976.
- Ervasti, Kaijus*, Uusi tuomioistuinsovittelulaki. Talentum Media Oy 2013.
- Ervo, Laura*, Tie totuuteen. Teoksessa Hyttinen, Tatu (toim.), Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2012, s. 1–16.
- Fredman, Markku*, Rikosasianajan käsikirja. Talentum Media Oy 2013.
- Frände, Dan*, Finsk straffprocessrätt. Edita Publishing Oy 2009.
- Frände, Dan*, Yleinen rikosoikeus. 2. uudistettu painos. Edita Publishing Oy 2012.
- Frände, Dan*, Något om brott som grund för återbrytande. Teoksessa Riekkinen, Juhana (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon. Juhlajulkaisu Tuula Linna 1957 – 25/9 – 2017. Alma Talent Oy 2017, s. 30–44. (Frände 2017a)
- Frände, Dan*, Oikeusvoima rikosprosessissa. Teoksessa Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulumäki, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenperä, Mikko, Prosessioikeus. 5. uudistettu painos. Alma Talent Oy 2017, s. 792–795. (Frände 2017b)
- Halila, Jouko*, Kantelusta tuomiovirheen perusteella. Lakimies 1964, s. 1–47.
- Hallberg, Pekka – Ignatius, Pirkko – Kanninen, Heikki*, Hallintolainkäyttölaki. Lakimiesliiton Kustannus 1997.
- Havansi, Erkki*, Määräajat ja oikeudenkäynti. Tutkimus prosessiliitännäisistä määräajoista. Sanoma Pro Oy 2004.
- Heikkilä, Satu*, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomioiden täytäntöönpanon valvonta. Lakimies 1/2008, s. 63–83.
- Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu*, Ihmisoikeudet. Käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. 2. uudistettu painos. Alma Talent Oy 2017.
- Huovila, Mika*, Oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perustelussa. Teoksessa Huovila, Mika – Lahti, Raimo – Ojala, Timo (toim.), Rikostuomion perusteleminen. Helsingin hovioikeus 2005, s. 13–99.
- Jokela, Antti*, Ylimääräisen muutoksenhaun asemasta oikeusuojajärjestelmässämme. Teoksessa Raulos, Kari – Välimäki, Pertti – Esko, Timo (toim.), Da mihi factum, dabo tibi ius. Korkein oikeus 1909–2009. WSOYpro 2009, s. 343–367.
- Jokela, Antti*, Hovioikeusmenettely. 2. uudistettu painos. Talentum Media Oy 2010.

- Jokela, Antti*, Oikeudenkäynnin asianosaiset ja valmistelu. Oikeudenkäynti II. 3. uudistettu painos. Talentum Media Oy 2012.
- Jokela, Antti*, Pääkäsitely, todistelu ja tuomio. Oikeudenkäynti III. 2. uudistettu painos. Talentum Media Oy 2015.
- Jokela, Antti*, Rikosprosessioikeus. 5. uudistettu painos. Alma Talent Oy 2018.
- Jonkka, Jaakko*, Eräitä näkökohtia perusoikeuksien toteutumisesta erityisesti rikosprosessissa. Lakimies 8/1998, s. 1255–1270.
- Jyränki, Antero – Husa, Jaakko*, Valtiosääntöoikeus. CC Lakimiesliiton Kustannus 2012.
- Koponen, Pekka*, Syytteen muuttamisesta ja syytesidonnaisuudesta. Lakimies 2/1997, s. 255–290.
- Koponen, Pekka*, Uudempaa tulkintakäytäntöä syytesidonnaisuudesta ja rikostuomion oikeusvoimasta I. Lakimies 2/2003, s. 183–200. (Koponen LM 2003a)
- Koponen, Pekka*, Uudempaa tulkintakäytäntöä syytesidonnaisuudesta ja rikostuomion oikeusvoimasta II. Lakimies 3/2003, s. 375–397. (Koponen LM 2003b)
- Koponen, Pekka*, Ne bis in idem -periaatteen tarkoituksesta ja oikeuslähteistä. Teoksessa Korhonen, Petteri – Saranpää, Timo (toim.), Isännän ääni. Juhlakirja Erkki Kustaa Rintala 1935 – 31/5 – 2015. Talentum Media Oy 2015, s. 419–441.
- Koponen, Pekka*, Ylimääräinen muutoksenhaku. Alma Talent Oy 2017.
- Kotkas, Toomas*, Armahdus esimodernin ja modernin oikeuden murroksessa. Lisensiaatin tutkimus. Helsingin yliopisto 1999.
- Kotkas, Toomas*, Suosiosta ja armosta. Tutkimus armahdusoikeuden historiasta autonomian ajan Suomessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003.
- Lager, Irma*, Tuomionpurun edellytyksistä siviili- ja hallintoprosessissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1972.
- Lager, Irma*, Osittaisesta lainvoimasta. Oikeustiede–Jurisprudentia. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja VI:1975, s. 37–120.
- Lappalainen, Juha*, Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1986.
- Lappalainen, Juha*, Siviiliprosessioikeus I. Lakimiesliiton Kustannus 1995.
- Lappalainen, Juha*, Siviiliprosessioikeus II. Lakimiesliiton Kustannus 2001.
- Lappalainen, Juha – Hupli, Tuomas*, Asianosaisten edustajat ja avustajat. Teoksessa Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenpää, Mikko, Prosessioikeus. 5. uudistettu painos. Alma Talent Oy 2017, s. 451–496 (Lappalainen – Hupli 2017a)
- Lappalainen, Juha – Hupli, Tuomas*, Tuomio-opit. Teoksessa Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenpää, Mikko, Prosessioikeus. 5. uudistettu painos. Alma Talent Oy 2017, s. 737–808. (Lappalainen – Hupli 2017b)
- Leppänen, Tatu – Välimaa, Asko*, Muutoksenhaun pääpiirteet. 4. uudistettu painos. Helsingin yliopisto 1998.

- Lindell, Bengt*, Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling. 4. upplagan. Iustus Förlag AB 2017.
- Lindell, Bengt (red.) – Eklund, Hans – Asp, Petter – Andersson, Torbjörn*, Straffprocessen. Iustus Förlag AB 2005. (Lindell ym. 2005)
- Lindfors, Heidi*, Eurooppalaiset ulosottoperusteet. Eurooppalaisen prosessioikeuden uudet instrumentit. CC Lakimiesliiton Kustannus 2012.
- Linna, Tuula*, Hakemuslainkäyttö. Talentum Media Oy 2009.
- Linna, Tuula*, Prosessioikeuden oppikirja. Talentum Media Oy 2012.
- Linna, Tuula*, Syytteen muuttaminen ja tarkistaminen, syyteneuvottelu ja oikeusvoima. Defensor Legis N:o 3/2015, s. 417–435.
- Mäenpää, Olli*, Hallintoprosessioikeus. 2. uudistettu painos. WSOYpro 2007.
- Määttä, Pekka*, Rikosasian joutuisa käsittely. Perusoikeus ja tuomarin velvollisuus. Lakimiesliiton Kustannus 2013.
- Paso, Mirjami – Saukko, Petri – Tarukannel, Veijo – Tolvanen, Matti*, Hallintolainkäyttö. Talentum Media Oy 2015.
- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti*, Euroopan ihmisoikeussopimus. 5. uudistettu painos. Talentum Media Oy 2012.
- Pohjalainen, Anna*, EU-oikeuden vastaisuus ylimääräisen muutoksenhaun perusteena – Ajankohtaista oikeuskäytäntöä Suomesta. Defensor Legis N:o 2/2014, s. 260–268.
- Rautio, Jaakko*, Valitus korkeimpaan oikeuteen. Teoksessa Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenperä, Mikko, Prosessioikeus. 5. uudistettu painos. Alma Talent Oy 2017, s. 1181–1204. (Rautio 2017a)
- Rautio, Jaakko*, Ylimääräinen muutoksenhaku. Teoksessa Frände, Dan – Helenius, Dan – Hietanen-Kunwald, Petra – Hupli, Tuomas – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Saranpää, Timo – Turunen, Santtu – Virolainen, Jyrki – Vuorenperä, Mikko, Prosessioikeus. 5. uudistettu painos. Alma Talent Oy 2017, s. 1205–1255. (Rautio 2017b)
- Salonen, Jukka-Pekka*, Ylimääräistä muutoksenhakua koskevista uusista säännöksistä. Defensor Legis N:o 5/2005, s. 990–1004.
- Saraviita, Ilkka*, Perustuslaki. 2. uudistettu painos. Talentum Media Oy 2011.
- Sutela, Mika*, Ylimääräinen muutoksenhaku rikosasioissa – Väärän rikostuomion korjausmekanismi. Defensor Legis N:o 3/2014, s. 313–324.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti*, Rikosoikeus. Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano. 3. uudistettu painos. Talentum Media Oy 2016.
- Tirkkonen, Tauno*, Oikeusvoimasta. Sen luonne ja subjektiivinen ulottuvaisuus Suomen siviiliprosessioikeudessa. Helsinki 1933.
- Tirkkonen, Tauno*, Tuomionpurku. Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesten Yhdistys 1937.
- Tirkkonen, Tauno*, Suomen rikosprosessioikeus I. 2. uusittu painos. Werner Söderström osakeyhtiö 1969.

- Tirkkonen, Tauno*, Suomen rikosprosessioikeus II. 2. uusittu painos. Werner Söderström osakeyhtiö 1972.
- Tirkkonen, Tauno*, Suomen siviiliprosessioikeus II. 2. uusittu painos. Werner Söderström osakeyhtiö 1977.
- Viljanen, Pekka*, Asianosaisen totuusvelvollisuudesta rikosasioissa. Defensor Legis N:o 6/2001, s. 1004–1025.
- Virolainen, Jyrki*, Reformatio in pejus -kiellosta. Tutkimus tuomioistuimen tutkimisvallan laajuudesta yksipuolisessa muutoksenhaussa erityisesti rikosprosessia silmällä pitäen. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1977.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri*, Tuomion perusteleminen. Talentum Media Oy 2010.
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*, Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. WSOY Lakitieto 2003.
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*, Rikosprosessin osalliset. Rikosprosessioikeus II. WSOY 2004.
- Vuorenpää, Mikko*, Aiemman rikostuomion vaikutus myöhemmässä siviiliprosessissa. Kantajan asialegitimaatio. Oikeustieto 3/2003, s. 14–16.
- Vuorenpää, Mikko*, Syyttäjän tehtävät. Erityisesti silmällä pitäen rikoslain yleisestävää vaikutusta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007.
- Vuorenpää, Mikko*, Perätön lausuma asiantuntijatodistelussa. Teoksessa Hyttinen, Tatu (toim.), Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2012, s. 301–310.
- Vuorenpää, Mikko*, Asianomistajan oikeudet rikosprosessissa. 2. uudistettu painos. Talentum Media Oy 2014.
- Vähätalo, Tuukka*, EU-oikeus ja kansallisen tuomion oikeusvoima. Oikeustiede–Jurisprudentia. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja XLIX:2016, s. 189–285.
- Vähätalo, Tuukka*, EU-oikeus, virallistutkinta ja ylimääräinen muutoksenhaku siviiliprosessissa. Teoksessa Riekkinen, Juhana (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon. Juhlajulkaisu Tuula Linna 1957 – 25/9 – 2017. Alma Talent Oy 2017, s. 492–519.
- Välimäki, Pertti*, Preklusio korkeimmassa oikeudessa. Oikeustiede–Jurisprudentia. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja XLIX:2016, s. 293–353.
- Welamson, Lars – Munck, Johan*, Processen i hovrätt och högsta domstolen. Rättegång VI. 5. upplagan. Wolters Kluwer Sverige AB 2016.
- Ylönen, Markku*, Asianajaoikeus. Laki, säännöt ja tapaohjeet. Talentum Media Oy 2014.

Virallislähteet ja raportit

- Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg 1985. Saatavissa: <https://rm.coe.int/16800c96fd>. Viitattu 28.5.2018.
- Felaktigt Dömda: Rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt. Stockholm 2006.
- Guidelines on the Role of Prosecutors. Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990. Saatavissa: www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/prosecutors.pdf. Viitattu 28.5.2018.

- HE 14/1958 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle ylimääräistä muutoksenhakua koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 66/1988 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsitteväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.
- HE 82/1995 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 33/1997 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren muutoksenhakua hovioikeuteen ja asian käsittelyä hovioikeudessa koskevien säännösten sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 1/1998 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi Suomen hallitusmuodoksi.
- HE 9/2005 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden muutoksenhakua korkeimpaan oikeuteen koskevien säännösten muuttamiseksi.
- HE 157/2008 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi eurooppalaisesta vähäisiin vaatimuksiin sovellettavasta menettelystä, eurooppalaisesta maksamismääräysmenettelystä sekä tuomioistuinten ja eräiden oikeushallintoviranomaisten suoritteista perittävistä maksuista annetun lain muuttamisesta.
- HE 105/2009 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle muutoksenhakua käräjäoikeudesta koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 318/2010 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 46/2014 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 200/2017 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 29/2018 vp – Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Komiteanmietintö 2002:8 – Oikeusministeriön muutoksenhakutoimikunnan jatkomietintö. 20.11.2002.
- Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 4/2011 – Oikeudenkäynti hallintoasioissa. Prosessityöryhmän mietintö. 4.2.2011.
- Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. I. Lagtext. Statens offentliga utredningar 1938:43. (SOU 1938:43)
- Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. II. Motiv m. m. Statens offentliga utredningar 1938:44. (SOU 1938:44)
- Recommendation No. R(2000)2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights. Saatavissa: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147>. Viitattu 28.5.2018.
- Regeringens proposition 1987/88:23 Om *ändring* i rättegångsbalken (resning i brottmål vid jäv).

OIKEUSTAPAUKSET

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Asia 19235/03 *Marttinen v. Suomi*, tuomio

21.4.2009

Asia 37394/11 *Glantz v. Suomi*, tuomio

20.5.2014

Asia 758/11 *Häkki v. Suomi*, tuomio

20.5.2014

Asia 11828/11 *Nykänen v. Suomi*, tuomio

20.5.2014

Asia 35232/11 *Pirttimäki v. Suomi*, tuomio

20.5.2014

Euroopan unionin tuomioistuin

Asia C-224/01 *Köbler*, tuomio 30.9.2003

Korkein oikeus

KKO 1963 II 3

KKO 1998:33

KKO 2003:20

KKO 2003:30

KKO 2004:25

KKO 2008:24

KKO 2008:94

KKO 2009:27

KKO 2009:80

KKO 2010:41

KKO 2010:77

KKO 2010:82

KKO 2012:51

KKO 2012:106

KKO 2013:59

KKO 2013:95

KKO 2014:10

KKO 2014:46

KKO 2014:77

KKO 2014:93

KKO 2014:94

KKO 2014:95

KKO 2015:9

KKO 2015:22

KKO 2015:30

KKO 2015:68

KKO 2016:27

KKO 2016:35

KKO 2016:83

KKO 2017:6

KKO 2018:41

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2017:186

Ruotsin korkein oikeus

NJA 1998 s. 148

NJA 2005 s. 78

NJA 2016 s. 320

LYHENTEET

EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 19/1990)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
HE	hallituksen esitys eduskunnalle
HL	hallintolainkäyttölaki (26.7.1996/586)
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKO	korkein oikeus
KP-sopimus	kansalaisyhteisöjä ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 8/1976)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OK	oikeudenkäymiskaari (1.1.1734/4)
PL	Suomen perustuslaki (11.6.1999/731)
RB	rättegångsbalken, Ruotsin oikeudenkäymiskaari (18.7.1942)
RL	rikoslaki (19.12.1889/39)
ROL	laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa (11.7.1997/689)
SML	laki sakon ja rikesakon määräämisestä (27.8.2010/754)
YK	Yhdistyneet kansakunnat

REVERSAL OF A FINAL JUDGMENT IN A CRIMINAL CASE TO THE BENEFIT OF THE DEFENDANT

When a judgment can no longer be subject to appeal, it has acquired legal force. This means the decision has become legally binding. In criminal cases the principle of *res judicata* ensures that a judgment is definitive and unalterable. In principle, a final judgment should be allowed to exercise its effects whether it is materially correct or not. Nonetheless, in the Finnish legal system an unappealable judgment can be reversed on the grounds of a substantive error.

The Finnish Code of Judicial Procedure contains provisions stipulating the reversal of a final judgment. It is a special instrument for attacking unjust but unappealable court decisions. In a criminal case, the final judgment can be reversed to the benefit of a defendant as well as to the detriment of a defendant. However, these provisions have significant differences. For instance, a provision stipulating the reversal of a final judgment to the benefit of a defendant has a much broader scope of application compared to its counterpart.

Extraordinary remedies are only to be used under strict circumstances. For example, certain requirements concerning the appealability of a court decision, the complainant's right of appeal, and the forms of presenting the appeal must be fulfilled if a reversal of a final judgment is to take place. The purpose of this article is to examine these requirements for the reversal of a final judgment to the benefit of the defendant. In particular, the article concerns the prerequisites for the reversal of a final judgment that are laid down in chapter 31, section 8 of the Finnish Code of Judicial Procedure.

The above-mentioned section states that a final judgment may be reversed if a member or official of the court, the prosecutor, or a representative or a counsel of a party has been guilty of criminal conduct that may have affected the result of the case. Secondly, a final judgment may be reversed if a document that has been used as evidence was false or its contents did not accord with the truth or if a witness or expert has deliberately given a false testimony and the false document or testimony has influenced the outcome. Furthermore, a final judgment can be reversed if reference is made to a fact or piece of evidence that has not been presented previously, and its presentation would probably have led to the acquittal of the defendant or to the application of less severe penal provisions to the offence. Finally, reversal of a final judgment may be granted if application of the law forming the basis of the judgment is manifestly inconsistent with a statutory provision.

In conclusion, the possibility of reversal of a final judgment complements the Finnish appeal system. The provisions concerning the reversal of a final judgment therefore act as a regulator in a system which recognizes the unalterability of judgments that have acquired legal force. This extraordinary remedy has an essentially practical function in our system of legal protection.

Lauri Koskenniemi

**MIELETTÖMYYDEN MÄÄRITTELIJÄT
– OIKEUSHISTORIALLINEN KATSAUS
HULLUUTEEN JA ASIAN-
TUNTIJUUTEEN RANSKALAISESSA
JA ENGLANTILAISESSA RIKOSPRO-
SESSISSA 1700- JA 1800-LUVUILLA**

Sisällys

1	ALKUSANAT	181
1.1	Artikkelin rakenne ja näkökulma	183
2	RIKOSOIKEUDEN MUUTOS RANSKASSA JA ENGLANNISSA VALISTUKSEN AIKANA	185
2.1	Ranskalainen järjestelmä 1700-luvun lopulla	185
2.1.1	Rikoslait ja prosessi.....	186
2.1.2	Todistelu	190
2.1.3	Valistuksen perintö – järki, kidutus ja juristit.....	192
2.2	Vertailua: Englantilainen järjestelmä 1600-luvulta 1700-luvun lopulle	196
2.2.1	Rikosprosessin kehitys common law -järjestelmässä.....	196
2.2.2	Common law -rikosprosessin pääpiirteet 1700-luvulla	198
2.2.3	Rationaalisuus ja common law.....	200
2.2.3	Yhteenveto	201
3	HULLUJEN HALLINNOINTI	202
3.1	Foucault'n ”suuri säilöönotto”	203
3.1.1	Porterin haaste	204
3.2	Demoneista diagnoosiin	206
3.2.1	Lääketiede psykiatrian kulmakivenä	207
3.2.2	Philippe Pinel ja mielen sairaus	210
3.2.3	Moraalihoito	211
3.2.4	Ranskalainen mielisairaala	213
3.3	Katsaus englantilaisen psykiatrian ja mielisairaalaitoksen kehitykseen	214
3.4	Hulluus – vähentynyt ymmärrys vai turmeltunut tahto?	216
3.5	Yhteenveto	219

4	MIELISAIRAUDEN ASIAANTUNTIJAT RIKOSPROSESSISSA	219
4.1	Mitä asiantuntijuus on ja miten professionalisoi- tuminen tapahtuu?	220
4.1.1	Professionalisoitumiskehitys Abbottin mukaan	220
4.1.2	Työn merkitys.....	222
4.1.3	Toimivaltavaatimus.....	224
4.2	Asiantuntijat rikosprosessissa	226
4.2.1	Englanti	227
4.2.2	Ranska	228
4.3	Psykiatrinen asiantuntijatodistelu rikos- prosessissa	229
4.4	Mielisairaus puolustuksena – tapauksia	231
4.4.1	Hadfield	232
4.4.2	McNaughton.....	233
4.4.3	Pierre Rivière.....	236
5	LOPPUPÄÄTELMÄT.....	239
5.1	Prosessi ja professio – maallikot ja mestarit	239
5.2	Oikeuspsykiatrian asemasta nykypäivänä	242
	LÄHTEET	246
	THE DEFINERS OF INSANITY: A COMPARATIVE, LEGAL HISTORICAL INQUIRY INTO MADNESS AND EXPERTISE IN FRENCH AND BRITISH CRIMINAL PROCEDURE AT THE TURN OF THE 19TH CENTURY	253

Mielettömyyden määrittelijät – oikeushistoriallinen katsaus hulluuteen ja asiantuntijuuteen ranskalaisessa ja englantilaisessa rikosprosessissa 1700- ja 1800-luvuilla

1 ALKUSANAT

”This man has been the victim of a fierce and fearful delusion, which, after the intellect had become diseased, the moral sense broken down, and self-control destroyed, has led him on to the perpetration of the crime with which he now stands charged... I shall call before you members of the medical profession - men of intelligence, experience, skill and undoubted probity - who will tell you upon their oaths that it is their belief, their deliberate opinion, their deep conviction that this man is mad, that he is the creature of delusion and the victim of ungovernable impulses, which wholly take away from him the character of a reasonable and responsible being.” (Sir Alexander Cockburn, The State Trials Report: The Queen Against Daniel M’Naughton, 1843 s. 33)

Rikosoikeudellinen järjestelmä on yhtäältä yksi oikeustieteen kulmakivistä ja toisaalta sen erikoisimpia osia. Rikosprosessi on muodollisen juridiikan ominta aluetta, jossa teoreettiset rakennelmat, kuten todistussäännöt, oikeudenvastaisuus ja syyksiluettavuus, konkretisoituvat ratkaisuksi, jonka seuraukset yksilölle ovat potentiaalisesti valtavat. Samaan aikaan kyse on juridiikan periferiasta, sillä vain harvat ihmiset joutuvat tekemisiin varsinaisen rikosprosessin kanssa – niin annetut ratkaisut kuin tarkkaan säännelty menettelykin tulevat suurelle yleisölle tutuksi vain välillisesti. Tutkimukseni kohde liittyy yhtäältä rikosoikeuden syrjäisimpiin nurkkiin ja

toisaalta taas yhteiskunnallisesti merkittävään ideologiseen muutokseen 1700- ja 1800-luvuilla.¹

Yritän vastata kysymykseen siitä, miten ja miksi psykiatrit ja mielisairaus saivat merkittävän aseman juristien ja muodollisen lainopin hallitsemassa rikosprosessissa. Modernin psykiatrian juuret ulottuvat noin kahdensadan vuoden takaiseen Ranskaan ja Englantiin. Kansainvälisesti tarkasteltuna psykiatrisen tiedon hyödyntäminen rikosprosessissa on melko uutta verrattuna lääketieteelliseen argumentointiin siviilijutuissa (*Taylor, TILJ* 1993 s. 184–185). Nykyään esimerkiksi Suomessa asiantuntijalausuntojen käytöstä ja mielentilatutkimuksen teettämisestä säädetään laintasoisesti oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 17. luvussa ja mielenterveyslaissa (1116/1990). Suomalaisessa järjestelmässä tuomari ei ole sidottu mielentilatutkimuksen tuloksiin, mutta käytännössä tutkivan psykiatrin ja Terveiden ja hyvinvoinnin laitoksen oikeuspsykiatrisen lautakunnan yhtenevällä lausunnolla on suuri merkitys asiaa ratkaistaessa (*Tapani – Tolvanen*, 2013 s. 368). Vaikka psykiatrinen asiantuntijatodistelu on vakiinnuttanut paikkansa osana rikosprosessia erityisesti rikosoikeudellisen vastuun poissulkevana tekijänä, keskustelu lääketieteen roolista rikosoikeudenhoidon alueella ei ole lakannut, päinvastoin. Käsittelen työssäni oikeuspsykiatrian syntyä pureutumalla ranskalaisen ja englantilaisen rikosprosessin valistuksenjälkeisiin muutoksiin ja modernin psykiatrian historiaan. Samalla psykiatrian ja rikosprosessin suhde piirtyy tiedon systeemien ja professioiden vuoropuheluksi, jossa merkittävässä roolissa ovat niin juristit, lääkärit kuin maallikotkin.

Cockburnin tarkoin muotoiltu puheenvuoro Daniel McNaughtonin oikeudenkäynnissä vuonna 1843 kiteyttää työssäni käsiteltävät asiat. Hän puhuu valamiehille, maallikoille, joiden tehtävä on arvioida rikosoikeudenkäynnissä esitetyt väitteet. Kyse on lääketieteellisen – psykiatrisen – todistelun merkityksestä, ja rikosoikeudellisen vastuun arvioinnista. Kaikki tämä tapahtuu oikeustieteen dominoimalla areenalla, jolle on tieteellisen vallankumouksen ja valistuksen ihanteiden myötävaikutuksella ilmestynyt uusi toimija: asiantuntija.

* Lauri Koskenniemi, OTM, tutkimusavustaja, Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti, Helsingin yliopisto

¹ Artikkelini on muokattu Helsingin yliopiston oikeustieteelliseen tiedekuntaan tehdystä oppinnäytetyöstä.

1.1 Artikkelin rakenne ja näkökulma

Artikkeli koostuu alkusanojen (luku 1) lisäksi kolmesta pääluvusta, joista kahden ensimmäisen sisällöllinen rakenne vastaa toisiaan. Molempiin lukuihin kuuluu historiallinen katsaus käsiteltävästä aiheesta ja toisaalta tapausesimerkki vallitsevasta ideologiasta. Loppupäätelmät ovat luvussa viisi.

Toinen luku on kuvaus ranskalaisesta ja englantilaisesta rikosprosessista 1600–1700-luvuilla. Luvun tarkoituksena on avata sitä muutosta, joka tapahtui sekä rikoslakien substanssissa että rikosprosessien luonteessa valistuksen aikakaudella. Rikoslakien ankaruutta, salamyhkäisyyttä ja puolueellisuutta paheksuttiin yleisessä filosofisessa keskustelussa, ja osa valistuksen ihanteista saikin myöhemmin konkreettisen ilmauksensa rikoslakien uudistuksissa. Käsitellen luvussa todistusteoriaa ja asian ratkaisevan institution, tuomarin tai valamiesjärjestelmän, roolia. Ranskan osalta kiinnitän huomiota lisäksi rikoslain sisältöön ja Englantia koskevassa osassa huomioin erikseen rationaalisuusihtanteen vaikutuksen rikosoikeusjärjestelmään. Vallitsevaa aatteellista virtausta edustaa kuvaus aikalaisten suhtautumisesta kidutukseen.

Kolmannessa luvussa esittelen modernin psykiatrian historiaa, ja luvun painopisteet ovat psykiatrisissa teorioissa ja niiden myötä hulluuden medicalisaatiossa. Valistuksesta peritty näkemys ihmisluonnon rationaalisuudesta vaikutti rikoslakien ohella voimakkaasti aikalaisten käsityksiin hulluudesta. Varhaisemmat, hippokraattiseen lääketieteeseen perustuvat opit saivat kilpailijan kartesiolaisesta dualismista, ja hulluuden mieleen sidottu luonne korostui varsinkin 1700-luvun lopun psykiatrisessa keskustelussa. Tapausesimerkkeinä käytän niin kutsutun moraalihoidon kehitystä ja *monomaniadiagnoosia*, jotka ilmensivät uudenlaista suhtautumista hulluuteen mielen, tahdon ja halujen sairautena.

Neljäs luku poikkeaa kahdesta aikaisemmasta niin rakenteen kuin sisälönkin osalta. Yritän siinä sitoa kaksi aikaisempaa lukua yhteen käyttämällä hyväksi professionalisaatioteoriaa, joka tarjoaa puitteet psykiatrisen asiantuntijuuden analyysiin rikosprosessin kentässä. Tarkoitukseni on näyttää, miten asiantuntijatieto vahvemman roolin rikosprosessissa. Samalla käy ilmi, että tämä uusi asema ei olisi ollut mahdollinen ilman ammattiryhmien keskinäistä vuorovaikutusta. Lukuun sisältyy myös oikeustapausesimerkkejä sekä Englannista että Ranskasta.

Oikeudellisen muutoksen ohella tarkoitukseni on kuvata sekä tiedon systeemien että professioiden kommunikaatiotapoja käsiteltävällä aikavälillä. Vaikka työni teoreettinen lähtökohta kallistuu foucault'laiseen, valta-

suhteita ja vallankäyttöä painottavaan suuntaan, pyrin välttämään antamasta reduktionistista kuvaa siitä, mitä psykiatria, oikeus tai hulluus ovat. Käsiteltävän aiheen laajuudesta johtuen olen joutunut rajaamaan sitä ympäröivän yhteiskunnallisen muutoksen analyysin melko tiukasti. En paneudu yksityiskohtaisiin historiallisiin, taloudellisiin tai sosiologisiin kuvauksiin kulttuurisromanttisen, teollistuvan ja liberalisoituvan Euroopan kehityksestä. Tarkastelen sen sijaan rikosoikeuden ja ihmismielen erityiskysymyksiä sellaisina, kuin ne ilmenivät aikakauden nopeasti muuttuvassa ympäristössä. Yhteenvedon lisäksi luon loppuluvussa vielä lyhyen katsauksen oikeuspsykiatriasta ja rikosprosessista käytävään ajankohtaiseen keskusteluun.

Erityinen kiinnostuksen kohteeni on tapa, jolla kaksi toisilleen aikaisemmin vierasta tietojärjestelmää, oikeustiede ja toisaalta mielen tiede, psykiatria, legitimoivat toisensa oikeussalin yhteiskunnallisesti vakiintuneella näyttämöllä. Vaikka psykiatrian ja oikeustieteen suhde on usein esitetty kilpailevina diskursseina ja professioina, ne itse asiassa oikeuttivat toisensa. Saattaen yhteen kaksi erilaista maailmankatsomusta – tieteellis-progressiivisen ja historiallis-jähmeän – muuttuva rikosprosessi mahdollisti keskustelun erilaisten yhteiskunnallisten näkemysten välillä. Maailmankuvien esittelijöinä toimivat juristit ja asiantuntijatodistajat, joita kuuntelivat niin oikeudenkäynnin osapuolet sekä tekoa ja tekijää arvioivat maallikot kuin oikeudenkäyntiä seuraava yleisökin.

Samalla kun oikeus pyrki säilyttämään hegemonisen asemansa yhteiskunnallisten suhteiden järjestäjänä, korostui uudenlaisen tiedon, asiantuntijatiedon, rooli oikeudellisen argumentaation rinnalla. Myöntämällä, että todistavalla psykiatrilla oli hallussaan sellaista tietoa, mitä maallikko ei tuntenut, valamiesjärjestelmä ja yleisö vahvistivat asiantuntijuuden merkityksen totuuden määrittelyssä.

Työssä käytetty lähde- ja kirjallisuusaineisto on melko monimuotoista. Rikosprosessin osalta olen käyttänyt historiallista kirjallisuutta, joista esimerkkeinä mainittakoon Esmein, Von Barin, Plucknettin ja Beattien teokset, sekä alkuperäislähteitä ja aikalaiskirjoituksia. Osan, joka käsittelee psykiatrian historiaa, perustan yhtäältä historiallisiin kuvauksiin (muun muassa Porter, Pietikäinen, Foucault, Goldstein, Eigen) ja toisaalta aikakauden psykiatrien teksteihin, joita olen käyttänyt selvittääkseni näkemyksiä hulluudesta ja sen hoidosta (esim. Pinel, Esquirol, Prichard). Neljännen luvun teoreettiseksi viitekehikseksi olen valinnut Andrew Abbottin kehittämän professionalisaatioteorian, joka perustuu ammattiryhmien kilpailuun ja vuorovaikutukseen. Oikeustapausesimerkkeinä käytän Hadfieldin, McNaughtonin ja Rivièren tapauksia, jotka kaikki sijoittuvat

1800-luvun ensimmäiselle puoliskolle. Oikeustapaukset on valikoitu niissä esitettyjen oikeudellisten argumenttien, tapauksien erityispiirteiden sekä asiantuntijoiden lausuntojen perusteella. Myös tapauksien kuuluisuus ja materiaalin saatavuus puolsivat tehtyä valintaa.

2 RIKOSOIKEUDEN MUUTOS RANSKASSA JA ENGLANNISSA VALISTUKSEN AIKANA

Käsittelen tässä luvussa sekä ranskalaisen että englantilaisen rikosoikeuden muutosta 1700–1800-luvuilla. Tarkoitukseni on näyttää, miten valistuksesta peräisin oleva rationaalisuusajattelu tunkeutui molempien maiden rikosprosesseihin. Ranskan osalta rajaon tarkastelun ulkopuolelle vallankumouksen tapahtumien kronologisen kuvauksen ja keskityn pääasiassa rikosoikeudellisiin muutoksiin. Luvun loppupuolella luon katsauksen englantilaiseen rikosprosessiin, johon sisältyneestä valamiesjärjestelmästä tuli piirre myös ranskalaiseen järjestelmään. Artikkelin kannalta tärkeimmät yksittäiset uudistukset liittyivät todistusteoriaan ja oikeudelliseen ratkaisutoimintaan. Ranskalaisen rikosprosessin muutoksessa kyse oli legaalista todistusteoriasta luopumisesta ja Englannissa puolestaan valamiesjärjestelmän ja adversariaalisen prosessin kehityksestä.

2.1 Ranskalainen järjestelmä 1700-luvun lopulla

Ranskan vallankumouksen syistä ei ole yksimielisyyttä (ks. esim. *Sutherland*, 2003; *De Toqueville*, 1856; *Hunt*, 1984 ja *Doyle*, 1999 s. 5–34)². Teorioissa korostetaan, milloin vallankumouksellisten ja vastavallankumouksellisten voimien liikehdintää (*Sutherland*, 2003 s. 3 ja 40–42), milloin reaktiota absolutismin ajan valtopolitiikkaan (*De Toqueville*, 1856 erit. s. 246–255). Vaikutusvaltaisia tutkimussuuntauksia ovat myös esimerkiksi vallankumouksen pyörteessä vilahtelevien symboleiden ja kielenkäytön merkitysanalyysi (*Hunt*, 1984 luvut 1–3) sekä porvariston ja maalaisväestön tyytymättömyyden kuvaukset (*Peter – Favret*, 1982 s. 178–179). Vaikka teoriat osittain tuntuisivatkin yhteensovittamattomilta, voidaan nähdä, että vallankumouksellisten artikuloimat ideat uudesta yhteiskuntajärjes-

² William Doyle on teoksessaan *Origins of the French Revolution*, s. 5–34, eritellyt eri teorioita vallankumouksen syistä melko kattavasti.

tyksestä pyrkivät sopusointuun valistuksenaikaisen humanismin ja rationalismin kanssa (Hunt, 1984 s. 214). Kiistatonta lienee myös se, että vallankumouksen äänitorvena toimi pieni joukko kaupunkiympäristöissä varttuneita ja retorisilta taidoiltaan lahjakkaita juristeja sekä muita vaikutusvaltaisia henkilöitä (Sutherland, 2003 s. 25–38; Esmein, 1968 osa III, luvut 1–3).

Tähtäimessä oli irtiotto menneisyydestä. Monarkian välineinä toimineet mielivaltaiset instituutiot purettiin ja niiden tilalle luotaisiin oikeudellinen ja sosiaalinen järjestys, joka kuvastaisi Ranskan kansakuntaa esteitä raivaavana hyökyaaltona (Hunt, 1984 s. 27–28). Muutos oli radikaali. Yhtäältä ihannoitiin kaikkien ihmisten vapaata osallistumisoikeutta, mutta toisaalta pelättiin sekä vanhoillisia vastavoimia että ulkopuolisia uhkia, jotka kumouksellisten mielissä pyrkivät kaappaamaan vallankumouksen itselleen. Ryhmäkuntaista politikointia pidettiin halveksuttavana ja uhkana kansan yhtenäisyydelle. Pelko salaliitoista ja vankkumaton usko siihen, että Ranskan kansakunta oli tekemässä jotain ennennäkemätöntä, loi jännitteen yhteiskunnan sisälle. Nämä tekijät manifestoituivat myöhemmin poliittisena terrorina ja tiukkana sääntelykulttuurina, jossa jopa pukeutuminen ja puhetapa tulkittiin poliittiseksi viestiksi (Hunt, 1984 s. 38–48 ja 57–60). Myös rikosoikeudellinen järjestelmä joutui kritiikin kohteeksi ja sitä uudistettiin useasti niin vallankumouksen aikana kuin sen jälkeenkin.

2.1.1 Rikoslait ja prosessi

Ranskassa ei ennen valistusaikaa ollut yhtenäistä rikoslakia, joka olisi yksiselitteisesti määrittänyt rangaistavaksi säädetyt teot. Päinvastoin, Ranskan rikosoikeudellinen järjestelmä perustui pirstoutuneisiin maakuntien rikoslakeihin ja roomalaiseen oikeuteen. Von Bar toteaa, että seitsemäntoista vuosisadan rikosoikeudenkäyttö oli tosiasiaa peräisin 1200-luvulta (Von Bar, 1916 s. 259). Vuonna 1670 annettu rikosprosessisäädös oli ensimmäinen koko Ranskan valtakuntaa koskeva rikosoikeudellinen kodiifikaatio, joka sisälsi yksityiskohtaisia määräyksiä rikosoikeudenkäytöstä. Säädökseen sisältyi luettelo käytettävissä olevista rangaistuksista kulloisenkin rikoksen kohdalla. Paradoksaalisesti se ei kuitenkaan sisältänyt tarkkoja kuvauksia rangaistusuhan sisältävistä rikoksista tai rangaistuksen määräämisen perusteista (Von Bar, 1916 s. 260 ja 265–268).

Laajaan harkintavaltaan perustuva rikosten määrittely ja rangaistuksen määrääminen olivat omiaan vahvistamaan tuomarin valtaa rikosoikeudenkäynneissä jäljempänä käsiteltävien prosessisäännösten ohella. Syyttäjä teki ehdotuksen langettavaksi rangaistukseksi, ja tuomari valitsi laajasta

rangaistusmahdollisuuksien kirjosta sen, mikä hänestä tuntui sopivalta (*Von Bar*, 1916 s. 260). Valistusaikainen kriminologi ja juristi Daniel Jousse kokosi 1700-luvun loppupuolella yhteen rikoksista langetettuja rangaistuksia teoksessaan *Traité de la Justice Criminelle de France* (*Jousse*, 1771 vol. I–IV; *Von Bar*, 1916 s. 262; *Church*, *Fr. Hist. Stud.* 1967 vol. 5, s. 26).³ Rangaistusten osalta olennaista onkin, että vuoden 1670-lakiin kuuluu vain muutaman artiklan lyhyt luettelo, josta Jousse johtaa rangaistusten ankaruusjärjestyksen (*Ordonnance Criminelle du Mois d’Août 1670*, osa XXV 9–13 art.; *Jousse*, 1771 vol. I, osa III; *Von Bar*, 1916 s. 268–290).

Rangaistavat teot oli vakiintuneesti jaettu rikoksiin (*crime*) ja rikkeisiin (*délit*), mutta niiden rajat olivat häilyvät (*Von Bar*, 1916 s. 265). Jousse luokitteli vuoden 1670 rikossäädöksen sisältämät rikokset erilaisten ryhmien mukaan, joita olivat mm. kuninkaaseen kohdistuvat rikokset, jumalanpilkka, aviorikokset ja yleiseen järjestykseen kohdistuvat teot. Rike taas määriteltiin teoksi, joka ei loukannut julkista intressiä, ja josta siviilioikeudellinen seuraamus oli riittävä sanktio (*Jousse*, 1771 vol. I, osa I, s. 4–5; *Von Bar*, 1916, s. 269–270). Jousse toteaa lisäksi, että säädöksen sisältyvistä määrittelyistä ja näennäisestä lain noudattamisen vaatimuksesta huolimatta tuomarilla oli valta lieventää tai ankaroitaa rangaistusta olosuhteiden mukaan (*Jousse*, 1771 vol. II, s. 594). Esimerkiksi rikosoikeudellisesta ennustettavuudesta ja legaliteettiperiaatteesta ei siten voida puhua ennen vallankumouksenaikaisia ja pian sen jälkeen laadittuja kodifikaatioita (*Von Bar*, 1916 s. 265, 268 ja 320–323). Jousse ryhmittelee teoksessaan myös rikossäännökseen sisältyvät mahdolliset rangaistukset viiteen eri luokkaan, joissa fyysisillä rangaistuksilla on merkittävä edustus muiden joukossa (*Jousse*, 1771 vol. I, osa I, s. 36–37). Kaksi hyvin erilaista esimerkkiä kuvaavat yhtäältä rangaistusten kohdistumista tuomitun ruumiiseen ja toisaalta rangaistusten vaihtelevuutta. Laittoman tavarana salakuljetuksesta tuomittiin kuolema, jos operaatioon osallistui viisi aseistettua miestä. Jos henkilöillä ei ollut aseita tai heitä oli vähemmän kuin viisi, rangaistuksena oli viiden vuoden kaleeriorjuus. Jos salakuljettajat olivat naisia, heidät ruoskittiin, polttomerkittiin ja karkotettiin. Näiden lisäksi määrättiin myös sakko (*Jousse*, 1771 vol. III s. 295–296). Toinen, äärimmäinen esimerkki on kuninkaan tai hänen perheenjäsenensä surmaaminen, josta tuomittiin sekä kuolemantuomio kidutuksen kera että ruumiin häpäiseminen ja omai-

³ Von Bar toteaa: "Jousse's 'Traité de la justice criminelle' of 1771... is the standard source of information for the 1700s."

suuden takavarikko kuoleman jälkeen (*Jousse*, 1771 vol. III, s. 676 ja 682–684).⁴

Vapaudenriisto mainitaan käytettävien seuraamusten joukossa, mutta sen suhteellinen merkitys on huomattavasti pienempi kuin nykyään. Muun muassa Von Bar on todennut, että vankeusrangaistuksen funktio oli lähinnä rikollisten säilöissäpito tuomioistuinprosessia ja täytäntöönpanoa odotettaessa. Vankeutta käytettiin myös tilanteissa, joissa rikos, josta rangaistuksena oli kuolema, oli tehty vielä kodifioimattomien lieventävien asianhaarojen vallitessa. Von Bar tekee kuitenkin mielenkiintoisen havainnon toisesta vankeusrangaistuksen käyttöön liittyvästä seurauksesta. Kostonhimon tyydyttämisen ja kurituksen lisäksi rangaistukseen liitettiin vankeuden myötä ajallinen ulottuvuus. Tämä mahdollisti ajatuksen rangaistuksen rajallisuudesta (*Von Bar*, 1916, s. 277–278), joka puolestaan on ehto rangaistuksen suhteellisuudelle.

Vallankumoukselliset arvostelivat voimakkaasti monarkian ajan rikoslain julmuutta. Rangaistusten ankaruus ei kuitenkaan ollut ainoa protestoinnin kohde. Myös mielivaltaiseksi koettua ja yleisöltä kätkeyttä rikosprosessia haluttiin muuttaa.

Absolutistinen rikoslainkäyttö sai yhtenäistetyn muotonsa vuoden 1670 rikosprosessisäännössä (*Silving*, 1964 s. 37). Menettely perustui pääosin myöhäiseltä keskiajalta peräisin olevaan kaksijakoisen rikosprosessin ankarampaan muotoon – erityiseen rikosprosessiin. Inkvisitoriseen muotoon järjestettyyn rikosprosessiin kuuluivat muun muassa niin kuninkaan erioikeudet puuttua prosessin etenemiseen kuin legaalinen todistusteoria ja kidutuskin (*Esmein*, 1968 s. 149, 229, 234–236 ja 245–271). Epäillyn kuulustelu ja todistajien kuuleminen tapahtuivat salassa, ja tuomarin kysymyksiin oli lähtökohtaisesti vastattava henkilökohtaisesti ilman oikeusavun mahdollisuutta (*Esmein*, 1968 s. 220–226; *Stumberg – Borchard*, 1931 s. 180–181). Pakollisen valan myötä epäilty toimi käytännössä myös todistajana omassa asiassaan (*Garraud*, 1929 s. 54; *Silving*, 1964 s. 37).

Tuomarilla oli monisyinen rooli rikosprosessissa. Yhtäältä hän saattoi toimia syytteen nostajana (*David – de Vries*, 1958 s. 56) ja toisaalta sekä kuulustelevana että valmistelevana virkamiehenä ja asian ratkaisijana. Yhdessä kirjallisen menettelyn kanssa nämä tehtävät keskittivät rikosoikeudellisen vallan tehokkaasti yksiiin käsiin (*Esmein*, 1968 s. 230–231 ja 399).

⁴ Rangaistuksena oli kuolema. Perusmuodossaan tuomitun vartaloa kiskottiin aluksi kuumilla pihdeillä, jonka jälkeen haavoihin kaadettiin sulaa lyijyä. Lopuksi neljä hevosta repi tuomitun palasiksi.

Absolutistisen kuninkaanvallan loppuvaiheessa vuonna 1788 kuningas Ludvig XVI antoi ediktiin, jolla vastattiin yltyvään rikoslakien arvosteluun. Lakia ei kuitenkaan ehditty saattaa voimaan ennen monarkian kukistumista (*Von Bar*, 1916 s. 319).⁵ Heti vallankumouksen alkumetreillä pantiin toimeen uudistusprojekti, jonka myötä rikosoikeudellista järjestelmää pyrittiin muokkaamaan inhimillisemmäksi. Säätyjen vuonna 1789 esittämässä vaatimuksissa haluttiin vähentää kidutuksen käyttöä rangaistuksena ja lisätä oikeudenkäynnin julkisuutta, oikeusavun saatavuutta ja muita rikosprosessuaalisia takeita, kuten esimerkiksi syytetyn oikeus itsekriminointisuojaan (*Esmein*, 1968 s. 397).⁶ Yksittäisen tuomarin vaikutusvaltaa haluttiin kaventaa ehdottamalla komiteamallista tutkimus- ja ratkaisuelintä sekä lainaamalla valamiesinstituutio englantilaisesta rikosoikeusjärjestelmästä (*Esmein*, 1968 s. 399–400 ja 408–410). Vaatimukset olivat hyvin sopusoinnussa valistuksen rationalististen ja funktionalististen rangaistus- ja oikeudenmukaisuusteorioiden kanssa (*Esmein*, 1968 s. 359–369; *Von Bar*, 1916 s. 317–318).

Itsevaltius oli tuntenut useita keinoja, joilla kuningas saattoi puuttua rikosprosessin kulkuun ja tällaista mahdollisuutta haluttiin rajoittaa. Niin sanotut ”sinettikirjeet” samoin kuin kuninkaalliset armahdukset ja muut tuomioihin vaikuttavat oikeudelliset instrumentit alistettiin lainsäädännön vaatimuksille. Aikaisemmin kuningas saattoi esimerkiksi armahtaa henkirikoksesta syytetyn jo ennen tuomion lukua tai antaa määräyksiä prosessin uudelleenkäynnistämisestä epäillyn kuulemiseksi toistamiseen. Nämä toimenpiteet vaativat asiaa käsittelevän viranomaisen ratifioinnin, mutta sinettikirjeiden kanssa asia oli toisin. Kirjeellä itsevaltias saattoi esimerkiksi takavarikoida kenen tahansa omaisuuden, tai peräti vangita tai karkottaa tahtomansa henkilön. Sinettikirjeet haluttiin karsia kokonaan uudesta oikeusjärjestyksestä (*Esmein*, 1968 s. 246–249 ja 402).⁷ Myös valasta haluttiin eroon (*Silving*, 1964 s. 40–41; *Esmein*, 1968 s. 197–398; *Garraud*, 1907 s. 71). Säätyjen vaatimuksia ei sellaisenaan pantu milloinkaan täytäntöön, mutta monet valistusajattelijoiden muotoilemat periaatteet saivat ulkoasunsa vuoden 1789 ihmisoikeuksien julistuksessa (*Von Bar*, 1916 s. 319–320).

Vuosien 1789 ja 1791 lakimuutokset olivat vaatimattomampia kuin säätyjen vaatimuksissaan esittämät. Lähtökohtana oli, että vuoden 1670 rikos-

⁵ Kuulustelun yhteydessä toteutettava ”valmisteleva” kidutus oli kuitenkin kielletty aikaisemmin jo vuonna 1780.

⁶ Termi ”Cahiers of 1789”, Cahiers de Doléances.

⁷ Termi ”lettres de cachet”.

prosessisäännöksiä ja oikeuskäytäntöä sovellettaisiin myös tulevaisuudessa siltä osin kuin niiden katsottiin olevan yhteensopivia uuden lainsäädännön kanssa. Prosessista tehtiin kuitenkin julkisempi, ja syytetyn puolustautumismahdollisuuksia parannettiin. Aikaisemmasta prosessista poiketen (*Esmein*, 1968 s. 122, 153–155, 220) syytetty sai tietoonsa syytteen ja mahdollisuuden esittää kantaansa puoltavia todisteita heti prosessin alkaessa. Hän saattoi vedota lieventäviin asianhaaroihin, kuten mielenvikaisuuteen, missä tahansa prosessin vaiheessa (*Esmein*, 1968 s. 404–407). Syytetylle taattiin lisäksi mahdollisuus asianajajaan rikosprosessissa. Prosessuaalisen vastakkainasettelun (*théorie de la contradictoire, equality of arms*) myötä syytetyn edustaja sai haltuunsa myös syyttäjän asiasta laatimat ja todisteina käyttämät asiakirjat (*Ploscowe, J.Crim.L.& Criminology* 1932 s. 377 ja 385).

2.1.2 Todistelu

Legaalinen todistusteoria perustui pääosin tapaoikeuteen, eikä sen yksityiskohtaista sääntelyä sisällynyt vuoden 1670 säädökseen (*Esmein*, 1968 s. 251–252). Lähtökohtana oli, että tuomion tuli perustua todistusvoimaltaan erilaisiin todisteisiin, joiden painoarvo oli ennalta määrätty, eikä tuomarilla ollut itsenäistä harkintavaltaa ratkaisua tehdessään (*Garraud*, 1907 s. 19). *Esmein* luettelee neljä hyväksyttyä todistusmetodia, joilla kullakin oli oma, ennalta määrätty todistusarvonsa: ”todistajat, tunnustus, kirjalliset todisteet ja olettamukset” (*Esmein*, 1968 s. 256). Tuomari saattoi kutsua asiantuntijoita lausumaan asiasta jo legaalisen todistusteorian puitteissa, mutta tuomitsemiseen tarvittavan täyden näytön saamiseksi riitti kuitenkin aina kahden ”esteettömän” todistajan yhtäpitävä todistus (*Esmein*, 1968 s. 257–260). Salamyhkäisyyden vallitessa todisteiden jäykkä arviointi oli välttämätön edellytys syytetyn oikeusturvan jonkinasteiselle toteutumisel- le. Legaalinen todistusteoria johti samalla kuitenkin tunnustuksen merkityksen korostumiseen ja sitä myöten kidutuksen käyttöön tunnustuksen saamiseksi. Vuoden 1670 rikosmenettelyssä kidutuksella oli kaksoisluonne; se oli sekä prosessuaalinen pakkokeino, jolla syytetty saatiin tunnustamaan, että rangaistus tilanteessa, jossa epäilty veti pois tunnustuksensa oikeudenkäynnissä (*Esmein*, 1968 s. 251, 264–265 ja 269–271). Kidutus oli siten looginen jatkumo legaalisen todistusteorian tiukoille todistussään- nöille.

Siirtymä legaalisesta todistusteoriasta valamiesten vapaaseen todisteiden harkintaan kodifioitiin vuoden 1791 laissa (*Garraud*, 1907 s. 74). Muutos ei ollut yksioikoinen. Perustuslakia säätävä kansalliskokous kävi

kiivasta väittelyä legaalisen todistusteorian ja kirjallisen prosessin eduista uuteen valamiesjärjestelmään verrattuna. Loppujen lopuksi lakiesitys uudeksi rikosprosessiksi hyväksyttiin.⁸ Sekä juristien että aikakauden arvostettujen filosofien katseet olivat jo aikaisemmin kääntyneet Englantiin, jossa jokaisen oikeus tulla vertaistensa tuomitsemaksi oli ollut *Bill of Rightsin* vahvistamana voimassa jo yli vuosisadan (*Beattie*, 1986 s. 314). Valamiesinstituutiosta ja menettelyn suullisuudesta muodostettiin myös ranskalaisen rikosprosessin perusta. Valamiehet arvioivat esitettyjä todisteita oman harkintansa mukaan. Heidän ei tarvinnut noudattaa todisteiden ennalta määrättyä painoarvoa, eikä myöskään kuvata sitä, millä perusteella he arvottivat todisteet. Vaikka prosessi koki suuria muutoksia seuraavien vuosien aikana, tuomarin rinnalla toimivasta valamiesinstituutiosta tuli pysyvä osa ranskalaista rikosoikeusjärjestelmää (*Esmein*, 1968 s. 424–429). Vuonna 1795 annettu Brumairen kodifikaatio, joka joiltain osin palasi vanhoihin, 1670-vuoden rikosprosessisäännöksiin, säilytti vapaan todisteiden harkinnan teorian:

*”La loi ne leur dit point: Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins... Elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: Avez-vous une intime conviction?”*⁹

Vapaa todisteiden harkinta sisälsi kuitenkin mahdollisen ristiriidan muodollis-oikeudellisen ratkaisun kanssa; valamiesten oikeudenkäynnissä saama *intime conviction* (henkilökohtainen vakuuttuneisuus) saattoi joissakin tapauksissa syrjäyttää niin lain kuin faktatkin. Esimerkiksi rikosoikeudellisen vastuun kysymyksistä tuli tunnepohjaisten arvioiden pelikenttä (*Grünhut*, *J.Comp.Leg.* 1938 ss. 169–170).

Rikosprosessisääntöjä muutettiin useaan otteeseen tasavallan aikana, mutta rankin isku liberaalille ja avoimelle prosessille annettiin restauraation myötä vuoden 1808 rikosprosessilaeissa. Tämä merkitsi mm. syytetyn oikeusturvan heikentämistä ja kirjallisen menettelyn lisäämistä (*Esmein*, 1968 s. 505–508). Uuteen todistusteoriaan ei kuitenkaan kajottu. Rikosoikeuden sisällölliseen puoleen vaikutti puolestaan vahvasti 1810-vuoden

⁸ Ks. väittelystä *Esmein*, 1968 s. 419–424.

⁹ *Code des Délits et des Peines du Brumaire*, vuosi IV, 1795, art. 372. ”Laissa ei enää määrätä: Teidän [valamiesten] on pidettävä totena kaikkia esitettyjä väitteitä, joista tietty määrä todistajia lausuu yhtäpitävästi... Laki esittää heille vain yhden kysymyksen, johon vastaaminen kattaa heidän kaikki velvollisuutensa: Oletteko täysin vakuuttuneita?” [Käännös ja lisäykset: LK.]

rikoslainsäädäntö. Laki perustui lähinnä pelotteeseen ankarine rangaistuksineen, osallisuusoppeineen ja rikosmäärittelyineen (*Von Bar*; 1916 s. 337). Muutoksia onkin kutsuttu osittaiseksi paluuksi vuoden 1670 järjestelmään (*Esmein*, 1968 s. 528; *Von Bar* 1916 s. 336).

Vaikka katsottaisiin, että rikosoikeus järjestelmänä taantui Ranskassa 1800-luvun alkupuolella, on huomattava, että vallankumous ja valistus jättivät jälkensä niin prosessiin kuin rikoslakien sisältöönkin. Käsittelemäni aiheen kannalta olennainen muutos tapahtui juuri siinä kulminaatiopisteessä, johon muutoin kiteytyi sekä taantumuksellinen että vallankumouksellinenkin aines.

2.1.3 Valistuksen perintö – järki, kidutus ja juristit

*”[Ihmiset]...antakaa järjen soihdun palaa vielä hetki eikä maailman-
kaikkeus enää tunne pimeää; ja niin ihmiskunta astuu täydellisyteen,
jossa se tuntee virheen vain sitä vihatakseen ja totuuden sitä syleillääk-
seen.”* (*Brissot de Warville*, 1781 s. 111 [Käännös LK.]¹⁰)

Näin kuvaa vallankumousmies Brissot de Warville valistuksen vaikutusta tekstissään, jolla hän osallistui Châlons-sur-Marnen akatemian kirjoituskilpailuun Ranskan rikoslakien muuttamiseksi vuonna 1780. Edellä kuvattua näkökulmaa edustivat aikaisemmin myös niin Montesquieu (1689–1755), Beccaria (1738–1794) kuin Voltairekin (1694–1778). Filosofit näkivät absolutistisen rikosoikeuden irrationaalisen ja mielivaltaisena instituutiona, jonka synkin ja samalla järjenvastaisin piirre oli kidutuksen käyttö prosessin eri vaiheissa. Kidutuksen arvostelu kuvaakin hyvin sitä ideologista ilmapiiriä, josta vallankumoukselliset ammensivat retoriikkansa ja joka sai ilmiänsä säätyjen vuonna 1789 esittämissä vaatimuksissa (*Esmein*, 1968 s. 385–386; *Church*, 1967 s. 31; *Ehrlich*, *Harv.L.Rev* 1916 ss. 591–592).

Montesquieu käsittelee rikoslakeja kattavasti teoksessaan *Lakien henki* (*Montesquieu*, 1752 vol. VI). Rikoslakien ja lainsäätäjän pääasiallinen tehtävä on ylläpitää moraalia rangaistusten langettamisen sijaan (*Montesquieu*, 1752 vol. VI, luku 9). Kidutus saa vain hyvin lyhyen, mutta sitäkin voimakkaamman maininnan; kidutus on vastoin luontoa, eikä Montes-

¹⁰ ”...Que le flambeau de la raison luise encore quelque temps, & l’univers ne connoitra plus de ténébres; & l’espece humaine montée à ce degré de perfection, don’t elle est susceptible, ne connoitra plus l’erreur que pour la detester, la vérité que pour l’embrasser.”

quieu löydä mitään tilannetta tai yhteiskuntamuotoa, missä sen voisi hyväksyä (*Montesquieu*, 1752 vol. VI, luku 17). Beccaria ottaa kantaa rikosoikeuden julmuuksiin teoksessaan ”Rikoksesta ja Rangaistuksesta” (*Beccaria*, 1819 luku 16; *Bessler*, JLSP 2009 s. 197–199; *Newman – Marongiu*, *Criminology* 1990 s. 337–338). Hän pyrkii osoittamaan kidutuksen järjettömän ja ristiriitaisen luonteen niin rangaistuksena kuin kuulustelukeinona. Vetoamalla kidutuksen käytön epäloogisuuteen Beccaria tulee siihen tulokseen, että kidutus suosii syyllistä syyttömän kustannuksella. Mielenkiintoinen vertaus löytyy kappaleesta, jossa hän johtaa kidutuksen oikeutavat lait katolisen kirkon opeista ja niiden väärästä tulkinnasta (*Beccaria*, 1819 luku 16). Beccarian tekstistä huokuu rationaalinen päättely, joka kyseenalaistaa uskomuksiin ja perinteisiin nojaavat mekanismit ja tarjoaa ratkaisuksi ihmisluontoon ja hyöty-haitta-analyysiin perustuvan vaihtoehdon. Voltaire puolestaan kehuu Beccarian järkeilyä ja ihmisläheistä otetta kommenttiteoksessaan ”Commentaire Sur le Livre Des Délits et Des Peines”. Voltairen muotoilema rikosoikeuden kritiikki kohdistuu Beccarian tavoin muun muassa juuri kidutuksen käyttöön, ja hän ylistääkin englantilaista mallia, jossa kidutuksesta on luovuttu. Epäinhimillisyyttä, syytetyn ”tuhoaminen” ja legaalinen todistusteoria ovat Voltairelle ranskalaisen rikosoikeuden silmiinpistävimät ominaisuudet (*Voltaire*, 1766 vol. XII ja XXIII; *Esmein*, 1968 s. 365–369; *Lowell*, *Harv.L.Rev* 1897 s. 230; *Bessler*, JLSP 2009 s. 204 ja 225).

Temaattisten yhtäläisyyksien lisäksi huomiota on kiinnitettävä päättelyn rakenteeseen, jossa käsitteet, kuten ”luonto”, ”inhimillisyyttä” ja ”tehokkuus”, esiintyvät jatkuvasti. Absolutistinen rikosoikeus piirtyy kirjoituksissa näiden termien vastinpariksi: luonnottomaksi ja tehottomaksi koneeksi, jonka ruosteisiin rattaisiin heikko syytön ruhjoutuu ja jonka kourista päätäväinen ja vahva syyllinen karkaa.

Juristit olivat 1700-luvun Ranskassa eri mieltä filosofien kanssa. *Esmein* käsittelee keskustelua, joka käytiin filosofien ja lainoppineiden välillä vuosisadan aikana. Muun muassa arvostetut lakimiehet, kuten *Muyart De Vouglains* ja kruununjuristi *Antoine-Louis Séguier*, pitivät vuoden 1670 rikoslakeja loukkaamattomina. Valistusfilosofien järkeen ja inhimillisyyteen perustuvat väitteet eivät vakuuttaneet heitä, sillä rikoslakien käytöstä oli kokemusta jo vuosisadalta ja niiden laatimisessa oli ollut mukana silloisen Ranskan kuuluisimpia juristeja. Kidutusta pidettiin käytännöllisistä syistä välttämättömänä, ja rikosoikeudessakin vallitsevaa ankaraa luokkakajoa puolustettiin. Muun muassa *Séguier* piti kantansa vallankumouksesta huolimatta aina kuolemaansa asti vuoteen 1792 (*Esmein*, 1968 s. 370–

380). Lainoppineet alkoivat yleisesti arvostella rikoslain julmuutta vasta 1700-luvun loppupuolella.

Esmeinin mukaan valistusajan juristit olivat konservatiivinen voima, joka osaltaan oli ylläpitämässä absolutismin ankaraa rikosoikeutta ja lain kirjaimeen sidottua oikeuskulttuuria (*Esmein*, 1968 s. 370). Mikä selittää sen, että yhtäkkiä filosofien väitteet alkoivat näyttäytyä myös lakimiesten diskurssissa? Yksi syy lakimiesten näkyvään rooliin vallankumouksessa ja rikosoikeuden uudistamisessa voisi olla se, että 1700-luvun puolivälin jälkeen ammattikunnan käyttämässä kielessä korostui absoluuttisen monarkian kyseenalaistaminen ja yksilön autonomian vahvistaminen (*Karpik*, 1997 s. 110). Vaikka ammatin sisältä löytyikin jakolinjoja esimerkiksi rikosoikeuden suhteen, osa lakimieskunnan vaikutusvallasta oli peräisin tiiviistä yhteistyöstä, jolla oli selvitty jopa yksinvaltiuden sensurointiyrityksistä (esim. *Bell*, 1997 s. 72–80). Ammattikunnan etu ja vallankumouksen valistunut ilmapiiri sysäsivät lainoppineet muutoksen aallonharjalle.

Kidutuksen lakkauttamista prosessikeinona on perusteltu myös toiselta suunnalta. Langbein on esittänyt, että jo 1500-luvulla alkanut muutos roomanis-kanonisessa rikosprosessissa oli merkittävämpi tekijä kidutuksen käytön lopettamisessa kuin valistusfilosofien teesit. Langbeinin argumentti lähtee siitä, että legaalinen todistusteoria oli välttämätön osa sellaista juridista koneistoa, jonka takuu oikeusturvasta perustui tarkasti säänneltyyn todisteiden esittämiseen. Tällainen koneisto oli tarpeen valtioissa, jossa keskusvalta oli löyhästi organisoitu, eikä rikosoikeudenkäyttö ollut sen tiukassa hallinnassa. Keskusvallan voimistuessa valvonta ulottui paremmin myös tuomareihin, jotka puolestaan alkoivat käyttää harkintavaltaansa laajemmin, hallitsijan sietäessä sitä enemmän kuin ilman keskusjohtoista kontrollia (*Langbein*, 1977 s. 54–55). Esimerkiksi Ranskassa kehittyi ns. *poena extraordinaria* -menettely, jota ei sellaisenaan ollut säännelty laissa, ja jonka tarkoitus oli mahdollistaa rangaistus silloin, kun täyttä näyttöä ei saatu. Rangaistus saatettiin määrätä silloin, kun tuomioistuimien koki, että aihetodistelun perusteella oli syytä olettaa, että syytetty oli syyllinen tekoon. Täyden näytön puuttuessa annetun rangaistuksen tuli olla lievempi kuin tilanteessa, jossa täysi näyttö oli esitetty. Langbeinin argumentti on mielenkiintoinen, sillä *poena extraordinarian* -doktriinin edellyttäessä lievempää rangaistusta kuin kuolema, kidutuksen käyttö rangaistuksena laajeni. Aikaisemmin aihetodisteet mahdollistivat kidutuksen käytön vain tunnustuksen saamiseksi, mutta tuomioistuimien harkintavallan kasvaessa absolutismin myötä ei tarvetta tunnustukselle tuomion langettamiseksi enää ollut (*Langbein*, 1977 s. 45–48, 50–53, 60–62 ja 67).

Näkemyksien rikosprosessin muutoksesta kidutuksen lakkauttamisen taustalla ei ole millään tavalla ristiriidassa valistusfilosofien ajatusten kanssa. Kysymys on siitä, annetaanko painoa sille tosiasialle, että legaalinen todistusteoria oli laintasoisesti voimassa useimmissa valtioissa vielä 1800-luvulle, vai painotetaanko muutosta, joka Langbeinin mukaan alkoi tuomioistuinkäytännössä jo 1500-luvulla. Kiistatonta kuitenkin lienee, että valistusfilosofien manifestit ovat jääneet elämään 1700-luvun merkittävänä perintönä ja jättäneet jälkensä myös rikosprosessiin.

Filosofien esittämä haaste ranskalaiselle yhteiskuntajärjestykselle oli siten samalla haaste lainoppineiden ammattikunnalle. Vallankumouksen alkuvaiheissa yleinen luottamus juristeihin ei ollut järin hyvä, ja esimerkiksi lakimiesten kattojärjestö hajotettiin vuonna 1790 (*Kelley*, 1997 s. 127 ja 133). Samaan aikaan juristit edustivat kansaa niin kansalliskokouksessa kuin taisteluiden eturintamassa. Kyse on murroksesta, jossa lakimiesprofession intressit naamioitiin uudeksi kieleksi ammattikunnan säilymisen vuoksi: ylhäisyys, formaalis-oikeudellinen asiantuntijuus ja lainoppi muuttuivat hetkessä tasavertaisuudeksi, yleiseksi mielipiteeksi ja kansalaisten oikeuksiksi. Karpikin mukaan kansa, jonka puolesta juristit puhuivat, muuttui näkymättömäksi ”kollektiivisen representaation kategoriaksi” (*Karpik*, 1997 s. 114). Tämä tarkoittaa sitä, että vallankumous ei ollut enää sidottu jonkin tietyn, yksinkertaisesti määriteltävän kansanryhmän tavoitteisiin. Juristien edustama ”yleinen mielipide” antoi sekä oikeutuksen että loi puitteet sille, miten vallankumous määriteltiin milläkin hetkellä (*Karpik*, 1997 s. 114–115). Juristeista tuli yleisen oikeustajun asiantuntijoita. Lakimiesten ammattikunta säilytti entisen asemansa yhtäältä kumouksellisten uudistuspyrkimyksistä huolimatta ja toisaalta juuri niiden takia. Samaan aikaan valistukseen kuulunut rationaalisuus alkoi ilmetä rikosprosesseissa muun muassa asiantuntijuuden kautta. Kun kysymys hulluuden merkityksestä rikosoikeudelliselle vastuulle aktualisoitui, juristit alkoivat painottaa tieteellistä ja humaania näkökulmaa, mikä vastasi yleisessä filosofisessa keskustelussa vallinnutta linjaa. Samalla he kasvattivat uudenlaisen toimijan, mielentilan ekspertin, vaikutusvaltaa tuomioistuinmenettelyssä.

2.2 Vertailua: Englantilainen järjestelmä 1600-luvulta 1700-luvun lopulle

2.2.1 Rikosprosessin kehitys *common law* -järjestelmässä

Plucknett kiteyttää varhaisen englantilaisen rikosprosessin kehityksen kolmeen vaiheeseen, jotka loivat pohjan 1600- ja 1700-luvun menettelyille. Ensimmäisessä vaiheessa (anglo-saksien aikana, noin vuosina 450–1066) rikokset olivat loukatun osapuolen ja loukkaajan välinen asia, jonka selvittämisestä huolehti paikallinen tuomioistuin. Samoihin aikoihin kruunu halusi laajentaa valtaansa myös oikeudenhoidon alueella, ja hallintokoneisto laati rajallisen listan tapauksista, joihin se saattoi osallistua. Rikoslistan myötä luotiin kategoria rikoksia, joista ainoa mahdollinen sanktio oli ruumiinrangaistus, usein kuolemantuomio, jolta saattoi välttyä vain kuninkaan armosta (*Plucknett*, 1956 s. 426–427).

Toisessa vaiheessa, jo vuonna 1166, luotiin ns. grand jury -järjestelmä, jonka tehtävänä oli saattaa piilorikollisuus paremmin oikeudelliseen kontrolliin. Grand juryn toimiessa syytteen ajajana toimivalta tapauksen ratkaisemiseen siirtyi paikalliselta tuomioistuimelta kruunulle. Tämä johti säännöllisesti kiertävien ja kuninkaan oikeutta jakavien kruununtuomareiden viran perustamiseen. Aikaisemmin välien selvittelyn tapahtuessa paikallisissa tuomioistuimissa ja yksittäisten henkilöiden välillä erilaiset oikeudenloukkaukset oli mahdollista hyvittää korvauksilla. Uuden menetelmän puitteissa käsitellyistä tapauksista maksettavat sakot ja korvaukset menivät suoraan kruunulle (*Plucknett*, 1956 s. 428–429).

Rikosprosessin kehityksen kolmannessa vaiheessa (1200-luvulta eteenpäin) lisättiin tapauksia, joihin hallinto saattoi osallistua. Tämä tapahtui kruununtuomareiden toimivallan laajentamisella. Alkuvaiheessa tuomareille annettiin mahdollisuus tutkia yksityisten nostamat syytteet ja myöhemmin he saivat ratkaista suuren osan asioista itse ilman virallista tapauskohtaista toimivallansiirtoa. Viimeisen uutta prosessia edeltävän vaiheen aikana paikalliset tuomioistuimet alkoivat menettää valtaansa kiertävien kruununtuomareiden ja kuninkaan lisääntyneen oikeudellisen vallan myötä. Hallitsijalle luotiin näin keskitetty rikosoikeudellinen järjestelmä, mutta toisin kuin esim. Ranskassa, yksilön mahdollisuus syyttää ja ajaa rikosasiaa tuomioistuimessa säilyi (*Plucknett*, 1956 s. 428–429).

Hallitsijan vaikutusvallan sementtoiminen tapahtui siis kahden institution perustamisen kautta. Grand jury -järjestelmän myötä varakkaat ja vaikutusvaltaiset valamiehet arvioivat sen, tulisiko jokin väitetty rikos käsitellä tuomioistuimessa. Tätä mekanismia täydensi kiertävien kruunun-

tuomarien ryhmä, joka toimeenpani kuninkaallista rikosoikeudenhoitoa alueilla, joille keskusvalta ei olisi muuten yltänyt (*Beattie*, 1986 s. 318–320; *Plucknett*, 1956 s. 426–430).

Englantilaisen hallintokoneiston kriisi 1600-luvun puolivälissä johti rikosoikeuden muutokseen huomattavasti ennen Ranskaa. Uskonpuhdistusta seurannut katolisen kirkon auktoriteetin murentuminen loi viitekehysten myös valtion toiminnan ja rakenteen kriittiseen arviointiin. *Plucknett* mukaan vuosina 1642–1649 käyty sisällissota olikin vastareaktio Elisabet I:n luomalle hallintomuodolle sekä kirkon kyvyttömyydelle perustella oma asemansa. Hallitsijan valta-asema oli ollut jo ennen sotaa kiivaan keskustelun kohteena kruunun puoltaessa kuninkaan jumalallista oikeutta valtaansa ja toisaalta parlamentaristien sekä legalistien vedotessa kuninkaan alistaiseen asemaan lakiin nähden. Englantilaisille valistusmiehille, Thomas Hobbesille (1588–1679) ja John Lockelle (1632–1704), lain asema yhteiskunnassa määräytyi hallitsijan roolin mukaan. Hobbesille laki näyttäytyi valtion välineenä toteuttaa absoluutin suvereenin tahto, kun taas Lockelle lailla oli erityisesti yksilönvapauden suojaamisen tehtävä (*Plucknett*, 1956 s. 48–51 ja 61–63).

Restauration (n. 1660–1688) aikakaudella vuonna 1679 laadittu *Habeas Corpus Act* ja ”Mainion vallankumouksen” jälkeen vuonna 1689 annettu *Bill of Rights* merkitsivät lockelaisen ajatusmaailman ja yksilön oikeuksien voittokulkua hobbesilaisen suvereenin kustannuksella. *Beattie* toteaa englantilaisten olleen yhtä mieltä siitä, että oikeus henkilökohtaiseen vapauteen oli peritty aikaisemmilta sukupolvilta, jotka puolestaan olivat taistelleet ansaitakseen oikeutensa (*Beattie*, 1986 s. 314). Yksilön oikeus vapauteen ja tulla vertaistensa tuomitsemaksi oli kirjattu jo vuonna 1215 säädettyyn, hallitsijan ja aristokratian suhteita sääntelevään *Magna Cartaan*¹¹ (ks. esim. *Neumann*, *Colum.L.Rev.* 1998 s. 971). Blackstonen mukaan *Magna Carta* antoi ensimmäisen kirjoitetun asun niin kutsutulle *habeas corpus* -periaatteelle, jonka mukaan henkilöllä tuli olla oikeus saat-
taa vangitsemistaan koskeva päätös tuomioistuimen arvioitavaksi (*Blackstone*, 1848, vol. III, s. 103–110; *Beattie*, 1986 s. 314). Vuoden 1679 *Habeas Corpus* -säädos laajensi tätä oikeutta siten, että myös ”hänen majesteettinsa erityinen käsky”, joka vastasi pääpiirteissään ranskalaisessa järjestelmässä tunnettua ”sinettikirjettä” saatettiin *habeas corpus* -säännön alaisuuteen (*Plucknett*, 1956 s. 57–58; *Neumann*, *Colum.L.Rev.* 1998 s. 971). *Bill of Rights* vahvisti puolestaan jokaisen oikeuden tulla vertaistensa

¹¹ *Magna Carta*, 1215, 39 art ja 20–22 art.

tuomitsemaksi valamiesjärjestelmän puitteissa (*Beattie*, 1986 s. 314). Säädöksessä taattiin myös mielipiteen esittämisen vapaus parlamentissa ja parlamentin säännöllinen kokoontumisoikeus (*Plucknett*, 1956 s. 60). Valamiesjärjestelmä onkin yksi englantilaisen rikosoikeusjärjestelmän keskeisistä ja silmiinpistävimmistä piirteistä, kun sitä arvioidaan erityisesti absolutismin ajan ranskalaista oikeusperinnettä vasten. Yhteistä järjestelmille oli kuitenkin syytetyn lähtökohtaisesti huonompi asema syyttäjään verrattuna niin tiedollisesti kuin puolustuksellisesti (esim. *Beattie*, 1986 s. 347 ja 349–352; *Esmein*, 1968 s. 220–226; *Stumberg – Borchard*, 1931 s. 180–181).

2.2.2 *Common law* -rikosprosessin pääpiirteet 1700-luvulla

Rikosprosessi koostui kahdesta osasta. Pääsääntöisesti grand juryn jäsenet arvioivat sen, tuliko syytetty saattaa varsinaisen rikostuomioistuimen eteen, jossa *Bill of Rightsissa* jokaiselle taattu oikeus valamiesoikeudenkäyntiin toteutui. Varsinaiset rikosoikeudenkäynnit olivat tunnettuja teatralisuudestaan ja istunnot olivat lyhyitä. Oikeudenkäynneissä käsiteltiin usein montaa syytettyä koskevat syytteet, sillä vakiintuneen tavan mukaan tuomareilla oli rajoittamaton toimivalta rikosasioissa. Istuntojen pituudet vaihtelivat muutamasta minuutista tunteihin. Huomattavaa on, että istunnot olivat julkisia, ja *Beattie* kuvaakin teoksessaan kaaosta ja häiriötä, joka oli yleistä väen pakkautuessa seuraamaan kiinnostavia tapauksia (*Beattie*, 1986 s. 316–317, 377, 395–396 ja 398–399).

Valamiesjärjestelmän alkuaikoina valamiehet olivat usein henkilöitä, joilla oli jo ennestään tietoa käsiteltävästä tapauksesta. He olivat *Langbeinin* sanoin niin ”todistajia kuin tuomareitakin”, eikä järjestelmä rakentunut ulkopuolisten todisteiden varaan (*Langbein*, 1977 s. 78). Valamiesten tehtävänä oli vain lausua, mitä tiesivät käsiteltävästä asiasta syytetyn persoonan, kylillä liikkuneiden huhujen tai naapuruston näkemyksen mukaan. Tästä kaksoisroolista siirryttiin 1500-luvulla menettelyyn, jossa valamiesten rooli muuttui todistajista tapauksen arvioijiksi, joiden tehtävänä oli ratkaista asia oikein (*Pound*, 1939 s. 66). Syytä tai tarkkaa ajankohtaa tähän muutokseen ei tiedetä, mutta on selvää, että valamiehistö kuuli todistajia systemaattisesti 1500-luvun puolivälistä eteenpäin (*Landsman Behav. Sci. & L.* 1995, s. 135–136). Syytetyn tuli valamiesten edessä joko myöntää syyllisyytensä tai vedota syyttömyyteen, minkä jälkeen asia otettiin käsitelyyn. Periaatteessa syytetyn oli myös mahdollista olla ottamatta kantaa häntä koskeviin väitteisiin pysyttelemällä vaiti. Jos syytetty pysyi hiljaa, hänet alistettiin niin kutsuttuun *peine forte et dure* -menettelyyn. Tässä

kidutusta muistuttavassa menettelyssä syytetyn päälle kasattiin rautaa ja kiviä niin kauan, kunnes hän joko otti kantaa syytteessä esitettyihin väitteisiin tai murskautui painon alle. Usein syytetyt tässä tapauksessa käyttivät vetoamisoikeuttaan, mutta kuolematkaan eivät olleet ennenkuulumattomia. Menettely ei sen julmuudesta huolimatta ollut harvinainen, mikä selittyy syytettyjen halulla välttää englantilaiseen rikosoikeusjärjestelmään kuulunut varallisuusosoikeudellinen sanktio. Englantilaisen mallin mukaan rangaistukseen tuomitut menettivät oikeuden jättää omaisuutensa jälkipolvilleen, ja tämä uhka oli todellinen kuolemanrangaistuksen käyttöalan ollessa hyvin laaja. Ottamatta kantaa syytteeseen saattoi syytetty välttää omaisuuden menetyksen sillä perusteella, ettei häntä ollut voitu tuomita. Ennen kuin menettelystä luovuttiin 1700-luvun loppupuolella, hiljaisuus ja vetoamatta jättäminen estivät oikeudenkäynnin toteutumisen (*Langbein*, 1977 s. 74–76).

