SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 326

Tatu Hyttinen

SYYTÖN TAI SYYLLINEN

Tutkimus syyllisyys-kysymyksen ratkaisemisesta

Syytön tai syyllinen

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 326

Tatu Hyttinen

Syytön tai syyllinen

Tutkimus syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta

Yliopistollinen väitöskirja, joka Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Calonian luentosalissa 1, perjantaina 12.6.2015 kello 12.

With an English Abstract

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS • HELSINKI 2015

Tilausosoite
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. 09 6120 300
toimisto@lakimiesyhdistys.fi
www.lakimiesyhdistys.fi

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-454-0

© 2015 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Tatu Hyttinen
ISSN-L 0356-7206
ISSN 0356-7206
ISBN 978-951-855-348-2
Vammalan Kirjapaino Oy, Sastamala 2015

Esipuhe

Elämämme tapahtumat ovat erityyppisten syy-seuraussuhteiden summia. Jälkeenpäin onkin helppo havainnoida, että monet itsestämme riippumattomat tekijät vaikuttavat elämäämme enemmän kuin mitä tapahtumien tiimellyksessä ymmärrämme. Esimerkiksi tämän tutkimuksen valmistumisen yksi syy on se, että reilut viisi vuotta sitten sain lyhyen eurooppaoikeuden assistentin pestin Turun yliopiston oikeustieteellisestä tiedekunnasta. Jälkeenpäin kuulin, että olin neljäs tai viides henkilö, jota tehtävään oli pyydetty. Näin ollen väitöskirjani valmistuminen perustuu osaltaan siihen, että monella muulla oli viitisen vuotta sitten eurooppaoikeuden assistentuuria tähdellisempää tekemistä. Tämä tapahtumakokonaisuus ei kuitenkaan ole ainut eikä varsinkaan merkittävin syy väitöskirjani valmistumiseen.

Yksi tärkeimpiä syypäitä projektini läpiviemiselle on ollut professori Jussi Tapani. Hän on toiminut työnohjaajani koko sen ajan, kun olen väitöskirjaani kirjoittanut. Matkan varrelle on mahtunut monia mielenkiintoisia keskustelutuokioita. Jussilta olen myös saanut kaiken sen, mitä tiedekunnan palkkalistoilla oleva väitöstutkija voi ohjaajaltaan toivoa: palautetta ja kannustusta, tutkimuksellisen vapauden sekä riittävästi aikaa tutkimuksen tekemiseen. Kaupantekijäisinä sain ystävän. Jussi on myös suostunut kustoksen ominaisuudessa valvomaan, että väitöstilaisuudessa noudatetaan lakia ja järjestystä.

Ilman esitarkastajiksi suostuneita professori Dan Frändeä ja apulaisprofessori Sakari Melanderia tämä tutkimus ei olisi koskaan edennyt päätepisteeseensä. Erityisesti kiitän käsikirjoituksesta saamastani palautteesta, josta oli huomattavasti apua tutkimukseni viimeistelyvaiheessa. Dan Frändeä kiitän myös vastaväittäjäkseni suostumisesta. Aavistelen, ettei kirjoitukseni lukeminen etenkään toiseen kertaan ole se kaikkein halutuin tehtävä.

Tutkimusprojektini aikana olen työskennellyt eri tehtävissä Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Tämä on tarjonnut mahdollisuuden tutustua ihmisiin, joilla on vahva näkemys oikeudesta. Monien kanssa olenkin käynyt väittelyitä, jotka ovat vaikuttaneet ajatteluuni enemmän kuin mitä olen väittelyn tuoksinassa suostunut myöntämään. Tämä ei tietenkään tarkoita sitä, että luottokeskustelukumppanini Tero Iire olisi kertaakaan ollut väittelyissämme oikeassa. Sanottu ei Teroa mairittele, koska noita keskustelutuokioita on ollut enemmän kuin mitä ilkeän julkisesti kertoa. Eri vaiheissa olen saanut vertaistukea myös vapaamuotoisesta keskustelukerhosta, jonka kantavina pilareina ovat Teron lisäksi toimineet Erno Anttila ja Jari Murto.

Rikos- ja prosessioikeiden poolin nykyisiä ja entisiä työntekijöitä kiitän kollektiivisesti siitä tuesta ja avusta, jota olen väitöskirjaprojektini aikana saanut. Erityisesti on mainittava nyttemmin Lapin yliopiston palvelukseen siirtynyt professori Mikko Vuorenpää, joka kerran baarissa istuessamme neuvoi välttämään väitöskirjassa liiallista filosofointia. Täysin en tuota neuvoa onnistunut noudattamaan, mutta ilman Mikkoa olisin todennäköisesti filosofoinut itseni aivan kuutamolle.

Kollektiivinen kiitos kuuluu myös tiedekunnan nykyisille ja entisille valtiosääntötutkijoille. Heitä kuuntelemalla olen oppinut paljon perus- ja ihmisoikeusargumentaatiosta. Välillä olen myös kadehtinut sitä dynaamisuutta ja innostusta, joka valtiosääntötutkijoille on ominaista. Dekaani Jukka Mähösen välityksellä kiitän koko Calonian henkilökuntaa. Te olette asettaneet työkavereiden mukavuusriman varsin korkealle.

Elämää on Calonian ulkopuolellakin. Ystävääni Mikko Soukkasta kiitän hauskoista hetkistä sekä myös väitöskirjani tematiikkoihin paikantuvista keskusteluista. Oletettavasti Mikko myös kykenee paikantamaan tekstistäni ne kohdat, joiden sisältöön hän on olemassaololollaan selkeimmin vaikuttanut.

Tutkimuksen teko vaatii aina myös taloudellisia voimavaroja, jotka mahdollistavat esimerkiksi työstä vapautukset ja ulkomaanvierailut. Kiitän Heldtin stipendirahastosäätiötä, Maaliskuun 25. päivän rahastoa, Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiötä sekä Turun yliopiston tutkimusapurahastoa saamastani taloudellisesta tuesta. Suomalaista Lakimiesyhdistystä kiitän väitöskirjani hyväksymisestä perinteikkääseen julkaisusarjaansa. Erityiskiitos kustannustoimittaja Pipsa Kostamolle, jonka ripeä ja asiantunteva kommentointi on auttanut tekstini painokuntoon saattamisessa.

Jos aika-akselia hivenen laventaa, ehkäpä merkittävin syy tämän tutkimuksen valmistumiseen ovat vanhempani. Kuten elämässä yleensä, tässäkin yhteydessä vanhempia voi syyttää ja kiittää kaikesta. Isäni kuuluu myös siihen harvalukuiseen joukkoon, joka on lukenut käsikirjoitukseni kannesta kanteen. Toisaalta tässä yhteydessä on helppo todeta, että sitä saa mitä tilaa. Olisi kai teillä ollut mahdollisuus jättää minut tekemättäkin.

Maailmasta löytyy ainakin yksi ihminen, joka on tyytyväisempi väitöskirjaprojektini loppumisesta kuin allekirjoittanut. Itsekriminointisuojaan vedoten voin kuitenkin olla kertomatta, kuinka paljon olen Sailaa viimeisten vuosien aikana pakkotyöllistänyt. En voi kuitenkaan luvata, että yhteiselomme muuttuisi nyt dramaattisesti paremmaksi. Hyvää on vaikea parantaa.

