

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XLIII

2010

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA

Toimitusneuvosto

Eva Tammi-Salminen, puheenjohtaja
Tatu Leppänen
Tapio Määttä
Seppo Villa

Toimittaja

Tapani Lohi

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668
www.lakimiesyhdistys.fi
toimisto@lakimiesyhdistys.fi

© kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN-L 0355-8215

ISSN 0355-8215

ISBN 978-951-855-299-7

ISBN 978-951-855-728-2 (verkkokirja)

Vammalan Kirjapaino Oy, Sastamala 2010

Sisällys

<i>Heikki Halila</i>	Säätiöyliopisto ja yliopistosäätiö	1
<i>Pessi Honkasalo</i>	Copyright protection of software: The European perspective	77
<i>Antti-Jussi Lankinen</i>	Jätesäätelyn kehityksestä – katsaus EU-oikeuden aiheuttamaan muutokseen jätehuoltolaista jätelakiin	127
<i>Tuula Linna</i>	Puntarissa plea bargaining – vastassa oikeusturva ja itsekriminointisuoja	189
<i>Juha-Pekka Rentto</i>	Scipion kyynelistä Konstantinopolin raunioille. Rooman tasavallan valtio- sääntöideologia 146 eKr.–1453 jKr.	263
Kirjoittajat		343

Heikki Halila

**SÄÄTIÖYLIOPISTO JA
YLIOPISTOSÄÄTIÖ**

Sisällys

1	JOHDANTO	5
1.1	Säätiöinstituutiosta yliopistoissa	5
1.2	Tehtävänasettelu	6
2	SÄÄTIÖT VANHOISSA YLIOPISTOISSA JA JULKIS- OIKEUDELLISISSA YLIOPISTOISSA	7
2.1	Mihin tarkoituksiin säätiötä voidaan käyttää?	7
2.2	Ovatko yliopistot olleet yhteisöjä vai säätiöitä?	9
2.3	Lahjoitusrahastot ja tukisäätiöt	12
2.4	Voiko julkinen laitos perustaa säätiön?	13
2.4.1	Helsingin yliopiston rahatalous	13
2.4.2	Julkisyhteisö omaisuutensa säätiöijänä	16
2.4.3	Säätiö Helsingin yliopistoon ”omilla varoilla”?	19
3	AALTO-YLIOPISTO SÄÄTIÖYLIOPISTONA	22
3.1	Säätiöyliopiston perustaminen	22
3.2	Säätiöyliopisto ja yliopiston julkinen tehtävä	24
4	SÄÄTIÖYLIOPISTON HALLITUKSEN VALINTA	28
4.1	Perinteinen itsehallintodoktriini säätiöyliopiston hallitus- vaalin perustana	28
4.2	Säätiölaki ja yliopistolainsäädäntö säätiöyliopiston hallituksen valintaan vaikuttavina tekijöinä	29
4.3	Aalto-yliopistolle perustamisvaiheessa rakennettu hallitusmalli	30
4.3.1	Miten säätiöhallinto pyrittiin järjestämään?	30
4.3.2	Valmisteluprosessin herättämiä kysymyksiä	31
4.4	Oliko perinteinen doktriini kyseenalaistettavissa?	32
4.4.1	Miten doktriinin riitauttamista aluksi perusteltiin?	32
4.4.2	Vertailu muuhun itsehallintoon ja yliopistohallinnon tarkasteleminen kokonaisuutena	34
4.4.3	”Hallituspaikan ostaminen”	36

4.4.4	Yliopiston sisäinen hallitus?	37
4.5	Säätiö yliopistona ja oikeussubjektina sekä autonomia toimintayksiköissä	40
4.6	Perustuslakivaliokunnan linjaukset	41
4.6.1	Ensimmäinen käsittelyvaihe valiokunnassa (PeVL 11/2009 vp)	41
4.6.2	Toinen käsittelyvaihe valiokunnassa (PeVL 18/2009 vp) ja sivistysvaliokunnan mietintö (SiVM 5/2009 vp)	47
4.7	Pohdintoja ja vaihtoehtoja	51
4.8	Sopeuttamistoimet Aalto-korkeakoulusäätiössä	53
5	MUITA SÄÄTIÖYLIOPISTON HALLINTOKYSYMUKSIÄ ..	54
5.1	Säätiö yliopistona vai yliopiston ylläpitäjänä?	54
5.2	Säätiön pääomapanoksen pysyvyys	55
5.3	Yliopiston rehtorin ja hallituksen tehtävät	56
5.4	Liiketoiminnan harjoittaminen säätiöyliopistossa	59
5.5	Säätiövalvonta	60
5.6	Yliopistolain ja säätiölain soveltaminen yliopistosäätiöihin ...	62
6	MITEN SÄÄTIÖYLIOPISTON RAKENTAMISESSA ONNISTUTTIIN?	65
	LÄHTEET	70
	STIFTUNGSUNIVERSITÄT UND UNIVERSITÄTSSTIFTUNG ..	73

Säätiöyliopisto ja yliopistosäätiö

1 JOHDANTO

1.1 Säätiöinstituutiosta yliopistoissa

Vuoden 2010 alusta tuli Suomessa voimaan (uusi) yliopistolaki (24.7.2009/558), jolla korvattiin vuodelta 1997 ollut aikaisempi yliopistolaki (645/1997). Uudistusta oli valmisteltu eri tavoin jo edelliseltä vaalikaudelta lähtien.¹ Keskeisenä suuntaviivoja osoittavana valmisteluasiakirjana oli selvitysmiesten hallintoneuvos Niilo Jääskisen ja professori Jorma Rantasen raportti ”Yliopistojen taloudellisen ja hallinnollisen aseman uudistaminen”.² Siinä hahmoteltiin uudistuksen yhdeksi peruspilariksi yliopistojen oikeushenkilöstatusta joko julkisoikeudellisena yhteisönä tai yksityisoikeudellisena säätiönä. Näin uudistus myös toteutettiin, kun uusi yliopistolaki tuli voimaan. Kyseessä oli sekä periaatteellisesti että käytännön toiminnan kannalta merkittävä muutos yliopistojen toiminnassa.

Jo ennen yliopistolain säätämistä ryhdyttiin valmistautumaan yliopistojen statuksen muuttumiseen. Merkittävin hanke oli Aalto-yliopiston perustaminen, joka toteutui yhdistämällä Teknillinen korkeakoulu, Helsingin kauppakorkeakoulu ja Taideteollinen korkeakoulu. Aalto-yliopistolle valittiin säätiöyliopiston malli. Tätä yliopistoa varten tuli kerätä runsaasti uutta pääomaa yksityisiltä rahoittajilta. Siksi yliopistohankkeen toteuttamiseen tarvittiin aikaa. Hanke oli oikeudellisesti vaativa. Muotisanaa käyttäen se oli myös haastava, kun yliopistosäätiö perustettiin ja rekisteröitiin ennen kuin sen mahdollistavasta uudesta yliopistolaista oli edes hallituksen esitystä.

¹ Ks. yliopistolain uudistamisesta yleisesti esim. HE 7/2009 vp s. 46–51, *Mäenpää* 2009 s. 1–9, *Mäenpää* 2009b s. 391–398 ja *Miettinen – Muukkonen – Myrsky – Pohjolainen* 2009 s. 15–36.

² Ks. OPM 2007:2. Tätä ennen oli valmistunut selvitysmiesten väliraportti, opetusministeriön työryhmämuistioita ja selvityksiä 2006:14. Ks. myös OPM:n työryhmämuistiot ja selvitykset 2004:36, 2005:22, 2005:24, 2005:37 ja 2007:42.

Säätiöinstituution hyödynnettävyyttä arvioitiin ennen uuden yliopistolain säätämistä myös Suomen merkittävimmissä tiedeyliopistossa, Helsingin yliopistossa. Yliopistolain uudistamisen yhteydessä ei ollut itsestään selvää, että Helsingin yliopiston privilegioita ja niihin perustuvaa yliopiston omaa rahataloutta kunnioitettaisiin. Siksi yliopistossa pohdittiin ja selvitettiin sitä mahdollisuutta, että olennainen osa yliopiston ”omasta” varallisuudesta säätöitäisiin, vaikka Helsingin yliopistosta itsestään ei tulisi säätiöyliopistoa. Tätä hanketta ei lopulta toteutettu, mutta se on oikeudellisesti kiintoisa ja siksi yhä huomion arvoinen.

1.2 Tehtävänasettelu

Tässä kirjoituksessa paneudutaan säätiöinstituutioon yliopistoissa kohdistuen huomiota säätiöyliopistoon ja yliopistosäätiöön. Lähtökohtien osoittamiseksi on aiheellista keskittyä aluksi siihen, mihin säätiöinstituutiota voidaan yleensä käyttää. Säätiöyliopiston osalta huomio kiinnittyy erityisesti Aalto-yliopistoon, vaikka uuden yliopistolain mahdollistamalla tavalla myös Tampereen teknillinen yliopisto on muuttunut säätiömuotoiseksi. Aalto-yliopisto on säätiöyliopistoista tärkeämpi. Päätös sen perustamisesta tehtiin ensiksi, ja julkinen keskustelu säätiöyliopiston hallintomallin oikeudellisista perusteista on koskenut juuri sitä.

Jäljempänä ei keskitytä vain voimassa olevan oikeuden erittelyyn. Aalto-yliopiston säätiön perustamisvaihe on ajallisesti vielä lähellä. Vain sen kautta voidaan ymmärtää, miksi tämä säätiöyliopisto on sellainen kuin se on, ja arvioida lainvalmisteluprosessia kriittisestikin. Tutkimusta näin kohdennettaessa teksti painottuu tietyiltä osin tavanomaista enemmän lain esitöihin. Aiheen kansallisuudesta taas johtuu se, että lähteet ovat miltei kokonaan kotimaisia.

Vaikka Helsingin yliopisto ei säätiöinytkään yliopistolakiuudistuksen yhteydessä omaisuuttaan, säätiöimishankkeen pohtiminen ei ole menettänyt merkitystään. Edellytykset säätiöimiselle ovat nyt samat kuin ennen lainuudistusta. Säätiöimisen tarkastelun myötä voidaan valottaa Helsingin yliopiston duaalitaloutta. Samalla voidaan tutkia olemassa olevia yliopistosäätiöitä tavalla, joka tarjoaa mahdollisuuden arvioida yleisemminkin säätiöinstituution käyttömahdollisuuksia yliopistoissa.

Helsingin kauppakorkeakoulun ylioppilaskunnassa toteutettu omaisuuden säätiöiminen jätetään erityispiirteidensä osalta tämän kirjoituksen ulkopuolelle. Tämä alue sivuaa yliopistojen säätiöimistilanteita, mutta ei ole niiden osa. Siitä saadaan kuitenkin aineksia keskusteluun yliopistovarallisuudenkin säätiöimisestä.

2 SÄÄTIÖT VANHOISSA YLIOPISTOISSA JA JULKISOIKEUDELLISISSA YLIOPISTOISSA

2.1 Mihin tarkoituksiin säätiötä voidaan käyttää?

Vuodelta 1930 olevassa säätiölaissa ei ole määritelty säätiötä. Lain 1 §:ssä puhutaan omaisuuden luovuttamisesta itsenäisen säätiön perustamista varten, mutta ei kerrota lähemmin, mikä säätiö on. Säätiö on kuitenkin voitu perinteisesti määritellä määrätarkoitukseen käytettäväksi omaisuusmaksaksi.³ Tämän muotoilun piiriin mahtuu myös yleisön käsitys säätiöstä apurahoja jakavana subjektina. Apuraha- eli pääomasäätiö on myös se säätiötyyppi, jota on pidetty silmällä säätiölakia valmisteltaessa. Niinpä muun muassa varojen sijoittamista koskevat normit perustuvat siihen ajatteluun, että säätiöllä on sijoitettavia pääomia, ei siihen, että säätiön varallisuus on laitoksessa (instituutissa), jonka ylläpitäminen on kyseisen säätiön toimintaa.⁴

Toinen säätiöiden päätyyppi, laitossäätiö, on tunnistettavissa vain heive-
röisesti säätiölain alkuperäisten säännösten lävitse, mutta vuonna 1987 lakiin tehtyjen osittaisuudistusten myötä laitossäätiö on jo tullut nimenomaisestikin näkyviin.⁵ Puhutaanhan lain 10 b §:ssä toimielimestä, joka voi päättää säätiön ylläpitämän laitoksen toiminnasta. Tämä sääntely ei kuitenkaan aiheuttanut säätiötodellisuuteen olennaista muutosta.⁶ Sen oli määrä selkiyttää oikeustilaa, mutta tosiasiallisesti se saattoi aiheuttaa lisää tulkintaongelmia, niin kuin usein tällaisessa tilanteessa käy.⁷ Ortodoksisimmillekin laintulkitsijoille tuli kuitenkin selväksi, että laki koskee myös laitossäätiötä.

Laitossäätiöistä – tai paremminkin yhdestä niiden tyyppistä – on nyttemmin käytetty myös ilmaisua palvelusäätiö. Se tuokin hyvin esiin näiden säätiöiden luonteen samalla, kun siihen sisältyy myös hivenen retoriikkaa. Palvelusäätiöt eivät jaa apurahoja eivätkä välttämättä ylläpidä laitosta vaan ylläpitävät palvelutoimintaa. On tavallista, että ne perustavat toimintansa suurelta osin ulkopuoliseen rahoitukseen.⁸ Siksi niistä on käytetty ilmaisua jatkuvarahoitteinen säätiö. Säätiön alkuperäisestä tarkoituksesta ollaan

³ Ks. *Kivimäki – Ylöstalo* 1973 s. 168.

⁴ Ks. tausta-ajattelusta esim. *Aro* 1971 s. 69 ja *Hovi* 2005 s. 43–44.

⁵ Ks. säätiötyypeistä esim. *Hovi* 2005 s. 40–47.

⁶ Ks. laitossäätiöistä ennen kyseistä lainmuutosta *Aro* 1971 s. 69–70.

⁷ Ks. sääntelytavoitteista *Vanhanen* 1988 s. 22–23.

⁸ Ks. esim. *Romppainen* 2007 s. 13–14 ja 41–46.

niissä sikäli kaukana, että niillä ei ole hallussaan sellaista pääomaa, jota käytettäisiin määrätarkoitukseensa. Hyvin tiukalla laintulkinnalla voitaisiin ainakin joissain tapauksissa väittää, ettei tällaista säätiötä voitaisi rekisteröidä, jos säätiön pääoma on liian alhainen sen suhteessa siihen tapaan, jolla säätiön on tarkoitus toimia.⁹

Säätiöiden luonne omistajana tuo niin ikään esiin säätiöiden erilaisuuden. Pääomasäätiöt ovat tavallisesti hajauttaneet omitustaan, mutta ne voivat myös olla merkittävien pörssiyhtiöiden suurimpia omistajia.¹⁰ Laitos-säätiöissä omistus keskittyy tavallisesti asianomaisen laitoksen kuten teatterin, sairaalan tai urheiluareenan omistamiseen. Omistamisen kohteen kannalta on ainakin oikeudellisesti kiintoisaa se, onko säätiö itsessään instituutti vai laitosta ylläpitävä taho. Ensi sijassa tämä riippuu tietenkin siitä, miten asia on järjestetty säätiön säännöissä, niin kuin jäljempänä säätiöyliopistojen osalta havaitaan. Asianomaisia laitoksia koskeva lainsäädäntö voi asettaa tässä suhteessa sääntödisponoinnille rajoja tai väljennyksiäkin.

Säätiö ei voi olla liiketoimintayksikkö; sen on oltava varainhallintamuoto. Säätiön liiketoiminta on rajoitetumpaa kuin aatteellisen yhdistyksen. Liiketoiminnan on palveltava säätiön tarkoitusta, eikä se ole sallittua pelkästään toiminnan rahoituskeinona.¹¹ Aatteellinen yhdistyskään ei voi olla liiketoimintayksikkö, mutta se voi harjoittaa sellaista liiketoimintaa toimintansa rahoittamiseen, joka ei tee siitä pääasiallisesti taloudellista.¹² Siksi on niin säätiötä perustettaessa kuin jo rekisteröityä säätiötä valvottaessa erityisen tärkeää, millaista liiketoimintaa säätiö voi harjoittaa ja miten se voidaan organisoida. Huomio kiinnittyy erityisesti siihen, voiko säätiö harjoittaa liiketoimintarajoitteista vapaana välillistä liiketoimintaa.¹³

Säätiö on instituutiona ja organisaatiomuotona ketterä – yleensä selvästi joustavampi kuin esimerkiksi kunnallinen laitos. Säätiöllä on nyttemmin yleisesti ottaen – kaikesta huolimatta – hyvä julkisuuskuva, ja siihen on kytkettynt veroetuja.¹⁴ Useita syitä on näin ollut siihen, että säätiötä on käytetty yhä enemmän varsin erilaisten tarkoitusten toteuttamiseksi – nykyisin myös yliopistotoiminnan harjoittamiseen. Säätiö on voinut tulla

⁹ Ks. asian tiimoilta *Hovi* 2005 s. 45.

¹⁰ Ks. *Mähönen*, LM 2008 s. 328–329.

¹¹ Ks. *Hovi* 2005 s. 144.

¹² Ks. *Halila – Tarasti* 2006 s. 99–100.

¹³ Tämä kysymys muodostaa yhden kolmesta Risto Hovin väitöskirjan tutkimusteeseistä. Ks. *Hovi* 2005 s. 144–178.

¹⁴ Säätiötoiminnan ongelmat ja väärinkäytösepäilyt tulevat aika ajoin esiin julkisuudessa. Viimeisimpänä voidaan mainita säätiöiden antama tuki poliittisille puolueille. Ks. *Halila*, *Kanava* 2010 s. 14–19.

kysymykseen organisaationa aatteellisen yhdistyksen, osakeyhtiön, julkis-oikeudellisen laitoksen tai julkisyhteisön itsensä asemesta. Toimintaympäristö on kuitenkin muuttunut ja muuttumassa, mikä asettaa uusia ongelmia niille, jotka havittelevat säätiön käyttämistä muuhun kuin tavanomaiseen tarkoitukseensa pääomasäätiönä.¹⁵

Julkisissa hankinnoissa on noudatettava kilpailuneutraalisuutta. Julkinen valta ei voi suosia säätiöitä eikä aatteellisia yhdistyksiä palvelujen tuottajina sillä tavoin kuin aikaisemmin. Tämä voi koskea sekä julkisen tuen myöntämistä palvelun tuottajille että jopa veroetuja. Laitos- ja palvelusäätiöt voivat joutua aikaisempaa tarkemman kontrollin piiriin myös viranomaisvalvonnassa, niin kuin on jo ollut tapahtumassakin. Ei ole kuitenkaan oikeusvaltion perusteisiin sopivaa, että merkittävät linjanmuutokset tapahtuvat viranomaistoimin. Asiassa voidaan viitata – tosin tarpeellista varovaisuutta noudattaen – myös luottamuksensuojan periaatteeseen.¹⁶

Näyttää mitä ilmeisimmältä, että meillä on vakavasti harkittava säätiö-lain kokonaisuudistusta.¹⁷ Sen käynnistäminen saattaa tulla esille seuraavan hallituskauden aikana. Samalla on pohdittava yleisemminkin sitä, millainen rooli säätiöille halutaan asettaa EU-Suomessa, jossa lainsäätäjän rajat ovat aikaisempaa ahtaammat. Rekisteröity säätiö on siviilioikeudellinen oikeushenkilö eikä kaupallinen yhteisö, mutta markkinatalouden säännöt rajaavat varsin pitkälti säätiön toiminnan rajoja ja edellytyksiä. Tämä koskee myös verotusta.¹⁸

2.2 Ovatko yliopistot olleet yhteisöjä vai säätiöitä?

Käytäessä arvioimaan säätiöinstituution käyttöedellytyksiä yliopistoissa ja laajemmin yliopistoyhteisössä on aluksi tehtävä selkoa yliopistojen statuksesta oikeushenkilöluokituksessa sekä niiden mahdollisuuksista disponoi-

¹⁵ Ks. toimintaympäristömuutoksesta esim. *Pykäläinen-Syrjänen* 2007 s. 13–38.

¹⁶ Ks. HE 72/2003 vp s. 55–56, *Mäenpää* 2003 s. 393–394 ja luottamuksensuojaan vaikuttavista säätiöiden valvonnan intensiivisyyteen kohdistuvista odotuksista *Aro* 1971 s. 245.

¹⁷ Ks. esim. *Mähönen*, LM 2008 s. 329–330 ja siellä olevat viitteet. Oikeusministeriöstä on odotettavissa vuoden 2010 aikana lainsäädäntöneuvos Erkki Rajaniemen valmisteleva arviomuistio säätiölain uudistamisesta. Valmistelutyössä ei ole kiinnitetty huomiota säätiöyliopistojen erityiskysymyksiin, mihin ei ehkä ole ollut aihettakaan.

¹⁸ Tältä osin on huomionarvoinen Esko Romppaisen väitöskirjatutkimus. Sen mukaan sosiaali- ja terveystieteiden kehittyessä on entistä pienemmät mahdollisuudet sille, että julkisin avustuksin rahoitetuille järjestöille (ja säätiöille) voitaisiin varata yrityksiin nähden erityisasema palvelujen tuottajana. Ks. *Romppainen* 2007 s. 473 ss. Todettakoon, että nimestään huolimatta Romppaisen tutkimus koskee myös säätiöitä.

da varallisuudestaan. Tässä yhteydessä on tyydyttävä pääpiirteittäiseen tarkasteluun.

Yliopistoja on totuttu luonnehtimaan Suomessa(kin) opettajien, opiskelijoiden ja virkamiesten muodostamaksi yhteisöksi – universitas magistrorum et studentium.¹⁹ Sellainen yliopisto onkin: se ei ole eikä sen tulekaan olla toiminnallisesti virasto tai yritys, jossa on asiakkaita. Yliopisto ei ole yksikkö, jossa vain tehdään hallintopäätöksiä. Opiskelijat kuuluvat yliopistoon eivätkä ole sen ulkopuolella. Oikeudellisessa mielessä yliopistot eivät kuitenkaan ole henkilöyhteenliittymiä eli yhteisöjä kuten esimerkiksi kunnat, seurakunnat tai aatteelliset yhdistykset. Vaikka voidaan puhua yliopistoon kuuluvista henkilöistä, asianomaiset eivät kuitenkaan muodosta yliopistoa samalla tavoin kuin opiskelijat muodostavat ylioppilaskunnan. Tilanne miellettiin toisin vuosisatoja sitten, jolloin myös Helsingin yliopiston varallisuusjärjestelyt saivat alkunsa.²⁰

Yliopiston määrittely negaation kautta on helpompi tehtävä kuin positiivinen luonnehdinta. Niinpä Veli Merikoski totesi vuosina 1954 ja 1966 julkaisemissaan yliopistohallintoa koskevissa teoksissaan, ettei yliopiston käsite ole yleispätevästi ja samalla täsmällisesti määriteltävissä.²¹ Tämä kannanmääritys on oppihistoriallisestikin kiintoisa ajalta, jolloin käsitelainoppi ei ollut kokonaan menettänyt asemiaan. Siihen vaikutti olennaisesti se, että yliopistojen asemaa ei ollut vielä tuolloin yhtenäistetty.

Suomessa oli 1970-luvun alkupuolelle asti paitsi valtioniopistoja myös säätiöyliopistoja, jotka oli merkitty säätiörekisteriin.²² Silloisten säätiöyliopistojen oikeudellinen ja jopa perustuslaillinen asema poikkesivat kuitenkin siitä, millainen se on nykyisissä säätiöyliopistoissa. Käytössä oli samanlainen ylläpitäjämalli kuin nykyisissä ammattikorkeakouluissa, eli

¹⁹ Ks. *Modeen* 1965 s. 114–115 ja siellä viitattua oppihistoriallisesti kiintoisaa kirjallisuutta sekä *Merikoski* 1966 s. 17. Ks. muun kuin oikeudellisen kielenkäytön kannalta yliopistoyhteisöön kuulumisesta vuoden 1997 yliopistolain 3 § sekä yliopistolain 4 §, HE 7/2009 vp s. 34 ja *Mäenpää* 2009 s. 26–28. Ks. kielikuvista myös *Miettinen – Muukkonen – Myrsky – Pohjolainen* 2009 s. 321, jossa puhutaan yliopistosta kunkin hetkisen jäsenistönsä yhteisönä.

²⁰ Ks. *Klinge* 1989 s. 26–37 ja 90–105.

²¹ Ks. *Merikoski* 1954 s. 9–12 ja 31 sekä *Merikoski* 1966 s. 14–16.

²² Ks. *Merikoski* 1954 s. 45–46 ja 57–58, *Jääskinen – Rantanen* 2007 s. 86–87 ja *Pohjolainen* 2008 s. 128. Ks. myös HE 7/2009 vp s. 91, jossa on kerrottu, että säätiömuotoa on käytetty Suomessa perinteisestikin yliopistojen organisaatiomuotona. Vanhan muodon ottamisesta uudelleen käyttöön ei kuitenkaan ollut uudessa yliopistolaisissa kysymys. Vanhoilla yliopistosäätiöillä ei ollut perustuslaissa säädettyä autonomiaa, josta oli niiden toiminnan aikana säädetty vain Helsingin yliopiston osalta (HM 77 §), ja säätiöt olivat yliopistojen ylläpitäjiä eivätkä itse yliopistoja.

säätiö ei ollut itse yliopisto. Perustuslain itsehallintosäännökset (HM 77 §) koskivat tuolloin vain Helsingin yliopistoa.

Niin yliopisto- kuin muunkin lainsäädännön muututtua edellytykset yliopistojen oikeushenkilöaseman määrittämiseen ovat muuttuneet. Vuoden 2009 loppuun asti voimassa ollut yliopistolainsäädäntö tunnisti vain yhden yliopistotyyppin, jonka sisällä on kuitenkin Helsingin yliopistoa koskeva variaatio. Merikosken julkaistessa tutkimuksiaan tilanne oli toinen: Helsingin yliopisto tarjosi mallin, joihin muita yliopistoja ja korkeakouluja verrattiin mukaan luettuina säätiömalliset yliopistot ja korkeakoulut. Edelleen on silti varoitettava laajoihin yleiskäsitteisiin liittyvistä oikeudellisista ongelmista, erityisesti sortumisesta käsitteistä päättelemiseen.

Kun Suomen nykyiset yliopistot eivät ole olleet ennen vuotta 2010 oikeuskelpoisia yhteisöjä, niiden statusta on voitu lähestyä määrätarkoitukseen käytettävää varallisuutta koskevan lainopin näkökulmasta. Tällä tarkastelutavalla on muutoinkin laajat käyttömahdollisuudet siviilioikeudessa.²³ Toinen tapa paneutua asiaan perustuu oikeushenkilöopin systemaattisiin perusteisiin klassiseen siviilioikeuteen tukeutuvalla tavalla.

Yliopistoja oli totuttu pitämään päättyneellä vuosikymmenellä julkisoikeudellisina laitoksina.²⁴ Määrittelyssä on voitu tässäkin tapauksessa osoittaa olevan myös ongelmia.²⁵ Suomen perustuslaki ja yliopistolaki takaavat yliopistoille itsehallinnon. Tämän vuoksi saatettiin ajatella, että yliopistot ovat myös oikeussubjekteja. Itsehallinto on tarkoittanut ja tarkoittaa tieteellisen tutkimuksen ja opetuksen vapautta sekä opetukselle ja tutkimukselle edellytyksiä luovia taloudellisia ja hallinnollisia ratkaisuja.

Taloudellisesti ja oikeudellisesti yliopistot ovat kuitenkin olleet valtion talousarvionalouteen kuuluvia opetusministeriön hallinnonalan tilivirastoja.²⁶ Juuri tästä näkökulmasta Helsingin yliopisto on muodostanut poikkeuksen. Sillä on ollut ja on omaa varallisuutta, jonka osalta sillä on oma rahataloutensa. Tämä on perustunut Helsingin yliopiston historialliseen

²³ Ks. esim. *Ilmanen* 1977 s. 8–11.

²⁴ Käsitteellä julkisoikeudellinen laitos on oma käsitehistoriansa, eikä se nykyäänkään samastu julkisoikeudelliseen säätiöön. Ks. esim. *Modeen* 1965 s. 62–73 ja 82–84 sekä HE 72/2002 vp s. 47.

²⁵ Ks. kokoavasti *Miettinen* 2001 s. 384–392 sekä *Miettinen – Muukkonen – Myrsky – Pohjolainen* 2009 s. 91–92.

²⁶ Ks. *Jääskinen – Rantanen* 2007 s. 51–52 ja HE 7/2009 vp s. 6. Termi tilivirasto on oikeudellisesti täsmällinen ja siten perusteltu. Muussa kun oikeudellisessa asiayhteydessä se on kuitenkin yliopistotraditiota ja -laitosta halventava. Matti Klingen sanoin ”Yliopiston kutsuminen tilivirastoksi on vähän samaa kuin jos sanoisimme, että Suomen armeija on olemassa palkan ja päivärahojen maksua varten”. Ks. *Klinge* 2009 s. 220.

asemaan, erillislainsäädäntöön ja privilegioihin.²⁷ On syytä yhtyä siihen käsitykseen, että oman varallisuutensa osalta Helsingin yliopisto on ollut oikeussubjekti.²⁸ Oma rahatalous on vastaavalla tavalla ollut myös Åbo Akademiolla, mutta sillä on toisenlainen historiallinen tausta kuin Helsingin yliopistolla.

Vuoden 2009 loppuun asti voitiin meillä sanoa, että nykyisiä yliopistoja ei ole perustettu yksityisoikeudellisin toimin, eikä niitä ole merkitty säätiörekisteriin. Kaikilla yliopistoilla oli kuitenkin (yliopisto)lakiin perustuva julkinen tehtävä. Niiltä puuttui esitettyä poikkeusta lukuun ottamatta ”oma” varallisuus, eivätkä ne olleet oikeussubjekteja. Yliopistolain kokonaisuudistus toi tähän muutoksen. Yliopistolain 1 §:n mukaan yliopistot ovat julkisoikeudellisia laitoksia tai säätiöitä.²⁹

2.3 Lahjoitusrahastot ja tukisäätiöt

Säätiöinstituution kannalta on merkityksellistä se, että Helsingin yliopisto on kohdentanut omaa varallisuuttaan rahastoihin eli käsitteen laajassa merkityksessä säätiövarallisuuteen. Kun kyse on sen ”omista varoista”, tälle disponoinnille ei ole ollut esteitä. Näitä rahastoja ei ole kuitenkaan merkitty itsenäisenä säätiönä säätiörekisteriin, eikä niihin siten kohdistu Patentti- ja rekisterihallituksen (PRH) viranomaisvalvontaa. Helsingin yliopisto voi käyttää rahastojensa tuottoa vapaasti omaan toimintaansa – mutta ei kuitenkaan vieraaseen tarkoitukseen – sekä käyttää sitä taloudellisessa vaihdannassa eli ostaa ja myydä siihen kuuluvia eriä.³⁰ Helsingin yliopisto voi myös niin halutessaan purkaa rahastonsa, koska siihen ei kohdistu ulkopuolisten osoittamaa tarkoitemääräystä.

Helsingin yliopistolla on niin ikään ollut vanhastaan lahjoitusvaroja, jotka ovat oikeudelliselta muodoltaan epäitsenäisiä säätiöitä.³¹ Tällaisia lahjoitusvaroja on myös muilla yliopistoilla. Lahjoitusvaroja tulee käyttää määrätarkoitukseensa, ja varat on pidettävä erillään saajansa muusta varallisuudesta. Helsingin yliopiston lahjoitusvarojen osalta oli pitkään epätie-toisuutta permutaatiokysymyksestä: oliko mahdollista yhdistää epäitsenäi-

²⁷ Ks. esim. *Modeen* 1965 s. 96–97 ja 130 sekä *Miettinen* 2001 s. 374–379. Ks. myös *Jääskinen – Rantanen* 2007 s. 77 ja *O. Suviranta*, LM 2006 s. 538–539.

²⁸ Ks. *Tuori*, LM 2001 s. 1348.

²⁹ Ks. *Mäenpää* 2009 s. 34–36.

³⁰ Ks. asian johdosta esim. *Miettinen* 2001 s. 391–392.

³¹ Ks. *A. Suviranta* 1956, erityisesti s. 9–13 ja 31–43.

siä säätiöitä suuremmiksi kokonaisuuksiksi ja modernisoida niiden käyttö-tarkoitusta ilman lainsäädäntötoimia tai viranomaismyötävaikutusta? Asiasta oli laadittu useita selvityksiä; osassa niistä toimenpiteisiin katsottiin tarvittavan eduskunnan myötävaikutusta.³²

Yliopiston sisällä tehtiin vuonna 2004 tarvittavat päätökset rahastojen yhdistämisestä suurempiin kokonaisuuksiin: konsistorin toimia pidettiin tässä asiassa riittävänä.³³ Ratkaisua voidaan pitää oikeudellisesti perusteltuna. Kysymys ei ollut julkisen vallan käyttämisestä, vaan asiaa voitiin lähestyä epäitsenäisiä säätiöitä koskevasta säätiölainopista käsin. Yliopisto toimi samalla tavoin kuin fidusiaarin roolissa olevat yksityiset tahot, kuten aatteelliset yhdistykset, eli arvioi itse permutaatioedellytysten täyttymisen.³⁴

Yliopistoilla on tukisäätiöitä, joilla saattaa olla merkittävä varallisuus kuten on Åbo Akademiä tukevalla säätiöllä Stiftelsen för Åbo Akademi. Kun nämä säätiöt ovat yksityisoikeudellisia ja kun ne eivät ole osa yliopistoa, yliopistolainsäädäntö ja siihen tehtävät muutokset eivät sinänsä vaikuta niiden toimintaan. Oma kysymyksensä on kuitenkin se, miten korkeakoulujen yhdistäminen vaikuttaa tukisäätiön toimintaan. Säännönmukaisesti on tällaisessa toimintaympäristön muutoksessa käsillä tilanne, jossa säätiön hallituksen on ryhdyttävä toimiin sääntöjen muuttamiseksi. Edellytykset ovat olemassa sille, että uudesta korkeakoulusta tuetaan vain sitä osaa, joka on ollut säätiön alkuperäisenä edunsaajana. Tämä saattaa vastata parhaiten lahjoittajan tarkoitusta.³⁵

2.4 Voiko julkinen laitos perustaa säätiön?

2.4.1 Helsingin yliopiston rahatalous

Helsingin yliopiston oma rahatalous on perustunut yleissääntelyn tasolla (vanhan) yliopistolain 27 §:ään, joka kuuluu seuraavasti:

³² Ks. yhtä varhaisimmista, A. *Suviranta* 1956 s. 61–66.

³³ Ks. Helsingin yliopiston konsistorin kokouksen pöytäkirja 3/2004 (25.2.2004). Päätöksellä perustettiin uusia yhdistelmärahastoja, siirrettiin niihin varat ja hyväksyttiin rahastoille säännöt.

³⁴ Ks. *Kivimäki – Ylöstalo* 1973 s. 206.

³⁵ Esimerkkinä voidaan mainita se, että Helsingin kauppar korkeakoulun tukisäätiö on muuttanut vuonna 2010 sääntöjään niin, että säätiö tukee Aalto-yliopiston kauppar korkeakoulua eikä siis koko Aalto-yliopistoa. Tätä sääntöjen tarkistusta voidaan pitää perusteltuna selvennyksenä.

Helsingin yliopistolla on oikeus yhden apteekin pitämiseen Helsingin kaupungissa. Yliopistolla on edelleen ne muut oikeudet, etuudet ja vapaudet sekä se omaisuus ja ne tulot, jotka sillä on tämän lain voimaan tullessa.

Yliopiston 1 momentissa tarkoitettuja varoja sekä lahjoitus- ja testamenttivaroja hoidetaan erillään valtion talousarviossa yliopistolle myönetyistä varoista. Varojen hoidosta päättää konsistori. Yliopisto tekee omissa nimissään näitä varoja koskevat oikeustoimet ja käyttää niiden osalta puhevaltaa tuomioistuimessa ja viranomaisessa.

Yliopisto on 1 momentissa tarkoitettujen varojen osalta vapaa veroista ja valtiolle maksettavista maksuista, jollei laissa jonkin veron tai maksun osalta toisin säädetä.

Helsingin yliopiston rahatalouden perustana ovat historialliset tekijät. Niinpä apteekkioikeus perustuu kuninkaan vuonna 1755 antamaan oikeuteen pitää apteekkia Turun kaupungissa ja päärakennuksen omistusoikeus keisari-suuriruhtinas Aleksanteri I:n lahjoitukseen. Apteekkioikeuksista on nykyisin säädetty lääkelaisla (395/1987). Yliopisto on voinut siirtää omia varojaan rahastoihinsa. Niiden nimissä on omaisuutta, mutta kaupparekisteri ei ole pitänyt rahastoja oikeussubjektina. Tämän vuoksi rahastojen nimiin ei ole voitu perustaa yhtiöitä. Rahastojen nimiin on kuitenkin voitu saada yliopiston päärakennuskiinteistön lainhuuto.³⁶ Rahastoihin kuuluu myös lahjoitusvarallisuutta, jota on kertynyt vuodesta 1745 ja jota jatkuvasti kartutetaan. Lahjoitusvarat on koottu nimikkorahastoihin, joita on yli 150.

Helsingin yliopiston rahastojen asema on nykyisen lainsäädännön vallitessa vakaa. Yliopistolla ei siksi ole ollut tarvetta riitauttaa kaupparekisterin kantaa oikeussubjektikysymyksessä. Sinänsä voidaan todeta, ettei oikeussubjektioppi perustu meillä sellaiseen tyyppipakkoperiaatteeseen, jonka mukaan yliopiston rahastot eivät voisi olla oikeussubjekti. Kun Suomessa ei sovelleta puhdaslinjaisesti tyyppipakkoperiaatetta, meillä voi olla organisaatioita tai varallisuusmuodostelmia, joiden asemaa ei voida luoki-

³⁶ Ks. *Halila*, Kanava 2008 s. 648. Lainhuudon myöntämistä edelsi kova kädenvääntö monine oikeudellisine selvityksineen siitä, kuuluuko kiinteistö Helsingin yliopistolle ja sen rahatalouteen vai valtiolle eli sitä edustavalle Senaatti-kiinteistölle. Kysymys oli osaltaan jopa niinkin juhlavasta asiasta kuin siitä, kumpi oli ensiksi olemassa, keisari-suuriruhtinaan lahjoitus Helsingin yliopistolle vai Suomen valtio.

tella kaavamaisesti sen mukaan, onko kyse oikeussubjektista vai ei. Tämä koskee nimenomaisesti Helsingin yliopiston rahastoja.³⁷

Helsingin yliopiston rahastoihin kuuluu yliopistolaisakin erikseen mainittua lahjoitus- ja testamenttivarallisuutta, josta voidaan käyttää ilmaisu epäitsenäinen säätiö. Kun se on pidettävä erillään muusta varallisuudesta, sitä ei voida missään uudelleenjärjestelyssä siirtää Helsingin yliopiston taseeseen. Keskeistä Helsingin yliopiston kannalta on se, että yliopisto on voinut määrätä omasta varallisuudestaan ja sen tuotosta ilman, että tämä on vähentänyt tulosohjausjärjestelmän perusteella tulevaa valtion perusrahoitusta.³⁸ Jos näin ei olisi, oman varallisuuden status olisi vain symbolinen.

Yliopistouudistuksen tärkeänä välietappina on 21.11.2007 tehty valtioneuvoston periaatepäätös yliopistojen taloudellisen ja hallinnollisen aseman uudistamisen periaatteista ja aikataulusta.³⁹ Sen mukaan oikeushenkilöllisyyden saavien yliopistojen pääoma muodostettaisiin valtion omaisuuden luovutuksilla, yliopistojen hallussa olevalla valtion omaisuudella ja yliopistorahastojen omaisuudella. Jos pääomittaminen olisi tapahtunut tällä tavoin, olisi syntynyt merkittävä uhka siitä, että Helsingin yliopiston ”oma” omaisuus valtiollistettaisiin eli sosialisoitaisiin.⁴⁰ Tätä ei kuitenkaan tarkoitettu valmisteluprosessin poliittisessa ohjauksessa huolimatta em. periaatepäätöksestä. 14.8.2008 päivätyssä esitysehdotuksessa yliopistolaisiksi olikin jo kohta, jonka mukaan Helsingin yliopiston erioikeudet pysytetään ennallaan.

³⁷ Suomessa tyyppipakkokysymys on ollut enemmän esillä varallisuus- kuin yhteisöoikeuden tutkimuksessa. Varallisuus-oikeudessa tämä kysymys ei ole vain teoreettinen, vaan sillä on myös tärkeitä käytännön soveltamistilanteita. Ks. erityisesti *Wirilander* 1980 s. 5–47. Samalla tavoin kuin varallisuus-oikeudessa myös yhteisöoikeudessa on syytä välttää suora- viivaisia päätelmiä. Ks. oppihistoriallisesti kiintoisasti *Kivimäki – Ylöstalo* 1973 s. 165–166. Yhteisöoikeudessa on lailla sääntelemättömien taloudellisten yhdistysten oikeuskelpoisuus esimerkki tilanteesta, jossa oikeuskelpoisuus ei perustu Kivimäen ja Ylöstalon sanoin tietynasteisesta suljetun piirin järjestelmästä huolimatta lainsäädäntöön. Tämä tarjoaa vertailukohdan Helsingin yliopistojen rahastojen statukselle.

³⁸ Ks. yliopistojen perusrahoituksen määräytymisestä *Mäenpää* 2009 s. 296–299 ja *Miettinen – Muukkonen – Myrsky – Pohjolainen* 2009 s. 73–85.

³⁹ Saatavilla http://minedu.fi/export/sites/default/OPM/Koulutus/artikkelit/Yliopistolaitoksen_uudistaminen/liitteet/Iltakoulu_21.11.2007.pdf.

⁴⁰ Asiaan voidaan liittää myös perustuslaillinen ulottuvuus. Tuori katsoo Helsingin yliopistolla olevan omaa varallisuuspiiriä koskeva oikeussubjektius, joka on nauttinut aikanaan HM 77 §:n suojaa ja nauttii nykyisin PL 123 §:n suojaa. Ks. *Tuori*, LM 2001 s. 1346 ja *Tuori* 2002 s. 323–325. Tuori korostaa sitä, että perustuslailliseen suojaan kuuluvat oikeus omaisuuden tuottoon ja omaisuuden hallinnointiin. Nämä seikat olivat huomionarvoisia arvioitaessa omaisuudesta disponoimista. Ks. taustasta myös *Merikoski* 1954 s. 23–35.

Linjaus säilyi hallituksen esityksessä ja vuoden 2009 yliopistolaissa. Sen 72 § vastaa miltei kohta kohdalta vanhan lain 27 §:ää. Se kuuluu seuraavasti:

Helsingin yliopiston oikeudet ja omaisuus

Helsingin yliopistolla on oikeus yhden apteekin pitämiseen Helsingin kaupungissa.

Yliopistolla on edelleen myös ne muut oikeudet, etuudet ja vapaudet sekä se omaisuus ja ne tulot, jotka sillä on tämän lain voimaan tullessa.

Yliopiston 1 momentissa tarkoitettuja varoja sekä lahjoitus- ja testamenttivaroja hoidetaan erillään yliopiston muusta kirjanpidosta. Varojen hoidosta päättää hallitus.

Yliopisto on 1 momentissa tarkoitettujen varojen osalta vapaa verosta ja valtiolle maksettavista maksuista, jollei laissa jonkin veron tai maksun osalta toisin säädetä.

Säädöstekstien vertailusta ilmenee, että muutoksia on tullut vain lainkohdan 2 momenttiin. Nykyisessä laissa on vanhan lain ilmaisu konsistori vaihtunut hallitukseen. Oikeustila säilyi kuitenkin ennallaan. Oikeustoimien tekemistä ja puhevallan käyttämistä koskevat säännökset on poistettu nykyisestä laista. Tältäkään osin ei kysymys ole kuitenkaan oikeustilan muutoksesta.⁴¹

2.4.2 Julkisyhteisö omaisuutensa säätiöijänä

Kun arvioidaan Helsingin yliopiston mahdollisuuksia säätiöidä omaisuuttaan, on tausta haettava yleisemmästä kysymyksestä, julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden mahdollisuudesta säätiöidä omaisuuttaan. Tämä on kiinnostava sekä ajankohtainen kysymys. Kunnat ja valtio ovat perustaneet säätiöitä koko säätiölain voimassaolon ajan.⁴² Sekin on ollut mahdollista, että kuntaliitostilanteissa sulautuvat kunnat ovat säätiöineet osan omaisuuttaan. Myös yliopistoissa vaikuttavat osakunnat ovat perustaneet sää-

⁴¹ Ks. HE 7/2009 vp s. 79. Ks. myös HE 7/2009 vp s. 31, jossa on todettu, että Helsingin yliopistolla olisi jatkossakin oma rahasto, joka hoitaa yliopistolain mukaisia privilegioita itsenäisenä oikeushenkilönä. Tätä lausumaa ei voida pitää sillä tavoin kiveen hakattuna, että siinä olisi sana sanalta luonnehdittu täsmällisesti yliopiston rahatalouden sisältö.

⁴² Esimerkkeinä voidaan mainita Stadionsäätiö ja Helsingin kaupunginteatterisäätiö.

tiöitä.⁴³ Merkittävänä historiallisena tapahtumana voidaan muistuttaa siitä, miten suojeluskuntajärjestön, julkisoikeudellisen yhdistyksen, omaisuus säätiöitiin ennen järjestön lakkauttamista.⁴⁴ Sille ei havaittu olevan oikeudellisia esteitä.

Helsingin kauppakorkeakoulun ylioppilaskunta säätiöi 31.12.2009 osan omaisuudestaan ja osa luovutettiin uudelle rekisteröidylle yhdistykselle; jos se ei olisi näin menetelty, omaisuus olisi mennyt kokonaisuudessaan uudelle Aalto-yliopiston ylioppilaskunnalle. Kauppakorkeakoulun ylioppilaskunnan tapaus antaa aiheen lähempään oikeudelliseen tarkasteluun, koska sen lainmukaisuudesta on KHO:n ratkaisu. Sillä on analogiavaikutusta siihen jäljempänä lähemmin tarkasteltavaan kysymykseen, miten yliopisto voi säätiöidä varallisuuttaan. Ylioppilaskuntalainsäädännön erityispiirteisiin ei tässä ole kuitenkaan syytä mennä, koska ne eivät vaikuttaneet oleellisella tavalla tuomioistuinratkaisun tekemiseen.

Helsingin Kauppakorkeakoulun ylioppilaskunnan edustajisto teki päätöksen säätiöinnistä, ja tästä päätöksestä valitettiin. Aluksi Helsingin hallinto-oikeus ja sittemmin KHO ovat hylänneet valituksen, joten säätiöinti on tapahtunut tosiasia.⁴⁵ KHO katsoi (äänin 4–1), että ylioppilaskunta oli toteuttanut säätiöinnin sääntöjensä mukaisella tavalla. Vaikka luovutettava omaisuus oli huomattavan suuri, KHO totesi ylioppilaskunnalle jääneen omaisuuden olleen lahjoituksen jälkeenkin sen suuruisen ja laatuinen, että ylioppilaskunta voi jatkaa normaalia toimintaansa ja täyttää sille laissa ja asetuksessa säädetyt tehtävät. KHO totesi edelleen, että merkittävä osa ylioppilaskunnan toiminnasta on rahoitettu muilla kuin jäsenmaksutuotoilla. Myös se voidaan todeta, että ylioppilaskunnalle omaisuutta lahjoittaneiden tarkoituksia palvelee se, etteivät lahjoitukset valu kokonaan kaikille Aalto-yliopiston ylioppilaskunnan jäsenille.

Kun Aalto-yliopistoa ryhdyttiin suunnittelemaan, oli ilmeistä ja myös luontevaa, että yliopistolle tulee yksi ylioppilaskunta, joka on vanhaan tapaan julkisoikeudellinen yhdistys julkisine tehtävineen. Mahdollista olisi sinänsä ollut, että julkisoikeudelliselle (ylä)ylioppilaskunnalle olisi perustettu lainsäädäntötoimin alaylioppilaskuntia julkisine tehtävineen. Tämä olisi kuitenkin ollut outo ratkaisu. Tilanne olisi ollut samanlainen kuin jos

⁴³ Esimerkkinä voidaan mainita Hämeäläis-Osakunnan perustama Hämeäläinen ylioppilassäätiö, jolle on osakunnalta siirretty osakunnan rakennus nykyisellä Urho Kekkosen kadulla.

⁴⁴ Ks. *Selén* 2001 s. 516–517 ja 527–532.

⁴⁵ Ks. KHO 2009 T 3736, annettu 31.12.2009. Määräaika oli täpäällä, Kauppakorkeakoulun ylioppilaskunta saattoi suorittaa säätiövarallisuuden siirron viimeisenä päivänä, jolloin se oli oikeudellisesti olemassa.

Helsingin kauppakorkeakoulun ylioppilaskunnan ainekerhoille olisi aikanaan annettu julkinen tehtävä.

Kolmesta vanhasta ylioppilaskunnasta oli Helsingin kauppakorkeakoulun ylioppilaskunta selvästi varakkain. Kun se ei halunnut koko varallisuutensa sulautumista uuden ylioppilaskunnan varallisuusmassaan, se ryhtyi suunnittelemaan sitä, että huomattava osa varallisuudesta säätioitaisiin. Ylioppilaskunta pyysi hanketta valmistellessaan joukon lausuntoja osaksi siitä syystä, että opetusministeriön yliopistolain uudistusta valmistelevat virkamiehet epäilivät säätioimisen lainmukaisuutta.⁴⁶ Sinänsä oli syytä todeta, ettei opetusministeriöllä ollut toimivaltaa asiassa tehtävään ratkaisuun. Sitä ei tietenkään tarvinnut edes kuulla tässä asiassa. Tämän vuoksi ei liioin oikeuskanslerilla ollut siinä toimivaltaa toisin kuin opetusministeriössä tunnuttiin ajateltavan.

Edellä mainittujen esimerkkitalanteiden valossa on ilmeistä, että julkisyhteisö ja niin myös julkisoikeudellinen yhdistys voi sinänsä säätioidä omaisuuttaan tai osallistua pääomapanoksella säätioön perustamiseen. Miten ylioppilaskunta voi tämän tehdä, riippuu paljolti sen julkisesta tehtävästä ja sen hoitamisesta vastaisuudessa sekä siitä, miten se on hankkinut säätioitävän varallisuuden ja mihin tarkoitukseen ylioppilaskunnalta saatua varallisuutta on säätioössä tarkoitus käyttää.

Ylioppilaskuntien julkinen tehtävä yliopistoissa suoritettavien vaalien ehdokasasettelussa on varsin vähäinen toiminnan kokonaislaajuuteen nähden. Ylioppilaskunnilla on myös opintososiaalinen tehtävä, mutta se ei ole julkinen tehtävä. Julkista tehtävää merkittävämpää on ylioppilaskunnissa julkisoikeudellisesta statuksesta johtuva automaatiojäsenyys ja jäsenmaksuvelvollisuus. Tämän myötä ylioppilaskunnat ovat saaneet enemmän jäsenmaksutuloja verrattuna siihen, että ne olisivat yksityisoikeudellisia yhdistyksiä esimerkiksi tiedekuntajärjestöjen tavoin. Jäsenmaksut kerätään yliopiston kassalla lukuvuosittain läsnäolevaksi opiskelijaksi ilmoittautumisen yhteydessä. Jäsenmaksujen perimiskustannuksia ei ole, eikä maksuja jää rästiin.

Jos ylioppilaskunta on saanut koko varallisuutensa jäsenmaksutuloilla ja jos jäsenmaksut tarvittaisiin julkisen tehtävän hoitamiseen, ei ainakaan

⁴⁶ Laadin Kauppakorkeakoulun ylioppilaskunnalle asiaa koskevan yhteisö- ja säätiooikeuteen ensisijaisesti painottuvan lausunnon 12.10.2007. Tein sen yhteistoiminnassa oikeustieteen liseniaatti Juha Viertolan kanssa, joka laati asiasta oman, ylioppilaskuntalainsäädäntöön painottuvan lausuntonsa. Professori Kaarlo Tuori antoi vielä ylioppilaskunnalle kyseistä lausuntoa koskevan ns. second opinionin. Nämä lausunnot ovat tulleet tuomioistuin-käsittelyssä julkisiksi.

merkittävää omaisuuden säätiöimistä voitaisi pitää hyväksyttävänä. Vertailun vuoksi voidaan mainita julkisoikeudellisena yhdistyksenä potilasvakuutusyhdistys, josta on säädetty potilasvakuutuslaissa (585/1986). Sen tulee käyttää kaikki varansa julkisen tehtävänsä hoitamiseen. Varakkailla ylioppilaskunnilla, kuten Helsingin kauppakorkeakoulun ylioppilaskunnalla, vain hyvin pieni osa tuloista kuluu julkisen tehtävän hoitamiseen ja pääosa varallisuudesta on kertynyt muusta kuin jäsenmaksutuloista. Tulonmuodostus on perustunut olennaisella tavalla omaan liiketoimintaan ja lahjoituksiin.

Helsingin kauppakorkeakoulu ei sijoittanut säätiöön niin paljon varallisuuttaan, että uusi ylioppilaskunta ei olisi voinut hoitaa sille lainsäädännössä asetettua tehtävää. Säätiöinti toteutettiin myös niin, että säätiön tarkoituksena oli Aalto-yliopistossa kauppatieteitä opiskelevien tukeminen, ei mikään tälle vieras toiminta. Omaisuuden säätiöimisessä on olennaisena piirteenä se, että säätiön tarkoitusta on säätiölain mukaan erityisen vaikea muuttaa, jos säätiöllä on varoja tarkoituksensa toteuttamiseen, eikä tarkoitus ole lainvastainen. Kun vielä sääntömuutos on PRH:n hyväksymisen takana ja kun säätiön toimintaa valvotaan viranomaistoimin, ei ole pelättävissä, että säätiö muuttaa tarkoituksensa alkuperäiselle tarkoitukselle vieraaksi.

2.4.3 Säätiö Helsingin yliopistoon ”omilla varoilla”?

Yliopistouudistuksen vaikutuksesta Helsingin yliopiston rahatalouteen ei ollut pitkään aikaan varmuutta. Siksi yliopistossa oli aiheellista miettiä ennen yliopistolain säätämistä ja sitä koskevan hallituksen esityksen antamista sitä, olisiko oikeudellisia edellytyksiä siirtää yliopiston ”omaa” omaisuutta säätiöön niin, ettei sitä ja sen tuottoa voitaisi ottaa tulosohjausjärjestelmässä huomioon valtion perusrahoitusta myönnettäessä. Asiaa selvitti yliopiston rehtorin Ilkka Niiniluodon 17.9.2007 asettama työryhmä, jonka tehtävänä oli muutoinkin selvittää yliopiston oman varallisuuden kysymyksiä yliopistouudistuksessa. Työryhmän puheenjohtajana toimi tuolloinen vararehtori, professori Thomas Wilhelmsson.⁴⁷ Työryhmän mietintö valmistui 30.11.2007.

⁴⁷ Työryhmään kuuluivat lisäksi professori Heikki Halila, kvestori Ilkka Hyvärinen, professori Arto Mustajoki ja professori Olli Mäenpää. Sihteerinä toimi kanslerinsihteerin, dosentti Heikki Pihlajamäki.

Työryhmä piti säätiöimistä oikeudellisesti mahdollisena ja valmisteli mahdollisesti perustettavalle säätiölle myös säännöt. Epävirallisen neuvonpidon myötä ilmeni, että PRH olisi ollut valmis antamaan säätiölle perustamisluvan. Asiaan vaikutti myös tiedossa ollut Helsingin kauppakorkeakoulun omaisuuden säätiöimishanke ja se, ettei PRH ollut nähnyt sille olevan estettä.

Työryhmä ei kuitenkaan ehdottanut säätiön perustamista, koska se katsoi – yliopistolakia valmistelevien virkamiesten kanssa keskusteltuaan – ettei tätä toimenpidettä tarvita. Yliopiston johto oli samalla kannalla. Jos hallituksen esitys olisi ollut toisenlainen kuin se oli, olisi perustaminen ollut varsin todennäköistä.

Ensi näkemältä voi tuntua oudolta, että (Helsingin) yliopisto voisi säätiöidä varallisuuttaan. Eikö tämä varallisuusmassa ole luonteeltaan määrätarkoituksellista, josta ei ole lupa luopua? Siltä osin kuin yliopisto on toiminut valtion tilivirastona, se ei ole voinutkaan säätiöidä omaisuuttaan, koska se ei ole ollut sen omistaja. Helsingin yliopiston rahatalouden osalta tilanne on kuitenkin toinen. Säätiön perustamiseen on kelpoisuus jokaisella oikeussubjektilla, joka hallitsee säätiölle luovutettavaa varallisuutta. Olennaista on näin se, onko yliopistolla disponoimisvalta siihen omaisuuteen, joka olisi tarkoitus luovuttaa säätiölle.⁴⁸ Huomioon on tietenkin otettava muutenkin säätiölain vaatimukset yliopiston perustaman säätiön toiminnalle.

Säätiön pääasiallisena tarkoituksena ei saa SäätiöL 5.3 §:n mukaan ”ilmeisesti olla välittömän taloudellisen edunhankkiminen sääätäjälle” eli säätiön perustajalle. Tämä lainkohta unohtuu toisinaan niiltä, jotka havittelevat omaisuutensa säätiöimistä. Tukisäätiön perustaminen tai omaisuuden parkkeeraaminen säätiöön ei siksi käy päinsä rutiinitoimena. Kysymys on aina siitä, mikä on säätiölle sallittua toimintaa. Mikä on SäätiöL 5.3 §:n näkökulmasta sallittua yliopiston tukemista, vaatii tilanteen arvioimista kohta kohdalta samalla tavoin kuin muissakin tapauksissa, joissa oikeushenkilö on perustamassa säätiötä. Mitkä ovat yliopistolla ja sen piirissä tapahtuvia sellaisia toimintoja, jotka voidaan lukea säätiön perustajan (yliopiston) tukemiseksi?

⁴⁸ Esillä olevaan kysymykseen ei ole kiinnitetty meillä huomiota säätiökirjallisuudessa. Tähän antaa tavallaan aiheen myös säätiölain 1 §, joka alkaa sanoin ”Jos joku tahtoo luovuttaa omaisuutta...”. Laissa ei problematisoida sitä, kenen omaisuudesta on kysymys. Sinänsä on itsestään selvää, että säätiölle voi luovuttaa vain omaisuutta, jota kykenee disponoimaan. Milloin tähän on mahdollisuus, ei ole aina itsestään selvää. Ks. lainkohdan johdosta Aro 1971 s. 79 ja Hovi 2005 s. 117.

Edellä siteeratun SäätiöL 5.3 §:n kohdan tulkintaan sisältyy väljän kirjoittamisasun vuoksi harkintaa. Tähän kiinnitti huomiota Pirkko-Liisa Haarmann vuonna 1971 säätiöoikeudellisessa väitöskirjassaan.⁴⁹ Erityisesti voidaan kiinnittää huomiota siihen, että lainkohdassa puhutaan säätiön pääasiallisesta tarkoituksesta. PRH:ssa on nyttemmin omaksuttu se tulkintalinja, että säätiö voi tukea perustajaa tulouttamalla sille tuotostaan 20 % ilman, että kysymys olisi vielä pääasiallisesta tarkoituksesta tukea perustajaa. Tämä luku ei sinänsä perustu mihinkään, eikä sitä ole testattu lainkäytössä, mutta sitä saatetaan pitää lain sanamuoto huomioon ottaen ainakin toistaiseksi hyväksyttävänä.

Yliopiston toiminnot voidaan jakaa julkiseen tehtävään ja muihin toimintoihin. Julkisen tehtävän rahoittaminen säätiön tuotolla voisi kuulua vain 20 %:n maksimiosuudella säätiön toimintaan. Muuta kuin julkista toimintaa voidaan sen sijaan ajatella tuettavan vapaasti. Tukeminen voi tapahtua paitsi tuoton suoranaisten siirtämisenä myös ilmeisesti (selvästi) vajaavastikkeellisten sopimusjärjestelyjen myötä.⁵⁰ Vajaavastikkeellisiin sopimuksiin menemiselle asettaa rajat myös hallituksen huolellisuusvelvollisuus.⁵¹

Yliopiston perustama säätiö ei voi edellä esitetyistä syistä tukea yliopistoa maksamalla sen kuluja eikä varsinkaan hallinnon kuluja kuten palkkamenoja. Saatujen lahjoitusvarojen käyttäminen apurahoihin ei sen sijaan ole yliopiston tukemista. Myös itse hankittujen omien varojen käyttäminen apurahoihin on mahdollista, koska tuen saajana ei ole yliopisto. Niinpä on ajateltavissa, että Helsingin yliopiston säätiö voisi tukea esimerkiksi yliopiston (omaa) tutkijakollegiumia ja muitakin erillislaitoksia.

Säätiölle kuuluvaa kiinteistövarallisuutta voitaisiin vuokrata yliopistolle, ja tuottoja voitaisiin käyttää kiinteistöjen kunnossa pitämiseen. Netto-tuotto ei välttämättä nousisi kovin korkeaksi ilman, että vuokrataso olisi niin alhainen, että PRH:n tulisi säätiön valvontaviranomaisena siihen puuttua. Huomionarvoista on myös se, että säätiön tarkoituksena ei saa olla liiketoiminnan harjoittaminen. Tilojen vuokraaminen voidaan kuvatussa tilanteessa kuitenkin luonnehtia sijoitus- eikä liiketoiminnaksi.⁵² Yliopiston apteekin siirtäminen säätiövarallisuuteen ei sen sijaan olisi monestakaan syystä mahdollista, esimerkiksi siksi, että apteekki on liiketoimintayksikkö.

⁴⁹ Aro 1971 s. 107–109.

⁵⁰ Ks. ali- tai vajaavastikkeellisista luovutuksista yleisesti Kangas 1993 s. 290–295.

⁵¹ Ks. asian johdosta esim. Hovi 2005 s. 190.

⁵² Ks. asian johdosta Aro 1971 s. 208, Halila, LM 1998 s. 32–33 ja Hovi 2005 s. 147–149.

Yliopiston perustama säätiö ei liioin voisi toimia kokonaan yliopistoyhteisöstä irrallaan. Säätiön perustaminen olisi kyseenalaista, jos säätiön tarkoitus olisi vieras yliopiston tavoitteille. Merkitystä on tässä myös sillä, että säätiön tarkoituksen muuttaminen ei yleisesti ottaen tule kysymykseen, jos säätiöllä on varoja alkuperäisen tarkoituksen käyttämiseen, eikä tuo tarkoitus ole lainvastainen. Yliopistonkaan perustama säätiö ei siten voisi muuttaa tarkoitustaan ja ryhtyä toimimaan kokonaan muulla toimialalla.⁵³

Tulevaisuudessa voi tulla ajankohtaiseksi se, voiko julkisoikeudelliseksi laitokseksi muuttanut yliopisto säätiöidä omaisuuttaan. Tähän ei näytä siinänsä olevan estettä. Kun kysymys on kuitenkin muusta kuin ennen yliopistouudistusta oman rahatalouden piirissä olleesta varallisuudesta, ei voine olla mahdollista, että tällä tavoin siirrettäisiin turvaan omaisuutta niin, ettei se vaikuttaisi tulosohjauksen myötä tulevaan valtion perusrahoitukseen. Oman liiketoiminnan piirissä hankittuja varoja voitaneen sen sijaan säätiöidä jatkossa normaaliin tapaan. Kun liiketoiminnan rajoituksia on poistettu, tällä seikalla on aikaisempaa suurempi merkitys.

3 AALTO-YLIOPISTO SÄÄTIÖYLIOPISTONA

3.1 Säätiöyliopiston perustaminen

Vuodelta 1997 oleva (vanha) yliopistolaki (645/1997) ei tunnistanut yksityisoikeudellista säätiötä yliopiston hallinnoimismuotona. Yliopistot saattoivat olla vain valtionyliopistoja. Tähän haettiin muutosta, kun yliopistouudistusta ryhdyttiin konkreettisesti valmistelemaan viime vuosikymmenen puolivälissä. Valtiosihteeri Raimo Sailaksen johtama työryhmä esitti 19.2.2007 mietinnössään, että Helsingin kauppakorkeakoulu, Teknillinen korkeakoulu ja Taideteollinen korkeakoulu yhdistetään säätiölaissa tarkoitetuksi säätiömuotoiseksi korkeakouluksi, josta käytettiin työnimeä innovaatioyliopisto.⁵⁴ Sitten sille kaavailtiin nimeä Aalto-korkeakoulu, joka muuntui lopulta muotoon Aalto-yliopisto.

⁵³ Tähän seikkaan kiinnitti KHO huomiota Helsingin kauppakorkeakoulun omaisuuden säätiöimisasiassa. Ks. KHO 2009 T 3736.

⁵⁴ Ks. OPM 2007:16 s. 41. Vertailun vuoksi voidaan todeta, että selvitysmiehet Niilo Jääskinen ja Jorma Rantanen käsitelivät myös säätiömallia yhtenä yliopiston hallinnoimisen muotona, mutta he eivät loppuraportissaan kuitenkaan esittäneet sitä yliopiston hallinnoimisen muodoksi. Ks. *Jääskinen – Rantanen* 2007 s. 86–89. Ks. myös HE 7/2009 vp s. 30.

Säätiöyliopistohanke oli koko yliopistouudistuksen ensimmäinen askel. 21.11.2007 pidetyssä hallituksen iltakoulussa linjattiin yliopistouudistuksen periaatteita, joista yhtenä oli innovaatioyliopiston perustaminen. 18.12.2007 talouspoliittinen ministerivaliokunta päätti sitoutua innovaatioyliopiston rahoitukseen.⁵⁵

Opetusministeriö julkisti 14.4.2008 luonnoksen Aalto-yliopiston säätiön säädekirjaksi. Siitä antoi kriittisen lausunnon muun muassa Helsingin yliopisto.⁵⁶ Tämän jälkeen sääntöluonnosta hieman muutettiin. Myöhemmin keväällä valtioneuvosto antoi oikeuden säätiön perustamiskirjan allekirjoittamiseen, joka tapahtui 25.6.2008. PRH merkitsi 29.10.2008 säätiön säätiörekisteriin asiaa siis yli neljä kuukautta harkittuaan. Aalto-yliopiston perustamista voidaan kuvata analyttisestä siviilioikeudesta tutulla ilmaisulla vaiheittaiseksi. Vasta säätiön perustamiskirjan allekirjoittaminen on merkinnyt valtion oikeudellista sitoutumista hankkeeseen suhteessa uuteen yliopistoon. Viimeistään tuolloin olisi pitänyt kiinnittää huomiota hankkeen oikeudelliseen kestävyys.⁵⁷

Säätiömalli päätettiin avata 10.4.2008 tehdyllä talouspoliittisen ministerivaliokunnan päätöksellä myös muille korkeakouluille. Säätiöyliopistohankekin eteni, kun yliopistolakia koskeva hallituksen esitys annettiin helmikuussa 2009.⁵⁸ Sen mukaan Tampereen teknillisen yliopiston toiminnasta vastaisikin jatkossa TTY-säätiö, joka oli perustettukin helmikuussa 2009.⁵⁹ Aalto-yliopisto on kuitenkin säätiöyliopistoista kiinnostavampi ja säätiöyliopistomallin kärkihanke. Siksi huomio kiinnittyy jäljempänä siihen.

Kun yliopistolaki vahvistettiin 24.7.2010 Aalto-yliopisto ja säätiömuotoinen TTY-yliopisto tulivat lakiperusteisiksi. Yliopistolain käsittely eduskunnassa ei kuitenkaan ollut läpihuutojuttu. Perustuslakivaliokunta antoi

⁵⁵ Ks. *Miettinen – Muukkonen – Myrsky – Pohjolainen* 2009 s. 28–29.

⁵⁶ Helsingin yliopistolta ei pyydetty lausuntoa säädekirjaluonnoksesta ja sääntöluonnoksesta toisin kuin niiltä kolmelta korkeakoululta, joista oli määrä muodostaa innovaatioyliopisto. Niiltä pyydettiin 16.4.2008 lausuntoja 29.4.2008 mennessä. Ks. alustavista kriittisistä kommentteista myös *Pohjolainen* 2008 s. 137–140.

⁵⁷ Myös rahoittajille tuli viestejä säätiöhankkeen perustuslainmukaisuudesta. Annoin 23.5.2008 Liikesivistysrahastolle sen pyytämän lausunnon hankkeeseen osallistumista koskevasta päätöksenteosta. Kiinnitin siinä rahaston huomiota myös säätiöhankkeen perustuslakiongelmien.

⁵⁸ Myös tässä vaiheessa tuotiin julki kritiikkiä säätiöyliopistomallin oikeudellisia perusteita kohtaan. Helsingin yliopiston kansleri Ilkka Niiniluoto saneli valtioneuvoston pöytäkirjaan asiaa koskevan lausuman. Ks. taustoista *Wilhelmsson* 2009 s. 1–2. Pelkona oli koko yliopistoautonomiainstituution vesittyminen säätiöyliopiston hallintomallin myötä.

⁵⁹ Ks. HE 7/2009 vp s. 32–33 ja PeVL 11/2009 vp s. 6.

hallituksen esityksestä sivistysvaliokunnalle kaksi lausuntoa. Hallituksen esitykseen tehtiin näiden lausuntojen myötä sivistysvaliokunnassa muutoksia. Tämän perusteella eduskunta hyväksyi lain perustuslainsäätämisyjärjestykseen turvautumatta. Aalto-korkeakoulusäätiö, joka säätiön nimi yhä on, muutti sääntöjään yliopistolain edellyttämällä tavalla. 29.6.2009 päätetty sääntömuutos on vahvistettu PRH:ssa 5.8.2009.⁶⁰

Aalto-yliopiston perustaminen rakentui sen edellytyksen varaan, että yliopistolakiin otetaan säännökset niin säätiöstä yliopiston hallinnoimisen muotona kuin julkisen hallintotehtävän antamisesta yksityisille yliopistoille.⁶¹ Tätä ennakoitiin jo Raimo Sailaksen johtaman työryhmän mietinnössä.⁶² Ennen uuden yliopistolain säätämistä ja voimaantuloa Aalto-yliopisto oli kuitenkin ilmassa. Tutkintojen anto-oikeutta ei voi olla ilman säädöspohjaa. Säätiön perustaminen vastaisen varalle on sinänsä mahdollista, eikä tämä ole edes harvinaista. Säätiön perustaminen ehdollisesti ei sen sijaan käy päinsä. Eri asia on, että säätiö joudutaan lakkauttamaan, jos havaitaan, ettei ole lakiin perustuvia edellytyksiä sen toiminnan aloittamiselle. Näin olisi käynytkin, jos yliopistolakia ei olisi hyväksytty sellaisessa muodossa, joka mahdollistaa myös säätiömuotoisen yliopiston toiminnan.

3.2 Säätiöyliopisto ja yliopiston julkinen tehtävä

Maailmalla on paljon yksityisiä yliopistoja, ja sellaisia on ollut myös Suomessa. Jos yliopiston toiminnan katsottaisiin olevan luonteeltaan täysin yksityistä, säätiöyliopiston perustaminen ei olisi ollut Suomen lainsäädännön kannalta erityinen ongelma. Jos yliopistotoiminnan harjoittamiseen katsotaan kuuluvan julkisen hallintotehtävän hoitamista, tilanne muuttuu. PL 124 §:n mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksen mukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä

⁶⁰ Ks. eduskuntakäsittelystä *Miettinen – Muukkonen – Myrsky – Pohjolainen* 2009 s. 31–35.

⁶¹ Ks. HE 7/2009 vp s. 32. Yliopistoautonomiaa koskevissa perustuslain säännöksissä ei ole edellytetty yliopistoilta mitään määrättyä oikeushenkilötyyppiä tai muuta oikeudellista muotoa. Jos kysymys olisi ”jokaiselle kuuluvista oikeuksista”, voitaisiin esittää, että yliopistolaissakaan ei voitaisi vaatia yliopistoilta mitään tiettyä oikeudellista muotoa. Tältä pohjalta ei säätiöyliopistojatusta ole meillä kuitenkaan lähdetty vakavasti kehittämään. Ks. asian taustoista *O. Suviranta*, LM 2006 s. 539–543.

⁶² Ks. OPM 2007:16 s. 42 ja 64–66.

sisältäviä tehtäviä voidaan tämän lainkohdan mukaan kuitenkin antaa vain viranomaisille.

Aalto-yliopisto on luonteeltaan yksityisoikeudellinen säätiö. Tämä säätiö on itsessään yliopisto eikä vain yliopistoa ylläpitävä oikeussubjekti. Siksi voisi tuntua luonteelta, että Aalto-yliopisto olisi ”aidosti” yksityinen yliopisto. Tällainen ei tilanne kuitenkaan ole. Suomessa yliopistojen perustaminen ei ole vapaata. Kuka tahansa ei voi perustaa yliopistoa ja ryhtyä myöntämään tutkintoja toisin kuin eräissä muissa maissa. Kysymys ei ole näin siitä, onko ylimmän opetuksen antaminen ja muu korkeakoulutoiminta sinänsä yksityistä vai julkista toimintaa.

Yliopiston toiminnasta on säädettävä lailla. Lakiperusteisuuden vaatimus johtuu meillä useasta perustuslaista ilmenevästä seikasta: yliopistojen itsehallinnosta, tutkimuksen ja opetuksen vapaudesta sekä lainsäädäntövallan käyttöä koskevista perustuslain yleisistä vaatimuksista.⁶³ Jäljempänä paneudutaan vain säätiöyliopiston kannalta kiinnostaviin PL 124 §:stä johtuviin seikkoihin.

Aalto-yliopisto on kyllä yksityisoikeudellinen oikeussubjekti, mutta sillä on lainsäädäntöön perustuva julkinen tehtävä. Se poikkeaa tässä suhteessa julkisoikeudellisista yhdistyksistä kuten ylioppilaskunnista. Ne on perustettu lainsäädäntötoimin sen vuoksi, että niillä on julkinen tehtävä. Aalto-yliopisto muistuttaa sen sijaan eläkevakuutusyhtiötä, jotka ovat oikeudelliselta luonteeltaan yksityisoikeudellisia mutta joilla on julkinen tehtävä eläkepäätöksien tekemisessä.⁶⁴ Niin Aalto-yliopisto kuin eläkevakuutusyhtiökin on perustettu yksityisoikeudellisin toimin.

Yliopistojen – siis myös säätiöyliopiston – julkiseen tehtävään on katsottu kuuluvan opiskelijaksi ottaminen sekä opiskeluoikeuden jatkamista ja menettämistä koskeva päätöksenteko, opiskelusuoritusten arviointi, tutkintotodistusten antaminen ja kurinpito.⁶⁵ Asiaa ei ole kuitenkaan perustel-

⁶³ Ks. *Mäenpää* 2009 s. 52.

⁶⁴ Ks. *Halila* 2005 s. 1–2. Oikeusministeriön lausunnossa esitysehdotuksesta yliopistolaiksi on sivulla 2 kyseenalaistettu se, että Aalto-yliopistoa kutsutaan yksiselitteisesti yksityisoikeudelliseksi säätiöksi, kun yliopistoon sovelletaan yliopistolain säännöksiä. Kysymys on sinänsä kiinnostava. Meillä ei ole toista vastaavaa tapausta, jossa säätiörekisteriin merkittyä säätiötä voitaisiin luonnehtia osaksikaan julkisoikeudelliseksi. Vertailun vuoksi voidaan todeta, että yhdistystä voidaan pitää julkisoikeudellisena (osaksi tai kokonaan), jos se on perustettu lainsäädäntötoimin ja jos sillä on julkinen tehtävä. Aalto-yliopistoa ei ole perustettu lainsäädäntö- eikä hallinnollisin toimin, mutta yliopisto voi toimia vain, kun siitä annetaan säännöksiä – myös julkista tehtävää sisältäviä – lailla. Tässä suhteessa se eroaa työeläkelaitoksista.

⁶⁵ Ks. esim. *Mäenpää* 2009 s. 307. Mäenpää ei ole teoksessaan avannut enempää julkisen tehtävän problematiikkaa yliopistoissa. Sen sijaan hän on tarkastellut yliopistojen tehtävien

tu lähemmin laissa eikä sen esitöissä.⁶⁶ Tämä on sikäli outoa, kun käytettävissä ovat olleet Outi Suvirannan Rantasen ja Jääskisen raporttia varten laatimat selvitykset.⁶⁷

Kun yliopistotutkinnot tuottavat kelpoisuuden julkisiin virkoihin, voidaan perustella sitä, että opiskeluoikeutta ja tutkintojen sisältöä koskeva päätöksenteko on Suomen järjestelmässä julkinen tehtävä. Sinänsä voidaan keskustella siitä, mitä julkiseen tehtävään lähemmin kuuluu. Onko ajateltavissa, että myös tutkintoihin tähtäävä opetuksen antaminen olisi julkinen tehtävä, kun yliopistotutkinnot antavat kelpoisuuden julkisiin virkoihin. Tutkimus ei sen sijaan sitä voi olla. Sama koskee yhteiskunnallista vuorovaikutusta, vaikka sekin on nyttemmin lakisääteinen tehtävä.⁶⁸

Säätiöyliopistolle voidaan esitetyistä syistä antaa julkinen tehtävä, kun tämä tapahtuu (yliopisto)lailla. Oikeudellisia ongelmia ei aiheuta sen toteaminen, että tämä on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi. Tätä kysymystä ei voida oikeudellisesti riitauttaa, jos lainsäädäntöratkaisu on tehty.⁶⁹ Sen sijaan voidaan pohtia, onko kyseessä myös merkit-

jakautumista lakisääteisiin ja omiin tehtäviin yliopistolain 2 §:n pohjalta joutumatta tässä ottamaan kantaa julkiseen tehtävään. Ks. em. teos s. 10–13. Edelleen hän on selvittänyt sitä, milloin yliopistojen toimintaan sovelletaan hallintolakia joutumatta tässäkin ottamaan nimenomaisesti kantaa julkisen tehtävän ongelmiin. Ks. em. teos s. 306–307. Ks. samansuuntaisesti *Miettinen – Muukkonen – Myrsky – Pohjolainen* 2009 s. 119–120.

⁶⁶ Uutta yliopistolakia koskevassa hallituksen esityksessä ei ole selvitetty, mitä yliopistoissa kuuluu julkisen tehtävään. Ks. HE 7/2009 vp s. 91, jossa on tyydytty kertomaan, mitä viittaussäännöksiä yliopistolaissa on tältä osin säätiöyliopistoon. Asiaa on selvitetty seikka-peräisemmin mm. oikeusministeriön 17.11.2008 päivätyssä lausunnossa esitysehdotuksesta yliopistolaksi s. 3–4. Selvitysmiehet Jääskinen ja Rantanen katsoivat kantaansa lähemmin perustelematta, että julkiseen hallintotehtävään kuuluvat yliopistossa opiskelijaksi ottaminen, kurinpito ja tutkintojen myöntämistä koskeva päätöksenteko. Ks. *Jääskinen – Rantanen* 2007 s. 82. Tätä kysymystä ei ole tutkimuksen tavoitteet huomioon ottaen liian spesifisenä avattu Marietta Keravuori-Rusasen väitöskirjassa ”Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä”. Ks. kuitenkin aiheesta yleisesti mts. 157 ss.

⁶⁷ Ks. *O. Suviranta*, LM 2006 s. 536 av. 1. Suviranta luki yliopistojen julkiseen hallintotehtävään ainakin opiskelijaksi ottamisen ja tutkintojen myöntämiseen liittyvän päätöksenteon ja tehtävät sekä katsoi, että julkisen valan käyttöä sisältyy myös päätöksentekoon ja menettelyyn, joilla (julkisoikeudellisen) yliopiston sisäinen hallinto-organisaatio muodostetaan. Ks. LM 2006 s. 548. Viimeksi mainitun seikan johdosta saatetaan päätellä, ettei vastaava toiminta ole yksityisessä säätiöyliopistossa julkisen vallan käyttämistä.

⁶⁸ Ks. OPM 2007:16 s. 60.

⁶⁹ Kokonaan oma kysymyksensä on se, onko PL 124 § lainkaan sovellettavissa itsenäisiksi oikeushenkilöiksi muuttuviin yliopistoihin, näiden oikeudellis-organisatorisesta luonteesta riippumatta, niin kuin Tuori perustuslakivaliokunnalle antamassaan lausunnossa esille nostamansa kysymyksen muotoili. Ks. *Tuori* 2009 s. 3–4. Tuori katsoi, että asia voidaan asettaa kyseenalaiseksi, koska yliopistoja on säännelty PL 123 §:ssä. Tämä irrottaisi ne PL 124 §:n soveltamisalasta. Tuori viittasi Kansaneläkelaitosta ja Suomen Pankkia koskeviin ratkaisuihin. Ne ovat tosin julkisoikeudellisia laitoksia (säätiöitä) toisin kuin säätiöyliopistot. Olen-

tävää julkisen vallan käyttöä koskeva tehtävä, joka voitaisiin uskoa vain viranomaisille. Tältä osin punninnassa ei oteta huomioon sanan merkittävä yleistä käsitesisältöä. Sen myötä tähän yliopistotoimintaa voitaisiin hyvinkin pitää merkittävänä, olkoonkin että yliopiston ydintoiminnot eivät kuulu julkisen vallan harjoittamisen piiriin. Laintulkinnassa tukeudutaan kuitenkin tässä vakiintuneesti perustuslain esitöihin ja perustuslakivaliokunnan käytäntöön, joissa merkittävyyttä ei ole arvioitu niinkään yhteiskunnallisen vaikuttavuuden vaan julkisen vallan ydintehtävien kannalta.⁷⁰ Kaiken kaikkiaan on ilmeistä, ettei Aalto-yliopiston perustaminen ole ristiriidassa PL 124 §:n kanssa. Tämä oli myös perustuslakivaliokunnan käsitys.

PL 124 §:ssä edellytetyllä tavalla yliopistolaissa on runsaasti viittaussäännöksiä säätiöyliopistoon. Niitä vielä tarkennettiin yliopistolain eduskuntakäsittelyssä. Tällä tavoin on pyritty siihen, että säätiöyliopistokin täyttäisi hyvän hallinnon vaatimukset. Samoin on voitu taata se, että myös säätiöyliopistossa noudatetaan sellaisia hallinnon periaatteita, joita ei säätiölain mukaan voitaisi noudattaa. Niinpä yliopiston rehtoriin sovellettaisiin säätiön asiamiestä koskevia säätiölain säännöksiä, ellei yliopistolaissa olisi viittausta tältäkin osin yliopiston rehtoria koskeviin säännöksiin.

Eduskuntakäsittelyssä lisättiin yliopistolain 1 §:ään (uusi) 4 momentti, jossa annettiin selkeät säännökset siitä, mitä yliopistolain pykälää sovelletaan säätiöyliopistoihin. Valiokuntamietinnöissä ei suoranaisesti viitattu tältä osin PL 124 §:ään, mutta valiokuntakuulemisenkin myötä julkisen tehtävän arvioimisella on voinut olla vaikutusta asiaan.⁷¹

Hyvän hallinnon vaatimusten osalta kiinnittyy huomio myös siihen, että säätiöyliopiston hallinto määräytyy paljossa säätiön sääntöjen mukaan. Kun julkinen tehtävä annetaan yksityisoikeudelliselle oikeushenkilölle, erityistä merkitystä ei yleensä ole sen sisäisellä organisaatiolla, koska julkinen tehtävä ei määräydy sen kautta. Aalto-yliopistossa säätiö ei ole yliopistoa ylläpitävä organisaatio vaan yliopisto itse. Siksi säätiön säännöt voivat vaikuttaa siihen, miten julkista tehtävää harjoitetaan. Kun säätiö voi muuttaa sääntöjään, on myöhemminkin tarkkailtava sitä, että säännöt ovat sopusoinnussa PL 124 §:n vaatimusten kanssa.

naista Tuorin argumentoinnissa oli selkeä kannanmääritys siitä, että missään oloissa ei PL 124 §:n voida katsoa syrjäyttävän PL 123 §:n soveltamista yliopistoihin. Perustuslakivaliokunta ei ottanut Tuorin esiin tuomaan vaikeaan kysymykseen kantaa. Tämä ei ollutkaan välttämätöntä valiokunnan muutoin omaksuman linjauksen vuoksi.

⁷⁰ Ks. *Keravuori-Rusanen* 2008 s. 413 ss.

⁷¹ Ks. PeVL 11/2009 vp s. 4 ja SiVM 5/2009 vp s. 14.

4 SÄÄTIÖYLIOPISTON HALLITUKSEN VALINTA

4.1 Perinteinen itsehallintodoktriini säätiöyliopiston hallitusvaalin perustana

Kun käydään selvittämään, miten säätiöyliopiston keskeinen hallintoelin eli hallitus voidaan valita, on taustaa haettava yliopiston itsehallinnon sääntelystä ja siihen perustuvasta doktriinista. PL 16.3 §:ssä on vahvistettu tieteen, taiteen ja ylimmän opetuksen vapaus, ja PL 123 §:n mukaan yliopistoilla on itsehallinto sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään. Itsehallinnon sisältö on muovautunut ja doktriini saanut perustansa eduskunnan perustuslakivaliokunnan mietinnöistä ja lausunnoista. Erityisen relevantteja ovat vuoden 1997 yliopistolakia ja nykyistä perustuslakia koskevat kannanmääritykset.⁷² Niistä ilmenee tavallaan päivitettyinä yliopiston itsehallinnon sisältö. Oma kysymyksensä on se, että ne ovat koskeneet vain perinteistä yliopistomallia, ei uutta säätiöyliopistoa.

Ennen nykyisen yliopistolain säätämistä vallinnut perustuslakitulkinna on ollut varsin vakiintunut, eikä sen sisältöön ole tässä aihetta syventyä sitä kohta kohdalta taustoittaen. Olennaista on ollut ensiksikin se, että yliopistoautonomian on katsottu koskevan paitsi opetuksen ja tutkimuksen vapautta myös taloushallintoa. Yliopistoautonomian kannalta ei näin ole ollut riittävää, että yliopistoissa saa tutkia ja opettaa vapaasti.⁷³ Lailla säätämisen vaatimus eli lakivarauma on pitänyt sisällään sen, että lailla tulee säätää yliopiston tehtävästä, sen hallintoelimistä, niiden kokoonpanosta ja keskinäisistä suhteista, muutoksenhausta eri hallintoelinten päätöksiin ja yliopiston kielisuhteista.⁷⁴ Lakivarauman on katsottu sisältävän veloitteen säätää itsehallinnon ydinalueesta, ja valiokunnan linjauksesta ilmenee, mikä tuo ydinalue on.

Perustuslakia koskevassa hallituksen esityksessä on todettu, että lailla on säädettävä muun muassa yliopistojen hallinnon ja organisaation toiminnan keskeisistä seikoista.⁷⁵ Tämä koskee tietenkin myös yliopiston hallituksen valintaa. Vuoden 1997 yliopistolaisissa oli säädetty ulkopuolisten valinnasta yliopiston hallitukseen. Perustuslakivaliokunnan kannanmäärityksen mukaan vähemmistö yliopiston hallituksesta voi olla yliopiston ul-

⁷² Ks. PeVL 3/1997 vp ja PeVM 10/1998 vp s. 178. Ks. myös yliopistolakiin vuonna 2004 tehdystä muutoksesta PeVL 19/2004 vp s. 2.

⁷³ Ks. *Tuori* 1999 s. 529.

⁷⁴ Ks. PeVL 6/1969 vp s. 16 ja 3/1997 vp s. 1–2.

⁷⁵ Ks. HE 1/1998 vp s. 177–178.

kopuolisia, kunhan yliopisto itse nämä valitsee.⁷⁶ Kysymyksessä on kelpoisuusvaatimus, ei valinta-oikeuden siirtäminen ulkopuolisille.

Tiivistetyksi voidaan tämän tutkimuksen aihepiirin kannalta sanoa, että itsehallinto sisältää PL 123 §:n perusteella lailla säätämisen vaatimuksen. Lailla on säädettävä yliopiston oikeudesta valita omat hallintoelimensä, muun muassa hallituksensa.

4.2 Säätölaki ja yliopistolainsäädäntö säätiöyliopiston hallituksen valintaan vaikuttavina tekijöinä

Kun käydään pohtimaan, miten hallituksen valinta tulisi järjestää uudessa yliopistotyyppissä säätiöyliopistossa, on lähtökohdaksi otettava tässäkin perustuslaki ja siihen tukeutuva doktriini. Perustuslaki koskee myös itsehallinnon osalta kaikkia yliopistotyyppisiä, siis myös säätiöyliopistoja. Jos uutta yliopistotyyppiä luotaessa olisi haluttu muuta, olisi pitänyt tarkistaa PL 123 §:ää. Näin ei kuitenkaan tehty. Perustuslain mukaan on (yliopisto) laissa säädettävä yliopiston hallituksen valinnasta siten, että kunnioitetaan yliopistojen oikeutta valita omat hallintoelimensä. Tämän on koskettava myös säätiöyliopistoja.

Säätiöyliopistoja koskevat myös säätiölain säännökset. Säätiöissä ei ole osakkaita eikä jäseniä. Siksi säätiön hallintoelinten valinta ei voi rakentua samanlaisten periaatteiden varaan kuin yksityisoikeudellisten yhteisöjen. Säätiön hallitus voidaankin säätiölain mukaan valita varsin vapaasti, kunhan asiasta määrätään selkeästi säännöissä. Tämä on yksi niistä piirteistä, jotka antavat aiheen puhua säätiöstä ketteränä organisaatiomuotona. Mahdollista on näin esimerkiksi se, että hallituksen nimeävät ulkopuoliset tahot tai että hallitus on itsetäydentävä taikka että siinä on itseoikeutettuja jäseniä.⁷⁷

Säätiölain kannalta on olennaista se, että hallituksen valinnasta on määrättävä säätiön säännöissä. Säätiölain säännöksistä tulisi tehdä nimenomainen poikkeus, jos hallituksen valinnasta voitaisiin määrätä muulla tavoin kuten yliopiston muussa järjestyksessä vahvistettavain itsesääntelymääräyksin. Vapaata disponointivaltaa ei kuitenkaan ole, kun säätiön sääntöjen on oltava sen mukaisia, mitä yliopistolaissa on yliopistojen tai erityisesti säätiöyliopistojen hallituksen valinnasta säädetty. Jos yliopistolaki tarjoaa

⁷⁶ Ks. PeVL 3/1997 vp s. 2 ja *Miettinen* 2001 s. 427.

⁷⁷ Ks. Aro 1971 s. 192–198 ja *Pykäläinen-Syrjänen* 2007 s. 156–162.

tältä osin väljyyttä, disponointivalta lisääntyy säätiöyliopistoissa samalla tavoin kuin muissa yliopistoissa yliopiston itsesääntelymääräyksissä.

4.3 Aalto-yliopistolle perustamisvaiheessa rakennettu hallitusmalli

4.3.1 Miten säätiöhallinto pyrittiin järjestämään?

Aalto-yliopiston hallituksen valintatapa on tullut määritellyksi monivaiheisen valmisteluvaiheen myötä. Nämä vaiheet voidaan jakaa toimiin ennen yliopistolain säätämistä sekä siihen, miten asia on määritelty voimassa olevassa yliopistolaissa. Jotta ymmärrettäisiin, mitä lain eduskuntakäsittelyssä on tapahtunut, on käytävä lävitse sitä edeltänyttä valmisteluvaihetta.

Säätiöyliopistohanketta valmistelleessa Raimo Sailaksen työryhmässä lähdettiin hallintomallia rakennettaessa siitä, että yliopisto ei saa olla riippuvainen yleisistä hallintoviranomaisista tai muista yksittäisistä sidosryhmistä ja että mikään ulkopuolinen ryhmittymä ei saa nimitä (innovaatio) yliopiston hallitukseen enemmistöä.⁷⁸ Aalto-yliopiston säätiön säännöt kirjoitettiin kuitenkin niin, että valtioneuvosto nimeää säätiön hallitukseen opetusministeriön esityksestä viisi ja säätiön rahoittajat kahdeksan jäsentä. Säännöissä määrättiin edelleen siitä, että yliopistoyhteisöön kuuluvat (opettajat, muu henkilökunta ja opiskelijat) eivät ole vaalikelpoisia.

Aalto-yliopiston hallituksen valinnasta oli määrätty säätiön säännöissä niin, että perustajajäsenistä Teknologiateollisuus ry, Teknologiateollisuuden 100-vuotissäätiö, Liikesivistysrahaston kannatusyhdistys ry ja Teollisuuden ja Työnantajain Keskusliiton (TT) -säätiö nimeävät yhdessä Elinkeinoelämän Keskusliiton EK:n kanssa ja sen koordinoimana kaksi jäsentä. Määrityksessä kiinnittyy huomio siihen, että kyseisistä tahoista käytettiin nimitystä perustajajäsen.⁷⁹ Sellaisiaan ei säätiöissä voi olla. Oikeudellisesti on merkityksellistä se, että säännöissä ei ole selkeää mekanismia sen varalta, että nimeäjätahot eivät päädy yhteisymmärrykseen valittavista henkilöistä.⁸⁰ Sääntökohdan henki näytti kuitenkin olevan se, että EK ni-

⁷⁸ Ks. OPM 2007:16 s. 62–63.

⁷⁹ Sääntöjä muutettiin kesäkuussa 2009 niin, että niissä puhutaan nyttemmin säätiön perustajista.

⁸⁰ Ks. siitä, millä tavoin ulkopuoliset valitsijat voivat valita hallituksen, *Aro* 1971 s. 194–195. Hänen aineistossaan ei ollut Aalto-yliopistossa käytettävää mekanismia.

meää koordinoijana hallituksen jäsenet, jos yhteisymmärrystä ei ole syntynyt. Tämä tarkoitus olisi voitu kirjoittaa sääntöihin selkeämmin.

Säätiölain kannalta ei ollut huomauttamista siihen, että ulkopuoliset valitsivat sääntöjen mukaan yliopiston hallituksen kokonaan.⁸¹ Rahoittajataho on usein mukana valitsemassa säätiön hallitusta. Se itsestäänselvyys on kuitenkin aiheellista mainita, ettei laki tätä edellytä.⁸²

4.3.2 Valmisteluprosessin herättämiä kysymyksiä

Edellä esitetyin tavoin yliopiston sisäisen toiminnan monista kysymyksistä – erityisesti hallituksen valinnasta – olisi tullut säätää perinteisen doktriinin mukaan laissa. Aalto-yliopiston osalta lakiperusteisista asioista määrättiin kuitenkin säätiön säännöissä. Se laki, jossa säännösten tuli olla, oli valmisteilla ollut yliopistolaki. Missään ei kerrottu, että säätiön säännöt mukautetaan lopulta sen muotin mukaiseksi, mitä yliopistolaisissa säätiöyliopistoista säädetään. Tämäkin menettely olisi ollut varsin erikoista: perustetaan ensin säätiö, ja katsotaan sitten, miten sen sääntöjä joudutaan muuttamaan. Päinvastoin valmisteluvaiheessa todettiin varsin suorasukaisesti, että säätiöyliopistolle hankittavan pääoman kerääminen edellyttää, että säätiölle valittu hallintomalli hyväksytään. Tätä voidaan kiistatta luonnehtia pyrkimykseksi lainsäätäjän käsien sitomiseksi perustuslakia koskevassa asiassa.⁸³

Aalto-yliopistosäätiö perustettiin ennen kuin yliopistolaista oli edes luonnosta hallituksen esitykseksi. Mistään ei ilmene, että säätiötä perustettaessa olisi pohdittu ja problematisoitu tulevan yliopistolain ja säätiön sääntöjen välistä suhdetta niissä asioissa, joissa doktriinin mukaan oikeu-

⁸¹ Ks. säätiön hallituksen valintatavoista Aro 1971 s. 191–198.

⁸² Vertailun vuoksi voidaan todeta, että Jääskisen ja Rantasen selvityksessä säätiöyliopiston hallinnon ongelmana on se, millainen on sen itsetäydentävyyden aste. Ks. *Jääskinen – Rantanen* 2007 s. 88. Lausuma on sinänsä paikkansapitävä, ja on otettava huomioon se, että selvitysmiesten hahmottamassa mallissa säätiö olisi voinut olla vain yliopistoa ylläpitävä oikeussubjekti. On kuitenkin alleviivattava myös sitä, ettei säätiön hallinnossa tarvitse olla minkäänlaista itsetäydentävyyttä.

⁸³ Asia otettiin esiin jo ennen yliopistolakia koskevan hallituksen esityksen antamista. Niinpä siihen kiinnitti huomiota Helsingin yliopiston rehtori Thomas Wilhelmsson luvun vuoden 2008–2009 avajaispuheessa. Ks. myös esim. *Halila*, Kanava 2008 s. 648. Tähän tarttui myös perustuslakivaliokunta lausuaan: ”Valiokunta pitää erikoisena, että yksinomaan säätiölakiin turvautuen on edetty nykyiseen vaiheeseen ennen kuin säätiöyliopistolle on luotu perustuslain 123 §:ssä edellytetty lainsäädännöllinen pohja yliopistolakia uudistamalla ja ennen kuin perustuslakivaliokunnalla on ollut tilaisuus lausua käsityksensä uuden yliopistomallin perustuslainmukaisuudesta”. PeVL 11/2009 vp s. 9.

dellisten sääntöjen tulee olla lakiperusteisia. Päinvastoin syntyy se vaikutelma, että säätiön sääntöjen taso on katsottu riittäväksi.

Myös yliopistolakia valmistelleille näyttää jääneen sattumanvaraisen ratkaisun varaan se varsin periaatteellinen kysymys, mistä asioista on tässä tapauksessa säädettävä laissa ja mistä määrättävä säätiön säännöissä. Osa sellaisista rakenteista jätettiin säätiön sääntöjen varaan, joiden olisi tullut olla laissa. Sellainen on ennen muuta säätiöyliopiston hallituksen valinta. Hallituksen esityksestä saa sen vaikutelman, että yliopistolaissa ei tarvita asiasta säännöksiä, kun siitä on määrätty säätiön säännöissä.⁸⁴ Viittaus-säännökset siitä, miltä osin muita yliopistoja koskevat säännökset soveltuvat säätiöyliopistoihin, jäivät myös osaksi esimerkinomaisiksi. Riittävää analyysiä vaille jäi yleensäkin se, millaisia sisältövaatimuksia yliopistoautonomia asettaa (myös) säätiöyliopiston hallinnosta säätämiseksi (yliopisto) laissa. Lakiehdotuksessa sivuutettiin kaksi keskeistä asiaa: hallituksen valinnasta tulee säätää laissa, ja säännösten tulee taata yliopiston itsemääräämisoikeus.⁸⁵ Tämä oli ja on oikeudellisen doktriinin kivijalka.

Tilanne oli kokonaisuudessaan outo. Lakiehdotukseen tutustuva sai informaatiota siitä, että säätiöyliopistossa on hallitus, jonka valinnasta ja tehtävistä ei ole kuitenkaan laissa säännöksiä. Hierarkkisesti sen alapuolella olevasta ”monijäsenisestä toimielimestä” oli sen sijaan säännösehdotuksia sekä valinnan että tehtävien osalta. Lisäksi oli mainittu, että yliopistossa on rehtori ja muita toimielimiä, joista määrätään säätiön säännöissä. Autonomian kannalta tärkeimmän toimielimen valinta oli jätetty säätiön itsensä määrättäväksi. Perustuslaillisen testin kannalta tuli olemaan olennaista, oliko tässä asiassa todella mahdollista doktriinista poiketen luopua lailla säätämisen vaatimuksesta sekä sääntelyn sisällössä itsehallinnon periaatteesta.

4.4 Oliko perinteinen doktriini kyseenalaistettavissa?

4.4.1 Miten doktriinin riitauttamista aluksi perusteltiin?

Yliopistolakia koskevan hallituksen esitys ja Aalto-yliopiston säätiön säännöt tulivat arvioitavaksi eduskuntakäsittelyssä perustuslakivaliokunnassa. Asiantuntijakuulemisen myötä tuli esille seikkoja Aalto-yliopistoa perustettaessa omaksutun hallintomallin puolesta ja sitä vastaan. Tilanteenar-

⁸⁴ Ks. HE 7/2009 vp s. 32.

⁸⁵ Ks. PeVL 11/2009 vp s. 3.

vioinnissa on syytä paneutua paitsi valiokunnassa esiin tullessiin näkökoh-
tiin myös sellaisiin muihin mahdollisiin seikkoihin, joilla voidaan ajatella
olevan merkitystä oikeudellisessa päätelyssä.

Yliopistolakia koskevassa hallituksen esityksessä ei käsitelty asian mer-
kitykseen nähden kovin paljon säätiön hallituksen valintatapaa perustus-
lain kannalta. Siinä on kerrottu useiden lausunnonantajien todenneen, että
säätiöyliopistomalli on haasteellinen yliopiston itsehallinnon perinteisen
tulkinnan valossa.⁸⁶ Sanavalinta on kiintoisa. Lausunnonantajat olivat näet
pitäneet tätä mallia varsin yksimielisesti yhteen sovittamattomana PL
123 §:n kanssa. Tämä haluttiin häivyttää hallituksen esityksessä muotisa-
nan taakse.

Maininta perinteisestä tulkinnasta viittaa siihen, että tämä tulkinta olisi
ollut yliopistosäätiötä perustettaessa ja yliopistolakia säädettyä riitau-
tettavissa. Varsinaisia perusteluja ei kuitenkaan ole tämän näkemyksen
tueksi esitetty. Sen sijaan on viitattu tekijöihin, jotka uudessa sääntelytilan-
teessa voisivat antaa aiheen doktriinin tarkistamiseen: tutkinnoista ja ope-
tuksesta päätetään autonomisesti, Aalto-yliopisto jakautuu korkeakoulu-
ihin, jotka toimivat itsenäisesti, ja yliopistojen autonomia laajenee tuntu-
vasti, kun luovutaan tilivirastomallista. Nämä seikat vaativat osakseen lä-
hempää tarkastelua.

PL 123 §:n soveltamisalan osalta voidaan viitata myös syksyllä 2008
käytyyn keskusteluun. Yliopistolakia valmistelevat opetusministeriön vir-
kamiehet esittivät saadun tiedon mukaan paikalle kutsutuille valtiosääntö-
oikeutta hyvin tuntevalle neljälle professorille käsityksenään sen, että PL
123 § koskisi vain yliopistoja, ei korkeakouluja. PL 123 § ei näin koskisi
Aalto-yliopistoa, josta silloin käytettiin innovaatioyliopiston nimeä. Se
näet oli säätiön sääntöjen mukaan korkeakoulu. Ajatus on erikoinen. Rele-
vanttia on tietenkin se, onko kyseessä oppilaitos, jossa voidaan lain mu-
kaan harjoittaa yliopistolain mukaista toimintaa, ei sen nimike.⁸⁷ Toinen
asiassa kuulu näkemys on ollut se, että yliopistoautonomia koskisi vain

⁸⁶ Ks. HE 7/2009 vp s. 51.

⁸⁷ Pohjolainen viittasi vuonna 2008 kirjoittamassaan artikkelissa maanpuolustuskorkea-
koulumalliin. Sen mukaan korkeakoulua ei määritellä yliopistoksi mutta sille annetaan jul-
kinen tehtävä. Korkeakoululla olisi opetuksen ja tutkimuksen vapaus mutta ei itsehallintoa.
Pohjolanen osoittamalla tavalla tämä on maanpuolustuskorkeakoulussakin ongelma, koska
PL 16 ja 123 §:ä ei voida irrottaa toisistaan. Ks. *Pohjolainen* 2008 s. 139. Maanpuolustus-
korkeakoulun osalta voidaan keskustella siitä, liittyykö siihen erityispiirteitä, kun korkea-
koulu on kiinteä osa puolustusvoimia. Varsinaisten tiedekorkeakoulujen osalta perustuslain
vastaisuus olisi aivan ilmeinen. Tämä mallia ei koskaan tuotukaan virallisesti esiin säätiö-
yliopistoa varten.

vanhoja korkeakouluja eli Aalto-yliopisto jäisi sen soveltamisalan ulkopuolelle. Jos näin olisi, yksityisten henkilöiden perusoikeudetkin voitaisiin rajata tavallisella lailla koskemaan vai niitä, jotka ovat syntyneet ennen perustuslain säätämistä.

4.4.2 Vertailu muuhun itsehallintoon ja yliopistohallinnon tarkasteleminen kokonaisuutena

Itsehallinto eli autonomia on monitahoinen käsite. Hallinto-oikeudessa itsehallinnosta on rakentunut monikerroksinen doktriini, johon ei tässä ole mahdollisuuksia lähemmin paneutua. Matti Niemivuo on pitänyt oikeustietosanakirjan sana-artikkelissa itsehallinnolle ominaisena sitä, että itsehallintoyhdyskunnalla on oikeus lainsäädännön rajoissa hoitaa omien toimielintensä avulla sille kuuluvia tehtäviä.⁸⁸ Itsehallinnolla on tämänkin mukaisesti myös kiinteää sisältöä, joskin se on eri asiayhteyksissä myös kontekstisidonnainen.⁸⁹ Niinpä kunnallisen itsehallinnon ja Ahvenanmaan itsehallinnon sisältö poikkeaa esimerkiksi yhdistysten itsehallinnosta (autonomiasta) sekä yliopistoautonomiasta.

Yliopistojen autonomiaa sisältöä on jouduttu arvioimaan meilläkin eri aikoina eri tavoin ja eri näkökulmista.⁹⁰ Sillä on vahvat yleiseurooppalaiset juurensa.⁹¹ Sen oikeudellinen sisältö ei ole silti sama kaikissa niissä maissa, joissa yliopistojen itsehallinnolla on perustuslailliset takeet.⁹² Tämä ei ole sinänsä yllättävää tai hämmästyttävää oikeusjärjestysten ja -järjestelmien erilaisuuden vuoksi. Yliopistojen hallintomallit poikkeavat toisistaan eri maissa. Monissa maissa yliopistojen hallinto ei ole sellainen kuin sen on tullut olla meillä PL 123 §:n perusteella.

Kun yliopistoautonomiaa arvioidaan yleisellä tasolla, voidaan tehdä kiintoisia havaintoja. Yliopistojen autonomia oli 1970-luvulle asti professorien autonomiaa, ei koko yliopistoyhteisön autonomiaa.⁹³ Tähän voidaan todeta, että monissa maissa yliopistoautonomia on juuri oppiainevastuussa olevien professorien autonomiaa. Yliopistoautonomia ei ole kuitenkaan

⁸⁸ Ks. Niemivuo 1997 s. 253.

⁸⁹ Ks. esim. Modeen 1965 s. 147–148 ja oppihistoriallisesti kiintoisesti Holopainen 1969 s. 298–307.

⁹⁰ Ks. esim. Pohjolainen 2008 s. 129.

⁹¹ Ks. Tuori 2002 s. 307–316.

⁹² Ks. esim. Jääskinen 2009 s. 4.

⁹³ Ks. asian johdosta Miettinen 2001 s. 421 ja oppihistoriallisesti sitä, miten yliopiston autonomia on ollut alun alkaen tietyn korporaation autonomiaa, Tuori 2002 s. 307. Ks. myös tästä näkökulmasta PeVL 6/1969 vp s. 16.

koskaan tyhjentynyt professoreiden tai muiden yliopiston hallintotehtäviä suorittavien autonomiaan. Opiskelijoillakin on ollut osansa itsehallinnosta eli akateeminen vapaus, kuten oikeus melko vapaasti valita opiskeluaineet ja opiskelun aikataulu sekä vuosisatojen saatossa ilmennyt alma materin suoja verrattuna tiukkaan kimnaasiin.⁹⁴

Vertailuna voidaan todeta, että korkein oikeus on meillä yhä ymmärretty presidentistä ja oikeusneuvoksista muodostuvaksi kollegioksi. Edelleen on keskustelussa voitu todeta, ettei tilivirastoyliopistossa ole ollut todellista taloudellista autonomiaa ja että professorien nimitysvallan kuuluminen tasavallan presidentille on marginalisoinut autonomian. Yliopisto ei ole itse voinut valita niitä henkilöitä, jotka autonomiaa toteuttavat. Näinhän toki onkin ollut asian laita.

Yliopistoautonomiasta keskusteltaessa on voitu kiinnittää huomiota myös tulosohjausjärjestelmään. Tulosohjaus niin opetusministeriön ja yliopistojen välillä kuin yliopistojen sisälläkin vaikuttaa merkittävästi yliopistojen päätöksentekoon ja yliopistojen toimintaan.⁹⁵ Toisin kuin tätä ennen on toimintaa suunnattaessa otettava huomioon sen vaikutukset tulosohjaukseen perustuvaan varainhankintaan.⁹⁶ Kuten Tuori on todennut, tulosohjausjärjestelmä on sitä paitsi kaikilla tasoilla korostanut managerialistisen mallin mukaisesti yksilöjohtajien asemaa. Tämä kehitys on vielä kiihtynyt yliopistolakiuudistuksen myötä. Siksi on voitu perusoikeusdoktriinin hengessä kysyä, mikä on tulosohjausjärjestelmän suhde päätöksenteon kollegisuusvaatimukseen.⁹⁷

Yliopistouudistuksen keskeisiä periaatteita on ollut yliopistojen uusi johtamisjärjestelmä. Vanhoissa yliopistoissa tämä on tarkoittanut johtamisvallan keskittämistä rehtoreille ja dekaaneille, mutta Aalto-yliopistossa on menty vielä askel eteenpäin, kun valtaa on keskitetty yliopiston ulkopuolelta palkatuille ammattijohtajille kaikilla tasoilla. Tämä edustaa kollegiaa-

⁹⁴ Ks. esim. *Klinge et al.* 1987 s. 291 ss. ja 364–371 sekä *Tuori* 2002 s. 315. Vielä perusoikeus uudistuksen yhteydessä tuotiin esiin akateeminen vapaus opiskelijoiden kannalta. Ks. HE 309/1993 vp s. 64. Nykyisin akateeminen vapaus näyttää tulevan käsitellyksi osana yliopistoautonomiaa opettajien mutta ei opiskelijoiden näkökulmasta. ks. *Mäenpää* 2009 s. 62, 189 ja 195.

⁹⁵ Ks. asiaa itsehallinnon näkökulmasta esim. *Niemivuo* 1997 s. 260 ja *Mäenpää* 2009 s. 64.

⁹⁶ Ks. esim. *Miettinen – Muukkonen – Myrsky – Pohjolainen* 2009 s. 323, jossa todetaan, että yliopistojen taloudellisesta autonomiasta huolimatta valtion keskushallinnon ohjausvalta ei ole heikentynyt.

⁹⁷ Ks. *Tuori*, LM 2001 s. 1348. Ks. myös *Tuori* 1995 s. 158–159 ja *Miettinen* 2001 s. 425–426.

lisuuden negaatiota. Yliopistolain eduskuntakäsittelyssä tämä aspekti jäi kuitenkin vaille asianmukaista huomiota.^{97b}

Yliopistolain mukaan yliopistojen itsehallinnon voidaan sanoa paranevan monessa suhteessa. Yliopistoista on tullut oikeushenkilöitä, ja niillä on itsenäinen talous. Sisäinen norminantovalta on niin ikään lisääntynyt, kun yliopistolaki on monessa suhteessa aikaisempaa lievempi. Näitä seikkoja hyväksi käyttäen perustuslakivaliokunnassa kuultu HE:n valmistelija hallitusneuvos Eerikki Nurmi ja valtiosääntöoppinut, professori Ilkka Saraviita katsoivat, että hallituksen esitys täytti perustuslain vaatimukset. Saraviidan argumentointi perustui ainakin osaksi myös lakivaraumaa koskevaan päätelyyn. Vain itsehallinnon ydinalue kuuluisi perustuslailla suojattuun vyöhykkeeseen.⁹⁸ Tämän perusteella kumpikin katsoi, että laki on hyväksyttävissä (tältäkin osin) tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä.

4.4.3 ”Hallituspaikan ostaminen”

Yliopistolain valmistelussa toisena selvitysmiehenä toiminut Niilo Jääskinen ei pitänyt perustuslakivaliokunnalle antamassaan lausunnossa perustuslain mukaisena sitä, että valtioneuvostolle annetaan oikeus nimetä säätiöyliopiston hallituksen jäseniä, vaikka valtioneuvosto antaa yliopistolle pääoman. Perusteena hänellä oli se, että valtioneuvosto on keskeisesti valtionhallinnon orgaani, jota vastaan yliopistojen itsehallinto on taattu perustuslaissa.⁹⁹ Näin toki onkin asian laita. Jääskinen ei tämän myötä pitänyt valtioneuvostoa (oikeasti) yliopiston rahoittajana. Tämän ajattelun kanssa oli sopusoinnussa se, että Jääskisen mukaan itsehallinnon ongelma ei niinkään ollut elinkeinoelämän kahden jäsenen kohdalla, koska tätä edustusta voidaan pitää ”legitiiminä korvauksena ao. tahon yliopistolle antamasta panostuksesta”.¹⁰⁰

Jääskisen ajattelu on kiintoisa ja jopa jännittävä sekä oikeudellisesti että ideologisesti. Yliopistoautonomian suoja nimenomaan valtioneuvostoa ja opetusministeriötä kohtaan on perustunut siihen, että autonomian rajoittamisen uhka on tullut juuri opetusministeriöstä. Tulosohjauksen myötä tämä paine tai uhka ei ole heikentynyt. Siksi on ollut yhä todellisuusperustais-

^{97b} Ks. SiVM 5/2009 vp s. 6–7, jossa on ylistetty uutta johtamisjärjestelmää asettamatta siitä mitään kyseenalaiseksi.

⁹⁸ Ks. Nurmi 2009 s. 2 ja Saraviita 2009 s. 1–3.

⁹⁹ Ks. Jääskinen 2009 s. 12 sekä doktriinin osalta esim. Tuori 1999 s. 529 ja Jyränki 2000 s. 305.

¹⁰⁰ Ks. Jääskinen 2009 s. 12.

ta puhua autonomian suojasta valtioneuvostoa vastaan. Itsehallintoyhteisöjen suojahan on muutenkin korostuneesti suojaa sitä julkisen vallan organisaatiota kohtaan, jonka hallintoalalla yhteisö toimii.

Jääskinen ei ole rajannut kannanmäärittystään siihen, että (aidoilla) rahoittajilla voisi olla oikeus nimetä säätiöyliopiston seitsemästä hallituksen jäsenestä kaksi. Siksi hänen ajatteluaan voitaisiin kehittää siihen suuntaan, että rahoittajilla voisi olla oikeus nimetä kaikkikin hallituspaikat, jos rahoitusosuus olisi riittävän suuri. Aalto-yliopistossahan jakosuhte 2–5 perustui valtiovallan ja elinkeinoelämän rahoitussuhteeseen. Tämän mukaisesti voitaisiin julkisyhteisönäkin toimivissa yliopistoissa jakaa hallituspaikkoja sen mukaan, miten suuri osuus parhaillaan kerättävästä finanssipääomasta on tullut rahoittajilta. Aalto-yliopistossa on oikeudelliselta kannalta olen-naista se, että mikään yliopiston oma hallintoelin ei ollut tehnyt päätöstä hallintomallista, jossa valtio ja (muut) rahoittajat täyttävät hallituspaikat. Jääskisen hyväksymä malli ei siis perustunut siihen, että yliopisto olisi antanut omalla päätöksellään rahoittajille oikeuden valita hallitukseen jäseniä.

Epävirallisissa keskusteluissa vedottiin keväällä 2009 hallituksen esityksen puolesta myös siihen, että säätiössä on hallituksen jäsenten kannettava vastuuta säätiöstä ja toimittava sen etua valvoen riippumatta siitä tavasta, jolla he ovat hallitukseen tulleet. Näin onkin asian laita.¹⁰¹ Tästä on kuitenkin aiheutunut myös ongelmia erityisesti silloin, kun säätiöiden hallinnossa olevia kuntien virkamiehiä on pyritty ohjeistamaan toimimaan kuntien intressien mukaan. Valintaperusteesta riippumaton vastuu ei kuitenkaan ole tehokas argumentti itsehallintoa koskevassa oikeudellisessa keskustelussa. Jos toisin olisi, olisi mitä tahansa itsehallinto-organisaation valintatapaa pidettävä perustuslaissa turvatun itsehallinnon mukaisena.¹⁰²

4.4.4 Yliopiston sisäinen hallitus?

Opetusministeriön 14.4.2008 julkistamassa innovaatioyliopistosäätiön sääntöluonnoksessa ei ollut määrätty mitään yliopiston hallitusvaalin ehdokasasettelusta. Myöhemmin luonnosta kuitenkin täydennettiin. Aalto-yliopiston säätiön rekisteröidyissä säännöissä määrättiin, että valtioneu-

¹⁰¹ Ks. eri tilanteista esim. *Pykäläinen-Syrjänen* 2007 s. 156–171.

¹⁰² Asia tuli esiin myös sivistysvaliokunnassa. Ks. SiVM 5/2009 vp s. 7. Valiokuntamietinnössä ei kuitenkaan esitetty, että vastuu voisi vaikuttaa yliopistoautonomian. Jos niin halutaan sanoa, voidaan arvella, että kyseessä oli jonkinlainen viikunanlehti omaksutulle hallituksen valintatapaa koskevalle ratkaisulle.

vosto nimeää hallituksen jäsenistä kaksi säätiön akateemisen asiain komiteaa ja ylioppilaskuntaa kulttuunaan. Tämän myötä organisaatioon oli tulossa uusi toimielin, akateemisten asioiden komitea.

On mahdollista, että esitetty muutos oli sisällytetty säätiön sääntöihin pehmentämään hallituksen valintatapaan kohdistunutta kritiikkiä. Kuulemismenettely soveltuu sinänsä hyvin säätiöympäristöön. Oli ehkä ajateltavissa, että sen myötä opetusministeriö tosiasiallisesti nimeää vain vähemmistön säätiön hallituksesta. Vaikka näin olisikin ollut, oikeudelliselta kannalta asialla ei ollut merkitystä. Säätiön sääntöjen mukaan yliopisto ei itse valinnut hallitustaan.

Akateemisten asiain komiteaan tuli säätiön sääntöjen mukaan korkeakoulun johdon, professorikunnan, muun henkilökunnan ja opiskelijoiden edustajia. Sille ei kuitenkaan tullut kuulua varsinaista päätösvaltaa julkisen tehtävän piirissä. Lähinnä sen piti tehdä esityksiä ja antaa lausuntoja hallitukselle. Toimielimen nimivalinta oli sinänsä erikoinen: komiteahan on vakiintunut tarkoittamaan valtioneuvoston asettamaa valmisteluryhmää.¹⁰³

Mahdollista on myös se, että Aalto-yliopiston komitea oli tarkoitettu yliopiston sisäiseksi hallitukseksi. Yliopistolakia koskevan esitysehdotuksen mukaan sen oli määrä olla rehtorin asettama; siksi sen toiminnan myötä ajateltiin ehkä turvattavan myös yliopiston autonomiaa. Yliopiston strategisista päätöksistä voisikin vastata ulkopuolisten asettama hallitus, jos katsottaisiin, että vain tutkimukseen ja opetukseen liittyvät sisäiset kysymykset kuuluvat yliopiston itsehallinnon piiriin. Näin ei kuitenkaan ole perinteisen autonomiakäsityksen mukaan asian laita.

Oma kysymyksensä on, olisiko tieteellisten asioiden komiteaa voitu kutsua Aalto-yliopiston sisäiseksi hallitukseksi siinä muodossa kuin säätiötä perustettaessa ja yliopistolakia koskevaa esitysehdotusta annettaessa kaavailtiin. Tähän voidaan ensiksikin todeta, että doktriinissa ei ollut ope-roitu aikaisemmin ulkoisella ja sisäisellä hallituksella, koska tällaista hallintomallia ei ollut Suomen yliopistoissa aikaisemmin käytössä. Itse asian puolesta voidaan tässä siteerata selvitysmiesten Jääskinen ja Rantanen käsitystä yliopiston johtamisen sisällöstä. He näet kirjoittavat:

”Myös yliopiston yleiseen johtamiseen luettava päätöksenteko vaikuttaa merkittäväällä tavalla tieteen vapauden toteutumiseen yliopistoissa yliopiston strategista kehittämistä, taloutta ja tulossopimuksia koskevina päätöksineen”.¹⁰⁴

¹⁰³ Ks. lähemmin *Tuori* 1983 s. 143 ss.

¹⁰⁴ Ks. *Jääskinen – Rantanen* 2007 s. 105.

Lausuman voidaan sanoa kytkeytyvän sekä PL 16.3 §:ään (tieteen ja ylimmän opetuksen vapaus) että PL 123 §:ään (yliopistoautonomia). Aalto-yliopiston osalta kyse oli myös siitä, miten valitaan laajoilla valtuuksilla varustettu rehtori.

Lakiehdotukseen lisättiin hallituksen esityksen mukaan ehdotuksesta annettujen lausuntojen johdosta hallintoelin, josta käytetään nimeä monijäseninen hallintoelin. Se tuli valita kokonaan yliopiston sisältä siten, että henkilöstöryhmät nimeäisivät siihen jäsenet. Tähän ei olekaan huomauttamista perustuslain ja autonomian kannalta. Toimielimen päätösvaltaan määrättiin asiat, joista päätetään nykyisin monitieteellisissä yliopistoissa tiedekunnissa: opetussuunnitelmat, tutkintovaatimukset, opiskelijoiden valintaperusteet, opetukseen ja tutkimukseen liittyvät muut yleiset säännöt sekä tietyt oikaisulautakuntien valinnat.¹⁰⁵ Tässä muodossa lakiehdotus myös hyväksyttiin eduskunnassa.

Yliopistolain 23 §:ssä on mainittu säätiöyliopiston toimielimet. Ne ovat hallitus, rehtori ja yliopiston yhteinen monijäseninen toimielin. Aalto-yliopiston säätiön säännöissä on puolestaan mainittu toimielimenä akateemisten asioiden komitea. Sitä ei ole mainittu yliopistolaisissa. Yliopistolaikiin ja säätiöyliopiston sääntöihin tutustuva saa siksi sellaisen vaikutelman, että Aalto-yliopistossa on toimielin, jota ei tunneta laissa. Onko näin asian laita, ei ilmene liioin hallituksen esityksestä. Siinäkin ei puhuta mitään akateemisten asioiden komiteasta.^{105b}

Vasta selvitettyä lähemmin Aalto-yliopiston hallinnon rakentumista yliopistolain hyväksymisen jälkeen ilmenee, että Aalto-yliopiston säätiön säännöissä mainittu akateemisten asioiden komitea onkin yliopistolaissa tarkoitettu yliopiston yhteinen monijäseninen toimielin. Tämän mukaisesti Aalto-yliopiston akateemisten asioiden komitea ei olekaan sellainen muu toimielin, josta tulisi määrätä säätiön säännöissä.

Monijäsenisen hallintoelimen avulla on nimenomaisesti julki lausutulla tavalla pyritty takaamaan sitä, että hallintomalli täyttäisi PL 123 §:n vaatimukset. Voikin vaikuttaa siltä, että tämä toimielin olisi sellainen säätiön sisäinen hallitus, joka takaisi sen, että yliopiston itsensä valitsema toimielin päättää autonomian kannalta keskeisistä opetusta ja tutkimusta koskevista asioista. Tästä ei kuitenkaan ole kysymys. Kuten hallituksen esityksessäkin on lausuttu, toimielin päättäisi asioista, jotka tavallisesti kuuluvat

¹⁰⁵ Ks. lakiehdotuksen 23 §:ää ja sen johdosta HE 7/2007 vp s. 32 ja 61–62.

^{105b} Ks. asian johdosta *Mäenpää* 2009b s. 401. Hallituksen esityksen perusteella sai sen vaikutelman, että säätiön säännöissä voidaan perustaa uusia toimielimiä.

tiedekuntatasolle.¹⁰⁶ Siksikin on luultavaa, että myös Aalto-yliopistossa päätösvalta delegoitaisiin toimintayksiköihin lainkohdan mahdollistamalla tavalla.

Hallituksen esityksen ajattelutavan mukaan PL 123 §:n kannalta olisi riittävää, kun tiedekuntatason asioista voitaisiin päättää joko tiedekunnissa tai yliopiston keskustasolla. Yliopistotason asiat sen sijaan jäisivät ulkopuolelta valitun hallituksen päätösvaltaan. Tämän ajattelun mukaan voitaisiin yliopistolaisissa säätää siitä, että valtioneuvosto nimeää julkisoikeudellisina laitoksina toimivien yliopistojen hallitukset, kunhan tiedekunnat voisivat päättää tutkintovaatimuksista ja opetuksesta. Siksi esitetyt perustelut eivät ole vakuuttavia PL 123 §:n kannalta, kun otetaan vielä huomioon, että myös taloushallinto kuuluu yliopistojen itsehallinnon piiriin.

4.5 Säätiö yliopistona ja oikeussubjektina sekä autonomia toimintayksiköissä

Aalto-korkeakoulusäätiö on itsessään yliopisto eikä vain yliopistoa ylläpitävä organisaatio. Hallituksen esityksessä on mainittu, että varsinainen yliopistolain mukainen tieteellinen, taiteellinen ja opetuksellinen toiminta tapahtuisi säätiön sisällä korkeakouluissa.¹⁰⁷ Jos säätiö olisi vain ylläpitäjäorganisaatio, voitaisiin pohtia, olisiko PL 123 §:n mukaista, että korkeakoulutasolla päätettäisiin kaikki julkiseen tehtävään kuuluvat asiat, vaikka itse säätiön hallitus valittaisiinkin ulkopuolelta, niin kuin hallituksen esityksen mukaan tuli tapahtua.¹⁰⁸ Näin ei ole kuitenkaan tehty, koska Aalto-yliopistossa on nimenomaan tavoiteltu sitä, että suuntaviivat asetetaan hallituksessa.

Aalto-korkeakoulusäätiön sääntöjen 3 §:n mukaan Aalto-yliopiston pääyksiköjä ovat korkeakoulut, jotka vastaavat akateemiseen toimintaansa liittyvistä asioista säätiön hallituksen hyväksymän strategian ja toimintalinjauksen puitteissa itsenäisesti. Yliopisto jakautuu näin ainakin perustamisvaiheessa kolmeen korkeakouluun. Olisiko siksi ajateltavissa, että riittäisi, kun autonomia vallitsee kunkin pääyksikön sisällä? Olisiko myös mahdollista, että autonomia ei perinteisessä muodossaan muutenkaan kos-

¹⁰⁶ Ks. HE 7/2009 vp s. 61–62.

¹⁰⁷ Ks. HE 7/2009 vp s. 32.

¹⁰⁸ Vertailun vuoksi voidaan todeta, että Jääskinen ja Rantanen tarkastelivat mietinnössään eri vaihtoehtoja. He näyttävät päätyneen siihen, että säätiö ylläpitäisi yliopistoa. Ks. *Jääskinen – Rantanen 2007* s. 85–88.

kisi säätiömuotoista yliopistoa, yksityisoikeudellista oikeussubjektia, joka voisi kenties luopua itsensä määräämisoikeudestaan?

Esitetylle ajatuksenkululle ei ole oikeudellista pohjaa. Säätiön hallitus vahvistaa strategian ja valitsee laajoilla valtuuksilla varustetun rehtorin koko yliopistoa varten. Autonomiasta luopuminen, mikäli sellaisesta ajattelastaan olevan kysymys, on tapahtunut säätiötä perustettaessa, ei säätiön toimielinten omin toimin. Vanhat korkeakoulut eli Teknillinen korkeakoulu, Helsingin kauppakorkeakoulu ja Taideteollinen korkeakoulu eivät liioin ole itse päättäneet yhdistyä ja rakentaa toimielintensä päätöksillä itselleen hallintomallia, jossa ulkopuoliset valitsevat hallituksen jäsenet.

Aalto-yliopistoon liitettävien korkeakoulujen rehtorit olivat säätiön säädekirjan todistajia. Tämän mukaisesti korkeakoulujen edustajilla oli säätiötä perustettaessa seremoniallinen mutta vain seremoniallinen rooli. Enempää heillä ei olisi voinut ollakaan. Siksi mistään sellaisesta itsensä määräämisoikeudesta luopumisesta ei ole kysymys, jolla olisi sijaa perusoikeusdoktriinissa.¹⁰⁹

4.6 Perustuslakivaliokunnan linjaukset

4.6.1 Ensimmäinen käsittelyvaihe valiokunnassa (PeVL 11/2009 vp)

Perustuslakivaliokunta oli vaativan tehtävän edessä ryhtyessään antamaan lausuntoa sivistysvaliokunnalle yliopistolakia koskevasta hallituksen esityksestä. Paineet hallituksen esityksen hyväksymisestä sellaisenaan olivat kovat. Opetusministeriön virkamiehet pitivät kiinni esityksestä, ja säätiöyliopiston rahoittajien edusmiehenä esiintynyt Teknologiateollisuus ry välitti viestinään sen, että Aalto-yliopiston rahoitus vaarantuu, jos hallintomalliin kajotaan. Jopa koko yliopistouudistuksen arveltiin joutua vaakalaudalle.

Toiselta puolen oli ilmaan heitetty myös kysymys siitä, tuleeko yliopistolaista toinen Lex Nokia. Sähköisen viestinnän tietosuojasta annettua lakia säädettyäessä oli käytetty kielikuvaa ”Nokia selätti Suomen perustuslain”¹¹⁰. Arvioimatta lähemmin sähköisestä viestinnästä annettua lakia voidaan todeta, että yliopistolain osalta tilanne oli kärjistyneempi. Hallituksen

¹⁰⁹ Ks. doktriinista *Hidén*, Oikeustiede–Jurisprudentia 1971 s. 61–68.

¹¹⁰ Kielikuvaa käytti perustuslakivaliokunnassa asiantuntijana kuultu professori Tuomas Ojanen Helsingin Sanomissa 20.11.2008. Tässä yhteydessä voidaan viitata positiivisessa mielessä Saraviidan arviointeihin siinä, miten perustuslakivaliokunnan toiminta on alkanut herättää median huomiota. Ks. *Saraviita* 2009 s. 435–446. Se jäi julkisessa keskustelussa sivummalle, että lehdistö oli tässä asiassa liikkeellä omassa asiassaan.

esityksen perustuslain vastaisuutta pidettiin ilmeisempänä, eikä uhka rahojen vetämisestä takaisin ollut erityisen verhottu.

Valiokunnassa kuullusta 13 henkilöstä kaksi (Eerikki Nurmi ja Ilkka Saraviita) piti lausunnossaan hallituksen esitystä perustuslain mukaisena säätiöyliopiston osalta. Toista mieltä olivat lausunnoissaan Niklas Bruun, Heikki Halila, Mikael Hidén, Niilo Jääskinen, Jukka Kekkonen, Tuula Majuri, Olli Mäenpää, Kaarlo Tuori, Veli-Pekka Viljanen ja Thomas Wilhelmsson. Yksi asiantuntija (Tarmo Miettinen) ei käsitellyt muistiossaan säätiöyliopistokysymystä.