Toisin kuin ranskalaisessa järjestelmässä, englantilaisessa menettelyssä ei sovellettu äärimmäisen tarkkoja todistussääntöjä. Tätä kuvaa muun muassa se, ettei common law -järjestelmään kuulunut todisteiden ennalta määrättyä painoarvoa koskevaa sääntelyä. Kahden yhtäpitävän todistuksen punninta oli valamiesten käsissä. Vaikka tunnustuksella oli tietysti tärkeä merkitys todisteena, kidutusta käytettiin tunnustuksen saamiseksi huomattavasti harvemmin kuin roomanis-germaanisessa oikeusperinteessä, eikä niin kutsuttu valmisteleva kidutus ollut systemaattinen osa rikosprosessia (*Plucknett*, 1956 s. 431–432 ja 437; *Beattie*, 1986 s. 362–364). Kidutus oli mannermaisessa systeemissä pääasiassa faktojen selvittämiskeino, ja kidutusprosessia kontrolloi julkinen viranomainen. Se oli siten myös välttämätön osa legaalista todistusteoriaa, jonka tiukassa muodossa tuomioita ei annettu ilman täyttä näyttöä. Valamiesjärjestelmä mahdollisti tuomioiden langettamisen huomattavasti keveämmillä perusteilla kuin legaalinen todistusteoria. Vaatimuksena oli vain se, että valamiehet uskoivat, että syytetyn syyllisyydestä oli esitetty riittävä näyttö (*Langbein*, 1977 s. 77–78).

Valamiesjärjestelmän merkityksestä huolimatta tuomarilla oli tärkeä rooli englantilaisessa rikosprosessissa. Syyttömyysolettama ei ollut rikosprosessin lähtökohta (*Beattie*, 1986 s. 340–341)¹², vaan syytetyn oletettiin pystyvän todistamaan syyttömyytensä vastaamalla syyttäjän esittämiin väitteisiin ja todisteisiin. Niin syyttäjä kuin syytettykin toimivat ilman lainopillista koulutusta saanutta oikeusavustajaa aina 1700-luvulle asti. Tuomarin tehtävänä olikin tapahtumien tosiseikkojen selvittäminen pääasiassa

¹² Ks. eriävästä näkemyksestä *Quintard-Moréas*, *AJCL* 2010, s. 123–130.

syyttäjän kutsumien todistajien kuulustelun avulla. Syytetyn asema oli myös todistajien osalta epäsuotuisa, sillä hän saattoi kutsua todistajansa vasta syyttäjän jälkeen ja ennen vuotta 1702 ilman valan tuomaa vahvistusta. Ajatus englantilaisen järjestelmän humaaniudesta perustui siihen, että oikeamielinen tuomari selvitti asiaa puolueettomasti ja myös syytetyn etua ajaen. Syytetyn aseman parantamiseksi valamiesten oli kuolemanrangais- tuksen uhatessa harkittava, soveltuisiko tapaukseen jokin vähemmän anka- ra seuraamus. Tosiasiassa tilanne oli se, että usein vankeudessa pidetty syytetty vastasi syyttäjän esittämiin väitteisiin ja todisteisiin ilman mah- dollisuutta muuhun oikeusapuun kuin tuomarin tekemiin kysymyksiin ja kuulusteluihin (*Beattie*, 1986 s. 340–352 ja 395–398). Valamiehet ratkaisi- vat kysymyksen syyllisyydestä vapaan harkintansa perusteella, mutta to- dellisesta tiedollisesta tasavahvuudesta syyttäjän ja syytetyn välillä tuskin voidaan puhua.

Politisoitunut rikosoikeudenkäyttö 1600-luvulla oli johtanut kansan epäluuloon tuomioistuinlaitosta ja tuomareita kohtaan. Legitimiteetin li- säämiseksi rikosprosessia uudistettiin siten, että vuoden 1696 *High Treason Actissa* syytetylle taattiin mahdollisuus asianajajaan maanpetturuusju- tuissa. Vuoteen 1730 mennessä syytetyllä oli mahdollisuus käyttää avusta- jaa myös muissa tapauksissa, jos tuomari suhtautui pyyntöön oikeusavusta myötämielisesti. Todistustaakka alkoi siirtyä syytetyltä syyttäjälle avusta- jien kuulustellessa syyttäjän todistajia huomattavasti tehokkaammin, kuin mihin syytetty itse pystyi (*Beattie*, 1986 s. 353–362 ja 375).

2.2.3 Rationaalisuus ja common law

Common law'n ja valistusideologian yhteys näkyy voimakkaasti muutok- sessa, joka tapahtuu rikosoikeudenkäytössä 1600- ja 1700-lukujen taittees- sa. Rudolph käsittelee tuoreessa tutkimuksessaan muun muassa common law -rikosprosessin kehityslinjoja, jotka ilmentävät valistuksen mukanaan tuomia rationaalisuuden ja humaaniuden vaatimuksia (*Rudolph*, 2013 luku 3).

Rudolphin mukaan valistuksen ideaalit näkyvät siinä, miten yhtäältä asianajajien edustus ja toisaalta asiantuntijatodistelu lisääntyivät englantilaisessa järjestelmässä 1700-luvun alkupuolella. Niin kirjoitettujen lakien (*Lieberman*, 2002 s. 1 ja 199) kuin tieteellisten tekstienkin määrän karttu- minen muokkasi tiedeyhteisöä siten, että laaja-alaisesta lukeneisuudesta ja tieteidenväliseen keskusteluun osallistumisesta tuli valistuneen tiedemie- hen merkki (*Rudolph*, 2013 s. 84–85). Tämä päti myös rikosoikeudelliseen prosessiin, jossa osapuolet marssittivat erityisesti lääketieteellisiä asian-

tuntijoita todistamaan puolestaan.¹³ Eräs malliesimerkki on Rudolphinkin esittelemä tapaus vuodelta 1699, jossa kyse oli joesta löytyneestä Sarah Stoutista ja hänen kuolemastaan. Sekä syytettynä ollut Spencer Cowper että syyttäjää painottivat kantojaan tukevia lääketieteellisiä todisteita. Todistusteoreettiset seikat olivat tärkeitä mahdollisen valitusprosessin kannalta, ja empiirisen tieteen saadessa jalansijaa oikeusprosessissa osapuolet halusivat esittää asiansa mahdollisimman vahvoin rationaalisin perustein. Osapuolet kutsuivat tuomioistuimeen alansa arvostettuja asiantuntijoita, jotka esittivät argumenttinsa empiiristen kokeiden tuomassa valossa ja vetoamalla muihin auktoritatiivisen aseman saaneisiin tutkimuksiin ja tiedemiehiin (*Rudolph*, 2013 s. 91–101). Valistuksen ihanteiden mukaisesti empiirisestä tieteestä tuli rationaalinen kieli oikeussaliin vakiintuneen lainopillisen diskurssin rinnalle. Rudolphin mukaan näiden kahden erilaisen diskurssin välillä ei ollut konfliktia, vaan ne täydensivät toisiaan luonnollisten totuuksien kietoutuessa Cowperin puolustuksessa perinteiseen oikeudelliseen järjestykseen (*Rudolph*, 2013 s. 104).

2.3 Yhteenveto

Olen pyrkinyt tässä luvussa osoittamaan, että ranskalaisen ja englantilaisen rikosoikeusjärjestelmän eroista huolimatta molemmat kävivät läpi toisiaan muistuttavan aatteellisen muutoksen 1600–1700lukujen aikana. Ranskassa muutos tapahtui siirtymällä tuomarin yksinvaltaisesta rikosprosessin hallinnasta menettelyyn, jossa valamiesjärjestelmälle luotiin paikka tuomarin rinnalla. Samalla siirryttiin pois ratkaisua dominoineesta legaalisesta todistusteoriasta, ja mahdollisuus kokonaisvaltaisempaan todisteiden harkintaan syntyi. Englannissa puolestaan todisteiden painoarvo tuomiota langeettaessa kasvoi raivaten tilaa tieteellisille argumenteille valamiesten omien tunteusten ja kokemusten rinnalla. Myös kidutuksen merkitys rikosproesseissa väheni, joskaan Englannissa sen merkitys ei koskaan ollut samanlainen, kuin mitä tiukka legaalinen todistusteoria oli edellyttänyt. Oikeusavustajien käytön lisääminen paransi syytetyn puolustautumismahdollisuuksia molemmissa maissa.

¹³ Ensimmäisiä tunnettuja common law tapauksia, joissa käytettiin asiantuntijatodistelua, olivat vuonna 1620 käyty *Alsop v. Bowtrel*, jossa kyse oli lapsen statuksesta aviolapsena tapauksessa, jossa synnyttävän naisen aviomies oli kuollut aikaisemmin, ja vuonna 1665 käyty *Trial of Witches*, jossa kyse oli kahden naisen harjoittamasta noituudesta. (*Landsman, Behav.Sci.& L.* 1995, s. 136.)

Nämä kaksi oikeusjärjestelmää olivat keskenään tieteellistyvän ja avautuvan globaalin maailman ristivedossa, jossa molemmat järjestelmät omaksuivat piirteitä toisistaan. Kehityslinjat kuvastavat rikosoikeudenhoidon alueella niitä rationaalisen argumentaation ja ihmisluonnon ideaaleja, joista valistusajattelijoiden teesit ovat meille nykypäivänä tuttuja.

3 HULLUJEN HALLINNOINTI

Michel Foucault jätti lähtemättömän jäljen hulluuden historiankirjoitukseen teoksellaan ”Folie et Dérason: Histoire de la Folie à l’Âge Classique” (1961).¹⁴ Suomalaisista esimerkiksi Petteri Pietikäinen ottaa kirjassaan ”Hulluuden historia” kantaa Foucault’n teeseihin (*Pietikäinen*, 2013 s. 140–145). Foucault’n teos on osa kirjoittajan intellektuaalista projektia, johon kuului erilaisten sosiaalisten kontrollimekanismien kartoittaminen ja niiden muutosten selittäminen Euroopan historiassa. Foucault’n teosta on sen ilmestymisen jälkeen kritisoitu muun muassa siitä, että se on ollut luomassa liian synkkää kuvaa mielisairaanhoidon keinoista ja tarkoituksesta (*Pietikäinen*, 2013 s. 142). Hänen radikaali tapansa kääntää syy-seuraussuhde mielisairaalinstituution ja psykiatrian tieteenalan ilmaantumisen välillä on myös poikanut arvostelua (*Porter*, 1987 s. 16–18). Pysin ottamaan kritiikin huomioon, mutta mielestäni foucault’lainen historiankirjoitus tarjoaa hyvän viitekehyksen hulluuden, juridiikan ja sosiaalisen kontrollin analyysille.

Hulluuden hallinnoinnin uudelleenorganisointi kuuluu samaan ajalliseen ja aatteelliseen viitekehykseen kuin edellisessä luvussa käsitellyt rikosprosessuaaliset muutokset. Pyrkimys yhtäältä tieteellisen tiedon hyväksikäyttöön ja toisaalta mielvikaisten inhimillisempään kohteluun vastaavat rikosprosesseissa tapahtuneita uudistuksia, joissa oli kyse aikakauden rationaalisuusihanteen konkreettisesta toteuttamisesta. Käsittelem seuraavaksi mielvikaisten ja heidän hoitajiensa asemaa yleisesti Ranskassa ja Englannissa vuoden 1700- ja 1800-lukujen taitteessa.

¹⁴ Olen käyttänyt artikkelissani englanninkielistä uusintapainosta Foucault, Michel: *Madness and Civilization: A History of Insanity in the Age of Reason*, käänt. Howard, Richard. Routledge 2001.

3.1 Foucault'n ”suuri säilöönotto”

Hulluuden hallinnoinnin muutosta selittää se, että antiikista peräisin olevan mielisairauden lähtökohta oli uuden ajan alkuun mennessä (n. 1400–1500 luku) unohtunut ja muuttunut maagiseksi, syntisen elämän aiheuttamaksi vitsaukseksi (*Pietikäinen*, 2013 s. 27–38). Katolinen kirkko oli keskiajalla vahvistanut ja ylläpitänyt kuvaa hulluudesta sielussa ilmenevänä vikana, joka johtui joko luonnollisesta taipumuksesta tai paholaisesta (*Pietikäinen*, 2013 s. 34–35 ja 44). Samaan kategoriaan hullujen kanssa kuuluivat myös massasta muuten poikkeavat, kuten kerjäläiset ja rikolliset, joiden aseman katsottiin johtuvan jumalattomasta elämästä. Mielisairauksien renessanssi tapahtui vasta 1700-luvun lopussa ja 1800-luvun alussa. Tämän periodin aikana hulluus medikalisoitiin – hulluuden asiantuntijoiksi nousi alienistien,¹⁵ aikansa psykiatrien, ammattikunta.

Castel erottelee kolme tapaa, joilla hulluutta hallinoitiin absolutismin ajan Ranskassa. Perheellä oli lähtökohtainen vastuu hullusta. Yhteiskunnallista kontrollia ei tarvittu, jos mieleltään järkkynyt ei ollut liian suuri rasite perheelle, kunhan hän oli aiheuttamatta häiriötä. Jos suku ei kyennyt huolehtimaan siitä, ettei mielenvikainen ollut haitaksi yleiselle järjestykselle, oli perheen haettava oikeudellinen tai kuninkaallinen määräys hullun sulkemiseksi laitokseen. Karkea erottelu laitosten välillä voidaan tehdä sen mukaan, pitivätkö laitosta yllä yksityiset, usein uskonnolliset vai julkiset tahot. Lunaatikko (engl. lunatic) saattoi ajautua kontrollin piiriin myös joutumalla poliisin pidättämäksi. Näissä tapauksissa vapaudenmenetys ja kontrolli legitimoitiin jälkikäteen joko kuninkaallisella määräyksellä tai vetoamalla poliisin pidätysoikeuteen kuninkaallisen vallan delegointina (*Castel*, 1988 s. 18–22).

Yksi Foucault'n kiistellyimmistä teeseistä koskee yhteiskunnan laitamilta olevien ihmisten kohtelua ja kontrollointia 1600- ja 1700-luvuilla. Foucault esittää, että niin sanotun *Hôpital Generalin* perustaminen kuninkaallisella ediktillä vuonna 1656 oli ensimmäinen merkittävä valtionjohdon tasolta tuleva yritys hallinnoida marginaalisia ihmisryhmiä, joihin kuuluivat niin köyhät kuin mielenvikaisetkin (*Foucault*, 2001 s. 37–39). *Hôpital* ei ollut sairaala siinä mielessä kuin mitä sanalla nykyään tarkoitetaan. Instituution tarkoituksena oli koota yhteen poikkeavat ja huono-osaiset ihmiset sekä tarjota heille asunto, työtä ja ruokaa. Kysessä oli hallinnollinen mekanismi, jolla pyrittiin pääsemään eroon köyhyiden aiheutta-

¹⁵ Termi ”alienist” edelsi nykyään vakiintuneita psykiatri ja psykologi -termejä.

mista lieveilmiöistä ja jolla oli oma juridis-hierarkkinen päätös- ja tuomiovaltansa. Hôpital ei siis ollut parantamiseen tähtäävä laitos, vaan erilaisten alempien yhteiskuntaryhmien keskinäinen sulatusuuni, jossa niin mielenvikaiset kuin köyhälistöperheiden lapsetkin suljettiin samaan kompleksiin valvovan silmän alle (Foucault, 2001 s. 37, 45 ja 49). Foucault'n mukaan tästä alkoi niin sanottu ”suuren säilöönoton”¹⁶ aikakausi, jonka hän on ulottanut koskemaan Eurooppaa yleisemminkin. Väitettä säilöönoton laajuudesta kritisoivat mm. arvostettu historioitsija Roy Porter ja sosiologi Joel Peter Eigen (Porter, 2004 s. 19–22; Eigen, 1995 s. 4–5).

Valvonta ei ollut Hôpitalin ainoa funktio, mutta se oli välttämätön osa koneistoa, jonka pääasiallisena tehtävänä oli kanavoida porvarillinen työetiikka poikkeaviin ihmisryhmiin (Foucault, 2001 s. 47–48). Valistusajan retoriikan mukaan yhteiskunnan koossa pitävä voima oli rationaalinen sopimus, jonka velvoittavaa luonnetta vastaan hyökkäsi niin hulluus kuin laiskuuskin. Olemalla sopeutumatta sopimussyhteiskunnan vaatimuksiin hullut, kiertolaiset ja kerjäläiset erottivat itsensä siitä rationaalisesta elämänpiiristä, joka avautui valistuksen myötä (Castel, 1988 s. 26–28). Vaikka Hôpital oli eräänlainen työlaitos, Foucault painottaa, että ensisijaisilta näyttävät taloudelliset tarkoitukset eivät olleet järjestelmän liikkeelle paneva voima. Ja kuinka näin olisi voinutkaan olla, ottaen huomioon jo aikaisten näkemän tehottomuuden (Foucault, 2001 s. 49–51)? Hôpitalin syvin olemus löytyy sen porvarillista, rationalistista moraalista vahvistavasta luonteesta. Foucault toteaa, että aikansa totalitaarisessa laitoksessa, jonka johtajilla oli käytössään kaikki niin juridiset kuin fyysisetkin painostuskeinot tehtäviensä toteuttamiseksi, työstä tuli eettinen harjoitus ja moraalinen takuu (Foucault, 2001 s. 55). Koneiston tarkoituksena oli nimenomaan saattaa yhteiskuntasopimuksen hylännyt takaisin sopimuksen sitovuuden ja sen myötä yhteisen hyvän piiriin. Parantumattomien hullujen osalta tämä tavoite jäi pitkälti toteutumatta.

3.1.1 Porterin haaste

Porter antaa hyvin erilaisen kuvan valistusajan Englannissa tapahtuneesta hulluuden hallinnoinnista, kuin mistä Foucault puhuu. Hän käyttääkin termiä ”ei-niin-suuri säilöönotto” (Porter, 2004 s. 117) kuvaamaan englantil-

¹⁶ Termi on Pietikäisen käännös Foucault'n vastaavasta termistä ”The Great Confinement”.

laisen järjestelmän monimuotoisuutta. Castelin tavoin Porter jakaa hulluuden kontrolloinnin kolmeen toistaan tukevaan muotoon.

Ensimmäistä keinoa hän kutsuu jäänteeksi feodaalisesta paternalismista, jossa mielenvikaisuus todettiin oikeudellisen prosessin kautta. Tähän menettelyyn ei sisällynyt lääketieteellistä arviota henkilön mielentilasta, vaan tuomioistuimien tutki, pystyikö henkilö hoitamaan jokapäiväisiä asioitaan.

Toinen juridinen mekanismi, jossa hulluus tuli näkyväksi, oli rikosprosessi. Common law'n ennakkotapausoppien myötä mielenvikaisen rikollisen määrittämiselle oli löydettävissä suuntaviivat, jotka vaikuttivat siihen, miten rikollisen vastuu määräytyi vähentyneen ymmärryksen tapauksissa (*Porter*, 2004 s.118–121). Kolmas muoto liittyy yhteiskuntaan laajemmin. Oikeastaan kyse on erityisen hallinnointikeinon vastakohtasta, ja tähän kiteytyykin Porterin tiukin kritiikki Foucault'a kohtaan. Englannissa ei ollut Foucault'n kuvaileman ranskalaisen mallin mukaista pyrkimystä hulluuden hallinnoinnin keskittämiseen. Valistusajan Englannissa ei muutamaa laitosta luukuun ottamatta ollut myöskään Hôpitalin kaltaista julkista apparaattia erilaisuuden hallinnoimista varten. Mielenvikaisia kontrolloitiin yleisen järjestyksen piirissä siten, että kunnat huolehtivat heistä samoin kuin köyhistä ja kiertolaisistakin. Toisin sanoen, hulluus kiinnosti hallintokoneistoa ainoastaan silloin, kun se oli vaaraksi yleiselle järjestykselle (*Porter*, 2004 s. 124–127). Autoritaarisen keskushallinnon sijasta hullujen säilöönottoa ajoivat pääasiassa perheet, jotka eivät enää pärjänneet mieleltään järkkynneiden kanssa. Hullujenhuoneiden lisääntyessä Englannissa 1700-luvulla pidettiin yhä tarkempaa huolta siitä, ettei sekoittumista ”vain” kiertolaisiin, kerjäläisiin tai muihin marginaaliryhmiin tapahtunut. Hullujenhuoneet eivät myöskään olleet benthamilaisia panopticoneja, joissa säilöttyä tarkkailtiin joka suunnalta, vaan eristämisen välineitä, joihin intensiivinen tarkkailu ei kuulunut lainkaan henkilökunnan usein vähät välittäessä huollettavistaan. Porterin mukaan Foucault liioittelee teollisuuskapitalismin ja porvariston työetiikan merkitystä hulluuden hallinnoinnin taustasyinä. Englannissa ei ollut nähtävissä epäsuhtaisesti köyhiin ja huono-osaisiin kohdistuvaa säilömispyrkimystä, vaan hullujenhuoneisiin suljettiin köyhien lisäksi sekä hyvin toimeentulevia että kuninkaallisia (*Porter*, 2004 s. 160–169).

Porterin kritiikki on osuvaa ja haastaa Foucault'n näkemyksen monella osa-alueella. On kuitenkin huomattava, etteivät Foucault'llekaan hallinnoinnin ja alistamisen perimmäisinä taustasyinä olleet taloudellisen tehokkuuden vaatimukset kuten Porter väittää. Nämä olivat vain pinnallisia ilmauksia niistä syvemmistä moraalien, tiedon ja yhdenmukaistamisen dis-

kursseista, jotka dominoivat valistusajan ilmapiiriä ja joiden mestareiksi myöhemmin nousivat alienistit.

3.2 Demoneista diagnoosiin

Hulluuden syistä oli käyty keskustelua jo antiikista lähtien ja myöhäiselle keskiajalle tultaessa vakiintuneita, joskin toisistaan poikkeavia selitysmalleja oli useampia. Rationalistinen maailmankuva alkoi 1600-luvulla vähitellen syrjäyttää uskomuksiin ja kirkkokuntien auktoriteettiin perustuvan maailmankatsomuksen. Uuden ajan filosofit, kuten Descartes (1596–1650) ja Hobbes, sekä valituksen johtohahmot Locke, Rousseau (1712–1788) ja toisaalta luonnontieteilijät, Newton (1643–1727) etunenässä, loivat uudenlaista maailmaa, jossa järjen ylivalta uskomuksiin nähden oli perusteltu.

Kartesiolaisuuden myötä hulluus määriteltiin 1600-luvulla uuden, dualistisen maailmankuvan kautta. Descartesin luoma oppi vapaasta, rationaalista sielusta ja fyysisestä, mekaanisen maailman lakeja noudattavasta ruumiista oli ponnahtuslaskuna uudelle järjettömyyden selitykselle. Pietikäisen mukaan juuri kartesiolaisuus poisti hulluuden selitysmalleista jumalan ja vieraat henget ja satoi hulluuden ensisijaisesti ruumiiseen, eli fyysiseen maailmaan (*Pietikäinen*, 2013 s. 61). Brown esittää, että kartesiolainen näkemys ei voimakkaasta materialistisesta painotuksestaan huolimatta redusoinut hulluutta vain yksinkertaisiksi fysikaalisiksi prosesseiksi. Hänen mukaansa dualismin ytimessä oli sielun ja ruumiin interaktiivinen luonne, jossa molemmat reagoivat toisiinsa. Rationaalinen ja ylivertainen sielu ei ollut kokonaan vapaa ruumiin toimintojen vaikutuksesta (*Brown*, 1985 s. 46–49).

Seitsemännentoista vuosisadan alkuun mennessä tapahtunutta epistemologista muutosta hulluuden selityksessä Porter kutsuu ”uudeksi hulluuden geografiaksi.” Myös itse harhoista ja selittämättömästä ahdistuksesta kärsivät olivat mielenvikaisuuden materialisoitumisen puolestapuhujia. Somaattisen sairauden stigma oli helpompi hyväksyä kuin epämääräisen sielun häiriön tai henkisen häiriintymisen tila, jonka vaikutukset olivat kuitenkin käsin kosketeltavia (*Porter*, 2004 s. 43, 61, 64 ja 87). Hulluutta oli käsitelty fysiologisena ilmiönä jo antiikista lähtien, mutta vasta uuden ajan teoreetikot alkoivat jalostaa hippokraattisesta humoraaliopista kirkon ja henkimaailman ylivallan syrjäyttävää rationaalista ja luonnollista mielenvikaisuuden selitystä. Humoraaliopin mukaan hulluus johtui ihmisessä olevien elämännesteiden, veren, sapen, mustan sapen ja liman, epätasapainosta, joka puolestaan vaikutti ihmisen mielentilaan. Yhdistettynä Gale-

noksen kehittämään temperamenttioppiin, joka jaotteli ihmisten temperamentin neljään eri perusominaisuuteen (kuuma, kylmä, kostea, kuiva), elämännesteiden tasapaino määritti ja selitti hulluutta osittain 1800-luvulle asti (*Pietikäinen*, 2013 s. 27–29). Humoraaliopin vetovoima perustui siihen, että se antoi visuaalisesti kuvaavan ja ymmärrettävän, mutta samalla teoreettisen ja rationaalisen selityksen hulluuden alkusyyille (*Porter*, 2004 s. 50).

3.2.1 Lääketiede psykiatrian kulmakivenä

Vuonna 1765 Denis Diderot (1713–1784) kirjoitti artikkelissaan *Melancholia* seuraavasti:

”Eräiden lääkäreiden – siis erittäin huonojen filosofien – mukaan melankolian syy on demonisissa voimissa, siis jossain yliluonnollisessa. Nämä lääkärit vetoavat satumaisuuksiin, sillä vähäisen ymmärryksensä takia he eivät keksi muutakaan selitystä.” (Diderot, 2007 s. 308–311, [käännös LK].)

Lääkärit alkoivat kiinnittää entistä enemmän huomiota myös mielenvikaisuuteen, ja Ranskassa julkaistiinkin 1700-luvun puolivälin jälkeen useita teoksia hulluuden sairautta lähentelevästä luonteesta (*Castel*, 1988 s. 47). Pietikäisen sanoin: ”Hippokrateen varaan rakentuneesta lääketieteestä siirtytiin hiljalleen empiiriseen lääketieteeseen” (*Pietikäinen*, 2013 s. 65). Diderot jatkaakin samaisessa artikkelissaan kuvauksella siitä, miten melankoliaa sairastavilla on ruumiinavauksissa todettu fyysisiä muutoksia elimistössä erityisesti vatsan seudulla (*Diderot*, 2007). Empiiristen tutkimusten lisääntyessä kysymys hulluuden fyysisestä sijainnista ihmisruumiissa ajankohtaistui. Samalla humoraaliopin selitysvaikutus väheni, ja elämännesteiden sijasta lääkärit alkoivat korostaa hermostollisia ominaisuuksia sekä aivojen toimintaa. Porter toteaa, että hulluutta alettiin pitää omana sairautenaan epänormaalin oirekimpun sijasta. Hermojen manipuloiminen ja hoitaminen edellytti erityistä lääketieteellistä osaamista niiden herkkyyden ja haurauden vuoksi. Neurologiset kuvaukset vetosivat valistuneeseen yleisöön ja samalla legitimoivat lääkärin roolin hulluuden asiantuntijana (*Porter*, 2004 s. 180–186).

Järjettömyyden fysiologia oli kuitenkin vain yksi puoli hulluuden ymmärtämisen muutoksessa. Mielen sairautteen liittyi myös henkinen osa, jota kova fysikalismi ei kaikkien aikalaisten mielestä tavoittanut. Valistuksen empirismi tuotti fysikaalisten kuvausten lisäksi myös rationaalisen selityk-

sen hulluudelle. Erityisesti John Locken epistemologia oli pohjana sekä fysiologisille että spiritualistisille teorioille. Hänen mukaansa hulluuden henkinen puoli syntyi virheellisestä todellisuuskäsityksestä. Lockelle tieto maailmasta välittyi aistien kautta, ja tämä tieto oli parhaimmillaankin vain todennäköistä, ei puolueetonta ja varmaa. Ihminen puolestaan oli vain kokemustensa summa. Kokemukset vastasivat ulkomaailmaa joko hyvin tai huonosti, mutta ihminen oli kokemustensa kautta vain ”tulossa” joksikin – ei ikinä valmis. Kokemus saattoi johtaa väärään tulkintaan ulkomaailmasta, ja tämä väärä tulkinta oli se pohja, jolle hulluus rakentui (*Porter*, 2004 s. 190–193; *Locke*, 1999 s. 379–386). Lockelainen empirismi liitti toisiinsa sulavasti kartesiolaiseen dualismiin sopivat neurologiset ominaisuudet (aistit) kuin virheellisen henkisen kokemuksenkin. Psykofyysistä teoriaa ihmisestä kehitti muun muassa ranskalainen fysiologi ja filosofi P. J. G. Cabanis (1757–1808), jonka teoria ”sisäsyntyisistä aistimuksista”, passioista, täydensi ulkoisten, mekaanisten aistien luomaa ihmiskuvaa. Kehittämällä filosofis-lääketieteellisen teorian, joka yhdisti sekä fyysiset että henkiset ominaisuudet samaan ihmismalliin Cabanis loi pohjaa lääketieteeseen perustuvalla mielen parantamiselle (*Goldstein*, 1987 s. 51–53).

Episteemisen muutoksen ohella ranskalainen lääketiede kävi 1700-luvulla läpi hallinnollisen kriisin, jossa absolutismin ajan korporatiivisesta ja ammattikuntaisesta mallista siirryttiin vallankumoukseen mennessä valtion sääntelemään ammatinharjoittamiseen (*Goldstein*, 1987 luku 1). Goldstein esittää, että ranskalaiseen yhteiskuntajärjestykseen ei kuulunut ennen 1800-luvun alkua samanlaista professionalisoitumisen käsitettä, joka oli tunnettu mm. angloamerikkalaisessa perinteessä. Ammattimaistuminen sisältää Goldsteinin mukaan neljä piirrettä, jotka erottavat profession elinkeinosta. Professio edellyttää alan omaa, vaikeatajuista tietojärjestelmää, jonka hallinta on edellytyksenä ammatinharjoittamiselle. Toinen edellytys on, että ammatillisilla on monopoli alansa tehtäviin, ja kolmas, että ammatinharjoittajien valvonta on järjestetty profession sisäisesti. Ammattiryhmällä on oltava myös palveluihanne, jonka mukaan ammattia harjoitetaan oman toimeentulon ohella yhteisen hyvän vuoksi, ja jonka seurauksena talouden muilta sektoreilta tuttu ”ostaja olkoon varuillaan” -periaate ei päde. Kahdenneltatoista vuosisadalta valistukseen asti voimassa ollut korporatiivinen malli ei muun muassa tehokkaiden kontrollimekanismien puuttuessa täyttänyt professiolta vaadittavia kriteerejä. Lääkäreiden ammattikunta oli lisäksi jakautunut maakunnittain eri koulutuslaitosten alaisuuteen, ja maakunnat puolestaan poikkesivat toisistaan vaatimustensa ja opetuksensa suhteen. Yhtenäistä tietojärjestelmää ei siten myöskään kehittynyt, vaan jokaisella *college*piirillä oli omat hyväksytyt hoitomuo-

tonsa. Lääkärien ammattikunta oli siten hyvin sekalainen joukko eri menetelmien parissa työskenteleviä ammattilaisia (*Goldstein*, 1987 s. 10 ja 15–20).

Siirtymä korporatiivisesta mallista valtion hallinnoimaan lääketieteen tapahtui absolutismin aikana, jolloin keskitetty hallinto alkoi omak-sua valistuksen mukanaan tuomaa tieteisuskoa. Yleisen terveyden paranta-miseksi perustettiin niin kutsuttu ”terveyspoliisi”, jonka tehtävänä oli seura-ta kaupunkien ilmanlaatua ja myytävien ruokatarvikkeiden tasoa. Aikai-semmin lähinnä taiteenlajiksi kutsuttu lääkärien toiminta alkoi saada enemmän tieteellistä painoarvoa potilaiden ja hoitokeinojen tarkkailun ja arvioinnin myötä. Vallankumouksen aikana lääketiede oli kriisissä lääkä-rintoimen harjoittamisen vapauden vuoksi, mutta 1800-luvun alussa uu-denlaisen lääketieteen edustajat pyrkivät saamaan valtiosta tukijan. Samat henkilöt kritisoivat niin ”laissez-faire”-ajattelun kuin ammattikuntalaitok-senkin tehottomuutta ja vaativat muutoksia lääketieteelliseen lupa- ja kou-lutusjärjestelmään (*Goldstein*, 1987 s. 20–34).

Lääketieteen haarautuminen erikoisaloiksi alkoi samoihin aikoihin hal-linnollisen integraation kanssa. Weisz esittää, että 1800-luvulla kiihtyvä lääketieteellinen erikoistuminen johtui ranskalaisen hallintojärjestelmän erityispiirteistä, jotka kannustivat lääkäreitä keskinäiseen kilpailuun ja sen myötä uuden lääketieteellisen tiedon karttumiseen (*Weisz*, *Bull. Hist. Med.* 2003 s. 536–555). Valistuksen progressiivisten ihanteiden mukaisesti rans-kalainen valtiokoneisto tuki ja kehitti tiedeyhteisöjä, joiden tarkoituksena oli tuottaa tieteellistä tietoa yleishyödyllisiin tarkoituksiin. Lääketieteen osalta tämä tarkoitti sitä, että hallintokoneiston piirissä pyrittiin luomaan sairauksien tutkimiselle ja hoitamiselle otollisia laitoksia, jotka poikkesi-ivat radikaalisti Hôpitalin kaoottisesta ympäristöstä. Ranskan valtio tuki myös lääketieteellisen tutkimuksen ja koulutuksen kehittämistä uudelleen-organisoimalla vuonna 1803 Pariisin yliopiston lääketieteellisen tiedekun-nan, josta tuli Euroopan johtava lääketieteellinen instituutio. Muodosta-malla yhteisön, jossa ammatillinen erottuminen riippui uuden tiedon tuot-tamisesta ja menestyksekkäästä ammatinharjoittamisesta Ranskan valtio oli osaltaan tukemassa lääketieteellisen erikoistumisen lisääntymistä (*Weisz*, *Bull. Hist. Med.* 2003 s. 546–553). Erikoistuminen oli tällaisessa yhteisössä välttämätöntä, sillä keskittyminen tarkoin rajattuun osa-aluee-seen lisäsi tilaisuuksia uuden tiedon tuottamiseen ja siten lääkäreiden ura-mahdollisuuksien paranemiseen. Myös valtion kontrollikoneisto hyötyi siitä, että erikoistumisen myötä ihmiset jaettiin erilaisiin ryhmiin heidän sosiaalisen asemansa – köyhä, rikas, nainen, mies – ja terveydentilansa perusteella (*Weisz*, *Bull. Hist. Med.* 2003 s. 536–539).

Robert Castelin mukaan hulluuden lääketieteellistyminen tapahtui siinä samassa myllerryksessä, jossa absolutismin ajan juridishallinnolliset kontrollimekanismit kävivät läpi muodonmuutostaan. Medikalisoitumisen myötä lääkärit saivat uudistuneen roolin. Käsittelemällä hulluja mieleltään sairaina he loivat linkin lääketieteen ja sosiaalisen kontrollin välille. Lääketieteen ja ihmisen fysiologian tuntemuksen ohella lääkäristä tuli myös ”oikean ja virheettömän” sosiaalisen todellisuuden asiantuntija (*Castel*, 1988 s. 8 ja 47–48). Foucault’n sanoin ”yhteiskunnan sosiaalinen ruumis muuttui juridis-poliittisesta vertauskuvasta biologiseksi todellisuudeksi (*Foucault*, *Int. J. Law Psychiatry* s. 7).”

3.2.2 Philippe Pinel ja mielen sairaus

Modernin psykiatrian katsotaan usein alkaneen tarinalla, jossa lääketieteellisen koulutuksen saanut vallankumouksellinen Philippe Pinel (1745–1826) irrottaa kahleet Bicêtren sairaalan naispotilailta vuonna 1793 (esim. *Pietikäinen*, 2013 s. 65; *Shorter*, 2005 s. 14–15). Pinel viimeistään antoi mielisairaudelle sen uudet rationaaliset ja lääketieteelliset puitteet kehittämällä edelleen niin kutsuttua moraalihoidtoa, jossa fyysisten parannuskeinojen, kuten veren iskemisen ja kylpyjen, sijasta avainasemassa olivat lääkärin ja potilaan välinen suhde ja tarkasti kontrolloitu ympäristö. Pinelin ja hänen seuraajiensa jalostaman moraalihoidon vaikutus hulluuden hallinnointiin oli käännteentekevä; uusi hoitomuoto loi puitteet psykiatrian erikoisalalle, joka käytti hyväkseen niin tieteellisiä perusteluita kuin kansanparantajien ja maallikoiden kokemuksia. Moraalihoidosta kasvoi se Goldsteininkin edellyttämä esoteerinen tieteenala, joka oli edellytyksenä professionalisoitumiselle.

Toulousessa syntynyt Philippe Pinel saapui opiskelujensa jälkeen Pariisiin vuonna 1778, muttei kyltymättömästi lääketieteellisestä kiinnostuksesta huolimatta saanut kaipaamaansa arvostusta elitistisissä lääkäripiireissä. Korporatiivisesta mallista johtuen Ranskan provinseissa oli voimassa erilaiset vaatimukset siitä, mitä lääkäriltä edellytettiin, eikä Montpellierissä ja Toulousessa opiskellut Pinel täyttänyt Pariisissa lääkärintöimen harjoittamiselta vaadittavia kriteereitä. Vuonna 1784 Pinelistä tuli lääketieteellisen aikakauslehden, *Gazette de santén*, päätoimittaja ja samoihin aikoihin syttyi hänen kiinnostuksensa mielenvikaisuutta kohtaan. Pinel nousi maineeseen lääkärinä vasta vallankumouksen jälkeen vaikutusvaltaisten ystäviensä Cabanisin, Michael-Augustin Thouret’n (1748–1810) ja Antoine-François Fourcroyn (1755–1809) avittamana ja kirjoitti tärkeimmän teoksensa, ”*Traité médico-philosophique sur l’aliénation mentale*,

ou la manie”, 1800-luvun taitteessa ollessaan Salpêtrièren naismielisairaan johtava lääkäri (*Goldstein*, 1987 s. 64–65 ja 67–71).

Lääkärintoimen harjoittamisen luvanvaraisuudesta oli luovuttu vallankumouksen aikana (samoin kävi asianajajien kohdalla), ja vasta vuonna 1803 säädettiin uusi laki lääkäriltä vaadittavasta koulutuksesta. Lailla jatkettiin valistuneen itsevaltiuden aikana aloitettua lääketieteen valtiollistamista ja koulutuksen yhtenäistämistä. Näiden kehityslinjojen takia lääkäreistä tuli pätevyityneitä yksilöitä, joilla ei enää ollut tarvetta ammatin korporatiiviselle hallinnoinnille (*Goldstein*, 1987 s. 28 ja 34–37). Malli toi mukanaan mahdollisuuden yksittäisten lääkärien antamaan erityiskoulutukseen, mikä osaltaan selittää Pinelin vaikutusvallan kasvua ja psykiatrian tieteenalan ammattimaistumista.

Pinelin vaikutus moderniin psykiatriaan on valtava. Hänen yksityisesti pyörittämänsä kliinisen psykiatrian kurssit olivat hyvin suosittuja nuorten lääkäriopiskelijoiden keskuudessa, vaikka Pinelin opetuksen ohella antaman taloudellinen ja ammatillinen tuki olikin melko vähäistä muihin lääkäriopettajiin verrattuna. Pinelin oppilaista suurimpaan maineeseen nousi Jean-Étienne Esquirol (1772–1842), joka oppi-isänsä kuoleman jälkeen kehitti moraalihoidoa (*Goldstein*, 1987 s. 122–131) ja oli olennaisesti laajentamassa psykiatrian ja hallinnon yhteensopivuutta. Esquirol oli Pineliä voimakkaammin kytköksissä niin valtioon kuin oppilaisiinsa. Hän auttoi aktiivisesti oppilaitaan etenemään urallaan, ja heidän kauttaan pariisilainen psykiatria levisi ympäri Ranskan maakuntia. Esquirol painotti lääkärin ylivertaista auktoriteettiasemaa mielisairaiden hoidossa (*Esquirol*, 1845 s. 76–77; *Goldstein*, 1987 s. s. 130–131; *Hacking*, 1990 s. 65–66), ja yhdessä Pinelin kanssa he ajoivat esimerkiksi psykiatrian kielen puhdistamista kansankielisistä ilmauksista (*Goldstein*, 1987 s. 133).

3.2.3 Moraalihoido

Niin puoskarien rohdot kuin lääketiedekin olivat epäonnistuneet hulluuden parantamisessa. Lääketieteellisinä pidetyt fyysiset hoitomuodot, kuten kylvyt ja elimistön puhdistus (oksettaminen), toimivat yhtä tehottomasti kuin kansanparantajien perinteisiin perustuvat hoidot. Yleinen havainto oli, että erilaisissa laitoksissa pidetyt mielipuolet joko paranivat tai eivät riippumatta siitä, oliko heihin kohdistettu hoitotoimenpiteitä (*Goldstein*, 1987 s. 72; *Porter*, 2004 s. 189–190). Foucault onkin osuvasti kyseenalaistanut usein väkivaltaisten varhaisten hoitomuotojen funktion – oliko kyse enemmän rangaistuksesta kuin hoidosta (*Foucault*, 2001 s. 168)? Pinelin jalostama moraalihoido oli tietoinen vastaveto yleisesti käytetyille lääketieteellisille

hoitotoimenpiteille parempien tulosten toivossa (*Pinel*, 1806 s. 3–6; *Harris*, 1989 s. 7; *Goldstein*, 1987 s. 80–119).

Moraalihoito oli kansanparantajien tietotaidon ja filosofis-medikaalisen tietoteorian synteesi. Luonnontieteiden ja somaattisen lääketieteen vaikutus näkyi erityisesti potilaiden ja heidän oireidensa luokittelussa ja jatkuvassa tarkkailussa. Synteesin toinen puoli konkretisoitui potilaan ja hoitavan lääkärin vuorovaikutuksessa, jossa lääkärin auktoriteettiasema ja toisaalta lepyttelevä ja lohduttava asenne juonsi juurensa maallikoiden tavasta kohdata ja auttaa mieleltään järkkyneitä. Pinel ei väittänyt kehittäneensä hoidon periaatteita itse, vaan totesi osan hoidon lähtökohdista olevan peräisin jo antiikista. Hän mainitsi lisäksi useiden englantilaisten lääkäreiden kirjoittaneen aiheesta ennen häntä (*Pinel*, 1806 s. 3–6; 48–51 ja 220–222; *Castel*, 1988 s. 69; *Goldstein*, 1987 s. 65–66).

Goldstein kutsuu moraalihoitoa puoskaroinnin tieteellistämiseksi, jossa mielenvikaisuuden hoitamiseksi huomio kiinnitetään mielikuvitukseen, sisäsyntyisiin passioihin, sosiaaliseen ympäristöön sekä tilastoihin ja matematiikkaan (*Goldstein*, 1987 s. 89–103). Pinel esittelee käyttämiään hoitomuotoja pääteoksessaan tapausesimerkkien kautta (*Pinel*, 1806 osa II). Rutiinin ja järjestyksen merkitys paranemisen edistäjänä korostuu, ja siirtymä väkivaltaisista ja fyysisistä hoidoista oveluuteen ja lääkärin henkiseen yliotteeseen potilaasta on ilmeinen. Esimerkiksi kuuluisa kuvaus mieleltään järkkyneen kellosepän tapauksesta antaa hyvän kuvan pineliläisestä nokkeluuteen ja henkisiin keinoihin perustuneesta menetelmästä (*Pinel*, 1806 s. 68–72 ja 99–101). Ero yleisessä lääketieteessä tapahtuvaan muutokseen on huomattava. Esimerkiksi ensyklopedistit pitivät ruumiinavausten tekemistä ja ihmisen fysiologian yksityiskohtaista tuntemista välttämättömänä osana valistunutta lääketiedettä (*de la Fosse*, 2003 s. 876–890). Edellä myös todettiin, että lääkäreiden mielenkiinto mielenvikaisuuteen kasvoi 1700-luvun puolivälistä lähtien hulluuden selitysten kiinnittyessä ihmisen fysiologiaan esimerkiksi hermostollisten tai muiden poikkeavuuksien kautta. Pinelin näkemyksen mukaan hulluus johtui usein kuitenkin passioista, joiden empiiristä, fyysistä luonnetta oli vaikea, jollei mahdoton havaita. Näkökulmastaan johtuen Pinel painotti oireiden tutkimista ja tarkkailua sen sijaan, että olisi yleisen lääketieteen kehityssuuntausten mukaisesti siirtynyt oireiden kategorisoinnista syiden etsimiseen esimerkiksi ruumiinavauksin (*Pinel*, 1806 s. 3, 113–114 ja 134; *Castel*, 1988 s. 88–90; *Charland*, *Hist. Psychiatry* 2010 s. 40–41). Yhdistettynä erikoistumiseen, jota alkoi lääketieteessä tapahtua 1800-luvun alkupuolella (*Goldstein*, 1987 s. 149–150), Pinelin mentaalista näkökulmaa painottava psykiatria

alkoi muodostua omaksi, somaattisen lääketieteen haaroista teorialtaan ja tietopohjaltaan eroavaksi tieteenalaksi (Castel, 1988 s. 87–88).

3.2.4 Ranskalainen mielisairaalalaitos

Mielisairaalalaitosta piti tehostaa moraalihoidon ideaalien täysimääräiseksi toteuttamiseksi. Hulluudelle varatun tilan uudelleenorganisointi oli ensimmäinen askel kohti uutta mielisairaanhoidtoa. Hôpitalin rakennuksissa ja instituutioissa vallinnut sekasorto ei täyttänyt Pinelin ja myöhemmin Esquirolin edellyttämiä eristämisen, erottelun ja arvioinnin vaatimuksia (Pinel, 1806 s. 3–5 ja 174–175; Castel, 1988 s. 70–72; Esquirol, 1845 s. 74–78). Säilöönoton funktio muuttui pineliläisen ideologian myötä. Aikaisemmin suojaa hulluilta kaipasi yhteiskunta, jonka rationaalista sopimusta mielenvikainen ei allekirjoittanut. Uuden lähestymistavan perustelut liittyivät puolestaan lunaatikon suojaamiseen yhteiskunnalta. Asyyllilaitokseen eristäminen oli henkilön omaksi parhaaksi, sillä näin hän pääsi eroon ulkomaailman hulluutta ruokkivista impulsseista (Esquirol, 1845 s. 73–75; Castel, 1988 s. 73; Edington, CBMH 1994 s. 383).

Yksilönvapautta ihannoivassa yhteiskunnassa mielenvikaisuus ja järjetömyys käänsivät arvot pääläelleen; säilöönotosta tuli terapeutin ja inhimillinen välttämättömyys. Hulluus ilmeni sosiaalisessa ympäristössä, jossa mielenvikainen ei käyttäytynyt yhteiskunnan luonnollisten sääntöjen mukaan. Valvonnan tarkoituksena oli tunnistaa ”patologiset merkit ja eroavuudet sosiaalisesti säännelystä käyttäytymisestä” – mielisairaus sai siis sosiaalisen määritelmän, jonka mukaan hulluus on palautettava normaalin moraliteetin piiriin sairauden hoitamiseksi (Castel, 1988 s. 73–74 ja 97–104). Pinelin mielisairaalat olivat Foucault’n mukaan instituutioita, joiden tarkoituksena oli luoda harras, kvasiuskonnollisten puitteiden rajaama ympäristö. Koska asyyllit asettuivat samalle temporaaliselle ja moraalille jatkumolle valistuksenajan yhteiskunnassa, uskonnollinen ikonografia ja teesit korvautuivat hyveellisyyden, työnteon ja tavallisen sosiaalisen elämän päämäärillä (Foucault, 2001 s. 243–244).

Valistuksen perintönä saatua porvarillista mentaliteettia edistämään tarvittiin mielisairaalan johtaja, joka yhtäältä toimi lääkärinä ja toisaalta hallinnoijana. Moraalihoito, joka sopi erinomaisesti vallankumouksen jälkeiseen maailmankuvaan rationaalisenä, inhimillisenä ja oikeudenmukaisena parannuskeinona (Goldstein, 1987 s. 105–109), legitimoiti mielisairaalan johtajan roolin hullujen hoitajana. Foucault esittää, että tieteellisyyden ja humaaniuden nimissä tapahtuva lääkärin interventio oli vain väliintulo, jossa yhteiskuntasopimuksen hylännyt mielisairas pakotetaan kohtaamaan

moraalisesti yliverlainen olento, joka samanaikaisesti omaksui niin tiedemiehen kuin isän ja tuomarinkin roolit (*Foucault*, 2001 s. 256–259). Moraalihoito yhtäältä tieteellisenä ja toisaalta puoskarien sekä kansanparantajien perimätiedon varaan perustuvana paradigmana loi yhtenäisen perustan kaikille näille rooleille. Samalla se teki lääkäristä ”viisaan miehen” (*Foucault*, 2001 s. 257) – ainoan oikean mielisairauden ja hulluuden määrittelijän, jonka tehtävänä on häivyttää porvarillisen moraliteetin kilpailija, ”epäjärki”.

Hulluuden medikalisoituessa siteet hallintokoneistoon muuttivat muotoaan, mutta kytkösten purkautumisesta puhuminen olisi liioittelua. Lääketieteen ylivalta järjettömyydestä perustui parantamisen ja terapeuttien hoitojen diskurssiin, joka sai positiivissävytteisen sisältönsä aikakaudella vallinneesta rationaalisuuden ja tieteellisyyden ilmapiiristä. Tähän samaan rationaalisuusprojektiin kuului myös psykiatrian integroiminen yhä vahvemmin valtiokoneistoon. Kehityskaari huipentui vuonna 1838 säädettyyn lakiin, jossa tunnustettiin mielenvikaisten ”oikeus apuun ja hoitoon” (*Castel*, 1988 s. 3 ja 14). Laki koski sekä harmittomia lunaatikkoja että rikoksia tehneitä, mutta rikosoikeudellisen vastuun ulkopuolelle jääviä mielipuolia. Castelin sanoin, mielenvikaisten kohtelu ajautui hallinnollisesta organisoinnista lääketieteellis-moraaliseen kontrolliin (*Castel*, 1988 s. 78 ja 187).

3.3 Katsaus englantilaisen psykiatrian ja mielisairaalalaitoksen kehitykseen

Ranskalainen psykiatria ei kehittynyt tyhjiössä, vaan sekä Pinel että Esquirol kävivät tieteellistä vuoropuhelua muun muassa englantilaisten kollegoidensa kanssa. Vaikka ranskalaiset 1700-luvun lopun alienistit loivatkin pääosin pohjan modernille psykiatialle, myös Englannissa tapahtui muutoksia samoihin aikoihin hulluuden hallinnoinnissa. Sekä psykiatrinen lääketiede että mielisairaalalaitokset olivat reformien kohteena 1700–1800-luvuilla.

Lääketieteellisellä fysikalismilla oli suuri vaikutus englantilaiseen psykiatriaan. Toisin kuin Pinel, jonka kiinnostuksen kohde oli pääasiassa sairaan henkilön mieli, englantilaiset alienistit painottivat fyysisiä ilmiöitä mielen ongelmien taustalla (*Smith*, 1981 s. 40–43). Kyse oli eräänlaisesta kartesiolaisen interaktiivisen dualismin variaatiosta, jossa ruumis nähtiin koneena, jonka mekaniikassa tapahtuvat muutokset vaikuttivat mielen toimintaan (*Brown*, 1985 s. 46–51). Smith toteaa, että brittiläisen psykologian kenttä 1800-luvulla oli niin monisyinen, että yleistä johtopäätöstä domi-

noivasta teoriasta on hankala esittää. Kaksi olennaista suuntausta olivat kuitenkin frenologia ja neurofysiologia, joihin englantilaiset alienistit nojasivat hulluuden syiden kuvauksissa. Frenologisten selitysten mukaan aivot ja mieli olivat jakaantuneet erilaisiin lohkoihin, joista jokaisella oli omat tehtävänsä, ja joiden vahingoittuminen johti erilaisiin psykologisiin sairauksiin. Neurofysiologia puolestaan perustui mielenliikkeiden vertaamiseen ruumiin automaattisiin refleksiin. Mielenvikaisen käyttäytymisen oli seurausta hermoston väärinkytkenästä, joka kanavoi sisäiset ja ulkoiset impulssit päättömältä vaikuttavaan toimintaan. Smithin mukaan frenologia tarjosi teoreettisen ja diskursiivisen sillan fysikalismin ja psykologisten selitysten välille luomalla sanaston, joka sopi niin somaattisen lääketieteen kuin psykologisenkin tiedon käyttöön. Toisaalta neurofysiologia selitti viktoriaanisen itsehillinnän ihanteen vastaista toimintaa, jossa järjen hallittavissa oleva tahto korvautui mekaanisella automatiikalla (*Smith*, 1981 s. 40–46 ja 56).

Brittiläinen mielisairaalarjestelmä poikkesi ranskalaisesta, julkisten sairaaloiden dominoimasta mielenterveydenhuollon kentästä yksityisten laitosten yleisyyden johdosta (*Porter*, 2004 s. 135–150). Mielenvikaisten hoidon muutos oli kuitenkin samansuuntainen ranskalaisen asyytilaitoksen 1700-luvun lopun reformien kanssa.

Bethlemin mielisairaala oli tunnettu epäinhimillisistä oloistaan ja ”friikisirkuksesta”, jota ulkopuoliset saivat käydä viikonloppuisin katsomassa pientä maksua vastaan. Mielikuvat täynnä kauhuja olevasta mielisairaalasta, jossa potilaita hoidetaan lähinnä kidutusta muistuttavin keinoin, on paljon velkaa juuri kuvauksille 1600- ja 1700-lukujen Bethlemistä. (esim. *Scull*, 2006 s. 55–56) Vaikka laitokseen ei hyväksytty niin kutsuttuja ”parantumattomia hulluja” (*Porter*, 2004 s. 128–130), on Allan Ingram kuvannut Lontoossa sijainnutta sairaalaa paikaksi, johon potilaan kerran päädyttyä ei paluuta entiseen ollut (*Ingram*, 2002 s. 147–148). Lunaatikkojen välinpitämättömästä ja osittain sadistisestakin kohtelusta järkyttynyt William Tuke (1732–1822) perusti vuonna 1777 The York Retreat -nimisen mielisairaalan, joka hyödynsi moraalihoidon periaatteita. Toisin kuin Pinen maallisessa laitoksessa, Tuken menetelmät johtivat juurensa tiukan uskonnollisesta kveekarimoraalista, jossa kahleiden sijaan jumalanpelko ja mielenvikaisten humaani kohtelu olivat avainasemassa. Myös York Retreatissa lähtökohtaisesti luovuttiin väkivaltaisista hoitokeinoista, ja järjestyksen ylläpitämiseksi potilaat jaettiin tarkasti rajattuihin ryhmiin. Tuken johtama laitos heijasteli idyllistä perhe-elämää, jossa mielenvikaiset olivat lasten asemassa isällisen johtajan valvonnassa (*Foucault*, 2001 s. 231–232 ja 241; *Scull* 1991 s. 120–121).

Toinen merkittävä viktoriaanisen ajan reformisti, John Conolly (1794–1866), oli alienisti, joka nuorena lääkärinä alkujaan vastusti ”mielisairaala-liikettä”, mutta josta elämänsä loppupuolella tuli liikkeen vaikutusvaltaisimpia puolestapuhujia. Conolly muistetaan erityisesti ajastaan Hanwellin mielisairaalan johtajana, jolloin hän poisti sairaalan käytöstä kaikki fyysiset pakkokeinot, kuten kahleet ja pakkopaidat. Hänestä tuli viktoriaanisen ajan symboli, joka rauhallisuudellaan ja esimerkillisyydellään vetosi aikalaisiinsa korvaamalla rankat fyysiset hoitokeinot inhimillisellä suhtautumisellaan hulluihin. ”Uhrautumalla” mielisairaiden puolesta asumalla heidän kanssaan sekä hoitamalla heitä rauhallisesti ja itsevarmasti Conolly edusti aikakautensa ihanteita, joissa korostettiin itsehillinnän ja edistysellisuuden arvoja (Scull, 1985 s. 120–124).

3.4 Hulluus – vähentynyt ymmärrys vai turmeltunut tahto?

Pinelin ja hänen oppilaidensa vaikutus ei jäänyt vain moraalihoidon kehittämiseen ja mielisairaalalaitoksen tehostamiseen. Olennessaan linkki psykiatrian ja rikosprosessin välillä syntyi Pinelin haastaessa vallalla olleen lockelaisen näkemyksen hulluuden luonteesta.

Lockelle hulluus oli kokonaisvaltaista. Aistimukseen perustuva tieto johti mieleltään järkkyyneen johdonmukaisesti täydellisesti väärään ymmärrykseen maailmasta (*Eigen*, Med. Hist. 1991 s. 33). Kehittäessään moraalihoidon ja luokitellessaan hulluuden eri piirteitä Pinel tuli kuitenkin siihen tulokseen, että kaikki mielipuolet eivät olleet menettäneet järkeään täydellisesti. Näistä henkilöistä ei päällepäin näkynyt, että heidän mielessään oli jotain vialla. Heidän ”ymmärryksensä” ei välttämättä ollut vähentynyt eivätkä he hourailleet, mutta heillä oli taipumusta väkivaltaisiin ja mielettömiin kohtauksiin. Pinel totesi, että kyse ei siis voinut olla sellaisesta kokonaisvaltaisesta hulluudesta, jota Locke kuvasi, vaan näissä tapauksissa jokin muu mielen osa kuin ymmärrys oli vahingoittunut (*Pinel*, 1806 s. 13–14 ja 150–156). Tällainen mielisairaus oli erilaista, epätäydellistä hulluutta, jota sen nimikin *manie sans délire* (mania ilman harhoja) hyvin kuvaa. Ero aikaisempaan oli suuri, sillä lockelainen näkemys ei tuntenut tunteisiin tai tahtoon perustuvaa ”impulsiivista” hulluutta. Kyse oli aina koko mielen ja erityisesti ymmärryksen – mielen älyllisten ominaisuuksien – vääristymästä.

Oppia epätäydellisestä hulluudesta jalosti Esquirol, jonka kehittäämä monomaniadiagnoosi loi pohjan uuden psykiatrisen asiantuntijatiedon hyväksikäytölle tuomioistuimissa. Esquirol jaotteli monomanian kolmeen

erilaiseen muotoon, joille yhteistä oli ajatusten fiksoituminen yhteen tiettyyn asiaan. Ensimmäistä muotoa Esquirol kutsui intellektuaaliseksi monomaniaksi, johon liittyi lockelaisen näkemyksen mukainen harhojen ja illuusioiden maailma. Toinen ja kolmas muoto poikkesivat olennaisesti tästä maallikonkin helposti hahmottamasta hulluudesta. Monomania saattoi jaottelun mukaan olla myös affektiivista tai vaistonvaraista. Irrottamalla diagnosoissaan monomanian kokonaan ymmärryksen vioittumisen kentästä ja käsittelemällä hulluutta tunteiden ja impulssien häiriöinä Esquirol kehitti edelleen Pinelin luonnostelemaa älykkyydestä riippumatonta tahdon ja halujen sairautta (*Esquirol*, 1845 s. 320–321; *Goldstein*, 1987 s. 153; *Harris*, 1989 s. 6). Uutta psykiatrista kategoriaa ei otettu vastaan kriittikittä. Merkitsihän siirtyminen objektiivisesta ja näkyvästä älykkyyden arvioinnista tunteiden ja halujen määrittelyyn loikkausta diagnosoista moraaliseen arvosteluun. Kriitikki kohdistui yhtäältä siihen, että kaikki erikoiset halut ja piirteet voitiin näin kuvata sairautena, ja toisaalta siihen, että hulluuden saattoi tunnistaa vain psykiatri, mikä ei ollut maallikoiden käsityksen mukaista (*Goldstein*, 1987 s. 163–164 ja 170–171; *Smith*, 1981 s. 32 ja 37; *Eigen Law Soc. Rev.* 1999 s. 426). Ranskalaisista alienisteista pisimmälle meni Esquirolin oppilas Étienne-Jean Georget (1795–1828), joka vuonna 1825 esitti, että sairaudesta on olemassa erityinen muoto, jossa monomaanikon *idée fixe* on tappaminen (*monomanie homicide*) (*Goldstein*, 1987 s. 165–166). Muiden monomaanikoiden tapaan murhanhimoisesta monomaniasta kärsivä ei välttämättä ollut ymmärrykseltään rajoittunut, vaan saattoi jopa kauhulla paheksua ja katua tekojaan, muttei sairauteltaan voinut mitään sisäisille impulsseilleen ja haluilleen (*Esquirol*, 1845 s. 362–364).¹⁷

Esquirolin ja Georget'n englantilaiset kollegat James Cowles Prichard (1786–1848) ja John Conolly kehittivät samoihin aikoihin teoriaa osittaisesta hulluudesta. Viittauksia puolin sekä toisin löytyy kaikkien näiden neljän töistä. Prichardin ”moraalinen hulluus” (*moral insanity*) vastasi pääpiirteissään Esquirolin monomaniaa osittaisena hulluutena, jossa muuten järjissään oleva henkilö jonkin impulssin voimasta toteuttaa kauhistuttavan teon tai tekee rikoksen ilman näkyvää motiivia. Ajatuksena on, että niin moraalisen hulluuden kuin monomaniankin kanssa painiva henkilö on täysin järjissään silloin, kun hän käsittelee mitä tahansa muuta asiaa kuin sitä, johon hänen ajatuksensa ovat fiksoituneet. Esquirolin näkemykseen liittyi aina jonkinlainen ymmärryksen vioittuminen, mutta Prichard puolestaan

¹⁷ Esquirol viittaa mm. Georget'n tutkimukseen, *Georget*, 1825 esim. s. 72–78.

kuvasi moraalisen hulluuden sosiaalisena ”sairautena”, jonka keskiössä on yksilön suhde häntä ympäröivään sosiaaliseen maailmaan (*Prichard*, 1835 s. 22 ja 27; *Augustein*, *Med. Hist.* 1996 s. 314 ja 336–337). Termillä ”moraali” oli Rimken ja Huntin mukaan 1800-luvun lääketieteessä ja psykologiassa kolmeen osaan jakautuva luonne. Yhtäältä moraalin käsitettä käytettiin kuvaamaan henkilön psyykkistä ja tunnepohjaista sielunelämää. Toisaalta termillä viitattiin myös henkilöiden eettiseen ja ”sopivaan” yhteiskunnalliseen käyttäytymiseen. Käsitteen kolmas ulottuvuus liittyi ajatukseen ihmisestä osana sosiaalista kokonaisuutta. Moraali viittasi siten myös henkilön toimintaan suhteessa muihin henkilöihin (*Rimke – Hunt*, *Hist. Hum. Sci.* 2002 s. 71). Prichard ei ”moraalisen hulluuden” käsitteellään pyrkinyt määrittämään normatiivisesti yhteiskuntaan sopivaa eettistä koodistoa siitä huolimatta, että hän näki taudinkuvansa johtuvan osittain yhteiskunnan alennustilasta. Prichardille kyse oli mieleen redusoitavista ominaisuuksista, joissa tunteiden ja tahdon ”sairaaloinen vääristymä” oli avainasemassa älykkyyden sijasta (*Prichard*, 1835 s. 6; *Smith*, 1981 s. 113–114; *Augustein*, *Med. Hist.* 1996 s. 340–341, 314 ja 331–332). Conolly puolestaan käsitteli mielen ”vertailevaa kykyä”, joka hämärtyi passioiden ottaessa rationaalisen järjen valtaansa, minkä jälkeen henkilöä ohjasi vain hänen viettinsä, esimerkiksi pelko tai viha (*Conolly*, 1830 s. 225–228; *Eigen*, 1998 s. 77).

Hulluuden transformaatiolla kokonaisvaltaisesta ymmärryksen puutteesta tunteiden ja tahdon perversioksi oli kauaskantoiset vaikutukset yhteiskunnalliseen työnjakoon. Mielisairauden kieli sopi hyvin vallankumouksenjälkeiseen ranskalaiseen yhteiskuntaan, jonka tuoreessa muistissa oli niin inhimillisyyden ja rationaalisuuden riemuvoitto kuin terrorin aikakauden kauhutkin. Kuvaus passioiden ohjaamasta ihmismielestä toimi yhtäältä moraalissävyytteisenä apologiana sekä toisaalta järkeen ja uusimpaan tieteeseen perustuvana selityksenä. Englannissa viktoriaanisen aikakauden mentaalinen kenttä nojautui puolestaan vapaan tahdon mukanaan tuoman vastuullisuuden ihanteeseen (*Smith*, 1981 s. 72–73; *Eigen*, 1999 s. 437). Passioiden yliote tahdosta oli suora haaste yhteiskunnalle, jossa arvostettiin erityisesti itsehillintää. Alienistien käyttämät kielikuvat operoivat viktoriaanisen viitekehyksen sisällä mielisairauden kyseenalaistaessa aikakauden perusoletukset.

3.5 Yhteenvedo

Mielenterveyden käsite kävi 1700- ja 1800-lukujen aikana moniulotteisen muutoksen, jonka vaikutukset eivät rajoittuneet pelkästään lääketieteeseen. Halusin kuvata luvussa niitä tasoja, joilla hulluuden, epäjärjen, mielisairauden ja neurofysiologisten häiriöiden määritelmät toimivat eri konteksteissa. Yhtäältä kyse oli siitä, että lääketieteen kehitys kaappasi aikaisemmin vähintäänkin osittain sosiaalisina, uskonnollisina tai maagisina pidetyt ilmiöt omien menetelmiensä piiriin. Toisaalta kyseessä oli myös hallinnollinen murros, jossa sosiaalisen vuorovaikutuksen kentässä ilmenevä ongelma redusointiin hallinnollis-lääketieteellisten toimenpiteiden kohteeksi. Ilmiöt kuvaavat ideologista siirtymää, jossa tieteen ja inhimillisyyden päämäärät syrjäyttivät kilpailevat sosiaaliset uskomus- ja kontrollijärjestelmät.

Hulluus muuttui Pinelin ja hänen kollegoidensa myötä mielettömyydestä joksikin hallittavaksi – sairaudeksi, jonka luonnollinen asiantuntija oli lääkäri. Moraalihoito antoi opillisen viitekehyksen parantajalle, jonka asema perustui yhtäältä rationaalisuuden ja humanismin ideaalien noudattamiseen sekä toisaalta tiukkaan kontrolliin, tarkkailuun ja auktoriteettiin. Monomanian ja osittaisen hulluuden kategoriat loivat ekspertin, jonka rooli yhteiskunnan moraalinvartijana oli kiistaton mielipuolen pinnalta heijastuvan järjettömyyden kadotessa mielisairaana sisäisiin myrskyihin. Psykiatrian piti kuitenkin vielä rajata ja legitimoida käsittelemiensä ilmiöiden kenttä suhteessa muihin yhteiskunnallisiin instituutioihin ja tiedon systeemeihin.

4 MIELISAIRAUDEN ASiantuntijat RIKOSPROSESSISSA

Sidon tässä luvussa yhteen edellisissä luvuissa esittelemäni historialliset narratiivit. Väitän, että lainopin ja yleisten tiedon systemien (knowledges) ohelle rikosprosessiin syntyi tila uudenlaiselle asiantuntijatiedolle – tiedolle sellaisista ihmisen mielenliikkeistä, joista vain ammattilainen voi olla perillä. Luku jakaantuu kolmeen osaan, joista ensimmäisessä käsittelen yleisesti professionalisoitumista, joka osittain selittää psykiatrian paikkaa rikosprosessissa. Kaksi jälkimmäistä osaa sitovat professionalisoitumisteorian käytäntöön yhtäältä kuvauksin rikosprosesseista ja toisaalta tapausesimerkein.

4.1 Mitä asiantuntijuus on ja miten professionalisoituminen tapahtuu?

Tiedeyhteisö ei ole muodostanut yhtä oikeaa professionalisaation määritelmää (Abbott, 1988 s. 3–9). Abbott painottaa professioiden keskinäistä vuorovaikutusta, järjestelmää, jossa eri ammattiryhmät kilpailevat ja neuvottelevat toimivallasta tiedon tuottamiseen ja kontrollointiin (Abbott, 1988 s. 33, 59, 86–90). Professionalisoitumiskehitystä on kuvattu myös esimerkiksi marxilaisittain. Tällöin kyse on dialektisesta mallista, jossa huomio kiinnittyy erityisesti profession sisäisiin luokkaeroihin dominoivan, pitkälle koulutetun ”professioeliitin” ja käytännön työn tekevän ammattilaisen välillä (Boreham, Sociol. Rev. 1983). Otan analyysini lähtökohdaksi Abbottin professiojärjestelmän, joka selittää sitä tapaa, jolla psykiatria valtasi itselleen osan rikosprosessissa. Teoria edustaa kokonaisvaltaista, synteettistä näkemystä ammattimaistumiskehityksestä ja antaa hyvän viitekehyksen juridiikan ja psykiatrian rajapintojen rinnakkaisarvioinnille. Erityisesti psykiatrian roolista rikosprosessissa ovat kirjoittaneet Arlie Loughnan, J. P. Eigen, ja Jan Goldstein joiden ajatuksista olen ottanut viitteitä. Toisaalta Foucault’n ja hänen oppilaidensa valta-analyysit ovat myös osana asiantuntijan roolin arviointia.

Abbottin kehittämän synteesiteorian mukaan asiantuntijuus- ja ammattimaistumiskehitys ei tapahdu tyhjiössä, vaan kyse on valtataistelusta ammattiryhmien ja tietorakennelmien välillä. Huolimatta siitä, että Abbott ei teoksessaan viittaa Foucault’hon kertaakaan esipuheen anekdoottia lukuun ottamatta, yhtäläisyydet Foucault’n tieto/valta-ajatusrakennelman kanssa ovat selvät. Abbottin professionalisoitumisteoria tuntuukin lähes tieto/valtarakenteen konkretisoinnilta. Foucault kuvaa kuuluisassa tietoa ja valtaa käsittelevässä luentosarjassaan erilaisten tiedon systeemien välistä suhdetta, jossa historialliset ja kontekstuaaliset tosiseikat naamioidaan koherenteiksi tietojärjestelmiksi (Foucault, 1980). Abbottin esittelemä professioiden ”toimivaltariita” (Abbott, 1988 s. 86) näyttäytyy samanlaisena kamppailuna dominoivasta ajatusmallista erityisesti silloin, kun Abbott jäsentää tapaa, jolla professiot valloittavat uusia toimialueita.

4.1.1 Professionalisoitumiskehitys Abbottin mukaan

Ammattiryhmän ja profession eroa voidaan luonnehtia esimerkiksi Goldsteinin jaottelun mukaan, jossa professiolta vaaditaan jotakin enemmän kuin ammattiryhmältä, muun muassa sisäistä kontrollia ja palveluihannetta (Goldstein, 1987 s. 10–12). Muitakin vaihtoehtoja erottelun perusteiksi on

esitetty, esimerkiksi yhtenäistä koulutusta tai täydellistä monopolia alalla (*Abbott*, 1988 esim. s. 4–5).

Abbott määrittelee profession ryhmäksi, jonka jäsenillä on tietty taito ja tieto. Kyse on yhtäältä ammattitaidosta, jota tarvitaan työn suorittamiseksi, ja toisaalta abstraktista tiedosta, jonka avulla erilaiset ongelmat voidaan jäsentää ja luokitella siten, että ammattihenkilö voi valita työkaluistaan sopivimmat (*Abbott*, 1988 s. 5–8). Boreham on tehnyt vastaavan kahtiajaon abstraktiin tietotaitoon ja käytännön työhön. Hän kutsuu ensin mainittua tietorakennelmaa ”indeterminantiksi tiedoksi”, jonka rajat ovat häilyvät ja jonka karttumista sekä muutosta ohjaa profession sisäinen sosiaalinen rakenne. Jälkimmäinen tieto koostuu indeterminantista tiedosta käytännön työhön suodattuneesta, teknisestä ja rutiininomaisesta tiedosta. Professionsisäisen tiedon kaksijakoisuudesta johtuu, että myös profession sisällä tapahtuu luokkajako käytännön työn ja profession abstraktin tietopohjan kehittelyn välillä (*Boreham*, *Sociol. Rev.* 1983 s. 700–701).

Abbott esittelee teoksessaan professionalisoitumisesta erilaisia teorioita, joita yhdistelemällä hän päätyy yleiseen näkemykseen siitä, mitä termillä nykyään tarkoitetaan. Näkemyksen mukaan asiantuntija-ammattit (alasta riippumatta) kehittyvät kohti tietynlaista kulttuurista ja rakenteellista muotoa eli professiota. Ammattiryhmä saavuttaa tämän muodon argumentoimalla kulttuurin yhteisten arvojen, kuten tieteen, rationaalisuuden ja tehokkuuden kautta. Vaikka yleinen näkemys professionalisoitumiskehityksestä onkin vahva ja sen perustelut hyvät, voidaan näkemystä myös kritisoida. Näkemys olettaa professionalisoitumisen lineaarisen, ympäröivästä yhteisöstä ja muista ammattiryhmistä riippumattoman luonteen, jossa rakenteille annetaan suuri painoarvo käytännön työn merkityksen kustannuksella (*Abbott*, 1988 s. 9–20). Abbott puolestaan painottaa järjestelmässään juuri työtä ja professioiden keskinäisiä suhteita, ja sen vuoksi olenkin ottanut tämän teoreettisen viitekehyksen analyysini pohjaksi.

4.1.2 Työn merkitys

“The work now offered to the public, is the result of forty years’ study and observation. I have noticed the symptoms of insanity, and have studied the manners, habits, and wants of the insane, in the midst of whom I have passed my life. I have also tried the best modes of treatment. Confining myself to facts, I have arranged them according to their relations... and have avoided systems, which always appeared to me more seductive by their splendor, than useful in their application.” (Esquirol, 1845 s. XVII–XVIII.)

Lainaus Esquirolin pääteoksesta kuvastaa hyvin sitä, minkälainen arvo työllä on asiantuntijuudelle. Vuosikausien tutkimuksellinen ja käytännön työ Charentonin mielisairaalassa antaa Esquirolille asiantuntijan auktoriteetin. Kun Esquirol ja hänen oppilaansa työssään tarkkailivat ja kategorisoivat hulluutta, he muodostivat siitä lääketieteellisiä kokonaisuuksia, jotka järjestelmällisyydessään erosivat maallikoiden satunnaiseen kokemukseen perustuvasta tiedosta (*Esquirol*, 1845 s. 253–317; *Hacking* 1990, s. 65–70). Eigen noteeraa samanlaisen kehityskaaren myös englantilaisessa järjestelmässä. Juuri mielisairaaloiden johtajista, lääkäreistä ja apteekka-reista tuli käytännön työkokemuksen perusteella varteenotettavia todistajia rikosoikeudenkäynneissä, jotka koskivat syytetyn mielentilaa (*Eigen*, 1995 s. 120–122).

Abbottin synteositeoriassa professiot johtavat työtehtävänsä objektiivisista ja subjektiivisista faktoista ja ongelmista, joihin professio pyrkii antamaan ratkaisunsa. Objektiiviset ongelmat ja faktat ovat ilmiöitä, jotka säilyttävät ominaispiirteensä riippumatta siitä, minkälaisen ammatillisen viitekehysten kautta ne kuvataan. Professionien käsittelemät subjektiiviset ilmiöt syntyvät puolestaan tilanteissa, joissa ammattiryhmä esittää toimivaltavaatimuksensa kuvaamalla ongelman ammattiryhmän kielellä sellaiseksi, että se reagoi ryhmän työkaluihin (*Abbott*, 1988 s. 35–40). Tällainen ilmiö voi olla esimerkiksi epileptisessä kohtauksessa tajuttomana kouristeleva henkilö. Nykytiedon valossa epilepsia on pitkäaikaissairaus, joka saadaan usein kuriin oikealla hoidolla (*Kälviäinen*, 2010, s. 5). Kouristelu ja tiedontilan aleneminen ovat empiirisesti havaittavia tosiasioita. Somaattisen lääketieteen professio on löytänyt ratkaisun näiden fyysikaalisten reaktioiden hoitoon ja toisaalta perustelee toimivaltansa abstraktin, monta lääketieteen osa-aluetta kattavan tiedon sekä hoidon tehokkuuden avulla. Kyseessä on objektiivinen ongelma, jonka fyysisesti havainnoitava luonne (esim. kouristelu) ei katoa, vaikka kuvaisimme sen jonkin muun ammatti-

ryhmän näkökulmasta. Epilepsia voidaan kuitenkin konstruoida myös subjektiiviseksi ongelmaksi, jossa esimerkiksi uskonto tai psykologia selittää epileptisen kohtauksen pyhäksi kokemukseksi tai neuroottiseksi kohtaukseksi. Tällöin kyseessä on tilanne, jossa ammattiryhmä pyrkiessään saavuttamaan profession tason tai laajentaakseen toimialuettaan tekee toimivalta-vaatimuksen tarjoamalla omia selitysmallejaan ja työkalujaan ongelman ratkaisemiseksi. Epilepsian tapauksessa nämä selitysmallit eivät nykyään kelpaa, mutta vielä esimerkiksi Esquirol käsittelee epilepsiaa muiden mielisairauksien ohella, vaikkei suositakaan epileptikkojen samastamista muihin mieleltään sairaisiin (*Esquirol*, 1845 s. 145–170).

Profession työskentelytavat jakaantuvat kolmeen osa-alueeseen. Ensimmäinen vaihe on diagnoosi, jossa käsiteltävä ongelma kuvataan ammattiryhmän kielellä – vastaukset ongelmaan löytyvät ammattiryhmän sisältä, kunhan ongelman ratkaisu on delegoitu sopiville henkilöille. Seuraava vaihe on ongelman hoitaminen olemassa olevan tietotaidon pohjalta. Rutii-
nin puuttuessa siirrytään kolmanteen vaiheeseen, jossa ratkaisua haetaan päättelyn avulla profession teoreettisena perustana olevasta abstraktista tiedosta. Jos tapaukseen voidaan soveltaa olemassa olevaa tietotaitoa, profession toimivallan legitimiteetti vahvistuu, joskus jopa ilman hyviä tuloksia. Päättelyn vaikutus profession arvoaltaan on monimutkaisempi. Jos ammattiryhmän toiminta perustuu liiaksi yksinkertaisiin rutiinisuuorituksiin, profession toimivalta saattaa olla uhattuna, sillä suoritukset ovat helposti toistettavissa. Näin myös profession ulkopuoliset tahot voivat käyttää tietoa hyväkseen. Toisaalta, jos abstraktiota ja päättelyä on liikaa, voi olla, että ammattiryhmän legitimiteetti vaarantuu sen kautta, että toiminta näyttää ulospäin arvailulta ja salatieteeltä. Profession on siis löydettävä tasapaino liiallisen abstraktion ja rutiinitoimenpiteiden välillä. Abstrakti tieto linkittyy profession sisällä työhön akateemisen tiedon kautta. Maallikoiden silmissä hankalasti ymmärrettävät väitteet ongelman luonteesta jäsenyväät akatemian kautta kudokseksi, josta ammattihenkilöt voivat johtaa kulloiseenkin tilanteeseen sopivan ratkaisun (*Abbott*, 1988 s. 35–55).

Työllä on siten kaksoisrooli. Yhtäältä työ tarjoaa ekspertille materiaalia abstraktin tietonsa kartuttamiseksi ja teorioidensa vahvistamiseksi. Toisaalta ammattihenkilö kanavoi profession indeterminantin, kulttuurisia arvoja heijastelevan tiedon työn kautta objektiivisten ja subjektiivisten ongelmien ratkaisuiksi.