Turussa, kevätpäiväntasauksen aikaan 2015

Tatu Hyttinen

Sisällys

ESIPUHE V

LÄHTEET XI

LYHENTEET XXXIII

KUVIOT XXXV

1 JOHDANTO 1
1.1 Johdatus aiheeseen 1
1.2 Tutkimuskysymys ja tutkimustehtävän rajaus 18
1.3 Tutkimustyyli 22
1.4 Lähdeaineisto 29
1.5 Tutkimuksen rakenne 34

2 TUTKIMUKSEN RELEVANSSI 37
2.1 Perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen kasvu 37
2.2 Tutkimuksen tieteelliset perusteet 45

3 SYYKSILUETTAVUUDEN RIKOSOIKEUDELLISET KRITEERIT 51
3.1 Syyksiluettavuuden systematiikka 51
3.2 Kalibrointi: syyksiluettavuuden kriteerit ja perus- ja ihmisoikeudet 65
3.3 Perus- ja ihmisoikeuksien vaikutus syyksiluettavuuteen 67

4 RIKOSLAKIIN SITOUTUMISEN VÄLTTÄMÄTTÖMYYS JA VAIKEUS 85
4.1 Käsitetäsmennys: formalismi ja sen merkitys rikosoikeudessa ... 85
4.2 Rikoslain soveltamisen ihanne 91
4.3 Lakipositivismin riittämättömyys 99
4.4 Rikosoikeudellisen oikeusturvan puolustus 109
4.5 Oikeusturvan relatiivisuus (esimerkkinä KKO 2012:58) 116
4.6 Rikosoikeudellinen skitsofrenia 125

5 SYYLLISYYSKYSYMYKSEN RATKAISEMINEN – OIKEUSLÄHDEOPILLINEN NÄKÖKULMA 129
5.1 Valitsemani näkökulman perustelut 129

5.2 Rikostunnusmerkistön voimassaolo 131
5.3 Syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteiden relevanssi 140
5.4 Tuomarin harkinnan normatiivinen pätevyys kiperissä tapauksissa 167
5.5 Moraaliset dilemmat ja ratkaisuperusteiden vajavaisuus 180

6 SYYLLISYYSKYSYMYKSEN RATKAISEMINEN – METODOLOGINEN NÄKÖKULMA 193
6.1 Tuomarin roolisiirtymä – metodinen haaste? 193
6.2 Vaatimus rikoslain soveltamisen ennakoitavuudesta 197
6.3 EIT:n asettama haaste oikeusturvalle ja ennakoitavuudelle 212
6.4 Kansallisen harkintamarginaalin merkitys syyllisyyskysymyksissä 226
6.5 Syyllisyyskysymyksen ratkaisumalli 231
6.6 Ratkaisumalliin tukeutuminen syyllisyyskysymystä ratkaistaessa 255
6.7 Ekskursio: syyllisyyskysymyksen ratkaisumalli ja tuomion perusteleminen 263
6.8 Tuomarin harkintamalli punnintatilanteessa 270
6.9 Harkintamallin oikeusteoreettinen ja käytännöllinen merkitys 290

7 SYYLLISYYSKYSYMYKSEN RATKAISEMINEN – EPISTEMOLOGINEN NÄKÖKULMA 297
7.1 Varteenotettavan epäilyn tuolla ja tällä puolen oleva totuus 297
7.2 Tuomion perustelut legitiimisyyden kriteerinä 300
7.3 Rationaalisen konsensuksen teoria 303
7.4 Rationaalinen konsensus tuomioistuinargumentaatiossa 311
7.5 Rationaalinen konsensus ja syyksiluettavuus 322
7.6 Jäljelle jäävä filosofinen ongelma 330

8 SYYTÖN TAI SYYLLINEN – SYYKSILUKEVAN TUOMION FILOSOFINEN JUSTIFIKAATIO 333
8.1 Lähtökohta 333
8.2 Syyttömyysolettama normatiivisesti kiistanalaisissa syyllisyyskysymyksissä 338
8.3 Syyllisyysperiaatteen sisältämä filosofinen problematiikka 350
8.4 Pragmaattinen näkökulma toisintoimimismahdollisuuteen 371
8.5 Syyllisyysperiaatteen ontologia ja sen merkitys syyksiluettavuudelle 375
8.6 Johtopäätökset kiperän syyksilukevan tuomion legitimiteetistä 381

9 LOPUKSI 387
9.1 Yhteenveto 387
9.2 Päätössanat 391
ABSTRACT 393
OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO 395
ASIAHAKEMISTO 401

Lähteet

Aarnio, Aulis: Laki, teko ja tavoite. Tutkimus tavoitteellisuudesta lain tulkinnassa ja sen soveltamisessa. Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta, Helsinki 1975.

Aarnio, Aulis: Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Juridica, Helsinki 1982.

Aulis, Aarnio: Inledning. Teoksessa Aleksander Peczenik: Rätten och förnuftet. En lärobok i allmän rättslära. Norstedts, Stockholm 1986/1988.

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY, Porvoo – Helsinki – Juva 1989.

Aarnio, Aulis: ”Oikeussäädöksiä tulkitsemassa” Interpreting Statutes. A Comparative Study. Esittely. Teoksessa Anja Tulenheimo-Takki (toim.): Korkein oikeus 75 vuotta, s. 253–267. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1993.

Aarnio, Aulis: Oikeusvaltio – tuomarivaltio? Teoksessa Aulis Aarnio – Timo Uusitupa (toim.): Oikeusvaltio, s. 1–12. Kauppakaari, Helsinki 2002.

Aarnio, Aulis: Tulkinnan taito – Ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY, Helsinki 2006.

Aarnio, Aulis: On the Sources of Law. Teoksessa Kimmo Nuotio – Sakari Melander – Merita Huomo-Kettunen (eds.): Introduction to Finnish Law and Finnish Legal Culture, s. 51–59. Forum Iuris, Helsinki 2012.

Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo (toim.): Oikeusvaltio. Kauppakaari, Helsinki 2002.

Alexy, Robert: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Suhrmap Verlag, Frankfurt am Main 1978.

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986.

Alexy, Robert: Oikeusjärjestelmä, oikeusperiaate ja käytännöllinen järki. Lakimies 5/1989, s. 618–633.

Alexy, Robert: A Theory of Constitutional Rights. Oxford University Press, Oxford 2002.

Alexy, Robert: On the Concept and the Nature of Law. Ratio Juris 21 (3) 2008a, s. 281–299.

Alexy, Robert: A Defence of Radbruch’s Formula. Teoksessa M. D.A. Freeman (ed.): Lloyd’s Introduction to Jurisprudence, s. 426–443. Sweet & Maxwell and Thomson Reutors, London 2008b.

Alexy, Robert: The Reasonableness of the Law. Teoksessa Giorgio Bongiovanni – Giovanni Sartor – Chiara Valentini (eds): Reasonableness and Law, s. 5–15. Springer, Dordrecht 2009.