Asiantuntijakuulemisen saldo ei ole eikä sen ainakaan tulisi olla aritmeittikkaa. Olennaista on se, miten kantoja on valiokunnassa perusteltu. Kaikki valiokunnassa kuullut eivät olleet valtiosääntöoppineita, mikä näkyy erityisesti siinä, miten vahvasti argumentointi on eri lausunnoissa kytketty valiokunnan aikaisempaan ratkaisukäytäntöön.

Asiantuntijoiden enemmistön keskinäisessä argumentoinnissa ei ollut merkittäviä eroavuuksia. Lähinnä oli kysymys siitä, kuinka seikkaperäisesti tähän asiaan oli paneuduttu. Tutkijasiipeen kuuluvien käsitykset pohjautuivat olennaisella tavalla tulkintatraditioon ja valiokunnan aikaisempaan käytäntöön. Poikkeuksena oli Niilo Jääskisen edellä tarkasteltu argumentointi.

Perustuslakivaliokunnan pöydässä oli ennen lausunnon antamista valiokuntakäsittelyyn tuotuja uusia vaihtoehtoja. Niinpä OPM:n virkamiehet esittivät sellaista mallia, jossa valtioneuvosto valitsisi opetusministeriön esittelystä säätiöyliopiston seitsemästä hallituksen jäsenestä viisi säätiöyliopiston hallintoelimen (säätiöyliopiston yhteinen monijäseninen hallintoelin) asettamista ehdokkaista. Säätiön rahoittajat olisivat tämän mukaan valinneet kaksi hallituksen jäsentä. Tähän ei perustuslakivaliokunta tarttunut. Ehdotus ei ollut yliopiston itsehallintoa kunnioittava, kun kaikki jäsenet olisi valittu yliopiston ulkopuolelta, joskin relevanttia olisi ollut se, millainen ehdokasasettelu olisi tullut kysymykseen. Valiokunnassa oli jo kuultu asiantuntijoita, kun virkamiehet oman mallinsa esittivät. Näin voidaan havaita, miten vähän opetusministeriössä oltiin valmiita tinkimään hallituksen esityksestä. Ajatuksena ilmeisesti oli, että perustuslakia koskeva kritiikki voitiin sivuuttaa kosmeettisilla muutoksilla.

Perustuslakivaliokunta antoi lausuntonsa 13.5.2010. Se ylitti uutiskynnyksen ja sai osakseen runsaasti huomiota. Valiokunnan lausuntoa pidettiin yleisesti hyvänä myös yliopistopiireissä.¹¹¹ Tähän näyttää vaikuttaneen

¹¹¹ Esimerkkinä voidaan mainita, että Helsingin yliopiston rehtori Thomas Wilhelmsson esitti myönteisen kantansa heti lausunnon julkaisemisen jälkeen yliopiston verkkosivuilla.

useita syitä. Kriitikot olivat pelänneet valiokunnan tyytyvän siunaavan hallituksen esityksen ja puuttuvan vain joihinkin yksityiskohtiin. Yliopistojen johdossa oli taas pitkälti sitouduttu yliopistouudistukseen. Siksi pidettiin hyvänä sitä, että uudistus oli menossa eteenpäin tavalla, jossa suurimmat muutokset koskivat pelkästään säätiöyliopistoja.

Erityisen hyvänä pidettiin valiokunnan kannanmäärittämiä säätiöyliopistoasiassa. Valiokunta olikin paneutunut tosissaan tähän kysymykseen, ja se otti vakavasti asiantuntijoiden esittämät käsitykset. Valiokunta asettui säätiöyliopiston peruskysymyksissä kuulemiensa asiantuntijoiden enemmistön kannalle. Lausunnossa pohdittiin verrattain paljon sitä, miten vanha doktriini vaikuttaa muuttuneessa tilanteessa ja miten eri yliopistotyyppien sääntely voi erota toisistaan. Toki vielä perusteellisempi arviointi olisi ollut tässäkin asiassa paikallaan.

Perustuslakivaliokunnan lausuntoa ei ole toistaiseksi käsitelty kovin paljon oikeuskirjallisuudessa.^{111b} Paneuduttaessa lausunnon yksityiskohtiin saatetaan havaita, että kaikkiin asiantuntijoiden esittämiin näkökohtiin ei ollut lausunnossa kiinnitetty huomiota. Tämä koskee muun muassa siirtymistä uuteen palvelussuhteeseen. Myös säätiöyliopistoasiassa voidaan lausuntoon kohdistaa arvostelua, joskin vähäisemmässä määrin kuin moneen muuhun kohtaan. Tässä yhteydessä ei ole aiheellista eikä mahdollistakaan paneutua laajemmin valiokunnan lausuntoon.

Valiokuntalausunnon lähtökohtana oli yliopistohallinnon osalta yliopistoautonomian käsittealan analysointi. Lausunnossa todettiin, että yliopistoautonomiaan kuuluu opetuksen ja tutkimuksen vapauden lisäksi taloudellinen ja hallinnollinen autonomia, johon luetaan muun muassa oikeus sisäiseen normintaan.¹¹² Tämä tuli valiokunnan mielestä kirjata myös yliopistolakiin, niin kuin sitten tapahtuikin. Näin katkaistiin kärki siltä ajatukselta, että yliopistostrategiasta päättäminen ei kuulu perustuslailla suojattuun autonomiaan tai että riittää, kun yliopistoissa vallitsee ”kampusautonomia”. Myös se näkemys tuli samalla torjutuksi, että yliopistoautonomian sisältöä voitaisiin arvioida kokonaisuutena ja ”tosiasiallisen sisältönsä” kautta. Perustuslakivaliokunnan lausuntoa voidaan näet tulkita niin, että yliopistoautonomiaan kuuluu eri ulottuvuuksia ja että yliopistolakia arvioi-

Aalto-yliopiston ja sen rahoittajien suunnasta ei kuulunut kommentteja julkisuuteen. Tämä ei tietävästi ollut sattuma. Tutkijoiden kommentteja ei liioin näkynyt julkisuudessa.

^{111b} Ks. kuitenkin *Mäenpää* 2009b s. 398–404, erityisesti s. 403, jossa valiokunnan linjauksen katsotaan sitoutuvan hyvin johdonmukaisesti vakiintuneeseen tulkintalinjaan.

¹¹² Ks. PeVL 11/2009 vp s. 2. Ks. myös *Mäenpää* 2009b s. 399, jossa korostetaan näiden ulottuvuuksien muodostamaa autonomian kokonaisuutta, joka viime kädessä turvaa tutkimuksen ja opetuksen vapauden.

taessa on jokaisen kohdalta erikseen arvioitava, onko autonomian sisältöä loukattu.^{112b}

Edelleen valiokunta vahvisti vanhan kannanmäärityksensä siitä, että lailla säätämisen vaatimus koskee myös yliopiston sisäistä hallintoa. Valiokunta oli varsin kriittinen siinä, miten väljästi ja esimerkin omaisesti sääntely oli tarkoitettu toteutettavaksi. Nimenomainen kannanmääritys oli siitä, että lailla säätämisen vaatimus koskee yliopiston hallituksen ja rehtorin tehtäviä (ja valintaa).¹¹³

Myös se seikka tuli selkeästi todetuksi, että yliopistoautonomia koskee kaikkia niitä oppilaitoksia, joissa voidaan suorittaa yliopistotutkintoja ja joita siis yliopistolaki koskee.¹¹⁴ Näin tuli torjutuksi monta argumenttia: perustuslaki koskisi vain yliopistoja mutta ei korkeakouluja, se koskisi vain vanhoja yksiköitä eikä lainkaan yksityistä yliopistoa/korkeakoulua, jonka hallinnosta voitaisiin määrätä säädekirjassa.

Vuoden 1997 yliopistolaissa oli säädetty siitä, että yliopiston hallituksessa voi olla yhteisön ulkopuolinen henkilö, jos yliopisto itse tämän valitsee. Uutta yliopistolakia koskevaa hallituksen esitystä arvioidessaan perustuslakivaliokunta joutui ottamaan kantaa pidemmälle yliopiston itsemääräämisoikeuden rajoittamiseen. Julkisoikeudellisten yliopistojen osalta valiokunta totesi, että hallituksen valinta kuuluu kokonaisuudessaan yliopistolle itselleen. Selkeä linjaus tuli myös siihen, että julkisoikeudellisissa yliopistoissa voi olla ulkopuolisilla enemmistö vain, jos yliopisto itse niin päättää. Tämä linjaus ei voinut olla kokonaan irrallaan siitä, miten laissa voidaan säätää säätiöyliopistojen hallinnosta.¹¹⁵

Enemmistöaseman määritys ei ollut perustuslakivaliokunnan lausunnossa itsestäänselvyys. Vertailun vuoksi voidaan näet todeta, että Helsingin yliopiston johto puolusti yliopiston sisällä voimakkaastikin hallituksen esityksen linjausta, kun se oli yliopiston sisäisen kritiikin kohteena yliopistolain eduskuntakäsittelyn aikana. Se tuki siis hallituksen esityksen kohtaa, joka todettiin valiokuntalausunnossa perustuslainvastaiseksi.

Perustuslakivaliokunta ei joutunut ottamaan kantaa tai voinut ottaa kantaa siihen, olisiko kokonaan ulkoistettu hallitus julkisoikeudellisissa yliopistoissa perustuslain mukainen, jos yliopistolaisissa annettaisiin sellaises-

^{112b} Vertailun vuoksi voidaan todeta, että Mäenpään tuoreen artikkelin punaisena lankana on se, mitä yliopiston modernisaatio merkitsee yliopiston hallinnolle ja autonomialle. Hän ei kuitenkaan näe tämän antavan aihetta vakiintuneen doktriinin murtamiseen. Ks. *Mäenpää* 2009b s. 403–404.

¹¹³ Ks. PeVL 11/2009 vp s. 2.

¹¹⁴ Ks. PeVL 11/2009 vp s. 3.

¹¹⁵ Ks. PeVL 11/2009 vp s. 2.

ta päättäminen yliopiston omalle hallintoelimelle (kollegiolle).¹¹⁶ Tällaista ei näet ehdotettu hallituksen esityksessä. Kysymys olisi ollut siitä, voiko itsemääräämisoikeudesta luopua näinkin radikaalisti omalla päätöksellä. Lopputuloksena oli se, että julkisoikeudellisena laitoksena toimivan yliopiston hallituksessa on oltava laissa osoitetuissa rajoissa jäseniä sekä yliopiston sisältä että ulkopuolelta.

Perustuslakivaliokunta perusteli julkisoikeudellisena laitoksena toimivan yliopiston oikeutta antaa omin päätöksin enemmistö hallituspaikoista ulkopuolisille sillä, että hallituksen esityksessä on pyrkimyksenä antaa yliopistoille lisää taloudellista autonomiaa.¹¹⁷ Siksi järjestelylle ei nähty perustuslaillista estettä. Lausuma herättää joukon kysymyksiä. Antaako lisääntyvä taloudellinen autonomia mahdollisuuden lisätä ulkopuolelta saatavaa taloudellista asiantuntemusta yliopiston hallituksessa vai mitä lausuma tarkoittaa? Ajatuksena on saattanut olla sekin, että kun autonomia muuten lisääntyy, siitä on oikeus osaksi luopua omalla päätöksellä. Lähtökohtana tulee kuitenkin olla se, että autonomian on toteuduttava jokaisen momenttinsa osalta erikseen.

Säätiöyliopiston hallintomallin pohdiskelu perustuu perustuslakivaliokunnan lausunnossa osaltaan siihen, mitä autonomiasta on yleisesti ja julkisoikeudellisena laitoksina toimivien yliopistojen osalta erikseen lausuttu. Autonomian todettiin koskevan myös säätiöyliopistoa. Sinänsä olisi ollut ajateltavissa, että eroa ei olisi tehty yliopiston hallituksen valinnassa säätiöyliopistojen ja julkisoikeudellisina laitoksina toimivien yliopistojen välillä. Tämä olisi ollutkin selkeintä. Selvyden vuoksi on todettava, ettei säätiön perustajilla tai muilla rahoittajilla tarvitse olla osuutta säätiön hallinnossa – ei yliopistosäätiössä eikä missään muussakaan säätiössä.

Jos Aalto-korkeakoulusäätiötä ei olisi perustettu eikä hanketta sen perustamiseksi olisi edes ollut vireillä ennen yliopistolakia koskevan hallituksen esityksen antamista, olisi hyvinkin voinut käydä niin, että säätiöyliopiston hallituksen valinnasta olisi tehty samanlainen lainsäädäntöratkaisu kuin julkisoikeudellisina laitoksina toimivista yliopistoista. Laissa olisi osoitettu yliopiston sisäisen ja ulkoisen hallitusedustuksen rajat, ja yliopiston sisällä olisi tullut tehdä päätös siitä, kummalle ryhmälle tulee enemmistö. Säätiön säännöt olisi tullut kirjoittaa tämän mukaisesti.

Synkronointiongelmia olisi tosin tullut siitä, että yliopiston olisi tullut ensin päättää, kummalle ryhmälle enemmistö annetaan, kun säätiössä on

¹¹⁶ Ks. kysymyksenasettelusta *Tuori*, LM 2001 s. 1346.

¹¹⁷ Ks. PeVL 11/2009 vp s. 2.

määrättävä hallituksen valinnasta säännöissä jo säätiön eli yliopiston perustamisvaiheessa. Siksi olisi laissa voitu säätää siitä, että säätiö tulee perustaa niin, että enemmistö hallitukseen valitaan yliopiston sisältä. Jos yliopiston sisällä olisi tehty toisenlainen ratkaisu, se olisi tullut sittemmin kirjata säätiön sääntöihin.

Perustuslakivaliokunta joutui ottamaan huomioon realiteettina sen, että Aalto-korkeakoulusäätiö ja TTY-säätiö oli jo perustettu. Paineet olivat kovat siinä, ettei hallintomallia enää muuteta ainakaan olennaisella tavalla. Yhtään uutta julkisoikeudelliseksi laitokseksi tarkoitettua yliopistoa ei sen sijaan ollut perustettu tai oltu perustamassa. Perustuslakivaliokunta esitti kannanmäärityksenään sen, että säätiön säädökirjan allekirjoittaneille ta-
hoille voidaan turvata tietty vähemmistöosuus säätiön hallituksessa. Valiokunnan kannanmääritys merkitsi tinkimistä vanhoista linjauksista, tosin uuteen tilanteeseen sovellettuna. Sen perusteella rahalla saattoi saada mahdollisuuden päästä säätiöyliopiston hallitukseen. Jääskisen esittämästä legitimoimista rahoittajien säätiön sääntöihin perustuvasta hallitusedustuksesta ei kuitenkaan ollut tässä kysymys.

Valiokunnan mukaan myös säätiöyliopiston hallituksen valinnasta tulee säätää lailla. Valiokunta täsmensi lausumaansa toteamuksella, että lailla tuli säätää valinnan perusasioista. Kun kannanmääritystä vertaa valiokunnan toteamukseen julkisoikeudellisina laitoksina toimivien yliopistojen hallitusvalinnan sääntelystä, jää kysymään, miksi lailla tulee säätää vain perusasioista. Säätiömuodon ei tulisi tätä aiheuttaa. Toiselta puolen valiokunta esitti varsin ankaraakin kritiikkiä siitä, miten puutteellisesti lailla säätämisen vaatimus oli toteutunut säätiöyliopiston hallinnon osalta esimerkinomaisin viittauksin julkisoikeudellisina laitoksina toimivien yliopistojen sääntelyyn.¹¹⁸

Valiokunta katsoi edelleen, että myös yliopistoyhteisöön kuuluvien tuli olla vaalikelpoisia hallitukseen ja että ulkopuolisille tuli voida varata vähemmistö hallituspaikoista, esimerkiksi kaksi seitsemästä. Näidenkin osalta yliopistolla itsellään tuli olla aito vaikuttamisen mahdollisuus.¹¹⁹ Tämä perustuslain kannalta oikeaan osunut kannanmääritys merkitsi samalla sitä, että hallituspaikkoja ei voisi saada suoraan rahalla. Rahoittajien ei tulisi voida nimetä hallitukseen jäseniä. Vertailukohtana voidaan esittää se, että julkisoikeudellisena laitoksena toimivan yliopiston finanssipäähöön sijoittaminen ei voi yliopistolain mukaan tuoda oikeutta hallituspaikkaan.

¹¹⁸ Ks. PeVL 11/2009 vp s. 3.

¹¹⁹ Ks. PeVL 11/2009 vp s. 3.

Yliopistolakia ei ole kirjoitettu siihen muotoon, että yliopisto itse voisi rajoittaa autonomiaansa määräämällä ohjesäännössään rahoittajilleen oikeuden esittää ehdokkaita hallitusvaalia varten.

4.6.2 Toinen käsittelyvaihe valiokunnassa (PeVL 18/2009 vp) ja sivistysvaliokunnan mietintö (SiVM 5/2009 vp)

Perustuslakivaliokunnan 13.5.2010 antama lausunto hallituksen esityksestä yliopistolaiksi oli säätiöyliopiston hallinnon osalta sillä tavoin selkeä, että esitetty malli ei ollut perustuslain mukainen. Muissa kuin säätiöyliopiston hallintoa koskevissa asioissa perustuslakivaliokunta saattoi lausunnoissaan tehdä lakiesitykseen muutosehdotukset, joilla ristiriitaisuudet perustuslain kanssa voitiin poistaa. Säätiöyliopiston hallinnon osalta tätä ei valiokunnan lausunnossa tehty. Tarkoituksena oli, että sivistysvaliokunta muotoilisi itsenäisesti lakitekstin uudelleen. Sinänsä olisikin ollut mahdollista toteuttaa eri tavoin perustuslakivaliokunnan viesti siitä, miten säätiöyliopiston hallinto voitaisiin järjestää.

Sivistysvaliokunta päätyi kuitenkin pyytämään perustuslakivaliokunnalta uutta lausuntoa siitä, miten säätiöyliopiston hallinto olisi järjestettävissä perustuslakia kunnioittaen. Tätä varten perustuslakivaliokunta järjesti tiukassa aikataulussa uuden asiantuntijakuulemisen.¹²⁰ Se olikin sillä tavoin perusteltua, että ensimmäisellä kierroksella asiantuntijat olivat esittäneet käsityksensä siitä, oliko hallituksen esitys (täältä osin) perustuslain mukainen. Asiantuntijoiden olisi myös ollut helppo vastata siihen kysymykseen, mikä olisi ollut perustuslain mukaista. Yleisesti ottaen se olisi ollut samanlainen hallituksen valintatapa, jota perustuslakivaliokunta esitti julkisoikeudellisina laitoksina toimiviin yliopistoihin. Kun oli ilmeistä, ettei sivistysvaliokunta opetusministeriöstä tulevan paineen vuoksi tätä esittäisi, oli vaikea vastata siihen, mikä muu vaihtoehto täyttäisi (riittävästi) perustuslain vaatimukset.

Sinänsä harvinainen asiantuntijoiden lisäkuuleminen oli sillä tavoin perusteltua, että helposti jää spekulointia varaan se, mikä olisi asiantuntijan kanta hänen lausuntonsa perusteella sellaiseen asiaan, jota hän ei ole lausunnossa lainkaan käsitellyt. Asiantuntija lausuu lähinnä käsityksensä hallituksen esityksen perustuslainmukaisuudesta, ei vasta jälkikäteen esitettä-

¹²⁰ Valiokunnassa olivat kuultavana professori Mikael Hidén ja allekirjoittanut. Kirjallisen lausunnon antoivat lisäksi professorit Kaarlo Tuori ja Veli-Pekka Viljanen. Kuulemistilanne ei ollut paras mahdollinen, kun valmistautumisaikaa oli hyvin vähän ja kun kutsuttavista vain kahdella oli tilaisuus tulla valiokuntaan saapuville.

vistä vaihtoehtoisista ratkaisuista. Tässäkin tapauksessa oli asiaa seuranneiden piiriin kantautunut käsityksiä tiettyjen asiantuntijoiden valiokunnassa lausumista käsityksistä, jotka eivät olleet paikkansapitäviä.

Perustuslakivaliokunnassa oli uudessa käsittelyssä arvioitavana opetusministeriössä valmistunut muotoilu säätiöyliopiston toimielimiä koskevaksi lakiehdotuksen 23 §:ksi. Sen hallitusvaalia koskevat 3 ja 4 momentit kuuluivat seuraavasti:

Säätiöyliopiston hallituksessa on seitsemän jäsentä puheenjohtaja ja varapuheenjohtaja mukaan lukien. Hallituksen on monipuolisesti edustettava säätiöyliopiston toimialaan kuuluvien tieteiden ja taiteiden sekä yhteiskuntaelämän ja elinkeinoelämän kotimaista ja kansainvälistä korkeimman tason asiantuntemusta. Hallituksen jäsenenä ei voi olla yliopiston rehtori, vararehtori, tiedekunnan tai muun välittömästi hallituksen alaisuudessa toimivan yksikön johtaja eikä monijäsenisen toimielimen jäsen.

Yliopiston yhteinen monijäseninen hallintoelin nimittää jäsenet säätiöyliopiston perustajia kuultuaan. Kolme jäsentä nimitetään henkilöistä, joita perustajat Suomen valtiota lukuun ottamatta ovat asettaneet ehdolle siten kuin säätiön säännöissä määrätään. Hallitus valitsee keskuudestaan puheenjohtajan ja varapuheenjohtajan, joiden tulee olla muita kuin 15 §:n 2 momentissa tarkoitettuja henkilöitä. Hallituksen toimikausi määrätään säätiön säännöissä.

Kun sivistysvaliokunnan käsittelyssä olevaa ehdotusta verrataan hallituksen esitykseen ja Aalto-yliopiston säätiön sääntöihin, voidaan usean seikan todeta muuttuneen perustuslakivaliokunnan viitoittamaan suuntaan. Ensimmäisinä hallituksen valinta oli ylipäätään otettu laissa säänneltäväksi. Toiseksi oli valtioneuvoston oikeus määrätä hallituksen jäseniä poistettu. Kolmanneksi oli ulkopuolisten vähimmäismäärä rajattu siten, että yliopiston omalla väellä oli mahdollisuus tulla enemmistöksi yliopiston hallitukseen. Neljänneksi kenellekään ei ollut annettu ainakaan aivan suoraan oikeutta nimetä hallituksen jäseniä, vaan valintavalta olisi kuulunut yliopiston monijäseniselle hallintoelimelle. Muutoksia voidaan luonnehtia merkittäviksi.

Perusoikeuksien kannalta lakiehdotuksen uusi versio ei kuitenkaan ollut tyydyttävä. Laissa säätämisen vaatimus olisi tullut viedä pidemmälle. Uusi muotoilu jätti näet varmaankin tietoisesti väylän sille, että säätiön säännöissä annetaan rahoittajille mahdollisuus tehdä ehdotus vain niin monesta hallituksen jäsenestä kuin on valittavia. Selkeintä olisikin ollut ottaa säätiöyliopistojen hallinnon pohjaksi julkisoikeudellisina laitoksina toimivien yliopistojen sääntely. Tämän mukaisesti olisi voitu säätää niin yliopiston

omalle väelle kuin ulkopuolisillekin enimmäis- ja vähimmäisrajat siten, että kummallakin ryhmällä olisi ollut hallituksessa edustus. Rahoittajien osalta olisi voitu säätää kuulemisesta. Tämä olisi ollut sekä oikeudellisesti että toiminnallisesti kestävä ratkaisu: suoraa nimeämistä ei olisi tapahtunut, mutta tosiasiallisesti olisi mitä luultavimmin valittu juuri ne henkilöt, joita kuulemistilanteessa olisi ehdotettukin. Yliopistoautonomian kannalta olisi ollut perustelluinta, että valintamenettelystä olisi säädetty laissa tyhjentävästi. Esitetyn tyyppistä mallia tarjottiin doctorum opinionoina sekä sivistys- että perustuslakivaliokunnalle ennen kuulemisen järjestämistä.

Valiokuntakäsittelyn myötä ilmeni, että rahoittajat pitivät kiinni ehdotuksenteko-oikeudestaan. Tämän pohjalta valiokunta kehitteli mallia, jossa ehdolle tulee asettaa kaksinkertainen määrä henkilöitä valittaviin nähden. Tämäkään ei kunnolla täytä ”aidon valintamahdollisuuden” vaatimusta. Ehdokkaat voidaan näet asettaa niin, että vain osa voi käytännössä tulla kysymykseen, jolloin valintatilanne ei ole kovin aito. Valiokunnassa kuulut asiantuntijat eivät pitäneet tätä mallia niin ilmeisesti itsehallinnon vastaisena, että valiokunta olisi pitänyt sitä selvästi perustuslain vastaisena. Asiaan vaikutti se, että näin valitaan vain vähemmistö hallituksen jäsenistä. Valiokunta asetti rinnakkain kaksi mahdollisuutta, joko kuulemisen tai velvollisuuden asettaa kaksinkertainen määrä ehdokkaita.¹²¹

Perustuslakivaliokunnan mielestä yliopiston itsehallinnon kanssa ei sovi kovin hyvin yhteen se, että yliopiston yhteinen monijäseninen hallintoelin voi nimittää myös muut kuin säätiön perustajien ehdotuksesta nimitettävät jäsenet vasta perustajatahoja kuultuaan. Perustuslakivaliokunnan mielestä sivistysvaliokunnan tulikin harkita tämän kuulemisvaatimuksen poistamista.¹²² Sivistysvaliokunnan käsittelyn myötä lakitekstiin ei kuitenkaan tehty tältä osin muutoksia.¹²³

Itsehallintoyhdyskunnan päätöksenteon sitominen ulkopuolisen tahon kuulemiseen on meillä uutta. Siksi siitä ei ole perustuslakivaliokunnan aikaisempia linjauksia. Kuuleminen ei ole oikeudellisesti sitova, mutta on vähintään outoa, että paitsi rahoittajat myös valtio esittää mielipiteensä ennen itsehallinto-organisaation päätöksentekoa hallituksen valinnassa. Valtiohan on juuri se taho, jota vastaan yliopistoautonomia on ensisijaisesti olemassa.

¹²¹ Ks. PeVL 18/2009 vp s. 2.

¹²² Ks. PeVL 18/2009 vp s. 3. Ks. tämän kohdan osalta myös Tuorin kriittisiä kommentteja *Tuori* 2009b s. 2.

¹²³ Ks. SiVM 5/2009 vp s. 16. Sivistysvaliokunta piti kuulemista tarkoituksenmukaisena ottamatta näin kantaa perustuslakitulkintaan, eli toisin sanoen se sivuutti koko asian.

Kun valtiolla on tavallaan kenkä oven välissä hallitusvaalia tehtäessä, se voi tosiasiallisesti vaikuttaa paljonkin hallitusvaalin linjauksiin antamalla ymmärtää, että sen tahdon kuuleminen on yliopiston edun mukaista. Tällä tavoin se voi vaikuttaa erityisesti siihen, valitaanko hallitukseen jäseniä myös yliopiston sisältä. Tilanne on sama kuin, jos kuntien tulisi kuulla valtioneuvostoa ennen kuin ne voivat valita kunnanhallituksen jäsenet. Siksi olisi ollut ehdottomasti parempi, että perustuslakivaliokunnan viesti olisi otettu tässä huomioon.

Uudessa ehdotuksessa oli laajennettu tuntuvasti vaalikelpoisten alaa. Yliopistolaisia ei ollut enää diskvalifioitu muuten kuin johtotehtävissä toimivien osalta. Ehdotuksessa painotettiin kuitenkin sellaista asiantuntemusta, että voidaan perustellusti kysyä, täyttääkö yliopiston sisältä vain professorikunta asetetut vaatimukset ja onko yleensäkin tarkoitus valita hallitukseen ainakin ensisijaisesti vain yliopiston ulkopuolisia henkilöitä. Perustuslakivaliokunta kiinnitti asiaan huomiota esittämällä tulkinnan, jonka mukaan muotoilu ei sulje pois mitään yliopistoyhteisön ryhmää osallistumasta hallitukseen.¹²⁴ Tämä on sinänsä merkittävä näkökohta. Kysymys ei ole vain perusteluilla säätämisestä vaan perustuslain vaatimukset huomioon ottavasta tulkinnasta.

Säätiön hallituksen toimikaudesta on säätiölain mukaan määrättävä säätiön säännöissä. Yliopiston itsehallintoa koskeva lailla säätämisen vaatimus ulottuu kuitenkin doktriinin mukaan myös yliopiston hallituksen toimikauteen.¹²⁵ Tämän vuoksi sivistysvaliokunta ei ottanut luonnoksessaan lailla säätämisen vaatimusta asianmukaisesti huomioon ehdottaessaan, että säätiöyliopiston hallituksen toimikaudesta määrätään säätiön säännöissä.¹²⁶ Ehdotusta korjattiin niin, että hallituksen toimikaudesta päättää säätiöyliopiston yhteinen monijäseninen toimielin. Tämä ei ollut perustuslakivaliokunnan kannan mukainen ratkaisu, vaikka perustuslakivaliokunnan lausunto ei jättänyt sijaa tulkinnalle. Toki lakiin otettu ratkaisu merkitsee sitä, että tästä asiasta päätetään yliopiston ”omassa” toimielimessä, mutta siitä ei säädetä laissa niin kuin julkisoikeudellisten yliopistojen osalta meneteltiin. Miksi näin tehtiin, jää arvailtavaksi, kun sivistysvaliokunta ei perustellut kantaansa.^{126b}

Yliopistolaki tuli hyväksytyksi keskeisissä asioissa pääosin perustuslakivaliokunnan lausuntoon perustuvalla tavalla. Sivistysvaliokunta ei kui-

¹²⁴ Ks. PeVL 18/2009 vp s. 3.

¹²⁵ Ks. esim. *Tuori* 2009b s. 3.

¹²⁶ Ks. PeVL 18/2009 vp s. 2.

^{126b} Ks. SiVM 5/2009 vp s. 7.

tenkaan edellä esitetyin tavoin tarttunut kaikkiin perustuslakivaliokunnan huomioihin. Pyrkimyksenä on mitä ilmeisimmin ollut se, että Aalto-yliopiston vanha hallitus voitiin valita uudelleen, niin kuin sitten tapahtuikin. Valinta ei tapahtunut yliopistolain säännösten vastaisesti; säätiöyliopiston hallitushan oli valittavissa niin, että mukaan ei tullut yhtään yliopistolaista. Aalto-yliopiston hallitus tuli näin olemaan kokonaan ulkoistettu.

4.7 Pohdintoja ja vaihtoehtoja

Perustuslaillisena kysymyksenä voidaan esittää se, olisiko yliopistolaki voitu säätää siten, että yliopiston oma toimielin valitsee hallituksen, johon ei voida valita ketään yliopistoyhteisön sisältä. Tämä kysymys ei tullut nimienomaisesti esiin perustuslakivaliokunnan käsittelyssä. Vaikka itsehallintoa tulkittiin säätiöyliopiston hallinnon osalta aikaisempaa väljempään suuntaan, voidaan perustellusti lausua, ettei tällainen olisi perustuslakivaliokunnan uudet lausunnotkaan huomioon ottaen PL 123 §:n mukaista. Itsehallintoa ei ole se, että itsehallinto-organisaation sisältä ei voitaisi valita ketään keskeiseen hallintoelimeen. Yliopistolain 24 § mahdollistaa nyt sen, että kaikki hallituksen jäsenet ovat ulkopuolelta, mutta laki sallii myös sen, että enemmistö jäsenistä on yliopiston sisältä.

Yliopistolain mukaan on hallituksen puheenjohtajan ja varapuheenjohtajan oltava niin julkisoikeudellisissa yliopistoissa kuin säätiöyliopistoisakin yliopistoyhteisön ulkopuolelta. Tämä ei ole puheenjohtajiston vahva asema päätöksenteossa huomioon ottaen itsehallinnon kannalta ongelmantonta, niin kuin asiantuntijakuulemisessa ilmeni.¹²⁷ Siksi olisi ollut autonomian kannalta parempi, että yliopistot olisivat voineet itse ratkaista puheenjohtajan valinnan tavan.

Rehtorin valinta kuuluu kummassakin yliopistotyypissä hallitukselle eikä yliopiston ”omalle” toimielimelle eli yliopistokollegiolle tai yliopiston yhteiselle monijäseniselle toimielimelle, niin kuin aikaisemman lain mukaan oli asian laita. Aikaisemman lain osalta sivistysvaliokunta perusteli vaalitapaa sillä, että rehtorilla tulee olla yliopistoyhteisöstä saatu laajapohjainen kannatus ja luottamus.¹²⁸ Jos yliopiston hallitus koostuu kokonaan ulkopuolisista, niin kuin Aalto-yliopistossa on asian laita, tällaista luottamusta ei mitata eikä sitä tarvitse olla. Tässä näkyikin siirtyminen kollegio-

¹²⁷ Ks. *Viljanen* 2009 s. 3.

¹²⁸ SiVM 10/2004 vp s. 5.

päätöksenteosta managerismiin. Yliopiston rehtori rinnastetaan yritysjohtajaan, ja hänen keskustelukumppaninsa on yliopistoyhteisön ulkopuolelta oleva hallituksen puheenjohtaja. Ratkaisu ei ole selvästi itsehallinnon periaatteiden vastainen, mutta takavuosikymmeninä sitä ei olisi hyväksytty autonomian suojaa nauttivan yliopiston hallintoperiaatteen kollegiaalisuusvaatimuksen vuoksi. Siksi olisi ollut paikallaan, että perustuslakivaliokunta olisi tarttunut tähän kysymykseen. Jos arviointi olisi tehty aikaisempaa tulkintalinjaa kunnioittaen, olisi myös lopputulos ollut toinen.¹²⁹

Perustuslakivaliokunnan linjausta voidaan lopuksi arvioida myös itsehallinnosta luopumisen yleisenä kysymyksenä. Julkisoikeudellisten itsehallintoyhdyskuntien autonomian voidaan sanoa olevan sekä valinta-autonomiata että toiminnallista itsehallintoa. Tätä itsehallintoa ei ole perinteisen näkemyksen mukaan voitu ulkoistaa. Itsehallintoyhdyskunnan asioista päättämisen tulee tämän mukaisesti olla riittävästi itsehallintoyhdyskuntaan kuuluvien itsensä käsissä. Vertailun vuoksi saatetaan esittää, ettei eduskunta voi ylimpänä valtioelimenä luopua tavallista lainsäätämisyjärjestystä käyttäen lainsäädäntövallan käyttämisestä ja valita jotain muuta organia tilalleen.¹³⁰ Kunnassakin itsehallinto on kuntalaisten itsehallintoa.¹³¹ Sitä ei voida ulkoistaa päättämällä esimerkiksi sitä, että kunnanhallituksen jäsenistä osa on valittava paikallisen kauppakamarin tai kunnallisen viranhaltijain yhdistyksen asettamista ehdokkaista.

Myös se voidaan vertailun vuoksi todeta, ettei yhdistysjuridiikassa hyväksytä sellaista autonomiakäsitystä, jonka mukaan liittomuotoisen yhdistyksen hallituspaikat tulisi yhdistyksen sääntöjen mukaan täyttää jäsenyhdistysten asettamista ehdokkaista.¹³² Yleisesti ottaen itsehallinnon sisältönä ei ole se, että siitä voitaisiin vapaasti luopua. Siksi ei ole perusteetonta esittää, että laissa on menty liian pitkälle, kun itsehallintoyhteisö voi luopua oikeudestaan valita omia edustajiaan ylimpään hallintoelimeen.

¹²⁹ Tältä osin voidaan viitata Tuorin kritiikkiin, jota tämä oli esittänyt jo 1990-luvulla. Ks. *Tuori* 2002 s. 328–330.

¹³⁰ Tässä suhteessa voidaan esittää kriittinen kommentti Pohjolan käsityksestä, jonka mukaan suoja ei ole tarpeen antaa yliopistoa itseään vastaan, jos tarkoituksena on suojata yliopiston itsehallintoa. Ks. *Pohjolainen* 2008 s. 135 av. 18. Itsehallintoa tulisi suojella itsehallintoyhteisön omilta toimilta niin, ettei itsehallinnosta luovuta.

¹³¹ Ks. vertailusta kunnalliseen itsehallintoon *Tuori* 2009 s. 4.

¹³² Ks. *Halila* 1993 s. 744–760.

4.8 Sopeuttamistoimet Aalto-korkeakoulusäätiössä

Kun yliopistolaki oli hyväksytty eduskunnassa, ryhdyttiin Aalto-korkeakoulusäätiön sääntöjä muuttamaan uuden lain mukaisiksi. Tähän ei enää sisältynyt dramaattisia käännteitä. Säätiössä jouduttiin suorittamaan hallitusvalinta uudelleen, koska alkuperäinen hallitus oli valittu perustuslain vastaisesti.¹³³ Yliopistolain 24 § ei asettanut estettä sille, että hallitus valittiin kokonaisuudessaan uudelleen. Olennaista oli, että tämä tapahtui yliopiston sisältä asetetun hallintoelimen päätöksellä. Myös rehtorin vaali suoritettiin samasta syystä uudelleen. Estettä ei ollut tietenkään sille, että myös tässä tapauksessa vaali kohdistui jo aikaisemmin valittuun henkilöön.

Aalto-korkeakoulusäätiön sääntöjä muutettiin muun muassa hallitusvaalin osalta. Sääntöihin kirjattiin kuulemis- ja ehdollepanomenettelyt yliopistolain 24 §:n säännöksiä mukaillen. Yliopistoautonomian kannalta oli olennaista, ettei tulevien päätöksentekijöiden käsiä sidottu siinä, kuinka monta hallituksen jäsentä valitaan yliopiston sisältä. Uusienkin sääntöjen perusteella on milloin tahansa mahdollista, että yliopisto valitsee enemmistön omasta piiristään. Säännöissä on määritelty ehdollepanomenettelyn määräaikoja. Ne eivät ole itsehallinnon kannalta ongelmallisia.

Säätiölain 10 a §:n mukaan säätiön säännöissä voidaan määrätä, että päättämisvaltaa säätiössä käyttää hallituksen ohella säännöissä määrättyissä asioissa muukin toimielin taikka hallituksen jäsen tai säätiön toimihenkilö. Yliopistolain 23.2 §:ssä on puolestaan säädetty, että muut kuin laissa mainitut toimielimet eivät voi käyttää merkittävää päätösvaltaa. Tämä perustuu perustuslakivaliokunnassa nimenomaisesti todetulla tavalla lailla säättämisen vaatimukseen.¹³⁴ Aalto-korkeakoulusäätiön sääntöjen mukaan hallitus voi vahvistamallaan johtosäännöllä tai erillispäätöksellä siirtää toimeenpanovaltaa rehtorille, muille toimielimille tai säätiön palveluksessa oleville henkilöille.

Säätiön sääntöjen kirjaus on asianmukainen, kun huomataan siinä käytetty käsite toimeenpanovalta. Se ei ole kuitenkaan laissa omaksuttu käsite, joskin toki muuten paljon käytetty. Olennaista onkin, mitä toimeenpanovallalla tullaan säätiön toiminnassa tarkoittamaan. Jos kysymys on tosiasiallisesti päätösvallasta, toimitaan säätiön sääntöjen vastaisesti. Jos päätösvaltaa delegoitaisiin säätiön säännöissä, olisi olennaista, ettei merkittä-

¹³³ Sivistysvaliokunta kiinnitti sinänsä asianmukaisesti huomiota itsestäänselvyyteen eli sopeuttamistoimiin säätiöyliopistoissa. Ks. SiVM 5/2009 vp s. 8.

¹³⁴ Ks. PeVL 18/2009 vp s. 2 ja SiVM 5/2009 vp s. 15.

västä päätösvallasta voida disponoida säätiön sääntömääräyksin. Päätösvallan osalta tulisi säännöissä myös määrätä, missä asioissa päätösvaltaa delegoidaan ja mille toimielimelle tai henkilölle delegointi tapahtuu.

5 MUITA SÄÄTIÖYLIOPISTON HALLINTOKYSYMYKSIÄ

5.1 Säätiö yliopistona vai yliopiston ylläpitäjänä?

Aalto-yliopisto ja yliopistolaki perustuvat sen ajatuksen varaan, että yksityisoikeudellisin toimin perustettu säätiö on itsessään yliopisto eikä vain yliopistoa ylläpitävä organisaatio. Hallituksen esityksessä ei ole käsitelty sitä, miksi tähän vaihtoehtoon on päädytty. Tämä on kiintoisaa, koska selvitysmiehet Jääskinen ja Rantanen esittivät säätiöyliopistoa varten ylläpitäjämallia.¹³⁵ Säätiön perustaminen ja organisointi olisi ollut helpompaa, jos säätiö olisi ollut yliopiston ylläpitäjä, niin kuin se oli vanhoissa säätiöyliopistoissa. Säätiö olisi voitu perustaa pelkästään säätiölain säännökset huomioon ottamalla. Itse yliopistoa koskevat vaatimukset olisivat määräytyneet sen mukaan, mitä yliopistolaissa lopulta säädetään, kun perustuslakikysymykset olisi ensin tutkittu perustuslakivaliokunnassa.

Ammatillisista oppilaitoksista yhä tutun ylläpitäjämallin hylkäämistä ei ole mainittu säätiön perustamisasiakirjoissakaan. Syynä valitun vaihtoehdon omaksumiselle on voinut olla se, että näin on päästy vaikuttamaan itse yliopiston hallintomalliin, mitä rahoittajatahot ilmoittivat koko ajan pitävänsä tärkeänä. Asia tuli esille vielä keväällä 2009 perustuslakivaliokunnassa, jossa useat asiantuntijat ilmoittivat lausunnoissaan pitävänsä ylläpitäjämallia parempana vaihtoehtona. Niilo Jääskinen jopa toi esiin pykäläehdotuksen ylläpitäjämallia varten.¹³⁶

Jääskisen ehdotus olisi tuonut yliopistolakiin seuraavat muutokset:

- Lain 1 §:n 1 momentin 15 ja 16 kohdat olisi muutettu seuraavasti: ”X-yliopisto, jota ylläpitää Y-säätiö”.
- 1 §:n 2 momentissa olisi säädetty, että ”säätiöyliopistoihin sovelletaan tätä lakia, kun taas 1 momentissa mainittuihin säätiöihin sovelletaan säätiölakia”.

¹³⁵ Ks. Jääskinen – Rantanen 2007 s. 85–88.

¹³⁶ Ks. Jääskinen 2009 s. 12.

- 23 §:n 3 momentissa olisi tullut todeta, että säätiöyliopistoa ylläpitävän säätiön hallitus toimii myös yliopiston hallituksena ja 27 §:n 1 momentissa olisi tullut mainita yliopiston ohella sitä ylläpitävä säätiö.

Jääskisen ehdotuksen kaksi ensimmäistä kohtaa olisivat perustuneet selkeästi ylläpitäjämalliin, ja ne olisivat sen mukaisesti olleet sinänsä ongelmattomat. Kolmas kohta olisi sen sijaan ollut pulmallinen. Säätiölain kannalta ei ongelmia olisi ollut säätiön hallituksen valinnasta, olisipa se tapahtunut miten tahansa. Kun yliopistolaissa olisi tullut perustuslakivaliokunnan lausunnon mukaisesti säätää myös säätiöyliopiston hallituksen valinnasta, olisi eteen tullut ristiriita säätiön sääntöjen ja yliopistolain perusteella valittujen hallitusten välillä. Ylläpitäjäsäätiön säännöt olisi tullut muuttaa siten, että myös säätiön hallitus valitaan sillä tavoin kuin se tulee yliopistolain mukaan valita. Tältä ongelmalta olisi vältytty, jos laissa olisi hyväksytty se, että säätiön ja yliopiston hallituksen valintatapa ja kokoonpano voivat olla keskenään erilaisia. Tämä olisi tuskin tyydyttänyt Aalto-yliopiston rahoittajia.

5.2 Säätiön pääomapanoksen pysyvyys

Säätiön keskeisiin tunnusmerkkeihin kuuluu pysyvyys. Säätiötä ei voida hevin purkaa, jos sillä on varoja toimintaansa, ja säätiölle annettu pääomapanos on pysyvä. Säätiölle annettu pääoma ei ole sellainen finanssisijoitus, jota voitaisiin käyttää muuttuneissa oloissa toisin. Siksi Aalto-korkeakoulusäätiön säännöissä huomio kiinnittyy siihen, että valtion pääomapanos voitaisiin palauttaa, jos säätiö lakkautetaan.¹³⁷ Käytännössä on eräiden kuntasäätiöiden säännöissä mahdollistettu se, että kunnan luovuttamaa omaisuutta palautetaan kunnalle käytettäväksi säätiön tarkoituksen toteuttamiseen. Tämä tulkinta on kuitenkin kyseenalaistettavissa lakiin perustamattomana.¹³⁸ Olennaista on joka tapauksessa se, että Aalto-korkeakoulu-

¹³⁷ Helsingin yliopisto kiinnitti tähän seikkaan huomiota keväällä 2008 säätiön sääntöluonnoksesta antamassaan lausunnossa. Käsittelin tätä kysymystä perustuslakivaliokunnalle antamassani lausunnossa, jossa tarkastelin muitakin kuin perustuslakiin liittyviä säätiöyliopistoteemoja. Ks. *Halila* 2009 s. 21.

¹³⁸ Esitetty kysymys on tullut sivuutetuksi kahdessa säätiöoikeudellisessa väitöskirjassa, joihin tämä teema olisi voinut sisältyä. Se on luultavasti tuntunut niin oudolta, ettei kumpikaan kirjoittajista ole siihen tarttunut. Määritelmän omaisesti säätövarallisuus on pysyvää. Niinpä Risto Hovi on tarkastellessaan säätiövarallisuuden suojaa käsitellyt kaikkia mahdol-

säätiön säännöissä ei ole mainittu palautettavan pääoman käytöstä muuta kuin se, että siitä päätetään eduskunnassa.

5.3 Yliopiston rehtorin ja hallituksen tehtävät

Myös säätiöyliopiston rehtorin aseman määrittäminen on aiheellista tarkastella yliopistolain ja Aalto-korkeakoulusäätiön sääntöjen valmisteluvaiheiden kautta. Yliopiston rehtorin asemasta ehdotettiin säädettäväksi yliopistolain esitysehdotuksessa siten, että rehtoria koskevaa pykälää ei sovellettaisi säätiöyliopistoon vaan ainoastaan julkisoikeudellisena laitoksena toimiviin yliopistoihin. Toimivaltajanoikeus olisi näin tullut rakentua yksinomaan säätiön sääntöjen varaan. Puuttumatta vielä siihen, olisiko tämä ollut yliopistoautonomian kannalta mahdollista, voidaan tilannetta arvioida aluksi säätiölain säännösten valossa.

Säätiölain 10 a §:n mukaan säätiön säännöissä voidaan määrätä, että päättämisvaltaa säätiössä käyttää säätiön hallituksen ohella säännöissä määrättyissä asioissa muukin toimielin taikka hallituksen jäsen tai muu toimihenkilö.¹³⁹ Aalto-korkeakoulusäätiön säännöissä laissa tarkoitettu tehtävämäärittely oli toteutettu puutteellisesti. Sääntöjen alkuperäisen sanamuodon mukaan rehtori näet ”johtaa säätiötä ja sen muodostamaa tiede- ja taideyhteisöä sekä hoitaa hallituksen hänelle osoittamat muut tehtävät”. Tässä ei ole määritelty sitä, mitä tehtäviä delegoidaan rehtorille. Olisipa sääntöjen määräys ollut millainen tahansa, olisi ongelmana ollut se, että rehtorin asema hallintoelimenä olisi jäänyt perusoikeusdoktriinin vastaisesti säätiön sääntöjen varaan.

Myöskään hallituksen esityksessä ei ollut muita säännöksiä säätiöyliopiston rehtorista kuin se, että säätiöyliopistossa on rehtori. Toimivallasta ei näin ollut säännösehdoituksia, vaan toimivaltajako rehtorin ja hallituksen välillä oli tarkoitus hoitaa säätiön säännöissä.¹⁴⁰ Perustuslakivaliokunta katsoi, että lailla säätämisen vaatimus tarkoittaa myös rehtorin (ja hallituksen) tehtäväkuvaa.¹⁴¹ Tästä huolimatta sivistysvaliokunta tarjosi perustus-

lisiä omaisuuden käyttötilanteita mutta sivuuttanut sen, että omaisuus palautettaisiin. Pirkko-Liisa Aro käsittelee väitöskirjassaan säätiövarallisuuden luovutuksen ajankohtaa ja sääntömuutosten peruuttamista, ei sen sijaan sitä, että perustamistoimien tultua suoritetuiksi loppuun varallisuus voisi palautua perustajalle.

¹³⁹ Ks. delegoinnista esim. *Hovi* 2005 s. 75–77 ja *Pykäläinen-Syrjänen* 2007 s. 179–183

¹⁴⁰ Ks. lakiehdotuksen 23.3 § ja sen johdosta HE 7/2009 vp s. 62, jossa on kerrottu esimerkiksi, mitä tehtäviä rehtorille ja hallitukselle kuuluu.

¹⁴¹ Ks. PeVL 11/2009 vp s. 3.

lakivaliokunnalle osoitetussa toisessa lausuntopyynnössä (opetusministeriössä kehiteltyä) mallia, jossa yleisluonteisen tehtäväkuvauksen jälkeen olisi todettu, että rehtorin ja hallituksen tehtävistä määrätään muutoin erikseen säätiön säännöissä ja säätiön sisäisesti. Tämä olisi jättänyt avoimeksi useita kysymyksiä kuten sen, miten päätetään henkilökunnan ottamisesta ja erottamisesta yliopiston palvelukseen.¹⁴²

Vasta perustuslakivaliokunnan toisen lausunnon jälkeen sivistysvaliokunta otti mietintöönsä oman pykälän säätiöyliopiston rehtorista (yliopistolain 25 §). Lainkohdan sisältö tuli olemaan lähes identtinen julkisoikeudellisen yliopiston rehtoria koskevan sääntelyn kanssa. Lailla säätämisen vaatimus tuli näin toteutetuksi.¹⁴³ Tämä merkitsi myös sitä, että lain säännökset tulivat korvaamaan säätiön säännöissä olevat rehtoria koskevat määräykset. Kesäkuussa 2009 Aalto-korkeakoulusäätiön säännöt muutettiin tältä osin identtisiksi yliopistolain säännösten kanssa.

Säätiöyliopiston hallituksen tehtäväkuvan määräytyminen tapahtui samalla tavoin kuin rehtorinkin tehtäväkuvan rakentuminen. Asiasta oli aluksi tarkoitus määrätä vain säätiön säännöissä, mutta lopulta lakiin otettiin hallituksen tehtäviä koskevat säännökset samaan tapaan kuin julkisoikeudellisia yliopistoja säänneltäessä tehtiin.¹⁴⁴ Sääntelytiheydessä oli kuitenkin merkittävä ero julkisoikeudellisiin yliopistoihin nähden, eikä säännöksiä tullut lakiin lainkaan kaikista sellaisista tehtävistä, joiden tulisi kuulua jollekin säätiöyliopiston toimielimelle.

Julkisoikeudellisten yliopistojen hallituksen tehtävistä on säädetty yliopistolain 14 §:n 10-kohtaisessa seikkaperäisessä luettelossa. Säätiöyliopistojen hallituksen tehtäväkuva on sen sijaan määritelty varsin lyhyesti yliopistolain 24.1 §:ssä seuraavasti:

Säätiöyliopiston hallituksen tehtävänä on päättää yliopiston strategiasta, yliopiston toimintaa ja taloutta koskevista asioista sekä muista laajakan-toisista suunnitelmista. Lisäksi hallitus valitsee rehtorin johtamaan yliopiston toimintaa.

Säätiöyliopiston hallituksen tehtäväkuvassa taloutta koskevat määräytykset ovat hyvin yleisiä. Julkisoikeudellisten yliopistojen osalta on sen sijaan määrätty laissa hallitukselle tai kollegiolle seuraavat tehtävät:

¹⁴² Ks. PeVL 18/2009 vp s. 2.

¹⁴³ Ks. SiVM 5/2009 vp s. 16.

¹⁴⁴ Ks. HE 7/2009 vp s. 62, PeVL 11/2009 vp s. 4, PeVL 18/2009 vp s. 2 ja SiVM 5/2009 vp s. 15–16.

Hallitus (14 §)

- toiminta- ja taloussuunnitelmasta sekä talousarviosta päättäminen sekä tilinpäätöksen laatiminen
- yliopiston varallisuuden hoidosta ja käytöstä vastaaminen, jollei hallitus ole siirtänyt toimivaltaa rehtorille
- kirjanpidon ja varainkäytön valvonnan järjestäminen
- toiminnan kannalta merkittävien ja periaatteellisten sopimusten hyväksyminen

Yliopistokollegio (22 §)

- yliopiston tilintarkastajien valinta
- tilinpäätöksen ja toimintakertomuksen vahvistaminen sekä vastuuvapaudesta päättäminen
- vahingonkorvauskanteen nostamisesta päättäminen

Aalto-korkeakoulusäätiön säännöissä on toistettu yliopistolain 24.1 § ja määrätty sen lisäksi hallituksen tehtäväksi seuraavaa:

- määrittellä rehtorin tehtävät näiden sääntöjen puitteissa
- valita korkeakoulujen johtajat rehtorin esityksestä
- perustaa ja lakkauttaa säätiön opetus- ja tutkimusyksiköt
- päättää säätiön vuotuisesta toimintasuunnitelmasta ja talousarviosta
- vahvistaa säätiön toimintakertomus ja tilinpäätös
- antaa säätiön toimintavuodesta kertomus akateemisten asiain komitealle
- päättää johtosäännöistä ja muista vastaavista määräyksistä

Yliopistolain säännökset olivat sinänsä riittävän seikkaperäisiä säätiölain kannalta hallituksen tehtävien määrittämiseksi. Säätiöissä ei säätiölain mukaan tarvitse myöntää vastuuvapautta eikä käsitellä vahingonkorvausvaatimusta toisin kuin yhteisöissä. Kun hallitus on säätiön yleistoimivaltainen elin, hallituksen tehtäviin olisi kuulunut kaikki se, mitä ei ole määrätty muille toimielimille. Ongelmana onkin PL 123 §:ään perustuva lailla säätämisen vaatimus. Sitä ajatellen lain säännökset ovat melko yleisluonteisia. Siksi säännöissä olevat määritykset olisi ollut aiheellista nostaa lakitasolle.

Erityisesti huomio kiinnittyy johtosäännöistä ja muista vastaavista määräyksistä päättämiseen. Tämä perustuu yksinomaan säätiön sääntöihin. Toiselta puolen on näet yliopistolain 26 §:ssä määrätty yliopiston yhteisen monijäsenisen toimielimen tehtäväksi muun muassa päätöksen tekeminen opetukseen ja tutkimukseen liittyvistä muista yleisistä säännöistä kuin tälle toimielimelle muutenkin kuuluvista opetussuunnitelmista, tutkintovaatimuksista ja opiskelijoiden valintaperusteista. Laista ja säätiön säännöistä ei kunnolla selviä, mitkä ovat hallitukselle kuuluvia johtosääntöjä ja mitkä

yliopiston yhteiselle monijäseniselle toimielimelle kuuluvia ”yleisiä sääntöjä”.^{144b}

5.4 Liiketoiminnan harjoittaminen säätiöyliopistossa

Yliopistolain 5 §:ssä on säädetty julkisoikeudellisten yliopistojen oikeuskelpoisuudesta. Tämän perusteella on lakiin otettu säännöksiä tällaisen yliopiston oikeuskelpoisuudesta ja oikeudellisesta toimintakyvystä. Eriksen on säädetty siitä, että (tällainen) yliopisto voi harjoittaa liiketoimintaa, joka tukee sen lakisääteisten tehtävien toteuttamista.¹⁴⁵ Lain 5 § ei koske säätiöyliopistoja. Tämä ilmenee paitsi 5 §:stä itsestään vielä varmuuden vuoksi 1 §:n 4 momentista, jonka mukaan 5 § ei koske säätiöyliopistoja. Yliopistolaissa ei ole muuallakaan säädetty säätiöyliopistojen liiketoiminnasta. Asiaa ei ole liioin käsitelty yliopistolakia koskevassa hallituksen esityksessä.¹⁴⁶

Kun yliopistolaissa ei ole säädetty mitään yliopistosäätiöiden liiketoiminnasta, on lähdettävä siitä, että asia on jätetty säätiölain ja yliopistosäätiöiden sääntöjen varaan. Mitään sellaista yleistä asian luonteesta johtuvaa seikkaa ei ole, jonka vuoksi säätiöyliopiston liiketoiminnalla tulisi olla jokin muu perusta. Siksi siihen tulee soveltaa pelkästään säätiölain säännöksiä. Säätiöyliopistossa liiketoiminnan on näin palveltava säätiön tarkoitus. Edellä esitetyin tavoin se ei saa olla pelkkä toiminnan rahoituskeino.

Säätiöyliopiston liiketoiminta voi sikäli olla julkisoikeudellisen yliopiston liiketoimintaa laajempaa, että se voi palvella myös muuta kuin yliopiston lakisääteistä tehtävää eli siis sen ”omaa” tarkoitusta. Merkityksellistä on myös se, mitä liiketoiminnalla tässä asiayhteydessä tarkoitetaan ja miten ymmärretään yliopistolain 2 §:ssä säädetty, kaikkia yliopistoja koskeva vuorovaikutuksellisuus muun yhteiskunnan kanssa. Yliopiston toimialalla annettava maksullinen koulutus- ja kustannustoiminta palvelee yleensä kiistattomasti tätä tarkoitusta, ei sen sijaan esimerkiksi pankkiiritoiminta.¹⁴⁷ Yliopiston liiketoiminnan ei liioin tarvitse olla voittoa tavoittelema-

^{144b} Ks. SiVM 5/2009 vp s. 16, jossa asiaa ei ole avattu.

¹⁴⁵ Ks. *Mäenpää* 2009 s. 21–22. Mäenpää ei käsittele teoksessaan säätiöyliopiston liiketoimintaa. Ks. myös *Miettinen – Muukkonen – Myrsky – Pohjolainen* 2009 s. 279–280, jossa on käsitelty yliopistojen elinkeinotoimintaa verotuksen näkökulmasta. Tämän näkökulman vuoksi ei esille tule eroa säätiö- ja muiden yliopistojen välillä.

¹⁴⁶ Ks. HE 7/2009 vp s. 31–34 ja 53–54.

¹⁴⁷ Hallituksen esityksessä yliopistojen verotusta koskevaksi lainsäädännöksi on mainittu yliopistojen elinkeinotoiminnasta esimerkkeinä täydennyskoulutus ja sopimusperäinen tai

tonta.¹⁴⁸ Vertailukohtana voidaan tässä myös esittää se, että Ruotsissa ei säätiöiden liiketoimintaa ole rajoitettu.¹⁴⁹

Säätiöyliopisto voi yhtiöittää liiketoimintaansa ja harjoittaa yleensäkin yhtiömuodossa välillistä liiketoimintaa samojen edellytysten varassa kuin muutkin säätiöt.¹⁵⁰ Säätiön toiminnan yhtiöittäminen ei ole kuitenkaan yhtä helppoa kuin julkisoikeudellisen laitoksen. Jos säätiön tulee harjoittaa sääntöjensä mukaan jotain toimintaa, sen ei yleisesti ottaen tulisi voida siirtää tätä toimintaa oman organisaationsa ulkopuolelle. Siksi on yksinkertaisempaa ryhtyä harjoittamaan uutta liiketoimintaa uudessa yhtiössä kuin yrittää siirtää säännöissä mainittua liiketoimintaa yhtiöön.

Kaupallis-teollisesti suuntautuneessa säätiöyliopistossa voidaan liiketoiminnan harjoittamisen ajatella olevan enemmän esillä kuin muissa yliopistoissa. Tämä voi vaikuttaa myös henkilöstön asemaan. Kun yliopistojen henkilökunta on työsopimussuhteessa, sovelletaan kilpailevaan työso-
pimukseen työsopimuslain säännöksiä. Tällä seikalla ei ollut paljon merkitystä silloin, kun yliopiston toimialaan ei kuulunut maksullinen täydennyskoulutus- ja tutkimustoiminta. Kun tilanne on muuttunut, henkilökunta voi yllättyä, jos yliopiston ulkopuoliset koulutus-, konsultointi- ja tutkimustehtävät kielletään työsopimuslain perusteella.

5.5 Säätiövalvonta

Aalto-yliopiston organisaatiomuoto vaikuttaa myös siihen tapaan, jolla yliopistoa valvotaan. Vaikka Aalto-yliopisto on yksityisoikeudellinen oikeussubjekti, siihenkin kohdistuu opetusministeriön tulosohjausvalvonta. Tämän lisäksi Patentti- ja rekisterihallitus valvoo säätiölain perusteella myös tätä säätiötä. PRH:lle toimitetaan tilinpäätös, ja PRH:n tehtävänä on valvoa, että säätiö noudattaa lakia ja sääntöjään. Säätiöiden valvonta ei ole voimavarojen niukkuuden vuoksi erityisen intensiivistä, mutta siihen voi silti sisältyä sellainen autonomian ja viranomaisvalvonnan välinen jännite,

markkinahintainen tutkimustoiminta sekä apteekki- ja kustannustoiminta. Ks. HE 244/2009 vp s. 8. Nämä ovatkin valaisevia, joskaan eivät tyhjentäviä esimerkkejä.

¹⁴⁸ Jääskinen ja Rantanen katsoivat raportissaan, että yliopistoa ylläpitävien subjektien tulisi olla liiketoimintayksiköinä voittoa tavoittelemattomia. Ks. *Jääskinen – Rantanen 2007* s. 87. Tätä ei kuitenkaan edellytetä julkisoikeudellisilta yliopistoilta yliopistolaisissa eikä säätiöyliopistoilta säätiölaissa. Säätiöyliopisto toimiikin laitossäätiön tavoin. Se ei toimi pääomasäätiönä eikä siten jaa tuottoa apurahoina.

¹⁴⁹ Ks. tästä yleisesti *Olsson 1996* s. 179 ss.

¹⁵⁰ Ks. *Hovi 2005* s. 143–177.

jollaista ei ole aikaisemmin ollut. Tätä seikkaa ei otettu esiin yliopistolain valmisteluvaiheessa.¹⁵¹ Se oli yksi niistä kysymyksistä, joissa säätiömuodon valinta yliopiston hallintomuodoksi jäi riittävää analyysyä vaille.

Niilo Jääskinen kiinnitti perustuslakivaliokunnalle antamassaan lausunnossa huomiota asian valtiosääntöoikeudelliseen ulottuvuuteen. Hän kysyi, missä määrin PRH:n valvontavaltuudet ulottuvat säätiöyliopistojen yliopistolain mukaiseen toimintaan. Voiko PRH puuttua yliopiston itsehallinnon vuoksi säätiöyliopiston hallituksen yliopistolain vastaiseen toimintaan?¹⁵² Asetelma onkin jännitteellinen. Itsehallinto ei kuitenkaan voine estää laillisuusvalvonnan suorittamista eli sen tutkimista säätiölain 13.1 §:n perusteella, hoidetaanko säätiön hallintoa lain ja säätiön sääntöjen mukaisesti. Vertailun vuoksi voidaan todeta, ettei yhdistysautonomia voi meillä estää tuomioistuimia tutkimasta riita-asian käsittelyssä sitä, onko yhdistys noudattanut yhdistyslakia ja omia sääntöjään. Tilanne on samanlainen kunnissa kunnallisesta itsehallinnosta huolimatta.

Säätiöiden valvontaviranomaisella PRH:lla on laajemmat valtuudet kuin valvontaviranomaisilla yleensä, vaikka valvonta onkin laillisuusvalvontaa. Säätiöiden valvonnassa on perusoikeusulottuvuus nykyisen ajattelun vallitessa relevantti yleensäkin ja erityisesti säätiöyliopiston kaltaisen itsehallinto-organisaation osalta.¹⁵³ Säätiölain 14.2 §:n mukaan voi tuomioistuin erottaa PRH:n hakemuksesta säätiön hallituksen tai sen jäsenen, jos toiminta on ollut jatkuvasti törkeästi lain tai sääntöjen vastaista. Lainvastaisuutta voi olla tässä myös yliopistolain vastaisuus. Tähän menettelyyn ryhtymiseen on oltava yliopistosäätiöissä PL 123 §:n perusteella korkea kynnys, jottei voida väittää yliopiston itsehallinnon tulleen loukatuksi.

Mikael Hidén pohti perustuslakivaliokunnalle antamassaan lausunnossa, miten PRH:n valvonta toteutuu johtosääntötyyppisissä asioissa.¹⁵⁴ Säätiölain 13.1 §:n perusteella asetelma on sikäli selkeä, että valvonta kohdistuu vain siihen, toimiiko säätiö lain ja sääntöjensä mukaisesti. Johtosääntö-

¹⁵¹ Ks. *Halila*, Kanava 2008 s. 648.

¹⁵² Ks. *Jääskinen* 2009 s. 12.

¹⁵³ Esimerkkinä voidaan mainita säätiöiden rekisteröimisen toimilupajärjestelmä, jossa viranomaisella on varsin laaja harkintavaltaa. Tämä koskee kaikkia säätiöitä, myös yliopistosäätiöitä. Teuvo Pohjolainen on käsitellyt vuonna 2008 ilmestyneessä artikkelissaan PRH:n aloitetta säätiölain uudistamiseksi käymättä sitä kuitenkaan seikkaperäisesti lävitse säätiöyliopistohankkeen kannalta. Ks. Pohjolainen 2008 s. 138–139. Aloite olisi toteutuessaan vienyt säätiöiden valvontaa useita askelia hallintovaltion suuntaan, mikä olisi ollut myös yliopistoautonomian kannalta arveluttavaa. Säätiölain uudistus ei ole kuitenkaan lähdössä liikkeelle tältä PRH:n aloitteen pohjalta.

¹⁵⁴ Ks. *Hidén* 2009 s. 4–5.

tasolla määrättyihin asioihin valvonta ei tämän mukaan voi kohdistua. Hidénin sinänsä varmasti asianmukaisen käsityksen mukaan säätiöyliopistoissa tulisi määrätä johtosäännössä samoista asioista kuin muissakin yliopistoissa. Tämä johtaisi siihen, ettei valvonta ulotu tuolla tasolla määrättyihin asioihin. Jos taas norminannon taso onkin doktriinin kannalta ongelmallisesti säätiön sääntöjen taso, toimiin voi kohdistua myös PRH:n viranomaisvalvonta, joka ei myöskään ole vailla oikeudellisia jännitteitä.

5.6 Yliopistolain ja säätiölain soveltaminen yliopistosäätiöihin

Yliopistolakia koskevan hallituksen esityksen puutteisiin kuului se, että lailla säätämisen vaatimusta ei ollut säätiöyliopistojen osalta asianmukaisesti toteutettu. Lakiehdotuksesta ei liioin kunnolla selvinnyt, mitä säännöksiä sovelletaan säätiöyliopistoihin. Sivistysvaliokunnan mietintöön perustuvalla tavalla myös jälkimmäinen puute korjattiin, kun lain 1 §:ään lisättiin uusi momentti. Siinä määritellään pykälä pykälältä, mitä lain säännöksiä sovelletaan säätiöyliopistoihin.¹⁵⁵ Kun lakia oli muutenkin korjattu, lisäys on lähinnä vain selventävä. Asianomaisista pykälistä ilmeni jo muutenkin se, mitkä niistä koskevat säätiöyliopistoja.

Hallituksen esityksessä yliopistolaiksi ei ollut kiinnitetty riittävästi huomiota siihen, missä määrin yhtäältä yliopistolain ja toisaalta säätiölain säännökset koskevat säätiöyliopistoja. Tähän perustuslakivaliokunta kiinnitti asianmukaisesti huomiota. Valiokunnassa asiantuntijana kuultu Niilo Jääskinen toi lausunnossaan esiin tästä kaksi esimerkkiä: esteellisyyden ja (muun) hallituksen päätöksenteon.¹⁵⁶ Tähän ongelmaan ei säädöstekstiä eduskunnassa hiottaessa kuitenkaan tartuttu. Ongelmathan johtuvat siitä, että säätiö ei ole yliopistoa ylläpitävä taho vaan itse yliopisto.

Säätiölain ja yhdistyslain välinen soveltamisongelma koskee erityisesti Jääskisen esiin tuomia kokousmenettelykysymyksiä. Esteellisyyteen sovelletaan yliopistolain 30 §:n mukaan hallintolakia kaikessa yliopiston toiminnassa. Kysymys onkin siitä, sovelletaanko esteellisyyteen myös säätiölain 11.4 §:ää, jossa on pidetty silmällä yksityisoikeudellisista toimista aiheutuvia esteellisyystilanteita toisin kuin hallintolaissa.¹⁵⁷ Juuri tämän vuoksi vaikuttaa perustellulta, että sovellettaviksi tulevat myös säätiölain

¹⁵⁵ Ks. SiVM 5/2009 vp s. 14.

¹⁵⁶ Ks. Jääskinen 2009 s. 12.

¹⁵⁷ Ks. esteellisyydestä säätiölain mukaan *Hovi* 2005 s. 218–224.

esteellisyysperusteet ainakin silloin, kun kyse on muusta kuin julkisen tehtävän hoitamisesta.

Yliopistolain 28 §:n mukaan yliopiston toiminnan ja hallinnon järjestämisestä määrätään yliopiston johtosäännössä ja muissa vastaavissa yliopiston sisäisissä määräyksissä. Monijäsenisen hallintoelimen päätöksenteosta on puolestaan säännöksiä lain 29 §:ssä. Ne koskevat kokousmenettelyn osalta lähinnä enemmistömäärityksiä. Näiden säännösten osalta jää kysymään, millaiset kokousmenettelysäännöt koskevat muita kuin nimenomaisesti 29 §:ssä säänneltyjä kysymyksiä. Onko ”yliopiston toiminnan ja hallinnon järjestämistä” myös kokousmenettelystä määrääminen? Olisi outoa, jos näin väljän muotoilun perusteella voitaisiin johtosäännössä määrätä esimerkiksi säätiön sääntöjen muuttamisessa noudatettavasta menettelystä, kun säätiölain mukaan tästä voidaan määrätä vain säätiön säännöissä.¹⁵⁸

Yliopistolain 28 §:n myötä ei ole mitään estettä määrätä säätiöyliopistossa(kin) johtosäännössä tai vastaavassa esimerkiksi professorinimityksien valmistelusta. Sen sijaan säätiölaissa säännellyistä asioista, joista ei ole nimenomaisia säännöksiä yliopistolaissa tai siinä viitatussa hallintolaissa, voidaan disponoida vain säätiölaissa osoitetulla tavalla eli säätiön säännöissä. Aalto-korkeakoulusäätiön säännöissä näitä määräyksiä ei ole kovin paljon. Jos sääntödisponointeja ei ole, noudatetaan säätiölain tahdonvaltaisia säännöksiä. Yliopistolain 19 §:ssä on säännöksiä julkisoikeudellisen yliopiston edustamisesta ja 20 §:ssä johdon huolellisuusveloitteesta. Säätiöyliopistoista ei vastaavia säännöksiä tässä laissa ole. Sovellettaviksi tulevat näin säätiölaissa olevat vastaavat säännökset.

Yliopistolakia koskevan hallituksen esityksen kritiikissä kiinnitettiin paljon huomiota siihen, mitä asioita ei voida määrätä säätiön säännöissä. Toisaalta on aiheellista tarkastella myös sitä, mitä säätiöyliopistossakin voidaan määrätä säätiön säännöissä. Olennaista on säätiövarallisuuden käyttäminen määrätarkoitukseen.¹⁵⁹ Aalto-korkeakoulusäätiössäkin on voitu määrätä säätiön tarkoituksesta ja toimintamuodoista, kunhan määräykset eivät ole yliopistolain säännösten vastaisia. Määräysten ei näin tarvitse olla yliopiston sisäisen toimielimen (yliopiston yhteisen monijäsenisen hallintoelimen) antamia, eivätkä ne voikaan olla sellaisia. Tällä tavoin tulevat määritellyiksi muun muassa yliopiston toimiala ja strategiset tavoit-

¹⁵⁸ Hallituksen esityksessä on tyydytty kertomaan, että säännökset on otettu vanhasta yliopistolaista. Ks. HE 7/2009 vp s. 62. Erona on kuitenkin se, että vanhan yliopistolain aikana ei ollut säätiöyliopistoja, joihin voidaan soveltaa säätiölakia.

¹⁵⁹ Tämä seikka ei ole tullut erityisesti esiin säätiöyliopistosta käytävässä keskustelussa. Ks. kuitenkin *Mäenpää* 2009 s. 3.

teet. Säätiön pääomaan ja yliopiston rahastoihin liittyvät asiat kuuluvat niin ikään sääntötasolle.

Sellainenkin yksityiskohta kuin toimielinten palkkiot voidaan tässä vielä tuoda esiin. Säätiölain 11.4 §:n mukaan säätiön toimielinten jäsenille voidaan maksaa kohtuullinen kokouspalkkio ja kohtuullinen palkkio säätiön hyväksi tehdystä työstä, ellei tätä ole säätiön säännöissä kielletty.¹⁶⁰ Aalto-korkeakoulusäätiön säännöissä onkin määrätty, että hallituksen jäsen on oikeutettu saamaan toimestaan kohtuullisen palkkion eli siis muunkin kuin kokouspalkkion. Myös muiden toimielinten jäsenille voidaan suoraan lain perusteella maksaa palkkioita, vaikkei tästä ole säätiön säännöissä määrätty. Yleensä yliopiston sisäisten toimielinten, kuten tiedekunta-neuvostojen, jäsenille ei makseta palkkioita.

Yliopistolain 21 §:ssä on säädetty julkisoikeudellisen yliopiston hallituksen jäsenen ja rehtorin vahingonkorvausvastuusta. Säätiöyliopistojen osalta ei tässä laissa ole säännöksiä asianomaisten vastuusta. Hallituksen esityksessä ei ole perusteltu sitä, miksi näin on menetelty.¹⁶¹ Sovellettaviksi tulevat näin ollen säätiölain 12 a §:ssä olevat vahingonkorvaussäännökset. Ne ovat muulle kuin säätiölle (yliopistolle) itselleen aiheutetusta vahingosta erilaiset kuin julkisoikeudellisissa yliopistoissa sovellettaviksi tulevat säännökset.

Yliopistolain 29.1 §:n mukaan asiat päätetään säätiöyliopiston monijäsenisessä hallintoelimessä äänten enemmistöllä. Tämä ei kuitenkaan ole se informaatio, jota lakitekstiin tutustuja laista kaipaa. Kysymyshän on siitä, miten tuo enemmistö määritellään. Siitä on säädetty säätiölain 11 §:ssä siten, että päätökseksi tulee se mielipide, jota enemmän kuin puolet läsnä olevista jäsenistä on kannattanut. Kun tämä on varsin tavallinen enemmistömääritys, sitä voidaan puolta myös tähän asiayhteyteen. Yliopistolain 29.3 §:ssä on puolestaan säädetty siitä, että vaalitapa on suhteellinen, jos valittavana on useampi kuin yksi henkilö. Tässäkin on jätetty määrittelemättä ydinasia eli se, millaista suhteellisen vaalin lajia käytetään.¹⁶²

Yliopistolain 22 §:n mukaan julkisoikeudellisen yliopiston collegio voi vapauttaa hallituksen jäsenen hallituksen omasta esityksestä. Säätiöyliopiston monijäseniselle toimielimelle ei ole tätä mahdollisuutta annettu lain 23 §:ssä. Kyseessä on lainsäätäjän tietoinen ratkaisu, joka olisi voinut olla toinenkin. Tätä on voitu kommentoida niin, että säätiöyliopistossa hallitus ja rehtori ovat riippumattomampia yliopistoyhteisön (oikeudelli-

¹⁶⁰ Ks. toimielinten jäsenten palkkioista säätiöissä *Pykäläinen-Syrjänen* 2007 s. 246–255

¹⁶¹ Ks. HE 7/2009 vp s. 61.

¹⁶² Ks. suhteellisen vaalin lajeista *Halila – Tarasti* 2006 s. 401–406.

sesta) kontrollista kuin julkisoikeudellisissa yliopistoissa.¹⁶³ Tätä vastaan ei olekaan muistuttamista. Oma kysymyksensä onkin se, voivatko rahoittajat ilmoittaa kesken hallituksen toimikauden, että heidän ehdotuksensa perusteella valitut hallituksen jäsenet tulisi luottamuspujan vuoksi vaihtaa. Säätiölaissa ei ole asiasta säännöksiä. Kirjallisuudessa on Aro pitänyt tätä mahdollisena, mutta tästä(kään) asiasta ei ole tuomioistuinratkaisuja.¹⁶⁴ Siksikään kanta ei ole aivan riidaton. Kun asiasta ei ole säännöksiä yliopistolaissakaan, voitaneen tulkintasuosituksena esittää se, ettei rahoittajilla ole tätä oikeutta. Heidän kytköksensä hallituksen valintaan on ohuempi kuin niissä säätiöissä, joissa ulkopuoliset voivat suoraan nimetä hallitukseen jäseniä.

6 MITEN SÄÄTIÖYLIOPISTON RAKENTAMISESSA ONNISTUTTIIN?

Aalto-yliopistohanke eteni erikoisella tavalla. Yliopistona toimiva säätiö perustettiin ja merkittiin rekisteriin ennen kuin oli annettu edes hallituksen esitystä siitä, että myös yksityisoikeudellinen säätiö voi olla yliopiston hallinnoimismuoto. Eduskuntakäsittelyssä hallituksen esitystä korjattiin perustuslakivaliokunnan katsottua, ettei säätiöyliopiston hallintomalli täytä perustuslaissa yliopistojen itsehallinnolle asetettuja vaatimuksia. Tämä johti myös Aalto-korkeakoulusäätiön sääntöjen muuttamiseen.

Yliopistolakia koskevaan hallituksen esitykseen tehtiin eduskunnassa korjauksia, joita voidaan säätiöyliopistojen sääntelyn osalta luonnehtia merkittäviksi. Kokonaisuudessaan lakiehdotusta muutettiin hankkeen osakseen saama kritiikki huomioon ottaen kuitenkin valitettavan vähän. Asetelmaa voidaan luonnehtia perustuslakia sivuavilta osiltaan Veli-Pekka Viljasen sanoin niin, että sivistysvaliokunta haki perustuslakivaliokunnan lausunnon pohjalta minimitulkitantaa, kun olisi pitänyt lähteä hakemaan tulkitantaa, joka mahdollisimman hyvin toteuttaa perustuslain vaatimuksen yliopistojen itsehallinnosta.¹⁶⁵ Tämä luonnehdinta voidaan ulottaa koskemaan jossain määrin perustuslakivaliokuntaa itseäänkin.

¹⁶³ Ks. *Miettinen – Muukkonen – Myrsky – Pohjolainen* 2009 s. 326.

¹⁶⁴ Ks. *Aro* 1971 s. 236–237.

¹⁶⁵ Ks. *Viljanen* 2009 s. 3. Lausuma oli annettu 1.6.2009 sivistysvaliokunnan perustuslakivaliokunnalle osoittamasta lausuntopyyntöstä. Sivistysvaliokunnan mietintö oli perustuslakivaliokunnan kannanmäärittäisiä jo paremmin kunnioittava kuin sivistysvaliokunnan poh-

Yliopistouudistuksen ydinsisältö ilmenee pääministeri Matti Vanhasen toisen hallituksen hallitusohjelmasta. Sen mukaisesti hanke vietiin läpi vastustuksesta huolimatta. Hankkeen ajajien piirissä ei perustuslain yli kävelemistä emmitty, kun keskeisistä linjauksista oli sovittu tarpeeksi korkealla. Perustuslain legitimiisyyden vuoksi olikin hyvä, ettei perustuslaki ja siihen tukeutuva järjestelmä kohdannut vielä pahempia kolhuja kuin se koki. Jälkikäteisarviointi antaa kuitenkin aihetta eräiden skenaarioiden pohtimiseen.

Opetusministeriön virkamiesten viesti oli yliopistolain valmisteluvaiheessa se, että valtiosääntöoppineiden kritiikissä on kyse perustuslakikikkailusta. Myös se ajatus oli heitetty samassa hengessä ilmaan, että professorit pyrkivät vaikeuttamaan yliopistolain säätämistä toimimalla omassa asiassaan. Sitäkin arvuuteltiin, yritetäänkö yliopistollisia valtiosääntöoppineita samasta syystä jäädä asiantuntijaroolista ja näin estää heidän käyttämisensä perustuslakivaliokunnan asiantuntijoina.

Esitetyn kritiikin johdosta on helppo heittää kikkailua koskeva pallo takaisin. Eduskunnan valiokunnissa kuultavilta henkilöiltä edellytetään asiantuntemusta, ei neutraalisuutta eikä sitä, että asianomaiset eivät olisi saaneet lausua kantaansa käsiteltäviin asioihin etukäteen. Perustuslakivaliokunnassa kuultiin kaikkia niitä, joiden osaamista pidettiin varteensotettavana tämän asian käsittelyn kannalta.

Jos yliopistolaki olisi hyväksytty hallituksen esityksen mukaisena tavallista lainsäätämisyjärjestystä käyttäen, perustuslakikontrolli oli joutunut vakavaan kriisiin. Eduskunta ja sen perustuslakivaliokunta olisivat kokeneet, että ne oli asetettu tapahtuneiden tosiasioiden eteen. Viesti olisi ollut selvä: perustuslaki saadaan taipumaan, jos valtiovalta on sitoutunut riittävän vaikutusvaltaisten tahojen kanssa tarpeeksi merkittäviin toimiin, joita ei voida purkaa tai haluta purkaa. Tämä olisi ollut hyvin ongelmallista myös valtiosääntödoktriinin kannalta.

Valtiosääntöoikeuden tutkimuksessa on tukeuduttu voimakkaasti perustuslakivaliokunnan kannanmäärittämiin. Jos luottamus valiokunnan kannanmäärittäysten perusteltavuuteen horjuu, myös noudatettua oikeuslähteoppea joudutaan tarkistamaan.¹⁶⁶ On kiintoisaa nähdä, miten tutkimuk-

jaesitys, mutta niissä kohdissa, joissa valiokunta katsoi voivansa joutaa perustuslakivaliokunnan kannoista, se teki sen.

¹⁶⁶ Tässä yhteydessä voidaan viitata Tuorin valiokunnalle antamaan lausuntoon. Tuori piti pulmallisena sitä, että hallituksen esityksen perusteluihin sijoitetaan kiistanalaisia perustuslakitulkintoja, joihin perustuslakivaliokunta ei välttämättä ota kantaa mutta joihin saatetaan tulevaisuudessa vedota valtiosääntöoikeudellisina argumentteina. Ks. *Tuori* 2009 s. 3. Pulma on yleinen: hallituksen esityksessä saatetaan tuoda esiin ei vain kiistanalaisia vaan myös

nessa tullaan jatkossa suhtautumaan eduskunnan linjauksiin tässä asiassa: onko auktoritatiivinen tulkinta se, jonka perustuslakivaliokunta esitti, vai se, jonka sivistysvaliokunta oli siitä valmis hyväksymään, vai se, mitä valiokunnassa kuullut asiantuntijat lausuvat?

Yliopistohallinnon kannalta hallituksen esityksen hyväksymistä koskeva viesti olisi ollut arveluttava. Portti olisi avattu vielä laajemmalle perustuslain sivuuttamiselle. Myös julkisoikeudellisena laitoksena toimivan yliopiston hallituksen valintatapa olisi voitu myöhemmin muuttaa tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä esimerkiksi niin, että valtioneuvosto valitsisi näiden yliopistojen hallituksen. Tällä tavoin valtioneuvosto olisi voinut varmistaa sen, että jokaisessa yliopistossa on sen luottamusta nauttiva rehtori. Silloin olisi oltu todella kaukana autonomiaideaalista.

Jo Aalto-yliopiston valmisteluvaiheen aikana saatettiin aprikoida säätiötä rahoittaneiden motiiveja. Sitäkö haluttiin, että valtioneuvosto valitsisi jatkossakin opetusministeriön esityksestä selvän enemmistön uuden yliopiston hallitukseen? Takeita ei voinut olla siitä, millaisen ministerin johdolla hallituksen valintaa tulisi kulloinkin tekemään. Huomio kiinnittyy myös hanketta valmistelleiden asiantuntemukseen ja tarkoituksiin. Uskoivatko Aalto-korkeakoulusäätiön sääntöjä valmistelleet sääntöjen olevan perustuslain mukaisia vai tehtiinkö valmistelutyö perustuslakiongelmasta tietoisena ja siitä piittaamatta? Rahoittajat kääntyivät säätiöasioita paljon hoitaneen asianajotoimiston puoleen vasta, kun oli tullut tieto asiantuntijoiden kriittisistä lausunnoista perustuslakivaliokunnassa.

Niin virkamiesten kuin teollisuuden järjestöissä asiaa valmistelleiden henkilöiden tehtäviin olisi kuulunut opetusministeriön poliittisen johdon ja rahoituksesta päätöksiä tehneiden valistaminen oikeudellisista reunaehdoista. Tämä olisi voitu tehdä ennen säätiön perustamiskirjan allekirjoittamista, jolloin ulkopuolisten antama informaatio oli asianomaiset tavoittanut. Arvailun varassa on se, miten aikaisin opetusministeriön poliittinen johto ja rahoituksesta päättäneet ovat tulleet tietoisiksi perustuslaillisesta ongelmasta ja miten he ovat siihen tuoreeltaan reagoineet.

Perustamisluvan myöntämistä Aalto-korkeakoulusäätiölle harkittiin PRH:ssa pitkään. Rekisteriviranomainen ei ollut harkintaa tehdessään tietämätön sääntöjen perustuslakiongelmista. Säätiölle annettiin kuitenkin

selvästi virheellisiä tulkintakannanottoja, joihin eduskunnan valiokunta ei aina osaa tai halua puuttua. Valtiosääntöoikeudessa on perustuslakivaliokunnalla Tuorin osoittamalla tavalla niin vahva rooli, että valiokunnan kannanoton puuttumisella saatetaan kokea olevan tulkinta ohjaava merkitys. Muilla oikeudenaloilla ei asian sivuutetuksi tuleminen valiokuntakäsittelyssä merkitse yhtä paljoa.

perustamislupa, ja säätiö merkittiin säätiörekisteriin. Asiassa saattoi vaikuttaa se, että valtioneuvosto oli antanut opetusministerille oikeuskanslerin säätiön säädökirjan allekirjoittamisoikeuden. PRH:n tehtävänä ei olekaan varsinaisesti perustuslakikysymysten ratkaiseminen. Säätiön rekisteröimisen esteenä on kuitenkin sääntöjen muukin lainvastaisuus kuin säätiölain säännösten vastaisuus. Siksi oikea ratkaisu olisi ollut perustamisluvan epääminen.

Oikeuskanslerinviraston tehtävänä on hallituksen esityksien perustuslakiongelmien läpikäyminen ja selvittäminen. Kun oikeuskansleri ei reagoi tähän asiaan hallituksen esitystä annettaessaan, jää kysymään, mikä on ylimalkaan oikeuskanslerinviraston rooli perustuslakikontrollissa.

Oikeuskanslerinvirasto joutuu tekemään ratkaisunsa hallituksen esitysten arvioinnista oman henkilökuntansa turvin. Sillä ei ole käytössään selkeää perustuslakiasiantuntemusta kuin oikeusministeriössä puhumattakaan eduskunnan perustuslakivaliokunnasta, jossa kansanedustajat ja valiokuntaneuvokset voivat tukeutua ulkopuolisiin asiantuntijoihin. Kun perustuslakikysymysten kontrolli painottuu meillä selvästi eduskunnan perustuslakivaliokuntaan, voidaan ajatella, ettei oikeuskanslerinviraston tarvitse eikä edes tule puuttua perustuslain tulkintakysymyksiin hallituksen esitysten antovaiheessa muuten kuin aivan selvissä tapauksissa.

Perustuslakiongelmien ovat usein hankalia, ja lakien valmisteluvaiheessa voi olla vaikeaa erottaa poliittisia ja oikeudellisia aspektoja toisistaan. Korkean profiilin käyttäminen etukäteisessä perustuslakikontrollissa voisi antaa aiheen oikeuskanslerinvirastoon kohdistettaviin politikoimissyytöksiin. Näin voisi käydä erityisesti silloin, jos asiaintuntijapiireissä alettaisiin pitää sen linjauksia ylireagoitina. Yliopistolakia koskevana esimerkkinä voidaan viitata eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen kannanottoon uusille ylioppilaille annettavista hyvityspisteistä yliopistojen opiskelijavalinnassa ja perustuslakivaliokunnan siihen ottamaan kantaan.¹⁶⁷

Edellä esitetyistä kommentteista huolimatta voidaan oikeuskanslerinviraston reagoimattomuuteen yliopistolakia koskeneen hallituksen esityksen osalta kiinnittää erityistä huomiota. Kun käytettävissä oli muun muassa oikeusministeriön lausunto esitysehdotuksesta, olisi lakiehdotukseen tullut puuttua. Nyt saattoivat Aalto-yliopiston perustajat tuudittautua siihen, ettei hanketta enää voi mikään uhata.

Valtiosääntöoikeudessa on tutkittu syystä paljonkin eduskunnan perustuslakivaliokunnan roolia perustuslakisuuskontrollissa. Vähemmälle huo-

¹⁶⁷ Ks. PeVL 11/2009 vp s. 5.

miolle on jäänyt oikeuskanslerinviraston rooli samassa asiassa. Se voisi olla kiinnostava teemakokonaisuus.¹⁶⁸

Perustuslakivaliokunta toimi yliopistolakia käsitellessään kovan paineen alla. Sen toimia voidaan kritisoida säätiöyliopistojen sääntelyn osalta erityisesti siitä, oliko syytä eriyttää hallintomalli siitä, millaiseksi se valiokunnan lopullisesti määrittämänä vahvistettiin julkisoikeudellisina laitoksina toimivien yliopistojen osalta. Perustuslakivaliokunta otti kuitenkin tehtävänsä vakavasti, ja se oli ensimmäinen ja ainoa ratkaisuvalltaa käyttävä taho valtiokoneistossa, joka reagoi Aalto-yliopistohankkeeseen. Eduskunnassa harjoitettava perustuslaillinen normikontrolli epäilemättä horjui si pahasti, jos ei olisi olemassa perustuslakivaliokuntaa asiantuntijakuulemisineen.

Aalto-yliopiston aloitettua toimintansa voivat pragmaatikot kenties päätellä lopputuloksen osoittavan, että hankkeessa toimittiin niin kuin pitikin. Yliopistolaki hyväksyttiin eduskunnassa kesäkuussa 2009 asian laajuus huomioon ottaen nopearytmisen valmistelun ja eduskuntakäsittelyn jälkeen, ja laki tuli voimaan puoli vuotta myöhemmin. Voidaan kysyä, olisiko Aalto-yliopistoa ehditty perustaa ja toiminta aloittaa jo vuoden 2010 alusta, jos perustamistoimiin olisi ryhdytty vasta yliopistolain hyväksymisen jälkeen. Sitäkin voidaan arvuutella, olisiko säätiötä varten saatu keräytyksi tarvittava määrä yksityistä pääomaa, jos alusta alkaen olisi ollut selvää, ettei sellainen hallintomalli tule kysymykseen, jossa yksityiset rahoittajat saavat nimetä yliopiston hallitukseen jäseniä ja jossa yliopistoyhteisöön kuuluvat eivät ole vaalikelpoisia hallituksen jäseniksi.

Esitetyt argumentit ovatkin vakuuttavia, jos oikeusvaltioperiaatteelle ja muille oikeudellisille näkökohdille ei anneta mitään painoarvoa. Nyt koetua reilumpi menettely olisi ollut se, että säätiöyliopistohanketta ajaville ja siitä kiinnostuneille rahoittajille olisi alusta alkaen kerrottu, millä tavoin tällainen yliopisto voidaan meillä perustaa ja miten tällaisen yliopiston hallinto tulee rakentaa. Näin toimien lopputulos olisi luultavasti ollut parempi ja menettely nyt koettua tyylikkäämpi sekä oikeudellisesti kestävämpi.

¹⁶⁸ Ks. esim. *Husa* 2004 s. 67–75. On huomionarvoista, että Husa tuo esiin oikeuskanslerin roolin lakien vahvistamisvaiheessa mutta ei hallituksen esitysten antamisvaiheessa. Ks. *Husa* 2004 s. 68. Husankin esityksessä korostetaan suomalaiselle järjestelmälle tunnusomaista ennakkokontrollipainotteisuutta, johon oikeuskanslerinkin rooli voitaisiin liittää. Merkittävänä puheenvuorona voidaan tästä aiheesta kirjata muistiin oikeuskansleri Jaakko Jonkan artikkeli Hidénin juhlanjulkaisussa. Ks. *Jonkka* 2009 s. 99–118, erityisesti s. 103–108. Jonkka on maininnut useita esimerkkejä omalta toimikaudeltaan, ei kuitenkaan yliopistolakia koskevaa hallituksen esitystä.

LÄHTEET

- Aro, Pirkko-Liisa:* Säätiön tarkoituksesta ja sen toteuttamisen takeista. Porvoo 1971.
- Halila, Heikki:* Toimivaltajako yhdistyksissä. Vammala 1993.
- Halila, Heikki:* Säätiöoikeuden tutkimuskysymyksiä. LM 1998, s. 18–37.
- Halila, Heikki:* Julkinen ja yksityinen toiminta työeläkelaitoksissa. Juhlajulkaisu Juhani Wirilander 1935 – 30/11 – 2005, s. 1–13. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja n:o 37.
- Halila, Heikki:* Yliopistolakiuudistuksen varjossa. Kanava 2008, s. 647–651.
- Halila, Heikki:* Lausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 7/2009.
- Halila, Heikki:* Säätiökin voi antaa vaalitukea. Kanava 1/2010, s. 10–14
- Halila, Heikki – Tarasti, Lauri:* Yhdistysoikeus. Kolmas, uusittu painos. Helsinki 2006.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 1/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- HE 72/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 72/2003 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi.
- HE 7/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle yliopistolaiaksi ja siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 244/209 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle yliopistojen verotusta koskevaksi lainsäädännöksi.
- Hidén, Mikael:* Perusoikeudet Hallitusmuodon II luvussa. Oikeustiede–Jurisprudentia I:1971, s. 1–117.
- Hidén, Mikael:* Lausunto perustuslakivaliokunnalle sivistysvaliokunnan ehdotuksesta hallituksen esittämän yliopistolakiehdotuksen (7/2009) 23 §:n muuttamisesta.
- Holopainen, Toivo:* Kunnan asema valtiossa. Oikeudellinen rakennetutkimus. Vammala 1969.
- Hovi, Risto:* Säätiövarallisuuden suoja. Säätiöomaisuudesta disponointi sen suojaaja silmällä pitäen. Säätiölain 8a §:n liiketoimintanormia ja 10 §:n 2 momentin sijoitusnormia sekä kompetenssinormin aukkoa säätiölaissa koskeva siviilioikeudellinen tutkimus. Helsinki 2005.
- Husa, Jaakko:* Non liquet? Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi – oikeuden ja politiikan välisiä rajankäyntejä. Helsinki 2004.
- Ilmanen, Matti:* Säätiöistä yleensä. Säätiöhakemisto. Toimittaneet Matti Ilmanen ja Ritva Kontuniemi. s. 7–20. Karkkila 1977.
- Jonkka, Jaakko:* Oikeuskansleri valtioneuvoston valvojana. Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939–7/12–2009 s. 99–118. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 40.
- Jyränki, Antero:* Uusi perustuslakimme. Turku 2000.
- Jääskinen, Niilo:* Lausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 7/2009.
- Kangas, Urpo:* Lahja. Jyväskylä 1993.
- Keravuori-Rusanen, Marietta:* Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle. Helsinki 2008.

- Kivimäki, T.M. – Ylöstalo, Matti:* Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Kolmas painos. Porvoo 1973.
- Klinge, Matti:* Kuninkaallinen Turun Akatemia 1640–1808. Keuruu 1987.
- Klinge, Matti:* Keisarillinen Aleksanterin yliopisto 1808–1917. Keuruu 1990.
- Klinge, Matti:* Onko omaisuus varkautta? Päiväkirjastani 2008–2009. Keuruu 2009.
- Merikoski, V.:* Korkeakoulujen ja ylioppilasyhdistysten oikeusasema. Helsinki 1954.
- Merikoski, V.:* Yliopistohallinnon ydinkysymyksiä. Helsinki 1966.
- Miettinen, Tarmo:* Tieteen vapaus. Julkisoikeudellinen tutkimus tieteenharjoittajan itsemäärämisoikeudesta, tieteen itsekontrollista ja yliopiston itsehallinnosta. Helsinki 2001.
- Miettinen, Tarmo – Muukkonen, Matti – Myrsky, Matti – Pohjolainen, Teuvo:* Uusi yliopistolainsäädäntö. Jyväskylä 2009.
- Modeen, Tore:* Om de självständiga offentligrättslig anstlterna i Finlands förvaltningsorganisation. Åbo 1965.
- Mäenpää, Olli:* Hallintolaki. Helsinki 2003.
- Mäenpää, Olli:* Lausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 7/2009.
- Mäenpää, Olli:* Yliopistolaki, Juva 2009.
- Mäenpää, Olli:* Yliopistojen itsehallinto ja uusi yliopistolaki. Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939–7/12–2009 s. 391–404. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 40. (Mäenpää 2009b)
- Mähönen, Jukka:* Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Ritva Pykäläinen-Syrjänen, Säätiön tehokkuus. LM 2008, s. 328–342.
- Niemivuo, Matti:* Itsehallinto. Encyclopedi iuridica fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja. s. 254–261. Jyväskylä 1997.
- Nurmi, Eerikki:* Lausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 7/2009.
- Olsson, Katarina:* Näringsdrivande stiftelser. En rättslig studie över ändamål, förmögenhet och förvaltning. Stockholm 1996.
- OPM 2006:14. Yliopistojen taloudellisen ja hallinnollisen aseman uudistaminen; väliraportti. Opetusministeriön työryhmämuistioita ja selvityksiä 2006:14.
- OPM 2007:2. Yliopistojen taloudellisen ja hallinnollisen aseman uudistaminen. Opetusministeriön työryhmämuistioita ja selvityksiä 2007:2. (Jääskinen – Rantanen 2007)
- OPM 2007:16. Teknillisen korkeakoulun, Helsingin kauppakorkeakoulun ja Taideteollisen korkeakoulun yhdistyminen uudeksi yliopistoksi. Opetusministeriön työryhmämuistioita ja selvityksiä 2007:16.
- PeVL 6/1969 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi korkeakoulujen sisäisen hallinnon perusteista.
- PeVL 3/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä yliopistolaiksi ja laiksi yliopistolain voimaannpanosta.
- PeVL 19/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi yliopistolain muuttamisesta.
- PeVL 11/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä yliopistolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 18/2009 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä yliopistolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi.

- PeVM 10/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä Uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- Pohjolainen, Teuvo*: Yliopistojen organisoiminen ja perustuslaki. Juhlajulkaisu Pentti Arajärvi 1948 – 2/6 – 2008, s. 127–141. Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja 20.
- Pykäläinen-Syrjänen, Ritva*: Säätiön tehokkuus. Corporate governance -säännösten vaikutuksesta säätiön tarkoituksen tehokkaaseen toteuttamiseen. Vantaa 2007.
- Romppainen, Esko*: Sosiaali- ja terveystieteiden oikeudellinen asema hyvinvointipalvelujen järjestämisessä. Tutkimus julkista avustusta saavan yhdistyksen asemasta hankintäsääntöjen näkökulmasta. Vammala 2007.
- Saraviita, Ilkka*: Lausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 7/2009.
- Saraviita, Ilkka*: Lex Nokia – täynnä mokia? Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939–7/12–2009 s. 435–446. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 40.
- Selén, Kari*: Sarkatakkien maa. Suojeluskuntajärjestö ja yhteiskunta 1918–1944. Juva 2001.
- SiVM 10/2004 vp. Sivistysvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä yliopistolain muuttamisesta.
- SiVM 5/2009 vp. Sivistysvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä yliopistolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi.
- Suviranta, Antti*: Helsingin yliopiston lahjoitusrahastoista. Vammala 1956.
- Suviranta, Outi*: Yliopistojen itsehallinto, julkisen hallinnon organisoiminen ja valtion talouden järjestelmä. LM 2006, s. 536–559.
- Tuori, Kaarlo*: Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta 1. Julkisoikeudellinen tutkimus komiteatyypisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. 1. nide. Teoreettinen ja historiallinen tausta. Vammala 1983.
- Tuori, Kaarlo*: Yliopiston itsehallinto. Uusitalo, Paavo – Lipponen, Jukka (toim.), Yliopisto ja valtiovalta – yliopistolaki ja sen perustelut, s. 143–170. Helsinki 1995.
- Tuori, Kaarlo*: Sivistykselliset oikeudet. Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeudet. Juva 1999, s. 511–532.
- Tuori, Kaarlo*: Virallisen vastaväittäjän lausunto Tarmo Miettisen väitöskirjasta Tieteen vapaus. LM 2001, s. 1334–1350.
- Tuori, Kaarlo*: Foucault'n oikeus. Kirjoituksia oikeudesta ja sen tutkimisesta. Helsinki 2002.
- Tuori, Kaarlo*: Lausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 7/2009. 8.3.2009. (Tuori 2009)
- Tuori, Kaarlo*: Lausunto perustuslakivaliokunnalle sivistysvaliokunnan ehdotuksesta hallituksen esittämän yliopistolakiehdotuksen (7/2009) 23 §:n muuttamisesta. (Tuori 2009b)
- Vanhanen, Rauno*: Säätiön valvonta ja hallinto. Säätiöt ja niiden verotus, s. 20–30. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 49. Helsinki 1988.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Lausunto perustuslakivaliokunnalle sivistysvaliokunnan ehdotuksesta hallituksen esittämän yliopistolakiehdotuksen (7/2009) 23 §:n muuttamisesta.
- Wilhelmsson, Thomas*: Lausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 7/2009.
- Wirilander, Juhani*: Käyttöoikeudesta kiinteistöön silmällä pitäen lailla sääntelemättömiä käyttöoikeuksia. Vammala 1980.

STIFTUNGSUNIVERSITÄT UND UNIVERSITÄTSSTIFTUNG

Eine Stiftung ist eine zu einem bestimmten Zweck benutzte Vermögensmasse. Die Stiftung ist ein flexibles Rechtssubjekt. Darum lässt sie sich für viele Zwecke verwenden – auch solche, die für Stiftungen als nicht gewöhnlich gehalten werden. In Finnland gab es noch am Anfang der 1970er Jahre private Universitäten, deren Träger eine im Stiftungsgesetz vorgeschriebene eingetragene Stiftung war. Universitäten haben auch eigene, ihre Tätigkeit unterstützende Stiftungen. In dieser Untersuchung wird die Anwendbarkeit einer Stiftung als Verwaltungsform einer Universität erforscht, sowie die in Universitätskreisen existierenden unterstützende Stiftungen und die Möglichkeiten in sie Finanzen der Universität zu übertragen. Später wird in Einzelheiten neben der Wahl des Universitätsvorstands unter anderem die Beaufsichtigung der Stiftungsuniversität, ihre Geschäftstätigkeit und die Anforderung der Dauerhaftigkeit des Stiftungskapitals behandelt.

In Finnland ist Anfang 2010 ein neues Universitätsgesetz in Kraft getreten. In dem Gesetz werden für Universitäten zwei mögliche Verwaltungsformen eingeräumt – eine öffentlich-rechtliche Anstalt oder eine privatrechtliche Stiftung. Beide sind in finnischen Universitäten neu. In der Untersuchung werden die neuen Verwaltungsformen und die Stellung der Universitäten als Rechtsperson erforscht.

Bisher sind Universitäten staatliche Rechnungsbehörden gewesen, also keine Rechtssubjekte. Eine Ausnahme bildete die Universität Helsinki, deren gesonderte Finanzwirtschaft auf alten Privilegien basierte. In dieser Hinsicht ist sie ein Rechtssubjekt gewesen, und sie hat - und könnte immer noch – mit diesem eigenen Vermögen eine Stiftung errichten können, solange die Stiftung den Zwecken der Universität dient. In dieser Untersuchung wird besonders diese Möglichkeit der Gründung einer Stiftung erforscht.

Der Schwerpunkt der Untersuchung ist die, gemäß neuem Universitätsgesetz, Stiftungsuniversität und ihr Verwaltungsmodell. Das Thema wird sowohl in Hinsicht der Vorbereitungsphase des Gesetzes als auch der Grundrechtsdoktrin erforscht. Die Entstehungsphase des Universitätsgesetzes war besonders. In der vom Staat eingesetzten Vorbereitungsgruppe unter der Leitung von Staatssekretär Raimo Sailas wurde die Errichtung einer Innovationsuniversität in Stiftungsform vorgeschlagen, der drei Hochschulen – der Technischen Hochschule, der Wirtschaftshochschule Helsinki und der Hochschule für Kunstgewerbe – angegliedert werden.

Über die Ausstattung des Stiftungskapitals haben der Staatsrat und die zu dem Projekt hinzugekommenen privaten Finanzierer beschlossen. Der Staatsrat gab den zuständigen Ministerien das Recht, die Errichtungssatzung der Stiftung zu unterzeichnen, die Stiftung wurde errichtet, und das Zentrale Patent- und Registeramt genehmigte die Errichtung bevor sogar eine Regierungsvorlage darüber verabschiedet wurde, dass die Verwaltungsform der Universität eine privatrechtliche Stiftung sein kann. Die Sachlage war anders als in den sogenannten alten Universitäten in Stiftungsform. In dem neuen Modell war eine Stiftung nicht mehr der Träger einer Stiftung, sondern die Universität selbst.

Die Gründung der Innovationsuniversität beruhte also darauf, dass später ein Gesetz erlassen wird, in dem eine Universität in Stiftungsform ermöglicht wird. So geschah es denn auch. Die Innovationsuniversität wurde allerdings insofern gegründet, dass in der Satzung der Stiftung weitgehend und frei die Verwaltung der Stiftung bestimmt werden kann. Somit wurde in der Satzung der Stiftung die Berufung des Vorstands geregelt, dass von den sieben Mitgliedern fünf vom Staatsrat auf Vorschlag des Unterrichtsministeriums berufen und zwei von privaten Finanzierern gewählt werden. Weiterhin wurde in der Satzung geregelt, dass Universitätslehrer, übriges Personal und Studenten bei der Besetzung des Vorstands nicht wählbar sind.

Die in der Satzung der Aalto-Universität geregelte Besetzung des Vorstands steht nicht im Einklang mit der im Grundgesetz vorgeschriebenen Autonomie der Universitäten. Zu der Selbstverwaltung der Universitäten wie auch zu den im Grundgesetz vorgeschriebenen Prinzipien der Freiheit von Bildung und Forschung gehört, dass über die Wahlmethode zentraler Verwaltungsorgane in einem Gesetz vorgeschrieben wird, nicht universitätsintern. Die Bestellung von Verwaltungsorganen wie auch andere Vorschriften für die Verwaltung sollten zudem die Selbstverwaltung der Universität gewährleisten. Zur Selbstverwaltung gehört auch die Finanzverwaltung der Stiftung.

In der Regierungsvorlage über das Anfang 2009 erlassene Universitätsgesetz wurde eine Stiftung als Verwaltungsmodell einer Universität ermöglicht. Die Vorschriften über eine Stiftungsuniversität waren allerdings so geschrieben, dass die Satzung der Aalto-Universität den gestellten Anforderungen für die Verwaltung einer Stiftung in der Gesetzesvorlage entsprach. Somit war es gemäß Gesetzesvorlage möglich, über die Bestellung des Vorstands in der Satzung der Stiftung zu bestimmen, und die Vorschriften über eine Stiftungsuniversität im Gesetz waren ohnehin uneinheitlich. Es war zu befürchten, dass beabsichtigt war, die Gesetzesvorlage trotz rechtlicher Kritik durchzubringen.

Im Reichstag kam die Universitätsgesetzvorlage zur Behandlung im Grundgesetzausschuss, was in dieser Untersuchung detailliert bewertet wird. Bei der Anhörung von Sachverständigen im Ausschuss hielt eine deutliche Mehrheit das Verwaltungsmodell der Stiftungsuniversität für grundgesetzwidrig. Das führte auch dazu, dass im Reichstag die Regierungsvorlage über das Universitätsgesetz geändert wurde. Der Eindruck entstand allerdings, dass die Regierungsvorlage in dem Maße geändert wurde wie als unbedingt notwendig erachtet wurde, nicht um die bestmögliche Form zu finden, die Universitätsautonomie zu interpretieren.

Nach dieser Untersuchung kann festgestellt werden, dass die Universitätsautonomie als solche auch Universitäten in Stiftungsform betrifft. Die Autonomie wäre bei ihnen besser verwirklicht, wenn eine Stiftung der Träger der Universität wäre, nicht die Universität selbst. Auch für Stiftungsuniversitäten sind zentrale Elemente der Autonomie, dass Autonomie neben der Freiheit von Bildung und Forschung auch die Finanzverwaltung betrifft. Diese Einstellung wurde auch im Grundgesetzausschuss übernommen. Autonomie sollte in allen Bereichen verwirklicht werden. Demgemäß genügt es nicht, dass man annahm, die Autonomie nehme allgemein besonders mit der Entstehung von Universitäten als Rechtssubjekt zu, falls die Autonomie ansonsten nicht sachgemäß, auf eine Doktrin gegründete Weise verwirklicht wird.

Die Universitätsautonomie ist in ihrem Inhalt insoweit flexibel, dass ihr Inhalt nicht in allen Ländern gleich ist, in denen sie auch grundgesetzlich geschützt ist. Dieses beruht auf Unterschieden in den Rechtssystemen. Auch bei uns hat sich der Inhalt der Autonomie mit der Zeit und Sachverhalten geändert. Sogar schon 1997 konnte man vorschreiben, dass in den Vorstand einer Universität auch ein externes Mitglied beziehungsweise Mitglieder gewählt werden sollten, wenn nur die Universittler in dem Vorstand selbst die Mehrheit haben und die Universität selbst darüber bestimmt, wie viele und welche die Externen sind. Moderne, aus dem Geschäftsleben stammende Führungsmodelle sind in Hinsicht auf Universitätsautonomie problematisch. Managementideologien und Ergebnisorientierung passen nicht besonders gut zur traditionellen Universitätsautonomie, die auf kollegialer Führung basiert.

Es war das Ziel, für die Stiftungsuniversitäten ein Verwaltungsmodell zu konstruieren, in dem der Vorstand der Universität ein externer Vorstand ist und in dem ein interner Vorstand aus Mitgliedern von den Personalgruppen der Universität besteht. Dieses konnte allerdings im Reichstag im Hinblick auf Universitätsautonomie nicht akzeptiert werden. Als notwendig wurde zuerst betrachtet, dass auch die Grundsätze der Verwaltung von Stiftungs-

universitäten in einem Gesetz und nicht nur in der Satzung der Stiftung vorgeschrieben werden. Dieses muss sowohl die Bestellung als auch die Tätigkeit der Verwaltungsorgane betreffen. Weiterhin wurde erachtet, dass Autonomie insbesondere in dem Vorstand der Universität verwirklicht werden soll, in den neben Externen auch zum Universitätspersonal Gehörige und Studenten bestellt werden können.

Im Gesetz wurde beschlossen, dass ein mehrmitgliedriges, nur aus Universitätslern bestehendes Verwaltungsorgan der Stiftungsuniversität alle Vorstandsmitglieder zu bestellen hat. Die Financier aus dem Erwerbsleben sollen gemäß Gesetz eine doppelte Anzahl von kompetenten Kandidaten aufstellen, von denen ein eigenes Organ der Universität einen Teil, jedoch nur die Minderheit der Vorstandsmitglieder wählt. Diese Entscheidung ist in Hinsicht auf Autonomie nicht ganz zufriedenstellend, obwohl sie deutlich besser als das Modell in der Regierungsvorlage ist. Es handelt sich hauptsächlich um zwei Tatsachen : die zwingende Bestellung von externen Mitgliedern ist nicht ganz echt, und die Universität hat die Möglichkeit, einen Vorstand zu bestellen, der gänzlich aus externen Mitgliedern besteht, was auch geschehen ist. Auch kann als problematisch angesehen werden, dass in Stiftungsuniversitäten und in öffentlich-rechtlichen Universitäten die Bestellungsformen des Vorstands getrennte Wege gegangen sind.

Pessi Honkasalo

**COPYRIGHT PROTECTION
OF SOFTWARE:
THE EUROPEAN PERSPECTIVE**

Table of contents

1	INTRODUCTION	81
2	COMPUTER PROGRAMS DIRECTIVE 2009/24	83
2.1	Object and beneficiaries of protection; restricted acts	84
2.2	Freedom to use; maintenance exception	86
2.3	Decompilation; special measures of protection	89
3	THE EXPRESSION OF WORK	91
3.1	Idea/expression dichotomy	91
3.2	Originality	93
3.3	Software as literary work	96
4	DERIVATIVE SOFTWARE	99
4.1	Abstraction–filtration–comparison test	101
4.2	Ibcos test	104
5	APPLICABILITY OF UNION-WIDE TEST	106
5.1	Subsistence of copyright	107
5.2	Infringement assessment	109
5.5	Defences	111
6	CONCLUSIONS	113
	LIST OF REFERENCES	115
	TABLE OF CASES	121
	European Union	121
	Finland	122
	United Kingdom	122
	United States	123
	Other jurisdictions	123

ABBREVIATIONS	124
TIETOKONEOHJELMIEN TEKIJÄNOIKEUDELLINEN SUOJA. EUROOPPALAINEN NÄKÖKULMA	126

Copyright protection of software: the European perspective

*... the protection of programs could most easily be assimilated to that of utility models or an invention at the national level. Such protection would be effective against unauthorized use, and would last for a reasonably short period; ... from 5 to 10 years would be a reasonable period for computer programs; a longer period would make no sense. ... It would be necessary to provide for at least a registration of a brief description of the program and for the deposit of a copy in machine-readable language in order to overcome any difficulties relating to the priority and in order to avoid innocent infringement.*¹

1 INTRODUCTION

Software industry as a branch of industry was established in the 1950s.² Software as intellectual property and digital information possesses certain distinctive features that made it difficult to assess which form of legal protection computer programs ought to enjoy – if any.³ IBM was the first undertaking to commercially distribute software to its customers, licensing computer programs under the general law of contract as well as the common law practices relating to trade secrets and confidentiality.⁴ In the late 1960s, as the industry kept growing, it was acknowledged on the international arena that also the *erga omnes* protection of computer programs should be regulated congruently either by means of new arrangements, or

¹ *Advisory Group of Governmental Experts on the Protection of Computer Programs*, Copyright 1971 para 21 (Expert of the Soviet Union).

² Välimäki 2005 p 13.

³ See *Committee to Examine the Patent System and Patent Law*, Cmnd 4407, 1970 para 472.

⁴ *Tapper* 1978 pp 1, 21; Välimäki 2005 p 23. See also ‘Software Agreement between Western Electric Company Inc and Katholieke Universiteit’ (1974) – <http://cm.bell-labs.com/cm/cs/who/dmr/licenses/6thEdlicence.pdf>, accessed 12 October 2009.

modifying or reinforcing existing ones. Nevertheless, whether the protection should follow the lines of established legal concepts related to intellectual property rights or be a more or less *sui generis* type of system was yet to be decided.⁵

During the 1970s, the International Bureau of World Intellectual Property Organization (WIPO) first prepared model provisions on the protection of computer software, which in essence adopted an approach related to the law of copyright.⁶ However, also a system for the deposit or registration of computer software was considered in the draft, and the rights under the model provisions were in no case to extend beyond 25 years from the time when the software was created.⁷ The model provisions were later followed by a draft treaty for the protection of computer software. In the draft treaty, a further separation from pure copyright was evident, for it would have provided extensive protection combining elements of both copyright, patent and trade secret laws, subject to no exceptions, for 20 years from the time when the software was first used or sold.⁸

The *Zeitgeist* was nonetheless in the state of change, so that the proposed approach was not endorsed.⁹ By the mid-1980s it was recognised that patentability of computer programs *per se* had been ruled out and other possible forms of protection under industrial property law did not grant exclusive rights to the creators of software.¹⁰ Instead, computer programs could be deemed literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention and, thus, copyright law was applicable thereto.¹¹ That outcome, however, is only a beginning of further questions. Copyright is an expedient form of intellectual property for protecting literary and ar-

⁵ *Advisory Group of Governmental Experts on the Protection of Computer Programs*, Copyright 1971 para 29.

⁶ See *Rahnasto* 2003 p 178.

⁷ *World Intellectual Property Organization*, L & Comp Tech 1978 ss 7(1)(b), 9. See also *Cline*, Cal L Rev 1987 p 649. Cf. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as amended (adopted 24 July 1971, entered into force 15 December 1972) 1161 UNTS 3 art 7(4) concerning works of applied art.

⁸ Draft Treaty for the Protection of Computer Software (adopted 17 June 1983) [1983] WIPO/LPCS/II/3 arts 4(1), 5.

⁹ *National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works* 1978 p 1; *Committee of Experts on the Legal Protection of Computer Software*, Copyright 1983 paras 12–13, 15, 17–18, 21–22, 29.

¹⁰ See *Sigrid – Julian*, JWIP 2009 pp 5–6, 8–9.

¹¹ *Northern Office Micro Computers (Pty) Ltd v Rosenstein* [1982] FSR 124 (Supreme Court of South Africa); *Sega Enterprises Ltd v Richards* [1983] FSR 73 (Ch); *Babolat Maillot Witt SA v Pachot* [1984] ECC 282 (Cour d'Appel de Paris); *Group of Experts on the Copyright Aspects of the Protection of Computer Software*, Copyright 1985 para 17.

tistic works, software included. Readily available was the Berne Convention, under which copyright needs not be asserted or declared but is automatically in force at creation (Berne Convention art 2(6)). Accordingly, most jurisdictions recognise copyright without any formalities as to registration.¹² In addition, copyright copes relatively well with multiple authors or right holders, or both. However, it still remains effectively undefined, what exactly is the object of expression “work”.¹³ Especially with regard to computer programs, the determination of subject matter is far from clear-cut.¹⁴

The research subject of this article is the operative copyright protection of software: when does copyright subsist in computer programs and, doctrinally, how should infringement claims in relation to software be assessed? The perspective is that of European law but, inasmuch as the great majority of legal praxis and commentary is of US origin, comparisons are made between jurisdictions on the two sides of the Atlantic. The running order is as follows: First, I provide a summary of the European Union (EU) legal framework concerning copyright protection of computer programs. Second, I consider the peculiarities of software in terms of its expression and how that affects the conceptualisation of the matter. Third, I examine the tests proposed for assessing copyright infringements in computer programs. Finally, I show that differences in national copyright systems do not negate the applicability of a harmonised test on pan-European level.

2 COMPUTER PROGRAMS DIRECTIVE 2009/24

The new Computer Programs Directive 2009/24 was issued on 23 April 2009 and entered into force on 25 May 2009. The purpose of the Directive is to codify the substantial amendments made to the original Computer Programs Directive 91/250,¹⁵ and the former supersedes the acts incorpo-

¹² The United States (US) of America did not accede to the Berne Convention until 1 March 1989. Copies of works published before that must bear the notice of copyright or risk loss of protection (*Nimmer – Nimmer* 2009 § 7.02[A]). Registration had not been a condition to the obtaining of a copyright as of 1978, but registration of a claim in the term of copyright is still necessary for works of US origin preparatory to filing a civil infringement suit in court and for statutory damages and attorney’s fees to be available to the right holder in court actions (17 USC §§ 411–412).

¹³ See *Strömholm* 1970 p 231; *Handig*, IIC 2009 pp 672–673.

¹⁴ See also *Moon*, EIPR 2009 pp 402–403.

¹⁵ Council Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs [1991] OJ L122 p 42.

rated in the latter.¹⁶ The content of the codified legislation, however, was fully preserved.¹⁷ Hence, the legislative history of Computer Programs Directive 91/250 as well as the case law and legal literature related thereto apply as such to the new Directive; references to the repealed Directive are to be construed as references to the new one.¹⁸ On paper, the Computer Programs Directive 2009/24 is a relatively comprehensive but straightforward legal instrument.

2.1 Object and beneficiaries of protection; restricted acts

In accordance with Article 1 of the Directive, member states are under an obligation to protect computer programs, which term includes also the preparatory design material, by copyright as literary works.¹⁹ Arguably also the design material ought to be functional in order to be protected as software; documents lacking such qualities would be separate literary – or artistic – works.²⁰ Software protection applies to the expression of a program in any form but, for the avoidance of doubt, it has been made clear that ideas and principles underlying the elements of a program are not protected by copyright. A program is protected if it is the author's own intellectual creation. No other criteria are to be applied to determine its eligibility for protection (Computer Programs Directive 2009/24 art 1(3)).

Pursuant to Article 3 of the Directive, protection is granted to all natural or legal persons eligible under national copyright legislation as applied to literary works. Article 2(3) explicitly provides that, where a computer program is created by an employee in the execution of her duties or following the instructions given by her employer, the employer exclusively is entitled to exercise all economic rights in the program so created, unless otherwise provided by contract.

In accordance with Article 6^{bis}(1) of the Berne Convention, an author retains the unalienable rights of attribution and integrity. Moral rights are

¹⁶ Council Directive 93/98/EEC harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights [1993] OJ L290/9 art 11(1).

¹⁷ *Commission (EU)*, COM (2008) 23 final p 2.

¹⁸ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of computer programs [2009] OJ L111/16 art 10.

¹⁹ See *Commission (EU)*, COM (88) 172 final p 170; Computer Programs Directive 2009/24 recital 7.

²⁰ See *Bing*, NIR 1999 p 284. Cf. *LA Gear Inc v Hi-Tec Sports plc* [1992] FSR 121 (CA) p 126.

not harmonised at all in the European Union, let alone in relation to software. Due to the functional nature of the subject matter, the question whether authors of computer programs in actuality enjoy moral rights in relation to their works is open to various interpretations.²¹ Under Article 9(1) of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), contracting parties have no rights or obligations conferred by Article 6^{bis} of the Berne Convention. Further, the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK) expressly provides that the rights to be identified as author and to object to derogatory treatment of work do not apply in relation to a computer program (ss 79(2)(a), 81(2)). In this paper, moral rights are not under scrutiny.

What, then, are the right holder's economic rights in copyright software? Pursuant to Article 4(1) of the Computer Programs Directive 2009/24, they include the right to do or to authorise (a) the permanent or temporary reproduction of a computer program by any means and in any form, in part or in whole; (b) the translation, adaptation, arrangement and any other alteration of a computer program and the reproduction of the results thereof; and (c) any form of distribution to the public, including the rental, of the original computer program or of copies thereof. Insofar as loading, displaying, running, transmission or storage of a program necessitates reproduction thereof, such acts are also subject to authorisation by the right holder.

With the exception of the right to control further rental of the program or a copy thereof, the first sale in the Union of a copy of a program by the right holder or with her consent exhausts under Article 4(2) the distribution right within the Union of that copy. The restricted acts of reproduction and alteration are also subject to certain exceptions.²² First, in accordance with Article 5(2) of the Directive, the making of a back-up copy by a person having a right to use the program may not be prevented by contract insofar as it is necessary for that use. Second, pursuant to Article 5(3), the person having a right to use a copy of a program is entitled to observe, study or test its functioning if she does so while performing acts that she is otherwise authorised by the right holder to do.

²¹ See *Eagles – Longdin*, IJLIT 2004 p 222 ff; *Sundara Rajan*, IJLIT 2004 p 45 ff.

²² Cf. *Grosheide*, EIPR 2001 pp 322–323; *Riis – Schovsbo*, EIPR 2007 pp 2–3.

2.2 Freedom to use; maintenance exception

The mandatory nature of the third category of acts that do not constitute an infringement is somewhat unclear. Article 5(1) of the Directive provides that, *in the absence of specific contractual provisions*, the acts referred to in points (a) and (b) of Article 4(1) do not require authorisation by the right holder where they are necessary for the use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with its intended purpose, including for error correction. However, the thirteenth recital to the Directive provides as follows:

The exclusive rights of the author to prevent the unauthorised reproduction of his work should be subject to a limited exception in the case of a computer program to allow the reproduction technically necessary for the use of that program by the lawful acquirer. This means that the acts of loading and running necessary for the use of a copy of a program which has been lawfully acquired, and the act of correction of its errors, *may not be prohibited by contract*. (emphasis added)

This conflict is of derivation from the old Directive and was not, for some reason, rectified in connection with the consolidation process.²³ In its first proposal for the old Directive, the Commission appreciated that the balance of power between producers and users of computer programs may not, due to the market strength of the software supplier, permit the licensees to negotiate equitable contract conditions, whereupon it is necessary to provide for basic principles of protection that apply regardless of specific contractual provisions.²⁴ Consequently, Article 5(1) of the proposal provided that, where a computer program has been sold or made available to the public by means other than a written license agreement signed by both parties, reproduction and alteration for the purposes of the use of the program do not require authorisation of the right holder.

The Economic and Social Committee, however, made several comments on the proposal and suggested that the present paragraph needed more precise drafting. The Committee further proposed that the exception be confined merely to apply to “reproduction by loading, displaying, running, transmission or storage”.²⁵ The European Parliament, for its part, approved

²³ See Computer Programs Directive 91/250 recital 18, art 5(1).

²⁴ *Commission (EU)*, COM (88) 816 final pp 7, 11–12.

²⁵ *Economic and Social Committee*, [1989] OJ C329 p 7.

the text proposed by the Commission but discarded the specific separation of selling and licensing by amending the formulation to its current form, “in the absence of specific contractual provisions”. In contrast, the right to make back-up copies, first introduced by the Economic and Social Committee as a discretionary entitlement, was made non-discretionary in the Opinion of the Parliament.²⁶

The Commission eventually submitted an amended proposal for the Directive, which included a great majority of the Parliament’s amendments. The recitals thereto now acknowledged that the exclusive rights of the author to prevent the unauthorised reproduction of a computer program had to be subject to a limited exception to allow the reproduction technically necessary for the use of that program by its lawful acquirer.²⁷ Accordingly, Article 5(2) provided that the license *must not* prevent either the loading and running of a copy of a computer program *or* error correction necessary for the use by the licensee in accordance with the intended purpose. In the final text adopted by the Council, this peremptory rule was confirmed in the eighteenth recital (at present the thirteenth), but the very Article 5(1) of the Directive was altered non-mandatory without deleting the reference to error correction.²⁸

How should the ability to use and correct errors in a copy of a program be interpreted? Many commentators have argued that the thirteenth recital expresses the intention of the European legislature to balance appropriately minimum rights for lawful users against the legitimate interests of the right holder, whereupon it should be granted a binding effect over the wording of Article 5(1).²⁹ That standpoint is shared also by the Commission, which is of the opinion that although it is by contract possible to “control” the restricted acts that may be carried out by the lawful user, they cannot be prevented altogether.³⁰ As regards national implementations, however, it would appear that member states have mostly opted for the non-mandatory approach, thereby ignoring the relevance of the thirteenth recital on purely legalistic grounds.³¹

²⁶ *European Parliament*, [1990] OJ C231 p 80.

²⁷ *Commission (EU)*, COM (90) 509 final p 24.

²⁸ *Dreier*, EIPR 1991 p 319.

²⁹ *Vinje*, ECLR 1992 p 169; *Ottolia*, IIC 2004 p 499 fn 43; *Välimäki* 2006 p 52; *Westkamp*, IPQ 2008 p 55.

³⁰ *Commission (EU)*, COM (2000) 199 final p 12.

³¹ See Act on Copyright in Literary and Artistic Works 1960 (Sweden) s 26g(6); Copyright Act 1961 (Finland) s 25j(5); Act on Copyright and Related Rights 1965 (Germany) s 69d(1); Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK) s 50A(1).

As of today, the Court of Justice of the European Union has yet to deliver a judgement on the issue, but the significance of the thirteenth recital has been recognised by an Advocate General in *Infopaq International*.³² The Union has exclusive competence in the establishing of the competition rules necessary for the functioning of the internal market (TFEU art 3(1) (b)). Prohibition of error correction, for instance, restricts consumer choice and deprives competitors of outlets. Taking into consideration the objectives of EU law, an authoritative comment on the Computer Programs Directive 2009/24 might well, therefore, result in Article 5(1) being modified by interpretation.³³ The Court of Justice has expressly confirmed that the “purpose and general structure” of an instrument may proffer useful guidance for legal reasoning.³⁴ In any case, contractual provisions attempting to exclude the acts necessary for the use of a program would appear to fall outside the specific subject matter of software copyright.³⁵ Such practice is thus capable of analysis under Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and may, accordingly, be found to disrupt free competition or abuse a dominant position to the detriment of consumer welfare within the internal market.³⁶

Moritz holds the view that the present conflict is only ostensible. He argues that the thirteenth recital ought to be interpreted to refer merely to further distribution of the copy of the program by the first acquirer, who must have received the copy by means of a sale in the Union, for a licensing contract would not constitute a “lawful acquisition”.³⁷ Such an interpretation cannot be concurred with. The notion of “lawful acquirer” was introduced to Article 5 in the Opinion of the European Parliament, where it was used to refer to the party to whom a computer program was either sold or made otherwise available. The amended proposal for the Directive spoke of a lawful acquirer in Article 5(1) and of a licensee in Article 5(2), but the paragraphs were later merged into one. For that reason, there are no legal

³² Opinion of AG Trstenjak in Case C-5/08 *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* delivered 12 February 2009 para 49 fn 16.

³³ See also *Committee on Intellectual Property Rights and the Emerging Information Structure* 2000 pp 205–206.

³⁴ Joined Cases C-68/94 & 30/95 *France and Others v Commission* [1998] ECR I-1375 para 168.

³⁵ *Forrester*, ECLR 1992 p 14. See also *Rajala*, LM 1995 p 848.

³⁶ Joined Cases 56 & 58/64 *Établissements Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission* [1966] ECR 299. See also *Akman*, OJLS 2009 p 278 ff.