4.1.3 Toimivaltavaatimus

Abbottin professioiden järjestelmä perustuu ammattiryhmien kamppailuun toimivallasta. Kamppailu koostuu toimivaltavaatimuksista (claims to jurisdiction), joilla ammattiryhmät pyrkivät kuvaamaan subjektiivisia ilmiöitä oman käsitteistönsä kautta ja vahvistamaan sosiaalista kontrolliaan ilmiötyypistä (*Abbott*, Am Bar Found Res J 1986 s. 190; *Abbott*, 1988 s. 79). Malliin voidaan hyvin lisätä Borehamin kuvaus profession rakenteesta, jossa indeterminantin tiedon eräs funktio on juuri rajata – ja olla rajaamatta – toimivaltaa tarkasti, jotta professio voi laajentaa ja sopeuttaa sitä parhaaksi näkemällään tavalla (*Boreham*, Sociol. Rev. 1983 s. 697).

Professiot valtaavat toimivaltoja muilta ammattiryhmiltä, sillä vapaana olevia toimivalta-alueita ei ole. Kyseessä on ammattiryhmän abstraktin tietojärjestelmän uudelleenkalibrointi siten, että toiselle professiolle kuulunut tehtävä, esimerkiksi epileptikon hoito, kuvataan luontevaksi osaksi valtaavan ammattiryhmän toimivaltaa. Uudelleenkalibrointi voidaan toteuttaa redusoimalla ilmiö osaksi professiolle jo kuulunutta toimivaltaa, toisin sanoen, ilmiö diagnosoidaan valtaavan profession työkaluilla. Toimivaltavaatimus voidaan esittää myös kielikuvien keinoin, jolloin ammattiryhmä ulottaa omat abstraktit mallinsa koskemaan hallittavaa ilmiötä päättelyn avulla. Kolmas mahdollinen keino on antaa käytännönläheinen vastaus esiintyviin ongelmiin näyttämällä, että valtaavan profession hoitokeinot ovat tehokkaita ongelman ratkaisemiseksi (*Abbott*, 1988 s. 86 ja 98–101).

Jatkaen edellä esitettyä esimerkkiä, epileptinen kohtaaminen selitetään aivojen sähköimpulssien poikkeamaksi (*Kälviäinen*, 2010 s. 5–7), joka luontevasti kuuluu neurologian tutkimus- ja hoitokenttään ja siten lääkäriprofession toimivallan piiriin. Esimerkissä yhdistyy kaikki kolme valtaustekniikkaa. Yhtäältä redusoimalla epilepsian osaksi neurologiaa, joka on yksi lääkäriprofession erikoisaloista, lääketiede ottaa haltuunsa epilepsian sosiaalisen kontrollin. Toisaalta lääketiede myös esittää näyttöä hoitokeinonsa tehokkuudesta epileptikkojen terveydentilan kohenemiseen vedoten. Näiden lisäksi lääketiede on laatinut abstraktista tiedostaan mallin, jonka mukaan epilepsia johtuu poikkeavista sähköimpulsseista, ja siten kaapannut epilepsian myös kielikuvien tasolla itselleen. Näin esimerkiksi uskonnolliset selitykset epilepsiasta syntisen elämän kutsumana paholaisen vit-sauksena (*Nakken*, Tidsskr. Nor. Laegeforen 2011, s. 1294) ja papiston ammattikunta, saivat väistyä nykykulttuurin arvoja paremmin artikuloivan lääketieteen tieltä. On kuitenkin huomattava, että vaikka toimivallan kaappaus sisältää usein pyrkimyksen jonkin ongelman tai ongelmakentän täy-

delliseen hallintaan, näin ei aina tapahdu. Abbott mainitsee esimerkkinä tuloverotuksen, joka Yhdysvalloissa on jaettu lakimieskunnan ja tilintarkastajien toimivaltoihin (*Abbott, Am Bar Found Res J 1986 s. 191*). Tällaisia sopimuksia tai toimivallan rajoituksia useamman eri profession välillä löytyy muitakin, ja niiden muodot vaihtelevat asiantuntijaneuvonnasta tosiasialliseen toimivallanjakoon (*Abbott, 1988 s. 69–77*).

Toimivaltavaatimuksen sisällön ohella merkitystä on sillä, millä foorumilla valtaus perustellaan. Vaatimuksella ammattiryhmä pyytää yhteisöä tai yhteiskuntaa tunnustamaan ammattiryhmän kognitiiviset ja tiedolliset rakenteet antamalla sille yksinoikeuden kyseessä olevien ilmiöiden käsitteelyyn. Vaatimuksella voidaan pyrkiä vaikuttamaan kolmeen eri yleisöön – oikeusjärjestykseen, yleiseen mielipiteeseen tai työyhteisöön. Ammattiryhmä pyrkii valtaamaan tavoitellun toimivallan esimerkiksi vaikuttamalla lainsäädäntöön. Saavutetun muodollisen toimivallan murtaminen on hankalaa, sillä uusi toimivaltavaatimus tarvitsee lähtökohtaisesti menestyäkseen vahvan poliittisen tuen, joka konkretisoituu esimerkiksi formaalis-oikeudellisena lainsäädäntövaatimuksena. Yleiseen mielipiteeseen vaikuttaminen on helpompaa, ja usein erilaiset julkaisut, ammattiryhmien poliittiset ohjelmat tai muu materiaali onkin suunnattu laajalle yleisölle. Yleisen mielipiteen tuki on tyypillisesti muodollis-oikeudellisen toimivallan tunnustamisen perustana. Edellisistä yleisöistä poikkeava toimivaltavaatimusten vaikutuskenttä on Abbottin termin ”työpaikka”. Teoreettinen toimivaltavaatimuksen käsite vaihtuu työpaikalla eräänlaiseksi assimilaatioksi, jossa eri ammattiryhmät työskennellessään jatkuvasti keskenään imevät vaikutteita toisiltaan ja alkavat suorittaa toisilleen kuuluvia työtehtäviä. Työyhteisön sisällä koetaan, että toimivaltarajat ovat melko häilyviä, eikä toimivaltoja pidetä enää yksinomaisina. Maallikkoja kohtaan toimivallat esitetään kuitenkin hyvin tarkkarajaisina, jotta keskenään hyvin toimivat ammattiryhmät saisivat pitää jaetun toimivaltansa ilman muiden ammattiryhmien valtausyrittäjiä (*Abbott, 1988 s. 59–68*).

Abbottin järjestelmässä on siis kyse ryhmistä, jotka työn ja abstraktin tiedollisen rakenteen kautta vakiinnuttavat asemansa muiden ammattiryhmien joukossa tai laajentavat valtaansa muiden kustannuksella. Profession toimivat nimenomaan vuorovaikutuksessa keskenään, eivätkä tyhjiöissä, joissa jokaiselle olisi oma muista ammattiryhmistä ja intresseistä riippumaton lineaarinen kehityskaarensa. Profession keskinäinen kamppailu toimivallasta toimii moottorina jatkuvalla ammattiryhmien sisäiselle muutokselle, jossa pyrkimyksenä on vahvistaa toimivallan yksinomaisuutta ja laajentaa toimivallan piiriä. Institutionalisoituneet, pitkään voimassa olleet ja hyvin perustellut toimivaltarajaukset saavat samankaltaisen luonteen

kuin Foucault'n hegemoniset tietojärjestelmät, jotka selittäessään ympäröivää todellisuutta rajaavat myös ne ainoat kysymykset, joita siitä voi esittää (*Foucault*, 1980 s. 82–85).

Psykiatria pyrki rajaamaan toimivaltansa 1800-luvulla kolmella eri rintamalla. Ammattiryhmän toimintatavat vaihtelivat kilpailevista järjestelmistä riippuen lääketieteestä hallinnollisiin ja moraalis-juridisiin toimivaltavaatimuksiin. Aikaisemmissa luvuissa esitetyn mukaisesti somaattiseen lääketieteeseen verrattuna alienistit painottivat enemmän ihmisen mentaalista ja moraalista puolta. He edellyttivät erityisen koneiston – mielisairaalalaitoksen – luomista, joka mahdollistaisi hullujen hoitamisen ja parantamisen mahdollisimman tehokkaasti. Näissä laitoksissa juuri alienisteilla olisi luonnollisesti merkittävin rooli ja ylin päätäntävalta. Tämä ilmensi pyrkimystä vallata somaattiselta lääketieteeltä eräs osa-alue psykiatrian profession toimialueen piiriin kuuluvaksi. Mielisairaalalaitoksen avulla rajaa vedettiin myös yleiseen hallinto- ja kontrollikoneistoon. Psykiatria kaappasi hullujen hallinnon itselleen nojaten aikakauden sosiaalis-rationaalisiihin ihanteisiin ja perustelemalla toimivaltansa lääketieteeseen vedoten. Kolmas rintamalinja sijaitsi psykiatrian ja juridiikan välissä, jossa interdisiplinäärinen kilpailu oli näkyvässä roolissa muun muassa rikosoikeudellisen vastuun arvioinnissa. Valistuksenjälkeiset prosessuaaliset muutokset rikosoikeudessa avasivat tilan psykiatrisille argumenteille sekä Englannissa että Ranskassa.

4.2 Asiantuntijat rikosprosessissa

Muinaisissa yhteisöissä lääketieteen, uskonnon ja juridiikan rajapinta oli häilyvä, ja nykyään irrallisilta tuntuvat tieteenalat olivat kietoutuneet toisiinsa (*Swaenepoel*, PELJ 2009, s. 126–127). Tiedetään, että lääketieteen eksperttejä kuultiin oikeudessa jo huomattavasti ennen roomalaisen oikeuden kodifikaatioita esimerkiksi Egyptissä. Samoin juutalaisessa perinteessä lääketieteen asiantuntijoita hyödynnettiin jo 300–400-luvuilta lähtien. Roomalaisen oikeuden myötä myös muita asiantuntijoita alettiin kuulla teknisten kysymysten selvittämiseksi. Imperiumin hajottua asiantuntijoiden käyttö prosesseissa väheni, ja vasta roomalais-kanonisen oikeuden renessanssin myötä jumalantuomiot ja monet muut uskonnolliset elementit väistyivät rikosprosessista sekä mantereella että Englannissa (*Taylor*, 1996 s. 184–185).

Vaikka asiantuntijoita oli kuultu jo aikaisemmin erilaisissa siviili- ja perheoikeudellisissa asioissa, ei heillä yksittäistapauksia lukuun ottamatta

ollut merkittävää asemaa sen paremmin mannermaisessa kuin englantilaisessaakaan systeemissä. Asiantuntijoita alettiin hyödyntää täysimääräisesti sekä romaanis-germaanisessa että common law -prosessissa vasta 1700-luvun lopulta lähtien. Ennen kaikkea kyse oli lääketieteellisistä asiantuntijatodistuksista.

4.2.1 Englanti

Englantilaisessa järjestelmässä lääketieteen asiantuntijoiden roolin muutos liittyi adversariaalisen prosessin kehitykseen. Koska varhainen rikosprosessi ei tuntenut tiukkoja todistussääntöjä, todisteiden arviointi oli vähäistä eikä perusteluja tuomioille annettu (*Landsman*, 1995 s. 134). Jos asiaan liittyi monimutkaisia teknisiä seikkoja, tuomioistuimella oli kaksi mahdollisuutta asiantuntijoiden käyttöön. Valamiehistö saatettiin koota oman alansa asiantuntijoista tai tuomioistuin saattoi kutsua asiantuntijan lausumaan jostain teknisestä asiasta. Näyttöä siitä, että asiantuntijoita käytettiin esimerkiksi hoitovirheasioissa, on jo 1200-luvulta, ja vuonna 1554 eräs tuomari painotti, että asiantuntijatiedon hyväksikäyttö on yleinen, hyvä ja kunnioitettava piirre englantilaisessa järjestelmässä. Asiantuntijan rooli erosi kuitenkin huomattavasti siitä, minkälaisena me sen tunnemme. Heidän tehtävänään oli antaa tuomioistuimelle neuvoja teknisistä kysymyksistä, mutta he eivät tuottaneet valamiehistön arvioitavaksi tarkoitettua todistusmateriaalia tai ottaneet kantaa osapuolten väitteisiin (*Landsman*, 1995 s. 134). Valamiehistön tehtäväksi jäi edelleen arvioida väitteiden totuudellisuus (*Taylor*, 1996 s. 186).

Adversariaalisen prosessin yleistyttyä pääasialliseksi rikosprosessimuodoksi 1780-luvulle tultaessa, asiantuntijan rooli alkoi vastata sen nykyistä muotoa, asiantuntijatodistelua. Siirtymä tuomioistuimen neuvonantajasta oikeudenkäynnin osapuolten todistajaksi liittyi common law -järjestelmän laajempaan muutokseen, jossa asianajajien käyttö ja todistajien kuulustelu alkoivat olla merkittävä osa tuomioistuinmenettelyä (*Landsman*, 1995 s. 139; *Rudolph*, 2013 s. 97–98). Tieteellinen rationalismi sai merkittävän roolin päivittäisessä rikosoikeudenhoidossa, kun molemmat osapuolet marssittivat empiirisiin tutkimuksiin vetoavia asiantuntijoita todistamaan puolestaan (*Rudolph*, 2013 s. 98–101). *Landsman* kuvaa muutosta ”asiantuntijoiden kamppailuksi”, jossa osapuolten todistajat alkoivat käydä tieteellistä debattia tuomioistuimissa, mikä puolestaan johti muun muassa lääketieteellisen argumentaation ja todistelun hiomiseen parempien oikeudellisten lopputulosten toivossa. Tämä todistelumalli, jossa ristikuulustelu

ja vertailtavat asiantuntijatodistukset ovat menettelyn keskiössä, on voimassa edelleen (*Landsman*, 1995 s. 140–145).¹⁸

4.2.2 Ranska

Ranskalaisessa oikeusjärjestelmässä asiantuntijatodistelun lisääntyminen liittyi legaaliseen todistusteoriasta luopumiseen ja tuomarin rinnalla toimivan valamiesjärjestelmän käyttöönottoon. Vuoden 1808 rikosprosessisääntöön sisällytettiin tutkintavaiheen salainen luonne, johon kuului muun muassa oikeusavun epääminen epäillyltä kuulusteluvaiheessa. Epäilty ei kuulustelujen yhteydessä myöskään saanut tietoonsa syytteen sisältöä, syytettä tukevia todisteita ja muita tapaukseen liittyviä asiakirjoja, ellei tutkiva tuomari paljastanut niitä. Esitutkintavaiheeseen tehtiin merkittäviä muutoksia vasta 1800-luvun loppupuolella, ja syytetyn asema paranikin lähinnä *cour d'assisesissa* (ranskalainen rikostuomioistuin) järjestetyissä oikeudenkäynneissä (*Garner*, Yale L. J. 1916 s. 257–258 ja 262). Vallankumouksen yhteydessä laaditut lait mahdollistivat asianajajan käytön tuomioistuimessa ja antoivat syytetyille oikeuden saada tietoonsa syyttäjän esittämät todisteet (*Ploscowe*, 1932 s. 377 ja 385).

Siviiliprosessissa oikeus asiantuntijan tekemään tarkastukseen oli kodi-
fioitu jo vuoden 1667 siviiliprosessilaissa (*Engelmann*, 1927, s. 719). Rikosoikeuteen ei kuulunut vastaavasti kodifioitua asiantuntijaelementtiä ennen vuoden 1808 rikosprosessisääntöä, jossa säädettiin syyttäjän velvollisuudesta käyttää apunaan lääketieteellisiä asiantuntijoita rikosten selvittämisessä erityisesti, jos kyse oli kuolemantapauksista. Asiantuntijoiden piti antaa vakuutus siitä, että heidän todistuksensa ja asiaa käsittelevät raporttinsa olivat heidän kunniansa ja omantuntonsa mukaisia (*Code d'Instruction Criminelle de 1808*, Osa I, art. 43–44). Ratkaisun tekevä tuomari oli jo aikaisemman järjestelmän piirissä voinut rikosta selvittäessään käyttää hyväksi asiantuntijatietoa, sillä lähtökohtaisesti kaikki selvityskeinot olivat hänen käytössään rajoittamattoman prosessuaalisen vallan takia. Asiantuntijatiedon puolueettomuudesta kuitenkin ei ollut takeita, sillä syytetyllä ei ollut välttämättä mitään mahdollisuutta ottaa kantaa asiantuntijan väitteisiin, ellei tutkiva tuomari päättänyt esitellä käyttämänsä

¹⁸ Mielenkiintoinen seikka on se, että puolustuksen asiantuntijat saivat yleensä palkkaa todistuksestaan, ja tämä saattoi johtaa jopa tulosten vääristelemiseen paremman puolustuksen toivossa (ks. mts. 145).

asiantuntijan lausuntoja syytetyille tutkintaprosessin yhteydessä (*Ploscowe*, 1932 s. 373–374).¹⁹

Uuden menettelyn vastakkainasettelusta ja julkisuudesta johtuen syytetty saattoi nyt ottaa kantaa asiantuntijan esittämiin todisteisiin (*Taylor*, 1996 s. 190–191). Englantilaisesta järjestelmästä poiketen valamiehet ottivat ranskalaisessa rikosprosessissa syyllisyyskysymyksen ohella kantaa erilaisiin juridisiin ongelmiin. He arvioivat muun muassa sitä, oliko rikollinen teko tapahtunut ja oliko teon taustalla harkintaa. Oikeudellisiksi kysymyksiksi alkujaan kuuluneet tahallisuuden ja teon käsitteet tulivat maallikoiden harkinnan piiriin (*Harris*, 1989 s. 137–138). Mahdollisuus lieventävien asianhaarojen huomioimiseen kodifioitiin 1810 rikoslakiin, ja vuoden 1832 muutoksen jälkeen valamiehillä oli syyllisyyskysymyksen ratkaistuaan velvollisuus harkita, sopsisiko tapaukseen jokin rangaistuksen lievennysperuste (*Boyle*, *Jur. Rev.* 1906 s. 261). Valamiesten nojatessa ratkaisuihinsa omaantuntoonsa asiantuntijatodistelusta tuli olennainen vakuuttamisen väline.

4.3 Psykiatrinen asiantuntijatodistelu rikosprosessissa

Hulluus liittyy perustavanlaatuisesti henkilökohtaisen rikosvastuun arviointiin, jonka alkuperä voidaan jäljittää kanoniseen oikeuteen, syntiin ja syyllisyyteen. Mäkinen ja Pihlajamäki esittävät, että syyllisyyden käsite linkittyy yleisempään yksilöllistymisen kulttuuriin, joka valtasi alaa keskiajan intellektuaalisessa elämänpiirissä. Myöhäisen keskiajan filosofis-juridisessa keskustelussa yksilön vapaa tahto oli henkilökohtaisen vastuun taustaehto, jonka puuttuessa rikoksenteekijää ei pitänyt rangaista (*Mäkinen ja Pihlajamäki*, *J. Hist. Ideas* 2004 s. 526, 536 ja 542; *Eigen*, 1995 s. 35 ja 55).

Yksittäistapauksissa tahdon selvittäminen ei tietenkään ollut helppoa eikä esimerkiksi legaalisen todistusteorian puitteissa siihen pyrittykään. Menettelyssä keskityttiin rikoksen ulkoisiin tunnusmerkistötekijöihin, sillä syytetyn mielenliikkeiden arviointi kuului vain Jumalalle. (*Mäkinen ja Pihlajamäki*, *J. Hist. Ideas* 2004, s. 540–542) Luonnonoikeudella oli vahva sija esimerkiksi Ranskan vuoden 1670 rikossäännössä. Kommentaari-teoksessaan Jousse toteaa, että esimerkiksi hulluus, alaikäisyys ja dementia anteeksiantoperusteina sulkevat pois rikosvastuun. Oikeuttamisperus-

¹⁹ *Ploscowe* siteeraa Garraudia tuomarin rajoittamattomasta vallasta.

teet puolestaan johdetaan suoraan luonnonoikeuden teeseistä (*Jousse*, 1771 vol I, s. 613–615, 622 ja 648–649). Kuvaavaa on, että *Jousse* ei erittele hulluuden tai dementian luonnetta sen enempää. Hulluuden laadun arviointi jätettiin tuomioistuimen harteille, eikä tarvetta hulluuden teoreettisiin selityksiin ollut.

Mielentilan arvioinnin muutos sekä common law- että romaanis-germaanisessa prosessissa noudatteli samoja linjoja. Robinsonin mukaan hulluutta argumenttina käyttäneet puolustusstrategiat kehittyivät ja lisääntyivät samoihin aikoihin niin Ranskassa kuin Englannissakin. Menestyksellinen puolustus edellytti, että henkilö oli tehnyt syytteessä kuvatun teon ja toisaalta sitä, ettei syytetty ollut oman mielensä herra. Roomalaisesta oikeudesta peräisin ollutta termiä *non compos mentis* käytettiin kuvaamaan henkilöä, joka oli ”syyllinen tekoon, muttei harkintaan.” Tätä mieltä olivat muun muassa aikakauden merkittävimmät englantilaiset juristit, Edward Coke (1552–1634) mukaan lukien (Robinson, 1980 s. 32–36). Blackstonen mukaan valamiesten tuli arvioida syytetyn väitetty hulluus, jos siitä oli pienintäkään epäilyä, ja täydellinen ”idiotismi tai mielenvikaisuus” poisti syyllisyyden (Blackstone, 1848 vol. IV s. 16–17). Molemmissa menettelyissä hulluutta pidettiin vielä 1700-luvulla näkyvänä ja selvänä asiana, jonka toteamiseen riitti maalaisjärki (Goldstein, 1987 s. 163–164; Eigen, *Med. Hist.* 1991 s. 28–29; Eigen, 1999, 426–428; Loughnan, 2012 s. 140; Smith, 1981 s. 163).

Englantilaisessa rikosprosessissa ensimmäinen dokumentoitu vapautus mielentilan perusteella annettiin vuonna 1505. Eigenin mukaan hulluuden näkyvät ominaisuudet johtivat vapauttavaan tuomioon silloin, kun syytetyn ystävät ja läheiset todistivat riittävän vakuuttavasti hulluuden puolesta. Vain ”täydellinen ja kokonaisvaltainen hourailu” oli riittävä peruste syytetyn vapauttamiseksi (Eigen, 1999 s. 427 ja 430). Englantilaisessa prosessissa kehitettiin niin kutsuttu ”villipetotesti”, jossa vapauttavan tuomion edellytyksenä oli, että syytetyn tuli käyttäytyä järjettömästi ja hallitsematta halujaan. Testi oli lähinnä epämuodollinen standardi, ja syytetyn onnistunut vertaaminen villipetoon riippui tapauskohtaisista elementeistä, eikä esimerkiksi lääketieteellisistä perusteluista (Loughnan, 2012 s. 107). Robinson lainaa Tuomari Tracya, joka Coken analyysin mukaisesti määritteli oikeudellisesti relevantin hulluuden vuonna 1723 tapauksessa *Edward Arnold*:

”It must be a man that is totally deprived of his understanding and memory, and that doth not know what he is doing, no more than an infant, than a brute or a wild beast.” (Robinson, 1980 s. 38)

Hulluus liittyi aina henkilön ymmärrykseen. Kyseessä ei ollut esimerkiksi tunnepohjainen häiriö tai jonkinlainen perverssi tahtotilan vääristymä. Hulluuden luonne pohjasi siten lockelaiseen kuvaukseen, joka väistämättä johti kokonaisvaltaisesti nyrjähtäneeseen kuvaan maailmasta yksilön aistiessa maailman johdonmukaisesti väärin. Vuoteen 1785 asti vain täydellinen hulluus riitti oikeudellisesti merkittävän hulluuden toteamiseen (*Eigen*, *Med. Hist.* 1991 s. 31–33 ja 39).

Ranskassa voimassa olleen käytännön mukaan juridisesti relevantti hulluus liittyi vastaavalla tavalla lockelaiseen näkemykseen, jossa painotettiin väärin johtopäätösten tekemistä maailmasta ja kyvyttömyyttä ymmärtää asioita ihmiskunnan yhteisen ja yleisen elämäkokemuksen mukaisesti (*Fodéré*, 1813 s. 183–184; *Goldstein*, 1987 s. 163–164). Goldstein on osoittanut, että tekninen psykiatrinen tieto ei ollut merkittävässä asemassa rikosoikeusprosessissa ennen Georget'n manifestia, vaikka Napoleonin rikoslakeihin oli 1800-luvun alussa kodifioitu hulluuden vastuusta vapauttava luonne (*Goldstein*, 1987 s. 163–165).

Ennen kahdeksannellatoista vuosisadalla tapahtunutta merkittävää muutosta selvää oli se, että hulluuden monipiirteisillä kasvoilla oli yksi yhdistävä tekijä – ne olivat kaikkien nähtävissä.

4.4 Mielisairaus puolustuksena – tapauksia

Uudet psykiatriset teoriat alkoivat näkyä sekä ranskalaisessa että englantilaisessa rikosprosessissa asianajajien vedotessa ymmärryksen hajoamisen sijasta monomaniaan sekä moraaliseen ja impulsiiviseen hulluuteen (*Eigen*, 1999 s. 431; *Smith*, 1981 s. 90–103; *Rafter*, *Criminology* 2004, s. 994; *Loughnan*, 2012 esim. s. 46 ja 143; *Goldstein*, 1987 s. 162–169; *Goldstein*, *Int J Law Psychiatry* 1998, s. 389–391). Eigenin mukaan lääketieteellisen todistelun määrä kuusinkertaistui Old Baileyn rikostuomioistuimessa vuosien 1825–1843 välillä (lukuun sisäytynee myös muu kuin psykiatrinen todistelu) (*Eigen*, *Med. Hist.* 1991 s. 26). Kun huomio suunnattiin lunaatikon ulkoisesta käyttäytymisestä ja habituksesta mielisairaaseen sisäiseen maailmaan, maallikoiden välineet eivät enää riittäneet mielentilan arviointiin. Foucault'n mukaan kyse ei ollut rikosoikeudellisen vastuun uudelleenmäärittelystä, vaan oikeusprosessissa käsiteltävän asian ja rangaistuksen kohteen vaihtumisesta. Oikeudellisen diskurssin keskiöön tuli tehdyn teon sijasta ”vaarallinen yksilö” ja oikein mitoitettu rangaistus (*Foucault*, 1978 s. 8–9; *Castel*, 1988 s. 149).

Vaarallinen yksilö konstruointiin henkilöhistorian kautta. Käyttäytymismallit ja tavat, jotka osoittivat poikkeavuutta, tuotiin esiin asiantuntijoiden lausunnoissa. Niiden perusteella luotiin kuvat rikoksesta ja rikollisesta, jotka olivat olemassa jo ennen varsinaista tekoa. Samalla tekijä irrotettiin oikeuden piiristä ja liitettiin tieteen, psykiatrian, dominoimaan kenttään (Foucault, 2003 s. 20–21 ja 24–25). Rangaistuksen tuli puolestaan vastata tätä siirtymää. Koska vastuu teosta saattoi sulkeutua pois mielisairaudesta, rangaistuksen varoittava, moraalinen merkitys ankkuroitui vahvemmin sopimustyhteiskunnan pelisääntöjä rikkovaan tekijään teon sijasta. Tällaista rangaistusta ei pantu toimeen oikeuslaitokselle tutuissa instituutioissa – vankilassa tai hirttolavalla – vaan parantamisen ja hoitamisen ideologiaa edustavassa mielisairaalassa (Foucault, 2003 s. 20–21 ja 24–25; Castel, 1988 s. 204). Rangaistusfunktiota toteuttaessaan psykiatrian ammattikunta ja toisaalta oikeuslaitos voidaan nähdä eräänlaisen durkheimilaisen rangaistusteorian edistäjinä. Rangaistus suunnataan varoittavana esimerkkinä ja moraaliala vahvistavana rituaalina pääasiassa ulkopuoliselle yleisölle tuomitun kärsimyksen kautta (Garland, 1990 s. 42–44).

4.4.1 Hadfield

Englannissa ensimmäinen uuden paradigman mukainen tapaus, jossa puolustus rakennettiin osittaisen hulluuden varaan, oli vuonna 1800 käyty Hadfieldin maanpetturuusoikeudenkäynti. Hadfield oli entinen sotilas, joka ansiokkaasta palvelustaustastaan huolimatta ampui harhojen vallassa kohti kuningas Yrjö III:tä tähän kuitenkaan osumatta. Oikeudenkäynnissä Hadfieldiä edustamaan määrättiin asianajaja Thomas Erskine (1750–1823), joka kutsui sekä kirurgeja että yhden alienistinkin todistamaan asiakkaansa mielenvikaisuuden puolesta (Omrod, 1988 s. 5–6). Erskine haastoi vallalla olleen oikeudellisesti merkittävän hulluuden käsitteen osoittamalla, että vain ”täydellinen idiootti” täytti villipetotestin vaatimukset. Puolustuksen mukaan Hadfieldin hulluus oli kuitenkin juridisesti relevantti seikka, sillä harhat, joista hän kärsi, olivat synnä oikeudenvastaiseen hyökkäykseen. Erskinen kutsuman psykiatrin, Bethlemissä työskennelleen tohtori Crichtonin (1763–1856) mukaan Hadfield vastasi järkevästi kysymyksiin jokapäiväisistä asioista, mutta harhojen kohteesta puhuttaessa hänen vastauksensa olivat mielettömiä. Valamiehet totesivat Hadfieldin tuomarin ohjeistuksesta syyttömäksi ja kuolemantuomion sijasta Hadfield tuomittiin pidettäväksi säilössä määräämättömän ajan (Walker, 1968 s. 76–77; Smith, 1981 s. 21; Eigen, 1995 s. 50–52). Vain neljä päivää Hadfieldin oikeudenkäynnin jälkeen *chancellor of justice* esitteli parlamentille lakiehdotuksen,

joka säänteli sekä eräitä maanpetosoikeudenkäyntejä että mielenvikaisten rikollisten säilöissäpitoa syyttömäksi julistamisen jälkeen (*Criminal Lunatics Act 1800*). Laki saatettiin voimaan heinäkuun alussa ja sen katsottiin koskevan retroaktiivisesti myös Hadfieldiä, jolle lakimuutos merkitsi loppuelämän viettämistä Bethlemin mielisairaalassa (*Moran, Law Soc. Rev 1985 s. 511–513*).

Ero ymmärrystä vailla olevaan villipetoon oli selvä. Vain uusimmasta psykiatrisesta tiedosta perillä oleva mielisairaalan lääkäri saattoi todistaa, että muutoin rationaalisesti käyttäytynyt Hadfield oli tosiasiaa hullu, joka ei voinut säädellä käyttäytymistään harhojen ottaessa hänestä vallan. Valamiesjärjestelmän funktiosta johtuen kyse ei kuitenkaan ollut lääketieteen automaattisesta sovellettavuudesta, vaan valamiesten tuli kuunnella asiantuntijoita ja todistajia ja sen jälkeen muodostaa ratkaisunsa (*Smith, 1981 s. 76–79*). Bethlemin lääkäriellä oleva esoteerinen tieto oli peräisin lääketieteellisistä tarkkailun, toiston ja kategorisoinnin metodeista, jotka vastasivat aikakauden tieteenihanteita paremmin kuin maallikoiden yksinkertainen ymmärrys (*Eigen, Law Soc. Rev. 1999 s. 436*). Psykiatria näyttäytyi uutena, progressiivisena ja rationaalisena tietojärjestelmänä, joka valaisi oikeuskäytännön ja lainopin sokeita kohtia tieteellisyydellään (*Rudolph, 2013 s. 111–112*). Hadfieldin tapauksessa myös valamiehistö taipui tälle kannalle. Common law -prosessin kannalta merkittävin englantilainen mielisairausoikeudenkäynti käytiin kuitenkin vasta 1843, jolloin pitkäikäiseksi osoittautuva (ja joissain Yhdysvaltojen osavaltioissa edelleen voimassa oleva) niin kutsuttu *insanity defense* muotoiltiin oikeuskäytännössä. *Daniel McNaughtonin* oikeudenkäynnissä psykiatrinen tieto ja oikeudelliset intressit kulmineoituivat jo aikanaan kiistanalaiseen ratkaisuun, joka määritteli hulluuden asemaa common law -prosessissa 1900-luvulle asti.

4.4.2 *McNaughton*

*Daniel McNaughton*²⁰ ampui kuolettavasti Englannin pääministerin Sir Robert Peelin, henkilökohtaista sihteeriä Edward Drummondia, helmikuussa vuonna 1843. McNaughton kärsi epämääräisistä harhoista, joiden takia hän kuvitteli olevansa useiden tahojen muun muassa valtaapitävien ”Toryjen” vainoama. Asia eteni nopeasti ja jo kolmas maaliskuuta 1843 tapausta käsiteltiin Old Baileyn rikostuomioistuimessa (*Omrod, 1988 s. 6*).

²⁰ McNaughtonin nimestä on käytetty lukuisia eri versioita, kuten M^cNaughton, Macnaughton, M^cNaghten etc. (*Walker, 1968 s. 102*).

Syyttäjä vaati, että McNaughton tuomittaisiin lain mukaan murhasta ja vetosi muun muassa aikaisempaan *Ferrersin* tapaukseen, jossa tuomari Hale oli edellyttänyt täydellisen järjettömyyden toteamista, jotta vapauttava tuomio olisi voitu antaa. Syyttäjän mukaan mitään kategorista määritelmää juridisesti relevantille hulluudelle ei ollut, mutta totesi samalla, että ainakaan ”osittainen hulluus” ei voinut mahtua määritelmän sisään syytetyn tietäessä oikean ja väärän eron. Syytetyn mielentilaa ei voinut syyttäjän mukaan päätellä vain teosta itsestään ja sen mahdollisesta motiivittomuudesta, vaan huomiota tuli kiinnittää olennaisissa osin McNaughtonin luonteeseen ja hänen muuhun käyttäytymiseensä, joka tekoa lukuun ottamatta oli järkevää ja tavallista. Syyttäjä painotti, että tapauksessa ei ollut kyse lainopillisesta tulkinnasta vaan faktoista – siitä, oliko McNaughton mielenvikainen. Puheenvuoronsa lopussa syyttäjä vielä kehotti valamiehistöä kiinnittämään tarkkaan huomiota esitettyihin todisteisiin (*The State Trials Report: The Queen Against Daniel M’Naughton*, 1843 s. 14–21).

Puolustusasianajaja Sir Alexander Cockburn (1802–1880) piti puolestaan häikäisevän ja kaunopuheisen puolustuspuheenvuoron, jossa hän sekä vetosi uusimpaan lääketieteelliseen tietotaitoon ja oikeudellisiin prejudikaatteihin että vaati valamiehiä kiinnittämään erityistä huomiota todisteisiin (*The State Trials Report: The Queen Against Daniel M’Naughton*, 1843 s. 30–56). Cockburn kutsuikin todistaja-aitioon kahdeksan lääketieteellistä todistajaa syyttäjän nojatessa lähinnä muihin McNaughtonin tunteisiin henkilöihin. Cockburn haastoi maallikoiden käsityksen hulluudesta vetoamalla muun muassa edellä mainittuun Hadfieldin tapaukseen, jossa juridisen hulluuden määritelmä sai uudet puitteensa Erskinen lausahduksessa, jonka Cockburn luki sellaisenaan:

*”I must convince you, not only that the unhappy prisoner was a lunatic within my own definition of lunacy, but that the act in question was the immediate unqualified offspring of this disease.”*²¹

Cockburnin mukaan tapauksessa oli kyse samankaltaisesta tapauksesta, jossa teko itsessään oli seurausta McNaughtonin mielisairaudesta. Maallikoiden tai juristien tieto ei riittänyt mielentilan arviointiin, vaan vain asiaan vihkiytynyt lääkäri saattoi arvioida sairauden luonnetta mielen eri osalueiden ja aivotoiminnan monimutkaisuuden takia. Cockburn oli samaa mieltä syyttäjän kanssa siitä, että vain konkreettisen teon analysointi ei

²¹ [Korostus lisätty LK.]

riittänyt ratkaisun perusteiksi, mutta syyttäjän näkemyksestä poiketen hän pyrki näyttämään teon epätyypillisessä ja järjettömässä valossa. Huomiota oli kiinnitettävä myös McNaughtonin muuhun käyttäytymiseen, joka tavallisuudestaan huolimatta poikkesi puolustuksen mukaan huomattavasti syyttäjän kuvailemasta järkevistä käytöksistä syytetyn pelätessä kuollakseen tosiksi kuvittelemiaan vainoajia. Puolustus yhtyi syyttäjän näkemykseen kuitenkin siinä, että tapauksessa oli kyse faktojen eikä oikeudellisten väitteiden arvioinnista (*The State Trials Report: The Queen Against Daniel M'Naughton*, 1843 s. 33–34 ja 41–55).

Tapaus päättyi tuomarien keskeyttäessä käsittelyn sen jälkeen, kun puolustuksen kutsumat lääketieteelliset todistajat olivat antaneet todistuksensa. Bethlemin lääkäri Thomas Monro, Surreyn mielisairaaloiden lääkäritarkastaja Sir Alexander Morison ja Forbes Winslow, merkittävä brittiläinen alienisti, todistivat yhtäpitävästi McNaughtonin mielisairaudesta, eikä syyttäjällä ollut esittää tuomarien edellyttämää lääketieteellistä vastanäyttöä. Tämän jälkeen tuomarit neuvoivat valamiehistöä ratkaisemaan asian esitetyn näytön perusteella. Valamiehistö totesi McNaughtonin syyttömäksi murhaan, ja hänet siirrettiin loppuelämäkseen Bethlemin mielisairaalaan (*The State Trials Report: The Queen Against Daniel M'Naughton*, 1843 s. 66–73).

Tapauksesta käy hyvin ilmi, miten lääketieteellinen tieto vaikutti sekä teon ja että tekijän arviointiin. Elämässään muuten kohtuullisesti pärjännyt McNaughton näyttäytyi lääkärin todistelun valossa mielenvikaisena, jonka sairauden ”kruunasi” (*The State Trials Report: The Queen Against Daniel M'Naughton*, 1843 s. 67) murhanhimoisen ja hallitsematon impulssi. Niin syyttäjän kuin puolustuksenkin henkilötodistelu painotti sitä, että McNaughton oli muuten viettänyt melko tavallista elämää; hän oli tehnyt töitä, tutustunut ihmisiin ja opiskellutkin. Ratkaisu nostatti niin juridisten kuin yhteisölistenkin vastalauseiden ryöpyn, jonka seurauksena syntyivät niin kutsutut ”McNaughtonin säännöt”. Tämä juridis-psykologinen testi puolestaan kohtasi psykiatrien ankaran vastustuksen doktriinin palatessa lockelaisiin ymmärryksen ja oikeudenvastaisuuden kriteereihin modernien psykiatrien teorioiden kustannuksella (*Walker*, 1968 s. 100–102; *Bartlett. Soc Hist Med* 2001, s. 115–116; *Smith*, 1981 s. 15–16)

Sillä ei ole merkitystä, miten säännöt tai vastuukysymykset määräytyivät McNaughtonin tapauksessa tai siitä eteenpäin. Olennaista on, että vaikka psykiatrisen tiedon painoarvosta rikosoikeusprosessissa kiisteltiin vielä McNaughtonin jälkeenkin (ja edelleen), oli selvää, että viimeistään McNaughtonin tapauksessa psykiatrinen kieli vakiinnutti paikkansa englantil-

laisessa rikosprosessissa juridisten mekanismien kautta oikeudellisten väitteiden rinnalla.

4.4.3 Pierre Rivière

Myös Ranskassa käytiin 1800-luvun alussa yhteiskuntaa kuohuttaneita rikosoikeudenkäyntejä, joissa puitiin syytetyn mielentilaa ja teon motiivia. Suurta huomiota saivat muun muassa kriminaalipsykiatrian klassikoiksi nousseet Légerin, Lecouffren ja Papavoinen tapaukset, joille Georget omisti merkittävän monomaniaa tutkivan teoksensa ja joiden synnyttämää reaktiota esimerkiksi Goldstein on käsitellyt kattavasti (*Georget*, 1825; *Goldstein* 1987 s. 164–166 ja 179–184; *Goldstein*, 1998 s. 390; *Foucault*, 1982a s. viii). Foucault ja hänen kumppaninsa kokosivat erään tällaisen tapauksen kaikki löytämänsä oikeudelliset ja lääketieteelliset dokumentit yksiin kansiin (*Foucault*, 1982a s. xii–xiv), ja käyttäen tätä koonnosta kuvaamaan ranskalaista prosessia, jossa psykiatria sai oman tilansa. En käy tässä läpi Foucault’n ja muiden teoreettisia analyysejä, vaan olen valinnut materiaalin sen laajuuden vuoksi ja käyttäen *Pierre Rivière*’n tapausta vain esimerkkinä rikosprosessista.

Pierre Rivière oli maanviljelijän poika, joka kesäkuussa 1835 tappoi raa’asti äitinsä, siskonsa ja veljensä. Tekonsa jälkeen hän poistui paikalta ja hänet saatiin kiinni noin kuukauden päästä. (*Foucault* edit., 1982 s. 3 ja 14.) Alkuvaiheen kuulusteluissa Rivière tunnusti murhat, mutta vetosi hulluuteen kertoen, että hän oli tappanut perheenjäsenensä Jumalan vaatimuksesta. Kuulustelujen edetessä Rivière kuitenkin perui aikaisemman kertomuksensa taivaallisesta johdatuksesta ja kertoi, että hän teki murhat, jotta hänen isänsä vapautuisi julman ja piinaavan vaimonsa ikeestä. Asiaa tutkiva tuomari pyysi Rivièreä kirjoittamaan ylös kaiken mitä muisti tapahtumaan johtaneista seikoista. Hämmästyksekseen hän sai Rivière’lta, jota muuten pidettiin idioottina ja mielipuolena, laajat muistelmat, joissa kuvattiin pienintäkin yksityiskohtaa myöten kaikki hänen äitinsä isälleen aiheuttamat vaivat ja hankaluudet. Tapaus eteni vangitsemiskäsittelyyn, jossa Rivière vangittiin odottamaan varsinaista oikeudenkäyntiä. (*Foucault* edit., 1982 s. 19–50.)

Syyttäjä hankki lääketieteellisen asiantuntijan tutkimaan Rivière’n mielentilaa sillä välin, kun tätä pidettiin vangittuna. Lääkäri Bouchard tuli siihen tulokseen, ettei vankia voinut pitää mielisairaana, vaan teot johtuivat ”hetkellisestä kiivastumisesta, jonka hänen isänsä kärsimykset aiheuttivat hänessä.” (*Foucault* edit., 1982 s. 124.) Rivière asetettiin syytteeseen vakaan harkinnan perusteella tehdystä murhasta, ja syytteessä todettiin, että

hän ei älykkyystään johtuen pystynyt pitämään yllä kuvaa aikaisemmas-
ta mielisairausesityksestään.

Puolustusasianajaja, Maître Bertauld, hankki myös lääkärin lausunnon syytetystä. Lääkäri Vastel tuli Bouchardiin nähden vastakkaiseen lopputu-
lokseen Rivièren mielentilasta ja totesi, että teko oli suora seuraus syytetyn
kärsimästä sairaudesta. Vastel totesi arviossaan, että kyse oli monomanias-
ta. Vastelin mukaan huomattavaa oli, että Rivière johti loogisesti rakentu-
vat perustelut teolleen; kyse ei ollut vain murhanhimoisesta impulssista,
vaikka Rivièreltä puuttui ”mentaalinen vapaus.” (*Foucault* edit., 1982 s. s.
124–125, 130–131 ja 135.)

Tapaus eteni rikostuomioistuimeen, jossa asian ratkaisivat ranskalaisen
järjestelmän mukaisesti tuomari ja kaksitoista valamiestä. Aikakausileh-
tien mukaan Vastel ja Bouchard olivat käyneet kiivasta keskustelua Rivière-
ren mielentilasta tuomioistuimessa, ja asian ratkaiseva tuomari oli joutunut
kutsumaan prosessuaaliseen valtaansa nojaten lisäksi useita asiantuntijoi-
ta, jotta asiasta olisi saatu selvyys. Kolme lääkäriasiantuntijaa puhuivat
Rivière'n mielisairaudesta puolesta ja kolme taas oli sitä mieltä, että Rivière
oli kyllin terve ymmärtääkseen tekonsa oikeudenvastaisuuden. Myös ta-
pausta seurannut yleisö oli mielipiteiltään jakaantunut. Valamiehet tulivat
puolestaan yksimielisesti siihen tulokseen, että Rivière oli syyllinen, mutta
kuusi kahdestatoista oli sitä mieltä, että asiassa olisi pitänyt huomioida
mielenvikaisuus lieventävänä asianhaarana. Rivière kuitenkin tuomittiin
kuolemaan (*Foucault* edit., 1982 s. 145–146).

Ranskalaiseen järjestelmään kuului kaksi muutoksenhakuväylää tuomi-
on langettamisen jälkeen. Yhtäältä muutosta voitiin hakea valituksella
ylempään tuomioistuimeen, joka käsitteli oikeuskysymyksen uudelleen.
Rivière valitti, mutta valitus ei menestynyt. Toisaalta myös kuninkaaseen
saatettiin vedota lievennyksen toteuttamiseksi, ja lopulta kymmenen vala-
miehen joukko lähettikin vetoomuksen, johon liitettiin muun muassa Es-
quirolin, Orfilan ja Leuretin, aikansa arvostetumpien mielen lääkäreiden,
yhtäpitävä arvio Rivière'n mielisairaudesta. Kuningas hyväksyi vetoomuk-
sen, ja Rivière'n tuomio lievennettiin elinkautiseksi vankeudeksi (*Foucault*
edit., 1982 s. 161–169).

Tapauksessa kuvastuu hyvin 1800-luvun ranskalaisen rikosprosessin
luonne. Yhtäältä menettelyyn kuuluu sen salainen ja rajoittunut osa, jossa
tutkiva tuomari kuulustelee Rivièreä ilman asianajajaa. (*Foucault* edit.,
1982 s. 19–38) Toisaalta materiaaleista kuvastuu myös varsinaisen rikosoi-
keudenkäynnin vastakkaisuus, jossa sekä syyttäjät että puolustus esittävät
todisteita ja kutsuvat todistajia puhumaan kantojensa puolesta, ja jossa niin
tuomarin prosessinohjauksella kuin valamiesten harkinnallakin on merkittä-

tävä sija (Foucault edit., 1982 s. 137–147). Lieventävien asianhaarojen doktriini raivasi prosessiin tilan lainopin ulkopuoliselle asiantuntijapuheenvuoroille, jotka tapauksessa nojasivat lääketieteeseen perustuvaan, somaattis-psykiatriseen asiantuntijatietoon. Molempien osapuolten vedotessa arvostettuihin lääkäreihin valamiesten oli vapaan todisteidenharkinnan ja henkilökohtaisen vakuuttuneisuutensa piirissä arvioitava, mikä tapauksessa oli oikeudenmukainen ratkaisu.

Asiantuntijoiden erimielisyys valaisee hyvin professionalisoituvan psykiatrian sisäistä keskustelua. Bouchardin arvion mukaisesti hetkellinen kiihastuminen tai ”yli-innostuminen” (Foucault edit., 1982 s. 122–124) ei riittänyt vastuusta vapauttavaksi mielisairaudeksi. Vastel puolestaan vetoaa oppeihin monomaniasta, mutta painottaa silti tapaa, jolla Rivière johtaa loogisesti tekonsa vääristä alkupremisseistä (Foucault edit., 1982 s. 130–131) – lockelaisen hulluuden määritelmä ei ole tästä kaukana. Alansa arvostetuimmat asiantuntijat Esquirol, Leuret ja Orfila yhtyivät Vastelin kantaan käyttämättä jo kiistanalaista termiä monomania, ja painottivat sitä, ettei täydellinen järjettömyys ollut oikeudellisesti relevantin hulluuden edellytys (Foucault edit., 1982 s.163–165).

Foucault’n mukaan rikostuomioistuin toimi kolmen asiaan liittyvän epistemologisen kysymyksen foorumina: mitkä olivat tapauksen faktiset sekä näkemykselliset ja tieteelliset totuudet? (Foucault, 1982b s. 210) Mielestäni faktisessa totuudessa oli kyse tapahtuneista tosiseikoista ja Rivièren mielentilasta – mikä sai köyhän maanviljelijän pojan murhaamaan sukulaisansa? Näkemyksen osalta kyse oli lainopin ja psykiatrian kamppailusta, jossa foucault’laiseen tapaan rikosvastuun arviointi liikkui teon ja tekijän arvioinnin välillä. Tieteellinen totuus puolestaan liittyi psykiatrian sisäiseen keskusteluun, jossa lääketieteen eri haarat keskustelivat keskenään ja kilpailivat soveltuvuudestaan. Lisäisin näihin näkökohtiin kuitenkin myös prosessuaaliset kysymykset: miten määrittyivät uudet – valamiesten ja asiantuntijoiden – roolit muuttuvan rikosprosessin sisällä ja mikä mahdollisti tämän prosessuaalisen vallan uusijaon?

5 LOPPUPÄÄTELMÄT

5.1 Prosessi ja professio – maallikot ja mestarit

”... where the court and the expert encounter each other, where judicial institutions and medical knowledge, or scientific knowledge in general, intersect, statements are formulated having the status of true discourses with considerable judicial effects.” (Michel Foucault, 1975)

Muun muassa sekä Loughnan että Goldstein ovat tutkineet lainopin ja psykiatrian rajapintoja. Loughnan esittelee kirjassaan ”Manifest Madness” psykiatrisen tiedon tilaa rikosprosessissa sekä asiantuntijatiedon ja maallikoiden ymmärryksen suhdetta. Käsittelemäni aiheen osalta Loughnanin teesit voidaan tiivistää seuraavasti: tieteellisen vallankumouksen mukanaan tuoma uudenlainen hulluuden epistemologia ja toisaalta valamiesjärjestelmän muutos johtivat psykiatrisen tiedon huomioimiseen englantilaisissa tuomioistuimissa (Loughnan, 2012 s. 138–139 ja 143–144). Muutos ei ollut yksisuuntainen ”expert-only” -järjestelmän voittokulku. Myös maallikoiden käsityksellä hulluudesta oli sijansa rikosprosessissa heidän arvioidessaan tapauksen faktoja ja tuomioistuimen mahdollistaessa asiantuntijoiden ja valamiesten välisen kommunikaation (Loughnan, 2012 s. 136–140 ja 145–151). Loughnan käsittelee myös työssäni esiteltyjä McNaughtonin ja Hadfieldin tapauksia (Loughnan, 2012 s. 103–116). Goldstein on puolestaan kuvannut Ranskassa monomaniasta käytyä keskustelua lainopin ja psykiatrian rajakiistana, jonka pääasiallinen tarkoitus oli vakiinnuttaa rikosoikeudellisen vastuun arviointi jommallekummalle osapuolelle (Goldstein, 1987 s. 166–169). Kyse on professionalisoitumiseen liittyvistä määrittelyistä, jossa tehdään rajanvetoa professioiden ydinkysymyksiin liittyvissä asioissa.

Loughnanin esittämä näkemys maallikoiden tiedon merkityksestä rikosprosessissa on otettava vakavasti. Kuten olen edellä esittänyt, psykiatristen asiantuntijoiden rikosprosessissa tuottama tieto ei suoraan ratkaissut tapauksia, vaan kyse oli nimenomaisesti tämän tiedon hyväksymisestä ratkaisun perustaksi. Foucault’laiseen tapaan Loughnan toteaa, että maallikoiden tieto määräytyy asiantuntijatiedon mukaan (Loughnan, 2012 s. 47 ja 150–151); maallikon kokemukset, kuullut tarinat ja artikuloidut mielipiteet ovat hänen tietonsa ydin, jotain, mitä asiantuntijatieto ei painota ja mitä se ei ole. Valamiesten tehdessä arvion syytetyn mielentilasta he soveltavat tätä tietoaan ja osallistuvat näin tietorakennelmien keskinäiseen dia-

logiin. Lakimies näyttäytyy tässä kuvauksessa maallikkona psykiatrisen tiedon suhteen, samoin kuin psykiatri lainopin (Loughnan, 2012 s. 159). Vallitsevan ideologisen ilmapiirin mukaan painoa annetaan jokamiehen tunnistamille hulluuden ulkoisille, näkyville piirteille tai ekspertin, diagnoosin ja dissektion menetelmillä havaitsemille ominaisuuksille. Olennaista Loughnanille on kuitenkin se, että asiantuntijatodistelu rikosprosessissa ei kokonaan poistanut maallikoiden tiedon prosessuaalista arvoa. Vaikka olen käsitellyt artikkelissani samoja kysymyksiä kuin Loughnan, ja yhdyin hänen näkemyksiinsä monissa asioissa, koen, että Loughnanin esittämä arvio psykiatrisen tiedon funktiosta ei riitä. McNaughtonin oikeudenkäynnissä prosessia ei käyty ainoastaan rikosoikeudellisen vastuun määrittämiseksi, vaan puolustusasianaja Cockburnin tavoitteena oli vahvistaa asiantuntijatiedon roolia lainopin hallitsemalla näyttämöllä. Sekä Cockburn että kruununnsyyttäjät vaativat, että valamiehet antoivat asianmukaisen painoarvon todisteille. He painottivat myös, että kyse ei ollut oikeuskysymyksen vaan tosiasiakysymyksen ratkaisusta. Samalla he tulivat implisiittisesti artikuloineeksi, että kysymys faktasta oli asiantuntijoiden käsissä, mihin annetun vastauksen jury joko hyväksyi tai oli hyväksymättä. Toisin sanoen, rikosprosessin pinnanalainen tehtävä liittyi Foucault'nkin mainitseman ”faktisen totuuden” selvittämiseen. McNaughtonin tapauksessa olennainen tosiasiakysymys ei liittynyt harhaisen miehen mielentilaan. Tärkein ja parhaiten naamioitu tosiasiakysymys kysymys jäsenyyden uudelleen: oliko asiantuntija pätevin arvioimaan maailmaa koskevia väitteitä?

Rikosprosessin faktisella lopputuloksella ei ole tämän kysymyksen kannalta merkitystä. Asiantuntijoiden lausuntojen todistusteoreettinen painoarvo on myös toissijaista; vastauksen perusteluihin kun vain harvoin voidaan hakea muutosta. Kysymykseen siitä, määritteleekö asiantuntija parhaiten ympäröivän todellisuuden, valamiehet vastasivat niin McNaughtonin kuin Hadfieldin ja Rivièrenkin tapauksissa myöntävästi. Psykiatrisen tieto legitimoivat valamiesten ja juristien tietämättömyyden ja toisaalta ”maallikkous” antoi tilan asiantuntijatiedolle rikosprosessissa.

Kahden disipliinin välinen keskustelu ei olisi ollut mahdollista ilman tieteenaloja edustavia yksilöitä. Asiakkaitaan edustavien lakimiesten joukko ajoi etujaan käyttämällä hyväksi uutta, professionalisoitumiseen pyrkivää ammattiryhmää. Samoin psykiatrien nouseva ammattikunta hyötyi jo olemassa olevista juridisista instituutioista oman tietonsa yhteiskunnallisessa vakiinnuttamisessa. Mielen tohtorit eivät Eigenin mukaan kuitenkaan olleet uhka common law -järjestelmälle ammattiryhmän näyttäytyessä järjestäytymättömänä ja ristiriitaisena yhteisönä, jossa edes soveltuvista teorioista ei päästy yksimielisyyteen (Eigen, 2003 s. 7).

Goldsteinin argumentti psykiatrian ja lainopin rajakiistasta vastaa hyvin Abbottin näkemystä professionalisoitumiskehityksestä. Kyse oli pyrkimyksestä yhteiskunnalliseen etenemiseen ja paremman statuksen saavuttamiseen (Goldstein, 1987 s. 166–169). Goldstein yhtyy Foucault'n näkemykseen siitä, että yksilöidyn rangaistuksen ja tieteellisen todistelun funktio rikosprosessissa liittyy prosessin kohteen uudelleenmäärittelyyn (Goldstein, 1998 s. 394–395). Siirtymä teon arvioinnista henkilön luonteen, moraalien ja olemuksen analyysiin on ilmeinen.

Haluan syventää Goldsteinin professionalisoitumisen näkemystä Abbottin teorian antamalla työkaluilla ja samalla haastaa sekä Eigenin että Loughnanin väitteet. Rajakiista vastaa toimivaltavaatimusten esittämistä. Kyse on kahden kilpailevan tieteellisen viitekehyksen soveltamisesta määriteltävään asiaan, eli tapausten ominaisuuksien uudelleennimeämisestä. Monomania, osittainen hulluus, moraalinen hulluus, rikosoikeudellinen vastuu tai sen puute, oikeustositseikka ja muu ammattiryhmien käyttämä terminologia on nimenomaan käsiteltävän asian diagnosointia ja toimivaltan jäsentämistä. Se on ympäröivän maailman yksityiskohtien kaappamista asiantuntijuuden piiriin.

Analysoidessaan esimerkiksi Rivièren tapausta lääkärit sovelsivat abstraktia, esoteerista tietoaan, joka mahdollisti Rivièren käyttäytymisen sijoittamisen ammattiryhmän oman käsitemaailman sisälle tai, kuten Bouchardin lausunnossa, niiden ulkopuolelle. Jo ammattiryhmän sisäisestä kiistelystä näkyi tiedon indeterminantti luonne. Professio oli sisäisesti eripurainen. Samalla abstraktius mahdollisti ”asiantuntijuuden” näyttäytymisen yhtenäisenä rintamana rikosprosessin kentässä. Eri teoriat kilpailivat toisiaan vastaan, mutta tietojärjestelmän olemassaolo ei missään vaiheessa tullut kyseenalaistetuksi. Vaikkei psykiatria tieteenalana välttämättä vinyt lainopilta mitään aikaisemmin sille yksinomaan kuulunutta tiedollista osaluetta, interdisiplinäärinen keskustelu oli kuitenkin saanut jalansijan juridiikan omimmassa menettelyssä: rikosprosessissa. Professionalisoitumisteorian näkökulmasta kuoleman objektiivinen totuus artikuloitiin subjektiivisten totuuksien välinein joko rikosoikeudellisena vastuuna tai mielisairautena. Foucault'n ”näkemyksellinen ja tieteellinen totuus” kävivät kappailua dominoivasta asemasta.

Abbottin mukaan toimivaltavaatimuksen yleisö on myös merkittävässä osassa professionalisoitumiskeskustelussa. Väitän, että valistuksen perinteitä kunnioittavassa rikosprosessissa kaikki Abbottin yleisöryhmät ovat läsnä samassa tilassa, mikä tekee rikosprosessista ainutlaatuisen foorumin. Yhtäältä kyse on yleiseen mielipiteeseen vaikuttamisesta, jossa asiantuntijoita kuuntelemalla yleisö näkee, miten esoteerisesta tiedosta muotoutuu

käsin kosketettava sairas rikollinen. Legaalinen yleisö on myös läsnä. Tämä puolestaan mahdollistaa profession tietotaidon oikeudellisen legitimoinnin ja institutionalisoinnin asianajajien kutsuessa asiantuntijoita todistamaan asiakkaidensa puolesta ja tuomarien luodessa niin ennakkotapauksia kuin menetelmäsääntöjäkin. Oikeussalit ja istunnot ovat puolestaan asiantuntijoiden työpaikkoja. Työyhteisössä tapahtuva assimilaatio näkyy selvästi asianajajien käyttäessä ammattiryhmien sanastoa kuulusteluissaan ja asiantuntijoiden vastatessa juristien väitteisiin ja kysymyksiin oikeudellista relevanssia ja parempaa statusta tavoitellen.

Jäljellä on ”prosessuaalisen totuuden” selvittäminen. Loughnania mukaillen, psykiatria sai roolinsa rikosoikeudellisissa menettelyissä valistuksen ideologisen perinnön ja tieteellisen vallankumouksen johdosta. Abbotin teorian mukaisesti se anasti itselleen osan juridiikan toimivallasta ja legitimoiti itsensä yhteiskuntaan kuuluvien yleisöjen edessä progressiivisena ja humanisena tieteenalana. Profession abstraktin ja indeterminantin tietojärjestelmän olemassaolosta johtuen valamiehistö totesi oman tietämättömyytensä hyväksyessään asiantuntijan väitteet päteviksi todistuksiksi maailmasta. Toisin sanoen, asiantuntija delegoi osan tiedostaan valamiehistöön käyttöön ja siten alisti juryn oman tietojärjestelmänsä kanavaksi. Vaikka valamiehistö ei hyväksyisi ekspertin todistusta ratkaisunsa perustaksi, se on jo antanut profession tietojärjestelmälle vähintäänkin samanarvoisen aseman maallikoiden tunteiden, mielipiteiden ja arvojen rinnalla. Asiantuntijan näkemys on otettava huomioon.

Psykiatrinen tieto ja psykiatrien ammattikunta löysivät paikkansa rikosprosessissa professioiden edustajien aktiivisen toiminnan kautta rikosoikeudellisten järjestelmien ollessa kriisissä valistuksen ideologisen kritiikin jäljiltä. Kysymys oli loppujen lopuksi siitä, että rikosoikeudellinen prosessi antoi asiantuntijalle uuden areenan ja oikeuden puhua faktoista – faktoista, jotka vain mestari tietää, ja joiden arvo tieteellistyneessä, tehokkaassa ja rationaalisessa maailmassa on moraalisenormatiivisesti suurempi kuin maallikon tunteisiin ja kokemuksiin perustuva tieto.

5.2 Oikeuspsykiatrian asemasta nykypäivänä

Historiallista taustaa vasten on syytä luoda vielä lyhyt katsaus oikeuspsykiatrian nykyhetkeen. Neurotieteiden, erityisesti aivokuvantamisen, hyödyntäminen rikosjutuissa on yksi ajankohtaisista teemoista. Myös lääkärin etiikan ja oikeusprosessin yhteensovittamisesta käydään keskustelua nykypäivänä. Esimerkiksi Stone ja MacCourt toteavat, että ”neurotiede on tun-

keutunut psykiatrian ja oikeuspsykiatrisen todistelun kentälle väittämällä tuntevansa uusimman tieteellisen totuuden ihmisestä” (*Stone ja MacCourt, J Psychiatry Law* 2008 s. 633). Samaan aikaan Perlinin ja Lynchin mukaan adversariaalinen rikosprosessi on käyttänyt neurotieteiden tarjoamia mahdollisuuksia vain rajallisesti. Esimerkiksi antisosiaalisen persoonallisuushäiriön neurologisista syistä on saatu luotettavaa ja lääketieteellisesti pätevää tutkimustietoa aivokuvantamalla. Tällaisen näytön hyödyntäminen tuomioistuimissa lisääntynee (*Perlin – Lynch, VJCL* 2016, s. 328–339).²² He tulevat samalla implisiittisesti väittäneeksi, että nopeasti kehittyvän tieteellisen tiedon laajempi hyödyntäminen tuomioistuimissa toisi mukanaan parempia ja oikeudenmukaisempia ratkaisuja (*Perlin – Lynch, VJCL* 2016, s. 346–347). Samoin Greely arvioi, että ”rikospelkojen pysyessä korkealla ja tieteellisen ymmärryksen karttuessa... neurotieteitä aletaan hyödyntää rikollisen käyttäytymisen hoidossa” (*Greely, Univ Kans Law Rev* 2008 s. 1137–1138). Perlin on lisäksi erotellut erilaisia neurotieteelliseen todisteluun liittyviä myyttejä ja harhoja, jotka vaikuttavat voimakkaasti valamiehistön käsitykseen todistuksen uskottavuudesta (*Perlin, Akron Law Rev* 2009 s. 891–894).

Lääketieteellisen etiikan rajanvetoa tehdään terapeutin ja psykiatrisen asiantuntijan välillä. Psykiatria lähtökohtaisesti sitoo Hippokrateen dualistinen vala, joka voidaan tiivistäen määritellä yhtäältä haitanteon kielloksi ja toisaalta vaatimukseksi tehdä kaikki mahdollinen potilaan eteen. Tämä on ilmeisessä ristiriidassa sen kanssa, että lääkäri voi arvioidessaan syytetyin mielentilan edesauttaa henkilön kärsimystä, esimerkiksi vankilatuumion tai vaikkapa pakkosterilisaation myötä (esim. *Appelbaum, Int J Law Psychiatry* 1990 s. 249–259; *Greely, Univ Kans Law Rev* 2008 s. 1106–1107), ja ankarimmassa tapauksessa jopa jouduttaa hänen kuolemaansa (*Stone ja MacCourt, J Psychiatry Law* 2008 s. 620–621; *Appelbaum, Int J Law Psychiatry* 1990 s. 252–253). Psykiatrisen profession sisällä onkin muun muassa virinnyt ajatus uuden ammattinimikkeen, *forensicist*, luomiseksi erotuksena terapeutina toimivasta psykiatrasta (*Appelbaum, Int J Law Psychiatry* 1990 s. 252–253). Myös kuvaus oikeuspsykiatrin hybridiroolista, jossa korostuu edellä mainittujen seikkojen lisäksi myös lainopillinen tuntemus, on saanut kannatusta. Thomin ja Finlaysonin tutkimuksessa todetaankin, että oikeuspsykiatrien käytännöt ovat erottamattomasti sidoksissa siihen juridiseen kenttään, jossa he operoivat. Tämän sidonnai-

²² Lisäksi Perlin ja Lynch luettelevat alaviitteessä joitain tapauksia, joissa Yhdysvaltojen korkein oikeus on arvioinut neurotieteellistä näyttöä.

suuden ylläpitämiseksi ja syventämiseksi he sopeuttavat työssään ammat-
tinsa monimutkaisen kielen ja tiedon palvelemaan paremmin oikeudellisia
tarkoituksia (*Thom – Finlayson, Psychiatr Psychol Law* 2013 s. 46 ja
54–55).

Oikeustieteen ja rikosoikeudenkäytön näkökulmasta 1980-luvulla Yh-
dysvaltojen yliopistomaailmassa kehitetty terapeutti oikeustiede (*the-
rapeutic jurisprudence*) (*Diesen*, 2007 s. 132–161; *Wexler*, *William Mary
Law Rev* 1993 s. 279–299) voidaan puolestaan nähdä eräänlaisena moni-
ulotteisena ja käytännönläheisenä välineenä tieteen hyödyntämiseksi oi-
keussaleissa. Mielenterveysoikeuden piirissä alun perin kehittynyttä oppia
on kuvattu yhdeksi tärkeimmistä oikeusteoreettisista kehityskaarista
2000-luvun taitteen molemmin puolin (*Perlin – Lynch*, *VJCL* 2016 s.
347).²³ Terapeutin oikeustieteen lähtökohtana on, että lainkäytöllä on
aina sekä terapeutteja että antiterapeutteja vaikutuksia ja ne pitäisi huo-
mioida muiden oikeudellisten periaatteiden, kuten oikeudenmukaisen oi-
keudenkäynnin, ohella. Ristiriitatilanteissa etusija on kuitenkin oikeudelli-
sillä argumenteilla (*Wexler*, *Touro Law Rev* 2004, s. 355–356; *Wexler*,
William Mary Law Rev 1993 s. 280; *Perlin*, *Akron Law Rev* 2009, s.
912–913; *Perlin ja Lynch*, *VJCL* 2016, s.347–348). *Wexlerin* mukaan tuo-
marien tulisikin hyväksyä entistä avoimemmin heidän kaksoisroolinsa yh-
täältä laintulkitsijoina ja toisaalta sosiaalityöntekijöinä (*Wexler*, *William
Mary Law Rev* 1993 s. 298–299).

Näiden uusien mekanismien kehitystä voidaan hyvin kuvata Abbottin
professionalisaatioteoriaan tukeutuen artikkelissa esittelemäni historialli-
sen valtakamppailun tavoin. Asiantuntija-alojen käydessä yhä kapeammik-
si professioiden keskinäisriippuvainen legitimaation tarve voimistuu. Esi-
merkiksi Yhdysvalloissa joissain osavaltioissa toimivat huumausainerikok-
siin erikoistuneet tuomioistuimet (*drug courts*) käsittelevät päihteiden
väärinkäyttöä sekä terveydenhuollollisena että rikosoikeudellisena ongel-
mana (*Murphy*, *Law Psychol Rev* s. 103–104 ja 111). Terapeutin oikeus-
tieteen myötä asianajajien roolissa korostuu entistä voimakkaammin pyrki-
mys terapeutteihin tuloksiin, mikä edellyttää yhä useamman ongelman
diagnosoimista yhtäältä lainopin ja toisaalta lääketieteen näkökulmasta.
Tämä puolestaan voi tapahtua vain arvioitavan henkilön juridislääketie-
teellisessä dissektiossa (*Wexler*, *William Mary Law Rev* 1993 s. 286), jo-
hon neurotieteiden välineistö tarjoaa nykyaikaiseen aatteelliseen viiteke-

²³ Lisäksi esim. Prahassa vuonna 2017 järjestetyssä XXXVth International Congress on
Law and Mental Healthissa oli yhteensä kaksikymmentä luentoa / keskustelutilaisuutta te-
rapeuttisen oikeustieteen otsikon alla.

hykseen sopivan metodin. Adversariaalisen prosessin edellyttämä ja juristeille tuttu ”palavahenkisyys” (*zealous advocacy*) tarttuu myös puolueettomaan ja rationaaliseen asiantuntijatodistajaan (*Stone ja MacCourt, J Psychiatry Law* 2008 s. 625 ja 628). Yhtäpitävästi aiemmin esitetyn historiallisen kuvauksen kanssa valamiesjärjestelmä asetetaan jälleen asiantuntijatiedon väyläksi ammattiryhmien keskinäisen toimivaltakamppailun keskiöön. Professionien sisäisen pirstaloitumisen ja muutoksen näyttämöinä toimivat edelleen oikeussalit, joissa kaikki legitimaatioon vaaditut yleisö- ja osallistujaryhmät ovat läsnä. Puolin ja toisin tapahtuvan roolien omaksumisen myötä ammattiryhmien hybridisaatio näyttäytyy alati teellistyvässä maailmassa moraalisesti kannatettavana ja väistämättömänä kehityskulkuna.

LÄHTEET

- Beccaria, Cesare*, Of Crimes and Punishments, käänt. Ingraham, Edward D. Philip H. Nicklin, Philadelphia 1778. – [Http://www.constitution.org/cb/crim_pun.htm](http://www.constitution.org/cb/crim_pun.htm) (29.6.2017).
- Brissot de Warville, Jacques-Pierre*, Les Moyens d'adoucir la Rigueur Des Loix Pénales en France, Sans Nuire à la Sûrete Publique. Discours Couronnés par l'Académie de Châlons-sur-Marne en 1780. Paris 1781. – [Http://books.google.fi/books?id=kYs8AAAcAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.fi/books?id=kYs8AAAcAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false) (29.6.2017).
- Code des Délits et des Peines du Brumaire*, vuosi IV, 1795. – [Http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_delits_et_peines_1795/code_delits_et_peines_1795_3.htm](http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_delits_et_peines_1795/code_delits_et_peines_1795_3.htm) (29.6.2017).
- Code d'Instruction Criminelle de 1808*, vol. I. [Http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808/code_instruction_criminelle_1.htm](http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808/code_instruction_criminelle_1.htm) (30.6.2017).
- Conolly, John*, An Inquiry Concerning the Indications of Insanity with Suggestions for The Better Protection and Care of the Insane. Printed for John Taylor, London 1830.
- de La Fosse, Jean*, Legal Medicine. The Encyclopedia of Diderot & d'Alembert Collaborative Translation Project, Supp. vol. 3, käänt. Casebow, Edwina. Michigan Publishing, University of Michigan Library 2003. – [Http://quod.lib.umich.edu/d/did/did2222.0000.047/--legal-medicine?rgn=main;view=fulltext;q1=medicine#h123](http://quod.lib.umich.edu/d/did/did2222.0000.047/--legal-medicine?rgn=main;view=fulltext;q1=medicine#h123) (29.6.2017).
- Diderot, Denis*, Melancholia. The Encyclopedia of Diderot & d'Alembert Collaborative Translation Project, vol. 10, käänt. Chozick, Matthew. Michigan Publishing, University of Michigan Library 2007. – [Http://hdl.handle.net/2027/spo.did2222.0000.808](http://hdl.handle.net/2027/spo.did2222.0000.808) (29.6.2017).
- Esquirol, Jean-Etienne*, Mental Maladies. [Treatise on Insanity], käänt. Hunt, E. K. Lea and Blanchard, Philadelphia 1845.
- Fodéré Fe.*, Traité de Médecine Légale et d'Hygiène Publique ou de Police de Santé, vol. 1. Paris 1813.
- Georget, D.*: Examen Medical des Procès Criminels des Nommès Leger, Feldtmann, Lecouffe, Jean-Pierre et Papavoine, dans lesquels l'aliénation mentale a été alléguée comme moyen de défemse; suivi de quelques considerations medico-legales sur la liberté morale. Paris 1825.
- Locke, John*, An Essay Concerning Human Understanding [1690], edit. Manis, Jim. Electronic Classic Series 2013. – [Http://michaeljohnsonphilosophy.com/wp-content/uploads/2012/01/humanund.pdf](http://michaeljohnsonphilosophy.com/wp-content/uploads/2012/01/humanund.pdf) (29.6.2017).
- Magna Carta* 1215. – [Http://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation](http://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation) (29.6.2017).
- Montesquieu, Charles*, The Spirit of Laws, käänt. Nugent. London 1752. – [Http://www.constitution.org/cm/sol_06.htm#017](http://www.constitution.org/cm/sol_06.htm#017) (29.6.2017).

- Ordonnance Criminelle du Mois d’Août 1670.* –[Http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/ordonnance_criminelle_de_1670.htm](http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/ordonnance_criminelle_de_1670.htm) (viitattu 29.6.2017).
- Pinel, Philippe*, A Treatise on Insanity, käänt. Davis, D. D. Sheffield 1806.
- Prichard, James Cowles*, Treatise on Insanity and Other Disorders Affecting the Mind. Sherwood, Gilbert and Piper, London 1835.
- The State Trials Report: The Queen Against Daniel M’Naughton, 1843. Central Criminal Court, Old Bailey, in Daniel McNaughton: His Trial and the Aftermath, edit. West, Donald J. & Walk, Alexander. Headley Brothers Ltd, Kent 1977.
- Voltaire*, Commentaire Sur le Livre Des Délits et Des Peines, 1766, vol. XII ja XXIII. – [Http://athena.unige.ch/athena/voltaire/voltaire_commentaire_delits_peines.html#0](http://athena.unige.ch/athena/voltaire/voltaire_commentaire_delits_peines.html#0) (29.6.2017).

Kirjallisuus

- Abbott, Andrew*, The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor. University of Chicago Press 1988.
- Blackstone, Sir William*, Commentaries on the Laws of England in Four Books; with an analysis of the work, vol. III–IV. W. E. Dean 1848.
- Beattie, J. M.*, Crime and the Courts in England 1660–1800. Clarendon Press 1986.
- Bynum, W. F.*, The Anatomy of Madness: Essays in the History of Psychology, vol. 1, edit. Bynum, W. F., Porter, Roy & Shepherd, Michael. Tavistock Publications 1985.
- Castel, Robert*, The Regulation of Madness: The Origins of Incarceration in France, käänt. Halls, W.D. Polity Press 1988.
- De Tocqueville, Alexis*, The Old Regime and the Revolution, käänt. Bonner, John. Harper & Brothers 1856.
- David, René – de Vries, Henry P.*, The French Legal System: an Introduction to Civil Law Systems. Oceana Publications 1958.
- Doyle, William*, Origins of the French Revolution. Oxford University Press 1999.
- Eigen, Joel Peter*, Witnessing Insanity: Madness and Mad-Doctors in the English Court, Yale University Press 1995.
- Eigen, Joel Peter*, Unconscious Crime: Mental Absence and Criminal Responsibility in Victorian London. Johns Hopkins University Press 2003.
- Engelmann, Arthur*, A History of Continental Civil Procedure. Little, Brown and Company 1927.
- Esmein, Adhemar*, History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France, käänt. Simpson, John. Augustus M. Kelley Publishers 1968.
- Garland, David*, Punishment and Modern Society: A study in Social Theory. The University of Chicago Press 1990.
- Foucault, Michel*, Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977, edit. Gordon, Colin, käänt. Gordon, Marshall & Mepham, Soper. Pantheon Books 1980.
- Foucault, Michel*, Madness and Civilization: A History of Insanity in the Age of Reason, käänt. Howard, Richard. Routledge 2001.
- Foucault, Michel*, Abnormal, Lectures at the Collège de France 1974–1975, edit. Marchetti, Valerio & Salomoni, Antonella, käänt. Burchell, Graham. Picador 2003.

- Foucault, Michel* (edit.), *I, Pierre Rivière, Having Slaughtered My Mother, My Sister, and My Brother...: A Case of Parricide in the 19th Century*, käänt. Jellinek, Frank. University of Nebraska Press 1982.
- Garraud, R.*, *Traité Theorique et Pratique d'Instruction Criminelle et Procédure Pénale*. Paris 1907.
- Goldstein, Jan*, *Console and Classify: The French Psychiatric Profession in the Nineteenth Century*. Cambridge University Press 1987.
- Hacking, Ian*, *The Taming of Chance*. Cambridge University Press 1990.
- Harris, Ruth*, *Murders and Madness: Medicine, Law and Society in the Fin de Siècle*. Clarendon Press 1989.
- Hunt, Lynn*, *Politics, Culture, & Class in the French Revolution*. University of California Press 1984.
- Jousse, Daniel*, *Traité de la Justice Criminelle de France, Paris 1771*, vol. I–IV. – [Http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k49892n/f705.image](http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k49892n/f705.image) (29.6.2017).
- Karpik, Lucien*, *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism*, edit. Halliday, Terrence & Karpik, Lucien. Oxford University Press 1997.
- Kelley, Donald R.*, *The Writing of History and the Study of Law*. Aldershot 1997.
- Kälviäinen, Reetta*, *Aikuinen ja epilepsia*. Epilepsialiitto 2010, s. 1–44. – [Https://www.epilepsia.fi/documents/20181/45820/Aikuinen+ja+epilepsia+2010.pdf/e1a23f4d-59d1-4f09-b03b-57aadebead16](https://www.epilepsia.fi/documents/20181/45820/Aikuinen+ja+epilepsia+2010.pdf/e1a23f4d-59d1-4f09-b03b-57aadebead16) (30.6.2017).
- Langbein, John H.*, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*. University of Chicago Press 1977.
- Lieberman, David*, *The Province of Legislation Determined*. Cambridge University Press 2002.
- Loughnan, Arlie*, *Manifest Madness: Mental Incapacity in Criminal Law*. Oxford University Press 2012.
- Pietikäinen, Petteri*, *Hulluuden historia*. Gaudeamus 2013.
- Pihlajamäki, Heikki* (edit.), *Theatres of Power: Social Control and Criminality in historical Perspective*. Matthias Calonius Society 1991.
- Plucknett, Theodore F. T.*, *A Concise History of the Common Law*. 5th edition. Little, Brown and Company 1956.
- Pound, Roscoe*, *The History and System of Common Law*. P.f. Collier & Son Corporation 1939.
- Porter, Roy*, *A Social History of Madness: Stories of the Insane*. Weidenfeld & Nicolson 1987.
- Porter, Roy*, *Madmen: A Social History of Madhouses, Mad Doctors, & Lunatics*. Tempus 2004.
- Robinson, Daniel N.*, *Psychology and Law: Can Justice Survive the Social Sciences?* Oxford University Press 1980.
- Rudolph, Julia*, *Common Law and Enlightenment in England, 1689–1750*. Boydell Press 2013.
- Scull, Andrew*, *The Insanity of Place / The Place of Insanity: Essays on the History of Psychiatry*. Routledge 2006.