Alexy, Robert: The Argument from Injustice. A Replay to Legal Positivism. Käänt. Bonnie Litschewski Paulson ja Stanley L. Paulson. Oxford University Press, Oxford 2002/2010.

Alexy, Robert: A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Oxford University Press, Oxford 1989/2011.

Alexy, Robert: Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Years. Tampere Club, 2011.

Alexy, Robert: Law, Morality and the Existence of Human Rights. Ratio Juris 25 (1) 2012, s. 2–14.

Anttila, Outi: Kohti tosiasiallista tasa-arvoa? Sukupuolisyrjinnän kiellot oikeudellisen pluralismin aikana. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2013.

Aristoteles: Nikomakhoksen etiikka. Teokset VII. Käänt. Simo Knuutila. Gaudeamus, Helsinki 1989.

Aristoteles: Politiikka. Teokset VII. Suom. A.M. Anttila. Gaudeamus, Helsinki 1991.

Ashworth, Andrew: Self-incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism. Cardozo Law Review. Vol. 30 3/2008, s. 751–774.

Ashworth, Andrew: Principles of Criminal Law. 6th Edition. Oxford University Press, Oxford – New York 2009.

Ashworth, Andrew – Horder, Jeremy: Principles of Criminal Law. 7th Edition. Oxford University Press, Oxford 2013.

Asp, Peter – Ulväng, Magnus: Kriminalrättens grunder. På grundval av texter av Nils Jareborg. Iustus, Uppsala 2010.

Ayer, A. J.: Freedom and Necessity. Teoksessa Joel Feinberg – Russ Shafer-Landau (eds): Reason and Responsibility. Readings in Some Basic Problems of Philosophy, 14th Edition, s. 475–480. Cengage Learning, Wadsworth 2011.

Backman, Eero: Tieteellinen keskustelu ja rikosoikeus erityisesti tieteen kritiikkioikeuden kannalta. Teoksessa Erkki Ailio – Pekka Koskinen – Raimo Lahti – Martti Majanen – Terttu Utriainen (toimitusneuvosto): Rikosoikeudellisia kirjoitelmia IV. Reino Kalervo Ellilälle 26.6.1980 omistettu, s. 11–27. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1980.

Backman, Eero: Lausunto. – Teoksessa Makroluokan rikosoikeutta. Tupakkamies vastaan Retting Oy ja Suomen Tupakka Oy. Asian yhdeksäs käsittely Helsingin raastuvanoikeudessa. Helsinki 1990.

Backman, Eero: Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate, analogia ja Klami. Teoksessa Ari-Matti Nuutila (toim.): Oikeuden tavoitteet ja menettelyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille, s. 23–30. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2003a.

Backman, Eero: Onko luonnonoikeus tullut takaisin rikosoikeuteen, joskin toisella nimellä? Teoksessa Raimo Lahti – Tapio-Lappi Seppälä (toim.): Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII. Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu, s. 1–13. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2003b.

Backman, Eero: Pakkotila ja velvollisuuksien kollisio rikosoikeudessa. Lakimies 3/2004, s. 395–403.

Baird, Abigail A.: The developmental neuroscience of criminal behavior. Teoksessa Nita A. Farahany (ed.): The Impact of Behavioral Sciences on Criminal Law, s. 81–122. Oxford University Press 2009.

Balaguer, Mark: Free Will as an Open Scientific Problem. MIT Press, Massachusetts 2010.

Bankowski, Zenon – MacCormick, Neil: Statutory Interpretation in the United Kingdom. Teoksessa Neil MacCormick – Robert S. Summers (eds): Interpreting Statutes. A Comparative Study, s. 359–406. Ashgate, Dartmouth 1991/2010.

Batia, Giovanna – Pizzo, Alessandro: La tutela dell'imputato. Saggio storico – concettuale. Diritto & diritti. 13/2005, s. 1–41.

Batty, David: Senior judge raises doubts over power of European court. The Guardian 20.10.2011.

Bauman, Zygmunt: Postmodernin lumo. Käänt. Jyrki Vainonen. Toim. Pirkko Liisa Ahponen – Timo Cantell. Vastapaino, Tampere 1996.

Benjamin, Walter: Zur Kritik der Gewalt. Gesammelte Schriften. Vol. II.1, s. 179–204. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1999.

Bergholtz, Gunnar: Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål. Juristförlaget, Lund 1987.

Bernardo, Amelie: Regole e vincoli dell'argomentazione giuridica. Libera Università Internazionale, Centro di ricerca per il diritto d'impresa 2003.

von Bogdandy, Armin – Venzke, Ingo: On the Democratic Legitimation of International Judical Lawmaking. German Law Journal 12/2011, s. 1341–1370.

Boella, Laura: Neuroetica: La morale prima della morale. Raffaello Cortina, Milano 2008.

Bohman, James – Rehg, William: Jürgen Habermas. Teoksessa Edward N. Zalta (ed.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2014 Edition). Luettu osoitteesta http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/habermas (27.10.2014). 2014.

Bowley, Graham: No Way Down: Life and Death on K2. Harper, New York – London, 2010.

Brusiin, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Suomalainen lakimiesten yhdistys, Helsinki 1938.

Brusiin, Otto: Ubër die Objektivitet der Rechtsprechnung. Suomen lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1949.

Böse, Martin: Human rights and legal limits on the use of deception detection methods: A view from Germany. European Psychologist. Vol 19 3/2014, s. 221–223.

Cambell, Joseph Keim: Free Will. Polity Press, Cambridge 2011.

Cameron, David: David Cameronin haastattelu. The Telegraph 29.9.2013.

Cameron, David: David Cameron's speech to the Conservative conference, 1.10.2014.

Cane, Peter: Responsibility in Law and Morality. Hart Publishing, Oxford 2002.

Carson, David – Milne, Becky – Pakes, Francis – Shaley, Karen – Shawyer, Andrea: Psychology and Law: A Science to be Applied. Teoksessa David Carson et al. (eds): Applying Psychology to Criminal Justice, s. 1–19. John Wiley & Sons Ltd, West Sussex 2007.

Chisholm, Roderick: Freedom and Action. Teoksessa K. Lehrer (ed.): Freedom and Determinism, s. 11–44. Random House, New York 1966.

Claydon, Lisa: Mind the Gap: Problems of Mind, Body and Brain in the Criminal Law. Teoksessa Michael Freeman – Oliver R. Goodenough (eds): Law, Mind and Brain, s. 55–79. Ashgate, Surrey 2009.

Cochran, Molly: Normative Theory in International Relations. A Pragmatic Approach. Cambridge University Press, Cambridge 1999.

Coleman, Jules: Methodology. Teoksessa Jules Coleman – Scott Shapiro (eds): The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law, s. 311–351. Oxford University Press, Oxford – New York 2004.

Davidson, Donald: Essays on Action and Events. Oxford University Press, Oxford – New York 2001.

Dennett, Daniel: I Could Not Have Done Otherwise – So What. Teoksessa Robert Kane (ed.): Free Will, s. 83–94. Blackwell Publishers, Malden, Massachusetts 2002.

Dennett, Daniel: Freedom Evolves. Penguin Books, New York 2004.

Dewey, John: Logical Method and Law. Cornell Law Quarterly 1925, s. 17–27.