³⁷ *Moritz*, IIC 1996 p 375. See Case C-456/06 *Peek & Cloppenburg KG v Cassina SpA* [2008] ECR I-2731 para 41.

grounds for construing the term formally *sensu stricto*, and the thirteenth recital should be read to encompass licensees as well, as implied by the last sentence thereof.³⁸

In summary, I am inclined towards the view that the acts of loading and running necessary for the use of a copy of a program which has been lawfully acquired may under no circumstances be prohibited by contract.³⁹ Similarly, the errors of the program may always be corrected. Albeit the difference between error correction and alteration is subtle – even non-existent, perhaps – the latter may be prohibited in the license agreement. It is a matter for the courts to judge, case by case, in which point an act of maintenance becomes an act of alteration.⁴⁰

2.3 Decompilation; special measures of protection

The process of translating an executable program into source code is known as decompilation. It is used to discover the technological principles of a program through analysis of its structure, function and operation.⁴¹ In accordance with Article 6(1) of the Computer Programs Directive 2009/24, decompilation that is indispensable to obtain the information necessary to achieve interoperability of independently created software with other programs does not require the authorisation of the right holder, provided that (a) decompilation is performed by a person having a right to use the program; (b) the information necessary to achieve interoperability has not previously been readily available; and (c) the process is confined to the parts of the original program that are necessary in terms of interoperability.⁴²

Freedom to decompile, however, does under Article 6(2) not permit the information obtained through its application to be (a) used for goals other than to achieve interoperability; (b) given to others, except when necessary for the interoperability of the independently created program; or (c) used for any act that infringes copyright, such as developing a computer program substantially similar in its expression. Moreover, Article 6(3) con-

³⁸ See also *Soma*, IIC 1996 p 814; *Commission (EU)*, COM (2000) 199 final p 12.

³⁹ *Raubenheimer*, IIC 1996 p 628.

⁴⁰ *Cf. United Wire Ltd v Screen Repair Services (Scotland) Ltd* [2000] UKHL 42, [2001] RPC 24 para 71.

⁴¹ *Chikofsky – Cross*, IEEE Software 1990 p 15. See also *Yang – Ward* 2003 pp 29–31.

⁴² See *Klemens* 2006 p 108 ff.

tains an explicit reference to the Berne “three-step test”.⁴³ Interestingly, though, in the Directive the second and third steps have been made disjunct by using conjunction “or”, whereas in the international treaties the steps are conjoined. Whether or not this generates any material divergences in the application of the provision is still up in the air.⁴⁴

The remaining articles of the Directive contain provisions that supplement the substantive rules described above. Pursuant to Article 7, member states must provide appropriate remedies against putting into circulation an infringing copy of a computer program and, for commercial purposes, possessing the same. Similarly, right holders are to be protected against means intended to facilitate the unauthorised circumvention of technical devices that are applied to protect a computer program (Computer Programs Directive 2009/24 art 7(1)(c)). It has been confirmed in Article 8 that the provisions of the Directive are without prejudice to any other legal provisions concerning, for example, intellectual property law or the law of contract.⁴⁵

A summary of the positions of authors and lawful users in terms of rights and entitlements under the Directive has been set forth in Table 1 below. They have been further mapped onto the provisions of international copyright treaties in order to facilitate comparisons between various systems.

Table 1. Exclusive rights and non-discretionary exceptions thereto.

Restricted acts	Directive	Berne	TRIPS	WCT
Alteration	Article 4(1)(b)	Article 12		
Any form of distribution*	Article 4(1)(c)			Article 6
Rental and further rental	Article 4(1)(c)		Article 11	Article 7
Reproduction	Article 4(1)(a)	Article 9(1)		
Exceptions	Directive	Berne	TRIPS	WCT
Decompilation for interoperability	Article 6	Article 9(2)	Article 13	Article 10(1)
Error correction	Article 5(1)	”	”	”
Making of a back-up copy	Article 5(2)	”	”	”
Observing, studying and testing	Article 5(3)	”	”	”
Use of the computer program	Article 5(1)	”	”	”

* Cf. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society [2001] OJ L167/10 art 3. See also *Commission (EU)*, SEC (2004) 995 p 8.

⁴³ Cf. Berne Convention art 9(2); Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (15 April 1994) LT/UR/A-1C/IP/1 – <http://docsonline.wto.org/> art 13; WIPO Copyright Treaty (adopted 20 December 1996, entered into force 6 March 2002) (1997) 36 ILM 65 art 10(1). See also *Cohen Jehoram*, EIPR 2009 p 409 and pt 5.3, below.

⁴⁴ This author is not aware of any case law of commentary on this specific subject.

⁴⁵ *Guibault* 2002 p 197 ff.

3 THE EXPRESSION OF WORK

In Nordic legal research, the mid-20th century denoted a passing of an epoch. Theretofore, the prevailing dogmatic method was focussed on formalistically interpreting logico-conceptual and systemic legal conceptions, a tradition appropriated from such German jurists as Puchta and, ultimately, von Savigny.⁴⁶ This constructive method was biphasic. First, conceptions were inductively framed on the grounds of the legal rules embodied in the positive law. Then, from the conceptions thus framed, new legal rules could be deductively derived.⁴⁷ The antithesis for this trend was born when the exponents of so-called analytical civil law realised that the emperor had no clothes: the factual problem-solving efficacy of such substance conceptions as “ownership” is rather petty.⁴⁸

Zitting, for instance, influenced by Ross and Kelsen, started from the assumption that ownership is just a common name used to describe a certain complex and contentually varying legal position, not an infrangible entity. Thus, instead of considering ownership as such, the focus of the dissection ought to be on the position of the owner. In the latter, various elements can analytically be separated out, such as proprietary possession (as distinct from that of a lessee or a pledgee), different forms of competence (legitimation to dispose of the property *in rem*) and the degree of dynamic protection (validity of *causae* for competing claims in different relations).⁴⁹

Similarly, copyright relates to certain cultural phenomena, which in difficult cases of interpretation must be tried to dismantle. This dismantlement, analysis, is inextricably bound to its linguistic and cultural context. Therefore, the essential elements of the idea about work related to the law of copyright are to be discussed.

3.1 Idea/expression dichotomy

In the domain of copyright law, it is a cardinal aphorism that copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of

⁴⁶ Kumm, IJCL 2009 p 409.

⁴⁷ Tuori, LM 2002 p 1298.

⁴⁸ See Pap 1972 p 305.

⁴⁹ Zitting 1951 pp 77–79. See also Honoré 1961 pp 112–124; Edmundson 2004 p 87 ff.

operation or mathematical concepts as such.⁵⁰ This doctrine, a divide between the expression of an idea and the idea itself, was explained in depth by the Supreme Court of the US first in *Baker v Selden*. The claimant claimed copyright to an original system of bookkeeping, but the action was dismissed. The Court held that exclusive rights to an invention described in a literary work are only available by means of patent, whereas copyright protects merely the description itself.⁵¹

In principle, the basic idea is clear. Copyright protection in respect of a musical work does not change, whether the work finds fixation in sheet music, tape recording or an MP3 file; similarly a computer program in which copyright subsists is protected in source and object code forms alike. An expression – but not necessarily fixation (see Berne Convention art 2(2))⁵² – is *condicio sine qua non* for a protectable work, but copyright is not exclusively confined to the specific form in which the work was first embodied. Then, again, the contents of a work *per se*, or the technique, style or mannerism used therein, are not subject to the right to prohibit by the author. The very subject matter of copyright is something in between; the “pattern of the work”, if you will.⁵³ In the Continent of Europe, analysis has tended to operate with the doctrine of inner form as distinct from content and outer form.⁵⁴

However, drawing *ex ante* the line between idea and its expression proves to be troublesome. In the US, Judge Learned Hand noted that “nobody has ever been able to fix that boundary, and nobody ever can” and “no principle can be stated as to when an imitator has gone beyond copying the ‘idea,’ and has borrowed its ‘expression’,” whereupon “decisions must ... inevitably be *ad hoc*”.⁵⁵ On the other side of the Atlantic, Lord Hailsham

⁵⁰ Computer Programs Directive 2009/24 art 1(2); TRIPS art 9(2); WCT art 2; 17 United States Code (USC) § 102(b).

⁵¹ *Baker v Selden* 101 US 99 (1879) pp 102–103. A whole range of US sources have been utilised throughout this paper. Naturally, American constructions are not directly applicable in Europe but, as analysed by Derclaye, the EU and the US are rather convergent in their statutory treatment of copyright protection of software. On that account, principles adopted in the judicial custom of the latter are capable, by and large, of serving as interpretative *guidelines* in the former (Derclaye, EIPR 2000 p 67).

⁵² Latreille, 2009 pp 139–140; Ricketson, WIPO Journal 2009 p 54. Cf. Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK) s 3(2); Copyright and Related Rights Act 2000 (Ireland) s 18(1).

⁵³ Chafee, Colum L Rev 1945 p 513.

⁵⁴ Auktorrättskommittén, SOU 1956:25 pp 136–137; Schricker 1999 p 1075; Ensthaler 2009 pp 19–20. Cf. Frow, Screen 1988 p 5. See also pt 4, below.

⁵⁵ *Nichols v Universal Pictures Corp* 45 F2d 119 (2d Cir 1930) p 121; *Peter Pan Fabrics Inc v Martin Weiner Corp* 274 F2d 487 (2d Cir 1960) p 489.

has stated the position as follows: "... it is trite law that there is no copyright on ideas ... But, of course, as the late Professor Joad used to observe, it all depends on what you mean by 'ideas'."⁵⁶

In the real world, an idea and the expression thereof may often be differentiated between only arbitrarily, or not at all. Therefore, the theoretical idea/expression dichotomy elucidates the divide on strategic level, but lacks the sort of substance that would enable one to develop general, operative interpretations thereon. Some authors have suggested that, for this reason, the present concept ought to be considered predominantly mnemonic, since it is rather irrelevant in relation to actual judgement-making.⁵⁷ In case of dispute concerning non-slavish copying, instead of studying the claimant's work as an infrangible whole, the conception thereof may be dissected into smaller elements, as suggested in the beginning of this section. By means of analytical deconstruction, such elements may thereafter be pulled apart in order to assess, whether they are dictated by external factors, taken from the public domain or in fact substantial in the sense related to the law of copyright.⁵⁸

3.2 Originality

In accordance with Article 1(3) of the Computer Programs Directive 2009/24, computer programs are protected by copyright only if they are their author's own intellectual creations, to wit original. The eight recital further provides that, in respect of the criteria to be applied in determining whether or not a computer program is an original work, no tests as to the qualitative or aesthetic merits of the program should be applied.⁵⁹ Initially, the Commission suggested that, under the Directive, the only criterion, which should be applied to determine the eligibility for protection, would be that *the work has not been copied*.⁶⁰ Applying such a very low standard would effectively have rendered computer programs entrepreneurial works,

⁵⁶ *LB (Plastics) Ltd v Swish Products Ltd* [1979] FSR 145 (HL) p 160.

⁵⁷ See *Laddie – Prescott – Vitoria* 1995 pp 837–838; *Kemppinen* 2006 p 115.

⁵⁸ *Computer Associates International Inc v Altai Inc* 982 F2d 693 (2d Cir 1992) pp 707–710; *John Richardson Computers Ltd v Flanders* [1993] FSR 497 (Ch) pp 526–527; *Computer Associates International Inc v Faster SARL* (Tribunal de commerce de Bobigny 20 January 1995). See pt 4.1, below.

⁵⁹ Cf. Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of databases [1996] OJ L77/20 recitals 16, 39.

⁶⁰ *Commission (EU)*, COM (88) 816 final p 9.

which traditionally enjoy thin protection being only protected in the form in which they are fixed.⁶¹

The central multilateral international copyright treaties do not contain a definition of originality. Nonetheless, pursuant to Article 2(8) of the Berne Convention, copyright protection does not apply to news of the day or to miscellaneous facts having the character of mere items of press information. According to a commentary of WIPO, the administrator of the Convention, the present article confirms the general principle that, for a work to be protected, it must contain a *sufficient* element of intellectual creation.⁶² The Court of Justice has discussed the meaning of intellectual creation under EU law for the first time in *Infopaq International*.⁶³ As regards newspaper articles, intellectual creation is evidenced “from the form, the manner in which the subject is presented and the linguistic expression”. Thus, authors of literary works may express their creativity in an original manner through the choice, sequence and combination of words.⁶⁴ Achieving a computer program that is an intellectual creation should arguably *mutatis mutandis* follow the same criteria (*arg. Computer Programs Directive 2009/24 art 1(1)*).

Prior to the enactment of the Computer Programs Directive 91/250, in European civil law jurisdictions originality was assessed on subjective grounds. Kivimäki, for instance, argued that a work is original if, compared to other works, it may be considered fundamentally novel or inventive, attesting to individual creativity.⁶⁵ Accordingly, in the 1985 German *cause célèbre* concerning the legal protection of computer programs, individual *geistige Schöpfung* was required.⁶⁶ In England and Wales, the conception of originality has traditionally meant that the author must have exercised the requisite labour and/or skill in producing the work, but the originality threshold has been set at a lower level.⁶⁷ Subsequent to harmonisation measures within the EU, however, the German Federal Supreme

⁶¹ See *Bently – Sherman* 2009 pp 111–112.

⁶² *Masouyé – Wallace* 1978 p 23.

⁶³ Case C-5/08 *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* [2009] ECDR 16.

⁶⁴ *Ibid.* paras 44–45.

⁶⁵ *Kivimäki* 1948 p 75. See also *Mylly*, LM 2005 p 753 regarding the requirement of subjective novelty.

⁶⁶ *Inkasso-Programm* [1985] I ZR 52/83, [1986] ECC 498 (BGH) para 35.

⁶⁷ *University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd* [1916] 2 Ch 601 p 609; *Ladbroke (Football) Ltd v William Hill (Football) Ltd* [1964] 1 All ER 465 (HL) p 469; *Interlego AG v Tyco Industries Inc* [1988] RPC 343 (PC Hong Kong) p 371.

Court concluded in 2005 that “*nur eine gänzlich banale Programmierleistung*” would not give rise to an original work.⁶⁸

In summary, the threshold requirement under EU law is rather low, but completely trivial programs or elements thereof are not eligible for protection. In this regard, the civil and common law systems have closed on one another, as the traditional continental standard has been reduced in qualitative terms so as to accentuate the objective aspects of originality.⁶⁹ It is worth noting, however, that nothing is created completely from scratch, but creation is mostly composed of acts of imitation.⁷⁰ This aspect is particularly salient in the domain of software.⁷¹ Each workable computer program is founded on extensive skills in software design which, in practice, stands for previous works; most elements are developed in a cumulative and incremental fashion.

Copyright protection does not apply to generalised algorithms or well-known programming routines and sequences (Computer Programs Directive 2009/24 recital 11).⁷² But in accordance with Article 2(5) of the Berne Convention, even if each module of a computer program was unoriginal as such, the program as a whole may be protected, should the systems architecture thereof constitute an intellectual creation.⁷³ In order to analyse a computer program in terms of legal protection, one should conceptually be able to break the program down into unoriginal and original parts as well as into unoriginal and original construction so as to perceive the extent of protection, *viz.* the literary and non-literary elements having relevance in a potential infringement assessment.⁷⁴

⁶⁸ *Fash 2000* [2005] I ZR 111/02, [2006] ECC 28 (BGH) para 10.

⁶⁹ See *Rosén* 1995 p 17; *Haarmann* 2005 p 58; *Waisman*, EIPR 2009 p 373.

⁷⁰ *Emerson v Davies* 8 F Cas 615 (Cir Mass 1845) p 619.

⁷¹ *Samuelson and others*, Colum L Rev 1994 pp 2330–2332; *Nakayama* 1998.

⁷² See also *Fromm – Nordemann* 1998 pp 205–206.

⁷³ *Nordell*, NIR 2001 p 82 notes that originality distinguishes “creations” from pure information.

⁷⁴ *Ibcos Computers Ltd v Barclays Mercantile Highland Finance Ltd* [1994] FSR 275 (Ch) pp 289–291, 296–297; *Cantor Fitzgerald International v Tradition (UK) Ltd* [2000] RPC 95 (Ch) paras 76–77. See also *Apple Computer Inc v Microsoft Corp* 35 F3d 1435 (9th Cir 1994) p 1443; *Lotus Development Corp v Borland International Inc* 49 F3d 807 (1st Cir 1995) p 818 and pt 4.2, below.

3.3 Software as literary work

Initially, “literary works” meant just that, namely works of literature such as books, pamphlets and other writings.⁷⁵ In the course of time, the meaning of literary work has by statutory means been expanded far off the core content. To take an example of such legislative expansion, the present category includes nowadays, because enacted so, in the Nordic countries maps and other descriptive drawings as well as graphically or three-dimensionally executed works;⁷⁶ in the United Kingdom (UK) tables, compilations and databases;⁷⁷ and in the whole Union computer programs including their preparatory design material.⁷⁸

The words “computer program” are not defined for the purposes of the Computer Programs Directive 2009/24. The Commission took originally an attitude that any definition in an act of what constitutes a program would of necessity before long lag the pace of technological development.⁷⁹ WIPO’s model provisions did contain a definition, according to which computer program means a set of instructions capable, when transformed into a machine-readable form, of causing a computer to achieve a particular result.⁸⁰ It is in the public domain that, as a consequence of human factors in the programming task, software almost inevitably contains some mistakes, so-called “bugs”.⁸¹ Software bugs that produce an incorrect or unexpected result in the execution of a program do not render it non-protectable, but completely unworkable software arguably does not fit the description.

According to Samuelson and others, there are in addition four other characteristics that make computer programs dissimilar to all other literary works. First, the value of a computer program is predominantly concen-

⁷⁵ See Copyright Act 1709 (8 Anne c 19) – <http://www.copyrighthistory.org/>, accessed 8 January 2010; Convention Concerning the Creation of an International Union for the Protection of Literary and Artistic Works (adopted 9 September 1886, entered into force 5 December 1887) – <http://oup.com/uk/booksites/content/9780198259466/15550015>, accessed 23 October 2009.

⁷⁶ Act on Copyright in Literary and Artistic Works 1960 (Sweden) s 1(2); Copyright Act 1961 (Finland) s 1(2).

⁷⁷ Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK) s 3(1).

⁷⁸ *E.g.* Act on Copyright and Related Rights 1965 (Germany) ss 2(1)(1), 69a(1).

⁷⁹ *Commission (EU)*, COM (88) 816 final p 9.

⁸⁰ *World Intellectual Property Organization*, L & Comp Tech 1978 s 1(i).

⁸¹ See *Menabrea – King* 1842; *Kidwell*, IEEE Annals of the History of Computing 1998 p 6.

trated in the *behaviour*, not text, thereof.⁸² Second, the code and behaviour of a computer program are *independent* from one another, for the same functionality can normally be achieved in several ways. Third, computer programs are actually *machines* that have been constructed in the medium of text. Fourth, owing to the need for interoperability,⁸³ backwards-compatibility included, strong *reliance on prior art* and technical standards is archetypical of software engineering.⁸⁴ In summary, computer programs have a dual nature as both textual code and a useful device bringing out a specific set of behaviours.⁸⁵

Due to this dual nature, software is not purely and simply sequences of words according to which a computer works. Granted, source code is being compiled to object code that may be executed so as to achieve a particular result. Source code is nevertheless merely *a* manifestation of a computer program. It is too broad a generalisation to say that exactly the source code would be protected as an expression of the work.⁸⁶ In accordance with Computer Programs Directive 2009/24, computer programs are protected in any manner and form from preparatory design work to source code to compiled, executable software, provided that the nature of work is such that a workable computer program may result from it at a later stage. Talk about dual nature does not mean that behaviour would enjoy separate protection, but copyright is vested in modes that through intermediate phases *aim for* certain behaviour.⁸⁷

The literary portion of a computer program, *i.e.* the source code, can be a valuable asset,⁸⁸ but commentators have argued that the most important property of programs is the set of results brought about when the instructions therein are executed.⁸⁹ This is central, inasmuch as few other descrip-

⁸² Cf. *Brigid Foley Ltd v Elliott* [1982] RPC 433 (Ch) p 434; *Computer Edge Pty Ltd v Apple Computer Inc* [1986] FSR 537 (High Court of Australia) pp 549, 566–567.

⁸³ See pt 2.3, above.

⁸⁴ *Samuelson and others*, Colum L Rev 1994 pp 2315–2316.

⁸⁵ *Committee on Intellectual Property Rights and the Emerging Information Structure* 2000 p 192.

⁸⁶ See Computer Programs Directive 2009/24 recital 7. Cf. *Miller*, EIPR 1990 pp 348–349; *ESX v Tech Com* [1995] Expertises 161 (Tribunal de Commerce de Créteil); *Tauchert*, IIC 2000 p 819.

⁸⁷ *Kemppinen* 2006 p 236. See also *John Richardson Computers Ltd v Flanders* (n 58) p 527; *Ibcos* (n 73) p 302.

⁸⁸ *Suenson-Taylor*, Accountancy 2001 p 117; *Coffee*, eWeek 2004 p 54; *Cha and others* 2008 p 95.

⁸⁹ *Samuelson and others*, Colum L Rev 1994 p 2316. Cf. *Spinellis*, IEEE Software 2006 p 100.

tions of work under copyright law are to be determined functionally, assessing from the final result.⁹⁰ In addition to computer programs, for example musical compositions and maps are created so as to achieve a particular result, not for the sake of coding, scoring or drawing. Elements of pitch, rhythm, dynamics, timbre and texture inextricably contribute to how one experiences a musical work.⁹¹ Maps, for their part, are visual representations of an area highlighting relationships between elements thereof using symbolic depiction. What distinguishes computer programs from the foregoing categories is that with the first-mentioned, the writing and result are independent from one another in respect that the same code may beget different behaviour, depending on the hardware and software environment.⁹²

Computer programs are abstractions at best. In contrast to architectural works, for instance, whose structure is a static attribute, the structure of a computer program exists only in terms of dynamics and the operational environment. Therefore, at each stage of examination, the structure of a program may be manifested differently.⁹³ Programs are, functionally speaking, machines whose behaviour may become evident through their user interface, but which themselves cannot unambiguously be described, since it is possible to delineate a program in many true ways. The interconnection between various descriptions is often unclear or uncertain and hard to situate in a hierarchy.⁹⁴ However, inasmuch as the right holder has an exclusive right to do or to authorise the translation, adaptation, arrangement and any other alteration of a computer program, some criterion is needed, according to which an infringing copy may be recognised. Such tests are discussed in the following section.

⁹⁰ Cf. *Green v Broadcasting Corp of New Zealand* [1989] RPC 700 (PC New Zealand) p 702.

⁹¹ See *Rahmatian*, IPQ 2005 p 267 ff.

⁹² *Kemppinen* 2006 p 235. Certainly, the same musical work may sound widely different in different occasions by reason of, *inter alia*, the abilities of the performers, but the interdependence of the work and its effect is ordinarily more extensive than with software; cf. *Ross* 1959 p 6. See also *National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works* 1978 p 32.

⁹³ See *Apple Computer Inc v Franklin Computer Corp* 545 F Supp 812 (ED Pa 1982) p 820; *Computer Associates International Inc v Altai Inc* 775 F Supp 544 (EDNY 1991) pp 559–560. As regards the applicability and relevance of such *dicta*, see n 51, above.

⁹⁴ *Brooks*, Computer 1987 pp 11–12.

4 DERIVATIVE SOFTWARE

In order for a work to be protected by copyright, it is necessary to show that the work satisfies the particular requirements that are imposed on it (Berne Convention art 2).⁹⁵ Should a work lie outside these boundaries, it does not qualify for protection at all. That being so, a computer program that is not an intellectual creation of its author but a platitudinous executable cobbled together from pre-existing snippets of code is not original and therefore not protected.⁹⁶ Similarly, the protection of Berne Convention does not apply to utilitarian items of press information, which are presupposed to lack intellectual creation (Berne Convention art 2(8)).

Furthermore, as regards protected works, merely acts that fall within the restricted category of the right holder's exclusive rights may constitute a copyright infringement. The assessment of both protectability and infringement is categorical, not quantitative, and imitation is *e contrario* permissible as long as it is directed towards unprotected elements or resorts to no prohibited methods, or both.⁹⁷ In the area of intellectual property law, property rights are created in a range of subject matters but, allegedly for the sake of freedom of competition, there is a limited list of recognised phenomena.⁹⁸ Therefore, if a form of mental or creative labour is not encompassed by this *numerus clausus*, the holder of the property lacks the right to exclude others therefrom, save where the set of provisions concerning unfair competition provides to the contrary.⁹⁹

However, as noted above, when a computer program is translated, adapted, arranged or altered in any other way, the program proper remains the same for copyright purposes.¹⁰⁰ Such alterations are merely expressions of the original work. The person who alters a program is granted copyright in the alteration, but her right to dispose of it is derivative on the core copyright (Computer Programs Directive 2009/24 art 4(1)(b)).¹⁰¹ Some Conti-

⁹⁵ Cf. Convention on the Grant of European Patents, as amended (adopted 5 October 1973, entered into force 7 October 1977) [2003] 4 OJ EPO Spec Ed 55 arts 52–57.

⁹⁶ See text to n 68, above.

⁹⁷ See *American Safety Table Co v Schreiber* 269 F2d 255 (2d Cir 1959) p 272; *Spence*, LQR 1996 pp 482–483. See also *Geiger*, IIC 2004 p 272.

⁹⁸ *Consten and Grundig v Commission* (n 36) p 342; Case C-38/98 *Régie nationale des usines Renault SA v Maxicar SpA and Orazio Formento* [2000] ECR I-2973 para 31.

⁹⁹ Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as amended (adopted 14 July 1967, entered into force 26 April 1970) 828 UNTS 305 art 1(2). See also *Kamperman Sanders* 2009 p 573.

¹⁰⁰ See pt 3.1, above.

¹⁰¹ See also *Raz* 1988 pp 168–170.

mental copyright statutes include a concept of “free connection with another work”. Thereby, if a person has drawn freely on a work to create a new and independent work, her copyright is not subject to the right in the original work.¹⁰² The provision pertains to situations where the inspiration for creating an original work comes from a pre-existing work, but where the latter is not being utilised in an infringing manner. As regards alterations, the form of the underlying work is preserved so that the final result is likely to arouse an experience of similitude between the works. Under free connection, however, the new work cannot be identified with the pre-existing one,¹⁰³ or the connection is insomuch loose that it is deemed to have no relevance to the matter in terms of copyright.¹⁰⁴

A new and independent work, drawn in free connection with another work, was held to be at hand in case KKO 1979 II 64. The defendant had painted a picture drawing on a published photograph made by the claimant. The defendant had exhibited the picture in public and offered it for sale. The Supreme Court of Finland held, however, that the picture was not a copy of the photograph, but a new and independent work that had been created “on the basis” of the latter. Taking into consideration the principle of free connection with another work, finding expression in section 4(2) of the Copyright Act 1961 (Finland), the charge and claim for damages with which the defendant was proceeded against were dismissed.¹⁰⁵

Conceptual sorting of this sort, nonetheless, is in practice reiterating the classical dichotomy between an idea and the method of implementation. Provisions regarding free connection are dispensable in the sense that the outcome was the same even without that section of law.¹⁰⁶ They may elucidate the legal state but provide no help for the very task of assessing similarity. After all, infringement disputes may be reduced to a question whether two or more works are similar to the extent that, in legal terms, they are to be considered one and the same.¹⁰⁷

¹⁰² See Act on Copyright and Related Rights 1965 (Germany) s 24(1); Act on Copyright in Literary and Artistic Works 1960 (Sweden) s 4(2); Copyright Act 1961 (Finland) s 4(2).

¹⁰³ *Auktoritetskommittén*, SOU 1956:25 p 136; *Harenko – Niiranen – Tarkela* 2006 p 59.

¹⁰⁴ KKO 1971 II 44; NJA 2005 s 905. See also *Hietanen*, DL 2009 p 154 concerning parody as a limitation on copyright.

¹⁰⁵ KKO 1979 II 64. *Cf.* KKO 1964 II 59, where the Court held that the defendant’s work was not an adaptation of the claimant’s work, but congruences between those two works were a consequence of the fact that both parties had in the preparation of their books, respectively, leant on foreign texts on the same field.

¹⁰⁶ *Haarmann* 2005 pp 64–66; *Kemppinen* 2006 p 146.

¹⁰⁷ *Cf. Zhao – Zhao*, CIT 2009 p 159.

The problem is the area residing in the continuum between two original works. In social terms, originality is an continuous magnitude, for in the real world it is possible to separate out, for example, an extremely original, a remarkably original, a somewhat original, a slightly original and a minimally original work from a direct plagiarist. But a judge must use discrete values: a work or an element thereof is either original or not.¹⁰⁸ Should the answer be in the negative, any possible rights in such a derivative work are *prima facie* subject to authorisation by the right holder of the pre-existing work upon which it is based.

4.1 Abstraction–filtration–comparison test

The analytic dissection of software in order to isolate protectable expression has been elaborated furthest in the US. There, the test for assessing copyright infringement claims with regard to computer programs is founded on the statutory notion of a “derivative work”, which is in 17 USC § 101 defined to mean

... a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications, which, as a whole, represent an original work of authorship, is a “derivative work”.

17 USC § 103(b) further provides that the copyright in a derivative work extends only to the material contributed by the author of such work, as distinguished from the pre-existing material employed in the work, and does not imply any exclusive right in the pre-existing material. The provisions concerning derivative works accentuate copyright’s nature as a negative right.¹⁰⁹ A translator of a novel has the right to prohibit other persons from acting in certain ways in respect of her translation, irrespective of the fact that her right is derived and therefore dependent upon the copyright in the novel.

¹⁰⁸ See also *Dworkin* 1977 p 59.

¹⁰⁹ See *Alfred Bell & Co v Catalda Fine Arts* 191 F2d 99 (2d Cir 1951) p 103 fn 16; *CIR v Ferrer* 304 F2d 125 (2d Cir 1962) p 133.

As for substantive aspects, in any suit for direct copyright infringement, the claimant must establish that it is the holder of a valid copyright or has the right of action as the proper party in respect of such copyright, and that the defendant has copied the copyright work.¹¹⁰ It is settled case law that the defendant's copying, in the US, may be established either by direct evidence or by showing that it has had access to the copyright work, and the work in dispute is substantially similar to pre-existing material.¹¹¹ The requirement of substantiality means that copying as such does not forge legal consequences unless it has occurred to a certain extent.¹¹² Substantial similarity is a legal proposition, the question of which arises once probative evidence of plagiarism has been observed.¹¹³

Not surprisingly, Americans have found it extremely difficult to extrapolate the measure of similarity that in fact constitutes a substantial similarity. It appears that there is no commensurable rule but the outcome of the analysis varies according to the amount of creative effort put in the work. Depending on the latter, in some circumstances substantial similarity may be found on a relatively low level, whereas in some cases the threshold is considerably high.¹¹⁴ In any event, the assessment of substantiality should be made in relation to the claimant's work. If the copied fragments are either in quantitative or qualitative terms substantial parts of the original work, the trier of fact may properly find infringing similarity, irrespective of their significance in defendant's work.¹¹⁵ At the end of the day, a decision on substantial similarity is a subjective value statement.¹¹⁶

It stands to reason that the literal elements of a computer program, namely the source and object code thereof, are subject of copyright protection (17 USC § 101).¹¹⁷ In addition, copyright protection generally extends beyond the strictly textual form of a literary work to its non-literal components in a way that, for the purposes of copyright infringement, two works do not have to be literally identical to be found to be substantially simi-

¹¹⁰ *Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Co Inc* 499 US 340 (1991) p 361. On the standing to sue, see *Nimmer – Nimmer* 2009 § 12.02. Cf. *Sorvari* 2007 p 399.

¹¹¹ *Novelty Textile Mills Inc v Joan Fabrics Corp* 558 F2d 1090 (2d Cir 1977) p 1092; *Robert R Jones Associates Inc v Nino Homes* 858 F2d 274 (6th Cir 1988) pp 276–277; *Laureyssens v Idea Group Inc* 964 F2d 131 (2d Cir 1992) p 140.

¹¹² *Newton v Diamond* 388 F3d 1189 (9th Cir 2004) p 1193.

¹¹³ See *Latman*, Colum L Rev 1990 p 1189.

¹¹⁴ *Nimmer – Nimmer* 2009 § 13.03[A].

¹¹⁵ *Ibid.* § 13.03[A][2]. Cf. *Bridgeport Music Inc v Dimension Films* 410 F3d 792 (6th Cir 2005) p 801.

¹¹⁶ See *Folsom v Marsh* 9 F Cas 342 (Cir Mass 1841).

¹¹⁷ *Report from the Committee on the Judiciary*, HR (1976) 94-1476 p 54.

lar.¹¹⁸ Due to the nature of such similarity, the finding that the fundamental pattern of one work is duplicated in another necessitates a certain level of abstraction.¹¹⁹ The legal praxis of US courts contains, roughly speaking, two competing proposals for the appropriate test for substantial similarity in the non-literal elements of computer programs.

The first test was formulated by the US Court of Appeals for the Third Circuit in *Whelan*.¹²⁰ According to the court, computer programs are utilitarian works whose idea is the purpose or function thereof. As a consequence, everything that is not necessary for that function is expression. Hence, where there are various means of achieving a desired purpose, a particular means enjoys copyright protection.¹²¹ The “structure” of a program, for example, is such a means.¹²² For determining substantial similarity in software cases, the Third Circuit shared the view that, as a result of the complex materials involved in such cases, expert testimony is essential to the analysis, for no lay person is able to tell, which parts of a computer program repeat trivial matters and which are results of creative selection.¹²³ In conclusion, however, the *Whelan* test assumes that only one idea, such as “the efficient management of a dental laboratory”, underlies any computer program and that substantial similarity may be established by comparing parts that handle most important tasks of programs.¹²⁴ Such static abstraction process leads to expansive interpretation of expression and would, in practice, signify very strong copyright protection for software architecture.

An antithesis was to follow. The Second Circuit faced in *Altai* perceptibly the same problem as was present in *Whelan* but, apart from the stand on the relevance of expert testimony, declined to follow its *ratio decidendi* on the grounds that each software component has its own purpose, whereupon a monolithic description is ineluctably inadequate.¹²⁵ Instead, the court suggested that, when determining whether non-literal elements of software are substantially similar, (a) the allegedly infringed program must

¹¹⁸ *Nichols v Universal Pictures Corp* (n 55) p 121; *Horgan v Macmillan Inc* 789 F2d 157 (2d Cir 1986) p 162; *Stewart v Abend* 495 US 207 (1990) p 238.

¹¹⁹ *Nimmer – Nimmer* 2009 § 13.03[A][1].

¹²⁰ *Whelan Associates Inc v Jaslow Dental Laboratory Inc* 797 F2d 1222 (3d Cir 1986).

¹²¹ *Ibid.* pp 1236–1237.

¹²² *Cf.* pt 3.3, above.

¹²³ See *EF Johnson Co v Uniden Corp of America* 623 F Supp 1485 (D Minn 1985) p 1493. See also Federal Rules of Evidence r 706(a).

¹²⁴ *Whelan* (n 120) pp 1236 fn 28, 1246. See also *Karjala*, EIPR 1994 p 59.

¹²⁵ *Altai* (n 58) pp 697–698.

be abstracted into its constituent structural parts, (b) protectable expression therein must be filtered from non-protectable material and (c) the results must be compared against the material structure of the allegedly infringing program.¹²⁶

Consequently, the nature and thereby level of abstraction in the *Altai* test is quite different. Under this approach, the manifestations of a computer program are weighted in the similarity assessment on the grounds of their “ontology”. Main weight is placed on the code itself and the importance credited with similarity is gradually reduced as the examination passes from less concrete to completely abstract elements.¹²⁷ By implication, it is primarily for the patent law to offer protection for software architecture, inasmuch as copyright protection is concentrated predominantly on the most concrete, textual elements.¹²⁸

4.2 Ibcos test

The abstraction–filtration–comparison method has been widely adopted in the US case law. According to Lemley and others, since *Altai*, in each tried case where the court has had to determine substantial similarity in the non-literal aspects of computer programs, the present method has been chosen over that of *Whelan*.¹²⁹ In the UK, however, the test of abstraction and filtration of the “core of protectable expression” was disapproved in the landmark case of *Ibcos*, on the grounds that examining the structural components at each level of abstraction to determine whether their particular inclusion at that level is “idea” merely complicates the matter and does not represent the English law.¹³⁰

Instead, the Chancery Division held that, for any claim in copyright, it suffices to adopt a statutory four-stage test. In accordance with the provisions of the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK), the questions to be asked are as follows:¹³¹

¹²⁶ *Ibid.* p 706.

¹²⁷ *Rinck*, EIPR 1992 p 352.

¹²⁸ See *Gottschalk v Benson* 409 US 63 (1972) p 71; *Diamond v Diehr* 450 US 175 (1981); *Gable – Leahey*, RCTLJ 1991 p 137; *Barton* 1993 p 265. See also *Re Bilski* 545 F3d 943 (Fed Cir 2008) p 1010.

¹²⁹ *Lemley and others* 2006 p 54.

¹³⁰ *Ibcos* (n 73) p 302. Cf. *Total Information Processing Systems Ltd v Daman Ltd* [1992] FSR 171 (Ch) pp 180–181.

¹³¹ *Ibcos* (n 73) p 289.

- (a) What are the work or works in which the claimant claims copyright?
- (b) Is each such work original?
- (c) Was there copying from that work?
- (d) If there was copying, has a substantial part of that work been reproduced?

Under the *Ibcos* test, computer programs are seen as compilations of inter-related software modules. Each individual module may be subject to copyright protection, provided that it outruns the threshold of originality.¹³² In addition, the computer program *per se* may enjoy copyright protection as a compilation, including for the structure and design features thereof.¹³³ Inasmuch as the copyright subsisting in the whole program pertains to the particular manner of combining various modules, such compilation protection for software architecture is somewhat thin and easy to circumvent. If in a trial it has been established that there has been copying from a computer program to another, it is a value judgement of the court to assess whether such appropriation is greater than or equal to the abstraction of “substantial part”.¹³⁴

The last-mentioned was discussed in further detail in *Cantor Fitzgerald*. Programming languages differ from human languages in the fact that their specification is far stricter and more vulnerable to errors. Whereas literary works addressed to humans may well *work* in spite of solecisms, literary works whose only purpose is to make a machine operate must follow the defined syntactic and semantic rules, which inevitably affects the available forms of expression. This might lead to a conclusion that, for the purposes of copyright law, each part of a computer program would be substantial. It is, however, on the contrary: modules whose expression does not demonstrate relevant skill and labour expended by the author do not meet the prerequisite for the subsistence of copyright and are therefore filtered out from the test of substantiality as non-protected.¹³⁵

It should be noted that whilst both the *Altai* and *Ibcos* tests have been formulated to proceed in a certain strict order, the structures thereof are not commensurable. Under the latter, the first three questions act merely as a starting point for the analytical deconstruction. These preliminary phases pertain to the work as a whole and must, by reason of the subject matter, be

¹³² See also *Infopaq International* (n 63) para 39.

¹³³ *Ibcos* (n 73) pp 292–293; *Cantor Fitzgerald* (n 73) para 77.

¹³⁴ Cf. text to n 116, above.

¹³⁵ *Cantor Fitzgerald* (n 73) paras 73–76.

conducted successively. The fourth question, *i.e.* the substantiality assessment in relation to various elements of the work, is a similar enquiry to that of the *Altai* test but without the sequential straightjacket of the abstraction–filtration–comparison methodology.

The substantiality of appropriated parts must be judged against the collection of modules viewed *en bloc*. In so doing, the importance of what has been taken in relation to the defendant’s software is of no relevance, for the impression is exclusively dependent upon the role that the incorporated features play in the original work.¹³⁶ The application of the *Ibcos* test is strongly connected with the doctrine of substantial part.¹³⁷ However, most civil law copyright acts contain no corresponding statutory notion. Would the present test, nevertheless, be applicable in whole the Union? In order to answer that question, the issue of substantiality, together with other potential material divergences between the common law systems and Continental jurisdictions in their treatment of copyright, must still be examined.

5 APPLICABILITY OF UNION-WIDE TEST

It is an often-repeated utterance that the common law copyright model is primarily directed towards the protection granted in the marketplace, whereas the civil law *droit d’auteur* more clearly protects the personality of an author.¹³⁸ Such variations in the foci stem from different premises having been used to justify the creation of a monopoly with regard to certain creations of human intelligence.¹³⁹ Whereas the founding fathers of the US enacted that authors ought for a limited time to enjoy exclusive rights to their works “to promote the Progress of Science and useful Arts” (Constitution (US) art I, § 8, cl 8), the Romanicists and Germanists derived the legitimacy of copyright from the *Persönlichkeitsrecht* of the author.¹⁴⁰

Emphasising the promotion of public interest is typical for the Anglo-American doctrine, but that does not mean that it would be free from orientations as to authors; already the Copyright Act 1709 (8 Anne c 19)

¹³⁶ *Warwick Film Productions Ltd v Eisinger* [1969] 1 Ch 508 p 533; *Designers Guild Ltd v Russell Williams (Textiles) Ltd* [2000] 1 WLR 2416 (HL) p 2426.

¹³⁷ See *Deazley* 2004 pp 79–85.

¹³⁸ *Stewart* 1983 pp 6–8; *Rahmatian*, Ent L R 2000 p 97; *Guibault* 2002 pp 7–8; *von Lewinski* 2008 p 33.

¹³⁹ See *Plant*, *Economica* 1934 pp 169–170.

¹⁴⁰ See *Gierke* 1895 pp 764–768; *Kohler* 1907 pp 15–16.

speaks of protecting them from “their very great detriment”. Comparably, the reports of the French revolutionary parliaments contain also society-centred views.¹⁴¹ Protecting the economic value of one’s work¹⁴² or protecting the creative personality that has been embodied in a work¹⁴³ – in the end, it is a matter of justifications given to a particular legal institution which, irrespective of philosophical roots, both financially rewards authors and enables dissemination of their creations to the public.¹⁴⁴

Starting from a given premise tends to lead to certain propositions. To that end, for example, a UK copyright is transmissible by assignment (Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK) s 90(1)), whereas in those authors’ right states that have adopted a monistic theory thereof an author may, at most, grant an exclusive license to use the work in particular manners.¹⁴⁵ Where economic and moral rights are seen as separate elements of author’s legal position, copyright may with binding effect be assigned in full or in part, subject to the provision that moral rights may be waived only in relation to uses that are limited as to their character and scope.¹⁴⁶ What is more relevant in this context, however, is the fact that the commercial results, *i.e.* conclusions, appear not to be that dissimilar.¹⁴⁷ Therefore, the following examination is focussed on the three issues that, possibly, have the ability to influence the substantial outcome of this study, namely the criteria, scope and exceptions of protection.

5.1 Subsistence of copyright

The concept of originality with regard to computer programs has already been discussed.¹⁴⁸ EU secondary legislation contains a statutory definition of the concept, according to which originality is parallel to being “the author’s own intellectual creation” (Computer Programs Directive 2009/24

¹⁴¹ *Le Chapelier – Baetens* 1791.

¹⁴² *Locke* 1698 para 42.

¹⁴³ *Neustetel* 1824 p 30.

¹⁴⁴ See *Lilla Montagnani – Borghi*, IJCLP 2008 pp 248–249.

¹⁴⁵ Act on Copyright in Literary and Artistic Works and Related Rights 1936 (Austria) s 24(1); Act on Copyright and Related Rights 1965 (Germany) s 31(1). See *Rahmatian*, Ent L R 2000 p 101.

¹⁴⁶ Act on Copyright in Literary and Artistic Works 1960 (Sweden) ss 3(3), 27(1); Copyright Act 1961 (Finland) ss 3(3), 27(1).

¹⁴⁷ See *Goldstein* 2001 p 4; *Kemppinen* 2006 p 92; *Dutfield – Suthersanen* 2008 p 78 ff. See also *Ginsburg*, Tul L Rev 1990 p 1023.

¹⁴⁸ See pt 3.2, above.

art 1(3)), a notion acquired from Article 2(5) of the Berne Convention.¹⁴⁹ The meaning of intellectual creation was further elaborated by the Court of Justice in *Infopaq International*. On the grounds of the considerations expressed therein, it appears that originality in software modules is to be found relatively easily so as to give copyright protection a broad interpretation.¹⁵⁰ Considered in isolation, generalised algorithms are not intellectual creations as such, but through choice, sequence and combination of algorithms, an intellectual creation may result.¹⁵¹

The criteria for determining whether or not a computer program is an original work, set forth in the Computer Programs Directive 2009/24, has been incorporated as such into section 69a(3) of the Act on Copyright and Related Rights 1965 (Germany). In the UK, a reference to “intellectual creation” is used in the act only in respect of databases (Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK) s 3A(2)). Otherwise courts are still operating under the terminology of author’s skill and labour, which copyright is said to protect;¹⁵² both *Ibcos* and *Cantor Fitzgerald* refer to such qualities as the test of originality.¹⁵³ Nordic copyright acts do not expressly mention originality at all, but the requirement has been considered an implicit attribute of the verb “create”, as distinct from “produce”.¹⁵⁴ However, the Supreme Court of Finland affirmed in case KKO 2008:45 the court of appeal’s judgement in which the originality of computer programs was assessed by virtue of the Computer Programs Directive 91/250.¹⁵⁵

The effect of *Infopaq International* on the legal praxis in member states remains yet to be seen. In any event, the Court of Justice has recurrently stressed that the need for uniform application of EU law and the principle of equality require that provisions that make no express reference to the law of member states for the purpose of determining their meaning and scope must be given an autonomous and homogenous interpretation

¹⁴⁹ See also Databases Directive 96/9 art 3(1); Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council on the term of protection of copyright and certain related rights [2006] OJ L372/12 art 6.

¹⁵⁰ *Arg. Infopaq International* (n 63) paras 36, 40–43.

¹⁵¹ *Ibid.* para 45. See also *Koktvedgaard* 1999 p 64.

¹⁵² See *Laddie – Prescott – Vitoria* 1995 p 47 ff.

¹⁵³ *Ibcos* (n 73) p 303; *Cantor Fitzgerald* (n 73) para 76.

¹⁵⁴ Act on Copyright in Literary and Artistic Works 1960 (Sweden) s 1(1); Copyright Act 1961 (Finland) s 1(1). See *Tekijänoikeuskomitea*, KM 1953:5 p 44; *Kivimäki* 1966 p 48.

¹⁵⁵ KKO 2008:45 para 4. Cf. *Karnell*, Sc St L 2002 p 78.

throughout the Union.¹⁵⁶ Arguably, therefore, variations in the national nomenclature should have no material effect on the subsistence of copyright in computer programs and hence the second stage of the *Ibcos* test.

5.2 Infringement assessment

Pursuant to section 16(3)(a) of the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK), an act restricted by the copyright in a work may be done in relation to the work as a whole or any substantial part of it. Accordingly, the fourth stage of the *Ibcos* test speaks about reproducing a substantial part of a computer program. In the European legislation, the concept of substantiality can be found in Chapter III of the Databases Directive 96/9 concerning the *sui generis* right. Taking the nature and preconditions of such right into consideration, however, it is doubtful whether the provisions therein and the case law regarding their interpretation could be of use in respect of copyright proper (*arg.* Databases Directive 96/9 arts 1(2), 1(3), 7). The phrase “substantial part” has no statutory definition, so that it has been for the judiciary to endeavour to phrase the more precise meaning and scope thereof.¹⁵⁷

As noted above, the substantiality of the part of the work copied is not a statutory prerequisite for infringement in most parts of the Union. Rather, it is a common legislative solution that the copyright act contains an express or implied prohibition of infringement and, in accordance with the Enforcement Directive 2004/48, the list of remedies applying thereto without further elucidating what exactly constitutes an infringement.¹⁵⁸ In practice, the dividing line between permitted and prohibited copying and alteration is determined by comparison of similarity between two works (*cf.* Computer Programs Directive 2009/24 art 6(2)(c)). Presentation of evidence by expert witnesses is heard in the trial regarding to what extent the pre-existing work and the allegedly infringing copy thereof are similar in

¹⁵⁶ Case C-245/00 *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten v Nederlandse Omroep Stichting* [2003] ECR I-1251 para 23; Case C-306/05 *Sociedad General de Autores y Editores de España v Rafael Hoteles SA* [2006] ECR I-11519 para 31.

¹⁵⁷ See *Sillitoe v McGraw-Hill Book Co (UK) Ltd* [1983] FSR 545 (Ch) p 549; *Ibcos* (n 73) p 302; *Cantor Fitzgerald* (n 73) para 79.

¹⁵⁸ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights [2004] OJ L157/45 c II. See Act on Copyright in Literary and Artistic Works 1960 (Sweden) c 7; Copyright Act 1961 (Finland) c 7; Act on Copyright and Related Rights 1965 (Germany) pt 4.

the sense related to the law of copyright. The court, for its part, assesses what legal relevance the perceived similarity should have to the matter.¹⁵⁹ In similarity assessment, attention is paid to the degree of similitude between two works, the general impression as well as the relevance of differences in such impression.¹⁶⁰

It appears that in the Anglo-Saxon legal order, at least in theory, a clear separation of the prerequisite for the subsistence of copyright and the prerequisite for infringement is made,¹⁶¹ whereas in Continental jurisdictions, due to the lack of such division in the statute, the interrelationship of infringement assessment with the originality of both the works in question is more intimate.¹⁶² As regards the civil law system, consideration is directed towards the original parts of the works and brushes aside the unoriginal elements. If no substantial similarity can be found then, *argumentum e contrario*, works are to be deemed independent creations, so that infringement is out of the question. In view of the required level of originality with regard to computer programs and cases such as *Fash 2000*, a conclusion that a work has been created in “free connection” with another work should arguably be especially feasible in the domain of software.¹⁶³

In Finland, for example, the Copyright Council has held that unoriginal elements are to be shifted out from the assessment of similarity in software and the infringement enquiry should focus on whether the defendant has copied any aspect of the protected expression.¹⁶⁴ Under the common law approach, even where copying has demonstrably taken place, there is infringement only if the copying comprises a substantial part of the work.¹⁶⁵ A court might determine that only insubstantial parts of a pre-existing program have been included in an alteration, so that the claim would fail. Faced with similar circumstances, a civil law court might conclude that the defendant’s program has been created in an original manner without using the protected elements of the claimant’s program, whereupon both pro-

¹⁵⁹ *Helin*, LM 1978 pp 652–653. See also *Gimeno Olcina*, IIC 1998 p 909.

¹⁶⁰ *Oesch*, LM 2005 p 363.

¹⁶¹ See *Ibcos* (n 73) pp 291–292. Cf. pt 4, above.

¹⁶² *Gimeno Olcina* 2002 pp 341–343.

¹⁶³ Cf. *Drexler* 1994 p 52.

¹⁶⁴ *Copyright in computer programs* Opinion 1998:16 (Tekijänoikeusneuvosto) p 10; *Protection of a computer program* Opinion 2006:5 (Tekijänoikeusneuvosto) p 11.

¹⁶⁵ *Cornish*, EIPR 1989 p 392.

grams enjoy protection independently.¹⁶⁶ There is an underlying common logic in these approaches.

The House of Lords has held that quality ought to be more determinative in assessing substantiality than quantity, which should have the effect of bringing the different systems nearer.¹⁶⁷ Furthermore, the UK holding that only original parts of a computer program are capable of constituting a substantial part thereof is another unifying factor.¹⁶⁸ However, the result of such cases is not necessarily the same in each jurisdiction. Whereas the fourth stage of the original *Ibcos* test is concerned with substantiality exclusively in relation to the pre-existing work, the Continental similarity comparison must pay attention to the protectable expression of both works. Even then, such disparity does not, in my opinion, render the test unworkable as such. By adapting its formulation to accommodate to jurisdictional traits, an amended version of the *Ibcos* test may be used to try software claims under the European copyright law.

5.5 Defences

Certain acts that might otherwise constitute an infringement of copyright do not incur liability. In the UK, the most extensive of the various permitted acts are the fair-dealing defences, according to which no measures that may be considered “fair” will constitute infringement of the copyright in a work, provided that they are carried out for one of the permitted purposes (Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK) ss 29, 30).¹⁶⁹ Continental legislators have mainly chosen to proceed with a catalogue of exceptions to copyright which, by contrast, tend to exclude private copying rather categorically from the scope of exclusive rights under copyright, apart from

¹⁶⁶ See *Copyright of the author of a computer program* Opinion 1996:3 (Tekijänoikeusneuvosto) para 1; *Level of originality and protection of a computer program* Opinion 2006:12 (Tekijänoikeusneuvosto) p 9; *Copyright in a music application* Opinion 2008:13 (Tekijänoikeusneuvosto) p 16.

¹⁶⁷ *Ladbroke (Football) Ltd v William Hill (Football) Ltd* (n 67) pp 276–277; *Designers Guild Ltd v Russell Williams (Textiles) Ltd* (n 136) p 2341; *Newspaper Licensing Agency Ltd v Marks & Spencer plc* [2001] UKHL 38, [2003] 1 AC 551 para 19.

¹⁶⁸ *Cantor Fitzgerald* (n 73) para 76.

¹⁶⁹ See *Hubbard v Vosper* [1972] 2 QB 84 (CA) p 94; *Nora Beloff v Pressdram Ltd* [1973] FSR 33 (Ch) p 61; *Time Warner Entertainments Co LP v Channel Four Television Corp plc* [1994] EMLR 1 (CA) p 14.

computer programs and databases accessible by electronic means.¹⁷⁰ On the “modified Ricketson” spectrum for breach of confidence and copyright,¹⁷¹ the exception of reproductions made for private use lays in the category of right to remuneration, for the right holders are deemed to receive fair compensation, as required in Article 5(2)(b) of the Information Society Directive 2001/29, under a system of charging or levying in respect of certain devices and media.¹⁷²

As regards fair dealing, the categorisation of computer programs as literary works means that the possibility of such a defence cannot be gainsaid *ex ante*. However, fair dealing does not infringe any copyright in a work only insofar it occurs for the purposes of research for a *non-commercial purpose* or private study. Research on programming that eventually leads to commercial exploitation of a substantial part of the subject matter cannot therefore count as fair dealing.¹⁷³ Thus, for all practical purposes, no other exceptions to the restricted acts are available in the commercial field within the EU than those set forth in Articles 5 and 6 of the Computer Programs Directive 2009/24.¹⁷⁴ The elements of defence against the exclusive rights of the right holder of software have been listed in Table 1, above.¹⁷⁵

The European concentration upon specific lists of exceptions may be contrasted with the general fair use defence of the US. Presumptively, commercial use of copyright material is an unfair exploitation of the exclusive rights of the right holder, but it does not negate the applicability of the doctrine *ipso facto*.¹⁷⁶ Thus, even if access and substantial similarity be-

¹⁷⁰ See Act on Copyright in Literary and Artistic Works 1960 (Sweden) ss 12(1), 12(2); Copyright Act 1961 (Finland) ss 12(1), 12(4); Act on Copyright and Related Rights 1965 (Germany) ss 53, 69d, 87c.

¹⁷¹ Firth 2008 pp 425–426.

¹⁷² E.g. the Government Decree on the Charges Pertaining to the Manufacture and Importation of Unrecorded Audio and Video Tapes and Other Storage Devices in 2010 (Finland) 1043/2009 provides that the charges vary from 0.50€ to 0.76€ in respect of analog media (s 1), from €0.20 to €1.80 in respect of digital media (s 2) and from €4.00 to €21.00 in respect of digital recording devices (s 3(1)). Pursuant to s 3(2), charge is not imposed on mobile phones or computers. Cf. Reference for a preliminary ruling in Case C-467/08 *Sociedad General de Autores y Editores de España v Padawan SL* [2009] OJ C19 p 12.

¹⁷³ Copyright and Related Rights Regulations 2003 (UK) SI 2003/2498 pt 2. See also *Wall*, EIPR 1990 p 311; *Lai*, EIPR 1997 p 527.

¹⁷⁴ Information Society Directive 2001/29 recital 50; *Commission (EU)*, SEC (2004) 995 p 7.

¹⁷⁵ See p 90.

¹⁷⁶ *Sony Corp of America v Universal City Studios Inc* 464 US 417 (1984) p 451; *Harper & Row Publishers Inc v Nation Enterprises* 471 US 539 (1985) p 562. Cf. *Campbell v Acuff-Rose Music Inc* 510 US 569 (1994) p 585.

tween the protectable elements of a pre-existing work and a commercially distributed, alleged plagiarist were proved, a court could under cogent circumstances end up dismissing the action on the grounds of the fairness of the usage.¹⁷⁷ Some commentators have suggested that the direct effect of the three-step test contained in the international copyright treaties could act as a European fair use defence.¹⁷⁸ However, the wording of the very test appears to contradict open-ended exceptions and various national courts and the WTO Panel, if anything, seem to have used it for *restricting* pre-existing defences.¹⁷⁹

6 CONCLUSIONS

The concept of “work” is abstract. A work may find expression in many forms but, for the purposes of copyright law, yet be the one and same. It is only where a new and original work has been created that the copyright therein is not invariably subject to the rights vested in a pre-existing work. However, assessing the degree of alteration and similarity with regard to computer programs is all but simple. What if a *prima facie* infringer admits to have “leaned on” another program but argues to have improved it independently to a substantial extent? Copying parts lying beyond the bounds of protection seems to be permissible, as well as incorporating elements that are commonplace or trite (*cf.* European Patent Convention art 56). Whereas patent law is concerned about an inventive step, copyright protection of software looks for objective originality in the sense of a creation involving human intellect.

In providing that the expression “literary and artistic works” includes every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, Article 2(1) of the Berne Convention does not stipulate that such a work would necessarily need to be the production in whole. In the same way as the “following” rules in equity may safeguard property provided that the original asset remains identifia-

¹⁷⁷ 17 USC § 107 includes the factors to be considered in determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use, but no single factor is determinative.

¹⁷⁸ *Geiger – Griffiths – Hilty*, EIPR 2008 p 495; *Geiger*, IIC 2008 pp 192–193; *He*, IIC 2009 pp 294–296. See also *Guibault and others* 2007 p 57.

¹⁷⁹ *United States – Section 110(5) of US Copyright Act* [1999] WT/DS160/R (WTO Panel); *Perquin v Universal Pictures Vidéo France* [2006] IIC 760 (Cour de cassation). See *Le* 2004 p 267; *Geiger*, EIPR 2007 p 487 fn 13. *Cf.* *Kopienversanddienst* [1999] I ZR 118/96, [2000] ECC 237 (BGH); *ProLitteris v Aargauer Zeitung AG* [2007] BGE 133 III 473 (BGer).

ble throughout the process,¹⁸⁰ an act in respect of a part of a copyright work may be such as to come within the exclusive rights of the right holder, if the element in question can be considered an expression of the intellectual creation of its author.¹⁸¹ However, should a copyright work or parts thereof be used in another work in a transformative way, so that the appropriated elements cannot be identified any longer, a finding of infringement is ruled out.¹⁸²

On the grounds of the perceptions put forward in this article, it is possible to formulate a general test that can be used for assessing software claims under European copyright law. The stages of the test are as follows:

- (a) What are the work or works in which the claimant claims copyright?
- (b) Is each such work original?
- (c) Was there copying from that work?
- (d) If there was copying, was it such as to constitute a *prima facie* infringement?
- (e) Is there nonetheless an exception to liability that covers the case?

The enquiry consists in the amended version of the English *Ibcos* test and rests on the doctrinal premises of European copyright law. Its formulation is suited to each description of work, but the idiosyncrasies of software can be catered for in the application thereof. Consequently, the work or works in which the claimant claims copyright may in the context of computer programs be the implementation of constituting software components, systems architecture, preparatory design material as well as various interfaces.¹⁸³ At this stage, it suffices to specify the separate forms of expression, for it is originality related to the law of copyright that determines their eligibility for protection. As regards the threshold of originality, the criteria to be applied has been laid down in the Computer Programs Directive 2009/24 and elaborated recently by the Court of Justice in *Infopaq International*. Any such work is original and thereby protectable if it is an expression of the intellectual creation of its author.

Due to the special characteristics of the subject matter, presentation of evidence by expert witnesses is, to all intents and purposes, essential in order to assess whether there has been copying of protectable expression.

¹⁸⁰ See *Worthington* 2008 p 90.

¹⁸¹ See pt 3.3, above.

¹⁸² Cf. *Neval*, Harv L Rev 1990 p 1111.

¹⁸³ See, to that effect, Reference for a preliminary ruling in Case C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace v Ministerstvo kultury ČR* [2010] OJ C11 p 14.

But even if it is testified that there indeed was probative copying, it is not necessarily such as to constitute a *prima facie* infringement. For example, the use of the copyright work may have been so insignificant as to be *de minimis*, or the defendant may have drawn on the claimant's work inso-much freely that the former has eventually created a new and independent work, in which case the copyright therein is not subject to any rights in the pre-existing work. If, however, a substantial part of that work's protectable expression has been reproduced, as the case may be, or the protectable expressions of the two works are substantially similar, it is an arguable matter of copyright infringement. Yet, there might be an exception to liability that covers the case. Reproduction or alteration may have been necessary for the use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with its intended purpose, or it may have been a matter of permitted copying, observing, studying or testing. Furthermore, in respect of decompilation, exploitation of the program may have met the necessary conditions obviating the requirement of authorisation. Introducing a uniform, structured test for claims in software copyright would standardise the judicial assessment of the legal framework harmonised at EU level.

LIST OF REFERENCES

- Advisory Group of Governmental Experts on the Protection of Computer Programs*, 'Report' (Copyright, World Intellectual Property Organization, Geneva 8–12 March 1971, 35).
- Akman, P.*, 'Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC' (2009) 29 OJLS 267.
- Auktorrättskommittén*, 'Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk' (Consultation Paper) SOU 1956:25.
- Barton, J. H.*, 'Adopting the Intellectual Property System to New Technologies' in M. B. Wallerstein – M. E. Moge – R. A. Schoen (eds), *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology* (National Academy Press, Washington, DC 1993).
- Bently, L. – Sherman, B.*, *Intellectual Property Law* (3rd edn OUP, Oxford 2009).
- Bing, J.*, 'Vurdering av opphavsrettslig krenkelse av datamaskinprogrammer: Et praktisk perspektiv' [1999] NIR 281.
- Brooks, F. P.*, 'No Silver Bullet: Essence and Accidents of Software Engineering' (1987) 20 *Computer* 10.
- Cha, B. R. and others*, 'Management Framework of Software Source Code and Copyrights: CPTEX Model of Secure Container' 2008 in 2008 International Conference on Security Technology (Hainan 2008) (IEEE Computer Society, Los Alamitos, CA 2008).
- Chafee, Z.*, 'Reflections on the Law of Copyright' (1945) 45 *Colum L Rev* 503.

- Chikofsky, E. J. –Cross, J. H.*, ‘Reverse Engineering and Design Recovery: A Taxonomy’ (1990) 7 IEEE Software 13.
- Cline, D.*, ‘Copyright Protection of Software in the EEC: The Competing Policies Underlying Community and National Law and the Case for Harmonization’ (1987) 75 Cal L Rev 633.
- Coffee, P.*, ‘Troubled Indemnity’ (2004) 21 eWeek 54.
- Cohen Jehoram, H.*, ‘Is There a Hidden Agenda behind the General Non-Implementation of the EU Three-Step Test?’ (2009) 31 EIPR 408.
- Commission (EU)*, ‘Green Paper on copyright and the challenge of technology: Copyright issues requiring immediate Action’ COM (88) 172 final, 7 June 1988.
- Commission (EU)*, ‘Proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs’ COM (88) 816 final, 5 January 1989.
- Commission (EU)*, ‘Amended proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs’ COM (90) 509 final, 18 October 1990.
- Commission (EU)*, ‘Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the implementation and effects of Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs’ COM (2000) 199 final, 10 April 2000.
- Commission (EU)*, ‘Commission staff working paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights’ SEC (2004) 995, 19 July 2004.
- Commission (EU)*, ‘Proposal for a Directive .../.../EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of computer programs’ COM (2008) 23 final, 28 January 2008.
- Committee of Experts on the Legal Protection of Computer Software*, ‘Report’ (Copyright, World Intellectual Property Organization, Geneva Second Session, 13–17 June 1983, 271).
- Committee on Intellectual Property Rights and the Emerging Information Structure*, *The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age* (National Academy Press, Washington, DC 2000).
- Committee to Examine the Patent System and Patent Law*, ‘The British Patent System’ (Cmnd 4407, 1970).
- Cornish, W. R.*, ‘Inter-Operable Systems and Copyright’ (1989) 11 EIPR 391.
- Deazley, R.*, *On the Origin of the Right to Copy: Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth-Century Britain (1695–1775)* (Hart Publishing, Oxford 2004).
- Derclaye, E.*, ‘Software Copyright Protection: Can Europe Learn from American Case Law?’ (2000) 22 EIPR 7 & 56.
- Dreier, T.*, ‘The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs’ (1991) 13 EIPR 319.
- Drexel, J.*, *What Is Protected in a Computer Program? Copyright Protection in the United States and Europe* (Studies in Industrial Property and Copyright Law, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich 1994).
- Dutfield, G. – Suthersanen, U.*, *Global Intellectual Property Law* (Edward Elgar, Cheltenham 2008).

- Dworkin, R.*, ‘No Right Answer?’ in P. M. S Hacker – J. Raz (eds), *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of HLA Hart* (Clarendon Press, Oxford 1977).
- Eagles, I. – Longdin, L.*, ‘Technological Creativity and Moral Rights: A Comparative Perspective’ (2004) 12 IJLIT 209.
- Economic and Social Committee*, ‘Opinion on the proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs’ [1989] OJ C329/4.
- Edmundson, W. A.*, *An Introduction to Rights* (CUP, Cambridge 2004).
- Ensthaler, J.*, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (3rd edn Springer-Verlag, Berlin 2009).
- European Parliament*, ‘Opinion on the proposal from the Commission to the Council for a directive on the legal protection of computer programs’ [1990] OJ C231/78.
- Firth, A.*, ‘“Holding the Line”: The Relationship between the Public Interest and Remedies Granted or Refused, be it for Breach of Confidence or Copyright’ in P. L. C. Torremans (ed.) *Intellectual Property and Human Rights* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008).
- Fromm, F. K. – Nordemann, W.*, *Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz mit den Texten der Urheberrechtsgesetze Österreichs und der Schweiz* (9th edn Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 1998).
- Frow, J.*, ‘Repetition and Limitation: Computer Software and Copyright Law’ (1988) 29 *Screen* 4.
- Gable, R. L. – Leahey, J. B.*, ‘The Strength of Patent Protection for Computer Products: The Federal Circuit and the Patent Office Refine the Test for Determining Which Computer-Related Inventions Constitute Patentable Subject Matter’ (1991) 17 *RCTLJ* 87.
- Geiger, C.*, ‘Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?’ (2004) 35 *IIC* 268.
- Geiger, C.*, ‘From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test’ (2007) 29 *EIPR* 486.
- Geiger, C.*, ‘Flexibilising Copyright: Remedies to the Privatisation of Information by Copyright Law’ (2008) 39 *IIC* 178.
- Geiger, C. – Griffiths, J. – Hilty, R. M.*, ‘Towards a Balanced Interpretation of the “Three-Step Test” in Copyright Law’ (2008) 30 *EIPR* 489.
- Gierke, O.*, *Deutsches Privatrecht: Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht* (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1895).
- Gimeno Olcina, L.*, ‘Protection of Compilations in Spain and the UK’ (1998) 29 *IIC* 907.
- Gimeno Olcina, L.*, ‘Patent and Copyright Infringement in the UK and Spain: A Double Comparison’ (PhD thesis, Queen Mary, University of London, 2002).
- Ginsburg, J. C.*, ‘A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America’ (1990) 64 *Tul L Rev* 991.
- Goldstein, P.*, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (OUP, New York, NY 2001).
- Grosheide, F. W.*, ‘Copyright Law from a User’s Perspective: Access Rights for Users’ (2001) 23 *EIPR* 321.

- Group of Experts on the Copyright Aspects of the Protection of Computer Software*, 'Report' (Copyright, World Intellectual Property Organization, Geneva 25 February–1 March 1985, 146).
- Guibault, L. M. C. R.*, Copyright Limitations and Contracts: An Analysis of the Contractual *Guibault, L. and others*, 'Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society' (ETD/2005/IM/D1/91, Institute for Information Law, Amsterdam 2007). Overridability of Limitations on Copyright (Information Law Series, Kluwer Law International, The Hague 2002).
- Haarmann, P.-L.*, Tekijänoikeus ja lähioikeudet (3rd edn Talentum, Helsinki 2005).
- Handig, C.*, 'The Copyright Term "Work": European Harmonisation at an Unknown Level' (2009) 40 IIC 665.
- Harenko, K. – Niiranen, V. – Tarkela, P.*, Tekijänoikeus. Kommentaari ja käsikirja (WSOY-pro, Helsinki 2006).
- He, H.*, 'Seeking a Balanced Interpretation of the Three-Step Test: An Adjusted Structure in View of Divergent Approaches' (2009) 40 IIC 274.
- Helin, M.*, 'Immateriaalioikeuksien kohteesta' [1978] LM 645.
- Hietanen, H.*, 'Pelleily sallittu? Parodia tekijänoikeuden rajoituksena' [2009] DL 148
- Honoré, A. M.*, 'Ownership' in A. G. Guest (ed) Oxford Essays in Jurisprudence: A Collaborative Work (OUP, London 1961)
- Kamperman Sanders, A.*, 'Do Whiffs of Misappropriation and Standards for Slavish Imitation Weaken the Foundations of IP Law?' in E. Derclaye (ed.) Research Handbook on the Future of EU Copyright (Edward Elgar, Cheltenham 2009).
- Karjala, D. S.*, 'Recent United States and International Developments in Software Protection: Part 2' (1994) 16 EIPR 58.
- Karnell, G. W. G.*, 'European Originality: A Copyright Chimera' (2002) 42 Sc St L 73.
- Kemppinen, J.*, Digitaaliongelman Kirjoitus oikeudesta ja ympäristöstä (Acta Universitatis Lappeenrantaensis, Lappeenranta teknillinen yliopisto, Lappeenranta 2006).
- Kidwell, P. A.*, 'Stalking the Elusive Computer Bug' (1998) 20 IEEE Annals of the History of Computing 5.
- Kivimäki, T. M.*, Tekijänoikeus. Tutkimus kirjailijan, taiteilijan ja tiedemiehen oikeudesta teokseensa (Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo 1948).
- Kivimäki, T. M.*, Uudet tekijänoikeus- ja valokuvauslait (Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo 1966).
- Klemens, B.*, Math You Can't Use: Patents, Copyright and Software (Brookings Institution Press, Washington, DC 2006).
- Kohler, J.*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht (Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart 1907).
- Koktvedgaard, M.*, Lærebog i immaterialret (5th edn Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1999).
- Kumm, M.*, 'On the Past and Future of European Constitutional Scholarship' (2009) IJCL 401.
- Laddie, H. – Prescott, P. – Vitoria, M.*, The Modern Law of Copyright and Designs (2nd edn Butterworths, London 1995).

- Lai, S.*, 'Recent Developments in Copyright Protection and Software Reverse Engineering in Singapore: A Triumph for the Ultra-Protectionists?' (1997) 19 EIPR 525.
- Latman, A.*, 'Probative Similarity As Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement' (1990) 90 Colum L Rev 1187.
- Latreille, A.*, 'From Idea to Fixation: A View of Protected Works' in E. Derclaye (ed.) *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (Edward Elgar, Cheltenham 2009).
- Le, N.*, 'Refusal to License: Abuse of Dominant Position and Switching Costs' (PhD thesis, London School of Economics and Political Science, 2004).
- Le Chapelier, M. – Baetens, F.* (tr), 'Rapport' (13 January 1791) in L. Bently – M. Kretschmer (eds), *Primary Sources on Copyright 1450–1900* – <http://www.copyrighthistory.org/> accessed 5 November 2009.
- Lemley, M. A. and others*, *Software and Internet Law* (3rd edn Aspen Publishers, New York, NY 2006).
- Lillà Montagnani, M. – Borghi, M.*, 'Positive Copyright and Open Content Licenses: How to Make a Marriage Work by Empowering Authors to Disseminate Their Creations' [2008] IJCLP 244.
- Locke, J.*, *Two Treatises of Government: In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown. The Latter Is an Essay concerning The True Original, Extent, and End of Civil-Government* (Awnsham and John Churchill, London 1698).
- Masouyé, C. – Wallace, W.* (tr), *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)* (WIPO Publication No 615 (E), WIPO, Geneva 1978).
- Menabrea, L. F. – King, A. A.* (tr), 'Sketch of the Analytical Engine Invented by Charles Babbage' (1842) – <http://fourmilab.ch/babbage/sketch.html> accessed 23 October 2009.
- Miller, C. G.*, 'The Proposal for an EC Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs' (1990) 12 EIPR 347.
- Moon, K.*, 'The Nature of Computer Programs: Tangible? Goods? Personal Property? Intellectual Property?' (2009) 31 EIPR 396.
- Moritz, H.-W.*, 'EC Competition Law Aspects and Software Licensing Agreements: A German Perspective: Part 1' (1996) 25 IIC 357.
- Mylly, U.-M.*, 'Tietokoneohjelmien rajapintojen tekijänoikeussuoja' [2005] LM 746.
- Nakayama, N.*, 'Intellectual Property in the 21st Century' (Lecture at the Arbitration Center for Industrial Property in Tokyo 1998) – <http://softic.or.jp/en/articles/nakayama.html> accessed 22 October 2009.
- National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*, Final Report (Library of Congress, Washington, DC 31 July 1978).
- Neustetel, L. J.*, *Der Büchernachdruck, nach Römischen Recht betrachtet* (Carl Groos, Heidelberg 1824).
- Neval, P. N.*, 'Toward a Fair Use Standard' (1990) 103 Harv L Rev 1105.
- Nimmer, M. B. – Nimmer, D.*, *Nimmer on Copyright* (revd edn LexisNexis, Newark, NJ 2009).
- Nordell, P. J.*, 'The Notion of Originality: Redundant or Not?' [2001] NIR 73.
- Oesch, R.*, 'Tekijänoikeudet ja perusoikeusnäkökulma' [2005] LM 351.

- Ottolia, A.*, 'Preserving Users' Rights in DRM: Dealing with "Juridical Particularism" in the Information Society' (2004) 35 IIC 491.
- Pap, A.*, *Elements of Analytic Philosophy* (2nd edn Hafner Publishing Company, New York, NY 1972).
- Plant, A.*, 'The Economic Aspects of Copyright in Books' (1934) 1 *Economica* 167.
- Rahmatian, A.*, 'Non-Assignability of Authors' Rights in Austria and Germany and Its Relation to the Concept of Creativity in Civil Law Jurisdictions Generally: A Comparison with UK Copyright Law' (2000) 11 *Ent L R* 95.
- Rahmatian, A.*, 'Music and Creativity as Perceived by Copyright Law' [2005] *IPQ* 267.
- Rahnasto, I.*, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-Trust Law: Leveraging IPRs in the Communications Industry* (OUP, Oxford 2003).
- Rajala, K.*, 'Tietokoneohjelmien tekijänoikeudellisesta suojasta Suomessa ja Euroopan unionissa' [1995] *LM* 835.
- Raubenheimer, A.*, 'Implementation of the EC Software Directive in Germany: Special Provisions for Protection of Computer Programs' (1996) 27 *IIC* 609.
- Raz, J.*, *The Morality of Freedom* (new edn OUP, Oxford 1988).
- Report from the Committee on the Judiciary*, 'Copyright Law Revision' HR (1976) 94-1476.
- Ricketson, S.*, 'Threshold Requirements for Copyright Protection under the International Conventions' (2009) 1 *WIPO Journal* 51.
- Riis, T. – Schovsbo, J.*, 'Users' Rights: Reconstructing Copyright Policy on Utilitarian Grounds' (2007) 29 *EIPR* 1.
- Rinck, G. M.*, 'The Maturing US Law on Copyright Protection for Computer Programs: Computer Associates v Altai and Other Recent Case Developments' (1992) 14 *EIPR* 351.
- Rosén, J.*, *Swedish Software Law: As Related Primarily to EC Directives* (Skriftserien nr 46, Juristförlaget, Stockholm 1995).
- Ross, A.*, *On Law and Justice* (University of California Press, Berkeley, CA 1959).
- Samuelson, P. and others.*, 'A Manifesto concerning the Legal Protection of Computer Programs' (1994) 94 *Colum L Rev* 2308.
- Schricker, G.*, *Urheberrecht: Kommentar* (2nd edn Verlag C.H.Beck, München 1999).
- Sigrid, S. – Julian, C.*, 'The Patentability of Computer Programs in Europe: An Improved Interpretation of Articles 52(2) and (3) of the European Patent Convention' [2009] *JWIP* – <http://www3.interscience.wiley.com/journal/123208567/abstract> accessed 9 December 2009.
- Soma, J. T.*, 'Software Maintenance License Prohibitions in the EU and the US' (1996) 27 *IIC* 804.
- Sorvari, K.*, *Tekijänoikeuden loukkaus* (WSOYpro, Helsinki 2007).
- Spence, M.*, 'Passing Off and the Misappropriation of Valuable Intangibles' (1996) 112 *LQR* 472.
- Spinellis, D.*, 'Project Asset Portability' (2006) 23 *IEEE Software* 100.
- Stewart, S. M.*, *International Copyright and Neighbouring Rights* (Butterworths, London 1983).
- Strömholm, S.*, *Upphovsrättens verksbegrepp* (Norstedts, Stockholm 1970).
- Suenson-Taylor, H.*, 'Cracking the Code' (2001) 128 *Accountancy* 117.
- Sundara Rajan, M. T.*, 'Moral Rights in Information Technology: A New Kind of "Personal

- Right’? (2004) 12 IJLIT 32.
- Tapper, C.*, Computer Law (Longman, London 1978).
- Tauchert, W.*, ‘Patent Protection for Computer Programs: Current Status and New Developments’ (2000) 31 IIC 812.
- Tekijänoikeuskomitea*, ‘Ehdotus laiksi tekijänoikeudesta kirjallisiin ja taiteellisiin teoksiin’ (Consultation Paper) KM 1953:5.
- Tuori, K.*, ‘Käsiteläinopin itsepuolustus’ [2002] LM 1295.
- Vinje, T. C.*, ‘Compliance with Article 85 in Software Licensing’ (1992) 13 ECLR 165.
- von Lewinski, S.*, International Copyright Law and Policy (OUP, Oxford 2008).
- Välimäki, M.*, The Rise of Open Source Licensing: A Challenge to the Use of Intellectual Property in the Software Industry (Turre Publishing, Helsinki 2005).
- Välimäki, M.*, Oikeudet tietokoneohjelmistoihin ja niiden lisensointi: Ohjelmistoliiketoiminnan juridinen perusta (Turre Publishing, Helsinki 2006).
- Waisman, A.*, ‘Revisiting Originality’ (2009) 31 EIPR 370.
- Wall, R. A.*, ‘Libraries and Copyright in Non-Print Media’ (1990) 12 EIPR 311.
- Westkamp, G.*, ‘The Limits of Open Source: Lawful User Rights, Exhaustion and Co-Existence with Copyright Law’ [2008] IPQ 14.
- World Intellectual Property Organization*, ‘Model Provisions on the Protection of Computer Software’ (1978) 11 L & Comp Tech 2.
- Worthington, S.*, Equity (2nd edn OUP, Oxford 2008).
- Yang, H. – Ward, M.*, Successful Evolution of Software Systems (Artech House, Norwood, MA 2003).
- Zhao, H. – Zhao, T.*, ‘Applying Dynamic Co-Occurrence in Story Link Detection’ (2009) 17 CIT 157.
- Zitting, S.*, Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia (Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1951).

TABLE OF CASES

European Union

- Joined Cases 56 & 58/64 *Établissements Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission* [1966] ECR 299
- Joined Cases C-68/94 & 30/95 *France and Others v Commission* [1998] ECR I-1375
- Case C-38/98 *Régie nationale des usines Renault SA v Maxicar SpA and Orazio Formento* [2000] ECR I-2973
- Case C-245/00 *Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten v Nederlandse Omroep Stichting* [2003] ECR I-1251
- Case C-306/05 *Sociedad General de Autores y Editores de España v Rafael Hoteles SA* [2006] ECR I-11519
- Case C-456/06 *Peek & Cloppenburg KG v Cassina SpA* [2008] ECR I-2731
- Case C-5/08 *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* [2009] ECDR 16

Opinion of AG Trstenjak in Case C-5/08 *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* delivered 12 February 2009

Reference for a preliminary ruling in Case C-467/08 *Sociedad General de Autores y Editores de España v Padawan SL* [2009] OJ C19/12

Reference for a preliminary ruling in Case C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace v Ministerstvo kultury ČR* [2010] OJ C11/14

Finland

KKO 1964 II 59

KKO 1971 II 44

KKO 1979 II 64

KKO 2008:45

Copyright of the author of a computer program Opinion 1996:3 (Tekijänoikeusneuvosto)

Copyright in computer programs Opinion 1998:16 (Tekijänoikeusneuvosto)

Level of originality and protection of a computer program Opinion 2006:12 (Tekijänoikeusneuvosto)

Protection of a computer program Opinion 2006:5 (Tekijänoikeusneuvosto)

Copyright in a music application Opinion 2008:13 (Tekijänoikeusneuvosto)

United Kingdom

University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd [1916] 2 Ch 601

Ladbroke (Football) Ltd v William Hill (Football) Ltd [1964] 1 All ER 465 (HL)

Warwick Film Productions Ltd v Eisinger [1969] 1 Ch 508

Hubbard v Vosper [1972] 2 QB 84 (CA)

Nora Beloff v Pressdram Ltd [1973] FSR 33 (Ch)

LB (Plastics) Ltd v Swish Products Ltd [1979] FSR 145 (HL)

Brigid Foley Ltd v Elliott [1982] RPC 433 (Ch)

Sega Enterprises Ltd v Richards [1983] FSR 73 (Ch)

Sillitoe v McGraw-Hill Book Co (UK) Ltd [1983] FSR 545 (Ch)

LA Gear Inc v Hi-Tec Sports plc [1992] FSR 121 (CA)

Ibcos Computers Ltd v Barclays Mercantile Highland Finance Ltd [1994] FSR 275 (Ch)

Time Warner Entertainments Co LP v Channel Four Television Corp plc [1994] EMLR 1 (CA)

Total Information Processing Systems Ltd v Daman Ltd [1992] FSR 171 (Ch)

John Richardson Computers Ltd v Flanders [1993] FSR 497 (Ch)

Cantor Fitzgerald International v Tradition (UK) Ltd [2000] RPC 95 (Ch)

Designers Guild Ltd v Russell Williams (Textiles) Ltd [2000] 1 WLR 2416 (HL)

United Wire Ltd v Screen Repair Services (Scotland) Ltd [2000] UKHL 42, [2001] RPC 24

Newspaper Licensing Agency Ltd v Marks & Spencer plc [2001] UKHL 38, [2003] 1 AC

United States

Folsom v Marsh 9 F Cas 342 (Cir Mass 1841)
Emerson v Davies 8 F Cas 615 (Cir Mass 1845)
Baker v Selden 101 US 99 (1879)
Nichols v Universal Pictures Corp 45 F2d 119 (2d Cir 1930)
Alfred Bell & Co v Catalda Fine Arts 191 F2d 99 (2d Cir 1951)
American Safety Table Co v Schreiber 269 F2d 255 (2d Cir 1959)
Peter Pan Fabrics Inc v Martin Weiner Corp 274 F2d 487 (2d Cir 1960)
CIR v Ferrer 304 F2d 125 (2d Cir 1962)
Gottschalk v Benson 409 US 63 (1972)
Novelty Textile Mills Inc v Joan Fabrics Corp 558 F2d 1090 (2d Cir 1977)
Diamond v Diehr 450 US 175 (1981)
Apple Computer Inc v Franklin Computer Corp 545 F Supp 812 (ED Pa 1982)
Sony Corp of America v Universal City Studios Inc 464 US 417 (1984)
EF Johnson Co v Uniden Corp of America 623 F Supp 1485 (D Minn 1985)
Harper & Row Publishers Inc v Nation Enterprises 471 US 539 (1985)
Horgan v Macmillan Inc 789 F2d 157 (2d Cir 1986)
Whelan Associates Inc v Jaslow Dental Laboratory Inc 797 F2d 1222 (3d Cir 1986)
Robert R Jones Associates Inc v Nino Homes 858 F2d 274 (6th Cir 1988)
Stewart v Abend 495 US 207 (1990)
Computer Associates International Inc v Altai Inc 775 F Supp 544 (EDNY 1991)
Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Co Inc 499 US 340 (1991)
Computer Associates International Inc v Altai Inc 982 F2d 693 (2d Cir 1992)
Laureysens v Idea Group Inc 964 F2d 131 (2d Cir 1992)
Lotus Development Corp v Borland International Inc 49 F3d 807 (1st Cir 1995)
Apple Computer Inc v Microsoft Corp 35 F3d 1435 (9th Cir 1994)
Campbell v Acuff-Rose Music Inc 510 US 569 (1994)
Newton v Diamond 388 F3d 1189 (9th Cir 2004)
Bridgeport Music Inc v Dimension Films 410 F3d 792 (6th Cir 2005)
Re Bilski 545 F3d 943 (Fed Cir 2008)

Other jurisdictions

Northern Office Micro Computers (Pty) Ltd v Rosenstein [1982] FSR 124 (Supreme Court of South Africa)
Babolat Maillot Witt SA v Pachot [1984] ECC 282 (Cour d'Appel de Paris)
Inkasso-Programm [1985] I ZR 52/83, [1986] ECC 498 (BGH)
Computer Edge Pty Ltd v Apple Computer Inc [1986] FSR 537 (High Court of Australia)
Interlego AG v Tyco Industries Inc [1988] RPC 343 (PC Hong Kong)
Green v Broadcasting Corp of New Zealand [1989] RPC 700 (PC New Zealand)

Computer Associates International Inc v Faster SARL (Tribunal de commerce de Bobigny
20 January 1995)

ESX v Tech Com [1995] Expertises 161 (Tribunal de Commerce de Créteil)

Kopienversanddienst [1999] I ZR 118/96, [2000] ECC 237 (BGH)

United States – Section 110(5) of US Copyright Act [1999] WT/DS160/R (WTO Panel)
NJA 2005 s 905

Fash 2000 [2005] I ZR 111/02, [2006] ECC 28 (BGH)

Perquin v Universal Pictures Vidéo France [2006] IIC 760 (Cour de cassation)

ProLitteris v Aargauer Zeitung AG [2007] BGE 133 III 473 (BGer)

ABBREVIATIONS

AG	Advocate General
All ER	All England Law Reports
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
Cal L Rev	California Law Review
Ch	Chancery Division
CIT	Journal of Computing and Information Technology
Cmnd	Command paper
Colum L Rev	Columbia Law Review
COM	Commission document for other institutions
DL	Defensor Legis
ECC	European Commercial Cases
ECDR	European Copyright and Design Reports
ECLR	European Competition Law Review
ECR	European Court Reports
EIPR	European Intellectual Property Review
Ent L R	Entertainment Law Review
EPO	European Patent Office
EPOR	European Patent Office Reports
EU	European Union
Expertises	Expertises des systèmes d'information
F	Federal Reporter
FSR	Fleet Street Reports
F Cas	Federal Cases
F Supp	Federal Supplement
Harv L Rev	Harvard Law Review
HL	House of Lords
HR	House of Representatives
IBM	International Business Machines Corporation
IEEE	Institute of Electrical and Electronics Engineers
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law

IJCL	International Journal of Constitutional Law
IJCLP	International Journal of Communications Law and Policy
ILM	International Legal Materials
IJLIT	International Journal of Law and Information Technology
ILQ	International & Comparative Law Quarterly
IPQ	Intellectual Property Quarterly
JWIP	Journal of World Intellectual Property
KKO	Korkein oikeus
KM	Komiteanmietintö
L & Comp Tech	Law and Computer Technology
LM	Lakimies
LQR	Law Quarterly Review
MP3	MPEG-1 Audio Layer 3
MPEG	Moving Picture Experts Group
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OJ	Official Journal of the European Union
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
PC	Privy Council
QB	Queen's Bench
RCTLJ	Rutgers Computer and Technology Law Journal
RPC	Reports of Patent Cases
Sc St L	Scandinavian Studies in Law
SEC	Commission document that cannot be classified in the other series
SOU	Statens offentliga utredningar
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tul L Rev	Tulane Law Review
UK	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
UNTS	United Nations Treaty Series
US	United States Reports
USC	United States Code
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WLR	Weekly Law Reports
WTO	World Trade Organization

TIETOKONEOHJELMIEN TEKIJÄNOIKEUDELLINEN SUOJA. EUROOPPALAINEN NÄKÖKULMA

Tietokoneohjelmille annetaan Euroopan unionissa tekijänoikeudellista suojaa kirjallisina teoksina, joita tarkoitetaan kirjallisten ja taiteellisten teosten suojaamisesta tehdyn Bernin yleissopimuksen 2 artiklassa. Suoja koskee kaikkia tietokoneohjelman eri ilmaisumuotoja. Tietokoneohjelmien ilmaisutapa ja muoto eroavat kuitenkin huomattavasti muista kirjallisista teoksista. Tämän vuoksi, kun tekijänoikeudellisen suojan edellytyksiä ja sisältöä on arvioitu suhteessa tietokoneohjelmiin ja niiden erityispiirteisiin, tekijänoikeuden tulkinnallisia sitoumuksia on jouduttu venyttämään äärimmilleen.

Artikkelissa tarkastellaan tietokoneohjelmien tekijänoikeudellista suojaa Euroopan unionin alueella. Siinä käsitellään tekijänoikeudellisen työn, omaperäisyyden ja jäljittelyn käsitteitä, kun kyse on tietokoneohjelmasta, sekä yksinoikeuksia ja niitä koskevia poikkeuksia, kun teos on tietokoneohjelma. Artikkelissä esitetään ehdotuksen viisivaiheisesta testistä oikeudenloukkausten arvioimiseksi tietokoneohjelmien osalta. Testi nojaa ajatuksen tietokoneohjelmien analyttisestä jäsentelystä tekijänoikeudella suojatun muodon erottelemiseksi.

Euroopan unionin jäsenvaltioiden lait tietokoneohjelmien oikeudellisesta suojasta on yhdenmukaistettu Euroopan parlamentin ja neuvoston kodiifoidulla direktiivillä 2009/24/EY. Romaanis-germaanisten ja *common law*-järjestelmien välillä suoritettu oikeusvertaileva analyysi koskien sitä, miten tietokoneohjelmia käsitellään kansallisen lainsäädännön ja oikeuskäytännön tasolla eri oikeusjärjestyksissä, puoltaa johtopäätöstä, että on perusteltua omaksua myös yhdenmukaistettu testi oikeudenloukkausten arvioimiseksi. Myös Euroopan unionin tuomioistuin on tuoreessa praksiksessaan korostanut, että EU-oikeuden säännöksiä tekijän- ja lähioikeuksista on sovellettava yhtenäisesti koko unionissa.

Ehdotettu testi oikeudenloukkausten arvioimiseksi perustuu tekijänoikeuden yleisiin periaatteisiin. Asian aineellinen arviointi alkaa sen selvittämisellä, mitä teosta tai teoksia kanne koskee, ja täytyykö henkisen luomisen vaatimus siltä osin. Tämän jälkeen tulee selvittää, onko vastaaja suorittanut tai sallinut toimen, joka kuuluu oikeudenhaltijan yksinoikeuksien piiriin, ja mikäli näin on, onko kyse todennäköisestä oikeudenloukkauksesta. Ennen asian lopullista ratkaisemista on vielä arvioitava, soveltuuko tapaukseen jokin yksinoikeuksia koskeva poikkeus. Artikkelissä selvitetään tarkemmin, miten näitä yleisiä periaatteita tulisi soveltaa nimenomaan tietokoneohjelmiin.

Antti-Jussi Lankinen

**JÄTESÄÄNTELYN KEHITYKSESTÄ
– KATSAUS EU-OIKEUDEN
AIHEUTTAMAAN MUUTOKSEEN
JÄTEHUOLTOLAISTA JÄTELAKIIN**

Sisällys

JOHDANTO	131
1 SUOMEN KANSALLISEN JÄTELAINSAÄDÄNNÖN ALKUTAIPALEESTA – JÄTEHUOLTOLAISTA TAUSTOINEEN	132
1.1 Jätehuoltolakia edeltävästä sääntelystä	132
1.2 Jätehuoltolain keskeinen sisältö – pelkkää oireiden hoitamista?	135
2 SUOMEN LIITTYMINEN EUROOPAN TALOUS- ALUEESEEN – JÄTELAIN SÄÄTÄMINEN	137
2.1 Jätelakitoimikunnan mietintö: merkittäviä puutteita suhteessa yhteisösääntelyyn	137
2.2 Muutosten aikataulu ja kustannukset	140
2.2.1 Integraation asettamista reunaehdoista	140
2.2.2 Kansallisen lainvalmistelun omaehtoisista valmiuksista kokonaisuudistukseen	141
2.3 Jätelain keskeiset uudet elementit	142
3 SUOMEN JÄTESÄÄNTELYSTÄ EUROOPAN UNIONIN JÄSENYYYDEN AIKANA	146
4 MIKÄ MUUTTUI JA MITEN – ARVIOINTIA	150
4.1 Suomen jättesääntelyn muutoksista säädöstasolla	150
4.1.1 Yleistä	150
4.1.2 Yhteenveto Suomen jättesääntelyn keskeisistä kehityspiirteistä	150
4.1.3 Jätelakiuudistuksen yhteisöoikeudellisista erityspiirteistä	152
4.2 Käsitteet, politiikat ja oikeuskäytäntö – rakennetason muutoksesta	155
4.2.1 Yleistä	155

4.2.2	Jätesäätelyn soveltamisalakysymyksestä	157
4.2.2.1	Taustaa	157
4.2.2.2	Jätelain soveltamisalan muodostumisesta.....	159
4.2.2.3	Jätteen käsitteen tulkinnasta Suomessa.....	161
4.3	Yhteenveto rakenteellisen implementaation kehityksestä Suomessa	163
5	POHDINTAA: EU-OIKEUDEN JA KANSALLISEN OIKEUDEN VÄLISESTÄ SUHTEESTA JA OIKEUDELLISEN TULKINNAN UUSISTA PUITTEISTA	168
5.1	Suhtautumisesta EU-oikeudellisen aineiston vaihtelevaan normatiivisuuden asteeseen	169
5.2	Oikeuslähdeopillista luonnostelua jäsenvaltionäkökulmasta; esimerkkinä EUTI:n julkisasiamies	175
	LÄHTEET	182
	OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	185
	ON DEVELOPMENT OF WASTE LAW IN FINLAND; HIGHLIGHTING THE EFFECT OF THE EUROPEAN UNION LAW	186

Jätesäätelyn kehityksestä – katsaus EU-oikeuden aiheuttamaan muutokseen jätehuoltolaista jätelakiin

”Moni hyvä kaatopaikka-alue jää käyttämättä tähän tarkoitukseen vain sen takia, että asutus on sijoitettu liian aikaisin kaatopaikka-alueen laidalle.” (Jätehuoltokomitean mietintö (1970) s. 102.)

JOHDANTO

Tämän kirjoituksen tarkoituksena on tarkastella EU-oikeuden ja kansallisen lainsäädännön suhdetta jätesäätelyn kehityksen näkökulmasta. Ympäristöoikeudellisen tutkimuksen piirissä on yleisesti tunnettua, että unionioikeuden¹ tuoma muutos oli jätesäätelyn alalla tavanomaista syvällisempi. Miten tämä muutos tapahtui ja miten sen syvällisyys ilmenee vielä nykyhetkessäkin, ovat kysymyksiä, joilla on jätesäätelyn kontekstia yleisempääkin merkitystä, sillä ne palautuvat pitkälti unionin ja kansallisen oikeusjärjestyksen keskinäisyyteen. Kirjoituksessa lähdetään siitä, että tarkastelemalla mitä elementtejä liittyy unionioikeudellisen normiaineeseen sisällyttämiseen osaksi kansallista oikeusjärjestystä, voidaan epäsuorasti lähestyä moniulotteisempaa kysymystä siitä, miten kotimaisen ja unionioikeuden oikeusjärjestysten suhdetta tulisi hahmottaa.

Kirjoituksessa on kaksi toisiinsa lomittuvaa tarkastelutasoa ja -tapaa: jätehuoltolain² *historiallisella* analyysillä pyritään pohjustamaan nykyhet-

¹ Tässä kirjoituksessa pyritään käyttämään pääsääntöisesti Lissabonin sopimuksen jälkeisen terminologian mukaisesti unioni- eli EU-oikeutta yleiskäsitteenä, mutta asiayhteys varsinkin esityksen alkupuolella edellyttää usein viittaamista Euroopan yhteisöön (EY) tai yhteisöihin, ja vastaavasti yhteisöoikeuteen. Euroopan unionin tuomioistuimeen viitataan kuitenkin kautta linjan lyhenteellä EUTI, vaikka 1.12.2009 asti kyseessä oli Euroopan yhteisöjen tuomioistuin; ks. Lissabonin sopimuksen terminologiasta esim. EUTI:n lehdistötiedote nro 104/09, joka on annettu 30.11.2009.

² Jätehuoltolaki (JHL) 31.8.1978/673, tuli voimaan 1.4.1979.

keä lähestyvää katsausta jätelain³ kauteen, jossa *teoreettisen lainopin* sävyä tapaillen tarkastellaan EU-oikeuden aiheuttamaa muutosta Suomen jätesäätelyn kenttään. Tämä nykyhetken ulottuva muutos ilmenee sekä aineellisoikeudellisella että rakenteellisella tasolla, joista jälkimmäisellä viitataan mm. EU-oikeudellisten käsitteiden ja periaatteiden kautta politiikkatasolta kumpuavaan tulkintakäytännön muutokseen. Perinteisin termein muutoksen rakenteellista tasoa voisi kuvata myös *oikeuslähdeopilliseksi*, jossa keskeisin siirtymä näyttäytyy lainvalmisteluaineiston ja oikeuskäytännön välisessä suhteessa, jälkimmäisen painoarvon kasvettua edellisen kustannuksella⁴.

1 SUOMEN KANSALLISEN JÄTELAINSAÄDÄNNÖN ALKUTAIPALEESTA –JÄTEHUOLTOLAISTA TAUSTOINEEN

1.1 Jätehuoltolakia edeltävästä sääntelystä

Suomen jätehuoltoa koskeva lainsäädäntö perustui ennen vuotta 1979 lähinnä terveydenhoitolakiin ja -asetukseen⁵. Tässä Suomi ei muodostanut kansainvälisessä katsannossa poikkeusta, sillä Ruotsissa tilanne oli sama vuoteen 1979 asti, ja jätesäätelyn pioneerimaana pidetyssä Saksassakin ensimmäinen erityisesti jätettä ja jätehuoltoa koskeva liittovaltiotason säädös⁶ annettiin vasta 1972.

³ Jätelaki (JäteL) 3.12.1993/1072 tuli voimaan 1.4.1994 kumoten jätehuoltolain lukuun ottamatta pilaantuneita maa-alueita koskevia säännöksiä; ks. JäteL 77 § 2 mom., jonka mukaan ”Roskaantumiseen ja maaperän saastumiseen, joka on tapahtunut ennen tämän lain voimaantuloa, sekä kaatopaikkaan ja muuhun jätteen käsittelypaikkaan, jonka toiminta on päättynyt ennen tämän lain voimaantuloa, sovelletaan tämän lain voimaan tullessa voimassa olleita säännöksiä – –”. Pilaantuneen maa-alueen omalakisena tematiikkaan ei tässä kirjoituksessa paneuduta, ks. kuitenkin aiheesta lyhyttä mainintaa jaksossa 2.2.2 ja siinä viitattua kirjallisuutta. Myös parhailaan (2010) vireillä oleva *uuden* jätelain valmisteluprosessi jää kirjoituksessa yksittäisten mainintojen varaan, sillä aihe edellyttäisi erillistä tarkastelua osakseen.

⁴ On sinällään tavanomaista, että lainvalmistelun asema oikeuslähteenä lainsäädännön tulkinnaissa vähenee suhteessa oikeuskäytäntöön ajan kuluessa, kun oikeuskäytäntöä ehtii muodostua. Tässä kirjoituksessa esillä oleva EU-oikeuden aiheuttama siirtymä koskee kuitenkin samalla ja olennaisemmin myös *instituutioiden tasoa*; mm. *Ojanen* (2005b s. 1214–1215) viittaa siihen, kuinka EU-oikeuden myötä tuomioistuimet ovat selvästi vahvistaneet asemaansa suhteessa muihin valtioelimiin ja etenkin lainsäätäjään, ja että tuomioistuinkäytännön asema oikeuslähdeopissa on aiemmasta vahvistunut.

⁵ Terveydenhoitolaki (THL) 27.8.1965/469, terveydenhoitoasetus (THA) 3.2.1967/55.

⁶ Abfallgesetz 7.7.1972 BGBl. I S.873.

Sisäministeriön⁷ asettama jätehuoltokomitea antoi mietintönsä⁸ vuonna 1970. Mietinnössä kuvataan siihenastisen jätehuollon muodostaneen osan puhtaanapitoa, jonka sääntely koski käytännössä yksinomaan suurempia asutuskeskuksia. Mahdollisesti juuri puhtaanapidollisesta näkökulmasta johtuen kustannusjaon lähtökohtana oli se, että sikäli kuin jätteiden kuljetus ja käsittely tapahtui julkisen vallan toimin, sen katsottiin kuuluvan verovaroiden katettaviin palveluihin, joista ei voitu edellyttää asukkailta erillistä korvausta. Säädöspohjana toimineen terveydenhoitolain yleissäännöksen (61 §) nojalla jätteet oli ”sitien käsiteltävä ja kerättävä, ettei niistä aiheudu terveydellistä haittaa”. Käytännössä tämä tarkoitti sitä, että jokaisen kiinteistön omistajan tai haltijan asiana oli päättää siitä, millä tavoin jätteiden kerääminen ja käsittely sekä mahdollinen kuljetus kiinteistöltä järjestettiin.⁹ Kunnan velvollisuus perustaa riittävä määrä kaatopaikkoja koski vain väestökeskuksellisia¹⁰ kuntia, muualla velvollisuus oli vain, ”mikäli siihen oli erityistä tarvetta ja terveydenhoitolautakunta niin määräsi.”¹¹

Jätteeseen suoranaisesti kohdistuvat sitovat säännökset koskivat lähinnä väestökeskuksen kiinteistöjen omistajien velvollisuutta pitää jätteenkeräyspaikalla riittävä määrä säiliöitä tai säkkejä siten, että jätteen keräys ja kuljetus mahdollistuisivat.¹² Jätteen kuljetuskin oli pääsääntöisesti kiinteistön omistajien vastuulla¹³, ja jäteastioita koskevan sääntelyn eräänä tavoitteena oli ”– – että päästäisiin avoimista tunkioista tiheästi asutuilla alueilla ja vältyttäisiin irrallisen jätteen käsin tapahtuvasta lastaamisesta sekä niistä vaaroista, joita jätteen puutteellinen käsittely saattaisi aiheuttaa ihmisten terveydelle.”¹⁴

⁷ Historiallisen tarkastelun yhteydessä on paikallaan sivumennen mainita, että ympäristöministeriö perustettiin vasta vuonna 1983.

⁸ Jätehuoltokomitean mietintö; Komiteamietintö B:114 /1970.

⁹ *Salo* (1970) s. 229.

¹⁰ Terveydenhoitolain terminologiassa ”väestökeskuksia” olivat kaupungit ja kauppalat, mutta maalaiskuntien asutuskeskuksista vain ne, joiden statuksesta lääninhallitus oli tehnyt päätöksen; *Salo* (1970) s. 29–30. – Käytännössä suurin osa maaseutua jäi kokonaan sääntelyn ulkopuolelle.

¹¹ *Salo* (1970) s. 236. Kaatopaikkojen osalta laissa oli säädetty ainoastaan, että ne oli ”sijoitettava riittävän etäälle asutuksesta” ja ”hoidettava niin, ettei siitä aiheudu terveydellistä haittaa”.

¹² *Salo* (1970) s. 29–30.

¹³ THL 65 §:ssä tosin säädettiin, että ”olojen antaessa aiheutta” muut kuin maalaiskunnat voisivat pakko-ottaa jätteenkuljetuksen hoidettavakseen ja perä siitä kohtuullisen korvauksen, mutta pykälä jäi käytännössä kuolleeksi kirjaimeksi; Jätehuoltokomitean mietintö (1970) s. 19.

¹⁴ *Salo* (1970) s. 230.

Nykyhetken jätėsääntelyyn ja -politiikkaan nähden on suoraviivainen *ihmisten terveyden* suojele sinällään huomionarvoisen konkreettinen tavoite; jätėsääntely on sittemmin ensin tullut osaksi yleistä ympäristön pilaamisen torjuntaa, jossa suojelettavana oikeushyvänä on ihmisen ohella *ympäristönsuojelulliset arvot* laajemminkin, ja aivan viimeaikaisessa keskustelussa jätekysymys on haluttu nähdä mm. energia-, ilmasto- ja luonnonvarapolitiikkaan kytkeytyvänä globaalien ja *holististen*, myös taloudelliset arvot kattavan tavoiteryypän *osakysymyksenä*, jonka yhteydet muihin sääntely- ja politiikkaregiimeihin on aiempaa paremmin tiedostettava.¹⁵

Korostamatta jälkiviisaasti terveydenhoitolain jätehuoltoa koskevien sääntösten puutteellisuutta voidaan todeta, että ennen jätehuoltolakia jätehuolto oli pitkälti yksityisten kansalaisten vastuulla sillä varsin täsmentymättömällä rajauksella, ettei jätteen käsittelystä saanut aiheutua terveyshaittaa.

Tähän taustaan nähden sisältyy 1970-luvulla tapahtuneeseen erityisen jätehuoltoa koskevan sääntelyn valmisteluun ja voimaantuloon olennainen näkökulmamuutos: jätteet nähtiin *erillistä sääntelyä edellyttävänä* uutena yhteiskunnallisena ongelmana. Muutoksen taustalla oli ainakin kaksi keskeistä syytä. Ensinnäkin oli muodostumassa *uudenlainen kulutuksen ja kulutushyödykkeiden kulttuuri*, jonka myötä perinteinen käsitys esineiden poistamisesta käytöstä lähinnä loppuun kulumisen kautta murtui. Kun jätemateriaalivirrat kasvoivat merkittäviksi, niiden ymmärrettiin – ainakin tavoitetasolla – terveys- ja viihtyvyyshaittojen ohella häiritsevän luonnon kiertokulkua. Toisaalta kyseessä oli täysin konkreettisella tasolla ja epäilemättä siksi poliittista painetta kasvattaneena uutena ongelmana *ympäristön roskaantuminen*, joka oli yhteydessä kulutusrakenteen muuttumiseen ja siihen, ettei väestöllä ollut valmiuksia toimia jätehuollollisesti kestäväällä tavalla.

¹⁵ Ks. esim. EU:n (komission) jätteen syntymisen ehkäisemistä ja kierrätystä koskeva temaattinen strategia KOM (2005) 666 lopullinen, tai uuden jätepuitedirektiivin 2008/98/EY johdanto.

1.2 Jätehuoltolain keskeinen sisältö – pelkkää oireiden hoitamista?

Jätehuoltolakia valmistelleen jätehuoltokomitean mietinnössä¹⁶ pohdittiin jätehuollon asemaa yhteiskunnassa ja luonnossa varsin laajasti ja kunnianhimoisesti, mutta jo lopullinen¹⁷ hallituksen esitys jätehuoltolaiksi oli kouriintuntuvan konkreettinen. Vaikka lain tavoitteeksi kirjattiin jätehuollon toteuttaminen hyötykäyttöä edistämällä (2 §), voidaan lain keskeinen sisältö palauttaa kolmeen peruslähtökohtaan. Ensinnäkin lain (valmistelun) keskeinen tavoite oli saattaa *koko maa järjestetyn jätehuollon piiriin*, mikä ei ollut lainkaan vaatimaton tavoite huomioon ottaen vallitseva tilanne. Tätä tavoitetta pyrittiin edistämään säätämällä *vastuu* jätehuollon (erityisesti kuljetusten) järjestämisestä siirrettäväksi *kunnalle*, jolla tuli olla valtuudet antaa myös paikallista jätehuoltoa koskevia määräyksiä. Kolmanneksi ympäristön *roskaantuminen* tuli saattaa *yleisen kiellon piiriin*.¹⁸

Lainvalmistelun pyrkimykseksi voidaan kiteyttää irtautuminen tilanteesta, jossa jätehuoltoa koskevat vastuukysymykset olivat epäselvät, jätteen kuljetuksen ja käsittelyn tekninen tila kelvoton, ja jätehuollon kustannusvastuu oli yksinomaan julkisella vallalla. Jätehuoltolain tavoitteiden toteuttamisessa (pl. roskaamiskiello) ei kuitenkaan menestytty – edes säädöstasolla – täysin toivotulla tavalla.¹⁹ Yritykset saattaa jätteenkuljetukset kunnan monopoliksi tyrehtyivät jo lain eduskuntakäsittelyssä, huomattava osa talouksista jäi edelleen järjestetyn jätehuollon ulkopuolelle, ja maaseudun jätehuolto säilyi alkeellisena jopa tavoitteidensa osalta koko jätehuoltolain voimassaolokauden.²⁰ Myös valvomattomien pienten kaatopaikko-

¹⁶ Jätehuoltokomitean mietintö 1970.

¹⁷ Ensimmäinen hallituksen esitys (HE 48/1975 vp) raukesi eduskunnan hajottua. Toisen ja lopullisen hallituksen esityksen (HE 142/1975 II vp), jota oli edelliseen nähden täydennettynä mm. ongelmajätettä koskevilta osin, käsittely eteni eduskunnassa hitaasti ja laki saatiin hyväksytyä vasta kesäkuussa 1978.

¹⁸ Roskaamiskiellosta ks. HE 142/1975 II vp. – Jätehuoltolakia edeltäneessä oikeustilassa roskaaminen ei ollut yleisesti kiellettyä. Esimerkiksi Helsingin kaupungin järjestyssäännön mukaan liikennettä haittaava kadun roskaaminen oli kielletty, mistä *e contrario* voitiin johtaa, että liikennettä haittaamattomalla roskaamiselle ei ollut estettä; Jätehuoltokomitean mietintö (1970) s. 17.

¹⁹ Tavoitteiden puutteellisesta toteutumisesta huolimatta jätehuoltolain aikaansaama edistys jätehuollon tilassa oli lähtökohtaan nähden joka tapauksessa huomattava, ks. *Salo – Snellman* (1994) s. 4. Toisaalta myös lain jälkeensä jääneisyys 1990-luvun alun kansainvälisessä vertailussa oli silmiinpistävä, ks. Jätelakitöimikunnan osamietintö I (1992) s. 29.

²⁰ Ks. esim. ympäristöministeriön ohjeita teoksessa *Maatilojen jätehuolto* (1986 s. 13), jossa vielä pidetään asianmukaisena mm. tavallisten yhdyskuntajätteiden, kuten lasin ja muovin, hautaamista kuoppaan, kunhan kysymys on pienistä määristä.

jen kulttuuri monin paikoin jatkui, ja kuntien halussa ja kyvyssä periä jätehuollon kustannuksia jätteen tuottajilta esiintyi vaihtelua.²¹

Jätehuoltolain valmistelun tavoitteiden, lakiin kirjatun sitovan sääntelyn ja sääntelyn toteutuksen taso vaikuttavatkin olevan kolme varsin eri asiaa. Toisin kuin jälkikäiteisarviossa varsin reaktiiviseksi mielletyn lain ja sen vaatimattomaksikin luonnehdittavan täytäntöönpanon perusteella voisi olettaa, esiintyy lain taustaselvityksessä varsin kunnianhimoisia äänenpajonoja. Jo vajaa vuosikymmen ennen jätehuoltolain voimaantuloa työnsä päättäneen jätehuoltokomitean mietinnössä on nimittäin selvästi esillä *materiaalivirta- ja kiertokulkuajattelu*; keskustelu, jota nykyään käydään lähinnä elinkaariajattelun otsikon alla.²² Toinen asia on se, että sekä jätehuoltolain valmistelusta että varsinkin sen täytäntöönpanosta näytti puuttuvan käsitys siitä, miten tavoitetason verrattain modernit ajatukset voitaisiin yhdistää käytännön tason jätehuoltoon, jonka joka oli teknisesti erittäin alkeellista. Yhteys jäikin pitkälti löytymättä.

Jätehuoltolain hampaattomuus puuttua nykyvalossa ilmeisiinkin jätehuollon järjestämisen epäkohtiin tulee kuitenkin ymmärrettävämmäksi lakia edeltäneiden olosuhteiden kuvauksen myötä. Vallitsevina lähtökohtina olivat mm. se, ettei vanhan terveydenhoitolain nojalla voitu kieltää edes nykyisten ongelmajätteiden tuontia kunnan ”kaatopaikalle²³”, jätteenpolton eräänä muotona pidettiin ”rintauksista sytytettyä kaatopaikkaa”, ja jätteiden luonnetta koskeva tekninen tietotaso ilmeni puheissa murskatun yhdyskuntajätteen käytöstä ”maanparannusaineena” viljelyspelloilla.²⁴ Vaikuttaisi myös siltä, että kyseisenä aikana ainakin osa väestöä mielsi

²¹ On mm. esitetty, että monet kunnat alkoivat kerätä jätehuoltomaksua vasta 1990-luvun alussa heikon taloudellisen tilanteensa pakottamina; *Salo – Snellman* (1994) s. 3.

²² Ks. esim. EU:n (komission) jätteiden syntymisen ehkäisemistä ja kierrätystä koskeva temaattinen strategia KOM (2005) 666 lopull., jossa voimakkaasti korostetaan tarvetta integroida elinkaarianalyysi ja -ajattelu jättesääntelyyn.

²³ Käsitys ”kaatopaikasta” on jätehuoltolain päivistä muuttunut siinä määrin, että nykyvalossa lainausmerkit puoltaisivat paikkaansa tarkastelussa aina 1990-luvun loppupuolelle saakka, jolloin jätelain siirtymäajat JHL:n mukaisten jätehuoltosuunnitelmien korvaamiseksi jäteluvilla olivat päättyneet. Jäteluvissa (sittemmin ympäristöluvissa) alettiin suomalaisilta kaatopaikoilta edellyttää tiukan EU-lainsäädännön mukaisia teknisiä ominaisuuksia, sillä jätelain lupasääntelyn valmistelussa oli jo pyritty ottamaan huomioon sittemmin vasta vuonna 1999 annettu kaatopaikkadirektiivi 1999/31/EY. Direktiivi liitteineen määrittää pitkälti nykyisen kaatopaikan tekniset vaatimukset ja samalla sen rajan, jonka alle jäävä laitos ei ole kaatopaikka, vaan lähinnä jätteiden hylkäämisen johdosta roskaantunut ja/tai saastunut maa-alue.

²⁴ Jätehuoltokomitean mietintö (1970) s. 108: ”Kokemusperäisesti on todettu, että viljelysmaahan voidaan sijoittaa vuosittain noin 5 tonnia jätemursketta tai jätekompostia hehtaarille –”.

kasvatvat jätemäärät merkiksi *edistyksestä*, teollistuneen sivistysvaltion piirteeksi, mikä osaltaan tekee ymmärrettäväksi esimerkiksi sen, ettei jätehuoltolaki sisältänyt jätteen välttämisen tavoitetta.²⁵ Pitkälle 1990-luvun puolelle on myös monin paikoin esiintynyt sellaista järjestelmällistä muutostavastarintaa kaikkea jätesääntelyä kohtaan, joka ei tahdo löytää selitystään muusta kuin periaatteellisesti ympäristönsuojelun vastaisesta asennoitumisesta, jossa kaikki *status quon* muuttamiseksi esitetyt kustannuksia aiheuttavat toimenpide-ehdotukset kategorisesti tyrmätään.²⁶ Jätehuoltolain täytäntöönpanon ongelmissa voidaanakin nähdä osoitus ympäristönsuojelua koskevan tiedotuksen ja kasvatuksen tärkeydestä.²⁷

2 SUOMEN LIITTYMINEN EUROOPAN TALOUSALUEESEEN – JÄTELAIN SÄÄTÄMINEN

2.1 Jätelakitoimikunnan mietintö: merkittäviä puutteita suhteessa yhteisösääntelyyn

Huolimatta siitä, että jätehuoltolakiin oli 1980-luvulla tehty mm. ongelmajätehuoltoa ja viranomaisorganisaatiota koskevia muutoksia, katsottiin 1990-luvun alussa jätesääntelyn edellyttävien merkittäviä kehittämis- ja muutostoimia. Ympäristöministeriö asetti 20.6.1990 työryhmän, jonka tehtävänä oli valmistella uusia säännöksiä koskien mm. jätteiden määrän ja haitallisuuden vähentämistä, parhaan käyttökelpoisen tekniikan käyttämistä, jätteen hyödyntämisen edistämistä ja yleisten jätteenkäsittelylaitosten järjestämis- ja valvontavelvollisuutta. Samassa yhteydessä oli tarkoitus

²⁵ Esim. *Toivo Waltarin* kirjoituksesta lähteessä Jätehuolto 1980-luvulla (1982 s. 2): ”Asukasta kohden asutuskeskuksissamme kertyvän jätemäärän suhteen olemme pääsemässä jo suurin piirtein sille tasolle, missä muutkin teollistuneet OECD-maat ovat, tosin Pohjois-Amerikan osalta Eurooppa on vielä jonkin verran jäljessä.” Kursivoinnit tässä. Sitten jätteen syntymisen ehkäisy tavoite on ollut vakiintuneesti sekä EU:n että Suomen kansallisen jätteenpolitiikan lähtökohdaksi; ks. esim. *Suvantola – Lankinen* (2008).

²⁶ Ks. esim. *Nygårdin* (2001 s. 85) kuvausta vuodelta 1993 Pietarsaaren alueen kuntien asukkaiden vastarinnasta järjestettyyn jätteenkuljetukseen siirtymistä kohtaan, jossa yhteydessä ”asiaa ei myöskään helpottanut se, etteivät viranomaiset aktiivisesti puuttuneet tilanteeseen.”

²⁷ Tiedotus ja koulutus ovat nykyisessä jätteenpolitiikassa merkittävien panostusten kohteena; ks. esim. ”Kohti kierrätysyhteiskuntaa” – Valtioneuvoston 10.4.2008 hyväksymä valtakunnallinen jätesuunnitelma vuoteen 2016, jossa jätteen koulutus on yksi kahdeksasta päätavoitteesta, samalla kun voimakkaimmin esillä olevaa materiaaalitehokkuutta pyritään edistämään mm. monipuolisilla tiedotuspalveluilla.

”mahdollisuuksien mukaan” ottaa huomioon mm. Euroopan yhteisöjen jätteitä koskeva sääntely.

Tarve Suomen jätelainsäädännön *kokonaisuudistukselle* kävi ilmeiseksi, kun heikoksi todetun kansallisen oikeustilan kehittämistä jouduttiin pohtimaan samalla, kun valmisteltiin hallituksen esitystä ETA-sopimuksen voimaansaattamiseksi²⁸. Tilannetta monimutkaisti edelleen se, että jättesääntelyn kenttä myös Euroopan yhteisöissä oli voimakkaassa käymistilassa²⁹. Työryhmän sijaan ympäristöministeriö asettikin lakia valmistelemaan 11.4.1991 toimikunnan, joka jätti lakiehdotuksensa³⁰ 30.4.1992, ja ehdotuksensa asetukseksi³¹ 30.9.1992. Asetusehdotuksen valmistelun yhteydessä toimikunta teki myös eräitä täydentäviä ehdotuksia aiemmin jättämäänsä ehdotukseen jätelaiksi.

Jätelakitoimikunnan mukaan ”voimassa olevaan lainsäädäntöön kohdistuvat kansainväliset muutospaineeet ovat syvällisiä ja siinä määrin perustavanlaatuisia – ”³², että sen työn lähtökohtana oli alusta asti *jätehuoltolain korvaaminen kokonaan uudella lailla*. Eräs merkittävimmistä muutoksista jätehuoltolakiin nähden oli se, että ”uuden ja myös EY:ssä omaksutun ajattelun mukaan toimien pääpainon tulisi olla ongelmien *ennalta ehkäisemisessä*.”³³ Uuteen lakiin valmisteltiin säännökset jätteiden syntymisen ehkäisemisestä sekä muodostuneen jätteen määrän ja haitallisten ominaisuuksien vähentämisestä. Koska ennalta ehkäiseviä toimia ei ollut mielekästä käsitteellisesti sisällyttää jätehuollon piiriin, toimikunta ehdotti uuden lain nimeksi jätelakia.³⁴

²⁸ Ekroos (1994 s. 81) toteaa jätelain säätämisen taustalla olleen ETA-sopimuksen toimeenpanon lisäksi ”JHL:n voimassaoloaikana ilmenneet ongelmat”.

²⁹ EU-oikeudellisen käymistilan aiheutti tuolloisen jätepuitedirektiiviin 75/442/ETY merkittäviä muutoksia tuonut direktiivi 91/156/ETY, jossa erityisesti jätteen hyödyntämisen merkitys korostui voimakkaasti, mikä heijastui mm. jättesääntelyn soveltamisalan laajenemiseen. – Viittaus Euroopan yhteisöihin monikossa ansaitsee sen tarkennuksen, että *radioaktiivisen* jätteen sääntely on Lissabonin sopimuksesta huolimatta edelleen EURATOMin eli kokonaan toisen perustamissopimuksen alainen sääntelyjärjestelmänsä, johon ei tässä esityksessä lainkaan paneuduta. Ks. ydinjätteen omaleimaisesta tematiikasta Suomessa yleisesti Litmanen, Tapio – Hokkanen, Pekka – Kojo, Matti: Ydinjäte käsissämme. Suomen ydinjätehuolto ja suomalainen yhteiskunta. SoPhi / Jyväskylän yliopisto. Jyväskylä 1999.

³⁰ Jätelakitoimikunnan osamietintö I; Ehdotus jätelaiksi. Komiteanmietintö 1992: 19. Ympäristöministeriö. Helsinki 1992.

³¹ Jätelakitoimikunnan osamietintö II; Ehdotus jäteasetukseksi. Komiteanmietintö 1992: 37. Ympäristöministeriö. Helsinki 1992.

³² Jätelakitoimikunnan osamietintö I (1992) s. 17.

³³ Jätelakitoimikunnan osamietintö I (1992) s. 48 (kursivointi tässä); *Salo – Snellman* (1994) s. 30.

³⁴ Jätelakitoimikunnan osamietintö I (1992) s. 33. Parhailaan (2010) valmisteltavana oleva *uusi* jätelaki säilyttäneen kokonaisuudistuluonteesta huolimatta aiemman nimensä, vaikka

Ennaltaehkäisyn eli jätteen synnyn ehkäisyn tavoitteen ohella EY:n tuoreeltaan reformoidusta jättesääntelystä omaksuttiin valmisteltavan jätelain lähtökohdiksi mm. jätehuollolliset läheisyys-, omavaraisuus-, jätteiden erilläänpitämisen, sekä parhaan käyttökelpoisen tekniikan ja jaetun jätehuolto- ja kustannusvastuun periaatteet.³⁵ Uusina piirteinä lakiin sisällytettiin myös aiempaa selvästi tarkemmat ja painoarvoltaan merkittävämmät säännökset lain *soveltamisalasta* ja keskeisestä *käsitteistöstä*, joiden osalta lainvalmistelussa oli ”seurattu varsin tarkoin EY:n jätedirektiivien määräyksiä.³⁶” Sivuttaen toimikunnan tarkempi analyysi yhteisön jättesääntelystä ja -politiikasta³⁷ on syytä todeta, että jätehuoltolakiin perustuneen sääntelyn puutteet ilmenivät myös vertailussa sellaisten maiden kansallisiin säädöksiin, joita perinteisesti on tarkasteltu lainvalmistelussa. Jo mainitun *jätteen synnyn ehkäisemisen* ohella Suomen jättesääntelystä puuttivat verrokkimaista poiketen säännökset mm. *kunnan velvollisuudesta* ja yksinoikeudesta järjestää yhdyskuntajätteiden kuljetukset, täyskatteisesta *jätehuoltomaksusta* sekä jätteitä ja jätehuoltoa koskevien (yleisten) *suunnitelmien* laatimisesta. Lisäksi Suomen sääntelyjärjestelmästä puuttui riittävä *delegointinormisto*, jonka nojalla hallitus, ympäristöministeriö tai muu viranomainen voisi antaa tarkempia määräyksiä mm. tuotteista, jätteistä ja jätehuollosta.³⁸

Esitetyn luettelon valossa voidaan todeta, että Suomen 1990-luvun alussa voimassa ollut jätelainsäädäntö ei tasoltaan vastannut Pohjois- ja Keski-Euroopassa vallinnutta oikeustilaa. Tämä tukee väitettä siitä, että Suomen

jätelainsäädännön tavoitteiden kehitys olisi mahdollistanut myös selväsanaisemman viittaamisen kohti kestävämpiä tuotanto- ja kulutustottumuksia, Saksan keskeisimmän jättesäädöksen *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz* (27.9.1994 BGBI. I s. 2705) esimerkin mukaisesti.

³⁵ Jätelakitoimikunnan osamietintö I (1992) s. 33. – Osa periaateista, kuten ennalta varautumisen periaate (precautionary principle) ja kustannuseriaate, jonka mukaan aiheuttaja maksaa (polluter pays principle), palautuvat suoraan perussopimustasolle (art. 191 SEUT, ent. art. 174 EY), mutta on huomionarvoista, että yhteisön jättesääntelylle ja -politiikalle on kehittynyt myös joitakin eriytyneitä periaatteita, joille on annettu merkitystä mm. EUTI:n ratkaisukäytännössä.

³⁶ Jätelakitoimikunnan osamietintö I (1992) s. 33. Soveltamisalakysymyksestä ks. tämän kirjoituksen jaksoa 4.2.

³⁷ Ks. yhteenveto yhteisön jättesääntelyn tavoitteista ja keinoista Jätelakitoimikunnan osamietintö I (1992) s. 26–27.

³⁸ Jätelakitoimikunnan osamietintö I (1992) s. 29. Vertailun kohteena olivat Ruotsi, Norja, Tanska, Saksa ja Itävalta. Jätelain säätämisen myötä Suomenkin jättesääntely sisältää kaikki puuteluettelon kohtien mukaiset säännökset.

jätessäntelyssä Euroopan integraatioprosessin myötä tapahtunut muutos muodostui poikkeuksellisen rajuksi³⁹.

2.2 Muutosten aikataulu ja kustannukset

2.2.1 Integraation asettamista reunaehdoista

Jätelain valmistelu liittyi kiinteästi Euroopan talousaluetta (ETA) koskevan sopimuksen voimaansaattamiseen, joten sen oli tultava voimaan joko samanaikaisesti sopimuksen kanssa tai viimeistään 1.4.1993, joka oli ETA-sopimukseen sisältyneessä yhteisön jäte(puite)direktiivissä⁴⁰ asetettu takaraja lainsäädäntötoimien toteuttamiselle. Vaikka jätelakitöimikunnan mietintö vaikuttaa huolellisesti laaditulta dokumentilta, jossa on kansainvälisten muutospaineiden ohella käsitelty myös jätessäntelyn kehittämisen kansallisia lähtökohtia, jätelain valmistelua ja voimaansaattamista leimasi epätavallisen kireä aikataulu suhteessa muutoksen merkittävyyteen. Jätelain valmistelun aikoihin lainsäätäjän kädet olivat sekä täynnä työtä että aineellisesti varsin sidotut ETA-sopimuksen sisältämiin yhteisöoikeuden vaatimuksiin; eduskunnan tuli käsitellä noin 250 lain muuttamista koskevat erilliset esitykset pääsääntöisesti vuoden 1992 loppuun mennessä.⁴¹ Hallituksen esityksessä ETA:n perustamiseen liittyvien sopimusten eräiden määräysten hyväksymisestä kuvataankin implementaatioprosessia varsin suorasukaisesti:

”Ympäristönsuojelualan direktiivien edellyttämän laintasoisen sääntelyn tarve Suomessa merkitsee käytännössä joko Euroopan yhteisön *direktiivin sisällön ottamista suoraan* lain säännöksiin *tai* sellaisen *valtuutus-*

³⁹ Kirjoituksen alussa esitetty keskeinen metodinen väite on se, että voimakkaan EU-perusteisen muutoksen kourissa ollut jätessäntely tarjoaa oikeudenalana keskimääräistä paremman näköalan EU:n ja Suomen kansallisen oikeusjärjestyksen välisen suhteen tarkastelulle.

⁴⁰ Tuolloinen direktiivi 75/442/ETY jätteistä, muutettuna direktiivillä 91/156/ETY. Direktiiviin tehdyistä lukuisista muutoksista johtuen se kodifioitiin välillä uudelleen direktiiviksi 2006/12/EY, joka on sittemmin korvattu kokonaan uudella jätepuitedirektiivillä 2008/98/EY, jonka implementaatioaika päättyy 12.12.2010. Suomen jätelain parhaillaan vireillä olevan jätelain kokonaisuudistuksen valmistelua pyritään jouduttamaan direktiivin asettama aikatauluu vastaavaksi; ks. lainvalmistelun internetsivut <http://www.ymparisto.fi/> > lainsäädäntö.

⁴¹ HE 95/1992 vp s. 7.

säännöksen ottamista lakiin, jonka nojalla direktiivin edellyttämät säännökset voidaan antaa lakia alemmilla säännöksillä tai määräyksillä.⁴²

Nykyisessä jätessäntelyssä merkittävän *tuottajavastuujärjestelmän* yhteydessä ilmeni 2000-luvun alkupuolella perustuslaillinen implementaatio-ongelma, joka epäilemättä osaltaan johtui tästä alkujaan kiireessä omaksutusta valtuutusnormin varaisesta implementaatiokäytännöstä; lakitasoista sääntelyä edellyttävistä velvollisuuksista oli ensi vaiheessa säädetty valtioneuvoston päätöksin ja asetuksin. Asiantilaa korjaamaan tarkoitettussa hallituksen esityksessä tuottajavastuuta koskevan 3a luvun lisäämisestä jätelakiin jouduttiin toteamaan seuraavasti: ”Perustuslain 80 § edellyttää, että yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista säädetään lailla. Nykyinen jätelaki ja sen nojalla annetut tuottajavastuuta koskevat valtioneuvoston päätökset keräyspaperista, pakkauksista ja käytöstä poistetuista renkaista eivät ole tämän vaatimuksen mukaisia.⁴³”

ETA-sopimuksen myötä implementoitavaksi tullut yhteisön jätessäntely käytännössä määritteli varsin pitkälle puitteet, joissa jätelaki valmisteltiin, siten, että varsinaisen lainvalmistelun yhteydessä ei merkittävistäkään muutoksista voitu enää käydä todellista keskustelua.⁴⁴ Jätelain hallituksen esityksen⁴⁵ yksityiskohtaisissa perusteluissa onkin verrattain usein päätetty argumentaatio muotoiluun ”tarpeen – – direktiivien toimeenpanemiseksi”.

2.2.2 *Kansallisen lainvalmistelun omaehtoisista valmiuksista kokonaisuudistukseen*

Korostettaessa eurooppalaisen jätessäntelyn käännteentekevää vaikutusta ei liene riittävää viitata yhtäältä Suomen voimassa olleen lainsäädännön jälkeenjääneisyyteen suhteessa yhteisöoikeuteen, ja toisaalta siihen kiireen ja pakon yhdistelmään, jolla yhteisösääntely saatettiin kansallisesti voimaan. Myös se, minkälaiset valmiudet Suomessa olisi mahdollisesti ollut hitaampaan, mutta kansallisista lähtökohdista ja muutospaineista kumpuavaan jätessäntelyn kehittämiseen, ansaitsee lyhyen tarkastelun.