- Shorter, Edward*, Psykiatrian historia, suom. Salomaa, Eila. Mielenterveyden keskusliitto 2005.
- Silving, Helen*, Essays on Criminal Procedure. Dennis & Co Inc. 1964.
- Smith, Roger*, Trial by Medicine: Insanity and Responsibility in Victorian Trials. Edinburgh University Press 1981.
- Stumberg, George Wilfred – Borchard, Edwin Montefiore*, Guide to the Law and Legal Literature of France. Government Printing Office Washington 1931.
- Sutherland, D.M.G.*, The French Revolution and the Empire: the Quest for a Civic Order. Blackwell 2003.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti*, Rikosoikeuden yleinen osa. Talentum 2013.
- Von Bar, Carl Ludwig*, A History of Continental Criminal Law, käänt. Bell, Thomas S. Little, Brown, and Company 1916.
- Walker, Nigel*, Crime and Insanity in England – Volume I: The Historical Perspectives. Edinburgh University Press 1968.

Artikkelit

- Abbott, Andrew*, Jurisdictional Conflicts: A New Approach to the Development of the Legal Professions. American Bar Foundation Research Journal, vol. 187, 1986, 187–224.
- Appelbaum, Paul S.*, The Parable of the Forensic Psychiatrist: Ethics and the Problem of Doing Harm. International Journal of Law and Psychiatry, vol. 13, 1990, 249–259.
- Augustein, Hannah Franziska*, J C Prichard's Concept of Moral Insanity – a Medical Theory of the Corruption of Human Nature. Medical History, vol. 40, 1996, 311–343.
- Bartlett, Peter*, Legal Madness in the 19th Century. Social History of Medicine, vol. 14, 2001, 107–131.
- Bell, David A.*, Barristers, Politics and the Failure of Civil Society in Old Regime France. edit. Halliday, Terrence & Karpik, Lucien. Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism. Oxford University Press 1997, 65–100.
- Bessler, John D.*, Revisiting Beccaria's Vision: The Enlightenment, America's Death Penalty, and the Abolition Movement. Northwestern Journal of Law and Social Policy, vol. 4, 2009, 195–328.
- Brown, Theodore M.*, Descartes, Dualism and Psychosomatic Medicine. The Anatomy of Madness: Essays in the History of Psychology, edit. Bynum, W.F, Porter, Roy & Shepherd, Michael. Tavistock Publications 1985, vol. 1, 40–62.
- Boreham, Paul*, Indetermination: Professional Knowledge, Organization and Control. The Sociological Review, vol. 31, 1983, 693–718.
- Boyle, Herbert E.*, Extenuating Circumstances in French Law. The Juridical Review, vol. 18, 1906–1907, 259–272.
- Charland, Louis C.*, Science and Morals in the Affective Psychopathology of Philippe Pinel. History of Psychiatry, vol. 21, 2010, 38–53.
- Church, William F.*, The Decline of the French Jurists as Political Theorists, 1660–1789. French Historical Studies, vol. 5, 1967, 1–40.
- Diesen, Christian*, Therapeutic Jurisprudence. Procedural Law: Court Administrations, Scandinavian Studies in Law, vol. 51. Stockholm 2007, 132–161.

- Edginton, Barry*, The Well-Ordered Body: The Quest for Sanity through Nineteenth-Century Asylum Architecture. *Canadian Bulletin of Medical History*, vol. 11, 1994, 375–386.
- Ehrlich, Eugen*, Montesquieu and Sociological Jurisprudence. *Harvard Law Review*, vol. 29, 1916, 582–600.
- Eigen, Joel Peter*, Delusion in the Courtroom: The Role of Partial Insanity in Early Forensic Testimony. *Medical History*, vol. 35, 1991, 25–49.
- Eigen, Joel Peter*, Lesion of the Will: Medical Resolve and Criminal Responsibility in Victorian Insanity Trials. *Law & Society Review*, vol. 33, 1999, 425–460.
- Foucault, Michel*, About the Concept of the "Dangerous Individual" in 19th-Century Legal Psychiatry. *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 1, käänt. Baudot, Alain & Couchman, Jane, 1978, 1–18.
- Foucault, Michel*, Two Lectures. Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977, edit. Gordon, Colin, käänt. Gordon, Marshall & Mepham, Soper, Pantheon Books 1980, 78–108.
- Foucault, Michel*, Foreword. I, Pierre Rivière, Having Slaughtered My Mother, My Sister, and My Brother... A Case of Parricide in the 19th Century, edit. Foucault, Michel, käänt. Jellinek, Frank. University of Nebraska Press 1982a, VII–XIV.
- Foucault, Michel*, Tales of Murder, I, Pierre Rivière, Having Slaughtered My Mother, My Sister, and My Brother...: A Case of Parricide in the 19th Century, edit. Foucault, Michel, käänt. Jellinek, Frank, University of Nebraska Press 1982b, 199–212.
- Garner, James W.*, Criminal Procedure in France. *Yale Law Journal*, vol. XXV, 1916, 256–284.
- Greely, Henry T.*, Neuroscience and Criminal Justice: Not Responsibility but Treatment. *Kansas Law Review*, vol. 58, 2008, 1103–1138.
- Goldstein, Jan*, Professional Knowledge and Professional Self-Interest: The Rise and Fall of Monomania. *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 21, 1998, 385–396.
- Grünhut, Max*, English Law and the History of Continental Legislation. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 2, 1938, 165–182.
- Ingram, Allan*, Identifying the Insane: Madness and Marginality in the 18th century. *Lumen: Selected Proceedings from the Canadian Society for Eighteenth-Century*, vol. 21, 2002, 143–157.
- Karpik, Lucien*, Builders of Liberal Society: French Lawyers and Politics. *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism*, edit. Halliday, Terrence & Karpik, Lucien. Oxford University Press 1997, 101–123.
- Landsman, Stephan*, Of Witches, Madmen, and Products Liability: an Historical Survey on Expert Testimony. *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 13, 1995, 131–157.
- Lowell, A. Lawrence*, The Judicial Use of Torture Part I. *Harvard Law Review*, vol. 11, 1897, 220–233.
- Moran, Richard*, The Origin of Insanity as a Special Verdict: the Trial for Treason of James Hadfield (1800). *Law & Society Review*, vol. 19, 1985, 487–519.
- Mäkinen, Virpi – Pihlajamäki, Heikki*, The Individualization of Crime in Medieval Canon Law. *Journal of the History of Ideas*, vol. 65, nro. 4, 2004, 525–542.

- Murphy, Emily R.*, Paved with Good Intentions: Sentencing Alternatives from Neuroscience and the Policy of Problem Solving Courts. *Law and Psychology Review*, vol. 37, 83–118.
- Nakken, Karl O.*, Epilepsi og Religion. *Tidsskrift for Den Norske Legeforening*, vol. 13–14, 2011, 1294–1297. – [Http://tidsskriftet.no/2011/07/oversiktsartikkel/epilepsi-og-religion](http://tidsskriftet.no/2011/07/oversiktsartikkel/epilepsi-og-religion) (30.6.2017).
- Neuman, Gerald L.*, Habeas Corpus, Executive Detention, and the Removal of Aliens. *Columbia Law Review*, vol. 98, 1998, 961–1067.
- Newman, Graeme – Marongiu, Pietro*, Penological Reform and the Myth of Beccaria. *Criminology*, vol. 28, 1990, 325–346.
- Ormrod, Sir Roger*, The McNaughton Case and its Predecessors in Daniel McNaughton: His Trial and Aftermath, edit. West, Donald J. & Walk, Alexander. Headley Brothers Ltd 1977, 4–12.
- Perlin, Michael L.*, His Brain Has Been Mismanaged with Great Skill: How Will Jurors Respond to Neuroimaging Testimony in Insanity Defense Cases. *Akron Law Review*, vol. 42, 2009, 885–915.
- Perlin, Michael L. – Lynch, Alison J.*, 'In the Wasteland of your Mind': Criminology, Scientific Discoveries and the Criminal Process, *Virginia Journal of Criminal Law*, vol. 4:304, 2016, 304–360.
- Peter, Pierre – Favret, Jeanne*, The Animal, the Madman, and Death in I, Pierre Rivière, Having Slaughtered My Mother, My Sister, and My Brother...: A Case of Parricide in the 19th Century, edit. Foucault, Michel, käänt. Jellinek, Frank. University of Nebraska Press 1982, 175–199.
- Ploscowe, Morris*, Development of Inquisitorial and Accusatorial Elements in French Procedure. *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 23, 1932, 372–394.
- Quintard-Morénas, François*, The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, 107–150.
- Rafter, Nicole*, The Unrepentant Horse-Slasher: Moral Insanity and the Origins of Criminological Thought. *Criminology*, vol. 42, nro 4, 2004, 979–1008.
- Rimke, Heidi – Hunt, Allan*, From Sinners to Degenerates: the Medicalization of Morality in the 19th Century. *History of the Human Sciences*, vol. 15, 2002, 59–88.
- Scull, Andrew*, A Victorian Alienist: John Conolly, FRCP, DCL (1794–1866). *The Anatomy of Madness: Essays in the History of Psychology*, edit. Bynum, W. F., Porter, Roy & Shepherd, Michael. Tavistock Publications 1985, vol. 1, 103–150.
- Scull, Andrew*, Psychiatry and Social Control in the Nineteenth and Twentieth Century. *Theatres of Power: Social Control and Criminality in historical Perspective*, edit. Pihlajamäki, Heikki. Matthias Calonius Society 1991, 116–142.
- Scull, Andrew*, The Mad-Doctor and His Craft. *The Insanity of Place / The Place of Insanity: Essays on the History of Psychiatry*. Routledge 2006, 54–62.
- Stone, Alan A. – MacCourt, Duncan C.*, Ethics in Forensic Psychiatry: Re-imaging the Wasteland after 25 Years. *Journal of Psychiatry and Law*, vol. 38, 2008, 617–643.

- Swanepoel, Magdaleen*, The Development of the Interface Between Law, Medicine and Psychiatry: Medico-Legal Perspectives in History. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, vol. 12, 2009, 124–170.
- Taylor, Robert F.*, A Comparative Study of Expert Testimony in France and the United States: Philosophical Underpinnings, History, Practice, and Procedure. *Texas International Law Journal*, vol. 31, 1996, 181–214.
- Thom, Katey – Finlayson, Mary*, They’re Not Really Doing “Normal Psychiatry”: The Socio-Legal Shaping of Psychiatric Expertise in Insanity Trials. *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 20:1, 2013, 46–59.
- Weisz, George*, Emergence of Medical Specialization in the Nineteenth Century. *Bulletin for the History of Medicine*, vol. 77, 2003, 536–575.
- Wexler, David*, Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts. *William and Mary Law Review*, vol. 35, 1993, 279–399.
- Wexler, David*, Therapeutic Jurisprudence. *Touro Law Review*, vol. 20, 2004, 353–362.

THE DEFINERS OF INSANITY: A COMPARATIVE, LEGAL HISTORICAL INQUIRY INTO MADNESS AND EXPERTISE IN FRENCH AND BRITISH CRIMINAL PROCEDURE AT THE TURN OF THE 19TH CENTURY

The article discusses the position of insane defendants together with the roles of laymen and expert witnesses in French and British criminal procedure at the turn of the 19th century. The main research question is two-fold: who defined legally meaningful madness in courts in the temporal scope of the research, and what were the building blocks of the emerging field of forensic psychiatry?

The whole of complex of issues is divided into three parts. The first part deals with changes in criminal law and procedure following the period of Enlightenment. The second part discusses the birth of modern psychiatry during the same time. In the third part of the article, the author provides a framework linking the aforementioned trajectories into one by drawing from theories of professionalization. This part also provides concrete examples of the changes in criminal procedure and the use of scientific knowledge in courts by reference to high profile criminal cases in both countries.

Changes in criminal procedure and the emergence of modern psychiatry are both inextricably bound to the Enlightenment notion of ‘the rational human being’. The focal points of this article revolve around the theory of proof in criminal trials and its changes in France accompanied with an analysis of the jury system in England. The reduction in the use of torture as means of investigation and punishment will serve as an example of successful demands made by the proponents of Enlightenment-ideology. Furthermore, the increase in the use of expert witnesses in courts reflects the age’s growing trend of emphasizing the role of scientific knowledge in human affairs.

For the purpose of this article, the development of psychiatry is analyzed alongside a change in somatic medicine. By discarding Hippocratic theories of medicine, doctors were now able to diagnose madness as an illness of the mind and thus opened the door for a new medical expert, namely the alienist. These new experts, Pinel, Esquirol, Prichard, and Conolly to name a few, challenged the reigning Lockean doctrine of madness as an all-encompassing feature of an individual. By doing so, they also created an opening for a new, more scientific view of insanity which was to be applied in both hospitals and courts. Distinguishing partial madness in an individual required esoteric knowledge not available to laymen. By combining

knowledges gained from somatic medicine, the methods of observation and classification, as well as from lay practices including sympathy and caretaking, the alienists legitimated and grounded their position as the managers of madmen.

According to Andrew Abbott, a scientific discipline gains the status of a profession by making claims to jurisdiction over a set of phenomena previously belonging under some other profession. The rise of psychiatry as a scientific discipline can be described as a process of professionalization which included the articulation of elements on the one hand formerly part of somatic medicine, and on the other, the legal doctrine of criminal responsibility, through its developing systems of knowledge. Chief-psychiatrists and managers of mental hospitals became a regular sight in criminal trials – e.g. in the cases of Hadfield, McNaughton, and Rivière, psychiatric expertise contributed significantly to judicial decision-making.

By using the mechanisms of criminal proceedings and medicine, psychiatry legitimated itself as a system of knowledge based on established institutions and customary practices. This enabled it to claim exclusive jurisdiction over the definition of insanity. The sine qua non of the described development was the preference of scientific knowledge over lay intuition originating in Enlightenment-thought. By accepting scientific arguments in criminal proceedings alongside legal reasoning, criminal law was able to preserve its status as a powerful instrument for the organization of social discipline. In the concluding chapter, the author also briefly discusses the relevance of contemporary forensic psychiatry and its future prospects.

Tommi Oikarinen

**JULKISEN HALLINNON
TIETOHALLINNON SUUNNITTELU-
VELVOITTEET**

Sisällys

1	JOHDANTO	259
2	TIETOHALLINNON TEHTÄVÄT	264
3	SUUNNITTELUVELVOITTEIDEN SÄÄNTELY- TAVAT	266
4	TIETOHALLINNON TAVOITTEIDEN JA TOIMINNAN SUUNNITTELU	269
	4.1 Strategisten tavoitteiden suunnittelu.....	269
	4.2 Tietohallinnon vuositavoitteiden suunnittelu- velvoitteet	276
5	PALVELUJEN SUUNNITTELU	278
	5.1 Palvelujen järjestäminen.....	278
	5.2 Palvelujen jatkuvuus.....	282
6	TIEDONHALLINNAN SUUNNITTELU	287
	6.1 Hyvän tiedonhallintatavan suunnittelu	287
	6.2 Henkilötietojen suunnitelmallinen käsittely.....	291
	6.3 Tiedon säilyttäminen	295
7	TIETOJÄRJESTELMIEN SUUNNITTELU	298
	7.1 Tietojärjestelmien vaatimusten suunnittelu.....	298
	7.2 Tietojärjestelmien yhteentoimivuuden suunnittelu	306
	7.3 Tietohallinnon hankinnat.....	312
8	TIETOHALLINNON SUUNNITTELU SUUNNITTELUVELVOITTEIDEN LAAJUUDESSA – PUOLIKSI TEHTY?	315
	LÄHTEET	323
	PUBLIC SECTOR IT UNIT’S OBLIGATORY PLANNING ACTIVITIES	328

Julkisen hallinnon tietohallinnon suunnitteluvelvoitteet

1 JOHDANTO

Julkiseen hallintoon sekä julkisten tehtävien hoitamiseen on sisäänrakennettu ajatus toiminnan suunnitelmallisuudesta sekä toiminnan tuloksellisuuden arvioinnista suhteessa asetettuihin tavoitteisiin. Jo hallintolain (434/2003) 6 ja 7 §:ssä säädettyt hyvän hallinnon perusteet edellyttävät viranomaiselta toimintansa etukäteissuunnittelua, koska ilman suunnittelua asiakkaiden tasapuolinen kohtelu, toimenpiteiden oikeasuhtainen mitoittaminen tai asioiden käsittelyn järjestäminen asiakkaan tarpeita vastaavasti olisi lähes mahdotonta. Hallinnossa asioivan asemaan ja olosuhteisiin vaikuttavien toimien tulisi lähtökohtaisesti perustua johdonmukaisesti sovellettavaan päätökseen tai suunnitelmaan.¹ Hallinnon suunnitelmallisuus kytkeytyy kiinteästi myös viranomaisen avoimuuden ja julkisuuden toteutumiseen. Kansalaisille taattu mahdollisuus valvoa julkisen vallan käyttöä ja oikeuksiensa toteutumista edellyttää viranomaiselta toimintansa suunnittelemista sekä huolehtimaan suunnittelun riittävästä avoimuudesta (laki viranmaisen toiminnan julkisuudesta 19 § 2 mom., julkisuuslaki).² Suunnitelmallisuus liittyy myös viranomaisten vastuunalaisuuteen ja tilivelvollisuuteen, koska ilman tuloksellisen toiminnan etukäteismäärittelyä sekä siihen perustuvaa toiminnan suunnittelua, ei tavoitteiden saavuttamisen arvioinnillekaan ole edellytyksiä. Vastaavasti rajallisten resurssien tehokas allokointi edellyttää huolellista suunnittelua, joka parhaimmillaan johtaa tehokkaisiin hankintoihin sekä tavoitteet toteuttaviin kehitysprojekteihin.

* *Tommi Oikarinen*, FM, neuvotteleva virkamies, valtiovarainministeriö

¹ Ks. *Mäenpää* 2013 s. 152; *Kulla* 2015 s. 98–100.

² Julkisuuslain 19 §:n 2 momentissa säädetyn keskeneräisten asioiden tiedonantovelvollisuuden tarkoituksena on ollut korostaa viranomaisten toiminnan ja suunnittelun avoimuutta sekä mahdollistaa asioiden etenemisen seuranta (ks. HE 30/1998 vp, s. 91).

Myös investointeihin liittyviä riskejä on hyvällä suunnittelulla mahdollista lieventää.³

Viranomaisen suunnitteluvollisuus voidaan sisällyttää toimintaan lähes säännönmukaisesti aina, kun kyse on tehtävistä, joissa toiminnalle asetetaan tavoitteita sekä järjestetään tavoitteiden saavuttamisen edellyttämiä voimavaroja. Esimerkiksi luokiteltaessa julkisen hallinnon tehtävät *Mäenpään* (2013) tavoin 1) hallinnolliseen sääntelyyn ja valvontaan, 2) julkisten palvelujen tuottamiseen, 3) taloudelliseen toimintaan sekä 4) hallinnon ylläpitoon ja johtamiseen, voidaan tehtäviin kohdistaa suunnittelu-toimenpiteitä, joiden avulla 1) arvioidaan lainvalmistelun tarve ja sääntelyn vaikutukset, 2) varmistetaan palvelutuotannon järjestämisen vaatimat resurssit, 3) huolehditaan yksityisoikeudellisiin sopimuksiin sitoutumisen edellytysten olemassaolosta sekä 4) luodaan perusta hallinnon perustointojen (mm. talous- ja resurssisuunnittelu) järjestämiselle.⁴

Alati kiihtyvä teknologiakehitys on tuonut lisähaasteita viranomaisten toiminnan suunnittelulle. Suunnittelukohteiden monimuotoisuus on lisääntynyt tavoitteiden saavuttamiseksi käytettävissä olevien keinojen lisääntyessä uusien tekniikoiden ja niiden mahdollistamien uusien toimintamallien myötä. Erityisesti tieto- ja viestintätekniikan tai digitaalitekniikan välineet tarjoavat viranomaisille uusia tapoja hyödyntää ja allokoida olemassa olevia tuotannontekijöitä tavalla, joka ei aiemmin ole ollut mahdollista.⁵ Julkinen hallinto onkin tarttunut innolla kehityksen tuomaan mahdollisuuteen ja pyrkinyt ratkaisemaan toimintansa vaikuttavuuteen, laatuun tai tuottavuuteen liittyviä kehitystarpeita juuri uuden teknologian avulla. Esimerkiksi pääministeri Juha Sipilän hallitusohjelmassa on tavoitteeksi asetettu ”*julkisten palvelujen digitalisointi, jotta julkisen talouden kannalta välttämätön tuottavuusloikka onnistuisi*”. Lähes kaikkiin julkisen hallinnon tasoihin vaikuttavan maakunta- ja sosiaali- ja terveydenhuoltouudis-

³ Suunnittelun merkityksestä investoinneilla asetettujen tavoitteiden saavuttamisessa, ks. esim. *Raudusoja – Suomela* 2014, s. 77 ja *Vilkkumaa* 2017, s. 157.

⁴ *Mäenpää* 2013, s. 176–180. Hallinnon toiminnallisista jäsenystavoista, ks. myös mm. *Heuru* 2003, s. 75.

⁵ Tieto- ja viestintätekniikalla tai digitaalitekniikalla tarkoitetaan laajasti kaikkia niitä tekniikoita, joissa hyödynnetään automatisoituun tietojen käsittelyyn liittyviä välineitä (mm. sovelluksia, tietovarantoja sekä erilaisia integraatio-, viestinvälitys- ja tietoliikenne-ratkaisuja) ja menetelmiä. Digitalisaatiolla tarkoitetaan tässä yhteydessä tieto- ja viestintä-tekniikan hyödyntämistä toimintatapojen uudistamisessa sekä prosessia, jolla luodaan uusia digitaalisia toimintamalleja. Ks. digitalisaation määritelmästä esimerkiksi Gartnerin IT-sanaston määritelmä: ”*Digitalization is the use of digital technologies to change a business model and provide new revenue and valueproducing opportunities; it is the process of moving to a digital business*”.

tuksen (jatkossa Sote-uudistus) tavoitteena olevan miljardisäästön edellytykseksi on katsottu mittavien kehittämispanostusten osoittaminen toiminnan digitalisointiin ja yhtenäisiin tietojärjestelmäratkaisuihin.⁶ Kun toiminnan uudistaminen sekä teknologian soveltaminen edellyttävät aina muutosta ja muutoksen johtaminen tai ainakin hallittu muutos sisältää yleensä ajatuksen suunnitelmallisesta pyrkimyksestä tavoitteisiin, voidaan suunnittelun ajatella olevan perusedellytys tavoitteiden vaatimien toimenpiteiden asettamiselle. Esimerkiksi edellä mainitussa maakunta- ja sosiaali- ja terveydenhuollon uudistuksessa juuri *hyvin suunniteltujen ja johdettujen tietojärjestelmäinvestointien katsotaan mahdollistavan merkittävät kustannussäästöt ja toiminnan tehostamisen.*⁷

Tieto- ja viestintätekniiikan ollessa toimintaa toteuttava tuotannontekijä korostuvat suunnittelutehtävissä viranomaisen tietohallinnon vastuulle säädetyt tehtävät ja velvoitteet. Tietohallinnon suunnittelutarpeita ohjaavat myös toimintaympäristössä tapahtuvat muutokset sekä erityisesti teknologiakehityksen trendit. Esimerkiksi siirryttäessä tietojärjestelmien tarjoamisessa enenevässä määrin omasta tuotannosta palveluhankintoihin sekä pilvipalvelujen käyttöön⁸, muuttuu myös suunnittelukohteiden painotus järjestelmien yksityiskohtaisista vaatimuksista palvelutoiminnan tarpeisiin sekä palveluja tuottaviin rakenteisiin.⁹ Vastaavalla tavalla myös kehitysmetodien painottuminen perinteisten vesiputousmallien sijasta ketteriin tai Lean-ajatteluun perustuviin malleihin on siirtänyt suunnittelun painopistettä järjestelmävaatimuksista viranomaisen tuloksellisuustavoitteiden suuntaan.¹⁰

⁶ Ratkaisujen Suomi – Pääministeri Juha Sipilän hallituksen strateginen ohjelma 29.5.2015, s. 26. Maakunta- ja sosiaali- ja terveydenhuoltouudistuksen tavoitteet, ks. HE 15/2017 vp, s. 14–15. Myös kuntastrategioissa digitalisaatio on asetettu keskeiseksi keinoksi parantaa toiminnan tuloksellisuutta ja taloudellisuutta, ks. *Räsänen ym.* 2017, s. 34–35.

⁷ Ks. HE 15/2017 vp, s. 20.

⁸ Pilvipalveluilla tarkoitetaan palvelumallia, jossa tietoteknisiä toiminnallisuksia tarjotaan tietoverkkojen yli. Pilvipalvelut voidaan jakaa kolmeen palvelumalliin: infrastruktuuriresurssipalvelu (Cloud Infrastructure as a Service, IaaS), alustaresurssipalvelu (Cloud Platform as a Service, PaaS) ja ohjelmistoresurssipalvelu (Cloud Software as a Service, SaaS). Pilvipalveluista ks. esim. *Juntunen* 2017, s. 37–39, *Järvenoja ym.* 2015, s. 391–392.

⁹ Julkisten palvelujen osalta ei ole vakiintunutta määritelmää sille, mitä palveluekosysteemillä tarkoitetaan. Tarkastelun kohdistuessa tietohallinnon tehtäviin ja osittain teknologia-perusteisiin ekosysteemeihin, voidaan muun muassa digitaalinen ekosysteemi määritellä hajautetuksi avoimeksi ympäristöksi, jossa sovelluskomponentit, ohjelmistot ja palvelu- ja toimintamallit sekä niitä toteuttavat osallistuvat vuorovaikutuksessa tuotannon luomiseen (ks. esim. *Iivari* 2016, s. 32–33).

¹⁰ Ks. ketteristä menetelmistä esim. *Suomalainen* 2016, s. 23, *Laine ym.* 2011, s. 6–7. Valtiontalouden tarkastusvirasto on kertomuksessaan tietojärjestelmäohjelmien kustannusten ja hyötyjen seurannasta (VTV 19/2017) katsonut, että sitovien kustannusarvioiden laatiminen ketterillä menetelmillä liittyvään kehittämiseen on vierasta menetelmien suosiessa

Kun esimerkiksi hallinnon tuloksellisuuden on katsottu pitävän sisällään palvelujen järjestämisen asiakkaan tarpeita vastaavaksi¹¹, voidaan suunnittelun lähtökohdaksi ottaa asiakkaan saatavuus ja laatutavoitteet.

Tietohallinnon suunnitteluvastuu korostuu osaltaan myös julkisen hallinnon tietojärjestelmiin kohdistetun kritiikin kautta. Järjestelmien toimimattomuus sekä tietojärjestelmien kehityshankkeiden jääminen niille asetetuista tavoitteista on tavallista luettavaa toiminnan arviointikertomuksissa sekä mediassa. Valtiontalouden tarkastusvirasto on nähnyt tietojärjestelmähankintojen ennakoitujen kustannusten ylittymisen yhdeksi taustasyyksi puutteet hankinnan arvon ja kehittämiskustannusten määrittelyssä ja arvioinnissa.¹² Vastaavasti tavoitteiden ja kehityskohteen kannalta liian kapea-alainen, ylimalkainen tai liian myöhään aloitettu suunnittelu on vaikuttanut kehityshankkeiden aikataulujen venymiseen ja kustannusten nousuun suunnitellusta.¹³ Myös tietojärjestelmien yhteentoimivuuden varmistamisen on katsottu edellyttävän kehityshankkeiden parempaa suunnittelua.¹⁴ Vuonna 2016 tietohallintojohtajilta kerätyn näkemyksen mukaan lähes viidennes organisaatioista oli joutunut käyttämään merkittävästi resursseja projektien epäonnistumisesta johtuneeseen uudelleen suunnitteluun.¹⁵

Kun tarve suunnittelulle on tiedostettu, on viranomaisten seuraavaksi arvioitava, *mitä on suunniteltava ja milloin*. Kysymyksen laajuuden vuoksi aihetta tulee lähestyä useista eri näkökulmista, eikä kattavan esityksen muodostaminen ole mahdollista, ellei aihetta pilkota pienempiin kokonaisuuksiin. Näistä kokonaisuuksista tässä artikkelissa käsitellään lainsäädännön viranomaisten tietohallinnolle muodostamia suunnitteluelvoitteita. Valitun lähestymistavan kautta pyritään löytämään suunnittelutehtävien yleinen ydinalue, joka viranomaisten tulisi suunnittelussaan ottaa huomioon.

Kun suunnitteluelvoitteiden perustana ovat hyvän hallinnon perusteet, viranomaisille säädetyt tehtävät sekä niiden toimintaympäristössä tapahtuvat muutokset, muodostuu myös suunnitteluelvoitteiden lähtökohdaksi

kehitystyön valmisteluvaiheessa yksityiskohtaisen vaatimusmäärittelyn sijasta toiminnallisen tarpeen määrittelyä (ks. VTV 19/2017, s. 17). Lean-ajattelulla tarkoitetaan mallia, jossa keskiössä on organisaatioiden ja henkilöstön ongelmaratkaisutaitojen järjestelmällinen kehittäminen sekä työyhteisön toimintamallien perusteellinen ja avoin arviointi sekä niiden jatkuva parantaminen (ks. <http://www.leanyhdistys.fi>).

¹¹ Ks. esim. *Kulla* 2015, s. 117–118.

¹² Ks. VTV 19/2017, s. 11

¹³ Ks. esim. VTV 15/2017 s. 13 ja 39, VTV 6/2016, s. 4–7 ja 22, VTV 7/2015, s. 8.

¹⁴ Ks. esim. HaVL 41/2014 vp, s. 5, VTV 15/2017, s. 8

¹⁵ Julkisen sektorin osalta osuus oli lähes 30 % (ks. Tietohallintojen johtaminen Suomessa 2016, s. 28.)

se, että viranomainen tietää sitä koskevat velvoitteet ja osaa soveltaa velvoitteisiin liittyviä oikeussääntöjä tehtävissään. Tämän vuoksi artikkelin yhtenä tarkoituksena on esittää, *mitä ovat valtion ja kuntien viranomaisten tietohallintoa koskevat suunnitteluelvoitteet kohteittain, miksi velvoitteista on säädetty ja mitä vaatimuksia velvoitteet viranomaisille lopulta asettavat*. Suunnittelukohteiden lisäksi velvoitteisiin liittyvien sääntelytapojen sekä sääntelyn välisten suhteiden analysoinnilla pyritään *muodostamaan kokonaiskuva viranomaisten tietohallinnon suunnitteluelvoitteista* ja samalla arvioimaan yksittäisten säännösten sisältöä. Velvoitteen sisällön tarkentamisella pyritään löytämään samankaltaisiin suunnittelukohteisiin kohdistuvan *sääntelyn yhdenmukaisuudet, erot sekä mahdolliset ristiriitaisuudet*. Tarkoituksen vuoksi artikkelissa tietohallinnon tehtäviin kohdistuva sääntely on jäsennetty 1) palvelutoimintaan, 2) tiedonhallintaa sekä 3) tietojärjestelmiä koskeviin kokonaisuuksiin. Kokonaiskuvan muodostamisen tarvetta voidaan perustella myös sillä, että tietohallinnon tehtäviin liittyvää suunnittelua on aikaisemmin tarkasteltu lähinnä yksittäisten tehtävien, esimerkiksi hankintojen, osalta. Kun tietohallinnon tehtävät ovat käytännössä kiinteässä yhteydessä toisiinsa, eikä esimerkiksi hankintoja voi erottaa resurssisuunnittelusta, on perusteltua pyrkiä rakentamaan laajempi kokonaiskuva keskeisten tehtävien osalta.

Jotta sääntelyn muodostamien suunnitteluelvoitteiden vaikutus olisi esitettävissä riittävän kattavasti, tarkastelun kohteena olevan sääntelyn systematisoinnissa pyritään arvioimaan suunnitteluelvoitteiden laiminlyönnistä aiheutuvien seuraamusten avulla, *mitä velvoite tosiasiallisesti viranomaiselle tarkoittaa*. Lainopillisista lähtökohdista toteutetun analyysin tarkoituksena on muodostaa riittävän kattavat ja perustellut edellytykset artikkelin loppuosassa esitettyjen sääntelyehdotusten muodostamiselle: *miten voimassa olevaa säännöstöä tulisi kehittää kokonaisuutena suunnitteluelvoitteiden ymmärrettävyyden ja johdonmukaisuuden parantamiseksi?*

Suunnittelua koskevan sääntelyn suuren määrän vuoksi artikkelissa rajaudutaan pääsääntöisesti yleislainsäädännön sekä tieto- ja viestintäteknisiä palveluja koskevan sääntelyn muodostamiin normatiivisiin velvoitteisiin. Tietohallinnon tehtäväkenttään vaikuttava tehtävä- ja palvelukohtainen sääntely on otettu tarkasteluun mukaan lähinnä silloin, kun erityislainsäädäntö muodostaa suunnitteluelvoitteiden kannalta merkityksellisen elementin tai tarjoaa hyvän esimerkin velvoitteen esittämiselle. Toisena keskeisenä rajauksena on tarkastelun kohdentuminen valtion ja kuntien viranomaisiin. Valitut sektorit muodostavat suurimman osan julkisen hallinnon tieto- ja viestintätekniiikan volyyymistä sekä tekniikan käyttöön koh-

dennettävistä resursseista, jolloin tarkastelun kattavuutta voidaan pitää riittävänä.

2 TIETOHALLINNON TEHTÄVÄT

Artikkelin aiheen kannalta relevantin sääntelyn rajaaminen tarkastelua varten edellyttää tietohallinnon sekä tietohallinnolle kuuluvien tehtävien tarkempaa määrittämistä. Koska tarkastelukohteen painopiste on kansallisessa oikeusjärjestelmässä, ei tässä yhteydessä ole tarpeen käydä läpi yleisesti tietohallintoon liittyviä metodeja, vaan muodostaa kansallisen lainsäädännön sekä sen tausta-aineistojen perusteella raamitus valtion ja kuntien tietohallinnon roolista ja tehtävistä.¹⁶ Valitusta rajauksesta huolimatta ei tietohallinnolle ole kuitenkaan löydettävissä vain yhtä tarkkarajaista määritelmää, vaan käsitteen sisältö on muodostettava eri asiayhteyksien kautta.¹⁷ Julkisen hallinnon tietohallinnon ohjauksesta annetun lain (634/2011, tietohallintolaki, TietohL) 3 §:n 1 kohta määrittää tietohallinnon *tukitoiminnoksi*, jolla turvataan julkisten hallintotehtävien hoitaminen tieto- ja viestintäteknisiä menetelmiä ja keinoja hyväksikäyttäen.¹⁸ Tietohallintolain esitöissä julkisen hallinnon tietohallintoon on katsottu kuuluvaksi ainakin tietohallinnon johtaminen, ohjaaminen, koordinointi ja tietohallintotoiminnan suunnittelu, tietojärjestelmien kehittäminen ja ylläpito sekä tietojärjestelmien yhteentoimivuuden edellyttämien arkkitehtuurien ja menetelmien kehittäminen, tietohallinnon infrastruktuurin kehittäminen

¹⁶ Jos liitos tietohallinnon toimintamallien ja menetelmien osalta haluttaisiin tehdä olemassaoleviin hyviin käytänteisiin, on lähestymistavan valinnalla merkitystä. Mikäli tietohallinto nähdään toiminnassa hyödynnettävän teknologian ohjaus- ja hallintatoiminnallisuutena, voidaan aihetta lähestyä esimerkiksi ”hyvän tietohallintotavan” (en. ”IT governance”) kautta (esim. ISACA:n Cobit, ks. <http://www.isaca.org/cobit/pages/default.aspx> tai ICT Standard Forumin Tietohallintomalli, ks. <https://www.itforbusiness.org/fi/>). Jos taas lähestymistapa painottuu tietojärjestelmien tuotantoon, käytäntöinä toimivat IT-palvelujen hallintaa ja ohjaamista koskevat mallit (esim. Ison-Britannian Office of Government Commercen ITIL, ks. <https://www.axelos.com/best-practice-solutions/itil>).

¹⁷ Tietohallinnon käsitteestä ja viitekehyksistä, ks. esim. *Selkälä* 2016, s. 16–19, *Ihalainen* 2010, s. 23–28.

¹⁸ Vastaavalla tavalla valtioneuvostosta annetun lain 2 §:n muuttamisesta annetun lain (1137/2014) esitöissä esitetään käsitteenä valtioneuvoston yhteinen tietohallinto, jonka tehtäväksi on määritelty hyvän tiedonhallintatavan toteuttaminen, yhteentoimivuuden ohjaus, kehittäminen ja yhteensovittaminen sekä yhteiset tietojärjestelmät, perustietotekniikka ja tietohallinnon kokonaisarkkitehtuuri. Myös valtioneuvoston työnjakoa sääntelevässä laissa tietohallinto on nähty tukitoimintona, jolla tuetaan ministeriöiden toimialaan kuuluvien tehtävien hoitamista (ks. HE 187/2014 vp, s. 13, 18–19 ja 29).

ja ylläpito, tietohallinnon palvelutuotanto, tietoturvallisuus ja varautumisen sekä tietotekniikan ja tietotekniikkapalvelujen hankinnat ja -sopimukset.¹⁹ Jo tietohallintolain valmisteluaineistossa käytetty muotoilu ”tietohallintoon on katsottu kuuluvaksi ainakin”, viittaa siihen, ettei lain esitöissä kuvattu luettelo tietohallinnon tehtävistä ole tyhjentävä.²⁰ Tietohallintolain 7 §:ssä tietohallinnon keskeisenä tehtävänä pidetään tietojärjestelmien yhteentoimivuuden varmistamista,²¹ jonka toteuttamiseksi tietohallinnon velvoitteeseen kuuluu muun muassa organisaatioiden, palvelujen, prosessien, tietojen ja tietojärjestelmien muodostaman kokonaisuuden (*kokonaisarkkitehtuuri*) suunnittelu ja kuvaaminen sekä tietojärjestelmien väliset yhteydet (TietohL 7 §). Tietohallintolaissa käytetyn määritelmän kautta tietohallinnon vastuulle kuuluvia tehtäviä voidaan laajentaa sähköisten palvelujen toteuttamiseen liittyvillä tehtävillä (laki sähköisestä asioinnista viranomaistoiminnasta 13/2003, sähköinen asiointilaki). Tiedonhallinnan osalta julkisuuslain 18 §:n 1 momentissa tietohallinnon vastuulle on säädetty tietojärjestelmiin sisältyvien tietojen saatavuudesta, käytettävyydestä ja suojaamisesta huolehtiminen. Tiedon säilyttämiseen ja tietojen saatavuuteen liittyvien tehtävien kuulumiseen tietohallinnon vastuulle viittaa puolestaan arkistolain (831/1994) 7 §:n 3 momentissa arkistonmuodostajan tietohallinnolle säädetty velvoite huomioida arkistotoimen tarpeet.

Kun tietohallinto voidaan nähdä myös tapana organisoida viranomaisten tiedonhallintaan liittyviä tehtäviä, laajenee tietohallinnon tehtäväkenttä kattamaan oikeastaan kaikki ne tehtävät, joiden tarkoituksena on organisaation tietotarpeiden tyydyttäminen sekä tiedon käytön mahdollistaminen eri käyttötilanteissa.²² Henkilötietojen käsittelyä koskeva sääntely puolestaan sisällyttää tietohallinnon vastuulle muun muassa EU:n yleisessä tietosuoja-asetuksessa (EU 2016/679) rekisterinpitoon liittyvät tehtävät, kun kyseessä on henkilörekisteriin laskettavaksi kuuluvien tietojärjestelmien ylläpito ja kehittäminen sekä tietojärjestelmistä saatavien tietojen varmistaminen. Edellä lueteltujen lisäksi tietohallinnolle kuuluvat myös sen organisatorisesta asemasta muodostuvat tehtävät, jolloin omaksi kokonaisu-

¹⁹ HE 246/2010 vp, s. 3

²⁰ Tieto- ja viestintätekniisten palvelujen määritelmästä ja luokittelusta, ks. esim. *Immonen* 2017, s. 27–28, *Lilius* 2012, s. 72–74, *Palo* 2014, s. 39–40.

²¹ Oikeastaan julkisen hallinnon tietohallinnon ohjauksesta annettu laki (634/2011) ei nimestään huolimatta sääntele kuin kapeaa alaa tietohallinnon tehtäväkenttään kuuluvista asioista. Tietohallinnon ohjauksenkin osalta laki säänteleä pääasiassa vain tietojärjestelmien välisen yhteentoimivuuden toteuttamista.

²² Ks. esim. *Hintsa* 2011, s. 12, *Voutilainen – Huttunen* 2015, s. 70.

deksi muodostuvat tietohallinnon omien tehtävien suunnittelu osana organisaation toiminnan ja talouden suunnittelua.

3 SUUNNITTELUVELVOITTEIDEN SÄÄNTELYTAVAT

Ennen siirtymistä varsinaisten suunnitteluelvoitteiden käsittelyyn on tietohallinnon tehtävien lisäksi syytä tarkastella suunnitteluelvoitteita koskevan sääntelyn luonnetta yleisemmällä tasolla. Suunnitteluelvoitteista puhuttaessa tarkoitetaan yleensä viranomaiselle sääntelyn kautta muodostettua velvoitetta toimia suunnitelmallisesti, suunnitella toimintaansa tai tuottaa suunnittelun lopputuloksena kirjallinen suunnitelma tai muuten rajattavissa oleva suunnittelukohdetta kuvaava dokumentointi. Velvoitteen kohdistuessa tavoiteltuun suunnittelun lopputulokseen pyrkii sääntely tyyppillisesti rajaamaan tarkemmin tehtävän sisältöä verrattuna tilanteisiin, joissa suunnittelulla on vain välillinen tai edellytyksiä luova rooli varsinaisen tavoitteen tai päämäärän saavuttamisessa. Myös se, kohdistuuko velvoite suunnittelutehtävään vai suunnittelun lopputulokseen eli suunnitelmaan, vai kenties molempiin, vaikuttaa velvoitteen sääntelytapaan. Kohdistuessaan ensin mainittuun sääntely jättää yleensä määrittämättä suunnitelman varsinaisen sisällön, ja tehtävän suorittamisen vaatimat tarkennukset esitetään usein soveltamisalaltaan rajoitetuissa lakia alemman asteisissa säännöksissä tai suosituksenomaisella informaatiolla.²³ Suunnittelun lopputulosta koskeva sääntely määrittää usein suunnitelman sisällön sekä myös suunnitelman toteuttamisessa huomioon otettavat lähtökohdat. Sääntelyyn sisältyy myös erillisiä säännöksiä, joilla vahvistetaan erikseen suunnitelman hyväksymistä tai vahvistamista koskevat menettelytavat.²⁴ Suunnitelman hyväksymistä koskeva sääntely tarkoittaa usein myös suun-

²³ Ilman laissa säädettyä nimenomaista valtuutta, eivät yleiset suunnittelua koskevat säännökset mahdollista esimerkiksi sitä, että valtioneuvosto ja sen alaiset hallintoviranomaiset antaisivat kunnille oikeudellisesti velvoittavia normeja. Myöskään valtioneuvoston asettamat poliittiset tavoitteet (hallitusohjelma, valtioneuvoston periaatepäätökset) eivät sisällä oikeudellisesti viranomaisia sitovia määräyksiä, vaikkakin niissä usein osoitetaan viranomaiselle tavoitteen toimeenpanoon liittyviä tehtäviä. (Ks. esim. *Tuori – Kotkas* 2016, s. 164.)

²⁴ Esimerkiksi terveydenhuoltolain (1326/2010) 34 § velvoittaa sairaanhoitopiiriin kuuluvien kuntien laatimaan terveydenhuollon järjestämissuunnitelman, jossa ne sopivat keskinäisestä yhteistyöstä sekä vastuista terveyden ja hyvinvoinnin edistämisen osalta.

nitteluun sovellettavia periaatteita, mikäli ne ovat tehtäväkohtaisessa sääntelyssä jääneet epäselviksi.²⁵

Samaa asiaa tai kohdetta koskeva suunnitteluelvoite voi muodostua myös useamman eri säännöksen tai eri säädösten kautta. Esimerkiksi tehtäväkohtaisesti säädetään velvoitteesta, jota vastaava suunnittelu on tehtävä jo viranomaisen talouden suunnittelua koskevaan sääntelyn perusteella.²⁶ Tämä aiheuttaa myös sen, ettei velvoitteiden arviointia ole mahdollista tehdä rajautumalla ainoastaan suunnitteluelvoitteita koskevaan sääntelyyn.

Suunnittelun velvoittavuuteen vaikuttaa olennaisesti myös valittu sääntelytapa sekä velvoitteen muodostamisessa käytetty sääntelyinstrumentti. Tällöin suunnittelun osalta on mahdollista erottaa *käskyyn perustuva sääntely*, joka velvoittaa viranomaisen toteuttamaan määritellyn tuotoksen, eli suunnitelman. *Toimintaedellytyksiä luova* tai *ohjelmaluonteinen sääntely* pyrkii puolestaan muodostamaan keinoja, joilla viranomaisten toimintaa pyritään ohjaamaan. Suunnittelutehtävien osalta tähän kategoriaan voidaan sisällyttää tilanteet, joissa suunnittelutehtävä nähdään välineenä muiden tavoitteiden saavuttamiseksi. *Yhteistä tahtotilaa* tai *yhteistyötä edistävä sääntely* pyrkii edistämään velvoitteen kohteena olevien viranomaisten välistä suunnitteluyhteistyötä, ja *informaatiota painottava sääntely* pyrkii ohjaamaan viranomaisten käyttäytymistä erilaisilla toimintamalli ja -menetelmäsuosituksilla sekä muulla informaatiolla.²⁷ Näistä ohjelmanluonteinen ja suositteluva sääntely pyrkii edistämään suunnitelmallisuutta yleisellä tasolla, kun taas käskyyn perustuvan sääntelyn tarkoituksena on sitovin säännösin ohjata viranomaista toteuttamaan suunnitteluelvoitteensa.²⁸ Oman elementtinsä suunnitteluelvoitteita koskevaan

²⁵ Kun suunnitelma hyväksytään toimivaltaisen viranomaisen tai toimielimen toimesta, sen voidaan katsoa täyttävän hallintoasian kriteerit, jolloin myös suunnitelman valmistelua ohjaavat hallintomenettelyä koskevat periaatteet ja vaatimukset. Viranomaisen suunnittelu-toimet, jotka eivät tähtää päätöksen valmisteluun, eivät puolestaan ole hallintolain (434/2003) soveltamisalan tarkoittamia hallintoasioita, vaan viranomaisen oikeudellisesti velvoittamattomia suunnitteluasiakirjoja, joiden valmistelun voidaan katsoa kuuluvaksi viranomaisen tosiasiallisiin hallintotoimiin (ks. HE 72/2002 vp, s. 50 ja 55)

²⁶ Esimerkiksi sääntelyn ohjaamisesta tehtävälainsäädännöllä ja samanaikaisesti rahoitus- ja suunnittelujärjestelmää koskevalla sääntelyllä, ks. esim. *Tuori – Kotkas* 2016, s. 161

²⁷ Sääntelytapojen jäsentämisestä ks. *Morgan – Yeung* 2007, s. 81, 8–86, 92, 96 ja 102, *Määttä* 2009, s. 161

²⁸ Tarkastelussa on kuitenkin syytä huomioida, etteivät sääntelyssä käytetyt ohjauskeinot ole aina tarkkarajaisesti kategorisoitavissa edellä mainittuihin ryhmiin, vaan ne muodostavat käytännössä kokonaisuuden, jossa eri sääntelytavat ja -tekniikat muodostavat erilaisia variaatioita. Ks. esim. *Määttä* 2009, s. 9

sääntelyyn muodostavat tehtävän laiminlyömisestä säädetty oikeudelliset vaikutukset. Kun suunnitelman toteuttamatta jättäminen on sanktioitu tai suunnittelutehtävän toteuttamista valvotaan, voidaan velvoitteen vaikutusta pitää vahvempana kuin tilanteissa, joissa tehtävän laiminlyönti tai muun tehtävän toteuttamiseen liittyvän virheen valvonta jää vain yleisten kantele- ja valvontamenettelyjen piiriin.

Yhteenvedona edellä esitetystä voidaan suunnitteluelvoitteet jäsentää esimerkiksi alla olevan kaavion avulla, jota käytetään jatkossa sääntelyn tarkastelussa.²⁹

Taulukko 1. Suunnitteluelvoitteiden sääntelytavat

Sääntelykohde / Sääntelytapa	Tarkoitus	Tehtävä	Tuotos	Tehtävän laiminlyönnin seuraukset
Määräävä	Noudatettava suunnittelukäytäntö	Suunnittelu-tehtävän suorittaminen	Suunnitelman tuottaminen	Suora oikeudellinen vaikutus
Toimintamahdollisuusluova	Suunnitelmallisuuden edistäminen, jonkin muun päämäärän saavuttamiseksi	Suunnittelu-tehtävän suorittaminen, jonkin muun päämäärän saavuttamiseksi	Suunnitelman tuottaminen, jonkin muun päämäärään saavuttamiseksi	Välillinen oikeudellinen vaikutus
Suosittelleva	Suositteltava suunnittelukäytäntö	Suositus suunnittelussa käytettävästä menettelystä	Suositus tuotettavan suunnitelman sisällöstä	Ei oikeudellista vaikutusta

Suunnittelun velvoittavuuserojen tarkasteluun liittyy olennaisesti myös sääntelytasojen ja -tarkkuuden arviointi. Yleislainsäädäntö ei tyypillisesti sääntele suunnittelun toteuttamistapaa, vaan pyrkii esittämään periaatteita, tavoitteita, yleisesti sovellettavia käytäntöjä tai suunnittelussa huomioitava näkökulmia. Lisäksi yleislainsäädännöstä puuttuvat usein konkreettiset suunnittelutoimenpiteet tai suunnitteluun liittyvät menettelyt, jotka yksise-

²⁹ Luokittelua olisi mahdollista laajentaa koskemaan myös suunnitelman mukaista toimintaa. Hallinnollisen sääntelyn osalta esimerkiksi *Tuori* (1985) on jäsentänyt oikeuden ja suunnittelun välisen yhteyden 1) oikeusnormien asettamista koskevaan suunnitteluun, 2) itse suunnitelman vahvistamiseen oikeusnormein sekä 3) oikeusnormien asettamista seuraavaan, niiden edellyttämään ja niitä toteuttavaan suunnitteluun (ks. *Tuori* 1985, s. 14).

litteisesti ohjaisivat viranomaisten suunnittelutoimintaa.³⁰ Erityislainsäädännössä velvoite on säädetty tyypillisesti tarkkarajaisemmin, mutta tällöin sääntely rajautuu vain lain tarkoittamaan tehtävän. Sääntelytapojen osalta voidaan yleisesti todeta, että tarkkarajainen suunnittelua tai suunnitelmaa koskeva normi esittää tyypillisesti yksiselitteisesti velvoitteen ja sen sisällön, kun taas joustavaksi muotoiltu normi jättää viranomaisen harkintaan, miten ja milloin se velvoitteensa toteuttaa.³¹

4 TIETOHALLINNON TAVOITTEIDEN JA TOIMINNAN SUUNNITTELU

4.1 Strategisten tavoitteiden suunnittelu

Lainsäädännössä vakiintuneen määritelmän mukaisesti tietohallinto on tapa järjestää toimintaa tukevat tieto- ja viestintätekniset palvelut. Ollessaan osa julkisen hallinnon viranomaisen hallinnollista ja organisatorista rakennetta, muodostuu tietohallinnon toiminnan lähtökohdaksi tavoitteiden asettaminen sekä tavoitteiden saavuttamiseen tähtäävien toimenpiteiden suunnittelu. Toiminnan tavoitteiden ja tehtävien painopisteet asetetaan yleensä sen mukaan, onko kyse säännellyistä jatkuvista tehtävistä vai organisaation itsensä asettamista kausiluonteisista ja aikaan sidotuista tehtävistä. Pidemmän aikavälin suunnittelussa pyritään arvioimaan tulevien tarpeiden sekä suhdanne- ja kustannuskehityksen vaikutuksia, lyhyemmällä aikavälillä suunnittelun painopiste kohdistuu muutostavoitteita tukevien toimenpiteiden ja tuotosten toteutukseen.³² Viranomaisen toiminnan ja talouden suunnittelua koskevat velvoitteet muodostavatkin perustan niin suunnittelukohdeiden kuin suunnitteluun liittyvien menettelytapavaatimusten osalta. Oikeudellisen sitovuuden lisäksi taloussuunnittelun merkitystä julkisessa

³⁰ Muun muassa *Aulis Aarnio* (2006) on katsonut toiminnan päämäärää kuvaavien tavoitteellisten normien kuuluvan moderniin oikeuteen. (ks. *Aarnio* 2006, s. 109–110).

³¹ Sääntelytarkkuuden tasoista ks. esim. *Määttä* 2012, s. 104–105.

³² Julkisen hallinnon viranomaisten suunnittelujärjestelmät jäsentyvät tyypillisesti kolmitasoiseen hierarkiaan: 1) strateginen suunnittelu, 2) toiminnan ja talouden suunnittelu sekä 3) operatiivisen toiminnan suunnittelu. Ensimmäinen taso keskittyy määrittämään viranomaisen päämäärän ja periaatteet toiminnan edellyttämien voimavarojen järjestämiselle, keskimääräinen varmistamaan voimavarojen saannin ja kohdentamisen sekä jälkimmäinen toiminnan tehokkaan suorittamisen. Julkisen hallinnon viranomaisten suunnittelutasoista, ks. esim. *Johanson* 2008, s. 5–7, *Hintsa* 2011, s. 53–57, *Huotari* 2009, s. 48–49, *Näsi ym.* 2001, s. 29, *Suomalainen* 2016, s. 34.

hallinnossa korostaa erityisesti se, että viranomaisten budjetissa asetetaan yleensä myös toiminnan tavoitteet. Mikäli asiaa tai kehityskohdetta ei ole huomioitu talousarviossa, ei se todennäköisesti myöskään ole kovin korkealla viranomaisen tehtävälistalla ja päinvastoin.³³

Valtionhallinnon strategisen suunnittelun ylärakenteen muodostavat kulloinkin istuvan hallituksen itselleen laatima tavoiteohjelma (*hallitusohjelma ja sen toimeenpanosuunnitelmat*) sekä valtioneuvoston periaatepäätösten sekä ministerivaliokuntien kannanottojen muodossa annettavat erilliset tiettyyn kohteeseen suuntautuvat linjaukset.³⁴ Lisäksi valtion toiminnan ja talouden suunnittelua ohjaa valtioneuvoston vaalikaudeksi laatima *julkisen talouden suunnitelma*³⁵, jossa valtiontalouden osalta on kyse valtion budjetoitujen menojen määrää rajoittavaa kehysjärjestelmää koskevista säännöksistä.³⁶ Hallitusohjelma, julkisen talouden suunnitelma ja valtioneuvoston periaatepäätökset eivät ole valtioneuvostoa tai sen alaisia hallintoviranomaisia juridisesti sitovia päätöksiä, vaan pikemminkin linjauksia istuvan hallituksen vaalikauden aikana harjoittamasta politiikasta. Niissä esitettyjen toimenpiteiden suunnitteluelvoitteiden oikeudellinen velvoittavuus muodostuu viranomaisten toiminnan ja talouden suunnittelua koskevien säännösten kautta. Kun ministeriöiden ja virastojen on otettava valtion talous- ja toimintapolitiikkaa koskevat linjaukset huomioon omissa kehyskautta koskevassa suunnittelussaan (asetus valtion talousarviosta 1243/1992 10 §, TaA) sekä laadittava talousarvioehdotukset noudattaen valtioneuvoston kehyspäätösten yhteydessä tehtyjä ratkaisuja³⁷, voidaan

³³ Julkisen hallinnon budjetoinnista ja siihen liittyvistä haasteista ks. esim. *Pellinen 2017*, s. 73–74, Åkerberg 2017, s. 27–30.

³⁴ Valtioneuvoston ohjesäännön (262/2003) 3 §:n 11 kohdan mukaan valtioneuvoston yleisistunto ratkaisee periaate- ja suunnittelupäätökset valtioneuvoston ja eri hallinnonalojen tehtävien ja toiminnan ohjaamisesta ja järjestämisestä. Jokainen hallitus päättää erikseen kautensa alussa, mitkä aikaisemmilla hallituskausilla hyväksytyistä periaatepäätöksistä ovat voimassa kuluvalle hallituskaudella.

³⁵ Julkisen talouden suunnitelmassa asetetaan julkista taloutta ja sen osa-alueita koskevat tavoitteet tuloille ja menoille (ns. rahoitusasematavoite) sekä yksilöidyt toimenpiteet, joilla asetetut tavoitteet on tarkoitus saavuttaa, ks. Valtioneuvoston asetus julkisen talouden suunnitelmasta (120/2014) 2 ja 3 §.

³⁶ Julkisen talouden suunnitelmassa 2018–2021 kehysmenettelyn määritetään asettavan enimmäismäärän noin 80 prosentille valtion talousarviomenoista. Julkisen talouden suunnitelma 2018–2021, s. 16.

³⁷ Suunnittelumääräyksillä pyritään ennakoimaan valtion talousarviossa, lainsäädännössä ja muilla päätöksillä toimeenpantavien, valtioneuvoston valtion taloutta ja toimintapolitiikkaa koskevien linjauksien toteuttamista kunkin ministeriön toimialalla, ks. Valtiovarainministeriön määräys toiminta- ja taloussuunnittelusta sekä kehys- ja talousarvioehdotusten laadinnasta 23.3.2011 TM 1011, 5.3 kohta.

hallitusohjelmassa ja julkisen talouden suunnitelmaan sisältyvässä valtion kehyspäätöksessä esitettyjen linjausten katsoa luovan hyvinkin vahvan velvoitteen keskipitkän aikavälin suunnittelulle. Valtion viranomaisten tietohallinnon tehtäväkentän osalta talousarvioasetuksen muodostama velvoite tarkoittaisi muun muassa sitä, että pääministeri Juha Sipilän hallitusohjelman julkisten palvelujen digitalisointia koskevassa kärkihankkeessa vahvistetut julkisten palvelujen digitalisoinnin periaatteet tulisi huomioida hallinnonalojen ja virastojen tulostavoitteita ja määrärahoja koskevissa ehdotuksissa.³⁸

Valtioneuvoston periaatepäätöksissä esitettyjen linjausten muodostamaa suunnitteluelvoitetta ei voida pitää samanarvoisena hallitusohjelmaan ja kehyspäätöksiin sisältyvien velvoitteiden kanssa. Pääministeri Juha Sipilän hallituksen antamat periaatepäätökset osoittavat valtion viranomaisten tietohallinnon suunnitteluvastuulle muun muassa sähköisen asiointitavan kehittämisen ensisijaiseksi tavaksi asioida julkisen hallinnon palveluissa, maakuntaudistuksen yhteydessä muodostettavien teknologian hyödyntämistä koskevien periaatteiden toimeenpanon sekä tuottamansa digitaalisen aineiston arkistoinnin digitaaliseen muotoon.³⁹ Vaikka edellä mainitut suunnittelutarpeet muodostuvat hallitusohjelmaa tämentävistä periaatepäätöksistä, joita sen perusteella voidaan pitää myös muita periaatepäätöksiä velvoittavampina, niiden luomiin velvoitteisiin on katsottu liittyvän ongelmallisuutta muun muassa velvoitteen voimassaolon, velvoitteen toteuttamisen edellyttämien hallinnon järjestelyiden tai rahoituksen osalta.⁴⁰

Poliittisen luonteensa lisäksi periaatepäätöksissä esitettyjen tavoitteiden huomiointia toiminnan suunnittelussa heikentää päätöksiin mahdollisesti sisältyvät ristiriitaisuudet voimassa olevan lainsäädännön kanssa, kuten myös päätösten esitysmuodon yleinen taso. Tietohallintoa koskevan esimerkinä näiltä osin voidaan käyttää valtioneuvoston 28.6.2017 antamaa periaatepäätöstä maakuntien tietojärjestelmien ohjaamisesta, hallinnoinnista ja kehittämisestä. Päätöksessä valtiovarainministeriön vastuulle kat-

³⁸ Ks. Ratkaisujen Suomi – Pääministeri Juha Sipilän hallituksen strateginen ohjelma 29.5.2015, s. 26, Valtioneuvoston kanslia 5/2017, s. 54. Digitalisointi määritellään tyypillisesti prosessiksi, jolla analoginen toimintamalli tai prosessi muutetaan digitaaliseen muotoon (ks. esim. Gartnerin IT-sanasto).

³⁹ Ks. Valtioneuvoston periaatepäätökset, maaseudun digitalisaation edistämisestä annetussa periaatepäätöksessä (9.11.2017), maakuntien tietojärjestelmien ohjaamisesta, hallinnoinnista ja kehittämisestä (28.6.2017) sekä asiakirjallisen aineiston digitoinnista ja arkistoinnista vain sähköisenä (21.6.2017).

⁴⁰ Ks. esim. oikeuskansleri Paavo Nikulan lausunto valtioneuvoston kanslialle 19.2.1999, dnro 7/20/99.

sotaan kuuluvaksi ”tietopolitiikan sekä siten maakuntien digitalisoinnin, tieto- ja tietohallintopolitiikan yleinen ohjaus”. Voimassa olevassa lainsäädännössä ei kuitenkaan ole säännöstä tietopolitiikan tai digitalisoinnin yleisen ohjauksen kuulumisesta valtiovarainministeriön tehtäviin.⁴¹ Valtioneuvoston päätösvalta ei myöskään riitä täydentämään ministeriön toimivaltaa periaatepäätöksessä esitetyn mukaiseksi.⁴² Päätöksen toimeenpanoon liittyvää epäselvyyttä kuvaa periaatepäätöksessä valtiovarainministeriön vastuulle annettu tiettyjen maakuntia koskevien asioiden yhtenäistämisestä muun muassa ”vastaamalla kustannuskehityksestä”. Periaatepäätöksessä ei kuitenkaan tarkemmin määritetä, kenen tai minkä kustannuskehityksestä on kyse, jolloin tavoitteen toimeenpanoon liittyvien tehtävien suunnittelu voi ilman tarvittavaa tavoitteen tarkennusta osoittautua haasteelliseksi.⁴³

⁴¹ Tietohallintolain (634/2011) 4 §:n mukaan valtiovarainministeriön vastuulle kuuluu julkisen hallinnon tietohallinnon yleinen sekä valtiovarainministeriön toimialan tietohallintohankkeiden ohjaus tietohallintolain tarkoittamalla tavalla. Valtioneuvoston ohjesäännön (262/2003) 17 §:n mukaan valtiovarainministeriön toimialaan kuuluu valtionhallinnon tietohallinnon ohjaus, sähköisen asioinnin ja tietoturvallisuuden yleiset perusteet sekä valtion ja kuntien tietohallintoyhteistyö. Valtiovarainministeriölle kuuluu myös julkisen hallinnon turvallisuusverkko toiminnan strateginen ohjaus (laki julkisen hallinnon turvallisuusverkko toiminnasta 10/2015, 14 §), hallinnon yhteisten sähköisen asioinnin tukipalvelujen ohjaus (laki hallinnon yhteisistä sähköisen asioinnin tukipalveluista (571/2016, 22 §) sekä valtion yhteisten tieto- ja viestintätekniisten palvelujen järjestämisen ohjaus (laki valtion yhteisten tieto- ja viestintätekniisten palvelujen järjestämisestä 1226/2013, 4 §).

⁴² Vastaava ongelmallisuus liittyy periaatepäätöksessä maakuntien vastuulle osoitettuun maakuntatason palvelujen ja toiminnan järjestämiseen. Koska valtioneuvoston periaatepäätöksillä ei ole välittömiä oikeudellisia vaikutuksia valtioneuvoston ulkopuolisiin toimijoihin, ei päätöksellä ole myöskään mahdollisuutta siirtää palvelujen järjestämisvastuuta itsehallinnollisille maakunnille (ks. Valtioneuvoston periaatepäätös Maakuntien tietojärjestelmien ohjaamisesta, hallinnoinnista ja kehittämisestä 28.6.2017, s. 2).

⁴³ Toimeenpanon epäselvyyttä kuvaa periaatepäätöksessä valtiovarainministeriön vastuulle annettu tiettyjen maakuntia koskevien asioiden yhtenäistäminen, joista päätöksessä käytetään termiä ”yhtenäispolitiikka”. Yhtenäispolitiikan toteuttamiseksi valtiovarainministeriö muun muassa vastaa kustannuskehityksestä. Koska periaatepäätöksessä jää tarkemmin määrittämättä, kenen tai minkä kustannuskehityksestä on kyse, voi tavoitteen toimeenpanoon liittyvien tehtävien suunnittelu ilman tavoitteen tarkennusta osoittautua haasteelliseksi (Valtioneuvoston periaatepäätös 23.6.2017, s. 1–2). Muina vastaavina esimerkkeinä voidaan nostaa esiin periaatepäätös asiakirjallisen aineiston digitoinnista ja arkistoinnista vain sähköisenä, jossa tavoitteeksi on asetettu muun muassa julkisen hallinnon tuottaman digitaalisen asiakirjallisen aineiston arkistointi vain digitaalisessa muodossa (Valtioneuvosto 21.6.2017) sekä periaatepäätös yhteiskunnan turvallisuusstrategiasta, jonka mukaan varautumistyötä johtaa kunnanjohtaja yhdessä kunnanhallituksen kanssa (Valtioneuvosto 2.11.2017). Molemmissa päätöksissä esitetyn vastuunjaon voidaan katsoa olevan ongelmallinen muun muassa perustuslain 121 §:n 2 momentissa säädetyn velvoitteen kunnille annettavien tehtävien säätämistä lailla kanssa (HE 1/1998 vp, s. 175–176).

Valtion viranomaisten useamman vuoden talouden ja toiminnan suunnittelu muodostuu valtion talousarviolain (423/1988, talousarviolaki, TaL) 12 §:ssä ministeriöille ja virastoille säädettyjen velvoitteiden kautta. Ministeriöiden on neljän vuoden aikaperspektiivillä suunniteltava toimialansa yhteiskunnallista vaikuttavuutta sekä hallinnonalansa taloutta ja toiminnallista tuloksellisuutta, sekä virastojen talouttaan ja tuloksellisuuttaan. Vaikka valtion kehysuunnittelua koskevien velvoitteiden voidaan katsoa muodostuvan velvoittavuudeltaan perustuslaissa säädetyn valtion talousarvion suunnittelua koskevia velvoitteita heikommaksi, voidaan keskipitkän aikavälin suunnitteluelvoite kuitenkin liittää kansanvaltaisuuden ja oikeusvaltioperiaatteeseen sisältyvään vastuunalaisuuteen. Kun viranomaisten velvoitteena on noudattaa tarkoin lakia (PL 2 § 3 mom.) ja viranomaisten varojen hoidossa käyttämät menettelyt voidaan tarvittaessa saattaa arvioitaviksi mahdollisine seuraamuksineen, voi suunnittelun toteuttamatta jättämisellä tai suunnittelun toteuttamisella vastoin velvoitteiden asettamia vaatimuksia olla myös oikeudellisia seuraamuksia. Kehyskautta koskevan suunnittelun luodessa perustan tehtävien vaatimien voimavarojen mitoitukselle ovat laillisuusvalvojat katsoneet määrärahan oikeasuuntaisen arvioimisen olevan lakisääteisten velvoitteiden turvaamisen ehdoton edellytys.⁴⁴ Lainmukaisuuden lisäksi valtion viranomaisten kehysuunnittelun velvoittavuutta voidaan katsoa osaltaan vahvistavan virastojen ja ministeriöiden välisen ohjauksen muodostama hallinnollinen vastuunalaisuus.⁴⁵ Valtion virastojen strategia ja tulostavoitteet jaksotetaan hallituskaudelle ministeriön hallinnonalan strategian mukaisesti, jota myös strategialähtöisellä suunnittelulla tuetaan.⁴⁶

Vaikka valtion toiminnan ja talouden suunnittelua koskevat säännökset painottuvat teknisiin menettelysäännöksiin, on sääntelystä löydettävissä myös suunnitelmien sisältöä ohjaavia elementtejä. Kun ministeriöiden ja virastojen on sisällytettävä suunnitelmiinsa toimialan ja viraston tärkeimmät suunnitelmat sekä näitä koskevat tulostavoitteet (TaA 10 § 2 mom.), voidaan veloitteen toteuttamisen katsoa edellyttävän kaikkien kehys- ja talousarvioesityksiin sisältyvien kohteiden suunnittelua. Tietohallinnon tehtävien osalta asetuksen tarkoittamiksi suunnitelmiksi voidaan lukea vähintäänkin kaikki yli miljoonan euron tieto- ja viestintätekniisten ratkaisujen kehittämishankkeet, joita koskevien esitysten on sisällettävä tiedot

⁴⁴ Ks. esim. OKV/12/50/2012, 7.6.2012.

⁴⁵ Ks. HE 56/2003 vp, s. 5 ja 45.

⁴⁶ Valtiovarainministeriö, Tulosohjauksen käsikirja.

suunnitellun hankkeen investointi- ja käyttömenoista sekä resurssi- ja rahoitustarpeesta.⁴⁷

Kuntien keskipitkän aikavälin suunnittelua koskevat velvoitteet edellyttävät kuntaa laatimaan strategian, jossa se asettaa toiminnalleen ja taloudelleen pitkän aikavälin tavoitteet (Kuntalaki 410/2015 37 §, KuntaL). Kuntalain kunnan strategisten tavoitteiden suunnittelua ohjaava sääntely on muodostettu joustavaksi ja edellytyksiä luovaksi, sääntelyn korostaessa lähinnä näkökulmia, joiden pohjalta kunta omat tavoitteensa asettaa. Tällöin strategiassa esitettyjen tavoitteiden suunnittelun laajuus muodostuu kunnan vuosittaisen talousarviovalmistelun kautta.⁴⁸ Kun kuntaa oikeudellisesti sitovassa talousarviossa päätettyjen tavoitteiden ja määrärahojen tulee kuntalain 110 § 1 momentin mukaan perustua kuntastrategiaan, voidaan kunnan lakisääteisiin tehtäviin liittyvien tavoitteiden suunnittelua pitää kuntaa vahvasti velvoittavana myös kunnan tietohallinnolle asetettujen tavoitteiden osalta.

Kunnan strategisten tavoitteiden suunnitteluelvoitteiden osalta pääministeri Juha Sipilän hallitusohjelmassa tavoitteeksi asetettu luopuminen kuntien suunnitteluelvoitteista ja kuntien yksittäisten strategisten ja toiminnallisten suunnitteluelvoitteiden korvaaminen kuntalain mukaisella kuntastrategialla saattaa kuntalain strategia-asiakirjojen yhdistämistavoite muodostua ongelmalliseksi kuntien suunnitteluelvoitteiden kannalta.⁴⁹ On mahdollista, että kuntien tietohallintoa koskevien tavoitteiden esittäminen yhteisessä koko kuntaa koskevassa strategia-asiakirjassa edellyttää myös tavoitteiden abstraktiotason nostamista ja vähentää mahdollisuutta yksilöidä tavoitteita toteuttavia toimenpiteitä.⁵⁰ Tällöin yleisellä tasolla asetetut tavoitteet voivat osaltaan vaikeuttaa kunnan talouden ja toiminnan

⁴⁷ Ks. Valtiovarainministeriön määräys toiminta- ja taloussuunnittelusta sekä kehys- ja talousarvioehdotusten laadinnasta 23.3.2011 TM 1011, kohta 6.3.3. ja Liite II-3.

⁴⁸ Kuntalain esitöiden mukaan sääntelyn tavoitteena on ollut vahvistaa kunnan toiminnan ohjaamista, liittämään kunnan strateginen suunnittelu ja resurssisuunnittelu tiiviimmin yhteen sekä vähentää erillisten sektorikohtaisten suunnitelmien ja strategioiden tarvetta kunnassa. Myöskään erillislainsäädännössä kunnille tiettyihin tehtäviin kohdistuvien suunnitteluelvoitteiden ei ole katsottu riittävästi ottavan huomioon kunnan kokonaisuutta (ks. HE 268/2014 vp, s. 164).

⁴⁹ Ks. Valtioneuvoston kanslia 2015, liite 3, s. 9. Kuntalain vuoden 2015 uudistuksen yhteydessä kuntastrategiaa koskevan sääntelyn tarkoituksena oli mahdollistaa strategisten tavoitteiden esittäminen yhdessä kuntastrategiassa, jolloin tarve erillisiin, muun muassa tietohallintoa koskeviin strategioihin vähenisi (ks. HE 268/2014 vp, s. 164). Tietohallintostrategioista ks. esim. *Lehtonen* 2016, s. 72–76, *Ihalainen* 2010, s. 34–37.

⁵⁰ Strategisten tavoitteiden ja toimeenpanon välisestä suhteesta ks. esim. *Räsänen ym.* (2017), s. 35–36.

jatkosuunnittelua kuntalain 110 §:n talousarvion ja -suunnitelman kattavuus- ja täydellisyysvaatimusten kannalta.

Kuntien talouden keskipitkän aikavälin suunnittelun osalta kuntalain (410/2015) 110 §:n 1 momentti velvoittaa kunnanvaltuuston hyväksymään kuntastrategiaa toteuttavan, seuraavaa vuotta koskevan talousarvion sekä taloussuunnitelman vähintään kolmeksi vuodeksi. Taloussuunnitelmassa kunta asettaa useamman vuoden tavoitteet toiminnalleen ja taloudelleen sekä niiden edellyttämät määrärahat.⁵¹ Kuten valtion kehysuunnitelmien osalta myös kuntien useamman vuoden taloussuunnitelma on pääosin vain ohjeellinen ja talousarvio puolestaan sitova.⁵² Keskipitkän aikavälin suunnittelun oikeudellinen sitovuus muodostuu kuntalain 110 §:n 3 momentin vaatimus kunnan taloussuunnitelman tasapainosta ja alijäämän kattamisesta. Kun kunnan on suunnitelmassaan esitettävä ne toimenpiteet, joilla mahdollisesti kunnan taseeseen kertynyt alijäämä katetaan enintään neljässä vuodessa, on tieto- ja viestintätekniikan liityntöjen kautta todennäköistä, että osa velvoitteista kohdentuu tietohallinnon tehtäväkenttään. Koska tosiasiallisesti suunnittelukauden alijäämän kattamista koskevat velvoitteet kohdistuvat vain pieneen määrään Suomen kuntia ja näistäkin van lähinnä alle 10 000 asukkaan kuntiin, talouden alijäämän kattamisvelvoite muodostaa vain yhden erityispiirteen kuntien tietohallinnon suunnitteluelvoitteissa.⁵³

Vaikka taloussuunnitelma onkin oikeudelliselta luonteeltaan periaatepäätösten luokkaan luettava päätös, sen tosiasiallista ohjausvaikutusta ei voida kiistää. Hyvään hallintoon kuuluu muun muassa se, että jos taloussuunnitelmasta joudutaan poikkeamaan (esim. seuraavan talousarvion valmistelun yhteydessä), syy tähän on tuotava esille. Poikkeaminen taloussuunnitelmasta olisi siis perusteltava muun olemassa olevan suunnitelman avulla.

⁵¹ HE 268/2014 vp, s. 107 ja 215.

⁵² Ks. HE 268/2014 vp, s. 215. *Heuru ym.* on katsonut, että vaikka taloussuunnitelma onkin oikeudelliselta luonteeltaan periaatepäätösten luokkaan luettava päätös, olisi sillä tosiasiallista ohjausvaikutusta. Samoin hyvään hallintoon kuuluu myös, että taloussuunnitelman poikkeamat perustellaan (Ks. *Heuru ym.* 2008, s. 294)

⁵³ Vuoden 2017 tilinpäätösarviotietojen perusteella (tiedossa ei ole kaikkia tilikauden yli-/alijäämään vaikuttavia tietoja) voidaan arvella, että yhteensä 32 kunnalla olisi taseessa kertynyttä alijäämää ja näistä 29 kunnalla oli sitä myös vuonna 2015. Näistä kunnista valtaosa on alle 10 000 asukkaan kuntia (ks. Valtiovarainministeriö 6a/2018, s. 20).

4.2 Tietohallinnon vuositavoitteiden suunnitteluelvoitteet

Julkisen hallinnon viranomaisen tietohallinnon vuosisuunnittelun perustan muodostavat valtiolla ja kunnissa noudatettavat talousarvion laadintamennettelyt. Talousarviosuunnittelua koskevat vaatimukset muodostavat lähtökohdan tietohallinnon suunnittelun laajuudelle sekä osittain myös suunnittelukohteiden priorisoinnille. Valtionhallinnon osalta perustuslain (731/1999) 84 §:ssä säädetään velvoitteesta ottaa talousarvioon mukaan arviot tuloarvioilla katettavista vuotuisista tuloista sekä menoista. Pykälässä ilmaistut talousarvion *täydellisyys-, vuotuisuus- ja tasapainoperiaatteet* luovat, muiden tehtävien tapaan, myös tietohallinnolle vaatimuksen suunnitella oman toimintansa tulevat määrärahatarpeet mahdollisimman kattavasti, täydellisinä sekä vielä menon aiheutumivuoteen kohdennettuina. Perustuslain 85 § edellyttää määrärahan kohdentamista arvioituun käyttötarkoitukseen sekä eduskunnalta erityisen valtuuden saamista menotarpeen vaatiessa määrärahavaroja tulevien vuosien talousarvioista.⁵⁴

Kuntalain 110 §:n 1 momentti velvoittaa kunnanvaltuuston hyväksymään kunnalle vuosittaisen talousarvion, jossa otetaan huomioon kuntakonsernin talouden vastuut ja velvoitteet. Valtion talousarvion budjettiperiaatteita vastaavasti kuntalaki velvoittaa kuntaa ottamaan talousarvioonsa mukaan tehtävien ja toiminnan edellyttämät määrärahat (KuntaL 110 § 4 mom.). Kuntien talousarvion suunnitteluelvoitteen sitovuutta korostaa kuntalain 110 §:n 5 momentin velvoite kunnalle noudattaa toiminnassa ja taloudenhoidossa valtuuston hyväksymää talousarviota. Laillisuusvalvojat ovat katsoneet kunnan lakisääteisten tehtävien järjestämisvastuuseen kuuluvan myös riittävän määrärahan varaamisen tehtävien toteuttamiseen.⁵⁵

Valtion ja kuntien talousarviosuunnittelun kattavuuden lähtökohdaksi on katsottu budjetin ja lakien keskinäinen sidonnaisuus. Oikeudellisen sääntelyn kuvatessa budjetin täydellisyysperiaatetta tulee myös lakiin sidottu menot ottaa mukaan talousarvioon.⁵⁶ Kun valtion tai kuntien talousarvion laadintaa koskeva sääntely ei esitä tyhjentävästi täydellisyysperiaatteen edellyttämiä suunnittelukohteita, jää lopulta ehdotuksen laativan viran-

⁵⁴ Määrärahalajien osalta esimerkiksi valtion talousarvion laadintamääräyksen (TM 1011, 23.2.2011) 7.49 kohdan mukaan valtion laajat tietojärjestelmähankkeet budjetoidaan 2- tai 3-vuotiseksi siirtomäärärahoiksi, ellei käytössä ole valtuusmenettelyä, jolloin määräraha voidaan budjetoida myös arviomäärärahana.

⁵⁵ Ks. esim. AOA 4799/4/12, 4.7.2013, AOA 1863/4/09, 24.11.2010.

⁵⁶ Ks. esim. *Myllymäki* 2007, s. 60 ja 87, *Heuru ym.* 2008, s. 292.

omaisen tehtäväksi tunnistaa ja priorisoida varsinaiset velvoitteensa.⁵⁷ Lähtökohtana tämän osalta voidaan pitää perus- ja ihmisoikeuksien turvaamista (PL 22 §) ja lainsäädännöllä kansalaisille turvattujen oikeuksien toteuttamista sekä sopimuksiin sidottuja menoja. Ensin mainitun osalta tietohallinnon tehtäväkentästä priorisoituisivat muun muassa perusoikeuksia toteuttavien palvelujen jatkuvuutta, henkilötietojen suojaa ja julkisuusperiaatteen toteutumista turvaavien toimenpiteiden suunnittelu.