Dilman, Ilham: Free Will: A Historical and Philosophical Introduction. Routledge, Florence 1999.

Duff, R. A.: Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law. Basil Blackwell, Oxford 1990.

Duff, R. A.: Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law. Hart Publishing, Oxford – Portland 2009.

Duus-Otterström, Göran: Punishment and Personal Responsibility. Department of Political Science, Göteborg University 2007.

Dworkin, Ronald: Taking Rights Seriously. With a New Appendix. A Response to Critics. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1978.

Dworkin, Ronald: A Matter of Principle. Oxford University Press, Oxford 1985.

Dworkin, Ronald: Law's Empire. Harvard University Press, Cambridge – Massachusetts – London 1986.

Dworkin, Ronald: Liberal Community. Teoksessa Sholomo Avineri – Avner de-Shalit (eds): Communitarianism and Individualism, s. 205–223. Oxford University Press, Oxford 1992.

Dworkin, Ronald: Taking Rights Seriously. New Impression with a Reply to Critics. Duckworth, London 2005.

Dworkin, Ronald: Justice for Hedgehogs. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London 2011.

Dzehtsiarou, Kanstantsin: European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. German Law Journal 12/2011, s. 1730–1745.

Ervo, Laura: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. WSOY, Helsinki 2005.

Ervo, Laura: Förhållandet mellan Europadomstolen och nationella domstolar – finländska perspektiv. JFT 4/2006, s. 411–422.

Ervo, Laura: Tie totuuteen. Teoksessa Tatu Hyttinen (toim.): Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012, s. 1–16. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2012.

Feinberg, Joel – Shafer-Landau, Russ (eds): Reason and Responsibility: Readings in Some Basic Problems of Philosophy. Wadsworth, Boston 2011.

Flyvbjerg, Bent: Habermas and Foucault: Thinkers for Civil Society? British Journal of Sociology vol. 49 2/1998, s. 210–233.

Foucault, Michael: The Ethics of Care for the Self as a Practice of Freedom. Teoksessa James Bernauer – David Rasmussen (eds): The Final Foucault, s. 1–20. MIT Press, Cambridge 1988.

Frankfurt, Harry G.: Freedom of the Will and the Concept of a Person. The Journal of Philosophy 1/1971, s. 5–20. (Artikkeli on saatavilla myös suomeksi: Tahdon vapaus ja persoonan käsite, kääänt. Faisa ja Aarne Nordberg. Niin & näin 4/2010, s. 11–20).

Frankfurt, Harry G.: Freedom and Moral Responsibility. Alternative Possibilities and Moral Responsibility. Teoksessa Joel Feinberg – Russ Shafer-Landau (eds): Reason and Responsibility: Readings in Some Basic Problems of Philosophy. 14th, s. 481–487. Cengage Learning, Wadsworth 2011.

Freeman, Samuel: Introduction: John Rawls – An Overview. Teoksessa Samuel Freeman (ed.): The Cambridge Companion to Rawls, s. 1–61. Cambridge University Press, Cambridge 2008.

Frände, Dan: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.

Frände, Dan: Mot ett enhetligt nordisk brottsbegrepp. Teoksessa Lars Heuman (red.): Festskrift till Suzanne Wennbergs, s. 75–90. Norstedts Juridik, Stockholm 2009.

Frände, Dan: Onko viimeinen sana sanottu olosuhdetahallisuudesta? Defensor Legis 2/2010, s. 157–165.

Frände, Dan: KKO 2010:41 ja sen arviointi laajemmassa kontekstissa. Lakimies 2/2011, s. 402–409.

Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. 2. uudistettu painos. Edita, Helsinki 2012.

Frände, Dan – Nuotio, Kimmo: Mielipidekirjoitus: Poliisin puhallusratsiassa ei voi vedota itsekriminointisuojaan. Helsingin Sanomat 29.10.2014.

Fuchs, Claudia: Ne bis in idem: Korrespondenzen zwischen Strassburg und Wien. Öffenliches Recht, Jahrbuch 2010, s. 181–197.

Fumerton, Richard – Hasan, Ali: Foundationalist Theories of Epistemic Justification. Teoksessa Edward N. Zalta (ed.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2010 Edition). Luettu osoitteesta http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/justep-foundational (6.1.2014). 2010.

Gadamer, Hans-Georg: Warheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. J.C.B Mohr, Tübingen 1960/1965.

Gardner, John: Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law. Oxford University Press, Oxford – New York 2007.

Garvey, P. Stephen: Alternatives to Punishment. Teoksessa John Deigh – David Dolinko (eds): The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law, s. 493–519. Oxford University Press, Oxford – New York 2011.

van Gelder, Jean-Louis – Efflers, Henk – Nagin, Daniel (eds): Affect and cognition in criminal decision making: between rational choices and lapses of self-control. Routledge, London – New York 2014.

Glock, Hans-Johan: The development of analytical philosophy: Wittgenstein and after. Teoksessa Dermon Moran (ed.): The Routledge Companion to Twentieth Century Philosophy, s. 76–117. Routledge, London – New York 2008.

de Godzinsky, Virve-Maria: Kirjallinen menettely rikosasioissa. Oikeuspoliittisen tutkimuskeskuksen tutkimustiedonantoja 102. Helsinki 2010.

Gomez, Juan Vega: The Hart-Fuller Debate. Philosophy Compass 9/1 2014, s. 45–53.

Graham, McFee: Free will. Acumen, Durham 2000.

Green, Leslie: Law as a Means. Teoksessa Peter Cane (ed.): The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century, s. 169–188. Hart Publishing, Oxford 2010.

Green, Leslie: Introduction. Teoksessa H. L. A. Hart: The Concept of Law. 3rd Edition, s. xv–lv. Oxford University Press, Oxford 2012.

Green, Joshua – Cohen, Jonathan: For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything. The Royal Society 2004, s. 1775–1785.

Gross, Richard: Themes, Issues and Debates in Psychology. 3rd Edition. Hodder Education, London 2009.

Grus, Rick – Damm, Lisa: Cognition and the Brain. Teoksessa Eric Margolis – Richard Samuels – Stephen P. Stick (eds): The Oxford Handbook of Philosophy of Cognitive Science, s. 273–290. Oxford University Press, Oxford – New York 2012.

Gutmann, Amy: Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy. Teoksessa Samuel Freeman (ed.): The Cambridge Companion to Rawls, s. 168–199. Cambridge University Press, Cambridge 2008.

Gutting, Gary: French Philosophy in the Twentieth Century. Teoksessa Dermot Moran (ed.): The Routledge Companion to Twentieth Century Philosophy, s. 814–848. Routledge, London – New York 2008.

Haapanen, Olli: Pro et contra -argumentaatio rikostuomioiden perusteluissa Korkeimmassa oikeudessa 2000-luvulla. Teoksessa Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala (toim.): Rikostuomion perusteleminen, s. 179–199. Helsingin hovioikeuden julkaisuja, Helsinki 2006.

Habermas, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns. Band I. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981.

Habermas, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns. Band 2. Zur Kritik der funktionalistischen Vernuft. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981.

Habemas, Jürgen: Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.