⁴² HE 95/1992 vp s. 54–55. Kursivoinnit tässä.

⁴³ HE 152/2003 vp kohta 1.4. Ks. myös vireillä olevaan jätelainsäädännön kokonaisuudistukseen liittyvä tuore selvitys jätessäntelyn perustuslaillisista ulottuvuuksista *Kauppala* 2009.

⁴⁴ Ks. lainvalmistelusta tarkemmin jaksoa 4.1.3.

⁴⁵ HE 73/1993 vp.

Niin jätehuoltolain säätämisen⁴⁶ kuin sen täytäntöönpanonkin⁴⁷ historia antavat varsin yhdensuuntaisen kuvan siitä *poliittisen tahdon* määrästä, joka Suomessa oli vallinnut julkishallinnolle uusia velvollisuuksia ja merkittäviä kustannuksia aiheuttavan jätesäätelyn kehittämiseksi; se oli vähäinen. Tämän lisäksi Suomen kansantalouden tila 1990-luvun alkuvuosina oli poikkeuksellisen heikko. Oletettavasti näiden tekijöiden yhteisvaikutuksena Suomen *jätehuollon kustannukset* vuosina 1990–1992 *laskivat*, joskin myös jätemäärien korrelointi taloudelliseen tilanteeseen on otettava huomioon.⁴⁸ Yhtä kaikki, kuvattua taustaa vasten jätelain hallituksen esitykseen kirjatut lakiesityksen taloudelliset vaikutukset näyttävät hätkähdyttäviltä: viitaten erityisesti pakkausjäte- ja kaatopaikkadirektiivien 1990-luvun loppupuolelle painottuviin muutospaineisiin todetaan yhteenvetona valtiolle lakiehdotuksen toteuttamisesta aiheutuvien vuosittaisten kustannusten kasvavan vuoteen 2000 mennessä lähes *kolminkertaisiksi*, minkä lisäksi mm. tutkimus- ja kehittämistoimintaan oli tarkoitus suunnata samalla aikataululla noin 2,5-kertainen määrä varoja vuosittain.⁴⁹

Yhteenvetona voidaan todeta, että jätelain valmistelun aikaan näköpiirissä ei ollut puhtaasti kansallisin toimin toteutettavaa vastaavanlaajuista jätesäätelyn uudistusta, kuin minkä integraatioprosessi Euroopan yhteisöihin sai aikaan.

2.3 Jätelain keskeiset uudet elementit

Edellä on viitattu joihinkin jätelain valmistelussa havaittuihin puutteisiin, joiden korjaamiseksi pitkälti yhteisöoikeuden vaikutuksen vuoksi jätela-

⁴⁶ Jätehuoltokomitean mietinnössään kiireellisenä pitämä laki tuli lopulta voimaan noin yhdeksän vuotta komiteamietinnön jättämisen jälkeen.

⁴⁷ Jätehuoltolain keskeisten uudistusten toteuttamiseksi asetettua viiden vuoden siirtymäaikaa tulkittiin monin paikoin siten, että toimet vasta *aloitettiin* siirtymäajan päättyessä, eikä täytäntöönpano vielä 1980-luvun puolivälissäkään ollut läheskään tyydyttävällä tolalla; ks. esim. *Jukka Keron* esitys lähteessä *Jätehuolto 1980-luvulla* (1979 s. 1–14), ja oikeuskanslerin kirje ympäristöministeriölle 5.6.1986 lähteessä *Jätehuoltolain ja -asetuksen muutoksia koskevat ohjeet* (1987) s. 15.

⁴⁸ Tilastotiedot lähteestä *Jätelakitöimikunnan osamietintö I* (1992) s. 37. – Muodostuvan jätteen määrän yhteys vallitsevaan taloudelliseen tilanteeseen on edelleenkin valitettavan kiinteänä pysytellyt riippuvuussuhde, jonka katkaisemiseksi on peräänkuulutettu toimia sekä yleisellä tasolla yhteisön kuudennessa ympäristöohjelmassa että jätteen synnyn ehkäisyä ja kierrätystä koskevassa temaattisessa strategiassa; ks. Euroopan neuvoston ja parlamentin päätös N:o 1600/2002/EY ja KOM (2005) 666 lopull.

⁴⁹ *Jätelakitöimikunnan osamietintö I* (1992) s. 34–38; hallituksen esityksen jakso 4.1.

kiin jouduttiin ottamaan useita lähtökohdiltaan kokonaan uusia säännöksiä. Suurelta osin jätelain sääntelykohteet säilyivät kuitenkin otsikkotasolla samoina kuin jätehuoltolain aikaanakin, kuten jätteiden hyödyntämisen edistäminen, jätehuollon asianmukainen järjestäminen ja roskaantumisen.⁵⁰ Tosin myös näiltä osin muutokset saattoivat olla huomattaviakin, sillä jätelaki merkitsi varsin *suurta muutosta* totuttuihin *ajattelutapoihin ja käytäntöihin*, esimerkiksi siihen mitä hyödyntämisen edistämällä tai asianmukaisella jätehuollolla ymmärrettiin.⁵¹ Tähän nähden lainvalmisteluasiakirjoissa jätehuoltolain muutoksiin viittaava niukkasanaan ilmaus ”jätelain säännökset olisivat kuitenkin nykyistä yksityiskohtaisemmat” ei kerro koko totuutta⁵².

Eräs huomattava muutos aiempaan jätessäätelyyn nähden koski lain soveltamisalan ja vastuuperusteiden tarkentamista *käsitelmäärittelyin*.⁵³ Jätelain uusi soveltamisalarajaus poisti mm. aiemman mahdollisuuden antaa jätessäätelyn perusteella toiminnanharjoittajalle määräyksiä kaasumaisista päästöistä tai jätevesistä⁵⁴. Huomattavia tarkennuksia oikeustilaan ja vastuusuhteisiin merkitsivät itse *jätteen* ohella myös *tuottajan ja haltijan* käsitteet, joiden määrittelyllä mahdollistettiin aiempaa analyttisempi keskustelu.

⁵⁰ Jätelakitoimikunnan osamietintö I (1992) s. 3, kuvailulehti.

⁵¹ *Palokangas et al.* (1994 s. 2) viittaa jopa jätehuoltolain aikaisten ajattelutapojen ja käytäntöjen ”lähes täydelliseen hylkäämiseen”. Vrt. toisaalta *Salo – Snellman* (1994 s. 3–4), joka korostaa JHL:n merkitystä Suomen jätehuollon kehittäjänä. Nähdäkseni molemmilla kannoilla on perusteensa, sillä JHL merkitsi voimaan tullessaan merkittävää parannusta sitä edeltäneeseen oikeustilaan. Toinen asia on, etteivät lain täytäntöönpano ja sen kehittäminen 1980-luvulla edenneet siten, että Suomessa olisi päästy jätehuollollisesti kansainväliselle tasolle.

⁵² Vireillä olevan jätealan lainsäädännön kokonaisuudistuksen valmistelussa näytetään valitun samansuuntainen, uudistusten vähäisyyttä korostava tyyli. Ehdotetun uuden jätelain hallituksen esityksen yleisperustelujen (s. 3) mukaan ”jätelainsäädännön soveltamisala, keskeiset periaatteet ja velvollisuudet säilyisivät jokseenkin ennallaan” huolimatta siitä, että sekä lain soveltamisalaan (sensu largo) että lain keskiössä olevaan jätehuollon ensisijaisuusjärjestykseen on kohdistunut muutoksia.

⁵³ Ks. soveltamisalakysymyksestä tarkemmin jaksoa 4.2.

⁵⁴ Jätelain järjestelmässä jätessäätelyn soveltamisala on varsin johdonmukaisesti unionioikeuden pohjalta rajattu paljolti palautumaan jätteen käsitteeseen. On huomionarvoista, että jätehuoltolaissa säänneltiin varsin epäselvän jätetatuksen kattaman kentän lisäksi roskaantumiskielion (32 §) osalta myös muita aineita kuin jätteitä. Vaikkakin ilmeisenä anomaliana, maininnan ansaitsee KHO 1987-A-69, jossa jätteen käsitettä venytettiin kattamaan myös *kaasumaisia* päästöjä. – EU:n jätessäätelyssä ”ilmakehään joutuvat kaasumaiset päästöt” on yksiselitteisesti rajattu jätessäätelyn soveltamisalan ulkopuolelle, nykyisellään direktiivin 2008/98/EY 2 art 1 a) kohdassa.

Jätelain keskeisimpinä uudistuksina suhteessa jätehuoltolain järjestelmään voidaan nähdä seuraavat viisi elementtiä: Ensinnäkin aiempaa selvästi tiukemmat *yleiset huolehtimisvelvollisuudet* jätehuollon järjestämiseksi (JäteL 4–6 §), kuten lähtökohtainen hyödyntämisvelvoite, BAT-vaatimus⁵⁵ ja jätteiden sekoittamiskielto. Toisena uudistuksena jätelaki asetti jätteen ammattimaisen hyödyntämisen tai käsittelyn *luvanvaraiseksi*; JHL:n jätehuoltosuunnitelmaa tiukempi järjestelmä ei mm. mahdollista toiminnan aloittamista ilman lupaa, ja lupajärjestelmän ulkopuolisillekin toimijoille (mm. kuljetus) on säädetty ilmoitusjärjestelmä⁵⁶. Kolmanneksi jätelailta implementoitiin eurooppalaista standardia vastaava jätehuollon valtakunnallinen ja alueellinen *suunnittelujärjestelmä*⁵⁷. Neljänneksi yhdyskuntajätehuollon *kustannus- ja järjestämisvastuu eriytettiin* siten, että lähtökohtaisesti kunta on järjestämisvastuussa mutta jätteen haltija kustannusvastuussa; aiheuttamisperiaatetta⁵⁸ noudattelevaa vastuunjakoa ilmentävät käytännön tasolla täyskatteiset jätehuoltomaksut. Viidenneksi jätelaki korjasi jätehuoltolain puutteelliseen *delegointinormiston*, kun siinä säädettiin valtioneuvostolle ja ympäristöministeriölle varsin laajat valtuudet antaa jätteitä ja jätehuoltoa koskevia asetuksia, määräyksiä ja ohjeita⁵⁹.

Esitellyn järjestelmä- ja vastuunjakotasoa koskevan sääntelyn lisäksi jätelaki sisältää monia merkittäviä yksityiskohtaisempia säännöksiä, kuten jätteen haltijaa koskevan sanktoidun kiellon luovuttaa jätettä muulle kuin lupa- tai ilmoitusmenettelyssä hyväksytylle toimijalle (15 §), sekä infor-

⁵⁵ BAT = Best Available Technology, paras käyttökelpoinen tekniikka, on nykyisellään ympäristölupajärjestelmän kantavia periaatteita. Vaikka BAT-edellytyksen tulkinnassa joudutaan ottamaan huomioon myös järkevän taloudellisen toiminnan puitteet, tarjoaa jätteenpolto esimerkin toiminnasta, jonka tekninen taso on (tosin erityissääntelyllä) asetettu niin korkeaksi, että pienikokoiset ja -resurssiset toimijat rajautuvat kokonaan hyväksyttävän toiminnan ulkopuolelle.

⁵⁶ Mm. ammattimaista jätteenkeräystä ja -kuljetusta koskeva ilmoitus jätetiedostoon merkitsemistä varten tehdään JäteL 49–50 § nojalla elinkeino-, liikenne-, ja ympäristökeskuskelle, jolla on mahdollisuus ilmoituksen hyväksymisestä antamansa päätöksen yhteydessä antaa velvoitteiden täyttämiseksi ja toiminnan valvomiseksi tarpeellisia määräyksiä.

⁵⁷ Tosin kuntien velvollisuus laatia kuntatason jätehuoltosuunnitelma poistui lainvalmistelussa; HE (77/93 vp):n mukaan ”lähes koko [jätehuollon järjestämistä koskeva] 3 luku on kirjoitettu lähinnä kuntien keskusjärjestöjen lausuntojen perusteella uudestaan.”

⁵⁸ Aiheuttamisperiaate (Polluter Pays Principle) on siinä mielessä jätēsääntelylle erityinen periaate, että sen ensimmäiset säädöstasoiset kirjaukset Euroopan yhteisöjen lainsäädännössä löytyvät juuri jätēsääntelyn alkutaipaleelta; ks. direktiivi 75/439/ETY öljyjätehuollosta art. 14 ja ensimmäinen jätepuitedirektiivi 75/442/ETY art. 11.

⁵⁹ Sääntelyvallan delegoinnilla mm. varmistettiin jätepuitedirektiiviä tarkentavien ”kierrätysdirektiivien” vaivaton implementointi valtioneuvoston normituksella. Käytäntö tosin johti myös ongelmiin PL 80 §:n lailla säätämisen vaatimuksen suhteen; ks. edellä jaksossa 2.2.1 mainittu HE 152/2003 vp.

maatio-ohjausta korostavan säännöksen jäteneuvonnasta (68 §). Jätelain aiempaa selvästi tarkemmat säännökset *maaperän saastumisesta* on sittemmin siirretty ympäristönsuojelulakiin.⁶⁰

Maininnan tässä yhteydessä ansaitsee se, että JHL:n aikaiset jätehuolto-suunnitelmat, samoin kuin eräät kumotun jätehuoltolain muutkin elementit, ovat säilyneet oikeuskäytännössä maaperävastuun perusteena aina näihin päiviin saakka. Pilaantuneiden maa-alueiden erityiseen problematiikkaan ei tässä voida juuri paneutua⁶¹. Yleistäen voidaan kuitenkin todeta, että ”pima” -normitus perustuu jätelain voimassaolokaudella aiheutuneiden vahinkojen osalta YSL:n ja JäteL:n muodostamaan moderniin sääntelykokonaisuuteen. Maaperäsääntelyn erityisluonne ilmeneekin *ennen* jätelain kautta aiheutetuissa vahingoissa, joiden osalta normitus on oikeuskäytäntöperäisesti edelleen sidottu kumottuun jätehuoltolakiin, eikä sitä näin ollen koske EU-oikeuden vaikutus läheskään siinä mitassa kuin tässä kirjoituksessa puheena olevaa yleistä jätessäätelyä⁶².

Kenties olennaisimpana seikkana yhteisöoikeuden jätessäätelyn implementaatioissa – johon jätelain uudistuksen suurelta osin voi palauttaa – tulee mainita *sääntelyn* uudenlainen *yleinen ryhdikkyys*; jätettä ja jätehuoltoa koskeva toimintakenttä saatettiin aiempaa kattavammin sitovan sääntelyn ja viranomaiskontrollin alle⁶³. Kaikki jätteitä koskeva toiminta saatettiin vähintään yleisten selvälläolo- ja huolellisuusvelvollisuuksien piiriin, eikä käytännössä mitään jätehuollollisesti merkittävää toimintaa enää saanut harjoittaa ilman jonkinasteista etukäteistä viranomaiskontrollia. Suomen jätessäätelyn ja jätehuoltokulttuurin nopeaa muutosta silmällä pitäen olennainen merkitys oli myös jätelain *lyhyillä siirtymäajoilla*, joilla pääsääntöisesti jätehuoltosuunnitelmat, kunnalliset jätehuoltomääräykset sekä ilmoitusta edellyttäneet toiminnot oli saatettava uutta lakia vastaavalle tasol-

⁶⁰ Ks. esim. Pölonen (2001) s. 823.

⁶¹ Ks. aiheesta laajemmin esim. Herler, Casper: Markföroreningsansvaret – om retroaktivitet och skälighet av miljörättsligt återställansvar, 2008 ja Tuomainen, Jouko: Vastuu pilaantuneen ympäristön puhdistamisesta, 2006.

⁶² Esimerkiksi vertaamalla JHL-perustaisen maaperätapauksen KHO 2006:30 argumentaatiotapaa ja oikeuslähteitä jätelain varsin EU-oikeudelliseen soveltamisalatapaukseen KHO 2005:90, saa havainnollisen käsityksen traditioiden välisestä erosta.

⁶³ Vähättelemättä jätehuoltolain merkitystä voitaneen todeta, että sen osalta kysymys oli merkittävästi vaatimattomammasta *tavoitteesta* saattaa koko Suomi järjestetyn *jätehuollon* piiriin, eikä tässäkään tavoitteessa tydyttävästi onnistuttu.

le vuoden 1995 loppuun mennessä⁶⁴. Lain voimaantulohetkellä käynnissä ollutta toimintaa varten tuli hakea jätelain mukaista lupaa vuoden 1996 loppuun mennessä. Yhdessä vuonna 1994 voimaan tulleen ympäristövaikutusten arviointimenettelyä koskevan lainsäädännön kanssa viimeksi mainitulla, mm. kaikkia kunnallisia kaatopaikkoja koskevalla luvanhakovelvollisuudella, oli Suomen jätehuollon infrastruktuurin kehittymisen kannalta sangen huomattava vaikutus⁶⁵.

3 SUOMEN JÄTESÄÄNTELYSTÄ EUROOPAN UNIONIN JÄSENYYDEN AIKANA

Unionin voimassa oleva jätessäätely on järjestetty siten, että keskeiset jätteitä ja jätehuoltoa koskevat yleiset velvollisuudet on säädetty *jätepuitedirektiivissä*⁶⁶, jota täydentävät lähinnä jätejäte- tai jätehuoltomenetelmäkohdaisiin säädöksiin jaettavissa olevat erityisdirektiivit. Suomessa tämä sääntely on saatettu voimaan siten kuin ETA-sopimusta koskevassa hallituksen esityksessä oli kaavailtu, eli vain keskeisimmiltä osiltaan jätelain ja -asetuksen puitteissa. Jätelaille ja -asetuksella⁶⁷ on implementoitu näin ollen yhteisön jätepuitedirektiivin lisäksi viittauksella myös *jätteensirtoasetus*⁶⁸, ja jätelakiin on sittemmin kirjattu myös mm. tuottajavastuusäätelyn perusteet. Sen sijaan muu yhteisön direktiivitasoinen jätessäätely on pää-

⁶⁴ Siirtymäaikaa on pidettävä lyhyenä erityisesti verrattuna jätehuoltolaissa säädettyyn viiden vuoden siirtymäaikaan, erityisesti kun JHL:n siirtymäaikaa tulkittiin vielä yleisesti siten, että vasta sen jo kuluttua ryhdyttiin toimenpiteisiin.

⁶⁵ YVA-menettelyä koskeva lainsäädäntö ansaitsee tässä yhteydessä huomion siksin, että se tarjoaa toisen ympäristölainsäädännön alaan kuuluvan esimerkin lainsäädäntökehityksestä, jossa tapahtui selvä laadullinen hyppäys Suomen EU-jäsenyyden myötä; ks. aiheesta laajasti esim. *Pölonen 2007*.

⁶⁶ Alun perin direktiivi 75/442/EY jätteistä, jota sittemmin muutettiin direktiivillä 91/156/EY ja rekodifioitiin muutoksineen direktiiviksi 2006/12/EY, on korvattu parhailaan jäsenvaltioissa täytäntöön pantavalla kokonaan uudella jätepuitedirektiivillä 2008/98/EY. Uuteen jätepuitedirektiiviin sisältyvät aiemman puitedirektiivin säännösten lisäksi myös ongelmajätedirektiivin ja jäteöljyjä koskevien direktiivien säännökset.

⁶⁷ Jätelaki 3.12.1993/1072, jätetasetus 22.12.1993/1390. Esitysyhteys pakottaa oikomaan yksityiskohtia; esim. jätehuoltoa koskeva keskeinen lupajärjestelmä on nykyään pääosin säännelty ympäristönsuojelulaissa ja -asetuksessa, ja laajasti ottaen jätepuitedirektiivin järjestelmää on implementoitu myös ympäristöministeriön päätöksin ja asetuksin, kuten ns. Euroopan jäteluettelon osalta.

⁶⁸ Unionin jätessäätelyä on toteutettu pääosin direktiivein, mutta siihen kuuluu myös joukko asetuksia, jotka eivät edellytä varsinaista implementointia. Asetuksissa säädetyn oikeus-tilan toteuttamiseksi voidaan joutua jäsenvaltiossalla kuitenkin antamaan tarkentavia säännöksiä mm. menettelyistä ja toimivaltaisista viranomaisista; ks. esim. *komplisoidun jätteen-*

sääntöisesti saatettu kansallisesti voimaan valtioneuvoston (päätoisin ja) asetuksin.

Tässä yhteydessä ei ole tarpeen yksityiskohtaisesti tarkastella yhteisön jätessäädöksiä sisällöllisesti sen paremmin kuin sitä tapaa, jolla ne kussakin yksityistapauksessa on saatettu kansallisesti voimaan⁶⁹. Yhteisöoikeuden merkityksen arvioinnissa on kuitenkin pyrittävä muodostamaan jonkinlainen yleiskuva siitä, mitä jätehuollon osa-alueita koskevaa ja minkä tyyppistä sääntelyä yhteisöstä on Suomeen tullut. Suppeassa katsauksessa on korostettava niitä säädöksiä ja mekanismeja, joista on aiheutunut merkittävimmät muutokset Suomen jätehuoltokulttuurille⁷⁰. Tästä näkökulmasta esiin nousevat yhtäältä pakkausjätedirektiivin myötä alkanut ja yhä uusille jätejakeille ulottuva *tuottajavastuujärjestelmä*, toisaalta yksittäisenä säädöksenä selvästi merkittävimmäksi muodostunut *kaatopaikkadirektiivi*⁷¹.

Ennen lyhyttä tuottajavastuun ja kaatopaikkasääntelyn katsausta voidaan yhteisösääntelyn myötä Suomeen implementoidusta vertikaalisesta⁷² jätessääntelystä todeta eräitä yleisiä piirteitä. Ensinnäkin implementoitavaa säädösmateriaalia on ollut *määrällisesti runsaasti*: voimassa olevista jätteistä tai jätehuoltoa koskevista n. 20 valtioneuvoston päätöksestä tai asetuksista kolmea⁷³ lukuun ottamatta kaikki on säädetty keskeisiltä osiltaan yhteisöoikeuden voimaansaattamiseksi, eli viimeisten runsaan kymmenen vuoden aikana. Säädösten määrä selittyy sillä, että joitakuista erillisiä säädöksiä on annettu yksittäisten haitallisten aineiden vähentämiseksi jätteissä, ja yksityiskohtaisia jätehuoltomääräyksiä on annettu paljon jätejakeit-

siirtoasetuksen (EY) N:o 1013/2006 (aiempi (EY) N:o 259/93) ”implementoinnista” jätelaiki 36 § ja 45–48c §§.

⁶⁹ Ks. kattava selvitys voimassaolevasta lakia alemmanasteisesta jätessääntelystä *Kauppila* 2009, jossa arvioidaan sääntelytekniisiä muutospaineita vireillä olevan jätelainsäädännön kokonaisuudistuksen näkökulmasta.

⁷⁰ Tässä yhteydessä joudutaan sivuuttamaan eräitä merkittäviäkin säädöksiä, joista alaviihemaininnan ansaitsee yhteisötasolla keskeinen jätteenpolttodirektiivi 2000/76/EY, joka on pantu kansallisesti voimaan valtioneuvoston asetuksella jätteen polttamisesta 15.5.2003/362. Ks. myös direktiivin soveltamisalasta KHO:n ennakkoratkaisupyynnöt asiassa Lahti Energia KHO 2007:45 ja KHO 2009:51, ja vastaavat EUTI:n ratkaisut C-317/07 ja C-209/09.

⁷¹ Kaatopaikkadirektiivi 1999/31/EY on saatettu kansallisesti voimaan valtioneuvoston päätöksellä kaatopaikoista 4.9.1997/861, jota on merkittävästi täydennetty päätöksellä 18.11.1999/1049.

⁷² Erityisesti Euroopan komission asiakirjoissa käytetään terminologiaa, jossa jätejakeita ja jätteenkäsittelytapoja koskevaa sääntelyä nimitetään vertikaaliseksi, vastakohtana lähinnä jättepuitedirektiivin ja jätteesiirtoasetuksen muodostamalle horisontaaliselle sääntelylle.

⁷³ Suomessa on kansallisista lähtökohdista säädetty lähinnä suuntaa antavan tavoitteen sisältävä VnP (3.4.1997/295) rakennusjätteen vähentämisestä, sekä tuottajavastuujärjestelmät keräyspaperille (VnP 25.11.1998/883) ja käytetyille autonrenkaille (VnP 12.10.1995/1246).

tain, koskien esimerkiksi pakkausjätettä, romuajoneuvoja tai elektroniikkajätettä. Säädökset ovat usein joko kauttaaltaan tai osin *korostetun teknisiä*, esimerkiksi siten, että direktiivin (ja VnA:n) liitteissä kuvataan hyväksyttävää teknistä tasoa ja näytteenottomenetelmiä. Osa säädöksistä on myös varsin *laajoja* ja juridisesti *vaikeaselkoisia*. Huomionarvoista on myös, että implementointia edellyttävien sitovien säädösten taustalla on usein yhteisön ympäristö- ja *jätepolitiikkaa* koskevia asiakirjoja, joilla voi olla huomattava merkitys esimerkiksi kansallisen tason jätesuunnitelmien laadinnassa.

Kuten aiemmin on mainittu, Suomen jätėsääntelyn ja jätehuoltokulttuurin tilaan ovat merkittävimmin vaikuttaneet yhteisön tuottajavastuuta ja kaatopaikkoja koskeva sääntely. Pakkausjätteistä alkanut *tuottajavastuusääntely* pyrkii jakamaan aiheuttamisperiaatteen mukaisesti jätehuollon kustannuksia niille, jotka saavat jätteeksi päätyvästä esineestä tai aineesta hyödyn.⁷⁴ Näin ollen jätehuollon kustannus- ja järjestämisvastuuta on siirretty jätteen tuottajille ja maahantuojille, joiden velvollisuutena on huolehtia oman jätejakeensa jätehuollosta. Käytännössä tuottajat ovat järjestäytyneet *tuottajayhteisöiksi*, jotka yhteistyössä mm. kunnallisen jätehuollon kanssa järjestävät vastuullaan olevien jätteiden keräyksen ja hyödyntämisen. Tuottajavastuusääntelyllä pyritään edistämään yhteisön jätėsääntelyn priorisoituja tavoitteita, eli *jätteen välttämistä* ja muodostuneen jätteen korkeatasoista hyödyntämistä. Olennaista kansallisen täytäntöönpanonkin näkökulmasta on se, että tuottajavastuusäännökset sisältävät selviä sitovia prosenttimääräisiä vähennystavoitteita, joiden täyttymättä jääminen on sanktioitu tavanomaisen yhteisösäännöksen täytäntöönpanon laiminlyönnin tavoin⁷⁵. Tuottajavastuusääntelyä on Suomessa annettu pakkausjätteen lisäksi mm. paristoista ja akuista, käytetyistä renkaista, romuajoneuvoista sekä sähkö- ja elektroniikkaromusta.

⁷⁴ Tuottajavastuujärjestelmässä tuottajat luonnollisesti siirtävät kontolleen tulleet jätehuoltokustannukset kuluttajille osana tuotteen hintaa, mutta tästä huolimatta tuottajien asettaminen vastuuseen tuotteidensa jätehuollosta on merkittävä edistysaskel jätepolitiikan ensisijaisten tavoitteiden operationalisoimisessa. Tuottajavastuusta Suomessa ks. *Rissanen 2006*, teemasta erityisesti elektroniikkajätteen näkökulmasta laajasti ks. *Kalimo 2006* tai *2004*.

⁷⁵ Tuottajavastuujärjestelmää on myös kritisoitu siitä, että se irtautuu perinteisestä oikeudellisesta ohjauksesta asettaessaan yksittäisille yrityksille sellaisia vastuuta, joita nämä eivät tosiasiallisesti pysty kantamaan – ryhmittymättä tuottajajärjestöiksi, mihin sääntely näin epäsuorasti pakottaa; ks. *Lepsius 2003*, joka kritisoi tällaista suostuttelevaa sääntelytapaa. Hänen kritiikkinsä lähtökohta on se, että ympäristöoikeudessa ajaudutaan tyypillisesti terminologisiin (jätteen käsite) ja täytäntöönpanoa koskeviin ongelmiin siksi, että pyrkimyksenä on edistää liian laajakantoisia poliittisia tavoitteita oikeudellisin keinoin, jotka soveltuivat hyvin ainoastaan oikeuksien ja velvollisuuksien perustamiseen.

Kaatopaikkadirektiivin merkittävyys Suomen jätehuoltokulttuurille perustuu paljolti jätehuoltolain ja sitä edeltäneen kauden perintönä maassamme osin 1990-luvulle asti kukoistaneeseen pienten ja puutteellisesti hoidettujen kaatopaikkojen kulttuuriin. 1980-luvun runsaasta tuhannesta kaatopaikasta on paljolti yhteisön kaatopaikkasääntelyn myötä päädytty noin 80 kaatopaikkaan, josta määrän oletetaan edelleen laskevan lähes puolella.⁷⁶ Kehityksessä kysymys on ollut siitä, että ainoastaan erittäin suuret, alun perin huolellisesti suunnitellut ja mittavin investoinnein perustetut kaatopaikat täyttävät yhteisösääntelyn vaatimukset. On hätkähdyttävää verrata jätehuoltolain aikaisiin ”kukin tuo milloin tuo mitä tuo” -kuvauksiin nykyistä oikeustilaa, jossa tarkasti aidatulle ja valvotulle kaatopaikalle ei lähtökohtaisesti saa sijoittaa *lainkaan esikäsittelemätöntä* jätettä, ja jätteen tuojan on pääsääntöisesti esitettävä jätteestään mm. sen jätelain nojalla annetun jäteluettelon mukainen luokka, ja jäljennös kyseisen jätteen kaatopaikkakelpoisuustestistä tai sitä vastaavasta asiantuntija-arviosta. Merkittävä – ja Suomessa ongelmia tuottava – yksittäinen direktiivin säännös koskee *biohajoavaa jätettä*; suurin osa biohajoavasta jätteestä on kerättävä talteen erilleen muusta jätteestä hyödyntämistä varten, jotta jäljelle jäävä jäte olisi kaatopaikkakelpoista.⁷⁷

Alustavana yhteenvedona voidaan todeta, että yhteisön jätēsääntelyn aiheuttama muutos Suomessa ei jäänyt pelkästään jätelain säätämisen yhteydessä suoritettuun vallinneen oikeustilan ”kiinniottoon”. Yhteisön jätēsääntely on ollut koko Suomen jäsenyyskauden jatkuvassa muutostilassa tuottaen suuren määrän säädöksiä, joista osalla on ollut huomattavia vaikutuksia Suomen jätehuoltokulttuurille. Parhailtaan käynnissä oleva jätelain *kokonaisuudistus* osaltaan ilmentää sitä, ettei tämä muutostila ole vieläkään laantumassa; ehdotus uuden jätelain hallituksen esitykseksi annettiin 2.3.2010, ja siihen liittyvien yleisperustelujen mukaan ”lain ajantasaistamiseksi tarpeelliset muutokset ovat niin merkittäviä, ettei niiden toteuttaminen ole osauudistuksella mahdollista tai tarkoituksenmukaista⁷⁸”.

⁷⁶ Markku Salo (2005) s. 16. Vrt. toisaalta tuoreehko (jätealan lainsäädännön kokonaisuudistusta valmistelleen työryhmän sihteeristön alustava) luonnos hallituksen esitykseksi uuden jätelain yleisperusteluiksi 8.3.2010 s. 19, jossa viitataan edelleen vuoden 2009 tilastotietona 400 kaatopaikkaan, joista tosin yhdyskuntajätteen kaatopaikkojen osuus olisi vain 137.

⁷⁷ VnP 1997/861 4 § 2 mom. 2) kohta.

⁷⁸ Sihteeristön alustava luonnos yleisperusteluiksi 8.3.2010 s. 25.

4 MIKÄ MUUTTUI JA MITEN – ARVIOINTIA

4.1 Suomen jätesäätelyn muutoksista säädösten osalta

4.1.1 Yleistä

Edellä on esitetty keskeisiä piirteitä Suomen jätesäätelyn kehityksestä, pyrkien pelkistämään kehitys kahden merkittävän muutoksen ympärille. Ensin jätehuoltolaki aloitti maassamme 1970-luvun lopulla muista sääntelykohteista eriytyneen, yksinomaan jätteeseen ja jätehuoltoon kohdistuvan säätelyn luoden puitteet keskustelulle vastuullisen jätehuollon järjestämisestä. Sittemmin jätelain puitteissa, mutta käytännössä täysin yhteisönsäätelyn vetämänä, on 1990-luvun alkupuoliskolta lähtien toteutettu merkittävää jätesäätelyn ja jätehuoltokulttuurin muutosta, joka on edelleen käynnissä.

Valittu lähestymistapa ilmentää kirjoittajan käsitystä siitä, että kahden lakireformin esittelemisen yhdessä on perusteltua jälkimmäisen tarkemman analyysin nimissä. Näin on yhtäältä siksi, että molempien aiheuttamia muutoksia voidaan pitää Suomen jätehuollon kehityksen kannalta osapuulle yhtä merkittävänä, jolloin edellinen taustoittaa kehityskulussa jälkimmäistä; tämä oli kirjoituksen tähänastisten jaksojen luonne. Merkittävämmin muutosten käsittely rinnakkain näyttäytyy perusteltuna kuitenkin siksi, että ne ovat *kontekstiltaan ja mekaniikaltaan* täysin *erityyppisiä*, jolloin tarjolla on mahdollisuus vertailulle vastakkainasettelun myötä; tämä on käsillä olevan arvioivan jakson lähtökohta.

4.1.2 Yhteenveto Suomen jätesäätelyn keskeisistä kehityspiirteistä

Edellisissä jaksoissa esitelty Suomen jätesäätelyn kaksivaiheinen kehitys voidaan kiteyttää seuraavasti:

1. Muutos terveydenhoitolain puhtaanapitosäätelyn piiristä jätehuoltolain järjestelmään oli yhteydessä Suomen yhteiskunnan rakennemuutokseen ja johtui uudenlaisen kulutuskulttuurin aiheuttamasta aiempaa laajamittaisemmasta jäteongelmasta. Uudenlaiset jätteet⁷⁹ muodostivat konkreettisen ongelman syntyäpaikoillaan siten, että niitä koskevat vastuukysy-

⁷⁹ Esimerkiksi muovisten astioiden tulo kaatopaikoille aiheutti selvän muutoksen aiempaan. Muovi ei juuri maadu, ja se säilyttää tai suorastaan palauttaa muotonsa painonkin alla, jolloin kaatopaikoille alkoi muodostua aiemmin tuntemattomia ilmataskuja, jotka tekevät läjityksestä epävakaamman ja keräävät myrkyllisiä ja palovaarallisia kaasuja.

mykset oli järjestettävä. Huolimatta lainvalmistelussa kehitellyistä luonnonvara- ja materiaalivirta-ajatuksista lailla pyrittiin varsin konkreettisiin tavoitteisiin, so. lähinnä ”järjestetyn jätehuollon” ulottamiseen koko maahan ja hälyttävästi lisääntyneen roskaantumisen kitkemiseen. Ensi vaiheessa pyrittiin saamaan jätteenkuljetus järjestetyksi, samalla kun jätteenkäsittelyä vasta opeteltiin. Huolimatta siitä, että lain voimassaolokaudella tietotaso myös käytännön jätehuollon kestävästä järjestämisestä kohosi merkittävästi, näyttäisi lain vaikutukseksi valtakunnallisella tasolla jääneen lähinnä se, että jätteet kyettiin toimittamaan organisoidusti kiinteistöiltä kaatopaikoille, joiden taso vaihteli varsinkin jätehuoltolain kauden alkupuolella merkittävästi.⁸⁰ Myös jätehuollon erityiskysymykset, kuten tiettyjen jätejakeiden kierrättäminen ja ongelmajätehuolto, olivat kehittyneet tasaisesti parempaan suuntaan. Huomioon ottaen lakia edeltänyt tilanne tätä kehitystä on pidettävä merkittävänä.

2. Muutos jätehuoltolain järjestelmästä jätelain kauteen oli yhteydessä Euroopan integraatioprosessiin, so. Suomen liittymiseen ensin Euroopan talousalueeseen vuoden 1994 alusta, ja vuotta myöhemmin Euroopan yhteisön ja unionin täysjäseneksi. ETA-sopimuksen yhteydessä Suomeen implementoitiin EY:n koko jättesääntely, mikä käytännössä merkitsi sitä, että jätelainsäädäntömme kokonaisuudistus sai keskeisen sisältönsä suoraan yhteisö- eli unionioikeudesta. Koska jätehuoltolain aikainen sääntelymme oli eurooppalaisesta kehityksestä selvästi jäljessä, muutos oli rajua. Yleisellä tasolla muutos merkitsi sääntelyn huomattavaa terävöitymistä mm. sen tavoitteiston, käsitteistön, viranomaiskontrollin kattavuuden ja tarkkuuden, sekä jätteenhaltijan yleisen vastuusääntelyn osalta. Käytännön jätehuollon tasolla implementaatioprosessissa merkittävimmän osan sai yhteisön kaatopaikkasääntely, joka oli lähtökohdiltaan täysin omasta kaatopaikkakulttuuristamme poikkeava⁸¹. Yhteisösääntelyn näkökulmasta sadat pienet kaatopaikkamme eivät edustaneet hyväksyttävissä olevaa jätteenkäsittelyä, vaan lähinnä jätteen valvomattoman hylkäämisen myötä syntyneitä pilaantuneita maa-alueita, jotka edellyttivät kunnostamista. Kaatopaikkasääntelyn ohella merkittävän muutoksen jätehuoltojärjestel-

⁸⁰ Kärjistävä johtopäätös on kirjoittajan oma. Huomattavaa kehitystä kaatopaikkojen suhteen tapahtui kuitenkin jo jätehuoltolain kaudella, sillä vuoteen 1990 mennessä niiden määrä oli laskenut aiemmasta noin tuhannesta noin puoleen; *Nygård* (2001) s. 136.

⁸¹ Parhailaan todistamme seuraavaa askelta EU-oikeuden liikkeelle sysäämässä jätehuoltoinfrastruktuurin muutoksessa: käsillä on selvä siirtymä kohti jätteenpolttoon perustuvaa jätehuoltojärjestelmää; ks. Suomen jättopoliittikan lähtökohdista valtakunnallista jättesuunnitelmaa vuoteen 2016, oikeuskäytännön osalta ks. KHO:n ratkaisut (KHO 2007:45 ja KHO 2009:51) asioissa Lahti Energia.

määmmme on aiheuttanut myös tuottajavastuujärjestelmä, jonka myötä jätehuoltovastuu oman alansa jätteistä on säilytetty tuottajille jo usean sekä määrällisesti että laadullisesti merkittävän jäteljakeen piirissä. Tuottajavastuusääntelyn järjestämisen ohella erityisesti yhteisöääntelyn merkittävät suunnitteluvälvoitteet ovat konkretisoineet yhteisössä olennaisiksi miellettyjä jätepoliittisia tavoitteita. Kehityksen viimeisimpänä vaiheena vuoden 2008 loppupuolella voimaan tullut uusi jätepuitedirektiivi edellyttää monipuolisia täytäntöönpanotoimia, joten koko Suomen EU-jäsenyyden ajan jatkunut voimakas muutoskehitys ei vielä ole tullut päätökseen.

EU:n jätepuitedirektiivin 2008/98/EY implementointi tulee saattaa päätökseen 12.12.2010 mennessä, mikä on osaltaan kiristänyt jätelain kokonaisuudistuksen aikataulua. On korostettava, että jätelain kokonaisuudistukselle on tällä kertaa myös selvät kansalliset syynsä – jotka tosin juontuvat paljolti lain systematiikan heikentymisestä EU-oikeuden implementaatiotoimien vuoksi⁸². Unionitasolla säädöstason muutoskehitys vaikuttaisi osoittavan laantumisen merkkejä; jo jätepuitedirektiiviehdotuksessa todettiin kaikkien *keskeisten säädösten olevan nyt säädetty*, ja painotettiin tehokkaan täytäntöönpanon tärkeyttä⁸³.

4.1.3 Jätelakiuudistuksen yhteisöoikeudellisista erityispiirteistä

Yhteisöääntelyn myötävaikutuksella tapahtuneesta Suomen jätessäntelyn muutoksesta on aiemmin tässä kirjoituksessa esitetty, ettei se kansallisista lähtökohdista olisi tullut kysymykseen lähellekään vastaavassa laajuudessa edes huomattavasti väljemmällä aikataululla. Väite pohjattiin yhtäältä jätehuoltolain kauden kokemuksiin lainsäädäntöyön hitaudesta, alueellisen ja paikallisen täytäntöönpanon kankeudesta, yleisestä ja myös viranomaistason kattavasta asennetason vastarinnasta. Toisaalta viitattiin Suomen kansantalouden heikkoon tilaan 1990-luvun alussa eli aikana, jolloin jätelaki-

⁸² Jätelain kokonaisuudistuksen laukaisseita muutostarpeita on useita, mutta eräs syy niihin on lainsäädäntötekninen; jätelain lupajärjestelmän ja (uusien) pilaantuneiden maa-alueiden sääntelyn tultua siirrettyksi ympäristönsuojelulakiin vuonna 2000 lain systematiikka rikkoutui epähavainnolliseksi. Vaikutelmaa lain parsitusta sisäisestä systematiikasta korostaa laajahkon tuottajavastuuta koskevan sääntelyn sijoittaminen jälkikäteen luvuksi 3A ja se, että merkittävä osa aineellisoikeudellisista jätessäntelyä on lain ulkopuolella sitä alemmanasteisissa säädöksissä, ilman että laki – ainakaan maksuttomassa perusversiossaan Finlexissä – sisältäisi merkittäviä viittauksia tähän.

⁸³ KOM (2005) 667 lopullinen, ehdotuksen perustelujen ensimmäinen jakso ”Ehdotuksen tausta”.

uudistus toteutettiin, huolimatta sen erittäin huomattavista kustannusvai-
kutuksista.

Tässä kirjoituksen arvioivassa jaksossa on myös aiheellista käsitellä ly-
hyesti kysymystä siitä, *kuinka* yhteisöoikeus kykeni saamaan aikaan niin
perustavanlaatuisen jätesääntelyn ja konkreettisen jätehuoltokulttuurin
muutoksen, ettei vastaavanlaisesta olisi voitu kansallisista lähtökohdista
edes keskustella. Tarkastelussa on syytä pyrkiä välttämään kiusaus vastata
kysymykseen yksioikoisesti siten, että yhteisön oikeus ylemmänasteisena
kykeni sanelemaan periaatteessa millaiset muutokset tahansa, ensi vaihees-
sa osana ETA-sopimusta ja sittemmin *acquis communautaire* koko laa-
juudessaan. Aiheellista olisi ainakin pyrkiä lähestymään kysymystä siitä
miten tuo saneleminen tapahtui, tai mikä osatekijä näyttäytyisi ilmeisimpä-
nä erona suhteessa aiempaan, jätehuoltolain säätämiseen liittyneeseen
muutokseen.

Ilmeinen, mutta nähdäkseni silti maininnan arvoinen ero yhtäältä täysin
kansallisista lähtökohdista toteutettavan ja toisaalta yhteisöaloitteisen lain-
säädännön valmistelussa ja toteuttamisessa koskee *politiikan ja talouden*
keskinäissuhdetta, tai, toisin ilmaisten, taloudellisen rationaliteetin läsnä-
ja poissaoloa keskustelussa.⁸⁴ Aivan ilmeisesti kaikissa jätehuoltolain val-
mistelun, säätämisen prosessin ja täytäntöönpanon vaiheissa keskustelua jou-
duttiin käymään *kustannusten suunnassa*. Ensi vaiheessa ongelmalliseksi
miellettiin jätteenkuljetus, koska se – toisin kuin kotitalouksien vastuulle
jäänyt jätteen keräily tai ensi vaiheessa kaatopaikan perustamiseksi riittä-
nyt joutomaan osoittaminen – aiheutti merkittäviä kustannuksia. Myöhem-
min kustannuksia ilmeni luonnollisesti myös muissa jätehuollon vaiheissa,
mutta olennaista tässä suhteessa on havaita, että yhtä hyvin lainvalmiste-
lussa kuin täytäntöönpanossa *status quo* otettiin aina vertailukohdaksi, ja

⁸⁴ Integraatioprosessin voi tosin halutessaan hahmottaa myös puhtaasti taloudellisena hankkeena, jossa suuren hyödyn nimissä oltiin valmiita kärsimään pienempiä kustannuksia, kuten esimerkiksi jätehuoltojärjestelmän kokonaisuudistuksen aiheuttamia. Tässä katsan-
nossa luonnostelemani poliittisen ja taloudellisen sfäärin vastakkainasettelu jäisi taustalle,
mutta toisaalta ”kokonaisratkaisullista” tarkastelutapaa on vaikea kokonaan hyväksyä, sillä
se sivuuttaa yksittäisten asioiden tavoitteisiin ja niitä koskeviin päätöksiin liittyvän poliitti-
sen prosessin täysin. On pidettävä mahdollisena, että jäsenvaltion integraatioprosessin alku-
vaiheesta ”pakettimalli” on suhteellisen kohdallinen kuvaus, koska EU-jäsenyyden yhtey-
dessä *acquis communautaire* on lähtökohtaisesti hyväksyttävä kokonaisuudessaan.
Jäsenvaltioaseman vakiinnuttua tämä top-down-tyyppinen hahmotus olisi kuitenkin välttä-
mättä korvattava mallilla, joka ottaa huomioon jäsenvaltion päätöksenteon ja vaikutusmah-
dollisuudet myös *EU-tason lainvalmistelussa* – tätä holistisempaa näkökulmaa ei valitetta-
vasti kehitellä tässä kirjoituksessa.

kaikki siihen ehdotettavat uusia kustannuksia aiheuttavat muutokset herättivät huomattavaa vastarintaa⁸⁵.

Lavennettaessa tarkastelukulmaa yli nyt puheena olevan modernin jäteongelman ja -sääntelyn kauden käy toisaalta ilmeiseksi, että vasta aivan viime vuosikymmeninä on päästy tilanteeseen, jossa sääntelyllä ylipäättään voidaan edellyttää ja aikaansaada *merkittäviä muutoksia vallitsevaan infrastruktuuriin*. Aikaisemmin sääntely on selvemmin pitänyt sovittaa vallitseviin ja usein varsin vaatimattomiin teknisiin lähtökohtiin, kuten heikkoon kuljetuskalustoon, päällysteettömiin katuihin tai peräti puuttuvaan viemärointiin⁸⁶.

Integraatioprosessin aiheuttamat lakimuutokset olivat ja ovat edelleen siinä suhteessa eri asemassa, että niiden osalta keskustelua ei lähtökohtaisesti⁸⁷ käydä suhteessa vallitsevaan tilaan, vaan *suhteessa* jo valmiiksi *yhteisötasolla säädettyyn tavoitteeseen*, joka on toteutettava – vasta tarvittavien toimenpiteiden eri vaihtoehdoista ja niiden taloudellisista vaikutuksista voidaan keskustella. Olennaista tässä siirtymässä näin ollen oli ja on, että integraatioprosessi nyrjäytti totutun kuvan uusien vastuita ja kustannuksia aiheuttavien säädösten valmistelusta; mm. jätēsääntelyn kohdalla Suomeen tuotiin kokonaan uusi sääntelykulttuuri *taloudellisen keskustelun ohi*. Esimerkiksi kaatopaikkoja koskien voimassa oleva sääntely sitoikin yhtäkkiä huomattaviin suunnittelu-, perustamis-, valvonta-, ja jälkihoitokustannuksiin, mikä johti hyvin nopeasti konkreettisiin vaikutuksiin, kuten useimpien kaatopaikkojen sulkemiseen, keskimäärin huomattavasti pitempiin kuljetusmatkoihin ja kohonneisiin kuljetuskustannuksiin⁸⁸. Vastaavalla ta-

⁸⁵ Ks. esim. *Nygårdin* (2001) s. 85.

⁸⁶ Heuristinen viittaus viemärointiin puoltaa paikkaansa sen vuoksi, että ennen viemärointiä ja vesiklosettijärjestelmää saniteettijäte oli kaupungeissa merkittävin ja vaikein jäteongelman muoto. Nykyiselläänhän jätevedet – ja niiden mukana saniteettijäte – muodostavat lainsäädäntöteknisesti oman yleisestä jätēsääntelystä erillisen regiimin. Ks. puhtaanapidon historiasta laajasti *Nygård* 2004.

⁸⁷ Toki kansalliset erot pyritään ottamaan myös yhteisötasolla huomioon mm. väljennetyin täytäntöönpanoaikataulun mahdollistamisella niille jäsenvaltioille, joissa muutos vaikuttaisi kohtuuttomalta, mutta kyseessä on poikkeusmenettely. On toinen asia, joka mahdollisesti edellyttäisi keskustelua jossakin toisessa yhteydessä, että poikkeukselliset olosuhteet eivät liene yhteisöoikeuden täytäntöönpanossa niinkään poikkeus; uusien jäsenvaltioiden on notorisesti rukattava lainsäädäntönsä jäsenyysvelvoitteiden edellyttämään kuntoon riittäväntömiin ajallisten, taloudellisten ja teknisten edellytysten vallitessa.

⁸⁸ Koska EU-oikeudessa aiheellista huomiota saanut *implementaatiovaje* rajautuu muutoin tämän tarkastelun ulkopuolelle, on syytä tarkentaa, että asiallisesti ottaen Suomelle aiheutti kustannuksia EU-oikeudellisten *normien* sijaan niiden *asianmukainen täytäntöönpano*. Vanhoista jäsenvaltioista erityisesti Italia tarjoaa valitettavan ja runsasta julkisuuttakin saa-

valla tuottajavastuusääntelyn puitteissa toteutettu muutos, eli tuottajille uutena asetettu lähtökohtainen vastuu tuottamiensa tuotteiden jätehuollosta sitovine hyödyntämisvelvoitteineen, olisi epäilemättä kohdannut huomattavaa vastarintaa, mikäli muutosta olisi yritetty viedä puhtaasti kansallisen lainvalmistelu-, -säädäntö- ja toimeenpanokoneiston läpi⁸⁹.

Tässä ja edeltävissä jaksoissa on yhteisöoikeuden Suomen jätessäntelylle aiheuttamaa muutosta käsitelty ja kuvattu viittaamalla lähinnä säädöksiin ja niitä koskevaan implementaatioprosessiin. Yhteisöoikeuden aiheuttamaa muutosta on taustoitettu ja verrattu suhteessa Suomen jätessäntelyn aiempaan kehitykseen, ja tarkastelussa on havaittu yhteisöoikeusvetoisen muutoksen olleen sekä *sisällöllisesti merkittävä* että *mekanismiltaan* totutusta *poikkeava*. Koska edellä kuvailtu jätessäntelyn muutos on omista erityispiirteistään huolimatta kiinteässä yhteydessä koko Suomen oikeusjärjestyksen kokemaan EU-oikeudelliseen murrokseen, on jatkossa syytä siirtyä säädöstasolta kohti integraatioprosessin rakenteellisempia ulottuvuuksia, jolloin tarkastelun yleistettävyyttä jätessäntelyn ulkopuolelle voi olla parempi.

4.2 Käsitteet, politiikat ja oikeuskäytäntö – rakennetason muutoksesta

4.2.1 Yleistä

EU-oikeutta sen paremmin säädöstasolla kuin sen muodostamana oikeusjärjestyksenäkään ei voida järkevästi ajatella ilman kansallista lainsäädäntöä, jossa se pannaan täytäntöön tai muutoin saa vaikutuksensa.⁹⁰ Unionioikeutta olisikin top–down-asetelman sijaan pyrittävä tarkastelemaan myös kansallisesta näkökulmasta, jolloin implementaatiokeskustelu saa monipuolisempia sävyjä. Keskusteltavaksi tulee ainakin, mitä muutoksia yhteisöoikeus on aiheuttanut oikeusjärjestyksemme rakenteissa, so. *mitä muuta kuin* implementoitavia *säädöksiä* EU-oikeus on merkinnyt. Tarkat-

neen esimerkin siitä, kuinka EU:n jätessäntelyn nykyisellään jo verrattain suotuisan normitodellisuuden ja reaalityodellisuuden välinen ero voi olla huomattava.

⁸⁹ Toisaalta kansallisessa keskustelussa aiemmin usein taloudellisena argumenttina esiin nostettu *vientiteollisuuden kilpailukyky* on EU-oikeuden osalta varsin hyvin suojattu siinä mielessä, että kaikki sisämarkkinoiden toimijat on velvoitettu samoihin normeihin ja lähtökohtaisesti kaikki kaupan rajoitukset ovat kiellettyjä.

⁹⁰ Tähän poikkeuksen muodostavat luonnollisesti yhteisön omat toimielimet, joiden toimintaa sääntelevät normit ovat unionioikeutta ilman kansallista ulottuvuutta.

taessa kysymystä riittävästä implementaation tasosta pitkälti ainoaksi legitimiiksi kysymykseksi muodostuu se, onko kansallista oikeustilaa muutettu jäsenvelvoitteiden edellyttämällä tavalla, ja mitä muutoksia edelleen olisi syytä tehdä⁹¹. EU-oikeudellisesti moitteettoman implementaation piirissä esiintyy – tai ainakin direktiiviperusteisena siinä tulisi esiintyä – keskustelua edellyttävää liikkumavaraa, jonka puitteissa sallituista vaihtoehdoista tulisi pyrkiä kansallista oikeusjärjestystä parhaiten palvelemaan ja sen systematiikkaan parhaiten soveltuvaan ratkaisumalliin. Näin ollen lähinnä lainsäädäntöä ja -sääntäjää koskevasta implementaationäkökulmasta olisi edelleen pyrittävä kohti keskustelua siitä, mitkä ovat ne *kansallisen oikeusjärjestyksen ja -kulttuurin lähtökohdat*⁹², jotka tulisi voida ottaa huomioon oikeudellisen elämän eri tasoilla työskenneltäessä enenevässä määrin yhteisöperusteisen oikeuden parissa.

Yhteisöoikeuden myötä Suomen jätessäntelyyn sisällytettyjen uusien säännösten esittelyn yhteydessä viitattiin siihen, että suoranaisten velvoittavien normien ohella erittäin merkittävä osa yhteisön jätessäntelyä sisältyy *käsitteisiin, periaatteisiin* sekä yhteisön *jätepolitiikkaan*, jolla on kiinteämpi yhteys lainsäädäntöön kuin kotimaisessa oikeuskulttuurissamme⁹³. Miten tämä yhteisöoikeuden piirre näkyy kansallisella tasolla? Seuraavassa luodaan lyhyt katsaus siihen kehitykseen, joka ilmenee jätessäntelyn soveltamisalaa keskeisesti määrittävän jätteen käsitteen tulkinnassa koti-

⁹¹ Tässä ei ole tarkoitusta esittää, etteikö tämä fundamentaalinen EU-oikeuden toteutumisen takaava implementaatiokeskustelu olisi tarpeen, vaan viitata siihen, ettei sitä tulisi jäsenvaltion näkökulmasta mieltää kysymyksenasettelultaan tyhjentyväksi. On vastaavasti vältettävä samastamista kysymyksenasettelun laventamista ja kansallisten lähtökohtien eksploimista projektiin, jolla pyritään välttämään jäsenyysoikeuksia tai muutoin murentamaan EU-oikeuden velvoittavuuden perusteita. Ks. luonnostelua aiheesta tämän kirjoituksen lopussa.

⁹² *Jääskinen* (2008 s. 47) esittää, että kansallisten lähtökohtien tulisi olla pohjana arvioitaessa unionioikeudellisen normiaineksen sisällyttämistä jäsenvaltion oikeusjärjestykseen; näin siksi, että unioni harvoin sääntelee mitään oikeudenalaa käsitteineen ja periaatteineen kattavasti, vaan edellyttää kansallisen käsite- ja periaatekehikon, johon unionioikeudelliset fragmentit asetetaan. Pidän alustavasti mahdollisena, että jätessäntely muodostaa poikkeuksen sanottuun, mutta olen samaa mieltä jäsenvaltiotason näkökulman legitimiudesta. – Jääskisen mukaan kansallisista lähtökohdista keskustelu EU-oikeuden kontekstissa on Suomessa ylisummaan ollut verrattain vähäistä, mihin osaltaan ovat vaikuttaneet valtiosääntöoikeudellinen perusratkaisu EU:n primaarioikeuden adaptoimisessa sekä sekundaarioikeuden varsin täydellistä kansallisen oikeustilan harmonisointia tavoitteleva perinne; ks. *Jääskinen* (2008) s. 50 ja 55 viittauksineen.

⁹³ Myös *Jääskinen* (2008 s. 186) mukaan ”Eurooppaoikeuden lähteet kantavat kuitenkin normiformulaatiohinsa sisäänrakennettuina mukanaan oikeusjärjestelmätason asioita kuten oikeudellisia käsitteitä, periaatteita, faktuaalisia oletuksia ym.”

maisesta näkökulmasta⁹⁴. Hypoteesina on, että edellä esitetyn yleisen säädöstarjon kehityksen kuvauksen vastapainoksi sääntelyn soveltamisalaa koskeva keskustelu voisi valottaa yhteisöoikeuden kotimaiselle jättesäätelylle aiheuttaman *rakenteellisen muutoksen* piirteitä.

4.2.2 Jättesäätelyn soveltamisalakysymyksestä

4.2.2.1 Taustaa

Suomen voimassa oleva jätelaki koskee soveltamisalapykälänsä (2 §) mukaisesti ”jätettä, sen syntymisen ehkäisemistä sekä sen vaarallisen tai haitallisen ominaisuuden vähentämistä, jätteen hyödyntämisen edistämistä, jätehuollon muuta järjestämistä, roskaantumisen ehkäisemistä sekä roskaantuneen alueen puhdistamista.”⁹⁵ Jättesäätelyyn(kin) keskeisesti liittyvästä lupajärjestelmästä on säädetty ympäristönsuojelulaisissa⁹⁶, joka soveltuu pilaantumisen vaaraa aiheuttavan toiminnan ohella myös ”toimintaan, jossa syntyy jätettä, sekä jätteen hyödyntämiseen tai käsittelyyn.” Koska sekä jättesäätelyn että ympäristönsuojelulainsäädännönkin puitteissa säädellään merkittäviä vastuukysymyksiä, on sillä, *mikä on jätettä ja mikä ei*, olennainen merkitys.

Jätehuoltoa koskevan erityisen luvanvaraisuussäännöksen (YSL 28 § 2 mom. kohta 4) nojalla luvanvaraista on *jätteen laitos- ja ammattimainen hyödyntäminen ja käsittely*. Erityinen jätehuoltoa koskeva luvanvaraisuus on tiukennus YSL:n yleisen luvanvaraisuussäännöksen (28 § 1 mom.), joka rakentuu *ympäristön pilaantumisen vaaraa aiheuttavan toiminnan* kriteerin varaan. Näin ollen sellainenkin ammattimaista jätteen käsittelyä tai hyödyntämistä koskeva toiminta, joka ei yleissäännöksen mukaista pilaantumisen vaaraa aiheuttaisi, on luvanvaraista. Sääntelyn rakenne selittyy sillä, että jätehuoltoa koskeva erityissäännös

⁹⁴ Jätteen käsitteen valitseminen kaikista EU-oikeudellisista jätettä koskevista oikeuskäytännön teemoista on perusteltavissa siksi, että valtaosa tuoreemmasta KHO:n jätettä koskevasta oikeuskäytännöstä koskee juuri soveltamisalakysymystä.

⁹⁵ Ehdotuksessa hallituksen esitykseksi uudeksi jätelaiksi lain soveltamisala (2 §) ja tavoite (1 §) on eriytetty selvemmin, mutta soveltamisalaa ei esityksen yleisperustelujen (sihteeristön luonnos s. 36) mukaan ehdoteta olennaisia muutoksia suhteessa voimassa olevaan jätelakiin, vaikka ehdotettava soveltamisalapykälä on huomattavasti aiempaa pidempi. – Jätelain soveltamisalan ulkopuolelle on vanhastaan rajattu mm. radioaktiiviset ja räjähdysvaaralliset jätteet. Rajausten tarkempi käsittely sivuutetaan tässä.

⁹⁶ Ympäristönsuojelulaki 4.2.2000/86.

siirrettiin YSL:iin jätelaista aiemman jäteluvan yhdistyttyä nykyiseen ympäristölupaan.

Jätteen, sen hyödyntämisen, käsittelyn ja muiden keskeisten jätessäätelyä hahmottavien käsitteiden määritelmät on sijoitettu jätelain 3 §:ään. Sen mukaan jätteellä tarkoitetaan ”ainetta tai esinettä, jonka sen *haltija on poistanut* tai aikoo poistaa *käytöstä* taikka on velvollinen poistamaan käytöstä.” Tätä määritelmää tarkennetaan jättesäätelyn liitteeseen sijoitetulla 16-kohtaisella jäteluokittelulla, jonka viimeinen kohta⁹⁷ on käytännössä avoin viittaus takaisin jätelain määritelmään. Lainsäädännöllistä tulkintatukea sille, onko kysymyksessä oleva aine tai esine jätettä, voi lisäksi hakea ympäristöministeriön asetuksesta yleisimpien jätteiden sekä ongelmajätteiden luettelosta, joka kuitenkin johdantonsa ensimmäisen lauseen mukaan on *esimerkkiluettelo* jätteistä – toisin sanoen jättestatus ei varsinaisesti määrity luettelon perusteella.⁹⁸

Jätelain sisältämä jätteen *määritelmä* on peräisin yhteisön jättepuitedirektiivistä. Direktiivin määritelmiä tarkentavat luettelomuotoiset liitteet on kopioitu jättesäätelyasetukseen, ja em. ympäristöministeriön asetus sisältää (mm.) Euroopan jäteluettelona tunnetun yhteisöoikeudellisen instrumentin, jota päivitetään säännöllisesti. Sivuttaen tässä yhteydessä keskustelun siitä, miten alun perin yhteisöoikeudellisen jätteen käsitteen piti tulkinnassa muodostua em. kolmen⁹⁹ osatekijän yhdistelmästä, voidaan todeta määritelmästä sen *tulkinnan pohjaksi* todellisuudessa jääneen lähes yksinomaan *käytöstä poistamista* (discard) *tarkoittava verbi*. Näin ollen jätteen käsite jää varsin avoimeksi, ja se onkin ollut kautta yhteisön jätessäätelyn historian jatkuvan keskustelun ja epäselvyyksien kohde. Näihin asti kysymykseen jätteen käsitteen – ja välillisesti koko yhteisön jätessäätelyn soveltamisalan – tulkinnasta onkin ollut haettavissa johtoa lähinnä *yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä*.

⁹⁷ Jätteiden luokka Q 16: ”*muutkin* materiaalit, aineet tai tuotteet, jotka niiden *haltija on poistanut* tai aikoo poistaa *käytöstä* taikka on velvollinen poistamaan käytöstä.” Kursivoinnit tässä. – Uudesta jättepuitedirektiivistä 2008/98/EY kyseisen Q-luokittelun sisältävä liite on poistettu, joten se poistettaneen Suomenkin uudistettavasta jätelaista, vaikkei tähän ole lainvalmistelutyöryhmän ehdotuksessa hallituksen esitykseksi uudeksi jätelaiksi eksplisiittisesti viitattu.

⁹⁸ Ympäristöministeriön asetus yleisimpien jätteiden sekä ongelmajätteiden luettelosta 22.11.2001/1129.

⁹⁹ Käytöstä poistamisen (discard) termin lisäksi tulkinnallista merkitystä oli tarkoitus antaa direktiivin liitteen I jäteluokkaluettelolle (Q 1–16) sekä sitä konkretisoimaan tarkoitettulle komission päivittämälle Euroopan jäteluettelolle; ks. 2006/12/EY art. 1(2).

Yhteisön jättepuitedirektiiveissä on säännelty eksplisiittisesti soveltamisalasta lähinnä *rajauksin*, jotka ovat koskeneet mm. radioaktiivista jätettä, eläinten raatoja ja jätevesiä. Merkittävimmän osan tutkimuksellisesta huomiosta on kuitenkin saanut soveltamisalan *positiivinen* elementti eli se, mikä merkitys annetaan direktiivissä määritellylle termille *jäte*. Tässä esityksessä käytetään ilmausta jätteen käsite siitä kokonaisuudesta, jonka muodostavat määritelmälle oikeuskäytännössä ja muissa auktoritatiivisissa keskusteluissa annetut tulkinnat.

Tämän esityksen puitteissa ei ole syytä sen tarkemmin syventyä jätteen käsitteen saamaan sisältöön kuin todeta, että huomattavassa laajuudessaan se poikkesi merkittävästi kotoperäisen jätehuoltosääntelymme perinteestä.¹⁰⁰ Lyhyessä katsauksessa pyritään sen sijaan tarkastelemaan ensinnäkin sitä, millä tavoin unionioikeudellinen jätteen käsite tuli Suomen jättesääntelyn soveltamisalan pohjaksi, ja toiseksi sitä, miltä tilanne, jossa puhtaasti unionioikeudellinen elementti on kansallisen lainsäädännön soveltamisalan määrittäjänä, näyttäytyy ajatellen oikeudellisen tulkintatyön puitteita.

4.2.2.2 Jätelain soveltamisalan muodostumisesta

Jätelainsäädäntömme kokonaisuudistus liittyi olennaisesti ETA-sopimukseen, jonka puitteissa koko yhteisön jättesääntely tuli implementoitavaksi osaksi Suomen oikeusjärjestystä. Tällöin myös jättepuitedirektiivi soveltamisalaa koskevine artikloineen tuli Suomea sitovaksi. Tämän kirjoituksen jakson näkökulmasta huomionarvoista on, että se, mitä tuo *sitovuus* tosiasiassa merkitsi, seurasi Suomen kansallisen oikeusjärjestyksen ja yhteisön oikeuden välisen suhteen *rakenteellisesta kehityksestä*, joka näyttäytyy tietyllä tapaa vaiheittaisena.

ETA-sopimuksen valmistelun yhteydessä esitetyt käsitykset Suomen vaikutusmahdollisuuksista omaksumansa yhteisön lainsäädännön muuttamiseksi tai oman yhteisön lainsäädännöstä poikkeavan lainsäädännön kehittämiseksi, olivat kansallista päätäntävaltaa korostavia¹⁰¹. Vaikka painotukselle huomioon ottaen ETA:n erityisjärjestelyt toimielimineen ja riidantarkaisuinstansseineen olikin perusteensa, on näkökulma jälkikäteisarviona tarkastellen omiansa aiheuttamaan epäselvyyttä sen suhteen, mitä esi-

¹⁰⁰ Jätteen käsitteeseen liittyvästä tulkintakäytännöstä ks. esim. *Kautto* (1998), *Maunu* (2003), *de Sadeleer* (2005) ja *Versteyl* (esim. 2004).

¹⁰¹ Esim. ”Sopimus ei kuitenkaan sisällä päätöksentekovallan luovuttamista ylikansallisille elimille, vaan viime kädessä lopulliset päätökset pysyvät omilla käsissään” ja ”Lainmuutoksille ei sinänsä ole estettä, kunhan vain ETA:n sekakomiteassa voidaan todeta, etteivät muutokset haaittaa sopimuksen hyvää toimimista.” HE 95/1992 vp. s. 7–8.

merkiksi jätelain soveltamisalan sitominen yhteisön jätepuitedirektiiviin merkitsi. ETA-prosessin merkitystä oikeusjärjestyksellemme ei selvästikään pyritty vähättelemään,¹⁰² mutta yhteisösääntelyn asema ei vielä tässä vaiheessa teknisesti ottaen *voanut* tulla arvioiduksi sittemmin toteutuneen yhteisön täysjäsenyyden näkökulmasta¹⁰³.

Jätelain valmistelussa soveltamisalakysymystä (2 §) käsiteltiin alkuun määritelmistä (3 §) erillisenä kysymyksenä, joskin yhteisöoikeuden vaikutuksesta soveltamisalan laajennus nähtiin tarpeelliseksi.¹⁰⁴ Hallituksen esityksessä jätelaiksi yhteys jätteen määritelmän ja soveltamisalan välillä otettiin jo eksplisiittisesti esiin. Esityksessä nimittäin todettiin tarve jättää soveltamisala asetuksella säädettäväksi viitaten siihen, että yhteisöoikeudellisten jäteluetteloiden, ”joihin myös ehdotetun lain soveltamisala perustuisi”, valmistelu oli kesken.¹⁰⁵ Sittemmin katteettomaksi osoittautunut oletus siitä, että mainittujen Suomen jäteasetukseenkin sisällytetyjen luetteloiden avulla olisi mahdollista tarkentaa jätteen *määritelmää* ja *siten* selkeyttää jätessäätelyn *soveltamisalaa*, oli vallalla myös yhteisötason lainvalmistelussa. Näin ollen suomalaisilla lainvalmistelijoilla ei ollut mahdollisuutta ennakoida sitä, että ehdotetun jätelain soveltamisala jäisi merkittävältä osin avoimeksi jätteen yhteisötason määritelmään ja sen tulkintaan liittyvien epäselvyyksien vuoksi.

Jätelain jo tultua voimaan Suomi liittyi Euroopan yhteisön jäseneksi, ja siinä yhteydessä mm. yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytäntö tuli Suomea sitovaksi¹⁰⁶. Tällöin jätteen käsitettä koskeva viimekätinen *tulkintamonopoli* siirtyi yhteisöjen tuomioistuimelle. Jo olemassa olevan ratkaisukäytännön ohella yhteisöjen tuomioistuimen tulkintaetuoikeus koski nyt myös tulevia tapauksia, sillä yhteisöoikeudellisesti epäselvissä kysymyk-

¹⁰² Ks. esim. HE 95/1992 vp s. 7: ”ETA-sopimuksen vaikutukset ulottuvat koko yhteiskuntaan. Ennennäkemättömän mittavalla ja laaja-alaisella sopimuksella on suora vaikutus Suomen lainsäädäntöön ja sen kehittämiseen sopimuksen kattamilla aloilla.”

¹⁰³ *Jääskinen* (2008 s. 42) toteaa jätessäätelyä yleisemminkin: ”Unionioikeuden vaikutus kansallisessa oikeusjärjestyksessä on esimerkiksi ympäristöoikeudessa tai yritystoiminnan sääntelyssä laaja-alaisempaa kuin 1990-luvulla oli mahdollista ennakoida.”

¹⁰⁴ Jätelakitoimikunnan osamietintö I (1992) s. 44–47.

¹⁰⁵ Ks. HE 77/1993 vp, yksityiskohtaiset perustelut 2 §:stä.

¹⁰⁶ Mikä tarkkaan ottaen oli EUTI:n oikeudellinen asema a) institutionaalisesti b) aiemman ratkaisukäytännön osalta oikeuslähdeopillisesti siinä vaiheessa, kun Suomi oli ETA:n jäsen, muttei vielä EY:n ja EU:n täysjäsen, ei ole erityisen helppo kysymys vastattavaksi; ks. ETA:n ja EY:n välisestä suhteesta *Sevon* 1993 s. 80–85.

sisä kansallisen tuomioistuimen *velvollisuutena* on pyytää siltä ennakkoratkaisua¹⁰⁷.

Yhteenvetona voidaan todeta, että jätelakia valmisteltaessa ei Suomea koskevan integraatiokehityksen vaiheen – ja osin myös yhteisön jätessäntelyn sisäisen kehitysvaiheen – vuoksi voitu mitenkään ennakoida sitä, miten unionioikeus sittemmin EUTI:n harjoittaman jätteen käsitteen aktiivisen tulkinnan kautta tulisi vaikuttamaan voimassa olevaan lainsäädäntöömme. Lainvalmistelun yhteydessä keskustelua käytiin ja jouduttiin käymään implementoitavien säädösten ja säännösten tasolla ETA-näkökulmasta, jolloin soveltamisalaa koskevan tulkintamonopolin tapainen mekanismi rajautui väkisin keskustelun ulkopuolelle.¹⁰⁸

4.2.2.3 Jätteen käsitteen tulkinnasta Suomessa

Edellisessä jaksossa kuvatulla tavalla jätelain soveltamisala jäi keskeiseltä osaltaan verrattain avoimeksi. Suomi oli ETA-sopimuksella sitoutunut jätepuitedirektiivin sisältämään jätteen määritelmään, joka sittemmin, jäteluokkia ja jätteitä sisältävien luetteloiden tarjottua odotettua selvästi heikommin tulkinnallista tukea, sai keskeisen sisältönsä yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä. Mitä merkitystä tällä oli ja on Suomen jätessäntelyn oikeustilalle?

Yhtäältä tilanne oli varsinkin aluksi totuttua ongelmallisempi jätealan toimijoille ja lupaviranomaisille, jotka eivät enää pystyneet kansallisin keinoin selvittämään voimassa olevaa tulkintaa toiminnalleen keskeisen säädöksen soveltamisalasta. Suorastaan kiusalliseksi tilanteen teki se, ettei jätteen käsitteen tulkinnasta vallinnut yhteisötasollakaan selvyttä, muilta osin kuin että tulkinnan on oltava sopusoinnussa jätepuitedirektiivin *ta-*

¹⁰⁷ Jäsenvaltioiden tuomioistuinten oikeus ja tietyissä tapauksissa velvollisuus esittää EUTI:lle ennakkoratkaisupyynnö perustuu nykyisellään sopimuksen Euroopan unionin toiminnasta (SEUT) 267 artiklaan (ent. EY:n perustamissopimuksen 234 artikla). Säännös erottelee tuomioistuimet sen perusteella, voidaanko niiden ratkaisuihin vielä hakea muutosta kansallisessa instanssijärjestyksessä; *velvollisuus* esittää ennakkoratkaisupyynnö koskee niitä tuomioistuinta, joiden ratkaisusta ei enää voida hakea muutosta. On nähdäkseni huomionarvoista, että ympäristösääntelyn täytäntöönpanon kannalta keskeiset *viranomaiset*, jotka ensi vaiheessa soveltavat lainsäädäntöä ja joiden päätökset useimmiten jäävät lainvoimaisiksi, ovat ennakkoratkaisumenettelyn ulkopuolella. Heidän on EU-oikeudellisesti erittäin epäselvissäkin tilanteissa ratkaistava asia parhaan käsityksensä mukaan.

¹⁰⁸ Esitetyllä ei pyritä argumentoimaan siihen suuntaan, että keskustelun ulkopuolelle jääneestä mekanismista olisi pitänyt keskustella, vaan tuomaan esiin historiallista selitystä sille, *miksi* tästä nykyvalossa niin tärkeänä näyttäytyvästä yhteisöoikeuden aspektista *ei ollut edes mahdollista keskustella*.

voitteen kanssa, mikä puolestaan merkitsi *laajaa* tulkintaa¹⁰⁹. Useimmissa tapauksissa rajankäynti materiaalin mahdollisesta jätestatuksesta oli luonnollisesti täysin pulmatonta¹¹⁰, mutta johtuen unionin jättesääntelyn alan voimakkaasta laajentamispolitiikasta oikeustila saattoi monin paikoin muodostua myös aidosti epäselväksi. Korkein hallinto-oikeus pyysikin yhteisöjen tuomioistuimelta kahdesta tapauksesta ennakkoratkaisun, joissa molemmissa jätteen käsitteen laajentaminen tulkinta vahvistettiin.¹¹¹

Tultaessa 2000-luvulle alkoi oikeustila selkiytyä ainakin puitteiltaan siten, että jätteen käsitteestä oli päästy kotimaisenkin lainkäytön ja oikeustieteen piirissä keskustelemaan, ja ennakkoratkaisujen myötä yhteisöjen tuomioistuimen tulkintojen merkitys konkretisoitui kaikille toimijoille. Yhteisöjen tuomioistuin on vähitellen alkanut vahvistaa myös jätteen käsitteen laajuutta rajaavia kriteereitä, ja keskustelu on ainakin lainsäädäntö- ja politiikkatasolla selvästi siirtymässä jätteen käsitteen laajentamisesta yhä uusille aloille kohti sen *supistamista* siellä, missä se ympäristönsuojelun ja muiden sääntelyn tavoitteiden valossa on mahdollista.¹¹²

EUTI:n oikeuskäytännön tasolle jätteen käsitteen supistamisen projekti ei näy edenneen yhtä selvästi kuin yhteisön jätepoliittiseen suunnitteluun, lainvalmisteluun ja uuden jätepuitedirektiivin myötä lainsäädäntöönkin; ks. esim. EUTI:n ratkaisu asiassa Total (C-188/07), jossa jätteen haltijuuteen perustava vastuu ulotettiin koskemaan mereen aluksesta karannutta sinällään täysin käyttökelpoista ja tuotteena kuljetettua polttoainetta. Yleisemminkin yhteisön *toimielinten keskinäiset erimieli-*

¹⁰⁹ Jätteen käsitteelle annettava laaja tulkinta, jonka tarve perustuu jätepuitedirektiivin tavoitteeseen ja perussopimukseen kirjattuihin ympäristöpolitiikan tavoitteisiin (nykyisin art. 191 SEUT), erityisesti suojelun korkeaan tasoon, on ollut keskeinen osa EUTI:n tulkintakäytäntöä aina ratkaisusta yhdistetyissä asioissa C-418/97 ja C-419/97 ARCO Epon, ks. kohdat 36–40.

¹¹⁰ Käsitelmä siitä, että jätteen ja ei-jätteen välinen rajanveto on tyypillisesti vaikeaa vain tiettyjen jätejakeiden kohdalla, on otettu lähtökohdaksi myös uudemmassa unionin jätepolitiikassa ja -sääntelyssä, kuten jätteen synnyn ehkäisyä ja jätteen kierrätystä koskevassa temaattisessa strategiassa ja uuden jätepuitedirektiivin ns. ”end of waste” -artiklassa, jota tarkennetaan komitologiamenettelyssä; ks. KOM (2005) 666 lopull., liite 1 jakso 1 ja direktiivi 2008/98/EY art. 6.

¹¹¹ Asiat C-9/00 Palin Granit ja C-114/01 Avesta Polarit Chrome; ks. *Maunu* (2003) s. 919–920. KHO:n asioita koskevat ratkaisut ovat Palin Granitin osalta KHO 1999:81 (ennakkoratkaisupyyntö) ja KHO 2002:82 (asiaratkaisu), Avesta Polarit Chromen osalta KHO 2001:10 (ennakkoratkaisupyyntö) ja KHO 2004:43 (asiaratkaisu).

¹¹² Selvää virstanpylvästä jätteen käsitteen alaa rajaavassa kehityksessä edustaa yhteisön tuoreehko jätepuitedirektiivi 2008/98/EY, johon on sisällytetty tiettyjä sovellusalan rajauksia, kriteerejä jätteen ja sivutuotteen välisen rajanvedon helpottamiseksi, sekä ns. end of waste -kriteerien vahvistamismekanismi.

syydet vallitsevan oikeustilan toivottavasta sisällöstä on yksi niistä EU-oikeuden teemoista, jotka tulisi jollakin hallittavalla tavalla saada otetuksi lukuun ja haltuun jäsenvaltiotason oikeudellista *tulkinta- tai oikeuslähdeoppia* kehitettäessä. Problematiikka, johon paneudutaan muutamalla rivillä tämän kirjoituksen lopuksi, ei valitettavasti ratkea yksioikaisesti siten, että EUTI:n tulkinta tulisi mieltää sitovaksi ja muita ei.

4.3 Yhteenveto rakenteellisen implementaation kehityksestä Suomessa

Edellä on pyritty luonnostelemaan jätteen käsitteeseen liittyvän tulkintajuridiikan pohjalta sitä muutosta, jonka EU:n jättesääntely on aiheuttanut Suomen jättesääntelyn kenttään tavallaan säädöstason taakse; tätä muutosta on nimitetty rakenteelliseksi, mutta sen voisi yhtä hyvin kuvata koskevan oikeudellisen tulkintatyön lähtökohtia. Esityksellä ei pyritä väittämään, että tämä muutos olisi palautettavissa tuomioistuinten tulkintakäytäntöön sen paremmin unionin kuin jäsenvaltionkaan tasolla, mutta siinä se on selvimmin havaittavissa¹¹³. Tarkastelussa vielä tarpeettoman vähäistä huomiota saa esimerkiksi *jättopolitiikan* (policy) alaan kuuluva ohjaus, jolle on oletettava vahvistunutta relevanssia myös oikeudellisesti¹¹⁴. Tämän oikeudellisesti *ei-sitovan* aineksen relevanssi oikeudellisen tulkinnan muodostumisessa on epäilemättä teoreettisesti vaikeammin lähestyttävä aihe kuin jäsenvaltion sopeutuminen kansallisen oikeuslähdeoppinsa murtumiseen ylikansallisen mutta selvästi velvoittavan *tuomioistuinkäytännön* kohdalla. Ainakin jättesääntelyn saralla olisi aihetta varsin monipuolisen yhteisöoikeudellisen normatiivisen aineksen tarkastelulle siinä varsin perustavan-

¹¹³ Pyrittäessä paikallistamaan EU-oikeuden vaikutusta syntyy vaikutelma siitä, että usealta suunnalta samanaikaisesti vaikuttavat elementit aiheuttavat kokonaisvaikutuksen, joka on osiensa summaa merkittävämpi; Weiler (2002 s. 25) on kiinnostavasti kuvannut EU-oikeuden vaikutustapaa siten, että ” – Community phenomenon represents a quantitative change of such magnitude that it is qualitative in nature.”

¹¹⁴ Esimerkiksi yhteisön ympäristöpolitiikan seitsemän temaattista strategiaa, jätteen synnyn ehkäisyä ja kierrätystä koskeva strategia niiden joukossa, on eksplisiittisesti tähdätty vaikuttamaan myös *jo voimassa olevaan lainsäädäntöön*, eikä vain perinteiseen tapaan kommentoimaan vanhaa ja valmistelemaan uutta. Vastaavasti esimerkiksi komission antamaa tiedonantoa jätteen käsitteen tulkinnasta ei ole voitu antaa muussa tarkoituksessa kuin tulkintakäytäntöä ohjaamaan, vaikka onkin selvää, etteivät komission käsitykset sido EUTI:a sen mahdollisesti päättäessä muuttaa aiempaa tulkintalinjaansa, johon komission tiedonanto paljolti perustuu.

laatuissa valossa, mikä oikeudellinen merkitys ainekselle tulisi antaa¹¹⁵. Pääsemättä tässä yhteydessä projektissa paljoo tuomioistuinkäytäntöä pitemmälle, jakson lopuksi on syytä koota yhteen Suomen kehityksen pääpiirteet periodisoivana teemoitteluna.

Suomen rakenteellisessa implementaatiokehityksessä, jossa on omaksumtu EU:n institutionaalisia lähtökohtia, jätepolitiikkaa ja jättesäätelyn käsitteitä, voidaan luonnostella seuraavia kausia¹¹⁶:

1. Pian EU:n täysjäsenyyden jälkeen tapahtunut *havahtuminen* yhteisöoikeuden etusijan konkreettisuuteen ja kotimaisen oikeuslähdeopin murtumiseen. Soveltamisalasäännöksen valmistelua koskevan historiallisen katsouksen perusteella vaikuttaisi ilmeiseltä, ettei jätteen käsitteen määräytymiseen suoraan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä voitu Suomessa olla hyvin valmistautuneita. Jätelain keskeisen käsitteen tulkintaan ei ollutkaan enää saatavissa tukea totutusti lainvalmisteluaineistosta, sillä se viittasi unionisäätelyyn, jonka sisäinenkin oikeustila asiassa oli epäselvä¹¹⁷. Oikeuslähdeopin murros näyttäytyy jättesäätelyssä myös siinä, että varsin merkittäviä säädöksiä (esim. kaatopaikkadirektiivi) on implementoitu valtioneuvoston päätöksinä ja asetuksina, joista ei ole saatavilla totutun tasoista valmisteluaineistoa¹¹⁸.

2. Vuosituhannen vaihteen molemmin puolin tapahtunut *tottuminen* siihen, että lainsäätäjän ohella muidenkin jättesäätelyn kanssa toimivien on seurattava yhteisön säätelyä ja siitä annettuja tulkintoja. Yhteisöoikeus dynaamisuudessaan näyttäytyy kuitenkin yhtä hyvin säädös- kuin ratkaisukäytäntötasolla vaikeasti hallittavana ja ennakoitavana. Yhteisöjen tuomio-

¹¹⁵ Ks. luonnostelua teemasta aivan kirjoituksen lopussa pääjaksossa 5.

¹¹⁶ *Jääskinen* (2008 s. 39–56) tyypittelee mielenkiintoisesti EU-oikeuden vaikutusta Suomessa kolmeen aaltoon, mutta hänen jaottelunsa täsmää vain osittain jättesäätelystä saatavan kuvan kanssa. Olennainen ero on siinä, ettei kansallisen lainsäädännön sopeuttamista ennen Suomen ETA-jäsenyyttä (Jääskisen kausi 1981–1989) juuri tapahtunut, vaan laajat muutokset toteutettiin suoraan toisen ”direktiivien maihinnousu” -kauden aikana. Vastavasti oikeusjärjestyksen laaja-alaisempi sopeutuminen yhteisöoikeuteen alkoi nähdäkseni jättesäätelyn saralla myöhemmin kuin 1995 ja on kestänyt kauemmin.

¹¹⁷ Kuten todettua, vaikutelma EU-oikeudellisesta lainvalmisteluaineistosta on varsin epäkoherentti, eikä esimerkiksi komission ehdotusta direktiiviksi voida samalla tapaa pitää indisiona lainsäätäjän tahdosta kuin kotimaisessa perinteessämme hallituksen esitystä eduskunnalle. Erilaisille sinällään saatavilla oleville sidosryhmäkuulemisille on niin ikään vaikea löytää merkittävää oikeudellista relevanssia tulkittaessa lopullista säädöstä jäsenvaltiotasolla.

¹¹⁸ Kuten aiemmin tuottajavastuujärjestelmän osalta on esitetty, laajojen delegaationormien kautta implementoimisen käytäntö voi olla myös perustuslaillisesti ongelmallinen lähestytessä velvollisuuksien ja oikeuksien perusteista säätämisen rajaa; ks. edellä jaksoa 2.2.1 ja perustuslaillisuutta tarkastelevaa selvitystä *Kaupilla* 2009.

istuimen teleologinen tulkintatapa ja ennakkoratkaisumenettelyn pitkä kesto tulevat tutuiksi, kun korkein hallinto-oikeus pyysi tapauksissa Palin Granit ja Avesta Polarit Chrome ennakkoratkaisut. Oikeuskäytännön ohella kotimaisessa kirjallisuudessa ilmestyi yksittäisiä kirjoituksia aiheesta, mikä osaltaan selvensi oikeustilaa¹¹⁹.

3. Avauksia *kansallisen tulkintakäytännön* suuntaan siinä mielessä, että KHO sovelsi kahdessa tapauksessa itsenäisesti EU-oikeutta niiden suunta-
viivojen pohjalta, jotka lähinnä EUTI oli tulkintakäytännössään asettanut¹²⁰. Merkilläpantavaa tässä määrältään vähäisessä tulkintakäytännössä on se, että ainakin linjaratkaisussa KHO 2005:90 omaksuttu tulkinta on verrattain rohkea, ja antaa aihetta olettaa sen pohjana käytetyn laajempaa-
kin EU-oikeudellista normipohjaa kuin yksinomaan EUTI:n ratkaisuja.

Ratkaisussa 2005:90 oli kysymys ferrokromitehtaan tuotantoprosessissa muodostuvan ja sittemmin takaisin samaan tuotantoprosessiin palautettavan kuonan jätestatuksesta sekä siitä, tulisiko tehtaan ulkopuolelta ostama metalliromu määritellä jätteeksi. Erityisesti metalliromun osalta KHO:n ratkaisu vaikuttaisi prima facie olevan ristiriidassa EUTI:n tapauksissa Mayer Parry (C-444/01) ja Niselli (C-457/02) vahvistaman oikeusohjeen kanssa, jonka mukaan kerran käytöstä poistettu romumetalli tulisi määritellä jätteeksi aina siihen asti, kun se sulatetaan ja sen jälkeisessä työstössä saavuttaa selvästi uuden tuotteen statuksen. KHO:n ratkaisun antamisen aikoihin komissio oli antanut sekä ehdotuksen uudeksi jätepuitedirektiiviksi että temaattisen strategian jätteen synnyn ehkäisystä ja kierrätyksestä, joissa molemmissa painotettiin EUTI:n tulkintalinjaa selvästi pidättyvämpää jätteen käsitteen alan tulkintaa ja aktiivisempaa end-of-waste-kriteerien kehittämistä¹²¹. Tapaus on hyvä esimerkki tilanteesta, jossa jäsenvaltiotason oikeuskäytäntö saa erilaisen ”oikeaoppisuusarvion” riippuen siitä, tarkastellaanko sitä ennen vai jälkeen valmisteilla olleen lainsäädännön hyväksymisen – antohetkellään rohkeahko KHO 2005:90 vaikuttaisi olevan hyvin linjassa uuden jätepuitedirektiivin 2008/98/EY kanssa¹²².

¹¹⁹ Kautto 1998 ja Maunu 2003.

¹²⁰ *Oikeustieteellisesti* huomattavaa hyppäystä kansainvälisen tason jätettä koskevaan keskusteluun edustaa tällä kaudella ilmestynyt Harri Kalimon väitöskirja (2004, kaupallinen versio 2006), joka tässä esityksessä valitun kotimaisen näkökulman vuoksi jää vain maininnan varaan.

¹²¹ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi jätteistä KOM (2005) 667 lopullinen ja komission tiedonanto jätteiden syntyminen ehkäisystä ja kierrätyksestä koskevasta temaattisesta strategiasta KOM (2005) 666 lopullinen.

¹²² Tapaus KHO 2005:90 ansaitsisi tarkemman analyysin kuin mihin tässä yhteydessä on mahdollisuutta jo siksikin, että sen suhde REACH-asetukseen on toinen dimensio, jossa

Kansallisen tulkintakäytännön kehittämisen alku sattui ajanjaksoon, jolle EU-oikeudellisesta näkökulmasta oli leimallista uuden jätepuitedirektiivin valmistelu ja näin ollen se, että voimassa olevan oikeuden sisältö määrittyi tavanomaista merkittävämmiin lainvalmistelu- ja muista politiikkatason dokumenteista käsin¹²³.

4. Parhailtaan meneillään on vaihe, jossa yhteisö on antanut uuden jätepuitedirektiivin, eli keskeisimmän unionin jätėsääntelyä muotoavan säädöksen, jonka kansallisen voimaansaattamisen määräaika päättyy jo 12.12.2010¹²⁴. Direktiivi sisältää mielenkiintoisia yksityiskohtia, kuten aiemmin kolmiportaisen jätepoliittisen tavoitehierarkian eli ensisijaisuusjärjestyksen muuntumisen viisiportaiseksi¹²⁵, sekä aiempaa selvemmin säännöksiin kirjatun sitoutumisen jätteen synnyn ehkäisyyn ja uudelleenkäyttöön. Direktiivissä painotetaan lisäksi selvästi aiempaa voimakkaammin end-of-waste-kriteerien kehittämistä, eli menettelyjä, joissa jokin materiaali saataisiin palautettua jätteestä takaisin tuotestatuksen piiriin siten, että sen hyötykäyttö neitseellisen raaka-aineen sijaan helpottuisi.

Direktiivin systematiikassa keskeiseen jätepolitiikan ja -huollon *ensisijaisuusjärjestykseen* uutuutena lanseeratun ”uudelleenkäyttöön valmistelun” sisältö jää nähtäväksi, mutta epäilemättä sekin jätteen synnyn ehkäisy ja jätteen hyödyntämisen välikategoriana on omiaan rajamaan materiaaleja aiempaan nähden kevennetyissä menettelyissä pois jättestatuksen alta. Uuden termistön ohella maininnan ansaitsee myös se, ettei yhteisösääntelyn (käännöksen) ja kansallisen lainsäädännön eroi-

ajan kuluminen muutti vahvistetun oikeusohjeen merkitystä. Jätėsääntelyssä tyypillinen toimijakentän aversio jättestatusta kohtaan nimittäin asetui ainakin hetkellisesti toiseen valloon, kun REACH-järjestelmän puitteissa osoittautui *edullisemmaksi* rekisteröidä materiaali *jätteenä* kuin tuotteena.

¹²³ Esimerkiksi jätteen käsitteen osalta mainittujen direktiiviehdotuksen ja temaattisen strategian lisäksi komissio julkaisi myös EUTI:n tulkintakäytännön pohjalta laaditun suositusasiakirjan jätteen ja sivutuotteen välisestä rajanvedosta KOM (2007) 59 lopull.

¹²⁴ Direktiivin täytäntöönpano on kiireyttänyt vireillä olevan jätealan lainsäädännön kokonaisuudistuksen aikataulua, mutta implementaatioaikatauluun ehtimistä on tätä kirjoitettaessa pidettävä epävarmana. Luonnos hallituksen esitykseksi perusteluineen ja liitteineen oli lausuntokierroksella 8.4.2010 asti, ja kokonaisuudistuksen ohjelmaan on vielä syksyllä 2010 kaavailtu kuulemistilaisuuksia; ks. kokonaisuudistuksen internetsivut osoitteessa: <http://www.ymparisto.fi/> > Lainsäädäntö > Valmisteilla oleva lainsäädäntö > Ympäristönsuojelun lainsäädäntöhankkeet > Jätealan lainsäädännön kokonaisuudistus.

¹²⁵ Ensisijaisuusjärjestyksessä huipulla on vakiintuneesti jätteen synnyn ehkäisy, ja alapäässä jätteen (loppu)käsitteily siitä eroon pääsemiseksi. Väliportaita ovat jo aiemmin olleet jätteen kierrätys ja muu hyödyntäminen (yhdessä), mutta uudella jätepuitedirektiivillä nämä eriytettiin omiksi portaitaiksi, ja heti jätteen synnyn ehkäisyyn alle sijoitettiin uutena yläpään askelmana ”valmistelu uudelleenkäyttöä varten”.

hin liittyvä terminologinen diskrepanssi valitettavasti kokonaan poistunut vanhojenkään käsitteiden osalta. Esimerkiksi jätteen ”käsittelyllä” viitataan uudessa direktiivissä osapuulleen toimintakokonaisuuteen, jota aiemmin kutsuttiin ”jätehuolloksi”; direktiivin tarkoittama käsittely pitää nimittäin sisällään jätteen hyödyntämisen ja sen ”loppukäsittelyn”. Tämä uuden terminologian mukainen loppukäsittely oli aiemmassa terminologiassa jätteen käsittelyä, joka yhdessä jätteen hyödyntämisen kanssa muodosti asianmukaisen jätehuollon piirin¹²⁶.

Jätepuitedirektiivin kenties merkittävin uutuus kansalliselle lainsäädännölle on velvoite laatia *jätteen synnyn ehkäisyn kansallinen ohjelma*. Jätteen synnyn ehkäisyn moniulotteisesta tavoitteesta merkittävä osa jää jäsenvaltiotasolla suunniteltavaksi ja täytäntöönpantavaksi, mikä aiemmasta poiketen korostaa politiikkatason ohjauksen asemaa vanhastaan varsin pitkälle sitovan sääntelyn varaan rakentuneessa EU:n jätepoliittisten ohjauskeinojen kentässä¹²⁷.

Lainsäädännön ohella myös oikeuskäytäntö on jatkanut kehittymistään viimeisenä virstanpylväänään EUTI:n ennakkoratkaisut asiassa Lahti Energia¹²⁸. KHO oli pyytänyt ennakkoratkaisua kysymyksiin, jotka liittyivät kaksiosaiseen laitosratkaisuun, jossa ensimmäisessä polttolinjattomassa osassa kaasutettiin jätteestä toisessa laitoksessa poltettavaa korkealuokkaista kaasua. Tapauksessa korkein hallinto-oikeus joutui epätavanomaisesti pyytämään EUTI:lta *kaksi* ennakkoratkaisua (C-317/07 ja C-209/09), koska kansallisen oikeusprosessin myöhemmässä vaiheessa osoittautui, ettei laitossuunnitelman lopullinen sisältö vastannutkaan ensimmäisen ennakkoratkaisupyynnön yhteydessä esitettyä kuvausta¹²⁹. Epäselvyys, jolle EUTI antoikin ratkaisevan merkityksen jälkimmäisessä ennakkoratkaisusaan, koski puheena olleen kaasun puhtausastetta¹³⁰.

¹²⁶ Vastaava terminologinen siirtymä, jossa aiempi jätteen käsittely nimetään jätteen loppukäsittelyksi, on luonnollisesti tarkoitus sisällyttää myös valmisteilla olevan uuden jätelaikiin; ks. ehdotus hallituksen esitykseksi § 4, ja sihteeristön luonnos yksityiskohtaisiksi perusteluiksi (§ 4) s. 8.

¹²⁷ Ks. jätteen synnyn ehkäisyn ohjauskeinoista eräissä OECD-maissa *Suvantola – Lankinen* 2008.

¹²⁸ Tapausta Lahti Energia koskevat korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut ovat KHO 2007:45 ja KHO 2009:51.

¹²⁹ EUTI:n ratkaisussa C-209/09 tilannetta luonnehdittiin seuraavasti (ratkaisun kohta 15): ”Lahti Energia ilmoitti silloin, että se ei ympäristölupahakemuksessaan sekä valituksissaan Vaasan hallinto-oikeudelle ja ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle ilmoittamastaan poiketen toteutakaan suunnittelemaansa jätteiden lämpökäsittelyn avulla synnytetyn kaasun puhdistusta kaasutinlaitoksessa – –.”

¹³⁰ Ks. ratkaisun C-209/09 kohdat 23–31.

Menemättä pidemmälle KHO:n esittämien ennakkoratkaisupyyntöjen yksityiskohtiin voidaan todeta, että ainakin jätteen käsitteeseen liittyen on KHO:n ja EUTI:n välillä havaittavissa selvä kaksisuuntainen kommunikaatiosuhde¹³¹, jonka puitteissa myös jäsenvaltiotasolta unionioikeuteen päin on noussut sittemmin oikeudellisesti velvoittavaa normatiivista aines-
ta.¹³²

On syytä tunnistaa se, että EUTI:n mahdollisuudet kehittää unionin oikeustilaa aivan olennaisella tavalla riippuvat sille esitettyjen ennakkoratkaisukysymysten laadusta. Myöhemmässä vaiheessa myös yhteisön lainsäätäjä voi omaksua oikeuskäytännön kautta vahvistuneita normeja siten, ettei esimerkiksi ole kaukaa haettua esittää uuden jätteputedirektiivin sisältävän piirteitä, jotka ovat peräisin KHO:n ennakkoratkaisukysymyksistä¹³³. Jättesääntelyn ulkopuolelta jäsenvaltiotason positiivisena syötteenä maininnan ansaitsee tapaus Concordia Bus Finland (C-513/99), jossa alkujaan helsinkiläinen hankintaviranomainen kehittäjä julkisten hankintojen ympäristökriteereitä tavalla, joka sittemmin johti niiden hyväksymiseen EUTI:n ratkaisujen kautta osaksi unionin oikeutta¹³⁴.

Yhteenvetona vaikuttaisi siltä, että Suomessa on tapahtunut merkittävä siirtymä EU:n jättesääntelyn kiireessä implementoinnin ja sen seurauksiin

¹³¹ Unionin ja jäsenvaltiotason tuomioistuinten välisen kommunikaatiosuhteen tarpeeseen ja tiettyihin pulmiin viittaa *Kanninen* (2003 s. 1270), joka tarkastelunsa lopuksi luonnosteli myös mahdollisuutta tarvittaessa pyytää samassa asiassa toinen ennakkoratkaisu, jolle ensimmäinen tarjoa riittävää pohjaa asian jatkokäsittelylle (ibid. s. 1272). Jo hänen kirjoitusaikanaan jättesääntelyn edustus KHO:n ennakkoratkaisupyyntöistä EUTI:lle oli varsin huomattava: kaksi kymmenestä.

¹³² Weiler (2002 s. 28 ja 32) on toisesta näkökulmasta korostanut jäsenvaltioiden tuomioistuinten merkitystä EU-oikeuden kehitykselle siinä mielessä, että jäsenvaltioiden kansalaisille tutut oikeusistuimet soveltaessaan EU-oikeutta ja esittäessään ennakkoratkaisupyyntöjä EUTI:lle vahvistavat EU-oikeuden aseman ja legitimitietin kansallista oikeutta vastaavalle tasolle. Weilerin termin kansalliset tuomioistuimet ulottavat näin tyypillisesti kansalliseen oikeuteen liittyvän ”tottelemisen tavan” (”habit of obedience”) koskemaan myös EU-oikeutta – erotukseksi yleisestä kansainvälisestä oikeudesta, joka notorisesti kärsii täytäntöönpanovaikeuksista.

¹³³ Esimerkiksi uuteen jätteputedirektiiviin 2008/98/EY kirjatuihin jätteen ja sivutuotteen välisen rajanvedon kriteereistä (art. 5) on selvästi tunnistettavissa piirteitä KHO:n ennakkoratkaisupyyntöjen johdosta annetuista EUTI:n ratkaisuisista *Palin Granit* (C-9/00) ja *Avesta Polarit Chrome* (C-114/01).

¹³⁴ Tapauksen merkitystä korostaa mm. *Ojanen* (2005b s. 1225–1226 ja 2006 s. 293), joka luonnehtii KHO:n ennakkoratkaisupyyntöä ”tärkeä[ksi] ’vireillepano[ksi]’, jonka kautta EY:n tuomioistuin sai tilaisuuden ottaa kantaa ympäristönäkökohtien merkitykseen julkisissa hankinnoissa.”

sopeutumisen kulttuurista kohti aktiivista ja vuorovaikutteista yhteisöoikeuden hyödyntämistä ja kehittämistä¹³⁵. Nähtävillä on kenties myös piirteitä uudenaikaisesta joustavasta oikeuslähdeopista, jossa unionioikeutta tulkitaan aktiivisesti myös kansallisin voimin käyttäen tulkinnassa tukena – perinteisen kotimaisen oikeuskäytännön ja lainvalmisteluaineiston ohella – unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, sekä yhteisön lainsäädäntöön kiinteässä yhteydessä olevia politiikkainstrumentteja. Näin ollen teknisen normimassan ohella Suomen jätessäntelyn *tulkinnallisissa taustaoletuksissa* on tapahtunut huomattava muutos. Kirjoituksen päättävässä jaksossa pohditaan, mitä tästä voisi tai tulisi ajatella.

5 POHDINTAA: EU-OIKEUDEN JA KANSALLISEN OIKEUDEN VÄLISESTÄ SUHTEESTA JA OIKEUDELLISEN TULKINNAN UUSISTA PUITTEISTA

5.1 Suhtautumisesta EU-oikeudellisen aineiston vaihtelevaan normatiivisuuden asteeseen

Tässä kirjoituksessa on luonnosteltu EU-oikeuden aiheuttamaa muutosta Suomen jätessäntelylle. Jätessäntelyn esimerkin valossa voidaan todeta, että siirtyminen EU-oikeuteen on ollut merkittävä murros sekä lainsäädännöllisesti, lainkäytöllisesti että oikeustieteellisestä näkökulmasta. Monitahoinen muutosprosessi jatkuu edelleen, eritahtisena eri oikeudenoilla ja oikeudellisten toimijoiden arjessa, vaikka täysjäsenyyden alusta on kulunut jo viisitoista vuotta.

Tarkasteltaessa *säädöstason implementaatiota* voitiin havaita jo annetun *säätelyn määrässä* huomattava muutos ja siirtymä, jossa aiemman jätehuoltolain kansallinen järjestelmä keskeisiltä osin korvattiin unionisäätelyllä¹³⁶. Sivuttaen tässä maininnalla jo puheena ollut lainvalmistelu, jonka

¹³⁵ Tätä kirjoitettaessa ei ole vielä mahdollista ottaa merkittävästi kantaa vireillä olevaan uuden jätelain valmisteluun, joka jossain määrin on kärsinyt implementaatioaikataulun tiukkuudesta. *Prima facie* toki on oletettavissa, että uuden jätelain valmistelussa EU-oikeuteen on voitu ottaa rutinoituneempi jäsenvaltionäkökulma kuin runsas puolitoista vuosikymmentä sitten – mutta tämä ei kuitenkaan ole estänyt sitä, että eniten julkisuudessa esillä olleeksi osakysymykseksi muodostui jälleen yhdyskuntajätteen kuljetuksen järjestäminen, joka oli keskeisenä kiistakapulana jo 1970-luvulla jätehuoltolakia valmisteltaessa.

¹³⁶ Kuten todettua, voimassa olevaan jätelakiin liittyy parisenkymmentä lakia alemmanasteista säädöstä, joista lähes kaikki on annettu EU-jäsenyyden kaudella. Sivumennen on

luonne on pysyvästi muuttunut implementaatiovetoisilla oikeudenaaloilla, voidaan *rakenteellisesta muutoksesta* kirjata selvimmät havainnot *oikeuskäytännöstä*, jossa implementoidun lainsäädännön keskeisten käsitteiden ja periaatteiden sisältöä on jouduttu hakemaan uudenaikaisessa institutionaalisisessa ympäristössä ja uudenaikaisista normilähteistä.

Jätesääntelyn näkökulmasta verrattain moni EU-oikeudellinen teema vaikuttaisikin jo 2010-luvulle tultaessa vakiintuneen osaksi Suomen oikeusjärjestystä ja -järjestelmää. Erityisesti johdetun EU-oikeuden implementaation tekniset lähtökohdat lainsäädännössä¹³⁷, ja Euroopan unionin tuomioistuimen¹³⁸ asema sekä normi- että instanssijärjestelmässä tuntuvat jäsentyneen ilman suurempia vastakkainasetteluita osaksi Suomen oikeudellista elämää. On selvää, että nämä EU-oikeuden keskeisimmät jäsenyysvelvoitteiden täyttämiseen liittyvät elementit on otettu asiaankuuluvalla tavalla haltuun myös *oikeustieteen* piirissä. Samalla vaikuttaisi kuitenkin siltä, että keskustelua oikeusjärjestysten suhteesta on käyty paljolti siinä merkityksessä, millä edellytyksillä unionioikeus voi syrjäyttää tai muutoin jollakin *dramaattisella tavalla* ulottaa vaikutuksensa kansalliseen oikeuteen. Tyypillinen huomion kohde on ollut mm. EU-oikeuden tulkintavaikutus¹³⁹, jonka mukaan jäsenvaltioiden on joko pidättäydyttävä tulkinnasta, joka vaarantaisi EU-oikeuden tehokkaan toteutumisen, tai aktiivisesti tulkittava oikeuskysymyksen ratkaisu teleologisesti EU-oikeutta pa-

syytä viitata myös *Matti Wibergin* (2005 s. 11 ja passim.) artikkelissaan hyödyntämään metodiin, jossa hän oli laskemalla EU-vaikutteisten *lakien* määrää pyrkinyt analyysiin EU-oikeuden vaikutuksesta Suomen oikeusjärjestykseen. Ainakin jätesääntelyn kohdalla kyseinen kvantitatiivinen metodi vaikuttaa karkealta sikäli, että suurin osa EU-perustaista sääntelymassaa on implementoitu nimenomaan lakia *alemman tason* säädöksinä.

¹³⁷ Tässä ei ole tarkoitus implikoida, että Suomi panisi mallikelpoisesti täytäntöön kaiken EU-oikeudellisen aineksen, eikä sen paremmin, että implementaation tekninen vähimmäistaso olisi helppo täyttää. Tarkoitus on ainoastaan väittää, että Suomeenkin on jo ehtinyt välittyä vakiintunut kuva siitä, mistä implementaatiossa – ongelmiseen – on ilmiönä kysymys. Implementaatiosta EU-oikeuden ”sisäisestä” näkökulmasta ks. *Maunu* 2005 tai 2008.

¹³⁸ 1.12.2009 voimaan tulleella Lissabonin sopimuksella muun ohessa muutettiin unionin tuomioistuinten nimet – monien mielestä epäselvempään suuntaan. Tässä kirjoituksessa käytetty lyhenne EUTI viittaa nykyiseen Unionin tuomioistuimeen (ent. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin), eikä sillä ole tarkoitus kattaa muita Euroopan unionin tuomioistuimen osia, eli Unionin yleistä tuomioistuinta (ent. ensimmäisen asteen tuomioistuin) tai virkamiestuomioistuinta, joiden merkitys jätesääntelyn kehitykselle on ollut vähäinen. Ks. Lissabonin sopimuksen terminologiasta esim. EUTI:n lehdistötiedote nro 104/09, joka on annettu 30.11.2009.

¹³⁹ Tulkintavaikutusta pidetään aiemmin korostettua huomiota saaneita etusija- ja välittömän vaikutuksen periaatteita yleisempänä ja merkittävämpänä EU-oikeuden tapana vaikuttaa oikeudelliseen tulkintaan unionin ja jäsenvaltioiden välistä suhdetta olennaisesti säännöstelevän *lojaliteettiperiaatteen* (art. 4 SEU, ent. art. 10 EY) mukaisesti.

remmin toteuttavaan suuntaan. Sen sijaan kysymystä siitä, miten jäsenvaltion ja unionioikeuden muodostamaa oikeusjärjestelmää tulisi kehittää silloin, kun EU-oikeudellinen tehokkaan toteutumisen taso täyttyy, eli kun EU-oikeus näyttäisi mahdollistavan useamman legitiimiltä vaikuttavan tulkinnan, ei ole sanottavasti kehitelty.

Toinen samansuuntaiseen tiedonintressiin osoittava, ja luultavasti käytännössä tyypillisempi ongelma on se, jossa *EU-oikeuden edellyttämä oikeustila jää epäselväksi* kaiken käsillä olevan sitovan oikeudellisen materiaalin pohjalta, eikä tulkintatilanteeseen syystä tai toisesta ole mahdollista saada apua esimerkiksi komissiolta tai unionin tuomioistuinta – on selvää, ettei esim. ennakkoratkaisumenettelyä voi käyttää aina, vaikka siihen olisi periaatteessa velvollisuus aina epäselvyyden vallitessa turvautuakin¹⁴⁰. Tilanne on tietyllä tapaa delikaatti keskustelulle, koska puhtaaksiviljellyn EU-oikeusteorian kentässä ei liene juuri sijaa pohdinnoille, joissa kehitellään EU-oikeuden jättämän epäselvyyden paikkaamisen lähtökohtia jäsenvaltiotasolla¹⁴¹.

Osaltaan pelkona on voinut olla se, että kaikinainen puhe *liikkumavarasta* jäsenvaltiotasoisen EU-oikeudellisen tulkinnan lähtökohdissa voidaan tulkita kriittiseksi, ja helposti protektionismin suuntaan taipuvaksi ”kansalliseksi” etäisydenotoksi EU-oikeuden tavoitteista¹⁴². Mikäli puolestaan

¹⁴⁰ Velvollisuus ennakkoratkaisupyynnön tekemiseen pohjautuu ensi kädessä perussopimuksen artiklaan 267 SEUT, mutta tarkemmat kriteerit rajanvedolle sen suhteen, milloin ratkaisu voidaan ajatella jättää pyytämättä, ovat muodostuneet EUTI:n ratkaisukäytännössä alkaen tapauksesta CILFIT 283/81. Kriteerejä pidetään yleisesti niin tiukkoina, että niihin joudutaan käytännössä tulkintatyössä ottamaan tiettyä etäisyyttä; ks. esim. *Koskelo* (2008 s. 632), joka viittaa ”kokonaisuuden kannalta järkevällä tavalla” toimimiseen tarpeeseen, *Jääskisen* (2007 s. 433) luonnehtiessa kriteereitä ”mahdottomiksi”, josta huolimatta EUTI ei ole halunnut väljentää niitä.

¹⁴¹ Toisaalta tilanne, jossa EU-oikeuden tehokas täytäntöönpano edellyttäisi jotakin *teknistä tarkennusta*, jonka unioni (komissio) sittemmin on jättänyt tekemättä, ei ole unionioikeudelle vieras. Ks. esim. julkisasiamies Jääskisen ratkaisuehdotus asiassa C-446/08, jossa hän päätyy suosittelemaan tietyn kansallisen harkinta- ja toimenpidevallan vahvistamista jäsenvaltioille tilanteessa, jossa komissio oli jättänyt (lisäravinteiden) sääntelyjärjestelmän toiminnalle olennaiset raja-arvot vahvistamatta. EUTI vahvisti ratkaisussaan näiltä osin (para 35–37) ratkaisuehdotuksen.

¹⁴² Oletus jäsenvaltiotason liikkumavarakeskustelun kaihtamisesta voi olla kirjoittajan ylitulkinta, ja sitä sen toki varsinkin direktiivivetoisella oikeudenalalla tulisikin olla – ottaen huomioon artiklassa 288 SEUT (ent. art. 249 EY) ilmaistun lähtökohdan, EU:n konstitutionalisaatiokehityksessä tapahtuneen arvopohjan monipuolistumisen, sekä Lissabonin sopimuksen myötä mahdollisesti uutta tukea saaneen subsidiariteettiperiaatteen. Kaikesta tästä huolimatta edelleenkin paljolti sisämarkkinavetoisen unionioikeuden perinteessä on jotain, joka antaa vaikutelman väljyyttä ja tulkinnanvaraisuutta kaihtavasta ja verrattain kompro-

liikkumavara ei aidosti vaaranna EU-oikeudellisia tavoitteita, se rajautuu subsidiariteettiperiaatteen otsikon alla helposti ulos EU-oikeudellisesti relevantista keskustelusta, nimittäin aidosti jäsenvaltiotasolle jätetyn harkittavallan piiriin, joka ei ole EU-oikeuden sisäisestä näkökulmasta mielenkiintoista.

Toisaalta Euroopan unionin järjestelmä, ymmärrettynä laajemmin kuin vain lainsäätäjän tai tuomioistuimen tiukasti velvoittavan oikeudellisissa rooleissa, tuottaa huomattavan määrän erilaista policy-tasoisia dokumentaatiota¹⁴³. Tähän nähden ajatus siitä, että unioniprojektissa olisi oikeudellisestikaan kyse yksinomaan sitovan – ja ympäristösääntelyssä tyypillisesti vielä minimiharmonisoivan¹⁴⁴ – sääntelyn implementaatiosta tuntuu oudolta. Pikemminkin vaikuttaisi, että unioni tuottaa selvästi sitovan lainsäädännön ja oikeuskäytännön ohella tarkoituksellisesti myös sellaista dokumentaatiota, jonka oikeudellinen status ja relevanssi on epäselvä. Samalla unioni sekä policy-tasoisien dokumentaation sisällössä¹⁴⁵ sekä järjestelmä-

missittomasta projektista, jossa tietyn legitiimin alueen ja tyylin ylittävä puhe tulkitaan helposti harhaoppiseksi. – Viittauksena unionioikeuden edelleen jatkuvaan tiettyyn sisämarkkinavetoisuuteen käy todeta, ettei esimerkiksi teoksissa *Craig – de Búrca* 2008 tai *Ward* 2009 käsitellä ympäristönsuojelua käytännössä mitenkään, saati että se olisi sijoitettu unionioikeuden ytimeen sillä tavoin kuin monet ympäristöoikeuden edustajat (esim. *Kumpula* 2007 s. 245–247) kirjoittajan tavoin toivoisivat, ja kotimaassa yleisen eurooppaoikeuden näkökulmasta *Ojanen* (2006 s. 254–255) on esittänyt.

¹⁴³ Esimerkiksi ympäristöoikeuden ja jätesääntelyn suunnalta selvästi oikeudellistakin relevanssia tavoittelevia policy-dokumentteja olisivat ainakin koko unionin ympäristöpoliittiset ohjelmat (esim. KOM (2001) 31 lopull.), tiedonannot jättepolitiikasta (90/C 122/02) ja jätestrategiasta (97/C 76/01), temaattinen strategia jätteen syntyyn ehkäisystä ja kierrätyksestä (KOM (2005) 666 lopull.), joka oli tarkoitettu luettavaksi yhdessä sekä muiden ympäristöpolitiikkaa luotaavien temaattisten strategioiden kanssa että ottaen huomioon komission antaman ehdotuksen uudeksi jättepuitedirektiiviksi, sekä tulkitseva tiedonanto jätteistä ja sivutuotteista KOM (2007) 59 lopull.

¹⁴⁴ Ympäristösääntelyn oikeusperusta on perinteisesti ollut art. 192 SEUT (ent. art. 175 EY), ellei kyse ole keskeisesti sisämarkkinoihin kajoavasta täysharmonisoivasta sääntelystä, jota on annettu artiklan 114 SEUT (ent. art. 95 EY) nojalla. Suurin osa yhteisön jätesääntelystäkin on annettu ympäristöperusteella, ja vain olennaisesti tuotteita koskevat (mm. pakkausjätedirektiivi (94/62/EY) ja ns. RoHS-direktiivi (2002/95/EY) tiettyjen vaarallisten aineiden käytön rajoittamisesta sähkö- ja elektroniikkalaitteissa on annettu sisämarkkinaperusteella. Paristojätedirektiivistä (2006/66/EY) osa artikloista on annettu ympäristöperusteella, osa sisämarkkinaperusteella.

¹⁴⁵ Esimerkiksi seitsemän ympäristöpolitiikan lohkolla annettua temaattista strategiaa pyrkivät eksplisiittisesti toteuttamaan tavoitteitaan (mm. osallistua täytäntöpanovajeen torjuntaan) myös jo *voimassa olevan oikeuden* suhteen, eikä vain luonnostelemalla tulevia lainsäädäntötarpeita. On vaikea nähdä selvempää kirjausta siitä, että näille dokumenteille on ainakin EU-tasolla tarkoitettu relevanssia harkittaessa oikeudellisia tulkintatilanteita jäsenvaltioissa. – On toinen asia, että useat temaattisista strategioista ovat sisällöltään jättestrategiaakin väljempiä siten, että niistä suorien tulkintasuositusten johtaminen voi olla

tasolla antaa ymmärtää (implisiittinen viittaus lojaliteettiperiaatteeseen) tälläkin materiaalilla ainakin *voivan olla* oikeudellista relevanssia.

Näyttäisikin olevan epätydyttävää pyrkiä hahmottamaan EU-oikeus yhtäältä oikeudellisesti sitovaksi projektiksi, ja toisaalta ei-oikeudelliseksi projektiksi, jossa unioni kuin ”lämpimikseen” suosittaa jäsenvaltioille valtavalla asiakirjavolyymillä erilaisia toimintatapoja, ilman että näitä tarvitsee lainkaan ottaa oikeudellisesti huomioon, koska ne eivät sido. Koska EU-oikeus toteutuu nimenomaan jäsenvaltioissa, vaikuttaisi perustellumalta olettaa EU-oikeuden suotuisan kehityksen edellyttävän koko järjestelmän motivoitumista kaikilla tasoilla *optimaaliseen* toimintaan – eikä ainoastaan jäsenyysvelvoitteiden kuuliaiseen täyttämiseen¹⁴⁶.

Tässä ehdotettuun kuuliaisuuden tason ylittävään motivoitumiseen kieltämättä kohdallinen vasta-argumentti on se, että EU on monilla aloilla – kuten osittain jätäsääntelyssäkin – tehnyt parhaansa kohottaakseen minimivaatimukset sen verran korkealle, että motivoituminen niiden yli tai ohi kohti ei-pakollisia EU-oikeudellisia pyrintöjä voi tuntua paikoin oudolta ehdotukselta. Merkittävämpi vasta-argumentti koskee ympäristöoikeuden ulkopuolella monilla aloilla tyypillistä *täysharmonisointia*, mutta senkään suhteen ei liene syytä ajatella sitovan lainsäädännön rajaavan tyhjentävästi (EU-)oikeudellisesti relevantin aineiston piiriä; vaikka jäsenvaltiotason liikkumavara olisi vähäisempikin, kohdistuu täytöntöönpanoon aina harkintavaltaa, jonka käyttöön voidaan suhtautua spektrillä, jonka ääripäissä ovat vähimmän vaivan ja parhaan mahdollisen lopputuloksen tavoitteet. Tässä esitettävä väite on, että optimaalinen EU-oikeuden toteuttaminen jäsenvaltiotasolla edellyttää monipuolista tietopohjaa, joka ylittää perinteisen (ahtaasti ymmärrety) oikeustieteellisen tiedonintressin.

Myös oikeustieteen suunnalta saattaisi olla tarvetta pyrkiä selvittämään EU:n eri toimielinten ja instituutioiden lähtökohtia ja olemusta siitä näkö-

vaikkea, mutta esimerkiksi kyseinen strategia (KOM (2005) 666 lopull.) edusti ja edisti voimakkaasti komission kantaa siitä, että korkeatasoinen jätteenpolto olisi miellyttävä selvästi pääsääntöisemmin jätteen hyödyntämiseksi kuin EUTI:n oikeuskäytännön mukaan.

¹⁴⁶ Kirjoittajan käsitystä EU-oikeudellisen lojaliteettiperiaatteen yksisuuntaisesta perinteestä näyttäisi tukevan Lissabonin sopimuksen muotoilu (art. 4 SEU), jossa uudella tavalla korostetaan EU-tason ja jäsenvaltioiden yhteistyötä; ” – pursuant to the principle of sincere cooperation, the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties – –.” Ks. lojaliteettiperiaatteesta laajemmin *Salminen* (2006 s. 16), jonka mukaan unionin velvoitteiden osalta periaate on edelleen kehittymässä.

kulmasta, millä edellytyksillä niiden tuottama dokumentaatio voi saada oikeudellista merkitystä. Nähdäkseni vain problematisoimalla normatiiviseksi tarkoitettua aineistoa *poispäin velvoittavuuden kriteeristä* kohti dokumenttien tarjoamia tulkinnallisia näköaloja voidaan ajatella mahdolliseksi jäsenvaltiotason toimijoiden aktiivinen, eikä vain reaktiivinen, EU-oikeudellinen tulkintatoiminta. Vaikka on epäilemättä turha pyrkiä peräänkuuluttamaan hierarkialtaan sidottua oikeuslähdeopillista¹⁴⁷ esitystä EU:n toimielinten tyypillisistä asiakirjoista¹⁴⁸, on syytä ajatella, että oikeudellinen tulkintatilanne, varsinkin riitainen sellainen, kaipaasi oikeustieteeltä juuri evästystä argumenttien lähteiden *systemaattiseen arvottamiseen* toistensa suhteen. Mutta kuinka edetä tässä projektissa?

Näyttää selvästi helpommalta esittää väitteitä siitä, miten kansallisen ja unionioikeuden oikeusjärjestysten suhdetta *ei* tule käsittää, kuin tarjota ehdotuksia sen kuvaamiseksi. Toisaalta tuntuu siltä, että oikeustieteen on voitava tarjota voimassa olevaa oikeutta koskevien tulkintatilanteiden analyysissä pidemmällekin meneviä ohjenuoria kuin viittauksia enemmän tai vähemmän yhteismitallisten oikeuslähteiden ”punnintaan”, tai kontekstiin ja tekijöiden hiljaiseen tietoon¹⁴⁹. Lienee ainakin syytä kysyä, *keiden* toimijoiden, *missä* kontekstissa ja *minkälaiseen* tai millä kriteereillä tapahtuvaan punnintaan¹⁵⁰? Vastaavasti toisesta näkökulmasta samaa kenttää voi lähestyä peräänkuuluttamalla puhetta siitä, *kuinka alan toimijat suhtautu-*

¹⁴⁷ Institutionaalisten muutosten ja oikeudellisen materiaalin diversifikaation palauttaminen *oikeuslähdeoppiin* lienee makukysymys, kysymyksen koskiessa *oikeudellisen tulkintatyön puitteiden* muuttumista; ks. Jääskinen (2008 s. 49–56), joka käsittelee rakenteellisen tason muutosteemoja lähinnä lainkäytön ja oikeusjärjestyksen avautumisen otsikoiden alla.

¹⁴⁸ Esimerkiksi laaja luokka ”non-paper”-asiakirjoja saattaa herättää hämmennystä sen suhteen, mitä asiakirjan saattamisella julkisuuteen on tavoiteltu, ja mikä merkitys paperille olisi annettava – kyseessä kun nimenomaisesti ei ole *asiakirja*.

¹⁴⁹ Vanhastaan erityisesti oikeusperiaatteiden ja perusoikeuksien keskinäisten kollisioiden tilanteet on ratkaisutoimintaan palautuvassa tulkintaopissa tavattu palauttaa *punnintakysymyksiä*, joihin ei ole annettavissa valmiita normikonfliktisääntöjä. Nimenomaan peräänkuuluttamatta yleisiä normikonfliktisääntöjä on syytä ajatella, että tulkinta- tai argumentaatioteoriassa olisi voitava edetä *yli* sen kahtiajaon, että jollei saatavilla ole yleistä hierarkiamallia, on teoreettisesti pitäydyttävä puhtaassa kasuistiikassa, joka määrittyy kullakin oikeudellisen elämän alueella lähinnä tekijöidensä tuntmien peukalosääntöjen varassa. – Ks. hiljaisen tekijän tiedon ja oikeuslähdeopin kysymyksistä aiempaa kehittyä *Lankinen 2007 s. 25–36*.

¹⁵⁰ EU-oikeus ei edes ennakkoratkaisumenettelyineen liene muuttanut sitä arkista lähtökohdtaa, että jos tulkintatilanteessa syytä tai toisesta (esim. lupaviranomaisella) käsillä on sekä ratkaisupakko että erisuuntaisia oikeusohjeita, on tulkinta rakennettava yksinkertaisesti parhaan taidon mukaan *jonkinlaisesta* kombinaatiosta argumentteja. Tällaisissa vaa’ankielitilanteissa *tosiasiallista* merkitystä saavat epäilyksittä sellaisetkin tulkintaan lisävaloa tuovat lähteet, jotka eivät ole oikeudellisesti sitovia. Tällöin olisi hyödyllistä tietää,

vat kulloinkin käsillä olevaan normatiiviseksi tarkoitettuun ainekseen; on syytä olettaa, että näillä esikysymyksillä ja oikeustieteen systematisoivalla tutkimusotteella voitaisiin joka tapauksessa päästä yli pelkän ad hoc -tason kohti jonkinlaisia EU-oikeudellisen tulkintaopin suuntaviivoja.

5.2 Oikeuslähdeopillista luonnostelua jäsenvaltiönäkökulmasta; esimerkkinä EUTI:n julkisasiamies

Viitataan tämän kirjoituksen päättäväksi esimerkiksi unionin *julkisasiamiehen*¹⁵¹ rooliin ja hänen lausuntojensa oikeudelliseen relevanssiin jäsenvaltiotasolla. Julkisasiamiehen käyttämistä oikeuslähdeopillisen kehittelyn esimerkkinä puoltaa se, että se soveltuu helpommin luonnosteltavaksi kuin vaikkapa EU:n komission vaihtelevalla intensiteetillä normatiivista vaikutusta osakseen edellyttävät lähteet. Julkisasiamies tuntuu myös kiinnostavalta instituutiolta oikeustieteen näkökulmasta, sillä yhtäältä julkisasiamiehellä on työnsä *tiedonintressissä* selvästi oikeustieteen kanssa leikkauspintaa, ja toisaalta julkisasiamiehen ratkaisuehdotukseen *painoarvo* oikeustieteellisessä tutkimuksessa tuntuisi edellyttävän huomiota osakseen¹⁵².

Lähtökohtaisesti ei liene esitettävissä *yleisellä tasolla* julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen oikeuslähdeopillista asemaa, koska tämä on altis liian monelle muuttujalle. Toisaalta on epäilemättä mahdollista eri suunnista pyrkiä *eksplikoimaan* näitä *muuttujia* siten, että niiden valossa oikeuslähteen luonne täsmentyisi tarkkuudeltaan ainakin paremmin keskusteltavaksi.

mihin suuntaan eri instituutioiden argumentit tyypillisesti vetävät; esimerkiksi komissioon joskus liitetty lisänimi ”Guardian of the Treaty” lienee huomion arvoisin.

¹⁵¹ Julkisasiamies (Advocate General, AG) on Unionin tuomioistuinta palveleva virkamies (eräänlainen *amicus curiae*), joka osallistuu useimpiin EUTI:n käsittelemiin asioihin valmistelemalla niistä tuomioistuimelle ratkaisuehdotuksen. Ratkaisuehdotus on julkinen asiakirja ja yleisön saatavilla ennen kuin asia tulee tuomioistuimessa suulliseen käsittelyyn. Julkisasiamiehiä on tällä hetkellä kahdeksan, joskin lukumäärää voidaan Lissabonin sopimuksen tultua hyväksytyksi kohottaa yhteentoista, joista osa on pysyviä suurimpien jäsenvaltioiden mandaatteja, osa jäsenmaita aakkosjärjestyksessä kiertäviä. Ks. julkisasiamiehistä yleisesti esim. *Burrows – Greaves 2007*.

¹⁵² Ks. esim. tuore väitöstutkimus *Mylly 2009*, jossa tukeudutaan merkittävästi julkisasiamiesten ratkaisuehdotusten varaan silloinkin kun EUTI:n ratkaisu asiasta on jo saatavilla. Ottaen huomioon julkisasiamiehen usein EUTI:a perinpohjaisemman ja analyttisemmän tyyllilajin on pidettävä selvänä, että tutkija voi näin menetellä, mutta *milloin* tämä on perusteltua ja milloin ei, on vaikeampi kysymys vastattavaksi.

Voidaan ensinnäkin todeta, että julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen merkitys oikeuslähteenä palautuu olennaisesti sen *sisällölliseen vakuuttavuuteen*; tässä julkisasiamiehen lausunto lähestyy oikeustieteen tuottamaa analyysia. Toisaalta julkisasiamies on selvästi sitoutunut edustamaansa instituutioon, mikä yhtäältä muodostaa tyylillisen rajauksen (mm. fundamentaalikriittisyyden kielto¹⁵³), mutta toisaalta tuo lausunnolle tietyn *institutionaalisen arvovallan*. On näin ollen helppoa vielä täysin yleiselläkin tasolla todeta, että julkisasiamiehen lausunto saa keskeiset oikeuslähteopilliset attribuutinsa julkisasiamiehen instituutiosta ja kulloinkin käsillä olevan lausunnon sisällöstä, sen argumentaation vakuuttavuudesta¹⁵⁴.

Jatkettaessa oikeuslähteen analyysia näyttää selvältä, että julkisasiamiehen lausunnon painoarvo¹⁵⁵ on tiettyssä määrin ennustettavassa suhteessa siihen, onko ratkaisuehdotukseen jo otettu kantaa EUTI:n toimesta vai ei. Tämä *temporaalinen relaatio* on siinä mielessä ennustettava, että ratkaisuehdotuksella on täysin johdonmukaisesti huomattavampi painoarvo sen aikaa, kun on vielä epäselvää, mikä vielä auktoritatiivisempi kanta ehdotukseen otetaan¹⁵⁶. Yhtä selvä, joskin hieman vaikeammin arvioitavissa oleva tekijä lausunnon painoarvon suhteen on se, mikä on käsillä olevan asian lainsäädännön ja oikeuskäytännön tila; toisin sanoen asettuuko lausunto hetkeen, jossa on odotettavissa jotakin uutta linjausta esimerkiksi

¹⁵³ Tom Bingham viittaa teoksen *Arnull – Eeckhout – Tridimas* (2008 s. vi) esipuheessa julkisasiamiehen omalla äänellään puhumisen vastapainoon toteamalla ”of course, the Advocate General has no licence to behave irresponsibly”.