Taloussuunnittelun ehdottomuutta vahvistavat myös tuomioistuinten ja lainvalvojien näkemykset siitä, että talousarviosta päättävien luottamus- ja virkamiesten velvollisuuteen kuuluu toiminnan edellyttämien resurssien suunnittelu ja järjestäminen.⁵⁸ Vastaavasti kun myös määrärahapuitteissa pysyminen on nähty virkavelvollisuudeksi ja määrärahan ylittäminen lainvastaiseksi menettelyksi, voi suunnitteluelvoitteiden rikkominen johtaa virkamiesoikeudellisiin tai virkarikosoikeudelliseen vastuuseen.⁵⁹ Eduskunnan ylimpien laillisuusvalvojien ratkaisussa on talousarviosta päättävien luottamusmiesten tai asiaa valmistelevien virkamiesten katsottu toimivan vastoin perustuslain säännöksissä julkiselle vallalle asetettuja velvoitteita, mikäli talousarvio mitoitetaan tietoisesti tiedossa olevaa tarvetta vähäisemmäksi tai määrärahatarpeen arviointia ei toteuteta edellytettyä huolellisuutta noudattaen.⁶⁰ Myös korkein hallinto-oikeus katsoi ratkaisussaan KHO 18.1.2005 (1593/3/02) lainvastaiseksi kunnanvaltuuston päätöksen hyväksyä talousarvio tavoitteeltaan ja määrärahaltaan sellaisena, että se ei turvannut kuntalaissa tarkoitettulla tavalla edellytyksiä kunnalle säädettyjen tehtävien hoitamiseen. Suunnitteluun aina sisältyvä epävarmuus sekä toimintaympäristön muutokset edellyttävät viranomaisilta myös muutostenhallintaan liittyvää suunnitelmallisuutta. Mikäli huolellisesta ar-

⁵⁷ Lain velvoitteita tarkentavat suunnittelumääräykset kohdistuvat ensisijaisesti valmistelussa noudatettaviin menettelyihin. Suunnittelun sisällön osalta määräykset luovat lähinnä lähtökohdat ja raamit toiminnalle asetettujen tavoitteiden saavuttamiseksi. Esimerkiksi valtiovarainministeriön 20.12.2017 antama ohje vuosien 2019–2022 julkisen talouden suunnitelman valmistelusta edellyttää ministeriöitä tekemään ehdotukset digitalisaation avulla tavoitteeksi asetettujen säästöjen kohdentumisesta ja ajoituksesta ministeriön ja valtiovarainministeriön kahdenvälisiin neuvotteluihin mennessä. Varsinaisen 0,5 % vuosittaisen tuottavuustavoitteen sisällön ja tavoitteen vaatimat toimenpiteet ohje jättää määrittämättä. Valtiovarainministeriö 20.12.2017 (VM/1900/02.02.00.00/2017).

⁵⁸ Esimerkiksi eduskunnan oikeusasiamies on katsonut ratkaisussaan 1803/2000 (antopäivä 5.6.2003) talousarviosta päättävien luottamusmiesten ja asiaa valmistelleiden virkamiesten rikkoneen perustuslain säännöksissä julkiselle vallalle asetetut velvoitteet mitoitetaan talousarvion tietoisesti tiedossa olevaa tarvetta vähäisemmäksi.

⁵⁹ Ks. esim. AOA 3944/4/10, 2.3.2012, OKV 2/50/2011, 1.8.2011, TrVM 8/2010 vp, s. 4.

⁶⁰ Ks. esim. AOA 3944/4/10, 2.3.2012, EOA 3737/4/11, 31.12.2012, AOA 1863/4/09, 24.11.2010, EOA 1803/2000, 5.6.2003.

vioinnista huolimatta määrärahat eivät riitä toiminnan järjestämiseen, on viranomaisten velvoitteena varmistaa lakisäateisten velvoitteiden täyttyminen muun muassa lisätalousarviolla tai muilla vastaavilla menettelyillä.⁶¹

5 PALVELUJEN SUUNNITTELU

5.1 Palvelujen järjestäminen

Aikaisemman tarkastelun yhteydessä määriteltiin valtion ja kuntien viranomaisten tietohallinnon tehtäväkenttään sisältyväksi julkisten palvelujen järjestämiseen liittyvät tehtävät erityisesti, kun niiden toteuttamisessa hyödynnetään tieto- ja viestintäteknologiaa. Tällöin tietohallinnon suunnitelluissa tehtävissä on myös huomioitava yleiset palveluille säädettyjen laatu- ja menettelytapavaatimusten sekä sähköisen asioinnin ja sähköisten viestienvaihdon asettamat velvoitteet. Hallintolain 7 §:n 1 momentin hallinnon palveluperiaate edellyttää viranomaista järjestämään toimintansa siten, että hallinnossa asioiva saa palvelunsa asianmukaisesti. Asioinnin viranomaisessa tulisi tapahtua mahdollisimman nopeasti, joustavasti ja kustannuksia säästämällä sekä lisäksi siten, että hallinnossa asioiva pystyisi helposti muodostamaan kokonaiskuvan tarvitsemansa palvelun sisällöstä ja siihen liittyvistä toiminnoista.⁶² Palveluja järjestettäessä tulisi erityisesti kiinnittää huomiota palvelujen riittävyteen ja saatavuuteen sekä hallinnossa asioivan valinnanvapauteen. Kun vaatimusten toteutumisen on katsottu edellyttävän riittävää yhteistyötä ja vuorovaikutusta hallinnossa asioivan sekä viranomaisen välillä sekä käyttäjiltä saadun palautteen huomioimisesta palvelujen järjestämisessä, voidaan tarpeita vastaavien julkisten palvelujen saatavuuden ja laadun suunnitteluun pitää viranomaisen tietohallinnon suunnittelovelvoitteen ydinalueena.⁶³

Hallintolain jättäessä tarkentamatta, miten ja millä tasolla asiakastarve tulisi ottaa palveluiden suunnittelussa huomioon, jää myös periaatteen edellyttämän suunnittelun sisältö viranomaisen harkintaan.⁶⁴ Vastaavasti, vaikka palveluperiaate ei aseta viranomaisille ehdotonta velvoitetta järjes-

⁶¹ Ks. esim. EOA 3737/4/11, 31.12.2012, OKV 2/50/2011, 1.8.2011.

⁶² HE 72/2002 vp, s. 62.

⁶³ HE 72/2002 vp, s. 62.

⁶⁴ Laillisuusvalvojen ratkaisuissa asiakastarpeen huomioinnin on katsottu edellyttävän muun muassa sitä, että viranomainen tarjoaa asiakastarpeen mukaan erilaisia vaihtoehtoja asiointiin sekä arvioi asioinnin järjestämisen keinoja ja laajuutta palvelujen käyttäjien tarpeiden kannalta (ks. esim. AOA 3911/4/11, 13.9.2012, AOA 2047/4/12, 13.8.2013).

tää asiointipalveluita asianmukaisesti, ellei sillä ole siihen tarvittavia voimavaroja⁶⁵, voidaan juuri poikkeamaperusteen katsoa edellyttävän asian selvittämistä ja suunnittelua. Ilman resurssitarpeen osoittavaa suunnitelmaa ei viranomaisella ole perustetta arvioida voimavarojensa riittävyyttä. Palveluperiaatteen luomaa suunnitteluelvoitetta voidaan perustella myös periaatteen luonteen kautta. Muun muassa Heikki Kulla (2015) katsonut periaatteen olevan luonteeltaan myös oikeudellinen, joka jo sellaisenaan edellyttäisi periaatteen noudattamista.⁶⁶

Sähköisestä asioinnista viranomaistoiminnassa annetun lain (13/2003, sähköinen asiointilaki, SAL) sähköisten asiointipalvelujen järjestämistä koskevat pykälät korvaavassa esityksessä laiksi digitaalisten palvelujen tarjoamisesta (HE 60/2018, digipalvelulaki) 4 §:n 1 momentissa ehdotetaan säädettäväksi viranomaisten velvoitteesta suunnitella digitaaliset palvelunsa siten, että niiden tietoturvasuus, tietosuoja, löydettävyys ja helpokäyttöisyys olisi varmistettu. Viranomaisen tulisi pystyä osoittamaan suunnitteludokumentaation sekä testausraporttien avulla riittävästä tietoturva-toimenpiteistä palvelujen järjestämisessä.⁶⁷ Ehdotetun pykälän 3 momentti edellyttäisi viranomaista varmistamaan myös palvelujensa yhteensopivuuden julkisen hallinnon yhteisten sähköisen asiointin tukipalvelujen sekä muiden viranomaisten digitaalisten palvelujen kanssa.⁶⁸ Viranomaisen olisi otettava palvelua suunnitellessaan huomioon myös muiden viranomaisten jo tarjoamat digitaaliset palvelut ja kehitettävä omat palvelunsa eheäksi palvelukokonaisuudeksi muiden viranomaisten palvelujen kanssa.⁶⁹ Laillisuusvalvonnassa on korostettu myös viranomaisten velvollisuutta järjestää toimialaansa kuuluvat sähköiset palvelut siten, että hallinnossa asioiva pystyy muodostamaan kokonaiskäsityksen asiansa hoitamiseen liittyvistä toimista.⁷⁰ Käytännössä tämä tarkoittaisi viranomaisten velvoitetta suunnitella palvelujen järjestämistä yhteistyönä.

Sähköisten palvelujen järjestämiseen liittyvien suunnittelutehtävien velvoittavuutta heikentää osaltaan se, ettei lakiehdotuksessa digipalvelujen

⁶⁵ Ks. HE 72/2002 vp, s. 57.

⁶⁶ *Heikki Kulla* (2015) mukaan palveluperiaatteen hallinnollista puolta osoittaa juuri viranomaisille jäävä laaja harkintavaltia. Periaatteen oikeudellista puolta taas korostaa se, että periaatteesta on säädetty hallintolaissa (ks. *Kulla* 2015, s. 116).

⁶⁷ HE 60/2018 vp, s. 64.

⁶⁸ Valtion ja kuntien viranomaisille hallinnon yhteisistä palveluista annetun lain (571/2016, Kapa-laki) 5 §:n 1 momentissa säädetty velvollisuus käyttää yhteisiä tukipalveluja edellyttää luonnollisesti vastaavaa suunnittelua, vaikka sitä ei Kapa-lain säännöksissä erikseen mainita.

⁶⁹ HE 60/2018 vp, s. 66.

⁷⁰ Ks. OKV 2019/1/2017, 13.3.2018.

tarjoamisesta ole säädetty seuraamuksia, jos viranomainen ei toteuta palvelujaan sähköisesti.⁷¹ Ainoastaan tilanteissa, joissa viranomainen tarjoaa digitaalisen palvelun, digipalvelulain 7 § edellyttää palvelun tarjoajan varmistamaan palvelujensa sisällön havaittavuuden ja ymmärrettävyyden sekä käyttöliittymien ja navigoinnin hallittavuuden ja toimintavarmuuden saavutettavuusvaatimusten mukaisesti.⁷² Viranomaisen tietohallinnon suunnitteluvelvoitteiden kannalta lakiehdotus merkitsisi olennaista muutosta velvoitteen ehdottomuuden suhteen. Kun saavutettavuusvaatimusten toteuttamisen valvonta ehdotetaan säädettäväksi erillisen valvontaviranomaisen tehtäväksi, joka ohjauksen lisäksi voisi tehostaa vaatimusten noudattamisvelvoitetta uhkasakolla, on viranomaisten velvoitteensa toteuttamisen osoittamiseksi ylläpidettävä suunnitelmia ja kuvauksia digitaalisista palveluistaan. Muiden sähköisiin palveluihin liittyvien vaatimusten osalta sääntelyn jäädessä yleiselle tasolle jää viranomaisen harkintaan, miten se asiakaslähtöisyyden tai yhteensopivuuden palveluissaan varmistaa.

Palveluun liittyvien vaatimusten lisäksi sähköisten palvelujen suunnittelussa on otettava huomioon myös viranomaiselle säädetyt velvoitteet hyödyntää yhteisesti toteutettuja ja ylläpidettyjä palveluja tai tietovarantoja. Koska asiointipalveluja järjestävä viranomainen vastaa palvelun toteuttamisesta lain vaatimusten mukaisesti, on sen liitettävä palvelujen järjestämistä koskeviin suunnitelmiinsa esitys yhteisten palvelujen roolista viranomaisen palveluprosesseissa. Esimerkiksi hallinnon yhteisistä sähköisen asioinnin tukipalveluista annetun lain (571/2016, Kapa-laki) 5 §:ssä säädettään viranomaisten velvoitteesta käyttää laissa tarkoitettuja palvelutietoja kokoavia sekä tiedonvälitykseen toteutettuja tukipalveluja. Valtion yhteisten tieto- ja viestintätekniisten palvelujen järjestämisestä annetun lain (1226/2013, Tori-laki) 3 § puolestaan velvoittaa valtion virastot käyttämään yhteisiä perustietotekniikka- ja tietojärjestelmäpalveluja, muun mu-

⁷¹ Sähköisestä asioinnista viranomaistoiminnassa annetun lain (13/2003, sähköinen asiointilaki) 5 §:n 1 momentissa säädetään vastaavasta velvoitteesta astetta ehdollisempaan. Sähköinen asiointilaki edellyttää viranomaisten järjestämään sähköisiä asiointipalveluja, jos sen tekninen osaaminen ja voimavarat tähän riittävät. Kun sähköisessä asiointilaissa ei myöskään ole sanktioitu palvelujen järjestämättä jättämistä, jää palvelujen suunnittelu, toteutus ja tarjoaminen pitkälti viranomaisen omaan harkintavaltaan.

⁷² Digipalvelulakia koskevan ehdotuksen 7 §:llä implementoitaisiin saavutettavuusdirektiivin 4 artikla, jonka mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että julkisen sektorin elimet toteuttavat tarvittavat toimenpiteet parantaakseen verkkosivustojensa ja mobiilisovellustensa saavutettavuutta tekemällä niistä havaittavia, hallittavia, ymmärrettäviä ja toimintavarmoja (ks. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (2016/2102) julkisen sektorin elinten verkkosivustojen ja mobiilisovellusten saavutettavuudesta, EUVL 2.12.2016 sekä HE 60/2018 vp, s. 71–73).

assa päätelaitteita sekä toimisto-ohjelmia. Myös julkisen hallinnon turvallisuusverkkotoiminnasta annetun lain (10/2015, Tuve-laki) 2 §:ssä säädetään turvallisuusverkkoon sisältyvien palvelujen käyttövelvoitteesta viranomaisten sisäisessä, välisessä ja ulkoisessa viestinnässä, joissa noudatetaan korkean varautumisen tai turvallisuuden vaatimuksia.⁷³

Tukipalveluja koskevassa sääntelyssä ei erikseen tai suoraan säädetä palvelujen hyödyntämiseen liittyvistä suunnitteluelvoitteista, jolloin velvoitteen voidaan katsoa yleisellä tasolla muodostuvan hallintomenettelyä ja palvelujen järjestämistä koskevan sääntelyn kautta. Kun mainituissa laeissa ei myöskään ole erillistä sääntelyä mahdollisista seuraamuksista, muodostuu palvelujen käytön suunnittelua koskeva valvonta tukipalvelujen ohjauksen sekä viranomaisten talouden ja toiminnan suunnittelun kautta.⁷⁴

Ainoastaan kun viranomainen mahdollisesti haluaa poiketa palvelujen käyttövelvoitteesta, muodostaa edellä mainittu tukipalvelulainsäädäntö viranomaiselle velvoitteen perustella velvoitteesta poikkeamisperusteiden olemassaolo dokumentoidulla suunnitelmalla tai muulla kuvauksella. Sähköisen asioinnin tukipalvelujen osalta viranomainen saa olla käyttämättä palveluja, jos sillä on tekniset, toiminnalliset tai tietoturvallisuuteen liittyvät perusteet (Kapa-laki 5 § 1 mom.). Valtion yhteisten tietotekniikkapalvelujen osalta virasto tai laitos voi poiketa velvoitteestaan, jos valtion kokonaisarkkitehtuuri, yhtenäisen toiminnan vaatimukset tai palvelujen yhteentoimivuus näin edellyttävät (Tori-laki 3 § 1 mom.). Erityisesti kun poikkeamisen perusteita tulkitaan suppeasti, on viranomaisen täytynyt suunnitella ja arvioida yhteisten palvelujen vaikutukset omaan palveluympäristöönsä.⁷⁵

⁷³ Esimerkkien lisäksi erityislainsäädäntö sisältää viranomaista koskevia velvoitteita yhteisten palvelujen käyttöön. Muun muassa sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen sähköisestä käsittelystä annetun lain (159/2007, asiakastietolaki) 15 § velvoittaa julkisen terveydenhuollon palvelujen antajan liittymään laissa tarkoitettujen valtakunnallisten tietojärjestelmäpalvelujen käyttäjäksi.

⁷⁴ Valtion yhteisten tieto- ja viestintätekniikkapalvelujen osalta valtiovarainministeriölle on säädetty toimivalta päättää valtion viraston tai laitoksen mahdollisuudesta olla käyttämättä yhteisiä palveluja (Tori-laki 3 § 1 mom.). Sähköisen asioinnin tukipalvelujen osalta vastaava päätösvalta on delegoitu Väestötietokeskukselle ja valtiovarainministeriölle (Kapa-laki 7 §). Talouden ja toiminnan suunnittelua sekä talousarvion valmistelua koskeva sääntely mahdollistaa valtion virastojen ja laitosten määrärahaehdotuksien kontrolloinnin päällekkäisten palvelujen osalta, joka puolestaan luo mekanismin ohjata valtion viranomaisia yhteisten palvelujen käyttöön. Kun viranomaisen määrärahat eivät mahdollista erillisen oman palvelun hankintaa, jäävät sen mahdollisuudet poiketa yhteisten palvelujen käytöstä vähäisiksi.

⁷⁵ Ks. HE 150/2013 vp, s. 30, HE 59/2016 vp, s. 41.

Sähköisten palvelujen järjestämistä sekä tukipalvelujen käyttöä koskevaan sääntelyyn sisältyy tiettyjä ristiriitaisuuksia, jotka osaltaan hämärtävät suunnitteluvaihtoehdon kohdetta ja samalla heikentävät vaihtoehdon yksiselitteisyyttä. Sähköisten asiointilain (13/2003) 5 § edellyttää viranomaisen järjestämään sähköisen asioinnin, mikäli sen tekniset ja taloudelliset valmiudet tähän riittävät. Kapa-lain 5 § velvoittaa viranomaisen puolestaan käyttämään yhteisiä sähköisen asioinnin tukipalveluja sen hoitaessa laissa säädettyä tehtävää. Ensisilmäyksellä sähköisiä palveluja koskeva sääntely näyttäisikin muodostavan tilanteen, jossa tukipalvelujen käyttö ja näin ollen myös tukipalvelujen käytön suunnittelu on säädetty ehdottomaksi ja varsinaisten palvelujen järjestäminen ehdolliseksi. Suppeasti tulkittuna sääntely tarkoittaisi sitä, että velvoitteita noudattaakseen myös niiden viranomaisten, jotka eivät tarjoa sähköisiä palveluja, olisi haettava Väestörekisterikeskukselta suunnitelmillaan perusteltu päätös tukipalvelujen käyttövelvoitteesta poikkeamiseksi (Kapa-laki 7 §).⁷⁶ Toisaalta sähköisen palvelun puuttumisen voisi olettaa olevan hyväksyttävä peruste Kapa-lain 7 §:ssä tarkoitettulle päätökselle tukipalvelujen käyttövelvollisuudesta poikkeamiseksi.

5.2 Palvelujen jatkuvuus

Palvelujen järjestämiseen liittyy olennaisesti myös palvelujen jatkuvuuden turvaaminen sekä varautuminen eritasoisiiin häiriötilanteisiin. Tietoliikenteen, tietojärjestelmien ja viestinnän toimintavarmuutta ja häiriöttömyyttä voidaan pitää nykyaikaisen yhteiskunnan toiminnan, turvallisuuden ja kansalaisten toimeentulon välttämättömänä edellytyksenä.⁷⁷ Merkittävyytensä vuoksi valtion ja kuntien viranomaisten tietohallinnon suunnitteluvastuussa korostuvat kaikki sellaiset tieto- ja viestintäteknisillä palveluilla tuetun toiminnan jatkuvuuden etukäteissuunnittelua koskevat velvoitteet, joilla yhteiskunnan perustoiminnot pyritään turvaamaan sekä palauttamaan toiminta mahdollisimman pikaisesti normaaliksi poikkeustilanteiden synnytt-

⁷⁶ Poikkeusperusteen osalta Kapa-laki jättää myös epäselväksi sen, onko viranomaista koskeva tukipalvelujen käyttövelvoite tehtäväkohtainen vai koskeeko se viranomaista kategorisesti. Esimerkiksi kun kuntien lakisääteisten tehtävien määräksi on arvioitu noin 535 tehtävää (ks. *Hiironniemi* 2012, s. 17), nousee kysymykseksi, pitääkö kunnan hakea erikseen poikkeuslupaa Väestörekisterikeskukselta olla käyttämättä tukipalveluja kunkin lakisääteisen tehtävän osalta, joita se ei tarjoa sähköisesti.

⁷⁷ Ks. esim. *Lehto ym.* 2018, s. 11.

tyä.⁷⁸ Viranomaisten on valmiuslain (1552/2011) 12 §:n mukaan varmistettava tehtäviensä mahdollisimman hyvä hoitaminen myös *valmiussuunnitelmien* ja muiden poikkeusoloissa tapahtuvan toiminnan etukäteisvalmistelujen avulla.⁷⁹ Tietohallinnon näkökulmasta valmiuslain muodostamassa suunnitteluelvoitteessa korostuvat muun muassa poikkeusolojen viestinnän sekä kaikkien niiden hallinnollisten, toiminnallisten ja teknisten toimenpiteiden ja ratkaisujen etukäteissuunnittelu, joilla pyritään varmistamaan tiedon saatavuus ja palveluiden mahdollisimman häiriötön toiminta kaikissa tilanteissa.⁸⁰ Jatkuvuuden turvaamiseksi sähköisen viestinnän palveluista annetun lain (917/2014, tietoyhteiskuntakaari) 243 § velvoittaa viranomaisen suunnittelemaan yleiset viestintäverkot ja -palvelut sekä niihin liitettävät viestintäverkot ja -palvelut siten, että sähköinen viestintä on tekniseltä laadultaan hyvää ja tietoturvallista.

Tietohallinnon rooli ja vastuu jatkuvuuden turvaamisessa korostuu, mitä kattavammin toiminta perustuu tietojärjestelmien avulla tuotettaviin digitaalisiin palveluihin, näitä toteuttaviin prosesseihin sekä tiedon käsitteilyyn. Tällöin jatkuvuussuunnittelun velvoitteisiin sisältyvät ennalta-arvaamattomien häiriötilanteiden lisäksi myös suunnitellut katkokset (SAVL 6 § tai lakiehdotus digipalvelujen järjestämisestä 4 §:n 2 mom.) sekä palvelujen välisen viestinnän mahdollistavat tietoliikenneverkot (tietoyhteiskuntakaari 917/2014 243 §).⁸¹ Lainsäädännön lisäksi varautumissuunnitteluun

⁷⁸ Tämän kaltaisesta jatkuvuuden hallinnasta käytetään yleisesti nimitystä *ICT-varautuminen*, joka käsitetään riskienhallintaan pohjautuvaksi ICT-toiminnan jatkuvuuden hallinnaksi ja tiedon turvaamiseksi niin normaaliolojen häiriötilanteissa kuin poikkeusoloissa (ks. VAHTI 2/2012, s. 11). Poikkeusoloihin varautuminen liittyy usein kiinteästi myös toiminnan suunnitteluun poikkeusoloja lievempiä poikkeuksellisia tilanteita varten (ks. HE 3/2008 vp, s. 37)

⁷⁹ Valmiuslain esitöissä etukäteisvalmisteluina mainitaan muun muassa tekniset ja rakenteelliset etukäteisvalmistelut, koulutus ja harjoitukset, tilojen ja resurssien varaukset sekä poikkeusolojen viestinnän suunnittelu sekä varautumista koskevien ohjeiden antaminen. Valmiuslain tarkoittamien varautumisen suunnitteluelvoitteiden on katsottu poikkeusolojen lisäksi koskevan myös sellaisia lievempiä häiriötilanteita, joissa viranomaisten tehtävät saattavat muuttua tai lisääntyä normaalista (ks. HE 3/2008 vp, s. 37).

⁸⁰ HE 3/2008 vp, s. 37. Esimerkiksi tieto- ja viestintäteknisten ratkaisujen lisääntynyt hankinta erilaisilla palvelumalleilla edellyttää valmiussuunnittelua, joka mahdollistaa palvelujen sopimusten mukaisen, palvelutasojen avulla määritetyn toipumisen häiriöistä. Ks. esim. VAHTI 2/2012 s. 11, VAHTI 2/2009 s. 16.

⁸¹ Sähköisen asiointilain esitöissä velvoitteella tarkoitetaan muun muassa ennalta suunniteltuja menettelytapoja järjestelmien huoltokatkojen ajoittamiseksi vähäisten asiointitapahtumien ajankohtiin, suojautumista palvelunestohyökkäyksiltä sekä huolehtimista järjestelmien riittävästä tietoteknisestä suorituskyvystä (HE 17/2002 vp, s. 36). Tietoyhteiskuntakaaren (917/2014) 243 § velvoittaa palveluntarjoajan suunnittelemaan verkot ja palvelut muun muassa siten, että sähköinen viestintä on tekniseltä laadultaan

liittyviä tehtäviä on tarkennettu hallinnon sisäisillä määräyksillä, suosituksilla ja ohjeilla. Valtioneuvosto on antanut huoltovarmuuden turvaamisesta annetun lain (1390/1992) 2 §:n 2 momentin nojalla päätöksen huoltovarmuuden tavoitteista (857/2013), joka edellyttää viranomaisia laatimaan julkisen sektorin ICT-järjestelmistä vastaaville organisaatioille perusteet kriittisten tieto- ja viestintäjärjestelmien varmistamiselle ja turvallisuudelle, joita käytetään palvelujen suunnittelussa, järjestämisessä ja hankinnoissa⁸². Valtioneuvoston yhteiskunnan turvallisuusstrategiasta tekemän periaatepäätöksen (2.11.2017) mukaan varautumissuunnitelman perustan muodostavat puolestaan toimitoja koskevien riskien, niiden todennäköisyyden ja vaikutuksen sekä käytössä olevien resurssien arviointi sekä viestinnän suunnittelu. Päätöksessä hallinnon varautumisen suunnittelu ohjataan tehtäväksi ”kokonaisturvallisuuden viitekehyksessä, jossa digitaalisessa ja verkostoituneessa yhteiskunnassa eri toimintojen sidoksellisuuden ja kaikkien relevanttien turvallisuustoimijoiden tunnistaminen on tärkeää”.⁸³ Valtionhallinnon tieto- ja kyberturvallisuuden johtoryhmä (VAHTI) on puolestaan toiminnan jatkuvuuden hallintaa (VAHTI 2/2016) sekä ICT-varautumisen vaatimuksia (VAHTI 2/2012) koskevissa ohjeissa muodostanut suosituksia jatkuvuuden hallintajärjestelmän sekä palvelujen jatkuvuuden suunnittelun osalta.⁸⁴

Automatisoidun tiedonkäsittelyn ulottuessa lähes kaikkiin yhteiskunnan perustoimintoihin, vahvistuvat myös varautumistehtäviin liittyvät vaatimukset. Laillisuusvalvonnassa on korostettu perusoikeuksien mukaisten palvelujen turvaamista myös tietojärjestelmien ongelmatilanteissa, eikä viranomaisen ole katsottu voivan perustella poikkeamista hyvän hallinnon vaatimuksista tietojärjestelmien toimimattomuuteen liittyvillä syillä. Tietojärjestelmien tuotannon ohjauksen kuuluessa tietohallinnon tehtäväkenttään, korostuu tietohallinnon vastuu palvelujen jatkuvuuden varmistamisessa.⁸⁵ Vaatimuksista huolimatta valmiussuunnittelua koskeva sääntely on

hyvää ja tietoturvallista ja että ne kestävät normaalit odotettavissa olevat ilmastolliset, mekaaniset, sähkömagneettiset ja muut ulkoiset häiriöt sekä tietoturvaohat.

⁸² Päätöksessä tarkoitettuina yhtenäisinä kansallisen vaatimustenhallinnan perusteina Huoltovarmuuskeskus on laatinut muun muassa julkaisun varautumiseen liittyvien sopimusehtoluonnosten laatimisesta (Huoltovarmuuskeskus 31.12.2008).

⁸³ Yhteiskunnan turvallisuusstrategiassa ennakoinnin suunnittelun edellytykset sisältävät myös ilmaisia muun muassa hiljaisten signaalien havaitsemisesta sekä innovatiivisen keuhkukulttuurin hyödyntämisestä, jotka eivät korkean abstraktiotasona vuoksi tarkenna velvoitteen sisältöä (Valtioneuvoston periaatepäätös 2.11.2017, s. 10).

⁸⁴ Ks. VAHTI 2/2016, s. 35–36, VAHTI 2/2012, s. 35

⁸⁵ Ks. esim. EOA 206/4/11 (31.5.2012), AOA 1301/2017 (18.4.2017), AOA 649/2017 (20.3.2017), AOA 3591/4/09 (21.6.2010), AOA 33/2/06 ja 34/2/06 (31.5.2006)

jäänyt kuitenkin yleiseksi. Vaikka voimassa olevan valmiuslain antamisen yhteydessä sääntelyn tarkentamisen yhtenä tavoitteena oli selkeyttää ja helpottaa viranomaisten poikkeusolojen toiminnan suunnittelua ja poikkeusoloihin varautumista, ei valmiuslaissa edelleenkaan säädetä valmiussuunnitelman sisällöstä tai suunnitteluun liittyvistä menettelyistä.⁸⁶ Valtioneuvoston päätökset, periaatepäätökset tai lähinnä valtionhallinnon ohjaukseen tarkoitetut suositukset eivät myöskään juurikaan tarkenna viranomaisen jatkuvuussuunnittelun sisältöä. Koska periaatepäätökset ja suositukset eivät myöskään sido viranomaisia oikeudellisesti, jää niissä esitettyjen käytäntöjen soveltaminen puhtaasti viranomaisen harkintaan.

Tietohallinnon varautumista koskeviin velvoitteisiin luo haasteen myös alati monimuotoisemmaksi kehittyvät palvelujen järjestämis- ja tuotantorakenteet, jotka suunnitteluelvoitteita koskevassa sääntelyssä ovat jääneet lähes huomiotta. Valmiuslain varautumisvelvoite koskee vain julkisten hallinnon tehtävien hoitamista, jolloin tehtävästä vastaavan viranomaisen on itse varmistettava tehtävän mahdollisimman hyvä hoitaminen palvelutuotantorakenteissaan myös häiriötilanteissa.⁸⁷ Juuri monituottajaympäristössä varautumista ja valmiussuunnittelua koskevan sääntelyn yleisyys sekä erityislainsäädännön sisältämät eritasoiset varautumiseen liittyvät velvoitteet saattavatkin osoittautua perusoikeuksien sekä hallintolain (434/2003) palveluperiaatteen toteutumisen kannalta ongelmalliseksi, erityisesti niiden palveluprosessien osalta, joiden toteuttamisessa käytetään useiden eri viranomaisten tai palvelutuottajien vastuulla olevia palveluja.⁸⁸ Viranomaisten välisiä vastuita koskevan sääntelyn puuttuminen muodostuu ongelmalliseksi, kun asiakkaille tarjottavasta palvelusta vastaavalla viranomaisella ei ole toimivaltaa tai muitakaan välineitä ohjata sen prosessien järjestämiseen lakisääteisesti osallistuvia viranomaisia ilman erillistä sopimusta.⁸⁹ Vaikka tukipalvelujen tuottajille on yleensä säädetty erikseen velvoitteet huolehtia palvelujensa jatkuvuudesta, voisi viranomaisen valmiussuunnitteluelvoitteiden laajentaminen koskemaan myös viranomaisen

⁸⁶ Ks. 3/2008 vp, s. 29.

⁸⁷ Ostetun palvelutuotannon osalta esimerkiksi palvelusopimuksiin sisällytettävien ehtojen avulla (ks. HE 90/2012 vp, s. 129).

⁸⁸ Esimerkiksi Kapa-lain (571/2016) 19 §:n 1 momentti velvoittaa lain tarkoittamien tukipalvelujen tuottajat huolehtimaan valmiussuunnitelmilla ja muilla etukäteisvalmisteluilla toiminnan ja palvelujen tuotannon jatkuvuudesta. Kapa-laki ei kuitenkaan ota millään tavoin kantaa palveluja tarjoavien ja niitä käyttävien viranomaisten välisiin vastuisiin, vaikkakin viranomaisilla on lakisääteinen velvoite käyttää tukipalveluja omissa palveluprosesseissaan.

⁸⁹ Ks. esim. VTV 15/2017, s. 42–43.

käyttämät palvelut nostaa viranomaisten välisiin prosesseihin liittyvät riskit paremmin esiin.⁹⁰

Palveluprosessien välisten rajapintojen huomiointi jää yleiseksi myös jatkuvuuden varmistamiseen liittyvien yhteistyövelvoitteiden osalta. Esimerkiksi valmiuslain 12 §:ssä säädetään valtioneuvoston ja ministeriöiden vastuusta sovittaa varautumiseen liittyviä toimenpiteitä yhteen toimialoiltaan, mutta laissa ei oteta kantaa yksittäisten viranomaisten välisiin vastuisiin. Yhteistyöstä varautumisen osalta on säännelty myös aluehallintovirastoista annetun lain (896/2009) 4 §:n 2 momentin 3 kohdassa, jonka mukaan aluehallintoviraston tehtävänä on oman alueensa alue- ja paikallistason varautumisen ja valmiussuunnittelun yhteensovittaminen sekä kuntien valmiussuunnittelun tukeminen. Laissa ei kuitenkaan tarkemmin määritetä, mitä yhteensovittamisella eri viranomaisten vastuiden näkökulmasta tarkoitetaan tai mikä on tarkoitettujen yhteensovittamisen lopputulos.⁹¹

Mielenkiintoisen vertailuasetelman varautumista ja valmiussuunnittelua koskevassa sääntelyssä muodostaa julkisen hallinnon viranomaisten sekä yksityisten palveluntarjoajien väliset eroavaisuudet. Julkisen hallinnon viranomaisten valmiussuunnittelua koskevan lainsäädännön jättäessä suunnitelman sisällön, suunnittelua koskevan menettelyn sekä viranomaisten välisen yhteistyön ja työnjaon sääntelyn joustavaksi ja yleiselle tasolle, voidaan viranomaisia koskevan sääntelyn katsoa tukevan huomattavasti yhteiskunnan toimintavarmuuden tarpeita kuin esimerkiksi yksityisiä palvelun tuottajia koskevan sääntelyn. Kun valmiuslaki tai tieto- ja viestintätekniisiä palveluja koskeva lainsäädäntö eivät luo viranomaisille vastaavaa velvoitetta toimittaa tiedot valmiussuunnitelmistaan tai niihin tapahtuvista muutoksista valvontaviranomaisille kuin esimerkiksi tietoyhteiskuntakaari (917/2014) 282 §:ssä teleyrityksille säädetty velvoite, voidaan kysyä, onko

⁹⁰ Palvelukohtaisen sääntelyn vaikuttavuutta valmiussuunnittelun osalta heikentää yleislainsäädännön toistaminen erityissäännöksissä. Esimerkiksi Kapa-lain 19 §:n sääntely toistaa identtisesti valmiuslain (1552/2011) 12 §:ssä jo kertaalleen säädetyn velvoitteen, mutta laki tai sen esityöt eivät ota kantaa palvelun tuottajan ja sen käyttöön velvoitetun käyttäjän välisiin rooleihin poikkeus ja häiriötilanteissa, muuten kuin tietoturvaloukkausten osalta. Myös valtion yhteisten tieto- ja viestintätekniisten palvelujen järjestämisestä annetun lain (1226/2013, Tori-laki) 15 §:ssä toistetaan valmiuslain 12 §:n sanamuoto, eikä lain esitöissä oteta myöskään kantaa palvelun tuottajan ja palvelun käyttäjän välisiin vastuisiin (ks. HE 59/2016 vp, s. 61 ja HE 150/2013 vp, s. 37)

⁹¹ Yhteiskunnan turvallisuusstrategian mukaan aluehallinto, kunnat sekä elinkeinoelämän yhteisöt ja järjestöt johtavat varautumisensa suunnittelua yhteistyössä muiden viranomaisten, elinkeinoelämän ja järjestöjen kanssa (Valtioneuvoston periaatepäätös 2.11.2017, s. 11), vaikkakaan valmiuslaki tai muu lainsäädäntö ei vastaavia johtamissuhteita tai yhteistyövelvoitteita tunnista.

valmiussuunnittelua koskevan kansallisen tilannekuvan tai suunniteltujen varautumistoimenpiteiden riittävyyden arviointi kansallisella tasolla mahdollista ilman tietoa julkisen hallinnon viranomaisten valmiussuunnitelmien sisällöstä. Esimerkiksi valmiuslain 105 §:n antaessa valtiovarainministeriölle toimivallan määrätä poikkeusoloissa valtion tietohallinnon, tiedonkäsittelyn, sähköisten palveluiden, tietoliikenteen ja tietoturvallisuuden järjestämisestä, voisi tehtävän olettaa edellyttävän hyvää käsitystä valtion viranomaisten vastaavista ratkaisuista ja niihin liittyvistä varautumissuunnitelmista.⁹²

6 TIEDONHALLINNAN SUUNNITTELU

6.1 Hyvän tiedonhallintatavan suunnittelu

Palvelujen järjestämisen lisäksi keskeisen kohteen viranomaisten tietohallinnon suunnittelulle muodostavat tietojärjestelmissä käsiteltävien tietojen hallintaan ja tietojen saatavuuden varmistamiseen liittyvät toimenpiteet. Digitaalisessa tai sähköisessä muodossa käsiteltävien tietojen hallinnan suunnittelussa yhdistyvätkin toiminnan tietotarpeet viranomaisen julkisuusperiaatteen, hyvän *tiedonhallintatavan* sekä hyvän *tiedonkäsittelytavan* toteuttamista koskevien periaatteiden kanssa. Julkisuusperiaatetta tukevan hyvän tiedonhallintatavan toteuttamiseksi viranomaisten on muun muassa suunniteltava tietojen käsittelynsä niin, että asiakirjojen julkisuus voidaan vaivattomasti toteuttaa ja että asiakirjat ja tietojärjestelmät sekä niihin sisältyvät tiedot arkistoidaan tai hävitetään asianmukaisesti. Tarkoitusta varten viranomaisen on selvitettävä ja suunniteltava myös tietoaineistojensa saatavuuden, käytettävyyden ja laadun merkitys sekä tietoihin kohdistuvat uhkatekijät sekä niiden edellyttämät tietoturvaluustoimenpiteet. Suunnittelusta muodostuu viranomaiselle apuväline, jonka avulla se tietää valmistelussa olevat asiat, niihin liittyvät asiakirjat, tietojen käsittely- ja säilytysjärjestelmät sekä tiedon käsittelyyn liittyvät menettelyt ja tietoihin liittyvät käyttörajoitukset (JulKL 18 § 1 mom.).⁹³ Julkisuuslain joustava sääntelytapa jättää pääasiassa viranomaisten omaan harkintaan, miten se lain esittämän suunnitteluelvoitteen toteuttaa. Lisäksi julkisuuslaissa suunnittelun tuotoksina edellytetyt tietojärjestelmäkuvaukset, asiankäsittelyä

⁹² Esimerkiksi valmiuslain mahdollistama valmiuslain täytäntöönpanosta huolehtivan viranomaisen tarkastusoikeuskin on rajattu vain poikkeusoloihin (ValmiusL 124 §).

⁹³ HE 30/1998 vp, s. 34 ja 79.

koskevat luettelot sekä käyttörajoitteita kuvaavat asiakirjamerkinnot kattavat vain osan hyvää tiedonhallintapaa koskevista vaatimuksista. Laissa ei myöskään ole erikseen säädetty tiedonhallinnan suunnittelun laiminlyönnin aiheuttamista seuraamuksista tai suunnittelun toteuttamiseen liittyvästä valvonnasta, viranomaisen ohjeistusta lukuun ottamatta (JulKL 18 § 1 mom. 5 k), mitkä osaltaan heikentävät suunnitteluvaiheen vaikutusta.

Tiedonhallinnan suunnitteluvaiheiden ja viranomaisten toimintaa tukevan tiedonhallinnan laajuus ei enää kaikilta osin vastaa toisiaan. Tiedonhallintaa koskeva yleislainsäädäntö on säädetty pääsääntöisesti viime vuosituhannen puolella, jolloin suunnitteluvaiheissaakin on korostunut asia- ja asiakirjalähtöisyys. Digitalisoituvassa yhteiskunnassa asiakirjat muodostavat vain osan kaikesta viranomaisten tarvitsemasta toiminnan suunnittelua, palvelutoimintaa ja toiminnan tuloksia koskevasta tiedosta, jolloin vaiheen painottuminen asiakirjoihin jättää osan tiedoista laissa säädetyn suunnittelutehtävän ulkopuolelle. Tämän ongelman ratkaisemiseksi ovat muun muassa *Voutilainen ja Huttunen (2015)* ehdottaneet tiedonhallinnan kehittämistä asianhallinnan sijaan hallinnon asiakkaalle tarjottavien palvelujen ympärille.⁹⁴

Julkisuuslain velvoitteita valtion viranomaisten osalta on tarkennettu asetuksella (1030/1999, julkisuusasetus, JulKA), jonka 1 §:ssä säädetään viranomaisten veloitteesta selvittää arkistonmuodostussuunnitelmaa hyväksikäyttäen asiakirjansa ja tietojärjestelmänsä sekä niihin tallennettujen tietojen merkityksen. Asetus velvoittaa valtion viranomaisen hyvän tiedonhallintatavan edellyttämiä toimenpiteitä suunnitellessaan huolehtimaan muun muassa riittävien ohjeiden antamisesta tietojärjestelmissä olevien tietojen käsittelystä (JulKA 4 §) sekä ylläpitävän tietoa siitä, mitä diaareja, luetteloita, hakemistoja ja muita asiakirjahallinnon rekistereitä (*asiakirjarekisterit*) sillä on ja miten kyseisten rekisterien väliset suhteet on järjestetty (JulKA 5 §).⁹⁵ Julkisuusasetuksen toistaessa pitkälti julkisuuslain sisältä-

⁹⁴ Ks. *Voutilainen – Huttunen 2015*, s. 80.

⁹⁵ Asetuksessa säädetyn veloitteen tarkoituksena on edistää valtion viranomaisen kirjauskäytäntöjen kehittämistä suuntaan, jossa käsiteltävä asia kirjattaisiin vain kertaalleen ja asiakirjarekisterien avulla muodostettaisiin toimintatapa, jolla täytetään myös arkistolain nojalla annetut määräykset asiakirjojen rekisteröinnistä ja luetteloinnista (JulKA 5 § 2 mom.). Kirjauskäytäntöjen yhtenäistämistä kansalaisten oikeuksien varmistamiseksi on korostettu myös laillisuusvalvojien ratkaisuissa. Eduskunnan apulaisoikeusasiamies oli ratkaisussaan 6148/2016 (antopäivä 19.7.2017) katsonut, että julkishallinnon asiakkaiden siirtyminen käyttämään sähköisiä palveluja ja sähköpostia perinteisen postin sijasta, korostuvat viranomaisen tiedon hallinnassa entisestään vaatimukset tiedon luokittelun ja suojaustasojen merkitsemisestä tarkasti sekä yhdenmukaisin kriteerein.

män sääntelyn hieman erilaisin sanamuodoin jää asetuksen esittämä tarkennus suunnitteluelvoitteeseen lähinnä näennäiseksi.⁹⁶

Hyvän tiedonhallintatavan toteuttamiseen liittyviä suunnittelusäännöksiä on tarkennettu julkisen hallinnon suosituksilla, joiden sisältämä informaatio ei kaikilta osin tue viranomaisen suunnitteluelvoitteiden muodostamista lain vaatimusten mukaisiksi. Julkisuuslain mukaisen tietojärjestelmäselosteen laadintaa koskeva suositus (JHS 146⁹⁷) ohjeistaa viranomaisen liittämään tietojärjestelmäselosteensa osaksi arkistonmuodostussuunnitelmaa, jossa on tiedot muun muassa siitä, mitä diaareja, luetteloita, hakemistoja ja muita asiakirjahallinnon rekistereitä viranomaisella on sekä informaation siitä, miten tieto viranomaisen julkisista asiakirjoista muuten voidaan löytää. Suosituksen laajentaessa arkistolain 8 §:n 2 momentissa tarkoitetun arkistonmuodostussuunnitelman vastaamaan sisällöllisesti julkisuuslain 18 §:n 1 momentissa säädettyä hyvän tiedonhallintatavan suunnitteluelvoitetta jäävät näiden kahden säännöksen muodostaman veloitteen keskinäiset suhteet epäselväksi. Kun tietojärjestelmäselosteen laadintasuositus vielä muuttaa julkisuusasetuksessa valtion viranomaiselle joustavaksi säädetyn mahdollisuuden sisällyttää tietojärjestelmäseloste arkistonmuodostussuunnitelman osaksi (Julka 8 § 1 mom.) määräävään muotoon ”tietojärjestelmäseloste liitetään osaksi arkistonmuodostussuunnitelmaa”,⁹⁸ jää myös suosituksen rooli suunnitteluelvoitteiden osalta sääntelykokonaisuudessa epäselväksi. Vaikka suositukset eivät muodosta viranomaista velvoittavia säännöksiä, suosituksiin sisältyvä oikeudellisesti ongelmallinen informaatio estää niiden avulla tavoitellun asiantilan tehokkaan edistämisen.⁹⁹

Lisäksi julkisuuslaissa on vielä säädetty erikseen viranomaisten veloitteesta suunnitella hallinnollisten ja lainsäädännöllisten uudistusten valmistelun yhteydessä toimenpiteiden vaikutusta asiakirjojen julkisuuteen, sallassapitoon ja suojaan (Julka 18 § 1 mom. 3 k).¹⁰⁰ Sinänsä tarkkarajaisesti

⁹⁶ Esimerkiksi julkisuuslain 18 §:n 1 momentin 4 kohdassa säädetty tietojen turvaamistoimenpiteiden suunnitteluelvoitteen on asetuksessa erikseen tarkennettu koskevan kaikkia asiakirjan käsittelyvaiheita, vaikkakin tiedon elinkaaren aikainen hallinta sisältyy oletusarvoisesti jo julkisuuslain säännökseen.

⁹⁷ Valtiovarainministeriö, JHS 146 Julkisuuslain (laki viranomaisen toiminnan julkisuudesta 621/1999) mukaisen tietojärjestelmäselosteen laadintasuositus, annettu 5.10.2012.

⁹⁸ Ks. JHS 146, s. 1–2.

⁹⁹ Perustuslain 107 §:n kieltäessä lain kanssa ristiriitaisen lakia alemman asteisen säännöksen soveltamisen hallinnossa, joutuu esimerkkitapauksessa viranomainen arvioimaan suosituksen sallitun soveltamisalan ennen sen hyödyntämistä toiminnassaan.

¹⁰⁰ Veloitteen säätämisen taustalla ovat olleet puutteellisesta suunnittelusta johtuneet ongelmat julkisuusperiaatteen toteuttamisessa uudistusten yhteydessä (ks. HE 30/1998 vp, s. 78).

säänneltyä velvoitetta arvioida kehittämisen yhteydessä muutoksen vaikutukset tiedonhallintaan heikentää säännöksistä puuttuva tarkennus, mitä hallinnollisella uudistuksella tarkoitetaan sekä velvoitteen tarvesidonnaisuus. Käytännössä julkisuuslaki jättää myös muutosten suunnittelun osalta viranomaisen omaan harkintaan, milloin se katsoo muun muassa olevan oikea hetki arvioinnin toteutukselle. Yksittäisen viranomaisen osalta velvoite ei välttämättä muodostu ongelmalliseksi, kunhan viranomainen pystyy todistamaan toteuttamansa tiedonhallinnan ja käsittelyn perustumisen uudistuksen valmistelun yhteydessä toteutettuun arviointiin. Laajojen rakenteellisten uudistusten yhteydessä epämääräisesti säädetty velvoite sen sijaan saattaa tuoda haasteita, jos viranomaiselle jää epäselväksi suunniteltävien toteutusaikataulut. Tätä voidaan lähestyä esimerkin kautta.

Pääministeri Juha Sipilän hallituksen käynnistämässä Sote-uudistuksessa¹⁰¹ on tarkoituksena perustaa vuodesta 2020 alkaen 18 maakunta-nimeä käyttävää itsehallinnollista julkisoikeudellista yhteisöä, jotka saavat tehtävänsä 295 kunnalta, yli 200 kuntayhtymältä, 15 ELY-keskukselta ja TE-toimistolta sekä kymmeniltä muilta lähinnä kuntien välisiin sopimuksiin perustuvilta yhteistyörakenteilta. Julkisuuslain 18 § 1 momentin 3 kohdassa tarkoitettuun hallinnolliseen uudistukseen sisältyvän suunnittelovelvoitteen noudattaminen tarkoittaisi, että yli 500 julkisen hallinnon organisaation tulisi arvioida ennen maakuntien käynnistymistä uudistuksen vaikutukset asiakirjojensa julkisuuteen, salassapitoon sekä tarvittaviin suojaustoimenpiteisiin. Kun velvoitteen alkamisesta tai loppuunsaattamisesta ei ole tarkkarajaista säännöstä, jää suunnittelun toteutus kunkin viranomaisen omaan harkintaan ja saattaa pahimmillaan olla ristiriidassa uudistukselle asetettujen tavoitteiden kanssa. Kun maakunta- ja sosiaali- ja terveydenhuoltouudistuksen lainsäädäntöä koskevassa hallituksen esityksessä (HE 15/2017 vp.) ei ole ehdotettu säännöstä, joka tarkentaisi tehtäviä luovuttavien viranomaisten asiakirjojen luovuttamista koskevan suunnittelun käynnistämisen, joudutaan velvoitteen syntymistä arvioimaan muun sääntelyn kautta. Ongelmalliseksi tilanteesta tekee sen, että käytännössä hyvän tiedonhallintatavan edellyttämä suunnittelu tulisi tehdä hyvissä ajoin ennen muutoksen toteuttamista, jotta viranomaisilla olisi riittävä aika suorittaa tarvittavat toimenpiteet. Kun maakunnista ei ole vielä säädetty lailla, ei ole olemassa vielä tahoja, joka voisi kyseisen tehtävän toteuttaa maakuntien puolesta viranomaisvastuulla. Toisaalta maakunnille tehtäviä luovuttaville kunnille ei ole perustuslaissa turvatus kunnallisen itsehallinnon edellyttä-

¹⁰¹ Ks. HE 15/2017 vp.

mällä tavalla säädetty tehtäväksi kyseessä olevaa arviointia, jolloin myöskään kunnilta ei voida edellyttää julkisuuslain 18 §:n 1 momentin 3 kohdassa säädettyjen velvoitteiden toteuttamista ennen maakuntalainsäädännön voimaantuloa.¹⁰²

Suunniteluvelvoitteiden raamituksen muodostamista ei juurikaan helppota se, että julkisuuslain 18 §:ssä säädetty velvoitteet laatia suunnittelun lopputuloksena kuvauksia ja luetteloita ei kata tyhjentävästi pykälän sääntelyalaa.¹⁰³ Koska viranomaisilla on kuitenkin velvoite osoittaa tehtävänsä suorittaminen lain edellyttämällä tavalla eikä velvoitteen osoittaminen ole mahdollista ilman suunnittelun dokumentointia, olisi hyvän tiedonhallintatavan toteuttamisen edellyttämää suunnittelua mahdollista parantaa sääntelemällä laajemmin ja tarkemmin suunnitelman lopputuloksista.

6.2 Henkilötietojen suunnitelmallinen käsittely

Henkilötietojen käsittelyn yleisen kehyksen Euroopan unionin jäsenvaltioissa muodostaa yleisen tietosuoja-asetuksen (EU 2016/679) muodostama tietosuojakehys. Unionin periaatteisiin kuuluu luonnollisten henkilöiden henkilötietojen suoja¹⁰⁴, johon teknologian nopea kehitys ja globalisaatio ovat tuoneet uusia haasteita erityisesti tiedon jakamisen ja keräämisen lisääntyessä.¹⁰⁵ Yleisen tietosuoja-asetuksen, kuten aikaisemman kansallisen sääntelyn, yhtenä periaatteena on tietojen käsittelyn suunnitelmallisuus käsittelyyn liittyvien riskien ja niiden edellyttämien suojaustoimen-

¹⁰² Julkisuuslain 18 §:n 1 momentin 3 kohdan soveltaminen ilman arviointitehtävästä annettua erillistä säännöstä voi osoittautua kuntien itsehallinnon näkökulmasta muutenkin ongelmalliseksi. Julkisuuslain esitöissä uudistusten yhteydessä tehtävä vaikutusten arviointi on liitetty viranomaisen omiin kehittämistoimenpiteisiin (ks. HE 30/1998 vp, s. 78). Koska tämän artikkelin kirjoitushetkellä julkaistu 1 002-sivuinen hallituksen esitys maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi (HE 15/2017 vp.) ei sisällä pykäläehdotusta, jossa kunta veloitetaan osallistumaan uudistuksen toteuttamiseen muuten kuin selvittämällä maakuntiin siirtyvää omaisuuttaan ja henkilöstöään sekä luovuttamalla asiakkaitaan ja talouttaan koskevia tietoja, jää lakiehdotuksessa epäselväksi, missä laajuudessa kunnan kannalta uudistuksessa on kyse julkisuuslain 18 §:n 1 momentin 3 kohdassa tarkoitettusta hallinnollisesta tai lainsäädännöllisestä uudistuksesta.

¹⁰³ Esimerkiksi julkisuuslaki sekä sitä tarkentavat suositukset ja ohjeet eivät kiinnitä tietojen ja tietojärjestelmien kuvauksia millään tavalla tehtävään tai niitä toteuttaviin prosesseihin, vaikka ne muodostavat perustan viranomaisen toiminnan julkisuudelle.

¹⁰⁴ Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus 16 artiklan 1 kohta sekä Euroopan unionin perusoikeuskirja 8 artiklan 1 kohta (2016/C 202/01, konsolidoitu toisinto).

¹⁰⁵ EU 2016/679, johdantokappaleet 6 ja 7, EUVL 4.5.2016, s. 2.

piteiden toteuttamiseksi. Tietojen käsittely tulisi suunnitella palvelemaan ihmistä sekä suhteessa muihin perusoikeuksiin.¹⁰⁶ Valtion ja kuntien viranomaisten tietohallinnon osalta tietosuoja-asetuksen 5 artiklan käsittelyä koskevat periaatteet tietojen käsittelyn lainmukaisuudesta, asianmukaisuudesta ja rekisteröidyn kannalta läpinäkyvästi sekä tietojen käsittelyn minimointi muodostavat henkilötietojen suunnitteluvastuiden ydinalueen. Suunnitteluvuoroa korostaa asetuksen 5 artiklan 2 kohdassa rekisterinpitäjille säädetty velvoite osoittaa henkilötietojen käsittelyä koskevien periaatteiden noudattaminen.¹⁰⁷ Käsittelyn lainmukaisuuden osoittaminen edellyttää, että viranomaisen on arvioinut, milloin käsittely liittyy sille säädettyyn tehtävään tai velvoitteeseen tai kyse on sellaisen yleisen edun mukaisen tehtävän suorittamisesta, jossa henkilötietojen käsittelyn oikeusperusteet täyttyvät ilman erillistä sääntelyä.¹⁰⁸ Teknologiakehityksen myötä tietojen käsittelyn minimointi- ja läpinäkyvyysvaatimusten huomioonottaminen edellyttää perinteisten tietojen käsittelyprosessien suunnittelun laajentamista myös laitteisiin ja viestinvälityspalveluihin¹⁰⁹ sekä tiedon käsittelyä ohjaaviin algoritmeihin. Jälkimmäisen osalta rekisterinpitäjänä toimivan viranomaisen tietohallinnon tulisi oman suunnittelunsa lisäksi tietää, miten vastaavat kaavat toimivat sen käyttämissä palveluissa, muun muassa pilvipalveluissa.¹¹⁰ Kaikkien mainittujen velvoitteiden osalta viranomaisen on, ilman dokumentoitua suunnitelmaa ja kuvausta tietojen käsittelystä, mahdotonta osoittaa noudattavansa tietosuoja-asetuksen vaatimuksia.

Yleisten periaatteiden lisäksi tietosuoja-asetuksen 25 artiklan vaatimukset rekisterinpitäjälle toteuttaa tietojen käsittelyssään *sisäänrakennetun ja oletusarvoisen tietosuojan* mukaiset tekniset ja organisatoriset toimenpiteet edellyttävät käsittelyn ja turvallisuustoimenpiteiden etukäteissuunnit-

¹⁰⁶ EU 2016/679, johdantokappale 4, EUVL 4.5.2016, s. 2.

¹⁰⁷ EU 2016/679, 5 artikla, EUVL 4.5.2016, s. 35 ja 36.

¹⁰⁸ Ks. HE 9/2018 vp, s. 79.

¹⁰⁹ Tietosuoja-asetuksen johdantokappaleessa 30 todetaan, että luonnolliset henkilöt voidaan yhdistää heidän käyttämiensä laitteiden, sovellusten, työkalujen ja protokollien verkotunnistietoihin, kuten IP-osoitteisiin, evästeisiin tai muihin tunnisteesiin, esimerkiksi radiotaajuustunnisteesiin. Näin käyttäjästä voi jäädä jälkiä, joita voidaan käyttää luonnollisten henkilöiden profilointiin ja tunnistamiseen etenkin, kun niitä yhdistetään yksilöllisiin tunnisteesiin ja muihin palvelimille toimitettuihin tietoihin (EU 2016/679, EUVL 4.5.2016, s. 6).

¹¹⁰ Muun muassa *Ida Koskinen* on artikkelissaan ”Koneoppiminen ja EU:n yleisen tietosuojasetuksen vaatimus lainmukaisesta, kohtuullisesta ja läpinäkyvästä käsittelystä” nostanut esiin koneoppimisen hyödyntämisen edellyttämästä suunnitteluvuoroista EU:n tietosuoja-asetuksen näkökulmasta (ks. *Koskinen* 2018, s. 251–252).

telua. Esimerkiksi *Koski* (2017) on katsonut sisäänrakennetun tietosuojan vaativan älylaitteiden tietoturva- ja tietosuojariskien minimointia niiden suunnitteluvaiheesta alkaen. Kun laitteita käyttävän rekisterinpitäjän vaikutusmahdollisuudet riskien vähentämiseksi ovat rajalliset, tulisi vastuu ulottaa myös laitteiden suunnittelijoihin sekä valmistajiin.¹¹¹ Kun artiklan 3 kohdan mukaan turvallisuustoimenpiteiden noudattaminen voidaan osoittaa muun muassa kansallisesti muodostettujen sertifiointimekanismin avulla, voidaan asetuksen katsoa pitävän sisällään myös vaatimuksen tietojen käsittelyä koskevan suunnittelun ennakkohyväksynnästä.

Suunnitteluelvoitteiden lopputulosten osalta asetuksen 30 artikla säättää rekisterinpitäjälle veloitteen ylläpitää selostetta vastuullaan olevista henkilötietojen käsittelytoimista. Rekisterinpitäjän on esitettävä selosteessa tiedot muun muassa käsittelyn tarkoituksesta, rekisteröidyistä tiedoista, tietojen luovuttamisesta sekä tietojen poistamisen suunnitelluista määräajoista sekä teknisistä ja organisatorisista turvatoimista.¹¹² Käsittelyselosteen lisäksi suunnitteluelvoitteen sisältöä tarkentaa tietojen käsittelyyn liittyvien riskien arviointi. Tietosuoja-asetuksen 35 artikla velvoittaa rekisterinpitäjän tiedostamaan käsittelytoimiensa henkilön oikeuksien ja vapauksen kannalta aiheuttaman korkean riskin ja toteuttamaan jo ennen tietojen käsittelyn aloittamista arvioinnin suunnittelemiensa käsittelytoimien vaikutuksesta henkilötietojen suojalle sekä suunnittelemaan toimenpiteet käsittelyyn liittyviin riskeihin puuttumiseksi.¹¹³ Arvioinnissa rekisterinpitäjän on erityisesti tarkasteltava suunniteltuja toimenpiteitä sekä niitä suoja-toimia ja mekanismeja, joiden avulla tietojen käsittelyyn liittyviä riskiä vähennetään sekä myös osoitetaan, että tietosuoja-asetusta on noudatettu.¹¹⁴ Etukäteisarvioinnissa erikseen mainittu uuden teknologian käyttöönotosta aiheutuva riski korostaa tietohallinnon roolia suunnittelussa.¹¹⁵ Riskien arvioinnin suunnitelmallisuutta koskevien vaatimusten velvoittavuutta heikentää osaltaan se, että tietosuoja-asetus jättää päätöksen riskien

¹¹¹ Ks. *Koski* 2017, s. 48

¹¹² Artiklan 2 kohta laajentaa vastaavan selosteen ylläpitovelvoitteen, joskin suppeammassa muodossa, koskemaan myös rekisterinpitäjän lukuun suoritettavasta käsittelytoiminnasta (EU 2016/679, EUVL 4.5.2016, s. 51).

¹¹³ EU 2016/679, EUVL 4.5.2016, L 119/53–54.

¹¹⁴ EU 2016/679 johdanto-osan 90 kohta, EUVL 4.5.2016, s. 17).

¹¹⁵ EU 2016/679, EUVL 4.5.2016, s. 53. Myös tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 92 kohdassa suositellaan laajan vaikutustenarvioinnin totutusta, kun kyse on esimerkiksi tilanteesta, jossa viranomaiset tai julkishallinnon elimet aikovat luoda yhteisen sovelluksen tai käsittelyalustan tai kun useat rekisterinpitäjät aikovat ottaa käyttöön yhteisen sovelluksen tai käsittely-ympäristön kokonaista teollisuuden alaa tai segmenttiä tai jotakin laajalti käytettävää horisontaalista toimintoa varten (EU 2016/679, EUVL 4.5.2016, s. 18).

arvioinnin toteuttamisesta pitkälti rekisterinpitäjän harkintaan. Asetuksen 35 (3) artiklassa määritellään joitain esimerkkejä tilanteissa, joissa arviointi on erityisesti tehtävä, mutta luettelo ei ole tyhjentävä. Asetuksen joustava ja esimerkkitilanteita sisältävä sääntelytapa on todennäköisesti vaikuttanut myös EU:n tietosuoja-asetuksen koostuvan WP29-työryhmän ohjeessa esitettyyn suositukseen, tehdä kaikista epäselvistä tapauksissa vaikutustenarviointi, sen auttaessa rekisterinpitäjiä noudattamaan tietosuojalainsäädäntöä.¹¹⁶

EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen voimaantulon voidaan katsoa tehostavan henkilötietojen käsittelyn suunnitteluun liittyvää vaatimusta velvoitteen toteuttamatta jättämisestä koskevien seuraamusten osalta. Tietosuoja-asetuksen 79 artiklassa säädetään rekisteröidyn oikeudesta tehokkaiisiin oikeus- suoja-keinoihin rekisterinpitäjää vastaan, jos hän katsoo asetukseen perustuvien oikeuksiensa tulleen loukatuksi tai, ettei rekisterinpitäjä ole hänen tietojensa käsittelyssä noudattanut asetuksen vaatimuksia. Jäsenvaltioiden on perustettava luonnollisten henkilöiden perusoikeuksien ja vapauksien suojaamiseksi asetuksen soveltamista valvova viranomainen, jolla on toimivalta rekisteröityjen valitusten ja tutkintavaltuutensa perusteella muun muassa huomauttaa rekisterinpitäjää asetuksen vastaisesta toiminnasta, määrätä rekisterinpitäjä noudattamaan asetusta tai määrätä hallinnollinen sakko velvoitteiden tehostamiseksi.¹¹⁷ Valtion ja kuntien viranomaisten osalta velvoitteita heikentää kansalliseen tietosuoja-asetusta täydentävään lainsäädäntöön ehdotettu 25 §:n 2 momentti, joka rajaisi valtion ja kuntien viranomaiset seuraamusmaksun määräämiseen ulkopuolelle.¹¹⁸ Suunnittelun velvoittavuutta heikentää osaltaan myös se, ettei sovellettavassa tietosuojalainsäädännössä tai rikoslain (39/1889) rangaistussäännöksissä säännellä suunnittelun laiminlyönnistä aiheutuvia seuraamuksia rekisterinpitäjälle.¹¹⁹

¹¹⁶ Ohjeet tietosuoja-asetuksesta koskevasta vaikutustenarvioinnista ja keinoista selvittää ”liittykö käsittelyyn todennäköisesti” asetuksessa (EU) 2016/679 tarkoitettu ”korkea riski” (Ks. WP 248 rev.01 (4.4.2017, tarkistettu ja hyväksytty 4.10.2017), s. 9).

¹¹⁷ EU 2016/679, artikkelit 58, 59 ja 70, EUVL 4.5.2016, s. 65, 69–70 ja 80.

¹¹⁸ Ks. HE 9/2018 vp, s. 135.

¹¹⁹ Hallituksen esityksen EU:n tietosuoja-asetusta täydentäväksi lainsäädännöksi (HE 9/2018 vp) 26 §:ssä rangaistussäännösten osalta viitataan rikoslain tietosuojarikosta koskevaan sääntelyyn. Samassa esityksessä rikoslain (39/1889) 38:9 §:ssä ehdotetaan säädettäväksi rekisterinpitäjän tai henkilötietojen käsittelijän syyllistymisestä tietosuojarikokseen, jos tämä tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta hankkii henkilötietoja niiden käyttötarkoituksen kanssa yhteensopimattomalla tavalla, luovuttaa henkilötietoja tai siirtää henkilötietoja vastoin tietosuoja-asetuksen, tietosuojalain, henkilötietojen käsittelystä rikosasioissa ja kansallisen turvallisuuden ylläpitämisen yhteydessä annetun lain tai muun henkilötieto-

6.3 Tiedon säilyttäminen

Tiedon käsittely ja hallinta edellyttävät tiedon säilyttämistä, joka muodostaa oman kokonaisuutensa tietohallinnon suunnitteluelvoitteiden joukossa. Tarkkarajainen erottelu säilyttämisen ja käsittelyn osalta ei ole kaikilta osin mahdollista, mutta tietojen säilyttämiseen liittyvät vaatimukset muodostuvat tyypillisesti toiminnan määrittelemän tiedon säilytysarvon sekä kansallisen kulttuuriperinnön säilyttämisen ja arkistoinnin tarpeista. Ajallisten vaatimusten osalta säilytystarpeen toista ääripäätä edustaa pysyvästi arkistoitavat tietoaineistot ja toista EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen rekisterinpitäjille luoma velvoite säilyttää henkilötietoja ainoastaan niin kauan kuin tietojen käsittelyn tarkoituksen kannalta on tarpeen.¹²⁰

Arkistoitavan tiedon osalta arkistolain (831/1994, ArkistoL) 7 § velvoittaa viranomaisen järjestämään arkistotoimensa arkistonmuodostajan tehtäviä sekä yksityisten ja yhteisöjen tiedonsaantioikeutta tukevaksi. Kun arkistonmuodostajana toimivan valtion tai kunnan viranomaisen on varmistettava asiakirjojen käytettävyys ja säilyminen, on sen myös määriteltävä etukäteen asiakirjojensa säilytysarvot tavalla, joka huomioisi myös tulevaisuuden tarpeet.¹²¹ Nämä tarpeet viranomaisen tulee puolestaan huomioida omassa tietohallinnossaan (ArkistoL 7 § 3 mom.).¹²² Arkistolaki ei esitä, mitä huomiointivaatimuksella tarkoitetaan, mutta arkistotoimen suunnittelun järjestämistä koskevan velvoitteen voidaan katsoa kohdistuvan myös tietohallinnon tehtäviin. Määrätessään arkistolain 8 §:n 1 momentin mukaisesti arkistotoimensa suunnittelusta, on sen samalla määrättävä myös tietohallinnon vastuulla olevista suunnittelutehtävistä, joiden lopputuloksen sisältöä ohjaa arkistonmuodostussuunnitelma (ArkistoL 8 § 2 mom.).¹²³ Arkistolain yleinen sääntelytapa jättääkin pitkälti viranomaisen harkintaan, miten se suunnittelun toteuttaa tai mikä on suunnittelun lopputulok-

jen käsittelyä koskevan lain henkilötietojen käyttötarkoitussidonnaisuutta, luovuttamista tai siirtämistä koskevaa säännöstä ja siten loukkaa rekisteröidyn yksityisyyden suojaa tai aiheuttaa hänelle muuta vahinkoa tai olennaista haittaa. (ks. HE 9/2018 vp, s. 140). Henkilörekisteririkoksen tunnusmerkeistä ks. esim. *Voutilainen* 2016, s. 517–520.

¹²⁰ Ks. HE 187/1993 vp, s. 1–2 ja EU 2016/679, EUVL 4.5.2016, s. 36.

¹²¹ HE 187/1993 vp, s. 7.

¹²² Arkistolain muuttamisesta annetun lain (1146/2016) esitöiden mukaan tietohallinnon roolia tiedon arkistoinnissa korostaa asiakirjojen laadinnan, tallentamisen ja välittämisen sähköistyminen sekä asianhallinnan tietojärjestelmien käyttö (ks. esim. HE 191/2016 vp, s. 3–4).

¹²³ Arkistonmuodostussuunnitelmassa esitettyjen asiakirjojen säilytysaikojen- ja tapojen määrittely on katsottu edellyttävän arkistonmuodostuksen kokonaisvaltaista suunnittelua (ks. HE 187/1993 vp, s. 7).

sen sisältö laissa säädettyjen asiakirjojen säilytysaikoja ja -tapoja koskevan suunnitelman lisäksi. Sääntelyn tarkentamiseksi arkistolaitos onkin määräyksessään asiankäsittelyjärjestelmiin sisältyvien pysyvästi säilytettävien asiakirjallisten tietojen säilyttämisestä yksinomaan sähköisessä muodossa (KA 1486/40/2005, 20.12.2005) määritellyt ominaisuuksia, joita *valtion ja kuntien* viranomaisten asiankäsittelyjärjestelmien tulisi sisältää pysyvästi säilytettävien tietojen säilyttämiseksi yksinomaan sähköisessä muodossa.¹²⁴ Arkistolaitoksen tarkentavasta sääntelystä tekee ongelmallisen se, että määräyksessä esitetyt suunnitteluvelvoitteet laajentavat monelta osin arkistolain sääntelyalaa. Esimerkiksi määräyksen asiankäsittelyä koskevien vaatimusten kuuluessa kunnille perustuslaissa turvatus itsehallinnon alaan, ei arkistolaitoksen määräyksellä ei ole mahdollista antaa kuntia sitovia oikeussääntöjä kuntien asiankäsittelyprosessin osalta.¹²⁵ Vastaavan kaltaisia soveltamishaasteita sisältyy osittain myös arkistolaitoksen ohjeisiin arkistonmuodostussuunnitelman laatimisesta.¹²⁶

Hyvän tiedonhallintatavan toteuttaminen edellyttää viranomaiselta myös julkisten asiakirjojen sekä julkisten tietojen säilyttämistä. Julkisuuslain 18 §:n 1 momentin 4 kohdassa säädetään viranomaisen velvoitteesta suunnitella asiakirja- ja tietohallintonsa ja tietojenkäsittelynsä siten, että asiakirjoihin tai tietojärjestelmiin sisältyvät tiedot arkistoidaan tai hävitetään asianmukaisesti. Sähköisessä muodossa olevien tietojen vastaavasta suunnitelmallisuudesta säännellään sähköisen asiointilain 21 §:ssä, joka velvoittaa viranomaisia arkistoidaan sähköiset asiakirjansa siten, että nii-

¹²⁴ KA 1486/40/2005, 20.12.2005, s. 1. Arkistolaitoksen lähinnä tietojärjestelmiä koskevia sähköisen säilyttämisen lupia (ks. VTV 11/2014) voidaan pitää ongelmallisina päätöksen kohteen oikeudellisen aseman vuoksi. Viranomaisten käyttämistä tietojärjestelmistä vain harvat ovat voimassa olevassa oikeusjärjestyksessä esitettyjä oikeussubjekteja, joiden käyttö-, tuotanto-, ohjaus- sekä varautumisvastuista on säännelty erikseen.

¹²⁵ HE 1/1998 vp, s. 175. Perustuslain kunnille takaama itsehallinto on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä katsottu niin vahvaksi, ettei sen keskeisiin ominaispiirteisiin voida puuttua tavallisella lailla, jos se asiallisesti ottaen tekisi kunnan itsehallinnon merkityksettömäksi (ks. esim. PeVL 67/2014 vp, s. 5, PeVL 20/2013 vp, s. 6, PeVL 22/2006 vp, s. 2, PeVL 65/2002 vp, s. 2–3, PeVL 31/1996 vp, s. 1).

¹²⁶ Ohjeissa arkistonmuodostussuunnitelma määrittellään ohjeistoksi organisaation asiakirjallisen tiedon käsittelylle, rekisteröinnille ja säilyttämiselle, jossa esitetään organisaation asiakirjat ja tietoaineistot sekä niiden rekisteröintiin ja käsittelyyn liittyvät järjestelmät ja menetelmät. Arkistolain 8 §:n säätäessä arkistonmuodostussuunnitelman sisällöksi vain säilytettäväksi tarkoitettujen asiakirjojen säilytysajat ja -tavat, pyrkii Arkistolaitoksen opas laajentamaan suunnitelman sisällöksi viranomaisen tiedonhallinnan lähes kokonaisuudessaan. Vastaavasti viranomaisten tiedonhallinnan suunnittelun ja kuvaamisen sisältyessä myös tietohallintolain (634/2010) sekä julkisuuslain (621/1999) velvoitteisiin, muodostuu Arkistolaitoksen ohjeista päällekkäinen ja osittain ristiriitainen lain tasolla säädettyjen velvoitteiden kanssa.

den alkuperäisyys ja säilyminen sisällöltään muuttumattomina voidaan myöhemmin osoittaa.

Muun kuin arkistoitavan tiedon osalta säilytettävän tiedon käsittelytarpeen ja arvon määrittely perustuu viranomaisen tehtäviä koskevassa lain-säädännössä esitettyihin tiedon säilytysaikoihin. Valtion ja kuntien viranomaisten tietohallinnon on tiedon säilytystä suunnitellessaan otettava huomioon laissa säädetyt vahingonkorvausoikeudelliset vanhentumisajat, sopimusten tai muiden yksityisoikeudellisten oikeustoimien oikeusvaikutukset, etujen, oikeuksien ja velvollisuuksien toteuttaminen ja todentaminen tai rikosoikeudelliset vanhentumisajat. Näiden osalta tiedon säilyttämisen suunnitteluvaatimus kattaa myös tietojen käsittelystä jäävät lokitiedot tai muut tehtävän toteuttamisesta tallentuvat käsittelytiedot.¹²⁷

Henkilötietojen osalta EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen 5 (1) artiklan e alakohta mahdollistaa tietojen säilyttämisen rekisteröidyn tunnistettavissa ainoastaan niin kauan kuin on tarpeen tietojenkäsittelyn tarkoitusten toteuttamista varten. Pidempiaikainen säilytys on sallittua, jos henkilötietoja käsitellään ainoastaan yleisen edun mukaisia arkistointitarkoituksia taikka tieteellisiä tai historiallisia tutkimustarkoituksia tai tilastollisia tarkoituksia varten edellyttäen, että asetuksessa vaaditut asianmukaiset tekniset ja organisatoriset toimenpiteet on pantu täytäntöön rekisteröidyn oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.¹²⁸ Kun esimerkiksi *Voutilainen* (2018) on katsonut tällaisiksi toimiksi tietojen automaattisen hävittämisen tai arkistoituihin tietoihin pääsyn rajoittamisen tietojärjestelmien käyttöoikeuksin, voidaan valtion ja kuntien tietohallinnon tiedon säilyttämiseen liittyviin suunnitteluelvoitteeseen sisällyttää myös tiedon hävittämisen ja käyttöoikeuksien hallintaan liittyviä määrittelytehtäviä.¹²⁹ Tiedon säilyttämistä koskevan suunnittelun lopputuloksen osalta EU:n tietosuoja-asetuksen 30 artiklan 1 kohdan f alakohta edellyttää rekisterinpitäjää sisällyttämään tietojen käsittelyselosteeseen mahdollisuuksien mukaan eri tietoryhmien poistamisen suunnitellut määräajat.¹³⁰ Sääntelyn ehdollinen muotoilu heikentää osaltaan velvoitetta säilytysaikojen merkitsemiseen erityisesti, kun asetuksen säännökset tai sen johdanto-osa eivät tarkenna, milloin säilytysajan määrittely selostetta varten ei olisi mahdollista.

¹²⁷ Henkilötietoja sisältävien lokitietojen osalta rekisterinpitäjän intressi säilyttämiseen kestää niin kauan kuin suojattavan oikeushyvän haltijalla on mahdollisuus esittää oikeudellisia vaatimuksia luvattoman henkilötietojen käsittelyn johdosta (ks. TSV 20.11.2012, s. 4).

¹²⁸ EU 2016/679, EUVL 4.5.2016, s. 36.

¹²⁹ Ks. *Voutilainen* 2018, s. 147.

¹³⁰ EU 2016/679, EUVL 4.5.2016, s. 51

7 TIETOJÄRJESTELMIEN SUUNNITTELU

7.1 Tietojärjestelmien vaatimusten suunnittelu

Palvelujen järjestämisen ja tiedonhallinnan lisäksi tietohallinnon suunnitteluvastuun piiriin sisältyvät luonnollisesti tietojärjestelmät, joilla edellä mainittuja tuetaan. Tietojärjestelmien osalta sääntelystä on mahdollista erottaa tietojärjestelmien toiminnallisuutta, tietojärjestelmien välistä tiedonvaihtoa sekä näitä tietojärjestelmien hankintojen yhteydessä tarkentavat suunnitteluvaihtoehdot. Suunnitelmallisuus tietojärjestelmien kehittämisessä korostuu jo senkin vuoksi, että järjestelmän toiminnallisuuden perusta luodaan järjestelmän suunnitteluvaiheessa ja vastaavasti myös järjestelmien virheet syntyvät usein suunnittelupöydällä.¹³¹ Suunnittelussa ei voida rajautua vain järjestelmien kehittämisvaiheisiin, koska myös niiden hyödyntäminen edellyttää yleensä suunnittelua, ainakin käyttöönoton ja koulutuksen osalta.¹³²

Tietojärjestelmä

Velvoitteiden muodostaman suunnittelukohteen rajaamista vaikeuttaa osaltaan moniselitteinen tietojärjestelmän määritelmä. Tietohallintolaissa tietojärjestelmällä tarkoitetaan tiettyä käyttötarkoitusta varten kerätyistä tiedoista muodostettua, automaattisen tietojenkäsittelyn avulla pidettyä tiedostoa tai tietovarantoa, jonka avulla käyttäjä voi tuottaa palveluja tai suorittaa muita tehtäviä järjestelmän käyttötarkoituksen ja tietojen käsittelyä koskevien vaatimusten mukaisesti (TietohL 3 § 1 mom. 2 k). Viranomaisten tietojärjestelmien ja tietoliikennejärjestelyjen tietoturvallisuuden arvioinnista annetun lain (1406/2011) 2 §:n 1 momentin 1 kohdassa tietojärjestelmä puolestaan määritellään tietojenkäsittelylaitteista, ohjelmistoista ja muusta tietojenkäsittelystä koostuvaksi kokonaisjärjestelyksi. Sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen sähköisestä käsittelystä annetun lain (159/2007, asiakastietolaki) 3 §:ssä tietojärjestelmällä käsitetään sosiaali- tai terveydenhuollon asiakastietojen sähköistä käsittelyä varten toteutettua ohjelmistoa tai järjestelmää, jonka avulla tallennetaan ja ylläpidetään asiakas- tai potilasasiakirjoja ja niissä olevia tietoja sekä kerätyistä tiedoista muodostettua automaattisen tietojenkäsittelyn avulla ylläpidettä-

¹³¹ Ks. esim. Liikenne- ja viestintäministeriö 7/2016, s. 20.