Habermas, Jürgen: Järki ja kommunikaatio. Tekstejä 1981–1989. Valinnut ja käänt. Jussi Kotkavirta. Gaudeamus 1994.

Hakamies, Kaarlo: Maksukyvyttömyys ja taloudellinen hyöty rikosoikeudessa. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki 2012.

Hakamies, Kaarlo: Taloustieteellisen tiedon merkityksestä rikoslain tulkinnassa. Lakimies 2/2013 s. 288–293.

Hakamies, Kaarlo – Johansson, Marian: Oikeudenkäynnin kesto talousrikoksissa. Raportti korkeimmassa oikeudessa vuonna 2007 käsiteltyjen talousrikosten oikeudenkäyntien kestosta. Korkeimman oikeuden selvityksiä 1/2009, Helsinki 2009.

Halla-aho, Jussi: Jussi Halla-ahon julkisuuteen toimittama tiedote 11.6.2012.

Hallberg, Pekka: The Rule of Law. Edita Publishing Oy, Helsinki 2004.

Hare, R. M.: The Language of Morals. Clarendon Press, Oxford 1952/1961.

Hare, R. M.: Freedom and Reason. Oxford University Press, Oxford 1963/1977.
Hare, R. M.: Moral Thinking. Its Levels, Method and Point. Clarendon Press, Oxford 1981/1987.
Hare, R. M.: Essays on Political Morality. Clarendon Press, Oxford 1989.
Hare, R. M.: Sorting Out Ethics. Clarendon Press, Oxford 2000.
Hart, H. L. A.: Punishment and Responsibility. Essays in the philosophy of law. 2nd Edition. With an introduction by John Gardner. Oxford University Press, Oxford 2009.
Hart, H. L. A.: The Concept of Law. 3rd Edition. With an introduction by Leslie Green. Oxford University Press, Oxford 1961/2012.
Hefendehl, Roland – Hirsch, Andrew – Wohlers, Wolfgang (Hrsg.): Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Nomos, Baden-Baden 2003.
Heinonen, Olavi: Muistokirjoitus: Kaapo Kartio 1935–2014. Juristi koki alansa suuret muutokset. Helsingin Sanomat 17.4.2014.
Heinonen, Tuuli: Valtiosääntöoikeus ja oikeuslähdeoppi. Teoksessa Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro (toim.): Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen: ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen, s. 179–199. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2012.
Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha: Suomen oikeuden eurooppalaistuminen ja valtiosääntöistyminen 1990–2012. Teoksessa Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro (toim.): Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien läpimurrosta kansainväliseen vuorovaikutukseen, s. 7–28. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2012.
Helin, Markku: Lainoppi ja metafysiikka: tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1988.
Helminen, Klaus – Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko: Esitutkinta ja pakkokeinot. Talentum, Helsinki 2012.
Hempel, Carl Gustav: Aspects of Scientific Explanation. And Other Essays in the Philosophy of Science. The Free Press, New York 1965.
Herne, Kaisa: Oikeudenmukaisuusteoria. Teoksessa Jukka Mäkinen – Heikki Saxén (toim.): John Rawlsin filosofia. Oikeudenmukaisuus moniarvoisessa yhteiskunnassa, s. 23–52. Gaudeamus 2013.
Hidén, Mikael: Iustitian silmät. Lakimies 5/2000, s. 758–762.
Hilpinen Risto: Mitä Tieto on? Teoksessa Juha Räikkä (toim.): Filosofia. Käsitteellisen ajattelun perusteita, s. 13–37. Oy UNIpress Ab, Turku 2002.
Hirsch, Hans Joachim: Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Staffrecht. ZIS 2010, s. 62–67.
Hirvelä, Päivi: Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. WSOYpro, Helsinki 2006.
Hirvonen, Ari: Oikeuden käynti. Antigonen laki ja oikea oikeus. Loki-Kirjat, Helsinki 2000.
Hirvonen, Ari: Rikosoikeuden legitimisyydestä. Teoksessa Petri Jääskeläinen – Pekka Koskinen – Martti Majanen (toim.): Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII. Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu, s. 51–66. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2006.
Hirvonen, Ari: Oikeuden ja lainkäytön teoria. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Helsinki 2012.
Honderich, Ted: On Determinism and Freedom. Edinburgh University Press, Edinburgh 2005.
Huovila, Mika: Periaatteet ja perustelut. Tutkimus käräjäoikeuden tuomion faktaperusteluista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2003.
Huovila, Mika: Oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa. Teoksessa Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala (toim.): Rikostuomion perusteleminen, s. 13–99. Helsingin hovioikeuden julkaisuja, Helsinki 2006.
Huovila, Mika – Lahti, Raimo – Ojala, Timo (toim.): Rikostuomion perusteleminen. Helsingin hovioikeuden julkaisuja, Helsinki 2006.

Husa, Jaakko – Van Hoecke, Mark (eds): Objectivity in Law and Legal Reasoning. Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon 2013.

Husabø, Erling: Pre-aktiv straffrett. Tidskrift for straffrett 1/2003, s. 96–107

Husak, Douglas: Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law. Oxford University Press, New York 2008.

Husak, Douglas: The Philosophy of Criminal Law: Selected Essays. Oxford University Press, Oxford 2010.

Hyttinen, Tatu: Perus- ja ihmisoikeussensitiivisestä rikoslain soveltamisesta. Teoksessa Tatu Hyttinen – Katja Weckström (toim.): Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta, s. 251–273. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2011.

Hyttinen, Tatu: Rikos, rangaistus ja armahdus. Teoksessa Tatu Hyttinen (toim.): Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012, s. 27–41. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2012.

Hyttinen, Tatu: KKO 2012:28 – Kokiko Jussi Halla-aho oikeusmurhan? Defensor Legis 6/2013, s. 940–950.

Hyvönen, Pekka: Ihmisoikeustuomioistuimen toiminta on turvattava. Vieraskynäkirjoitus. Helsingin Sanomat 24.7.2014.

Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini. WSLT, Helsinki 1997.

Ichikawa, Jonathan J. – Steup, Matthias: The Analysis of Knowledge. Teoksessa Edward N. Zalta (ed.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2014 Edition). Luettu osoitteesta http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/knowledge-analysis (18.8.2014). 2014.

Illman, Mika: Hets mot folkgrupp. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2005.

Illman, Mika: Alustavia näkökohtia ns. itsekriminointisuojan merkityksestä ratkaisun KKO:2009:80 valossa. Valtakunnansyyttäjäviraston muistio Dnro 32/34/09. Valtakunnansyyttäjävirasto 2009.

van Inwagen, Peter: An Essay on Free Will. Clarendon Press, Oxford 1983.

van Inwagen, Peter: The Mystery of Metaphysical Freedom. Teoksessa Peter van Inwagen – Dean Zimmerman (eds): Metaphysics: The Big Question, s. 365–374. Blackwell, Oxford 1998.

Jackson, John D – Summers Sarah J.: The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions. Cambridge University Press, New York 2012.

Jacobs, Günther: Schuld und Prävention. Mohr, Tübingen 1976.

Jareborg, Nils: Brotten. Första Häftet. Grundbegrepp brotten mot person. Stockholm 1979.