¹⁵⁴ EU-oikeuteen vihkiytyneille on tapana muodostua myös *henkilötasolla* tiettyjä klassikkoja julkisasiamiesten keskuudessa, esimerkiksi jätesääntelyä on merkittävästi kehitellyt AG Jacobs, ja kiertävistä julkisasiamiehistä varsin poikkeuksellista huomiota osakseen ehti saada vastikään virkakautensa päättänyt AG Maduro. Nimeen viittaamisella teknistä referenssiä painokkaammin lienee lähinnä oikeustieteestäkin tuttu auktoriteettiargumenttia tapaleiva merkitys.

¹⁵⁵ Kirjoittaja pitää mahdollisena, että erityisesti EU-oikeuden piirissä selvästi tapahtunut irtautuminen hierarkkisesta oikeuslähteopista on yleisemminkin johtamassa oikeudellista tulkintaa koskevaa teoriaa kohti väljempää *argumentaatioteorian* suuntaa, jonka puitteissa pystytään joustavammin hyväksymään se, että ”teksteillä” on eri ajallisissa ja paikallisissa konteksteissa eri painoarvot ja luennat.

¹⁵⁶ Eräs tämän kirjoituksen perusjuonne on kannustaa tunnistamaan *epätyyppillisten tilanteiden yleisyys* ja ”normaalitilan” myytti. Varsinkin EU:n dynaamisessa oikeusjärjestyksessä on jatkuvasti vireillä merkittäviä asioita, joiden ratkaisu muuttaa siihenastista oikeustilaa, samoin kuin tilanteita, joissa EU:n toimielimillä (erityisesti komissio ja tuomioistuin) on jossain määrin eri suuntiin osoittavat kannat. Jätesääntelyn kehityksen suunnalta esimerkin erittäin epäselvästä oikeustilasta sekä ennen EUTI:n ratkaisua että sen jälkeen tarjoaa jätteen käsitteen ja pilaantuneiden maa-alueiden välistä suhdetta luodannut ratkaisu Van de Walle C-01/03, jonka keskeisen oikeusohjeen sittemmin uusi jätepuitedirektiivi 2008/98/EY kumosi (art. 2 (1.b)). Ks. tuoreeltaan kirjoitettu analyysi ratkaisusta, *Versteyl* (2004).

tuoreeltaan muuttuneen lainsäädännön tai aiemman tulkintakäytännön ongelmallisuuden vuoksi, vai onko oletettavasti kyse vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön asettuvasta ratkaisusta¹⁵⁷.

Nizzan sopimuksen voimaantulon jälkeen on ollut mahdollista johtaa julkisasiamiehen ratkaisuehdotukselle tiettyä tulkinnallista merkitystä silloinkin kun se puuttuu; julkisasiamiesten huomattavan työtaakan optimoimiseksi kaikista EUTI:n asioista ei nykyään lainkaan valmistella ratkaisuehdotusta. Eräänlaisen seulontamekanismin myötä ratkaisuehdotukset jäänyttä EUTI:n ratkaisua lienee legitiimiä olettaa ainakin tyypillisesti rutiiniluonteisemmaksi kuin sellaista, johon ratkaisuehdotus on liitetty¹⁵⁸. Tuntuu esimerkiksi luontevalta, että kahdesta ennakkoratkaisusta asiassa Lahti Energia vain ensimmäiseen (C-317/07) kohdistui julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, koska lukuun ottamatta muuttunutta kantaa yksittäiseen faktakysymykseen kysymyksessä oli toisella ennakkoratkaisukierroksella sama asia¹⁵⁹.

Ratkaisuehdotuksen painoarvo *tuomion antamisen jälkeen* on riippuvainen jo huomattavasti kasuistisimmista seikoista, mutta edelleenkin se ei liene täysin tulkintaopillisten kartoitusmahdollisuuksien ulkopuolella. Ensinnäkin jos EUTI ratkaisee asian suurissa piirteissään ratkaisuehdotuksen mukaisesti, ehdotuksessa esitetty laajempi taustoittava analyysi saa merkittävän auktoritatiivisen *vahvistuksen*. Ongelmallisempi tilanne on silloin, kun EUTI ei ota kantaa johonkin keskeiseen ratkaisuehdotuksen kohtaan, jolloin sen spekulatio jää elämään ja *odottamaan* seuraavaa käsittelykierrosta.

¹⁵⁷ Jotta kirjoituksen kaikki esimerkit eivät sijoittuisi vanhaan jätettä koskevaan sääntelyyn, voidaan julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen varassa ”roikkuvaan” oikeustilaan hakea esimerkkiä työvoiman sijoittautumista ja palveluiden vapaata liikkuvuutta koskevasta unionioikeudesta syksyltä 2007, jolloin sekä Laval (C-341/05) että Viking Line (C-438/05) odottivat EUTI:n kannanottoa.

¹⁵⁸ Toisaalta analogisen viestin asian painoarvosta tarjooa jo EUTI:n kokoonpano: nyrkissäännön omaisesti grand chamberin asioihin on aina määrätty julkisasiamies, kolmen tuomarin kokoonpanossa julkisasiamiestä ei yleensä ole, harmaan alueen jäädessä viiden tuomarin kokoonpanoon osoitettuihin asioihin; *Sharpston* 2008 (s. 26), joka huomauttaa aiheellisesti siitäkin, ettei julkisasiamiehen rooli EUTI:n prosessissa suinkaan rajoitu pelkään ratkaisuehdotukseen, mikä osaltaan korostaa seulontamekanismin toimivuuden tärkeyttä (ibid s. 27–30).

¹⁵⁹ Jossain määrin yllättävämpänä – tai ainakin osoituksena EUTI:n joustavasta tulkintaopista – voidaan toisaalta pitää sitä, että EUTI hyödynsi AG Kokottin ratkaisuehdotusta asiassa C-317/07, johon se oli annettu, selvästi vähemmän (kohta 32) kuin asiassa C-209/09 (kohdat 22–29), johon ei periaatteessa ratkaisuehdotusta kohdistunut.

Jätäsäätelyn piiristä kardinaaliesimerkki julkisasiamiehen ajatusten saavuttamasta huomattavasta hetkellisestä painoarvosta sijoittuu jätepuitedirektiivin muutoksen 91/156/ETY sekavaan soveltamisalamääritelmään, joka alkoi aktualisoitua yhdistetyissä asioissa Tombesi (C-304/94, C-330/94, C-342/94 ja C-224/95). Julkisasiamies Jacobs kehitti tuolloin ns. ”Tombesi bypass” -mallin, jolla hän pyrki hakemaan jätepuitedirektiivin liitteiden IIA ja IIB suunnilta johtoa jätteen käsitteen sisältöön. Jacobsin kriteereillä jätteen ja ei-jätteen rajanvedolle oli hetkellisesti huomattava merkitys oikeustilalle sekä suoraan että oikeustieteellisen keskustelun kautta, *koska* EUTI ei ottanut ehdotukseen suoranaista kantaa¹⁶⁰.

On kenties huomattava, että silloinkin, kun EUTI ratkaisee asian ratkaisuehdotuksen vastaisesti, sen sisältämä analyysi jää elämään ainakin advokatorisena tukena *tulevalle* keskustelulle siitä, miten vallitsevaa tulkintakäytäntöä tulisi muuttaa¹⁶¹.

Yllä muuttujina luonnostellut seikat pätevät *mutatis mutandis* myös esimerkiksi komission tuottaman oikeudellisesti sitomattoman, mutta selvästi sisällöllisesti oikeudellista ainesta käsittävän dokumentin arvioimisessa, joskin on huomattava, että muuttujia on epäilemättä arvioitava ja painotettava oikeudenalakohtaisesti.

Euroopan komission asema, toimivalta ja aktiivisuus vaihtelevat merkittävästi eri tilanteissa ja eri EU-oikeuden lohkoilla, mikä on otettava tarkoin huomioon arvioitaessa sen antamien dokumenttien oikeudellista merkitystä. Komissiolla voi olla tässä esityksessä lähinnä puheena olevan policy-dokumenttien laatijana toimimisen ohella myös rooli esim. sitovan lainsäädännön tarkentajana (valtuutusnormina esim. jätepuitedirektiivin 2008/98/EY artikla 6 ”end of waste” -komitologiamenettelystä) tai lainsäädännön täytäntöönpanijana lainkäyttöä lähestyvin toimi-

¹⁶⁰ Sittenmin AG Jacobsin kehittämän tultua hylätyksi EUTI:n taholta asioissa ARCO Epon (C-418/97 ja C-419/97), ”Tombesi bypassin” saama hetkellinen korostunut huomio on antanut aihetta jopa tutkijakunnan itsekritiikkiin liiallisesta innostumisesta; *van Calster* (2006 s. 9) viittaa tutkijoiden mielenkiinnon takertuneen jätteen käsitteen tulkintajuridiikan detaljeihin siinä missä huomiota olisi tullut kohdentaa enemmän vuoden 1991 direktiivimuutoksen (91/156/ETY) toiseen ydinkohtaan eli ympäristön suojeluun.

¹⁶¹ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotukselle annettava painoarvo EUTI:n ratkaisun jälkeen tuntuisi jossain määrin haarautuvan *tulkitsijan* oman oikeudellisen position mukaan. Spekulaatio hylätyn ratkaisuehdotuksen painoarvolla ei liene erityisen suosittu tyylilaji esimerkiksi tuomarien keskuudessa, mutta esimerkiksi *tutkijat* ja *asiamiehet* ovat tyypillisesti kiinnostuneita auktoritatiivisesta normatiivisesta aineksesta, joka osoittaa *muuhun* kuin sitovaksi valittuun suuntaan.

valtuuksin (kilpailuoikeus). Tarkentamaton viittaus ”komission asiakirjojen” oikeudelliseen relevanssiin ei näin ollen johda pitkälle. Instituutionaalisen vaikuttavuuden heikon yleistettävyyden tilanteessa korostuneekin dokumentin kontekstoinen aikaan ja paikkaan (erityisesti lainsäädäntökehitys¹⁶²) sekä siihen, missä suhteessa komission laatima dokumentti on laajempaa hyväksyntää – erityisesti neuvoston kautta saavutettavaa jäsenvaltioiden hyväksyntää – saaneisiin asiakirjoihin.

Joka tapauksessa suurin osa yllä esitellyistä EU-oikeudellisen aineksen oikeuslähdeopilliseen asemaan liittyvistä kriteereistä on tyypillisesti vain *alan asiantuntijoiden* tiedossa. Tämä on epäilemättä haaste, mikäli pyritään kohti yleistävää tulkintateoriaa, joka tavoittaisi muitakin kuin asiaan jo valmiiksi vihkiytyneitä. Toisaalta mikäli halutaan saavuttaa vallitsevasta oikeustilasta oikeansuuntainen kuva, on kontekstoiva selvitystyö aina välttämätöntä, ja sitä se on varmasti ollut unionin jäsenyyttä edeltäneen kansallisen lainsäädännönkin kaudella¹⁶³. Ei liene näin ollen syytä peräänkuulluttaa erityisen selkeitä ohjenuoria silloin, kun tilanne on korostetun kompilisoitu – mitä se EU:n oikeusjärjestyksen monilla aloilla on, eikä vähiten jätettä koskevalla sääntelykentällä. Vasta tiedettäessä ”kuka” on antanut dokumentin, missä tilanteessa ja mitä tarkoitusta varten, voidaan pätevästi arvioida, mikä sille annettava oikeudellinen relevanssi *voisi* olla. Vasta tämän jälkeen voidaan nähdäkseni kestäväällä tavalla ratkaista se, mikä merkitys dokumentille *kannattaa* tulkinnassa antaa – sen liikkumavaran puitteissa, jonka selvästi sitova normiaines jättää.

Olenaisempaa kuin tämän kirjoituksen päättävän luonnostelun yksityiskohdat on havaita, että EU-oikeudessa on kaksi näkökulmaa yhteen oikeusnormi- ja instanssikimppuun, ja näitä näkökulmia tuntuu olevan

¹⁶² Esimerkiksi jo puheena ollut temaattinen strategia jätteen synnyn ehkäisystä ja kierrätyksestä yhdessä jätepuitedirektiiviehdotuksen kanssa muodosti merkittävän tulkinta-aineiston vuoden 2005 lopulta vuoden 2008 syksyyn asti eli kaudella, jolloin odoteltiin uuden jätepuitedirektiivin valmistumista. Mikäli tällöin jouduttiin tulkitsemaan vaikkapa tuolloin voimassa olleen *jätedirektiivin* (75/442/ETY) muutettuna direktiivillä 91/156/ETY, tai näiden rekodifikaatio 2006/12/EY) *tavoitetta*, olisi nähdäkseni ollut suoranaainen virhe jättää tämä tulevaa säädöskehitystä enteilevä materiaali konsultoimatta. On toinen asia, ettei tulkintaa tietenkään voida tehdä löyhästi sitovan aineiston varassa *contra legem* tai muuten selvässä epäsuhdassa voimassa olevaan sitovaan oikeuteen.

¹⁶³ Ks. esimerkiksi *Similän* (2007 s. 134) viittaus vanhaan kotimaiseen vesioikeuteen, jonka keskeinen oikeuslähde oli ”a so-called ‘general policy line’ (‘yleinen linja’), which was neither expressed in any document nor decided by any central body but to be found in practice, guided by decision-making.” – Tähänkään oikeuslähdeopillisesti merkittävään tietoon ei ollut asiantuntijapiirin ulkopuolisille tarjolla *vaivatonta* pääsyä.

huomattavan vaikea *lomittaa*¹⁶⁴. Karkeasti hahmotellen EU-oikeuden instanssien *sisäinen* näkökulma ei ole erityisen kiinnostunut siitä, *kuinka vaikeaa* jonkin tulkinnan tekeminen jäsenvaltiossa on, kunhan EU-oikeudellinen tavoitetaso toteutuu. Toisaalta *jäsenvaltiotason* näkökulmasta ei luonnollisestikaan ole asianmukaista viitata kintaalla jäsenvaltion sisäiseen oikeusjärjestykseen ja palauttaa kaikki EU-oikeudellista ainesta sisältävät oikeussuhteet lojaliteettivelvoitteeseen ja päättää keskustelu siihen, että kansallinen oikeus väistyy aina tarpeen niin vaatiessa¹⁶⁵. Ainakin jätösäntelyn kehityksen tarjoaman esimerkin valossa on väitettävissä, että varsin usein jäsenvaltiotasolla on *aidosti epäselvää*, mikä tiukasti sitovien normien varassa on EU-oikeudellisesti oikea kanta, samalla kun on tunnustettava se realiteetti, ettei asiaa mitenkään ole mahdollista joka kerta kysyä ennakkoratkaisumenettelyssä EUTI:lta¹⁶⁶. Tämä dilemma muodostaa oikeustieteellisen koulutuksen ja tutkimuksen suuntaan haasteen parantaa oikeudellisten toimijoiden tiedonhankinnallisia ja argumentatiivisia valmiuksia siten, että nämä voivat omatoimisesti punnita oikeuskysymyksiä painoarvoltaan erilaisten EU-oikeudellisten lähteiden varassa. Samoin oikeustieteen haasteeksi tulisi mieltää se, että EU-oikeus on sisäiseltä näkökulmaltaan varsin indifferentti sen suhteen, kuinka *vähän velvoittavaa*

¹⁶⁴ Jääskinen (2008, s. 205–209) oireellisesti päätyykin väitöskirjassaan ehdottamaan sitä, ettei unionin ja jäsenvaltiotasojen kahden oikeusjärjestyksen – tai näkökulman – yhteensovittamista tule loppuun saakka edes yrittää, koska se ei onnistu.

¹⁶⁵ Ks. EU-toimielinten sisäisen näkökulman tyylistä esim. Maunun (2008 s. 619) analyysia jäsenvaltiotason oikeusvarmuuden suhteesta EU-oikeuden tehokkaaseen toteutumiseen tilanteessa, jossa jäsenvaltio on implementoinut direktiivin väärin; EU-oikeudellisesti ongelmalliselta tilanteesta näyttäytyy yksinomaan EU-oikeuden epätäydellinen toteutuminen, jäsenvaltiotason näkökulman määrittäessä suoraan etusijaperiaatteen perusteella toisarvoiseksi. Käsittäakseni olennaista Jääskisen (2008) ajatuksessa kahden näkökulman yhteensovittamattomuudessa on se, ettei kumpikaan näkökulma ole väärä, ne ovat vain keskenään yhteismitattomat. Esimerkiksi Maunun viittaus siihen, ettei hän näkisi estettä soveltaa direktiivisiä yksityisen vahingoksi jos ja kun tämä olisi voinut itse tarkistaa, onko jäsenvaltio implementoinut sen väärin ja ojentua suoraan ylemmänasteisen EU-oikeuden mukaisesti, tuntuu jäsenvaltionäkökulmasta kohtuuttomalta; oikeusvarmuus ei voine olla *pelkästään* kategorisen toisarvoisen argumentti, vaan silläkin tuntuisi olevan sijansa oikeusjärjelmässä, ja vieläpä sellainen, jota ei voida sivuuttaa kaksipaikkaisella normikonfliktisäännöllä.

¹⁶⁶ Ennakkoratkaisumenettelyn pitkän ja osapuolten resursseja sitovan keston lisäksi on myös muistettava, ettei lainsäädäntöä ensi vaiheessa täytäntöön panevalla *viranomaisella* ole lainkaan mahdollisuutta esittää ennakkoratkaisupyynnöä. Sen lisäksi, että viranomainen on epäselvässä tulkintatilanteessa paljolti ”omillaan”, on huomionarvoista, että esimerkiksi ympäristölupa-asiassa mahdollisesti esiintyvän EU-oikeudellisen epäselvyyden saattaminen EUTI:n arvioitavaksi jää jo ensi vaiheessa riippumaan siitä, valitetaanko lupaviranomaisen päätöksestä vai jääkö se lainvoimaiseksi.

mutta jollain tavoin oikeudellisesti relevantiksi tarkoitettua ainesta jäsenvaltioissa hyödynnetään; EU-oikeuden tehokasta toteutumista tarkkaavasta näkökulmasta ei tietenkään ole minkäänlaista *alarajaa* sille, mikä EU-oikeudellinen materiaali *voisi* tulla kysymykseen selvitettyä EU-oikeudellisesti oikean tulkinnan suuntaa.

EU:n toimielinten ja jäsenvaltiotason näkökulmien eron *eksplikoimista* ei nähdäkseni tulisi mieltää vaaraksi EU-oikeuden kehitykselle, vaan voimavaraksi siinä mielessä, että koko järjestelmän suotuisa kehitys lienee sitä todennäköisempää, mitä paremmin toimijat tiedostavat oman ja muiden toimijoiden roolit kokonaisuudessa¹⁶⁷. Sanotusta ei näin ollen ole syytä johtua perinteisen EU:n etu – kansallinen etu -dikotomian teille, vaan todeta komplisoidun oikeustilan edellyttävän sekä yleisesti että varsinkin alakohtaisesti¹⁶⁸ eritasoisten EU-oikeudellisten dokumenttien jäsentämistä jonkinlaiseen matriisiin, jonka varassa niitä voidaan mielekkäästi hyödyntää. On aivan ilmeistä, että huomattava määrä käytännön toimijoita soveltaa jo nyt omilla osaamisaloillaan erilaisia peukalosääntöjä esimerkiksi sen suhteen, miten EUTI:n ratkaisukäytäntöä suhteutetaan sitä myöhemmin annettuihin komission suosituksiin, tai millä edellytyksin julkisasiamiehen ratkaisuehdotukselle annetaan tulkinnallista painoarvoa.

Kootusti voidaan todeta, että niin jäsenvaltiotason kuin unionin tason intressissä olisi, että unionioikeus otettaisiin huomioon *jo tulkintatilanteen vaihtoehtoja kartoitettaessa*, eikä vasta valmiiden vaihtoehtojen välillä valittaessa. Näin ollen sen sijaan, että EU-oikeudellista ainesta konsultoitaisiin vasta siinä äärimmäisessä hädässä, kun kansallinen implementoiva säädös tai säännös jättää tulkitsijan tyhjän päälle, tulisi sääntelyn EU-oikeudellista kontekstia pyrkiä tarkastelemaan avoimesti mahdollisuuksina kehittää jäsenvaltiotason oikeusjärjestystä – harmonisoinnin asettamia rajoja ylittämättä – paikallisten olosuhteiden puolesta tarkoituksenmukaiseen suuntaan. Tällöin niinkin *vanhanaikaiset* hyveet kuin *kotimaisen* oikeuskäytännön ja tulkintateorian kehittäminen, sekä kaikessa oikeudellista

¹⁶⁷ Tämä lienee myös uuden SEU 4 artiklaan kirjatun ”vilpittömän yhteistyön periaatteen” ajatus.

¹⁶⁸ Eräs EU-oikeuden ja jäsenvaltiotason oikeuden välistä kommunikaatiota vaikeuttava seikka on notorisesti siinä, ettei EU-oikeus kunnioita (minkään oikeusjärjestelmän tai -kulttuurin) perinteistä *oikeudenalajaottelua*. Indifferenttiys esimerkiksi yksityis- ja julkisoikeuden suhteen – kuten pulmalliseksi mielletyn ympäristövastuudirektiivin (2004/35/EY) kohdalla on jouduttu toteamaan – jättää jäsenvaltiotasolle huomattavan määrän systematisointityötä. Siinä missä direktiivin implementaatiosta suurimman vastuun kantaa lainsäätävä (ja tuomioistuinalaitos), on tässä puheena oleva oikeudellisten tulkintatilanteiden ja niiden taustaoletusten luonnostelu selvästi oikeustieteen vastuualueella.

tulkintaa sisältävässä toiminnassa aineellisesti oikea ja *kohtuullinen* (O. Petri) lopputulos, voisivat tulla suunniksi myös EU-oikeuden saralla. Mutta näihin uskaliaisiin suuntiin kuljettaessa on tiedettävä, miten kulun päällä ja kestikievareissa on käyttädyttävä.

LÄHTEET

- Burrows, Noreen – Greaves, Rosa*: The Advocate General and EC Law. Oxford University Press. Oxford, New York et al. 2007.
- van Calster, Geert*: Handbook of EU Waste Law. Richmond Law and Tax Ltd. Richmond 2006.
- Craig, Paul – de Burga, Gráinne*: EU Law. Text, Cases, and Materials. Oxford University Press, 4th. ed. Oxford, New York et al. 2008.
- Ekroos, Marja*: Saastuneet maa-alueet ja jätehuoltovastuu Suomessa ja Euroopan yhteisössä. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1994.
- HE 48/1975 I vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle jätehuoltolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 142/1975 II vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle jätehuoltolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 51/1980 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi jätehuoltolain muuttamisesta.
- HE 197/1988 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi jätehuoltolain muuttamisesta.
- HE 47/1991 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi jätehuoltolain muuttamisesta.
- HE 73/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle jätelaiksi ja laiksi ympäristölupamenettelylain muuttamisesta.
- Jans, Jan – Vedder, Hans H. D.*: European Environmental Law. 3rd ed. Europa Law Publishing. Groningen 2008.
- Jätealan kokonaisuudistusta valmisteleavan työryhmän sihteeristön alustava luonnos hallituksen esityksen yleisperusteluiksi (8.3.2010) – <http://www.ymparisto.fi/default.asp?contentid=354552&lan=FI> , 21.3.2010.
- Jätealan kokonaisuudistusta valmisteleavan työryhmän sihteeristön luonnos hallituksen esityksen yksityiskohtaisiksi perusteluiksi (8.3.2010) – <http://www.ymparisto.fi/default.asp?contentid=354552&lan=FI> , 10.4.2010.
- Jätealan kokonaisuudistusta valmisteleavan työryhmän ehdotus jätelaiksi ja laiksi ympäristönsuojelulain muuttamisesta (2.3.2010) – <http://www.ymparisto.fi/default.asp?contentid=354552&lan=FI> , 9.4.2010.
- Jätehuoltokomitean mietintö. Komiteamietintö 1970: B 114. Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriö. Helsinki 1970.
- Jätehuoltolain ja -asetuksen muutoksia koskevat ohjeet. Ympäristöministeriö. Helsinki 1987.
- Jätehuolto. Sisäasiainministeriö. Helsinki 1980.
- Jätehuolto 1980-luvulla. Insinöörien koulutuskeskus – Ingenjörsorganisationernas Skolningscentral ry. Helsinki 1982.

- Jätelakitoimikunnan osamietintö I; Ehdotus jätelaiksi. Komiteanmietintö 1992:19. Ympäristöministeriö. Helsinki 1992.
- Jätelakitoimikunnan osamietintö II; Ehdotus jäteasetukseksi. Komiteanmietintö 1992:37. Ympäristöministeriö. Helsinki 1992.
- Jääskinen, Niilo*: Euroopan Unioni: oikeudelliset perusteet. Talentum. Helsinki 2007.
- Jääskinen, Niilo*: Eurooppalaisen oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia. Yliopistopaino. Helsinki 2008.
- Kalimo, Harri*: Recycling Electronics – At the Crossroads of Contemporary Environmental Law and Free Trade Law. Turku 2004. Kaupallinen uudelleentyöstetty versio, sama: E-CYCLING: Linking Trade and Environmental Law in the EC and the U.S. Transnational Publishers. Ardsley, N.Y. 2006.
- Kanninen, Heikki*: EY-oikeuden soveltamisesta korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Eräitä kokoavia havaintoja kymmenen vuoden soveltamiskäytännön jälkeen. LM 2003/7–8, s. 1253–1272.
- Kautto, Petrus*: Jätteen määritelmä EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Ympäristöjuridiikka 1/1998, s. 41–46.
- Kauppi, Jussi*: Jätelainsäädännön perustuslakikysymyksiä. YM. Helsinki 2009. Saatavana sähköisesti osoitteesta: <http://www.environment.fi/default.asp?contentid=254458&lan=fi&clan=fi>.
- Kohti kierrätysyhteiskuntaa – Valtioneuvoston 10.4.2008 hyväksymä valtakunnallinen jätesuunnitelma vuoteen 2016. Saatavana sähköisesti osoitteesta: <http://www.ymparisto.fi/default.asp?node=2655&lan=fi>.
- Komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi jätteistä. KOM (2005) 667.
- Komission tiedonanto – Resurssien kestävä käytön edistäminen: jätteiden syntymisen ehkäisemistä ja kierrätystä koskeva teemakohtainen strategia. KOM (2005) 666 lopull.
- Komission tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille. Tulkitseva tiedonanto jätteistä ja sivutuotteista. KOM (2007) 59 lopull.
- Koskelo, Pauliine*: Tuomarin ja asianajajan tehtävät ja vastuu EY-oikeuden huomioon ottamisessa kansallisessa lainkäytössä, s. 623–635 teoksessa: Kaila, Heidi – Pirjatanniemi, Elina – Suksi, Markku (toim.): Yksilön asema Euroopan unionissa – Individens rättställning inom Europeiska unionen; Juhlakirja Allan Rosas – Festskrift Allan Rosas. Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi. Turku, Åbo 2008.
- Kumpula, Anne*: Eurooppalaistuva ympäristöoikeus, s. 245–271 teoksessa: Ojanen, Tuomas – Haapea, Arto (toim.): EU-oikeuden perusteita II – aineellisen EU-oikeuden aloja ja ulottuvuuksia. Edita. Helsinki 2007.
- Lankinen, Antti-Jussi*: Oikeudellisen tulkinnan luonteesta – ajatuksia juridisesta hermeneutiikasta, s. 7–44 teoksessa: Ympäristöpolitiikan ja -oikeuden vuosikirja 2007, Joensuu yliopisto 2007.
- Lepsius, Oliver*: Vom Abfall zum Produkt. NVwZ 10/2003, s. 1182–1189.
- Lilja, Raimo*: Uusi valtakunnallinen jätesuunnitelma – kehittämisteemat ja EU:n jätestrategian soveltaminen. Ympäristö ja Terveys 10/2005, s. 18–22.
- Maatilojen jätahuolto*. Ympäristöministeriö. Helsinki 1986.

- Maunu, Antti:* Jätettä vai ei? Euroopan unionin laaja jätteen määritelmä kehittyi. DL 5/2003, s. 916–925.
- Maunu, Antti:* Jäsenvaltion perusveloitteet direktiivin normatiivisessa, rakenteellisessa ja tosiasiallisessa täytäntöönpanossa. DL 1/2005, s. 151–162.
- Maunu, Antti:* Direktiivien oikeusvaikutukset kansallisissa tuomioistuimissa – oireet, diagnoosi ja hoitokeinot, s. 595–621 teoksessa: Kaila, Heidi – Pirjatanniemi, Elina – Suksi, Markku (toim.): Yksilön asema Euroopan unionissa – Individens rättställning inom Europeiska unionen; Juhlakirja Allan Rosas – Festschrift Allan Rosas. Insitutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi. Turku, Åbo 2008.
- Mylly, Tuomas:* Intellectual Property and European Economic Constitutional Law. The Trouble with Private Informational Power. IPR University Center. Helsinki 2009.
- Ojanen, Tuomas:* EU-oikeuden perusteita. Edita. Helsinki 2005. (Ojanen 2005a)
- Ojanen, Tuomas:* Eurooppa-tuomioistuimet ja suomalaiset tuomioistuimet. Lakimies 2005/7–8, s. 1210–1228. (Ojanen 2005b)
- Pölönen, Ismo:* Vastuu ennen jätelain voimaantuloa pilaantuneista maa-alueista. Lakimies 5/2001, s. 812–829.
- Pölönen, Ismo:* Ympäristövaikutusten arviointimenettely. Tutkimus YVA-menettelyn oikeudellisesta asemasta ja kehittämistarpeista ympäristöllisen vaikuttavuuden näkökulmasta. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 2007.
- Rissanen, Pentti:* Tuottajavastuu jätehuollossa. YJ 1/2006, s. 75–95.
- de Sadeleer, Nicolas:* EC Waste Law or How to Juggle with Legal Concepts. JEEPL 6/2005, p. 458–477.
- Salminen, Janne:* Lojaalin yhteistyön periaate Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden välillä. Oikeus 1/2006, s. 5–21.
- Salo, Heikki:* Terveystieteellinen ja terveydenhuolto. Suomen kunnallisliitto. Helsinki 1970.
- Salo, Heikki T.:* Jätehuolto ja siihen liittyvä lainsäädäntö. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1990.
- Salo, Heikki – Snellman, Leo:* Jätelainsäädäntö. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1994.
- Salo, Markku:* EU ja jätehuolto Suomessa. Ympäristö ja Terveys 10/2005, s. 10–16.
- Sevón, Leif:* EY- ja ETA-normiston valtionsisäinen asema, s. 75–85 teoksessa: Rosas, Allan – Krause, Catarina (toim.): Kansainvälinen normisto Suomen oikeuselämässä. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1993.
- Sharpston, Eleanor:* ”The Changing Role of the Advocate General”, p. 20–33 in Arnall, Anthony – Eeckhout, Piet – Tridimas, Takis (eds): Continuity and change in EU law: essays in honour of Sir Francis Jacobs. Oxford University Press. Oxford, New York et al. 2008.
- Similä, Jukka:* Regulating Industrial Pollution; the Case of Finland. Forum Juris / Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Helsinki 2007.
- Suvantola, Leila – Lankinen, Antti-Jussi:* Jätteen synnyn ehkäisyn uudet ohjaukset. YM 2008, saatavana vain sähköisesti osoitteesta <http://www.ymparisto.fi/default.asp?contentid=301922>.
- Versteyl, Ludger-Anselm:* Altlast=Abfall – Vom Ende des ”beweglichen” Abfallbegriffs? NVwZ 11/2004, s. 1297–1301.

- Ward, Ian*: A Critical Introduction to European Law. 3rd ed. Cambridge University Press. Cambridge et al. 2009.
- Weiler, J.H.H.*: The Constitution of Europe. Cambridge University Press. Cambridge, New York, Madrid, Cape Town, 2002.
- Wiberg, Matti*: Miten paljon EU vaikuttaa Suomen normituotantoon? Edilex-asiantuntija-kirjoitus 18.1.2006 osoitteessa <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/2995.pdf> .

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO

Korkein hallinto-oikeus

KHO 1987-A-69 ("kaasujäte")	s. 143
KHO 1999:81 (Palin Granit ennakkoratkaisupyyntö)	s. 162
KHO 2002:82 (Palin Granit asiaratkaisu)	s. 162
KHO 2001:10 (Avesta Polarit Chrome ennakkoratkaisupyyntö)	s. 162
KHO 2004:43 (Avesta Polarit Chrome asiaratkaisu)	s. 162
KHO 2005:90 ("ferrokromi")	s. 145, 165
KHO 2006:30 ("pima")	s. 145
KHO 2007:45 (Lahti Energia ennakkoratkaisupyyntö)	s. 147, 151, 167
KHO 2009:51 (Lahti Energia ennakkoratkaisupyyntö [III])	s. 147, 151, 167

Euroopan unionin tuomioistuim

Asia 283/81 "CILFIT"	s. 171
Yhdistetyt asiat C-304/94, C-330/94, C-342/94 ja C-224/95, "Tombesi"	s. 178
Yhdistetyt asiat C-418/97 ja C-419/97, "ARCO Epon"	s. 162, 178
C-513/99, "Concordia Bus Finland"	s. 168
C-9/00, "Palin Granit"	s. 162, 168
C-444/00, "Mayer Parry"	s. 165
C-114/01, "Avesta Polarit Chrome"	s. 162, 168
C-457/02, "Niselli"	s. 165
C-1/03, "Van de Walle"	s. 176
C-341/05, "Laval"	s. 177
C-438/05, "Viking Line"	s. 177
C-188/07, "Total"	s. 162
C-317/07, "Lahti Energia",	s. 147, 151, 167, 177
C-209/09, "Lahti Energia [III]"	s. 147, 151, 167, 177

ON DEVELOPMENT OF WASTE LAW IN FINLAND; HIGHLIGHTING THE EFFECT OF THE EUROPEAN UNION LAW

The article covers long term development of waste law in Finland from three perspectives. First, as a historical background, the drafting of Waste Management Act (1.8.1978/673) illustrates the legislative reaction of Finnish society to the fact that the problem of waste necessitated specialized legislation. The objectives of the Act, which finally came into force after a longish drafting process 1.4.1979, recognized also the wider connections of waste problem to its societal (consumer society) and ecological (material cycles) context. However, the binding provisions of the Act, and especially its enforcement, were clearly less ambitious.

The main issue and second perspective of the article deals with drafting and implementing the Waste Act (3.12.1993/1072), which came into force 1.4.1994. Having been drafted as a part of the "EEA-package" of some 200 legal acts, its legislative process illustrates the essence of somewhat hurried implementation of EC and later EU law. Already the provisions of the Waste Act, together with a vast corpus of statutes given to implement more specified norms of EU waste law, represented a dramatic change to the national tradition – especially the EU norms on landfills caused a massive operation of closing down hundreds of smaller Finnish dumping grounds that no more filled the set requirements. However, the article suggest that even more profound a change than the provisions of the EU waste legislation had to be faced on the field of structural implementation; the role of the EU institutions and legal sources had to be implemented together with the substantive legal norms. Especially the scope of application of the Waste Act highlights the problem, where the Finnish *travaux préparatoires* provided very little interpretive help, as the unclarity prevailed already within the EU directive on waste. The relevant sources of law, as documented in the case law of the Supreme Administrative Court (KHO) on waste, shifted from the tradition of national preparatory works and the previous case law of the court itself, towards the case law of the European Court of Justice (ECJ).

The last perspective of the article deals more specifically with the "sources of law" -question and the relation of EU and Member State (MS) legal orders. The conclusive epilogue suggests an increasing role of non-binding EU documents, such as the EU waste policy documents of the European Commission and the opinions of the Advocate General, in the legal interpretation on MS level. The analysis also suggests a call for more critical

and courageous approach to application of EU law. The development of waste law indicates that often the true challenge on MS level is not how to effectively enforce EU law as it clearly stands, but rather to try investigating what is being meant with the norms. This, together with the fact that not every open question on the correct interpretation of EU law can be referred to the ECJ, renders the project of implementation and effective enforcement of EU law sometimes difficult. The article ends up suggesting that this would, on MS level, necessitate more active consultation of non-binding EU documents vis-à-vis legal substance, and more scholarly discussion on the EU legal sources on the level of legal theory – both suggestions aiming beyond the classical criteria of "legally binding" that seems too restrictive a notion to be regarded as the limit of interest for legal scholars acting within the EU law.

Tuula Linna

**PUNTARISSA PLEA BARGAINING
– VASTASSA OIKEUSTURVA JA
ITSEKRIMINOINTISUOJA**

Sisällys

1	JOHDANNOKSI	193
1.1	Plea bargaining Suomen ovella?	193
1.2	Plea bargaining – maailmanvalloittaja	195
1.2.1	Yhdysvallat tien näyttäjänä	195
1.2.2	Plea bargaining Euroopassa	197
2	SYYTENEUVOTTELUN KESKEISIÄ PIIRTEITÄ	201
2.1	Määrittely	201
2.2	Toimijat	202
2.2.1	Vastaaajan ja syyttäjän välinen suhde	202
2.2.2	Asianomistaja – sivustakatsoja?	205
2.3	Tosiasiat, syyllisyys ja tunnustus	207
2.4	Palkinto	209
3	SUHDE SOVITTELUMENETTELYYN JA RANGAISTUKSEN LIEVENTÄMISPERUSTEISIIN	211
4	ERILAISIA ARVIOINTIKULMIA PLEA BARGAINING -MENETTELYYN	214
4.1	Rangaistusteorioiden ja normaalirangaistus	214
4.2	Tehokkuus ja prosessiekonomia	217
4.3	Syyttäjien puolueettomuus ja tuomareiden asema	220
4.4	Asianomistajan oikeudet	223
4.5	Valtiosääntöoikeudellinen näkökulma	225
5	OIKEUSTURVA SYYTENEUVOTTELUISSA	227
5.1	Vapaaehtoinen, tietoinen ja tosiasioita vastaava neuvottelu	227
5.2	Näytön hankkiminen	229
5.3	Syytteen rajaaminen ja fact bargaining	233
5.4	Neuvottelutaktiikka	233
5.5	Muutoksenhakuoikeus	235

6	PLEA BARGAINING JA ITSEKRIMINOINTISUOJA – MAHDOTON YHTÄLÖ?	236
6.1	Ihmisoikeussopimuksen 6 artikla	236
6.2	Ihmisoikeustuomioistuimen käytännöstä	237
6.3	Plea bargaining – pakkoa ja painostusta?	240
6.3.1	Rikos, rangaistus ja palkinto	240
6.3.2	”Valinnanvapaus”	242
6.3.3	Epäasianmukainen neuvottelutaktiikka	247
6.3.4	Neuvotteluosapuolten epäsuhtainen asema	249
6.3.5	Bordenkircher v. Hayes	251
6.4	Johtopäätöksiä	253
7	LOPUKSI	255
	LÄHTEET	256
	BALANCING PLEA BARGAINING – FACING LEGAL PROTECTION AND THE RIGHT AGAINST SELF- INCRIMINATION	260

Puntarissa plea bargaining – vastassa oikeusturva ja itsekriminointisuoja

1 JOHDANNOKSI

1.1 Plea bargaining Suomen ovella?

Plea bargaining tarkoittaa menettelyä, jossa rikoksesta epäilty tai jo syytetty (jäljempänä vastaaja) käy neuvotteluja syyttäjän kanssa. Teon tunnustamisen vastineeksi vastaaja voi odottaa lievennystä rangaistukseen tai syytteen rajaamista edukseen. Neuvottelut siis koskevat *ehtoja*, joilla vastaaja on valmis ilmoittamaan syyllistyneensä tiettyyn tekoon. Syyllisyyden selviäminen puolestaan johtaa siihen, ettei normaalia rikosoikeudenkäyntiä tarvitse järjestää.

Suomessa plea bargaining -menettelyä ei tunneta,¹ mutta järjestelmästä käydään meillä parhaillaan oikeuspoliittista keskustelua ja selvityksiä tehdään.² Voidaan ounastella, että oikeudenkäyntien kestoa koskevat ongelmat, tuomioistuinten resurssikysymys sekä monimutkaisten talousrikosjut-

¹ Säännös, joka saattaa tässä suhteessa aiheuttaa väärän käsityksen, on esitutinnan jälkeiseen syyteharkintaan liittyvä oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997, ROL) 1:8a.1. Sen mukaan ennen syyteratkaisun tekemistä syyttäjä voi kutsua asianosaisen (siis syytetyn tai asianomistajan) ja hänen avustajansa tai asiamiehensä *suulliseen neuvotteluun*, jos se on eduksi syyteratkaisun tekemiselle tai asian käsittelylle tuomioistuimessa. Neuvottelu saattaa olla tarpeellinen esimerkiksi laajan aineiston tai todistelun vuoksi tai asianosaisen kannan selvittämiseksi. *Jokela* (2008 s. 209) korostaa, että neuvottelua ei ole tarkoitettu kaupankäynniksi syytteen sisällöstä, eikä se saa sellaiseksi muodostua.

² Ks. mm. *Petri Jääskeläinen*: Sopiminen, tunnustaminen – haasteita juristeille XLII Asianajajapäivät, 15.1.2010.

Asiasta on tehty oikeusministeriössä arviomuistio. Ks. *Rautio* 15.1.2010 OM. Tätä kirjoitettaessa muistio on lausuntokierroksella (lausuntoaika päättyy 15.4.2010). Asiaa pohdittiin jo kymmenen vuotta sitten mietinnössä Syyttäjän toimenkuvan kehittäminen. Valtakunnansyyttäjänvirasto. Julkaisusarja nro 1. Työryhmän mietintö 1.6.2001 (jälj. VSV mietintö 2001). Ks. lisäksi Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö, OM, KM 2003:3 ja *Loiva* HLR 2008.

tujen ja järjestäytyneen rikollisuuden lisääntyminen ovat sytykkeenä vaatimuksille ottaa plea bargaining jossakin muodossa käyttöön.

Tarkastelen tässä kirjoituksessa plea bargaining -järjestelmää eri näkökulmista niin, että pääpaino on oikeusturvaan ja itsekriminointisuojaan liittyvissä kysymyksissä. Kotimainen oikeuskirjallisuus aiheesta on toistaiseksi kovin niukkaa, mutta oikeuspoliittinen mielenkiinto nostanee plea bargaining -menettelyn enenevässä määrin myös rikosprosessuaalisen tutkimuksen kohteeksi.

Suomessa ei ole vakiintunut nimikettä plea bargaining -menettelylle. Kun menettelyssä tavoitellaan normaalia lievempää rangaistusta vastineeksi tietyistä prosessuaalisista oikeuksista luopumisesta, voitaisiin tämän tarkoituserän perusteella käyttää ilmaisua ”rangaistusneuvottelu”.³ Rangaistus-alkuiset sanat tuovat kuitenkin mieleen neuvottelun tai sopimuksen suoraan rangaistuksen määrääjän, siis tuomioistuimen kanssa, kun taas plea bargaining -menettelyssä yleensä *syyttäjä* on avainhenkilö. Rangaistuksen lieventäminen toteutetaan joko syytteen muotoilulla (rajaamisella) tai syyttäjän tuomioistuimelle antamalla rangaistussuosituksella.

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa näyttää jossakin määrin saaneen kannatusta termi ”syytetingintä”. Tinkii-sana onkin sinällään kuvaava ilmaisu. Se viittaa neuvotteluun, jossa vastaaja neuvottelee (tinkii) rangaistusvaatimusta lievemmäksi ja syyttäjä antaa myötä (tinkii) lain mukaisesta rangaistusvaatimuksesta. Ilman syyte-etuliitettä sana tingintä kuvaisi myös sitä, että vastineeksi vastaaja luopuu (tinkii) omista prosessuaalisista oikeuksistaan, kuten itsekriminointisuojusta ja normaalista rikosoikeudenkäynnistä.

Koska vastaajan luopuminen prosessuaalisista oikeuksistaan on merkittävä seikka – se kallisarvoinen kauppahinta, jonka vastaaja sopimuksesta maksaa – käytän plea bargaining -ilmaisun synonyymina sanaa ”syyteneuvottelu”. Se kuvaa mielestäni parhaiten menettelyä, jossa syyttäjä tulee vastaan vaatimuksissaan ja vastaaja oikeuksissaan.⁴ Ja tuloksena syyteneuvottelusta on ”syytesopimus”.⁵

³ Sen sijaan ilmaisu ”sovinto” on suomalaisessa oikeusjärjestyksessä varattu yksityisoikeudelliseen merkitykseen, johtuipa saamisoikeus riita-asiasta tai rikoksesta. Toiseksi sovinto-sanaan ei liity helpotuksen saannin elementtiä – ehkä jopa päinvastoin, jos rikoksen tekijä suostuu ylimääräisiin velvoitteisiin rikoksen hyvittääkseen.

⁴ Syyteneuvottelulla tarkoitan myös syytteen nostamisen jälkeistä neuvottelua, jonka kohteena on syyttäjän tuomioistuimelle antama rangaistuksen mittaamista koskeva suositus.

⁵ *Tolvanen* (DL 2003) on käyttänyt vastaavaa ilmaisua ”syyttestä sopiminen”. *Oikarainen* (2008 s. 12) pitää syyte-alkuista termiä suppeana, koska se kutistaa plea bargaining -käsitteen kuvaamaan kahta kolmesta menetelmästä. Toisaalta voidaan kyllä todeta, että

1.2 Plea bargaining – maailmanvalloittaja

1.2.1 Yhdysvallat tien näyttäjänä

Plea bargaining -menettelyllä viitataan alkuaan amerikkalaiseen – osavaltioittain ja tuomioistuimittain vaihtelevaan – järjestelmään, jossa vastaaja käy neuvotteluja syyttäjän kanssa. Onnistunut neuvottelu johtaa vastaajan ja syyttäjän väliseen *plea agreement* -nimiseen sopimukseen (tai: *a plea bargain*). Sopimus voi olla suullinen, jolloin se yleensä kirjataan tuomioistuimen pöytäkirjaan, tai sopimuksesta laaditaan erillinen asiakirja.⁶

Plea agreement on prosessisopimus, jonka sisältö vaihtelee tapauksittain. Siihen voidaan kirjata tosiasiakuvaukset tai syyte, johon vastaaja tulee ilmoittamaan tuomioistuimelle syyllistyneensä (*a plea of guilty*).⁷ Plea bargaining pohjaa juuri tähän *plea of guilty* -instituutioon, joka oikeuttaa syyllisyyden tunnustamisen jälkeen tuomioistuimen siirtymään suoraan rangaistuksen määräämisvaiheeseen, eikä syyttäjältä vaadita enää lisänäyttöä.

Tärkeä osa sopimusta on syyttäjän vastaantulo rangaistuksen osalta. Syyttäjä voi rajata syytettään (*charge bargain*) osaan teoista tai lievempään teko- tai osallisuusmuotoon taikka ilmoittaa, minkälaisen rangaistussuosituksen hän tulee antamaan tuomarille (*sentence bargain*). Rangaistuksen ”etukäteishaarukoinnissa” saatetaan käyttää apuna erityisiä rangaistuksen

kaikki kolme muotoa – siis *sentence/charge/fact bargaining* – edellyttävät syyttäjän toimia ja määräytyvät syyteharkintavaiheessa.

⁶ Liittovaltiotason rikosasioissa hyväksytään ainoastaan kirjallinen sopimus. Ks. USAM (United States Attorneys’ Manual) kohta 9-27.450. Käsikirjaa ylläpitää USA:n oikeusministeriön alainen The Executive Office for United States Attorneys. Käsikirjaan kuuluu myös Criminal Resource Manual. Ks. http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/ (20.3.2010) kohta ”title 9”.

⁷ Lisäksi asiakirjassa saattaa olla vastaajan oma kertomus asiankulusta sekä lupaus myötävaikuttaa asian selvittämisessä. Vastaaja saattaa myös suostua todistamaan muita rikokseen syyllistyneitä vastaan.

Toisinaan sallitaan myös *plea of no contest (plea nolo contendere)*, jolloin vastaaja ei myönnä syyllisyyttään, mutta ei toisaalta kielläkään syyttäjän näyttöä ja hyväksyy rangaistuksen ikään kuin olisi syyllinen. Liittovaltiotasolla tällainen *plea* on vain rajoitetusti mahdollinen. Ks. Federal Rules of Criminal Procedure 11 §: A defendant may plead guilty, not guilty, or with the consent of the court, nolo contendere. Ks. myös USAM 9-16.000. Toinen erityismuoto *plea*-ilmoituksesta on ns. *Alford’s plea*, jossa vastaaja (teknisesti) myöntää syyllisyytensä, mutta samanaikaisesti vakuuttaa syyttömyyttään. Ks. näistä kahdesta erityisestä *plea*-muodosta esimerkiksi *Bibas* Cornell L. Rev. 2003 s. 1361–1411.

mittaamissuosituksia.⁸ Toisinaan sovitaan myös siitä, mihin tosiasioihin syyte perustetaan (*fact bargain*).⁹

Vastaaja puolestaan vakuuttaa olevansa tietoinen, että syyttäjän antama rangaistuksen mittaamista koskeva suositus ei sido tuomioistuinta. Sopimukseen myös kuuluu, että vastaaja luopuu monista oikeuksistaan (*waiver of rights*), kuten itsekriminointisuoja, oikeudesta normaaliin oikeudenkäyntiin, oikeudestaan ristikuulustella todistajia sekä osin tai kokonaan oikeudestaan hakea muutosta. Vastaaja ilmaisee, että luopuminen näistä oikeuksista on ollut vapaaehtoista ja tietoista.

Plea bargain on siis vastaajan ja syyttäjän sopimus rikosprosessin lopputuloksesta, ja onnistuneen neuvottelun perusteella vastaaja voi odottaa lievempää rangaistusta kuin normaalissa rikosoikeudenkäynnissä. Taustalla on utilitaristinen yhteiskunnan hyötynäkökohta: säästämällä yhteiskunnan resursseja rikosprosessissa vastaaja voi odottaa vastineeksi lievennystä rangaistukseensa. Vastaaja siis käy kauppaa syyllisyytensä tunnustamisella ja syyttäjä rangaistuksen ankaruudella.

Järjestelmän käyttöaste on Yhdysvalloissa erittäin korkea. Noin 90 prosenttia kaikista rikoksista ja peräti 95 prosenttia törkeistä rikoksista sovitaan plea bargaining -menettelyssä. Yhdysvalloissa katsotaan niin oikeuskirjallisuudessa kuin julkisessa keskustelussa, että menettelystä luopuminen johtaisi tavattoman suurten lisäkustannusten syntymiseen, jos kaikissa rikosasioissa tulisi toimitettavaksi normaali rikosoikeudenkäynti jury-menettelyineen.¹⁰

USA:n järjestelmä perustuu osavaltioissa lähinnä oikeuskäytäntöön, jonka sallitaan jatkuvan. Jonkin verran osavaltioiden lainsäädännössä on tietyistä menettelysäännöksistä ja säännöksistä, joilla syyteneuvottelun ulkopuolelle rajataan joitakin rikoksia, kuten seksuaalirikoksia tai rattijuopumus. Yleensä kuitenkin vakavimmatkin rikokset kuuluvat syyteneuvottelun piiriin.

⁸ Ks. <http://www.ussc.gov/guidelin.htm> (9.3.2010). Syyttäjä saattaa esimerkiksi ilmoittaa, että jos tietyn teon rangaistustaso tulee olemaan 16 tai enemmän, syyttäjä suosittaa kolmen tason lievennystä, taikka jos taso tulee olemaan alle 16, kahden tason helpotusta.

USA:n korkein oikeus on katsonut, että tuomitsemisohjeet eivät saa olla sitovia, muussa tapauksessa ne ovat perustuslain vastaisia. Ks. *Grossman* Am. J. Trial Advoc. 2005 s. 110.

⁹ Teoksessa *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 411–412 käytetään ryhmittelyä charge bargaining, fact bargaining ja ns. varsinainen plea bargaining. Viimeksi mainittu tarkoittaa sitä, että syytetty haluaa tunnustaa aiemmin kiistämänsä syytteen ja siten tavoittelee lievempää rangaistusta kuin hänelle tuomittaisiin täystutkintaisessa oikeudenkäynnissä.

¹⁰ Ks. esimerkiksi *Howe* OLR 2005 s. 609 ja *Schulhofer* Law and Soc. Inquiry 1994 s. 139.

Todettakoon, että USA:ssa juryn käytöstä saadaan luopua vain, jos tuomari, syyttäjä ja syytetty ovat siitä yhtä mieltä. Ks. myös jälj. alav. 70 ja 76.

Alaskan osavaltio kielsi plea bargaining -menettelyn vuonna 1975. Kieltoa ei kuitenkaan kattavasti noudatettu, koska syyttäjälaitos ei ollut sen takana.¹¹ Kielto kumottiinkin vuonna 1993. Myös eräät muut osavaltiot ovat yrittäneet päästä eroon plea bargaining -menettelystä, turhaan.¹²

Plea bargaining vaihtelee tuomioistuinpiireittäin tuntuvasti. Joissakin tuomarilla on ainoastaan veto-oikeus lopputulokseen. Toisissa piireissä tehdään tiettyä rangaistusta koskeva sopimus, joka raukeaa, jollei tuomari hyväksy sopimusta. Osallistuupa eräissä tuomiopiireissä itse tuomarikin neuvotteluun.¹³

1.2.2 Plea bargaining Euroopassa

Plea bargaining -järjestelmää on kuvattu eräänlaiseksi maailmanvalloittajaksi: yhä useammat maat eri puolilla maailmaa ovat ottaneet sen osaksi oikeusjärjestystään, kuka missäkin muodossa.¹⁴ Myös useissa Euroopan maissa tunnetaan syyteneuvottelu, esimerkiksi Virossa, Venäjällä, Englannissa, Saksassa, Bulgariassa, Puolassa, Hollannissa, Ranskassa ja Italiassa.¹⁵

¹¹ Alaska Judicial Council antoi toimeksiannon arvioida kieltoa vuonna 1991. Ks. *Carns – Kruse* 1991. Selvityksessä todettiin, että syyteneuvottelu muodossa charge bargaining oli melko laajasti kiellosta huolimatta käytössä. Sen sijaan sentence bargaining ei ollut käytössä. – Tämä on ymmärrettävää, koska sentence bargaining edellyttää tuomioistuimelle tehtyä avointa suositusta, sen sijaan syytteen rajaamista on vaikeampaa kontrolloida.

¹² Ks. lähemmin *Colquitt* Tulane L. Rev. 2001 s. 707–710.

¹³ Ks. esimerkiksi *Howe* OLR 2005 s. 603–604, erit. alav. 24.

¹⁴ Tätä valloitusretkeä kuvataan mm. kirjoituksessa *Langer* Harv. Int'l L. J. 2004. Plea bargaining -menettelyn voittokulusta Yhdysvalloissa ks. *Fisher* 2003.

¹⁵ Eurooppalaisista plea bargaining -järjestelmistä ja niiden eroista amerikkalaiseen menettelyyn on kooste kirjoituksessa *Thaman* EJCL 2007 s. 19–50. Ks. myös *Oikarainen* 2008. Italian järjestelmää on selostanut laajasti *Langer* Harv. Int'l L. J. 2004 s. 46–53.

Bulgariassa plea bargaining on ollut käytössä järjestäytyneitä rikollisryhmiä vastaan. Synnä menettelyn käyttämiselle on maan rikosoikeudellisten menettelyiden yleinen tehotomuus. Euroopan komissio on pitänyt syyteneuvottelujen tuloksena annettuja tuomioita sinällään merkittävänä, mutta on toisaalta kysynyt, onko syytteestä sopimismenettelyllä riittävä pelotevaikutus, jos sitä käytetään yleisesti järjestäytyneen rikollisuuden tapauksissa. Tämä ei myöskään saisi komission mielestä estää Bulgariaa rakentamasta asianmukaisista oikeudenkäyntijärjestelmää. Ks. Komission kertomus Euroopan parlamentille ja neuvostolle yhteistyö- ja seurantamekanismin puitteissa saavutetusta edistyksestä Bulgariassa KOM(2009) 402 lopullinen s. 3–4.

Virossa syyteneuvottelu on laajassa käytössä.¹⁶ Viron järjestelmä ei koske vakavia rikoksia, toisin sanoen tekoja, joissa rangaistusasteikko on vankeutta vähintään neljä vuotta. Prosessi etenee pääpiirteissään niin, että syyttäjä pyytää vastaajalta ja asianomistajalta suostumuksen ryhtyä neuvottelumenettelyyn. Asianomistaja saa lausua käsityksensä rangaistuksen määrästä. Neuvottelu kuitenkin käydään syyttäjän ja vastaajan (avustajineen) kanssa. Erillistä syytettä ei laadita, vaan sopimusasiakirjassa mainitaan asiaan liittyvät tosiasiat. Tämän jälkeen asia viedään tuomioistuimeen, jonne kutsutaan suulliseen käsittelyyn syyttäjä ja vastaaja avustajineen. Kaikkien läsnäolo on pakollinen. Tuomioistuin varmistaa vastaajalta, että sopimus on tehty tietoisesti ja vapaaehtoisesti. Tuomioistuin voi viran puolesta palauttaa asian syyttäjälle muun muassa, jos oikeutta sopimuksen tekemiseen asiassa ei ole taikka jos herää epäily teonkuvauksen oikeellisuudesta, tekijän syyllisyydestä tai asianomistajan korvaussaatavan määrästä.¹⁷

Saksassa plea bargaining -menettely kehittyi oikeuskäytännössä parin vuosikymmenen aikana 1980–1990-luvuilla. Vasta 4.8.2009 Saksassa tulivat voimaan ensimmäiset säännökset menettelystä. Keskeisin säännös on Saksan rikosprosessilain (Strafprozeßordnung, StPO) 257 c §. Saksassa noin puolet rikosasioista ratkaistaan syyteneuvottelujen perusteella tuomioistuimissa.¹⁸ Saksalaisen järjestelmän erityispiirre on tuomarin keskeinen asema neuvottelussa.

Englannissa tunnetaan syyteneuvottelu, jossa syyttäjä hyväksyy sen, että vastaaja voi tehdä plea of not guilty -ilmoituksen osasta tekoja tai ankarammasta teosta sitä vastaan, että antaa toisesta teosta plea of guilty -ilmoituksen. Harkittaessa rangaistusta vastaajalle, joka on antanut plea of guilty -ilmoituksen, otetaan huomioon a) menettelyn vaihe, jossa vastaaja ilmaisi aikeensa tunnustaa syyllisyytenä ja b) olosuhteet, joissa tämä aie ilmaistiin (vuoden 2003 Criminal Justice Act, 144 §). Tuomarin tulee ilmaista päätöksessään, jos 144 §:ssä tarkoitettu seikka on otettu huomioon ja rangaistus on tästä syystä normaalia lievempi (174 §). Englannissa on

¹⁶ Viron järjestelmä perustuu vuodesta 1996 käytössä olleeseen menettelyyn (yksinkertaistettu rikosprosessi), jota uudistettiin vuonna 2004 voimaan tulleilla säännöksillä. Jo 2000-luvun alussa yli puolet tuomioista perustui neuvottelumenettelyyn. Ks. *Sillaots* JI 2004 s. 116 alav. 2.

¹⁷ Ks. rikosprosessilaki, Kriminaalmenetluse koodeks (Code of Criminal Procedure, CCP), 239–250 §. [Http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?m=022](http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?m=022) (20.3.2010).

¹⁸ Ks. *Frommann* HanseLR 2009 s. 200.

StPO löytyy osoitteesta http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_257c.html (20.3.2010).

annettu virallisia tuomitsemisohjeita, muun muassa juuri guilty plea -ilmoituksen perusteella tehtävästä lievennyksestä.¹⁹

Venäjällä säädettiin uusi rikosprosessilaki (Criminal Procedure Code, CPC) vuonna 2001. Samassa yhteydessä otettiin käyttöön plea bargaining -järjestelmää muistuttava menettely (CPC 314–317 artikla), englanniksi käännettynä ”special court order proceedings” (jäljempänä erityisprosessi). Uudistuksella pyrittiin etääntymään perinteisestä akkusatorisesta järjestelmästä kohti länsimaisempaa kontradiktorista mallia. Jos vastaaja hyväksyy syytteen, hän voi hakeutua mainittuun erityisprosessiin. Silloin tuomari voi määrätä oikeudenkäynnin sivuutettavaksi ja tuomita vastaajan enintään 2/3:aan rikoslain mukaisesta enimmäisrangaistuksesta. – Järjestelmän käyttöön ottamisen jälkeen yli kolmasosa rikosasioista on sovittu erityisprosessissa. Tehdyn selvityksen mukaan enemmistö kansalaisista kuitenkin pitää erityisprosessia epäoikeudenmukaisena ja vain alle 20 prosenttia katsoo, että uusi menettely on oikeudenmukainen.²⁰

Venäjän järjestelmää pidetään rajatumpana kuin amerikkalaista. Vastaajan tulee esimerkiksi joko sellaisenaan hyväksyä syyte tai mennä oikeudenkäyntiin. Syytetä ei voida rajata, vaan syytepakko on voimassa kaikista teoista. Kyseessä on siis lähinnä sentence bargaining -menettelyä muistuttava järjestelmä. Erityisprosessi on käytettävissä, jos rikoksen rangaistusmaksimi on enintään kymmenen vuotta vankeutta.²¹ Menettely ei koske nuorisorikollisia. Tuomarin harkintavaltaa pidetään oikeuskirjallisuudessa laajempänä kuin amerikkalaisessa mallissa. Menettely edellyttää lisäksi asianomistajan suostumusta.²²

Vuonna 2009 luotiin uusi erityisprosessin muoto. Menettely koskee vastaajaa, joka on allekirjoittanut yhteistyösopimuksen poliisin kanssa. Tällaiselle vastaajalle – jos hän on sopimuksensa myös täyttänyt – ei voida tuomita kuin enintään 50 prosenttia enimmäisrangaistuksesta erityisprosessissa. Pyrkimyksenä on tehostaa järjestäytyneen rikollisuuden hallintaan saamista.²³

¹⁹ Reduction in Sentence for a Guilty Plea. Sentencing Guidelines Council (SGC). Definitive Guideline. 10.7.2007. Ks. <http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/guidelines/council/final.html> (20.3.2010).

Criminal Justice Act löytyy mm. seuraavasta osoitteesta: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/ukpga_20030044_en_15 (20.3.2010).

²⁰ Ks. *Semukhina – Reynolds* ICJR 2009 s. 400–432.

²¹ Alun perin rajana oli viisi vuotta, mutta lain muutoksella vuonna 2003 raja nostettiin kymmeneen vuoteen. *Semukhina – Reynolds* ICJR 2009 s. 405.

²² *Semukhina – Reynolds* ICJR 2009 s. 406–407.

²³ *Semukhina – Reynolds* ICJR 2009 s. 408.

Ranska kuului pitkään plea bargaining -menettelyn vastustajiin. Menettely torjuttiin, koska sen katsottiin rapauttavan puolustuksen oikeudet ja syyttömysolettaman sekä kaventavan tuomareiden tehtäviä yhä voimakkaamman syyttäjälaitoksen hyväksi.²⁴ Plea bargaining -menettelyä muistuttava järjestelmä otettiin kuitenkin käyttöön lievissä rikoksissa vuonna 2004. Toistaiseksi järjestelmä ei ole ollut laajamittaisessa käytössä.²⁵

Ruotsissa plea bargaining ei ole käytössä. Asiaa on kuitenkin selvitetty komiteamietinnössä. Ruotsissa katsotaan, ettei ole riittäviä perusteita poiketa syyttäjän selvitys- ja syytevelvollisuudesta tarkoituksin saada vastaajan tunnustus lievennyksiä vastaan.²⁶

Tässä kirjoituksessa plea bargaining -menettelyllä ei viitata minkään yksittäisen valtion oikeusjärjestykseen, vaan ilmaisua käytetään yleisemmässä merkityksessä. Sillä tarkoitetaan erilaisia vastaajan ja syyttäjän välisiä neuvotteluja, joiden tarkoituksena on saada lievennystä rangaistukseen vastaajan myötävaikutuksen vastineeksi. Ulkomaisista oikeusjärjestyksistä asiakohdittain tuon esiin etupäässä USA:n, Viron ja Saksan järjestelmiä. USA:n malli on esimerkki pitkään käytössä olleesta²⁷ ja pitkälle viedystä plea bargaining -menettelystä, joka myös tuo esiin menettelyn kipupisteet. Viron järjestelmä on mielenkiintoinen, koska kyseessä on tuore syytteen sopimista koskeva lainsäädäntö naapurivaltiossa. Myös Saksan järjestelmä on uusi ja kiinnostava, koska siinä on pyritty välttämään tietyt amerikkalaisen järjestelmän vaivat.

²⁴ Ks. *Fyfe – Sheptycki* Eur J Criminology 2006 s. 350.

²⁵ Keskeinen säännös on Ranskan rikosprosessilain (CCP) 495-9 artikla vuodelta 2004. Sen englanninkielinen käännös on seuraava: Where, in the presence of his advocate, the person accepts the proposed penalty or penalties, he is immediately brought before the president of the district court or the judge appointed by him, who is seised with the approval request by the district prosecutor. The president of the district court or the judge appointed by him hears the person and his advocate. After checking the truth of the facts and their legal qualification, he may decide to approve the penalties proposed by the district prosecutor. He rules the same day by means of a reasoned decision. The procedure set out in the present paragraph takes place at a public hearing; the presence of the district prosecutor is not obligatory. Lain 495-12 artiklan mukaan tuomioistuimien voi kieltäytyä hyväksymästä syyttäjän ehdotusta. Rangaistus ei saa ylittää yhtä vuotta vankeutta eikä olla enempää kuin puolet normaali-oikeudenkäynnin rangaistusmäärästä. CCP:n säännökset löytyvät osoitteesta <http://www.legifrance.gouv.fr/home.jsp> (8.5.2010). Ks. Ranskan järjestelmästä myös *Thaman* EJCL 2007 s. 14 alav. 103 ja s. 33 alav. 246.

²⁶ SOU 2005:117 s. 61–64.

²⁷ Uusin tutkimus on selvittänyt, että plea bargaining -menettelyn juuret Yhdysvalloissa ulottuvat 1830–1840-luvuille. Ks. *Fisher* 2003 erit. s. 19–61 ja *Vogel* Journal of Law and Society 2008 erit. s. 209–210 ja 231–232. Plea bargaining -järjestelmän laajentumisesta koko maahan tultiin tietoisiksi tosin vasta 1920–1930-luvulla, silloinkin pienessä professori- ja eliittijuristipiirissä. Ks. *Fisher* 2003 s. 6.

2 SYYTENEUVOTTELUN KESKEISIÄ PIIRTEITÄ

2.1 Määrittely

Termillä plea bargaining ei ole yleisesti hyväksyttyä ja vakiintunutta määrittelyä. Yleisimmällä tasolla plea bargaining voidaan määritellä järjestelmäksi, jossa syyttäjän (tai tuomarin) välillisten tai välittömien toimien perusteella rikosasian vastaajalle syntyy odotus rangaistuksen lieventämistä sitä vastaan, että hän myöntää syyllisyytensä. Aina kun syytetty voi säännönmukaisesti odottaa saavansa jonkinlaista lievennystä rangaistukseensa syyllisyyden tunnustamista vastaan, käsillä ovat plea bargaining -menettelyn keskeiselementit.²⁸

Plea bargaining -järjestelmää tarkastellaan tässä kirjoituksessa yleisellä, periaatteellisella tasolla, jolloin yksityiskohdilla – eri maissa tuntuvastikin poikkeavilla toteutustavoilla – ei ole olennaista merkitystä. Kirjoituksessa on tarkoitus pureutua plea bargaining -instituution perusasetelmiin etenkin suhteessa oikeusturvaan ja itsekriminointisuojaan. Tätä tarkoitusta varten riittää määrittely, josta näkyvät ne plea bargaining -menettelyn keskeiselementit, jotka ovat yhteisiä lähes kaikissa malleissa. Niitä ovat:

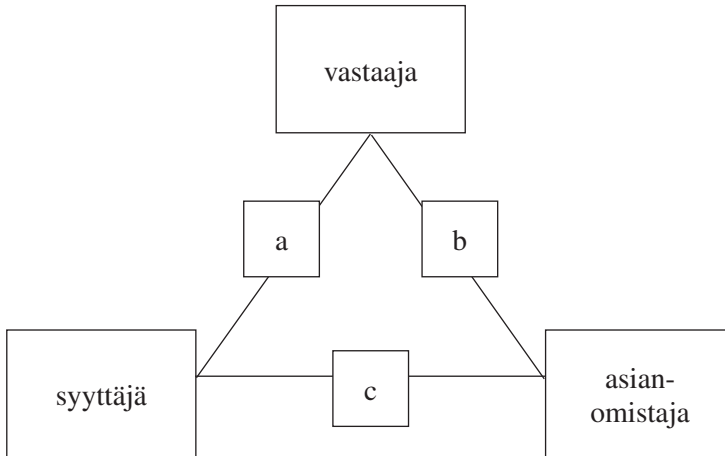
- 1) vastaaja (rikoksesta epäilty tai syytetty) neuvottelee oikeuslaitoksen edustajan, yleensä syyttäjän, kanssa tarkoituksenaan saada lievempi rangaistus kuin vaihtoehtona olevassa normaalissa rikosoikeudenkäynnissä
- 2) vastineeksi odotettavissa olevasta rangaistushuojennuksesta vastaaja
 - a. tunnustaa neuvotteluissa syyllisyytensä (tai ainakin sitoutuu olemaan kiistämättä syytettyä) ja lisäksi mahdollisesti myötävaikuttaa muulla tavalla, kuten antamalla tietoja tai suostumalla todistajaksi tekijäkumppaneita vastaan²⁹ sekä
 - b. luopuu tietyistä merkittävistä prosessuaalisista oikeuksistaan, kuten itsekriminointisuojusta ja oikeudesta normaaliin rikosasian oikeudenkäyntiin.

²⁸ Ks. *Howe* OLR 2005 s. 1 ja siellä mainittu kirjallisuus.

²⁹ Silloin neuvotteluvalltina vastaajalla ei ole vain tunnustaminen vaan myös tiedot, jotka hänellä on. Tästä seuraa helposti ilmiö, jota oikeuskirjallisuudessa on kutsuttu ”yhteistyön paradoksiksi”. Tällä tarkoitetaan sitä, että ”rikollispomot” saavat alempia rangaistuksia kuin ”alaiset”, koska ensin mainituilla on enemmän tietoja, joilla käydä vaihtokauppaa. Ks. *Fyfe – Sheptycki* Eur J Criminology 2006 s. 347.

2.2 Toimijat

Plea bargaining -järjestelmää voidaan kuvata seuraavalla kuviolla:



2.2.1 Vastaajan ja syyttäjän välinen suhde

Plea bargaining sijoittuu kolmion sivulle a. Järjestelmän yksi peruselementti on, että rikosasian vastaaja toimii asiassa *aktiivisesti*. Pelkästään pysymällä hiljaa tai passiivisena vastaaja ei voi osallistua syytesopimuksen tekemiseen. Osapuoli, joka ei anna nimenomaista tahdonilmaustaan, saattaa siviilioikeudessa eräissä tapauksissa tulla sidotuksi. Tällaista *konkludenttista* sopimista ei voida konstruoida plea bargaining -menettelyyn. Plea bargaining antaa rikosasian vastaajalle mahdollisuuden tehdä kauppaa luopumalla tietyistä prosessuaalisista oikeuksistaan, kuten itsekriminointisuojasta, jotka oikeuttaisivat normaaliprosessissa passiivisuuteen.

Kyse ei ole vastaajan yksipuolisesta disponoinnista. Vastaajalla ei ole ehdotonta oikeutta vaatia, että hän saa plea bargaining -edun. Järjestelmään kuuluu nimenomaan se, että myös syyttäjä on asiassa aktiivinen – käsillä on aidosti neuvottelu, joka edellyttää kahta osapuolta. USA:ssa puhutaan jopa ”sopimuksen osapuolista”.³⁰ Neuvottelussahan taktiikalla ja asiaosaa-

³⁰ Tässä suhteessa erityisesti Venäjän järjestelmä poikkeaa amerikkalaisesta. Erityisprosessiin siirtyminen ei ole sopimus syyttäjän ja vastaajan välillä, vaikka kumpikin osapuoli siihen antaa suostumuksensa. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty seuraava kuvaus: Rather it

misella on keskeinen merkitys: huono neuvottelija saa epäedullisemman sopimuksen kuin taitava neuvottelija. Kolmion sivu a muotoutuu siten konkreettisen neuvottelun tuloksen perusteella. Tämä tietenkin on ongelmallinen seikka vastaajien *yhdenvertaisuuden* kannalta.

Neuvottelu tarkoittaa kommunikatiivista suhdetta, jossa toisen osapuolen argumentaatio on perusta seuraavalle siirrolle omassa tarjoamisessa.³¹ Tästä syystä saattaa olla vaikeasti yhteen sovitettavissa oikeusvaltioissa yleisesti omaksuttu yhdenvertaisen kohtelun vaatimus. Miten toteuttaa käytännössä vaatimus siitä, että kaikille vastaajille tarjotaan syyteneuvottelun mahdollisuutta samalla tavalla ja samoilla ehdoilla samanlaisissa tapauksissa? Vaikka perusteko olisi jokseenkin samankaltainen, saattaa eri vastaajien neuvottelutaito ja -halu poiketa toisistaan huomattavasti.

Kun syyteneuvottelu koskee teon juridista arviointia, näytön puntarointia ja rangaistuksen mittaamista, maallikoilla on selkeä osaamisvaje syyttäjään nähden. Jotta neuvotteluista tulisi edes muodollisesti tasavertaisten osajien vuorovaikutus, tarvitsee vastaaja säännönmukaisesti oikeudellista apua. Tämä koskee yhtä lailla lieviä rikoksia.³² Juridisesti tai näytön kannalta saattaa olla paljon vaikeampaa näyttää lievä vakuutuspetos kuin tapo. Näin ollen neuvottelijoina saattaa itse asiassa olla syyttäjä ja vastaajan puolustusasianajaja tai oikeusavustaja. Tarvittavan oikeusavun laajuus onkin seikka, joka tulee ottaa huomioon järjestelmien kustannusvertailussa. Jos oikeudellista apua on saatavilla, neuvottelu käydään käytännössä vastaajan avustajan ja syyttäjän välillä.³³

Pääsääntö on, että vastaajan ja tämän avustajan neuvotteluosapuolena on syyttäjä. Tietenkin myös tuomioistuimen panos tarvitaan. Jotta järjestelmä toimisi, tuomarit pääsääntöisesti ottavat rangaistussuosituksen huomioon,³⁴ joskin tällaista ”tuomitsemista” voidaan pitää lähes muodolli-

is a court's decision to reduce the fact-finding process in exchange for the defendant's agreement with the filed criminal charges to which both the prosecutor and the victim consent. *Semukhina – Reynolds* ICJR 2009 s. 408.

³¹ *O'Hear* on kuvannut neuvotteluprosessia yksityiseksi ac hoc vuorovaikutukseksi, jossa syyttäjä tekee päätöksiä ilman julkista perustelua perusteilla, joita ei pueta sanoiksi. Tämä onkin eräs syy, jonka vuoksi asianomistajaa on vaikeaa niveltää mukaan neuvotteluprosessiin – on joko liian aikaista tai myöhäistä hänen osallistumiselleen. Ks. *O'Hear* 2007b erit. s. 3.

³² Yhdysvalloissa oikeusapua ei yleensä anneta silloin, kun kysymys on sakkorangaistuksesta. Ks. *O'Hear* 2007a s. 7 alav. 15.

³³ *Delacote ja Ancelot* (Economics Bulletin 2009 s. 1929–1936) korostavat nimenomaan vastaajan avustajan tosiasiallista roolia.

³⁴ *Grossman* (Am. J. Trial Advoc. 2005 s. 129) toteaa, että Yhdysvalloissa tuomarien yleinen käytäntö on – poikkeamiakin sattuu – hyväksyä syyttäjän suositus. ”For a judge to do

suutena.³⁵ Jos taas neuvottelu on johtanut syytteen rajaamiseen, tuomioistuimien ei pääse vaikuttamaan asiaan ainakaan järjestelmissä, joissa on voimassa syytesidonnaisuuden periaate.³⁶

Siitä, että neuvotteluosapuolena on syyttäjä, on ainakin yksi tuore poikkeus, nimittäin Saksan rikosprosessilain, StPO, 257 c §.³⁷ Saksassa *tuomioistuimien* voi siihen soveltuvissa tapauksissa sopia vastaajan kanssa rikosprosessin jatkumisesta ja tuloksesta. Usein neuvottelu ajoittuu asian käsittelyn alkuun, mutta se voidaan käynnistää myöhemmässäkin vaiheessa esimerkiksi sitä vastaan, että vastaaja luopuu enemmästä todistelusta. Tuomioistuimien voi tehdä aloitteen syytesopimukselle ja ilmoittaa rangaistuksen minimi- ja maksimimäärän. Jokaisen sopimuksen osana tulee olla tunnustus. Sopimus syntyy, jos vastaaja ja syyttäjä yksimielisesti hyväksyvät tuomioistuimen ehdotuksen. Sopimus raukeaa, jos merkityksellisiä oikeudellisia seikkoja tai tosiasioita on jäänyt huomaamatta tai sellaisia uusia seikkoja on ilmaantunut, joiden vuoksi neuvotteluissa esillä ollut rangaistusasteikko ei enää vastaa tekoa tai syyllisyyttä. Samoin käy, jos vastaajan myöhempi käytös oikeudenkäynnissä puhuu sovintoa vastaan. Näin tuomari voi syrjäyttää sopimuksen, kun sen perusta ei ole enää hyväksyttävä, eikä ennakoitu tuomio ole oikeassa suhteessa syyllisyyteen. Jos sopimus raukeaa, vastaavasti vastaajan antama tunnustuskaan ei ole voimassa (Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden).

Saksassa syyttäjiä koskee syyttämismääräyksen silloin, kun syytekynnyksensä ylittyy. Ainoa laissa sallittu poikkeus syyttämismääräyksen ilmaisusta StPO 153 a §:ssä. Sen mukaan syyttäjä voi vähäisissä rikoksissa jättää syytteen nostamatta vastaajan ja tuomioistuimen luvalla, jos asiaan ei liity yleistä intressiä. Edellytykseksi voidaan muun muassa määrätä, että vastaajan on annettussa määräjässä korvattava määrättyllä summalla aiheuttamansa vahinko, maksettava tietty summa yleishyödylliseen tarkoitukseen tai tehtävä jonkin muun voittoa tavoittelematon palvelus. Vastaavat mää-

otherwise, on a routine basis, would significantly diminish the likelihood of guilty pleas in her courtroom.”

³⁵ Ks. *O’Hear* 2007a s. 46.

³⁶ Suomessa syytesidonnaisuuden periaate ilmaistaan ROL 11:3:ssä. Ks. mainitusta periaatteesta lähemmin *Frände* 2008 s. 442–447 ja siellä mainittu kirjallisuus.

³⁷ Keskeinen StPO 257 c §:n (3 mom.) sisältö on seuraava: Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.

räykset ”hyvitysteoista” voidaan antaa vielä tuomioistuinkäsittelyssäkin, jos syyttäjät ja vastaajat siihen suostuvat. Alkuaan säännös tarkoitettiin vähäpätöisiin tekoihin, mutta sen käyttöala on käytännössä laajentunut alkuperäisestä. Tämä on samalla toiminut porttina laajemminkin plea bargaining -menettelyn käyttöön ottamiselle. – Saksassa plea bargaining -järjestelmä koskee lähinnä talousrikoksia, verorikoksia, huumausainerikoksia (etenkin kansainvälisiä) ja ympäristörikoksia.³⁸

2.2.2 Asianomistaja – sivustakatsoja?

Entä rikoksen uhrin asema – onko asianomistajalla jokin asema syyteneuvotteluissa? Yleensä asianomistaja ei ole neuvotteluosapuoli, koska hän ei pysty tarjoamaan rangaistuksen lieventämistä vastaajalle. Kuitenkaan kolmion sivu c ei ole merkityksetön. Esimerkiksi Yhdysvalloissa asianomistajan kuuleminen on useissa osavaltioissa pakollista, vaikkakaan asianomistajalla ei ole syyteneuvottelussa päätösvaltaa.³⁹ Kun syytesopimus ei sido asianomistajaa, hän voi esittää näkemyksensä tuomioistuimessa. Täten asianomistaja saattaa olla neuvottelujen kannalta epävarmuustekijä.⁴⁰ Yhdysvalloissa onkin pohdittu, mikä rooli asianomistajalla tulisi olla.⁴¹

Virossa sopimusmenettely edellyttää asianomistajan suostumusta. Suostumus annetaan jo ennen kuin syyttäjä aloittaa neuvottelut syytetyn ja tä-

³⁸ Ks. *Frommann* HanseLR 2009 s. 200 ja *Ma Int. Crim. Just. Rev* 2002 s. 35–39.

³⁹ Kuvaus useiden osavaltioiden lainsäädännöstä tältä osin löytyy Yhdysvaltojen Rikosuhriritoimiston (The Office for Victims of Crime, OVC) sivuilta <http://www.ojp.usdoj.gov/ovc/publications/bulletins/legalseries/bulletin7/2.html> (3.3.2010). Kyseinen toimisto on liittovaltion elin ja kuuluu Yhdysvaltojen oikeusministeriön alaisuuteen. Toimisto on perustettu vuonna 1988 rikosuhrilain muutoksella (1984 Victims of Crime Act). Ks. myös *O’Hear* 2007b s. 2, jossa todetaan, että 22 osavaltiossa edellytetään, että syyttäjä neuvottelee asianomistajan kanssa ennen sopimuksen tekemistä.

Liittovaltiotason rikoksia koskevassa asianajajamanuaalissa yhtenä plea bargaining -menettelyn aloittamisharkinnassa huomioitavana seikkana mainitaan vaikutus asianomistajan korvaussaatavaan. Ks. *USAM* 9-27.420.

⁴⁰ USA:ssa on sattunut esimerkiksi tapaus, jossa syyttäjä oli sitoutunut pysymään vaiti rangaistusvaatimuksen osalta. Yksi uhreista, joka oli myös kolmen muun uhrin äiti, vaati oikeudessa maksimirangaistusta. Tuomioistuin tuomitsi vastaajan 16 vuoden vankeuteen. Tuomion jälkeen syytetty nosti kanteen guilty plea -ilmoituksensa perumiseksi, koska uhrin vaatimus oli vastoin syytesopimusta. Kanne hylättiin, koska ei ollut näyttöä, että syyttäjän tekemä sopimus olisi koskenut myös asianomistajia. Ks. <http://www.ojp.usdoj.gov/ovc/publications/bulletins/legalseries/bulletin7/3.html> (4.3.2010).

⁴¹ Asianomistajille ei ole esimerkiksi haluttu antaa ehdotonta veto-oikeutta. Toisaalta asianomistajan kuuleminen vasta siinä vaiheessa, kun sopimus esitellään tuomarille, on ongelmallista, koska valmiin sopimuksen avaamiselle niin myöhäisessä vaiheessa on korkea kynnyks. Ks. amerikkalaisesta keskustelusta lähemmin *O’Hear* 2007b s. 1–18.

män avustajan kanssa. Suostumusta koskeva edellytys koskee siten neuvotteluja sinänsä, ei neuvottelujen sisältöä. Asianomistaja saa kyllä etukäteen ilmaista mielipiteensä myös rangaistuksesta (laji ja määrä). Kertaalleen annettua suostumusta ei saa perua (CCP 243 §). Neuvottelusopimukseen sisältyy myös rikoksella aiheutetun vahingon laadusta ja määrästä sopiminen (CCP 245 §). Asianomistajaa ei kuitenkaan haasteta neuvottelun jälkeiseen asian käsittelyyn tuomioistuimessa.⁴² Tuomioistuin ei saa hyväksyä sopimusta, jos herää epäily, ettei neuvottelusopimus kata asianomistajalle aiheutunutta vahingonkorvausta.

Rikoksentekijän ja asianomistajan välillä (kolmion sivu b) saattaa olla – kuten meillä Suomessa – sopimusmenettely, mutta siinä ei ole kyse rangaistuksesta vaan rikokseen perustuvasta korvaussaatavasta tai muusta rikoksen aiheuttaman vahingon hyvittämisestä. On tosin mahdollista, että kolmion sivulle a heijastuu jollakin tapaa se, mitä tällä b-sivulla on tapahtunut. Esimerkiksi Yhdysvalloissa syyteneuvotteluissa annetaan merkitystä sille, onko vastaaja korvannut aiheuttamansa vahingon. Samalla kuitenkin korostetaan, ettei vastaajaa voida päästää vastuusta pelkällä rikoshyödyn palauttamisella.⁴³

Sen sijaan ”kolmannet” tahot eivät kuulu neuvotteluihin USA:ssa. Siellä on kielletty sisällyttämästä sopimukseen määräyksiä, joiden mukaan vastaajan tulisi tehdä suorituksia esimerkiksi hyväntekeväisyyteen, koulutukseen tai muuhun yleishyödylliseen toimintaan taikka ulkopuoliselle henkilölle, joka ei ole rikoksen uhrin asemassa.⁴⁴ Kuten edellä kävi ilmi, saksalaisessa järjestelmässä tällaiset ”hyväntekeväisyyslaitokset” kuuluvat rikosoikeudelliseen seuraamusjärjestelmään.

Yhdysvalloissa on kuitenkin levinnyt epävirallinen menettely, jota oikeuskirjallisuudessa kutsutaan nimikkeellä ”ad hoc plea bargaining”. Se tarkoittaa rikoslain ulkopuolista rikoksen hyvittämisjärjestelmää. Menettelyssä ei välttämättä nosteta syytetä eikä anneta tuomiota. Syyttäjä esimerkiksi saattaa jättää syytteen nostamatta sitä vastaan, että vastaaja tunnustaa syyllisyytensä ja tekee lahjoituksen johonkin yleishyödylliseen tarkoitukseen. Voidaan käyttää myös erilaisia häpeärangaistuksia (”scarlet letter punishments”), kuten anteeksipyyntöä lehdesä, tekoa ilmaisevaa kylttiä autossa tai painettuja T-paitoja.⁴⁵ Nämä ker-

⁴² CCP 246 §:n mukaan istuntoon haastetaan syyttäjät, syytetty ja syytetyn avustaja. Heidän kaikkien läsnäolonsa on pakollinen.

⁴³ USAM 9-27.230.

⁴⁴ USAM 9-16.325.

⁴⁵ Ks. tällaisen toiminnan kritiikistä *Colquitt Tulane L. Rev.* 2001 s. 710–776.

rassaan omituiset seuraamukset ovat osin epävirallisen plea bargaining -järjestelmän vielä epävirallisempi alajärjestelmä.

2.3 Tosiasiat, syyllisyys ja tunnustus

Muistuttaako plea bargaining dispositiivista siviiliprosessia, jossa voidaan periaatteessa sopia tuomion faktapohja? Dispositiivisessa asiassa annettu tunnustushan on sitova.⁴⁶ Kun yhteiskunnalla ei ole omaa intressiä, osapuolet saavat sopia muun muassa siitä, mikä on vahingon tai maksamattoman kauppahinnan määrä.

Yleensä plea bargaining -menettelyssä *pyrkimyksenä* on – kuten rikosprosessissa muutoinkin – *aineellinen totuus*. Plea bargaining -järjestelmiä itse asiassa perustellaan sillä, että ne edistävät aineellisen totuuden esiintulemista ja vähentävät epävarmuutta. Jos plea bargaining tarkoittaisi sitä, ettei aineellisesta totuudesta lainkaan piitattaisi, järjestelmä johtaisi laajamittaiseen syyttömien tuomitsemiseen. Tätä kyllä kavahdetaan kaikissa oikeusvaltioissa. Lisääntynyttä riskiä syyttömien tuomitsemista pidetään plea bargaining -menettelyn Akilleen kantapäänä.

Tosiasioiden ja vastaajan syyllisyyden selviäminen riippuu siitä, *miten* plea bargaining on järjestetty. Ei voida väittää, että plea bargaining luonteensa puolesta aina merkitsee toimintaa vajaalla näytöllä ja siten oikeusturvariskiä. Voidaanhan ajatella, että plea bargaining saadaan aloittaa vasta täyden näytön tilanteessa ja neuvottelutulos kontrolloidaan vielä tuomioistuimessa tavanomaiseen tapaan myös näytön osalta. Asia erikseen on, tulisi siko tästä mitään resurssisäästöä – vai päinvastoin. Näihin kysymyksiin palataan tuonnempana.

Erityisen hyvin sopusoinnussa aineellisen totuuden kanssa ei ole niin sanottu *fact bargaining*, joka tunnetaan ainakin Yhdysvalloissa. Siinä syyttäjä hyväksyy vastaajan version tapahtumainkulusta tai jättää syrjään raskauttavan asianhaaran, jos vastaaja puolestaan hyväksyy jonkin muun faktan ja tunnustaa siltä osin syyllistensä taikka hyväksyy perustunnusmerkistön mukaisen rangaistuksen. Vaikka neuvottelu saattaa pohjautua sinällään

⁴⁶ OK 17:4.1:n mukaan jos asianosainen on dispositiivisessa asiassa (sovinto on sallittu) tunnustanut oikeudessa jonkin seikan, tunnustus on hänen osaltaan sitova. Jos asianosainen peruuttaa tunnustuksen, oikeus tutkii – asianosaisen peruutuksen syyksi esittämien perusteiden ja muiden seikkojen nojalla – mikä vaikutus tunnustuksella on todisteena. – Tunnustuksen vaikutus on käytännössä samantapainen kuin kanteen myöntämisenkin. Ks. *Jokela* 2002 s. 310.

täysin selvitettyihin faktoihin – ja aineellinen totuus on siis selvillä – tuomio ei perustu todelliseen vaan valikoituun faktapohjaan. Tällöin yhtäläisysermit dispositiiviseen siviiliprosessiin eivät ole kaukaa haetut.⁴⁷

Keskeinen osa plea bargaining -menettelyä on, että vastaaja hyväksyy syyttäjän vaatimuksen. Common law -järjestelmissä tähän on erityinen instrumentti: *plea of guilty*, jossa vastaaja ilmoittaa tuomioistuimelle olevansa syyllinen.⁴⁸ Tällainen instrumentti ei kuitenkaan ole välttämätön syyteneuvottelujen elementti. Laissa voidaan muutoinkin säätää, että syyllisyyden tunnustamisen jälkeen asiassa saadaan siirtyä rangaistuksen määrittämiseen.⁴⁹

Voidaanpa mennä vielä tätäkin pidemmälle, kuten Virossa on tehty. Siellä on kokonaan luovuttu syyllisyyden tunnustamisen vaatimuksesta.⁵⁰ Järjestelmässä syyttäjät ja vastaajat asiamiehineen sopivat teon oikeudellisesta arvioinnista ja syyllisyys jää lausumattomaksi taustaoletukseksi. Tuomioistuinkaan ei puutu syyllisyyskysymykseen, paitsi jos herää epäily, ettei vastaaja ole syyllistynyt tekoon (CCP 248.1 §:n 3 kohta).

Sen sijaan Venäjän erityisprosessissa tuomarilla on suhteellisen itsenäisen asema ja tuomari voi sivuuttaa vastaajan ja syyttäjän kannan ja määrätä normaalin oikeudenkäynnin toimitettavaksi, jos katsoo, ettei totuutta voida selvittää kuin täystutkintaisessa oikeudenkäynnissä.⁵¹

Suomessa valtakunnansyyttäjänviraston mietinnössä on tuotu esiin kysymys syytettä koskevan disponoinnin mahdollisuudesta ylipäätään: ”Virallisperiaatteen mukaan syyteoikeus on julkista intressiä edustavalla virallisella syyttäjällä, joka ei saa sopia asiaa rikoksenteikijän kanssa ja jolla puolestaan ei ole oikeutta myöntyä kantajan rangaistusvaatimuksiin ja tuo-

⁴⁷ Ks. myös *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 412, jossa viitaten charge/fact bargaining -menettelyihin todetaan, että niissä on kyse paljolti kompromissista aineellisen totuuden ja kustannustehokkuuden välillä.

⁴⁸ Kuten edellä todettiin, tietyin rajoituksin sallitaan myös se, että guilty plea -ilmoituksessa vastaaja myöntää syyllisyyden samalla kun vakuuttaa viattomuuttaan (ns. ”*Alford plea*”) tai että vastaaja antaa ilmoituksen plea of no contest (nolo contendere), jolloin hän kieltää syyllisyytensä mutta hyväksyy rangaistuksen. Ks. näistä plea-muodoista *Bibas* Cornell L. Rev. 2003 s. 1361–1411. Ks. rajoituksista liittovaltiotasolla *USAM* 9-16.015 ja 9-27.440.

⁴⁹ Ks. *Thaman* EJCL 2007 s. 9 tunnustamisen ja guilty plea -instituution lähentymisestä.

⁵⁰ Sen sijaan Venäjällä vaaditaan, että vastaaja nimenomaisesti ilmoittaa olevansa syyllinen. Tämän katsotaan heijastavan venäläistä perinnettä, jossa korostuu rikosprosessin tarkoitus totuuden selvittämiseksi. Toisaalta tämän kanssa ristiriitaisena kehityksenä pidetään edellä mainittuja yhteistyösopimuksia poliisin kanssa, jotka alentavat rangaistuksen enintään puoleen asteikon määrästä. *Semukhina – Reynolds* ICJR 2009 s. 407.

⁵¹ *Semukhina – Reynolds* ICJR 2009 s. 412.

mioistui menettelyä Yhdysvalloissa seuraavalla esimerkillä: vastaajaa syytetään murtovarkaudesta osavaltiossa, jossa teosta saattaa seurata ankarimmillaan seitsemän vuoden vankeusrangaistus ja lievimmillään ehdollista vankeutta. Syyllisyyden tunnustamista vastaan syyttäjä lupaa suositaa teosta enintään kolmen vuoden vankeusrangaistusta, vaikka vastaajalla on aikaisempia rikostuomioita. Syyttäjä toimii näin, koska hän haluaa säästää aikaa, vaivaa ja kuluja – ja koska hänellä on

2.4 Palkinto

Jotta vastaajalla olisi riittävä kannustin tunnustaa syyllisyytensä ja luopua prosessuaalisista oikeuksistaan, tulee olla odotettavissa ”palkinto” näistä uhrauksista. Palkinto tarkoittaa sitä etua, jonka vastaaja saa myönnytyksistään syyteneuvottelussa.⁵³ Kaikissa plea bargaining -variaatioissa keskeistä on, että neuvotteluilla pyritään tavalla tai toisella rangaistuksen huojentamiseen. Neuvottelu ei johda oikeudellisesti tuomioistuinta sitovaan sopimukseen. Silti järjestelmä pysyy voimissaan, koska tuomioistuimet suurelta todennäköisyydellä käytännössä toimivat syytesopimusten mukaisesti. Niinpä vastaaja voi *luottaa* saavansa huojennusta verrattuna normaaliprosessin lopputulokseen.

Ilman tällaista luottamusta järjestelmän perusta murentuisi – onhan yleensä toinen sopimuskuoppa (syyttäjä) taho, jolla ei edes ole oikeudellista toimivaltaa päättää rangaistuksesta. Erityisesti tämä nurinkuriisuus koskee suositusta lievään rangaistuksen mittaamiseen. Siinä syyttäjä neuvottelee asiasta, josta hänellä ei ole toimivaltaa päättää. Järjestelmä perustuu siihen, että kaikki tietävät, kuinka se toimii. Ainoastaan syytteen rajaamiseen perustuvassa syyteneuvottelussa syyttäjä käyttää hänelle lähikohtaisesti kuuluvaa toimivaltaa edellyttäen, että syytepakkoperiaatteesta on luovuttu.

Grossman kuvaa menettelyä Yhdysvalloissa seuraavalla esimerkillä: vastaajaa syytetään murtovarkaudesta osavaltiossa, jossa teosta saattaa seurata ankarimmillaan seitsemän vuoden vankeusrangaistus ja lievimmillään ehdollista vankeutta. Syyllisyyden tunnustamista vastaan syyttäjä lupaa suositaa teosta enintään kolmen vuoden vankeusrangaistusta, vaikka vastaajalla on aikaisempia rikostuomioita. Syyttäjä toimii näin, koska hän haluaa säästää aikaa, vaivaa ja kuluja – ja koska hänellä on

⁵² VSV mietintö 2001 s. 31.

⁵³ Ks. jälj. jakso 6.3.1 siitä näköharhasta, jonka ”palkinto-rangaistus”-keskustelu on etenkin Yhdysvalloissa aiheuttanut.

asiassa suhteellisen heikko näyttö. Tuomari toimii suosituksen mukaisesti, jos vastaaja myöntää syyllisyytensä. Jos taas vastaaja kieltää syyllisyytensä, seuraa jury-oikeudenkäynti, jossa tuomari tuomitsee vastaajan viideksi vuodeksi vankeuteen ottaen huomioon aikaisemman rikollisuuden.⁵⁴

Rangaistushuojennus on näin ollen se palkinto, joka on koko järjestelmän primus motor. Palkinto takaa sen, että järjestelmää käytetään, pyrkiväthän rikosasian vastaajat yleensä toimimaan itselleen edullisella tavalla. Toisinaan tietenkin vastaajan pontimena saattaa olla muukin kuin oman edun tavoittelu, esimerkiksi katumuksen aiheuttama anteeksisaamisen tarve ja halu toimia syyllisyyden selvittämiseksi.

Periaatteessa rangaistushelpotus saattaa koostua mistä tahansa rikosprosessiin kuuluvista osatekijöistä. Tällaisia ovat esimerkiksi syyttämättä jättäminen osasta rikoksia, sovellettavan rikoksen tunnusmerkistön tai rangaistuslajin valinta, rangaistuksen mittaaminen asteikolla ja mahdollisuus asteikon alittamiseen (tai pidättäytyminen asteikon ylittämisestä), osallisuusmuodon lieventäminen (tekijä, avunantaja), erilaisilla rangaistuksen määrää vähentävillä tekijöillä operoiminen (häätävarjelu, pakkotila) sekä tuomitsematta jättämisen perusteet (teon vähäisyys, kohtuusperuste). Voipa kyseeseen periaatteessa tulla myös rangaistuksen täytännönpanotapa (avolaitos, kärsiminen kodin lähellä olevassa laitoksessa).

Yhdysvalloissa esimerkiksi voidaan toimia niin, että vastaajaa syytetään vain rattijuopumuksesta mutta ei sen lisäksi ajokorttita ajosta tai vastaajaa syytetään vain avunannosta rikokseen.

Mutta saako rikoksen tekijä todella palkintonsa? Saatu rangaistuslievennys ei ole yleensä todennettavissa. Asteikkorangaistusjärjestelmä sallii tuomarille tietyissä rajoissa tapauskohtaisen harkinnan rangaistuksen mittaamisessa. Tällöin ei voida varmasti sanoa, tuottiko neuvottelu lievennystä ja jos tuotti, niin paljonko. Muutoinhan tuomarin tulisi – perinpohjaisesti tutkitussa asiassa – ilmaista ensin ”oikea” rangaistus ja sen jälkeen ilmaista, paljonko hän lieventää tuomiota.

Jonkin verran stabiilisuutta ja kontrolloitavuutta USA:n järjestelmässä tuo edellä mainittu rangaistuksen mittaamista koskeva ohje (Federal Sentencing Guidelines Manual, United States Sentencing Commission), johon syytesopimuksissa saatetaan viitata. Ohjeita on kuitenkin väljennetty, koska USA:n korkein oikeus on pitänyt sitovia ja kapean harkin-

⁵⁴ *Grossman* Am. J. Trial Advoc. 2005 s. 106–107.

tavallan tuomarille antavia ohjeita perustuslain vastaisena.⁵⁵ Ohjeet ovat liittovaltiotason lisäksi käytössä noin 20 osavaltiossa. Plea bargaining -menettely on käytössä osavaltioissa siitä riippumatta, noudatetaanko kyseisessä osavaltiossa rangaistuksen mittaamisohjeita.⁵⁶

Kuten edellä kävi ilmi, palkinnon suuruus riippuu ratkaisevasti vastaajan tai itse asiassa hänen avustajansa neuvottelutaidoista. On useita vastaajaryhmiä, joiden oma kyky neuvotella ei ole hyvä, kuten nuoret rikoksenteijät, maahanmuuttajat ja itsensä uhatuksi tuntevat henkilöt. Kaiken kaikkiaan vastaajilla on syyttäjiin verrattuna keskimäärin tuntuva osaamisvaje rikosoikeudellisen kontrolli- ja seuraamisjärjestelmän hallinnassa. Jotta järjestelmä olisi ”reilu” ja neuvotteluasetelma tasapainoinen, vastaajille tulee varmistaa osaava oikeudellinen apu. Syyteneuvotteluissa ei noudateta *virallisperiaatetta*, joten vastaajan menestyminen ja palkinnon suuruus on aidosti kiinni menestymisestä neuvotteluissa. Tätä *vastaajien yhdenvertaisuuden* kannalta ongelmallista seikkaa ei voida kiertää toteamalla, että kaikki saavat tilaisuuden neuvotella. Olennaista on, että neuvottelun lopputulos ja siten palkinnon suuruus vaihtelee ja johtaa samanlaisesta rikosepäilystä erilaiseen rangaistukseen.⁵⁷

Plea bargaining -järjestelmän toinen puoli ovat vastaajat, jotka eivät saa palkintoa, koska ovat käyttäneet oikeuttaan oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Järjestelmän hyväksyttävyyden kannalta keskeinen kysymys tietenkin on, millä tätä perustellaan.⁵⁸

3 SUHDE SOVITTELUMENETTELYYN JA RANGAISTUKSEN LIEVENTÄMISPERUSTEISIIN

Suomessa ei siis ole syyteneuvottelujärjestelmää, eikä siihen rinnastu selkeästi muukaan suomalainen järjestelmä, kuten sovittelu. Rikosasioiden ja eräiden riita-asioiden sovittelusta annetussa laissa (1015/2005) rikosasioi-

⁵⁵ Ks. *Grossman* Am. J. Trial Advoc. 2005 s. 110–111.

⁵⁶ *Colquitt* Tulane L. Rev. 2001 s. 700–701.

⁵⁷ Ks. myös SOU 2005:117 s. 61–62.

⁵⁸ Ks. *Grossman* Am. J. Trial Advoc. 2005 s. 103: ”That plea bargaining punishes defendants for going to trial does not necessarily mean either that it is unconstitutional or that we should do away with it. It means only that there needs to be a compelling reason or reasons to use a system that punishes for the exercise of a constitutional right, and that there must be safeguards for minimizing this punishment and for providing sufficient guarantees of fairness within the system.”

den sovittelulla tarkoitetaan palvelua, jossa rikoksesta epäillylle ja rikoksen uhrille järjestetään mahdollisuus puolueettoman sovittelijan välityksellä kohdata toisensa luottamuksellisesti, käsitellä rikoksesta sen uhrille aiheutuneita henkisiä ja aineellisia haittoja sekä pyrkiä omatoimisesti sopimaan toimenpiteistä niiden hyvittämiseksi.

Rikosprosessuaalinen sovittelu tarkoittaa rikoksesta aiheutuvan yksityisoikeudellisen vaateen täyttämistä, rikoksen *hyvittämistä* sovittulla tavalla. Sovittelussa on kyse uhrin (asianomistajan) asemasta ja hyvittämisestä. Sen sijaan plea bargaining -menettelyn kohteena ei ole riidan tai rikoksen sovittelu (eihän syyttäjän ja vastaajan välillä ole riitaa tai rikosta), vaan syyttäjän virkatoimet ja syytteen tai rangaistusvaatimuksen ”räätälöinti”.

Plea bargaining ei ylipäätään perustu ajatukselle korvaamisesta tai hyvittämisestä vaan siihen, että oikeuslaitos palkitsee vastaajan syyttäjän avustamisesta näytön hankkimisessa alentamalla rangaistusta. Yhteiskunta toisin sanoen rajoittaa itselleen kuuluvaa valtaa määrätä seuraamuksista niin, että ”yhteistyökumppanit” hyötyvät siitä. Toisin kuin siviilioikeudellisessä sovitteluun perustuvassa vaihtoehtoisessa riidanratkaisussa (ADR), syyteneuvottelussa ei ole kyse tavoitteesta saada kaikki osapuolet tyytyväiseksi vaan valtiovallan rankaisuoikeuden käyttämisestä.

Tosin rikoksenteijän ja uhrin välinen hyvitysmenettely saattaa heijastua myös rangaistukseen. ROL 1:8:n mukaan jollei tärkeä yleinen tai yksityinen etu muuta vaadi, virallinen syyttäjä saa jättää syytteen nostamatta muun muassa silloin, kun oikeudenkäyntiä ja rangaistusta on pidettävä kohtuuttomina tai tarkoituksettomina ottaen huomioon tekijän ja asianomistajan välillä saavutettu sovinto (tai muu tekijän toiminta rikoksensa vaikutusten estämiseksi tai poistamiseksi).⁵⁹ Sovinto tekijän ja uhrin välillä voi johtaa myös siihen, että RL 6:6:n 3 kohdan nojalla rangaistus mitataan normaalia lievemmin, toisin sanoen otetaan huomioon *lieventämisperusteena* (ks. myös RL 6:12:n 4 kohta tuomitsematta jättämisestä).

Lieventämisperusteena mainitaan RL 6:6:n 3 kohdassa myös se, että tekijä on pyrkinyt edistämään rikoksensa selvittämistä. Jos tekijä esimerkiksi osoittaa maastosta huumekätkön ja tuomioistuin ottaa tämän huomioon rangaistusta alentavana tekijänä, eikö tämä ole suomalainen plea bargaining -versio?

Vaikka yhtäläisyytenä on mahdollinen tai todennäköinen rangaistuslievennys, kyse ei ole syyteneuvottelusta. Lieventämisperuste antaa tuomiois-

⁵⁹ Tolvanen olisi valmis tuntuvastikin lisäämään saavutettujen sovintojen ottamista huomioon syyttämättä jättämisessä. Ks. *Tolvanen DL 2003 s. 1023–1024*. Ks. sovittelun ja plea bargaining -menettelyn suhteesta myös *Oikarainen 2008 s. 102–103*.

tuimelle liikkumavaraa rangaistuksen mittaamisessa. Kuitenkin liikkumavaraa tulee – normaalirangaistusperiaatteen ja PeL 6.1 §:ssä ilmaistun yhdenvertaisuusvaatimuksen mukaisesti – käyttää kaikkien vastaajien kohdalla yhteneväisellä tavalla. Lieventäminen ei toisin sanoen perustu neuvottelun lopputulokseen, jossa taitava neuvottelija voi saada syytettä tingityksi tuntuvammin kuin toinen. Eikä vastaaja voi tehokkaasti etukäteen vaatia palkintoa rikoksen selvittämisestä, siis: ilmiannan kätkön, *jos* saan huojennusta. Vastaaja joutuu tyytymään siihen, että tuomari soveltaa asianmukaisella ja yhteneväisellä tavalla lieventämisperustetta (muutoksenhakuoikeus toki on).

Tunnustuksen merkitys rangaistuksen lieventämisperusteena on vähäinen. Esimerkiksi vuonna 2007 edellä mainittua lieventämisperustetta sovellettiin ainoastaan 114 kertaa (toisin sanoen 0,2 prosenttia tuomituista). *Rautio* mukaan sellaista käytäntöä ei näytä olevan, jossa tunnustus säännönmukaisesti palkittaisiin.⁶⁰

Rangaistuksen lieventämisperusteilla ja niiden käyttöalalla saattaa olla yhteys plea bargaining -menettelyn houkuttavuuteen. Venäjällä käytössä oleva erityisprosessi ei näytä saavuttavan yhtä suurta suosiota kuin plea bargaining Yhdysvalloissa. Yhtenä syynä tähän – asianomistajan suostumusta koskevan vaatimuksen ja eräiden muiden seikkojen lisäksi – on pidetty sitä, että vastaajalla on muitakin mahdollisuuksia saada lievennyksiä rangaistukseensa.⁶¹

Syytetyn tunnustus mahdollistaa tiettyjä *prosessihelpotuksia*. Suomessa tunnetaan summaarinen kirjallinen rikosprosessi tuomioistuimessa (ROL 5 a luku, Asian ratkaiseminen pääkäsittelyä toimittamatta). Se on mahdollinen vastaajan suostumuksella (ROL 5a:1.1 ja 2.1, ks. myös ROL 5:9.1:n 3 kohta). ROL 5a:7:ssä säädetään, mihin seikkoihin tuomio tai päätös saadaan perustaa kirjallisessa menettelyssä. Yhtenä seikkana mainitaan vastaajan tunnustus. Tuomioistuin harkitsee normaaliin tapaan, mikä vaikutus asianosaisen tunnustuksella on todisteena (OK 17:4.2). Kirjallisesta menettelystä ei siten seuraa normaalia lievempää rangaistusta.

Uudistuksen perusteluissa tavoiteltiin – oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksiä vaarantamatta – yksinkertaistaa menettelyä tunnustettuja rikosasioita varten. Tarkoituksena on, että tunnustetut rikokset, törkeimmät teot pois lukien, voidaan vastaajan suostumuksella tut-

⁶⁰ *Rautio* OM 15.1.2010 s. 3 ja 4. Ks. myös *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 194 ja 412–413.

⁶¹ *Semukhina – Reynolds* ICJR 2009 s. 421–422.

kia ja ratkaista käräjäoikeuden kansliassa prosessieconomisella tavalla ilman pääkäsittelyä. Lisäksi tavoitteeksi asetettiin, ettei tuomiovaltaa siirretä pois tuomioistuimista ja että turvataan syylliseksi epäillyn oikeusturva.⁶²

Myöskään suomalaiset *tuomioistuimen ulkopuoliset* summaariset rikosprosessit (rangaistusmääräys- ja rikesakkomenettely) eivät tarkoita syytesopimusta. Lopputulos on sama niin summaarisessa menettelyssä tuomioistuimen ulkopuolella kuin tuomioistuimessa. Rangaistusmääräys- ja rikesakkomenettelyjä koskevassa uudistusesityksessä (HE 94/2009 vp) tähän ei ole tulossa muutosta. Summaarisen menettelyn kannustin on välttää suullinen oikeudenkäynti. Uudessa menettelyssä vastaaja saa myös nopeasti tietää lopputuloksen, koska hänen hyväksyntäänsä seuraamukselle edellytetään.⁶³

4 ERILAISIA ARVIOINTIKULMIA PLEA BARGAINING -MENETTELYYN

4.1 Rangaistusteorioiden ja normaalirangaistus

Tässä kirjoituksessa pääpaino on plea bargaining -menettelyn tarkastelussa oikeusturvan ja itsekriminointisuojaan kannalta. Sitä ennen on kuitenkin aiheellista lyhyesti ja tarkoituksin avata keskustelua valottaa niitä monia muita näkökulmia, joista plea bargaining -menettelyn hyväksyttävyyttä voidaan tarkastella.

Aloitetaan menettelyn suhteesta rikosoikeudelliseen seuraamisjärjestelmään (rangaistusteorioihin). Esimerkiksi Yhdysvalloissa erityyppiset sovitusteorioiden ovat voimissaan. Oikeuskirjallisuudessa näytetään yhä nauttivan tukevaa kannatusta ajatus, jonka mukaan rangaistus on ”ansaittu” seuraamus rikollisesta teosta. Osa amerikkalaisista kirjoittajista puolustaa tiukasti plea bargaining -menettelyä, koska sen avulla voidaan edullisesti tuottaa maksimaalinen määrä rangaistuksia, toisin sanoen menettelyn ”nettohyötysuhde” on hyvä. Kirjallisuudessa on arvioitu, että käytettyyn aikaan nähden voidaan varovaisestikin arvioiden tuottaa vähintään kaksin-

⁶² HE 271/2004 vp s. 22.

⁶³ Rautio OM 15.1.2010 s. 5.

kertainen määrä rangaistuksia.⁶⁴ Tämä ansainta-ajattelu on johtanut toisaalta umpikujaan, kun sen avulla on pyritty kieltämään plea bargaining -menettelyn negatiivinen vaikutus niihin vastaajiin nähden, jotka valitsevat normaalin oikeudenkäynnin.

Pohjoismaiseen traditioon paremmin sopiva tehokkuuden hyötymittari – annettujen rangaistusten sijaan – on tietenkin käsiteltyjen asioiden määrä suhteessa käytössä oleviin resursseihin. Kuitenkaan tässäkin laskennassa ei saa unohtaa resursseja, jotka kuluvat neuvotteluvaiheessa. Jos katsotaan yksinomaan tuomioistuimen kustannuksia, saadaan asiasta vääristynyt kuva. Tähän palataan seuraavassa jaksossa.

Syyteneuvottelua voidaan arvioida myös absoluuttista rangaistusteoriaa nykyaikaisempien käsitysten valossa. Amerikkalaisessa kirjallisuudessa on katsottu, ettei plea bargaining -menettelystä johtuvaa eriyttävää tuomitsemista (”differential sentencing”) voida perustella rangaistusteorioilla, jotka perustuvat koston (retribution), pelotusvaikutukseen eli yleis- ja erityisestäävyyteen (general or special deterrence), toiminnan estämiseen (incapacitation) tai edes rehabilitaatioon.⁶⁵

Ainoastaan rehabilitaation osalta plea bargaining -järjestelmällä on toisinaan katsottu olevan merkitystä. Sen on nähty tuottavan jopa hoidollisia vaikutuksia vastaajan tunnustuksen ja syyllisyyden ilmauksen vuoksi. Tällaista, sinällään toivottavaa ja rehabilitaatiota korostavaa perustelua menetelmälle ei kuitenkaan yleisesti pidetä uskottavana. Vastaajat pikemminkin pohtivat, miten heidän kannattaa toimia oman etunsa nimissä. – Sama koskee niitä vastaajia, jotka valitsevat tuomioistuintien. Nämä valinnat eivät yleensä osoita katumusta sen paremmin kuin uhmaa.⁶⁶

Jos tavoitellaan rangaistuksen pelotevaikutusta, toiminee plea bargaining päinvastaiseen suuntaan antamalla mahdollisuuden saada seuraamukseen lievennystä. Erityisesti laskelmoiduissa teoissa vaikutus on todennäköisesti juuri tämä – ja ainakin, jos syyteneuvottelun ja normaalirangais-

⁶⁴ Howe OLR 2005 s. 606. Howe toteaa (s. 605), että plea bargaining tuottaa valtavan rangaistusten maksimointivaikutuksen (”an enormous punishment-maximizing effect”). Tosin USA:ssa taustalla saattaa olla se, että vaaleilla valitut syyttäjät ja tuomarit pyrkivät myötäilemään yleistä mielipidettä, joka kannattaa ankaraa rangaistuskäytäntöä. Ks. myös Oikarainen 2008 s. 17.

⁶⁵ Ks. Grossman Am. J. Trial Advoc. 2005 s. 117–124.

⁶⁶ Ks. Alschuler Cal. L. Rev. 1981 s. 666.

tuksen välillä on niin tuntuva ero, että neuvottelun rangaistuksen absoluuttinen pelotevaikutus heikentyy.⁶⁷

Rangaistuksella on myös moraalialuova tehtävä, mitä korostetaan pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa.⁶⁸ Jos moraalialuovalla elementillä ryhdytään käymään avointa ja laajamittaista kauppaa, sen tietynasteinen rappio lienee väistämätön. Silloin kun rangaistuksella yhtäältä viestitetään teon vääryyttä ja moraalittomuutta, mutta toisaalta rangaistuksesta ollaan valmiita tinkimään resurssisyyistä, taidetaan olla lähellä kaksinaismoralismia.

Eräs plea bargaining -järjestelmään liittyvä mielenkiintoinen näkökulma koskee normaalirangaistusteoriaa, joka tarkoittaa pyrkimystä yhdenmukaiseen rangaistuksen mittaamiseen keskenään rinnasteisissa tapauksissa. Plea bargaining ei merkitse automaattista poikkeusta tähän periaatteeseen; on teoriassa mahdollista tavoitella sitä, että syytesopimuksen tehneillä vastaajilla on rinnasteisissa tilanteissa samanlainen rangaistustaso. Tällainen yhtenäisyys tuskin kuitenkaan käytännössä voi toteutua, koska osapuolten neuvottelutaito ja -halu vaikuttavat keskeisesti lopputulokseen.

Jos valtaosa vastaajista tekee syytesopimuksen, herää väistämättä kysymys, mikä sitten on ”normaali” rangaistustaso, josta lievennys tehdään. Muuntaako syyteneuvottelujen korkea käyttöaste sen vääjäämättä normaalimenettelyksi – entä jos kaikki vastaajat tekisivät syytesopimuksen? Tällöin normaalissa prosessissa annettava rangaistus jäisi pikku hiljaa kuvitteelliseksi. Kuinka korkeaksi neuvottelujen käyttöaste voi nousta menettelyn kärsimättä ajan myötä inflaation ja muuttumatta normaalisäänöksi? Merkitseekö tämä samalla, että rangaistustasokin nousee, koska suostuminen neuvotteluun koetaan niin normaaliksi, ettei se ansaitse palkitsemista? Yhdysvalloissa normaalirangaistus tuotetaan vain noin kymmenessä prosentissa rikosasioista. On selvää, että jonkin verran normaalirangaistuksia tarvitaan, jotta syyteneuvottelussa säilyy palkinnon saamisen ”tuntu”.⁶⁹

⁶⁷ Tähän on kiinnittänyt huomiota myös komissio kertomuksessaan Euroopan parlamentille ja neuvostolle yhteistyö- ja seurantamekanismin puitteissa saavutetusta edistyksestä Bulgariassa KOM(2009) 402 lopullinen s. 3–4.

Plea bargaining -menettelyn suhdetta yleisestä vyytyteen on meillä pohtinut *Oikarainen* 2008 s. 69–71.

⁶⁸ Ks. kooste rangaistusteorioista *Tolvanen Oikeus* 2009 s. 358–379.

⁶⁹ Ehkä järjestelmissä, joissa on käytössä rangaistuksen mittaamisohjeet, niihin vetoamalla voitaisiin osoittaa normaalirangaistus, vaikka tällaisia rangaistuksia ei käytännössä annetaisi.

4.2 Tehokkuus ja prosessiekonomia

Yhdysvalloissa plea bargaining -menettelyn hyväksyttävyyttä ja järjestelmän ylläpito perustuu niihin huikeina pidettyihin säästöihin, joita järjestelmä tuottaa, kun raskas jury-vaihe jää pois. Tämä resurssisäästö (tai oletus siitä) on osoittautunut samalla järjestelmän pysyvyyden takeeksi – paljosta kritiikistä huolimatta. Mittavien lisäresurssien saamista pidetään epärealistisena. Yhdysvalloissa ei näyttäisi myöskään olevan – mahdollisesti juuri jury-järjestelmään lukkiutumisen vuoksi – halukkuutta pyrkiä tehostamaan rikosprosessia muulla tavalla. Tosin yhdysvaltalaisessa keskustelussa ei olla yksimielisiä siitä, johtuuko plea bargaining -menettelyn syvä juurtuminen oikeusjärjestykseen nimenomaan jury-järjestelmästä.⁷⁰ – Suomessa on poistettu lautamiehet rikosprosessista silloin, kun käsitellään rikoksia, joista on säädetty enintään kaksi vuotta vankeutta, sekä eräitä törkeitä omaisuusrikoksia (ks. OK 2:6).

Myös Englannissa tuodaan avoimesti esiin guilty plea -ilmoituksen ja siihen perustuvan rangaistuksen lievennyksen suhde tehokkuusajatteluun. Virallisissa tuomitsemisohjeissa järjestelmää perustellaan sillä, että näin voidaan välttää sen asian oikeudenkäynti (jolloin muut jutut voidaan käsitellä tehokkaammin), lyhentää syytteen ja tuomion välistä aikaa, säästää huomattavia kustannuksia, ja ”in the case of an early plea” säästää uhreja ja todistajia todistamista koskevalta vaivalta. ”The reduction principle derives from the need for the effective administration of justice and not as an aspect of mitigation.”⁷¹

Plea bargaining -menettelyn tuottama prosessiekonomia on sidoksissa kiinteästi siihen, millä tavalla järjestelmä toteutetaan. Suurimmat säästöt saadaan luonnollisesti silloin, kun luovutaan tuomioistuinkäsittelystä rangaistuksen määräämistä lukuun ottamatta. Oikeusturvasyistä korvikkeeksi voidaan rakentaa erilaisia ja erihintaisia järjestelmiä, joissa pyritään joko

⁷⁰ Esimerkiksi *Howe* (OLR 2005 s. 614) katsoo, että plea bargaining -menettelyn poistaminen on käytännössä mahdotonta. Edellyttäisi perustuslain muuttamista ennen kuin olisi mahdollista luoda yksinkertainen, ilman jurya toimiva rikosoikeudenkäyntijärjestelmä, ja tällaista muutosta pidetään liian kiistanalaisena parannuskeinona. – Toisaalta on viitattu siihen, että plea bargaining -menettelyn poistamisen aiheuttamia kustannuksia voitaisiin kompensoida yhden tuomarin istunnoilla (a bench trial system), jolloin lisäresursseja ei tarvittaisi mittavia määriä. Ks. *Schulhofer Law and Soc. Inquiry* 1994 s. 142–143. – Esimerkiksi *Fisher* 2003 (erit. s. 206–207) kuitenkin kiistää sen, että jury-järjestelmä olisi syyppää plea bargaining -järjestelmän mahtiin. Syyteneuvottelu vain kerta kaikkiaan on riittävässä määrin tuomarin, syyttäjän ja myös vastaajan intressissä, joten oikeudenkäyntitie edes ilman jury-kokoonpanoa ei houkuta.

⁷¹ Reduction in Sentence for a Guilty Plea. Sentencing Guidelines Council 2007.

varmistamaan vain syyteneuvottelujen asianmukainen kulku ja syytesopimuksen vapaaehtoisuus tai sen lisäksi myös tekijän syyllisyys, mutta normaali oikeudenkäyntiä yksinkertaisemmalla tavalla.

Oikeusturvan kannalta ongelmattomin on järjestelmä, jossa syyteneuvotteluvaiheen lisäksi tuomioistuimessa viedään läpi normaali rikosprosessi todisteluineen ja näytön hankkimisineen. Tällainen toteutus ei kuitenkaan tuottane säästöä – päinvastoin syyteneuvottelu aiheuttaa vain lisää kustannuksia. Mitä tehokkaammin oikeusturvasta huolehditaan, sitä vähemmän resurssisäästöä syntyy.⁷²

Myös silloin, kun näyttöä koskevassa prosessissa ”oikaistaan” ja otetaan neuvottelutulos pohjaksi, voidaan kysyä, syntyykö nettosäästöä. Kunnollinen oikeusturvan varmistaminen johtaa vain siihen, että resurssipanostus vaihtaa kohdetta. Näytön sijasta tuomioistuimessa tutkitaankin sitä, onko syyteneuvottelu toimitettu asianmukaisella tavalla ja onko syytesopimus aidosti vapaaehtoinen ja relevanttien seikkojen, kuten prosessuaalisista oikeuksista luopumisen, suhteen tietoisesti tehty. Jotta voidaan varmistaa syyteneuvottelun asianmukaisuus ja reiluus vastaajan kannalta, hänen oikeusturvastaan on huolehdittava – myös vähäisissä teoissa. Tähän tarvitaan oikeusapua. Nämä resurssipanostukset eivät kohdennu aineellisen totuuden selvittämiseen vaan tietynlaiseen metamenettelyyn. Tällöin sama tai lähes sama resurssi on käytetty syyllisyyden selvittämisen sijasta menettelyyn syyteneuvotteluissa ja sen kontrollointiin.

Plea bargaining olisi mitä mainioin tutkimuskohde rikostaloustieteelle.⁷³ Rikostaloustieteessä rikollisuus ja sen sääntely nähdään yhteiskunnallisina valintoina, joita tehdään laskelmoidusti taloudellisin perustein. On esimerkiksi selvää, ettei rikoksen ennaltaehkäisyyn voida uhrata niin paljon voimavaroja, että kaikki tai lähes kaikki rikollisuus estyy.

Entä jos varattaisiin syyteneuvottelujen mahdollisuus vain niihin rikoksiin, jotka vaativat eniten resursseja? Etenkin monimutkaisissa talousrikoksissa ja järjestäytyneessä huumausainerikollisuudessa olisi odotettavissa – syy-

⁷² Myös *Oikarainen* (2008 s. 106) on tutkielmassaan päätenyt siihen, ettei plea bargaining -järjestelmä meille tuotuna tuottaisi sitä prosessiekonomista säästöä ja yhteiskunnallista hyötyä, mihin se on luotu.

⁷³ Ks. tällaisesta lähestymistavasta mm. *Garoupa – Stephen* 2006. – Laskettaessa esimerkiksi syytesopimuksen optimaalista ajoitusta kustannusten säästön kannalta ei kuitenkaan tulisi unohtaa sitä peruskysymystä, millä perusteella (näytöllä) henkilö voidaan ylipäätään asettaa valintatilanteeseen ja neuvotteluosapuoleksi syyteneuvotteluihin. Jos täyttää näyttöä ei ole, mikä oikeuttaa (oikeusvaltiossa) edes kysymään, tunnustaako epäilty teon tuomion alentamista vastaan?

teneuvottelujen järjestämistavasta taas riippuen – huomattaviakin tutkintaja käsittelykustannussäästöjä. Mutta: suurikaan säästö ei vähennä oikeusturvariskejä. Ne ovat ja pysyvät siitä riippumatta, kuinka suuri hyöty taloudellisella puolella saavutetaan. Tuntuvaakaan resurssisäästö monimutkaisissa asioissa ei kelpaa oikeusturvasta luopumisen perusteeksi. – Ei Euroopan ihmisoikeustuomioistuinkaan (EIT) ole sallinut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja siihen kuuluvan itsekriminointisuojan polkemista sillä perusteella, että käsillä on monimutkainen ja paljon selvitystyötä vaativa rikosasia.⁷⁴

Lisäksi saattaisi käydä niin, että laajamittainen syytesopimusten tekeminen johtaisi vähitellen talousrikoksia tutkivien poliisien ja syyttäjien amatilliseen ja määrälliseen alasajoon. Myös tuomioistuinten asiantuntemus vaarantuisi, jollei talousrikosjuttuja käsiteltäisi materiaalisesti. Kontrolloitaisiin vain, että vastaajalla on ollut oikeusapua ja että vastaaja on tunnustanut teon ja vakuuttaa tietoisesti luopuneensa oikeudestaan oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.

Kustannussäästöjä keskeisempi seikka liittyy oikeusturva-ongelmiin ja siihen, että kun resurssit ovat kertaalleen mukautuneet helpotettuun menettelyyn tai siirtyneet eri vaiheeseen rikosprosessissa, uusia varoja tai resurssien takaisinsiirtämistä tuntuvienkaan oikeusturvaongelmien korjaamiseen on vaikea toteuttaa, kuten Yhdysvaltojen esimerkki osoittaa.

Yhdysvalloissa tällä 200 vuotta vanhalla järjestelmällä on laaja ja sitkeä vastustajakunta, etenkin oikeuskirjallisuudessa. Järjestelmää ei kuitenkaan ole lakkautettu tai edes olennaisesti muutettu, koska kannattajat uskovat, että vaihtoehtona oleva normaali oikeudenkäynti on paljon tehottomampi ja hitaampi eikä tuota sen paremmin oikeaa tulosta. Osa vastustajista myöntääkin, että taistelu on hävitty.⁷⁵ Syynä ei ole plea bargaining -menettelyn erinomaisuus, vaan jury-vaatimuksesta johtuva vaihtoehdon puuttuminen.⁷⁶ Lisäksi järjestelmän jatkumisen katsotaan perustuvan siihen, että

⁷⁴ Ks. mm. merkkipaalujuuttu *Saunders v. the United Kingdom* (tuomio 17.12.1996): "It does not accept the Government's argument that the complexity of corporate fraud and the vital public interest in the investigation of such fraud and the punishment of those responsible could justify such a marked departure as that which occurred in the present case from one of the basic principles of a fair procedure."

⁷⁵ *Fisher* (2003 s. 1) ilmaisee tämän seuraavasti: "There is no glory in plea bargaining. -- But though its victory merits no fanfare, plea bargaining has triumphed."

⁷⁶ Ks. *Colquitt* Tulane L. Rev. 2001 s. 703–706 ja 710. Ks. myös edellä alav. 70.

se vastaa ”valtaa pitävien”, toisin sanoen syyttäjien ja tuomareiden intressejä.⁷⁷

Fisher on tutkinut plea bargaining -menettelyn suosion juuria. Syyttäjät ovat halunneet virkansa mukaisesti voittaa asiassa. Etenkin silloin, kun työtaakka on raskas, plea bargaining on tarjonnut voittamiseen nopean tavan. Tuomarit puolestaan ovat halunneet varmistaa selustansa: muutoksenhakuja tai tuomiovirhekanteluja ei tule, koska ei ole varsinaisia oikeudenkäyntejäkään.⁷⁸

Lopulta kyse on arvoista yhteiskunnassa, siis siitä, mihin haluamme resursseja käyttää. Plea bargaining perustuu prosessuaalisista arvoista lähinnä nopeuteen ja halpuuteen, kun taas (oikeus)varmuus onkin jo kysymysmerkki. Yleiseen oikeudenmukaisuuteen kuuluvat seikat, kuten uhrin asema ja sosiaaliset näkökohdat, ovat vielä asia erikseen.⁷⁹

4.3 Syyttäjien puolueettomuus ja tuomareiden asema

Syyttäjän tehtävistä ja asemasta säädetään meillä yleisistä syyttäjäistä annetussa laissa (199/1997). Lain 1 §:n mukaan syyttäjän tehtävänä on huolehtia rikosoikeudellisen vastuun toteuttamisesta asianosaisen ja yleisen edun vaatimalla tavalla. Syyttäjän on noudatettava tasapuolisuutta, joutuisuutta ja taloudellisuutta.⁸⁰ Tämän niin sanotun *objektiivisuusperiaatteen* mukaisesti syyttäjän tulee virkatoimissaan tasapuolisesti ottaa huomioon ja selvittää syytetyn puolesta ja häntä vastaan puhuvat seikat. Syyttäjän tulee osaltaan pyrkiä siis oikeaan ratkaisuun ja oikeudenmukaiseen seuraamukseen.

Jo rangaistuksen mittaamissuosituksen esittäminen syyteneuvottelun perusteella on objektiivisuusperiaatteen vastaista – syytteen rajaamisesta tai faktoja koskevasta manipuloinnista puhumattakaan. Rangaistuksen mittaamissuositus perustuu kulloiseenkin neuvottelutulokseen: taitava neuvottelija saa syyttäjän tinkimään enemmän vaatimuksistaan kuin taitamaton neuvottelija. Aitoon neuvotteluun on vaikeaa yhdistää ajatusta tasapuo-

⁷⁷ Ks. *Fisher* 2003 s. 2. Tietysti hänen mukaansa myös rikosasian vastaajilla on tässä tärkeä, joskin kovin monisyinen osansa.