¹³² Ks. esim. *Järvenoja ym.* 2015, s. 43.

vää tiedostoa tai tietovarantoa, jonka valmistaja on erityisesti suunnitellut sosiaali- tai terveydenhuollon asiakas- tai potilasasiakirjojen ja niissä olevien tietojen käsittelyyn. Erilaiset määritelmät aiheuttavat sen, että tietojärjestelmien vaatimuksia koskevassa suunnittelussa tietohallinnon on pystyttävä määrittämään, mistä veloitteesta tarkoitettu tietojärjestelmä koostuu ja missä määrin laissa säädetty vaatimukset rajaukseen kohdistuvat.

Esimerkkinä suunnitteluelvoitetta heikentävästä epäselvyydestä voidaan käyttää asiakastietolain 19 a §:n 1 momentissa säädettyjä sosiaali- tai terveydenhuollon asiakastietojen käsittelyssä käytettävien tietojärjestelmien olennaisia vaatimuksia, jotka viranomaisten on otettava tietojärjestelmien suunnittelussa huomioon. Suunnitteluelvoitteen laajuuden kannalta tietojärjestelmän määrittelyn lisäksi on otettava huomioon myös se, mitä ovat laissa tarkoitetut asiakastiedot sekä niitä käsittelevät järjestelmät. Asiakastietolain 19 b §:n tietojärjestelmien luokitusta koskeva sääntely mahdollistaisi ajattelemaan, että sosiaali- ja terveydenhuollon tietojärjestelmät voidaan katsoa koostuvan kaikista niistä järjestelmistä, jotka tuottavat tietoja joko suoraan Kanta-palveluun tai tietojärjestelmään, joka tuottaa tiedot Kanta-palveluun.¹³³ Tällöin esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja tarjoavien viranomaisten asiakkaiden yhteys- tai laskutustietoja ylläpitävät järjestelmät tai julkisen hallinnon yhteiset tukipalvelut, jotka välittävät asiakkaan tai asiakkaan edustajan perustietoja ns. potilastietojärjestelmiin, olisi mahdollista sisällyttää asiakastietolain tietojärjestelmien olennaisia vaatimuksia koskevan sääntelyn soveltamisalaan. Tämä tarkoittaisi samalla asiakastietolain mukaisten olennaisten vaatimusten osoittamisvelvoitteen laajentamista kaikkiin niihin tukijärjestelmiin, jotka osallistuvat asiakas- ja potilastietoihin liittyvien tietojen käsittelyyn tai tuottamiseen.

Toisen näkökulman asiakastietoa käsittelevien tietojärjestelmien määrittelyyn sekä tietojärjestelmäkäsittelyn vakiintumattomuuteen tarjoaa asiakastietolain esitöissä esitetty toteamus, etteivät lain soveltamisalaan sisälly esimerkiksi yleiset tekstinkäsittely- ja taulukkolaskentaohjelmistot.¹³⁴

Asiakastietolain 3 §:n 6 kohdassa esitetty tietojärjestelmän määritelmä: ”*Sosiaali- tai terveydenhuollon asiakastietojen sähköistä käsittelyä varten toteutetusta ohjelmistosta tai järjestelmästä, jonka avulla tallennetaan ja*

¹³³ Johtopäätöstä tukee myös asiakastietolain esitöissä esitetty näkemys laboratoriojärjestelmien lukeutumisen lain tarkoittamaan sosiaali- ja terveydenhuollon tietojärjestelmien B-luokkaan niiden tuottaessa tietoja Kanta-palveluun liittyviin potilastietojärjestelmiin (ks. HE 219/2013 vp, s. 25–26).

¹³⁴ HE 219/2013 vp, s. 9

ylläpidetään asiakas- tai potilasasiakirjoja ja niissä olevia tietoja sekä kerätyistä tiedoista muodostettua automaattisen tietojenkäsittelyn avulla ylläpidettävää tiedostoa tai tietovarantoa, jonka valmistaja on erityisesti suunnitellut sosiaali- tai terveydenhuollon asiakas- tai potilasasiakirjojen ja niissä olevien tietojen käsittelyyn”, ei kuitenkaan rajaa tietojärjestelmän määrittelyn ulkopuolelle tekstinkäsittely- tai taulukkolaskentaohjelmistojä. Kun asiakastietolain 19 a § edellyttää vaatimuksen mukaisen tietojärjestelmän täyttävän myös tietosuojalainsäädännön vaatimukset, ei viranomaisella ole mahdollisuutta rajata tekstinkäsittely- tai taulukkolaskentaohjelmistojen avulla ylläpitämensä tiedot lain vaatimusten ulkopuolelle. Asiakastietolain esitöissä lain soveltamisalan ulkopuolelle jäävistä ohjelmistoista käytetyt esimerkit osoittavat hyvin myös tietojärjestelmän käsitteeseen lainsäädännössä liittyvän haasteen. Ilman tietojärjestelmän tarkkarajaisempaa käsitteellistä määritelmää¹³⁵ niiden suunnittelua ohjaavien säännösten ja säännösten soveltaminen saattaa jäädä alaltaan liian suppeaksi. Teknologiakehityksen jatkuvasti kiihtyessä tietoja käsittelevien sovellusten ja laitteiden sääntelyn kohdistuminen tietojärjestelmän teknisten tai toiminnallisten ominaisuuksien kautta muodostettuihin käsitteisiin ja niiden määrittelmiin aiheuttaa sääntelyn jäämisen jälkeen kehityksestä. Ehkä tulevaisuudessa tietojen käsittelyä toteuttavien välineiden sääntelyssä ”tietojärjestelmät” olisi nähtävä, henkilörekisterien tavoin, enemmän loogisena kokonaisuutena. Tällöin sääntely ei rajautuisi tiettyyn määrittelmään tietojärjestelmästä, vaan kattaisi joustavasti kaikkien käsittelyssä vaadittujen toiminnallisuuksien muodostaman teknologisen ratkaisun.

Tietojärjestelmien toiminnallisten vaatimusten suunnittelu

Tietojärjestelmien muodostaessa nykyisin elimellisen osan viranomaisten toimintaa muodostavat järjestelmien suunnittelun lähtökohdan samat yleiset periaatteet ja velvoitteet, jotka sääntelevät viranomaisen palvelutoimintaa. Muun muassa laillisuusvalvonnassa on toistuvasti katsottu kansalais-

¹³⁵ Esimerkiksi tietohallintolain (634/2011) 3 § määrittää tietojärjestelmän tietojärjestelmällä tiettyä käyttötarkoitusta varten kerätyistä tiedoista muodostettua automaattisen tietojenkäsittelyn avulla pidettyä tiedostoa tai tietovarantoa, jonka avulla käyttäjä voi tuottaa palveluja tai suorittaa muita tehtäviä järjestelmän käyttötarkoituksen ja tietojen käsittelyä koskevien vaatimusten mukaisesti. Asiakastietolain (159/2007) 3 §:ssä tietojärjestelmällä tarkoitetaan tietojen sähköistä käsittelyä varten toteutettua ohjelmistoa tai järjestelmää, jonka avulla tallennetaan ja ylläpidetään asiakas- tai potilasasiakirjoja ja niissä olevia tietoja sekä kerätyistä tiedoista muodostettua automaattisen tietojenkäsittelyn avulla ylläpidettävää tiedostoa tai tietovarantoa.

ten perusoikeuksien toteutumisen edellyttävän viranomaisten käyttämiltä tietojärjestelmiltä asiakastarpeiden huomioon ottamista sekä virheetöntä toimivuutta myös häiriötilanteissa. Tietojärjestelmien toimimattomuutta ei ole pidetty perusteltuna syynä poiketa hyvän hallinnon periaatteista tai heikentää kansalaisten oikeusturvaa ja kielellisiä perusoikeuksia. Tietojärjestelmien toimimattomuudella ei tulisi heikentää viranomaisten kykyä toteuttaa ydintehtäviään.¹³⁶ Toisaalta tietojärjestelmien ja teknologian mahdollisuuksien hyödyntämättä jättämistä asiakkaan oikeuksien parantamiseksi ei myöskään ole pidetty hyvän hallinnon vaatimusten mukaisena.¹³⁷ Tietojärjestelmien suunnittelu kohdentuu yleensä järjestelmien kehittämiseen tai hankintaan. Näidenkin sisällä suunnittelussa ei ole kyse kertaluonteisesta toimenpiteestä, vaan suunnittelua voidaan joutua tekemään muutostarpeiden mukaan.¹³⁸

Palveluperiaatteen toteuttaminen edellyttää asiakkaan tarpeiden huomioonottamista palvelujen järjestämisessä, jolloin tietojärjestelmien suunnittelussa korostuvat palvelun saavutettavuutta koskevat vaatimukset. Digipalvelulakia koskevan ehdotuksen 7 §:n 1 momentissa palveluntarjoajan velvoitteeksi katsotaan varmistaa digitaalisten palvelujensa sisältöjen havaittavuus ja ymmärrettävyys sekä käyttöliittymien ja navigoinnin hallittavuus ja toimintavarmuus Euroopan unionin jäsenvaltioissa yhteisesti sovitujen saavutettavuusvaatimusten mukaisesti. Saavutettavuuteen liittyvä käytettävyys edellyttäisi puolestaan järjestelmien suunnittelua sellaiseksi, että niiden käyttö olisi helposti opittavissa. Käytettävyyden osalta palvelujen tulisi olla helposti opittavia.¹³⁹

Hyvän tiedonhallintatavan toteuttaminen velvoittaa viranomaisen suunnittelemaan tietojärjestelmänsä siten, että tietojärjestelmissä käsiteltävien asiakirjojen julkisuus voidaan vaivattomasti toteuttaa ja että tietojärjestelmiin sisältyvät tiedot arkistoidaan tai hävitetään asianmukaisesti. Lisäksi viranomaisen on turvattava tietojärjestelmänsä ja niiden sisältämät tiedot asianmukaisin menettelytavoin ja tietoturvallisuusjärjestelyin (JulKL 18 § 1 mom. 4 k), jotka edellyttävät etukäteissuunnittelua muun muassa tietoon liittyvien oikeuksien¹⁴⁰ sekä salassa pidettävien ja julkisten tietojen erotta-

¹³⁶ Ks. esim. AOA 1301/2017 (18.4.2017), AOA 912/2016 (6.4.2017), EOA 945/2016 (11.8.2017), EOA 1930/2013 (29.4.2016), OKV/11/50/2008 (21.3.2011).

¹³⁷ Ks. AOA 233/4/2016 (27.7.2016).

¹³⁸ Ks. esim. *Laine ym.* 2011, s. 18.

¹³⁹ HE 60/2018 vp, s. 64.

¹⁴⁰ Tietoon liittyvillä oikeuksilla tarkoitetaan julkisuuslain esitöiden mukaan oikeutta saada tietoja julkisuusperiaatteen, asianosaisjulkisuuden sekä rekisteröidyn tarkastusoikeuden

miseen osalta.¹⁴¹ Hyvä tiedonhallintatapa velvoittaa viranomaisen selvittämään myös tietojärjestelmien käyttöönoton sekä hallinnollisten ja lainsäädännöllisten uudistusten yhteydessä muutoksen vaikutukset tietojärjestelmillä hallittavien asiakirjojen julkisuuteen, salassapitoon ja suojaan sekä tietojen laatuun (JulKL 18 § 1 mom. 3 k).¹⁴² Kehittämistoimenpiteiden valmistelussa viranomaisen tulisi etukäteen arvioida, aiheuttavatko suunnitellut uudistukset perusteettomia rajoituksia tietojensaannille.¹⁴³ Julkisuuslain hyvää tiedonhallintatapaa koskevissa säännöksissä ei säädetä tarkemmin tietojärjestelmien suunnittelun lopputuloksena syntyvien suunnitelmien sisällöstä tai tarkasta ajankohdasta, jolloin suunnittelu olisi tehtävä, mikä osaltaan heikentää veloitteen vaikutusta. Toisaalta sääntelyn jääminen yleiselle tasolle mahdollistaa sen, että veloitteen voimassaolon voidaan tulkita koskevan lähtökohtaisesti kaikkia valtion ja kuntien viranomaisten toiminnan muuttamiseen tähtääviä toimenpiteitä, jotka ovat liitettävissä julkisuusperiaatteen toteuttamiselle.

Tarkempaa suunnittelua koskevan harkintavallan kohdentuminen viranomaisten vastuulle ei normaalioloissa merkitse riskiä hyvän tiedonhallintatavan toteutumiselle, mutta laajempien muutosten yhteydessä yksittäisissä tietojärjestelmissä olevat tiedot saattavat jäädä suunnittelun ulkopuolelle. Tämänkaltaisista riskeistä tekee ajankohtaisen valmisteilla oleva maakunta- ja sosiaali- ja terveydenhuollon uudistus, jossa suunnitteilla oleva hallinnollinen muutos tulisi edellyttämään yli 740 hallinnolliselta organisaatiolta¹⁴⁴ muutoksen vaikutuksen arviointia tietojärjestelmien osalta. Lain

nojalla sekä oikeutta yksityiselämän suojaan ja henkilötietojen suojaan tietojenkäsittelyssä (HE 30/1998 vp, s. 78).

¹⁴¹ HE 30/1998 vp s. 35 ja 47. Tietojen julkisuus- ja salassapitorakenteen suunnittelussa viranomaisen tulee huomioida myös se, että julkisuuslaissa säännellyn tiedonsaantioikeuden on katsottu koskevan perinteisten asiakirjojen lisäksi myös millä tahansa järjestelmän mahdollistamalla hakuavaimella yksilöitävissä olevaa tietoa (ks. HE 30/1998 vp s. 54). Eduskunnan oikeusasiamies on ratkaisussaan (EOA 5372/2015, 5.12.2016) ottanut kantaa tietojärjestelmästä vapaalla sanahauulla haettavissa olevien asiakirjojen luovuttamiseen.

¹⁴² Selvittämismuutetta koskevan sääntelyn tarkoituksena on ollut vähentää uudistusten negatiivisia vaikutuksia julkisuusperiaatteen toteutumiselle, esimerkiksi tilanteissa, joissa yhtiöittämisen yhteydessä toiminta on siirtynyt julkisuuslain soveltamisalan ulkopuolelle (ks. HE 30/1998 vp, s. 78).

¹⁴³ Julkisuuslain esitöissä selvittämistä pidetään tärkeänä, koska sen perusteella viranomaisen olisi mahdollista arvioida ja suunnitella tarvittavat jatkotoimenpiteet, kuten uuden lainsäädännön tai tietojen antamista koskevien sisäisten ohjeiden tarve (ks. HE 30/1998 vp, s. 78).

¹⁴⁴ Lukumäärän muodostaminen perustuu Sote-uudistuksen uudistuksen aiheuttaman muutoksen kohteena olevien organisaatiorakenteiden lukumäärään: 295 kuntaa, 62 ympäristöterveydenhuollon yhteistoiminta-aluetta, 22 pelastuslaitosta, 44 lomituksen kunnallista paikallisyksikköä, 56 maaseutuhallintoa, 190 sosiaali- ja terveydenhuollon organisaatiota,

velvoitteiden mukaisesti tulisi uudistuksen valmistelun kuluessa muodostua muutoksessa olevia organisaatioita vastaava määrä dokumentoituja selvityksiä tuhansien tietojärjestelmien¹⁴⁵ turvaamistoimenpiteistä sekä järjestelmien ja niihin liittyvän lainsäädännön kehittämistarpeista. Selvitysten määrää lisää, kun sääntelyehdotuksiin sisältyy pykälät sosiaali- ja terveydenhuollon valinnanvapauden mukanaan tuomien yksityisten palveluntuottajien sekä maakuntien valtakunnallisten yhtiöiden kuulumisesta julkisuuslain soveltamisalaan.¹⁴⁶

Hyvän tiedonhallintatavan toteuttamisen voidaan katsoa ulottuvan tietojärjestelmien tietokantoihin saakka.¹⁴⁷ Muun muassa tietojen antaminen säännösten edellyttämällä tavalla vaatii tietokantojen suunnittelua siten, että julkisten ja salassa pidettävien tietojen erottelu on mahdollista.¹⁴⁸ Valtion viranomaisten on muun muassa huolehdittava asiakirjarekisterien suunnittelun osalta siitä, että tiedot niihin tehdyistä julkisista merkinnöistä on vaivatta annettavissa niitä pyytävälle (Julka 5 § ja 6 §). Lisäksi viranomaisen tulisi kiinnittää huomiota myös tiedonhallinnassa käytettävien yksilöintitietojen määrittelyyn, jotta asiakirjapyyntöihin vastaaminen vastaisi julkisuusperiaatteen vaatimuksia.¹⁴⁹ Järjestelmiin kohdistuvan suunnit-

18 maakuntien liittoa, 15 ELY-keskusta, 15 TE-toimistoa, 6 Aluehallintovirastoa sekä uudet 18 maakuntaa sekä valtion lupa- ja valvontavirasto (ks. Valtioneuvosto, Maakunta- ja sote-uudistuksen yleisesittely).

¹⁴⁵ Maakunta- ja sote-uudistuksen aiheuttamista muutostarpeista tietojärjestelmiin ei ole julkaistu yksityiskohtaista tietoa, minkä vuoksi tarkan järjestelmälukumäärän esittäminen ei ole mahdollista. Nelinumeroista lukua voidaan kuitenkin perustellusti käyttää, kun jo yksin suurilla kaupungeilla järjestelmämäärät liikkuvat 300–600 järjestelmän välillä per kaupunki (ks. Kuntien ja sosiaali- ja terveydenhuollon tietohallinnon ja ICT-toiminnan nykytila sote- ja alueuudistuksen näkökulmasta, Digitalisaatio, ICT-palvelut ja tietohallinto -ryhmä 2016).

¹⁴⁶ Koska uudistuksen lakiluonnoksessa ei julkisuuslain soveltamisesta ole mainittujen tahojen osalta esitetty rajoituksia, on myös lain tarkoittamien yksityisten terveydenhuollon palveluntuottajien jatkossa pystyttävä arvioimaan tietojärjestelmien kehittämisen ja hankintojen yhteydessä toimenpiteen vaikutus asiakirjajulkisuuteen lakiehdotuksen soveltamisalaan liittyvissä tehtävissä (ks. HE 15/2017 vp, s. 735, HE 16/2018 vp, s. 365).

¹⁴⁷ Tietokanta on digitaalisessa muodossa oleva rakenteinen tietojen kokoelma, jota yksi tai useampi tietojärjestelmä käyttää ja päivittää (ks. Tapa-termipankki, TSK).

¹⁴⁸ Suunnittelutehtävässä viranomaisen tietojärjestelmän määrittelyssä käyttämää harkintaa on katsottu rajaavan hallinnon yleiset periaatteet sekä muun muassa henkilötietojen suoja koskeva lainsäädäntö (HE 30/1998 vp, s. 78). Lisäksi asiakirjan sisältämien tietojen käsittely digitaalisessa muodossa edellyttää tietoja koskevien merkintöjen loogista yhteyttä, joka on otettava huomioon tietojärjestelmien rakennetta ja toiminnallisuutta suunniteltaessa (ks. HE 40/1998 vp, s. 54).

¹⁴⁹ Laillisuusvalvonnassa on katsottu, etteivät tietojärjestelmissä käytettävät yksilöintitiedot ole riittävä peruste julkisuusperiaatteesta poikkeamiseen. Riippumatta järjestelmissä käytettävistä merkinnöistä ei tiedon antaminen järjestelmästä saa olla kiinni siitä, osaako tietoa

nittelun lisäksi valtion ja kuntien viranomaisten tietohallinnon on muistettava suunnitella tietojärjestelmien käyttäjien ohjeistus, jotta sen palveluksessa olevilla olisi tarvittava tieto tietojärjestelmien toiminnallisuudesta ja tietojen suojaamisessa noudatettavista menettelyistä (JulKL 18 § 1 mom. 5 k). Edellytysten tulisi täytyä, jotta tietojen antaminen olisi mahdollista muun muassa lain säätämien määräaikojen puitteissa riippumatta tietojärjestelmän toimintaperiaatteista.¹⁵⁰

Tiedon säilyttämisen osalta arkistolain (831/1994) 7 §:n 3 momentti edellyttää arkistotoimen ja tiedon säilyttämisen pysyvien tarpeiden huomioimista, kun tietohallinto suunnittelee vaatimuksia tietojärjestelmille.¹⁵¹ Tietojen säilytysaikojen lisäksi tietohallinnon on huolehdittava, että sähköisesti arkistoitavien asiakirjojen alkuperäisyys ja sisällön muuttumattomuus voidaan myöhemmin osoittaa (SAVL 21 §).¹⁵² Asiakirjojen arkistointia koskevan lainsäädännön jäädessä hyvin yleiselle tasolle, on Arkistolaitoksen määräyksessä (KA 1486/40/2005, 13.12.2005) tarkennettu arkistonmuodostajien tehtäviä, muun muassa määrittelemään asialle, toimenpiteelle ja asiakirjalle liitettävät pakolliset metatietoelementit, jotka asianhallintajärjestelmien tulisi pystyä liittämään asiakirjoihin asian käsittelyvaiheissa.¹⁵³ Sähköisen asiointilain 22 §:n 1 momentissa säädetään arkistolaitoksen mahdollisuudesta antaa tarkempia määräyksiä ja ohjeita sähköisen asiointin kirjaamisesta tai muusta rekisteröinnistä sekä arkistoinnista, mutta arkistolaitoksen toimivallan ei voida katsoa ulottuvan asiankäsitteilyn muihin vaiheisiin. Kun määräys laajentaa tiedonkäsittelyyn liittyvät

pyytävä yksilöidä asiakirjapyyntönsä juuri kulloisenkin viranomaisen käyttämän tietojärjestelmän tai arkistosäännön edellyttämien yksilöintitiedon (ks. EÖAK/1473/2016, 18.9.2017).

¹⁵⁰ Laillisuusvalvojen ratkaisuisa julkisuuslain mukaiseen tietopyyntöön vastaamisen on katsottu voivan vaatia pyydetyn asian olemassaoloon, asiakirjan hakemiseen, julkisuuden ja salassapidon tarkastamiseen, salassa pidettävien osien poistamiseen sekä asiakirjojen lähetyksuntoon saattamiseen selvittämiseen tietojärjestelmistä liittyviä vaiheita, mutta nekkään eivät ole peruste viivästyttää asiakirjan antamista yli kuukauden kuluessa siitä, kun viranomais on asiakirjapyyntönsä saanut. Ks. esim. AOA 1400/4/13, 25.2.2015, AOA 3990/4/10, 11.12.2012.

¹⁵¹ HE 187/1993 vp, s. 7

¹⁵² Velvoitetta koskevan sääntelyn tavoitteena on ohjata viranomaisia suunnittelemaan sähköinen asiointi niin, että sähköiset asiakirjat ovat helposti kirjattavissa tai muulla tavoin rekisteröitävissä ja liitettävissä asianhallintajärjestelmiin (HE 17/2002 vp, s. 22).

¹⁵³ KA 1486/40/2005, s. 5–9. Asianhallintajärjestelmälle ei ole olemassa tarkkarajaista määritelmää. Valtiontalouden tarkastusvirasto on tuloksellisuustarkastuskertomuksessaan (VTV 11/2014) katsonut, että asianhallintajärjestelmiä käytetään joko laajasti kaiken tyyppiseen hallinnollisten asioiden käsittelyyn tai suppeasti esimerkiksi lupa-asioiden käsittelyyn (VTV 11/2014, s. 18).

velvoitteet koskemaan kaikkia asiankäsittelyn vaiheita, muodostuu määräyksestä ongelmallinen perustuslain 80 §:n 2 momentissa säädetyn viranomaisen oikeussäntöjen antovaltuuden kanssa.¹⁵⁴

Digipalvelulakia koskevan ehdotuksen 4 §:n 1 momentti edellyttää puolestaan viranomaisen varmistamaan, että sen digitaaliset palvelut ovat yhteensopivia yleisesti käytettyjen ohjelmistojen ja tietoliikenneyhteyksien kanssa. Vaatimuksen toteuttamisen on katsottu velvoittavan viranomaisen testaamaan digitaalinen palvelu markkinoilla eniten käytettyjen selain- ja apuohjelmistojen kanssa sekä hitaammilla tietoliikenneyhteyksillä palvelujen käyttöpaikasta riippumatta.

Pykäläehdotuksen 3 momentti edellyttäisi viranomaista varmistamaan myös palvelujensa yhteensopivuuden julkisen hallinnon yhteisten sähköisen asiointin tukipalvelujen sekä muiden viranomaisten digitaalisten palvelujen kanssa, eli ottamaan jo palvelun suunnittelussa huomioon myös muiden viranomaisten tarjoamat digitaaliset palvelut ja kehittämään omat palvelunsa eheäksi palvelukokonaisuudeksi näiden kanssa.¹⁵⁵ Käytännössä tämä tarkoittaa viranomaisille yhteistyövelvoitetta palvelujen järjestämistä koskevassa suunnittelussa. Palvelujen yhteensopivuutta koskevan suunniteluvaatimuksen voidaan katsoa muodostuvan myös niiden säännösten kautta, joilla viranomaista veloitetaan käyttämään yhteisiä palveluja.¹⁵⁶ Digitaalisten palvelujen järjestämistä koskeva lakiehdotus vahvistaa viranomaisten velvoitetta suunnitella tietojärjestelmänsä vaatimusten mukaiseksi sääntelyyn sisältyvän erillisen valvontamekanismin avulla. Kun saavutettavuusvaatimusten toteutumista valvova viranomainen voi määrätä palveluntarjoajat saattamaan digitaaliset palvelunsa saavutettavuuden edellyttämälle tasolle ja tehostaa määräystä uhkasakon avulla, voi viran-

¹⁵⁴ Sähköisen asiointilain 22 § 1 momentissa arkistolaitokselle annettu toimivalta koskee lain 13 §:ssä viranomaisille säädettyä velvoitetta kirjata saapuneet sähköiset asiakirjat siten, että kirjausmerkinnöistä käy ilmi asiakirjan saapumisajankohta sekä merkinnät asiakirjan ehyyden ja alkuperäisyyden toteamisesta. sekä lain 21 §:ssä säädettyä velvoitetta arkistoida sähköiset asiakirjat tavalla, joka mahdollistaa niiden alkuperäisyyden ja säilymisen sisällöltään muuttumattomana osoittamisen. Kun perustuslakivaliokunta on lausuntokäytännössään viranomaisten määräyksenantovallan osalta ottanut kannan, jonka mukaan määräyksenantovaltuuksiin kohdistuu vaatimus siitä, että valtuuden kattamat asiat määritellään tarkasti laissa (ks. esim. PeVL 46/2001 vp, s. 2–3, PeVL 34/2002 vp, s. 3), voidaan arkistolaitoksen määräyksen sisältämää valtuuden laajennusta pitää ongelmallisena.

¹⁵⁵ Ks. HE 60/2018 vp, s. 64 ja 66.

¹⁵⁶ Esimerkiksi Kapa-lain (571/2016) 5 §:n 1 momentissa viranomaisille säädetty velvollisuus käyttää yhteisiä tukipalveluja edellyttää luonnollisesti viranomaisen palvelujen yhteensopivuuden suunnittelua kansallisten tukipalvelujen kanssa, vaikka velvoitetta ei erikseen Kapa-lain säännöksissä mainita.

omainen poiketa velvoitteistaan vain, jos sen on mahdollista etukäteisarvioinnin perusteella osoittaa vaatimusten aiheuttavan sen toiminnalle kohtuuttoman rasitteen.¹⁵⁷

Tietojärjestelmien suunnitteluvelvoitteita koskevassa sääntelyssä vain asiakastietolain (159/2007) tietojärjestelmien olennaisten vaatimusten osoittamisvelvoite ennen tietojärjestelmän käyttöönottoa muodostaa mekanismin, jossa suunnittelun toteuttamatta jättäminen aiheuttaa sen, ettei tietojärjestelmää voida ottaa käyttöön. Kun lain 19 d § edellyttää sosiaali- ja terveydenhuollon tietojärjestelmän valmistajan yhteistestauksella ja tietoturvallisuuden arviointilaitoksen antamalla vaatimustenmukaisuustodistuksella, ei tietojärjestelmien käyttöönottoa voida pitää sääntelyn mukaisena ilman dokumentoitua suunnitelmaa järjestelmästä.¹⁵⁸

7.2 Tietojärjestelmien yhteentoimivuuden suunnittelu

Tietojärjestelmien yhteentoimivuudella tarkoitetaan yleensä tietojärjestelmien välillä vaihdettavien tietojen ymmärrettävyyttä tietoja luovuttavan ja vastaanottavan tietojärjestelmän välillä sekä tiedonvaihdon mahdollistavien teknisten rajapintojen olemassaoloa.¹⁵⁹ Kun rajapinnan käyttäminen edellyttää puolestaan rajapintaa hyödyntävältä sovellukselta ymmärrystä siitä, miten rajapintaa kutsutaan, ei ymmärryksen saavuttaminen ole mahdollista ilman tiedonsiirtotavan suunnittelua ja dokumentointia.¹⁶⁰

Yleisesti tietojärjestelmien yhteentoimivuutta ohjaavan tietohallintolain (634/2011) 7 § velvoittaa julkisen hallinnon viranomaisia tietojärjestelmien yhteentoimivuuden mahdollistamiseksi suunnittelemaan ja kuvaamaan kokonaisarkkitehtuurinsa ja sen edellyttämät yhteentoimivuuden kuvauk-

¹⁵⁷ Ks. HE 60/2018 vp, s. 76 ja 88.

¹⁵⁸ Ks. HE 219/2013 vp, s. 26.

¹⁵⁹ Yhteentoimivuudelle ei ole olemassa yksiselitteistä määritelmää. Tietohallitietolain 3 §:ssä tietojärjestelmien yhteentoimivuudella tarkoitetaan järjestelmien teknistä ja tietosisällöllistä yhteentoimivuutta muiden julkisen hallinnon viranomaisten tietojärjestelmien kanssa silloin, kun järjestelmät käyttävät samoja tietoja. Eurooppalainen yhteentoimivuuden viitekehys määrittää yhteentoimivuuden kansallista sääntelyä laajemmin organisaatioiden kyvyksi jakaa informaatiota ja tietoa palveluprosessien välillä tietojärjestelmien välisillä tiedonsiirroilla (ks. New European Interoperability Framework – Promoting seamless services and data flows for European public administrations. Publications Office of the European Union 2017, s. 15). Myös rajapinnalle on löydettävissä useita määritelmiä. Tässä yhteydessä rajapinnalla tarkoitetaan yleisesti tapaa, jolla ohjelmisto tarjoaa tietoja tai palveluita muille sovelluksille tai muille tietojärjestelmille (ks. esim. *Järvenoja ym.* 2015, s. 65).

¹⁶⁰ Ks. esim. *Järvenoja ym.* 2015, s. 68.

set ja määräykset, eli tiedonsiirron järjestelmistä mahdollistavan rajapinnan kuvauksia.¹⁶¹ Lain 4 §:n 1 momentti laajentaa vastaavan velvoitteen koskemaan valtiovarainministeriötä julkisen hallinnon yhteisen arkkitehtuurin osalta ja 8 § ministeriöitä toimialansa tietojärjestelmien osalta. Kun viranomaisella on velvoite noudattaa itse laatimiensa kuvausten lisäksi myös toimialakohtaisia yhteentoimivuuden kuvauksia ja määräytyksiä, myös ministeriöiden laatimien toimialakohtaisten määritysten huomioon ottaminen voidaan katsoa kuuluvaksi suunnitteluelvoitteen piiriin.¹⁶²

Tietohallintolain muodostaman suunnittelutehtävän velvoittavuutta heikentää merkittävästi sääntelyssä käytettyjen käsitteiden epäselvyys. Kokonaisarkkitehtuuri (*”Enterprise Architecture”*)¹⁶³ on toiminnan kehittämisen tueksi luotu suunnittelu- ja kuvausmenetelmä, joka tietohallintolaissa on nostettu välineeksi tietojärjestelmien yhteentoimivuuden varmistamiselle. Kun laki määrittää kokonaisarkkitehtuurin kuvaukseksi organisaatioiden, palvelujen, toimintaprosessien, käsiteltävien tietojen sekä käytettyjen tietojärjestelmien ja teknologian muodostaman tietohallinnon kokonaisuuden rakenteesta ja sen osien välisistä suhteista, jää viranomaisen tehtäväksi arvioida velvoitteensa sisältö. Tietohallintolain esitöissä suunnittelu kohdistetaan tietojen yhdenmukaistamisen ja tietojärjestelmien välisen tiedonvaihdon edellyttämiin kuvauksiin sekä kuvauksiin olemassa olevasta nykytilasta ja suunnitellusta tavoitetilasta, joiden sisällön ja laajuuden valtioneuvosto tarkentaisi asetuksenantovaltuutensa puitteissa.¹⁶⁴ Kun tarkoitettuja asetuksia ei ole annettu tietohallintolain voimassaolon aikana, ei valtion ja kuntien viranomaisilla ole ollut tarkkarajaista käsitystä, miten niiden

¹⁶¹ Yhteentoimivuuden kuvausten ja määritysten sisällöksi lain esityöt määrittävät tiedon yhdenmukaistamista ja tietojärjestelmien välistä tiedonvaihtoa koskevat kuvaukset ja määräykset (ks. HE 246/2020 vp, s. 25).

¹⁶² Toimialakohtaisissa tietojärjestelmien yhteentoimivuuden kuvauksissa ja määrityksissä voidaan määritellä muun muassa tietojärjestelmien keskinäiset riippuvuudet, tietojärjestelmien keskenään vaihtamat tiedot ja tietojärjestelmien suhteet muihin kokonaisarkkitehtuurin elementteihin kuten tietovarantoihin ja toimintaprosesseihin. (ks. HE 246/2010 vp, s. 29).

¹⁶³ Kansallisessa sääntelyssä tietohallintolaki (634/2011) määrittää julkisen hallinnon kokonaisarkkitehtuurin kuvaukseksi julkisen hallinnon organisaatioiden, palvelujen, toimintaprosessien, käsiteltävien tietojen sekä käytettyjen tietojärjestelmien ja teknologian muodostaman tietohallinnon kokonaisuuden rakenteesta ja sen osien välisistä suhteista (TietohL 3 § 1 mom. 3 k). The Open Group -organisaation laajasti käytetty arkkitehtuurimenetelmä Togaf määritetään puolestaan käsitteen ”Enterprise Architecture” sekä yrityksen liiketoimintaprosessien ja tieto- ja viestintäteknisen infrastruktuurin muodostamaksi yrityksen toimintamallin standardoivaksi menetelmäksi että kuvaukseksi organisaation toiminnasta (ks. The Open Group, The Togaf Standard).

¹⁶⁴ HE 246/2010 vp, s. 25 ja 29.

tulisi kokonaisarkkitehtuuriaan suunnitella. Myös tietohallintolain nojalla tehdyn kokonaisarkkitehtuurityön sekä valtion ja kuntien viranomaisten toiminnan tavoitteiden välisen suhteen puuttuminen voidaan nähdä suunnitteluvaihteen kannalta ongelmallisena. Esimerkiksi, kun julkisen hallinnon kokonaisarkkitehtuuri kuvataan yhteisten ratkaisujen suunnittelua ja hyödyntämistä edistäväksi rakenteeksi, jonka avulla valtiovarainministeriö toteuttaa tietohallintolain 4 §:ssä säädettyä ohjausvelvollisuuttaan, ei ryhmän tuottamilla suunnitelmilla ole viranomaisia sitovasti ohjaavaa vaikutusta. Toisaalta juuri kokonaisarkkitehtuurin ja toiminnallisten tarpeiden ja vaatimusten yhteyden puuttumista pidetään yleisesti menetelmän omaksumiseen liittyvänä ongelmana.¹⁶⁵

Kokonaisarkkitehtuuria koskevan täsmällisen sääntelyn puuttuessa on Julkisen hallinnon tietohallinnon neuvottelukunnan (JUHTA) muodostanut suosituksia kokonaisarkkitehtuurin suunnittelusta ja kehittämisestä (JHS 179) ja kokonaisarkkitehtuurin peruskuvauksista (JHS 198), joita julkisen hallinnon organisaatioiden tulee suositusten mukaan hyödyntää kokonaisarkkitehtuurisuunnittelussaan.¹⁶⁶ Suositukset sisältävätkin suuren määrän eritasoisten toimintaan, tietoihin sekä tietojärjestelmiin liittyvien näkökulmien kuvauksia, mutta niissäkään ei oteta kantaa tai esitetä sitä, miten kuvausten avulla julkisen hallinnon viranomaisten tietojärjestelmien vaihtamat tiedot yhdenmukaistuvat? Kun tietohallintolain esitöissä kokonaisarkkitehtuuria ja tietojärjestelmien yhteentoimivuutta koskevilta suosituksilta edellytetään selkeyttä, ristiriidattomuutta ja yleistä sovellettavuutta, muodostuvat suositukset ongelmallisiksi sekä tietohallintolain tarkoituksen että laissa esitetyn sääntelyn osalta.¹⁶⁷ Jos suosituksen kautta tuotettua suunnittelun ohjausinformaatiota pidetään liian vaativana suhteessa viranomaisten osaamistasoon ja resursseihin, kuten julkisen hallinnon kokonaisarkkitehtuurityön osalta vaikuttaa käyneen, jää suositusten vaikutus heikoksi.¹⁶⁸

Epäselvyyttä lisää osaltaan myös tietohallintolakiin rakennettu sääntelymekanismi, joka sitoo viranomaisia koskevat suunnitteluvaihteen valtiovarainministeriön päätökseen julkisen hallinnon tietohallinnon standardista sekä siihen perustuvasta valtioneuvoston antamasta asetuksesta.¹⁶⁹ Kos-

¹⁶⁵ Ks. esim. *Seppänen* 2014, s. 52.

¹⁶⁶ JHS 179, s. 4 ja JHS 198, s. 1.

¹⁶⁷ HE 246/2010 vp, s. 28.

¹⁶⁸ Ks. *Seppänen* 2014, s. 34.

¹⁶⁹ Tietohallintolain 4 § 2 momentin mukaan valtioneuvoston asetuksella voidaan säätää lain 6 §:ssä tarkoitettuun standardiin perustuvasta julkisen hallinnon tietohallinnon yhteisestä kokonaisarkkitehtuurista siltä osin kuin se koskee tieto-, järjestelmä- ja teknologia-

ka tämän artikkelin kirjoitushetkellä ei ole tehty yhtään vuonna 2011 voimaantulleen tietohallintolain tarkoittamaa ministeriön päätöstä, ei myöskään viranomaisia sitovia kokonaisarkkitehtuurin suunnitteluun velvoittavia asetuksia ole voitu antaa. Suunnitteluelvoitteen muodostumatta jäämisen lisäksi tietohallintolain nojalla annetun sitovan sääntelyn puuttumisen on muun muassa eduskunnan tarkastusvaliokunnassa katsottu olevan yksi syy tietojärjestelmien yhteentoimivuuden hitaaseen kehittymiseen.¹⁷⁰ Tietojärjestelmien yhteentoimivuuden epäselvyyksien ja tulkinanvaraisuuksien vähentäminen on katsottu yhteiseksi kehittämiskohteeksi myös suunnitellun maakunta- ja sosiaali- ja terveydenhuoltouudistuksen yhteydessä.¹⁷¹

Edellä mainitun lisäksi tietohallintolain muodostamaa suunnitteluelvoitetta heikentää osaltaan lain esittämiin suunnittelukohteisiin liittyvät ristiriitaisuudet. Yksi näistä koskee ministeriöille säädetyn velvoitteen sisältöä ja laajuutta. Tietohallintolain 8 § velvoittaa ministeriöt huolehtimaan toimialansa tietojärjestelmien yhteentoimivuuden kuvausten ja määritysten laadinnasta. Lain esitöiden mukaan ministeriöiden tulee suunnitellussaan noudattaa julkisen hallinnon kokonaisarkkitehtuuria soveltuvin osin.¹⁷² Koska tietohallintolain tarkoittamaa julkisen hallinnon kokonais-

arkkitehtuuria. Tietohallintolain mukaan viranomaisen olisi aloitettava kokonaisarkkitehtuurin kuvauksen laatiminen kuuden kuukauden kuluessa ja saatettava työ loppuun kolmen vuoden kuluessa asiaa koskevan valtioneuvoston asetuksen voimaantulosta (TietohL 13 § 2 mom.). Tietohallintolain sääntelymalliin ja julkisen hallinnon tietohallinnon standardeihin liittyvästä problematiikasta ks. *Voutilainen* 2013, s. 13–16.

¹⁷⁰ Sääntelyn toimeenpanon ajallista ulottuvuutta kuvaa tietohallintolain (634/2010) valmistelun ja toimeenpanon vaiheet. Lain säätämisen taustalla on ollut eduskunnan kannanotossa 10.12.2008 hallitukselta edellytetty ryhtyminen toimenpiteisiin, joilla taataan julkishallinnon ja ensimmäiseksi terveydenhuollon tietojärjestelmien yhteentoimivuus, yhteiset sovelluspalvelut ja avoimet rajapinnat tietojärjestelmien väliseen saumattomaan tietojen vaihtoon (ks. EK 21/2008 vp – K 15/2008 vp – TrVM 6/2008 vp). Eduskunta hyväksyi 7.12.2009 tarkastusvaliokunnan antaman mietinnön johdosta kannanoton (EK 30/2009 vp – K 15/2009 vp – TrVM 5/2009 vp), jossa eduskunta edellytti, että hallitus valmistelisi lainsäädännön, jonka mukaisesti julkisen sektorin tietojärjestelmien yhteentoimivuus ja yhteensopivuus voidaan toteuttaa lainsäädäntöön perustuen viranomaistehtävänä. Tehtäväksiannon mukaisesti valmistellun ja 1.9.2011 voimaan tulleen tietohallintolain (634/2010) tietojärjestelmien yhteentoimivuuden varmistavien säännösten osalta eduskunta on edelleen vielä vuonna 2017 edellyttänyt, että hallitus ryhtyy toimenpiteisiin ja käyttää pikaisesti tietohallintolain mahdollisuutta asetuksin säätää muun muassa avoimista rajapinnoista (ks. TrVM 8/2017 vp, s. 27).

¹⁷¹ Ks. *Linnapuomi – Siira* 2018, s. 11.

¹⁷² HE 246/2010 vp, s. 29. Syksyllä 2017 valtiovarainministeriö on viestinyt, että jatkossa julkisen hallinnon arkkitehtuuroiminnan ja -linjausten jäsenitys perustuu aikaisempaa dynaamisempaan ja joustavampaan sekä erityisesti avoimempaan ekosysteemimalliin (ks. Valtiovarainministeriö, Julkisen hallinnon kokonaisarkkitehtuuri). Tämän artikkelin

arkkitehtuuria tai siihen liittyviä yhteentoimivuuden kuvauksia ja määrittäyksiä ei ole, on myös ministeriöiden suunnittelutyön perusta osin puutteellinen. Ministeriöiden vastuulla olevien suunnittelukohteiden raamitusta vaikeuttaa puolestaan se, että tietohallintolaissa ministeriöiden toimialojen kohdalla viitataan valtioneuvoston ohjesäännössä (262/2003, VNOS) esitettyyn ministeriöiden toimialajakoon,¹⁷³ mutta tietohallintolain esitöissä toimialakohtaisen suunnitteluvastuun rinnalle on nostettu kohdealuekohtainen suunnitteluvastuu.¹⁷⁴ Jälkimmäisen osalta valtiovarainministeriö on julkisen hallinnon kokonaisarkkitehtuurin kohdealuejakoa koskevassa dokumentissa (4.4.2012) kuvannut kohdealueet ja näistä vastaavat ministeriöt.¹⁷⁵ Ongelmallisen kohdealuekohtaisesta lähestymistavasta tekee se, ettei tietohallintolaki muodosta kokonaisarkkitehtuurin kohdealuejakoa tai nimeä niistä vastaavia viranomaisia. Tietohallintolaki ei myöskään sisällä delegointisäännöstä, joka mahdollistaisi asetuksella tai viranomaisen päätöksellä vastuutahojen nimeämisen tai kohdealueen määrittämisen.

Kokonaisarkkitehtuurin suunnitteluun liittyvää epäselvyyttä lisää osaltaan myös tehtävä- ja palvelukohtaiseen lainsäädäntöön aiheesta sisältyvä sääntely. Valtion yhteisten tieto- ja viestintätekniisten palvelujen järjestämisestä annetun lain (1226/2013, Tori-laki) 2 §:n 3 momentin mukaan laissa tarkoitettujen valtion yhteisten palvelujen on noudatettava valtion tietohal-

kirjoittamishetkellä ei ole ollut käytettävissä tarkempaa kuvausta uudesta jäsenyyksestä tai sen suhteesta tietohallintolaissa tarkoitettuun toimialakohtaiseen jäsenyykseen, minkä vuoksi mallia ei ole tässä yhteydessä mahdollista arvioida. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että ”ekosysteemeihin” perustuva jäsenyys ei selkiytä julkisen hallinnon kokonaisarkkitehtuurityön ja tietohallintolain välistä suhdetta, vaan tyytyy korvaamaan aikaisemman valtioneuvoston ohjesäännön kanssa ristiriitaisen kohdealuejäsenyyksen toisella, mahdollisesti vielä abstraktimmalla jäsenyyksellä.

¹⁷³ HE 246/2010 vp, s. 27.

¹⁷⁴ Tietohallintolain esitöissä kokonaisarkkitehtuurin käyttöönoton on katsottu edellyttävän toimintaperusteisesti määriteltyä kohdealuejakoa, jossa kullakin toiminnallisesti yhteenkuuluvan kokonaisuuden muodostavalla kohdealueella on oma yhteinen kokonaisarkkitehtuurin linjauksiin ja periaatteisiin perustuva arkkitehtuurinsa. Kohdealuejako ei välttämättä ole yhdenmukainen julkisen hallinnon organisaatorakenteen kanssa, ja siinä voi myös ilmetä eroja ministeriön toimialan kanssa, jonka vuoksi kohdealueille olisi tarkoitus määritellä vastuuorganisaatio, jonka tehtävä olisi koordinoida arkkitehtuurin kehittämistä kohdealueella (ks. HE 246/2010 vp, s. 25, 29 ja 30). Valtiontalouden tarkastusviraston yhteentoimivuutta valtion ICT-sopimuksissa koskevan tuloksellisuustarkastuksen mukaan ei ole olemassa dokumentointia sitä, miten kohdealuejaosta oli päätetty, kuka sen oli hyväksynyt ja vastasivatko kohdealueet tietohallintolain mukaisesti eri ministeriöiden toimialoja (ks. VTV 7/2015, s. 30).

¹⁷⁵ Valtiovarainministeriö 2012, s. 17–18.

linnon kokonaisarkkitehtuuria.¹⁷⁶ Toisaalta Tori-lain 3 §:n 1 momentissa säädetään valtion virastojen ja laitosten velvoitteesta käyttää yhteisiä perustietotekniikka- ja tietojärjestelmäpalveluja, jollei valtion kokonaisarkkitehtuurin vuoksi organisaation ole välttämätöntä käyttää toiminnassaan tai sen osassa muuta palvelua.¹⁷⁷ Tori-lain sääntely tai lain esityöt eivät kuitenkaan kerro, mitä mahdollisesti tarkoitetaan tilanteilla, joissa valtion tai julkisen hallinnon kokonaisarkkitehtuurin vuoksi olisi perusteltua olla käyttämättä valtion yhteisiä tieto- ja viestintätekniisiä palveluja. Kun yhteisten palvelujen tulee sääntelyn perusteella olla valtion tarkoitettujen kokonaisarkkitehtuurien mukaisia, on vaikea ymmärtää lain 3 §:ssä tarkoitettua poikkeamaperustetta: jos valtion kokonaisarkkitehtuuri sisältää poikkeamaperusteen, eikö perusteen tulisi olla myös osa valtion kokonaisarkkitehtuuria?

Vaikka viranomaisten toimintaan kokonaisarkkitehtuurin suunnitteluvelvoitteen laiminlyönnillä ei juurikaan ole vaikutusta arkkitehtuurin välillisen roolin vuoksi, vaikuttaa suunnittelun hidas eteneminen kuitenkin olennaisesti tietojärjestelmien yhteentoimivuuden vaatimusten määrittelyä koskeviin velvoitteisiin. Yhteentoimivuutta ohjaavaa sääntelyä tulisikin kehittää suuntaan, jossa tavoitteet, määritelmät sekä suunnittelukohteet ja näihin mahdollisesti liittyvä viranomaisten harkintavalta olisi vähintäänkin tasolla, jonka suunnittelutehtävään velvoitettu ja lainsäätävä ymmärtäisivät jotakuinkin samalla tavalla. Ymmärtämiseen liittyvistä haasteista voidaan esimerkkinä käyttää eduskunnan tarkastusvaliokunnan näkemää perustoimeentulotuen siirtoon liittynyttä ongelmaa siitä, ettei ”siirron yhteydessä tietoja ole voitu siirtää rajapinnattomasti Kelan ja kuntien välillä” (TrVM 8/2017)¹⁷⁸. Kuitenkin ongelman ydin tiedonsiirron toimimattomuuden osalta on ollut juuri tarkastusvaliokunnan tavoittelema ”rajapinnattomuus”, joka ei ole mahdollistanut tietojen siirtymistä järjestelmien välillä.

¹⁷⁶ Tori-laissa valtion kokonaisarkkitehtuurilla tarkoitetaan tietohallintolain nojalla laadittua julkisen hallinnon toiminta-, tieto-, järjestelmä- ja teknologia-arkkitehtuuria (HE 150/2013 vp, s. 29).

¹⁷⁷ Myös hallinnon yhteisistä sähköisen asioinnin tukipalveluista annetun lain (571/2016) 16 § velvoittaa lain tarkoittamien tukipalvelujen tuottajan noudattamaan tukipalvelun toteuttamisessa julkisen hallinnon kokonaisarkkitehtuuria ja yhteentoimivuuden kuvauksia ja määrittäjänsä, mutta ilman kokonaisarkkitehtuurin mahdollistamaa poikkeamaperustetta palvelujen käytöstä.

¹⁷⁸ TrVM 8/2017 vp, s. 22

7.3 Tietohallinnon hankinnat

Tietojärjestelmien toiminnallisuutta ja yhteentoimivuutta koskevan suunnittelun vaatimukset muodostavat perustan tietohallinnon tehtäväalaa sisältävien hankintojen suunnittelussa. Suunnittelun merkitystä korostaa hankintojen suuri osuus valtion ja kuntien tietohallinnon menoista. Vuonna 2016 valtionhallinnossa pelkästään hankinnat ulkoisilta toimittajilta olivat yhteensä n. 608 miljoonaa euroa.¹⁷⁹ Toisaalta suunnittelun merkitystä korostaa myös se, että juuri hankintojen ja hankinnassa käytettävien vaatimusten suunnittelun on katsottu selittävän monia hankintoihin liittyviä ongelmia.¹⁸⁰ Julkisista hankinnoista annetun lain (1397/2016, HankL) tavoitteena on tehostaa julkisten varojen käyttöä sekä edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä sekä hyödyntää markkinoita ja kohdella tarjoajia tasapuolisesti (HankL 2 § 1 mom.).¹⁸¹ Tavoitteen saavuttamiseksi hankintayksiköiden tulisi järjestää hankintatoimintansa siten, että hankintoja voidaan toteuttaa mahdollisimman taloudellisesti, laadukkaasti ja suunnitelmallisesti olemassa olevia kilpailuolosuhteita hyväksi käyttäen ja ympäristö- ja sosiaaliset näkökohdat huomioon ottaen.¹⁸² Suunnitelmallisuutta koskeva vaatimus on hankintalain säännöksessä suositusluonteinen, eikä se näin ollen aseta hankintayksikölle tai hankintayksikön tietohallinnolle suoria menettelyvelvoitteita, vaan ainoastaan suosittelee hankintayksiköitä järjestämään hankintatoimensa tavoitteen mukaisella tavalla, erityisesti kustannusten minimoimiseksi sekä hankintojen strategisen suunnittelun parantamiseksi.¹⁸³ Tavoitesääntely ei itsessään edellytä hankintayksiköiltä nimenomaisen hankintastrategian olemassaoloa, vaan lain esitöissäänkin viitataan muun muassa kuntalain säännöksiin ottaa hankintojen toteuttami-

¹⁷⁹ Valtiovarainministeriö 34/2017, s. 18.

¹⁸⁰ Esimerkiksi *Eskola ym.* (2017) ovat katsoneet hyvän suunnittelun vaikutuksen lisääntyvän sitä enemmän, mitä suuremmasta ja monimutkaisemmasta hankinnasta on kyse (ks. *Eskola ym.* 2017, s. 24).

¹⁸¹ *Eskolan ja Ruohoniemen* (2010) mukaan hankintojen osalta usein unohdetaan, että kyse on julkisen ja yksityisen sektorin välisestä kaupankäynnistä, jota edistää, että julkisen sektorin tuntee markkinatarjonnan ja yritysten julkisen sektorin toimintatavat (ks. *Eskola – Ruohoniemi* 2010, s. 123–124).

¹⁸² Lain esitöiden mukaan säännöksellä pyritään kannustamaan hankintayksiköitä suunnitelmalliseen hankintatoimeen ja hankintojen kokoamiseen loogisiksi kokonaisuuksiksi (ks. HE 108/2016 vp, s. 119). Oikeuskäytännössä hankintatoimen suunnitelmallisuuteen on katsottu liittyvän myös hankintaerien kilpailuttamisen ajanjaksoihin (ks. esim. KHO 14.12.2012 taltio 3529).

¹⁸³ Ks. HE 208/2016 vp, s. 71 ja 238.

nessa huomioon kuntastrategiassa palvelujen järjestämistä ja tuottamista koskevat linjaukset.¹⁸⁴

Kuitenkin, jos hankintastrategiassa on tarkoitus linjata palvelujen laatu-
tasoa sekä varautua hankintojen edellyttämään rahoitukseen, voidaan strate-
gisen suunnittelun liittymää hankintayksikön muuhun taloudelliseen
suunnitteluun pitää ilmeisenä.¹⁸⁵ Tämän vuoksi, vaikkakin hankintalain
hankintojen yleistä suunnittelua koskevat säännökset ovatkin
suositusluonteisia ja lähinnä tavoitteita asettavia, ja jättävät hankintayksikön
harkintaan tarkoituksenmukaisen tavan, jolla se hankintatoimensa tai han-
kintojen valvontansa¹⁸⁶ järjestää, velvoittavat viranomaisen talouden
suunnittelua koskevat säännökset hankintayksilöä suunnittelemaan han-
kintojensa resurssitarpeen talousarvion laadintaa koskevan sääntelyn edel-
lyttämällä tavalla.

Hankintojen ja hankintatoimen yleistä suunnitelmallisuutta korostavien
tavoitteiden lisäksi hankintalaki muodostaa hankintayksiköille konkreetti-
sia suunnitteluelvoitteita hankintaprosessin käynnistämisen yhteydessä.
Hankintalain 4 luvussa säädetään hankinnan ennakoidun arvon laskemi-
sessa noudatettavista perusteista, joilla hankintayksikkö selvittää, miten
sen suunnitteleminen hankintojen arvot suhteutuvat hankintalaissa esitettyi-
hin kynnysarvoihin ja mitä hankintalain säännöksiä kynnysarvon perus-
teella hankintaan sovelletaan.¹⁸⁷ Suunnitteluelvoitteen laajuuteen vaikut-
taa se, että ennakoidun arvon laskentaa koskevien säännösten on katsottu
koskevan kaikkia hankintoja riippumatta niiden toteutustavasta tai koko-

¹⁸⁴ HE 208/2016 vp, s. 71.

¹⁸⁵ Hankintastrategian sisällöstä ks. esim. *Pohjola – Pekkanen* 2015, s. 47, *Eskola ym.* 2017, s. 29.

¹⁸⁶ Hankintalain 65 §:ssä säädetään hankintayksikön mahdollisuudesta tehdä hankinnan valmistelua varten markkinakartoitus, jossa se antaa toimittajille tietoa suunnittelemaansa hankinnasta. Markkinakartoituksen on katsottu olevan osa hankinnan suunnittelua, jonka tarkoituksena on lisätä hankintayksikön markkinatuntemusta ja parantaa käsitystä hankintaan parhaiten sopivista ehdoista ja hinnoittelumechanismeista (ks. HE 108/2016 vp, s. 163). Hankintatoimen suunnitelmallisuuden toteutumisen on katsottu edellyttävän myös hankintasopimusten toteutumisen valvontaa erityisesti kustannuksiin ja laatuun liittyvien näkökohtien osalta, jotta sopimusten toteuttamiseen liittyvät kokemukset olisi mahdollista huomioida tulevien hankintojen suunnittelussa (ks. *Pohjola – Pekkanen* 2015, s. 46).

¹⁸⁷ Hankintayksikkö määrittää arvioimalla hankintansa kokoluokan sen, sovelletaanko hankintaan hankintalakia, hankintalain EU-kynnysarvon ylittäviä hankintoja vai kansallisia hankintoja koskevia menettelyjä. EU-kynnysarvojen ylittävien hankintojen osalta tulevat sovellettavaksi hankintalain II osassa hankintamenettelyä, määräaikoja, ilmoitusvelvollisuutta, tietojen vaihtoa sekä hankinnan valmistelua, tarjouspyyntöä, hankintakohteen kuvausta sekä ehdokkaiden ja tarjoajien sekä tarjouksen valintaa koskevat säännökset. Kansallisen kynnysarvon alittavien hankintojen osalta sovellettavaksi tulevat hankintalain III osassa esitetyt säännökset (HE 108/2016, s. 117).

luokasta.¹⁸⁸ Ennakoidun arvon laskemisen merkitystä korostaa lisäksi menettelyyn liittyvien virheiden hankintayksikölle aiheuttamat seuraamukset. Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu hankinnan ennakoidun arvon virheellisestä arvioinnista johtuneiden virheellisten säännösten soveltamisen johtavan automaattisesti virheen korjaamisen edellyttämiin toimenpiteisiin.¹⁸⁹ Toisaalta hankinnan arvon suunnittelun toteuttamatta jättämisellä on hankintayksikölle vain vähäisiä seuraamuksia, jos hankinnassa on noudatettu oikeita hankintalain säännöksiä. Kun myöskään hankintojen huonon suunnittelun ei ole katsottu johtavan tuomioistuinten määräämiin seuraamuksiin¹⁹⁰, voidaan hankintalain asettamia suunnitteluvetoitteita pitää luonteeltaan suosittelevina.

Hankintojen suunnitelmallisuudella on katsottu olevan merkitystä myös hankintojen laatutavoitteiden saavuttamiselle. Tällöin hankintayksikön tulisi jo hankintaa suunnitellessaan arvioida laatutekijöiden merkitystä ja selvittää riittävän ajoissa myös ostettavan palvelun käyttäjien tarpeita siten kuin muualla lainsäädännössä on säädetty.¹⁹¹ Ainoastaan riittävän suunnittelun on katsottu voitavan varmistaa, että hankintayksikön ja käyttäjien tarpeet tulevat riittävästi etukäteen selvitettyiksi ja että hankintamenettelyssä asetetut vaatimukset, ehdot ja kuvaukset vastaavat näitä tarpeita ja tavoitteita. Huolellista suunnittelua korostaa osaltaan se, että hankinnan kohde ja vaatimukset tulisi pystyä kuvaamaan tavalla, jonka myös tarjoajat ymmärtäisivät.¹⁹² Toimiessaan hankintayksikkönä tulisi tietohallinnon ottaa myös kielelliset oikeudet huomioon hankintansa suunnittelussa, jotta viranomaisen voisi varmistaa, että kaksikielisen viranomaisen tietojärjestelmät toimivat valtiolla ja kaksikielisissä kunnissa ja kuntayhtymissä sekä suomen että ruotsin kielellä.¹⁹³

Tietohallinnon vastuulla olevaa suunnittelua edellyttää myös hankintalain 71 §:ssä hankintayksikölle säädetty velvoite esittää hankintailmoituksessa, tarjouspyynnössä tai neuvottelukutsussa hankintaa kuvaavat määritelmät ja niihin sisältyvät tekniset eritelvät. Luonnollisten henkilöiden

¹⁸⁸ Ks. esim. MAO 790/15, 9.11.2015, *Pekkala – Pohjonen* 2015, s. 116.

¹⁸⁹ HE 108/2016 vp, s. 119. ks. esim. KHO 14.12.2012 taltio 3529 ja MAO 790/15, 9.11.2015.

¹⁹⁰ Ks. esim. *Eskola ym.* 2017, s. 24.

¹⁹¹ Hankintojen suunnittelun merkitystä korostavat hankintalain hankintamenettelyjä ja -prosesseja koskevan sääntelyn lisäksi hankintasopimusten hallintaan liittyvät näkökulmat. Erityisesti riitatilanteiden osalta viranomaisen olisi varmistettava tietojärjestelmien vaatimusten sisältäminen hankintasopimukseen riittävän suunnittelun kautta. (Tietojärjestelmien suunnittelun ja sopimusten välisestä yhteydestä ks. esim. *Takki – Halonen* 2017, s. 6, 12 ja 112).

¹⁹² Ks. HE 108/2016 vp, s. 71–72, *Eskola ym.* 2017, s. 335.

¹⁹³ HE 108/2016 vp, s. 72.

käyttöön tarkoitettujen tietojärjestelmien osalta hankintayksikön on määriteltävä hankinnan kohde siten, että hankinnassa otetaan huomioon esteettömyys vammaisille käyttäjille sekä kaikkien käyttäjien vaatimukset täyttävä suunnittelu, viittaamalla lainsäädännössä tai Euroopan unionin säädöksellä säädettyihin esteettömyysvaatimuksiin (HankL 71 § 1 mom.). Teknisiä eritelmiä suunnitellessaan hankintayksiköiden tulee myös huomioida tietosuojalainsäädännön vaatimukset erityisesti henkilötietojen käsittelyä suunniteltaessa (*sisäänrakennettu tietosuoja*).¹⁹⁴ Koska hankinnoissa käytettyjen vaatimusten suunnittelemmattomuudesta ei viranomaiselle muodostu suoria seuraamuksia, voidaan hankintalain velvoitteita pitää näiltäkin osin lähinnä suosittelinä.

8 TIETOHALLINNON SUUNNITTELU SUUNNITTELUVELVOITTEIDEN LAAJUUDESSA – PUOLIKSI TEHTY?

Digitalisaation tarjoamien mahdollisuuksien lisääntymisestä ja uusien menetelmien kehittämismenetelmien käytön laajentumisesta huolimatta tietohallinnon tehtäväkentässä suunnitelmallisuus on säilyttänyt edelleen arvonsa. Tietojärjestelmien osalta esimerkiksi *Takki* ym. (2017) ovat muuttaneet vanhan sanonnan ”hyvin suunniteltu, puoliksi tehty”, muotoon ”hyvin suunniteltu on lähes kokonaan tehty”.¹⁹⁵ Kun hyvän suunnittelun vaatimus yhdistetään viranomaisten tietohallinnon suunnittelua ohjaavan monimuotoisen ja hajanaisen sääntelyn kanssa, muodostuu laaja tehtäväkenttä, joka valtion ja kuntien tietohallinnosta vastaavien tulisi hallita. Tietohallinnon eräänlaisen tukifunktioluonteeseen vuoksi suunnittelutehtävien sisältöön ja vaatimukseen vaikuttaa suoraan myös tehtävä- ja palvelukohtainen sääntely, joka usein luo tehtävälle sen varsinaisen sisällön. Digitaalisten palvelujen järjestäminen, palveluja tukevan tiedonhallinnan toteuttaminen sekä näistä johdettujen vaatimusten toteuttaminen tietojärjestelmien kehittämisessä ja hankinnoissa edellyttää tietohallinnolta teknologian tuntemuksen lisäksi hyvää ymmärrystä myös voimassa olevasta sääntelystä.

Tietohallinnon tehtäväkenttää koskevan sääntelyn muodostamaksi suunnitteluelvoitteiden vähimmäislaajuudeksi voidaan määritellä: 1) taloudenpitoa koskevan sääntelyn edellyttämä tavoitteiden sekä toiminnan ja

¹⁹⁴ EU 2016/679 25 artikla, EUVL 4.5.2016, s. 51.

¹⁹⁵ *Takki – Halonen* 2017, s. 6.

talouden suunnittelu, 2) hyvän hallinnon perusteiden edellyttämä digitaalisten palvelujen suunnittelu, 3) valmiuslainsäädännön edellyttämän palvelutoiminnan jatkuvuuden varmistamisen suunnittelu, 4) tiedonhallintaa koskevan sääntelyn edellyttämä toiminnassa käsiteltävän tiedon hallinnan suunnittelu sekä 5) tietohallinnon ohjausta koskevan sääntelyn edellyttämä tietojärjestelmien toiminnallisuutta ja yhteentoimivuutta koskevien vaatimusten suunnittelu. Yleisellä tasolla tarkasteltuna suunnittelusäännökset näyttävät muodostavan jokseenkin loogisen kokonaisuuden, mutta velvoitteiden yksityiskohtaisen analysointi nostaa esiin voimassa olevaan sääntelyyn liittyvän hajanaisuuden, sääntelyyn liittyvät epätarkkuudet sekä useat tulkinnanvaraisuudet.

Valtion ja kuntien viranomaisten haasteena on **sääntelyn muodostamien suunnittelukohteiden** yleisyys ja epätarkkuus. Suunnittelovelvoitteen kohdistuminen yleisesti sähköisten tai digitaalisten palvelujen järjestämiseen tai tiedonhallintaan jättää suunnittelutehtävän rajaamisen ja sisällön viranomaisen harkintaan. Muun muassa tietohallintolain (634/2011) muodostaman kokonaisarkkitehtuurin suunnittelu- ja kuvausvelvoitteen voidaan laajimmillaan katsoa sisältävän kaiken organisaation toimintaan liittyvän ja suppeimmillaan vain tietojärjestelmien teknisten rajapintojen kuvaamisen. Kun yleisellä tasolla säädetty suunnittelovelvoite yhdistetään yleiseen tehtävä- tai palvelukohtaiseen sääntelyyn, kohteen rajausta koskeva haaste vain korostuu. Esimerkiksi viranomaiselle arkistolain 7 §:n 3 momentissa säädetty velvoite ottaa huomioon tietohallinnossaan arkistotoimen vaatimukset, on mahdollista kohdentaa kaikkiin viranomaisen tietoja käsitteleviin tietojärjestelmiin tai toisaalta ainoastaan vain niihin, joilla tietojen sähköinen arkistointi toteutetaan. Suunnittelukohteen rajausta ei helpota myöskään sääntelyssä käytettyjen käsitteiden monimerkityksellisyys, esimerkiksi niinkin keskeisen suunnittelukohteen kuin tietojärjestelmän tai tietojärjestelmien yhteentoimivuuden osalta.

Suunnittelukohteen lisäksi toinen suunnittelun velvoittavuuteen vaikuttava näkökulma on, miten laissa on säädetty **suunnittelun lopputuloksesta**. Viranomaisen on suunniteltava toimintaansa, muun muassa asiakirjahallinnon (JulkL 18 § 1 mom. 4 k), häiriötilanteisiin varautumisen (ValmiusL 12 §) tai hankintojen (HankL 2 § 2 mom., 27 § sekä 66 §) osalta, mutta sääntely jättää tehtävän lopputuloksen sisällön pitkälti viranomaisen harkintaan. Sääntelytavan hyvänä puolena voidaan pitää sen joustavuutta ja sovellettavuutta lähes kaikkeen toimintaan, mutta toisaalta se ei juurikaan anna apua sen arvioimiseen, milloin velvoitteen voidaan katsoa tulleen suoritetuksi. Kun suunnittelun tuotoksista on säädetty erikseen, kuten julkisuuslain hyvän tiedonhallintatavan toteutuksen yhteydessä, ei suunnit-

telukohteen ja lain tarkoituksen voida katsoa olevan yhteismitallisia. Käsiteltävien asioiden luettelointi ja tietojärjestelmäkuvaukset eivät välttämättä riitä julkisuusperiaatteen muodostamien velvoitteiden toteutumisen varmistamiseksi.

Säännöksissä, joissa säädetään suunnitelman tuottamisesta, ei useinkaan tarkenneta **suunnitelman sisältöä tai laatuavoitteita**. Esimerkiksi julkisuuslain 18 §:n hyvää tiedonhallintatapaa koskeva sääntely edellyttää valtion ja kuntien viranomaisia arvioimaan etukäteen suunnittelemiensa hallinnollisten muutosten vaikutukset tiedonhallintaansa, mutta sääntely ei esitä, mitä arvioinnin tulisi sisältää. Vastaavasti myös EU:n tietosuojaasetuksen 30 artikla velvoittaa rekisterinpitäjän ylläpitämään henkilötietojen käsittelytoiminnasta selostetta, eikä asetus esitä selosteen sisältöä tyhjentävästi. Lopulta valtion ja kuntien viranomaisten tietohallinnon suunnittelua koskevassa sääntelyssä yksityiskohtaisimmat sekä tarkkarajaisimmat velvoitteet muodostuvat talouden ja toiminnan suunnitteluun liittyvien säännösten kautta. Erityisesti valtion talousarviolainsäädäntö muodostaa valtion viranomaisille hyvin yksityiskohtaiset velvoitteet sekä suunnittelu-prosessille että suunnitelman sisällölle.

Sääntelyyn liittyvän yleisyyden vuoksi julkisen hallinnon tietohallinnon vastuulla olevaa suunnittelua varten on muodostettu useita eritasoisia **suosituksia ja ohjeita**, joilla suunnittelun lopputulosta on pyritty tarkentamaan. Tietohallintolain (634/2011) kokonaisarkkitehtuurisuunnittelu-säännöksiin viittaavissa julkisen hallinnon suosituksissa (JHS 179 ja JHS 198) sekä arkistolain ja sähköisen asiointilain asiakirjan kirjaamissäännöksiin viittaavissa arkistolaitoksen määräyksissä (esimerkiksi KA 1486/40/2005) kuvataan hyvinkin yksityiskohtaisesti viranomaisen velvoitteet dokumentoida suunnittelun lopputulokset. Hallinnollisten suositusten tyypillisenä ongelmana on kuitenkin niiden pyrkimys laajentaa lain sääntely- ja soveltamisalaa sekä kattaa lähes kaikki tunnistetut kuvaustarpeet. Kuvaamalla koko toimintansa kokonaisarkkitehtuurista annettujen suositusten mukaisesti ei viranomainen voi edelleenkaan varmistua suunnittelun ja sen tuottaman informaation riittävydestä viranomaiselle asetettuun veloitteeseen nähden.

Valtion ja kuntien tietohallintoon kohdistuvien suunnitteluvelvoitteiden tulkinnanvaraisuuteen vaikuttavat osaltaan myös sääntelystä usein puuttuvat velvoitteen edellytyksiä tai **tarvesidonnaisuutta koskevat kriteerit**. Kun velvoitteen toteuttamista koskevat aikatauluvaatimukset puuttuvat, joutuu viranomainen määrittämään itse, milloin sen olisi aloitettava esimerkiksi julkisuuslain edellyttämä hallinnollisiin muutoksiin liittyvä suunnittelu tai tietohallintolain edellyttämä kokonaisarkkitehtuurin suunnittelu.

Velvoitteen toteuttamiseen sekä sääntelyn ohjausvoimaan vaikuttavat suunnittelun **laiminlyönnistä aiheutuvat seuraamukset**. Toiminnan ja talouden suunnittelua koskeva sääntely muodostaa viranomaiselle määrärahojen saamisen kautta itsessään jo riittävän vahvan kannustimen suunnitella tavoitteita ja toimenpiteitä, jolloin suorien seuraamusten puuttumisella talousarvion valmistelua ohjaavasta sääntelystä ei ole merkitystä. Palvelujen järjestämisen tai tiedonhallinnan osalta tilanne saattaa olla toinen, jos tehtävän toteuttamatta jättäminen ei johda oikeudellisiin vastuisiin. Ilman erillistä sääntelyä jäävät seuraamusmekanismit vain yleisten hallinnon lainalaisuutta koskevan valvonnan piiriin. Periaatteessa kenen tahansa on hallintolain 53 a §:n perusteella mahdollisuus tehdä viranomaisen lainvastaisesta menettelystä tai velvollisuuden täyttämättä jättämisestä kantelu toimintaa valvovalle viranomaiselle.¹⁹⁶ Käytännössä kantelun tehokkuutta heikentää osaltaan jo se, että hallintokantelun tekijän on esitettävä perusteet menettelyn virheellisyydelle, jolloin suunnitteluelvoitteita koskevan sääntelyn yleisyys ei juurikaan mahdollista virheen kohdentamista nimenomaisesti suunnittelutehtävän laiminlyöntiin. Toisaalta myöskään niiden säännösten osalta, joissa tehtävän toteuttamatta jättämisestä aiheutuu tehtävästä vastaavalla viranomaiselle oikeudellisia seuraamuksia, on syy kohdentaminen nimenomaisesti puutteellisesti tehtyyn suunnitteluun ongelmallista. Esimerkiksi vahvimmin sanktioitujen tietosuojasäännöstenkään osalta henkilötietojen käsittelyssä tapahtuneiden virheiden johtuminen nimenomaisesti tietojen käsittelyn suunnittelusta ei kaikilta osin ole yksiselitteistä.

Sääntelyn kehitysehdotukset

Tietohallinnon suunnitteluelvoitteiden yleisenä tarkoituksena on ohjata viranomaisen suunnittelemaan toimintaansa sekä varautumaan asiakastarpeita vastaavien palvelujen järjestämiseen ja tuleviin muutoksiin etukäteen toiminnan jatkuvuuden varmistamiseksi. Tarkoituksen toteutumisen kannalta vähimmäisvaatimuksena on, että tietohallinnosta vastaavat ymmärtä-

¹⁹⁶ Hallintokantelun kohteena voi olla kaikenlaisen viranomaistoiminta, ja lainvastaisuuden arviointi voi kattaa sekä lakia tai lain nojalla annetut alemman asteiset säännökset ja määräykset (HE 50/2013 vp, s. 5 ja 23). Lainvastaisuutta voitaisiin yleisemmin arvioida myös perustuslain 21 §:ssä tarkoitettujen hyvän hallinnon vaatimusten näkökulmasta, jolloin kantelu voisi koskea menettelyvirhettä, harkintavallan väärinkäyttöä, virkamiehen epäasianmukaista käyttäytymistä tai muuta hyvän hallinnon vastaista menettelyä (ks. HE 50/2013 vp, s. 23).

vät tehtäviään koskevat velvoitteet. Kun edellä esitetyn mukaisesti tietohallinnon suunnittelutehtävien ala muodostuu pelkästään yleislainsäädännön osalta monimuotoiseksi kokonaisuudeksi, jossa jo yksittäisiin säännöksiin sisältyy paljon tulkinnallisuutta, voidaan lähtökohtaa pitää haastavana. Haastetta lisäävät samoja kohteita koskevat erilliset suunnitteluvelvoitteet. Esimerkiksi tiedonhallinnan osalta samojen tietojen ja hallintaprosessien suunnittelu sisältyy tietohallintolain arkkitehtuurikuvauksiin, julkisuuslain hyvän tiedonhallintatavan toteuttamisen edellyttämiin kuvauksiin, arkistolain tiedon säilyttämistä ja arkistointia koskeviin kuvauksiin sekä EU:n tietosuoja-asetuksen tietojen käsittelyselostetta koskeviin vaatimuksiin. Tässä yhteydessä olisikin mahdollista jatkaa eteenpäin *Aulis Aarnion* näkemystä siitä, etteivät ”likikään aina edes oikeudellisten asioiden tuntijat ole selvillä siitä, mihin jokin sääntö tarkasti ottaen velvoittaa”¹⁹⁷, kysymäällä, miten voidaan olettaa, että tietohallinnosta vastaavat asiantuntijat pystyisivät samaan, jos sääntely ei ole selvärajaista ja ymmärrettävää.

Suunnittelua koskevien säännösten muodostuessa eri lähtökohdista ja tavoitteista jää juuri suunnittelua koskeva kokonaisuus usein huomiotta. Henkilötietojen käsittely, tiedon antaminen julkisuusperiaatteen toteuttamiseksi tai tiedon säilyttäminen ovat kaikki vain erillisiä näkökulmia samaan kokonaisuuteen. Niistä ei myöskään mikään riitä yksin tietohallinnon tehtävien suorittamiseen käytännössä. Velvoitteiden huomioimattamista auttaisivatkin samoja tehtäväkokonaisuuksia koskevan sääntelyn koostaminen yleisellä tasolla samaan kokonaisuuteen tai yhtenäisen yleissääntelyn alle. Jos sähköisten tai digitaalisten palvelujen järjestäminen, palveluissa käsiteltävien tietojen tiedonhallinta sekä palvelutoiminnan jatkuvuuden varmistaminen ja riskienhallinta perustuisivat kullekin tehtävälle säädettyyn yhteiseen ja yhdenmukaiseen sääntelyperustaan, olisi valtion ja kuntien viranomaisten todennäköisesti helpompi toimia lain edellyttämällä tavalla. Voimassa olevassa sääntelyssä lähinnä tietohallintolain (634/2011) arkkitehtuurin suunnittelua koskevien velvoitteiden tarkoituksena on ollut pyrkiminen tähän suuntaan määrittämällä suunnittelu- ja kuvausvelvoitteen kohteeksi koko viranomaisen toiminnan¹⁹⁸, mutta lakiin sisältyvät epätarkkuudet ja toimeenpanon hitaus (muun muassa tarkentavien asetusten puuttuminen) ovat aiheuttaneet sen, ettei kokonaisarkkiteh-

¹⁹⁷ Ks. *Aarnio* 2006, s. 31.

¹⁹⁸ Tietohallintolain 3 §:n 3 kohdan mukaan kokonaisarkkitehtuuri on kuvaus julkisen hallinnon organisaatioiden, palvelujen, toimintaprosessien, käsiteltävien tietojen sekä käytettyjen tietojärjestelmien ja teknologian muodostaman tietohallinnon kokonaisuuden rakenteesta ja sen osien välisistä suhteista.

tuurikuvausten vastaavuutta eri sääntelyn kautta muodostuviin velvoitteisiin ole voitu uskottavasti esittää.

Yhdenmukaisuuden lisäksi valtion ja kuntien viranomaisten tietohallinnon suunnittelua ja sen sisältöä ohjaavaa sääntelyä tulisi kehittää nykyistä täsmällisemmäksi ja tarkkarajaisemmaksi. Erityisesti suunnittelutehtävän lopputuloksen sääntely konkreettisella tasolla mahdollistaisi sen, että viranomaisen voisi arvioida paremmin tuottamansa suunnitelman sisältöä suhteessa laissa säädetyn tehtävän tarpeisiin. Suunnitelmien sisältöä koskeva sääntely mahdollistaisi viranomaisia myös kehittämään suunnitteluprosessejaan paremmin lopputulosta palveleviksi. Toisaalta oikean sääntelytavan ja -tason löytäminen on aina eri tarpeiden välistä punnintaa. Tarkkarajaisuus saattaa vaikuttaa suunnittelua helpottavalta, mutta kehittyvien teknologioiden ja niitä soveltavien tekniikoiden tiukka sääntely voi pahimmillaan jäykistää palvelutoiminnan tukena tarvittavien tuotannon tekijöiden kehittymisen.