Jareborg, Nils: Determinism och straffrättsligt ansvar. Teoksessa Nils Jareborg – Per Ole Träskman (red.): Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tilläggande Alvar Nelson, s. 1–33. Iustus Förlag, Uppsala 1985.

Jareborg, Nils: Straffrättens ansvarslära. Iustus, Uppsala 1994.

Jareborg, Nils: Allmän kriminalrett. Fjärde tryckningen. Edita, Västeros 2009.

Jescheck, Hans-Heinrich – Thomas Weigend: Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Duncker & Humblot, Berlin 1996.

Jokela, Antti: Oikeudenkäynti II. Talentum, Helsinki 2002.

Jokela, Antti: Oikeudenkäynti I. Talentum, Helsinki 2005.

Jonkka, Jaakko: Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1991.

Jonkka, Jaakko: Kirja-arvostelu teoksesta: Antti Jokela: Uudistuva rikosprosessi. Lakimiesliiton Kustannus. Jyväskylä 1997. Lakimies 3/1998 s. 495–500.

Jung, Heike: Making sense of the German ”Straftatlehre”: a personal account. Teoksessa Petter Asp – Carl Erik Herlitz – Lena Holmqvist (red.): Flores juris et legum. Festskrift till Nils Jareborg, s. 369–384. Iustus, Uppsala 2002.

Jääskinen, Niilo: Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia. Yliopistopaino, Helsinki 2008.

Kaisto, Janne: Lainoppi ja oikeusteoria. Edita Publishing Oy, Helsinki 2005.
Kalokairinou, Eleni: From Meta-Ethics to Ethics. An Overview of R.M. Hare's Moral Philosophy. Peter Lang, Frankfurt am Main 2011.
Kane, Robert (ed.): Free Will. Blackwell Publishers, Malden, Massachusetts 2002.
Kane, Robert: Introduction. Teoksessa Robert Kane (ed.): Free Will, s. 1–26. Blackwell Publishers, Malden, Massachusetts 2002.
Kane, Robert: Responsibility and Free Will in Dworkin's Justice for Hedgehogs. Boston University Law Review 2010, s. 611–619.
Kant, Immanuel: Siveysopilliset pääteokset. Käänt. sekä johdannolla ja selityksillä varustanut J. E. Salomaa. WSOY, Porvoo – Juva – Helsinki 1990.
Kant, Immanuel: Puhtaan järjen kritiikki. Käänt. Markus Nikkarla ja Kreeta Ranki. Gaudeamus, Helsinki 2013.
Karapuu, Heikki: Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö. Teoksessa Pekka Hallberg ym. (toim.): Perusoikeudet, s. 61–110. WSLT, Helsinki 1999.
Karhu, Juha: Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. Lakimies 5/2003, s. 789–807.
Karhu, Juha: Tilannekohtainen oikeudellinen harkinta ja oikeuslähdeoppi. Teoksessa Jyrki Tala – Kauko Wikström (toim.): Oikeus – Kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen 2005, s. 25–38. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2005.
Kelsen, Hans: Puhdas oikeusoppi. Toinen kokonaan uudistettu painos. Käänt. Olli Nikkola. WSOY, Porvoo – Helsinki 1968.
Kerkelä, Lasse – Mainio, Tapani: Harva autoilija kieltäytyy puhalluksesta. Rikosoikeuden professori tyrmää kieltäytymisen kriminalisoinnin. Helsingin Sanomat 23.10.2014.
Kinnunen, Essi: Dopingrikos urheilun ja rikosoikeuden leikkauspisteessä. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2012.
Klami, Hannu Tapani: Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turun yliopiston julkaisusarja. Sarja C. Turku 1983.
Knuts, Mårten: Kursmanipulation på värdepappersmarknaden. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2010.
Koistinen, Olli: Mitä on valinnan vapaus? Teoksessa Juha Räikkä (toim.): Filosofia. Käsitteellisen ajattelun perusteita, s. 39–60. Oy UNIpress Ab, Turku 2002.
Kolehmainen, Simo: Syyteoikeudesta sananvapausrikoksissa. Valtakunnansyyttäjävirasto. Julkaisusarja nro 6. Helsinki 2009.
Kompridis, Nikolas: Critique and Disclosure: Critical Theory between Past and Future. MIT press, Cambridge 2006.
Koponen Pekka: Talousrikokset rikos- ja prosessioikeuden yhtymäkohdassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
Kortteinen, Juhani: Sananvapaus ihmisoikeutena. Teoksessa Kaarle Nordenstreng (toim.): Sananvapaus, s. 32–88. WSOY, Helsinki 1996.
Koskelo, Pauliine: Helsingin Sanomissa julkaista yleisenosastokirjoitus: Korkein oikeus ei ole yksin vastuussa ihmisoikeuksista. Helsingin Sanomat 5.11.2009.
Koskelo, Pauliine: In the Era of Legal Pluralism – The Relationship between the EU, National and International Courts, and the Interplay of the Multiple Sources of Law. Pauliine Koskelon puhe FIDE-konferenssissa Kööpenhaminassa 31.5.2014.
Koskenniemi, Johannes: Tahallisuutta Strasbourgin tapaan. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen vaikutus korkeimman oikeuden tahallisuusarvioihin kunnianloukkausratkaisuissa. OTM-tutkielma. Oikeustieteellinen tiedekunta, Turun yliopisto 2013.
Koskenniemi, Martti: Ihmisoikeudet globalisaation hallinnassa. Puhe eduskunnan oikeusasiamiehen 85-vuotisjuhlassa Helsingissä 8.2.2005.

Koskenniemi, Martti: From Apology to Utopia: the structure of international legal argument. Cambridge University Press, Cambridge 2006.

Koskinen, Pekka: Rikoksen rakenneopin kehityslinjoja Suomessa Honkasalosta nykypäivään. Lakimies 3/2004, s. 516–520.

Koskinen, Pekka: Rikosoikeuden perusteet. Forum Iuris, Helsinki 2008.

Kulla, Heikki: Yhdenvertaisuuden osapuista. Teoksessa Jarkko Männistö (toim.): Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Juhlajulkaisu Antti Jokela 26.1.2005, s. 103–116. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2004.

Kulla, Heikki: Lainkäyttäjän rooleista. Teoksessa Auri Pakarinen – Anna Hyvärinen – Kaijus Ervasti (toim.): Lainvalmistelu, tutkimus ja yhteiskunta. Jyrki Talan Juhlakirja, s. 227–234. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta. Turku 2011.

Kurenmaa, Timo: Sisäpiiritiedon väärinkäyttö. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2003.

Laakso, Seppo: Lainopin teoreettiset lähtökohdat. Tampereen yliopiston laitosten julkaisut, Tampere 2012.

Lagerspetz, Erik: The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions. Kluwer Academic Publisher, Dordrecht 1995.

Lagerspetz, Erik: Vapaat ja järkevät valinnat. Teoksessa Ilkka Niiniluoto – Ilpo Halonen (toim.): Järki, s. 283–296. Helsinki University Press, Helsinki 1997.

Lagerspetz, Erik: Collective Intentions, Legislative Intents, and Social Choice. Teoksessa Arend Soeteman (ed.): Pluralism and Law, s. 375–385. Kluwer Academic Publisher, Dordrecht ym., 2001.