⁷⁸ *Fisher* 2003 s. 175–176.

⁷⁹ Ks. erilaisten arvojen punninnasta myös *Bibas* Cornell L. Rev. 2003 s. 1367–1370.

⁸⁰ Lain 12 §:n 6 kohdassa ilmaistaan yleinen esteellisyysperuste, joka sekkin osaltaan korostaa puolueettomuusvaatimusta.

lisuudesta. Ongelma vain korostuu, jos – niin kuin välttämätöntä olisi – vastaajalla on asianajaja. Syyttäjä joutuu silloin ammatillisessa mielessä aidosti ”pitämään puoliaan”.⁸¹ Tuleehan syyttäjän toisaalta huolehtia myös siitä, että rikoksista nostetaan syytteet. Syyttäjä pyrkisi neuvottelemaan ammatillisesti vahvan sopimuksen.

Suomalaisessakaan traditiossa ei sinällään ole vierasta, että syyttäjä esittää näkemyksensä rangaistusseuraamuksesta tuomioistuimelle. Itse asiassa ROL 6:7.1:n 6 kohdan mukaan syyttäjän tulee pääkäsittelyssä esittää loppulausuntonsa ja siinä tarvittaessa käsityksensä vastaajan syillisyydestä ja rikoksen seuraamuksesta. *Vuorenpään* mukaan rikoksen seuraamusta koskevan lausunnon tulee olla syyttäjän objektiivinen näkemys siitä, minkälaisen rangaistuksen vastaaja on teostaan ansainnut. Ainakin rangaistuksen lajin tulisi ilmetä loppulausunnosta. *Vuorenpää* edellyttäisi myös syyttäjän lausumaa siitä, kuinka ankara rangaistus tulisi tuomita. Tosin tällä *Vuorenpää* viittaa pikemminkin RL 6 luvun mittaamisperusteisiin kuin yksin tietyn sakko- tai vankeusmäärän ilmaistamiseen.⁸²

Näin ollen meillä jo nykyisinkin syyttäjän odotetaan esittävän näkemyksensä myös seuraamuksesta, jonka määrääminen kuuluu tuomioistuimen toimivaltaan. Utta olisi se, että näkemys perustuisi syyttäjän ja vastaajan sopimukseen eikä syyttäjän objektiivisuusperiaatteen mukaiseen harkintaan.

Keskeistä myös on, kuinka paljon tunnustuksen ja syytesopimuksen taakse vaaditaan syyttäjältä näyttöä. Kuten edellä todettiin, oikeusturvan takaa vasta järjestelmä, jossa syyttäjällä on oltava tuomitsemisen mahdollistava näyttö, se on esitettävä vastaajalle avoimesti ja vielä kontrolloitava tuomioistuimessa. Plea bargaining testaa objektiivisuusperiaatetta ennen kaikkea syyteharkintavaiheessa: miten varmistetaan se, että syyttäjä hankkii tasaapuolisesti näyttöä kumpaankin suuntaan, kun tavoitteena on tunnustus ja syytesopimus?⁸³

⁸¹ Tällainen ajattelu on vastoin nykyistä objektiivisuusperiaatetta. On katsottu, että syyttäjä on velvollinen tuomaan esille vastaajan eduksi puhuvia seikkoja siitä huolimatta, että vastaajalla on avustaja, jos avustaja ei jostakin syystä ole huomannut vedota näihin seikkoihin. *Vuorenpää* 2007 s. 215–216.

⁸² *Vuorenpää* DL 2003 s. 1007. Ks. myös *Jokela* 2008 s. 286–287 ja 358–359 ja siellä mainittu kirjallisuus. Jokelan mukaan loppulausunnossakaan (pledeeraus) määrällisten yksilöityjen rangaistusvaatimusten tekeminen tuomioistuimelle ei ole ainakaan yleisesti tarpeen. Myöskään *Tolvanen* ei pidä asianmukaisena sitä, että syyttäjät esittävät tuomioistuimille määrällisiä enimmäisrangaistusvaatimuksia. *Tolvanen* DL 2003 s. 1027.

⁸³ Ks. myös *Loiva* HLR 2008 s. 77.

Kaiken kaikkiaan objektiivisuusperiaatteen ja syyteneuvottelun yhteensovittaminen on hankalaa. Jos pidetään kiinni siitä, että syyttäjän tehtävänä on objektiivisuusperiaatteen mukaisesti oikean ratkaisun ja oikeudenmukaisen seuraamuksen tavoittelemineen, on vaikeaa perustella, miksi syyttäjän tulisi luopua syyteneuvottelun perusteella esittämästä lain mukaista ja oikeana pitämäänsä rangaistusvaatimusta.⁸⁴

Plea bargaining vaikuttaa myös tuomioistuinten asemaan rikosprosessin keskeisenä lainkäyttöelimenä, ehkä jopa tuomioistuinten riippumattomuuteen. Tuomioistuimen lainkäyttö jäisi muodollisuudeksi, jos tuomioistuin on *oikeudellisesti* sidottu syyteneuvottelun tulokseen. Tuomioistuin kumileimasimena on oikeusvaltiossa kovin vieras ajatus. Asiaa ei paljon auta, vaikka tuomioistuimelle olisi uskottu korvaava erityisprosessi, jonka tarkoituksena on varmistaa neuvottelujen asianmukaisuus ja tuloksen vapaaehtoisuus. Silloin syyttäjä ja vastaaja ovat de facto sopineet rangaistuksesta ja tuomioistuinkontrolli koskee vain tämän sopimuksen tekemistä, ei itse asiaa. Tuomioistuimen asema olisi uhattuna, vaikka se ei olisi oikeudellisesti sidottu neuvottelun tulokseen, jos järjestelmä perustuu *tosiasialliseen* syytesopimusten noudattamiseen.

Amerikkalaisissa plea bargaining -menettelyissä tuomioistuin voi yleensä poiketa sopimuksen mukaisesta rangaistuksen mittaamisesta. Tätä mahdollisuutta käytetään kuitenkin säästeliäästi. Pelkkä hypoteettinen mahdollisuus käyttää tuomiovaltaa vähentää tuomioistuimen painoarvoa merkittävästi. Eikä syytteen rajaamiseen perustuva syytesopimus jätä tuomioistuimelle tuomiovallan käyttöön edes mahdollisuutta, vaan tuomio annetaan manipuloidun syytteen pohjalta. Ei liene liioittelua väittää, että tosiasiasa tuomioistuimet ovat silloin pitkälle luopuneet tehtävistään rikosprosessissa. USA:ssa rikosprosessin on katsottu muuttuneen enemmänkin hallinnolliseksi kuin oikeudelliseksi päätöksenteoksi.⁸⁵

Jos taas neuvottelijana olisikin syyttäjän sijasta *tuomari* – kuten Saksassa – saatetaan joutua ongelmiin oikeudenkäynnin myöhemmissä vaiheissa. Saksassa on kannettu huolta jopa painostuksesta, kun sama tuomari sekä neuvottelee että tuomitsee – ja päättää syyllisyydestä. Ongelmia aiheuttaa myös sopimuksen raukeaminen, kun merkityksellisiä seikkoja on jäänyt huomaamatta tai kun muuten havaitaan, että ajateltu rangaistusasteikko ei vastaa tekoa. Näin ollen sama tuomari, joka on ollut neuvotteluosapuolena, voi syrjäyttää sopimuksen, ja vastaaja joutuu kohtaamaan tämän tuomarin

⁸⁴ Näin myös *Vuorenpää* 2007 s. 213.

⁸⁵ *O'Hear* 2007a s. 17 ja 53.

oikeudenkäynnin jatkuessa. Entä miten pyyhitään pois tuomarille kerran annetun tunnustuksen vaikutus?

Tuomareiden riippumattomuudesta ja puolueettomuudesta on kannettu huolta uudistuksen jälkeisessä saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa. On havaittu, että tuomarit saattavat antaa suhteettoman korkeita rangaistuksia silloin, kun heidän esittämänsä ehdotus on torjuttu. Lisäksi on korostettu, että tuomarin vetäytyminen sopimuksesta ei saa johtaa siihen, että puolustukselta evätään tilaisuus vaatia ja esittää lisää todistelua, toisin sanoen muuttaa omaa strategiaansa. On myös todennäköistä, että kertaalleen tehdyn tunnustuksen vaikutusta ei voida jälkikäteen täysin mitätöidä, jolloin vastaajan mahdollisuus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on saatettu lopullisesti menettää.⁸⁶ – Plea bargaining -menettelyn on todettu dramaattisesti muuttaneen tuomarin roolia Saksassa. Tuomari ei ole enää puolueeton ja riippumaton näytön arvioija vaan osallistuu konsensuksen rakentamiseen tasavertaisena sopijapuolena.⁸⁷

Tuomioistuimen riippumattomuus ja asema keskeisenä lainkäyttöelimenä on Suomessa itseisarvo. On vaikea ajatella, että tuomari noudattaisi syytesopimusta oikeudellisesti tai tosiasiallisesti sitovana asiakirjana ja samalla väittäisi olevansa syyttäjältä tai vastaajasta riippumaton ja itsenäinen lainkäyttöelin. Jos taas tuomari itse osallistuu neuvotteluun, meidän tulisi olla valmiita olennaisesti muuttamaan käsitystämme tuomarin *esteellisyydestä*. Neuvotteluehdotuksen tekeminen syyttäjälle ja vastaajalle tuomarin omissa nimissä merkitsee vahvaa ennakkosuhtautumista asiaan.

4.4 Asianomistajan oikeudet

Suomessa asianomistajalla on toissijainen syyteoikeus: asianomistaja saa itse nostaa syytteen rikoksesta, jos virallinen syyttäjä on päättänyt jättää syytteen nostamatta tai esitutkintaviranomainen taikka syyttäjä on päättänyt, ettei esitutkintaa toimiteta tai että se keskeytetään taikka lopetetaan (ROL 1:14.1). Asianomistajalla on myös oikeus ottaa ajaakseen syyte, jonka virallinen syyttäjä on peruuttanut (ROL 1:15.1).

Asianomistajan syyteoikeudella on perustuslaillinen pohja. Syyteoikeus perustuu PeL 21 §:ssä turvattuun oikeuteen saada asiansa käsitellyksi tuo-

⁸⁶ Ks. *Frommann* HanseLR 2009 s. 203 ja 205–210.

⁸⁷ Ks. *Frommann* HanseLR 2009 s. 220.

mioistuimessa.⁸⁸ Asianomistajaa tuskin voidaan pakottaa luopumaan oikeudestaan vaatia lain mukaista rangaistusta lainmukaisessa oikeudenkäynnissä joutumatta perustuslailliseen ristiriitaan.

Myös summaarinen, tunnustetun rikoksen kirjallinen käsittely edellyttää asianomistajan suostumusta. ROL 5a:1.1:n 4 kohdan mukaan kirjallinen menettely edellyttää, että asianomistaja on esitutkinnassa tai kirjallisesti myöhemmin ilmoittanut, ettei vaadi pääkäsittelyn toimittamista. Tässä siis asianomistajan suostumus on mahdollinen jo ennen kuin tiedetään, mitä syytettä se koskee. – Käytännössä kirjallisesti käsitellyt asiat ovat suurelta osin rattijuopumuksia ja muita liikenne rikoksia, joissa asianomistajaa ei yleensä ole. Asianomistaja on noin reilussa viidenneksessä kirjallisesti käsitellyistä rikosasioista.⁸⁹

Asianomistajan asemaa ei voida syrjäyttää edes sillä argumentilla, että asianomistajalle itse asiassa kuuluu vain korvausvaatimus rikoksen perusteella ja että access to justice -periaate koskee viime kädessä ainoastaan tätä vaatimusta. Vaikka oltaisiin valmiita tähän perusoikeuden supistukseen, ei voida sivuuttaa rikostuomion vaikutusta yksityisoikeudelliseen saamisoikeuteen. Se, mistä teosta ja mihin rangaistukseen vastaaja on tuomittu, vaikuttaa eri tavoin myös asianomistajan korvaussaatavaan. Ajatellaan esimerkiksi vakuutuskorvausta: asianomistajan oman myötävaikutuksen puuttuminen voi saada olennaisen merkityksen. Myös korvaussaatavan lopullinen vanhentuminen määräytyy tuomitun rikoksen mukaan (15/20 vuotta, ks. UK 2:24 ja 25). Tuomittu rangaistus saattaa vaikuttaa myös rikoksentehtäjän mahdollisuuteen päästä velkajärjestelyyn.

Nykyisen lain mukaan aina kun syyttäjä antaisi rangaistussuosituksen, rajaisi syytettään tai sopisi syytteen perustana olevista tosiasioista, asianomistajalle ilmeisesti syntyisi toissijainen syyteoikeus, koska syyttäjä on jättänyt osasta tekoja syytteen nostamatta tai on nostanut lain mukaista lievemmän syytteen. Vaikka syyte olisi nostettu täysimääräisenä, mutta se ei johtaisi normaaliin rangaistukseen, saattaa asianomistaja yllä todetulla tavalla kärsiä vahinkoa oman saatavansa perimisessä. Jos tuomioistuimessa olisi käsiteltävänä syytesopimukseen perustuva rikosasia ja asianomistajan nostama syyte, syytesopimus menettäisi merkityksensä.

⁸⁸ Ks. LaVM 31/2002 vp – HE 52/2002 vp (Hallituksen esitys laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta) ja PeVL 36/2002 vp saman esityksen johdosta. Lakivaliokunta lisäsi ROL:iin säännökset asianomistajan toissijaisesta syyteoikeudesta.

⁸⁹ OPTL 2010 s. 56–57.

Asianomistajan *kuuleminen* neuvottelujen alkamisesta tai tuloksesta ei riitä – eikä sekään, että asianomistajan *suostumusta* edellytettäisiin neuvottelujen aloittamiselle. Tällöinhän asianomistaja joutuisi pimennossa luopumaan puhevallastaan. Ainoastaan jos asianomistaja hyväksyy neuvottelutuloksen asiantuntija-apua saatuaan ja asianomistajalle on varattu sama avoin pääsy täyden näytön todistusaineistoon kuin vastaajallekin, asia on periaatteessa kunnossa – edellyttäen vielä, että tuomioistuin kontrolloi näytön ja tekijän syyllisyyden.

Täytyy kuitenkin muistaa, että tietyissä rikostyypeissä, kuten perheväkivallassa, ovat samat ongelmat kuin asianomistajarikoksissa: uhrin suostumus saattaa olla tosiasiassa pakotettu. Jatkuvan väkivallan tai sen uhan alla elävältä henkilöltä suostumusta syyteneuvotteluihin ei pitäisi edes voida kysyä. Ylipäättään väkivaltarikokset syyteneuvottelujen kohteena ovat ongelmallisia. Sivuuuttaa ei voida myöskään sitä mielipahaa ja epäoikeudenmukaisuuden tunnetta, jota rikoksen uhri kokee silloin, kun rikosta ei selvitetä kunnolla ja saateta syyteeseen lain mukaisesti.⁹⁰

Vaikka asianomistajan syyteoikeus jätettäisiin ennalleen, toissijaisen syyteoikeuden käyttöala laajentuisi syyteneuvottelujärjestelmässä niin, että asianomistaja jäisi käytännössä yksin valvomaan etuaan. Tämä olisi vastoin kehitystä, jossa asianomistajan vaateet on pyritty hoitamaan osana virallisprosessia.⁹¹ Vastaavasti Ruotsissa on viime vuosikymmenten aikana kiinnitetty enenevässä määrin huomiota rikoksen uhrin asemaan, joka kaipaa yhteiskunnan panostusta, kuten avustajia ja tukihenkilöitä sekä tietoa prosessin eri vaiheissa. Jos syyttäjä rajoittaa tutkintaa tai syytetä vastaajan tunnustuksen perusteella ja viralliskoneisto etenee tältä pohjalta, jää asianomistaja ilman virallistukea etujensa valvomisessa.⁹²

4.5 Valtiosääntöoikeudellinen näkökulma

Useisiin edellä esiin tuotuihin näkökulmiin liittyy perus- ja valtiosääntöoikeudellisia aineksia. Mutta voidaan vielä erikseen asettaa suurennuslasin

⁹⁰ Ks. myös SOU 2005:117 s. 63.

⁹¹ Jo esitutkintavaiheessa on selvitettävä asianomistajan yksityisoikeudellinen vaatimus, jos hän on pyytänyt syyttäjää ajamaan vaatimustaan. Saman periaatteen säilyttämistä ehdotetaan myös esitutkinta- ja pakkokeinoimikunnan mietinnössä (ETL 1:2, KM 2009:2, s. 274 ja 613).

⁹² SOU 2005:117 s. 63.

alle kysymys, onko edes oikeusturvaoptimeissa olosuhteissa annettu vastaajan suostumus syyteneuvotteluun mahdollinen.

Pohtiessaan tuomioistuimen ulkopuolista summaarista rikosasioiden käsittelyä perustuslakivaliokunta katsoi, että perusoikeusrajoituksen kohteeksi joutuvan henkilön suostumuksella voi olla merkitystä. ”Valiokunta on toisaalta pitänyt selvänä, että perusoikeussuoja ei voi oikeudellisena kysymyksenä menettää aina merkitystään pelkästään siksi, että laissa säädetään jonkin toimenpiteen vaativan kohdehenkilön suostumuksen. Perusoikeussuojaa ei voida millaisessa asiassa tahansa jättää riippumaan asianomaisen suostumuksesta.” Valiokunnan mukaan lain, jossa suostumuksenvaraisesti puututaan perusoikeussuojaan, tulee olla tarkka ja täsmällinen, ja siinä on oltava säännökset suostumuksen antamisen ja peruuttamisen tavasta sekä *suostumuksen aitouden ja vapaaseen tahtoon perustuvuuden varmistamisesta*. Lisäksi sääntelyn tulee olla *välttämätöntä*.⁹³

Samansuuntaisesti perustuslakivaliokunta on linjannut myös ROL 5 a luvun (kirjallinen menettely rikosasioissa) käsittelyn yhteydessä ja katsonut, että perusoikeussuoja ei menetä aina merkitystään pelkästään siksi, että laissa säädetään jonkin toimenpiteen vaativan asianomaisen suostumuksen. Tässäkin mietinnössä valiokunta edellytti lailta tarkkuutta ja täsmällisyyttä, säännöksiä suostumuksen antamisen ja sen peruuttamisen tavasta, suostumuksen aitouden ja vapaaseen tahtoon perustuvuuden varmistamista sekä sääntelyn välttämättömyyttä. Perustuslakivaliokunta korosti sitä, että suostumuksen aitouteen ja vapaaehtoisuuteen sekä nimenomaisuuteen on kiinnitettävä erityistä huomiota, kun kysymys on oikeusturvasta rikosoikeudenkäynnissä. Lisäksi on varmistuttava siitä, että suostumuksen antaja tietää ja ymmärtää suostumuksen merkityksen.⁹⁴ – Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tekemä seurantaraportti osoittaa, ettei käytännössä ole keinoa varmistaa sitä, että vastaaja on ymmärtänyt kirjallisesti antamansa suostumuksen ja tunnustuksen merkityksen. Tuomarit kyllä siirtävät asian suulliseen käsittelyyn, jos asiassa on jotakin ”epäselvää” tai ”erityistä”. Aina tämä seula ei kuitenkaan pidä.⁹⁵

Ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä suostumusta (ja julkista käsittelyä koskevan pyynnön puuttumista) on pidetty hyväksyttävä-

⁹³ Ks. PeVL 7/2010 vp – HE 94/2009 vp laiksi sakon ja rikesakon määräämisestä sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

⁹⁴ PeVL 31/2005 vp – HE 271/2004 vp laeiksi oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain, oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien rikosasioiden käsittelyä käräjäoikeudessa koskevien säännösten muuttamisesta.

⁹⁵ Ks. OPTL 2010 s. 43, 62–63, 80 ja 88.

vänä perusteena oikeudenkäynnin julkisuudesta ja suullisuudesta luopumiselle ensimmäisessä tuomioistuinasteessa (ks. muun muassa Håkansson and Sturesson v. Sweden, tuomio 21.2.1990).

Jos vastaaja luopuu oikeudestaan oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, edellä mainittujen perustuslakivaliokunnan esiin tuomien edellytysten tulee täytyä. Vaikka esimerkiksi suostumuksen aitous ja vapaaehtoisuus voitaisiin taata – tämän vaikeuteen palataan tuonnempana – pitäisi lisäksi pystyä perustelemaan uudistuksen välttämättömyys.

Plea bargaining sisältää tietyn rakenteellisen vinouman, joka suosii neuvotteluja oikeudenkäynnin kustannuksella. Tämä johtaa ristiriitaan: rikosprosessissa perusoikeuksien kunnioittamisella tarkoitetaan – paitsi sitä, että prosessi itsessään on oikeudenmukainen – myös sitä, että tuomioistuin pidättäytyy toimenpiteistä, joiden voitaisiin katsoa tekevän oikeudenkäynnistä epäoikeudenmukaisen. Perusoikeuksia voidaan suojata erityisesti tuomioistuimen aktiivisella prosessinjohtolla.⁹⁶ Tähän ei kuitenkaan tule tilaisuutta, jos tuomari on tosiasiaassa sidottu neuvottelutulokseen – tulokseen, jonka aikaansaamiseksi syyttäjä tuskin on voinut samaan aikaan sekä neuvotella että aktiivisin toimin edistää vastaajan perusoikeuksien toteutumista.

5 OIKEUSTURVA SYYTENEUVOTTELUISSA

5.1 Vapaaehtoinen, tietoinen ja tosiasioita vastaava neuvottelu

Puhuttaessa oikeusturvasta plea bargaining -menettelyssä huomio voidaan kiinnittää kahteen keskeiseen seikkaan: a) onko syytesopimus tehty vapaaehtoisesti, tietoisesti ja asiantuntijan avustamana – ja vaikka näin olisikin, b) vastaako sopimus tosiasioita (näyttö). Onko toisin sanoen tahdonmuodostus kunnossa ja perustuuko tahdonmuodostus faktoille?

Tahdonmuodostuksen kontrolloimiseksi ei riitä se, että tuomari tiedustellee vastaajalta, onko rikoksen tunnustaminen ja tietojen antaminen ollut vapaaehtoista, onko vastaaja varmasti tietoinen tietyistä prosessuaalisista oikeuksista luopumisen merkityksestä ja saiko vastaaja riittävästi oikeusapua neuvotteluvaiheessa. Näiden kysymysten riittämättömyys johtuu siitä, että oikeusturvaongelmat ovat plea bargaining -menettelyssä pikem-

⁹⁶ Pölönen 2003 s. 65–66.

minkin rakenteellisia kuin yksittäistapauksellisia. *Lynch* on tavoittanut asian ytimen todetessaan: ”The constitutional defect with plea bargaining is systemic, not episodic.”⁹⁷

Suomessa rikosasian vastaajan vähimmäisoikeuksina on pidetty seuraavia seikkoja: tieto syytteen sisällöstä, riittävä valmistautumisaika puolustukselle, oikeus valita avustaja, todistajien kuulustelu, tulkkaus, itsekriminointisuoja ja suoja kaksinkertaista rangaistusta vastaan.⁹⁸ – Ei kuitenkaan ole riittävää sekään, että listassa mainituista seikoista on joko huolehditu tai vapaaehtoisesti luovuttu. Syyteneuvottelut mahdollistavat muun muassa vaikeasti määriteltävissä olevaa neuvottelutaktikointia ja aiheuttavat vastaajalle erityistyyppisen paineen, joita on vaikea muotoilla normeiksi menettelyn asianmukaisuutta koskevaan tarkistuslistaan.

Kiistämätön realiteetti on, että ihmiset tunnustavat eri syistä rikoksia, joita eivät ole tehneet. Taustalla saattavat olla mielenterveysongelmat, julkisuuden tavoittelu, todellisen tekijän suojeleminen, tunnustamisesta luvattu palkkio ja ties mitä. Yhdysvalloissa on havaittu, että syytön vastaaja saattaa tunnustaa syyllisyytensä vain välttääkseen aikaa vievän oikeudenkäynnin ja mahdollisesti sitä edeltävän pidätysajan.⁹⁹

Talousrikoksissa on tavanomaista, että toiminnassa on käytetty erilaisia välikäsiä esimerkiksi yhtiön hallituksen jäsenenä. Ei ole aivan mitätön riski, että bulvaaneja käytettäisiin myös sijaiskärsijöinä. Talous- ja huumausainerikoksiin kuuluu huomattavien rahamäärien liikuttelu, jolloin sivullisen tunnustus rahakorvausta vastaan ei ole pelkkä teoreettinen mahdollisuus.

Yhdysvalloissa plea bargaining -järjestelmän vastustajat ovat osoittaneet, että syyttömiä on tuomittu. Järjestelmän puolustajat, kuten *Howe*, eivät tätä kiellä: ”American lawmakers have not abolished plea bargaining to prevent innocent people from pleading guilty, despite both warnings from academics that bargaining promotes false guilty pleas and convincing evidence that they sometimes occur.” Kirjoittaja jopa selittää, että plea bargaining -menettelyn poistaminen vahingoittaisi syyttömiä vastaajia

⁹⁷ *Lynch Regulation* 2003 s. 27.

⁹⁸ Ks. lähemmin *Jokela* 2008 s. 77–78 ja *Virolainen* 2008 s. 200–201.

⁹⁹ *Howe* OLR 2005 s. 632. Oma ongelmansa ovat *Alford*- ja *nolo contendere* plea, joissa syyttömän tuomitsemiseen on normaalia suurempi riski. Nämä plea-muodot ovat funktionaalisesti samanlaisia kuin guilty plea, paitsi että vastaaja ei myönnä syyllisyyttään. Ks. lähemmin *Bibas* Cornell L. Rev. 2003 s. 1370–1411. Ks. pohdintoja syyttömien riskistä tulla tuomituksi myös *Alschuler* Cal. L. Rev. 1981 erit. s. 714–715.

eväämällä heiltä riskiä vähentävän option (”risk-reducing option”).¹⁰⁰ Myös Englannissa myönnetään, että rangaistuksen lievennys, joka seuraa guilty plea -ilmoituksesta saattaa muun muassa silloin, kun puolustusasianajaja korostaa syyttäjän näytön vahvuutta, johtaa syyttömiä tuomitsemiseen.¹⁰¹ – Näihin oikeusturvakysymyksiin palataan jäljempänä pohdittaessa valinnan vapaaehtoisuutta itsekriminointisuojaan kannalta.

Syyttömästi tuomittujen osalta katseet on käännetty plea bargaining -järjestelmästä tuomioistuinprosessiin. On todettu, että syyttömiä kyllä tuomitaan aivan liian usein, mutta se johtuu vastaajien pelosta *normaalia rikosoikeudenkäyntiä* kohtaan. Oikeudenkäynnin välttääkseen he tunnustavat syyllisyytensä tekoihin, joita eivät ole tehneet. Tämä ei kuitenkaan ole osoitus plea bargaining -menettelyn vaan oikeudenkäyntijärjestelmän ongelmista.¹⁰² – Tähän voidaan huomauttaa, että antaessaan mahdollisuuden ohittaa rikosoikeudenkäynnin syyteneuvottelu nostaa valokeilaan normaali-prosessin ongelmat. Mutta jos tällaista ohitusmahdollisuutta ei olisi, voimavarat olisi suunnattava itse oikeudenkäynnin kehittämiseen. Aivan kuin tiellä olisi iso kivi, jota kukaan ei siirrä sivuun, vaan jokainen yrittää ohittaa sen kapeaa piennarta pitkin – ja osa putoaa ojaan.

5.2 Näytön hankkiminen

Näyttökysymyksessä ei ole oikotietä: joko syyllisyys selvitetään tai sitten ei. Jälkimmäiseen kuuluvat myös kaikki sellaiset kategoriat kuin todennäköisyysnäyttö, ”ei nouse esille vastasyitä” -näyttö ja muut vastaavat sellaiset näytön tasot, jotka eivät riittäisi tuomitsemiseen nykyjärjestelmässä. Peruskysymys on, miksi plea bargaining -menettelyssä tuomitsemiskynnys saisi olla alhaisempi kuin oikeudenkäynnissä. Rikosoikeudenkäynnissä vallitsevana tuomitsemiskynnyksenä pidetään ”ilman järkevää epäilyä” -kriteeriä (”täysi näyttö”).¹⁰³

Oikeudenkäynnissä tunnustus on osa näytön arviointia. Periaatteessa huomautettavaa ei ole, jos tunnustus syyteneuvottelussa saa saman aseman

¹⁰⁰ Yhdysvalloissakin huolellisimmat tuomarit kuitenkin pyrkivät minimoimaan syyttömiä tuomitsemista edellyttämällä, että vastaaja itse kertoo tapahtumainkulun. *Howe OLR* 2005 s. 630 ja 633.

¹⁰¹ Ks. *Ashworth* 2006 s. 14.

¹⁰² *Sandefur Regulation* 2003 s. 31.

¹⁰³ Ks. lähemmin esimerkiksi *Pölönen* 2003 s. 140–143.

ROL 1:7 ja 8:ssä säädetään ns. seuraamusluonteisesta syyttämättä jättämisestä. Ks. näyttövaatimuksesta tältä osin *Jokela* 2008 s. 225–226 ja siellä mainittu kirjallisuus.

kuin oikeudenkäynnissä – jäljelle jää se visainen kysymys, miten tämä varmistetaan. Jos tuomari käy näytön läpi aivan kuten normaali oikeudenkäynnissä ja toteaa sen riittävyyden tuomitsemiseen, oikeusturva on siltä osin kunnossa.

Kiistämätön totuus lienee, että vain asianmukaisesti järjestetyn virallisen kontrollikoneiston hankkima ”täysi näyttö” on riittävä keino minimoida vääriä syyksilukemisia rikosprosessissa. Rangaistus on yhteiskunnan käyttämä kontrolliväline, jolloin yhteinen intressi on, että sitä käytetään ainoastaan tarkoitukseensa.

Plea bargaining -järjestelmässä oikeusturva taataan vain, jos vaaditaan tuomitsemiskynnyksen ylittymistä *ennen* neuvottelujen aloittamista – vasta silloin henkilö on siinä asemassa, että hänelle voidaan edes ehdottaa neuvottelua ja siinä tehtävää valintaa tunnustamisen ja rangaistuslievennyksen tai oikeudenkäynnin välillä. Kaikissa muissa tapauksissa asettaminen tällaiseen valintatilanteeseen on ennen aikaista ja perusteetonta. Neuvottelujen aloittamiseen ei riitä syytekynnyksen ylittyminen¹⁰⁴ – esitutkintakynnyksestä puhumattakaan.¹⁰⁵ Ja näyttö on vielä kontrolloitava tuomioistuimessa. Tinkimistä näytön tasosta merkitsevät muun muassa seuraavat menettelyt syyteneuvottelun jälkeen:

- 1) täysi rikosoikeudenkäynti kuitenkin niin, että rikoksenteikijän tunnistus keventää normaalia enemmän syyttäjän näyttötaakkaa
- 2) kevennetty rikosoikeudenkäynti niin, että joitakin vaiheita on jätetty pois, kuten todistelu
- 3) tuntuvasti kevennetty rikosoikeudenkäynti, jossa syyllisyyttä ei tutkita, mutta varmistetaan syyteneuvottelujen asianmukaisuus ja vapaaehtoisuus
- 4) siirrytään suoraan neuvottelun jälkeen rangaistuksen määräämiseen.

¹⁰⁴ ROL 1:6:n mukaan virallisen syyttäjän on nostettava syyte, kun on olemassa *todennäköisiä syitä* rikoksesta epäillyn syyllisyyden tueksi. – Ks. syytekynnyksestä mm. *Frände* 2008 s. 428–430. *Frände* toteaa, että toisinaan seuraa epävarmuus siitä, onko näyttökynnyksessä syytteen nostamiseksi ylitetty. Tämä johtuu siitä, että yhtäältä syyttäjä joutuu harkitsemaan, onko riittävää näyttöä syyllisyyden tueksi ja toisaalta onko näyttö tarpeeksi alhainen vaihtoehdoisten selitysmallien puolesta.

¹⁰⁵ Tuotakoon tässä yhteydessä esiin ehdotus uudeksi esitutkintalaiksi (ETL 1:2). Siinä edellytetään, että epäilty rikos on selvitettävä ”asian laadun vaatimalla tavalla”. Tällä tarkoitetaan sitä, että pyritään keräämään riittävä kohtuudella saatavissa oleva selvitys ja näyttö – niin epäiltyä vastaan kuin hänen puolestaan puhuva. Vakavat rikokset tulee tutkia erityisen perusteellisesti. KM 2009:2 s. 272–273.

Olennaista on se, paljonko huomiota kiinnitetään ja resursseja käytetään todellisen tapahtumainkulun selvittämiseen ensin syyteharkintavaiheessa ja sitten tuomioistuimessa. Yhdysvaltojen ja Viron versioissa normaalin rikosoikeudenkäynnin korvaavat neuvottelun asianmukaisuutta koskevat oikeusturvavarmistukset (3).

Kuten todettiin, Viron järjestelmässä syyllisyys jää sopimuksen taustalle lausumattomaksi oletukseksi. Jos vastaan puhuvia seikkoja ei ilmaannu tuomioistuimessakaan, asian katsotaan olevan kunnossa. Syytesopimuksen allekirjoittaminen ei merkitse näyttöä syyllisyydestä vaan se on eräänlainen ”dispensational procedural act”.¹⁰⁶ Tämä on kyllä elegantti mutta vaarallinen tapa sivuuttaa ”resurssisyöppö” syyllisyyskysymys.

Plea bargaining on hankala toteuttaa virallisperiaatteeseen perustuvassa järjestelmässä, jossa oikeussuojan saanti ja oikeusturvan taso rikosprosessissa ei ole riippuvainen vastaajan ”disponoinneista”, kuten yksinomaan tunnustamisesta. Plea bargaining saattaa tuoda järjestelmään – ehkäpä hiukan salakavalalla tavalla – vastaajan määräämisvallan lisäyksen, joka ei kuitenkaan järjestelmän tasolla ole vastaajien edun mukaista. Plea bargaining on kuin Troijan hevonen, jonka mukana määräämisperiaate valtaa alaa virallisperiaatteelta rikosprosessissa.¹⁰⁷

Ennen vuoden 2004 uudistusta Virossakin vaadittiin sekä todistelua että syyllisyyden tunnustaminen ennen neuvottelujen aloittamista. *Sillaots* pitää uudistusta sikäli ”positiivisena” kehityksenä, että neuvottelumenettelyn käyttöalaa on voitu Virossa laajentaa mutta suhtautuu kuitenkin kriittisesti siihen, ettei neuvottelua koskeva sääntely enää koske syyllisyyden tunnustamista.¹⁰⁸

Viron uusi syyteneuvottelusäännöstö muistuttaa vielä enemmän dispositiivista riita-asiaa kuin USA:n järjestelmä, jossa vastaajan syyllisyys on yleensä neuvottelujen lähtökohta – tosin oma kysymyksensä on, miten syyllisyys todetaan guilty plea -ilmoituksen lisäksi.¹⁰⁹ Toisin kuin Viron sääntely, yhdysvaltalainen järjestelmä koskee myös vakavia rikoksia. – Mutta voidaanko syyllisyyskysymys häivyttää edes lievemmissä teoissa?

¹⁰⁶ *Sillaots* JI 2004 s. 118.

¹⁰⁷ Kielikuva on lainattu: *Langer* Harv. Int'l L. J. 2004 s. 38.

¹⁰⁸ *Sillaots* JI 2004 s. 117.

¹⁰⁹ Tulee myös muistaa, että USA:ssa on käytössä lisäksi ns. *Alford* plea ja *nolo contendere* plea, joissa syyllisyyttä ei tunnusteta. Ensin mainittua käytetään osavaltiotasolla arviolta noin 6,5 prosentissa ja jälkimmäistä 11 prosentissa tapauksista. Ks. *Bibas* Cornell L. Rev. 2003 s. 1375.

Onko yhteiskunnalla lupa polkea vähäisissä rikosasioissa oikeusturvaa sillä verukkeella, että erheen seuraukset eivät ole kohtalokkaita? Perustava kysymys on, mitä tämä vaikuttaisi seuraamusjärjestelmän yleiseen hyväksyttävyyteen.

Syyteneuvottelujen eräs ongelmallisimmista seikoista on paikata palkinnolla heikkoa näyttöä.¹¹⁰ Lupauksella rangaistuksen lievistä mittaamisesta ei voida hyvittää syyllisarvioinnissa tapahtunutta virhettä tai puutetta, ei vaikka lievennys olisi huomattavan suuri: rangaistus on aina rangaistus.

Yhdysvalloissakin on korostettu sitä, että plea bargaining ei saa korvata puuttuvaa näyttöä: However, although it is proper to consider factors bearing upon the likelihood of conviction in deciding whether to enter into a plea agreement, it obviously is improper for the prosecutor to attempt to dispose of a case by means of a plea agreement if he/she is not satisfied that the legal standards for guilt are met (United States Attorneys' Manual, USAM, 9-27.420). – Käytännössä tämän valvonta jää kuitenkin enemmän tai vähemmän ilmaan, kun tuomioistuin ei tutki syyllisyyttä perusteellisesti.

Jos syyteneuvottelun aloittamiselle ei aseteta edellytykseksi täyttä näyttöä, lienee mahdotonta pitää kiinni myöskään puolustuksen suosimisen periaatteesta (*favor defensionis*).¹¹¹ Sen mukaanhan näytön ollessa epäselvä asia ratkaistaan vastaajan eduksi (*in dubio pro reo* -sääntö) – ei niin, että vastaaja saa epäselväksi jääneestä teosta lievemmän rangaistuksen vaan hänet on vapautettava kokonaan.

Vastaajan aseman lisäksi tulee ottaa huomioon syyteneuvottelun mahdollisen negatiiviset heijastusvaikutukset *muihin osallisiin*. Etenkin jos syyteneuvottelujen yhtenä elementtinä on ollut vastaajan suostumus antaa tietoja tai todistaa muita tekijöitä tai avunantajia vastaan, saatetaan edistää vääriä valoja ja niihin perustuvia vääriä tuomioita. Tässä on kyse suoranaista todistusten ostamisesta.¹¹²

¹¹⁰ Tähän nähden vaikuttaa häkellyttävältä Englannissa käytössä olevien tuomitsemisohjeiden seuraava toteamus: "Where the prosecution case is overwhelming, it may not be appropriate to give the full reduction that would otherwise be given." Reduction in Sentence for a Guilty Plea. Sentencing Guidelines Council. 2007 s. 6. Tämähän suoraan antaa ymmärtää, että palkinto on silloin paikallaan, kun muuta näyttöä ei olisi riittävästi.

Tolvasen mukaan kaupankäynti syytteestä näyttäisi olevan sitä todennäköisempää, mitä epätodennäköisempää on epäillyn syyllisyys. *Tolvanen* DL 2003 s. 1020.

¹¹¹ Ks. tästä rikosoikeudessa vakiintuneesta periaatteesta esimerkiksi *Jokela* 2008 erit. s. 25–26 ja 32–33 ja *Virolainen* 2008 s. 192–193.

¹¹² Näin *Fyfe* – *Sheptycki* Eur J Criminology 2006 s. 347.

5.3 Syytteen rajaaminen ja fact bargaining

Oikeusturvan osalta moitittavaa ei ole, jos vastaaja asetetaan neuvottelutilanteeseen täydellä näytöllä ja näyttö kontrolloidaan tuomioistuimessa. Tämä ei kuitenkaan ole mahdollista muussa kuin rangaistuksen mittaamista koskevassa syyteneuvottelussa. Jos syyteneuvottelussa syyttäjä saa käydä kauppaa sillä, että hän syrjäyttää syyttämisen velvollisuutensa tietyin osin ja rajaa syytettään sen mukaisesti, tuomioistuin ei pääse ottamaan näyttöönkään kaikilta osin kantaa. Tämä mahdollistaa neuvottelut sellaisilla elementeillä, jotka eivät tule kontrollin piiriin. Syyttäjällä on esimerkiksi vahva näyttö teosta A ja suhteellisen heikko näyttö teosta B. Tällöin hän voi ehdottaa, että syyte koskee vain tekoa A, jonka vastaaja tunnustaa ja palkinnoksi teko B jätetään syrjään. Tällöin kauppaa on käyty sellaisella teolla, josta ei ole riittävää näyttöä.

Ruotsissa on korostettu, että selvittämisen- ja syyttämisen velvollisuuden takana on pyrkimys edistää yhdenvertaisuutta lain edessä ja estää epäilyjä, että poliisi tai syyttäjä ottavat huomioon asiaan vaikuttamattomia seikkoja esitutkinnassa ja syyteharkinnassa.¹¹³

Myös fact bargaining saattaa liittyä siihen, että syyttäjällä on joltakin osin vahva ja toiselta osin heikko näyttö. Silloin neuvottelijat sopivat siitä, mikä on totta, ja syyte rakennetaan sille pohjalle. Tietenkin fact bargaining saattaa rakentua myös seikkoihin, jotka ovat kaikki tulleet täysin näytetyksi. Tällöin tuomioistuimen toimivalta rajataan valikoituihin faktoihin, tietynlaiseen manipuloituun totuuteen.

On selvää, että nykyiseen suomalaisen syytepakkoperiaatteeseen (ks. ROL 1:6) syytteen tai faktapohjan rajaaminen ei sovi. Plea bargaining edellyttäisi käytännössä ja lainsäädännössä aimo askelta kohti tarkoitukseen mukaisuusperiaatetta.¹¹⁴

5.4 Neuvottelutaktiikka

Näytön tasosta ja vastaajan syyllisyydestä erillinen seikka on neuvottelutaktiikka, ”korttien näyttäminen”. Vaikka vaadittaisiin tuomitsemiskyn-

¹¹³ SOU 2005:117 s. 61–62.

¹¹⁴ Ks. legaliteetti- ja opportunitteettiperiaatteista plea bargaining -menettelyn osalta *Loiva* HLR 2008 s. 74. Ks. myös VSV mietintö 2001 s. 31 ja *Oikarainen* 2008 s. 60–61.

nyksen ylittymistä ja se kontrolloitaisiin oikeudenkäynnissä, mutta syyttäjän ei tarvitse tuoda näyttöä esiin neuvotteluvaiheessa, vastaaja joutuu neuvottelemaan pimennossa ja tietyllä riskillä. Tämä mahdollistaa syyttäjälle taktikoinnin, kun vastapuoli ei saa mahdollisuutta kontrolloida näytön pitävyyttä muutoin kuin valitsemalla normaalin rikosoikeudenkäynnin. Tällainen kontrolloimattomuus saattaa johtaa siihen, että syyttäjä käynnistää neuvottelut liian heikolla näytöllä ja pakottaa näin vastaajan perusteetomasti valintatilanteeseen. Vastaajalla on myös oltava selkeä kuva roolistaan rikosprosessissa, toisin sanoen, onko hän todistaja vai rikoksesta epäillyn asemassa.¹¹⁵

USA:ssa ei (edes liittovaltiotasolla) pidetä moitittavana sitä, että vastaaja joutuu neuvottelemaan pimennossa: *When a defendant agrees to plead guilty, he or she does not know whether the government can prove its case and how witnesses will testify.* Nonetheless, those uncertainties do not make the defendant's waiver of his or her right to contest the government's case invalid as a matter of law.¹¹⁶ – Toisaalta myös USA:ssa on vaadittu, että syyttäjän tulee nimetä todistajansa.¹¹⁷

Vain silloin, kun a) vastaajalle esitetään avoimesti kaikki syyttäjän näyttö, b) syyttäjä vastaa virkavastuulla, että se riittäisi tuomitsemiseen, c) vastaaja voi todeta tuomitsemiskynnyksen ylittymisen asianajajansa avulla, d) taktikointi kielletään nimenomaisesti pysyttämällä syyttäjän objektiivisuusperiaate ja e) tuomioistuimien kontrolloi sekä näytön että neuvottelujen asianmukaisuuden, olennaista oikeusturvavajaa ei ehkä syntyisi yksittäistapauksessa. Järjestelmän suurimmat ongelmat ovatkin rakenteellisia ja liittyvät valinnan vapaaehtoisuuteen – tähän palaamme.

Ruotsissa on kiinnitetty huomiota siihen, että kun syyttäjällä on parempi kokonaiskuva näytöstä, hän voi myös arvioida tilannetta paremmin. Tämä voi johtaa siihen, että syyttäjä – tietoisesti tai tiedostamatta – ”framställer den misstänktes handlingsutrymme som mera inskränkt än vad det faktiska bevisläget ger anledning till.” Syyttäjän voi myös olla vaikeaa säilyttää objektiivisuutensa esitutkinnassa.¹¹⁸ Näitä ongelmia ei välttämättä voida sääntelylläkään kokonaan voittaa.

¹¹⁵ Asianomaisen tietoisuutta asemastaan on korostettu esimerkiksi apulaisoikeuskanslerin ratkaisussa OKV/130/1/2007, 23.02.2009.

¹¹⁶ Criminal Resource Manual 626.5 (ks. käsikirjasta edellä alav. 6).

¹¹⁷ Todistajaa ei tarvitse nimetä, jos se johtaisi syyttäjän todistajan joutumiseen syytteen vaaraan. Ks. *Sandefur Regulation* 2003 s. 28.

¹¹⁸ SOU 2005:117 s. 62.

5.5 Muutoksenhakuoikeus

Muutoksenhakuoikeus on keskeinen perustuslaista ja ihmisoikeussopimuksesta johtuva prosessuaalinen oikeus. Yleensä plea agreement käsitetään asiakirjaksi, jossa vastaaja lopullisesti luopuu valitusoikeudestaan ja tietyistä muista prosessuaalisista oikeuksistaan vastineeksi rangaistuslievennykselle. Sopimuksen keskeisiin kriteereihin yleensäkin kuuluu sen *lähtökohtainen sitovuus*. Tuskin voitaisiin puhua ”sopimuksesta”, jos vastaajalla olisi oikeus vapaasti muuttaa mieltään jälkikäteen.

On mahdollista rajoittaa luopumista muutoksenhakuoikeudesta niin, että vastaaja luopuu oikeudestaan vain, jos tuomioistuin on noudattanut syytesopimusta. Näin vastaaja voi varmistaa ”selustansa” sopimusta tehdessään.

USA:ssa muutoksenhakuoikeudesta luopuminen voi olla rajoittamaton¹¹⁹ tai eri tavoin plea agreement -asiakirjassa rajattu, yleensä suhteessa tiettyyn rangaistukseen, rangaistustasoon tai rangaistuksen mittaamisohjeisiin. Jos esimerkiksi syyttäjä lupaa suositaa asteikon alemmaa puoliskoa vastaajan nuhteettoman menneisyyden perusteella, vastaaja voi rajoittaa luopumisensa muutoksenhakuoikeudesta siihen tilanteeseen, että tuomittu rangaistus pysyy tällä tasolla. Vaihtoehtoisesti muutoksenhausta luopuminen voidaan rajoittaa kapeammaksikin koskemaan tiettyjä mittaamissuositusten luokituksia. Voidaan esimerkiksi sopia ”kahden tason” lievennyksestä, jolloin muutoksenhakuoikeus koskee tätä pienempää lievennystä. Muutoksenhaun rajoittaminen voidaan räätälöidä lähes millä tavalla tahansa.¹²⁰

On selvää, että vastaajalla on oltava muutoksenhakuoikeus ainakin siltä osin kuin lopputulos ei vastaa syytesopimusta. Ongelmana vain on, mistä silloin haettaisiin muutosta – sopimuksen ”rikkomisestako”? Ilmeisesti olisi asianmukaisempaa käsitellä asia alusta alkaen uudestaan alioikeudessa ainakin kaikissa niissä tapauksissa, joissa on oikaistu jonkin vaiheen yli alioikeusmenettelyssä.

¹¹⁹ Siinä tapauksessa muutoksenhakuoikeus rajautuu muutamiin erityistilanteisiin, kuten oikeusavun puuttumiseen tai siihen, että rangaistus ylittää laissa säädetyn ylärajan. Ks. USAM, Criminal Resource Manual kohta 626.1.

¹²⁰ Ks. USAM, Criminal Resource Manual kohta 626.1.

Venäjällä muutoksenhaku erityisprosessista on kielletty näytön osalta, koska täystutkin-taista oikeudenkäyntiäkään ei ole ollut. Jotkut tuomarit ovat kuitenkin tästä poikenneet ja sallineet muutoksenhaun totuuden selville saamiseksi. *Semukhina – Reynolds ICJR 2009 s. 4*

6 PLEA BARGAINING JA ITSEKRIMINOINTISUOJA – MAHDOTON YHTÄLÖ?

6.1 Ihmisoikeussopimuksen 6 artikla

Itsekriminointisuojoilla tarkoitetaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen (jäljempänä EIS) 6 artiklaan perustuvaa yleistä periaatetta, jonka mukaan tietyssä rikosprosessuaalisessa asemassa oleva henkilö on oikeutettu pysymään vaii ja kieltäytymään osallistumasta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Sama periaate sisältyy Suomen perustuslain 21 §:ään. Myös Yhdysvalloissa itsekriminointisuojoilla on vahvat juuret perustuslaissa.¹²¹

EIS 6 artiklan (Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin) mukaan jokaisella on oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin – – silloin, kun päätetään – – häntä vastaan nostetusta rikossyytteestä. Vaikka itsekriminointisuoja ei ilmaista nimenomaisesti artiklassa, tällaisen suojan sisältyminen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin perusajatuksen on kiistatonta.

Ihmisoikeustuomioistuin tapaa käyttää ratkaisuisaan seuraavaa toteamusta: ”although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the rights relied on by the applicant, the right to silence and the right not to incriminate oneself, are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6” (ks. muun muassa asiassa *Marttinen v. Finland*, tuomio 21.4.2009).

Ihmisoikeustuomioistuin on todennut, että syytetty saa suojaa muun muassa viranomaisten epäasianmukaisia pakkokeinoja vastaan (protection of the accused against improper compulsion by the authorities). Itsekriminointisuoja tarkoittaa sitä, että syyttäjän tulee kyetä esittämään näyttö syytettyä vastaan turvautumatta todisteisiin, jotka on saatu pakolla tai painostuksella vastoin syytetyn tahtoa. Tässä mielessä suoja on yhteydessä samassa artiklassa ilmaistuun syyttömyysolettamaan.¹²²

¹²¹ Ks. mm. *Berger* CJEL 2006 s. 340.

¹²² Tämä sama määrittely on ilmaistu ihmisoikeustuomioistuimen itsekriminointisuoja koskevassa oikeuskäytännössä jo tapauksesta *Saunders v. the United Kingdom* (tuomio 17.12.1996) alkaen: ”– to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resorting to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the

Tämän kirjoituksen kannalta on riittävää todeta, että itsekriminointisuoja koskee ainakin esitutkinnassa olevaa henkilöä – näin on katsottu, vaikka EIS 6 artiklassa puhutaan syytetystä (”charged”). Täten plea bargaining -menettelyn tarkastelu suhteessa itsekriminointisuojaan ei ole ongelmallista. Kun syyteneuvottelut käydään, henkilö on epäilyksittä tilanteessa ”charged” merkityksessä ”substantially affected”, kuten EIT tapaa todeta.

Tarkasteltaessa plea bargaining -menettelyn ja itsekriminointisuojan suhdetta on keskeistä pohtia, rikotaanko syytesopimuksessa syytetyn suojaa pakkoa ja painostusta vastaan ja loukataanko vastaajan oikeutta pysyä vaihi.

6.2 Ihmisoikeustuomioistuimen käytännöstä

Ihmisoikeustuomioistuimessa ei ole nähdäkseeni ollut tutkittavana, onko plea bargaining vastoin EIS 6 artiklassa tarkoitettua oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Lukuisten ihmisoikeustuomioistuimen tuomioiden tapausselesteista käy ilmi, että kyseisessä asiassa on tehty syyttäjän ja vastaajan välillä syytesopimus – eräistä ratkaisuista käy ilmi myös, että syytetty on sopimuksen jälkeen toiminut asiassa todistajana – mutta tutkittavana on ollut muu kysymys, kuten oikeudenkäynnin kesto.¹²³ Ainakin yhdessä asiassa syytesopimuksen syntyminen on ollut syynä asian raukeamiseen ihmisoikeustuomioistuimessa.¹²⁴

Ihmisoikeustuomioistuin on muutamassa tuomiossaan linjannut, minkälaista painostusta itsekriminointisuoja koskee. Jos syytetyn tahtoon vaiku-

accused. In this sense the right in question is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention.”

¹²³ Ks. mm. *Nikolova v. Bulgaria* (No. 2) (tuomio 30.9.2004), josta käy ilmi, että 1.1.2000 Bulgarian rikosprosessilakia muutettiin mm. niin, että rikosprosessi saattaa päättyä plea agreement -sopimukseen syyttäjän ja puolustuksen kesken. Ks. myös *Yankov and Manchev v. Bulgaria* (tuomio 22.10.2009), *Slavcho Kostov v. Bulgaria* (tuomio 27.11.2008), *Ruciński v. Poland* (tuomio 20.1.2007), *Sardinas Albo v. Italy* (tuomio 17.1.2005), *Barattelli v. Italy* (tuomio 4.7.2002) ja *Melnikov v. Russia* (tuomio 14.1.2010, ei lopullinen).

¹²⁴ Ks. päätös asiassa *Glückmann v. Estonia*, Fifth Section 17.9.2008: ”On an unspecified date in 2009 the applicant and the prosecution reached a plea bargain agreement according to which the applicant was sentenced to seven years’ and six months’ imprisonment. On 17 June 2009 the applicant’s representative informed the Court that the applicant wanted to withdraw the application since he had concluded a plea bargain agreement in the criminal case against him. – – the Court finds no special circumstances regarding respect for human rights as defined in the Convention and its Protocols which require the continued examination of the case.”

tetaan rangaistuksella, uhkasakolla tai muulla suoralla *oikeudellisella sanktiolla*, kyseessä on pääsääntöisesti kielletty painostus.¹²⁵

Merkkipaalujutussa *Saunders v. the United Kingdom* (tuomio 17.12.1996) oli kysymys oikeudellisesta pakosta antaa tietoja (*contempt of court* rangaistuksineen).¹²⁶ Lisäksi valituksessa vedottiin siihen, että tunnustaminen kuulusteluissa ”must have exerted additional pressure on the applicant to give testimony during the trial rather than to exercise his right to remain silent”. Ihmisoikeustuomioistuin totesi: ”Although it cannot be excluded that one of the reasons which affected this decision was the extensive use made by the prosecution of the interviews, the Court finds it unnecessary to speculate on the reasons why the applicant chose to give evidence at his trial.” Näin ollen tällaisen ”ylimääräisen paineen” merkitykseen ei otettu kantaa.

Selvyyden vuoksi todettakoon, että oikeudellista pakkoa ja painostusta toki saadaan käyttää silloin, kun kyseessä ei ole ”taustalla” olevan rikoksen peittäminen, vaan teko itsessään.¹²⁷ Täten ei ole estettä vaatia esimerkiksi pesäluettelon tai veroilmoituksen oikeaksi vahvistamista oikeudellisten seuraamusten uhalla.

Oikeudelliset sanktiot vaitiolosta ovat pääsääntöisesti kiellettyä painostusta. Voitaneen kuitenkin pitää kiistattomana, että EIS 6 artikla koskee myös muuta kuin oikeudellista painostusta. Muu painostus (*”olosuhdepainostus tai -paine”*) on vaikeasti määriteltävissä. Selvää on, että esimerkiksi vilpillä tai harhauttamisella saadut tiedot eivät ole vapaaehtoisesti annettuja. Myötävaikuttamisen vapaaehtoisuuteen on otettu kantaa asiassa *Rieg v. Austria* (tuomio 24.3.2005).¹²⁸

¹²⁵ Ks. mm. *Funke v. France* (tuomio 25.2.1993), *Quinn v. Ireland* (tuomio 21.12.2000) ja *Marttinen v. Finland* (tuomio 21.4.2009). Ks. myös *Heaney and McGuinness v. Ireland* (tuomio 21.12.2000).

¹²⁶ Tapauksessa omaksuttiin myös se linjaus, että oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyyden selvittämiseen ei koske aineistoa, joka on saatu syytetyltä käyttämällä pakkovaltuuksia, mutta joka on olemassa riippumatta syytetyin tahdosta sellaisenaan, kuten esimerkiksi määräyksen mukaisesti hankitut asiakirjat, puhallus-, veri-, virtsa-, hius- ja ääninäytteet sekä kudospäätökset DNA-testin suorittamista varten.

¹²⁷ Ks. esimerkiksi EIT:n tutkimatta jättämistä koskeva päätös 10.9.2002 asiassa *Allen v. the United Kingdom*: ”This was not an example of forced self-incrimination about an offence which he had previously committed; it was the offence itself.”

¹²⁸ Ks. EIT:n itsekriminointisuoja koskevasta oikeuskäytännöstä myös mm. seuraavat tuomiot: *Funke v. France* (tuomio 25.2.1993), *John Murray v. the United Kingdom* (tuomio 8.2.1996) ja *Serves v. France* (tuomio 20.10.1997).

Ks. mielenkiintoinen analyysi EIT:n ratkaisukäytännöstä amerikkalaisin silmin *Berger CJEL* 2006 s. 342–381. Ks. myös saman kirjoittajan kirjoitus aiheesta *Self-Incrimination*

Itävallan moottoriajoneuvolaki antoi ylinopeutta ajaneen auton omistajalle kaksi mahdollisuutta: joko hän tunnusti ajaneensa autoa tai ilmoitti, kuka autoa on ajanut – muussa tapauksessa maksettavaksi tuli sakko, joka yleensä oli liikenne rikkomuksesta aiheutuvan rangaistuksen määräinen. Rieg ilmoitti, että autoa oli ajanut kolmas henkilö, muttei antanut tämän tarkkaa osoitetietoa. Enemmistö katsoi (vastaavan tapauksen *Weh v. Austria*, tuomio 8.4.2004, perusteella), ettei itsekriminointisuoja loukattu, koska Rieg itse ei ollut syytetyn asemassa, vaan syyllinen oli kolmas henkilö.¹²⁹ – Kaksi tuomaria jätti eriävän mielipiteen. Heidän mukaansa vaikka valittaja ei ollut muodollisesti syytettynä ylinopeudesta, todellisuus oli toinen. Rikosprosessi olisi epäilemättä alkanut valittajaa vastaan, jos hän olisi tunnustanut ajaneensa autoa. Tästä syystä valittajan tilannetta voidaan kuvata sanoilla ”substantially affected” and siten ”charged” EIS 6 artiklan autonomisessa merkityksessä.

Rieg-asiassa vähemmistöön jääneet tuomarit katsoivat, että vastaajaan kohdistunut pakko merkitsi tosiasiallisesti vaitiolo-oikeuden murentamista keskeisellä tavalla. ”In this respect we would like to note that the applicant had no other choice than either to break her silence and provide possibly incriminating information or to have a fine or term of imprisonment imposed on her for failure to provide such information.” – Valittajalla ei siis ollut kuin kaksi vaihtoehtoa: joko antaa itsekriminointi-informaatio tai saada sanktio. Käsillä oli toisin sanoen eräänlainen ”loose-loose”-asetelma.

Ihmisoikeustuomioistuimien on lukuisissa ratkaisuisaan todennut, että itsekriminointisuoja ei ole ehdoton. Näin on esimerkiksi silloin, kun tietty seikka vaatii selvästikin jonkin selityksen juuri vastaajalta – miksi vastaaja esimerkiksi oli tietyissä tiloissa, kun rikos tehtiin. Sallittua on silloin lukea vaitiolo *osaksi* näyttöä.¹³⁰ Kiellettyä uhkaamista ei ole myöskään se, että vastaajalle annetaan vaitiolon vaikutuksesta lain mukainen varoitus.¹³¹

Asiassa *Magee v. the United Kingdom* (tuomio 6.6.2000) EIT totesi, että tällainen varoitus saattoi asettaa syytetyn vaikeaan asemaan kuulustelun alussa. Jos hän päättää pysyä vaiti, siitä voidaan myöhemmin tehdä haitallisia päätelmiä. Sanotussa tilanteessa ihmisoikeustuomioistuimen

and European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence. *European Human Rights Law Review* issue 5, 2007 s. 514–533.

¹²⁹ Ks. myös vastaava myöhempi tapaus *O’Halloran and Francis v. the United Kingdom* (tuomio 29.6.2007).

¹³⁰ Ks. mm. *John Murray v. the United Kingdom* (tuomio 8.2.1996) ja *Condon v. the United Kingdom* (tuomio 2.5.2000).

¹³¹ Ks. *Beckles v. the United Kingdom* (tuomio 8.10.2002).

mukaan syytetyllä tuli olla asianajaja tukena. Asiassa oli tuomioistuimen mukaan keskeisesti kysymys siitä, oliko vastaaja pakonalaisissa olosuhteissa taivutettu myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseen. Magee oli eristetty kuulustelujen ajaksi. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että vankeusolojen ankaruudella ja eristämällä oli haluttu saada hänet puhumaan. Varoituksen osalta tuomioistuin vielä totesi, että se oli ”an element which heightened his vulnerability to the relentless rounds of interrogation on the first days of his detention”.

Siitä, milloin vastaaja on vapaaehtoisesti luopunut vaitiolo-oikeudestaan, tuskin on muodostettavissa yleistä sääntöä. Ihmisoikeustuomioistuimen mukaan huomiota on kiinnitettävä pakon laatuun ja asteeseen, prosessuaalisten takeiden olemassaoloon asianomaisessa menettelyssä ja menettelyllä saadun aineiston käyttöön.¹³²

Eurooppalaisessa oikeuskirjallisuudessa ei ole laajalti pohdittu plea bargaining -järjestelmän suhdetta itsekriminointisuojaan. Pelkästään se, että Yhdysvalloissa järjestelmää ei pidetä perustuslain vastaisena, ei vapauta meitä eurooppalaisia pohtimasta syyteneuvottelun suhdetta ihmisoikeus-sopimukseen.

USA:ssa on katsottu tapauksessa *Brady v. United States* (1970), että guilty plea -ilmoituksen vapaaehtoisuutta ei poistanut pelko ankarammasta rangaistuksesta, ei vaikka uhkana oli kuolemanrangaistus. Samoin katsottiin kuuluisassa Alford-tapauksessa, jossa Yhdysvaltojen korkein oikeus totesi, ettei guilty plea ollut ”compelled” (within the meaning of the Fifth Amendment) vain, koska se oli annettu kuolemanrangaistuksen välttämiseksi.

6.3 Plea bargaining – pakkoa ja painostusta?

6.3.1 Rikos, rangaistus ja palkinto

Johdannoksi plea bargaining -menettelyn ja itsekriminointisuojaan suhteen arvioinnille esittelen ensin yhdysvaltalaisista ”palkinto – rangaistus” -keskustelua. USA:ssa plea bargaining -järjestelmän vastustajien mukaan vastaajaa nimittäin ”rangaistaan” siitä, että hän valitsee normaalin rikosprosessin eikä tee syytesopimusta. Järjestelmän puoltajat kiistävät tämän ja katsovat puolestaan, että normaalin rikosoikeudenkäynnin valinnasta ei

¹³² Ks. mm. *Jalloh v. Germany* (tuomio 11.7.2006).

suinkaan rangaista, vaan oikeudenkäynnissä vastaaja saa juuri sen rangaistuksen, joka hänelle kuuluukin (jonka hän on siis ansainnut). Se, että joku toinen saa pienemmän rangaistuksen, ei tee ansaittua rangaistusta ansaitsemattomaksi. Vaikka neuvoteltu rangaistus on alhaisempi kuin oikeudenkäynnin tulos, oikeudenkäynnin käynyttä vastaajaa ei ole kohdeltu epäoikeudenmukaisesti – hänhän on saanut ansaitsemansa rangaistuksen.¹³³ Palkinnon saamatta jääminen ei järjestelmän puoltajien mukaan tarkoita, että asianomaista silloin rangaistaan.

Keskustelu näyttää saaneen Yhdysvalloissa jopa hieman huvittavia piirteitä, kun kukin kirjoittaja selittää sanojen palkinto ja rangaistus semantiikkaa haluamallaan tavalla. Esimerkiksi *Howe* esittää seuraavan määrittelyn: ”The failure to receive a reward does not constitute a penalty, particularly when one did not do what was required to receive the reward.”¹³⁴ *Sandefur* puolestaan muotoilee asian niin, että lievempi tuomio yhdelle vastaajalle ei lisää toisen vastaajan rangaistusta, mutta ei myöskään anna lievennystä – jota sitä paitsi kummallakaan vastaajalla ei ole oikeutta edes saada.¹³⁵

Dikotomian palkinto/sanktio käyttäminen plea bargaining -menettelystä puhuttaessa on harhaanjohtavaa. Vaikka saattaisi olla houkuttelevaa väittää, että vastaajaa ”rangaistaan” normaalin rikosoikeudenkäynnin valinnasta – tähän olisi kiistatta myös EIS 6 artiklan vastaista pakkoa ja painostusta – väite ei kannu. Dikotomiakeskustelussa asiaa katsotaan seuraavasti:

<i>palkinto</i>	↔	<i>rangaistus</i>
– plea bargaining		– rikosoikeudenkäynti

Jos kuitenkin rangaistuksella tarkoitetaan tavanomaisen kielenkäytön mukaisesti ”ylimääräistä” negatiivista asiaa, yllä todettu ajattelu ei päde. Oikeampi kuvio ilmaisemaan asetelmaa on seuraava:

<i>palkinto rikoksesta</i>	↔	<i>normaalirangaistus</i>	↔	<i>ylimääräinen</i>
– plea bargaining		– rikosoikeudenkäynti		<i>rangaistus</i> <i>valinnasta</i>

¹³³ *Howe* OLR 2005 s. 623 ja 628. *Howe* myös (s. 616) toteaa: ”– they are not punished for exercising their constitutional rights, but for the crimes –” ja (s. 618): ”Defendants receiving post-trial sentences get the deserved punishment for their crimes.”

¹³⁴ *Howe* OLR 2005 s. 625.

¹³⁵ *Sandefur* Regulation 2003 s. 31. Ks. tästä keskustelusta myös *Alschuler* Cal. L. Rev. 1981 s. 658–659.

Vasta jos prosessuaalisista oikeuksista kiinni pitäminen ja syyteneuvottelujen torjuminen johtaisi *ylimääräiseen* sanktioon normaalin rangaistuksen lisäksi, käsillä olisi EIS 6 artiklaa koskevassa soveltamiskäytännössä tarkoitettu pakko tai painostus, joka poistaa vastaajan vapaaehtoisuuden.¹³⁶ Tällainen ”aito” rangaistus olisi esimerkiksi se, että tuomioistuimen jutturuuhka johtaa rangaistusten ankaroitumiseen. Jos kova työpaine nostaa tuomittuja rangaistuksia, voidaan sanoa, että tuomioistuin on rankaissut oikeudenkäynnin valinnasta.¹³⁷

Mutta joka tapauksessa ja terminologiasta riippumatta on kiistatonta, että normaalin rikosoikeudenkäynnin valinta johtaa vastaajan *epäedullisempaan* asemaan kuin syyteneuvottelu katsottaessa asian lopputulosta eli rangaistusta. Vastaaja saa ankaramman rangaistuksen rikollisesta teosta (ei valinnasta sinällään) kuin suostumalla neuvotteluun. Tätä eroa ei voida häivyttää semantiikalla.

6.3.2 ”Valinnanvapaus”

Keskeinen kysymys onkin, merkitseekö jo teosta tuomittava ankarampi lopputulos sellaista painostusta, että joudutaan ristiriitaan itsekriminointisuojaan kanssa. Ankarampi lopputulos voi olla – neuvoteltavissa olevien kysymysten mukaan – esimerkiksi korkeampi rangaistus (suurempi sakkomäärä tai pitempi vankeus), ankarampi rangaistuslaji (sakon sijasta vankeutta), syyllisyys tekijänä eikä avunantajana taikka syyllisyys kaikkiin esiin tulleisiin tekoihin (esimerkiksi syyte rattijuopumuksen lisäksi ajokorttita-ajosta).

Ongelmallisen valinnanvapautta ja itsekriminointisuojusta luopumisen vapaaehtoisuutta koskevasta pohdinnasta tekee se, että valinnassa on yleensä kaksi (tai useampia) vaihtoehtoja, joita verrataan. Mutta mitä vertaillaan syyteneuvotteluissa? Selvää on, ettei vertailusta ja valinnasta voida edes puhua, jollei syyttäjä ole velvollinen esittämään kummankin vaihtoehdon neuvottelun alussa niin, että ne sitovat myös häntä itseään (ks. jäljempänä tapaus *Bordenkircher v. Hayes*).

¹³⁶ Ks. myös *Violainen – Pölönen* 2003 s. 412 alav. 80, jossa aivan oikein todetaan, että teon *kiistämistä* ei voida pitää rangaistuksen koventamisperusteena. Kirjoittajat toteavat, että epäiltyä ei voida velvoittaa osallistumaan rikoksensa selvittämiseen normaalirangaistusta ankaramman rangaistuksen uhalla. Se olisi vastoin myötävaikuttamattomuusperiaatetta (itsekriminointisuoja).

¹³⁷ *Ulmer ja Bradley* (Criminology 2006 s. 658–559) ovat löytäneet tästäkin viitteitä Yhdysvalloissa, joskaan tulos ei ole kovin selkeä.

Syyttäjä pystyykin jossakin määrin ”naulaamaan” oman tarjouksensa. Jos järjestelmässä sallitaan rangaistavia tekoja ja asiaan vaikuttavia faktoja koskeva neuvottelu (charge bargaining ja fact bargaining), syyttäjä voi tarjota varman tiedon siitä, miten syyte muotoillaan ja rajataan, jos neuvottelut onnistuvat – ja vastaavasti, miten hän syyttää, jos neuvottelutulokseen ei päästä. Siis syyte A, jos myönnät syyllisyyden, mutta syyte B, jos et myönnä. Kysymykseksi jää edelleen rangaistuksen mittaaminen, etenkin se, missä määrin tuomioistuin mittaa rangaistuksen ankarammin, jos neuvottelutulokseen ei päästy.

Vaihtoehdot ovat suhteellisen hämävät sentence bargaining -menettelyssä. Silloin syyttäjä ilmoittaa, ettei tule esittämään tuomioistuimelle lievää rangaistuksen mittaamista, koska vastaaja ei myönnä syyllisyyttään. Jää pitkälti normaaliprosessin ennustettavuuden ja vastaajan oikeusavun asian-tuntevuuden varaan, minkälaista rangaistusta voidaan ennakoida, poikkeuksena järjestelmät, joissa noudatetaan mittaamissuosittelustaulukkoja.

Painostaako asetelma ”ota varma vaihtoehto ja hallitse tilanne tai mene rikosoikeudenkäyntiin ja katso, miten siellä käy” jo sinällään vastaajaa epäasianmukaisella tavalla hyväksymään syytesopimuksen? Tämä riippuu osaltaan riskeistä, joita oikeudenkäynnin ”sumu” sisältää. Riskiin vaikuttaa ainakin kaksi keskeistä seikkaa: a) lopputuloksen epävarmuus ja b) lopputuloksen ankaruus.

Kuten edellä todettiin, Yhdysvalloissa vastaaja ei vielä plea bargaining -vaiheessa tiedä, onko syyttäjällä tuomioon riittävä näyttö ja mitä todistajat tulevat kertomaan. Tätä ei kuitenkaan pidetä järjestelmän käytön ja prosessioikeuksista luopumisen esteenä, eikä sen katsota horjuttavan sopimuksen vapaaehtoisuutta. Oikeudenkäynnissä esitettävä aineisto saattaa siten olla pimennossa neuvotteluvaiheessa. Tämä luonnollisesti nostaa oikeudenkäyntiin liittyvää epävarmuutta ja riskiä.

Näiden lähinnä näytön vahvuutta koskevien epävarmuustekijöiden lisäksi oikeudenkäyntiin liittyvät sen ”tavanomaiset” epävarmuustekijät, kuten oikeudenkäyntiin kuluva aika ja lopputuloksen ennustettavuuden vaihtelut. On myös todettu, että niin kauan kuin itse prosessi on rangaistus, prosessin minimointi on paras tapa minimoida rangaistusta.¹³⁸ USA:ssa merkittävä epävarmuustekijä ovat myös oikeudenkäyntikulut.¹³⁹

¹³⁸ *Convey* MULR 2007 s. 127. Ks. myös *O’Hear* 2007a s. 43, jossa myös puhutaan termistä ”process punishment”, jonka itse rikosprosessi monine toimijoineen tuottaa. Hän kysyy, kuka pitää silmällä kaikkea sitä toimintaa, joka edeltää tuomiota.

¹³⁹ *O’Hear* 2007a s. 10.

Valinnan aitouden ongelmaa vielä lisäävät säännökset, joiden mukaan tunnustamisen vaikutus on suurempi, mitä varhaisemmassa vaiheessa se on annettu. Esimerkiksi Englannissa tuomitsemisohjeiden mukaan ”(t)he greatest reduction will be given where the plea was indicated at the ‘first reasonable opportunity’”, jolloin vähennys on kolmannes normaalirangaistuksesta. Tämä luonnollisesti lisää painetta antaa tunnustus mahdollisimman varhaisessa vaiheessa, jolloin syyttäjänkin näyttö saattaa olla vielä heikko. Vastaavasti Englannissa annetaan vain vähimmäishuojennus (10 %), jos tunnustus annetaan vasta ”kärjäsalin ovella”.¹⁴⁰

Vaikka tuomioistuinprosessi olisi suhteellisen ennustettava ja korkeatasoinen, aiheuttaa myös *lainsäädäntö* epävarmuustekijöitä. Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate edellyttää tarkkarajaisia tunnusmerkistöjä. Silti ei ole mitenkään harvinaista, että tunnusmerkistöihin sisältyy olennaistakin tulkinnanvaraisuutta. Jos syyttäjä jo syyteneuvotteluissa tulkitsee vastaajan teon lievemäksi teoksi ja rajaa syytteen sen mukaiseksi, vaihtoehto on houkutteleva.

Yhdysvalloissa onkin tuotu esiin, että vaikka plea bargaining -menettelystä ei syntyisi kustannussäästöjä, toimijat (syyttäjä, tuomarit, puolustusasianajat ja vastaajat) silti valitsisivat neuvotteluun perustuvan järjestelmän, koska oikeudenkäynti sisältää niin paljon riskejä.¹⁴¹

Epävarmuutta lisää ankaran lopputuloksen mahdollisuus. Mitä kohtalokkaampi lopputulos on uhkana normaalissa oikeudenkäynnissä, sitä mieluummin riskiä kaihdetaan ja halutaan itse hallita tilannetta. Tällöin on suuret paineet hyväksyä syyttäjän tarjoama varma vaihtoehto, vaikka sekin tuntuisi suhteettoman ankaralta tai kohtuuttomalta. Valinta on tietenkin vielä ahdistavampi syyttömälle vastaajalle, jonka ei pitäisi olla valinnan edessä lainkaan – miten hän voisi tehdä järkevän valinnan? Tähän ei ole muuta vastausta kuin se, että syyteneuvottelussa tulee olla käsillä täysi näyttö ja se kontrolloidaan tuomioistuimessa.

Yhdysvalloissa katsotaan, ettei edes riski kuolemanrangaistuksesta tee neuvotteluista epäasianmukaisia. – Niin kauan kuin syyllisyydestä ei ole täyttä näyttöä, tällaista ”valintaa” vastaajalle ei tulisi edes tarjota. Euroopassa näin kohtalokasta asetelmaa ei onneksi pääsisi syntymään. Mutta myös lievempien seuraamusten kohdalla saattaa vastaajan eteen tulla koh-

¹⁴⁰ Vähennys putoaa kolmanneksesta neljännekseen, kun käsittelypäivä on määrätty. Sen jälkeen kun oikeudenkäynti on alkanut, luvassa on enää kymmenen prosentin lievennys. Ks. *Reduction in Sentence for a Guilty Plea. Sentencing Guidelines Council 2007 s. 5–6*. Ks. myös *Ashworth 2006 s. 14*.

¹⁴¹ Ks. *Howe OLR 2005 s. 615*.

tuuttomia valintatilanteita, jotka voivat liittyä esimerkiksi lähimmäisen suojaamiseen¹⁴² tai syvään vakaumukseen. Entä jos joku uhkailee syytetyn henkeä tai perhettä? Vakava rikos saattaa johtaa myös elinkeinon menettämiseen. Tällöin lievemmän teon tunnustaminen, josta tällaista seurausta (esimerkiksi liiketoimintakieltoa) ei ole, saattaa olla ”pakon sanelemaa”. Osa vastaajista ehkä yksinkertaisesti laskee säästävänsä niin paljon aikaa ja vaivaa, että suostuu sopimukseen sakkoteosta oikeudenkäynnin välttämiseen.

Todettakoon, että voimassa olevan esitutkintalain (449/1987) 24 §:n mukaan kuulusteltavaa on kohdeltava rauhallisesti ja asiallisesti. Tunnuksen tai määrättyyn suuntaan käyvän lausuman saamiseksi kuulusteltavalta ei saa:

- käyttää tietoisesti vääriä ilmoituksia,
- lupauksia tai uskotteluja erityisistä eduista,
- uuvuttamista, uhkausta, pakkoa taikka
- muita kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavia sopimattomia keinoja tai menetelytapoja.

Vastaavaa säännöstä on ehdotettu myös uuteen esitutkintalakiin (ETL 7:5). Ehdotuksen perusteluissa todetaan, että kuulustelun yhteydessä on erityisesti kiinnitettävä huomiota oikeuteen olla myötävaikuttamatta rikoksen selvittämiseen. Tämän oikeuden murtamiseksi epäiltyyn ei saa kohdistaa sopimattomia kuulustelukeinoja.¹⁴³

Jo palkinnon suuruus syö pohjaa valinnalta. Jos syyteneuvottelu johtaa esimerkiksi kokonaan syyttämättä jättämiseen tai todella huomattavaan rangaistuksen alentamiseen ja/tai rangaistuslajin vaihtamiseen, ajatus tulla tuomituksi olennaisesti ankarammin vähentää aidon valinnan mahdollisuutta. *Grossman* on maininnut – sinällään tosin harvinaisia – esimerkkejä amerikkalaisesta oikeuskäytännöstä. Eräässä tapauksessa neuvottelutarjouksena olleen viiden vuoden vankeusrangaistuksen hylkääminen varkaudesta johti syytteesen jatketusta törkeästä tekemuodosta seurauksena elinkautinen vankeusrangaistus. *Grossmanin* mukaan tällaiset tapaukset tietenkin ”dramatisoivat” asiaa. Keskeisintä onkin, että aivan arkipäiväiset

¹⁴² Auton ojaanajopaikalta tavataan isä ja täysi-ikäinen poika, kumpikin päihtyneenä. Poika on ammattiautoilija, jolla on perhe huollettavanaan. Tällaisessa tilanteessa isä saattaa tunnustaa ajaneensa autoa, vaikka ei ole niin tehnytään.

¹⁴³ KM 2009:2 s. 338.

syyteneuvottelut johtavat niiden vastaajien ankarampaan kohteluun, jotka eivät menettelyyn suostu.¹⁴⁴ O'Hear toteaa, että rangaistus on helposti kaksinkertainen niille vastaajille, jotka valitsevat oikeudenkäynnin: "Thus, many defendants will perceive no realistic alternative to whatever the prosecutor offers."¹⁴⁵

Varmaa tietoa ei ole, mikä on USA:ssa syyteneuvottelujen ja normaali-oikeudenkäynnin lopputuloksen erotus. Eräiden tilastojen mukaan ero on huomattava: törkeissä rikoksissa syyteneuvottelun jälkeen mediaani on 36 kuukautta ja oikeudenkäynnin jälkeen 120 kuukautta vankeutta (ero 333 %). Keskiarvoja koskevat tilastot ovat samansuuntaisia: 52 kuukautta ja 140 kuukautta (ero 292 %). Tosin saattaa olla, että oikeudenkäyntiin menneet rikokset ovat keskimääräistä törkeämpiä. Eräissä tutkimuksissa, joissa pyrittiin poistamaan tämä vaikutus, saatiin lopputulokseksi 13–461 prosentin ero. Toisaalta nämä vertailut ovat harhaanjohtavia, koska niissä on verrattu samaa rikosta. Silloin ei oteta huomioon, että syyteneuvottelu voi johtaa syytteeseen lievemmästä teosta – ja ero on tätäkin huomattavampi. Joka tapauksessa on todettu, että plea bargaining saattaa johtaa valtavaan etuun vastaajalle.¹⁴⁶ Kriminologisissa tutkimuksissa on selvitetty, että ero on erityisen suuri törkeissä väkivaltarikoksissa. Yhtenä syynä on pidetty sitä, että – toisin kuin oikeudenkäynti – guilty plea auttaa kätkemään teon likaiset faktat. Lisäksi kun vastaaja on valinnut oikeudenkäynnin, katsotaan helposti, ettei hän edes kadu tekoaan.¹⁴⁷

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty esimerkkejä "palkinnon" suuruudesta. Jos 30 vuoden enimmäisrangaistuksen alaisen murtovarkauden saa neuvottelluksi luvattomaksi tiloihin tunkeutumiseksi (maksimi kuusi kuukautta vankeutta), asianajaja on voittanut asiakkaalleen – ainakin paperilla – kuusikymmenkertaisen alennuksen. Jos murhasyyte onnistutaan neuvottelemaan tapoksi, alennus on noin 650 prosenttia. Tällaisia alennuksia pidetään jokseenkin tavanomaisina. Oikeuskirjallisuudessa on kritisoitu sitä, että USA:ssa tuomioistuimet eivät ole oikaisseet huikeaa eroa rangaistuksissa rajoittamalla syyttäjiä neuvottelutaktiikkaa,

¹⁴⁴ Grossman Am. J. Trial Advoc. 2005 s. 108.

¹⁴⁵ O'Hear 2007a s. 11.

¹⁴⁶ Covey MULR 2007 s. 113–115. Ks. myös Ulmer – Bradley Criminology 2006 erit. s. 658.

Englannin osalta ks. Ashworth 2006 s. 14, jossa tuodaan esiin, että käytännössä guilty plea -ilmoituksella on olennainen vaikutus: siinä missä keskimääräinen vankeustuomio oli vuonna 2002 guilty plea -tilanteissa 27,4 kuukautta, se oli not-guilty plea -tapauksissa keskimäärin 44,2 kuukautta (Crown Court).

¹⁴⁷ Ulmer – Bradley Criminology 2006 s. 659–660 ja 662.

vaikka vastaajat on peloteltu käyttämästä oikeuttaan oikeudenkäyntiin.¹⁴⁸

Vaikka tarkasteltaisiin tätä pienempiäkin eroja syyttäjän tarjouksissa ja rangaistustasossa oikeudenkäynnissä, kysymys aidosta valinnanvapaudesta on aiheellista esittää. Jos oikeudenkäyntivaihtoehdon mukainen seuraamus on tuntuvasti ankarampi, ero aiheuttaa joka tapauksessa olennaisen rasituksen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan oikeuden käytölle.¹⁴⁹

Itse asiassa valinta voi olla aidosti vapaa ja prosessioikeuksista luopuminen vapaaehtoista vain, kun myös ”se toinen vaihtoehto” on varma ja syyttäjällä on täysi näyttö tekijän syyllisyydestä, eikä kahden valittavana olevan vaihtoehdon ero ole niin suuri, että se estää aidon valinnan.

Jos valinta koskee vaihtoehtoja A/B ja valitsija on varmuudella asemassa, jossa häneltä voidaan odottaa valinnan tekemistä (vastaajan on siis näytetty olevan syyllinen), tilanne on lähtökohtaisesti reilu, jos A:n ja B:n välinen ero ei ole niin olennainen, että aito valinnanvapaus jää puuttumaan. Toisaalta jos ero ei ole olennainen, palkintokin jää pieneksi, eikä menettely houkuttele.

Sen sijaan silloin, kun valinta on tehtävä A:n ja ennuste-B:n välillä tai vaihtoehtojen ero on huomattava taikka kun ei ole edes osoitettu, että asianomaisen on ylipäätään tehtävä valinta, asetelma ei ole reilu. Tämä vinouma antaa etulyöntiaseman plea bargaining -neuvottelulle. Yhdysvalloissa on todettu, että muuttujien suuri lukumäärä, luotettavan tiedon puuttuminen ja luotettavan ennusteen vaikeus aiheuttavat suuria esteitä tarkalle päätöksenteolle plea bargaining -menettelyssä.¹⁵⁰

6.3.3 *Epäasianmukainen neuvottelutaktiikka*

Plea bargaining on lisäksi herkkä tilannekohtaisille ylilyönneille, joita voi olla vaikea kontrolloida tai ennalta estää säännöksillä. Tarkoitan mahdollisuutta viranomaiselle kuuluvan harkintavallan väärinkäyttöön. EIS 6 artiklan vastaista painostusta on esimerkiksi se, että syyttäjä ”vedättää” ylös-päin kuvatessaan syytettä, jonka hän tulee neuvottelujen epäonnistuessa

¹⁴⁸ Covey MULR 2007 s. 115 ja 119.

¹⁴⁹ Ks. Lynch Regulation 2003 s. 26–27.

¹⁵⁰ Covey MULR 2007 s. 105.

nostamaan. Syyttäjä saattaa esimerkiksi ilmoittaa, että asiassa on niin paljon raskauttavia asianhaaroja, että hän vaatii rangaistusta asteikon yläpäästä tai törkeästä tekemuodosta.

Yhdysvalloissa lähtökohtana näyttää olevan, että syyttäjän tulee lähteä rikoksesta, johon hän katsoo näytön riittävän niin, että ”the prosecutor should seek a plea to the most serious readily provable offense charged.” Jos syyttäjä havaitseekin jälkeenpäin, ettei syyte olekaan ”readily provable or that an indictment exaggerates the seriousness of an offense or offenses, a plea bargain may reflect the prosecutor’s reassessment. There should be documentation, however, in a case in which charges originally brought are dropped.” (USAM 9-27.400).

USA:ssa on viime vuosina käyty keskustelua tarpeesta laatia erityiset *syyttämisohteet* (prosecutorial guidelines), jotka toisivat menettelyyn avoimuutta, yhtenäisyyttä ja oikeudenmukaisuutta mutta mahdollisesti myös vaikeasti ennakoitavissa olevia ongelmia.¹⁵¹

Neuvottelussa oikeudenkäyntivaihtoehdon ankara kuvaaminen, joka ei vastaa näyttöä, on epäasianmukaista uhkaamista ja objektiivisuusperiaatteen vastaista toimintaa. Saattaa lisäksi käydä niin, että yliankara oikeudenkäynnin lopputuloksen kuvaus antaa neuvottelutulokseksi normaali-rangaistuksen – se vain näyttää lievältä suhteessa kuvattuun vaihtoehtoon. Tällaisen epäasianmukaisen neuvottelutaktiikan paljastaminen jää käytännössä vastaajan avustajan osaamisen ja sitoutuneisuuden varaan.

Sekään ei välttämättä estä vedätystä, että syyttäjä on myös velvollinen nostamaan juuri sellaisen syytteen, jolla hän on uhannut – päinvastoin saatetaan joutua vielä suurempiin neuvottelutaktiikasta johtuviin ongelmiin, kuten jäljempänä esiteltävästä *Heyes*-tapauksesta voidaan nähdä.

Oikeudenkäyntivaihtoehdon yliankara määrittely voi myös johtaa liiallisten pakkokeinojen käyttöön. Syyttäjä saattaa luottaa siihen, että vastaajan tunnustuksella näyttöä saadaan jälkikäteen ja siten pystytään oikeuttamaan jo tehdyt toimet.¹⁵² Tämä voidaan estää vain sillä, että syyttäjällä on oltava tuomitsemiskynnyksen ylittävä näyttö jo neuvotteluihin ryhdyttäessä ja sen tulee olla avoimesti nähtävillä, arvioitavissa ja myös jälkikäteen tuomioistuimen kontrollissa.

Syyttäjä saattaa myös painostaa vastaajaa esimerkiksi uhkaamalla luopua neuvotteluista, jollei hänen tarjoustaan hyväksytä. Saatetaan käydä ”hevoskauppaa”: jos vastaaja ei ole hyväksynyt syyttäjän alkuperäistä tar-

¹⁵¹ Ks. erityisesti *O’Hear* 2007b s. 9–18.

¹⁵² Ks. myös *Tolvanen* DL 2003 s. 1020.

jousta ja on tehnyt puolestaan vastatarjouksen, syyttäjät tarjoaa vielä viimeisenä tarjouksenaan tasan tarjousten puolivälistä.¹⁵³ Silloin ollaan jo kaukana lainkäytön arvokkuudesta – objektiivisuudesta puhumattakaan.

Plea bargaining -järjestelmässä myös vastaajan asianajaja saattaa johdattaa asiakkaansa syytesopimukseen turhankin helposti. *Covey* on kiinnittänyt huomiota siihen, että tuomitsemisohjekirja kädessään asianajaja voi osoittaa asiakkaalleen kovat seuraamukset, joita oikeudenkäynnistä olisi, ja vakuuttaa vastaajan siten neuvottelutarjouksen eduista.¹⁵⁴ Tuomitsemisohjekirjan on sanottu olevan yksi tekijä, joka on Yhdysvalloissa kasvattanut syyttäjien vaikutusvaltaa vastaajiin nähden. Kun syyttäjän myöntämä lievennys näyttäytyy ainoana vaihtoehtona ohjekirjasta osoitetulle ankaralle rangaistukselle, sopimukseen on helppo päästä.¹⁵⁵

Järjestelmän puolustajat vetoavat siihen, että jos osapuolia edustavat asiantuntijat, joilla on yhtäläinen pääsy kaikkeen saatavilla olevaan informaatioon, neuvottelut kuvastavat oikeudenkäynnin lopputulosta ja ovat kaikkien yhteinen intressi. Vastustajien mukaan ongelma on se, että näitä edellytyksiä säännönmukaisesti rikotaan. Esimerkiksi todistajia ei kuulla ennen oikeudenkäyntiä. Lisäksi puolustusasianajajan ja asiakkaan edut eivät aina mene yhteen, etenäkään silloin, kun asian viemistä oikeudenkäyntiin ei korvata avustajalle kunnolla tai jos julkisen oikeusavun avustajilla on kova työpaine. Tällöin myös avustajan intressissä on, että asiat saadaan vain mahdollisimman joutuisasti ratkaistuksi.¹⁵⁶

6.3.4 Neuvotteluosapuolten epäsuhtainen asema

Järjestelmän puolustajatkin myöntävät, että vastaajat usein pelkäävät syyttäjälaitosta – vastaajat saavat vastaansa kokeneita valtion virkamiehiä, jot-

¹⁵³ *O’Hear* 2007a s. 10.

¹⁵⁴ *Covey* MULR 2007 s. 124. *Colquitt* (Tulane L. Rev. 2001 s. 706) tuo esiin sen, että osa puolustusasianajajista katsoo parhaaksi ylläpitää hyviä suhteita syyttäjäkuntaan, ja tämä saattaa vaikuttaa toimintaan puolustusasianajajana.

¹⁵⁵ *O’Hear* 2007a s. 16. Ks. tuomitsemisohjeiden vaikutuksesta myös *Fisher* 2003 s. 212–214 ja *O’Hear* 2007b s. 16–18. Ks. myös *Fyfe – Sheptycki* Eur J Criminology 2006 s. 338, jossa todetaan, että amerikkalaiset tuomitsemisohjeet olivat alun perin keino yhtenäistää tuomitsemiskäytäntöä. Ohjeista on kuitenkin tullut oiva keino taivutella vastaajat yhteistyöhön, koska niiden avulla voidaan helposti ja tarkasti osoittaa, minkä suuruisen palkinnon yhteistyö tuottaa.

¹⁵⁶ *Schulhofer* Law and Soc. Inquiry 1994 s. 136–139. Ks. myös *Delacote – Ancelot* Economics Bulletin 2009 s. 1929–1936, jossa on analysoitu, mikä vaikutus neuvotteluissa rangaistuksen lopputulokseen on sillä, onko avustajalla kiinteä palkkio vai tuntilaskutus. Oikeustaloustieteen kannalta avustajan palkkioperusteita on arvioitu kirjoituksessa *Garoupa – Stephen* 2006.

ka puhuvat lakijargonia ja joilla on laaja harkintavalta käyttää kovaotteista taktiikkaa. Tämä saattaa johtaa siihen, että vastaaja on peloteltu hyväksymään syytesopimus, vaikka se ei olisi oikeudenmukainen.¹⁵⁷

Plea bargaining saattaa muuttaa esitutinnan painopistettä niin, että keskiössä on tunnustuksen saaminen epäillyltä. Kertaalleen annetun tunnustuksen uskottava peruuttaminen prosessin myöhemmässä vaiheessa on vaikeaa.¹⁵⁸

Plea bargaining -järjestelmä jo itsessään painostaa vastaajia – joita siis kuitenkin koskee lähtökohtainen syyttömyysoletus – tunnustamaan rikollisen teon ja jättämään käyttämättä oikeutensa oikeudenkäyntiin. Lisäksi painetta saattaa lisätä syyttäjien prosessitaktinen etevyys ja ylivoimaisuus. Ainakin Yhdysvalloissa syyttäjät myöntävät avoimesti hyödyntävänsä tätä ylivoimaa.¹⁵⁹

Yhdysvalloissa on jopa tutkittu plea bargaining -menettelyyn liittyviä kognitiivisia ja sosiaalipsykologisia seikkoja. Eräs inhimillisen käyttäytymisen rationaalisuuden peruslähtökohta on, että tiedollinen käyttäytyminen on rajoittunutta. Ihmiset eivät ponnistele äärettömiin hyödyn maksimoinnissa. Yleensä ihminen tyytyy siihen vaihtoehtoon, joka on riittävän hyvä.¹⁶⁰ Usein ihmisten käyttäytymisessä näkyy myös ”häviämiskammo” (loss aversion). Kun oikeudenkäyntiin sisältyy riski, monet haluavat välttää sen ja valitsevat neuvottelun. Toisaalta häviämiskammo vähentyy silloin, kun riskivaihtoehto samalla pitää sisällään mahdollisuuden välttää seuraamukset täysin, esimerkiksi syytteen tuleminen kokonaan hylätyksi vakavassa rikoksessa.¹⁶¹ – Jo nämä esimerkit osoittavat, että ihmisten käyttäytyminen plea bargaining -tyyppisessä valintatilanteessa on kompleksista ja monisyistä.

Plea bargaining rakentuu tietynlaiseen illuusioon rikoksenteikijästä *rationaalisena* päätöksenteikijänä. Todellisuus saattaa olla aivan toinen: rikoksenteikijä esimerkiksi suostuu neuvottelutulokseen, jotta pääsee mahdollisimman nopeasti tilanteesta eroon. Osalla saattaa olla taustalla yleinen lyhytjänteisyys, osalla puolestaan perhesyyt tai tarve päästä hoitamaan liiketoimia. Rikoksenteikijän elämä toisin sanoen jatkuu taustalla vaatimuksineen, ja ajatus järkevästä päätöksenteosta ja siihen keskittymisestä voi olla osin arkipäivälle vierasta. Myös halu päästä mahdollisimman no-

¹⁵⁷ Sandefur Regulation 2003 s. 28.

¹⁵⁸ Ks. Tolvanen DL 2003 s. 1020.

¹⁵⁹ Lynch Regulation 2003 s. 24.

¹⁶⁰ Covey MULR 2007 s. 104.

¹⁶¹ Covey MULR 2007 s. 107.

peasti esitutkinta-aikaisesta pidätyksestä saattaa olla käytännössä keskeinen seikka neuvotteluhaluukkuuteen – etenkin jos henkilöllä on päihderiippuvuus. Neuvottelukäyttäytyminen saattaa siis olla vahvasti sidoksissa vastaajan senhetkisiin toiveisiin. *Bibas* kutsuu tätä autonomiseksi malliksi: ”it focuses on defendants’ current desires instead of seeking to reshape or trump those desires.”¹⁶² Toisaalta osa rikoksenteikijöistä valitsee – ylioptimistisuuttaan, harkintakyvyn puutteesta tai silkkää hölmöyttään – täysin selvitettyissäkin asioissa oikeudenkäyntien ja saa huomattavasti ankaramman rangaistuksen.¹⁶³

Yksi tapa saada tasoitusta neuvottelijoiden epäsuhtaiseen asemaan on myöntää jokaiseen asiaan vastaajalle oikeusapua. Tällöin vastaajan juridinen osaamisvaje tai henkilökohtaiset ominaisuudet eivät ainakaan täysin sanele lopputulosta. Tosin edes asianajajan apu ei takaa sitä, etteikö vastaaja jäisi asiassa sivustaseuraajaksi – ainakin jos järjestelmä perustuu tehokkaisiin rutiineihin, kuten Yhdysvalloissa. Siellä rutiinijutut ”neuvotellaan” minuutissa parissa syyttäjän ja puolustusasianajajan välillä esitutkintapöytäkirjan pohjalta.¹⁶⁴ – Eikä oikeudellinen apu välttämättä auta edellä mainittuun autonomiaongelmaan. Jos vastaaja ohjeistaa avustajansa neuvottelemaan niin, että vastaaja pääsee mahdollisimman nopeasti pidätysseleistä, ei juridiikka paljoa auta asiaa.

6.3.5 *Bordenkircher v. Hayes*

USA:n korkeimman oikeuden ratkaisua asiassa *Bordenkircher v. Hayes* (U.S. Supreme Court, 434 U.S. 357, 1978) pidetään eräänä merkittävistä plea bargaining -menettelyä koskevista ratkaisuista Yhdysvalloissa. Hayes oli asiassa vastaajana, ja hän hävisi kanteensa korkeimmassa oikeudessa äänin 4–5. Tapaus osoittaa kouriintuntuvasti plea bargaining -menettelyn mahdollistaman epäasianmukaisen neuvottelutaktiikan, jopa juonimisen, ja osapuolten epäsuhtaisen aseman. Tosin heti alkuun on syytä todeta, että kyse oli amerikkalaisen mallin ääri-ilmioista.

¹⁶² *Bibas* Cornell L. Rev. 2003 s. 1368.

¹⁶³ Ks. *Alschuler* Cal. L. Rev. 1981 s. 664–665, jossa kerrotaan teloitukseen johtaneesta oikeudenkäynnistä. Vastaaja ei antanut guilty plea -ilmoitusta ja syytti asianajajansa perusteita siitä, että ”you don’t believe in my case.”

¹⁶⁴ *O’Hear* kuvaa toimintaa seuraavasti: ”Many defendants welcome the impersonal, rapid-fire nature of the routine case processing mode, preferring just to ’get it over with’ in cases that are unlikely to result in substantial sentences of incarceration.” Mutta kaikki vastaajat eivät kuitenkaan halua, että esitutkintapöytäkirja puhuu heidän puolestaan. *O’Hear* 2007a s. 8–9.

Hayes oli syytettynä väärennöksestä, josta rangaistusasteikko oli 2–10 vuotta vankeutta. Syyttäjä tarjosi viittä vuotta ja ilmoitti, että jollei Hayes sitä hyväksy, hän syyttää tätä kyseisestä teosta mutta taparikollista koskevan lain nojalla aikaisempien rikosten perusteella. Silloin seurauksena olisi elinkautinen vankeusrangaistus. Hayes kieltäytyi antamasta plea guilty -ilmoitusta, jolloin syyttäjä nosti syytteen taparikollisia koskevan lain mukaisesti. Hayes tuomittiin elinkautiseen vankeuteen. Hayes valitti tuomioista ylempiin asteisiin ja lopulta korkeimpaan oikeuteen.

Ratkaisussa korkeimman oikeuden enemmistön mukaan ei ollut riitautettu sitä, että syyte rikoksen uusimisesta oli oikeutettu todisteiden perusteella alkuperäisen syytteen ajankohtana ja että syyttäjän päätös syyttää Hayesia taparikollisena kuului syyttäjän toimivaltaan plea bargaining -prosessissa. Hayesilla oli asetelmasta siten kaikki tieto, eikä syyttäjä ollut yllyttäen ja vasta jälkikäteen nostanut lisäsyytteitä tai ankarampia syytteitä.

Tuomari *Steward* totesi: ”Whatever might be the situation in an ideal world, the fact is that the guilty plea and the often concomitant plea bargain are important components of this country’s criminal justice system.” Ja että ”in the ‘give-and-take’ of plea bargaining, there is no such element of punishment or retaliation so long as the accused is free to accept or reject the prosecution’s offer.”

Enemmistö katsoi, että plea bargaining perustuu syyttäjien ja vastaajien yhteiseen etuun kummankin osapuolen pyrkiessä välttämään oikeudenkäynnin. Jos vastaajalla on asiantunteva asianajaja, vastaaja kykenee rationaaliseen päätöksentekoon. Enemmistön mukaan ei voida katsoa, että guilty plea -ilmoitusta tulisi perustuslaillisessa mielessä pitää muuna kuin vapaaehtoisesti annettuna vain sen vuoksi, että se on neuvotteluprosessin tulos. He hyväksyivät myös perustuslain mukaan oikeutetuksi sen tosiasian, että syyttäjän intressissä on saada neuvottelupöydässä vastaaja luopumaan oikeudestaan vedota syyttömyyteen.

Vähemmistöön jääneet tuomarit katsoivat oikeudenmukaisuuden vaativan, että todelliset syytteet tulee esittää ja kirjata neuvottelujen alussa eikä esittää suullisesti uhkana vasta neuvottelujen lopussa.¹⁶⁵ Tällöin syyttäjä joutuisi tekemään syyttämispäätöksen tietämättä, tunnustaako vastaaja syyllisyytensä. Vastaaja, joka uskoo olevansa syytön, ja toivoo sen vuoksi

¹⁶⁵ Ks. myös meillä PeVL 31/2005 vp, jossa kirjallisen rikosprosessin osalta annettiin merkitystä sille, että esitutkinnassa annettu tunnustus ja suostumus ei ole riittävä, vaan vastaajalla on mahdollisuus arvioida suostumustaan sen jälkeen, kun syyte on nostettu ja hänen tiedossaan.

oikeudenkäyntiä, ei silloin joutuisi tuhoisan uhkapelin kohteeksi, koska syyttäjä on etukäteen vahvistanut vaihtoehdot.

Vähemmistöön jääneet myös kysyivät, oliko reilua painostaa vastaajaa tunnustamaan uhkaamalla ankarammalla syytteellä samasta teosta, kun vastaaja ei voinut tietää, oliko syyttäjä todellakin oikeutettu tällaisen syytteen esittämään. Vähemmistöön jääneet tuomarit katsoivat, että asianmukaisesti ohjeistettu jury olisi saattanut kieltäytyä soveltamasta taparikollislakia syistä, joilla kyseinen laki sitemmin kumottiinkin. Pöytäkirjoissa ei ollut viitteitä, että vastaajalle olisi tarjottu uutta neuvottelua ja tilaisuutta myöntää syyllisyytensä viiden vuoden vankeutta vastaan, kun uusi syyte nostettiin taparikollislain nojalla.

Hayesin tapaus osoittaa, kuinka valtava merkitys plea bargaining -menettelyssä syyttäjän osaamisella, tiedollisella ylivallalla ja tietynlaisella manipuloinnilla voi olla. Tämä koskee luonnollisesti myös lieviä rikoksia, joskaan silloin epäkohdat eivät ole samalla tavalla dramaattiset.

Plea bargaining -järjestelmä on erinomainen esimerkki siitä, että vaihtamalla näkökulmaa sama asia saadaan näyttämään hyväksyttävältä. Esimerkiksi *Sandefur* korostaa, että Hayes ei tullut tuomituksi oikeuksiensa käyttämisestä vaan taparikollisteosta. Eri asia on se, oliko kyseinen laki järkevä. Olkoonkin, että syyttäjän neuvottelutaktiikka oli kova, itse järjestelmän laillisuus ja oikeutus eivät puolestapuhujien mielestä horju mahdollisista väärinkäytöksistä. Vaikka syytesopimus on usein syyttäjien dominoivan taktikoinnin tulos, tulee arvostelu kohdistaa neuvotteluprosessiin, ei itse sopimisoikeuteen.¹⁶⁶ Tähän on puolestaan *Lynch* osuvasti todennut, että ”plea bargaining is not free trade – – – Once a person has been charged with a crime, he does not have the option of walking away from the state.”¹⁶⁷

6.4 Johtopäätöksiä

Siihen, onko plea bargaining itsekriminointisuojan vastainen järjestelmä, tuskin löytyy vastausta yleisellä tasolla. Syyteneuvottelut voidaan tietenkin pyrkiä järjestämään kaikin puolin oikeusturvan huomioivalla tavalla. Mutta siitä huolimatta sihtiin jää aina se fundamentaalinen ja rakenteellinen kysymys, suosiiko syyttäjän tarjouksen ja sen vaihtoehdon välinen ero

¹⁶⁶ *Sandefur* Regulation 2003 s. 30–31.

¹⁶⁷ *Lynch* Regulation 2003 s. 27.

neuvottelujärjestelmää – jos suosii, tulee kysyä, onko valinta lopulta koskaan täysin vapaaehtoinen.

Sivuutetaan tämä perusongelma ja pohditaan, minkälaiseen valintatilanteeseen vastaaja voidaan oikeusturvan näkökulmasta asettaa. Plea bargaining -menettelyyn liittyy luonteensa puolesta riski siitä, että yksittäistapauksissa toimitaan tavalla, joka merkitsee EIS 6 artiklan vastaista pakkoa tai painostusta. Tätä riskiä ei voida poistaa kuin menettelyn täydellisellä avoimuudella ja neuvottelutaktiikan minimoinnilla, tuomitsemiskynnyksen ylittävällä näytöllä jo neuvotteluvaiheessa ja sen jälkikontrollilla sekä oikeusavun saannin turvaamisella. Mutta mitä jää silloin ajatelluista resurssisäästöistä jäljelle?¹⁶⁸

Riski siitä, että syytön joutuu valitsemaan kahdesta pahasta pienemmän, on vielä syvällisemmässä mielessä oikeusjärjestyksen haaksirikko kuin itsekriminointisuojaan murtaminen. Syyttömän riskiä tulla tuomituksi plea bargaining -järjestelmässä ei voida poistaa muutoin kuin varmistamalla syyllisyyskysymys ensin samalla tavalla kuin oikeudenkäynnissä.

Oikeusturvan kannalta ainoastaan sellainen syyteneuvottelu on edes periaatteessa hyväksyttävissä, jossa:

- a) vastaaja asetetaan valintatilanteeseen vain, kun syyttäjällä on täysi näyttö syyllisyydestä jo neuvotteluvaiheessa ja näyttö tuodaan avoimesti esiin vastaajan ja tämän avustajan arvioitavaksi,
- b) valinta on järjestetty niin, että vaihtoehdot ovat valitsijalle etukäteen varmoja, eikä oikeudenkäyntitiehen liity normaalista poikkeavia riskejä,
- c) vaihtoehtojen määrittämiseen ei sisälly manipuloinnin mahdollisuutta ja
- d) vaihtoehdot eivät ole niin kaukana toisistaan, että valinnanvapaus on näennäinen.

Kaikissa muissa vaihtoehtoissa syntyy helposti painostusta ja pakkoa sisältäviä asetelmia. Voidaan sanoa näin: vaikka plea bargaining ei sellaisenaan olisikaan EIS 6 artiklan vastainen, se ei tarkoita, että plea bargaining -me-

¹⁶⁸ Esimerkiksi Venäjällä plea bargaining -menettelyä muistuttava erityisprosessi voi alkaa vasta, kun esitutkinta on ensin normaaliin tapaan saatu valmiiksi. Säästöjä ei olekaan syntynyt esitutkintavaiheessa. Ks. *Semukhina – Reynolds ICJR 2009 s. 416–417.*

nettelyn omaksuminen olisi *viisasta*.¹⁶⁹ On lisäksi syytä muistaa, että EIS 6 artikla suojaa ”vain” tiettyjä *prosessuaalisia* arvoja.

Kovin tekopyhää olisi korostaa itsekriminointisuoja, mutta samaan aikaan sallia se, että aktiivisesti ja voimakkaasti hankitaan näyttöä vastaajalta itseltään, kuten Yhdysvalloissa. *Alschuler* on huomauttanut: ”Few other nations are as dependent as ours on proving guilt from a defendant’s own mouth.”¹⁷⁰

7 LOPUKSI

Vaikka voisimme ratkaista jollakin tapaa asianomistajan asemaa koskevan perustuslaillisen kysymyksen, joka koskee oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, ja vaikka olisimme valmiita katsomaan, ettei ole valtiosääntöistä estettä pyytää vastaajan suostumusta syyteneuvotteluun, jättää järjestelmä kosolti epäilyksiä, pystytäänkö oikeusturvaa vaalimaan ja itsekriminointisuoja turvaamaan riittävässä määrin.

Jos otamme lähtökohdaksi sen kiistattoman tosiasian, että oikeudenkäynnin valitseminen tuottaa ankaramman lopputuloksen kuin syyteneuvottelu, seuraa tästä kaksi peruskysymystä. Ensinnäkin, onko tällaiselle rangaistusten eriyttämiselle hyvät perusteet? Ja jos on, eikö ole muuta tapaa niitä saavuttaa? Plea bargaining Suomen ovella on hyvä syy ryhtyä etsimään näitä tapoja.¹⁷¹

Vaaditaan niiden hyötyjen analysointia, jotka yhteiskunta saa, kun suuri osa rikosasian vastaajista tuomitaan muussa menettelyssä kuin oikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä.¹⁷² Laajamittainen plea bargaining tarkoittaa jännitettyä oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan oikeuden ja oikeuslaitoksen organisatoristen realiteettien välillä.¹⁷³ Väistämätön lopputulos siitä, että plea bargaining toimii täydellä teholla, on lainkäytön painopisteen siirtyminen rikosasioissa tuomioistuinten ulkopuolelle.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Ks. vastaavasti perustuslaillisuuden suhteen *Bibas*: ”But consitutionality does not equal wisdom”. *Bibas* tosin puhuu USA:ssa tunnetuista plea-ilmoituksen erityismuodoista (*Alford* ja *nolo contendere plea*). *Bibas* Cornell L. Rev. 2003 s. 1407.

¹⁷⁰ *Alschuler* 1997 s. 184.

¹⁷¹ *Loiva* (HLR 2008 s. 81–90) on koonnut ajatuksia siitä, miten rikosprosessia voitaisiin kehittää omaksumatta syyteneuvottelujärjestelmää.

¹⁷² Näin myös *Grossman* Am. J. Trial Advoc 2005 s. 135.

¹⁷³ Ks. *Ulmer – Bradley* Criminology 2006 s. 631.

¹⁷⁴ Ks. myös PeVL 31/2005 vp. ROL 5 a luvun osalta (kirjallinen, tunnustettu rikoksia koskeva summaarinen menettely tuomioistuimessa): ”Kirjallinen menettely ei poikkeukse-

Syyt plea bargaining -menettelyn käyttöön ottamiselle ovat lähinnä yhteiskunnan resurssisäästöihin kohdistuvissa odotuksissa ja normaalin oikeudenkäynnin kestoa ja epävarmuutta koskevissa ongelmissa. Resurssisäästöt voivat kuitenkin osoittautua pelkäksi resurssien siirtymäksi, jos kaikki neuvottelumenettelyä koskevat oikeusturvarakenteet pystytetään asianmukaisesti.

Plea bargaining keinona korjata normaalin oikeudenkäynnin kestoa ja epävarmuutta on kaksiteräinen miekka: jos tuomioistuinten toimintaa ei rahoiteta ja kehitetä, käy houkutus kiertää ongelma syyteneuvotteluilla aina vain suuremmaksi. Syyteneuvottelujärjestelmän käyttöön ottaminen taas johtaa helposti jäljelle jääneidenkin tuomioistuinresurssien supistumiseen. Tällöin syyteneuvottelujärjestelmästä on vaikea päästä enää eroon, vaikka järjestelmä osoittautuisi pahaksi virhearvioinniksi. Toimiva oikeusturvakoneisto ei ole vain rahakysymys, vaan ennen kaikkea merkittävä osa aikojen saatossa kehittyntä oikeuskulttuuria, joka luo perustan nykyaikaiselle seuraamusjärjestelmälle ja oikeusvaltiolle. Jos oikeusturvakoneisto päästetään rapautumaan – oikeushistorian valossa – hetken rahapulassa, vahinkoa on vaikea korjata.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Alschuler, Albert W.: The Changing Plea Bargaining Debate. *California Law Review* 1981 s. 652–723.

Alschuler, Albert W.: A Peculiar Privilege in Historical Perspective. Teoksessa *The Privilege against Self-Incrimination. Its Origins and Development*. The University of Chicago Press 1997, s. 181–204.

Ashworth, Andrew: *Principles of Criminal Law*. Fifth Edition. Oxford University Press 2006.

Berger, Mark: Europeanizing Self-Incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights. *Columbia Journal of European Law*. Vol. 12, 2006 s. 339–381.

Bibas, Stephanos: Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure:

na pääsäännöstä pysyessään ole valiokunnan mielestä ongelmallinen perustuslain tai Suomen ihmisoikeusveloitteiden näkökulmasta. Kirjallisessa menettelyssä käsiteltävien asioiden määrä voi toisaalta muodostua hyvinkin suureksi. Tällainen soveltamiskäytäntö saattaisi tulevaisuudessa olla altis ihmisoikeussopimukseen pohjautuville valvonta-arvioinneille.” – Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen selvityksen mukaan kirjallinen menettely on käytössä keskimäärin 35 prosentissa koko maan rikosasioista. Ks. OPTL 2010 s. 38, 46, 49–50 ja 83.

- The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas. *Cornell Law Review* Vol. 88. 2003, s. 1361–1411.
- Carns, Teresa White – Kruse, John*: Alaska’s Plea Bargaining Ban Re-Valuated. Institute for Social and Economic Research. University of Alaska Anchorage. – [Http// www.ajc.state.ak.us/Reports/plea91Exec.pdf](http://www.ajc.state.ak.us/Reports/plea91Exec.pdf).
- Colquitt, Joseph A.*: Ad Hoc Plea Bargaining. *Tulane Law Review* Vol. 75. 2001, s. 695–776.
- Covey, Russell*: Reconsidering the Relationship between Cognitive Psychology and Plea Bargaining. *Marquette University Law Review*. Vol. 90, 2007, s. 101–132.
- Delacote, Philippe – Ancelot, Lydie*: Prosecutor and lawyers in plea bargaining with complete information. *Economics Bulletin*, Vol. 29 no. 3. 2009, s. 1929–1936.
- Fisher, George*: Plea Bargaining’s Triumph. A History of Plea Bargaining in America. Stanford University Press 2003.
- Frommann, Maike*: Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges? *Hanse Law Review* Vol. 5, 2009, s. 197–220.
- Frände, Dan*: Syyte rikosprosessissa. Teoksessa *Prosessioikeus*. Juva 2008, s. 427–447.
- Fyfe, Nicholas – Sheptycki, James*: International Trends in the Facilitation of Witness Cooperation in Organized Crime Cases. *European Journal of Criminology*. Vol. 3. 2006, s. 319–355.
- Garoupa, Nuno – Stephen, Frank H.*: Law and Economics of Plea-Bargaining. July 2006. – [Http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917922](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917922) (8.5.2010).
- Grossman, Steven P.*: An Honest Approach to Plea Bargaining. *American Journal of Trial Advocacy*. Volume 29:1, 2005, s. 101–136.
- Howe, Scott W.*: The Value of Plea Bargaining. *Oklahoma Law Review*. Vol. 58. Number 4. 2005, s. 599–636.
- Jokela, Antti*: Oikeudenkäynti II. Saarijärvi 2002.
- Jokela, Antti*: Rikosprosessi. 4. uudistettu painos. Jyväskylä 2008.
- Langer, Máximo*: From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal* Vol. 45 2004 s. 1–64 (Research paper No. 05-10).
- Loiva, Jukka*: Syytetingintä – ratkaisu todisteluongelmiin talousrikosjutuissa? *Helsinki Law Review* 2008 s. 67–93. Julkaistu myös *Edilexissä* 2.12.2008. – [Http://www.edilex.fi/lakikirjasto/5485](http://www.edilex.fi/lakikirjasto/5485).
- Lynch, Timothy*: The Case Against Plea Bargaining. *Regulation*, Vol. 26, No. 3, 2003, s. 24–27.
- Ma, Yue*: Prosecutorial Discretion and Plea Bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A Comparative Perspective. *International Criminal Justice Review* Vol. 12, 2002, s. 35–39.
- O’Hear, Michael M.*: Plea Bargaining and Procedural Justice. *Marquette University Law School Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 07-02. (O’Hear 2007a)
- O’Hear, Michael M.*: Plea Bargaining and Victims: From Consultation to Guidelines. *Marquette University Law School Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 07-06. (O’Hear 2007b)

- Oikarainen, Jukka*: Plea bargaining – oikeusvertaileva tutkimus syytteenä sopimisesta ja sen soveltumisesta suomalaisen rikosprosessiin. Pro gradu -tutkielma. Lapin yliopisto 2008. Julkaistu Edilexissä 18.2.2009 – [Http://www.edilex.fi/lakikirjasto/5777.pdf](http://www.edilex.fi/lakikirjasto/5777.pdf).
- Kirjallinen menettely rikosasioissa. Virve-Maria de Godzinsky. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedoksiantoja 102. Helsinki 2010. [Http://www.optula.om.fi/50181.htm](http://www.optula.om.fi/50181.htm). (OPTL 2010)
- Pölönen, Pasi*: Henkilötodistelu rikosprosessissa. Jyväskylä 2003.
- Rautio, Jaakko*: Resursseja säästävä menettely, jossa rikoksen varhainen tunnistaminen voisi läpinäkyvässä menettelyssä johtaa rikoksesta muutoin seuraavaa rangaistusta lievempään rangaistukseen. 15.1.2010. OM 20/41/2009.
- Sandefur, Timothy*: In Defense of Plea Bargaining. Regulation, Vol. 26, No. 3, 2003 s. 28–31.
- Schulhofer, Stephen J.*: A Wake-Up Call from the Plea-Bargaining Trenches. Law and Social Inquiry: Journal of the American Bar Foundation 1994, s. 135–144.
- Semukhina, Olga B. – Reynolds, Michael K.*: Plea Bargaining Implementation and Acceptance in Modern Russia: A Disconnect Between the Legal Institutions and the Citizens. International Criminal Justice Review 2009, Vol. 19 s. 400–432.
- Sillaots, Meris*: Admission and Confession of Guilt in Settlement Proceedings under Estonian Criminal Procedure. Juridica International IX/2004 s. 116–124.
- Thaman, Stephen C.*: Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases. Vol. 11.3. Electronic Journal of Comparative Law (December 2007) – [Http://www.ejcl.org/113/article113-34.pdf](http://www.ejcl.org/113/article113-34.pdf) (14.3.2010).
- Tolvanen, Matti*: Asianosaisten määräämistoimista rikosprosessissa. Defensor Legis 2003, s. 1009–1027.
- Tolvanen, Matti*: Rangaistusteoriaat – mitä ne ovat ja mihin niitä tarvitaan? Oikeus 2009, s. 358–379.
- Ulmer, Jeffery T. – Bradley, Mindy S.*: Variation in Trial Penalties among Serious Violent Offenses. Criminology. Vol. 44 Number 3. 2006, s. 631–670.
- Virolainen, Jyrki*: Johdatus prosessioikeuteen. Periaatteet prosessioikeudessa. Teoksessa Prosessioikeus. Juva 2008, s. 113–210.
- Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi*: Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. Jyväskylä 2003.
- Vogel, Mary E*: The Social Origins of Plea Bargaining: An Approach to the Empirical Study of Discretionary Leniency? Journal of Law and Society 2008, s. 201–232. Vogel Journal of Law and Society 2008.
- Vuorenpää, Mikko*: Syyttäjää velvoittava objektiivisuusperiaate. Defensor Legis 2003, s. 993–1008.
- Vuorenpää, Mikko*: Syyttäjän tehtävät. Erityisesti silmällä pitäen rikoslain yleisestävää vaikutusta. Vammala 2007.

Virallislähteet

- HE 271/2004 vp – Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain, oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien rikosasioiden käsittelyä käräjäoikeudessa koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 94/2009 vp – Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi sakon ja rikesakon määräämisestä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- KM 2009:2. Esitutkintalain, pakkokeinolain ja poliisilain kokonaisuudistus. Esitutkinta- ja pakkokeinotoimikunnan mietintö. KM 2009:2.
- SOU 2005:117. Ett effektivare brottmålsförfarande – några ytterligare åtgärder. Slutbetänkande av Beredningen för rättsväsendets utveckling (BRU). Stockholm 2005. Statens offentliga utredningar 2005:117.
- United States Attorneys' Manual (USAM) – [Http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/](http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/) (20.3.2010).
- VSV mietintö 2001. Syyttäjän toimenkuvan kehittäminen. Työryhmän mietintö 1.6.2001. Valtakunnansyyttäjänviraston julkaisusarja nro 1.

BALANCING PLEA BARGAINING – FACING LEGAL PROTECTION AND THE RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION

Plea Bargaining roots back to the 1820–1830's in the United States. Today, the procedure is well-established there and has spread to numerous countries in Europe. There are three types of plea bargaining: charge, sentence and fact bargaining. In addition to the U.S. system also the Estonian and the German plea bargaining systems are presented in this article. Plea bargaining is a relatively new scheme in both those countries. In the German system the negotiator is a judge, not a prosecutor.

In Finland plea bargaining is unknown, but debate is ongoing on the idea of adopting the system. The Finnish-language title is not settled. For the purpose of this article I use the terms "charge negotiations" and "charge agreement".

In the plea bargaining procedure, the key feature is that the accused negotiates with the prosecutor in order to receive a lighter penalty than in the normal court proceedings. This is the reward for the accused pleading guilty and waiving certain essential procedural rights. The criminal victim is not a negotiating party in plea bargaining proceedings.

Plea bargaining can be evaluated in the light of various theories of punishment, efficiency and procedural economy as well as from the point of view of the impartiality of the prosecutors and independence of the courts. The victim also has right to fair trial.

Plea bargaining can also be assessed in terms of constitutional law. The fundamental issue is whether the accused can effectively waive his rights to fair trial. The choice must be voluntary, and the accused must understand the significance of the waiver.

There are major question marks related to the fulfillment of legal protection in plea bargaining. First, the problem is in how the judge can control in an adequate way that the evidence is sufficient for conviction. The system can even lead to the conviction of innocent people. This has not been denied for example in the United States. Legal protection is guaranteed only when the prosecutor obtains evidence sufficient for conviction before the negotiations start and the court controls the adequacy of the evidence. The lighter sentence can not compensate for the fact that the evidence had not been sufficient for conviction in a normal trial.

Plea bargaining also opens the way for different kind of tactical manoeuvres. For example, the prosecutor may exaggerate the expected sentence in the normal procedure or conceal the fact that evidence is not sufficient.

Plea Bargaining is problematic in terms of self-incrimination. It is forbidden to use oppression or coercion on the accused to provide information that reveals a criminal offense. Plea bargaining has a structural problem: if the difference between the bid of the prosecutor and the sentence expected in normal proceedings is prominent, the difference itself can cause a substantial burden to the accused to use her right to fair trial. In addition, plea bargaining carries the risk of abuses in individual cases, which in turn can prevent the protection against self-incrimination. The professional expertise of the prosecutor requires correspondingly that the accused is assisted by a skilled lawyer. Again, the problem remains that the negotiations are not always concluded on the legal basis but on irrational basis.

The conclusion of this article is that implementing plea bargaining in a way which safeguards the legal protection and guarantee the protection against self-incrimination will procedure costs so high that no real cost savings will be gained. That is why we should view the introduction of the plea bargaining with some doubts and instead try to develop the criminal proceedings in a safer manner.

Juha-Pekka Rentto

**SCIPION KYYNELISTÄ
KONSTANTINOPOLIN RAUNIOILLE**

Rooman tasavallan
valtiosääntöideologia 146 eKr.–1453 jKr.

Sisällys

I	ROOMAN IDEA	268
II	KEISARIEN TASAVALTA	280
1	Augustuksen rohdot	280
2	Kaunopuhujain prinsipaatti	286
III	KEISARIEN APOTEOOSI JA UUSI JUMALA	295
1	Zeus maan päällä ja pakanallisen valtion loppu	295
2	Uusi rakkauden uskonto	301
IV	POLITEÍA TŌN RHŌMAÍŌN	308
1	Keisarikunta Jumalan valtakunnan ikonina	311
2	Lainalainen keisari kansan armosta	318
3	Antiikki herää munkkivaltiossa	325
	KIRJALLISET LÄHTEET	333
	SCIPIO CRIED FOR CONSTANTINOPE THE CONSTITUTIONAL IDEOLOGY OF THE REPUBLIC OF ROME FROM 146 BC TO AD 1453	340

Scipion kyynelistä Konstantinopolin raunioille

Rooman tasavallan valtiosääntöideologia 146 eKr.–1453 jKr.

Vaikka Bysantti, tuo Euroopan historian epäsiikio, musta aukko tai umpikuja ensin kätkeytyi oudon kielensä taakse, rakensi sitten ympärilleen kirkollisen skisman muurin ja sortui lopulta omaan mahdottomuuteensa, kun Turkin sulttaanin laumat ajoivat sen ylitse; vaikka se näytti jähmeän byrokratian halvaannuttamalta menneeseen suuruuteensa tarrautuvalta valtakunnalta, jota hallitsivat vallanhimoiset tyrannit kierolla diplomaattialla; vaikka sen keisarit vaikuttivat tekopyhiltä ja mielivaltaisilta itsevaltiailta, jotka kuvittelivat edustavansa Jumalaa maan päällä; vaikka sen kirkonmiehet ja oppineet näyttivät hännystelijöitä ja sen kansa hillittömältä ja tietämättömältä rahvaalta; vaikka sen valtioelämä vaikutti liturgiselta näytelmältä, jossa keisari esitti kaikkivaltiaasta Kristusta ja hovin virkamiehet tätä palvelevia enkeleitä; ja vaikka lännen silmin Bysantti oli kuin kristinuskon jäihin säilyttä Rooman irtokuva, joka vähitellen sulsi vain pois ja ansaitsi kaikin tavoin unohduksen, se kuitenkin piti itseään alusta loppuun nimenomaan Roomana, asukkaitaan roomalaisina ja hallitsijoitaan Rooman kuninkaina. Roomaksi sitä nimittivät sen muhamettilaiset naapuritkin, joiden uskomus oli, että sen valloitus olisi lopun aikojen alkamisen merkki.

Rooma jatkoi elämäänsä Bysantissa: sen ulkomuoto muuttui hellenistiseksi ja sisältökin sai kristillisen tulkinnan, mutta alkuperäinen malli säilyi. Yksi alue, jolla Rooman jatkuvuus Bysantissa näkyy erityisen selvästi, on valtioelämä: siitä huolimatta, että sen teoreettinen ihanne oli yksinvaltainen, se käytännössä kuitenkin säilytti loppuun asti sen tasavaltaisen valtiosäännön, josta Rooman keisarikunta oli kasvanut. Siksi pä käsillä olevan kirjoituksen esineenä onkin Rooman valtiosääntöideologian koko historia Polybioksesta Georgios Gemistos Plethoniin. Tarkastelemme ensisijaisesti kaunopuhujien, filosofien ja muiden oppineiden jälkeensä jättämiä kirjallisia lähteitä, emmekä niinkään historiallisia tapahtumia, konkreettisia valtiokäytäntöjä tai positiivisia valtiosääntönormeja. Näkökulma on aatehistoriallinen: millainen oli Rooman ja Bysantin valtiollisen itseymmärryksen

kehitys? Jos aika ajoin viittaamme konkreettisiin tapahtumiin, tapahtuu se vain sivumennen, ja silloinkin usein aikalaiskronikoitsijain kirjoitusten kautta. Jos kerromme jotakin positiivisista valtiosääntönormeista, se on vain vähin, mikä on tarpeen niitä koskevien ajatusten ymmärtämiseksi. Ja jos joskus erehdymme esittämään tapahtumille selityksiä, ovat ne vain jälkiviisautta – lukija jättäköön ne omaan arvoonsa. Se, mitä tutkimme, on ajatus – oikeastaan vain yksi ajatus: Rooman keisarikunnan ajatus itsestään – ja millaisia ilmimuotoja se sai lyhyen historiansa aikana.

I ROOMAN IDEA

Kun Rooman uusi kasvava maailmanvalta levisi Kreikan alueille, kreikkalaiset filosofitkin menettivät paljolti kiinnostuksensa valtioelämäänsä. Roomalaiset taas eivät aluksi olleet lainkaan vastaanottavaisia kreikkalaisten naismaisille ajanvietteille, kuten filosofialle, sillä he pitivät yhtenä oman menestyksensä syynä juuri sitä, että he eivät pitäneet tapanaan heikentää toimintakykyään joutilailta pohdiskeluilla. Toisaalta he pitivät hyveitään ylivertaisina ja siksi voittojaan ansaittuina, ja uskoivat myös oman valtion ja sotilasorganisaationsa loistavuuteen. Kun sitten filosofian harrastus kreikkalaisten opettajien ja kreikankielisten tekstien ensimmäisten latinannosten myötä alkoi 1. vuosisadalla eKr. levitä vaurastuneeseen ja jatkuvas- ta leirielämästä jo jonkin verran vieraantuneeseen Roomaan, siellä kehittyi omaleimainen taipumus ja tapa tarkastella Rooman omaa historiaa kreikkalaisen valtio-opin esimerkkitapauksena ja kuvituksena.¹ Roomalaista tasavaltaa pidettiin – historian voittojen valossa – parhaana mahdollisena hallitusmuotona: siinä olivat tulleet todeksi Platonin ja Aristoteleen valtio-opilliset ihanteet, joiden toteutumiseksi ei hajanaisessa, toraisassa ja hienostelevassa Kreikassa ollut ollut edellytyksiä. Roomalaisille kuitenkin avasi pään tälläkin saralla heidän panttivangiksi ottamansa kreikkalainen Polybios (n. 201–120 eKr.), joka Scipio nuoremman opettajana ja ystävänä sai aitiopaikalta seurata Rooman voittokulkua maailmassa. Hänestä alkanut Roomaa idealisoiva ajatusperinne jatkui läpi keisariajan ja sai uusia muotoja vielä Rooman seuraajavaltioissakin.²

¹ Ks. *Cicero: de re publica* III,4, jonka mukaan Roomassa oli toteutettu se, mikä Kreikassa oli jäänyt papyrukselle.

² Bysantin lisäksi myös lännessä oli Rooman valtakunnan jatkajia, erityisesti pyhä saksalais-roomalainen keisarikunta, jonka ajateltiin toteuttavan maailmassa pohjimmiltaan samaa kutsumusta kuin vanha Rooman keisarikunta.