Pääperiaatteiksi suunnitteluelvoitteita koskevan sääntelyn kehittämiseksi voidaankin nostaa seuraavat:

- 1) Sääntelyn tulisi olla joustavaa ja luoda suunnittelulle vain raamit, jos kohteen toteuttaminen velvoitteiden osalta voidaan tehdä useilla eri tavoilla.
- 2) Sääntelyn tulisi olla määräävä ja tarkkarajaista, jos tavoitteen on saada kaikki viranomaiset toimimaan samalla tavalla.

Tarkat menettelytapaa tai tehtävän järjestämistä koskevat velvoitteet eivät tue tai ohjaa parhaiten samankaltaisia velvoitteita toteuttavia viranomaisia, joiden resurssit, osaaminen ja toiminnan järjestäminen poikkeavat kuitenkin toisistaan. Palveluja, tiedonhallintaa, tietojärjestelmiä sekä tietohallinnon tehtävien organisointia koskevan sääntelyn tulisi olla joustavaa ja suosittavaa, kun kyse on erilaisissa organisaatioissa ja eri tehtävissä toteutettavasta toiminnasta. Toisaalta taas, jos tietojärjestelmien tulisi pystyä ymmärrettävästi välittämään tietoja toisilleen, tulisi sääntelyn yksityiskohtaisuuden ja sitovuuden ulottua järjestelmien välillä vaihdettavien tietojen tietorakenteisiin. Määräävän sääntelyn tarve korostuisi myös tilanteissa, jotka ovat kriittisiä toiminnan suorittamisessa ja kohteissa, jotka kaikkien tulisi toteuttaa identtisellä tavalla.

Voimassa olevan sääntelyn, siihen liittyvien ongelmallisuuksien sekä kehitysehdotusten pohjalta on mahdollista muodostaa jäsennys, jossa tieto-

hallinnon vastuulla oleva sääntely asemoituisi sääntelyn tarkoitusta tukevan sääntelytavan osoittavaan viitekehykseen.

Taulukko 2. Tietohallinnon vastuiden sääntelymalli

Suunnittelukohde	Suosittleva	Edellytyksiä luova	Määräävä
Digitaaliset palvelut	Palvelujen järjestämistapa	Palvelujen järjestäminen Toiminnan kuvausvelvoitteet	Jatkuvuuden varmistaminen Saatavuus ja saavutettavuus Yhteisten palvelujen käyttö
Tiedonhallinta	Suunnittelu-käytännöt	Tiedonhallinnan kuvausvelvoitteet Tiedon käsittelyn suunnittelu	Tiedon luovutus Tietosuojavaatimukset
Tietojärjestelmät	Vaatimusmäärittely-käytännöt Projektinhallinta- ja kehitystyön menetelmät	Tietojärjestelmien kuvausvelvoitteet Tietojärjestelmien vaatimukset	Tietojärjestelmien yhteentoimivuus Tietoturvallisuustoimenpiteet Varautuminen häiriötilanteisiin
Tietohallinnon tehtävät	Hyvä tiedonhallintatapa	Hankintatoimen järjestäminen	Toiminnan ja talouden suunnittelu Johtaminen ja valvonta

Edellä esitetyn lisäksi suunnitelmallisuutta ja erityisesti suunnitelmien laadun parantamista edistäisi, jos suunnittelutehtävien yhteydessä säädettäisiin myös suunnittelun lopputuloksesta sekä tarpeen mukaan lopputuloksen keskeisistä sisältö- ja laatuvaatimuksista. Esimerkiksi minimitasolla säädetty sisältö valmiussuunnittelun osalta ohjaisi suunnittelusta vastaavaa huomioimaan kattavasti varautumiseen vaikuttavat riskitekijät, ja samalla kansallisen tason varautumisesta vastaavien tahojen olisi mahdollista luottaa poikkeus- ja häiriötilanteissa tarvittavan suunnitteluinformaation olemassaoloon. Myös suunnittelutehtävien välisten riippuvuuksien esittäminen veloitteen yhteydessä auttaisi ymmärtämään paremmin suunnittelun tuottaman tiedon merkityksen. Esimerkiksi kun tiedonhallintaan tai tietojärjestelmiin liittyvät velvoitteet kohdistuvat tavalla tai toisella viranomaisen toiminnan tavoitteisiin ja toiminnan edellyttämiin resursseihin, varmistaisi tehtävän kiinnittäminen toiminnan ja talouden suunnittelua koskeviin

säännöksiin paremmin suunnittelun toteutuksen, kuten myös suunniteltujen tehtävien edellyttämien resurssitarpeiden huomioinnin.

Suunnitelmien linkittäminen toisiinsa auttaisi tietohallintoa huomioimaan paremmin myös ratkaisujen eri elinkaaren vaiheisiin kohdistuvat velvoitteet: mitä on suunniteltava ennen toiminnan käynnistämistä, ja mitä toiminnan muuttuessa tai toimintaympäristössä tapahtuvien muutosten yhteydessä. Tämä edellyttäisi myös velvoitteiden edellytysten olemassaoloa sekä veloitteen tarvesidonnaisuutta kuvaavien kriteerien tarkentamista sääntelyssä. Parhaimmillaan suunnitteluvetoista koskeva sääntely voisi muodostaa kokonaisuuden, jossa tietohallinto esimerkiksi valmistellessaan tietojärjestelmähankintoja pystyisi muodostamaan hankintaan kohdistuvien vaatimusten oikeudellisen perustan seuraamalla sääntelyyn sisältyviä viittauksia.

Pääministeri Juha Sipilän hallitusohjelman toimeenpanosuunnitelmassa on asetettu tavoitteeksi tiedonhallinnan lainsäädännön uudistaminen tarkoituksena varmistaa tietojen monipuolinen, sujuva ja turvallinen hyödyntäminen julkisissa palveluissa.¹⁹⁹ Kun tiedonhallinta on vain yksi julkisten palvelujen järjestämiseen ja kehittämiseen vaikuttava elementti, tulisi vastaava yleislainsäädännön uudistamistyö käynnistää myös muun tietohallinnon tehtäville vaatimuksia muodostavan sääntelyn osalta. Vasta palveluissa noudatettavien periaatteiden palvelujen järjestämistä, tiedonhallintaa ja palvelujen tuotantoa ja tuotannon jatkuvuutta koskeva yhdenmukainen sääntely muodostaisi kokonaisuuden, jonka voitaisiin katsoa kattavan *hyvään tietohallintotapaan* ("IT-governance") sisältyvät osa-alueet.

¹⁹⁹ Ks. Tiedonhallinnan lainsäädännön kehittämislinjauksia – työryhmän raportti. Valtiovarainministeriön julkaisuja 37/2017. Valtiovarainministeriö 2017.

LÄHTEET

- Aarnio, Aulis*, Tulkinnan taito: ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY 2006.
- Eskola, Saira – Ruohoniemi, Erkki*, Julkiset hankinnat. 2. uudistettu painos. Alma Talent Oy 2010.
- Eskola, Saira – Kiviniemi, Eeva – Krakau, Tarja – Ruohoniemi, Erkki*, Julkiset hankinnat. Alma Talent Oy 2017.
- Heuru, Kauko*, Hyvä hallinto. Edita Publishing Oy 2003.
- Heuru, Kauko – Mennola, Erkki – Ryyänen, Aimo*, Kunta – Kunnallisen itsehallinnon perusteet. Edita 2008.
- Hiironiemi, Silja*, Kuntien tehtävien kartoitus, raportti 2012. Valtiovarainministeriön julkaisuja 2/2013.
- Hintsala, Reino*, Hyvä hallinto ja uusi julkisjohtaminen kunnallisen tietojohdamisen lähtökohdanna. Acta Wasaensia 247. Tuotantotalous 22. Vaasan yliopisto 2011.
- Huotari, Päivi*, Strategisen osaamisen johtaminen kuntien sosiaali- ja terveydenhuollossa – Neljän kunnan sosiaali- ja terveystoimen esimiesten käsityksiä strategisen osaamisen johtamisesta. Acta Universitatis Tamperensis 1328. Tampere 2009.
- Ihalainen, Harri*, Tietohallinto osana julkishallinnon sähköistyvää muutosta. Acta Universitatis Lapponiensis 181. Lapin yliopisto 2010.
- Iivari, Marika*, Exploring business models in ecosystemic contexts. Acta Universitatis Ouluensis, G Oeconomica 84. University of Oulu 2016.
- Immonen, Anne*, Quality in open data based digital service ecosystem. VTT Science 159. VTT 2017.
- Johanson, Jan-Erik*, Suunnitteluperusteinen, voimavaralähtöinen ja suhdokeskeinen. Kolme lähtökohtaa virastostrategian muotoiluun. Hallinnon tutkimus 1/2008, s. 1–17.
- Juntunen, Marko*, Business model change as a dynamic capability. Acta Universitatis Ouluensis, G Oeconomica 94. University of Oulu 2017.
- Järvenoja, Janne – Köngäs, Olavi – Lehto, Karolina – Tokola, Jussi – von Willebrand, Martin – Wirman, Kari*, JIT 2015 -ehdot – Käytännön käsikirja. Alma Talent Oy 2015.
- Koski, Saara*, Lasten henkilötietojen suojan tehokkuus ja riittävyys Euroopan unionissa – erityisesti esineiden internetin sovelluksissa, teoksessa Korpisaari, Päivi (toim.), Viestinnän muuttuva sääntely – Viestintäoikeuden vuosikirja 2016. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja 2017, s. 33–67.
- Koskinen, Ida*, Koneoppiminen ja EU:n yleisen tietosuojasetuksen vaatimus lainmukaisesta, kohtuullisesta ja läpinäkyvästä käsittelystä. Defensor Legis N:o 2/2018, s. 240–256.
- Kulla, Heikki*, Hallintomenettelyn perusteet. 9. uudistettu painos. Talentum Oyj 2012.
- Laine, Juha – Leinonen, Erika – Parkkola, Mikko*, Ketterien tietojärjestelmäprojektien sopimusten hallinta. Edilex 07/2011. Julkaistu 26.8.2011.
- Lehto, Martti – Limnell, Jarno – Kokkomäki, Tuomas – Pöyhönen, Jouni – Salminen Mirva*, Kyberturvallisuuden strateginen johtaminen Suomessa. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 28/2018. Valtioneuvoston kanslia 29.3.2018.

- Lehtonen, Jari*, Tietohallinnon haasteet kasvavassa ja kehittyvässä toimintaympäristössä -toimintatutkimus suomalaisen pk-yrityksen kasvusta globaaliksi toimijaksi. Turun kauppakorkeakoulun julkaisuja, Sarja A. Turun kauppakorkeakoulu 2016.
- Lilius, Reijo*, The Finnish IT Industries in Transition Defining and Measuring the Finnish Software Product and IT Services Industries by Applying Theoretical Frameworks. Acta Universitatis Lappeenrantaensis 486. Lappeenranta 2012.
- Linnapuomi, Markku – Siira, Timo*, Sote- ja maakuntauudistuksen yhteydessä toteutettavat tietojärjestelmämuutokset – Loppuraportti 23.4.2018. Suomen Kuntaliitto 2018.
- Morgan, Bronwen – Yeung, Karen*, An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials. Cambridge University Press 2007.
- Myllymäki, Arvo*, Finanssihallinto-oikeus. WSOY 2007.
- Mäenpää, Olli*, Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet. 4. uudistettu painos. Edita Publishing Oy. Porvoo 2011.
- Mäenpää, Olli*, Hallinto-oikeus. Sanoma Pro Oy 2013.
- Määttä, Kalle*, Oikeustaloustieteellinen näkökulma kotimaiseen lainvalmisteluun. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 242. Helsinki 2009.
- Määttä, Kalle*, Sääntelytarkkuuden monet kasvot. Edilex-artikkeli 24.1.2012. – [Http://www.edilex.fi/lakikirjasto/8576](http://www.edilex.fi/lakikirjasto/8576).
- Määttä, Kalle – Voutilainen, Tomi*, Julkisten hankintojen sääntely. Kauppakamari Oy 2017.
- Näsi, Salme – Hokkanen, Arja – Latvanen Jaana*, Johdon laskentatoimen hyväksikäyttö ja kehittämistarpeet erilaisissa kunnallisissa toimintayksiköissä. Jyväskylän yliopisto, Taloustieteiden tiedekunta 2001.
- Palo, Teea*, Business model captured? Variation in the use of business models. Acta Universitatis Ouluensis, G Oeconomica 61. University of Oulu 2014.
- Parviainen, Päivi – Kääriäinen, Jukka – Honkatukia, Juha – Federley, Maija*, Julkishallinnon digitalisaatio – tuottavuus ja hyötyjen mittaaminen. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 3/ 2017. Valtioneuvoston kanslia 2017.
- Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika*, Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot. 7. painos. Tietosanoma Oy 2015.
- Pellinen, Jukka*, Talusjohtaminen. 2. uudistettu painos. Alma Talent Oy 2017.
- Raudusoja, Kaisa – Suomela, Ulla*, Kustannuslaskennasta kustannusten hallintaan. Alma Talent Oy 2014.
- Selkälä, Jouko*, CIO Decision Making – Issues and a Process View. Jyväskylä studies in computing 232. University of Jyväskylä 2016.
- Seppänen, Ville*, From Problems to Critical Success Factors of Enterprise Architecture Adoption. Department of Computer Science and Information Systems, University of Jyväskylä 2014.
- Suomalainen, Tanja*, Changing the planning for agile and lean software development. From roadmapping to continuous planning. VTT Science 132. VTT 2016.
- Takki, Pekka – Halonen, Sakari*, IT-sopimukset – käytännön käsikirja. Alma Talent Oy 2017.
- Tuori, Kaarlo*, Budjetti, laki ja suunnitelma. Valtiovarainministeriön järjestelyosasto. Valtion painatuskeskus 1985.

- Tuori, Kaarlo – Kotkas, Toomas*, Sosiaalioikeus. 5. uudistettu painos. Alma Talent Oy 2016.
- Vilkkumaa, Matti*, Tulosrohmut – Yrityksen kannattavuuden suojaaminen. Alma Talent Oy 2017.
- Voutilainen, Tomi – Huttunen, Kimmo*, Julkisen hallinnon tiedonhallinnan pirstoutuminen ja lainsäädäntö. Oikeus 1/2015.
- Voutilainen, Tomi*, Tietohallintolain sääntelymallin problematiikka. Edilex 2013/30.
- Voutilainen, Tomi*, Julkisuus ja henkilötietojen suoja oikeustieteellisessä tutkimuksessa. Edilex-artikkeli. Julkaisupäivä 19.1.2015.
- Voutilainen, Tomi*, Tiedonsaanti rikosoikeudenkäyntiin liittyvistä asiakirjoista. Edilex-artikkeli. Julkaisupäivä 3.3.2016.
- Voutilainen, Tomi*, Henkilötietojen säilytys henkilörekisterissä ja arkistointi – KHO 2017:34. Lakimies 1/2018, s. 143–152.
- Åkerberg, Pertti*, Budjetointi 2020 -luvulla. Alma Talent Oy 2017.

Suosituks, ohjeet ja selvitykset

- JHS 146. Julkisuuslain mukaisen tietojärjestelmäselosteen laadintasuositus (5.10.2012, <http://www.jhs-suositukset.fi/web/guest/jhs/recommendations/146>).
- JHS 179. Kokonaisarkkitehtuurin suunnittelu ja kehittäminen (2.7.2017, <http://www.jhs-suositukset.fi/web/guest/jhs/recommendations/179>).
- JHS 198. Kokonaisarkkitehtuurin peruskuvaukset (9.5.2017, <http://www.jhs-suositukset.fi/web/guest/jhs/recommendations/198>).
- Liikenne- ja viestintäministeriö 7/2016. Maailman luotetuinta digitaalista liiketoimintaa. Suomen tietoturvallisuusstrategia. Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 7/2016.
- TSV 20.12.2012. Tietosuojavaltuutetun toimisto – Lokitiedot henkilötietojen suojaamisen välineenä (20.12.2012, päivitetty 10.6.2014).
- VAHTI 2/2012. ICT-varautumisen vaatimukset. Valtionhallinnon tietoturvallisuuden johtoryhmä 2/2012. Valtiovarainministeriö 2012.
- VAHTI 2/2009. ICT-toiminnan varautuminen häiriö- ja erityistilanteisiin. Valtiovarainministeriö julkaisuja 2/2009. Valtiovarainministeriö 2009.
- Valtiovarainministeriö 34/2017. Tietoja valtion tietohallinnosta 2016. Valtiovarainministeriön julkaisu 34.2017. Valtiovarainministeriö 2017.
- Valtiovarainministeriö 6a/2018. Kuntatalousohjelma 2019–2022 – kevät 2018. Valtiovarainministeriön julkaisu 6a/2018. Valtiovarainministeriö 2018.
- VTV 19/2017. Tietojärjestelmäohjelmien kustannusten ja hyötyjen suunnittelu ja seuranta. Valtiontalouden tarkastusviraston tarkastuskertomukset 19/2017. Helsinki 2017.
- VTV 15/2017. Sähköisten palvelujen toimintavarmuuden ohjaus. Valtiontalouden tarkastusviraston tarkastuskertomukset 15/2017. Helsinki 2017.
- VTV 6/2016. Digitaalisten asiointipalveluiden kehittäminen ja tuotanto. Valtiontalouden tarkastusviraston tarkastuskertomukset 6/2016. Helsinki 2016.
- VTV 7/2015. Yhteentoimivuus valtion ICT-sopimuksissa. Valtiontalouden tarkastusviraston tarkastuskertomukset 7/2015. Helsinki 2015.
- VTV 11/2014. Sähköisen arkistoinnin edistäminen. Valtiontalouden tarkastusviraston tarkastuskertomukset 11/2014. Helsinki 2014.

Hallituksen esitykset

- HE 187/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle arkistolaiksi.
- HE 1/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- HE 30/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 96/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle henkilötietolaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 17/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi sähköisestä asioinnista viranomais-toiminnassa.
- HE 72/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 56/2003 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi valtion talousarviosta annetun lain muuttamisesta.
- HE 3/2008 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle valmiuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 202/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi valtion talousarviosta annetun lain muuttamisesta.
- HE 246/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisen hallinnon tietohallinnon ohjauksesta sekä viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain 18 ja 36 §:n muuttamisesta.
- HE 90/2012 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi tuloverolain muuttamisesta.
- HE 50/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hallintolain muuttamisesta.
- HE 150/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi valtion yhteisten tieto- ja viestintäteknisten palvelujen järjestämisestä, julkisen hallinnon tietohallinnon ohjauksesta annetun lain 11 §:n ja 13 §:n 2 momentin kumoamisesta sekä valtiokonttorista annetun lain 2 §:n 4 momentin kumoamisesta.
- HE 219/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen sähköisestä käsittelystä annetun lain sekä sähköisestä lääkemääräyksestä annetun lain muuttamisesta.
- HE 187/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle valtioneuvostosta annetun lain 2 §:n ja arkistolain 1 §:n muuttamisesta.
- HE 268/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kuntalaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 59/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi hallinnon yhteisistä sähköisen asiointin tukipalveluista sekä valtion yhteisten tieto- ja viestintäteknisten palvelujen järjestämisestä annetun lain muuttamisesta.
- HE 108/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 15/2017 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi.
- HE 9/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle EU:n yleistä tietosuojaa-asetusta täydentäväksi lainsäädännöksi.

HE 16/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

Digitaaliset lähteet

Gartner IT Glossary 2018. – [Http://www.gartner.com/it-glossary](http://www.gartner.com/it-glossary)

Kuntien ja sosiaali- ja terveydenhuollon tietohallinnon ja ICT-toiminnan nykytila sote- ja alueuudistuksen näkökulmasta. Digitalisaatio, ICT-palvelut ja tietohallinto -ryhmä, 26.1.2016. – [Http://alueuudistus.fi/documents/1477425/2096487/Versio_1.0_Muistio_tietohallinnon+nykytila_luonnos.pdf/85d78523-a5eb-4581-b810-0d9ce98acaf0](http://alueuudistus.fi/documents/1477425/2096487/Versio_1.0_Muistio_tietohallinnon+nykytila_luonnos.pdf/85d78523-a5eb-4581-b810-0d9ce98acaf0).

New European Interoperability Framework – Promoting seamless services and data flows for European public administrations. Publications Office of the European Union 2017. – [Https://ec.europa.eu/isa2/eif_en](https://ec.europa.eu/isa2/eif_en).

Tepa-termipankki. Erikoisalojen sanastojen ja sanakirjojen kokoelma. Sanastokeskus TSK. – [Http://www.tsk.fi/tepa/fi/haku/](http://www.tsk.fi/tepa/fi/haku/).

The Open Group. The Togaf Standard – version 9.2. – [Http://www.opengroup.org/subject-areas/enterprise/togaf](http://www.opengroup.org/subject-areas/enterprise/togaf).

Tietohallintojen johtaminen Suomessa 2016. Tutkimusraportti 22.9.2016. – [Http://tivvia.fi/sites/tivvia.fi/files/tivvia/Julkaisut/tutkimukset/THJ/Sofigate_tutkimusraportti_2016.pdf](http://tivvia.fi/sites/tivvia.fi/files/tivvia/Julkaisut/tutkimukset/THJ/Sofigate_tutkimusraportti_2016.pdf).

Valtioneuvosto, Maakunta- ja soteuudistuksen yleisesittely. – [Https://alueuudistus.fi/uudistuksen-yleisesittely](https://alueuudistus.fi/uudistuksen-yleisesittely), vierailtu 8.12.2017.

Valtioneuvoston ohjesääntö (262/2003). – [Http://valtioneuvosto.fi/paatokset/periaatepaatokset](http://valtioneuvosto.fi/paatokset/periaatepaatokset).

Valtiovarainministeriö, Julkisen hallinnon kokonaisarkkitehtuuri. – [Http://vm.fi/julkisen-hallinnon-yhteinen-kokonaisarkkitehtuuri](http://vm.fi/julkisen-hallinnon-yhteinen-kokonaisarkkitehtuuri), vierailtu 17.11.2017).

Valtiovarainministeriö, Tulosoikeuden käsikirja. – [Http://vm.fi/hallintopolitiikka/ohjaus-jarjestelmat/tulosohjaus/tulosohjaus-kasikirja](http://vm.fi/hallintopolitiikka/ohjaus-jarjestelmat/tulosohjaus/tulosohjaus-kasikirja) (vierailtu 10.5.2018).

PUBLIC SECTOR IT UNIT'S OBLIGATORY PLANNING ACTIVITIES

In Finnish public sector, planning is a key part of how state and municipalities conduct public affairs and manage public resources. Planning of goals, resources and activities is the foundation for good governance. In media and evaluation reports, projects of public sectors information systems are often estimate to be unsuccessful, mainly because of poor design. In public sector information and communication technology (or digital technology) is an increasingly important element of organizational products and services, which emphasizes the importance of design.

This study, by screening existing legislation, aims to form an overall picture of main planning obligations for state and municipalities IT governance units. *What are the planning objects, how coherent is the legislation of objects and is there any sanctions, if the planning has not done?* Based on these questions, the aim is to formulate a proposal for better regulation.

Planning for activities and economy is the foundation of public sectors services. Economic planning is linked to the legislation on financial management, which guides the planning on IT governance. Without resources, digital services can't be developed or produced. Regulations of good governance requires that information systems must meet the needs of customers and must function without interruption. Legislation also requires that state and municipalities IT governance units must be prepared for exceptional situations and other crisis. Information management is the key for arranging services and requires planning. Legislation of data protection requires the authority to evaluate the information processing processes and the risks involved it. Functionality and interoperability of information systems are included in the statutory obligations and is the basis for public procurements.

Interoperable legislation of IT governance requires better regulation for the results of planning, especially in situations where the planning is the goal to achieve services of the same quality in different organizations. When planning is necessary to make, it is important that legislation is mandatory. In situations where services do not have to be the same, it is better if legislation is more flexible and is based best practices and soft-law -type regulations. For example, the organization of IT-services do not have to be regulate strictly. In ideal situation, legislation provides coherent and consistent legal framework, which gives state and municipalities IT governance units a better picture of all the mandatory tasks that *good IT governance* requires.

Siina Raskulla

**MUUTOKSEN JA VAKAUDEN
DYNAMIIKKA –
OIKEUS JA POLITIIKKA YHTEIS-
KUNNALLISINA DISKURSSEINA**

Sisällys

1	JOHDANTO	333
2	OIKEUS YHTEISKUNNALLISENA DISKURSSINA.....	336
3	YHTEISKUNNALLISET DISKURSSIT JA VALTA: JÄRJEN JA TUNTEEN KAMPPAILUA?	340
3.1	Oikeudellinen diskurssi, rationaalisuus ja sijaishyväksyntä.....	340
3.2	Poliittinen diskurssi, toiminnan tuottaminen ja valta	343
4	OIKEUS, POLITIIKKA JA YHTEISKUNTA	349
4.1	Oikeuspoliittinen diskurssi – oikeuden ja politiikan rajamailla.....	349
4.2	Muutoksen ja vakauden dynamiikka sekä diskursiivinen pluralismi	352
5	YHTEISKUNNALLISTEN DISKURSSIEN YMMÄRTÄMINEN JA TUTKIMINEN.....	359
5.1	Diskurssit yhteiskunnallisen vallan ilmentyminä ja yhteiskunnan järjestäjänä	359
5.2	Yhteiskunnallinen diskurssianalyysi	359
6	LOPUKSI	367
	LÄHTEET	371
	LAW AS A SOCIETAL DISCOURSE. THE DYNAMICS OF CHANGE AND STABILITY	373

Muutoksen ja vakauden dynamiikka – oikeus ja politiikka yhteiskunnallisina diskursseina

1 JOHDANTO

Oikeus on yhteiskunnallisen vallankäytön muoto, jota käyttää erityisesti nimenomaiseen tehtävään valitut tuomarit ja viranomaiset, jotka soveltavat oikeutta. Oikeuden soveltaminen ja toimeenpaneminen tuottavat oikeudellisia ratkaisuja, oikeuslauseita, jotka pannaan täytäntöön viime kädessä pakkokeinoin. Kysymys on yksilöihin kohdistuvasta yhteiskunnallisesta vallasta, joka oikeutetaan viittaamalla olemassa oleviin normeihin sekä tunnistettuihin tosiseikkoihin. Tässä artikkelissa pohditaan oikeuden diskursiivista luonnetta ja sen merkitystä yhteiskunnallisessa kontekstissa. Artikkelissa pyritään havainnoimaan oikeudellista argumentaatiota, sekä viitekehystä, jossa se tapahtuu nimenomaan yhteiskunnallisena diskursseina.

Kirjava joukko diskurssitutkimusta tarkastelee ja systematisoi diskursiivien suhdetta valtaan ja vallankäyttöön, mutta painottuen nimenomaan avoimen poliittiseen vuorovaikutukseen. Poliittikan tutkimuksen parissa diskurssi nähdään hyvin monimuotoisena ilmiönä, kun taas oikeudellinen diskurssi ymmärretään usein *argumentationa*. Oikeudellisessa argumentaatioteoriassa korostuu erityisesti rationaalinen johdonmukaisuus. Poliittinen diskurssitutkimus on lainopillisesti suuntautunutta oikeudellista argumentaatiotutkimusta teoreettisesti ja menetelmällisesti värikkäämpi ala. Oikeudellista tutkimusta kirjoituksessa edustavat erityisesti *Robert Alexy*, *Aulis Aarnio* sekä *Alexander Peczenik*. Oikeusteoreetikoista Alexander Peczenik on laatinut edellä mainittuihin Aarnioon ja Alexyyn verrattuna avoimemman teoreettisen viitekehysten, jossa korostuu rationaalisuuden kontekstuaalinen arviointi niin juridisten kuin ulkojuridisten seikkojen perusteella. Ulkojuridisiin perusteisiin Peczenik katsoo kuuluvan esimerkiksi

yhteiskuntafilosofian.¹ Poliittista diskurssitutkimusta artikkelissa edustavat erityisesti *J. L. Austin, Jonathan Charteris-Black, Paul Chilton, Cristopher Hutton* sekä *Chaim Perelman*. Oikeudellisessa ja poliittisessä tutkimuksessa teoreettiset viitekehykset poikkeavat toisistaan, mikä näkyy myös siinä, miten diskursseja lähestytään ja arvioidaan. Poliittisen diskurssin yhteydessä esitettyjä lauseita tulkitaan usein siitä näkökulmasta, että ne ovat pyrkivät joko vakuuttamaan, suostuttelemaan, pakottamaan tai johtamaan harhaan. Vastaavanlaisia tulkintoja ei voida tehdä juridisen diskurssin tuottamista lauseista – ei ainakaan yhtä helposti.

Oikeudellinen argumentaatioteoria lähtee liikkeelle formaalin rationaalisuuden tavoiteltavuudesta ja sen teoreettisista edellytyksistä. Formaali rationaalisuus on sekä tieteenalan ihanne että oikeudellisen vallankäytön edellytys. Poliittinen diskurssitutkimus taas lähtee liikkeelle siitä, miten diskurssit tosiasiallisesti ilmenevät yhteiskunnassa ja millaisia vaikutuksia ne tuottavat: Mikä on poliittisen vallan tosiasiallinen edellytys? Poliittisesti orientoitunut diskurssitutkimus tuottaa empiirisiin havaintoihin liittyen myös paljon erilaisia luokitteluja, joiden avulla diskurssien erilaisia ilmenymiä, kuten tekstejä ja puheita, voidaan purkaa ja analysoida (ks. luku 5). Näiden luokittelujen yhteiskunnallinen relevanssi on kuitenkin välillä epäselvä. Teoreettinen viitekehys, jonka avulla olisi mahdollista ymmärtää erilaisia yhteiskunnallisia diskursseja ja niiden keskinäissuhteita, puuttuu.

Yhtenä syynä tähän voidaan pitää sitä, miten oikeudellinen ja poliittinen tutkimustraditio kohtaavan harvoin. Chilton on huomauttanut, ettei poliittinen tutkimus tunnu ymmärtävän tai olevan kiinnostunut siitä, miten säädetty oikeus kykenee rajoittamaan inhimillistä toimintaa.² Oikeudellinen argumentaatiotutkimus taas ei aina näytä tunnustavan oikeuden olevan yhteiskunnallisen vallankäytön yksi vaihtoehtoinen muoto. Oikeudellisen ja poliittisen diskurssin keskinäinen suhde sekä yhteiskunnallinen rooli jäävät epäselväksi vahvasti kahtiajakautuneen tutkimuskentän piirissä.

Sen lisäksi, että tässä artikkelissa pyritään tarkastelemaan oikeutta ja oikeudellisen vallan ilmenemistä diskurssina, tarkoituksena on kartoittaa *poliittisen* diskurssin ominaispiirteitä. Tavoitteena on muodostaa kuva oikeudellisen diskurssin suhteesta muihin yhteiskunnalliseen vallankäyttöön

* Siina Raskulla, HM, yliopisto-opettaja, Tampereen yliopiston johtamiskorkeakoulu

¹ Peczenik 1983 s. 1. Oikeusteoreettinen kirjallisuus on mannermaisesti orientoitunutta, jonka voidaan katsoa vaikuttavan siihen, miten esimerkiksi tuomari tai viranomainen ilmaisee itseään suojellen objektiivisuuden vaatimusta.

² Chilton 2004 s. 4.

liittyviin diskursseihin. Nämä diskurssit kuitenkin myös tuottavat niitä oikeudellisia normeja, jotka ovat oikeudellisen diskurssin keskiössä.

Tämän artikkelin keskeisenä lähtökohtana on kriittisyys oikeudellisten ja poliittisten teorioiden keskeisiä oletuksia ja itseymmärrystä kohtaan. Kriittistä näkökulmaa oikeudellisessa tutkimuksessa on Euroopassa edustanut erityisesti niin sanottu Frankfurtin koulukunta. Frankfurtin koulukunta on Paul Chiltonin mukaan pyrkinyt valaisemaan kielen, kulttuurin ja politiikan suhteita.³ Koulukuntaa edustava *Jürgen Habermas* on kriittiselle tutkimukselle keskeinen inspiraation lähde. Habermas rakentaa töissään siltaa oikeudellisen ja poliittisen välille. Rationaalisuuden keskeisyys Habermasin teoriassa tekee hänen työstään kuitenkin oikeudelliseen rationaalisuuden ideaaliin voimakkaasti sitoutuneen sen sijaan, että se pyrkisi kuvaamaan ja selittämään diskursiivista poliittista valtaa.⁴ Habermasin tutkimukselle asettamat tavoitteet ovat kuitenkin sellaisia, joiden voidaan katsoa määrittelevän, jos ei diskurssille itselleen, niin ainakin diskurssien tutkimukselle asetettavia kriteerejä (ks. luku 6).

Tässä artikkelissa pohditaan ensinnäkin oikeuden diskursiivista luonnetta (luku 2). Toiseksi kartoitetaan oikeudellisen diskurssin erityispiirteitä ja verrataan niitä poliittisen diskurssin piirteisiin (luku 3). Luvut 2 ja 3 kartoittavat oikeudellisen ja poliittisen kirjallisuuden kautta diskurssien ominaispiirteitä. Tämän jälkeen artikkelissa aletaan rakentaa kokonaiskuvausta siitä, mikä on eri diskurssien keskinäinen suhde sekä yhteiskunnallinen merkitys. Luvussa 4 pohditaan sitä, miten yhteiskunnallisessa keskustelussa keskeisenä on oikeudellisen ja poliittisen keskustelun eriaisteiset väli muodot, joihin tässä artikkelissa viitataan yleisesti oikeuspoliittisena diskurssina (luku 4.1). Tämän jälkeen pohditaan eri diskurssien merkitystä yhteiskunnallisen järjestäytymisen ja yhteiskunnan jäsenten keskinäisten suhteiden näkökulmasta (luku 4.2). Tämä pohdinta muodostaa perustan, jonka avulla diskurssianalyysin keinoin voidaan tarkastella yhteiskunnallista vallankäyttöä pintatasoa syvemmältä. Tavoitteena on pyrkiä ymmärtämään ja arvioimaan diskursseja siitä näkökulmasta, miten ne kontribuoivat yhteiskunnan muutoksen ja vakauden dynamiikkaan (luku 5). Samalla kun luvussa 5 esitellään, miten artikkelissa hahmoteltua jakoa eri diskurssi-tyyppeihin voidaan hyödyntää analyttisenä viitekehyksenä oikeudellisen diskurssin yhteiskunnalliselle analyysille ja tulkinnalle, siinä tuodaan esille, miten diskurssianalyysin kolmas taso, eli kritiikki, edellyttää sen liittä-

³ *Ibid.* s. ix–i.

⁴ Ks. *Habermas* 1987 s. 63–70.

mistä laajempaan viitekehykseen. Tässä viitekehyksessä tuodaan eksplisiittisesti esille yhteiskunnassa vallitsevat arvot sekä vallankäyttöä koskevat odotukset.⁵ Lopuksi vedetään yhteen artikkelin havaintoja ja pohditaan lyhyesti diskurssien tutkimukselle ja analyysille asetettavia tavoitteita (luku 6).

2 OIKEUS YHTEISKUNNALLISENA DISKURSSINA

Sosiaalisesta näkökulmasta diskursseissa on *Vivien A. Schmidin* mukaan kysymys ideoiden välittämisestä.⁶ Yhteiskunnallisessa kontekstissa diskurssit ovat myös vallankäytön välineitä: Jonathan Charteris-Black on kuvannut kielen olevan keino oikeuttaa vallankäyttöä.⁷ *Pragmaattisilla diskursseilla* haetaan ideoiden välittämisen lisäksi vaikuttavuutta. Vaikutavuudessa on kysymys toiminnan tuottamisesta, ohjaamisesta tai toiminnasta pidättäytymisestä. Paul Chilton kuvaa, miten sosiaalisiin ja poliittisiin instituutioihin sidotun kielen avulla voidaan julistaa sota, todeta syyllisyys, kaataa hallitus tai korottaa veroja.⁸ Myös Chaïm Perelman on korostanut, ettei kieli ole ainoastaan kommunikaatiokeino vaan toiminnan tuottamisen väline, ja siihen tarkoitukseen hyvin mukautunut.⁹ Diskurssin tarkoituksena voi siis olla joko vallankäytön oikeuttaminen, jolloin yleisö on lähtökohtaisesti passiivinen, tai toiminnan tuottaminen, jolloin valta perustuu siihen, että yleisö aktivoituu toimimaan.¹⁰

Siinä määrin kuin oikeutta lähestytään sosiaalisten suhteiden järjestäjänä, oikeus diskurssina on yhteiskunnallisen oikeustutkimuksen näkökulmasta hyvin mielenkiintoinen ilmiö. Oikeuden luonne diskurssina on usein

⁵ Diskurssianalyysin tasot: analyysi, tulkinta, ja kritiikki, ks. *Pynnönen* 2013 s. 25.

⁶ *Schmidt* Annu. Rev. Polit. Sci. 2008 s. 303.

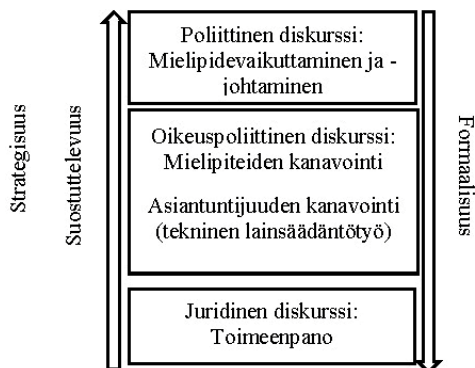
⁷ *Charteris-Black* 2005 s. 1.

⁸ *Chilton* 2004 s. 30.

⁹ *Perelman* 2000 s. 1408–1409.

¹⁰ Toki myös yleisö kommunikoi valtaa pitävän suuntaan, eli on olemassa myös alhaalta ylöspäin suuntautuvaa diskurssia. Tällainen alhaalta ylöspäin suuntautuva diskurssi esittää valtaa pitävälle vaatimuksia vallankäyttöön liittyen, eli näkemyksiä siitä, miten valtaa pitävä tulisi tätä valtaansa käyttää. Toisaalta alhaalta ylös suuntautuva diskurssi pyrkii ilmaisemaan vallanpitäjälle yleisön näkemyksiä tämän vallankäytön hyväksyttävyydestä tai oikeutuksesta, yleensä silloin, kun tämä koetaan jotenkin puutteelliseksi. Tämä on kuitenkin nimenomaan poliittiselle vallankäytölle ominainen piirre (ks. luku 3.2). Pääasiassa poliittisessä diskurssissa voidaan nimenomaan katsoa olevan kysymys ylhäältä alaspäin suuntautuvasta vallankäytöstä, jossa valtaa käytetään nimenomaan tuottaen diskursiivisin keinoin toimintaa suuremmissa väkijoukossa.

enemmän oletettua kuin nimenomaisesti ilmaistua. Robert Alexyn mukaan oikeudellinen diskurssi on pragmaattisen diskurssin yksi alaryhmä, jota kuvaa sen suhde vallitsevaan oikeusjärjestykseen ja voimassa oleviin normeihin.¹¹ Alexy on huomauttanut, että erilaisille diskursseille on erilaisia sääntöjä.¹² Erilaisten sääntöjen lisäksi voidaan tunnistaa myös asteeroja siinä, kuinka paljon diskurssia ylipäättään säätelee erilaiset formaalit tai informaalit säännöt (ks. kuvio 1).¹³ Oikeudellinen diskurssi on julkisen vallankäytön ytimessä ja sen keskiössä ovat nimenomaan voimassa olevat oikeusnormit. Oikeudellisen diskurssin tuotoksena voidaan katsoa syntyvän täytäntönpantavia päätöksiä, joiden vaikuttavuus turvataan viime kädessä pakkovallan avulla. Oikeudellinen diskurssi ymmärretäänkin pitkälti oikeudellisena argumentaationa. Pelkkä normien ja tosiasioiden yhteensovittaminen ei kuitenkaan yksin riitä kuvaamaan oikeudellista diskurssia, vaan siihen liittyvät myös erilaiset säännöt ja toimintatavat, jotka kehystävät oikeudellista argumentaatiota. Diskurssi huomioi esimerkiksi sen, miten juridisen institutionaalisen aseman omaavalta edellytetään verbaalista ja selkeää ilmaisua. Ilmaisua saattaa olla minimalistista erityisesti tunnetaukseltaan. Selkeän ja neutraalin ilmaisutavan voidaan katsoa liittyvän objektiivisuuden suojelemiseen, objektiivisuuden ollen keskeinen vaatimus oikeudellisessa argumentaatiossa.



Kuvio 1. Oikeudelliset ja poliittiset instituutiot, diskursiiviset piirteet ja diskurssin sääntelyn määrä

¹¹ *Ibid.* s. 211–212.

¹² Alexy 1989 s. 19.

¹³ Ks. Lowdes – Roberts 2013 s. 47; 53.

Robert Alexyn mukaan oikeudellisessa argumentaatiossa korostuu tuotettujen yksittäisnormien rationaalisuus voimassa olevien normien ja oikeusjärjestyksen muodostamassa viitekehyksessä.¹⁴ Oikeusteoreettisessa tutkimuksessa tämä rationaalisuuden ideaali näyttäytyy pyrkimyksenä loogisdeduktiivisten ratkaisumenetelmien muotoilemiseen yhteen oikeaan ratkaisuun pääsemiseksi kussakin ratkaisutilanteessa. Tosi-lauselman tuottamista vaikeuttavat erityisesti aukko-, ristiriita- ja tulkintatilanteet. Aukot pyritään täyttämään sekä ristiriidat ja tulkintatilanteet ratkaisemaan hyödyntämällä yleisiä oppeja, oikeuslähdeoppeja ja tulkintaperiaatteita.¹⁵ *Neil MacCormickin* mukaan tulkinnan sääntökirjana toimii valtiosääntö, tai eivaltioissa ja valtioidenvälisissä oikeusjärjestelmissä niiden perustamisopimukset.¹⁶ Tämä sääntökirja ilmaisee oikeuslähteet ja oikeusperiaatteet, joiden kautta lainsäädännöllisiä aukkoja pyritään täyttämään tai ristiriitoja ratkaisemaan.

Oikeudellisen diskurssin erityispiirteisiin voidaan katsoa kuuluvan sen korostunut suhde sääntöihin. Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa korostetaan, miten juridinen diskurssi tapahtuu tiettyjen rajoitteiden puitteissa.¹⁷ Sääntöjen tavoitteena voidaan katsoa olevan sisäisen johdonmukaisuuden ja ratkaisun oikeellisuuden demonstroitavuuden turvaaminen. Tämä edellyttää tuen saantia empiirisestä (materiaalisesta) sekä normatiivisesta aineistosta. Kaarlo Tuori sekä *Raimo Siltala* ovat jakaneet normatiivisen aineiston staattisiin ja dynaamisiin ratkaisuperusteisiin, eli voimassa oleviin normeihin (staattiset ratkaisuperusteet) ja aiempiin tuotettuihin lauselmiin (oikeuskäytäntö, dynaaminen aineisto).¹⁸ Tavoitteena juridisessa punninnassa on perinteisesti nähty olevan lainsäätäjän alkuperäisen tahdon selvittäminen kansansuvereniteettiperiaatteen mukaisesti.¹⁹

Sen lisäksi, että oikeudellinen diskurssi itsessään kiinnittyy tieteenkin *oikeussääntöihin*, erilaiset institutionaaliset säännöt määrittelevät sen, milloin tuomioistuin- tai viranomaisratkaisu on lainvoimainen. Institutionaaliset säännöt asettavat vaatimuksia ratkaisua tekeville henkilöille, prosessille sekä ratkaisun perusteluille, tiedoksi saattamiselle ja julkisuudelle.²⁰ Oi-

¹⁴ Alexy 1989 s. 214; 220.

¹⁵ Ks. Tolonen 2003.

¹⁶ MacCormick 2010 s. 99.

¹⁷ Alexy 1989 s. 212.

¹⁸ Tuori 2000 s. 200; Siltala 2003 s. 283.

¹⁹ Ks. Rautio 2006 s. 31–35; MacCormick 2010 s. 60.

²⁰ Ks. Alexy 1989 s. 19; 214. Tuomioistuin on kuitenkin julkisempi ja jossain määrin vaikiintuneempi instituutio. Siksi sen toimintaa sekä tutkitaan, tarkkaillaan että säädellään enemmän. Viranomaistoimintaan oikeudenkäytön muotona kiinnitetään kuitenkin lisäänty-

keudellisten lausiden yhteiskunnallinen vaikutus perustuu niiden muodolliseen täytäntöönpanoon. Täytäntöönpanon lähtökohtaisena edellytyksenä on ratkaisujen yhdenmukaisuus sisällöllisten mutta erityisesti prosessuaalisten sääntöjen kanssa: sen kanssa, että ratkaisut ovat syntyneet oikeassa järjestyksessä, ja että ne on antanut toimivaltainen tuomioistuin tai viranomainen. Täytäntöönpano keskeytetään, mikäli todetaan, ettei lause ja/tai prosessi, jossa se on tuotettu, täytä sisällöllisiä tai prosessuaalisia kriteerejä.²¹

Tuotetun ratkaisun materiaalista hyväksyttävyyttä siitä näkökulmasta, miten se vastaa oikeudellisen vallankäytön kohteena olevan oikeussubjektin tai edes laajemmin yhteiskunnan jäsenten kesken vallitsevia näkemyksiä oikeudenmukaisuudesta, ei arvioida erikseen. Vaikuttavuus, eli päätöksen lainvoimaisuus ja oikeudellinen valta, ei lähtökohtaisesti riipu tosiasiallisesta hyväksynnän saavuttamisesta. Tosiasiallisen sisällöllisen hyväksyttävyyden sijaan vaikuttavuus edellyttää substantiaalisten ja prosessuaalisten sääntöjen noudattamista.

Nimenomaan oikeudellista diskurssia koskevaa rationaalisuuden ideaalia voidaan kritisoida siitä näkökulmasta, miten ihmiset tosiasiaassa arvioivat hyväksyttävyyttä: riittääkö substantiaalisten ja prosessuaalisten sääntöjen johdonmukainen noudattaminen hyväksyttävyyden turvaamiseksi? Onko oikeudellisen vallankäytön oikeutukseksi riittävä se, että se johdonmukaisesti noudattaa sääntöjä, tuotetun ratkaisun sisällöstä riippumatta? Riittääkö rationaalisuus legitimitetin takeeksi? Poliittista käyttäytymistä tutkiva *Dennis Chong* on koonnut yhteen käyttäytymistutkimuksen parissa vallitsevia näkemyksiä päätöksenteosta, kuten että ihmiset eivät aina tee intressiensä kannalta optimaalista ratkaisua, koska he käyttävät vain rajallisen määrän aikaa ja resursseja tavoitteidensa saavuttamiseksi. Ihmiset vastaavat uuteen informaatioon aina niin että heidän preferenssien vakaus tai vastustus informaatiolle ovat etusijalla.²² Uuden informaation vastaanottamista heikentäviä vakaita preferenssejä edustavat esimerkiksi puolue-

vässä määrin huomiota. Oikeusteoriassa ja oikeudellisessa tutkimuksessa on keskitytty paljon tuomioistuinten käyttämään argumentaatioon muttei niinkään esimerkiksi hallintoviranomaisten, jotka niin ikään tekevät oikeudellisia päätöksiä, siitä huolimatta, että yksi oikeusteorian merkkiteoksista, *Hans Kelsenin* ”Puhdas oikeusoppi” käsittelee rinnakkain sekä tuomioistuin- että hallintoratkaisuja.

²¹ Käytännössä se, että ratkaisu on syntynyt sekä oikeassa järjestyksessä että on vallitsevan oikeusjärjestyksen mukainen, on oletettua. Täytäntöönpaneva viranomainen ei arvioi, eikä hän välttämättä ole edes kyvykäs arvioimaan ratkaisun lainmukaisuutta. Tämän arvioinnin suorittaa tarvittaessa joko päätöksen tehnyt viranomainen tai ylempi oikeusaste joko omaloitteisesti tai valituksen perusteella.

²² *Chong* 2013 s. 96–98.

valinta ja poliittiset arvostukset.²³ Ihmiset usein tulkitsevat samat tiedot tai tapahtumat puolueellisen osapuolen tai ideologisesta näkökulmasta.²⁴ Uusi informaatio, vaikkakin epärelevantti, saattaa vaikuttaa päätöksentekoon, ja toisaalta uusi relevantti informaatio taas ei vaikuta.²⁵ Käyttäytymistutkimuksen myötä on tullut tarpeelliseksi huomioida myös tunteiden, mielikuvien ja karisman vaikutusta ihmisten toimintaan ja mielipiteenmuodostamiseen.²⁶

Oikeudellisten ratkaisujen ja niiden ilmentämän vallankäytön laajemman yhteiskunnallinen hyväksynnän perustuminen formaaliin rationaalisuuteen samaan aikaan, kun yksilöt ja ryhmät muodostavat käsityksiä perustuen sekä puutteellisiin tietoihin että tunteisiin, on mielenkiintoinen ilmiö. Vaikuttavuuden suhde hyväksyntään sekä yleisön toiminnan merkitys muodostavat vedenjakajat oikeudellisen diskurssin ja muiden yhteiskunnalliseen vallankäyttöön liittyvien diskurssien välille.

3 YHTEISKUNNALLISET DISKURSSIT JA VALTA: JÄRJEN JA TUNTEEN KAMPPAILUA?

3.1 Oikeudellinen diskurssi, rationaalisuus ja sijaishyväksyntä

Keskeistä yhteiskunnallisen vallankäytön diskurssiivisten menetelmien valinnassa on se, perustuuko vaikuttavuus yleisön passiivisuuteen vai aktiivisuuteen. Jo Aristoteles aikoinaan korosti yleisön asemaa. Chaïm Perelman on tutkimuksessaan tehnyt yleisöstä keskeisen toimijan. Chiltonin mukaan *universaali yleisö* käsittää jokaisen yhteiskuntaan sosiaalistuneen normaalin aikuisen yksilön.²⁷ Muita yleisöä koskevia käsitteitä ovat esimerkiksi Aarnion *konkreettinen yleisö* sekä *ideaali yleisö*. Konkreettinen yleisö on yleisö, jolle diskurssi on tosiasiaassa suunnattu. Ideaali yleisö taas ei ole altis minkäänlaisille manipulaation tai harhaanjohtamisen mahdollisuuksille.²⁸ Tällaista ideaalia yleisöä voidaan pitää jossain määrin hypoteettisena. Hyödyllinen käsite on myös Schmidin käyttämä *legitimiteettiyleisö*, joka voi olla joko konkreettinen tai hypoteettinen.²⁹ Yhtäältä yleisön käsite

²³ *Ibid.* s. 101.

²⁴ *Ibid.* s. 109.

²⁵ *Ibid.* s. 119.

²⁶ Ks. *Peters* 2001.

²⁷ *Chilton* 2004 s. 44–45. Ks. *Perelman – Olbrechts-Tyteca* 1969 s. 31–35.

²⁸ Ks. *Aarnio* 1987 s. 222–225.

²⁹ Ks. *Schmidt* *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2008; *Perelman* 2000.

rakentaa siltaa myös poliittisen tutkimuksen ja oikeusteorian välille. Toisaalta taas yleisön olemassaolo ja kysymys siitä, onko yleisö *konkreettinen* vai *hypoteettinen*, erottaa pragmaattiset diskurssit toisistaan.

Oikeudellisessa diskurssissa suhde yleisöön on dualistinen. Vaikka juridisen diskurssin konkreettinen yleisö vaikuttaisi ensinäkemältä olevan se, johon vallankäyttö kohdistuu, eli jonka subjektiivisiin oikeuksiin ja oikeudelliseen asemaan se vaikuttaa, rikoksesta tuomittua tuskin kiinnostaa, onko täytäntöönpantava ratkaisu Aulis Aarniota lainaten ”parhaiten oikeutettu ja perusteltu”.³⁰ Juridisen diskurssin tuotoksena syntyy lausemia, joiden konkreettinen yleisö on ensisijaisesti yleensä päätöksen täytäntöönpanija. Institutionaalissa viitekehyksessä tämä tarkoittaa tuomioistuimen tai viranomaisen päätöksen täytäntöön panevaa virkavaltaa, kuten ulosotomiestä tai rikosseuraamuslaitosta. Tuomioistuinratkaisu, kertoo sen täytäntöön panevalle viranomaiselle, mitä hänen tulee tehdä, miten ja missä ajassa. Konkreettinen yleisö on ratkaisun toimeenpaneva viranomainen. Valtasuhteiden vuoksi kysymys on assertiivisista lauseista, eli käskyistä, eikä direktiivisistä lauseista eli ohjeista tai kehotuksista. Oikeudellisen lauseen vaikuttavuus perustuu formalisoituun vallankäyttöön ja valtasuhteisiin, eikä siten ole riippuvainen yksittäiseen tapaukseen liittyvien päätöksentekijöiden, täytäntöönpanijoiden tai vallankäytön kohteiden esittäjästä nimenomaisesta hyväksynnästä. Diskursiivista institutionalismia tutkineen Schmidin mukaan vallankäyttö voi olla kommunikoivaa diskurssia valtaa pitävien kesken tai vallanpitäjien ja yleisön välillä.³¹ Kommunikoiva diskurssi viittaakin usein nimenomaan ylhäältä alas, vallanpitäjiltä vallanalaisille, tapahtuvaan ideoiden välittämiseen. Koordinoiva diskurssi taas on diskurssia vallanpitäjien välillä, myös institutionaalisten rajojen yli.³² Oikeudellisessa diskurssissa voidaan ainakin toiminnan tuottamisen näkökulmasta katsoa olevan kysymys nimenomaan koordinoivasta diskurssista.

Legitimiteettiyleisö on oikeudellisessa ratkaisukäytännössä ja täytäntöönpanossa lähtökohtaisesti laaja kansalaisyhteiskunta, joka hyväksynnän antaessaan on *passiivinen*. Mahdollisesti laaja tyytymättömyys yksittäisnormiin, eli oikeuden ja viranomaisen päätökseen, voi johtaa yleisön aktiivisuuteen. Tällöin aktiivisuus kanavoituu kuitenkin lainsäädännön kautta juridisen diskurssin prosessuaalisiin sääntöihin tai substantiaalisiin oikeusnormeihin eikä yksittäiseen ratkaisuun. Ratkaisuun tyytymätön asianosai-

³⁰ Vrt. Aarnio 1987 s. 187–188.

³¹ Schmidt Annu. Rev. Polit. Sci. 2008 s. 313.

³² *Ibid.*

nen voi toki valittaa, mutta kuten edellä mainittiin, tuotetun päätöksen vaikuttavuus ei lähtökohtaisesti ole oikeussubjektin sille eksplisiittisesti tai implisiittisesti antamasta hyväksynnästä riippuvainen.³³ Ratkaisun formaalin rationaalisuuden nähdään kuitenkin lähtökohtaisesti riittävän hyväksynnän saamiseksi. Laaja legitimizeettiyleisö, joka näkee oikeudellisen vallan kumpuavan sen rationaalisuudesta, on kuitenkin vain hypoteettinen konstruktio, jolla ei ole vastinetta tosimaailmassa.

Siinä määrin kuin oikeudellisessa diskurssissa on kysymys myös muusta kuin käskyjen antamisesta vallanharjoittajien kesken, voidaan kuitenkin tulkita, että oikeudellisen diskurssin säännöissä on kyse hyväksynnän turvaamisesta. Materiaalisten ja prosessuaalisten sääntöjen noudattamisella pyritään takaamaan käsitys oikeudellisen vallankäytön objektiivisuudesta. Prosessuaalisilla säännöillä, vaatimuksella perustella oikeudellinen ratkaisu sekä riittävällä julkisuudella pyritään välttämään tahallisia tai tahattomia väärinymmärryksiä, joissa kuulija tulkitsee kuulemansa olemassa olevien näkemystensä ja mielikuviensa perusteella.³⁴ Johdonmukaisuus turvaa sen, että vaikka sisällöltään tuotetut ratkaisut saattaisivat olla yleisen oikeustajun vastaisia, oikeudellinen valta ei perustu puolueelliseen tai mielivaltaiseen vallankäyttöön, vaan positiivisiin sääntöihin. Sääntöjen noudattamisen merkitys vallankäytön oikeutuksena on ensisijainen suhteessa tuotettuun sisältöön. Sisällöstä riippumattoman formaalin prosessin noudattamisen pitkän tähtäimen tavoitteena voidaan katsoa olevan hyväksynnän tuottaminen oikeudelliselle vallankäytölle.³⁵ Sääntöjä noudattamalla pyritään takaamaan tulkitsijan objektiivisuus, eli se, että häntä ohjaa oikeudellisten normien johdonmukainen soveltaminen ja ratkaisujen yhdenmukaisuus normatiivisten ja empiiristen tosiasioiden kanssa, eivätkä hänen omat tunteensa, intressinsä tai preferenssinsä.³⁶

Sen lisäksi, että tällaisella institutionaalisella sääntelyllä turvataan oikeudellisten ratkaisujen perustuminen yhtäältä poliittiseen tahdonmuodotukseen, tuotettuihin normeihin ja empiirisiin tosiasioihin, voidaan katsoa,

³³ Sovittelun lisääntyminen tuomioistumissa, ja sen mahdollinen vaikutus asianosaisten ”tyytyväisyyteen” tuotettuun ratkaisuun ja siten sen hyväksymiseen, on kuitenkin mielenkiintoinen kysymys.

³⁴ Ks. *Wilson* 1990 s. 14. Tahallisia väärinymmärryksiä ei sääntöjen avulla voida tietenkään estää.

³⁵ Vrt. *Perelman* 2000 s. 1407.

³⁶ Teoriassa tällaisen ideologinen vaikutus on mahdollista erityisesti silloin, kun on kysymys tulkintatilanteista (*Aarnio* 1987 s. 214–215). Kuten Hautamäki on nostonut esille, tulkitseva taho ei välttämättä aina edes tiedosta, että hänen tulkintoihinsa sisältyy ideologia kannanottoja (*Hautamäki* 2002 s. 63).

että oikeudenkäyttöön liittyvällä muodollisuudella on merkityksensä tahattomien väärinymmärrysten ja väorien tulkintojen estämisessä, jotka liittyvät kommunikaatioon ja kielenkäyttöön.³⁷ Voidaan puhua institutionaalisten sääntöjen tuomasta *sijaishyväksynnästä* tai välillisestä legitimitetistä (*legitimacy by proxy*).

Puhtaasti poliittisessa diskurssissa taas nimenomaan materiaallinen hyväksyntä on edellytys vallankäytölle, koska vallan realisoituminen edellyttää yleisön aktiivista toimintaa jonkin asian puolesta tai sitä vastaan.

3.2 Poliittinen diskurssi, toiminnan tuottaminen ja valta

Oikeudellisessa ratkaisukäytännössä laaja yleisö, yhteiskunnan jäsenet ja kansalaisyhteiskunta, on lähtökohtaisesti passiivinen. Toisaalta poliittinen toiminta, joka pyrkii yhteiskunnan sääntöjen muotoilemiseen edellyttää yleisön aktiivisuutta. Potentiaalinen valta realisoituu yleisön toiminnan kautta.

Poliittisessa toiminnassa on kysymys nimenomaan toiminnan tuottamisesta, ja diskurssin merkitys on yleisön vakuuttamisessa ja aktivoimisessa. Tällöin edellä kuvattu *rationaalisuus*, joka voidaan liittää oikeudelliseen diskurssiin ja oikeudellisen ratkaisu- ja täytäntöönpanovallan käyttöön, ei välttämättä tuota toivottua vaikuttavuutta. Poliittisessa viitekehyksessä suosittuja ovat keinot, joilla vedotaan tunteisiin tai mielikuviin, sekä karismaa ja luonnetta korostava puhetapa tai puhujan tyyli ja esiintyminen. Kuten Jonathan Charteris-Black huomauttaa, äänestäjät tekevät päätöksensä perustuen kokonaisvaltaiseen mielikuvaansa ehdokkaasta vähintään yhtä paljon kuin näiden ajamiin poliittisten ohjelmien perusteella.³⁸ Perelmanin ja *Olbrechts-Tytecan* mukaan politiikassa yleisö edustaa puhujan subjektiivista näkemystä, siitä kenelle hän puheensa kohdistaa ja millaisia vaikutuksia hän yleisössään tavoittelee, mikä taas vaikuttaa siihen, millaisia diskursiivisia keinoja käytetään.³⁹ Poliittisessa diskurssissa on kysymys julkisen vallan käytöstä, mikä liittyy läheisesti oikeudelliseen valtaan siinä määrin, että poliittisen diskurssin tuottamat lauseet määrittelevät oikeusnormien sisällön. Ruohonjuuritasolla kysymys on lainsäädännön muutokseen tähtäävän toiminnan fasilitoinnista, mutta eduskunnassa jo siitä, että

³⁷ Ks. van Eemeren ym. 1987 s. 24. Tahallisia väärinymmärryksiä on tietysti mahdotonta estää säännöillä.

³⁸ Charteris-Black 2005 s. 1.

³⁹ Perelman – Olbrechts-Tyteca 1969 s. 19.

tietyt prosessuaaliset vaatimukset täyttäessään kysymys on voimassa olevasta oikeudesta.

Eroa yhteiskunnassa havaittavien pragmaattisten diskurssien luonteessa voidaan pyrkiä havainnollistamaan *Aristoteleen* dialektiikan avulla. Aristoteles jakoi argumentaation kolmeen lajityyppiin: *demonstratiiviseen* eli totuuden osoittamiseen, *dialektiseen* eli hyväksyttävyyden tuottamisen ja *retoriseen* eli yleisöön vetoavaan argumentaatioon.⁴⁰ Retoriikassa Aristoteles tunnisti kolme vakuuttavuuteen vaikuttavaa tekijää: *ethos* eli luonne, *pathos* eli tunne ja *logos* eli logiikka, syy- ja seuraussuhteiden johdonmukaisuus.⁴¹ Se, perustuuko vaikuttavuus demonstratiivisuuteen, dialektisuuteen vai retoriikkaan ja onko hyväksynnän tuottamisessa keskeisenä luonne, tunne vai logiikka, vaikuttaa siihen millaiseen aineistoon oikeutettu formaali tai strateginen argumentaatio perustuu. Niin oikeus- kuin yhteiskuntateoreetikot ovat Chaïm Perelmanin mukaan pitkään sivuuttaneet, elleivät jopa pelänneet ja halveksuneet aristoteelista retoriikkaa.⁴² Sekä oikeudellisessa että poliittisessa tutkimuksessa on usein sivuutettu se, millä perusteilla ihmiset tosiasiaa tekevät ratkaisuja ja muodostavat käsityksiä hyväksyttävyydestä, eli miten ihmisiä vakuutetaan ja miten ihmiset tulevat vakuuttuneiksi. Moderni käyttäytymistutkimus vahvistaa sen, mikä implisiittisesti oletetaan Aristoteleen retoriikassa: tunteilla ja mielikuvilla on merkittävä vaikutus inhimilliseen päätöksentekoon.⁴³

Poliittinen diskurssi, sekä teoriassa että käytännössä, vaikuttaa ainakin implisiittisesti tunnustaneen tunteiden ja mielikuvien merkityksen. Tämä siitä huolimatta, että diskurssin sisältämien tunteiden ja mielikuvien vaikuttavuus pyritäänkin välillä kiistämään niin politiikantutkijoiden kuin poliitikkojen parissa.⁴⁴ Tämä oletus heijastuu poliittisessa diskurssissa käytettyjen vaikuttamiskeinojen pluralistisuuteen. Poliittisessa diskurssissa lingvistisiä resursseja ja retorisia tehokeinoja voidaan käyttää hyväksyttävyyden ja vaikuttavuuden vahvistamiseksi. Tuotetut lauseet saattavat sisältää vakaviakin, mutta todistamattomia väitteitä esimerkiksi poliittisen vas-

⁴⁰ Argumentaatio voitaisiin jakaa myös esimerkiksi formaaliin, materiaaliseen ja retoriseen Max Weberin esittelemän mallin mukaan, tai, kuten oikeustieteessä usein tehdään, formaaliin, sisällölliseen tai reaaliiseen (*Tolonen* 2003 s. 28).

⁴¹ Ks. van Eemeren ym. 1987 s. 71.

⁴² *Perelman* 2000 s. 1390.

⁴³ Ks. *Schmidt* *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2008 s. 319.

⁴⁴ *Chilton* 2004, s. 8. Motiivina tälle kiistämiselle saattaa olla sekä institutionaalisen uskotavuuden suojeleminen että vakuuttavuuden turvaaminen henkilökohtaisista syistä – näiden kahden taktisen lähtökohdan ollessa toisinaan vaikeasti erotettavissa ja tosiasiaassakin limittejä.

tapuolen puutteista tai vilpillisyydestä.⁴⁵ Mahdollisia diskursiivisia strategioita ovat esimerkiksi yleistäminen, tunteisiin vetoaminen, polarisaatio, sekä tosiasiallisten intressien piilottaminen. *Teun A. van Dijk* kuvailee tällaisten strategioiden käyttämistä yleisesti *manipulaatioksi*.⁴⁶ Argumentaatio poliittisessa diskurssissa ei Chaïm Perelmanin mukaillen ole niinkään johdonmukaisten ajatusten ketju vaan argumenttien verkosto.⁴⁷ Perelman ja Olberchts-Tyteca esittelevät retoriikan tekniikoita jotka perustuvat assosiaatioon ja dissosiaatioon. Assosiaatioita ja dissosiaatioita luovat esimerkiksi asioiden (uudelleen)kehystäminen, (uudelleen)määrittäminen, viittaukset aiempiin tapahtumiin sekä metaforat.⁴⁸ Aineistona voivat *Vivian Lowdesin* ja *Mark Robertsin* mukaan olla normit, käytännöt sekä narratiivit.⁴⁹ Alexyn mukaan aineistona voivat olla normit, arvot ja tosiasiat.⁵⁰ Samaan aikaan tarinoiden rinnalla saatetaan voimassa olevia sääntöjä ja normeja hyödynittää strategisesti argumentaation tukena, mutta vain siinä määrin kuin tarkoitus ei ole muovata tai kritisoida näitä nimenomaisia sääntöjä tai normeja. Lowdesin ja Robertsin mukaan sääntöjen, normien ja narratiivien yhdistäminen on vakuuttavuuden näkökulmasta tehokkainta.⁵¹ Tämä vastaa enemmän *John Wilsonin* muotoilemaa määritelmää pragmaattisesta diskurssista, jossa vaikutusten tuottamiseksi ”lingvistisiä resursseja” hyödynnetään strategisesti sen mukaan, mitä toivotaan saavutettavan.⁵²

Diskursiiviset tehokeinot ovat jossain määrin tyylikysymys silloin, kun verifioitava totuus ja informaatio eivät yksin riitä vakuuttamaan yleisöä. Näin erityisesti silloin, kun tavoitteena on reaktion ja aktiivisen toiminnan synnyttäminen yleisössä.⁵³ Tässä kokonaisuudessa sanoin välitettävä informaatio empiirisistä tai normatiivisista tosiasioista on vain yksi osa diskursiivista strategiaa. Retoriikkaa, argumentaatiota ja diskursiivisia tehokeinoja voidaan käyttää monipuolisesti ja strategisesti vallan välineenä ja oikeutuksen lähteenä. Poliittisen diskurssin viitekehyksessä demonstratiivi-

⁴⁵ Ks. *Chilton* 2004 s. 47.

⁴⁶ *Van Dijk* D&S 2006 s. 360–370.

⁴⁷ *Perelman* 2000 s. 1396.

⁴⁸ Ks. esim. *Martínez Guillem* D&S 2009; *Charteris-Black* 2005.

⁴⁹ *Lowdes – Roberts* 2013 s. 200–201. Narratiivit ovat yleisiä Suomen eduskunnassa. Esimerkiksi 11.10.2017 eduskunnassa käydyssä lähetekeskustelussa Suomen perustuslain 54 §:n muuttamisesta SDP:n kansanedustaja *Pilvi Torsti* kertoi tarinan Kolumbiassa syntyneestä kummityöstään, helsinkiläisestä ekaluokkalaisesta, joka kysyi: ”Miks Suomessa on sellainen sääntö, että mä en vois olla presidentti?” (PTK 102/2017 vp.)

⁵⁰ *Alexy* 1989 s. 179–180.

⁵¹ *Lowdes – Roberts* 2013 s. 50.

⁵² *Wilson* 1990 s. 19.

⁵³ Ks. *Sornig* 1989 s. 96.

suus, logiikkaa ja dialektiikka näyttäytyvät ennemminkin monipuolisen strategian työvälineinä kuin oikeutuksen tai hyväksynnän perustana (ks. kuvio 2).

Tukea voidaan hakea myös esimerkiksi tieteellisistä tutkimuksista tai tieteellistä toimintaa harjoittavien tutkijoiden tai ajatushautomoiden ideoista. Väite näiden ideoiden objektiivisuudesta voidaan kuitenkin kyseenalaistaa esimerkiksi sen perusteella, miten suuri osa olemassa olevista ajatushautomoista saa rahoitusta erilaisilta intressi- tai poliittisilta ryhmiltä.⁵⁴ Toisaalta puhuja saattaa vedota olemassa oleviin normeihin oikeutuksen lähteenä, siitä huolimatta, että keskustelussa saattaa nimenomaan olla kysymys näiden tai samantasoisten normien muuttamisesta.⁵⁵ Erityisesti lainsäädäntövaltaa käytettäessä viittaamista olemassa oleviin sääntöihin oikeutuksen lähteenä voidaan kritisoida, koska se diskriminoi keskenään yhdenvertaisia oikeussääntöjä.⁵⁶ Formaaleista säännöistä voi hakea strategisesti tukea ja niiden avulla voi pyrkiä vahvistamaan sanomansa legitimitettä. Tällöin kysymys on kuitenkin *näennäisformalismista*.

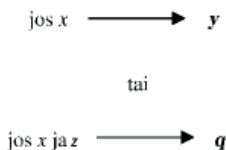
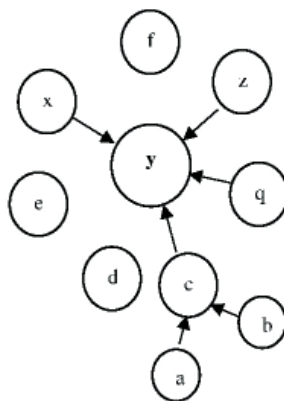
Strategista argumentaatiota edustaa myös tukeutuminen omaan institutionaaliseen asemaan, statukseen, oikeutuksen lähteenä myös silloin, kun tämä voidaan kyseenalaistaa.⁵⁷ Kysymyksessä on *sijaishyväksynnän* hakeminen. Mutta toisin kuin juridisen diskurssin kohdalla, kysymyksessä on strateginen valinta.

⁵⁴ *Schmidt* Annu. Rev. Polit. Sci. 2008 s. 305.

⁵⁵ Esimerkiksi vuonna 2016 käytiin Suomen eduskunnassa keskustelua koskien tasa-arvoista avioliittolakia. Tasa-arvoista avioliittolakia kannattavat argumentoivat, että avioliittolaki on syrjivä ja mahdollisesti Suomen kansainvälisten velvoitteiden vastainen, eli jollain tapaa lain vastainen. Avioliittoinstituution säilyttämistä miesten ja naisten välisenä kannattavat taas argumentoivat, ettei avioliittolaki, joka säätää avioliiton miehen ja naisen väliseksi, voi olla lain vastainen, koska voimassa olevan lain mukaan avioliitto on miehen ja naisen välinen. Samassa yhteydessä eri puheenvuorossa nostettiin kuitenkin esille yhtäältä perustuslakivaliokunnan ja toisaalta kansainvälisen oikeuskäytännön, eli hierarkkisesti ylempiasusteisten normien suhde avioliittolakiin, joka määrittelee avioliiton miehen ja naisen väliseksi, eikä ole nähnyt sitä syrjiväksi tai kansainvälisen oikeuden vastaiseksi. (Ks. PTK 80/2016 vp.)

⁵⁶ Ks. *Lowder – Roberts* 2013 s. 171.

⁵⁷ Ks. *van Dijk* D&S 2006 s. 376.

Formaali argumentaatio

Strateginen argumentaatio


Kuvio 2. Vasemmalla: *Formaali argumentaatio*. Formaali argumentaatio kuvaa erityisesti juridista diskurssityyppiä, jossa relevanteista tosiasioista ja sovellettavista normeista johdetaan loogis-deduktiivisesti lopputulos, joita (ideaalilanteissa) on vain yksi. Oikealla: *Strateginen argumentaatio*. Strateginen argumentaatio on tyypillistä poliittiselle ja poliittis-oikeudelliselle diskurssille, ja se saattaa saada näennäisrationaalisia muotoja.⁵⁸

Puhdas poliittinen keskustelu ei tuota sitovia formaaleja normeja, eli poliittinen diskurssi ei voi tuottaa rajoitteita itselleen. Vapaa poliittinen keskustelu tapahtuu pitkälti sellaisten formaalien sääntöjä hallinnoivien instituutioiden, kuten eduskunta, viranomainen, ja tuomioistuin, ulkopuolella, vapaasti järjestäytyneessä yhteiskunnassa. Vaikuttavuudelle ei voida tässä viitekehyksessä asettaa muodollisia edellytyksiä. Myöskään keskusteluun osallistuvilta ei lähtökohtaisesti voida edellyttää virallista asemaa tai kompetenssia. Yksilön asiantuntijuus, koulutus, työ tai sosioekonominen asema ei määrittele hänen mahdollisuuttaan käyttää sananvapautta, osallistua yhteiskunnalliseen keskusteluun ja olla aktiivinen toimija.

⁵⁸ Strateginen argumentaatio vastaa hyvin *van Eemerenin* ja muiden kuvaukseen sosiaalisen todellisuuden rakenteisiin perustuvasta argumentaatiosta: ”In argumentation based on the structure of reality a relation is drawn between elements already accepted by the audience and the elements already accepted by the audience and the element which the speaker wishes to render acceptable, and this relation must conform to the audience’s conception of reality”. *Van Eemeren ym.* 1987 s. 235.

Eri asia on, mikäli kysymyksessä on *epämuodollinen sosiaalinen normi*. Vapaa poliittinen keskustelu ei sekään ole täysin säännöistä vapaa. Keskustelua ohjaavat epämuodolliset sosiaaliset normit ja normijärjestelmät. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että näiltä informaaleilta sosiaalisilta normeilta puuttuisi vaikuttavuus. Sosiaalista normia rikkoneen rankaiseminen edellyttää sitä, että muut yhteiskunnan jäsenet mobilisoituvat sosiaalisen sanktion täytäntöönpanemiseksi. Yhteiskunnan tai yhteiskuntaryhmien jäseniä voidaan diskurssin keinoin saada toimimaan näiden sanktioiden, kuten eristämisen- tai häpeärangaistuksen toimeenpanemiseksi. Tämä on ollut tyyppillistä traditioihin perustuvissa yhteiskunnissa, mutta on voimakkaasti läsnä myös modernissa yhteiskunnassa ja erityisesti sosiaalisessa medias-⁵⁹ Tällainen sosiaalisten normien toimeenpano, joka saattaa olla joko laajemman tai suppeamman yhteiskuntaryhmän sisäinen tapahtuma, ei kuitenkaan edusta oikeudellista diskurssia sellaisena kuin se tässä kirjoituksessa ymmärretään. Formalismi on oikeudellisen diskurssin ja yhteiskunnallisen vaikuttavuuden eli viime kädessä pakkovallan käytön edellytys oikeusvaltiossa.

Poliittisen diskurssitutkimuksen Akilleen kantapää onkin nimenomaan juuri siinä, miten se näkee oikeudelliset normit yksinomaan muutettavissa olevina ja siten pohjimmiltaan hyvin epävakaina aineistona. Sen sijaan, että poliittiseen diskurssiin osallistuvia ja oikeusnormeihin satunnaisesti tukeutuvia poliitikkoja syyttäisiin strategisuudesta, on syytä pohtia tarkemmin nimenomaan oikeudellisen ja poliittisen diskurssin välimuotoja. Seuraavassa luvussa nostetaan esille, miten oikeuspoliittisessa diskurssissa on hyvin mahdollista, että normit ovat yhtä aikaa sekä sitovia että muutettavissa olevia. Voidaan väittää, että tällaisella diskursiivisella pluralismilla on merkittävä yhteiskuntaa vakauttava vaikutus.

⁵⁹ Sosiaalinen media on osoittautunut modernissa yhteiskunnassa sosiaalisten normien valvomisen ja erilaisten rikkomiseen liittyvien sanktioiden toimeenpanon tehokkaaksi välineeksi, joka kykenee aiheuttamaan häpeää ja pelkoa myös yksittäisille yksilöille, joiden toiminta on aiheuttanut sosiaalista paheksuntaa. Tällaiset sanktiot ovat kuitenkin usein hyvin vahvoja eivätkä perustu välttämättä tosiasioihin, ja niiden vaikutukset yksilön elämään saattavat näyttää kohtuuttomilta. Myöskään minkäänlaista mekanismia, jolla ”vääristä tuomiosta” haetaan hyvitystä ja maineenpalautusta, ei ole olemassa.

4 OIKEUS, POLITIIKKA JA YHTEISKUNTA

4.1 Oikeuspoliittinen diskurssi – oikeuden ja politiikan rajamailla

”Puhdas” oikeudellinen tai poliittinen diskurssi on yhteiskunnassa harvinaista. Yhtäältä kysymys on analyyttisistä ideaalityypeistä, teoreettisista konstruktioista, joille ei ole tarkoitukseen löytyä täydellistä vastaavuutta tosielämässä. Toisaalta kysymys on siitä, että tosielämässä diskurssit sijoituvat usein jonnekin juridisen ja poliittisen välimaastoon, kunnioittaen joitain normeja samalla kun ne haastavat toisia. Tällöin kysymys on *oikeuspoliittisesta diskurssista*. Oikeuspoliittisiin diskursseihin voidaan katsoa kuuluvan se diskurssien joukko, joissa oikeudelliset normit ilmenevät eri tavoin joko sitovina tai muutettavissa olevina, muutosvaatimuksen kohdistuessa nimenomaan vain rajoitettuun joukkoon normeja. Tällainen diskurssi voidaan yhdistää esimerkiksi eduskunnassa käytävään lainsäädäntökeskusteluun, mutta se kuvaa myös laajemmin yhteiskunnassa tapahtuvaa vallankäyttöä tai vallankäyttöpyrkimyksiä myös lakiasäättävän eduskuntainstituution ulkopuolella.⁶⁰ Näissä puitteissa argumentaatio, vakuuttaminen ja vakuutetuksi tuleminen ovat sosiaalista, intellektuaalista, ja verbaalista toimintaa, sekä monilta osin puhtaasti mielipidekysymys.⁶¹

Diskurssityyppinä oikeuspoliittinen diskurssi näyttäisi viittaavan Aristoteleen tarjoamassa viitekehyksessä demonstratiivisuuteen eli siihen että poliittisissa prosessissa esitetyt ideat sekä näiden ideoiden normatiiviset, analyyttiset ja empiiriset perusoletukset laitetaan testiin. Testi on perusoletusten haastamista ja riittävän hyväksynnän saamista idealle, jonka johdosta alkuperäistä esitystä voidaan joutua muuttamaan. Idean esittämistä, testaamista, ja muuttamista seuraa riittävän hyväksynnän saannin vahvistaminen. Hyväksyntä voidaan mitata ja vahvistaa esimerkiksi äänestyksessä, kuten demokraattisessa oikeusvaltiossa usein tehdään. Testattavana saattaa olla esitetyn idean totuusarvo. Totuusarvo, joka testataan, saattaa edellyttää, että tarkastellaan esimerkiksi alemman normin yhdenmukaisuutta ylempään normiin kanssa. Testattavana saattaa olla myös lausujan auktoriteetti. Auktoriteetti voi kummuta esimerkiksi hänen asiantuntijuudestaan (tekni-
nen lainsäädäntötyö) tai korkeasta moraalistaan (arvoperustainen lainsäädäntötyö).