Lagerspetz, Erik: Oikeusvaltion itsepuolustus ja itsetuho. Teoksessa Aulis Aarnio – Timo Uusitupa (toim.): Oikeusvaltio, s. 39–60. Kauppakaari, Helsinki 2002a.

Lagerspetz, Erik: Mitä on rationaalinen valinta? Teoksessa Juha Räikkä (toim.): Filosofia. Käsitteellisen ajattelun perusteita, s. 99–117. Oy UNIpress Ab, Turku 2002b.

Lagerspetz, Erik: Oikeusajattelun vuosisata. Areopagus, Turku 2009.

Lagerspetz, Erik – Ikäheimo, Heikki – Kotkavirta, Jussi (eds): On the Nature of Social and Institutional Reality. University of Jyväskylä, Jyväskylä 2001.

Lagerspetz, Erik – Vihjanen, Simo: Armosta ja oikeudesta. Niin & näin. Filosofinen aikakauslehti 2/1996, s. 28–32.

Lahti, Raimo: Pohjoismaiden kriminaalipolitiikan ajankohtaisia kehityssuuntia. Teoksessa Martti Kairinen (toim.): Jurisprudentia Turkuensis. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1961–1986, s. 232–243. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1986.

Lahti, Raimo: Muuttuva rikollisuus – uudistuva rikosoikeus. Mistä 2000-luvulla rangaistaan ja minkälaisin rikosvastuun edellytyksin? Teoksessa Ari Hirvonen (toim.): Kohti 2000-luvun rikosoikeutta, s. 5–17. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja, Helsinki 1994.

Lahti, Raimo: Rikosoikeudellisesta oikeuslähde- ja lainsoveltamisopista. Teoksessa Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala (toim.): Rikostuomion perusteleminen, s. 100–112. Helsingin hovioikeuden julkaisuja, Helsinki 2006.

Lahti, Raimo: Om den straffrättsliga rättskälle- och tolkningsläran. Teoksessa Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, s. 153–169. Stiftelsen Juridisk Fakultetslitteratur vid Juridiska Fakulteten, Stockholm 2007.

Lahti, Raimo: Poikien ympärileikkaus. Monikulttuurista rikosoikeutta. Teoksessa Janne Porttikivi – Jussi Tiihonen (toim.): Mies väärästä tiedekunnasta. Ari Hirvosen 50-vuotisjuhlakirja, s. 51–67. Loki-Kirjat, Helsinki 2010.

Lahti, Raimo: Rikosoikeuden ultima ratio -periaatteesta ja hallintosanktioiden asemasta. Teoksessa Tatu Hyttinen (toim.): Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012, s. 97–115. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2012.

Lahti, Raimo: Rikosoikeustiede ja rikosoikeuden yleiset opit – kehityssuuntia 1960-luvulta 2010-luvulle. Teoksessa Raimo Lahti (toim.): Rikosoikeuden muutos 1960-luvulta 2010-luvulle. Pekka Koskisen (1943–2011) muistojulkaisu, s. 53–69. Forum Iuris, Helsinki 2013.

Lammenranta, Markus: Tietoteoria. Gaudeamus 1993.

Lappi-Seppälä, Tapio: Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1987.

Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosten seuraamukset. WSLT, Helsinki 2000.

Lappi-Seppälä, Tapio: Rikollisuus ja kriminaalipolitiikka. Forum Iuris, Helsinki 2006.

Lasser, Mitchel: Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de cassation and the United States Supreme Court, s. 1–58. Jean Monnet Working Paper 1/03, NYU School of Law 2003.

Laudan, Larry: Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology. Cambridge University Press, Cambridge 2006.

Launiala, Mika: Seulonta-alkometriin puhaltaminen, itsekriminointisuoja ja niskoittelu. Asiantuntija-artikkeli. Edilex 23/2014, s. 1–12.

Lauterwein, Carl Constantin: The Limits of Criminal Law. A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing. Ashgate, Surrey 2010.

Lavapuro, Juha: Uusi perustuslakikontrolli. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2010.

Lavapuro, Juha: Ihmisoikeuskulttuurin murrokset? Eräitä kvantitatiivisia havaintoja korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä tapahtuneista muutoksista v. 1976–2010. Teoksessa Tatu Hyttinen – Katja Weckström (toim.): Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta, s. 357–368. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2011a.

Lavapuro, Juha: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen noudattamien tulkintaperiaatteiden kansallisesta sovellettavuudesta. Defensor Legis 4/2011 (2011b), s 467–479.

Lavapuro, Juha: Blogikirjoitus: Zyskowiczista, sivilistiprofessoreista ja vähän karavaaneistakin. Perustuslakiblogi, Suomen valtiosääntöoikeudellisen seuran ajankohtaispalsta. Luettu osoitteesta perustuslakiblogi.wordpress.com/2013/05/04/juha-lavapuro-zyskowiczista-sivilistiprofessoreista-ja-vahan-karavaaneistakin (3.3.2014). (Lavapuro 2013)

Legg, Andrew: The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and proportionality. Oxford University Press, Oxford 2012.

Lehtola, Jyrki: Aamulehdessä julkaistu kolumni: Tapaus Halla-aho. Aamulehti 5.12.2008.

Leijonhufvud, Madeleine – Wennberg, Suzanne: Straffansvar. Åttonde upplagan. Norstedts Juridik, Stockholm 2009.

Leiter, Brian: Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue? Public Law & Legal Theory Working Papers No. 320. University of Chicago Law School, Chicago Unbound, 2010.

Lindroos-Hovinheimo, Susanna: Despairing Justice and the Ethics of Legal Interpretation. Helsinki 2011.

Linna, Tuula: Velallisen itsekriminointisuoja konkurssissa – miten ojentautua langettavan ihmisoikeustuomion jälkeen? Defensor Legis 2/2012, s. 249–253.

Llewellyn, Karl: Some Realism about Realism. Harvard Law Review 1931, s. 1222–1263.

Länsineva, Pekka: Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2002.

Länsineva, Pekka: Perusoikeuskeskustelun kriittiset pisteet. Lakimies 2/2004, s. 274–285.

Länsineva, Pekka: Perusoikeusliike. Teoksessa Tatu Hyttinen – Katja Weckström (toim.): Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta, s. 339–355. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2011.

Länsineva, Pekka: Kirja-arvostelu teoksessa Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen. Lakimies 3/2013, s. 528–533.

Löfman, Astrid: Vertailussa perinteinen ja konkurssivelallisen itsekriminointisuoja – Tutkielma konkurssivelallisen itsekriminointisuojan tosiasiallisesta ulottuvuudesta. OTM-tutkielma. Oikeustieteellinen tiedekunta, Turun yliopisto 2014.

MacCormick, Neil: Legal Reasoning and Legal Theory. Clarendon Press, Oxford 1978/2003.

MacCormick, Neil: Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning. Oxford University Press, Oxford 2005/2010.

MacCormick, Neil: Practical Reason in Law and Morality. Oxford University Press, Oxford 2011.

MacCormick, Neil – Summers, Robert S. (eds): Interpreting Statutes. A Comparative Study. Ashgate, Dartmouth 1991/2010.