Polybiosta innoitti maailmanhistorian kirjoittamiseen halu selvittää, miksi Rooma oli niin ylivertainen valloittaja:³ olisiko Rooman valtiomuodossa jotakin erikoista, joka teki siitä niin mahtavan? Valtiomuoto koetellaan myötä- ja vastoinkäymisissä samoin kuin ihmisen luonne: hyvässä järjestyksessä kaikki onnen vaihtelut kestävä valtio on kuin jalo ja suuri-sieluinen mies, joka ei anna kohtalon oikkujen murtaa itseään. Monarkia, aristokratia ja demokratia eivät puhtaissa ihannemuodoissaan ole kestäviä hallitusmuotoja, vaan kokemus osoittaa parhaaksi niiden kaikkien yhdistelmän.⁴ Valtiomuodot näyttävät sitä paitsi seuraavan toisiaan säännönmukaisessa järjestyksessä. Aluksi syntyy aina yksinvalta, joka lopulta rappeutuu rahvaan vallaksi: demokratian huonoksi muodoksi, jossa ei vallitse laki eivätkä hyvät tavat eikä maltillinen enemmistö vaan laittomuus ja mielivalta. Historia on osoittanut Rooman tasavallan poikkeuksellisen rappionkestäväksi, koska siinä on yhdistetty valtiomuotojen kolme perustyyppiä: valta on jaettu taitavasti yksinvaltaisen – tai paremminkin kaksinvaltaisen – konsuli-instituution, aristokraattisen senaatin ja demokraattisen kansankokouksen välille: yleistoimivalta valtion asioissa kuuluu konsuleille, budjettilta senaatille, ja kansankokous päättää uusista laeista sekä sodasta ja rauhasta. Näin eri valtioelimet ovat niin tasaveroisia ja toisistaan riippuvaisia, että ne kaikki pystyvät valvomaan ja vastustamaan toistensa pyrkimyksiä, eikä mikään niistä voi helposti yksin nousta ylivertaiseen asemaan. Harkittu vallanjako auttaa valtiota sopeutumaan vaihteleviin olosuhteisiin: vaaran uhatessa se mahdollistaa lujan ohjauksen ja vahvan keskusvallan, ja rauhan ja yltäkylläisyyden aikana valtio voi höllentää otettaan menettämättä kuitenkaan kykyään jarruttaa eri tahojen pyrkimystä päästä toistensa niskan päälle.⁵

Polybios kuitenkin arvelee, että rappio on lopulta väistämätön, koska liika menestys ja hyvinvointi johtavat moraalien höltymiseen ja pyrkyrit voivat valjastaa valtion omien etujensa palvelukseen. Kansakin kiihottuu, kun se huomaa vaikutusvaltansa sitä imarteleviin poliitikkoihin, ryhtyy tottelemattomaksi ja alkaa vaatia itselleen kaikkea mahdollista heti paikal-

³ *Polybios* I,1. Alaviitteiden muotoilussa on käytetty Oikeustiede–Jurisprudentia-vuosi-kirjan vakiintunutta käytäntöä, vaikka kirjoittaja olisi toivonut, että alaviitteet, jotka eivät sisällä täydellistä virkettä, aloitetaan pienellä alkukirjaimella ja jätetään ilman pistettä.

⁴ Tätä ajatusta ei toki Polybios keksinyt, vaan se oli Kreikan valtio-opissa vanhastaan tunnettu ja esimerkiksi Aristoteleen kannattama oppi; ks. *Politiikka* II,3 (1266a4–5) ja IV,6 (1293b31ff.).

⁵ VI,11–18; Toinen Rooman menestyksen syy on sen asevelvollisuuteen perustuvan sotailaitoksen erinomaisuus ja kolmas sen kansalaisten rehellisyyttä tukeva uskonnollisuus; ks. VI,19–36, 52 ja 56–7.

la. Näin valtio muuttuu okhlokратиaksi, roskajoukon vallaksi, ja ajautuu häviön partaalle.⁶ Rappio iti Polybioksen mielestä Roomassakin, koska sen sotamoraali oli romahtanut. Roomalaisethan tapasivat pitää sotiaan ja valloituksiaan oikeutettuina – hehän sotivat aina hyveellisesti ja tarkoittivat vain vihollistensa parasta, koska he tahtoivat lahjoittaa voittamilleen kansoille roomalaisen järjestyksen siunauksen.⁷ Toisen puunilaissodan motiivina oli kuitenkin aivan selvästi paljas vallan- ja kunnianhimo, ja siinä käytettiin häikäilemättä kunniantomia menetelmiä.⁸ Siksipä Polybios päättääkin kertomuksensa siihen, kuinka Scipio hävitetyn Karthagon luona lausui Homeroksen säkeen, jonka mukaan mahtavalle Troijallekin vielä oli koittava tuhon päivä, ja itki oman maansa tulevaa tuhoa.⁹ – Roomalaiseen tapaan sopivasti *sekoitettu valtiomuoto* siis tekee valtion pitkäikäiseksi, mutta ei kuolemattomaksi, koska yksi niistä valtioelimistä, joiden on määrä pitää toisensa kurissa, nimittäin *kansa*, on itsessään muita taipuvaisempi sisäiseen kurittomuuteen.

Polybios kirjoitti, kun Rooma oli vielä nuoren voimansa tunnossa, mutta Sallustiukselle (86–35 eKr.) ja Titus Liviukselle (59 eKr.–17 jKr.) tasavallan häviö oli jo tosiasia. Sallustiukselle kansalaissodan Rooma oli ”synnytysten heikentämä nainen, eikä se pitkiin aikoihin tuottanut ainoatakaan huomattavaa miestä”, joka olisi voinut poikkeuksellisella mieskunnollaan estää valtiota joutumasta hillittömyyden valtaan.¹⁰ Kehitys oli jo niin pitkällä, että Sallustius katsoi tarpeelliseksi vetäytyä politiikasta, koska isänmaata ei enää voinut niin keinoin auttaa.¹¹ Samaan tulokseen tuli myös hänen poliittinen vastustajansa Cicero (106–43 eKr.), joka Caesarin yksinvaltaisiin pyrkimyksiin pettyneenä vetäytyi kirjoittamaan filosofiaa. Ratkaisu oli luonteeltaan *stoalainen*. Roomalaisen älymystön sieluista näet kilpailivat nyt valloitetussa Kreikassa kehittyneet filosofiset koulukunnat, joista tärkeimmät olivat stoalaisuus, epikurolaisuus ja skeptisismi. Näitä kaikkia yhdisti valtio-opillinen resignaatio: koska Rooma oli valloittajana ratkaissut käytännössä kaikki valtio-opin ajatukselliset ongelmat, ei valtiooppia siinä mielessä kuin Platon ja Aristoteles olivat sitä kirjoittaneet, enää

⁶ VI,57.

⁷ Tämä näkemys osoittautui historiassa sangen sitkeäksi, ja monet kristitytkin auktoriteetit, kuten *Augustinus: de civitate Dei* V,12–13, hyväksyivät sen ja selittivät Rooman valtakunnan suuruuden maalliseksi palkinnoksi, jonka Jumala on sille sen maallisen hyveen perusteella myöntänyt.

⁸ III,6–10, XXXVI,9.

⁹ XXXVIII,22.

¹⁰ *Catil.* 53; – Caesar ja Cato saattoivat kuitenkin olla tällaisia suurmiehiä.

¹¹ *Jugurth.* 3–4.

tarvittu. Sen sijasta filosofia saattoi keskittyä ajattelevan yksilön henkilökohtaiseen elämään maailmassa, jossa tuon elämän valtiollisiin olosuhteisiin ei enää voinut itse vaikuttaa. Kaikkien kolmen koulukunnan kannattajien keskeiseksi päämääräksi nousi mielenrauhan saavuttaminen. Mielihyvää arvostavien epikurolaisten mielestä se edellytti täydellistä luopumista politiikan huolista, mutta itseisarvoista hyvää arvostavien stoalaisten mielestä politiikkaan osallistuminen saattoi otollisissa olosuhteissa olla velvollisuuskin. Vaikutusmahdollisuuksien huetessa turhasta yrittämisestä tuli kuitenkin luopua, ja moni stoalainen asettui ikään kuin valtion ulkopuolelle eräänlaisen passiivisen kansalaistottelemattoman asemaan.¹²

Stoalaisuuden piirissä oli syntynyt oppi *pienestä ja suuresta isänmaasta*, josta tuli ajan myötä erottamaton osa Rooman ideaa. Stoalaisuuden perustaja Zenon (333–261 eKr.) oli jo omaksunut kyyniseltä oppi-isältään Krateelta ajatuksen, jonka mukaan ihmisiä ei tulisi ensisijaisesti tarkastella yksittäisten ja toisistaan erillisten valtioiden toisilleen vieraina kansalaisina omine erityisine lakeineen, vaan kansalaistovereina yhdessä yleisessä maailmanvaltiossa, jota hallitsevat yhteiset ja yleispätevät lait¹³ ja jonka ihanne on kaikille yhteinen hyve.¹⁴ Sen kansalaisia ovat myös jumalat. He ovat kyllä sen johtajia ja ihmiset alamaisia,¹⁵ mutta molemmat ovat järjellisinä olentoina kykeneviä vapaaehtoisesti noudattamaan luonnollista lakia ja siksi samaa maailmankansalaisten sukua.¹⁶ Maailma ei näet olisi sopusointuinen kokonaisuus ja ykseys, elleivät laki ja järki olisi samat sekä kokonaisuudelle että kaikille sen osille.¹⁷ Sitä paitsi kosmoksen ja poliiksen välillä vallitsee analogia, jossa maailma on täydellisenä järjestyksenä valtion esikuva.¹⁸ Ero täydellisen esikuvan ja epätäydellisen kuvan välillä on kuitenkin niin suuri, että Khrysippoksen (n. 282–206 eKr.) mukaan maail-

¹² Ks. esim. Khrysippos III,611 [*Stoicorum Veterum Fragmenta* (jäljempänä SVF, toim. Hans von Arnim), Leipzig 1903–5] ja III,694 (SVF); *Seneca: de tranquillitate animi* 3,3ff., *de otio* 8,1–4.

¹³ Zenon 262 (SVF); Khrysippos II,1131 (SVF)

¹⁴ Ks. Khrysippos III,253 ja III,254 (SVF): orjat ja barbaaritkin voivat harjoittaa viisautta, koska kyky siihen on yleisinhimillinen ominaisuus.

¹⁵ Epiktetoksen mukaan ihmiset ovat (*Diatr.* I:6,18–20) tällöin katsojan (*theatēs*) tai tulkit-sijan (*exēgētēs*) asemassa.

¹⁶ Zenon I, 379 (SVF): saman fragmentin mukaan Ariston Khioslainen katsoo jumalten ja ihmisten yhteenkuuluvuuden perustuvan *adiaphoriaan* eli siihen, että sekä jumalat että ihmiset osaavat suhtautua välinpitämättömästi yhdentekeviin asioihin. – Ks. myös Khrysippos III,339 (SVF) ja II,528 (SVF).

¹⁷ Khrysippos II,1127 ja II,1128 (SVF).

¹⁸ Ks. esim. Khrysippos II,584 (SVF). – Plutarkhos tapansa mukaan pilkkaa oppia kosmuksesta valtiona: ks. Khrysippos II,645 (SVF).

mankaikkeus on ainoa todellinen valtio: inhimilliset valtiot ovat valtioita vain nimeksi,¹⁹ ja kansalaisten vapaudellekin on sekä riittävä että välttämättömän ehto nimenomaan maailmanvaltion kansalaisuus ja luonnollisen lain eli oikean järjen alamaisuus.²⁰ Taipumus valtion muodostamiseen on silti merkki siitä, että ihminen on jumalten sukua: koska hän on järjellinen olento, hän kykenee jäljittelemään Jumalan valtion järjestystä, vaikka voikin epäonnistua siinä pahasti.²¹ – Paljon myöhemmin stoalainen keisari Marcus Aurelius (121–180 jKr.) kirjoitti, että tuon jäljittelemisen tulisi ilmetä yksityisen ja yhteisen hyvän tarkoituksellisena samaistamisena oman toiminnan tasolla: koska meidät on luotu maailmanvaltion muodostaman kokonaisuuden järjelliseksi osiksi, on luonnollinen tehtävämme siinä asemassa noudattaa yhteistä kutsumustamme eli tietoisella tarkoituksella harjoittaa kaikille järjellisille olennoille yhteisen järjen mukaista yhteistoimintaa ja tavoitella yhteistä hyvää.²² Se näet palvelee kokonaisuuden parasta, ja yksinomaan se, mikä palvelee kokonaisuutta, on hyväksi myös sen osille:²³ tehdessään muille hyvää ihminen toimii siis omaksi parhaakseen.²⁴ Valitettavasti vain ihmiskunnan enemmistöltä puuttuu todellisen maailmankansalaisen sielu ja kyky pitää eniten arvossa sitä, mikä on kaikille yhteistä, nimittäin järkeä, lakia ja totuutta.²⁵ Yleispätevän järjen sijasta he haluavat toteuttaa yksilölliset tahtonsa ja elävät sen vuoksi aineen pauloissa ja sen myötä eivät ainoastaan keskinäisessä vaan myös sisäisessä erimielisyydessä ja ovat maailmanvaltiolle, omalle isänmaalleen, vieraita.²⁶

Dion Khrysostomoksen välittämästä Khrysippoksen katkelmasta²⁷ käy ilmi, että lapsetkin ovat luontonsa puolesta maailmanvaltion kansalaisia, vaikka he eivät käyttäydy kansalaisten tavoin eivätkä edes tunne yleistä

¹⁹ Khrysippos III,327 (SVF). – Fragmentista voi päätellä Khrysippoksen tarkoittavan, että inhimillisissä valtioissa ei noudateta luonnollista lakia.

²⁰ Khrysippos III,360 (SVF).

²¹ Khrysippos III,368 ja III,370 (SVF).

²² *Marc. Aur.* II:1,3, ja 16; III:11; IV:4; V:6 ja 16; VII:5,13; VIII:7; IX:1; XI:18.

²³ *Marc. Aur.* V,8; VI:44 ja 54; – Stoalaisten mukaan maailma on sitä paitsi kokonaisuutena paras mahdollinen maailma, eikä sen järjestys sen vuoksi voi sisältää mitään sille itselleen vahingollista. Sen vuoksi mikään, mikä tapahtuu jollekin sen osalle, ei voi olla palvelemta kokonaisuuden parasta. Mutta jos kaikki, mikä palvelee kokonaisuuden parasta, palvelee sen osienkin parasta, ei silloin mikään, mikä tapahtuu yksilölle, voi olla hänellekään vahingollista. Kaikki, mikä yksilölle tapahtuu, on siis aina hyväksi sekä hänelle itselleen että sille kokonaisuudelle, jonka osa hän on; ks. *Marc. Aur.* VI:45, X:6 ja X:33. – Näin yhteis-hyvänkin toteuttaminen on itse asiassa vain sopeutumista omaan kohtaloon.

²⁴ *Marc. Aur.* VII:74. – Tehdessään muille pahaa hän vahingoittaa itseään; ks. IX:4.

²⁵ *Marc. Aur.* VII:9; X:2.

²⁶ *Marc. Aur.* VI:14 ja 41; IX:23; XI:21; XII:1.

²⁷ Khrysippos III,334 (SVF).

lakia, jonka noudattaminen on kansalaisen ominaispiirre. Kaikkia ihmisiä koskevat maailmankansalaisina yhtäläisesti samat luonnollisen lain periaatteet, eikä kukaan ole toista parempi muuten kuin paremman hyveen ansiosta.²⁸ Sen vuoksi ei kukaan myöskään ole luonnostaan orja,²⁹ vaan orjat ja herrat ovat yhdenveroisia, koska hyve ja järjellisyys eivät edellytä hienoa syntyperää eikä suurta varallisuutta, vaan ”alaston ihmisyyttä” riittää.³⁰ Vastaavaan tapaan kristityt myöhemmin ajattelivat, että kaikki ihmiset ovat mahdollisia Jumalan valtion kansalaisia, vaikka eivät sitä ehkä juuri nyt olekaan. Mutta ennen kristinuskon tuloa stoalainen oppi ehti monin tavoin palvella pakanallisen Rooman valtiollisia tarpeita: kävihän sen mukaan yhteinen etu luonnostaan erityisen edun edellä,³¹ ja Rooman, vaikka se absoluuttisesti olikin vain pieni isänmaa, saattoi maailmanvaltana mieltää suureksi isänmaaksi suhteessa sen alistamiin pienempiin valtioihin, joille se edusti kokonaisuuden, laajimmillaan lähes koko tunnetun maailman, yhteishyvää. Varsinkin Ciceron kaltaiset maallisen isänmaansa palvelijat omaksuivat tämänsuuntaisen painotuksen.

Stoalaista ajattelua sängen valaiseva on Epiktetoksen (n. 50–138 jKr.) kuvaus ihmisen eri tehtävistä, ei vain maailmanvaltion kansalaisena, vaan myös niissä moninaisissa asemissa, jotka kohtalo on pienemmissä puitteissa hänelle määrännyt: jokaisen on ymmärrettävä asemansa ja epäitsekäästi täytettävä sen mukaiset palvelustehtävänsä eli velvollisuutensa.³² Näin stoalaisuudesta tuli sekä Rooman hallitsijoiden että virkamieskunnan moraalinen normi. Mutta myös omaan pieneen isänmaahansa pettynyt stoalainen saattoi perustellusti luopua sen palvelemisesta, koska hän ei silloin suinkaan lakannut olemasta maailmanvaltion kansalainen, jollaisena hän saattoi kuitenkin palvella koko ihmiskunnan asiaa.³³

Juuri tämän ratkaisun teki Cicero v. 48 eKr., kun Caesar oli nujertanut Pompeiuksen ja tasavalta oli menetetty: hän vetäytyi julkisuudesta ja omisti loppuelämänsä filosofisille harrastuksilleen. Siten hän arveli tekevänsä Rooman hyväksi sen, minkä vielä pystyi. Vaikka hän muilla ajattelun aloilla edustikin akateemisen koulukunnan maltillista, probabilistista skeptisismää, joka pyrki tarkastelemaan asioita eri koulukuntien näkökulmista il-

²⁸ Khryssippos III,349 (SVF).

²⁹ Khryssippos III,352(1) (SVF).

³⁰ Ks. *Seneca: Epist.* 44 ja *de beneficiis* III:19,1–22,4.

³¹ Khryssippos: III,333 (SVF).

³² *Epict. diatr.* II:10.

³³ Khryssippos III,696 (SVF). – Vrt. *Epict. diatr.* III:22,84–85, jossa kysytään, eikö ole parempi keskustella koko ihmiskunnan kanssa onnellisuudesta ja onnettomuudesta sekä orjuudesta ja vapaudesta, kuin puhua ateenalaisille valtion tulo- ja menoarviosta.

man lukkoon lyötyjä ennakkositoumuksia, käy hänen eettisistä ja valtiopillisista teksteistään selväksi, että niissä hän oli hyvin lähellä stoalaisuutta tai stoalaisittain väritynyttä peripateettisen koulun aristotelismia, jonka keskiössä on oppi ihmisluonnosta ja siitä seuraava ajatus luonnollisesta laista ihmisyyteiskunnan perustuksena. Sivuumme tässä Ciceron luonnonoikeusopin stoalaisen taustan tarkemman tarkastelun ja menemme suoraan siihen, miten hän sen esittää.

”Scipion unena” tunnetussa fragmentissaan Cicero toteaa, että luonto on tehnyt ihmisen alttiiksi ajamaan yhteistä hyvää: ihminen ei voi elää ilman hyvettä, ja valtion hallitseminen on paras hyveen viljelemiseen soveltuva alue, koska siellä hyve pystyy suurempiin tekoihin kuin missään muualla.³⁴ Kansalaisella on myös velvollisuus luovuttaa parhaat voimansa valtion palvelukseen, koska hän on sille velkaa sekä elämänsä että saamansa kasvatuksen.³⁵ Valtio, *res publica*, on ”yhteinen asia”, mikä taas on yhtä kuin ”kansan asia”: *res populi*.³⁶ Mutta kansa ei ole mikään tahansa ihmisjoukko, vaan yhteisö, jota yhdistävät yhteinen laki ja yhteinen etu. Sellaisen yhteisön muodostamiseen ihmisiä ajaa heidän luontainen seurallisuutensa: valtio, jonka he perustavat yhteisen asiansa hyväksi, on siten luonnollinen yhteisö. Sitä yhdistää yksituumaisuus (*concordia*),³⁷ joka ei perustu sopimukseen vaan luontoon. Luonto on näet antanut ihmiselle järjen jumalallisen kipinän, jonka hienoin ja eniten jumalaa muistuttava ilmenemistapa on ihmisen kyky muodostaa valtioita.³⁸ Näin valtio on tavallaan luonnollisen lain ihmiselle asettama velvollisuus tai tehtävä (*officium*). Tuon tehtävän täyttäminen edellyttää, että valtiolla on neuvokas johto.³⁹ Vastuu valtion johtamisesta voidaan uskoa yhdelle tai muutamille valituille, tai koko yhteinen kansa pitää johdon käsissään.

Niin monarkialla, aristokratialla kuin demokatiallakin on kuitenkin hyvät ja huonot puolensa. Demokratiassa parasta on vapaus, jota ihmiset mielellään vaalivat. Sen vuoksi yksituumainen demokratia on hallitusmuodoista vahvin – varsinkin, kun luonto saa parhaat kyvyt tavoittelemaan

³⁴ *De rep.* I,1–2. – Valtion perustajana tai johtajana ihminen pääsee niin lähelle jumalaa kuin voi; ks. I,7 *in fine*.

³⁵ I,4–6.

³⁶ I,24ff.; *de legibus* I,5.

³⁷ Ks. *de re publica* II,42, jossa Cicero vertaa yksituumaisuutta valtiossa harmoniaan musiikissa; ja *de officiis* I,4, *in fine*, jonka mukaan ihmisellä on luontainen kyky arvostaa kaueutta ja sopusointua ja sen myötä myös valtiollista järjestystä.

³⁸ Ks. *de re publica* III,1 ja V,6, sekä ns. Scipion uni, jossa kuvataan suuren valtiomiehen palkintoa tuonpuoleisessa elämässä (VI,3–21).

³⁹ Tästä alkaa Ciceron keskustelu eri hallitusmuotojen paremmuudesta; ks. *ibid.* I,26–47.

johtoasemia ja myös tavallisen kansan valitsemaan johtajikseen parhaat jäsenensä. Silloin demokratia lähestyy sopivasti aristokratiaa. Kansa voi kuitenkin erehtyä valitsemaan vääränlaisia johtajia, tai hillittömän rahvaan typeryys voi pahimmassa tapauksessa johtaa anarkiaa. Pitkällä aikavälillä valtion rappio näyttää välttämättömältä, ellei puolijumalan kaltainen valtiomies sitä pysäytä. Hän voi muodostaa valtiosta monarkian, aristokratian ja demokratian sopivan sekoituksen, jossa kuninkaallinen isällisyys, aristokraattinen kyvykkyys ja yhteisen kansan vapaus hillitsevät toistensa taipumuksia ylilyönteihin. Isällistä monarkiaa edustaa tällöin järjen, tuon sielun parhaan osan, yksinvalta niiden mielissä, jotka valtiota hallitsevat.⁴⁰ Käytännön esimerkki monarkian ja vapauden toiminnallisesta yhdistämisestä on Rooman diktaattori-instituutio, joka otetaan väliaikaisesti käyttöön, kun jonkin vaaran edessä tarvitaan tiukkaa yksituumaisuutta.⁴¹

Sekoitettua hallitusmuotoa parhaimmillaan edustaa Rooman valtiosääntö. Yksi syy tähän on se, ettei Rooman valtiosääntö ole yhden lainlaatijan luomus vaan tulos pitkästä olosuhteisiin sopeutuvasta kehityksestä, jota Cicero kuvaa *De re publica* -teoksen II kirjassa. Sen mukaan tärkeintä on valtion eri kansalaisryhmien ja valtioelinten välinen, olosuhteiden sanelemaan vaatimuksiin sopeutuva tasapaino. Jos joku saa liiaksi valtaa toisten kustannuksella, se johtaa hajaannukseen, heikkouteen ja moraaliseen rappioon.⁴² Pahimmassa tapauksessa itse ”julkinen asia” katoaa eli valtio muuttuu pelkästään nimelliseksi instituutioksi, jota hallitsee mielivalta eikä ”yhteisen asian” periaate.⁴³ Yksituumaisuuden ja ”yhteisen asian” säilymisen tärkeä edellytys on myös oikeamielisyys: oikeamielisesti lakien mukaan kaikkien yhteiseksi hyväksi hallittu kansa on oikea kansa ja muodostaa oikean poliittisen yhteisön.⁴⁴ Tämän kiistää akateemisen koulun Kar-

⁴⁰ I,38. – Kun siis järki hallitsee yksinvaltiaana valtion hallitsijoita, valtio on oikeastaan monarkia, vaikka hallitsijoita olisikin enemmän kuin yksi. Järki näet on kaikille ihmisille luontojaan yhteinen asia.

⁴¹ I,40.

⁴² Esimerkiksi kansantribuuni-instituutio oli syntyessään haitallinen, koska se antoi kansalle liikaa valtaa ja lietsoi erimielisyyttä (ks. lähemmin *de legibus* III,8–9), mutta decemvirien ylivallassa se olisi ollut tarpeellinen vastapaino, jos se olisi ollut silloin käytössä. Toisaalta (*de legibus* III,10–11) kansantribuunit saattoivat kanavoida hillittömyyteen taipuvaisen kansan arvaamattomia liikkeitä helpommin hallittavaan suuntaan.

⁴³ Ks. fragmentit, joista muodostuu se, mitä on jäljellä *de re publican* I kirjan luvuista 1–6; ks. myös III,31–3 ja V,6.

⁴⁴ Ks. *de re publica* II,42 ja Augustinuksen yhteenveto III kirjan sisällöstä (*de civitate Dei* II,21). – Vrt. *de officiis* I,7–18: oikeamielisyys kietoutuu läheisesti yhteen hyväntekeväisyyden (*beneficentia*) kanssa, jonka mukaan ihmisellä on asemansa puolesta luontainen velvollisuus tehdä hyvää läheisilleen. Vaikka Cicero maailmankansalaisena siis tunnustaa-kin kaikki ihmiset ”läheisikseen”, hän voi samanaikaisesti sanoa, että mitä läheisempiä ih-

neades, joka Platonin ”Valtiossa” esiintyvän Thrasyakhoksen tapaan väittää väärämielisyyttä valtion taitavan hallitsemisen välttämättömäksi osatekijäksi.⁴⁵ Lakeja säätämällä voidaan kyllä määrätä, mikä on konventionaalisesti oikeudenmukaista (*justum civile*), mutta on typerää vedota johonkin muka luonnolliseen oikeudenmukaiseen (*justum naturale*), koska on ilmeistä, että käsitykset oikeasta ja väärästä ovat aina vaihdelleet suuresti.⁴⁶ – Sitä paitsi oikeamielinen toiminta on toisten suosimista omalla kustannuksella, se on ristiriidassa hyödyn kanssa: oikeamielinen valtio ei saavuta voittoja vaan jää muiden jalkoihin. Roomakin on saavuttanut asemansa nimenomaan viekkaudella ja vääryydellä eikä suinkaan oikeamielisyydellä. Koska ainoa ihmisiä luonnostaan liikuttava vaikutin on oman edun tavoittelu, ei kukaan viisas ihminen eikä valtio uhraa etuaan oikeamielisyyden alttarille, ja jokainen, joka vastoin omaa luontoaan niin tekee, on auttamaton hölmö.

Ciceron vastaväite Karneadeelle on, että toisen alistaminen ei aina ole väärin alistettuja kohtaan. Päinvastoin alistussuhde on alistetuille hyväksi, jos alistaja on luonnostaan heitä parempi ja sen vuoksi kyvykäs tekemään heistäkin parempia kuin mihin he itsenäisinä pystyisivät: maailmanjärjestys osoittaa, että parempi on aina huonomman – jumala ihmisen, ihminen eläimen, isä pojan, vapaa orjan – luonnollinen hallitsija. Hyödyn ja oikeamielisyyden välillä ei siis olekaan ristiriitaa: oikeamielinen on hyödyllistä, koska se vaikuttaa yhteiseksi parhaaksi, eikä hyödyn tavoittelemisesta pidä luopua, vaan se tulee vain tehdä oikeamielisesti.⁴⁷ – Näin Cicero tulee implisiittisesti oikeuttaneeksi Rooman valloitukset – ovathan roomalaiset muita parempia – ja liittäneeksi valtio-oppinsa Platonista juurensa juontavaan pedagogiseen viitekehykseen, jonka mukaan kansan parhaimmisto, sen luontaiset hallitsijat, toteuttavat valtion tehtävää kasvattamalla tavallista kansaa, heidän luontaisia hallittaviaan, paremmiksi kuin he ilman tätä kasvatusista olisivat.

De legibus -teoksensa I kirjassa Cicero palaa luonnolliseen lakiin ja selittää, että lain filosofinen tarkastelu ei voi tyytyä lakipositivistiseen käsitykseen lakien ja oikeuden lähteistä: inhimillisenkään oikeuden lähteitä eivät ole vain kirjoitettu laki ja sen tulkitsijoiden ratkaisut, vaan sillä on

miset toisilleen ovat, sitä vahvempia ovat heidän välillään vallitsevat oikeamielisyyden ja hyväntekeväisyyden siteet, ja päätyä ihailemaan *isänmaallisuutta* virkamiesmoraalin kulmakivenä.

⁴⁵ *De re publica* III,6–20. – Karneades ei tietävästi kirjoittanut lainkaan kirjoja, vaan kaikki, mitä tiedämme hänen ajatuksistaan, perustuu toisten muistiinpanoihin ja kertomuksiin.

⁴⁶ III,6–11.

⁴⁷ III,7–8, 13–15, 18–20 ja 23.

jokin syvempi tarkoitus ja syy, jonka ymmärtäminen edellyttää ihmisluonnon tuntemusta.⁴⁸ Koska ihmisluonnon ydin on rationaalisuus, on laki pohjimmiltaan yhtä kuin luontoon istutettu ylin järki siltä osin kuin se kertoo meille, mitä meidän on tehtävä ja mitä vältettävä. Järki on jumalten ja ihmisten yhteinen tekijä, ja sen vuoksi ihminenkin on ensi sijassa maailmankansalainen ja koko maailmaa hallitsevan yleispätevän järjen lain alainen ja vasta toissijaisesti jonkin osayhteisön, kuten valtion tai suvun, jäsen. Kun hän siis tiedostaa järjellisyytensä ja toimii järjen saneleman lain mukaan, hän – platonilaiseen tapaan – ”muistaa” oman jumalallisen alkupe ränsä ja toteuttaa – aristoteeliseen tapaan – hyvettä harjoittamalla täyden luontonsa. Luonto pyrkii näet aina eteenpäin ja sisältää itsessään järjenmukaisuuden kasvuun tarvittavat sekä ainekset että taipumuksen. Näin oikeamielisyys on ihmisen synnynnäinen tehtävä ja päämäärä, eikä oikea (*ius*) pohjimmiltaan perustu vaihteleviin mielipiteisiin vaan yleispätevään ihmisluontoon.

Yleispätevää ihmisluonnossa on etenkin ihmiselle luonteenomainen tapa ajatella: logiikka on kaikkien ihmisten yhteistä omaisuutta ja tekee kaikille mahdolliseksi totuuden ymmärtämisen ja hyveen harjoittamisen.⁴⁹ Eri kansojen ja eri ihmisten erilaiset uskomukset ja tavatkin johtuvat vain siitä, että kaikki ovat samoine heikkouksineen yhtä alttiita erehtymään erilaisten ulkoisten vaikutusten synnyttämien enemmän tai vähemmän satunnaisesti vaihtelevien mielipiteiden valtaan. Sen vuoksi ihmisten luontainen tehtävä on viljellä järkeään näiden erehdyttävien vaikutusten torjumiseksi. Näin he voivat oppia hylkäämään heitä toisistaan erottavat valheelliset tekijät ja huonot tavat ja muodostamaan oikean luonnonmukaisen yhteisön, jossa – Pythagoraan sananparren mukaan – ystävien tavarat ovat yhteisiä ja ystävät yhtäläisiä. Tuon yhteisyyden ja yhtäläisyyden toteuttaa viime kädessä lain noudattaminen eli oikean järjen (*recta ratio*) mukainen toiminta.⁵⁰ Vaikka Cicero ei sitä suoraan sano, lienee selvää, että jos tämän ihanneyhteisön laki on kaikille yhteinen oikea järki, sen täytyy viime kädessä olla maailmanvaltio – jonka toteuttajaksi Rooma on kutsuttu.

Tärkein ihmisiä erottavista tekijöistä on erheellinen ristiriita hyödyllisen ja oikean välillä: jos ”ystävien tavarat olisivat yhteisiä”, ei tuota ristiriitaa olisi.⁵¹ Alun perin omistus olikin yhteistä, kunnes se käytännön syistä vä-

⁴⁸ *De legibus* I,5; ks. myös I,7.

⁴⁹ I,6–10. – vrt. *de officiis* I,30–31.

⁵⁰ *De legibus* I,11–12; vrt. *de officiis* I,16.

⁵¹ *De legibus* I,12. – *De officiis* -teoksen III kirja käsittelee kokonaisuudessaan tätä asiaa: inhimillisen yhteisöelämän onnistumisen takaava ylin periaate on: ”älä erota yksitystä etua-

hitellen muuttui yksityiseksi.⁵² Yhteisomistusta ei kuitenkaan tule palauttaa, vaan yksityisomaisuuden omistajien asenteet tulee yhteisöllistää: jos näet ihmiset olettavat ristiriidan oman etunsa ja oikeamielisyyden välille, he tottelevat lakeja vain laskelmoivista syistä, eikä mitään *eettistä* oikeamielisyyttä ole. Oikeamielisyys voi saada mielekkään merkityksen vain, jos ihmiset oletetaan luonnostaan halukkaiksi ymmärtämään yksityisen hyvänsä osaksi yhteishyvää ja toimimaan toistensa parhaaksi. Mutta silloin oikeamielisyyden ja hyödyn on käytävä yksiin.⁵³ – Sitä paitsi ainoastaan ihmislajin kaikille edustajille yhteinen kriteeri mahdollistaa hirmuvaltaitten vääryyksien erottamisen oikeudenmukaisista laeista. Jos kansan tai valtionpäämiehen tai tuomarin tahto olisi laki siitä riippumatta, mikä sen sisältö on, ei varkaudella ja oikeudella olisi käsitteellistä eroa, eikä mikään estäisi tekemästä hyveistä rikoksia ja rikoksista hyveitä, jos vain muutoksen taakse saataisiin riittävä äänen enemmistö. Tämänkin vuoksi on oletettava yleispätevä oikean ja väärän kriteeri, mikäli ylipäättänsä haluamme erottaa ne toisistaan: muutenhan olisi pakko tunnustaa, ettei millään ole mitään väliä, koska kaikki riippuisi vain vaihtuvista mielipiteistä.⁵⁴

Luonto on ainoa, joka voi tarjota yleispätevän oikean ja väärän kriteerin. Luonnosta on kuitenkin keskenään kilpailevia teorioita. Stolaiset ja peripateetikot tarkoittavat silti samaa, vaikka sanovatkin sen eri tavalla, kun he puhuvat luontoon sopeutuvasta tai luonnonmukaisesta elämästä.⁵⁵ Viime kädessä ihmisen luontainen tehtävä järjellisenä olentona – ja sen myötä maailmankansalaisena – on osallistua jumalten kanssa maailman kaitselmukseen. Sen tehdäkseen hänen on toteutettava järjellistä luontoaan eli harjoitettava hyvettä.⁵⁶ Mutta hyveen paras harjoituskenttä on valtioelämä, ja pienen isänmaan puitteissa on hyvä harjoitella suuren isänmaan hyveitä,

si yhteisestä edusta” (III,6). ”Hyödyllisen” ja ”vilpittömän” eli ”itsessään hyvän” välillä ei pidä tehdä valheellista eroa (III,7,8): joka luulee voivansa hyötyä toisten kustannuksella rikkomalla hyveenmukaisia velvollisuuksiaan vastaan, erehtyy, koska vain se, mikä on hyveenmukaista, on myös toimijalle itselleen oikeasti hyödyllistä (III,17).

⁵² *De officiis* I,7.

⁵³ *De legibus* I,14–15. – Ciceron premissi on, että kaiken inhimillisen toiminnan motiivi on oman hyvän saavuttaminen: jotta oikeamielisyys voisi motivoida, sen täytyy olla toimijan silmissä itsessään hyvä ja tavoiteltava asia; ks. I,18. Cicero tuntee silti tarvetta täydentää hyveen houkuttelevuutta todistelemalla, että se aina myös hyödyttää harjoittajaansa.

⁵⁴ I,15–17. – Onnellisuus-käsite puoltaa niin ikään Ciceron kantaa: jos haluamme onnellisuutta – jonka käsitteeseen sisältyy välttämättä pysyvyys – on mieleöntä yrittää perustaa se johonkin epävakaiseen, kuten vaihteleviin mielipiteisiin!

⁵⁵ I,20–22.

⁵⁶ I,23; II,4. – *De officiis* -teoksen kielellä sama asia voitaisiin sanoa, että hänen on täytettävä velvollisuutensa.

koska molempien isänmaiden järjestys on samankaltainen. Tästä seuraavat pienen isänmaan lakeihin kohdistettavat vaatimukset: jotta niitä voitaisiin sanoa oikeasti laeiksi, niiden tulee myötävaikuttaa maailman kaitsemukseen eli tavoitella yhteistä hyvää niissä puitteissa kuin se on mahdollista. Luonto on normi, johon positiivisen lain tulee perustua, ja sen tehdäkseen lain tulee rangaista pahoja ja suojella hyviä ja olla ”kansalaisten parhaaksi, valtion turvaksi, kaikkien rauhaksi ja onneksi” ja ”oikeuden vakuudeksi”. Sen sijaan ne, jotka eivät pyri näihin tavoitteisiin vaan tekevät säädöksillään vääryttä ja vahingoittavat kansaansa eivätkä paranna sitä, saavat aikaan jotakin aivan muuta kuin lakeja: heidän säädöksensä eivät eroa rosvojoukon sisäisistä säännöistä, eivätkä ne ole oikeita lakeja, vaikka ne olisivatkin muodollisesti päteviä ja vaikka kansa olisi ne itse hyväksynyt.⁵⁷

Cicero olettaa muutta mutkitta, että Rooman vanhat lait edustivat luonnon mukaan parasta lainsäädäntöä aivan samoin kuin Rooman vanha valtiosäädäntökin edusti parasta valtiomuotoa.⁵⁸ Etenkin sen mukaiset valtioelimet ja niiden toimivallan jako olivat valtion toimivuuden ja jatkuvuuden kannalta optimaaliset.⁵⁹ Korkeiden virkamiesten moraalinen pysyvyydestä ei kuitenkaan voida saada varmoja takeita millään keinolla, ja sen vuoksi parhaassakin valtiossa on tarjolla vaara, että muutama turmeltunut johtaja pilaa esimerkiksi koko kansan moraalin. Tämän vuoksi on erityisen tärkeää tarjota poliitikoille mahdollisimman vähän tilaisuuksia korruption harjoittamiseen. Siten taataan kansalle vapaus eli valta osoittaa vilpittömästi suosiota valtion asioita hoitavalle parhaimmistolle: kansa saa kokea itsensä vapaaksi, johtotehtäviin saadaan kunnon väkeä, ja valtion yksituumaisuus säilyy. Väkivaltaiset ratkaisumallit on torjuttava ennalta, ja on tarkoin vaalittava kansalaisten yhdenveroisuutta lain edessä: yksilölliset erioikeudet ovat rikoksia itse lain kaikille yhtäläistä olemusta vastaan.⁶⁰ Ennen muuta lakeja on sovellettava johdonmukaisesti kaikkiin, joita ne koskevat: mikään ei näet riko kansalaisten keskinäistä luottamusta niin pahasti kuin se, että he eivät voi varmasti luottaa vastavuoroisten sitoumustensa täyttämiseen.⁶¹ – Näin muodoin Cicero toivoi vielä puhaltavansa henkeä Rooman tasavaltaan, mutta sen aika oli jo ohi. Ratkaisu Rooman valtio-organisaation horjuvaan yksituumaisuuteen löytyi muualta, kun ta-

⁵⁷ II,5.

⁵⁸ Koko II kirja käsittelee tätä aihetta. – Ks. erit. II,10.

⁵⁹ III,1–12.

⁶⁰ *Ibid.* III,14–19.

⁶¹ Ks. *de officiis* II,24, jossa paheksutaan veloista vapautumisen helppoutta Ciceron Roomassa.

savallan eri valtioelinten tärkeimmät valtaoikeudet keskitettiin pysyvän diktaattorin asemaan nousseen keisarin käsiin.

II KEISARIEN TASAVALTA

1 Augustuksen rohdot

Kun Augustus ryhtyi vakiinnuttamaan asemaansa Rooman kiistattomana hallitsijana, hänellä oli käytettävissään tasavaltainen valtiosääntö, jonka mukaan lainsäädäntövalta kuului kansalle, toimeenpanovalta kahdelle määräaikaiselle konsulille ja talous- ja ulkopoliittikka ylimystön senaatille. Näistä senaatti oli helpoimmin hallittava elin, ja jo Caesar oli muovannut siitä omien päätöstensä vapaaehtoisen myötäilijän. Yksinvaltiaan ei siis tarvinnut lakkauttaa senaattia, vaan se sai pitää muodollisen asemansa. Toimeenpanovallan ottaminen yksiin käsiin ei ollut yhtä yksinkertaista. Armeijan ylipäällikkönä keisari oli kyllä mahdollista ymmärtää diktaattorin valtuuksin toimivaksi poikkeustilajohtajaksi, ja sellainen asema Augustuksella toisen triumviraatin viimeisenä jäljellä olevana jäsenenä oli ollutkin, mutta diktaattorin tehtävä oli valtiosäännön mukaan määräaikainen.⁶² Myös konsulit saivat olla virassaan vain kaksi vuotta, ja uudelleenvalinta oli periaatteessa rajoitettu kahteen kauteen. Sitä paitsi heitä piti olla kaksi. Lisäksi kuninkaan aseman tavoittelemisen ei voinut tulla kysymykseen, koska se olisi ollut kuolemanrangaistuksen alainen rikos tasavaltaa vastaan. Lainsäädäntövaltaa, jota kansa käytti korporaatioidensa (*tribu*) kautta, ei hallitsijan myöskään sopinut avoimesti anastaa, mikäli hän halusi esiintyä kansan asian ajajana. Augustuksen ratkaisu oli se, että hän ”palautti valtion takaisin senaatille ja kansalle” ja julisti olevansa vain yksi tasavallan kansalaisista, tosin heistä ensimmäinen (*princeps civium*), ja senaatin vanhin (*princeps senatus*).⁶³ Sekä senaatin että kansan päätöksiin hän kuitenkin otti itselleen viimeisen sanan valituttamalla itsensä pysyväksi kansantribuuniksi, joka saattoi *veto*-oikeudellaan estää melkeinpä minkä asian etenemisen hyvänsä. Ajan myötä tuli tavaksi, että tasavallan muitakin virkoja keskitettiin keisarin käsiin valitsemalla hänet myös konsuliksi ja kensoriksi. Silloinkin hänellä kuitenkin oli muodon vuoksi rinnallaan toi-

⁶² Kansaa kyllä tarjosi Augustukselle diktaattorin asemaa, mutta hän kieltäytyi sitä vastaanottamasta.

⁶³ Tästä arvonimestä johtuu se, että keisarikuntaa Augustuksesta eteenpäin on tavattu kutsua prinsipaateiksi.

nen konsuli, ja myös kahden vuoden virkakaudesta pidettiin kiinni. Jopa uudelleenvalintaa koskevat rajoitukset pysyivät voimassa siten, että keisarit eivät mielellään antaneet valita itseään konsuliksi useammin kuin se tasavallan käytännön mukaan oli ollut mahdollista.

Tasavallan instituutiot siis säilytettiin lähes viimeistä piirtoa myöten, mutta valtiosäännön muutosäännösten sallimissa puitteissa keisari sai tosiasiallisen aseman, jonka turvin hän saattoi paljossa hallita muista valtioelimestä piittaamatta. Tämä asema oli tavallaan valtiosäännön ulkopuolinen tai sille rinnakkainen, *ylimääräisen* valtioelimen asema, ja Rooman valtioelämän historia sen vuoksi paljolti kertomus siitä, miten tämä ylimääräinen valtioelin vähitellen pyrki siirtämään itselleen yhä suuremman ja suuremman osan *varsinaisten* valtioelinten toimivallasta. Jäljempänä näemme, että se ei koskaan onnistunut täydellisesti, vaan hamaan katkeraan loppuun saakka Bysantinkin keisarikunnassa säilyneet Rooman tasavallan instituutiot kykenivät tarpeen tulleen käyttämään muinaisia valtaoikeuksiaan keisaria vastaan. Erityisen merkillepantavaa on se, että keisari ei milloinkaan saavuttanut virallista lainsäätäjän asemaa. Vaikka hän antoikin säädöksiä, jotka muodoltaan ja tarkoitukseltaan vastasivat lakeja, ja vaikka niiden tosiasiallinen merkitys ajan myötä kasvoikin, hän ei voinut nimittää niitä laeiksi. Toisaalta hän ei myöskään voinut omaksua tuomiovaltaa varsinaisilla laeilla säädettyihin asioihin, vaan ainoastaan omien säädöstensä soveltamiseen. Näin Ciceron vaalima ajatus kansasta ylimpänä valtioelimenä pysyi teoriassa vallitsevana sekä idässä että lännessä, vaikka se toki usein käytännössä jäikin keisarin varjoon. Sen lisäksi itse keisari-instituutiokin oli periaatteessa suvereenin kansan alainen roomalaisten juristien kehittämän *lex regia* -konstruktion kautta: paitsi että kansa valitsi keisarin – olkoonkin, että kansaa tällöin usein omavaltaisesti edusti jokin kansanosa, kuten armeija – oli kansan erityisellä valtuuslailla luovutettava omat valtuutensa kullekin uudelle keisarille henkilökohtaisesti.

”Se, minkä hallitsija hyväksi näkee”, sai siis lain voiman yksinomaan siksi, että kansa oli uskonut omat valtaoikeutensa keisarin käyttöön.⁶⁴ Se,

⁶⁴ *Inst.* I,2§6; *Dig.* I,1,4,1 (Ulpianus). – Tähän lausumaan on usein muutta mutkitta vedottu sen perustelemiseksi, että hallitsijalla on ehdoton yksinvalta, kun todellisuudessa se lienee alun perin päinvastoin korostanut keisarinvallan ehdollisuutta eli sitä, että se perustuu kansan valtuutukseen. Rivien välistä voidaan tällöin lukea, että jos keisari käyttää valtaansa väärin, voi kansa myös peruuttaa valtuutuksensa ja ottaa oikeutensa takaisin itselleen tai luovuttaa ne jollekulle toiselle. – Vrt. myös *Dig.* I,1,3,31 (Ulpianus), jonka mukaan keisari – mutta ei keisarinna – on linalaisuudesta vapaa (*legibus solutus*): sekin jätti jälkipolville runsaasti erimielisyyden varaa koskien sitä, missä mielessä hallitsija tarkkaan ottaen muka oli lakien yläpuolella.

että keisarin lainsäädäntövalta ei tämän varauman jälkeenkään ollut juristien mielestä rajaton, näkyy Ulpianuksen lausumasta, jonka mukaan keisarilla ei ole lupa muuttaa sitä, mikä jo kauan (*diu*) on katsottu oikeaksi, ellei muutoksesta koitua hyöty ole ilmeinen.⁶⁵ Se, että Justinianus otti tämänkin lausuman kokoelmaansa, osoittaa, että ajatus eli vielä dominaintikin aikana. Bysantin historiasta näemme myös, että keisarin säädösvalta, jos sitä käytettiin ilman kansan myötävaikutusta, miellettiin sielläkin loppuun asti epävarsinaiseksi säädösvallaksi, jonka liikkumavara oli sangen rajattu. Moni myöhäinenkin keisari pyrki vahvistamaan säädönsensä voimaa kansan muodollisella myötävaikutuksella. Usein keisari myös aidosti alisti ehdotuksensa kansan hyväksyttäväksi tai hylättäväksi. Toisaalta kansa voi itsenäisestikin käyttää valtuuksiaan myös keisarikunnassa ”säättämällä” tapaoikeutta: kansan keskuudessa vakiintuva yleinen tapa voi muuttua itse laiksi ja kumota toisia, säädännäisiäkin, lakeja.⁶⁶ Vastaavasti juristit katsoivat, että kun senaatti antoi omia säädöksiään, silläkin oli siihen oikeus vain, koska oli epäkäytännöllistä koota koko kansa päättämään jokaisesta asiasta.⁶⁷

Hyvän kuvan siitä, millaiseksi keisarin asema prinsipaatin alkuaikoina miellettiin, antaa keisari Neron opettaja Seneca (4 eKr.–65 jKr.), kun hän kirjoituksessaan ”*ad Neronem Caesarem de clementia*” tekee selväksi, että rangaistusten jakamista koskevat näkökohdat ovat erityisen tärkeitä keisarille, joka on ”jumalten sijainen maan päällä”.⁶⁸ Koska ihminen on sielullisista olennoista vaikeimmin käsiteltävä, on keisarin tehtävä hyvin vaativa. Ja koska siihen liittyy vastuu kaikkien elämästä, hänen on, samoin kuin kelpo lääkärin, tehtävä kaikki tarpeellinen kansan pitämiseksi moraalisesti terveenä.⁶⁹ Siksi hänen tulee etsiä sopivaa yleistä tasapainoa armeliaisuuden ja ankaruuden välillä ja ottaa huomioon se, että jotkut rikoksenteelijät palaavat helpommin hyveen tielle, jos heitä ei rangaista, ja että on hyvien tekojen tekijöitä, joita kuitenkin on joskus aihetta rangaista.⁷⁰ Pahetta ei

⁶⁵ *Dig.* I,1,4,2.

⁶⁶ *Dig.* I,1,3,32 (Julianus).

⁶⁷ *Inst.* I,2§5.

⁶⁸ *Seneca: de clementia* I:1,2.

⁶⁹ *Ibid.* I:17,1–3

⁷⁰ *Ibid.* I:2,1–2. – Tähän kohtaan saattaa sisältyä viittaus siihen, että ajalle tyypillinen ilmiö oli juuri stoalaisen filosofian innoittamana eräänlainen kansalaistottelemattomuus tai oman tunnon syistä tapahtuva kieltäytyminen noudattamasta esivallan käskyjä. Epiktetoksen mukaan (*Diatr.* I:9,14–17; ks. myös I:19,7ff. ja I:29,9ff. ja IV:7,33–36) passiivinen vastarinta ”rosvoja, varkaita, tuomioistuimia ja tyranneja” kohtaan onkin jo viisaisten lähes itsestään selvä velvollisuus: kestäväällä vainon ja sorron he voivat osoittaa olevansa jumalten kaltaisia ja kaikesta maallisesta ”oikeudesta” vapaita.

tule hyväksyä, mutta sitä täytyy jonkin verran sietää, jotta lääkkeitä voidaan taitavasti annostella otollisen tilaisuuden tullen.⁷¹ Rangaistukset eivät aina toimi odotetusti varoittavina esimerkkeinä, vaan päinvastoin turruttavat kansan ja opettavat sen pitämään rikoksia arkipäivään kuuluvina ilmiöinä.⁷² Tärkeätä on kuitenkin johdonmukaisuus, jotta hyvän ja pahan ero ei kansalaisten silmissä hämärtyisi.⁷³ Koska keisari on kansan sielu, ja kansa on keisarin ruumis, eikä kumpikaan tulisi toimeen ilman toistansa, keisarin tulee järjestyksenpidossaan jo itsensä vuoksi pitää huolta siitä, että kansan toimintakyky ja -halu säilyy hyvänä ja sillä säilyy motiivi puolustaa omaa turvallisuuttaan puolustamalla keisaria.⁷⁴ Sen vuoksi keisarin on oltava armelias itselleen olemalla armelias kansalle.⁷⁵ Sitä paitsi hyvin järjestetyn valtakunnan merkki on, että sen ei tarvitse vastata jokaiseen rikkeeseen väkivallalla.⁷⁶

Ennen kaikkea on muistettava, että vaikka keisari käyttääkin kansalaisia palveluksessaan, on keisari itse palvelussuhteessa kansaan: keisari-instituutio ei ole olemassa sitä varten, että keisari saisi tehdä, mitä haluaa, vaan sitä varten, että keisari jättäisi tekemättä, mitä haluaa, ja tekisi sen sijaan velvollisuutensa taatakseen kansalle määräysvallan omaan elämäänsä. Näin todellinen käskijä on kansa, ja todellinen palvelija on keisari.⁷⁷ Koska keisarin palvelustehtävän ydin on sielujen lääkärin tehtävä, ovat teloitetut rikolliset merkki hänen epäonnistumisestaan – ja sen vuoksi hänelle yhtä huonoa mainosta kuin kuolleet potilaat lääkärille.⁷⁸

Keisari oli siis lähes jumala, mutta kuitenkin vain kansan palvelija, ja hänen toimenkuvansa muistutti lääkärin toimenkuvaa, koska hänen tärkein tehtävänsä oli kansan moraalinen parantaminen. Tiedämme, että Seneca sai pettyä oman oppilaansa suoritukseen. Siitä, ja monen muunkin keisarin hirmuvaltaisista otteista huolimatta Tacitus (n. 55–120 jKr.) vahvistaa noin v. 81 laatimassaan dialogissa *De oratoribus*, että keisari-instituutio voitiin

⁷¹ *Ibid.* I:22,3.

⁷² *Ibid.* I:23,1. – Tästä näemme, että jo Seneca ymmärsi tämän yleisestäävyyteen perustuvan rangaistusteorian heikkouden.

⁷³ *Ibid.* – Epävarmoissa tilanteissa tulisi aina suosia lempeämpää vaihtoehtoa. Yksi syy tähän on se, että keisarin teoilla on valtavan paljon suurempi vaikutus maailmaan kuin yksityishenkilön teoilla; ks. *ibid.* I:8,4–7.

⁷⁴ *Ibid.* I:3,5–4,1. – Lempeä ohjaus on tätä silmällä pitäen tarpeen, koska ihmiset seuraavat mielellään johtajaa, jos he saavat tehdä sen vapaaehtoisesti, mutta käyvät helposti vastarintaan, jos heitä viedään väkisin; ks. *ibid.* I:24,2.

⁷⁵ *Ibid.* I:5,1.

⁷⁶ *Ibid.* I:7,2–3.

⁷⁷ *Ibid.* I:8,1–3.

⁷⁸ *Ibid.* I:24,1–2.

yhä tuolloin nähdä nimenomaan lääkkeeksi sairaan tasavallan kuolemantautiin. Kysymys on puhetaidon taantumisesta: miksi Roomassa ei ole enää yhtä etevää puhujaa kuin ennen?⁷⁹ Vastauksia annetaan kaksi. Messala perustelee ajan kaunopuhujien kehnotta heidän turmeltuneissa keisariajan oloissa saamallaan huonolla kasvatuksella.⁸⁰ Secundus lausuu päinvastoin, että puhetaidon kukoistus on merkki valtion rappiosta. Puhetaito tarvitsee näet polttoainekseen toraisan kansan ja riitaiset valtioelimet, levottomat olot ja yleisen epäjärjestyksen, joka antaa hyvät mahdollisuudet epärehellisille pyrinnoille.⁸¹ Tasavallan loppuaikoina vallitsivat puhetaidolle otolliset olot, jotka kuitenkin merkitsivät valtiollista sekasortoa. Augustuksen *pax romana* ei rauhoittanut vain valtakunnan rajoja vaan myös kansalaisten elämän, oikeusolot ja sisäpolitiikan, eikä reetoreita enää tarvittu.⁸² Lopuksi Maternus toteaa, että Spartassa ei ollut yhtään kaunopuhujaa, koska siellä vallitsi viisaiden valtiomiesten johdolla vakaa kuri ja järjestys, mutta Ateenassa vilisi reetoreita, koska valta oli siellä ymmärtämättömän kansan käsissä. Puhetaito kukoistaa aina, kun esivallalta puuttuu auktoriteetti ja kansalta rehellisyys ja yksimielisyys, mutta se näivettyy, kun kansa noudattaa hyviä tapoja ja on kuuliainen määrätietoiselle esivallalle. Puhetaito on näet lääke valtion sairauksiin, ja mitä enemmän sitä tarvitaan, sitä sairaampi valtio on.⁸³ Vahva keisarinvalta kelpo miehen käsissä voi kuitenkin parantaa koko taudin, ja kun niin tapahtuu, Rooma on ihannevaltion ruumiillistuma. – Tämä ajattelutapa johti ennen pitkää oppiin, jonka mukaan yksinvaltaisesti hallittu Rooman *res publica*⁸⁴ itse asiassa olikin demokratian ihannemuoto,

⁷⁹ Tacitus: *de orator*. 24ff.

⁸⁰ *Ibid.* 28–35.

⁸¹ *Ibid.* 36–37 ja 39.

⁸² *Ibid.* 38.

⁸³ *Ibid.* 50–51. – Puhelias politikointi ja ahkera oikeuden käyminen ovat rappeutuneen valtion merkkejä, eikä ihannevaltio tarvitse niitä, vaan vilpitöntä kuuliaisuutta ja yksimielisyyttä. Rooman valtakunnalla on vahvojen toiminnan miesten johdolla ainakin mahdollisuus – toisin kuin Kreikan puheliailta demokratioilla – saavuttaa tuo ihanne – eikä se suinkaan merkitse kansan alistamista vaan täydellistä kansanvaltaa, jossa kaikki ovat keisarin yhtäläisesti kuuliaisina alamaisina täysin yhdenveroisia.

⁸⁴ Roomalaisten *res publica* ei ole kreikkalaisen *dēmokratían* suora vastine, vaan se viittaa enemmän yhteishyvän ajatukseen. Se on siis ”demokratia” siinä merkityksessä, että vaikka se ei olisikaan kansan hallitsema, se on kuitenkin kansan parhaaksi. *Res publica* voi hyvin olla yksinvaltius, jos se vain parhaiten toteuttaa ”yhteistä asiaa”. – Aivan vastaava ”tasavallan” ja ”kansanvallan” välinen käsite-erottelu tavataan esimerkiksi Montesquieun kirjoituksissa.

ja teki kaunopuhujista keisareiden imartelijoita ja näiden edustaman Rooman ”tasavallan” ihailijoita.⁸⁵

Augustinuksen luoman pax romanan muisto näytti joka tapauksessa vahvistavan, että kehityksen suunta oli oikea: yksinvalta oli paras tapa ajaa Rooman ”yhteistä asiaa”. Kysymys ei kuitenkaan ollut pelkästään tosiasiallisesta poliittisesta muutoksesta, vaan myös uusien ajatustapojen leviämisestä. Hallitsijan jumalaan rinnastava hellenistinen kuninkuuskäsitys alkoi enenevässä määrin vaikuttaa myös Roomassa. Omaleimaisen roomalaisen muodon keisarin jumaloiminen sai siitä, että se piti ajatukSELLISESTI sovittaa perinteiseen tasavaltaa ihannoivaan ideologiaan, joka pitkään säilyi poliittisten puheiden kantavana teemana. Koska keisari korvasi filosofit, ei systemaattista valtiofilosofiaa tarvittu, eikä sitä sen vuoksi kirjoitettukaan. Valtiosääntökin pysyi lähes muuttumattomana koko Augustinuksen perustaman prinsipaatin ajan.⁸⁶

Se, että Roomassa aineellistuivat yhtäaikaan tasavaltaisen kansan-suvereniteetin ja yleismaailmallisen yksinvaltiuden ideat, sai paljon ideologista tukea siitä, että tasavallan ajan ulkonaiset päätöksentekomuodot säilyivät myös keisarikunnassa ja tarjosivat niin muodoin poliittisen älymystön edustajille tilaisuuden tuoda ajatuksiaan julki. Vaikka esimerkiksi senaatin päätösvalta oli vain varjo entisestä, se kuitenkin kokoontui, ja istunnoissa pidettiin puheita. Kun keisari oli ”hyvä”, oli tarjolla tilaisuus keisarin ylistyksen varjolla markkinoida käsityksiä siitä, millainen keisarin tulisi olla ja mitä hänen tulisi tehdä. ”Huonoille” keisareille ei arvatavasti uskallettu pitää merkittäviä puheita, mutta heidän kuoltuaan heitä oli helppo käyttää varoittavina esimerkkeinä kehotuspuheissa uusille nuorille hallitsijoille, joista ei vielä tiedetty, tulisiko heistä hirmuhallitsijoita vai hyväntekijöitä.⁸⁷ Näin aikakirjoihin jääneiden keisaripuheiden

⁸⁵ Philon Juutalainen (n. 20 eKr.–50 jKr.) saattoi olla ensimmäisiä, jotka ajattelivat tähän tapaan: hän puhuu usein (ks. *de confusione linguarum* 108–109, *de agricultura* 45–48, *de Abrahamo* 242, *de virtutibus* 180, *de specialibus legibus* IV,237) demokratiasta parhaana valtiomuotona ja näyttää silloin tarkoittavan juuri demokratian kykyä ylläpitää hyvää järjestystä ja tavoitella – ei sitä, mitä kansa haluaa – vaan sitä, mikä on kaikille parasta. Vaikka hän siis käyttäikin kreikan sanaa *dēmokratía*, hän ehkä ajattelee sille roomalaisen *respublican* sisällön.

⁸⁶ Muodollisesti tasavaltaisen valtiosäännön mursi Diocletianuksen 200-luvun lopulla perustama *dominaatti*, joka teki keisarista riippumattoman itsevaltiaan, keisarikunnasta valtiokommunistisen työkomennuskunnan ja kansalaisista torppareita. Sekään ei kuitenkaan hävittänyt alkuperäisiä instituutiota eikä tasavaltaisen imperiumin ajatusta kokonaan, kuten jäljempänä näemme.

⁸⁷ Keisarit olivat prinsipaatin aikana myös viimeistään kuolemansa jälkeen vastuunalaisia teoistaan: senaatti päätti silloin joko jumaloida keisarin, kuten Augustuksen, tai tuomita

sisältö kiertyy yleensä hallitsijan henkilökohtaisten hyveiden ympärille, tähdentää hänen velvollisuuksiaan kansan ”yhteistä asiaa” kohtaan ja määrittelee hänen asemaansa Rooman tehtävän toteuttajana, kaitselmuksen toimeenpanijana ja jumalaa jäljittelevänä todellisena maailmankansalaisena.

2 Kaunopuhujain prinsipaatti

Tarve perustuslaillisten pidäkkeiden rakentamiseen yksinvaltaisten hallitsijain väärinkäytösten estämiseksi lienee yhtä vanha kuin yksinvaltiuskkin. Jo Platon ja Aristoteles huomasivat, että yksinvaltiuden hyvyys riippuu hallitsijan henkilökohtaisesta hyveestä: jos siinä on puutteita, on parempi, että hänen valtansa ei ole rajaton vaan laeilla säädelty. Jos yksinvaltiaan valta kuitenkin on tosiasiallisesti ehdoton, eivät mitkään lailliset pidäkkeet häntä estä, ellei hän itse hyväksy niitä ja pidä niitä itseään sitovina. Tällaisissa oloissa tavanomainen ilmiö on juridisen perustuslain korvaaminen moraalisisella perustuslaillisuudella: alamaiset – etenkin hallitsijan vaihtuessa – muistuttavat hallitsijaa hänen velvollisuuksistaan ja myös omasta oikeudestaan lausua moraalinen tuomio siitä, toimiiko hallitsija kuin oikea kuningas vai tyranni – ja hallitsija vastaavasti katsoo tarpeelliseksi osoittaa alamaisille oikeamielisyytensä erityisin vakuutuksin, joiden taas toivotaan vahvistavan hänen henkilökohtaista taipumustaan oikeamielisiin tekoihin. Jos perustuslaki on heikko, se on jatkuvasti palautettava sekä hallitsijain että alamaisien mieleen puhe- ja kirjoituksin, jotta se ei katoaisi kokonaan. Prinsipaatin perustaminen synnytti Roomassakin tarpeen moraalista perustuslaillisuutta ylläpitävälle kirjallisuudelle, jonka varhaisimpia säilyneitä edustajia ovat Senecan *de Ira* ja *de Clementia*. Niissä kirjoittaja esiintyy keisarin opettajan ominaisuudessa.⁸⁸ Toista tyyppiä edustavat viralliset kiitos- ja ylistyspuheet, joita senaatissa tuli erinäisissä tilaisuuksissa tavaksi pitää keisarin läsnäollessa. Vaikka ne olivatkin ylistyspuheita, niiden korulauseisiin oli mahdollista kätkeä vakavia kehotuksia, muistutuksia ja moitteitakin. Olihan jo yksin se, että ne pidettiin tasavaltaisessa valtioneuvostossa, muistutus siitä, että keisarin valtiollinen asema riippui Rooman

hänet valtion viholliseksi, kuten Domitianuksen, tai vain tallettaa hänen asiakirjansa odottamaan historian tuomiota, kuten Tiberiuksen kohdalla tehtiin.

⁸⁸ Myöhemmin vastaavia kehotuskirjoituksia ja moraaliooppaita laativat hovin hengenmiehet, kuten diakoni Agapetus keisari Justinianukselle, tai hallitsijat omille perillisilleen, kuten keisari Leo Viisas pojalleen.

kansan antamasta valtuutuksesta, jonka oletettu edellytys oli, että se voidaan myös peruuttaa, jos sitä käytetään muuhun kuin Rooman yhteisen asian edistämiseen.⁸⁹

Aikakirjoihin jääneiden suurten keisaripuheiden sarjan aloitti Roomassa Plinius Nuorempi (n. 61–110) ”Trajanuksen ylistyksellään”. Plinius oli toiminut valtion viroissa jo tyrannina pidetyn Domitianuksen aikana, mutta Trajanuksen aikana hän nousi konsuliksi. Ylistyspuhe oli alun perin kiitospuhe tuon nimityksen johdosta. Yhdestä Pliniuksen kirjeestä käy ilmi, että hänellä oli selvä poliittinen tarkoitus, kun hän laajensi puhetaan kirjalliseen muotoon:⁹⁰ ylistys olikin perustuslaillisen keisariuden ohjelmajulistus, jossa Trajanuksen hyveiden piti toimia esimerkkinä siitä, miten sellainen keisari toimii, joka on kansan oikea palvelija eikä omaa etuaan ajava despootti. Nero ehkä ansaitsi kiitoksen näyttelijäntaidoistaan ja Domitianus ulkomuodostaan, mutta Trajanus oli arvonimensä (*optimus*) mukaisesti paras pidättyväisyydessä, lempeydessä, inhimillisyydessä ja mielenhallinnassa.⁹¹ Trajanus täytti Platonin ihanteen mitat myös siinä, että hän oli ollut haluton hallitsijaksi.⁹² Hän ei myöskään ollut perinyt asemaansa, vaan Nerva oli valinnut hänet ”kaikkien joukosta”: koko kansan hallitseminen on liian vaativa tehtävä, että siihen oikeuttaisi pelkkä verisukulaisuus.⁹³ Keisariksi valittavan tulee siksi jo ennen valintaansa olla ominaisuuksiltaan oikea keisari:⁹⁴ kaikista paras, mutta silti yksi kansasta.⁹⁵ Paitsi kansan ”yhteisen asian” (*salus rei publicæ*) edistäjä,⁹⁶ keisari on jumalten isän sijainen maan päällä.⁹⁷ Siitä huolimatta hän ei ole lakien yläpuolella,⁹⁸ vaan päinvastoin hänen tulee olla niiden alamainen enemmän kuin kenenkään muun, koska hänen vastuunsa niiden valvomisesta ja väärinkäytön estämisestä on suurin.⁹⁹ Hänen tärkein tehtävänsä

⁸⁹ Merkille pantavaa on, että keisari lähes aina valittiin eikä pitkäikäisiä dynastioita oikeastaan syntynyt ennen Bysantin viimeistä Palaiologosten dynastiaa.

⁹⁰ *Plinius: Epist.* III,18,2.

⁹¹ *Plinius: Panegyricus* 2,7–8.

⁹² *Ibid.* 5,5–7. – Puhe oikein herkuttelee sillä, kuinka vaikeata oli saada Trajanus — vastoin tasavallan tapaa – suostumaan kolmannelle konsulikaudelle.

⁹³ 7, 4–7.

⁹⁴ 9,3–4.

⁹⁵ 21,4.

⁹⁶ 67,4–6, 68,1.

⁹⁷ 80,3–5.

⁹⁸ 24,4. – Kansa taas on samalla tavalla keisarin kuin lakienkin alainen. Koska lakien tehtävä on hallita haluja ja himoja, lienee Pliniuksen tarkoitus sanoa, että alamaisen velvollisuus keisaria kohtaan päättyy, kun keisari ylittää laillisen toimivaltansa ja antaa halujensa ja himojensa hallita (järjen) lain sijasta.

⁹⁹ 65,1–2.

on kuitenkin ”pysyvän kensorin”, tasavallan tapoja valvovan virkamiehen, tehtävä, jossa hän voi hyvällä esimerkillään tehdä kansalaisista hyviä.¹⁰⁰ koska hän on yksi kansasta mutta kansan johtajana aina kaikkien näkyvillä, hän on kuin peili, josta kansalaiset voivat nähdä oman kuvansa ja ottaa oppia. Hänen tehtävänsä ei niinkään ole ohjata kansalaisia pakolla ja rangaistuksilla, koska pelko on huono opettaja, vaan koetella heitä valtion tarjoamilla etuuksilla: kun hän suo kansalaisille mahdollisuudet toimia vapaasti ja toimii itse hyvin ja palkitsee näkyvästi suosiollaan hyvin toimivia ihmisiä, kansa ei halua olla hallitsijaansa huonompi ja oppii, että rehellisyys maan perii. Silloin kansa on myös vapaa, koska rehellisten ei tarvitse kaiken aikaa pelätä epärehellisyyttä, eikä epärehellisten kohtuutonta julmuutta, jos he joutuvat kiinni. Tämä kaikki erottaa todellisen prinsipaatin hirmuvallasta, jossa sekä hallitsija että alamaiset ovat orjia.¹⁰¹

Pliniuksen aikalainen Dion Khrystostomos (n. 40–120), Bithynian Prusasta kotoisin oleva kaunopuhuja, oli nuoruudessaan sofist ja filosofien vastustaja¹⁰² mutta liittyi myöhemmin stoalaisiin Roomassa, josta hänet karkotettiin filosofeja vainonneen keisari Domitianuksen aikana. Tämän kuoltua Dion pääsi uuden keisari Nervan suosioon. Tämänkin kuoltua hän ystävystyi läheisesti Trajanuksen kanssa. Hän laati joukon poliittisia ja moraalisia puheita, joissa hän kierrätti Platonilta, stoalaisilta ja kynnikoilta omaksuttuja ajatuksia keisarin ja kaiken kansan ylösrakennukseksi. Toisin kuin Plinius, Dion Prusalainen saattoi kuitenkin jo kutsua keisaria kuninkaaksi, koska hän kirjoitti kreikaksi.

Oikea kuningas on Dionin mukaan kuin paimen, joka on omistautunut alamaistensa hyvinvoinnille eikä käytä heitä omaksi hyödykseen. Hän hallitsee itseään ja hillitsee halunsa, sillä jos hän ei siihen kykenisi, ei hän osaisi hallita muitakaan. Hän kunnioittaa jumalia, rakastaa hyviä ihmisiä ja pitää huolta kaikkien tarpeista. Hän on kaikille inhimillinen ja lempeä, koska hän pitää kaikkia ystävinään. Hänen korkea asemansa merkitsee vain muita suurempaa osaa vastuusta ja velvollisuuksista: hän ei ole kuningas itseään vaan kaikkia ihmisiä varten.¹⁰³ Ylivertaisena ihmisenä ku-

¹⁰⁰ 46,8.

¹⁰¹ 45,3–46,8. – Kansalaisvapauteen kuuluu vapaus arvostella hallitsijaa ilman rangaistuksen pelkoa; ks. 46,7, 53,3 ja 66,4. – Keisarin tulee myös elää avoimesti kansan näkyvillä ja olla vapaasti sen käytettävissä, ks. 48ff.

¹⁰² Tältä ajalta on peräisin kuuluisa ”Hiusten ylistys”, johon Synesios myöhemmin vastasi ”Kaljuuden ylistyksellä”.

¹⁰³ *Orat.* I,12–24; II,6 ja 69–72; III,55ff., IV,44 ja 75.

ningas on luonnostaan vastuussa muiden elämästä,¹⁰⁴ ja tuon vastuun kantajana hän jäljittelee ylijumala Zeusta. Hänen tehtävänsä on osallistua maailman kaitselmukseen noudattamalla ja vaalimalla sen luonnollista järjestystä. Valtioelämässä tämä tarkoittaa oikeuden ja kohtuuden ylläpitämistä: kun kuninkaan toimet perustuvat lakiin eli oikean järjen (*lógos orthós*) neuvoon, se säilyttää oikeudenmukaisuuden, hyvän järjestyksen (*eunomía*) ja rauhan.¹⁰⁵ Hänen alamaistaankin tulee hyviä, koska hän harjoittaa kaikkia hyveitä heidän puolestaan, eivätkä he sen vuoksi kehtaa jättää häntä huonommiksi.¹⁰⁶ Kuninkaan vastakohta on hirmuvaltias: rai-vo härkä ja hillitön eunukki, jonka hallitusta leimaavat julmuus, hybris, laittomuus, hajaannus ja kaikinainen epävakaus.¹⁰⁷ Pohjimmiltaan kysymys on siitä, että ihminen on määritelmänsä mukaan järjellinen eläin: koska valtio on inhimillinen instituutio, senkin tulee olla järjellinen. Ja koska järki on yhtä kuin laki, valtion tulee olla lain mukaan järjestetty, mikäli se on täyttääkseen oman määritelmänsä. Siinä valtiot ovat kyllä epätäydellisiä, koska kaikki ihmiset eivät luonnostaan taivu yksituumaisuuteen, vaan jotkut luulevat voittavansa jotakin ihmisten välisistä riidoista tai oman, ristiriitaisten sielunliikutusten repimän sielunsa sisäisestä hajaannuksesta. Kuitenkin Jumalten isän johtama maailmanvaltio on järjennemukaisessa yksituumaisuudessaan niiden kaikkien täydellinen esikuva.¹⁰⁸

Hallitus (*arkhē*) on siis ihmisten johtamista tai heistä huolehtimista lain mukaan (*prónoia katà nómon*). Lainmukaisuudella tarkoitetaan tällöin ensisijaisesti luonnollisen järjen mukaisuutta: säädetyt inhimilliset lait ovat vain pelotteita niitä varten, jotka eivät toimi järjen mukaan, ellei heitä siihen käsketä.¹⁰⁹ Lain, oikeuden ja yhteishyvän mukaisia hallitusmuotoja ovat kuninkuus, aristokratia ja demokratia, ja niitä vastaavia laittomia – eli raakaan voimaan perustuvia – hallitusmuotoja ovat tyran-

¹⁰⁴ *Orat.* II,71–72; III,50 ja 62ff. – Vrt. III,9–11: kuninkaan asemassa velvollisuus hyveeseen on ehdoton.

¹⁰⁵ *Orat.* I,37–46 ja 73–75.

¹⁰⁶ *Orat.* III,6–9.

¹⁰⁷ *Orat.* II,73–76; III,33–35; I,76–82. – IV,35 mainitsee ”hillittömäksi eunukiksi” sofistin.

¹⁰⁸ *Orat.* XXXVI,19–38; XL,35–36; XXXVIII,11–20.

¹⁰⁹ *Orat.* LXIX,7–9. – Dionin käsitys ihmisistä on yleensä pessimistinen: vain harvat noudattavat järkeä itsestään, ja useimmat ihmiset ovat epäluotettavia (ks. *Orat.* LXXIV,4–9). – Vrt. *Orat.* LXXV (”Laista”) ja LXXVI (”Tavoista”), joita näennäisen ristiriitaisuutensa vuoksi pidetään Dionin sofistisen kauden harjoitelmina: ne voisi kyllä myös tulkita niin, että ensimmäisessä puhutaan hyviä hallitsevasta *Laista* ja jälkimmäisessä pahojen hallitsemiseen käytetyistä positiivisista *laeista*, jotka voivat joskus olla ”vain kuolleita kirjaimia kivitaluissa tai lakikirjoissa” (LXXX,5).

nia ja oligarkia, joita yhdistää mielivaltainen julmuus ja johtajien edun edistäminen kansan kustannuksella, ja hillittömän rahvaan valta, jolle on ominaista demagogien lietsoma epäjärjestys¹¹⁰. Laillisista hallitusmuodoista kuninkuus on tarkoituksenmukaisin, koska hyveellisellä yksinvaltiaalla on parhaat mahdollisuudet onnistua hyvän järjestyksen luomisessa, ja demokratia vaikein, koska se vaatii hyvettä ja itsehillintää niin monilta.¹¹¹ Vaikka kuninkuuden määritelmän mukaan monarkin yksinvalta on ”ehdoton” ja ”kuninkaan mielipide laki”,¹¹² ei yksinvalta sinänsä ole mielivaltaa eikä laeista vapaata. Kuninkaan määritelmään kuuluu näet oikean järjen mukainen itsehillintä. Sen vuoksi kuningas on lain yläpuolella vain siinä mielessä, että hän osaa käskemättä itsestäänkin toimia lain mukaan. Hän nimittäin Sokrateen ohjeen mukaan *tuntee itsensä* ja tietää, että hän itse on sekä itsensä että valtakuntansa pahin vihollinen, jos hän antaa nautinnonhalun, ahneuden tai kunnianhimon demonin ottaa itsensä vallan.¹¹³ Jos hän ei niitä hallitse, hän ei ole kuningas ollenkaan, vaan tyranni.¹¹⁴

Silti joskus tarvitaan kovia otteita. ”Puhe Aleksandrian kansalle” kertoo, miten käy, kun liika vauraus, joutilaisuus ja ylellisyys johtavat moraaliseen rappioon: kansa sairastaa pahetta eli järjen ohjauksen puutetta, pitää menestystä hyvettä parempana, välittää enemmän hevosajoista ja teatterihuveista kuin omasta käytöksestään ja oikeasta elämästä. Huvien, hetairojen ja ylensyönnin vankina se suhtautuu kaikkeen muuhunkin kuin teatteriin, ja koko kaupunki on siksi kuin teatteridemokratian näytelmään

¹¹⁰ *Orat.* XXXIV,19–20: Hillittömyys ja pahe liittyvät itsekeseiseen yksilöllisyyteen, joka uhraa yhteisen hyvän yksityisille eduille ja aiheuttaa valtion hajoamisen. Demokratiassa tämä käy helpoimmin, koska niin monien täytyy pysyä yksituumaisina, jotta valtio ei hajoaisi.

¹¹¹ *Orat.* III,43–49. – Vrt. *Orat.* XXXII,25–28, jossa sanotaan hyvää demokratiaa ”kunin-gasvallan luontoiseksi” ja huonoa demokratiaa parhaiden platonilaisten perinteiden mukaan rahvaan moninaisten paheiden sekamelskaksi ja sekasikiöksi, joka on olevinaan yksi mutta onkin todellisuudessa monta. Demokratia on vaikea, koska sitä hallitsee koko kansa joukostaan nousevien johtajien (*protatēs*) kautta: koska vain ilmeisesti pienempi osa kansasta ja sen potentiaalisista johtajista (ks. *Orat.* XXXIV,28–30) on luonteeltaan ”kuninkaallisia” ja suurempi osa ”tyrannimaisia”, ovat useimmat demokratiat huonoja.

¹¹² *Ibid.* 43. – Kuitenkin *Orat.* LVI:n mukaan kuningas voi olla tilivelvollinen, kuten Agamemnon Nestorille.

¹¹³ *Orat.* IV,55–59 ja 83ff. – Yksi syy kuninkaan tehtävän vaativuuteen on se, että hänen tulee itsensä lisäksi pystyä hallitsemaan alamaisia, jotka ovat kaikin mahdollisin eri tavoin näiden kolmen demonin vallassa.

¹¹⁴ *Orat.* LXII,1–4. – *Orat.* IV,24–25:n mukaan on turhaa sanoa ”hyvä kuningas”: ”kunin-gas” riittää, koska hyvyys kuuluu kuninkaan olemukseen. *Orat.* XLIX:n mukaan taas se, että kuninkuus edellyttää itsehallintaa, viittaa filosofien sopivuuteen hallitsijoiksi.

eläytyvä ulvovien koirien kuoro; tai kuin kilpaorin astuma uusi Pasiphaë, josta ei tiedä, millaisen Minotauroksen se kohta synnyttää; tai kuin komea talo, jonka isäntä ei kelpaisi edes ovimieheksi, valtavan tunkion keskellä.¹¹⁵ Vain päättäväinen ja ankara johtaja, joka ei välitä siitä, miellyttääkö hän kansaa vai ei, voi korjata tilanteen.¹¹⁶ Esimerkki epäonnistumisesta on Solonin lainsäädäntö: koska se huolehti vain kaupungin ulkoisesta vapaudesta, se vahvisti kansalaisten sisäistä rahan ja nautintojen orjuutta.¹¹⁷ Vauras elinkeinoelämä on sopiva ominaisuus *markkinapaikalle*, mutta ei *kaupungille*, ja menestys on hajanaiselle valtiolle vain pahaksi, kun taas yksituumaiselle valtiolle on kaikki – sekä menestys että sen puute – vain hyväksi.¹¹⁸ Köyhyys itsessään ei ole ongelma, vaan se voi päinvastoin olla hyväksi, koska se pakottaa kansalaiset viettämään hyödyllisempää ja luonnonmukaisempaa elämää kuin rikkaat öykkärit, vetelehtijät ja elostelijat.¹¹⁹

Myös Ailios Aristeides (129–189) korosti hyveen, järjenmukaisen järjestyksen ja yksituumaisuuden autuuttavaa merkitystä politiikassa¹²⁰ ja katsoi, että huonomman tulee totella parempaansa, tietämättömän viisaampaansa ja alemman ylempäänsä.¹²¹ Hänenkin mielestään kansan sisäinen hajoaminen johtuu ihmisten taipumuksesta panna yksityiset intressinsä yhteisen hyvän edelle: vain vaara- ja hätätilanteissa ihmiset vetävät luonnostaan yhtä köyttä, kun taas hyvien olojen aikana kaikki ajavat erillisiä etujaan ja maksavat toisilleen pahan pahalla. Parasta kuitenkin olisi, että ”ystävien tavarat” olisivat aina ”yhteisiä” siinä mielessä, että kansalaiset ymmärtäisivät yksilölliset etunsa epävarmoiksi ja näennäisiksi, ellei niitä käytetä hyveenmukaisesti kaikkien yhteisen sopusoinnun parhaaksi.¹²²

Parhaiten Aristeides muistetaan ”Rooman ylistyksestä”, jolla hän pyrki keisarin suosioon Roomassa vuosien 142–143 vaiheilla. Jotkut ovat nähneet tässä puheessa vain tyhjää imartelua. Toiset ovat pitäneet sitä oivana kuvauksena siitä, millaiseksi keisarikunta ymmärrettiin II vuosisadalla. Se on myös mahdollista nähdä platonilaisen valtio-opin taitavaksi sovellutukseksi sen hetkiseen todellisuuteen. Joka tapauksessa sen ilmeinen

¹¹⁵ *Orat.* XXXII,17–90.

¹¹⁶ *Orat.* XXXIV,32–33.

¹¹⁷ *Orat.* LXXX,3–10.

¹¹⁸ *Orat.* XXXII,37–38, XXXIX,5–7, XLVIII,9, XLVI,1–2 ja 11, LXXIX,3.

¹¹⁹ *Orat.* VII 103–4 ja 115.

¹²⁰ *Aristeides: Orat.* XXIII,30ff., XXI 4ff., XXIV,13, 19 ja 42.

¹²¹ *Orat.* XXIV,35–36; vrt. II,191, XXVIII,123–125 ja XXXIV,53.

¹²² *Orat.* XXIII,65–79; XXIV,33–34 ja 36.

tarkoitus on osoittaa, että keisari Hadrianuksen jälkeensä jättämä Rooma on valtiotaidon huippu: kaikki muut valtakunnat ovat epäonnistuneet siinä, missä Rooma on onnistunut. Persia sortui, koska se suhtautui valloituksiinsa kuin vieraaseen omaisuuteen ja ryösti ne tyhjiksi. Sen omakaan väki ei siksi ollut yhtenäinen kansa, vaan kilpailevien rosvojoukkojen sekamelska, eikä valtakuntaa vällinnut järjestys vaan kaikkien pelko kaikkia kohtaan. Sitä paitsi Persian kuningas oli kuin kotitalouden isäntä: despootti, joka piti valtakuntaa yksityisomaisuutenaan ja alamaisia orjinaan. Näin kansalta puuttui vapaus, eikä sillä siksi voinut olla yhteisiä päämääriäkään. Aleksanteri Suuri taas ei *järjestänyt* valtakuntaansa millään tavalla, vaan se hajosi kuin rosvojoukon saalis. Vain Rooma on onnistunut säilyttämään kaiken, minkä se on saavuttanutkin, koska se on liittännyt valloittamansa maat sopusointuiseksi ja hyvin toimivaksi kokonaisuudeksi ja tehnyt koko maailmasta yhden valtakunnan, jossa asuu yksi kansa ja jonka hallitusmiehet kunnioittavat jumalia ja tottelevat yksituumaisesti keisaria.¹²³ Näin on käynyt, koska Rooma on ensimmäinen valtakunta, jolla on ollut aineelliset edellytykset imperiumin luomiseen: se, että Rooma on pystynyt pitämään valloituksensa, on antanut valtiotaidolle mahdollisuuden kehittyä, ja se taas on mahdollistanut uudet valloitukset ja niiden pitämisen.¹²⁴

Erityismaininnan Rooma ansaitsee siitä, että se hallitsee vain vapaita alamaisia: sen maaherrat eivät voi pitää provinssveja omaisuutenaan, koska keisari lähettää niihin joka vuosi uuden miehen, jonka tehtävä on hallita aluetta sen asukkaiden parhaaksi, aivan kuin hän olisi heidän itsensä valitsema. Näin maaherrat pysyvät alamaisina alamaisten joukossa, ja kaikki langat pysyvät kaikista yhtäläistä huolta pitävän keisarin käsissä. Tällä tavalla keisarikunta on parempi ja demokraattisempi kuin mikä tahansa demokratia, koska kaikilla sen asukkailla on aina turvanaan hallitsija ja tuomari, joka on jokaiselle alamaiselle – oli tämä sitten rikas tai köyhä, ylhäinen tai alhainen – yhtä etäinen ja yhtä ylivertainen ja sen vuoksi puolueeton.¹²⁵ Rooma ei ole myöskään tahtonut loistaa valloitetujen alamaistensa kustannuksella, vaan se on sitonut parhaan osan alueellaan asuvista muukalaisista itseensä myöntämällä heille täydet ja yhtäläiset kansalaisoikeudet. Sen johdosta kaikki on kaikille mahdollista, eikä mikään estä ketä tahansa, joka on sen arvoinen, pääsemästä mihin tahansa asemaan valtakunnassa. Näin Rooma on yhden miehen hallitsema

¹²³ *Orat.* XXVI,14–33.

¹²⁴ *Ibid.* 58.

¹²⁵ *Ibid.* 31 ja 34–39.

täydellinen demokratia, ja Tiberin kaupungin *agora, forum romanum*, kokoaa ajatuksellisesti yhteen kaikki maailman vapaat miehet.¹²⁶ Sen vuoksi valtakuntaa ei pidä koossa sotavoima, vaan kansalaisten uskollisuus. Provinssija ei sorreta, vaan emämaa uhrautuu niiden hyväksi, eikä kansalaisuudettomiakaan asukkaita syrjitä, koska hallitusmiehet johtavat heitä kuin omia maanmiehiään. Kaikkien turvallisuus sekä ulkoisia että sisäisiä rauhanhäiritsijöitä vastaan on yhtäläisesti taattu, ja sekä köyhät että rikkaat voivat viettää aineellisesti turvattua elämää. Koska kaikki ymmärtävät, että näiden siunausten syy on kuuluminen Rooman valtakuntaan, he haluavat myös pysyä siinä eivätkä pelkää mitään niin paljon kuin sitä, että jokin erottaisi heidät sen yhteydestä.¹²⁷

Salaisuus kaiken takana on taas kerran Rooman valtiosääntö, jota Aristeides Polybioksen tapaan ylistää siitä, että se yhdistää monarkian, aristokratian ja demokratian parhaat puolet ja tekee tyhjiksi kaikki niiden huonot puolet. Mutta toisin kuin Polybioksen aikana, kysymys ei enää olekaan siitä, että valtioelimet tasapainottavat ja valvovat toisiaan, vaan siitä, että sellaista tasapainottamista ja valvontaa ei tarvita, koska ylivertaisen keisarin taitava ohjaus saa kansan, ylimystön ja virkamiehet näyttämään parhaat puolensa ja toimimaan yksissä tuumin koko valtakunnan parhaaksi. Valtioelinten ”sekoittaminen” on turhaa, koska niiden edustamat kansanosat ovat sekoittuneet yhdeksi ristiriidattomaksi kokonaisuudeksi, jossa jokaisella kansalaisella on oma paikkansa.¹²⁸ Roomalaisten järjestelmässä keisari *institiutiona* toimii kuin Platonin vertauskuvan kutoja,¹²⁹ vaikka hän ei *henkilönä* olekaan filosofi, mutta hän ei kudo kestäväää ja sopusointuista kangasta pelkästään hallitusmuotojen ja kansanluokkien, vaan myös kokonaisten kansojen langoista. Rooma näet hallitsee alamaiskansojaan yhtäläisesti. Se ei toki kohtele kaikkia samalla tavalla, mutta sillä on yhtäläinen huoli jokaisen kansan parhaasta ja se kohtelee niitä sen mukaan: kreikkalaisia se kunnioittaa esivanhempinaan ja antaa heille suuren vapauden ja laajan itsehallinnon, kun taas barbaareja se kasvattaa ankaruudella ja lempeydellä, joka näiden sivistämiseksi on tarpeen. Valtakunnan osien väliset ristiriidat ovat kadonneet, väkivallan rautakahleet ovat murtuneet, ja elämä on kaikille pelkkää vaurauden, kau-

¹²⁶ *Ibid.* 59–62. – Järjestelmä, jonka mukaan valloitetujen maiden kansalaisista useimpien ennemmin tai myöhemmin tuli myös Rooman kansalaisia, lienee ollutkin yksi tärkeimmistä valtakuntaa koossa pitävistä tekijöistä ainakin niin kauan kuin Rooman kansalaisuuden tarjoamat aineelliset edut vaikuttivat barbaareistakin houkuttelevilta.

¹²⁷ *Ibid.* 64–68.

¹²⁸ *Ibid.* 72–91; vrt. *Polybios* VI,11–12.

¹²⁹ Ks. *Valtiomies* 279B–283B.

neuden ja nautintojen juhlaa. Rooman keisarikunnassa on tullut konkreettisesti todeksi stoalaisen maailmanvaltion rajaton ihanne, eikä kreikkalaisella ja barbaarilla ole enää eroa, koska roomalainen kuri ja järjestys on sivistänyt kaikki. Enää ei tarvita maantiedettä, koska kaikki on yhtä maata, eikä valtioiden lakikokoelmia, koska keisarin sana on laki ja oikeus kaikkialla. Entisen kansojen sekamelskan on korvannut yksi yhteinen järjestys, ja maailmanajojen kierto on täyttynyt, kun rautainen sukupolvi on väistynyt oikeuden ja kunniantunnon tieltä.¹³⁰

Aristeides joutui pian häpeään: jos hänen etevän hallitsijan varaan rakentamansa ihannekuva vielä jossakin määrin vastasikin todellisuutta Antoninus Piuksen (138–161) ja Marcus Aureliuksen (161–180) aikana, osoitti viimeksi mainitun poika Commodus (180–192) jo selvästi, ettei keisarius instituutiona tarjonnut mitään takeita maailmanvaltion sisäisestä yksituumaisuudesta ja onnellisuudesta. Henkivartiokaartin murhattua Commoduksen alkoi sotilaskeisarien kaikkea muuta kuin rauhallinen ja sopusointuinen kausi (193–284), joka kyllä teki kaikille selväksi, että Rooman ”demokraattisessa” valtakunnassa kuka tahansa saattoi päästä mihin virkaan tahansa, keisariksikin, mutta osoitti samalla vanhojen valtioelinten, kuten senaatin, täydellisen voimattomuuden avainasemaan nousseen sotaväen rinnalla. Kun ulkoisten vihollisten paine valtakunnan rajoilla kasvoi yhä suuremmaksi, eivät toinen toistaan lyhyin väliajoin seuraavat väkivaltaiset vallankaappaukset ainakaan parantaneet oloja. Tämän sekasortoisen kauden puolimaihini tavataan ajoittaa erheellisesti Aristeideen nimiin luettu tuntemattoman tekijän keisaripuhe,¹³¹ joka voidaan aihetodisteiden perusteella päätellä todennäköisesti osoitetuksi ensimmäisenä kristittynä keisarina pidetylle Philippus Arabsille (244–249). Epätoivoinen puhuja näkee siinä muka vastahakoisen hallitsijan oljenkorreksi, johon hän Senecan moralistisia sävyjä heijastavin sanakääntein tarttuu muistuttaakseen kuulijoita hyveen ja vastuuntunnon rajaaman ”perustuslaillisen” keisariuden siunauksista: oikea keisari on oikeamielinen ja lempeä ihmisten ystävä, vapautta rakastava, omat himonsa hillitsevä ja oman väkensä ahneuden suitsiva, kaikkien käytettävissä oleva kansojen isä, paimen ja perämies. Selvästikin puhe on siitä, mistä on puute, eikä Philippuskaan saanut mitään pysyvää muutosta aikaan.

¹³⁰ *Ibid.* 92–107; vrt. *Hesiodos: Erga* 196.

¹³¹ (Pseudo-)Aristeides: *Orat.* XXXV.

III KEISARIEN APOTEOOSI JA UUSI JUMALA

1 Zeus maan päällä ja pakanallisen valtion loppu

Lyhyen aikalisän rappeutuvalla keisarikunnalla antoi Diocletianuksen (284–305) perustama *dominaatti*, joka ylensi keisarin ensimmäisestä kansalaisesta ehdottomaksi yksinvaltiaaksi (*dominus*), alensi senaatin kaupungin paikallishallintoelimeksi ja muutti koko valtakunnan keskusjohtoiseksi suunnitelmataloudeksi. Diocletianuksen keksimä vallanjako- ja perimysjärjestelmä johti kuitenkin vielä hänen elinaikanaan uusiin ongelmiin, kun kanssahallitsijat (augustukset), joille hän oli valtansa luovuttanut, ja näiden seuraajikseen valitsemat apulaishallitsijat (caesarit) kävivät keskenään veriseen valtataisteluun. Valtakunnan kokosi kuitenkin vielä yhteen Konstantinus Suuri (324–337), joka yritti aloittaa puhtaalta pöydältä, hylkäsi vanhan Rooman ja perusti vanhan Byzantionin paikalle uuden pääkaupungin.

Konstantinuksen seuraajien Constantius II:n, Julianus Luopion, Jovianuksen, Valentinianuksen, Gratianuksen ja Theodosius Suuren aikana vaikutti kaunopuhuja ja Aristoteleen kommentaattori Themistios (n. 317–389). Hänen poliittisissa puheissaan yksinvaltaisen keisarin pakanallinen apoteoosi saavutti jälkijätöisen huippunsa aikana, jona kristinusko jo hallitsi uuden Rooman, Konstantinopolin, politiikkaa. Filosofiaa hallitsi silloin uusplatonismi, joka ei yleensä pitänyt valtion asioita filosofien toimialaan kuuluvina.¹³² Tässä tilanteessa Themistios oli outo lintu, joka ei ainoastaan halunnut palauttaa Aristotelesta Platonin rinnalle¹³³ ja vaalia pakanallista ajatusperintöä kristillistyvässä valtakunnassa, vaan myös vaikuttaa suoraan politiikkaan: hän tahtoi käytännöllisenä valtiofilosofina *toimia* valtion parhaaksi.¹³⁴ Keisari Theodosius olikin halukas hyväksymään tämän Konstantinopolin Ciceron politiikan aktiiviseksi toimijaksi ja nimitti

¹³² Vasta 800–1200-lukujen islamilaiset filosofit, *falāsafa*, sovittivat tahollaan tulkintansa Platonin ja Aristoteleen valtio-opillisista kirjoituksista uusplatonistiseen metafysiikkaan, joka sopi hyvin yhteen muun muassa suuffilaisen mystiikan ja joidenkin shiialaisille lahkouille tyypillisten opinkappaleiden kanssa.

¹³³ *Themistios: Orat.* VIII,9:n mukaan (107cd) Platonin oppi, jonka mukaan paha ei lopu, elleivät filosofit ryhdy kuninkaiksi tai kuninkaat filosoifeiksi (*Gorgias* 464B), on osoittautunut epärealistiseksi. Aristoteles sen sijaan ymmärtää (*Aristoteles: fragm.* 647, Ross), että kuninkaan ei tarvitse olla filosofi: kuningas on näet toiminnan mies, mitä filosofi ei yleensä ole. Koska kuitenkin olisi parasta, jos kuninkaan toimet perustuisivat filosofin veroiseen tietoon, kuninkaan tulee olla kuuliainen filosofien opetuksille ja valmis toimimaan niiden mukaan; ks. *Orat.* VIII,11 (108c–109a); XIII,13 (171b–172d).

¹³⁴ Ks. *Orat.* IV, ingressi.

hänet kaupungin prefektiksi.¹³⁵ Niin filosofin elämäntyö sai täyttymyksen-
sä. Historiaan hän jätti jälkensä luomalla pakanallisen prototyypin *ikonisesta*
valtio-opista, jonka mukaan hallitsija on Jumalan maanpäällinen ikoni:
kuva ja symbolinen vastine. Kristillisten kirjoittajien, kuten Eusebios
Caesarealaisen, olikin helppo omaksua Themistioksen ajatusmalli ja käsitteistö
lähes sellaisenaan. 400-luvulla syntyneiden pseudo-Dionysioksen
teosten kautta ikoninen valtiokäsitys vaikutti myös lännessä varsinkin sen
jälkeen, kun Johannes Scotus Erigena oli 800-luvulla kääntänyt ne latinaksi.
Idän keisarikunnassa siitä muodostui keisarillisen propagandan pysyvä
paradigma, jolla oli kyllä vastineensa keisarihovin ja patriarkaatin seremoniallisissa
muodoissa, mutta ei välttämättä poliittisessa todellisuudessa: jos keisarin
asema näet riippui hippodromilla riehuvien penkkiurheilijoiden huutoäänestyksestä,¹³⁶
oli vaikea pitää häntä kovin jumalallisena olentona.

Dominaatin ajan lapsena Themistios torjuu ”perustuslaillisen” ajatuksen,
jonka mukaan keisarin vielä Julianus Luopionkin mielestä olisi pitänyt olla
vain ”tasavallan” *primus inter pares*, ja puolustaa ehdotonta yksinvaltaa:
keisari on hänelle oikea kuningas (*basileús*) ja itsevaltias (*autokrátor*),
jonka asema perustuu suoraan Jumalaan. Hänen valtakuntansa, uusi Rooma,
on taivaallisen valtakunnan kuva maan päällä, ja sen itsevaltiana hän on
Jumalan edustaja kosmoksen maanpäällisessä osassa ja Jumalaa jäljittelevä
Jumalan kuva (*eikòn theoù*),¹³⁷ jonka Jumala on ihmisrakkautensa valinnut¹³⁸
ja lähettänyt pitämään huolta ihmisistä ja ”pelastamaan” maailman.¹³⁹
Jumalan maanpäällisenä jäljittelijänä hän on ”elävä laki” (*nómos émpsykhos*),
jonka tehtävä on suojella alamaisiaan kirjoitettujen lakien kovuutta ja
niiden mahdollistamia väärinkäytöksiä

¹³⁵ Ks. *Orat.* XVII,1 (213c); ks. myös *Orat.* XXXI ja XXXIV.

¹³⁶ Bysantissa syntyi vakiintunut puoluelaitos, joka sai alkunsa, kun hevoskilpailujen yleisö
jakaantui ”sinisiin” ja ”vihreisiin” sen mukaan, keitä he kisassa kannattivat. Näin toteutui
pääkaupungissa aivan konkreettisesti se ”teatteridemokratia”, jota Dion Prusalainen oli
kammoksunut.

¹³⁷ *Orat.* I,12 (9ac); II,19 (34bd); XV,5 (188a–189a).

¹³⁸ *Orat.* V,5–6 (65b–66d); VI,4 (73bd): Vaikka ihmiset valitsevat keisarin, se tapahtuu
Jumalan johdattuna koko maailman parhaaksi: jos näet valinta olisi vain ihmisten, se siirtäisi
keisarille pelkän *vallan*, mutta koska se on myös Jumalan, sen mukana tulee välttämätön
hyve ja kyky.

¹³⁹ *Orat.* I,3 (3bc); XV,5 (188bc). – ”Pelastaminen” (ks. esim. VI,3,73a) on yksinvaltiaan
tehtävä Zeus ”Pelastajan” jäljittelijänä.

vastaan.¹⁴⁰ Hän on auringon kaltainen luonnollinen kuningas¹⁴¹, joka on saanut taivaasta kyvyn hallita.¹⁴² Jumalan näkyvänä kuvana hänen tehtävänsä on toimia Esikuvan kuvana alamaisilleen, jotta nämä häntä jäljitellessään välillisesti jäljittelisivät jumalallisia hyveitä¹⁴³ ja valtakunnassa vallitsisi sopusointu.¹⁴⁴ Koska hänen hallituksensa näin rakentuu hyveen varaan ja tarkoittaa yksinomaan kaikkien parasta, hän on kaikin tavoin vastakohta tyrannille, joka tavoittelee vain omaa etuaan: hän ei siis ole kauppiamies (*kápēlos*), kuten Dareios, eikä isäntä (*despótēs*), kuten Kambyses, vaan isä (*patēr*), kuten Kyros.¹⁴⁵

Itsevaltias on kuitenkin jumalallinen olento nimenomaan virkansa haltijana, ei henkilönä. Viranhaltijana hän ei ole vastuullinen inhimillisen lain edessä, mutta henkilönä hän on vastuussa Jumalalle siitä, että hän pyrkii sovittamaan henkilönsä virka-asemansa asettamiin vaatimuksiin: hänen on henkilönä pidettävä itsensä kutsumuksensa arvoisena. Siksi hänen velvollisuutensa on jäljitellä Jumalaa ja harjoittaa taivaan esimerkin mukaan hyvettä kaikilla elämänalueilla.¹⁴⁶ Sen ensimmäinen perusta ja edellytys on kyky itsehallintaan,¹⁴⁷ mutta sen viimeinen täydellisyys ja yksinomaisesti kuninkaallinen ilmenemismuoto on inhimillisyys eli ihmisrakkautta (*humanitas, philanthrōpía*), joka erottaa itsevaltiaan muista ihmisistä omaksi lajikseen. Muillakin voi toki olla samoja hyveitä kuin kuninkaalla, kuten rohkeutta ja malttia, mutta rohkea kuningas ilman ihmisrakkautta on vain sotapäällikkö: jotta hänen rohkeutensa olisi *kuninkaallista* rohkeutta, sen täytyy palvella ihmisrakkautta. Kukaan ei näet

¹⁴⁰ *Orat.* I,19 (14d–15b): Koska lain luonteeseen kuuluu yleispätevyys ja sen myötä joustamattomuus, se tarjoaa aina saman vastauksen, vaikka kysymys ei olisikaan sama. Koska hallitsija on itse laki ja siten lainalaisuudesta vapaa, hän voi soveltaa lakia niin, että se tarjoaa tilanteeseen sopivan vastauksen. Näin hänen toimintansa muistuttaa sitä, mitä Aristoteles nimitti kohtuudeksi.

¹⁴¹ *Orat.* IV,1–4 (49a–51d); XI,14 (150ab); XIII,7 (166d–167b); II,22 (36bc); XIX,13 (232ab). – Hän on siis luonnoltaan kuningas, vaikka ei olisikaan muodollisesti kuninkaan virassa.

¹⁴² *Orat.* XI,2 (142ca–143a); XVIII,3 (269a). – Hallitsijan taito on ylivertainen, koska kaikki muut maalliset taidot palautuvat viime kädessä sen ylimmän todellisuuden näkemiseen, joka mahdollistaa hallitsijalle Zeuksen valtakunnan jäljittelemisen; ks. IX,10 (126d–127a).

¹⁴³ *Orat.* IX,11:n mukaan (127ab) näin saavutetaan se onnellinen olotila, jota Platon piti saavuttamattomana ihanteena, että kirjoitettuja lakeja ei tarvita. – Vrt. XV,8–9 ja 14 (191d–192b, 195d), jonka mukaan ihmisillä on luonnostaan taipumus jäljitellä johtajiaan.

¹⁴⁴ *Orat.* IX,3 (122c).

¹⁴⁵ *Orat.* II,21 (35cd); XIX,13 (232a); vrt. *Herodotos* III,89. – Myös Zeus on ”jumalten ja ihmisten isä”.

¹⁴⁶ *Orat.* IX,10–11.

¹⁴⁷ *Orat.* I,6 (5bc); IX,8 (126ab).

voi toimittaa mitään tehtävää hyvin, ellei tehtävä ole hänelle mieluisa. Koska kuninkaan tehtävä on ihmisistä huolehtiminen, hän ei voi suoriutua tehtävästään hyvin, ellei hän ole ihmisten ystävä.¹⁴⁸ Mutta tavalliset ihmiset eivät voi harjoittaa todellista filantropiaa, koska se edellyttää voimavaroja ja valtuuksia, joiden avulla rakkautta on mahdollista osoittaa kaikkia ihmisiä kohtaan.¹⁴⁹ Näin ihmisrakkaus on Jumalan ja itsevaltiaan yhteinen hyve ja heidän lähisukulaisuutensa merkki, ihmisrakkauden kautta itsevaltiat on Jumalan kuva, ja sen harjoittaminen on yksinomaan hänelle ominainen ja mahdollinen tapa jäljitellä Jumalaa.¹⁵⁰

IhmISRakkaus erottaa kuninkaan tyrannista, koska ihmisystävällisen hallitsijan alamaisetkin pitävät tehtäväänsä, nimittäin tottelemista, mieluisana ja täyttävät sen vapaaehtoisesti. Siksi he ovat vapaita, ylpeitä ja onnellisia, ja hän on itse onnellisin onnellisten keskellä.¹⁵¹ Koska ihmisrakkauden tehtävä on tuottaa hyvää, on erityisen tärkeää, miten kuningas jakaa palkintoja ja rangaistuksia: on parempi palkita kuin rangaista, koska palkinto edistää ihmisten hyvyyttä, kun taas rangaistus vain estää pahan kasvua. Themistios näyttää hyväksyvän Platonin ajatuksen, jonka mukaan rangaistusten tulisi olla hyväksi rikoksenteijälle, mutta tunnustaa, että ne todellisuudessa useimmiten päinvastoin pahentavat rikollisen sielua ja ovat hyödyksi vain muille ihmisille. Sitä paitsi lait ovat vanhaan liian julmia ja jäykkiä, jotta niiden mukaan voitaisiin ottaa huomioon rikosten yksilölliset piirteet ja tekijöiden yksilölliset kasvatukselliset tarpeet. Julmia lakeja tulisikin lieventää, mutta joka tapauksessa kuningas voi kohtuullistaa lakien soveltamista: elävänä lakina hänen tehtävänsä on lakien korjaaminen (*epanóρθōsis*) ihmisrakkauden ja armeliaisuuden nimissä, että ne tuottaisivat yksittäistapauksissa täsmälleen oikeita ratkaisuja.¹⁵²

Themistios nostaa ihmisrakkauden kaikkien hallitustoimien johtavaksi periaatteeksi. Esimerkiksi valtiovarainhoidossa tulee sen mukaan huolehtia siitä, että verotaakka ja valtion jakamat edut jakautuvat yhtäläisesti kaikille.¹⁵³ Ihmisrakkaus puoltaa myös sitä, että sisäpolitiikka on paljon

¹⁴⁸ *Orat.* I,6 (4c); 7 (5c–6b); 13 (9c–10d).

¹⁴⁹ *Orat.* I,8 (6b–7a); X,6 (132b). – *Philia*-käsitteeseen jo kuului konnotaationa ajatus, että se kohdistui tavalla tai toisella ylemmältä alempaan.

¹⁵⁰ *Orat.* I,11 (8ac); 7 (6b); 12 (8d–9c). – Filosofikin jäljittelee Jumalaa, mutta epätäydellisemmin kuin kuningas, koska hänellä ei ole valtaa, jonka avulla hän voisi panna ”inhimillisyttä” koskevan tietonsa myös toimeen.

¹⁵¹ *Ibid.* 13 (10d–11c).

¹⁵² *Ibid.* 16–20 (13a–16b); XI,19 (154a); XVI,21 (212c).

¹⁵³ *Orat.* VIII,17–20 (112b–115a)

tähdellisempää kuin ulkopoliittikka ja rauhan toimet aina yhteisen onnellisuuden kannalta ensisijaisia ja että sodankin tarkoitus on aina rauha.¹⁵⁴ Valtakunnan sielullinen hyvinvointi on tärkeämpää kuin sen ulkonainen rikkaus ja menestys, ja ensin mainittuun sisältyy myös voitettujen barbaarien osuus valtakunnan alamaisten yhteisestä onnellisuudesta. Raakalaiset eivät näet viime kädessä sorru Rooman ylivoimaan, vaan koska he ymmärtävät oman alemmuutensa ja käsittävät, että heille on parempi liittyä Rooman valtakuntaan. Sodan päätyttyä voitettuja raakalaisia ei saa sen vuoksi tuhota, vaan heidät tulee ottaa ystävällisesti ja kunnioittavasti vastaan ja kesyttää, opettaa ja sivistää järjen valtakunnan erottamattomaksi osaksi. Niin barbaarit muuttuvat roomalaisiksi¹⁵⁵ ja kuninkaastakin tulee ei vain roomalaisten, vaan kaikkien ihmisten oikea valtiias.¹⁵⁶ Mutta raakalaisten kasvattaminen ei sinällään ole riittävä oikeutus sodalle, vaan oikea kuningas tarttuu aseisiin vain, kun se on välttämätöntä: paljon parempi on, jos barbaarit vapaaehtoisesti alistuvat kesytettäviksi.¹⁵⁷ Silloin toteutuu helpoimmin Platonin ihanteen mukaan toimiva järjestys, jonka jokainen jäsen tietää tarkoin paikkansa ja tehtävänsä ja odottaa omaa vuoroaan ennen kuin toimii,¹⁵⁸ ja jonka hallitsija on ”filosoifeista suurin”, koska hän ei anna nautinnonhimon, ahneuden eikä kunnianhimon nousta tyranniksi eikä menetä itseään eikä valtiota ristiriitaisten halujen sekasortoille demokratialle vaan antaa mielen luontaisen ylemmyyden vallita.¹⁵⁹

Synesios Kyreneläinen (n. 370–413) oli Themistioksen kuollessa noin kaksikymmenvuotias. Samoihin aikoihin (vuonna 390) Theodosius sääti kristinuskon valtionuskonnoksi ja kielsi muut uskonnot. Vaikka Synesios oli ainakin sen jälkeen, kun hänet oli vuonna 410 valittu Ptolemaiin piispaksi, oikeauskoinen kristitty, hänen kirjoituksensa osoittavat hänen

¹⁵⁴ *Orat.* XV,3–5 (185c–189a); X,4 (131ab); vrt. *Platon: Lait* 628D ja *Dion Khrysostomos: Orat.* I,27. – Rauhan takeena kyllä on Themistioksenkin mielestä valmius sotaan; ks. *Orat.* X,13 (138b). Koska sisäisen järjestyksen ylläpitäminen on paljon vaikeampaa kuin ulkoisten vihollisten torjuminen, on hallitsija enemmän Jumalan kaltainen sisäpoliittikkona kuin ulkopoliittikkona – Jumalallehan kaikki on sisäpoliittikkaa!

¹⁵⁵ *Orat.* X,17(141ac); 14 (139bc); XVI,18–19; vrt. XV,15 (197b). – Barbaarit eivät ole Rooman ulkopuolisia vihollisia vaan roomalaisuuden pimeä puoli, jonka valistaminen järjenmukaisella järjestyksellä toteuttaa Rooman yleismaailmallisen kutsumuksen; ks. XIII,6 (166c).

¹⁵⁶ *Orat.* X,5–6 (131b–132c). – Eihän aistiselun järjettömiä liikukuksiakaan pidä hävittää, kuten stoalaiset ajattelivat, vaan niitä tulee hallita järjen kuninkuudella.

¹⁵⁷ *Orat.* XIII,18 (176ad); XVI,13 (207b–208a).

¹⁵⁸ *Orat.* XVII,8 (216bc).

¹⁵⁹ *Orat.* II,20–22 (35a–36c).

omaksuneen vaikutteita kaikista aikansa lähteistä: uusplatonismista, oikeauskoisesta kristinopista, gnostikkojen salaopeista, hermeettisistä teksteistä ja Kaldean oraakkeleista. Dion Khrysostomoksen ihailijana hän kirjoitti tästä kirjan, jossa Dion korotetaan kaunopuhujan ja filosofin yhdistelmän ihanteelliseksi esikuvaksi. Vuodesta 399 vuoteen 402 Synesios oleskeli Konstantinopolissa Libyan Pentapoliin verotaakan lievennystä keisari Arkadiokselta¹⁶⁰ pyytämään lähteneen lähetystön jäsenenä. Pääkaupungissa hän piti puheen ”Kuninkuudesta” Arkadioksen edessä vuonna 400.

Monet Synesiosuksen teemoista ovat samoja kuin Themistioksen: tärkeintä hallitsijalle on kyky hallita oman sielunsa liikkeitä ja huolehtia alamaisten parhaasta ennen henkilökohtaista hyötyään. Hänen tulee harjoittaa kaikkia hyveitä, ja koska hän on Jumalan kuva, hänen tulee alamaistensa parissa jäljitellä Jumalan kaitselmusta, joka on jokaisen maallisen hallituksen esikuva, ja jakaa kaikkea maallista hyvää ihmisten parhaaksi. Se on kuitenkin vaikeaa, koska Jumala on luonut ihmisen monista osista ja kyvyistä koostuvaksi ristiriitaiseksi ja vaikeasti hallittavaksi ”hydraakin oudommaksi olennoiksi”, jonka sisällä vallitsee halujen demokratia. Tämä sisäinen rahvaanvalta tulisi kumota, ja järjen tulisi nousta ihmisiä ”yksimielisesti” hallitsevaksi kuninkaaksi.¹⁶¹ Tässä tarkoituksessa kuninkaan tulee olla alamaistensa ulottuvilla, jos he tarvitsevat apua tai oikeutta, ja toimia näkyvänä hyveen esimerkkinä, jotta he oppisivat omaisuuden sijasta kadehtimaan toistensa hyveitä.¹⁶² Synesios on kuitenkin epävarma nuoren keisarin mielenlaadusta ja moraalista¹⁶³ – sekä Konstantinopolissa näkemänsä perusteella vakuuttunut siitä, ettei vastikään kansalaisiksi otetuista germaaneista vastoin Themistioksen toiveita olekaan tullut oikeita roomalaisia.¹⁶⁴ Sotalaitosta ei saisi rakentaa heidän varaansa, koska heiltä puuttuu oman maan ja omien lakien puolustamisen motiivi – he ovat kuin susia koirien tehtävissä. Muistakin hallitustehtävistä ”uudet kansalaiset” tulisi erottaa, varsinkin kun valtakunnassa on paljon heidän kansallisuuttaan edustavia orjia, joiden kanssa heillä on enemmän

¹⁶⁰ Theodosiuksen kuoltua valtakunta oli v. 395 jaettu kahteen erilliseen keisarikuntaan, joista Länsi-Roomaa hallitsi Honorius ja Itä-Roomaa Arkadios (395–408).

¹⁶¹ *Synesios: ad imperatorem de regno* 4–10.

¹⁶² *Ibid.* 22–23 ja 28.

¹⁶³ Tämä näkyy erityisesti siinä, kuinka hän vertaa Arkadiosta tämän isään: Theodosios oli *ansainnut* valtakuntansa, mutta Arkadios oli *perinyt* sen, eikä sen johdosta ollut lainkaan selvää, ansaitsiko hän sen myös; ks. erit. *ibid.* 4–5.

¹⁶⁴ Goottikriisinä tunnetussa tapauksessa äskettäin kansalaisiksi otetut gootit, entiset sotilaalliset liittolaiset, yrittivät anastaa vallan Konstantinopolissa.

yhteistä kuin oikeiden roomalaisten kanssa.¹⁶⁵ Näistä syistä Synesios kohtaa hätähuudon vanhan Rooman puolesta ja muistuttaa, samoin kuin Dion Khrystostomos aikanaan, että kuninkaan olemukseen kuuluu järjen eli lain alaisuus, eikä kuningas sen vuoksi ole laeista vapaa siinä mielessä, että hän voisi toimia mielitekojensa mukaan, kuten tyranni.¹⁶⁶ Virkamiehiä valitessaan hänen olisi muistettava, että rikkaat ovat todennäköisemmin epärehellisiä kuin köyhät.¹⁶⁷ Hänen tulisi myös itse – vanhan prinsipaatin tapaan – muistaa olevansa osa kansaa ja sotaväen jäsen toisten sotilaiden joukossa eikä eristäytyä seremoniallisen ja ylellisen hovielämän keskelle viettämään ”meduusan elämää” ikään kuin joku Persian suurmestari: kuninkaan tehtävä on erota muista sisäisen, ei ulkoisen, suuruutensa puolesta.¹⁶⁸

Kohtalon ivaa on, että Itä-Roomassa ei pian Synesioksen jälkeen ollut roomalaisista jäljellä juuri muuta kuin nimi ja sitkeä muisto, ja että Länsi-Rooman tuhouduttua – parin vuosisadan interregnumin jälkeen – sen jatkajaksi ilmoittautui Synesioksen luonnolliseksi orjiksi nimittämien germaaniin Pyhä saksalais-roomalainen keisarikunta. Imperiumin hajoaminen, kutistuminen ja siirtyminen eivät kuitenkaan hävittäneet ajatusta ”Rooman” ja ”roomalaisten” vastuusta koko maailman sivistämisestä ja hallitsemisesta. Lännessä se eli 1800-luvulle asti, jolloin saksalaiset romantikot vielä toivoivat keisarikunnan paluuta Euroopan poliittiseksi johtajaksi. Idässä ajatus eli katkeamatta Bysantin oikeauskoisessa keisarikunnassa, kunnes 1300-luvun puolimaissa alkoi näyttää ilmeiseltä, ettei sillä enää ollut katetta todellisuudessa.

2 Uusi rakkauden uskonto

Kristinuskon nousu valtauskonnoksi Rooman vaikutuspiirissä ei merkinnyt jyrkkää katkosta antiikin ajatusperinteeseen. Se tuli näet luontevasti mukaan kuvioihin osana hellenistisen kulttuurin yleistä orientalismia, samoin kuin ”egyptiläiset” ja ”kaldealaiset” vaikutteet, ja roomalaisille tuotti aluksi vaikeuksia erottaa sitä muista ”syyrialaisista” suuntauksista, kuten

¹⁶⁵ *Ad imperatorem* 19–20. – Germaaneista ei koskaan voikaan tulla oikeita roomalaisia, sillä he ovat luonnostaan orjia, maankiertäjiä ja naismaisia olentoja (*ibid.* 21).

¹⁶⁶ *Ibid.* 6.

¹⁶⁷ *Ibid.* 27.

¹⁶⁸ Näin Synesios ennakoi, mihin suuntaan Bysantin hovielämä oli kehittyvä; ks. *ibid.* 14–16.

juutalaisuudesta. Antiikin filosofia oli sitä paitsi kristinuskosta riippumattakin jo siirtynyt uskonnolliseen vaiheeseen: uusplatonismi, stoalaisten yksijumalainen teologia, niin sanotut hermeettiset tekstit ja Kaldean ja syyllän oraakkelit, itämailta omaksuttujen jumalien mysteerit ja gnostilaisuus edustivat kukin tavallaan samaa maailmasta pois kääntymisen kutsusta, johon kristinuskko oli vastaus muiden joukossa. Ympäristöön sulautumista helpotti myös se, että monet juutalaiset olivat jo valmiiksi omaksuneet hellenistisen kulttuurin ja kreikan kielen. Philon Juutalainen oli jo antanut kristillisille oppineille esikuvan siitä, miten Raamattua voidaan tulkita kreikkalaisen filosofian käsittein. Näissä oloissa uuden uskon julistajien oli helppo ymmärtää, että ilosanoman julistus kannatti sovittaa käypään käsitteistöön.

Omaan mytologiaansa kyllästyneet kreikkalaiset ja roomalaiset eivät välttämättä kaivanneet tilalle uutta mytologiaa, vaan järkeenkäyvän opin, jota tukivat hyvät filosofiset perusteet. Tämän tarpeen tyydytti kristillinen teologia, kun se ”galilealaisen” maailmanlopun liikkeen kirjavista aineksista rakensi vähitellen yhtenäisen kirkon paljolti stoalaisin ja platonistisin termein kirjoitetun systemaattisen oppirakennelman perustalle, jota se alkoi kutsua ”todelliseksi filosofiaksi”. Vaikka jotkut kristityt oppineet suhtautuivatkin torjuvasti ”helleenien viisasteluun”,¹⁶⁹ useimmat heistä kuitenkin rinnastivat pakanallisen filosofian juutalaisuuteen: samoin kuin juutalaiset, pakanalliset filosofitkin olivat nähneet ennalta osan totuudesta – mutta nyt *Logos* oli tullut lihaksi ja ilmaissut jumaluuden kaikille näkyvässä ja ymmärrettävässä muodossa.¹⁷⁰ Kristillinen teologia sulki näin filosofian sisäänsä oman täydellisen totuutensa epätäydellisenä profeettallisena edeltäjänä ja enteenä. Siksi sitä ei tarvinnut hylätä, vaan sen käsitteet ja menetelmät voitiin pienellä muokkauksella ottaa omaan käyttöön.

Kristinuskko muutti silti filosofian aseman, kun se liitti sen oman ajatusmaailmansa osaksi: sitä mukaa kuin kirkon oppi kehittyi, se vahvisti yksiyymmärteisen vastauksen moniin kysymyksiin, joista eri koulukuntien filosofit olivat olleet eri mieltä. Kristinuskon voittokulun myötä erimielisyydet poistuivat pitkäksi ajaksi kokonaan päiväjärjestyksestä, koska ne ratkaistiin Raamatun ilmoituksella tai kirkon auktoritatiivisin päätöksin. Näin

¹⁶⁹ Paavali oli jo Ateenan areopagin edessä näyttänyt, että kreikkalaisen ajatusmaailman kanssa oli mahdollista käydä hedelmällistä vuoropuhelua (Apt. 17:17–34), mutta muutamat kirkkoisät, kuten Tatianos, Tertullianus ja aluksi myös Lactantius, halusivat torjua kokonaan kaiken vanhan – olihan Paavaliakin toisessa yhteydessä (I Kor. 1:19–31) tuominut kaiken maailmallisen viisauden hulluudeksi Jumalan silmissä.

¹⁷⁰ Kuten Paavali sen ilmaisi, he olivat tietämättään etsineet ja palvoneet ”tuntematonta Jumalaa”, joka nyt tahtoi tehdä itsensä tunnetuksi heillekin; ks. Apt. 17:18–34.

lyötiin lukkoon, että maailma oli yhden ainoan kaikkivaltiaan, aineettoman ja iankaikkisen Jumalan tyhjästä luoma, ja että sillä oli alku ja loppu. Ihmisillä oli vain yksi maanpäällinen elämä, mutta heidän aineeton sielunsa oli kuolematon, ja heitä odotti ajan viimeisenä päivänä langetettava palkinto tai rangaistus ajattomassa iäisyydessä. Elämä oli ihmisille testi: heidän tehtävänsä oli alistaa syntinlankeemuksen seurauksena omavaltaiseksi muuttunut ruumis takaisin hengen määräysvaltaan, ja jos he siinä onnistuivat, he saivat palkaksi autuuden. Koska tuo palkinto oli tuonpuoleinen, oli kaikki tämän elämän aineellinen hyvä ja paha toisarvoista. Ratkaisevaa oli vain se, käyttivätkö he voimavaransa, mitä ne sitten olivatkin, Jumalalle mieluisaan elämään. Koska kaikki riippui ylivertaisen Jumalan tahdosta, nousi hyveen uudeksi paradigmaksi tottelevaisuus¹⁷¹ ja sen rinnalle pakannalliselle filosofialle lähes tuntematon nöyryys,¹⁷² jolla piti nujertaa Saatanan ihmisiin kylvämä omavoimainen ylpeys. Näin ihmiskuva sai voittopuolisesti pessimistisen sävyn: kreikkalaisten ja roomalaisten luottamuksen omiin kykyihin ja oman hyveen voimaan korvasi tietoisuus siitä, että vaikka ihminen Jumalan kuvaksi luotuna olikin alun perin hyvä, hän oli syntiinlankeemuksessa menettänyt kyvyn olla hyvä omin voimin ja ilman Jumalan armoa. Vapaa tahto hänelle kuitenkin oli jäänyt, ja sen myötä nousi tärkeäksi kysymykseksi se, missä määrin ihminen voi sen avulla vaikuttaa omaan kohtaloonsa kaikkivaltiaan ja kaikkitietävän Jumalan kaikenkattavan kaitselmuksen puitteissa.

Syvällinen vaikutus historian kulkuun oli sillä, että kristinuskon mukaan pelastettavat olivat yksilöitä – eivät siis kansalaisia – ja autuus, jonka nämä voivat saavuttaa, yksilöllinen. Koska jokainen ihminen myös oli *yksilönä* Jumalan kuva, hän oli itsessään arvokas ja hänen yksilöllinen pelastustuksensa korvaamaton.¹⁷³ Yksilö oli itse vastuussa itsestään, eikä pelastusta voinut kukaan ihminen toimittaa toisten puolesta. Kreikkalais-roomalaisessa ajatusmaailmassa taas valtiomiehet ja hallitsijat saattoivat pelastaa kansoja ja kaupunkeja ja tehdä ne onnellisiksi. Nyt avainkysymykseksi nousi valtion asema suhteessa yksilöiden pelastukseen: jos valtio ei voi

¹⁷¹ Tottelevaisuuden merkityksestä ks. esim. *Cyprianus: de habitu virginum* 2.

¹⁷² Nöyryyden vieraudesta pakanoille ks. esim. *Origenes: contra Celsum* VI,15.

¹⁷³ Ks. esim. *Clemens: Pædagogus* I,3 (8,1). – Kristillinen kolminaisuusoppi sai teologit näkemään paljon vaivaa persoonan käsitteen erittelyn eteen. Kun sitä lopulta alettiin analogisesti soveltaa yksilöllisen ihmisen henkilöön, alkoi kehitys, joka johti nykyaikaisiin käsityksiin ihmisyksilön yksilöllisestä arvokkuudesta ja ihmisten oikeudesta tulla kohdelluksi päämääränä itsessään eikä välineenä toisten päämääriin. – Siitä, että ”persoonan” käsitettä käytettiin jo varhain apuna ”pelkän ihmisen” eristämiseksi ihmisestä erilaisten roolien, tehtävien ja asemien haltijana, ks. *Clemens: Pædagogus* I,4 (10,1.3).

pelastaa ketään, mikä on sen tehtävä, ja miten siihen pitäisi suhtautua positiivisesti? Yhtäältä se on osa Jumalan ihmisille järjestämää koetta: siihen on siis jokaisen kristityn sopeuduttava.¹⁷⁴ Toisaalta sillä voi olla negatiivinen tehtävä: vaikka se ei pelastakaan ketään, se voi voimakeinoin huolehtia siitä, että pahat ihmiset eivät estä hyviä yksilöitä elämästä Jumalan tahdon mukaista elämää ja hankkimasta siten henkilökohtaista pelastusta. Viimeksi mainittu näkökohta kuvastaa luomiskertomuksesta ammentavaa pessimististä luonnonoikeusoppia, jonka mukaan ihmisluonto syntiinlankeemuksen jälkeisessä turmeltuneessa tilassaan edellyttää maallisen esivallan perustamista, jotta sen avulla voidaan torjua ihmisten pahojen taipumusten toteutumisesta seuraava onnettomuus.¹⁷⁵ Ensin mainittua käsitystä taas tukevat lukuisat raamatunkohdat, joiden mukaan kaikki – huonokin – esivalta on Jumalan asettamaa: kehottihan Jeesuskin antamaan keisarille sen, mikä keisarille kuuluu, eikä Pilatuksella olisi ollut Häneen valtaa, ellei sitä olisi ylhäältä annettu.¹⁷⁶

Lännessä vakiintui vähitellen kanta, jonka mukaan kirkon hengellinen auktoriteetti ja keisarin maallinen auktoriteetti olivat erilliset, koska ensin mainittu piti silmällä ihmisen ylikuonnollista päämäärää eli tuonpuoleista autuutta, kun taas viimeksi mainittu palveli ihmisen luonnollista päämäärää eli ajallista onnellisuutta. Maallinen auktoriteetti oli tuon päämäärän saavuttamiseksi välttämätön ja senkin vuoksi suoraan Jumalasta, koska Jumala ei ollut voinut luoda ihmisluontoa antamatta sille kaikkea, mitä se tarvitsi voidakseen saavuttaa lajioiminaan täyttymyksensä. Mutta koska maallisen valtion päämäärä oli alempi, se sisältyi kirkon päämäärään, ja tästä syystä kirkon auktoriteetti oli periaatteessa ylempi ja kirkon tehtäviin kuului maallisen vallan pitäminen kurissa ja Herran nuhteessa.

Idässä kehitys oli hieman erisuuntainen sen jälkeen, kun Eusebios Kesarealainen (n. 260–399) oli antanut kristilliselle keisari-instituutiolle lähes

¹⁷⁴ II vuosisadalta peräisin olevassa *Kirjeessä Diognetokselle* esitetään, että kristittyjen tulee elää maailmassa muukalaisina omissa valtakunnissaan ja kärsiä kaikki muukalaisille ominaiset vaikeudet muistaen, että heidän todellinen kansalaisuutensa on taivaan valtakunnassa; ks. *Anonymi epistola ad Diognetum* 5–6 – *Migne: Patrologia Graeca* (jäljempänä PG) 2, pp. 1173–1176.