⁶⁰ Ks. *Chilton* 2004 s. 30.

⁶¹ *Van Eemeren* 1987 s. 2–3.

Samalla vakuuttaminen tapahtuu kuitenkin normatiivisessa viitekehyksessä, jossa lainsäädäntövallan käyttöä ohjaavat ja rajoittavat oikeudelliset normit. Normien luomat rajoitteet näkyvät esimerkiksi siinä, miten poliittisen keskustelun sisältöön saatetaan kohdistaa rajoituksia. Rajoituksissa on käytännössä kysymys tiettyjen diskurssin muotojen (väkivalta, väkivallan uhka) ja sisältöjen (kunnianloukkaus, uskonrauhan rikkominen) kriminalisoinnista, joista on säädettävä laissa. Suomessa ja muissa länsimaissa näiltä rajoituksilta edellytetään, että ne ovat ”välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa” (SopS 85–86/1998, 10(2) artikla). Rajoitusten asettamisessa keskeistä on kuitenkin niiden lainmukaisuuden arviointi, ja olemassa olevia poliittiselle keskustelulle asetettuja rajoituksia voidaan pyrkiä haastamaan, aivan kuten muitakin normeja.

Oikeuspolitiikkaa määrittelee perustavanlaatuisia arvoja, periaatteita ja tavoitteita, sekä tavoitteiden toteutumisen edellytyksiä. Tyypillisesti näitä perustavanlaatuisia asioita määrittelevä keskustelu liitetään kansanedustuslaitoksessa käytävään lainsäädäntökeskusteluun. Oikeuspoliittisen diskurssin tuotoksena syntyy toimeenpantavia ohjelmia, kuten hallitusohjelmia. Nämä ohjelmat saavat oikeutuksensa niiden yhdenmukaisuudesta normien kanssa. Vertailukohteenä oleviin normeihin sisältyvät niin arvojen kannalta epärelevantit tekniset normit kuin oikeusnormien muotoon formalisoidut arvot (normatiivinen rationaalisuus). Ohjelmien oikeutus kumpuaa toisaalta niiden yhdenmukaisuudesta ohjelman tavoitteiden toteutumisen tosiasiallisten edellytysten kanssa (tavoiterationaalisuus).

Rationaalisuuden arviointi voi tapahtua ilman poliittista deliberaatiota, vaikka se ei olisikaan puhtaasti oikeudellista diskurssia ominaisuuksiltaan. Lakeja valmisteleva viranomainen voi myös omatoimisesti ottaa lainsäädäntöuudistuksia tehtäväkseen arvioituaan ensin lainsäädännön tosiasiallisen toteutumisen edellytyksiä. Viranomainen voi reagoida lainsäädännön tehokkuuteen vaikuttavissa ulkoisissa olosuhteissa tapahtuneisiin muutoksiin. Lisäksi viranomainen voi ottaa lainsäädäntöuudistuksia tehtäväkseen varmistaakseen lainsäädännön johdonmukaisuuden, eli esimerkiksi vanhempien oikeussäädösten yhdenmukaisuuden uudempien ratkaisujen kanssa, tai alempien normien yhdenmukaisuuden hierarkkisesti ylempien normien kanssa. Teknisessä lainsäädäntötyössä on pitkälti kysymys *koordinoinnista*, johon osallistuvat sekä poliittiset että asiantuntijaelimet, sekä eri yhteiskuntaryhmät, jotka edustavat eräänlaista käytännön asiantuntemusta. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että rationaalisuuten pyrkivä tekninen lainsäädäntötyö olisi täysin vapaa arvoista tai intresseistä. Kuten eduskunnassa käytävä oikeuspoliittinen diskurssi, tekninen lainsäädäntötyö nojaa usein auktoriteetteihin, tieteelliseen tietoon ja asiantuntemukseen muotoil-

lessaan oikeussääntöjä. Tämä osaltaan mahdollistaa myös sen, että tekniiseen lainsäädäntötyöhön osallistuva oman alansa asiantuntija tahallisesti tai tahattomasti tulee samalla tehneeksi valintoja ja päätyy siten ajamaan jonkin tietyn intressiryhmän asiaa. Teknistä lainsäädäntötyötä tekevä virkamies saattaa välittää arvoja tai näkemyksiä tiedostamattaan tai tietoisesti esimerkiksi institutionaalisen paineen vaikutuksesta. Arvojen tai intressien välittäminen ei kuitenkaan ole lainsäädäntöasioita valmisteleavan virkamies- tai tuomarikunnan ensisijainen tarkoitus, tai sitä ei ole sellaiseksi ymmärretty. Erilaisten arvo- ja tavoitenormien lisääntyminen on kuitenkin vaikuttanut siihen, että oikeuspoliittisen diskurssin määrän voidaan arvioida kasvaneen myös tuomioistuimissa ja viranomaisissa. Myös ihmisoikeuksien, perustuslain ja kansainvälisen oikeuden tunnustettu ensisijaisuus suhteessa alempiin normeihin on tarkoittanut sitä, että oikeutta täytäntöön pantaessa joudutaan käyttämään harkintavaltaa.⁶²

Ulkojuridinen argumentaatio ei rajaudu oikeudellisessa keskustelussa viranomais- ja tuomioistuinratkaisuihin tyypilliseen tosiasioiden *ex post*-arviointiin, kuten siihen, täytyvätkö rikoksen tunnusmerkistöt tai asumistuen saannin edellytykset. Tuomioistuinten ja viranomaisten tekemät ratkaisut muotoillaan usein nojautuen empiiriseen argumentaatioon, jossa arvioidaan sitä, mitkä ovat ratkaisun mahdolliset vaikutukset lainsäädännön tavoitteiden tai arvojen näkökulmasta. Näin siitä huolimatta, että esimerkiksi Aarnion argumentaatioteoriassa korostuu näkemys siitä, ettei oikeudellinen rationaalisuus voi lähtökohtaisesti olla teleologista tai finalistista. Myös Siltala on tuonut esille sitä oikeustieteessä voimakkaasti esillä ollutta näkemystä, etteivät reaaliset argumentit ja tavoiteargumentit voi syrjäyttää normeja, vaan ainoastaan täydentää tulkinta-aukkoja tai niissä ilmeneviä ristiriitoja.⁶³

Oikeudellisen ja poliittisen diskurssin sekoittuminen sisältää riskejä ja uhkakuvia. Mutta toisaalta sen voidaan katsoa olevan myös välttämätöntä erityisesti siitä näkökulmasta, miten yhteiskunnan tila sekä arvot saadaan välitettyä myös oikeusnormeihin. Hierarkkisessa oikeusjärjestyksessä viime sijaista oikeutusta on formalismin ideaalia noudattaen haettu niin perusnormista (*Hans Kelsen*) kuin tunnistamissäännöstä (*H. L. A. Hart*). Jossain vaiheessa normien oikeutusta ei kuitenkaan voida enää johtaa oi-

⁶² Suomessa käytettiin pitkään poikkeuslakimenettelyä, jonka seurauksena silloinen Hallitusmuoto ei käytännössä muodostanut kuin heikon rajoitteen parlamentaariselle lainsäätämislle. Oikeuden kansainvälistyminen ja eurooppalaistuminen ovat kuitenkin haastaneet tämän niin sanotun legalismin tradition (ks. esim. *Lavapuro* 2009).

⁶³ *Aarnio* 1987 s. 188; *Siltala* 2003 s. 362–363. Ks. myös *MacCormick* 2010.

keusjärjestyksen sisältä vaan siihen on liitettävä käsityksiä yhteiskunnassa vallitsevista arvoista tai lainsäädännölle asetetuista tavoitteita. Normien muotoon muutetut teleologiat tai arvostukset eivät voi kuitenkaan olla *van Eemerenin* ja kumppanien mukaan vastaavalla tavalla ”järjellisiä” tai rationaalisia kuin empiirisesti havainnoitavat tosiasiat ja deduktiivisesti pääteltävät yksittäisnormit.⁶⁴ Chaïm Perelmanin tutkimuksessa keskeisenä lähtökohtana on havainto siitä, ettei arvoargumentteja voi perustella tieteellisesti, sillä arvot ovat riippuvaisia ihmisten subjektiivisista näkemyksistä.⁶⁵ Diskurssien merkitys yhteiskunnassa on sekä näiden subjektiivisten näkemysten esille tuomisessa että niiden yhteensovittamisessa.

4.2 Muutoksen ja vakauden dynamiikka sekä diskursiivinen pluralismi

Edellisen tyypittelyn pohjalta tunnistetut diskurssityypit voitaisiin pyrkiä sijoittamaan eri instituutioihin, kuten eduskuntaan, hallintoneuvostoon ja tuomioistuimeen. Tällainen jako olisi kuitenkin preskriptiivinen eikä heijastaisi tosiasioita. Niin oikeudellinen järjestelmä kuin poliittiset instituutiot perustavat itsensä *pysyvyyteen* tai ainakin oletukseen pysyvyydestä. Niitä edustavien henkilöiden vaihtuessa ja niitä hallinnoivien sääntöjen muuttuessa instituutio ja sen yhteiskunnallinen rooli säilyvät. Pysyvyys on kuitenkin näennäistä, ja kuten *Guy B. Peters* on huomauttanut, institutionaalinen pysyvyys ei aina ole rationaalisesti selitettävissä tai oikeutettavissa.⁶⁶ Instituutioiden kehitys on historiallista ja muutos polkuriippuvaista. Diskurssien kautta tapahtuu niin institutionaalisten rakenteiden vahvistamista kuin niiden muokkaamista⁶⁷, jolloin diskurssien suhde sitä rajoittaviin sääntöihin on kaksisuuntainen.

Sen sijaan, että viitattaisiin nimenomaisesti yhteiskunnallista valtaa käytettäviin instituutioihin, tässä kirjoituksessa viitataan kyseisten instituutioiden hoitamiin yhteiskunnallisiin tehtäviin, joihin liittyy vallankäyttö. Yhdellä instituutiolla saattaa olla useampi tehtävä samaan aikaan. Nämä tehtävät ovat *mielipidevaikuttaminen ja -johtaminen, mielipiteiden kanavointi* sekä *toimeenpanoa koskeva päätöksenteko*.

⁶⁴ *Van Eemeren ym.* 1987 s. 210.

⁶⁵ *Perelman* 2000 s. 1391.

⁶⁶ *Peters* 2001 s. 15.

⁶⁷ *Schmidt* *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2008 s. 316.

Mielipidevaikuttamisen ja -johtamisen ilmentymiä ovat ideoiden esittäminen ja oikeuttaminen sekä näiden ideoiden toteuttaminen. Ideoiden toteutumisen kannalta keskeistä on yleisön aktiivisuus ja mobilisoituminen. Erilaisen institutionaalisen statuksen omaavat, valtaa käyttävät tai valtasemaan pyrkivät yksilöt ja ryhmät pyrkivät puhuttelemaan yleisöä vakuuttaakseen heidät ideoidensa oikeellisuudesta, ja siten joko saamaan heidän passiivisen hyväksyntänsä esittämilleen ideoille tai tuottaakseen aktiivista toimintaa niiden täytäntöön panemiseksi.⁶⁸ Kun yleisö on aktiivista, valta on empiirinen tosiasia. Hyväksyntää voidaan siten tutkia tarkastelemalla aktiivisuutta yleisöltään edellyttävien puhetekojen vaikutuksia konkreettisesti yleisössä. Tämä havainto on toiminut lähtökohtana Perelmanin ja Olbrechts-Tytecan tutkimuksille.⁶⁹

Tällä tasolla yhteiskunnallisessa toiminnassa korostuvat fundamentaalit ideat, jotka Vivien A. Schmidin mukaan vaikuttavat kaikkien poliitikkojen, ohjelmien ja näkemysten taustalla.⁷⁰ Fundamentaalit ideat heijastavat ideologisia ja yhteiskuntafilosofisia näkemyksiä. Aulis Aarnion mukaan ideologian vaikutus voi olla *positiivinen*, eli se edistää tiettyjä tulkintavaihtoehtoja ja ratkaisukriteerejä, tai *negatiivinen*, jolloin se karsii tulkintavaihtoehtoja pois tai pyrkii jättämään ne huomiotta.⁷¹ Nämä kannanotot eivät ole institutionaalisesti perusteltavissa, koska ideologisten kysymysten on tarkoitus välittyä lakiin poliittisen prosessin kautta. Ideologiasidonnainen eli arvorationaalinen toiminta on usein sitoutunut käsityksiin etiikasta tai moraalista, jolloin toiminta on Heiskalan ilmaisu lainaten riippumatonta ”onnistumisen mahdollisuuksista”.⁷² Tällöin oikeutusta ei pyritä sitomaan normatiivisiin eikä välttämättä edes empiirisiin tosiasioihin.⁷³ Kuten Perelman on kuvannut, yhteiskunnallinen tai poliittinen filosofia kritisoiivat ja oikeuttavat vallankäyttöä.⁷⁴ Ne tarjoavat ajatuksille oikeutuksen ilman varsinaisten todistusten tarjoamista niiden oikeellisuudesta.⁷⁵ Peczenekin mukaan se, mikä on hyväksyttävää, on elämäntapamme määrittelemää, ja nämä hyväksyttävyyden edellytykset on jossain määrin formalisoitu osaksi

⁶⁸ Ks. Austin 1962 s. 57.

⁶⁹ Ks. Perelman 2000; Perelman – Olbrechts-Tyteca 1969.

⁷⁰ Schmidt Annu. Rev. Polit. Sci. 2008 s. 308.

⁷¹ Aarnio 1978 s. 202.

⁷² Heiskala 2000 s. 53–54.

⁷³ Ks. van Eemeren 1987 s. 212.

⁷⁴ Perelman 2000 s. 1407.

⁷⁵ Ks. Sornig 1989 s. 95. Kyseessä ei siis lähtökohtaisesti ole sama asia kuin oikeuden arvo- ja tavoiterationaalinen toiminta, jossa pohditaan myös arvo- tai tavoitenormien tehokkuutta ja vaikuttavuutta. (Ks. Tuori 1990, 17).

oikeutta.⁷⁶ Siirryttäessä avoimen poliittisesta keskustelusta oikeudelliseen keskusteluun yhteiskunnan fundamentaalit ideat ovat normien kautta tulleet sidotuiksi osaksi oikeusjärjestelmää, ja kysymys on ensisijaisesti niiden täytäntöönpanosta.

Yhteiskunnallisessa viitekehyksessä tämä synnyttää ryhmien välille risiiriitoja filosofioiden keskinäisten rationaalisuuskäsitysten ja oikeutusperustan ollessa erilaisia.⁷⁷ Puhuja joutuu argumentoimaan, että hänen väitteensä on rationaalinen tai muutoin hyväksyttävä. Mielipiteiden kanavointi oikeusnormeihin saa lainsäädäntötyössä dialektisia muotoja. Dialektinen argumentaatio koostuu puolesta ja vastaan -argumenteista (*pro* ja *contra*), joilla testataan aiheena olevaa kysymystä.⁷⁸ Puolesta ja vastaan -argumenteja lausuvat usein vastakkaisina esitetyt tahot, kuten esimerkiksi hallitus ja oppositio. Kun hallituspuolueiden parissa vallitsee riittävä yksimielisyys (ja ryhmäkuri), argumentaation tarkoituksena on enemmän laajemman yleisön vakuuttaminen osapuolen aikomusten toivottavuudesta, tai hänen toimintansa vilpittömyydestä. Tavoitteena saattaa kuitenkin olla riittävän sovun löytäminen esimerkiksi perustavanlaatuisissa lainsäädäntöhankkeissa, kuten esimerkiksi perustuslakia muutettaessa, joka vaatii määränemistön kannatuksen. Kysymyksessä saattaa olla myös kansanäänestystä edeltävä keskustelu, jolloin diskurssilla pyritään saavuttamaan riittävän laajan yleisön hyväksyntä.

Chilton on korostanut, että periaatteessa näkemyksiä hyväksyttävyydestä on yhtä paljon kuin yksilöitä.⁷⁹ Yhteiskunnallisella tasolla yksilöt joutuvat kuitenkin toimimaan usein *jaettujen* näkemysten pohjalta. Diskurssilla on huomattava merkitys, kun pyritään kartoittamaan yhteiskunnassa vallitsevia käsityksiä hyväksyttävyydestä tai oikeutuksesta sekä sovittamaan niitä yhteen rauhanomaisen rinnakkaiselon ja yhteistoiminnan mahdollistamiseksi. Erityisesti poliittisella tasolla näkemykset jakautuvat pienempiin ryhmiin, joiden keskinäinen kommunikointi ja koordinointi edustavat Chiltonin mukaan *yhteiskunnallista toimintaa*.⁸⁰ Tähän liittyy kuitenkin mielivallan riski yhden ihmisryhmän pyrkiessä alistamaan toisia. Nimenomaan kilpailevat ryhmät, arvot ja intressit kohtaavat modernin valtion

⁷⁶ Peczenik 1983 s. 2; 4.

⁷⁷ Ks. van Eemeren ym. 1987 s. 213. Näin erityisesti, kun huomioidaan, ettei valittu argumentaatio välttämättä heijasta puhujan omia motiiveja (causa). Sen sijaan argumentaatio heijastaa käsityksiä, spekulatioita ja punnintaa siitä, minkä puhuja parhaiten uskoo vakuuttavan yleisönsä.

⁷⁸ Van Eemeren ym. 1987 s. 255.

⁷⁹ Chilton 2004 s. 5.

⁸⁰ *Ibid.*

poliittisessa ja oikeudellisessa järjestelmässä. Mielivaltaa voidaan osaltaan pyrkiä rajoittamaan asettamalla sääntöjä sille, miten valtaa käytetään ja oikeutetaan yhteiskunnassa. Rajoitteiden asettamista voidaan kuitenkin kritisoida siitä näkökulmasta, miten se asettaa yksilöille ja ryhmille vaatimuksia, sulkien heidät, jotka eivät näitä vaatimuksia täytä, pois yhteiskunnallisesta vuoropuhelusta ja vallankäytöstä. Vallankäyttäjien kyvykkyyttä koskevat vaatimukset näyttäytyvät poliittisissa instituutioissa, mutta istuvat erityisen tiukassa juridisessa diskurssissa.

Juha Karhun mukaan oikeusteorian ja oikeuskäytännön keskinäissuhteen kautta oikeuslähdeoppiin on perinteisesti tiivistynyt lakimieskunnan ja oikeusyhteisön näkemys hyvästä perustelutavasta.⁸¹ Oikeutus kumpuaa johdonmukaisuudesta ja yhdenmukaisuudesta erityisesti formalisoitujen odotusten ja sääntöjen suhteen.⁸² Diskursiivista valtaa kykenee käyttämään se, joka hallitsee juridisen argumentaation ja jonka voidaan katsoa koulutuksen ja kokemuksen kautta omaavan riittävän kompetenssin. Myös virallisessa asemassa oleminen on tällöin edullista. Tässä asemassa oleva henkilö kykenee halutessaan puolustamaan tehokkaasti myös omia arvojaan ja henkilökohtaisia intressejään.

Formaali rationaalisuus ja johdonmukaisuus eivät kuitenkaan aina riitä takaamaan hyväksyttävyyttä laajemman yleisön näkökulmasta. Ajoittain tämä ristiriita heijastuu julkisessa keskustelussa kansalaisten oikeustajun vastaisten oikeudellisten ratkaisujen kritiikissä. Kriisi muodostuu, mikäli tällainen formaalia tai muun tyyppistä rationaalisuutta korostava diskurssi alkaa vallata tilaa ja määritellä sitä, kuka voi osallistua julkiseen keskusteluun ja miten.⁸³ Kyvykkyyttä koskevat vaatimukset rajoittavat oikeusjärjestelmän kykyä kuulla, käsitteellistää ja käsitellä kansalaisten omakohtaisia näkemyksiä ja kokemuksia. Tähän liittyy *Christopher Huttonin* esille nostama kritiikki, jossa oikeudellista argumentaatiota syytetään elitismistä ja ”verbaalisesta hygieniasta”.⁸⁴ Voidaan myös kysyä, *piilotetaanko* tähän koodistoon joko poliittisten tai oikeudellisten institutionaalisten toimijoiden vaikutuksesta intresseihin tai ideologiaan liittyviä elementtejä, jotka näin välttyvät julkiselta arvioinnilta. Siinä tapauksessa oikeuden formaalia rationaalisuutta voidaan *MacCormickin* sanoin todellakin kutsua ”kaikkien aikojen suurimmaksi retoriseksi käänteeksi”.⁸⁵ Kysymykset ”verbaa-

⁸¹ *Karhu* LM 2003 s. 798; ks. esim. *Tuori* 2000 s. 174.

⁸² Esim. *Aarnio* 1987; *Alexy* 1989; *Peczenik* 1983.

⁸³ Ks. *Hutton* 2009 s. 28.

⁸⁴ *Hutton* 2009 s. 32.

⁸⁵ *MacCormick* 2010 s. 20.

lista hygieniasta” tai ”retorisesta käänteestä” eivät kuitenkaan rajoitu yksin juridiseen diskurssiin.

Silloin kun oikeudellisessa tai poliittisessa diskurssissa tehdään kannanottoja arvo- tai tavoiterationaalisista lähtökohdista, argumentaatiossa voidaan tukeutua esimerkiksi jonkin yksittäisen asiantuntijan tai laajemman tiedeyhteisön ilmaisemiin näkemyksiin. Näiden näkemysten katsotaan perustuvan tieteelliseen, objektiiviseen todellisuuteen. Näin esimerkiksi silloin, kun hyödynnetään taloustieteellisiä käsitteitä ja tutkimuksia.⁸⁶ *Jukka Kekkonen* mukaan taloudellisessa argumentaatiossa voidaan katsoa olevan kysymys jonkinlaisesta oikeuspoliittisen päätöksenteon ”nykymuodista”.⁸⁷ *Peczenik* on huomauttanut, että oikeusjärjestyksen sisällä vallitsevia eri oikeusjärjestelmiä koskeva yksilöllinen tai kollektiivinen valinta saattaa olla toimijoiden omien (sen hetkisten) intressien sanelema.⁸⁸ Koodistoon kyetään piilottamaan vallankäyttöä tai vallankäyttö naamioidaan verbaaliseen hygieniaan. Ongelmana ei lähtökohtaisesti kuitenkaan ole juristien, taloustieteilijöiden tai intressiryhmien vaikutus, vaan niiden mahdollinen ylivalta.

Poliittiseen diskurssiin kohdistuvat rajoitukset nousevat ennemmin tavoista, käytänteistä ja konventioista.⁸⁹ Osallistujilta ei julkisessa keskustelussa edellytetä pätevyyttä, eli jotain nimenomaista koulutusta, kokemusta tai asemaa. Niiden sijaan puhujaa saattavat koskea ulkoasua, esiintymistä ja puhetapaa koskevat säännöt. Poliittista keskustelua, jonka tavoitteena on mielipiteiden kanavointi lainsäädäntötyöhön, ja toisaalta keskinäinen koordinointi ja kompromissien tuottaminen, hallinnoivat enemmän erilaiset viralliset ja epäviralliset säännöt. Edellä mainitun rikoslain rajoitteiden lisäksi erityisesti epävirallisia mutta vakiintuneita sääntöjä löytyy myös Suomen eduskunnasta. Ulkoasua, esiintymistä ja puhetapaa koskevilla säännöillä ei rajoiteta niinkään välitettäviä ideoita, vaan sitä, miten ne esitetään. Näidenkin sääntöjen tarkoituksena voidaan nähdä olevan keskinäisen kunnioituksen ja sitä kautta rakentavan vuorovaikutuksen mahdollistaminen.⁹⁰

⁸⁶ Ks. *Toivainen* 2002.

⁸⁷ *Kekkonen* 2009 s. 6–7.

⁸⁸ *Peczenik* 1983 s. 18

⁸⁹ Ks. *Lowdes – Roberts* 2013 s. 57. Myös näitä konventioita voidaan haastaa ja haasteitaankin. Ks. *Jutila* 2016.

⁹⁰ Esimerkiksi vastapuolen argumentaation delegitimointia kutsumalla vastapuolta valehtelijaksi ei ole Suomen eduskunnassa katsottu sopivaksi. Samoin erilaisia henkilöön meneviä argumentteja, erityisesti sellaisia, joiden ei voida katsoa liittyvän suoraan käsiteltävissä olevaan kysymykseen (*argumentatum ad hominem*), pidetään usein sekä epäasiallisina että

Tällä tasolla toimivilla vaikuttajilla ei ole suoranaisia velvollisuuksia perustaa argumenttiansa normatiivisiin tai empiirisiin tosiasioihin. Sääntöjen puute mahdollistaa monipuolisen keskustelun eikä osallistujille aseteta tiukkoja ennakkovaatimuksia. Periaatelähtöiset argumentit voivat olla teleologisia tai vaikutuksista riippumattomia.⁹¹ Mieli-pidevaikuttaminen, mielipidejohtaminen ja mielipiteiden kanavointi lainsäädäntötyöhön voivat olla arvorationaalisia, jopa siinä määrin, että siinä *Risto Heiskalan* mukaan sitoudutaan johonkin eettiseen tai muuhun käyttäytymisen muotoon, ”riippumatta sen onnistumisen mahdollisuuksista” eli vaikuttavuudesta.⁹² Tämä mahdollistaa hyvin erilaisten näkemysten esille tuomisen. Poliittinen fasilitaatio ja parlamentaarinen deliberaatio ovat keskeisessä roolissa oikeuden tuottamisessa. Kysymys on prosesseista, joka tuovat esiin ja kanavoivat ihmisten mielipiteitä ja näkemyksiä vallankäyttäjille. Tällöin ei välttämättä kysytä, ovatko nämä näkemykset ja mielipiteet rationaalisia, tai edes paikkansapitäviä. Demokraattinen legitimitetti edellyttää, ettei keskustelulle ja siihen osallistuville aseteta kohtuuttomia rajoitteita. Sen lisäksi, että demokraattisella päätöksenteolla on nykyään muodollinen asema kansan tahdon edustajana, avoimen julkisen keskustelun voidaan katsoa tuottavan lainsäätäjälle tietoa yhteiskunnassa vallitsevista käsityksistä, odotuksista ja ongelmista.

Erityisesti formaaleista säännöistä vapaassa diskurssissa puhujan tekemiin valintoihin vaikuttavat yleisö ja puhujan tavoitteet. Poliittinen diskurssi onkin sen joustavuuden ja vapauden johdosta altis erilaiselle vilpilliselle manipulaatiolle tai viettelylle, kuten *Karl Sornig* on asian ilmaissut.⁹³ Manipulaatiossa on Teun van Dijkin mukaan on kysymys kontrollin harjoittamisesta toisen yli, yleensä heidän tahtonsa tai parhaan etunsa vastaisesti.⁹⁴ Aristoteleen mukaan retoriikan potentiaalinen haitta on huijauksen ja hämäämisen sekä tahallisen väärinymmärryksen ja väärinkäytöksen

asiaankuulumattomina. ”Valehtelijaksi” kutsumista voidaan pitää ad hominem -argumentina, koska se kohdistuu persoonaan eikä niinkään asiasisältöön, joka taas on ”väärä” tai ”epätosi”. Instituutioiden viitekehyksessä näyttää myös siltä, että mitä vähemmän säännöt koskevat varsinaista substanssia (viranomainen, tuomioistuin), sitä enemmän ne koskevat pinnallisia ja ulkoisia seikkoja (eduskunta). Viranomaisten ulostulojen sisältö on kuitenkin lähes yksinomaan erilaisten sääntöjen määrittelemää, mutta toisaalta heidän pukeutumisensa ei kohdistu vastaavia odotuksia. Sisällöllisen formalismin on oikeuspolitiikassa korvannut ulkoinen formalismi: oikeudellista diskurssia leimaavat sekä sääntöjen että puhujan kyvykkyyttä koskevien vaatimusten kasvu.

⁹¹ Ks. *Rautio* 2006 s. 20–21.

⁹² *Heiskala* 2000 s. 53–54.

⁹³ *Sornig* 1989 s. 97.

⁹⁴ *van Dijk* D&S 2006 s. 360.

mahdollisuus. Huijauksen vaarasta ovat olleet huolissaan filosofit aina *Platonista Immanuel Kanttiin*.⁹⁵ Oikeuspoliittisen diskurssin eri formaalisuuden asteilla lähimmäksi formalismia ulottuva tekninen lainsäädäntötyö edustaa eräänlaista sisäänrakennettua arviointijärjestelmää, joka tarkastelee kriittisesti poliittisen päätöksenteon tuotoksia. Vaikka arvioinnilla ei estetä poliittisen tahdonmuodostuksen vaikutuksia, voidaan sillä katsoa olevan normatiivistiin ja empiirisiin tosiasioihin tukeutumisen vuoksi edellä mainittuja poliittisen päätöksenteon haittoja, manipulaatiota ja väärinkäytöksiä lieventävä vaikutus juuri sen ansiosta, että sitä ohjaavat erilaiset institutionaaliset säännöt sekä relevanttien tosiasioiden huomioonottaminen.

Poliittisen argumentaation suhde oikeudelliseen argumentaatioon on Robert Alexyn mukaan se, että poliittinen argumentaatio tarjoaa viitekehysten voimassa olevien normien ja vallitsevan oikeusjärjestyksen ulkoiselle arvioinnille, yleisten puutteiden tai virheiden julkituomisesta aina fundamentaaliin kritiikkiin.⁹⁶ Samalla kuitenkin oikeudellinen diskurssi, joka korostaa tietynlaista formaalia rationaalisuutta, valaa institutionaalista luottamusta.⁹⁷ Alexyn mukaan ilman normeja ja sellaista formalismia ja dogmatismia, jota oikeudellinen diskurssi lajityyppinä edustaa, voisi olla vaikea saada aikaan riittävää varmuutta tai vaikutuksia. Toimeenpano ei edellytä kunkin ratkaisun laajan hyväksyttävyyden senhetkistä arviointia, vaan hyväksyntä löytää lähteensä oikeutusperusteista, yhdenmukaisuudesta ja johdonmukaisuudesta, institutionaalisesta tehtävästä ja puhujan institutionaalisesta asemasta.⁹⁸

Oikeudellista ja poliittista diskurssia, sekä niiden välimuotoja, voidaan pyrkiä analysoimaan siitä näkökulmasta, ovatko ne yhteiskunnan rakenteita uudistavia, pysyttäviä, vai hajottavia. Poliittiset ja oikeudelliset diskursiiviset tyypit ja niihin liitettävissä olevat instituutiot edustavat tässä artikkelissa Kaarlo Tuorin havaintoa muutoksen ja vakauden dynamiikasta, joka leimaa modernia oikeutta.⁹⁹ Vuorovaikutussuhde poliittisen ja oikeudellisen välillä on edellytys oikeuden kehitykselle, mutta toisaalta taas poliittisen järjestelmän vakaudelle sekä päätöksenteolle. Kyseessä voidaan katsoa olevan yhteiskunnan jatkuvuuden turvaaminen.¹⁰⁰

⁹⁵ Ks. *Triadafilopoulos* 1999 s. 744.

⁹⁶ *Alexy* 1989 s. 230.

⁹⁷ Ks. *Schmidt* *Annu. Rev. Polit. Sci.* 2008 s. 318.

⁹⁸ *Alexy* 1989 s. 289.

⁹⁹ *Tuori* 2007 s. 48–49.

¹⁰⁰ Ks. *Lowdes – Roberts* 2013 s. 198.

Diskursiivinen pluralismi vahvistaa osaltaan sitä, että erilaiset yksilöt ja ryhmät, sekä heidän näkemyksensä, mielipiteensä, intressinsä ja arvonsa tulevat edustetuiksi yhteiskunnassa. Kysymys ei ole ainoastaan siitä, mitä erilaisia arvoja, joihin myös rationaalisuuden voidaan katsoa kuuluvan, yhteiskunnassa vallitsee. Kysymys on myös siitä, kuka tulee kuulluksi, mikä osaltaan auttaa ehkäisemään ja purkamaan sellaisia yhteiskunnallisia jännitteitä, jotka kärjistyessään vaarantaisivat yhteiskuntarauhan. Kuten Peczenik on tuonut esille, eri elämäntapojen ja yhteiskunnassa vallitsevien oikeusjärjestelmien keskinäinen vuoropuhelu (*mixed legal reasoning*) on hyödyllistä yhteiskunnalle.¹⁰¹

5 YHTEISKUNNALLISTEN DISKURSSIEN YMMÄRTÄMINEN JA TUTKIMINEN

5.1 Diskurssit yhteiskunnallisen vallan ilmentyminä ja yhteiskunnan järjestäjänä

Oikeudellinen diskurssi on yhteiskunnallisessa viitekehyksessä julkisen vallan harjoittamisen keino, jossa sekä puhetilanteita, käytettyä aineistoa ja tuotettuja lauseita säädellään tarkkaan. Pragmaattisena diskurssina oikeudellinen diskurssi tuottaa vaikutuksia, mutta vaikutukset perustuvat ennemminkin viranomaisten keskinäisiin toimivaltasuhteisiin ja käskyihin, kuin siihen, että julkinen valta olisi kussakin tapauksessa varmistanut valtakäytön hyväksyttävyyden laajan yleisön silmissä. Nimenomaan sääntelyn määrä ja diskurssille asetetut vaatimukset rajoittavat sitä, ketkä voivat ja ovat kykeneviä tuomaan esille näkemyksiään ja välittämään ideoita oikeudellisen diskurssin kautta. Tämän johdosta yhteiskunnallisen vallan näkeminen puhtaasti oikeudellisena valtana on ongelmallista. Toisaalta se ei myöskään heijasta tosiasioita, sillä yhteiskunnassa on olemassa myös muita vallan ilmentymiä kuin normatiivinen valta. Nimenomaan poliittisen diskurssin kautta syntyy oikeudellisia normeja, jotka luovat viitekehyksen oikeudelliselle diskurssille. Poliittiseen diskurssiin osallistuminen ei edellytä kompetenssia eikä kyvykkyyttä.

Poliittiselle diskurssille tyypillinen vapaus tiukoista säännöistä tarkoittaa, että se kykenee heijastamaan paremmin ja tuomaan rajoittamattomammin esiin erilaisia yhteiskunnassa vallitsevia näkemyksiä. Tällöin koko

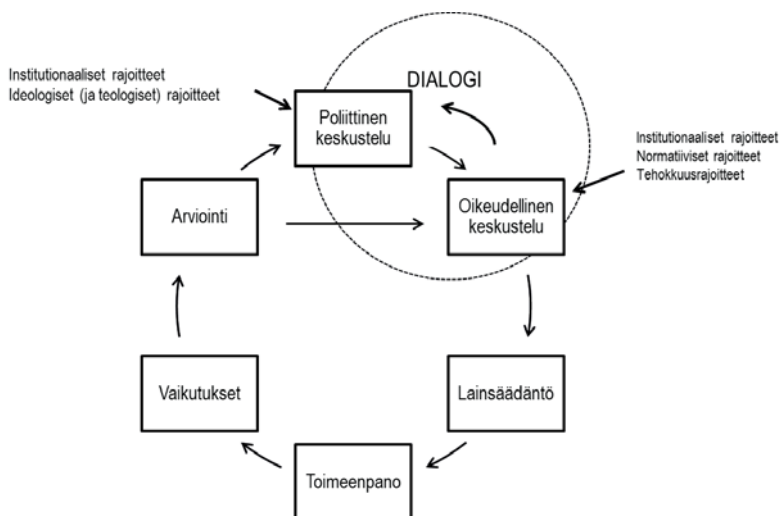
¹⁰¹ Peczenik 1983 s. 18

yhteiskunnan perustana toimiva oikeudellinen järjestelmä kykenee vastaamaan paremmin yhteiskunnassa kehittymässä tai jo olemassa oleviin haasteisiin ja tuottamaan ratkaisuja havaittuihin ongelmiin. Nimenomaan yhteiskunnallisten ongelmien ratkaiseminen tapahtuu paljolti normatiivisessa viitekehysessä. Puhtaasti poliittinen keskustelu, ainakin sillä tasolla, jolla se saattaisi realisoitua yhteiskunnalliseksi vallaksi, on harvinaista. Oikeuspoliittinen diskurssi, jossa yhdistyy niin oikeudellisen diskurssin rationaalisuuden ideaali kuin poliittisen diskurssin arvo- ja tunnesidonnaisuus, on yleisin diskurssin muoto. Mutta edellä on kuitenkin tunnustettu se, miten oikeuspoliittinen diskurssi on altis strategisuudelle ja jopa manipulaatiolle.

Strategisuudella viitataan siihen, että käytettävissä olevista diskursiivisista resursseista valitaan ne, joiden uskotaan olevan vaikuttavimpia suhteessa yleisöön. Yleisö voi olla joko ennalta määriteltä tai puhujan itsensä valitsema. Yleisöllä ei ole velvollisuutta noudattaa puhujan tuottamia ohjeita ja määräyksiä niiden täyttäessä tietyt muodolliset, sisällölliset tai toimivaltaa koskevat kriteerit, vaan puhujan tulee vakuuttaa yleisönsä toimimaan. Vaaleissa ehdolla olevan käsky ”Äänestä minua!” ei luo äänestäjälle velvollisuutta äänestää. Toimintaa ei voida edellyttää laillisen pakkovallan uhalla. Tällöin arvoihin ja tunteisiin vetoava argumentaatio on yleistä. Poliittisessa keskustelussa kielellisiin resursseihin kuuluvat myös erilaiset audiovisuaaliset tehokeinot, jotka vahvistavat tunnereaktiota. Kysymyksessä ei kuitenkaan ole poliittisen diskurssin *sääntö*. Yhtä hyvin osallistuja voi strategisesti hyödyntää formaalia argumentaatiota. Tällöin hän kuitenkin vetoaa yleisön loogiseen rationaalisuuteen tunteiden sijaan. Kysymyksessä on edelleen retorinen tehokeino: välitettävälle ideolle haetaan tukea normeista ja tosiasioista, mutta nämä normit ja tosiasiat valikoidaan strategisesti. Koska kysymys ei ole diskurssin säännöistä, tämä mahdollistaa osaltaan sen, ettei etukäteen voidaan määritellä sitä, mitkä asiat ovat merkityksellisiä ja saavat vaikuttavuutta. Osaltaan tämä kuitenkin myös myötävaikuttaa poliittisen järjestelmän arvaamattomuuteen ja epävakauteen.

Sekä oikeudellinen, poliittinen että oikeuspoliittinen diskurssi erilaisine hyväksyttävyyttä koskevina näkemyksineen ja erilaisine sisäisine arvostuksineen myötävaikuttavat yhteiskunnalliseen toimintaan tärkeällä tavalla. Diskurssien pluralismi yhteiskunnassa osaltaan tukee sitä, että yhteiskunnalliselle vallankäytölle voidaan löytää monia rinnakkaisia lähteitä, jotka tukevat mutta myös haastavat toisiaan. Samoin diskurssien ansiosta voidaan tunnistaa sekä kehityskohtia että rajoitteita sille, kuinka paljon järjestelmää voidaan pyrkiä muuttamaan menettämättä sille välttämätöntä koheesiota.

Yhteiskunnallisen järjestelmän vakaus perustuu sen muutosten rajoitteiden tunnistamiseen (kuvio 3). Rajoitteilla voidaan viitata yhteiskunnassa vallitseviin arvoihin tai toisaalta näkemyksiin politiikkaohjelmien ja lainsäädännön tavoitteiden toteutumisen edellytyksistä. Nämä edellytykset voivat olla ihmisistä lähtöisin tai heistä riippumattomia. Oikeudellinen ja poliittinen diskurssi yhdessä kartoittavat yhteiskunnallisen toiminnan edellytyksiä. Tämä tapahtuu oikeudellisen ja poliittisen vallan kautta, mutta osaltaan tällaisten järjestelmien voidaan katsoa olevan välttämättömiä yhteiskunnallisen toiminnan ja yhteiskuntajärjestyksen turvaamiseksi.



Kuvio 3. Poliittisten ja oikeudellisten diskurssien yhteiskunnallinen dialogi.

Legitimiteetti on instituutioiden selviytymistä. *Andrew Heywoodin* mukaan kysymys on kuitenkin myös koko poliittisen regiimin selviytymistä, jolloin legitimiteetin turvaamiseksi instituutioiden tulee kyetä reagoimaan ympäristössä tapahtuneisiin muutoksiin.¹⁰² Mikäli diskurssit, joiden avulla tämä tapahtuu, ovat enemmänkin rajoittavia kuin mahdollistavia, heikkenee järjestelmän kyky tunnistaa legitimitteettivaje ja sen lähde. Tällöin heikkenee myös järjestelmän kyky reagoida mahdollisiin kriiseihin. Diskurssianalyysin ja tässä kirjoituksessa hahmotellun viitekehyksen turvin

¹⁰² *Heywood* 1994 s. 97.

voidaan pyrkiä tulkitsemaan, analysoimaan ja kritisoimaan diskursiivista vallankäyttöä nimenomaan yhteiskunnallisen toiminnan jatkuvuuden näkökulmasta.

5.2 Yhteiskunnallinen diskurssianalyysi

Diskurssianalyysi ymmärretään laajana ja heterogeenisena tutkimusmenetelmänä, johon viitataan lähinnä yhteiskunnallisen tutkimuksen erään menetelmän kattokäsitteenä.¹⁰³ Diskurssianalyysi, ja erityisesti kvantitatiivinen diskurssianalyysi, tuottavat *tutkimustuloksia*, jotka on vielä erikseen *analysoitava*. Analysoinnin lähtökohtana on aineiston purkaminen ja uudelleenjäsentäminen, dekonstruktio ja rekonstruktio.¹⁰⁴ Analyysimetodit jakautuvat kvantitatiivisiin ja kvalitatiivisiin. Erityisesti määrällinen tutkimus on lisääntynyt teknologian kehittyessä. Kun analyysin apuna voidaan hyödyntää sitä tarkoitusta varten tehtyjä ohjelmistoja, mahdollistuu yhä suurempien aineistokokonaisuuksien samanaikainen ja yhdenmukainen analyysi.¹⁰⁵

Luokittelujen avulla kyetään analysoimaan tekstiaineistoa, ja käsittelemään erityisesti suurta aineistomäärää. Yksinkertaisimmillaan analyysin lähtökohtana voi olla aineiston jakaminen sanaluokkiin, tai tiettyjen sanojen esiintymisen ja esiintymistiheyden tarkastelu. Mahdollista on arvioida esimerkiksi assosiaatioiden rakentamiseen liittyvien sanojen, kuten ”me”, ”ne” ja ”he”, esiintymistä, sekä muunlaisten metaforien ja mielleyhtymien luomista.¹⁰⁶ Lauseiden luonnetta voidaan pyrkiä analysoimaan tarkemmin hyödyntämällä lukuisia jaotteluja. Erityisesti poliittinen diskurssitutkimus on tuottanut runsaasti monenlaisia luokitteluja: Schmidt jakaa diskurssissa välitettävät ideat politiikkoihin, ohjelmiin ja filosofioihin. Poliitiikat, ohjelmat ja filosofiat jakautuvat lisäksi *kognitiivisia* ja *normatiivisiin* ideoihin, joista ensimmäiseksi mainitut kuvaavat sitä, mitä on ja mitä tehdään,

¹⁰³ Ks. esim. *Pynnönen* 2013; *Pietikäinen – Mäntynen* 2009.

¹⁰⁴ *Pynnönen* 2009 s. 15–16.

¹⁰⁵ Ks. esim. *Quaresma – Gonçalves* 2010; *Wyner ym.* 2010; *Francesconi ym.* 2010; *Vuorela Oikeus* 2016. Kvantitatiivisen analyysin työvälineiden kehittyminen, kuten niin sanottu Big Data -tutkimus, ovat jossain määrin velkaa, eivät ainoastaan teknologian kehitykselle, vaan yhteiskunnallisille uhkille, joihin pyritään vastaamaan kehittämällä ja hyödyntämällä modernia teknologiaa: suurta määrää tekstuaalista ja audiovisuaalista dataa, josta voidaan algoritmien avulla pyrkiä tunnistamaan esimerkiksi mahdolliseen terrori-iskuun viittaavat toimintamallit.

¹⁰⁶ Ks. esim. *Martínez Guillem D&S* 2009; *Charteris-Black* 2005.

ja viimeiseksi mainitut taas sitä, mikä on hyvää ja pahaa, ja mitä tulisi tehdä.¹⁰⁷ J. L. Austin taas jakaa diskurssissa tuotetut lauseet lokutionaariisiin, illokutionaariisiin sekä perlokutionaariisiin.¹⁰⁸ Austinin mukaan lokutionaariset lauseet ilmaisevat yleisen merkityksen tai yhteyden, illokutionaariset lauseet ovat informoivia, varoittavia tai sitoumusta ilmaisevia ja perlokutionaariset lauseet tuottavat vaikutuksia vakuuttamalla, suostuttelemalla, pakottamalla tai harhaanjohtamalla¹⁰⁹. *John Searle* taas luokittelee tuotetut lauseet viiteen ryhmään: 1) assertiivisiin (*assertative*), jotka kertovat, miten asiat ovat; 2) direktiivisiin (*directive*), jotka pyrkivät ohjaamaan tai tuottamaan toimintaa; 3) komissiivisiin (*commissive*), joissa puhuja itse tekee lupauksen toimia; 4) ekspressiivisiin (*expressive*), jotka ilmaisevat tunteita tai asenteita; sekä 5) deklaratiiivisiin (*declarative*), jotka muovaavat maailmaa lauseiden kautta.¹¹⁰ Searlen mukaan tuotetut lauseet saattavat samaan aikaan sopia useaan eri kategoriaan.¹¹¹ Oikeusteoreetikko *Robert Alexyn* mukaan lauseet, joiden avulla puhujat testaavat todellisuutta, voidaan jakaa empiirisiin, analyttisiin ja normatiivisiin.¹¹² Niiden lisäksi oikeudessa lauseet voidaan jakaa substantiaalisiin, teleologisiin tai prosessuaalisiin sen mukaan, onko huomio sisällössä, tavoitteissa vai prosesseissa.

Tällaisiin luokitteluihin pohjautuvaa analyysia voidaan kuitenkin kritisoida pinnallisuudesta. Luokittelujen relevanssi on niin ikään monesti tutkimuksellisesti kyseenalainen. Pinnallista analyysia syvällisempi tulkinta ja kritiikki tarvitsevat laajemman tulkinnallisen viitekehyksen, johon tutkija samalla sitoutuu. Diskurssianalyysi tutkimusmenetelmänä ei itsessään sisällä tulkintaan tarvittavaa teoreettista viitekehyttä.

Sekä politiikantutkimus että oikeustutkimus pyrkivät tarjoamaan mahdollisia viitekehyksiä. Oikeudelliset ja poliittiset teoriat tuottavat usein erilaisia arviointikriteerejä erityisesti oikeudellisen ja poliittisen toiminnan sisäisestä näkökulmasta. Näitä tieteenalan tuottamia sisäisiä viitekehyksiä voidaan kutsua diskurssien *immanenttiksi arviointikriteereiksi*. Ne ovat formaaleja tai informaaleja sääntöjä, joita diskurssin ja siihen osallistuvien odotetaan noudattavan. Oikeuden immanenttisiin arviointikriteereihin voidaan katsoa kuuluvan ainakin normit ja faktat.¹¹³ Mikäli tuotettu oikeusratkaisu ei ole yhdenmukainen ennalta-asetettujen normien ja olemassa ole-

¹⁰⁷ *Schmidt* Annu. Rev. Polit. Sci. 2008 s. 306.

¹⁰⁸ *Austin* 1962 s. 102–103.

¹⁰⁹ *Ibid.* s. 108–109.

¹¹⁰ *Searle* 1981 s. viii.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Alexy* 1989 s. 179–180.

¹¹³ *Alexy* 1989 s. 230.

vien faktojen kanssa, ratkaisun voidaan katsoa olevan väärä. Poliittisten instituutioiden näkökulmasta immanenttisten arviointikriteerien valossa voidaan taas voidaan arvioida, että jos tehtävänsä vaaleilla valittu poliittikko ei pyri vaikuttamaan päätöksentekoon, voidaan hänen katsoa epäonnistuneen tehtävässään. Tämä ei kuitenkaan yksiselitteisesti tarkoita, että hänen toimintansa väärin, vaan nimenomaan, että hän on epäonnistunut tehtävässään. Tai kuten J. L. Austin sanoisi, hänen toimintansa on onnellista tai onnetonta suhteessa arviointikriteereihin.¹¹⁴ Tämä koskee niin yksilön pyrkimystä päästä poliittiseen valta-asemaan kuin tähän asemaan päässeen henkilön kykyä täyttää tehtävänsä siinä institutionaalisessa asemassa, johon hänet on valittu. Niin ikään, jos jollain oikeusnormilla ei ole vaikutuksia yhteiskunnassa ihmisten käyttäytymistä ohjaavana, ei siis voida sanoa, että kyseessä oleva normi olisi jotenkin ”väärin”, vaan sen sijaan se on ”onneton”.¹¹⁵

Immanentit arviointikriteerit kumpuavat tieteenalan ja ammattikunnan sisäisistä käsityksistä siitä, mitä on oikeudellinen vallankäyttö ja mitä on poliittinen vallankäyttö. Näiden keskinäinen suhde sekä rooli yhteiskunnallisessa toiminnassa on usein jäsentymätön. Sisäinen näkökulma ei välttämättä tarjoa riittävän kriittistä näköalaa, vaan saattaa jopa tukea laajemmasta yhteiskunnallisesta näkökulmasta haitallisia käsityksiä, ja siten edesauttaa yhteiskunnan kriisiytymistä. Esimerkiksi oikeuden immanenttiset arviointikriteerit, jotka täsmentävät oikeudellisten lauselmien oikeellisuutta, saattavatkin edustaa suppean ihmisjoukon näkemyksiä oikeasta tai onnistuneesta oikeudellisesta lauselmasta. Yhteiskunnassa voidaan Chiltonin termejä käyttäen puhua yhtäältä ”vähemmistöjen” ja toisaalta ”enemmistöjen” kielestä, jossa määrittelyvalta, eli ”vahva” kieli, on joko enemmistöllä tai vähemmistöllä.¹¹⁶ Vahva kieli hallitsee käytävää keskustelua jopa siinä määrin, että vastapuolen on vaikea saada omaa asiaansa muotoiluksi, saati esitettyksi siten, että sillä on konkreettisia vaikutuksia. Oikeuden sisäinen kriittinen tutkimus saattaa tuottaa varsin pinnallista analyysia, jossa huomio kohdistuu virheisiin, väärinkäsityksiin tai sellaisille alttiisiin ilmaisuihin tai lausahduksiin, joita erityisesti juridisessä diskurssissa halutaan välttää. Tämä ei kuitenkaan tarkoita ainoastaan virheitä. Kuten *Soile*

¹¹⁴ *Austin* 1962 s. 13.

¹¹⁵ *Ibid.* s. 14. Mahdollinen kysymys siitä, onko koko oikeusjärjestelmä joko ”väärä” tai ”onneton”, on puolestaan seuraavaksi esille nostettavan institutionaalis-funktionaalisen kriitikin alueelle kuuluva kysymys, joka edellyttää oikeuden ulkoisten arviointikriteerien hyödyntämistä.

¹¹⁶ Ks. *Chilton* 2004 s. 12.

Pohjonen on nostanut esille, väärintulkinnoille alistaa myös ihmisten erilaiset taustat, heidän koulutus- ja kokemuspohjansa, joka vaikuttaa paitsi ajattelutapoihin myös kielenkäyttöön. Pohjosen mukaan tähän seikkaan tulisi kommunikaatiossa kiinnittää enemmän huomiota.¹¹⁷

Formaalit säännöt, joiden tarkoituksena on estää oikeudellisen vallan väärinkäyttöä, saattavat liian jäykkänä oikeuttaa mielivaltaisen vallankäytön. Tämä huomio korostaa jälleen avoimen dialogin merkitystä.¹¹⁸ MacCormick on painottanut, ettei formaali rationaalisuus kaikkine sääntöineen turvaa oikeudenmukaisuuden toteutumista.¹¹⁹ Habermasin tunnistamat erilaiset ajan myötä kehittyneet modernin oikeuden keskeiset piirteet, eli *positivismi*, *legalismi* ja *formalismi*, heijastuvat kuitenkin vahvana jo pitkät perinteet omaavaan oikeudenkäyttöön.¹²⁰ Sääntöjen yhteiskuntaa vakauttava vaikutusta ei liene syytä aliarvioidakaan. Näkemys historiallisesta jatkuvuudesta ei kuitenkaan saa estää järjestelmän kehittymistä yhteiskunnan mukana ja institutionaalisten sääntöjen muovaamista vastaamaan paremmin yhteiskunnassa ilmeneviin tarpeisiin. Syvällisemmän ja rakentavan analyysin voidaankin katsoa edellyttävän irtautumista oikeuden sisäisistä käsityksistä sen hyväksyttävyydestä.

Anu Pynnöstä mukaillen voidaan sanoa, että pyrkimys irrottautua edes jossain määrin vallitsevista, itsestään selvistä ja haastamattomina pidetyistä diskursseista laajentaa ymmärrystämme ja kykenee luomaan uutta pohjaa sille, mikä on hyväksyttävää ja legitimiä.¹²¹ Pynnösen sanoin: ”Erityisen kiinnostavaa on se, miten ’todellisuus’ ja sen kokeminen syntyy äänellistämisen (inkluusion) ja vaimentamisen (ekskluusion) prosessien ja ilmentymien kautta”. Vakiintunut diskurssi heijastaa aina jonkinlaista valtahegemoniaa, ja muun muassa *Ruth Wodak* on tuonut esille, miten kriittinen lingvistiikka pyrkii tuomaan esiin köyhien ja sorrettujen, ulosjätettyjen ja

¹¹⁷ *Pohjonen* 2005 s. 5–6

¹¹⁸ Mutta kuten *Paul Chilton* on huomauttanut, tällöinkin voidaan katsoa, että kommunikaation lähtöoletuksena on jonkinasteinen vilpittömyys ja keskinäinen luottamus: valhe ei ole valhe, mikäli kaiken puheen oletetaan olevan epäluotettavaa (*Chilton* 2004 s. 20; 23). Tällöin voidaan toki puhua naiivin ja toisaalta rakennetun luottamuksen, jatkuvan hyväksynnän antamisen merkityksestä erityisesti institutionaalisen legitimitietin lähteenä. Myös yleisöä, joka joko aktiivisesti tai passiivisesti hyväksyy tunnustamansa auktoriteetin sanat, voidaan kritisoida liiallisesta luottamuksesta ja kritiikkittömyydestä. Tällainen kritiikkittömyys heikentää pitkällä tähtäimellä myös diskurssien ja niihin liittyvien instituutioiden kykyä tuoda tehokkaasti esille ja vastata yhteiskunnassa esiin nousseisiin haasteisiin tai yhteiskunnan kehitykseen (ks. *van Dijk* D&S 2006, 375).

¹¹⁹ *MacCormick* 2010 s. 62.

¹²⁰ *Habermas* 1984 s. 259.

¹²¹ *Pynnönen* 2013 s. 17.

vaiennettujen näkökulmaa.¹²² Radikaaliin kritiikkiin voidaan kuitenkin suhtautua myös kriittisesti siitä näkökulmasta, ettei tällainen kritiikki pyri palvelemaan yhteiskunnan jatkuvuutta ja kehitystä. Esimerkiksi Habermas suhtautuu kriittisesti kumoukselliseen radikaaliin kritiikkiin, tarjoten esimerkkinä marxilaista funktionalismia, joka ei pyri niinkään rakentamaan kuin hajottamaan.¹²³ Kriittinen tutkimus on keskeinen osa yhteiskunnallisten diskurssien tutkimista. Samalla on kuitenkin pidettävä mielessä laadukkaan tutkimuksen kriteerit, mukaan lukien se, mitä tutkimuksella tavoitellaan.

Samaan aikaan kun diskurssianalyysin avulla voidaan kriittisesti pohtia yhteiskunnallisten diskurssien ilmaisemia valtasuhteita, puhtaan hajottavan kritiikin sijaan on syytä pitää mielessä, miten diskursiivinen pluralismi auttaa ylläpitämään ja kehittämään yhteiskuntaa. Erityisesti oikeustutkimuksen näkökulmasta on syytä huomioida oikeuden ja oikeudellisen diskurssin merkitys yhteiskuntajärjestelmää vakauttavana mekanismina. Tarkoituksena ei tulisi olla pyrkiä korvaamaan oikeutta politiikalla tai politiikkaa oikeudella. Oikeuden ja politiikan keskinäinen suhde yhteiskunnassa vaikuttaa olevan epävakaa. Toisinaan yhteiskunnallisessa viitekehyksessä korostuu poliittisen diskurssin vaikutusvalta, ja toisinaan oikeudellisen. Tämän heilahtelun voidaan kuitenkin katsoa olevan luonnollinen osa muutoksen ja vakauden dynamiikkaa.

Tämä artikkeli hahmottelee analyttistä viitekehystä diskurssianalyysille, jonka tavoitteena on nimenomaan tukea oikeudellisen ja poliittisen järjestelmän myötävaikutusta yhteiskunnalliseen toimintaan. Diskurssianalyysin avulla voidaan ensinnäkin pyrkiä arvioimaan, millaista yhteiskunnallista valtaa ja millaisia valtasuhteita se heijastaa instituutioista riippumatta: onko kysymyksessä toiminnan fasilitoiminen vakuuttamalla vai muodollisiin suhteisiin perustuva täytöntöönpanokäskey. Toiseksi voidaan pohtia, mihin hyväksyntä perustuu: perustuuko se sisällöllisiin vai formaaleihin seikkoihin. Kolmanneksi voidaan arvioida, onko diskurssin rooli yhteiskunnassa muutosta luova vai vakauttava. Tutkimus voi arvioida esimerkiksi diskurssien sääntöjen tarkoituksenmukaisuutta yhteiskunnallisen toiminnan viitekehyksessä.

Tarkoituksenmukaisuuden arvioimiseen on monta eri tapaa, mutta yksi mahdollinen lähtöpiste on arvioida niiden osallistujiensa kyvykkyyteen

¹²² Ks. *Wodak* 1989.

¹²³ *Habermas* 1984 s. 261.

kohdistuvia vaatimuksia (*discursive abilities*).¹²⁴ Jos instituutioon liitetty diskurssi edellyttää osallistujalta sellaista kyvykkyyttä, jota tällä ei ole, mutta yksilöllä ei ole myöskään muita keinoja kanavoida näkemyksiään, voi seurata yhteiskunnallisen järjestelmän kannalta epävakauttavia ilmiöitä. Tällaisia ilmiöitä voivat olla esimerkiksi lailliset tai laittomat mielenosoitukset sekä lakot tai muut kansalaistottelemattomuuden muodot. Nämä yhteiskunnallisen toiminnan ilmentyvät heijastavat jännitteitä, jotka tulisi kyetä käsittelemään ennen niiden kriisiytymistä. Kriisiytyminen vaarantaa pahimmillaan koko yhteiskuntajärjestyksen pitkäksi aikaa. Tutkimus voi omaksua myös kriittisen asenteen havaittuja diskursseja kohtaan siitä näkökulmasta, pyrkivätkö ne vahvistamaan yhteiskunnallisia rakenteita, tunnistamalla myös mahdolliset muutostarpeet, vai pyrkivätkö ne epäkonstruktiivisesti hajottamaan vallitsevan yhteiskuntajärjestyksen tarjoamatta mitään tilalle.

Tässä artikkelissa hahmotellun analyttisen viitekehyksen avulla voidaan nimenomaan pyrkiä arvioimaan sitä, miten jokainen diskursiivinen ilmiö osaltaan joko tukee tai heikentää instituutioiden kykyä vastata uusiin haasteisiin ja osaltaan ylläpitää riittävää vakautta.

6 LOPUKSI

Tässä artikkelissa on lähestytty yhteiskunnallisia diskursseja oikeuden ja politiikan tutkimuksen näkökulmasta, sekä tutkittu oikeutta yhteiskunnallisena diskurssina.

Oikeudellisen ja poliittisen diskurssin erityispiirteiden tunnistamisen jälkeen kirjoituksessa hahmoteltiin aiempaan tutkimukseen nojautuen synteisiä, jossa tunnistetaan sekä diskurssien sekoittuminen että toisaalta niiden keskinäisen vuorovaikutuksen merkitys yhteiskunnalliselle toiminnalle. *Timo Hämäläisen* ja Risto Heiskalan mukaan normaalisti yhteiskunnan eri osajärjestelmät kehittyvät pienin askelin aiheuttamatta suurempia jännitteitä tai sopeutumisongelmia muualla systeemissä.¹²⁵ Yhteiskunnallisen vallankäytön eri muodot ja vallankäytön oikeuden moninaiset lähteet, sekä muotojen ja oikeutusten keskinäinen suhde, ovat tämän tutkimuksen perus-

¹²⁴ Ks. *Schmidt* Annu. Rev. Polit. Sci. 2008 s. 314. *Schmidt* nostaa tässä yhteydessä esiin kyvykkyuden ja siitä johtuvien eroavaisuuksien kritiikkiä, viitaten *Pierre Bourdieun*, *Michel Foucault'n* sekä *Antonio Gramscin* esittämiin näkemyksiin (*Schmidt* Annu. Rev. Polit. Sci. 2008 s. 316).

¹²⁵ *Hämäläinen – Heiskala* 2004 s. 51

teella nimenomaan edellytys yhteiskunnan jatkuvuuden kannalta välttämättömän muutoksen fasilitoimiseksi. Samalla niiden keskinäinen vuorovaikutus on kuitenkin edellytys riittävän vakauden ylläpitämiseksi. Tarkastelun valossa voidaan sanoa, ettei oikeusjärjestyksen normatiivisfilosofista luonnetta ei tule korvata reaktiivisuudella ja poliittisuudella. Tällöin normatiivinen todellisuus sulautuisi liaksi empiiriseen todellisuuteen ja oikeusjärjestys menettäisi merkityksensä yhteiskunnallista toimintaa järjestävänä ja ohjaavana systeeminä. Liiallinen pragmatismi, oikeuden liittäminen tilannekohtaisiin tekijöihin ja poliittisiin tavoitteisiin veisi voiton pitkäjänteistä toimintaa ohjaavista periaatteista, jotka lisäävät stabiiliteettia ja luottamusta yhteiskunnalliseen vakauteen sekä oikeuden ennustettavuuteen. Liiallinen normatiivisuus ja tiettyihin periaatteisiin sitoutuminen taas heikentäisi oikeusjärjestyksen tosiasiallisia edellytyksiä toteuttaa sen funktiota.

Oikeutta luovien poliittisten, asiantuntevien ja toimeenpanevien instituutioiden rooleissa ja voimasuhteissa tapahtuvat muutokset ovat omiaan tuottamaan dynaamisessa oikeusjärjestyksessä normatiivisuuden ja refleksiivisyyden heilahteluja, jotka ylläpitävät yhteiskunnallisen toiminnan ja sääntelykyvyn kannalta tärkeää reaktiivisuuden ja vakauden tasapainoa. *Jerry Mashaw'n* (1994) näkökulma ulkoiseen paineeseen on se, että paine heikentää lainsäätäjän toiminnan pitkäjänteisyyttä. Samalla se kuitenkin pakottaa järjestelmää muuttumaan. Poliitiikka on reponsiivisempaa ja mukautuvampaa kuin oikeus, mutta toisaalta politiikan lyhytjänteisyydestä ja reaktiivisuudesta kumpuaa kielteisiä vaikutuksia päätöksentekoon. Näitä kielteisiä vaikutuksia ei kuitenkaan voida poistaa poistamatta politiikkaa ja politiikan myönteisiä vaikutuksia.¹²⁶ Samoin oikeusjärjestelmän jäykkyyden vähentäminen heikentäisi samalla myös sen yhteiskuntajärjestelmää vakauttavia ominaisuuksia.

Jollakin aikajänteellä yhteiskuntajärjestyksen dynaaminen mekanismi näyttäisi korjaavan itse itseään. Jonkin nimenomaisen järjestelmän ylläpitäminen ei loppujen lopuksi ole mielenkiintoista. Mielenkiintoista on järjestyksen yhteiskunnallinen merkitys, joka näyttää tuottavan eri variaatioita samoista yhteiskunnallista muutosta tai vakautta palvelevista mekanismeista, mutta joka ei mitenkään edellytä omaa pysyvyyttään pitkällä jännteellä. Nimenomaan yhteiskunnallisen toiminnan turvaaminen edellyttää myös muutosta, jota erityisesti poliittinen diskurssi fasilitoi, mutta jolle poliittinen diskurssi myös tuottaa hyväksyntää. Tästä näkökulmasta on

¹²⁶ Ks. *Mashaw L&CP* 1994 s. 242.

merkittävä ongelma, mikäli diskurssi ei edellytä tai mahdollista itsekritiikkiä. Instituutiot sekä rajoittavat ihmisten toimintaa että ovat inhimillisen toiminnan tuote. Ne vahvistavat, uusintavat ja legitimoivat itseään. Itselegitimoinnin ongelma syntyy, kun valta ja vallan jakautuminen eivät saa riittävästi huomiota, minkä voidaan katsoa leimaavan myös modernia yhteiskuntaa.¹²⁷ Yhteiskunnallisen tutkimuksen tavoitteena tulisi olla yhteiskunnallisen toiminnan ja eri instituutioiden siihen liittyvien tehtävien tukeminen, mikä voi edellyttää myös kriittistä arviointia.

Habermasin tutkimuksen kohdalla voidaan puhua sellaisesta empirian ja normien välisestä kuroutumisesta, jonka tavoitteena on kuvailla näiden kahden maailman yhteensovittamisen mahdollisuuksia siten, etteivät yhteiskunnalliset konfliktit pääse kärjistymään, eikä oikeutta käytetä sortamisen välineenä. Habermasin mukaan argumentaatio on refleksiivistä toimintaa, jonka tavoitteena ei ole ehdoton suostuttelemineen vaan ymmärryksen saavuttaminen.¹²⁸ Hän pyrkii rakentamaan rationaalisuuskriteerejä, jotka täyttämällä päästään yhteisymmärrykseen. Näkemykset tulee ilmaista yleisesti hyväksytyjä käsitteitä ja kieltä käyttäen¹²⁹, jotka eivät niinkään nojaa yksinomaan kulttuurisiin arvoihin, koska yhteiskunnassa vallitsee monenlaisia arvostuksia, elämismaailmoja, vaan näiden maailmojen välisen keskinäisen kommunikoinnin turvaaviin sääntöihin. Habermasin kuvaus vaikeuttaa hyvin idealistiselta erityisesti poliittisessa toimintaympäristössä. Toisaalta tutkimuksellisesta näkökulmasta Habermasin kommunikatiivisen teorian tavoitteet vaikuttavat kuitenkin legitimiemiltä.

Diskurssianalyysiin keskeisenä kuuluvassa kriittisessä tarkastelussa voidaan omaksua joko oikeudellisen diskurssin sisäinen näkökulma, jossa arvioidaan oikeudellisen keskustelun, argumentaation ja tuotettujen lauselmien suhdetta asetettuihin prosessia, muotoa tai sisältöä koskeviin sääntöihin. Tällöin kysymyksessä on immanenttinen kriittinen tutkimus. Immanenttinen kriittinen tutkimus on pitkälti kiinnittynyt oikeudellisiin teorioihin eikä edellytä oikeuden yhteiskunnallisesta roolista liikkeelle lähtevää tutkimusta. Ulkopuolinen viitekehys on kuitenkin aina läsnä: oikeusnormeihin perustuva pakkovalta oikeutetaan vetoamalla poliittisiin ideologioihin, yhteiskunnallisiin filosofioihin sekä yhteiskunnassa vallitseviin näkemyksiin siitä, mikä on rationaalista tai muutoin hyväksyttävää.¹³⁰

¹²⁷ Ks. *Lowdes – Roberts* 2013 s. 77.

¹²⁸ *Habermas* 1984 s. 25.

¹²⁹ Ks. *Habermas* 1987 s. 63–70.

¹³⁰ Ks. *Perelman* 2000 s. 1407.

Tässä artikkelissa on pyritty luomaan analyyttinen ja tulkinnallinen viitekehys, jossa on mahdollista huomioida oikeudellisen diskurssin suhde yhteiskuntaan ja merkitys sosiaalisten suhteiden järjestämisessä. Samalla diskurssitutkimus itsessään on refleksiivistä sen suhteen, onko sen tarkoituksena yhteiskuntajärjestyksen tukeminen vai epäkonstruktiiivinen kritiikki, joka ei pyri tarjoamaan ratkaisuja havaittuihin jännitteisiin. *Politiikan kärjistäessä ja oikeuden pysyessä neutraalina tutkimuksella on niin ikään roolinsa muutoksen ja vakauden oikeasuhtaisen dynamiikan turvaamisessa.*

LÄHTEET

- Aarnio, Aulis*, Mitä lainoppi on? Tammi 1987.
- Alexy Robert*, A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification. Clarendon Press 1989.
- Austin, J. L.*, How to do Things with Words. Clarendon Press 1962.
- Charteris-Black, Jonathan*, Politicians and Rhetoric. The Persuasive Power of Metaphor. Palgrave Macmillan 2005.
- Chilton, Paul*, Analysing Political Discourse. Theory and Practice. Routledge 2004.
- Chong, Dennis*, Degrees of rationality in politics. In Leonie, Hyddu ym. (eds), The Oxford Handbook of Political Psychology. 2nd ed. Oxford University Press 2013.
- Francesconi, Enrico – Montemagni, Simonetta – Peters, Wim – Tiscornia, Daniela*, Integrating a Bottom-Up and Top-Down Methodology for Building Semantic Resources for the Multilingual Legal Domain. In Francesconi, Enrico et al. (eds), Semantic Processing of Legal Texts, LNAI 6036. Springer-Verlag 2010, p. 959–121.
- Habermas, Jürgen*, The Theory of Communicative Action. Vol. 1: Reason and the rationalization of society. Beacon Press cop. 1984.
- Habermas, Jürgen*, The Theory of Communicative Action, Vol. 2: Lifeworld and system: a critique of functionalist reason. Polity Press 1987.
- Hautamäki, Veli-Pekka*, Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2002.
- Heiskala, Risto*, Toiminta, tapa ja rakenne: kohti konstruktionistista synteesiä yhteiskunta-teoriassa. Gaudeamus 2000.
- Heywood, Andrew*, Political Ideas and Concepts: An Introduction. Macmillan 1994.
- Hutton, Cristopher*, Language, Meaning and the Law. Edinburgh University Press 2009.
- Hämäläinen, Timo – Risto Heiskala*, Sosiaaliset innovaatiot ja yhteiskunnan uudistumiskyky. Edita 2004.
- Jutila, Karina*, Pilaako eliitti Suomen? Kunnallisalalan kehittämissäätö 2016.
- Jyränki, Antero*, Oikeusvaltio ja demokratia. Teoksessa Aarnio, Aulis & Timo Uusitupa (toim.) Oikeusvaltio. Lakimiesliiton Kustannus 2002, s. 13–25.
- Karhu, Juha*, Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi. Lakimies 5/2003, s. 789–807.
- Kekkonen, Jukka*, Kontekstuaalinen oikeushistoria. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2009.
- Lavapuro, Juha*, Perustuslakivaliokunnan arvovalta ja valtiosääntökulttuurin muutos. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia – Mäenpää, Olli – Ojanen, Tuomas (toim.), Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009, s. 223–237.
- Levinson, Stephen C.*, Pragmatics. Cambridge University Press 1983.
- Lowdes, Vivien – Roberts, Mark*, Why Institutions Matter. The New Institutionalism in Political Science. Palgrave Macmillan 2013.
- MacCormick, Neil*, Rhetoric and Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning. Oxford University Press [2005] 2010, repr.
- Martínez Guillem, Susana*, Argumentation, metadiscourse and social cognition: organizing knowledge in political communication. Discourse & Society 20(6) 2009, p. 727–746.

- Mashaw, Jerry L.*, Improving the Environment of Agency Rulemaking: An Essay on Management, Games, and Accountability. *Law and Contemporary Problems* 57(2) 1994, p. 185–257.
- Peczenik, Alexander*, *The Basis of Legal Justification*. Lund 1983.
- Perelman, Chaïm – Olbrechts-Tyteca, L.*, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*. University of Notre Dame Press 1969.
- Perelman, Chaïm*, *The New Rhetoric: A Theory of Practical Reasoning*. In *Bizzell, Patricia – Herzberg, Bruce* (eds), *The Rhetorical Tradition: Readings from Classical Times to the Present*. Bedford 2000, p. 1384–1409.
- Peters, B. Guy*, *Institutional Theory in Political Science. The 'New Institutionalism'*. Continuum [1999], repr. 2001.
- Pietikäinen, Sari – Mäntynen, Anne*, *Kurssi kohti diskurssia. Vastapaino* 2009.
- Pohjonen, Soile* (toim.), *Ex ante: ennakoiva oikeus*. Talentum 2005.
- PTK 80/2016 vp* Pöytäkirjan asiakohta 17: Kansalaisaloite avioliiton säilyttämisestä aidosti tasa-arvoisena, miehen ja naisen välisenä liittona ja sukupuolineutraalin avioliittolain kumoamisesta. Eduskunnan täysistunto. Torstai 8.9.2016 klo 16.03–21.01.
- PTK 102/2017 vp* Pöytäkirjan asiakohta 10: Lakialoite laiksi Suomen perustuslain 54 §:n muuttamisesta. Eduskunnan täysistunto. Keskiyö 11.10.2017 klo 13.59–16.55.
- Pynnönen, Anu*, *Diskurssianalyysi: Tapa tutkia, tulkita ja olla kriittinen*. Jyväskylän yliopiston kauppakorkeakoulun Working Paper N:o 379. 2013.
- Quaresma, Paulo – Gonçalves, Teresa*, *Using Linguistic Information and Machine Learning Techniques to Identify Entities from Juridical Documents*. In *Francesconi, Enrico* et al. (eds), *Semantic Processing of Legal Texts*, LNAI 6036. Springer-Verlag 2010, p. 44–59.
- Rautio, Juha*, *Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat*. Talentum 2006.
- Schmidt, Vivien A.*, *Discursive Institutionalism: The Explanatory Power of Ideas and Discourse*. *Annual Review of Political Science* (11) 2008, ss. 303–326.
- Searle, John R.*, *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*. Cambridge University Press [1979] 1981, repr.
- Sornig, Karl*, *Some remarks on linguistic strategies of persuasion*. In *Wodak, Ruth* (ed.), *Language, Power and Ideology: Studies in political discourse [Critical Theory 7]* J. Benjamins Pub. Co. 1989, p. 95–113.
- Toiviainen, Heikki*, *Suomen yhteisöoikeuden arvoperusta: ajatuksia oikeustaloustieteestä yksityisoikeudellisia yhteisöjä ja säätiöitä koskevassa oikeudessa*. Edita 2002.
- Tolonen, Hannu*, *Oikeuslähdeoppi*. WSOY 2003.
- Triadafilopoulos, Triadafilos*, *Politics, Speech, and the Art of Persuasion: Toward an Aristotelian Conception of the Public Sphere*. *The Journal of Politics*, Vol. 61, No. 3 (Aug. 1999), p. 741–757.
- Tuori, Kaarlo*, *Oikeus, valta ja demokratia. Lakimiesliiton Kustannus* 1990.
- Tuori, Kaarlo*, *Kriittinen oikeuspositivismi*. WSOY 2000.
- Tuori, Kaarlo*, *Oikeuden ratio ja voluntas*. WSOYpro 2007.
- van Dijk, Teun A.*, *Discourse and Manipulation*. *Discourse & Society* Vol. 17(2) 2006, pp. 359–383.

LAW AS A SOCIETAL DISCOURSE – THE DYNAMICS OF CHANGE AND STABILITY

This research approach law as societal discourse. Discourses in the societal framework are about intermediation of ideas. Pragmatic discourses particularly are about creating an impact, and not just about conveying ideas. Legal discourse is a subgroup of pragmatic societal discourses. Legal discourse is particularly attached to existing norms, and the sentences produced create impact through formal enforcement. However, the enforcement requires that existing and substantive rules are followed. The legitimacy of sentences produced is based on formal rationality and consistency with existing norms, rather than its substance *per se*. The societal impact is generated through a mechanism of enforcement. Moreover, while this does create accurately the societal power of jurisprudence, it does neither describe nor explain all societal phenomena relating to law. Especially from the perspective of behavioral political research, the rationality of legal discourse seems very weak basis for exercising of societal power.

The power conveyed through legal discourse is argued to derive its legitimacy, not primarily from the substance of each judgement, but from the general principle of impartiality. This principle of impartiality is reflected to the use of language in courts and among officials. The obedience to procedural and institutional norms creates – it is argued – legitimacy by proxy. This legitimacy by proxy is important to secure that the possible dissatisfaction of the audience on the outcome of individual case directs towards the regulatory framework inside which the case has taken place, rather than on the individual judgement. In principle, the audience is expected to give their passive acceptance to the societal powers exercised by courts and officials as long as they follow the established norms.

However, what comes to the establishment of norms, which guide the use of coercive power exercised by public officials, the activeness of the audience is required to facilitate the creation and change of the rules and norms governing societal interaction. Political discourse is relatively free from rules. This makes it possible to transfer ideas and values from societal level to norms through political power. But the interaction is bidirectional. Political is used by those in power or those aiming to facilitate power, to create a response in the audience. This makes it possible to appeal to the audience by using rhetorical means, and strategic argumentation, even manipulation. The use of formal rules as support for ideas and means to create acceptance, is possible, but ostensible. Rather, political discourse being unable without a normative framework, to create binding norms, may ap-

peal to social norms and societal execution. However, political studies consider norms as always changeable. It seems unable to comprehend nor explain the normative power represented by legal discourse.

After this overview on legal and political discourses, the article continues to formulate a synthesis by proposing that most societal discourse is not either purely legal or purely political. Juridico-political discourse is speculated as being the most common discourse in society. Juridico-political discourse has different levels of its commitment to pre-existing norms. Power is often used in combination with central features of both legal and political discourse. This creates risks, such as the risk of manipulation, but also benefits.

Benefits argued to be brought by the concurrent existence of legal and political discourse is considered to be related to the maintaining of societal and civic activity, and especially peaceful coexistence: The recognition and resolution of rising tensions. Both discourses, as well as their hybrid, are essential in maintaining the delicate balance between change and continuity, necessary for societal sustainability. The rule-oriented legal discourse creates predictability and stability, while the free political discourse gives individual members of society means to communicate their ideas, values and needs to be conveyed to the legal framework in which social interaction takes place. Both include risks, but neither can be rejected without losing what they contribute to society.

In the framework provided, societal discourses can be analyzed in reference to their societal contribution: Whether the discursive phenomena studies represent legal or political power, whether it aims to assert or appeal, and whether the objective is to construct or deconstruct societal structures. It is insisted, that the objective of societal discourse analysis studying legal, political, and juridico-political discourses should be constructive criticism which aims to support necessary change, or necessary stability.

Kirjoittajat

Janne Aer

OTT, oikeusneuvos, korkein hallinto-oikeus

Tiitus Hiivanainen

OTM, tutkija, tohtorikoulutettava, Lapin yliopisto,
tiitus.hiivanainen@ulapland.fi

Lauri Koskenniemi

OTM, tutkimusavustaja, Kriminologian ja oikeuspolitiikan
instituutti, Helsingin yliopisto, lauri.koskenniemi@helsinki.fi

Tommi Oikarinen

FM, neuvotteleva virkamies, valtiovarainministeriö

Siina Raskulla

HM (julkisoikeus), yliopisto-opettaja, Tampereen yliopiston
johtamiskorkeakoulu, siina.raskulla@uta.fi