¹⁷⁵ Tämän ajattelutavan perustajaksi tavataan mainita kirkkoisä Irenäus, Lugdunumin eli Lyonin piispa (n. 115–200), jonka mukaan (ks. *adversus haereses* V,24) Jumala on asettanut maalliset hallitukset omaksi miekakseen maan päälle, jotta pahuuteen langenneet ihmiset, jotka ovat lakanneet pelkäämästä Jumalaa, edes pelkäisivät näkyvän kuninkaan pakkovaltaa ja oppisivat sen vuoksi tottelemaan. Sen vuoksi jokaisella kansalla on hallitus, joka kohtelee sitä juuri niin hyvin tai huonosti kuin se oman moraalisen tasonsa perusteella tarvitsee jotakin oppiakseen.

¹⁷⁶ Mt. 22:21, Mk. 12:17, Lk. 20:25; Jh. 19:11.

sanasta sanaan saman aseman Jumalan maanpäällisenä vastineena kuin pakanallinen Themistioskin.¹⁷⁷ Vaikka idässäkin kiisteltiin keisarin ja kirkon valtasuhteista, keisarin asema oli vahvempi kuin lännessä, koska hänen tehtävänsä pidettiin jossakin määrin myös hengellisenä. Konstantinopolissa keisarit pitivätkin kuria oikeasta opista kinastelevalle kirkolle ja osallistuivat aktiivisesti kirkolliskokouksiin, eikä kirkko – toisin kuin lännessä – koskaan avoimesti ryhtynyt maallisen vallan kilpailijaksi nimenomaan maallisen vallan käytössä.

Paavalin mukaan se, joka nousee esivaltaa vastaan, nousee Jumalan säättämystä vastaan ja tuottaa itselleen tuomion sekä maallisessa että hengellisessä merkityksessä, koska kristityillä on omantunnon mukainen velvollisuus totella esivaltaa. Hyville ihmisille se ei ole taakka, koska he toimivat pakottamattakin oikein, mutta pahoille se on Jumalan kosto ja rangaus.¹⁷⁸ Pietarin I kirjeen mukaan vilpittömästi totteleva alamainen on vapaa, koska hän tekee sen vapaaehtoisesti kuin oikea Jumalan palvelija, kun taas pahoille ihmisille se, mitä he pitävät vapautena, on vain pahuuden verho.¹⁷⁹ Näissä kohdissa tulee esille kristilliseen ajatteluun suuresti vaikuttanut näkemys ihmiskunnan jakautumisesta kahteen toistensa parissa elävään mutta samalla toisistaan erilliseen osaan: hyviin ja pahoihin, kristittyihin ja ei-kristittyihin, hengellisiin ja lihallisiin, taivaallisiin ja maailmallisiin. Kanonisen muotoilunsa se oli saava kahden valtakunnan opissa, jonka mukaan ihmiset ovat joko Jumalan valtion tai maallisen valtion kansalaisia.¹⁸⁰ Mutta jos ihmisiä on kahdenlaisia ja heillä on kahdenlaisia, yhtäältä hengellisiä, toisaalta maallisia päämääriä ja tarpeita, ja jos sen vuoksi on oltava kaksi esivaltaa, joista ensimmäisen tehtävä on palvella tuonpuoleisen autuuden saavuttamista ja jälkimmäisen ajallista rauhaa ja turvallisuutta, kummalla on etusija, jos niiden toimivallat ulottuvat samoihin asioihin? Vaikka ihmisen tulee yleensä mukisematta totella maallista esivaltaa, on kuitenkin selvissä ristiriitatilanteissa toteltava mieluummin Jumalaa.¹⁸¹

¹⁷⁷ Ks. erit. *Eusebios: de laudibus Constantini* 4–5 (PG 20, 1332–1340).

¹⁷⁸ Room. 13:1–7. – Ne, joita Jumala maallisen esivallan kautta tai muulla tavoin tässä elämässä rankaisee, voivat kuitenkin olla kehityskelpoisia. Sen vuoksi Jumala ei maksa pahaa pahalla, vaan Hänen tarkoituksensa on, että pahantekijät ottaisivat opikseen ja vapautuisivat valheen hirmuvallasta yksituumaaisessa kristikansassa vallitsevan mielenrauhan piiriin; ks. esim. *Clemens: Pædagogus* I,8–12 (62,1–100,3).

¹⁷⁹ I Piet. 2:13–16.

¹⁸⁰ Vaikka opin ”isäksi” usein mainitaan Augustinus, joka rakensi teoksensa ”Jumalan valtio” (*de civitate Dei*) sen ympärille, on siltäkin nimenomainen raamatullinen perusta Paavalin kirjeessä filippiiläisille (3:17–21).

¹⁸¹ Apt. 5:29.

Näin oli ensinnäkin mahdollista perustella Jumalan positiivisen lain ja myös implisiittisesti Jumalan luojana säätämän luonnollisen lain etusijaa positiivisiin lakeihin verrattuna. Mutta kun toisaalta Jeesus oli luovuttanut ainakin hengellisen esivallan Pietarille ja muille opetuslapsille ja, kuten ajateltiin, näiden seuraajille,¹⁸² voitiin kysyä, kuuluiko siihen jossakin mielessä myös maallinen esivalta tai jokin sen osa, ja oliko päinvastoin maallisella esivallalla ehkä toimivaltaa hengellisissä asioissa. Lännessä tämä kysymys hallitsi poliittista keskustelua uuden ajan alkuun asti. Bysantissa se ei noussut läheskään niin keskeiseksi. Yksi tärkeä syy siihen lienee se, että Augustinus kirjoitti kahden valtakunnan oppinsa kielellä, jota siellä ei juuri luettu.

Yksilökeskeisen näkökulman kanssa käsi kädessä kävi kristinopille ominainen moraaliiuniversalismi: Jumalan alamaisina ihmiset olivat kaikki samanlaisia, eikä esimerkiksi valtion kansalaisuus ollut sen kannalta merkityksellinen seikka. Näin kaikkia ihmisiä koskivat yhtäläisesti samat säännöt. Ajatus ei ollut uusi: juutalaisetkin olivat katsoneet, että lain muut kuin uskonnolliset määräykset velvoittivat kaikkia kansoja.¹⁸³ Sopiva kasvualusta ajatukselle oli myös stoalaisten oppi maailmankansalaisuudesta, mutta missä pakanalliset mielet näkivät Rooman valtakunnan kansalaisuuden ajatuksellisen maailmankansalaisuuden maallisena kuvana, kristityt katsoivat Jumalan ylimaallisen valtakunnan kansalaisuuden tulleen sen tilalle:¹⁸⁴ sen näkökulmasta ei ollut eroa juutalaisella ja kreikkalaisella, vapaalla ja orjalla eikä miehellä ja naisella, vaan kaikki olivat samanveroisia.¹⁸⁵ Tärkeä yhteys asialla on myös oppiin luonnollisesta laista, jonka Paavali omaksui ja ikuisti kristilliseen muotoon todetessaan, että Jumala ei

¹⁸² Mt. 16:18–19, Mt. 18:18, Jh. 20:23, Jh. 21:15–17.

¹⁸³ Juutalaisessa traditiossa puhutaan kaikille ihmisille yhteisestä Nooan laista, joka sisältää Mooseksen lain siltä osin kuin tämä ei perustu valitun kansan erityissuhteeseen Jumalan kanssa.

¹⁸⁴ Filipp. 3:19–20. – Tähän valtakuntien seuraantoon liittyi monien mielestä Vanhan ja Uuden Testamentin välistä suhdetta muistuttava jatkuvuus: kristinusko lopetti Baabelin tornista alkunsa saaneen kielen ja mielen hajaannuksen kutsuessaan kaikki yhden Sanan palvelukseen, mutta Rooman valtakunta oli ennen sitä tarpeen, koska se kokosi kätevästi kaikki kansat yhden maallisen vallan alle ja teki siten helpoksi niiden saattamisen myös yhden Jumalan alamaisiksi. – Ks. myös, kuinka *Eusebios: de vita Constantini* II,9 (PG 20, 996B–997B) rinnastaa yhden Jumalan, yhden keisarin ja yhden valtakunnan.

¹⁸⁵ I Kor. 12:13, Gal. 3:26–28; *Clemens: Pædagogus* I,6 (31,1–2). – Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että kristinusko olisi tullut poistamaan yhteiskunnallisista asemista johtuvia eroja niiden haltijain velvollisuuksissa ja oikeuksissa (ks. I Kor. 7:20–24). Vaikka ihmiset ovat yhtäläisiä suhteessa Jumalaan, he ovat eri tehtävissään ja asemissaan kuin ihmisruumiin jäsenet, jotka I Kor. 12:4–30:n mukaan ovat eriarvoisia mutta silti yhtäläisesti tarpeellisia.

katso henkilöön, vaan tuomitsee kaikki siitä riippumatta, onko Mooseksen laki ilmoitettu heille vai ei. Lain kuuleminen ei näet vanhurskauta, vaan lainkuuliaisuus, ja pakanatkin osaavat olla lainkuuliaisia. Vaikka lakia ei olekaan heille ilmoitettu, Jumala on kirjoittanut lain heidänkin sydämiinsä niin, että he ovat itse itsellensä laki ja toimivat luonnostaan lain mukaan, koska heidän omatuntonsa niin sanelee.¹⁸⁶ Noiden sanojen jälkeen kristillinen käsitys laista ja oikeudesta ei voinut rakentua minkään muun kuin luonnollisen lain pohjalle. Parhaiten Paavalin ajatukseen sopi rationalistinen malli, jonka mukaan lain tuntemus myös ”pakanain” keskuudessa perustuu ihmisen luontaiseen järjellisyteen.¹⁸⁷ Sen kannalta ongelmalliseksi oli muodostuva ilmoituksen mukaisen Jumalan positiivisen lain tarkka suhde luonnolliseen lakiin ja myös kysymys Jumalan kaikkivaltiuden suhteesta ihmisjärjen itsestään selvinä pitämiin periaatteisiin.

Jumalan positiivisen lain ja luonnollisen lain suhde ajateltiin kahtalaiseksi: vanha Jumalan laki, eli evankeliumin myötä positiivisena oikeutena kumotuksi tullut Mooseksen laki, ajateltiin Jumalan tavaksi ilmaista epätäydellisille ihmisille luonnollisen lain sisältö.¹⁸⁸ Positiivisesti voimassa oleva Jumalan laki oli sen sijaan täysikasvaisille ihmisille julkistettu uusi evankeliumin laki, joka ilmaisi suorasti sen, mitä laki ja profeetat olivat epäsuorasti tarkoittaneet, kun se kehotti rakastamaan Jumalaa yli kaiken ja lähimmäistä kuin itseään.¹⁸⁹ Mutta rakkauskäsitys ylitti luonnollisen lain vaatimukset, koska Jumalan lain tarkoitus ei ollut vain ihmisen ajallinen onnellistuttaminen, kuten maallisen lain, vaan autuuttaminen tuonpuoleisessa elämässä. Kaikki inhimillinen hyvä oli yhdentekevää ilman uskoa, toivoa ja ennen kaikkea rakkautta.¹⁹⁰ Näin ihmisen elämäntehtävä jakaantui kahteen osaan: ihmisluonnon mukaiseen täydellistymiseen, jonka hän voi saavuttaa harjoittamalla hänelle järjellisenä olentona luontaisia hyveitä, kuten oikeamielisyyttä, malttia ja mielenlujuutta; ja yliluonnolliseen jumaloitumiseen eli vanhurskautumiseen, joka onnistui ihmiselle vain, jos Jumala armostaan tahtoi vuodattaa häneen myös uskon, toivon ja rakkauten yliluonnolliset hyveet.¹⁹¹ Epäilemättä vain niiden avulla ihminen kykenee täyttämään esimerkiksi vuorisaaunan yli-inhimilliset vaatimukset toi-

¹⁸⁶ Room. 2:1–15; vrt. *Aristoteles: Nikomakhoksen etiikka* IV,8 (1128a31–32).

¹⁸⁷ Ks. tästä esim. *Johannes Khryssostomos: in Epist. ad Rom. homil.* VI,1–2.

¹⁸⁸ Ks. esim. *Ambrosius Milanolainen: Epist.* 73 ja 74.

¹⁸⁹ Mt. 22:37–40; vrt. *Irenæus: Adversus hæreses* IV,13.2, 16, 37 ja 41.

¹⁹⁰ I Kor. 13.

¹⁹¹ Ks. Room. 3:21–31, josta käy ilmi, että jo Paavali oli tietoinen ongelmasta, joka tästä seuraa: jos vain armo ratkaisee, mitä merkitystä on lailla, ja mitä väliä on sillä, mittä ihminen tietää ja mitä hän tekee?

senkin posken kääntämisestä ja vihollisen rakastamisesta ja Isän kaltaisen täydellisyyden tavoittelemisesta.¹⁹² Tältä pohjalta kristillisen ajattelun perusjaotteluksi nousi velvoittavien (*præcepta*) ja kehottavien normien (*consilia*) erottelu: ensin mainittujen tottelemista saattoi vaatia keneltä tahansa, mutta viimeksi mainittujen noudattamista vain pyhien ihmisten veroisilta armoitetuilta yksilöiltä. – Toisella tavalla kaksijakoiseksi kristillinen etiikka kasvoi siksi, että se suhteessa tekijään korosti tämän sisäistä hyvettä ja eettistä hyvää, kun taas suhteessa tekojen kohteena oleviin ihmisiin se korosti näiden ulkoista ja aineellista hyvinvointia. Tämäkin jaottelu sai aikanaan käyttöä argumenttina kiistassa hallitsijan ja lainlaatijan toimivallan rajoista.

IV POLITEÍA TŌN RHŌMAÍŌN

Länsi-Roomalle tuotti lopullisen häviön Odovakar, kun hän nujersi Augustulus Romuluksen vuonna 476. Itä-Rooma selvisi kuitenkin kansainvaelluksista hengissä, ehkä osin siksi, että nuo vaeltavat kansat halusivat kaikki valloittaa Rooman ja nousta siellä maailman herroiksi. Lännessä ei hävinnyt yksinomaan Rooma, vaan oikeastaan koko valtion kreikkalais-roomalainen käsitekin katosi siellä yleisestä tietoisuudesta lähes vuosituhanneksi. Konstantinopolissa sen sijaan Rooman valtiosääntöperinne jatkui keskeytyksettä vuoteen 1453 asti, jolloin valtakunnan viimeinenkin jääne, itse metropoli, kaupunkien äiti, joutui Turkin sulttaanin käsiin. Ja vaikka Justinianus hurskauden vimmassaan lakkauttikin Platonin perustaman pakanallisen akatemian, ei kreikkalaisen sivistyksen perinne Bysantin vaikutuspiirissä silti katkennut: sen perussävy pysyi katkeamatta uusplatonistis-aristoteelisena, kunnes XI vuosisadan oppineet Mikael Pselloksen johdolla kääntyivät takaisin alkuperäisen Platonin suuntaan.

Perinteen jatkuvuus lienee kuitenkin ollut yksi syy siihen, että vaikka harrastus filosofiaan sinänsä pysyi elävänä, filosofit eivät juurikaan pyrkineet ajattelemaan itse vaan tyytyivät toisintamaan muinaisten viisaiden ylivertaisina pitämiään ajatuksia.¹⁹³ Sitä paitsi jo pakanallisessa uusplatonismissa kiinnostus eritoten valtio-oppiin oli ollut sangen laimeaa: metafy-

¹⁹² Mt. 5:38–48.

¹⁹³ Theodoros Metokhites (n. 1261–1332) aloitti tässä hengessä vanhaa traditiota välittäväksi tarkoitetun kirjansa *Hypomnēmatismoí* [julk. *Theodori Metochitæ Miscellanea* (toim. Chr. G. Müller – Th. Kießling), Leipzig 1821] kappaleella, jonka otsikon mukaan ”ajallamme ei ole enää mitään sanottavaa” (s. 13 ss.).

siikka ja jumaluusoppi olivat paljon tärkeämpiä. Tämä suuntaus jatkui ja vahvistui koko Bysantin historian ajan: mielenkiinto jumaluusoppiin kasvoi koko ajan sitä mukaa kuin keisarikunta pieneni ja Konstantinopolin patriarkaatti laajeni. Suurimmat poliittiset ristiriidatkin syntyivät Bysantissa teologisista oppiriidoista eli siitä, mihin oikeauskoisessa keisarikunnassa tulee uskoa, eivätkä niinkään maallisen politiikan pyrkimyksistä.¹⁹⁴ Missä kirkko ja maallinen valta länessä kokivat toisensa kilpailijoihseen ja vähitellen loittonivat toisistaan, idässä kirkon ja keisarikunnan ykseys vain tiivistyi, ja viimeisinä aikoinaan Bysantti muistutti yhä enemmän teokratiaa. Idässä keisarin ja kirkon valta eivät olleet rinnakkaisia ja toisistaan riippumattomia, kuten länessä oltiin taipuvaisia ajattelemaan, vaan ne muodostivat välttämättömän ykseyden, jonka sisällä ei – platonismin hengessä – voinut olla ristiriitaa: vaikka Justinianus Suuri oli selvästi määritellyt, että keisari ei voi olla pappi eivätkä papit maallisia hallitsijoita,¹⁹⁵ keisarin virka pysyi Bysantissa myös kirkon virkana ja hänen asemansa puolipapillisena.¹⁹⁶ Näin siellä ei päässyt syntymään sellaista poliittista pole-

¹⁹⁴ Tärkein näistä kiistoista oli pitkälinen riita pyhien kuvien oikeaoppisesta kunnioittamisesta, johon keisarit osallistuivat hyvin aktiivisesti. Muihinkin oppiriitoihin he mielellään sekaantuivat, mutta kansakin suhtautui niihin intohimoisemmin kuin maallisen politiikan kysymyksiin: ikään kuin kaikki Bysantin yhteiskunnan kerrokset olisi läpäissyt se platonilainen idea, että tärkeintä valtiossa on yksimielisyys oikeista mielipiteistä. Senkin ainoan kerran, kun Bysantissa kansa riisti pitemmäksi ajaksi vallan itselleen johtajiensa käsistä (Thessalonikassa XIV vuosisadan puolimaissa), syynä ei pohjimmitaan ollut erimielisyys hallitsijan persoonasta eikä rikkaiden ja köyhien välinen vastakkainasettelu, vaikka nämäkin seikat kapinaan myötävaikuttivat, vaan kiista hesykasmista eli siitä, pitäisikö munkkien luostareissaan keskittyä hiljaiseen mietiskelyyn (eli ”oman napansa tuijottamiseen”, kuten kriitikot sitä kutsuivat) vai pitäisikö heidän myös oppia ja harjoittaa maallista viisautta, kuten vanha hellenistinen perinne edellytti.

¹⁹⁵ Ks. Justinianuksen *Novella VI*, Präf., ja pane merkille, kuinka siinä kuitenkin korostetaan papillisen ja keisarillisen tehtävän ykseyttä.

¹⁹⁶ Vaikka keisari oli maallikko, hän sai nauttia ehtoollisen papiston joukossa alttarin sisäpuolella, ja häntä oli tapana nimittää ”ulkopuolisten – eli ei-kristittyjen – piispaksi”. Ekuumeenisten kirkolliskokousten koolle kutsuminen, niiden esityslistan valmistelemineen, niihin osallistuminen ja niiden päätösten vahvistaminen kuuluivat itsestään selvästi keisarin tehtäviin. Toisaalta hänen velvollisuutensa oli myös mukautua niihin eli tunnustaa virallista oikeata uskoa. Piispatkin keisari nimitti ja myös tarvittaessa erotti. Yleisesti ottaen keisarilla oli aluksi selvä johtoasema kirkkoon, mutta valtakunnan kutistuessa ja patriarkaatin laajetessa viimeksi mainitun riippumattomuus lisääntyi. Siitä huolimatta kirkon suuri lainoppinut Theodoros Balsamon vielä 1100-luvun lopulla kirjoitti *Meditata*-teoksessaan (ks. PG 138, 1017–1020), että keisari on kirkossa patriarkkoihin verrattavassa asemassa ja hänen tehtävänsä on sekä sielujen että ruumiitten pelastaminen, kun taas kirkon toimivalta koskee yksinomaan sieluja – ja keisarinnan yksinomaan ruumiita! Myös patriarkka Antiokhoksen kirje Moskovan suuriruhtinas Vasilij I:lle noin v:lta 1395 [julk. *Acta et Diplomata Graeca Medii Aevi sacra et prophana II* (toim. Fr. Miklosich – Ios. Müller), Wien 1862, ss. 188–192] osoittaa, että kirkko piti keisaria loppuun asti välttämättömänä ja *luonnollisena* insti-

miikkia hengellisen ja maallisen vallan edustajien välillä, joka lännessä toimi uusien ajatusten hautomona. Opillisen omaperäisyyden puutteen syyksi mainitaan kirjallisuudessa vielä se, ettei Bysantissa koskaan syntynyt oikeata yliopistolaitosta, koska munkkikunnat eivät siellä järjestäytyneet oppineisuudessa keskenään kilpaileviksi yhtenäisiksi sääntökunniksi ja koska idän vanhat koulutuskeskukset jäivät valloittajien käsiin persialaisten ja arabialaisten levittäytyessä Lähi-itään ja Afrikkaan.

Historiankirjoituksen alalla bysanttilaiset sen sijaan kunnostautuivat: he kirjoittivat ahkerasti kronikoita aikansa tapahtumista ja hallitsijoittensa teoista. Näiden kronikoiden ja erilaisten antikvaaristen luetteloiden avulla on mahdollista päästä perille siitä, millaisia Bysantin valtiolliset käytännöt olivat ja miten ne muuttuivat vuosisatojen aikana.¹⁹⁷ Ajatukselliset virtaukset eivät kuitenkaan tämäntyypillisessä kirjallisuudessa näy muutoin kuin epäsuorasti kirjoittajan painotuksista ja sanavalinnoista. Bysanttilaisen valtioajattelun historiaa onkin sen vuoksi paljon luettava Konstantinopolin tapahtumista käsin. Varsinaisesti valtio-opillinen kirjallisuus rajoittuu lähinnä muutamiin keisaripuheisiin ja ruhtinaspeileihin, ja niidenkin luonne on etupäässä propagandistinen: keisarihovia lähellä olevat kirkonmiehet puhuvat niissä ideologisista toiveistaan ja korostavat keisari-instituution jumalallista perustaa ja itsevaltiutta. Todellisuudessa keisari kuitenkin pysyi koko Bysantin historian ajan valtion heikoimpana lenkkinä: hän ei milloinkaan päässyt vapaaksi siitä ylimääräisen poikkeusinstituution asemasta, johon Rooman valtiosääntö hänet oli sijoittanut kansan vaihtelevien mielialojen armoille. Oikeasta valtioteoreettisesta kirjallisuudesta tuskin voidaan puhua. Noin Justinianus I:n ajalta tunnetaan katkelmia yhdestä valtio-opillisesta dialogista nimeltä *Peri politikēs epistēmēs*, jonka sisältö jää kuitenkin paljolti arvoitukseksi.¹⁹⁸ Maininnan ansaitsevat lisäksi Manuel Moskhopouloksen kirje keisari Andronikos II:lle (1282–1328)¹⁹⁹ ja eräät Georgios Gemistos Plethonin

tuutiona, koska kristikuntaa ei voinut ajatella ilman keisaria – oli hänen maallinen valta-asemansa Jumalan sallimuksesta kuinka mitätön hyvänsä.

¹⁹⁷ Ehkä tunnetuin tällainen teos on Mikael Pselloksen (1018–1096?) *Chronographia*. Eriyismaininnan ansaitsee Konstantinos VII Porphyrogenetoksen 800-luvulla laatima hoviseremoniakirja (*de caerimoniis aulae byzantinæ*), jossa on yksityiskohtaisen tarkasti kuvattu esimerkiksi keisarinvaalien menettelytapoja.

¹⁹⁸ Julk. *Scriptorum Veterum Nova Collectio* (toim. kardinaali Mai) II, Rooma 1827, ss. 571–609.

¹⁹⁹ Julk. L. Levi: *Cinque lettere inedite di Emmanuele Moscopulo*. Studi Ital. Fil. Class. 10 (1902), ss. 64–68.

omintakeiset kirjoitukset 1400-luvulta.²⁰⁰ Lähdeaineiston ohuutta kuvaa hyvin se, että alan kirjallisuudessa niin usein nostetaan esille erään Keikaumenoksen XI vuosisadalla pojalleen elämänohjeeksi kirjoittama *Strategikon*,²⁰¹ jonka loppuun on liitetty sisällöllisesti sangen lattea kehoituspuhe keisarille – se kun taitaa olla ainoa säilynyt kokonainen kirja, jossa bysanttilainen kirjoittaja tarkastelee ”politiikkaa”, mutta siinäkin vain tavallisen virkamiesuran näkökulmasta.

1 Keisarikunta Jumalan valtakunnan ikonina

Bysantin valtioelämää on länsimaisin silmin perinteisesti tavattu pitää Jumalaa maan päällä jäljittelevän keisarin henkilön ympärille²⁰² käsittämättömän byrokratian varaan ja juonittelevan reaalipolitiikan verhoksi rakennettuna seremoniallisena spektaakkelinä. Bysanttilaisen byrokratian maine johtuu epäilemättä siitä, että lännessä ei oikean valtion puuttuessa sellaista ollut. Kuva bysanttilaisesta juonittelusta taas perustunee löyhästi siihen seikkaan, että vaikka Bysantti joutui lähes jatkuvasti käymään sotia, se ei pohjimmiltaan ollut sotaisa valtio vaan suosi yleensä – Themistioksen hengessä – rauhanomaisia ratkaisuja.²⁰³ Silloin tarvittiin nimenomaan taitavaa diplomatiaa. Käsitys keisarista Jumalan jäljittelijänä on puolestaan tosi siinä mielessä, että se vastasi virallista ideologiaa, jonka mukaisen kuvan

²⁰⁰ Georgios Gemistos, liikanimeltään Plethon, suositteli kirjeissään keisarille uutta yhteiskunnallista järjestystä paljolti Platonin oppien mukaan (ks. PG 160,821–866) ja arvosteli teoksessaan ”*Lait*” (*nomōn syngraphē*) ”munkkivaltiota” ja ehdotti paluuta pakanalliseen valtionuskontoon (julk. C. Alexandre, Pariisi 1858). Plethonin suurin merkitys jälkipolville oli kuitenkin se, että hän osallistui vuosina 1438 ja 1439 Ferrarassa ja Firenzessä käytyihin neuvotteluihin idän ja lännen kirkkojen jälleenyhdistymisestä ja sai niiden yhteydessä Cosimo de’ Medicin innostumaan Platonin tutkimuksesta ja perustamaan Firenzeen Akatemian, josta platonistinen renessanssi sitten levisi kaikkialle länteen.

²⁰¹ Ks. *Vademecum des byzantinischen Aristokraten*. Das sogenannte Strategikon des Keikaumenos, Verlag Styria, Graz 1956.

²⁰² Vaikka sangen yleinen käsitys onkin, että Bysantin hallitusmuoto oli ehdoton kuningasvalta (*basileía*), siellä kuitenkin osattiin hyvin erottaa toisistaan keisarin henkilö ja hänen virka-asemansa valtiossa, jota tavattiin kutsua nimellä *politeía tōn Rhōmaíōn* (vrt. *res publica Romana*) tai *hē tōn Rhōmaíōn hēgemonía* (vrt. *imperium Romanum*). Nämä nimitykset, samoin kuin valtakunnasta käytetty yleisnimi *koinōn* (yhteisö), eivät viittaa sen enempää monarkiaan kuin mihinkään muuhunkaan erityiseen valtiomuotoon.

²⁰³ Tavallinen teema Bysantin keisaripuheissakin oli sodan ja ylipäättänsä väkivallan viimesijaisuus keinona; ks. esim. *Theophylacti Bulgariae archiepiscopi Institutio Regia ad Porphyrogenitum Constantinum* (PG 126, 249–286) II,26; *Theoduli magistri Oratio de Regis officiis ad Andronicum II Palaeologum* (PG 145, 447–496) cap. 7 (457BC).

Bysantin hallitsijat mielellään antoivat itsestään ja asemastaan, jos siihen oli tilaisuus. Se myös jatkoi suoraan pakanallisen ajan traditiota, jonka mukaan keisari ei ainoastaan ollut jumalan jäljittelijä vaan itsekin jumalallinen olento. Kristinuskon myötä keisari kyllä palautettiin ihmiseksi, mutta Raamatun mukaan jokainen ihminen oli Jumalan kuva, jonka eettinen kutsumus oli jäljitellä Kristuksessa ymmärrettäväksi tullutta Esikuvaa. Vaikka tämä oli kaikkien ihmisten tehtävä, sen kuitenkin voitiin yhä ajatella kuuluvan keisarille hänen asemansa vuoksi kaikkia muita enemmän. Siksi Pietarin istuimen etusijaa Konstantinopoliin kiivaasti puolustaneelle Rooman piispa Leo I:llekään (440–461) ei tuottanut vaikeuksia osoittaa alamaisuutta maallista hallitsijaa kohtaan, kun hän kirjoitti keisari Theodosiukselle tai keisari Markianokselle.²⁰⁴

Se, että ihminen oli Raamatun mukaan luotu Jumalan kuvaksi, tulkittiin eettiseksi normiksi: ihmisen tehtävä syntiinlankeemuksen jälkeisessä tilassa oli karistaa yltään hänet Jumalasta erottava maailmallinen kuona ja elää ja toimia oman vapaan tahtonsa mukaan niin, että hänestä tuli sen johdosta niin paljon Jumalan kaltainen kuin mahdollista, nimittäin järjellä sielunliikutuksia ja ruumista Jumalan ja luonnon lakien mukaan hallitseva vapaa persoona. Ihmisen tuli siis elämällään piirtää omasta aineestaan lihaksitulleen Kristuksen muodostamaa esikuvaa muistuttava aineetoman Jumalan kuva eli *ikoni*. Toisin sanoen ihmisen tuli jäljitellä Jumalaa, koska hän Jumalan järjelliseen olemukseen osallisena²⁰⁵ oli aineellisista olennoista analogisesti eniten Jumalaa muistuttava. Sen vuoksi hänen toimintansa *merkityskin* oli keskeisiltä osin *symbolinen*: hänen tekonsa, enemmän kuin minkään älyttömän tai sieluttoman luontokappaleen toimet, olivat *merkki* Jumalan teoista. Tämän käsityksen moraalinen seuraamus oli, että ihmisen tuli toimia jumalallisen arvonsa edellyttämällä tavalla.

Ennen kaikkea velvollisuus tietoisesti jäljitellä Jumalaa koski papistoa, koska sen jäsenet olivat lähempänä Jumalaa kuin maallikot. Tunteamattoman tekijän luultavasti vuosien 485 ja 515 välillä laatimissa pseudo-

²⁰⁴ Ks. *Acta Conciliorum Œcumenicorum* (toim. Edv. Schwartz) II,IV: *Leonis Papæ epistularum collectiones*, Pariisi ja Leipzig 1932. Kokoelman kirjeestä 2 (s. 3) käy lisäksi ilmi, että Leo puhui hyväksyvään sävyyn Theodosiuksen ”papillisista pyrinnoista” (*animus sacerdotalis*).

²⁰⁵ Ks. *pseudo-Dionysios Areopagita: de cælesti hierarchia* I,1, jonka mukaan kaikki on Jumalasta ja kaikki palaa Jumalaan: luominen on toisin sanoen eräänlainen Jumalan hajaantumisen, jossa Jumalan alun perin ykseydellinen kaltaisuus monistuu porras portaalta lukuisammassa toinen toistaan etäisemmin Jumalaa muistuttavissa Jumalan kuvissa, joiden on Jumalan tarkoituksen mukaan ajan täytyessä määrän palata alkuperäiseen ykseyteen.

Dionysiuksen traktaateissa²⁰⁶ *Taivaan järjestyksestä* ja *Kirkon järjestyksestä* esitetään, että kirkon virkajärjestys ja jumalanpalvelukset jäljittelevät taivaan arvojärjestystä ja siellä toimitettavia palvelusmenoja.²⁰⁷ Mutta kaikilla *hierarkioilla*, siis myös valtiollisella järjestyksellä, on hierarkian määritelmän mukaan sama olemus ja tehtävä: niiden on määrä auttaa ihmistä kirkastumaan Jumalan kaltaiseksi ja palaamaan Jumalan yhteyteen. Hierarkia on Jumalan kauneuden kuva, jonka katseleminen välittää sen jäsenille käsityksen siitä, millainen se Kauneus ja Hyvyys on, jota heidän tulee jäljitellä, jotta heidän tekonsa myötävaikuttaisivat Jumalan suunnitelman toteutumiseen.²⁰⁸ Hierarkian luonteeseen myös kuuluu, että sen ylemmät jäsenet, jotka ovat lähempänä Jumalaa, arvoaste arvoasteelta välittävät alemmille jäsenille näille sopivan osallisuuden kykyyn, joka on tarpeen, että he voivat tehdä Jumalan töitä.²⁰⁹ Kaikkien muiden hierarkioiden malli on enkelten järjestys, josta myös nähdään, että ylemmillä arvoasteilla on kaikki se, mikä kuuluu alemmillekin, mutta ei päinvastoin: alemmat asteet ovat epätäydellisesti osallisia ylempiinsä ja sen myötä viime kädessä välillisesti myös Jumalaan.²¹⁰ Koska enkelit ovat lähempänä Jumalaa kuin ihmiset, toimivat enkelten eri säätyjen tehtävät esikuvina ihmisten toimille:²¹¹ esimerkiksi herrauksiksi, valloiksi ja hallituksiksi kutsuttujen enkelten säätyjen tehtävät antavat esimerkin maalliselle hallitukselle: jotta se olisi oikea hallitus eikä hirmuvalta, sen tulee olla koko ajan pysyvästi Jumalaan päin kääntynyt ja pitää aineettomia päämääriä aineellisia tär-

²⁰⁶ Pseudo-Dionysiuksen kirjoitukset (*Taivaan järjestyksestä*, *Kirkon järjestyksestä*, ns. negatiiviteologian kannalta tärkeä *Jumalan nimistä* sekä *Salaisesta teologiasta*) oli muka laatinut Paavalin puheen vuoksi kristinuskoon kääntynyt Ateenan areopagin jäsen Dionysios, jonka sanottiin sittemmin toimineen myös Ateenan piispana. Vaikka teoksia pidettiin keskiajalla aitoina, lienee selvää, että ne ovat epäperäisiä: tuskinpa mikään muu selittää sen, että niihin viitattiin kirjallisuudessa ensi kerran vasta 500-luvun alkupuolella. Roomassa ne tunnettiin 600-luvulla, ja 700-luvun puolivälissä tietoisuus niistä levisi frankkien valtakuntaan. 800-luvulla siellä pyhän innoituksen vallassa hämmennettiin asiaa vielä lisää, kun keksittiin – täysin epähistoriallisin perustein – että kysymyksessä täytyi olla sama Dionysios, joka oli myös ollut Pariisiin ensimmäinen piispa! Johannes Scotus Erigenan latinannoksena pseudo-Dionysios saavutti suurta suosiota kaikkialla lännessä, kunnes renessanssi-ajan humanistit alkoivat epäillä teosten aitoutta.

²⁰⁷ Ks. esim. *de caelesti hierarchia* I,3.

²⁰⁸ Vrt. Platon, joka oli *Pidoissaan* (210A–212A) esittänyt, että Kauneuden idean voi oppia tuntemaan katselemalla kauniita poikia.

²⁰⁹ *De cael. hier.* III,1–3; *de eccl. hier.* I,2–4.

²¹⁰ *De cael. hier.* V; VIII,2; XI,2; *de eccl. hier.* V,7. – Osallisuus tekeekin piispasta tavallaan ”enkelin” ja ihmisestä ”jumalan” (XII,2–3).

²¹¹ Maailman järjestyksen hierarkisessa ketjussa enkelten alin ja ihmisten ylin arvoaste ovat perättäiset lenkit, minkä vuoksi Raamatun mukaan ihmiskunnan eri osat kuuluvatkin eri enkeleiden hallitusvaltaan; ks. *de cael. hier.* IX,2–4.

keämpinä, jotta sen alaisuudessa vallitsisi vapaus maailmallisten pyrkimysten orjuudesta.²¹² Viime kädessä tämä merkitsee jokaisen yksilöllisen alamaisen kohdalla, että hänen sisällään vallitsee jumalallista hierarkiaa muistuttava järjestys.²¹³ Silloin hän on omalta osaltaan saavuttanut hierarkian päämäärän siten kuin se hänen luonnollisen vastaanottamiskykynsä mukaan on mahdollista, nimittäin jumaloitumisen: hänestä on tullut niin paljon jumala kuin hän vain voi.²¹⁴

Pseudo-Dionysioksen hierarkiamallin mukaan toiminta on myös sillä tavalla yksisuuntaista, että Jumalan vaikutus leviää ylhäältä alas niin, että ylempi arvoaste on aktiivinen eli vaikuttaa alempaan, jonka asema suhteessa ylempään on passiivinen eli vaikutuksen vastaanottava. Alemmat asteet ovat riippuvuussuhteessa ylempiinsä, ja ylempien velvollisuus on vaikuttaa niin, että alempien jumaloitumispotentiaali täyttyy.²¹⁵ Kun vielä seraafien esimerkin mukaan jumaloituminen viime kädessä merkitsee Jumalan olemuksen katselemista, voidaan hyvin havaita, että malli panee yksiselitteisesti etusijalle sisäisen elämän sopusoinnun ja korostaa mietiskelyä käytännön toimeliaisuuden kustannuksella. Malli on myös staattinen: tavoitteena ei ole muutos eikä kehitys vaan se, että kaikista tulisi mitä he oikeasti ovat ja että kaikki kääntyisivät takaisin alkuperäiseen asentoonsa, josta katsoen kaiken keskipisteessä on Jumala. Sen keskeinen valtio-opillinen sovellutus oli se, että maallinen hallitsija, hieman samaan tapaan kuin pappi, nähtiin Jumalan kuvaksi, jota katselemalla hänen alamaisansa saattoivat saada sen epätäydellisen käsityksen Jumalasta, jonka heidän puutteellinen käsityskykynsä salli heidän saavuttaa. Sen vuoksi ajalle tyypilliseksi poliittisen kirjallisuuden muodoksi kehittyivät Rooman keisaripuheiden perinnettä jatkavat ns. ruhtinaspeilit, joiden tarkoitus oli kehottaa hallitsijoita ikään kuin tutkistelemaan omaa kuvaansa Jumalan läheisenä kuvana ja johtamaan siitä tarpeelliset päätelmät sen suhteen, miten heidän tulisi asemassaan toimia.

Ikoniteologian näkökulmasta tärkeäksi poliittiseksi kiistakapulaksi nousi sekä idässä että lännessä kysymys siitä, millä tavalla vastuu alamaisten jumaloitumispotentiaalin toteutumisesta tuli jakaa maallisen ja kirkollisen hierarkian ylimpien arvoasteiden kesken. Konstantinopolissa Justinianus I teki tästä ajattelusta VI vuosisadalla äärimmäiset, ”caesaropapistiset” johtopäätökset ja katsoi olevansa sekä keisarikunnan että kir-

²¹² *Ibid.* VIII,1; IX,1.

²¹³ *Ibid.* X,3.

²¹⁴ *De eccl. hier.* I,2–4.

²¹⁵ *De cael. hier.* XV.

kon päämies. Justinianukselle tuskin oli epämieluisaa, että hänen opettajansa, diakoni Agapetus, hänen valtaistuimelle noustessaan esitti nuorelle keisarille kaikkien myöhempien kristillisten ruhtinaspeilien esikuvana pidetyssä kehotuspuheessaan,²¹⁶ että keisari on asetettu Jumalan kaltaiseen asemaan: hänen huostaansa on uskottu koko maan piiri, jotta hän Jumalalle vastuullisena ylläpitäisi maan päällä taivaan valtakunnan kaltaista järjestystä, jossa oikeamieliset lait hallitsevat ja niiden rikkojat saavat ansaitsemansa rangaistuksen.²¹⁷ Koska hän on lakien pakottavan vallan yläpuolella, on erityisen tärkeää, että hän itse vapaaehtoisesti noudattaa aina lakeja tarkemmin kuin kukaan muu. Muuten hän näyttää huonoa esimerkkiä alamaisilleen, jotka pitää myös saada tottelemaan vapaaehtoisesti: pakkovalta johtaa näet valtakunnan hajoamiseen.²¹⁸ Täyttääkseen tehtävänsä Jumalan tahdon mukaan keisarin on opittava itsetunteuksen kautta toteuttamaan teoissaan se Jumalan kaltaisuus, joka hänessä on.²¹⁹ Tehdäkseen oikeita ratkaisuja hänen on kiillotettava sielunsa peiliksi, joka aina heijastaa Jumalan valoa, sillä yksin hänen puhtaudesta riippuu koko valtakunnan onni.²²⁰ Jos hän sen säilyttää, hän on sielunliikutusten vaikutuksista horjumaton hurskauden kallio maailman epävakauden keskellä.²²¹ Vaikka hän on kaikkien herra, hän on kuitenkin Jumalan edessä kaikkien palvelija.²²² Alamaisilleen hän osoittaa ihmis- ja veljesrakkautta (*philanthrōpía* ja *agápē*), kuulee etenkin köyhien tarpeita ja auttaa silkasta hyvästä tahdostaan puutteenalaisia.²²³ Hän ei näet ruumiin puolesta eroa muista ihmisistä, vaikka hän muistuttaakin korkean

²¹⁶ *Agapetus: Capita admonitoria* (PG 86, 1154–1186).

²¹⁷ *Agapetus*: capp. 1, 30. – Asettaja on Jumala itse: ks. cap. 61.

²¹⁸ Capp. 27, 35. – Esimerkin tärkeydestä ks. myös cap. 49. – Hyvin samantapaisia ajatuksia esittää myöhemmin patriarkka Photios (n. 820–891) kirjeessään Bulgarian prinssi Mikaelille (Boris I:lle; ks. PG 102, 627–696, esim. capp. 46, 57 ja 66).

²¹⁹ Ks. *Agapetus*: capp. 3 ja 6.

²²⁰ Capp. 9–10. – Myös viisaus on hyväksi: cap. 17 antaakin ymmärtää, että Justinianuksella on edellytykset olla myös sellainen *filosofi-kuningas*, jollaista ”vanhat filosofit” toivoivat.

²²¹ Capp. 11, 13, 18, 33–34, 55. – Ollakseen toisten herra hänen täytyy olla ennen kaikkea oman itsensä isäntä (68).

²²² Capp. 68.

²²³ Cap. 8–20, 51, 53, 60. – Ks. myös cap. 16 (vrt. *Photios: ad Michaelem* 43, PG 102, 672BC), jonka mukaan on oikeudenmukaisuuden nimissä väärin, että köyhät kärsivät samoista vastoinkäymisistä enemmän kuin rikkaat: varallisuuseroja tulisi tasata, jotta kaikilla olisivat samanlaiset edellytykset elämässä. – Capp. 37:n ja 45:n mukaan anteliaisuus hyväntekeväisyydessä on yksi keisarille ominainen tapa jäljitellä Jumalaa (vrt. *Photios: ad Michaelem* 45, 672D). Mutta ei siinäkään pidä liioitella: jotta keisari onnistuisi tehtävänsään, hänen tulee herättää alamaisissa sekä rakkautta että pelkoa; ks. capp. 48 ja 52. – Kuningas itse, koska hän on Jumalan kaltainen myös suhteessa maalliseen omaisuuteen, ei tarvitse mitään muuta kuin Jumalaa; ks. cap. 63.

asemansa puolesta Jumalaa: sen vuoksi hänen tulee muistaa oma kuolevaisuutensa ja vaalia kaikkien ihmisten yhdenveroisuutta.²²⁴ Hänen ja hänen alamaistensa hyvä on sitä paitsi yhteinen, koska Jumala on asettanut hänet ikään kuin yhteisöruumiin silmäksi, jotta hän huolehtisi sen jäsenten yhteistoiminnasta (*synergía*) kokonaisuuden hyväksi.²²⁵ Toisen vertauskuvan mukaan hän on kuin rakastava isä, jota alamaiset pelkäävät kuin lapset.²²⁶

Vielä Agapetusta pitemmälle menee suunnilleen samalta ajalta peräisin oleva tuntemattoman tekijän valtio-opillinen dialogi, josta on säilynyt vain katkelma. Sen mukaan hallitsija on säädösten laatijana ja moraalin esimerkkinä Jumalan lähin jäljittelijä ja hänen tehtävänsä on saada koko valtakunta jäljittelemään Jumalan valtakunnan sopusointua, jotta sen kansalaiset voisivat sen myötä palata taivaallisen isänmaan kansalaisina alkuperäiseen jumalyhteyteen.²²⁷ Näin voimme nähdä, että idässä keisarikunnan tehtävä alettiin jo hyvin varhain mieltää pääasiassa uskonnollis-eskatologiseksi ja vasta toissijaisesti maailmalliseksi.²²⁸ Olennainen osa tätä kuvaa näyttää olleen luottamus maallisen vallan kykyyn myötävai-kuttaa Jumalan kaitselmukseen sitä edistävästi ja myös – antiikin esiku-vien tapaan – tehdä alamaisistaan parempia:²²⁹ idässä ei rikoksista rankai-

²²⁴ Capp. 21 ja 71. – Yksi yhdenveroisuuden aspekti on puolueettomuus; ks. cap. 41.

²²⁵ Cap. 46.

²²⁶ Cap. 59; vrt. *Photios: ad Michaelem* 69 (PG 102, 680B).

²²⁷ *Peri politikēs epistēmēs [de Politica scientia]*, Scriptorum Veterum Nova Collectio II (toim. kardinaali Mai), Rooma 1827 ss. 571–609]; erit. V,6–9 (*Mai* II 600–603) ja V,13–15 (*Mai* II 606–608).

²²⁸ Vrt. Basileios I:n valtiosääntöä muistuttava *Epanagōgē*-asiakirja [ks. *Social and Political Thought in Byzantium from Justinian I to the Last Palaeologus* (toim. Ernest Barker), The Clarendon Press, Oxford 1957 (jäljempänä *Barker*), ss. 89–97] noin vuodelta 880, jossa määritellään keisarin ensimmäiseksi tehtäväksi pyhien kirjoitusten, toiseksi ekumeenisten kirkolliskokousten päätösten, ja vasta kolmanneksi roomalaisen oikeuden toimeenpano ja vaaliminen (II§4), ja velvoitetaan hänet tunnustamaan oikean uskon mukaista jumaluusoppia Kolminaisuuden persoonista, ja lihaksitulleen Jumalan yhdestä persoonasta mutta kahdesta luonnosta kaksine tahtoineen ja kaksine toimintoineen (II§5). – Teksti liittyy Basileios I suunnitelmaan uudesta lakikodifikaatiosta, josta ei kuitenkaan tullut mitään, ja todennäköisesti ainakin osan siitä laati patriarkka Photios. Viimeksi mainitun ajatukset taas käyvät suoraankin ilmi hänen kirjeestään Bulgarian prinssi Mikaelille: siinä hän mm. korostaa, ettei hallitsijan ansioksi lueta niinkään valtion koon ja vaikutusvallan vaan sen hyvyden kasvattamista (*ad Michaelem* 48, PG 102, 673AB). Yli puolet sangen pitkästä kirjeestä on myös omistettu oikean uskon mukaisen opin määrittämiselle, koska sen puolustaminen on ilman muuta kuninkaan ensisijainen tehtävä.

²²⁹ Ks. esim. *Photios: ad Michaelem* 47 (PG 102, 673A).

sevan esivallan rooli Jumalan ruoskana noussut läheskään niin hallitsevaksi kuin lännessä.²³⁰

Agapetuksen kuva oli toki vain ihanteellinen kuvitelma siitä, miten valtakunnan asiat sujuisivat, jos sillä olisi Jumalan suoraan asettama täydellinen hallitsija. Todellisuudessa ei edes Justinianus ollut sellainen, ja useimpia Bysantin hallitsijoita taatusti kiinnosti maallinen menestys ja maine enemmän kuin hyve ja kristillinen hurskaus, ja monet heistä käyttivät surutta asemaansa väärin yksityisten etujensa edistämiseen yhteisen asian kustannuksella. Koska Jumala ei myöskään valinnut keisareita itse vaan antoi ihmisten toimittaa keisarinvaalin, tarvittiin kauniiden puheiden ja ylevien kehotusten sijasta järjestelmää, joka minimoisi kehnon keisarinvaalin riskit ja pitäisi valtion toiminnassa keisarin puuttuessakin. Tämän tarpeen luultavasti ymmärsi mainitsemamme valtio-opillisen dialoginkin kirjoittaja, koskapa hän liitti oppiinsa Jumalan jäljittelemisestä luonnoksen perustuslaillista monarkiaa muistuttavasta järjestelmästä, jossa olisi tavallisten lakien lisäksi keisarinvaalia sekä ylimmän virkamiehistön ja papiston valintaa säätelevät lait.²³¹ Mutta hänkään ei näytä huomanneen, että keisari tulisi voida tarvittaessa myös erottaa hallitusti ja saattaa lailliseen edesvastuuseen teoistaan, ja että keisari-instituution suhde lakiin, muihin valtioelimiin ja kirkkoon tulisi muutenkin täsmenää. Justinianuksen lakikokoelmasta ei ollut näissä suhteissa mainittavaa apua, koska se vain vahvisti Rooman jo ennestäänkin epäselvän valtiosäännön, jonka mukaan se oli tasavalta, vaikka sitä johtivatkin itsevaltaiset keisarit.

²³⁰ Tavallista oli, että Bysantissa korostettiin keisarin ja kirkon tehtävien yhteisyyttä, kuten esimerkiksi edellä mainitussa *Epanagōgē*ssa tehtiin (III§8). Leo III Isaurilainen (717–741) vertasi itseään peräti Pietariin ja katsoi olevansa kutsuttu ”uskollisen lauman” ylimmäksi vaalijaksi, kuten hänen lakikoonnoksestaan *Eklogē* käy ilmi (ks. *Barker*, ss. 84–85). Siihen hänelle kyllä saattoi tarjota motiivin hänen voimakkaasti ajamansa ikonoklastinen politiikka. Vastapuolelta tunnetaan oikeauskoisen Johannes Damaskolaisen († n. 754) ja Theodoros Studiteen († 826) kirkon ja keisarin toimivaltapiirien eroa puolustava kanta; ks. ensin mainitun osalta *de imaginibus oratio* II,12 (PG 94, 1296C–1297B) ja II,15 (1301), ja viimeksi mainitun osalta *Epist.* 129 (PG 99, 1415–1420, erit. 1417BC).

²³¹ *Peri politikēs epistēmēs* V,4–5 (*Mai* II 598–599). – Keisarinvaali tulisi järjestää niin, että sen tuloksena hänen asemansa olisi lahja sekä Jumalalta että kansalta.

2 Lainalainen keisari kansan armosta

Agapetuksen tapa puhua keisarin vapaaehtoisesta lakisidonnaisuudesta varmaankin vastasi Justinianuksen käsitystä.²³² Tämä saattaa myös näkyä siinä, että hän otatti lakikokoelmansa *Digesta*-osaan Ulpianuksen sitaatin, joka asiayhteydestään irrotettuna antaa ymmärtää, että keisari muka olisi lakisidonnaisuudesta vapaa.²³³ Samalla kuitenkin *Codex*-osaan otettiin vuoden 429 *constitutio*, jonka mukaan keisarin auktoriteetti yksiselitteisesti perustui lain auktoriteettiin.²³⁴ Tämän ristiriidan valossa olennainen kysymys ei ollutkaan, oliko keisari ylivertaisessa hyveellisyydessään lain ruumiillistuma ja ”elävä laki”, kuten kaunopuhujat olivat esittäneet, vaan se aivan konkreettinen seikka, jonka Rooman valtiosääntö oikeastaan kielisi: oliko hän ylipäätensä lainsäätäjä ollenkaan? Oliko keisarin tahto laki, kuten Ulpianus oli lausunut?²³⁵ Entä oliko hän velvollinen noudattamaan voimassa olevia lakeja ja säädöksiä? Saiko hän rajoituksetta muuttaa tai kumota vanhoja lakeja? Yllä jo mainitun keisari Basileios I:n (867–886) aikaisen *Epanagōgēn* alkuun on Justinianuksen *Digestasta* poimittu Demostheneen sangen demokraattinen lain määritelmä: laki on yleisesti voimassa oleva säädös, jonka viisaat miehet ovat laatineet ja jota kansalaiset yhteisestä sopimuksesta noudattavat.²³⁶ Sen mukaan (II§§1–4) keisari ei ole lakien säätäjä vaan niiden toimeenpanija ja rangaistusten ja palkkioiden jakaja, mutta ei mikään Jumalan kostaja, kuten lännessä tavattiin samaan aikaan korostaa, vaan paremminkin puolueeton erotuomari. Lisäksi hän saa tulkita lakeja ja analogisesti sovittaa vanhoja lakeja uusiin tapauksiin, joista ei ole säädetty lakia (II§6, II§10), mutta silloinkin hänen tulee kunnioittaa vallitsevaa tapaoikeutta (II§7, II§10) ja vakiintuneita laintulkintoja (II§9). Vaikka ei tiedetä, kävikö puheena olevan dokumentin teksti kaikilta osin yksiin keisarin oman käsityksen kanssa, voidaan Basileioksen omalle pojalleen Leolle laatimasta ruhtinaspeilistä nähdä, että hän joka tapauksessa itsekin piti keisaria lakien alaisena: tapaoikeutta keisarin on ehdottomasti noudatettava, samoin ”hyviä lakeja”, ja uusien säädösten tu-

²³² Vrt. *Institutiones* II,17,8, jossa mainitaan aikaisempien keisareiden Severuksen ja Antoninuksen kanta: *licet legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus*.

²³³ *Digesta* I,3,31; ks. yllä viite 64.

²³⁴ *Cod. Iust.* I,14,4.

²³⁵ *Digesta* I,4,1.

²³⁶ Ks. yllä viite 228; vrt. *Dig.* I,3,2.

lee olla sopusoinnussa vanhastaan voimassa olevien lakien kanssa, koska muutoin ne synnyttäisivät vain sekaannusta ja epätietoisuutta.²³⁷

Vaikka Leo keisarina (Leo VI Viisas, 886–912) puolusti voimakasta yksinvaltiutta, hänen antamistaan konstituutioista²³⁸ voidaan silti päätellä, että hän joutui ottamaan huomioon keisarin perinteisen lainalaisuuden, koskapa hän niiden johdannossa niin tarkoin selittää, ettei hän ole tekemässä muuta kuin selvyuden ja oikeusturvan nimissä karsimassa voimassa olevien lakien ja tapojen joukosta niitä, jotka ovat jääneet muutenkin pois käytöstä, menettäneet aikojen kuluessa tarpeellisuutensa tai ovat ristiriitaisia itsensä tai toisten säädösten kanssa.²³⁹ Konstituutiosta 47 sanotaan kyllä senaatin eräiden valtaoikeuksien kumoamisen pohjustukseksi, että keisarin kattava kaitselmus on nykyjärjestelmässä korvannut vanhat valtioelimet,²⁴⁰ ja konstituutiosta 78 kumotaan myös senaatin säädösvalta, mutta kummankin kumoamisen nimenomaisesti perusteluksi mainitaan *desuetudo* eli se seikka, että nämä senaatin oikeudet ovat muutenkin menettäneet tosiasiallisen merkityksensä eikä kyseisten säädösten pitäminen kirjoissa sen vuoksi enää palvele mitään tarkoitusta.

Muidenkaan lakien kumoamiseen Leo ei katso omien valtuuksiensa yksin riittävän: esimerkiksi konstituutioissa 19 ja 25 se perustellaan sillä, että kyseiset lait eivät ole tosiasiallisesti voimassa, koska ne eivät ole saaneet niiden hyväksyntää, joita ne koskevat, eivätkä siten myöskään sitä vaikutusta, jota niiden säätäjä on tarkoittanut. Sitä paitsi monen vanhan säädöksen kumoamisen perusteeksi mainitaan se, että se on tapaoikeuden vastainen. Leokin siis näkee lainsäädännön keisarin ja kansan

²³⁷ *Basilii Imp. Parænesis ad Leonem filium* (PG 107, xxi–lvi), *Perì eunomías* (p. xxxvii); – Viittaus ”hyviin” lakeihin voi olla yritys vesittää lakisidonnaisuuden periaatetta, mutta ei kuitenkaan välttämättä, jos se nimittäin viittaakin roomalaisten tapaan arvioida keisareiden säädösten velvoittavuutta jälkikäteen sen mukaan, oliko keisari kuoltuaan todettu kelvolliseksi vai valtion viholliseksi. – Koska patriarkka Photioksella saattoi olla sormensa pelissä *Epanagōgēn* laadinnassa, on paikallaan todeta, että hän myös kirjeessään Bulgarian prinssi Mikaelille korostaa laillisuuden merkitystä (*ad Michaelem* 42 ja 46, PG 102, 672). Lisäksi hän (*ibidem* 62, 677A) esittää, että kansan tulisi saada osallistua, ei ainoastaan sodasta ja rauhasta päättämiseen, kuten Rooman valtiosääntökin jo edellyttää, vaan myös keisarin yksityiselämän hallitsemiseen. Kokonaan uusien lakien säätämistä hän kehottaa välttämään, ellei yhteinen hyvä sitä ehdottomasti edellytä, koska uudistukset hämmentävät ja saattavat vaaraan yleisen järjestyksen (*ibid.* 11–112, 693AB).

²³⁸ *Leonis Sapientis novellæ constitutiones* (PG 107, 459–658).

²³⁹ Samalla (ks. Procem. ja const. 1) hän tunnustaa, että kansan tapa voi kumota lain, vaikka hän toisaalta ottaakin itselleen oikeuden päättää, mitkä tähän astisista tavoista vastedeskin ovat lainvoimaisia ja mitkä eivät – mutta senkin hän tekee nimenomaisesti sillä perusteella, onko kyseinen tapa vakiintunut viisaaksi menettelytavaksi.

²⁴⁰ Vrt. myös const. 46.

yhteistoiminnaksi, jossa keisarin toimintavapaus ei suinkaan ole rajoiton.²⁴¹ – Muidenkaan keisareiden käytännössä ei ole havaittavassa ainkaan kovin päättäväistä pyrkimystä todella nousta lakien yläpuolelle. Ehkä eniten sellaista halua oli Andronikos II Palaiologoksella, joka tavoitteli ehdottoman yksinvaltiaan asemaa II ristiretken latinalaisen välivaiheen jälkeen uudelleen perustetussa Bysantissa. Se ei kuitenkaan estänyt häntäkin tunnustamasta itseään edesvastuulliseksi mahdollisista rikkomuksistaan laillisen tuomioistuimen edessä.²⁴²

Basileios I kertoo pojalleen kirjoittamassaan ruhtinaspeilissä myös, että vaikka tämä on saanut keisarin seppeleen isänsä kädestä, se tulee kuitenkin todellisuudessa Jumalalta. Vaikka prinssin asema siis onkin isältä peritty, perimys ei yksin riitä sen oikeutukseksi, vaan tarvitaan Jumalan valtuutus ja lisäksi vielä se, että poika hyvettä harjoittamalla osoittaa ansaitsevansa niin läheisesti Jumalaa muistuttavan aseman.²⁴³ Vaikka Basileios on perustamassa perinnöllistä dynastiaa, hän ei uskalla poikansa puolesta suoraan vedota hänen syntyperäänsä, koska Rooman valtiosäännön mukaan keisari *valitaan*. Eihän keisarikunta edes ole keisarin yksityisomaisuutta, vaan se kuuluu kaikille yhteisesti²⁴⁴. Sukujen dynastisista pyrkimyksistä ja Jumalan ajatuksellisen sanktion ahkerasta korostamisesta huolimatta olikin koko ajan käytännössä täysin selvää, että Bysantin keisari oli vaalikeisari. Sekin oli pääsääntöisesti kaikille toimijoille selvää, että viime kädessä vaali edellytti kansan suostumusta.²⁴⁵

²⁴¹ Hieman toisin asian esittää Kekaumenos kehotuspuheessaan, jonka hän ehkä piti Alexios I Komnenokselle v. 1081: vaikka hänet kirjallisuudessa tavataan mainita ehdottoman keisarinvallan vastustajaksi, hän kuitenkin asettuu kannalle, jonka mukaan keisari on *inhimillisen* lain yläpuolella – mutta ei kuitenkaan niin, että hänellä olisi lupa antaa *jumalallisen* (ilmeisesti myös *luonnollisen*) lain vastaisia säädöksiä; ks. *Strategikon* 235.

²⁴² Ks. Andronikos II:n valaediktiä (*prostagma orkōmotikón*) kokoelmassa C. N. Sathas: *Mesaiōnikē bibliothēkē* (*Bibliotheca Græca Medii Ævi*) VI, Venetsia ja Pariisi 1877, ss. 76–78. – Mainittakoon, että munkki Theodulos kehottaa juuri Andronikos II:lle osoittamassaan puheessa kuningasta pitämään oikeamielisyyttä valtakunnan tärkeimpänä linnoitukseena ja tunnustamaan, että lakien voima on hänen omaa valtaansa korkeampi: muuten kansaakaan ei tottele lakeja – ks. *Theoduli de Regis officiis* 6 (456B–457A) ja 17 (473CD) – eikä onnellisuutta voida saavuttaa kuin laillisen järjestyksen kautta; ks. *ibidem* 27 (489D).

²⁴³ *Basilii ad Leonem: Perì timēs gonéōn* (p. xxxii); ks. myös *Perì tēs tōn trópōn aretēs* (p. xxv).

²⁴⁴ *Ibid.*: *Perì hyperopsías khrēmatōn* (p. xxxiii); – Keisari ei ole valtakunnan omaisuuden omistaja vaan sen ylin hoitaja yhteiseksi hyväksi.

²⁴⁵ Näin Bulgarian arkkipiispa Theophylaktoskin puheessaan Konstantinos Porphyrogenetokselle; ks. *Theophylacti Institutio Regia* (PG 126, 270ff.) II,7 ja 11, joissa esitetään yhdeksi tyrannian kriteeriksi vallananastus ilman kansan suostumusta. – Ks. myös II,26, jossa Theophylaktos vertaa keisaria mehiläiskuninkaaseen (silloin ei tiedetty, että pesän

Vain se vaihteli, millä tavalla vaali konkreettisesti toimitettiin sen ”Rooman kansan” nimissä, jolle vaalioikeus alun perin kuului.

Itä-Rooman alkuaikoina keisarit olivat Konstantinuksen tapaan etupäässä sotilaiden valitsemia. Mutta Konstantinos Porphyrogennetos (945–959) kertoo, että jo Leo I Suuren huusivat, vielä Mars-kentällä, v. 457 keisariksi hovi (*tò palátion*), sotaväki, senaatti ja kansa yhdessä.²⁴⁶ Anastasios valittiin v. 491 niin, että ”arkontit” kokoontuivat palatsiin ja kansa hippodromille, jossa sotaväen edustajat ryhmittäytyivät keisarin aition ympärille. Leskikeisarinna piti puheen, jonka mukaan ratkaiseva olisi ”arkonttien”, s.o. senaatin ja hovin virkamiesten vaali, mutta sille piti saada lisäksi sotaväen vahvistus. Hippodromin tapahtumista voidaan taas päätellä, että myös kansan hyväksyntä oli välttämätön. Patriarkkakin oli läsnä antamassa vaalille kirkon pyhityksen. Kun ”arkontit” eivät päässeet yksimielisyyteen, he siirsivät vaalin leskikeisarinnalle, jonka ehdotuksesta kansa ja sotaväki huusivat Anastasioksen keisariksi.²⁴⁷ Koska tämän kuoltua ei ollut tarjolla ketään valmista ehdokasta, kansa kokoontui hippodromille ja huusi hallitsijaksi senaatin, koska valtaistuini oli tyhjä. Sotaväki huomasi tullessaan syrjäytetyksi ja yritti esittää omaa ehdokasta, jonka kansa kuitenkin kivitti ulos hippodromilta. Lopulta senaatti ehdotti Justinusta, jonka kansa ja sotaväki yhdessä huusivat keisariksi.²⁴⁸ Nämä tapahtumat olivat tietysti heijastusta yhtäältä virkamieskunnan merkityksen kasvusta sotaväen kustannuksella ja siitä, että Konstantinopolista oli nopeasti tullut vanhan Rooman korvaava pääkaupunki, jonka asukkaiden, ”Rooman kansan”, mielipidettä valtakunnan eliitti ei oman etunsa nimissä voinut mitenkään sivuuttaa. Näin yllä mainittujen vaalien menettelytapoista tuli käytännössä tapaoikeutta, eivätkä sotilaat sitkeistä yrityksistään huolimatta saaneet takaisin erityisasemaansa edes sen jälkeen, kun valtakunnan hallinto militarisoitiin 600-luvulla. Vastaavasti ei dynastinen periaatekaan lyönyt itseään läpi, vaan monien eri dynastioihin kuuluneiden keisareiden toiminnasta voidaan hyvin nähdä, että he eivät uskaltaneet väittää omaavansa laillista *oikeutta* vallanperijän määräämiseen. Heidän oikeutensa oli lähinnä *lupa ehdottaa* jotakuta vakiintuneiden tapojen mukaan valittavaksi.²⁴⁹ Vakiintuneiden tapojen tärkeyttä korosti

johtaja oli naaras) ja esittää, että myös ihmisten laillisen hallitsijan tulee turvautua väkivaltaan vasta viimeisenä keinona, kun mikään muu ei auta.

²⁴⁶ *De caerimoniis aule byzantine* I, 91 (PG 112, 745Bff.).

²⁴⁷ *Ibid.* 92 (PG 112, 769Bff.).

²⁴⁸ *Ibid.* 93 (PG 112, 788Bff.).

²⁴⁹ Esim. Konstantinus VI Syyrialaisen valitseminen kanssahallitsijaksi edellytti tämän isän Leo IV:n mielestä, vaikka hänestä niin tulisi jo sukunsa neljäs keisari, sotaväen, senaatin ja

yleisemminkin Bysantissa viljelty ajatus keisarin toimien sitomisesta valtiollisen protokollan mukaiseen seremonialliseen järjestykseen: seremoniallisten kaavojen arvokas ja vakaa noudattaminen oli taivaallisen valtakunnan ylimaallista sopusointua jäljittelevä jumalallisen kaitselmuksen symboli, joka toistumisellaan vahvisti maanpäällistä järjestystä ja herätti alamaisissa ihailua ja luottamusta sitä kohtaan.²⁵⁰

Se, että keisarin erottaminenkin sai käytännössä vakiintuneet, lähes perustuslailliset muodot, osoittaa, että sitä pidettiin normaaliin valtioelämään kuuluvana ilmiönä: keisarin huutamista valtaan vastasi keisarin huutaminen vallasta. Esimerkiksi patriarkka Nikephoroksen mukaan Justinianus II huudettiin vallasta ensimmäisen kerran v. 685 ja hänen tilalleen valittiin Leontios. Laivaston miehet huusivat vuorostaan hänet vallasta v. 705, ja Justinianus II nousi toistamiseen valtaistuimelle. Mutta kun hän sitten erotti patriarkka Kallinikoksen, kansa kääntyi häntä vastaan ja julisti yhdessä patriarkan kanssa hänet muodollisesti virkansa menettäneeksi.²⁵¹ Theophanes taas kertoo, kuinka Heraklioksen (610–641) kuoltua leskikeisarinna Martina yritti testamentin avulla saada vallan itselleen ennen keisarin poikia. Kansankokous kuitenkin ohitti Martinan ja huusi pääkeisariksi Konstantinos III:n, joka oli Heraklioksen poika ensimmäisestä avioliitosta. Martina myrkytti pian keisarin, syrjäytti tämän pojan Konstansin ja anasti vallan poikansa Heraklonaan kanssa. Mutta nyt senaatti tarttui toimeen ja erotti vallananastajat ja julisti Konstansin yksinvaltiaaksi.²⁵²

Kun Theodosios III osoittautui kykenemättömäksi puolustautumaan keisariksi pyrkivää Leo Syyrialaista vastaan, senaatti, patriarkka ja keisarillinen henkivartiokaarti kehottivat häntä eroamaan ja palaamaan yksityishenkilöksi v. 717.²⁵³ XI vuosisadalla keisarin erottaminen muistutti jo läheisesti oikeudenkäyntiä, jonka päätteeksi äänestettiin siitä, oliko kei-

kansan suostumusta; ks. *Theophanes Chronographia* 378 (PG 108, 908A–909B). Vastaa- vasti Johannes II Komnenos pyysi juuri ennen kuolemaansa v. 1143, että jompikumpi hänen kahdesta pojastaan valittaisiin keisariksi, ja korosti, että keisarin asema ei ole sukulaisuuteen perustuva lahja vaan hyveen palkka; ks. *Niketas Khoniates: Historia (Joannes Comnenus)* 58–61 (PG 139, 369D–373B)

²⁵⁰ Ks. esim. *de caerimoniis aulae byzantinae, praefatio* (PG 112, 74A–80A) – vrt. Theodoros Balsamon: *Meditata* (PG 138, 1017–1020).

²⁵¹ *Nicephorus Patr.: Breviar.* 38–42 (ks. kätevimmin. *Short History*. Text, translation and commentary by Cyril Mango, Dumbarton Oaks, Washington, D.C. 1990, ss. 92–105); ks. myös *Theophanes: Chronographia* (PG 108, 749–760).

²⁵² *Theophanes: Chronogr.* (PG 108, 680–697); ks. myös *Nicephorus Patr.* 27–28 (*Short History*, ss. 76–79).

²⁵³ *Nicephorus Patr.* 52 (*Short History*, ss. 120–121).

sari rikkonut sen sopimuksen, joka ajateltiin hänen ja kansan välillä olevan, ja äänestyksen tulos saatettiin kansankokouksen hyväksyttäväksi tai hylättäväksi. Vastaavasti kansakaan ei mieltänyt voivansa yksin erottaa keisaria, vaan katsoi tarvitsevansa siihen senaatin esityksen ja enenevässä määrin myös papiston siunauksen. Tarvittaessa kansa saattoi jopa pakolla hankkia vallankumoukselleen tällaisen vahvistuksen.²⁵⁴ Toisaalta moni keisarikin nimenomaisesti tunnusti erottamismenettelyn oikeudellisen ja velvoittavan luonteen,²⁵⁵ ja keisarinna Irenen tapaus v. 802 antaa ymmärtää, että selvä vallankaappauskin voitiin mieltää juridisesti sitovaksi erottamiseksi.²⁵⁶

Sen lisäksi, että keisari oli lakien ja erottamisuhan alainen, hänen oli usein käytännössäkkin tunnustettava se Rooman valtiosäännön periaate, että ulkopolitiikka kuului senaatille ja sodasta ja rauhasta päättäminen kansalle. Valtakunnan pinta-alan huetessa Konstantinopolin ”kansan” poliittinen merkitys myös kasvoi, koska pääkaupungin asukkaat muodostivat suhteellisesti kasvavan osan koko valtakunnan asukkaista. Bysantin viimeisinä vuosisatoina keisarit alistivatkin yhä useammin valtakunnan asioita senaatin tai kansan taikka molempien ratkaistaviksi.²⁵⁷ Senaatti ei kuitenkaan koskaan kehittynyt valtiopäivien kaltaiseksi instituutioksi.

²⁵⁴ Esimerkistä käyköön Niketas Khoniategen selostama tapaus [ks. *Isaaci Angeli una cum Alexio filio iteratum imperium*, (PG 139, 929–948)], jossa kansa v. 1204 ryhtyi erottamaan Isaakios II Angelosta ja tämän poikaa Alexios IV:tä sen vuoksi, että nämä liiaksi taipuivat pääkaupunkia uhkaavien ristiretkeläisten vaatimuksiin, mutta senaatti ja kirkko olivat haluttomia liittymään kapinaan. Saadakseen omille toimilleen lain voiman kansa pakotti senaatin ja papiston osallistumaan kokoukseen ja valitsi uuden keisarin yksin vasta, kun kävi selväksi, ettei senaatti tekisi mitään ehdotusta. Kun tämäkin keisari pian pakeni, eikä seuraajasta päästy uudessa kokouksessa yksimielisyyteen, valittiin arvalla Konstantinos Laskaris.

²⁵⁵ Esim. Konstans II tunnusti v. 641 edeltäjänsä Heraklonaan tulleen senaatissa laillisesti erotetuksi; *Theophanes: Chronogr.* 284 (PG 108, 697C). – Mikael III:n syrjäyttämisen ja murhan Basileios I:n toimesta v. 867 oikeutti Konstantinus VII:n mukaan senaatin ja kansan kelvottomalle keisarille langettama tuomio; ks. *Theophanes continuatus (Constantini Basilii Macedo)* 254 (PG 109, 269CD).

²⁵⁶ Kun Irene menetti vallankaappauksessa asemansa, hän ei ainakaan Theophaneen mukaan kiistänyt seuraajansa Nikephoros I:n legitimitettä; ks. *Theophanes: Chronogr.* 404 (PG 108, 951Aff.). Bysantissa olikin tavallista, että vallasta syösty keisarit sangen nopeasti hyväksyivät asian, eikä heitä sen vuoksi ollut tarpeen surmata.

²⁵⁷ Tosin erityisesti Komnenosten dynastia 1100-luvulla pyrki syrjimään senaattia valitsemiansa virkamiesten hyväksi, ja senaatti olikin Bysantin viimeisinä vuosisatoina käytännössä *fiktiivinen* valtioelin: sitä, että valtakunnan virkamiehet olivat tosiasiallisesti koolla päättämässä asioista, kutsuttiin senaatiksi. – Kansan oli taas jonkin aikaa kokonaan syrjässä politiikasta Nikean keisarikunnan aikana 1206–1264 siitä luonnollisesta syystä, että kansa ei ollut Nikeassa, vaan Konstantinopolissa.

Eräs syy tähän lienee se, ettei Bysantin ylimystöstä feodaalisen järjestelmän puuttuessa tullut vahvaa luokkaa, joka olisi tuntenut kutsumusta puolustaa omia yhteisiä intressejään keisaria vastaan. Vasta 1200-luvun lopulla Bysanttiin alkoi pesiytyä läntistä läänitysjärjestelmää vastaavia ilmiöitä. Manuel Moskhopouloksen uskollisuudenvaloja tarkastelevasta kirjeestä keisari Andronikos II:lle²⁵⁸ voimme kuitenkin nähdä, etteivät luonteeltaan yksityisoikeudelliset feodaalisitoumukset Bysantissa suinkaan korvanneet valtiota samalla tavalla kuin lännessä, vaan siellä oli jo tuolloin mahdollista ymmärtää valtio yhteiskuntasopimukseen perustuvaksi instituutioksi. Valtioyhteisö (*koinón*) näet perustui siihen, että ihmiset eivät yksin pysty tyydyttämään moninaisia tarpeitaan: sen vuoksi yhteistoiminnallinen elämä (*synoikía*) on heille välttämätöntä. Sille on kuitenkin vaaraksi ihmisten taipumus joutua riitoihin keskenään. Tämän osin Hobbesia, osin Lockeä enteilevän käsityksen mukaan rauhan säilyminen edellyttää välttämättä tuomaria (*kritēs*), joka ylläpitää järjestystä. Tuomareita voidaan valita yksi tai useampia, mutta yksi monarkki on parempi kuin aristokratia, koska silloin tuomareiden välillä ei pääse syntymään erimielisyyksiä. Moskhopouloksen oppi uskollisuudenvaloista taas muistuttaa rakenteeltaan 1500-luvun kalvinististen monarkianvastustajien ajatusta, jonka mukaan yhteiskuntasopimus tehtiin kansan ja hallitsijan välillä kansan edusmiesten välityksellä niin, että näille jäi vastuu valvoa kansan hyväksi sitä, että hallitsija pitää oman sitoumuksensa. Moskhopoulos nimittäin esittää, että jos kansan täytyykin oman etunsa nimissä luovuttaa tuomarille tämän tarvitsemat valtuudet, ja jos tällä vielä lisäksi onkin oikeus vaatia alamaisiltaan *yleistä* uskollisuudenvaloa, niin nämä kuitenkin antavat sen ensisijaisesti valtioyhteisölle ja vain toissijaisesti tuomarille tuon valtioyhteisön vallan käyttäjän ominaisuudessa. Sen vuoksi vala ei velvoita alamaisia suhteessa tuomariin henkilönä, mikäli tämän yksityinen etu poikkeaa valtion edusta. Eri asia on sitten se, että tuomari voi vastiketta vastaan ottaa yksittäisiltä alamaisilta vastaan *erityisiä* uskollisuudenvaloja, joissa nämä vapaaehtoisesti sitoutuvat palvelemaan tuomaria jollakin erityisellä tavalla. Tällaisilla vasallisopimusta muistuttavilla valoilla ei kuitenkaan ole valtio-oikeudellista merkitystä, vaan ne ovat puhtaasti yksityisoikeudellisia sitoumuksia.

²⁵⁸ Ks. alaviite 199.

3 Antiikki herää munkkivaltiossa

Jos Moskhopoulos ”realistina” lähti liikkeelle Platonin tarveteoriasta,²⁵⁹ näkyi monissa muissa Bysantin ajattelihoissa taipumusta platonismin idealistisempiin korostuksiin. Tämän suuntauksen alkuunpanijana pidetään Mikael (maalliselta nimeltään Konstantinos) Psellosta (1018–1078?), jonka ensisijainen mielenkiinto ei kylläkään kohdistunut politiikkaan. Siitä huolimatta hän joskus kirjoituksissaan sovelsi platonistista metafysiikkaa myös siihen: politiikka on hänen tuntemattomalle vastaanottajalle kirjoittamansa kirjeen mukaan viisaille ominainen tapa harjoittaa filantropiaa.²⁶⁰ ”*Chronographian*” mukaan taas valtiomiehen sielu on saavuttanut tietyn vapauden aineesta siitä kuitenkin kokonaan irtautumatta, minkä vuoksi hän voi toimia aineettoman todellisuuden ja aineen varjomaaailmassa elävien tavallisten ihmisten välimaastossa ja auttaa näitä nousemaan alhaisesta tilastaan – aivan kuin Platonin kuuluisan luolavertauksen sankari.²⁶¹ Valtiomiehyys eli maallisen yhteishyvän palveleminen on taas ihmisen ensimmäinen kehitysaskel kohti jumalyhteyttä: seuraava askel on enkelinveroisuus eli vapaus sielunliikutuksista. Sitä seuraa Jumalan kaltaisuus eli puhtaasti mietiskelevä elämä, ja lopulta ihminen voi nousta teurgiin verrattavaan asemaan (*theopatōr*, kirjaimellisesti ”Jumalan esi-isä”). Kaiken päämäärä on täydellisen ykseyden (*henōsis*) saavuttaminen Jumalassa.²⁶² Näin Psellos epäsuorasti muotoili Bysantin valtakunnan ylimaallisen tehtävän platonistisin termein – olihan Platonin mielestä päämäärä, nimittäin ideoiden ymmärtäminen ja niiden toteuttaminen valtiossa, merkinnyt ihmisen paluuta jumalten rinnalle.

Platonistinen oli myös Nikephoros Blemmydeen (1197–1272) tapa kutsua kuningasta esimerkilliseksi maanpäällisen onnellisuuden arkkityypiksi (*arkhétupos*) – eli siis ideaksi – jota jäljitellessään alamaiset välillisesti jäljittelevät Jumalaa ja voivat siten päästä tuonpuoleisesta autuudesta osallisiksi.²⁶³ Platonista muistuttaa myös Blemmydeen luottamus totuuden voimaan: jos kuningas ottaa omaksi ohjeekseen puhtaan järjen

²⁵⁹ Ks. *Platon: Valtio* II,9 (369Bff.)

²⁶⁰ C. N. Sathas: *Mesaiōnikē Bibliothēkē* V, s. 256. – Platon oli vastaavasti esittänyt, että hallitsijan tulee olla filosofi ja hänen tehtävänsä on rakkaudesta kansaan opettaa sitä.

²⁶¹ Sathas IV, ss. 202–203.

²⁶² Ks. *de omnifaria doctrina* 53 (PG 122, 721; *theopatōr* on termi, jota oikeauskoinen kirkko käyttää kuningas Daavidista ja Marian vanhemmista Joakimista ja Annasta) ja *Sathas* V, s. 445.

²⁶³ *Nicephori Blemmidæ Oratio Qualem oporteat esse Regem* (PG 142, 609–658), cap. 14 (657BC). – Vrt. myös cap. 1 (612–613B), jossa toivotaan kuninkaan harrastavan filosofiaa,

osoittaman totuuden, kansa seuraa vapaaehtoisesti hänen esimerkkiään.²⁶⁴ Jumalan kaltaisuus kelpo kuninkaassa ilmenee Blemmydeen mielestä muun muassa itsehillintänä ja lempeytenä, pitkämielisyytenä ja rauhallisuutena. Kristuksen esikuvan mukaan hän on nöyrä ja vaatimaton eikä aja omaa etuaan vaan palvelee pyytettömästi ihmisten yhteistä hyvää.²⁶⁵ Siinä tarkoituksessa kuninkaan tehtävä on – Platonin filosofihallitsijan tavoin – valjastaa kaikkien kansalaisten yksilölliset kyvyt yhteiseen käyttöön. Yhden myönnytyksen realismille Blammydes kuitenkin tekee: yhteiskuntarauha edellyttää vastoin Platonin kommunistista ihannetta sitä, että jokainen saa turvautusti nauttia yksityisestä omaisuudestaan.²⁶⁶

Platonistiseen jäljittelyyn, jonka tarkoituksena on, että alamaiset tulevat kuninkaan onnellisuudesta osallisiksi, perustuu Jumalan, kuninkaan ja kansan suhde myös munkki Theoduloksen eli Opettaja Tuomaan (*Thomas Magistros*) mukaan.²⁶⁷ Platonin hevosvaljakoesimerkkiä käyttäen tämä Andronikos II Palaiologoksen virkamies esittää vielä, että kuninkaan tulee sisäisesti jäljitellä maailman luonnollista järjestystä ja sen kautta saattaa valtakuntansakin luonnonmukaiseen sopusointuun: kun hän siinä tehtävässä edustaa järkeä ja hallitsee niitä, joilta kykyä järjelliseen itsehallintaan puuttuu, hän on melkein kuin Jumala.²⁶⁸ Jotakin Palaiologosten suvun dynastianrakennuksen ajalle tyypillisistä, sangen maallisista ongelmista kertonee sitä vastoin se, että Theodulos katsoo tarpeellisesti korostaa Rooman valtiosäännön ikaikaista periaatetta, jonka mukaan keisari ei ole valtakunnan varallisuuden omistaja ja isäntä (*despótēs*), vaan sen omistaa Rooman kansa, jota keisari palvelee taloudenhoitajana (*oikonómos*): kuninkaan tulee sen vuoksi hallita sitä yhteiseksi hyödyksi eikä omaksi edukseen.²⁶⁹ Vaikka kuninkaalla ei olekaan ketään, jolle hän olisi tilivelvollinen, hän menettää *ipso facto* oikeutensa kuninkaan nimeen, jos hän käyttää asemaansa omaksi edukseen yhteisen hyvän kustannuksella. Hän toimii kansan valvovien silmien alla,

koska se on kaikkien taitojen kuningas ja koska kuningasvalta on kuva Jumalan kaitselmuksesta.

²⁶⁴ Cap. 7 (633D–636A). Vrt. *Platon: Valtio* VI,13 (500C–502A).

²⁶⁵ Capp. 2–4 (613C–625B); cap. 6 (633AB).

²⁶⁶ Cap. 1 (613A).

²⁶⁷ *Theoduli de Regis officiis* 1 (448–449B); 11 (464AB); 30 (496AC).

²⁶⁸ *Ibid.* 25–26 (488B–489A). Vrt. *Platon: Faidros* 246–248.

²⁶⁹ *De Regis officiis* 5 (456B); 13 (468C). Vrt. Johannes Zonaras: *Annales* XVI, 20 ja XVIII,29 (PG 135, 323–325).

ja jos hän käyttää asemaansa väärin, on kenellä tahansa oikeus syyttää häntä tyranniksi.²⁷⁰

Theodulos muistaa – pitkästä aikaa – myös korostaa, että valtion menestys ei riipu vain hallitsijasta vaan myös alamaisista: ei riitä, että hallitsija osaa hallita, vaan hallittavien on myös osattava olla hallittavina.²⁷¹ Tässä seikassa Theodulos poikkeaa platonismista ratkaisevasti peripateettisen opin suuntaan: olihan yksi Aristoteleen politiikkateorian keskeisimpiä ajatuksia ollut juuri se, että valtiossa vaaditaan kansalaisilta sekä hallitsemisen että hallittavana olemisen taitoa.²⁷² Theodulos ei näet tartu monien kollegojensa Cicerosta lähtien²⁷³ suosimaan ajatukseen, jonka mukaan toiset ovat luonnostaan hallitsijoita ja toiset hallittavia: päinvastoin kaikki ihmiset syntyvät luontonsa mukaan yhtä vapaiksi, ja se, että eri ihmiset päätyvät eriarvoisiin asemiin, johtuu silkasta sattumasta. Ei ole ketään, joka olisi hallitsija joka suhteessa, vaan kaikki ovat jossakin suhteessa hallitsijoita ja jossakin toisessa suhteessa alamaisia. Sen vuoksi on peräti vastoin luontoa, että yksi ihminen nostetaan toisen herraksi.²⁷⁴ Itse asiassa valtion alamaisten tehtävä on, samoin kuin kuninkaan, oppia hallitsemaan järjen avulla sitä, mitä luonnon mukaan tulee hallita, nimitäin ihmisen alempaa, eläimellistä luontoa: kun kaikki sillä tavalla hallitsevat itseään, he ovat onnellisia.²⁷⁵ Siksi ei ole edes välttämätöntä kansan onnellisuuden kannalta, että joku hallitsee heitä heidän puolestaan: koska ihmisen luonto on vahvasti yhteisöllinen, ei mikään periaatteesta kansalaisia sekä osaamasta että tahtomasta hallita itseään ja toisiaan yhteiseksi hyväksi yksissä tuumiin – ja vieläpä menestyä siinä omin neuvoin: sen edellytyksenä on vain vakaa yhteinen tahto elää oikeasti onnellista elämää ja se, että kaikille opetetaan sen saavuttamiseksi tarpeelliset

²⁷⁰ *De Regis officiis* 14 (469AB).

²⁷¹ *Theoduli monachi Oratio de subditorum officiis*, PG 145, 495–548, cap. 1 (497BD).

²⁷² Ks. *Politiikka* III,2–3 (1276b16ff., 1276b34ff., 1277b34ff.).

²⁷³ Ks. edellä s. 276 ennen viitettä 47.

²⁷⁴ *Theod. de subditorum officiis* 19 (533AC). – Myös Cicero (*de re publica* III,23) oli katsonut, että *mikäli* ihmiset ovat yhtä hyviä eli tasaveroisia, on vastoin luontoa, että joku tai jotkut heistä hallitsevat muita.

²⁷⁵ *De subditorum officiis* 25–26 (544C–545D). – Myös tämä on läpeensä aristoteelinen ajatus: valtion päämäärä on vapaus, ja vapaus on pohjimmiltaan järjenmukaista itsehallintaa, mutta valtio tarjoaa kansalaiselle yksityiselämää täydellisemmän mahdollisuuden vapauden harjoittamiseen ja harjoittamiseen, koska sen puitteissa itsehallinta voi laajeta myös vertaisten, eli toisten kansalaisten, järjenmukaisen hallinnan sisältäväksi. Aristoteleen mukaan tämän piti parhaimmillaan tapahtua vuorotellen.

tiedot, taidot ja hyveet.²⁷⁶ Silloin rikkaat ja köyhätkin puhaltavat yhteen hiileen. Se, että jotkut ovat rikkaita ja jotkut köyhiä, johtuu sinänsä vain sattumasta. Rikkaita kuitenkin tarvitaan, jotta he voisivat harjoittaa ihmiskokousta – tuota monissa muissa kirjoituksissa vain kuninkaille kuuluvaksi sanottua hyvettä – ja auttaa niitä, jotka ovat avun puutteessa. Niin tehdessään he eivät harjoita vapaaehtoista anteliaisuutta, vaan heillä on siihen velvollisuus, koska ”ystävien tavarat ovat yhteisiä”: köyhät, jotka luonnostaan ovat rikkaitten vertaisia, saavat näiltä silloin vain omaa omaisuuttaan!²⁷⁷ Rikkaille – tai oikeastaan heidän parhaimmistolleen – myös kuuluu päävastuu yhteisten asioiden hoitamisesta, koska he pystyvät siihen paremmin kuin köyhät, ja koska viimeksi mainitut ovat helpommin ostettavissa.²⁷⁸

Vaikka Theoduloksen opeissa siis oli paikoitellen vahvasti aristoteelienkin sävy, hänen lukuisat suorat ja nimenomaiset viittauksensa Platonin oppeihin kertovat ehkä sittenkin enemmän uudesta pyrkimyksestä palata alkuperäiseen Platoniin tämän uusplatonististen tulkintojen ohitse. Lännessä tämä kehitys alkoi vasta parisataa vuotta myöhemmin ja liittyi selvästi renessanssiin. Idässä tuskin kuitenkaan voidaan puhua renessanssista sanan varsinaisessa merkityksessä, koska pakanallisen Kreikan ajatusperintö ei siellä ollut koskaan jäänyt niin täydellisesti unohduksiin kuin lännessä. Antiikin aatteiden elpyminen oli kyllä osapuilleen samansuuntaista niin idässä kuin lännessäkin, mutta se alkoi idässä aikaisemmin²⁷⁹ ja sen vaikutukset olivat siellä paljon laimeampia, koska siitä oikeastaan puuttui se uutuudenviehätys, joka lännessä synnytti suurta innostusta.²⁸⁰ Palaiologosten dynastian ajan tärkeimmät valtio-oppineet,

²⁷⁶ *Ibid.* 3 (500C–501B); 6–7 (505D–509B). – Tähän näyttää olevan kätkeyty piikki Moskhopoloksen kaltaista ”realistista” ihmiskuvaa vastaan: Theodulos nimittäin syyttää aikalaisiaan sokeudesta sen suhteen, mikä on olennaista, koska he ajattelevat vain sitä, mikä erottaa eri ihmisyyhteisöjä toisistaan, eivätkä lainkaan sitä, mikä saa ihmiset muodostamaan yhteisön.

²⁷⁷ *Ibid.* 4 (501C–505A). – Toiselta puolen – aristoteelinen näkemys tämäkin – ne, jotka eivät toimi, kuten hyve edellyttää, kuten esimerkiksi rikkaat, jotka eivät auta köyhiä, vahingoittavat sen myötä nimenomaan *itseään*; ks. esim. cap. 12 (517CD).

²⁷⁸ *Ibid.* 14 (521B–524C). – Johtoasemien perinnöllisyys on kuitenkin pahasta, koska itse kunkin hyveellisyys tai paheellisuus on hänen omaa ansiotaan (cap. 17, 529AD) ja koska kasvatuksen merkitys sille on olennainen (capp. 22–24, 537C–545A).

²⁷⁹ Esim. Aristoteleen *Politiikka*, joka tuli lännessä yleiseen tietoisuuteen vasta 1200-luvun jälkipuolella, sai Bysantissa tietävästi Mikael Efesolaisen toimesta uuden kommentaarin jo 1000-luvun lopulla.

²⁸⁰ 1200-luvulla tultiin kyllä Bysantissakin tietoisiksi siitä, että lännen skolastikot olivat kehittäneet Aristoteleen filosofiasta suuren ja johdonmukaisen systeemin. Erityisesti Tuomas Akvinolainen herätti aluksi suurta ihailua [esim. Johannes VI Kantakouzenoksen vir-

kuten Theodoros Metokhites (1260–1332) ja 1400-luvun puolimaissa myös Firenzen platonistiseen herätykseen myötävaikuttanut Georgios Gemistos Plethon, olivat kuitenkin harrastuksensa puolesta täysverisiä renessanssin edustajia: ensiksi mainittu matki kirjoituksissaan Synesios Kyreneläistä ja kierrätti muun vanhan ohella 200-luvun pseudo-pitagoralaisia oppeja, kun taas viimeksi mainittu laati vähän ennen Bysantin lopullista häviötä erikoisen ehdotuksen uudesta valtiojärjestyksestä, jonka tärkeä osa oli Kreikan pakanallisen valtionuskonnon palauttaminen voimaan. Mutta toisin kuin lännen renessanssin intoilevat dilettantit, jotka pian tulivat ajamaan samantapaisia oppeja viimeistä huutoa olevan muodin aallonharjalla ratsastaen, Bysantin viimeisetkin viisaat olivat nöyrästi tietoisia siitä, että he olivat vain vähäpätöisiä latvaoksia jo antiikin aikana juurtuneessa rungossa.

Kirjoittajana sangen tuottelias Theodoros Metokhites kuului samoihin piireihin kuin munkki Theodulos. Hänen *Hypomnēmatismoi*-kokoelmansa, jonka pääteema on antiikin ajatusperinnön elvyttäminen, sisältää myös sarjan poliittisia tekstejä. Niissä hän Platonin tapaan arvostelee demokratiaa hajanaisuudesta ja siitä, että se edistää yhteisen hyvän sijasta yksilöllistä itsekkyyttä.²⁸¹ Paras valtiomuoto on lakien mukaan hallittu yksinvaltiutus, koska on aina helpompi löytää yksi kuin monta hyvää hallitsijaa. Sitä paitsi, samaan tapaan kuin Dante samoihin aikoihin lännessä esitti,²⁸² yksinvaltiutus kykenee paremmin edistämään uskon ykseyttä ja jäljittelemään maallisessa valtakunnassa taivaallisen valtakunnan yhtenäisyyttä. Koska alamaisten onnellisuus riippuu siitä, että heillä on oiva esikuva, jota jäljitellä, on yksinvaltiutus muita parempi hallitusmuoto senkin vuoksi, että yhtä ja samaa miestä on helpompi jäljitellä kuin monia keskenään erilaisia ja erimielisiä johtajia. Erityisen huolissaan Theodoros näyttää olevan siitä, että ansioiden mukainen oikeudenmukaisuus kärsii, jos hallitsijoita on enemmän kuin yksi: jos alamaisten yläpuolella ei ole yhtä kiistatonta tuomaria jakamassa palkintoja ja rangaistuksia, riippuvat nämä osittain sattumasta ja päätösenteeseen osallistuvien vaihtelevista in-

kamies Demetrios Kydonos (1325–1398) kääntyi katolilaiseksikin], ja Bysantin oppineiden parissa heräsi siksi halu opiskella latinaa. Ihailu muuttui kuitenkin pian vastarinnaksi, koska skolastiikan katsottiin niin yksipuolisesti puoltavan Rooman kirkon heterodoksisia kantoja. Näin esim. Georgios (ensimmäisenä sulttaanin valitsemana patriarkkana Gennadios II) Skholarios (1405–1472 jälk.) puolsi nuoruudessaan unionia Rooman kirkon kanssa, mutta ryhtyi jo pian Firenzen kokouksen jälkeen sen vastustajaksi.

²⁸¹ Näin kappaleessa ”Demokratiasta” (Müller – Kießling, ss. 616–617; Barker, ss. 174–175).

²⁸² Dante: *de monarchia* I.

tresseistä, jotka avaavat alamaisille mahdollisuuksia hankkia itselleen ansiotonta etua opportunistisin menetelmin. Tasavaltojen huonoin ominaisuus onkin se huutava vääryys, että hyvät ja pahat ja jalot ja alhaiset ovat niissä oikeudenvastaisesti yhdenveroisia. Valtion olemus on näet eräänlainen sopusointu, jota voidaan pythagoralaisten tapaan verrata musiikin harmoniaan: jos soittimen kaikki kielet on viritetty samoin, ei synny sointua, koska kaikki soittavat samaa säveltä. Samalla tavalla ei valtiotakaan synny, ellei sitä muodosteta erilaisista ja eriarvoisista osista. Mitään yhteistä ei voi ollakaan muiden kuin erilaisten välillä: samanlaisten välillä ei ole muuta suhdetta kuin samuus. Mutta jotta järjestäytyneestä yhteisöstä voitaisiin puhua, yksinvaltiaan on järjestettävä erilaisuus yhdeksi kokonaisuudeksi: jos kuka tahansa pääsee päättämään valtion asioista, se on hajanainen ja sairas samoin kuin mieli on sairas, kun sitä hajottaa alhaisten halujen okhlokratia.²⁸³ Hajanaisuus myös selittää sen, että muinaiset kreikkalaiset eivät monista ylivertaisista avuistaan huolimatta koskaan onnistuneet poliittisesti luomaan mitään pysyvää.²⁸⁴

Pysyvää eivät saaneet aikaiseksi myöskään Thessalonikan ”selootit” eli kiivailijat, jotka taloudellisen tasa-arvon ja köyhien asian nimissä vuosien 1342 ja 1350 vaiheilla nousivat kapinaan. He vastustivat rikasta yläluokkaa, vallananastaja Johannes VI Kantakouzenosta sekä munkki Gregorios Palamaan johtamien hesykastien (”hiljaisten”) mietiskelyyn keskittyvää mystikkoliikettä, jota selootit pitivät rikkaan luostarilaitoksen itseriittoisena ja maailmalle vieraana symbolina.²⁸⁵ Kaupungissa vallitsi kapinan aikana hetken tosiasiallinen demokratiakin, kunnes Johannes Kantakouzenos valloitti sen vuonna 1350 ja pani kansanliikkeelle lopun. Silloin sinetöitiin lopullisesti keisarikunnan eskatologinen missio: sen jälkeen kutistumistaan kutistuva keisarikunta ymmärsi maallisen mahdin olevan mennyt ja piti katseensa tiukasti tuonpuoleisen autuuden päämäärässä. Kuvaavaa on, että selootteja arvosteleva hesykasti Nikolaos Kabasilas piti heidän keskeisenä rikoksenaan sitä, että he pitivät maallista menestystä ja aineellista hyvinvointia aineettomia arvoja tärkeäimpinä. Historioitsija Nikephoros Gregoras on arvostelussaan vielä suorasukai-

²⁸³ Tähän asti kappaleessa ”Monarkiasta”; (Müller–Kießling, ss. 625–636; Barker, ss. 176–179). – Ajatus hajanaisesta mielestä palautuu Platonin *Faidroksessa* (246–248) esittämään hevosvaljakkovertaukseen; vrt. myös *Valtio* VIII,3–13 (546–561), jonka mukaan valtio lopulta väistämättä hajoaa demokratiaksi, jossa vallitsee täydellinen mielten hajaannus.

²⁸⁴ Näin kappaleessa ”Kreikkalaisista”, (Müller – Kießling, ss. 760–761, Barker, ss. 179–183).

²⁸⁵ He antoivat hesykasteille nimeksi *omphalopsýkhai*, koska nämä käyttivät oman navan tuijottamista yhtenä keskittymismenetelmänään.

sempi: hän syyttää kapinoitsijoita sattumanvaraisesta okhlokratiasta, hilttömmästä mielivallasta, demagogiasta, rosvouksesta, kaupungin hajottamisesta puolueisiin ja koko laillisen järjestyksen tuhoamisesta.²⁸⁶

Viisi vuotta seloottikapinan kukistamisen jälkeen syntynyt Georgios Gemistos Plethon (n. 1380–1450), jonka väitetään nuorena opiskelleen Turkin puolella zarathustralaista uskoa tunnustavan juutalaisen oppineen johdolla, oli päinvastoin sitä mieltä, että hesykastien munkkivalta johti Bysantin tuhon partaalle: heitä hän ilmeisesti tarkoitti itseensä keskittyneillä ”filosoifeilla”, joiden hyödyttömän ”toiminnan” rahoittamiseen valtion ei tullut millään tavalla osallistua.²⁸⁷ Bysantin jäännöksen pelastamiseksi tarvittiin radikaaleja käytännön toimia: ensimmäinen askel oli siirtyminen platonilaiseen työnjakoon: sotilaat ja tuottavaa työtä tekevät kansalaiset oli erotettava toisistaan niin, että kumpikin luokka saattoi keskittyä oman tehtävänsä hoitamiseen. Tuottavan työn tulokset piti jakaa kolmia tuottajien – heloottien – elatukseen, tuotantovälineiden ylläpitoon ja valtion hyväksi, eikä helooteilta saanut vaatia mitään muuta panosta kuin veron maksamista. Käytännössä sotaväen elatus piti järjestää niin, että kukin helootti sai nimetyn sotilaan tai puoli sotilasta vastuulle. Kansalaiset voitiin myös järjestää toistensa ylläpidosta vastaaviksi pareiksi, joiden jäsenet olivat vuorotellen sotapalveluksessa.²⁸⁸ Näiden järjestelyjen helpottamiseksi maa tuli palauttaa luontonsa mukaan yhteiseksi siten, että jokaisella oli oikeus ottaa viljelläkseen niin paljon maata kuin pystyi siellä, missä halusi, ja pitää tuo maa hallussaan niin kauan kuin hän sitä viljeli. Siten kaikki viljelykelpoinen maa saataisiin tuottavaan käyttöön. Ratkaisuksi siihen, että valtionhoito edellytti muutakin työtä kuin sotapalvelusta ja maataloutta, hän esitti, että rikolliset tuomittaisiin perinteisten rangaistusten sijasta pakkotyöhön. Kansalaisten taloudellisten pyrintöjen oikeata kohdentamista helpottaisi myös luopuminen rahataloudesta, etenkin ulkomaan valuutan käytöstä omassa maassa, ja

²⁸⁶ Ks. *Barker*; s. 192 ja Nikephoros *Gregoras: Historia Romaica* XIII,10,4–6 (PG 148, 900–901) ja XVI,1,2 (*ibidem* 1044–1045).

²⁸⁷ Ks. *ad regem Emmanuelem de rebus Peloponnesiacis oratio I* (PG 160, 821–840), erit. kohdat 15–17 (832C–833B).

²⁸⁸ *De rebus Peloponnesiacis I*, 11–14 (828D–831B). Ks. myös. *ad principem Theodorum de rebus Peloponnesiacis oratio II* (PG 160, 841–866), erit. 8–9 (848D–849C), jossa Pletthon erottaa kolme luokkaa: viljelijät, muun tuottavan työn tekijät ja johtajat. Viimeksi mainittuja tarvitaan niiden kurittamiseksi, jotka pyrkivät rahoittamaan elämänsä muulla kuin rehellisellä työllä.

korkeiden tullien käyttöönotto tarpeettoman tavarahan maahantuonnin ja tarpeellisen tavarahan maastaviennin estämiseksi.²⁸⁹

Vaikka monarkia onkin Plethonin mielestä paras valtiomuoto, koska se kykenee rekrytoimaan parhaat neuvonantajat ja panemaan lait tehokkaimmin toimeen, olisi valtiosääntöä täydennettävä – kenties Pohjois-Italiassa hyvin menestyneiden porvarisvetoisten valtioiden esimerkin mukaan – parlamentin tapaisella pysyvällä neuvotteluelimellä, johon olisi valittava taloudellisen keskiluokan jäseniä sellainen määrä kuin olisi tarpeen, että valtion asiat tulisivat siinä tarkastelluiksi kaikista yhteishyvän kannalta merkittävistä näkökulmista. Rikkaat ja köyhät eivät olisi sopivia jäseniä, koska he todennäköisesti panisivat oman etunsa yhteisen hyvän edelle, ja ennen kaikkea hippodromilla hihkuvat järjettömät ihmismassat tulisi erottaa tärkeiden päätösten teosta tyystin.²⁹⁰ Koska Plethonin mielestä valtion päämäärä ei niinkään ollut tuonpuoleinen autuus vaan maallinen menestys, oli uskonto puhdistettava ja palautettava mallilliselle, stoalaisten ”luonnollista teologiaa” muistuttavalle pohjalle,²⁹¹ jossa sukupuolielämästä pidättäytyvälle askeesille ei ollut sijaa, koska se vaikeutti ihmisen yhteisöllisen tehtävän toteuttamista.²⁹² Jumaluuden ja ihmisluonnon ykseys oli saavutettavissa vain järjenmukaisen yhteiselämän, ei sisällisen mietiskelyn, kautta.²⁹³ *Nomōn syngrophē* -teoksessaan Plethon jo sitten nimittääkin luonnollista Jumaluutta Zeukseksi. Valitettavasti vain hänen uudesta ”helleenisestä teologiastaan” on jäljellä pelkkiä katkelmia: muutamia vuosia sen jälkeen, kun aika jo oli Konstantinopolin valloituksen myötä ajanut Plethonin käytännöllisten ehdotusten ohi, patriarkka Gennadios II Skholarios sai *Nomōn syngrophē* -teoksen ilmeisesti ainoan kokonaisen kappaleen käsiinsä, poltti siitä suurimman osan – ja jätti jälkipolville vain joitakin sivuja todisteeksi sen harhaoppisuudesta.

Polybios oli ollut oikeassa: edes Rooman loistava valtiosääntö ei onnistunut takaamaan valtakunnan kuolemattomuutta. Tavalla, jota hän ei ollut osannut ennustaa, hän oli ollut oikeassa siinäkin, että viimeisen naulan keisarikunnan arkkuun ehkä löi juuri kansa sinä vaikeasti hallittavana valtioelimenä, joka se Rooman valtiosäännön mukaan oli: Konstantinopolin

²⁸⁹ *De rebus Pelop. I*, 21–23 (837AD); *de rebus Pelop. II*, 14 (853BC).

²⁹⁰ *De rebus Pelop. II*, 7 (848BD). – Senaatti oli tähän mennessä muuttunut fiktiiviseksi instituutioksi, jonka *ajateltiin* kokoontuvan, kun hovin virkamiehet olivat koolla tilanteessa, jossa valtiosäännön katsottiin edellyttävän senaatin myötävaikutusta.

²⁹¹ *De rebus Pelop. II*, 15 (853D–856A).

²⁹² *Nomōn syngrophē* III,31 (julk. *Plēthōnos nōmōn syggraphē* (toim. C. Alexandre), Pariisi 1858: *Alexandre*, ss. 121–130; *Barker*, s. 214).

²⁹³ *Ibid.* III,34 (*Alexandre*, s. 186; *Barker*, s. 215).

kansa ei näet suostunut hyväksymään Firenzen kokouksessa vuosina 1438–1439 syntynyttä, keisarin puoltamaa ehdotusta sopimuksesta, jonka mukaan Konstantinopolin patriarkaatin oli määrä vastineeksi lännen myöntämästä avusta palata yhteyteen Rooman kirkon kanssa. Polybioksen kannalta paradoksaalista vain tässä oli se, että kansa ei silloin ajatellut itsekkäitä etujaan vaan keisarikuntansa tuonpuoleista kutsumusta. Pian sen jälkeen tehtiin Rooman tasavallan viimeinen valtiotoimi, kun keisari Konstantinos XI Dragases (1449–1453) lähetti kaupunkia piirittävän Turkin sulttaanille viestin, jonka mukaan Rooman senaatti oli päättänyt olla luovuttamatta kaupunkia taistelutta. Taistelun jälkeen keisari oli kuollut, kaupunkien äiti oli menetetty, mutta maailmanloppu ei tullutkaan, ja ajatus Rooman yleismaailmallisesta kutsumuksesta sai vajaan sadan vuoden kulluttua uuden isännän, kun Iivana Julma omaksui Josif Volotskijn oppien mukaan Rooman keisarin aseman maailman ainoana laillisena hallitsijana. Rooman valtiosääntöä kolmannen Rooman tsaari ei kuitenkaan enää omaksunut: hän ei johtanut tasavaltaa vaan oikeauskoista teokratiaa, jonka hän katsoi Konstantinus Suuren seuraajana saaneensa suoraan Jumalalta hallituksensa sen jälkeen, kun varjagien vanha Miklagardr oli joutunut väärauskoisten valloittajien käsiin.

KIRJALLISET LÄHTEET

Huomautus:

Koska useimmista lähteistä on julkaistu useita ja monista jopa valtava määrä eri laitoksia ja käännöksiä lukuisille kielille, on niihin pyritty viittamaan siten, että kyseiset kohdat on viittausten perusteella mahdollista löytää mistä tahansa laitoksesta. Alan kirjallisuudessa käytetty konventionaalinen viittaustapa on yleensä ollut ensisijainen valinta. Jos kuitenkin bysanttilainen teksti on otettu *Mignen Patrologiaan*, on viitattu tähän silloinkin, kun tavallisin viittaustapa on toinen, koska nämä tekstit ovat maassamme kätevimmin käsillä Kansalliskirjastossa olevan Patrologian kautta.

Tärkeiden lähteiden etsimisessä ovat minua suuresti auttaneet etenkin seuraavat teokset: *Hans-Georg Beck*: Res Publica Romana. Vom Staatsdenken der Byzantiner, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1970; *idem*: Senat und Volk von Konstantinopel. Probleme der byzantinischen Verfassungsgeschichte, 1966; ja Antonio *Truyol y Serra*: Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado I: De los orígenes a la baja Edad Media, Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid (1970) 1976.

Agapetus, diakoni: *Capita admonitoria* (Kehotuksen kappaleita)

cap. 61 viittaa kappaleen numeroon

Ailios Aristeides: puheita

Orat. XXIII,30 viittaa puheen numeroon ja kohtaan

Ambrosius Milanolainen, kirkkoisä: kirjeitä

Epist. 73 viittaa kirjeen numeroon

Andronikos II Palaiologos, keisari:

prostágma orkōmotikón (valaedikti) kokoelmassa C. N. Sathas: *Mesaiōnikē bibliothēkē* (*Bibliotheca Graeca Medii Aevi*) VI, Venetsia ja Pariisi 1877; viittaukset sen sivuille

Anonymus: *Epistula ad Diognetum* (Kirje Diognetokselle)

ad Diognetum 5 (PG 2, 1173–1176) viittaa kohtaan 5 (Mignen *Patrologia Graeca* -sarjan osaan 2, palstoille 1173–1176)

Anonymus: *perí politikēs epistēmēs – de politica scientia* (Valtiotiedosta)

teoksessa *Scriptorum Veterum Nova Collectio* (toim. kardinaali Mai) II, Rooma 1827; viittaukset sen sivuille

Antiokhos, patriarkka: kirje Moskovan suuriruhtinas Vasilij I:lle

teoksessa *Acta et Diplomata Graeca Medii Aevi sacra et prophana II* (toim. Fr. Miklosich – Ios. Müller), Wien 1862; viittaukset sen sivuille

Apostolien teot

Apt. 17:18 viittaa lukuun ja jakeeseen

Aristoteles: *Nikomakhoksen Etiikka*

Nikomakhoksen etiikka IV,8 (1128a31–32) viittaa kirjaan ja lukuun (standardilaitoksen sivulle 1128, palstalle a, riveille 31–32)

Aristoteles: *Politiikka*

viittaukset samoin

Augustinus, kirkkoisä: *Jumalan valtio(sta) pakanoita vastaan*

de civitate Dei V,12 viittaa kirjaan ja lukuun

Auctores varii: *Theophanes continuatus* (Theophanean *Chronographian* jatko-osa)

Theophanes continuatus (*Constantini Basilius Macedo*) 254 (PG 109, 269CD) tarkoittaa teokseen sisältyvää Konstantinoksen kirjoittamaa Basileios Makedonialaisen elämäkerrtaa; numero 254 viittaa vuoden 1685 latinalaisen laitoksen (toim. Franciscus Combafis) sivuille (PG:n osan 109 palstalle 269, alueelle, joka on palstalla merkitty kirjaimin C ja D)

Balsamon, Theodoros: *Meditata sive Responsa* (Mietelmiä eli Lausuntoja)

viittaukset PG:n osan 138 palstoille (ks. *Auctores Varii*)

Basileios I, keisari: *Epanagōgē* (lakiehdotus)

otteita kokoelmassa *Social and Political Thought in Byzantium from Justinian I to the Last Palaeologus* (toim. Ernest Barker), The Clarendon Press, Oxford 1957 (ss. 89–97); II§5 viittaa lukuun ja pykälään (koko asiakirja sisältyy teokseen *Jus graeco-romanum* (toim. I. ja P. Zepos) G.Phexis, Ateena 1931 (jälkip. Aalen 1962), jota en tämän painoon mennessä saanut Kansalliskirjastosta käsiini)

Basileios I, keisari: *Parænesis ad Leonem filium* (Neuvoja pojalleni Leolle)

Basilii ad Leonem: Perì timēs gonéōn (p. xxxii) viittaa kappaleen otsikkoon ja PG 107:n liitesivujen palstalle (ks. *Auctores Varii*)

Blemmydes, Nikephoros: Oratio Qualem oporteat esse Regem (Puhe kuninkaalle sopivista ominaisuuksista)

cap. 14 (657BC) viittaa kappaleeseen ja PG 142:n palstalle (ks. *Auctores Varii*)

Cicero: de officiis (Velvollisuuksista)

de officiis I,4 viittaa kirjaan ja kappaleeseen);

Cicero: Laeista

de legibus I,5 viittaa kirjaan ja kappaleeseen

Cicero: Valtiosta

de rep(ublica) III,4 viittaa kirjaan ja kappaleeseen

Clemens Aleksandrialainen, kirkkoisä: Pædagogus (Kasvattaja)

Pædagogus I,3 (8,1) viittaa kirjaan ja lukuun (toisen tavan mukaan kappaleeseen ja kohtaan)

Corpus Iuris Civilis (lakikokoelma)

viittauksissa *Dig(esta)* I,1,4,1 (Ulpianus); *Inst(itutiones)* I,2§5 ja *Cod(ex) Iust(iniani)* I,14,4 roomalainen numero viittaa pääjaksosta riippuen osaan tai kirjaan (joihin pääjakso ensimmäiseksi jakautuu) ja arabialaiset numerot etenevässä järjestyksessä aina pienempiin osiin (kuten pääkappaleeseen ja pykälään); juristi, jonka lausumasta on kyse, on mainittu sulkeissa; *Novella* VI viittaa asetuksen numeroon *Novellæ*-osassa

Cyprianus, kirkkoisä: de habitu virginum (Neitseiden elintavasta)

de habitu virginum 2 viittaa kappaleeseen

Dion Khrysostomos: puheita

Orat. I,12 viittaa puheen numeroon ja kohtaan

Dionysios Areopagita, pseudo-: Kirkon järjestyksestä

de eccl. hier. I,2 viittaa päälukuun ja kappaleeseen

Dionysios Areopagita, pseudo-: Taivaan järjestyksestä

de cælesti hierarchia I,1,1 viittaa päälukuun, lukuun ja kappaleeseen

Epiktetos: Keskusteluja

(*Epict.*) *Diatr.* I:6,18 viittaa kirjaan, lukuun ja kohtaan

Eusebios, kirkkoisä: de laudibus Constantini (Konstantinuksen ylistys)

de laudibus Constantini 4–5 (PG 20, 1332–1340) viittaa kappaleisiin ja PG 20:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)

Eusebios, kirkkoisä: de vita Constantini (Konstantinuksen elämäkerta)

de vita Constantini II,19 (PG 20, 996B–997B) viittaa kirjaan ja lukuun ja PG 20:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)

Gregoras, Nikephoros: Historia Romaica (Rooman historia)

Historia Romaica XIII,10,4–6 (PG 148, 900–901) viittaa kirjaan, lukuun ja kappaleisiin ja PG 148:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)

Herodotos: Historiateos

Herodotos III,89 viittaa kirjaan ja kappaleeseen

Hesiodos: Työt ja päivät

Erga 196 viittaa kohtaan

Irenaus, kirkkoisä: Adversus hæreses (Harhaoppisia vastaan)

Adversus hæreses V,24 viittaa kirjaan ja lukuun

Johanneksen evankeliumi

Jh. 19:11 viittaa lukuun ja jakeeseen

Johannes Damaskolainen, kirkkoisä: *de imaginibus oratio* (Puhe kuvista)

de imaginibus oratio II,12 (PG 94, 1296C–1297B) viittaa puheen numeroon ja kohtaan ja PG 94:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)

Johannes Khrysostomos, kirkkoisä: *in Epistola ad Romanos homilia VI* (Saarna roomalais-kirjeestä)

in Epist. ad Rom. homil. VI,1 viittaa saarnan numeroon ja lukuun

Kabasilas, Nikolaos: puhe esivallan laittomista hyökkäyksistä hengellisiä asioita vastaan otteita teoksessa *Barker: Social and Political Thought in Byzantium* (ks. Basileios I); käsikirjoitus on Barkerin mukaan Pariisin Kansalliskirjastossa (MS gr. No. 1213)

Kekaumenos: Stratēgikon [Upseerin (t. virkamiehen) opas]

saksannos *Vademecum des byzantinischen Aristokraten*. Das sogenannte Strategikon des Kekaumenos (toim. Hans-Georg Beck), Verlag Styria, Graz 1956

Khoniates, Niketas: Historia

Historia (*Joannes Comnenus*) 58–61 (PG 139, 369D–373B) viittaa teoksen Johannes Komnenosta käsittelevään osaan, sen kappaleisiin ja PG 139:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)

Khryssippos: fragmentteja

Khryssippos III,611 viittaa teoksen *Stoicorum Veterum Fragmenta* (SVF, toim Hans von Arnim), Leipzig 1903–5, osaan ja fragmentin numeroon

Konstantinos VII Porphyrogennetos, keisari: *de caerimoniis aulae byzantinae* (Byzantin hoviseremonioista)

de caerimoniis I, 91 (PG 112, 745B) viittaa kirjaan ja lukuun ja PG 112:n palstalle (ks. *Auctores Varii*)

Leo, paavi: kirjeitä

kokoelmassa *Acta Conciliorum Œcumenicorum* (toim. Edv. Schwartz) II,IV: *Leonis Papae epistularum collectiones*, Pariisi ja Leipzig 1932

Leo III Isaurilainen, keisari: *Eklogē* (lakikoonnos)

viittaukset otteisiin teoksen *Barker: Social and Political Thought in Byzantium* (ks. Basileios I) sivuille; myös tämä teksti sisältyy kokonaisuudessaan teokseen *Jus graeco-romanum* (ks. Basileios I)

Leo VI Viisas, keisari: *Novellae constitutiones* (asetuksia)

viittaukset konstituution numeroon ja PG 107:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)

Luukkaan evankeliumi

Lk. 20:25 viittaa lukuun ja jakeeseen

Marcus Aurelius, keisari: *Itsetutkiskeluja* (oik. "Itselleni")

Marc. Aur. VII:74 viittaa kirjaan ja kappaleeseen

Markuksen evankeliumi

Mk. 12:17 viittaa lukuun ja jakeeseen

Matteuksen evankeliumi

Mt. 22:21 viittaa lukuun ja jakeeseen

- Metokhites*, Theodoros: *Miscellanea* (Sitä ja tätä)
Theodori Metrochitæ Miscellanea (toim. Chr. G. Müller – Th. Kießling), Leipzig 1821;
 otteita kokoelmassa *Barker: Social and Political Thought in Byzantium* (ks. *Basileios I*); viittaukset näiden sivuille
- Moskhopoulos*, Manuel: kirje keisari Andronikos II:lle
 L. Levi: *Cinque lettere inedite di Emmanuele Moscopulo*. Studi Ital. Fil. Class. 10
 (1902), ss. 64–68
- Nikephoros*, patriarkka: *Breviarium* (Katsaus)
Nicephorus Patr. 27 viittaa lukuun; rinnalla viittaukset englanninnokseen *Short History*. Text, translation and commentary by Cyril Mango, Dumbarton Oaks, Washington, D.C. 1990
- Origenes*, kirkkoisä: *contra Celsum* (Celsusta vastaan)
contra Celsum VI,15 viittaa kirjaan ja kappaleeseen
- Paavali*, apostoli: *Ensimmäinen kirje korinttolaisille*
 I Kor. 1:19 viittaa lukuun ja jakeeseen
- Paavali*, apostoli: *Kirje filippiiläisille*
 Filipp. 3:17 viittaa lukuun ja jakeeseen
- Paavali*, apostoli: *Kirje galattalaisille*
 Gal. 3:26 viittaa lukuun ja jakeeseen
- Paavali*, apostoli: *Kirje roomalaisille*
 Room. 13:1 viittaa lukuun ja jakeeseen
- Philon Juutalainen (Philon Aleksandrialainen): de Abrahamo* (Aabrahamista)
de Abrahamo 242 viittaa kohtaan
- Philon Juutalainen (Philon Aleksandrialainen): de agricultura* (Maanviljelyksestä)
 viittaukset samoin
- Philon Juutalainen (Philon Aleksandrialainen): de confusione linguarum* (Kielten sekaan-
 nuksesta)
 viittaukset samoin
- Philon Juutalainen (Philon Aleksandrialainen): de specialibus legibus* (Erityisistä laeista)
de specialibus legibus IV,237 viittaa kirjaan ja kohtaan
- Philon Juutalainen (Philon Aleksandrialainen): de virtutibus* (Hyveistä)
de virtutibus 180 viittaa kohtaan
- Photios*, patriarkka: *Epistola ad Michaelem Bulgariae principem* (Kirje Bulgarian ruhtinas
 Mikaelille)
ad Michaelem 69 (PG 102, 680B) viittaa kappaleeseen ja PG 102:n palstalle (ks. *Auctores Varii*)
- Platon: Faidros*
 Faidros 246C–248B viittaa standardilaitoksen sivuille 246 (kohdasta C)–248 (kohtaan
 B)
- Platon: Gorgias*
 viittaukset samoin
- Platon: Pidot*
 viittaukset samoin

Platon: Valtiomies

viittaukset samoin

Platon: Valtio

Valtio II,9 (369B) viittaa kirjaan ja lukuun (ja standardilaitoksen sivulle kuten yllä)

Plethon, Georgios Gemistos: ad principem Theodorum de rebus Peloponnesiacis oratio II (Toinen puhe Peloponnesoksen asioista)

de rebus Pelop. II, 7 (848BD) viittaa puheen numeroon ja kohtaan ja PG 160:n palstalle (ks. *Auctores Varii*)

Plethon, Georgios Gemistos: ad Regem Emmanuelem de rebus Peloponnesiacis oratio I (Ensimmäinen puhe Peloponnesoksen asioista)

de rebus Pelop(onnesiacis) I, 11–14 (828D–831B) viittaa puheen numeroon ja kohtiin ja PG 160:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)

Plethon, Georgios Gemistos: Nomōn syngraphē (Lait)

Nomōn syngraphē III,31 viittaa kirjaan ja lukuun; viittaukset myös laitoksen *Plēthōnos nomōn syngraphē* (toim. C. Alexandre), Pariisi 1858, sivuille ja kokoelmaan Barker: *Social and Political Thought in Byzantium* (ks. *Basileios I*), jossa on otteita teoksen fragmenteista; teoksen sisällysluettelo ja fragmentteja löytyy myös PG:n osasta 160

Plinius Nuorempi: Epistulae (Kirjeitä)

Epist. III,18,2 viittaa kirjaan, kirjeeseen ja kohtaan

Panegyricus dictus Traiano imp. (Keis. Trajanuksen ylistys)

Panegyricus 2,7 viittaa lukuun ja kohtaan

Polybios: Maailmanhistoria

Polybios I,1 viittaa kirjaan ja lukuun

Psellos, Mikael: Chronographia (Ajankuvaus)

kokoelmassa *Sathas: Mesaiōnikē bibliothēkē* IV, jonka sivuille viitataan (ks. *Andronikos II Palaiologos*)

Psellos, Mikael: de omnifaria doctrina (Kaikenlaisista opeista)

de omnifaria doctrina 53 (PG 122, 721) viittaa kappaleeseen ja PG 122:n palstalle (ks. *Auctores Varii*)

Psellos, Mikael: kirje tuntemattomalle vastaanottajalle

kokoelmassa *Sathas: Mesaiōnikē bibliothēkē* V, jonka sivuille viitataan (ks. *Andronikos II Palaiologos*)

Sallustius: Catilinan salaliitto

Catil. 53 viittaa kappaleeseen

Sallustius: Jugurthan sota

Jugurth. 3 viittaa kappaleeseen

Seneca: de beneficiis (Hyvistä teoista)

de beneficiis III:19,1 viittaa kirjaan, lukuun ja kohtaan

Seneca: de clementia (Armeliaisuudesta)

de clementia I:1,2 viittaa kirjaan, lukuun ja kohtaan

Seneca: de otio (Joutilaisuudesta)

de otio 8,1–4 viittaa lukuun ja kappaleisiin

- Seneca: de tranquillitate animi* (Mielenrauhasta)
de tranquillitate animi 3,3 viittaa lukuun ja kappaleeseen
- Seneca: Epistulae* (Kirjeitä)
Epist. 44 viittaa kirjeen numeroon
- Synesios: ad imperatorem de regno* (Keisarille kuninkuudesta)
ad imperatorem 4 viittaa kappaleeseen
- Tacitus: Dialogus de oratoribus* (Dialogi puhujista)
de orator 24 viittaa kappaleeseen
- Themistios: puheita*
Orat. VIII,11 (108c–109a) viittaa puheen numeroon ja kohtaan (standardilaitoksen s:lta 108 kohdasta c:sille 109 kohtaan a)
- Theodoros Studites (Studionlainen)*, kirkkoisä: *Epistulae* (Kirjeitä)
Epist. 129 (PG 99, 1415–1420) viittaa kirjeen numeroon ja PG 99:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)
- Theodulos*, munkki: *de Regis officiis* (Kuninkaan velvollisuuksista)
de Regis officiis 6 (456B–457A) viittaa kappaleeseen ja PG 145:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)
- Theodulos*, munkki: *de subditorum officiis* (Alamaisten velvollisuuksista)
 viittaukset samoin
- Theophanes: Chronographia* (Ajankuvaus)
 viittaukset vuoden 1655 latinalaisen laitoksen (toim. *Franciscus Combafis*) sivuille ja PG 108:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)
- Theophylaktos*, arkkipiispa: *Institutio Regia ad Porphyrogenitum Constantinum* (Kuninkaan kasvatus)
 II,26 viittaa osaan ja lukuun; muutoin viittaukset PG 126:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)
- Thomas Magistros* (Opettaja Tuomas) = *Theodulos*, munkki
- Zenon*: fragmentteja
Zenon 262 viittaa fragmentin numeroon SVF:n I osassa (ks. *Khrysippos*)
- Zonaras, Johannes: Annales* (Aikakirjat)
Annales XVIII,29 (PG 135, 323–325) viittaa kirjaan ja lukuun ja PG 135:n palstoille (ks. *Auctores Varii*)

SCIPIO CRIED FOR CONSTANTINOPLE

THE CONSTITUTIONAL IDEOLOGY OF THE REPUBLIC OF ROME FROM 146 BC TO AD 1453

Despite its latter-day monarchic government and autocratic ideal, the Roman Empire retained a working republican constitution all through its history. The present article follows the development of the political self-image of Rome from her victory over Carthage to the ultimate fall of Constantinople, the New Rome. Its method is to consider in a chronological order a wide range of constitutionally relevant passages in texts written by ancient Roman and Byzantine authors from Polybius to Georgios Gemistos Plethon.

The idea of Rome was defined in the expansive period of the republic. Its main ingredient was a belief in Roman excellence, based on military superiority and sincere religious virtue. This belief gave Rome a mission to conquer and govern the world: to give the barbarians the gift of Roman order. Very important for Roman superiority was her unique constitution which could resist internal division better than any other. This was due to an optimal balance of power whereby the people, the senate and the consuls, the main organs of state, could effectively check each other's ambitions. Essential to the self-image of Rome was also the Stoic idea that all men, as rational creatures, were primarily cosmopolitans, i.e. citizens of the great fatherland of gods and men, and only secondarily citizens of their own city or state, the small fatherland. Rome as a world power was an approximation to the great fatherland, and it became an indelible part of the ethic of Roman civil servants that when they were performing their duties for Rome they were only furthering the interests of humanity. The Roman laws which they served were the best thinkable expression for the Natural Law of Reason, and the Roman constitution which defined their powers was the one which best secured the common good and the concord which was necessary for both outward success and inward peace.

When Augustus introduced the principate, he did not overthrow the republican institutions but allowed them to remain, claiming for himself merely the status of first citizen and eldest of the senate. The constitution remained republican in form, but to it was appended an extraordinary organ of state, the emperor, which began to compete for power with the ordinary organs of state. This was constitutionally possible, thanks to the juridical notion of *lex regia*, according to which the sovereign people not only elected each emperor but also entrusted him at accession its own con-

stitutional powers by delegation. This made the emperor a servant of the people and a personal embodiment of popular sovereignty. He united all the free men of the world in one perfect democracy. He was the guardian of the common good and the executor of the mission of Rome, the first citizen of the world. As such, he resembled a god and personified the Natural Law of Reason. He maintained in himself the constitutional balance for which different, equally powerful organs had earlier been necessary. — But he never gained the power to pass proper laws, which remained the prerogative of the people.

Diocletian was the first emperor to adopt the official position of an autocratic ruler, *dominus*. During the dominate, the pagan apotheosis of the emperors reached its apex. Now monarchy was the optimal form of government because it was best suited for maintaining concord. The emperor was, if not a god, at least an image of God, and his main office, like God's, was philanthropy, which became the leading principle of his duties. When Christianity took over, it soon adopted a very similar view of the emperor, short of regarding him an actual god, but now his main responsibility as the first citizen of the world was to save the souls rather than the bodies of the people. — But the republican ideas were not altogether dead, and even the republican institutions came back and began to play their traditional rôles again in the New Rome founded by Constantine at Byzantium.

Rome perished in 476, but the New Rome persisted until 1453. The last millennium of Rome was characterised by a constant tension between – on the one hand – the political ideal of a theocratic autocracy in which the government of the empire was an earthly image of God's heavenly government and the emperor an icon of the All-Powerful Christ, and – on the other hand – the constitutional reality of the republic according to which the emperor was still an extraordinary organ of state without authority to legislate and always at the mercy of "the people of Rome", i.e. the citizens of Constantinople gathered, no longer on the *forum Romanum*, but now at the hippodrome of the new capital. Revolution, in which not only the people but also the senate – later replaced by the body of imperial civil servants – and the potentates of the church – a new extraordinary organ of state – took active part under more or less fixed pseudo-constitutional forms, became a constantly recurring phenomenon in the Byzantine Empire.

The theocratic ideal gained further support from the predominantly (Neo-)Platonic philosophers and publicists of Byzantium. Also the shrinking of the Empire contributed to a more and more otherworldly preoccupation among the leading *élite*. But apace with this, the territorial decline at the same time increased the relative importance of the ancient ordinary

organs of state in political practice. By the mid-1300's, Byzantium realised that she had permanently lost the means for world leadership and concentrated on her religious mission. The republican institutions continued to function, nevertheless, until the very last days before the Mother of Cities was taken by the Sultan. Here the Roman republic ended, but its mission for world supremacy was later adopted by the Muscovite Third Rome.

Kirjoittajat

Heikki Halila

urheiluoikeuden professori, Helsingin yliopisto

Pessi Honkasalo

OTM, lakimies, Asianajotoimisto Krogerus Oy,
PhD Candidate, University of Surrey

Antti-Jussi Lankinen

OTK, tutkijakoulutettava, Turun yliopisto

Tuula Linna

OTT, VT, lainsäädäntöneuvos, oikeusministeriö

Juha-Pekka Rentto

oikeusfilosofian dosentti, Helsingin ja Turun yliopistot