MacCormick, Neil – Summers, Robert S.: Interpretation and Justification. Teoksessa Neil MacCormick – Robert S. Summers (eds): Interpreting Statutes. A Comparative Study, s. 511–544. Ashgate, Dartmouth 1991/2010.

MacCormick, Neil – Summers, Robert S. (eds): Interpreting Precedents. A Comparative Study. Ashgate, Dartmouth 1997/2010.

Mackie, John: The Third Theory of Law. Teoksessa Marshall Cohen (ed.): Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, s. 161–170. Rowman & Allanheld, New Jersey 1984.

Mackie, John Leslie: The Cement of the Universe. A Study of Causation. Oxford 1974.

Mackie, John Leslie: Causes and Condition. Teoksessa Ernest Sousa – Michael Tooley (eds): Causation, s. 33–55. Oxford 1993.

Makkonen, Kaarle: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyyttinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1981.

Marian, David: The Correspondence Theory of Truth. Teoksessa Edward N. Zalta (ed.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Fall 2013 Edition. Luettu osoitteesta http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/truth-correspondence. (16.6.2014). 2013.

Marmor, Andrei: Law in the Age of Pluralism. Oxford University Press, Oxford Scholarship Online 2009.

Matikkala, Jussi: Tahallisuudesta rikosoikeudessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2005.

Matikkala, Jussi: Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset. Teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg: Keskeiset rikokset, s. 185–275. Edita, Helsinki 2014.

Matravers, Matt: Twentieth-Century Political Philosophy. Teoksessa Dermon Moran (ed.): The Routledge Companion to Twentieth Century Philosophy, s. 883–912. Routledge, London – New York 2008.

McCarthy, Thomas: Practical Discourse: On the Relation of Morality to Politics. Teoksessa Craig Calhoun (ed.): Habermas and the Public Sphere, s. 51–72. MIT Press, Cambridge 1992.

Melan, Mikael: Will and Mechanisms. Suomen Yliopistopaino, Turku 2013.

Melander, Sakari: The Differentiated Structure of Contemporary Criminal Law. Teoksessa Kimmo Nuotio (ed.): Festschrift in Honour of Raimo Lahti, s. 189–206. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki 2007a.

Melander, Sakari: Lainsäätäjä ja oikeuslähdeoppi. Teoksessa Jukka Kultalahti – Risto Nuolimaa (toim.): Oikeus, talous, hallinto: Oikeustieteen päivät 30.–31.8.2007, s. 137–179. Tampereen yliopisto, oikeustieteiden laitos, Tampere 2007b.

Melander, Sakari: Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2008.

Melander, Sakari: Rikosoikeus 2010-luvulla. Forum Iuris, Helsinki 2010a.

Melander, Sakari: EU-rikosoikeus. WSOY, Helsinki 2010b.

Melander, Sakari: Yhdenvertaisuus rikosoikeudessa. Oikeus 2/2011, s. 175–198.

Melander, Sakari: Rikoksen rakenne. Teoksessa Raimo Lahti (toim.): Rikosoikeuden muutos 1960-luvulta 2010-luvulle. Pekka Koskisen (1943–2011) muistojulkaisu, s. 69–88. Forum Iuris, Helsinki 2013.

Merikoski, Veli: Vapaa harkinta hallinnossa. Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta, Helsinki 1958.

Michelman, Frank I.: Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law. Teoksessa Samuel Freeman (ed.): The Cambridge Companion to Rawls, s. 394–425. Cambridge University Press, Cambridge 2008.

Miller, Russell: Rejecting Radbruch: The European Court of Human Rights and the Crimes of the East German Leadership. Leiden Journal of International Law. Vol. 14/2001, s. 653–663.

Minkkinen, Panu: Correct Law. A Philosophy of the Aporetic. Basileus, Helsinki 1998.

Moore, G. E.: The Ethics. Oxford University Press, London 1912/1966.

Moore, Michael S.: Placing Blame. A Theory of Criminal Law. Oxford University Press, Oxford – New York 2008.

Moore, Michael: Causation in the Criminal Law. Teoksessa John Deigh – David Dolinko (eds): The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law, s. 168–193. Oxford University Press, Oxford – New York 2011.

Morse, Stephen J.: New neuroscience, old problems. Teoksessa B. Garland (ed.): Neuroscience and the law: Brain, mind, and the scales of justice, s. 157–198. Dana Press, New York 2004.

Mowbray, Alastair: The Creativity of the European Court of Human Rights. Human Rights Law Review 5(1)/2005, s. 57–79.

Mäkelä, Sauli: Formaalisuus oikeudellisessa prosessissa. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta, Rovaniemi 2002.

Mäkelä, Sauli: Formalismi – oikeuden paholainen? Näkökohtia siitä, mitä formalismilla tarkoitetaan ja voitaisiin tarkoittaa. Teoksessa Sauli Mäkelä (toim.): Oikeusteorian poluilla. Juhlakirja professori Rauno Halttunen, s. 197–219. Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, Rovaniemi 2006.

Mäkinen, Jukka – Saxén, Heikki: Johdanto. Teoksessa Jukka Mäkinen – Heikki Saxén (toim.): John Rawlsin filosofia. Oikeudenmukaisuus moniarvoisessa yhteiskunnassa, s. 7–22. Gaudeamus 2013.

Määttä, Pekka: Rikosasian joutuisa käsittely. Perusoikeus ja tuomarin velvollisuus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2013.

Nelken, David: Critical Criminal Law. Teoksessa Peter Fitzpatrick – Alan Hunt (eds): Critical Legal Studies, s. 105–117. Basil Blackwell, Oxford 1987.

Niemi, Matti Ilmari: Päämäärien valtakunta: konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1996.

Niemi, Matti Ilmari: Oikeuslähteet verkkona – käytännöllinen näkökulma. Teoksessa Sauli Mäkelä (toim.): Oikeusteorian poluilla. Juhlakirja professori Rauno Halttunen, s. 219–240. Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, Rovaniemi 2006.

Niemi, Matti Ilmari: Eksklusiivinen ja inklusiivinen lakipositivismi. Lakimies 5/2013, s. 819–843.

Nieminen, Liisa: Vastaväittäjän 27.9.2013 päivätty lausunto Outi Anttilan väitöskirjasta ”Kohti tosiasiallista tasa-arvoa? Sukupuolisyrjinnän kiellot oikeudellisen pluralismin aikana”. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2013.

Niiniluoto, Ilkka: On the Truth of Norm Propositions. Rechtstheorie. Beiheft 1981, s. 171–180.

Nozick, Robert: Anarchy, state, and utopia. Blackwell, Oxford 1974.

Nuotio, Kimmo: Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1998a.

Nuotio, Kimmo: Perusoikeuksien merkityksestä rikosoikeudessa. Teoksessa Pekka Länsineva – Veli-Pekka Viljanen (toim.): Perusoikeuspuheenvuoroja, s. 137–164. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 1998b.

Nuotio, Kimmo: Oikeuslähteet ja yleiset opit. Lakimies 7–8/2004, s. 1267–1297.

Nuotio, Kimmo: Oikeuslähteet, ”supernormistot” ja ratkaisujen perustelut. Teoksessa Jyrki Tala – Kauko Wikström (toim.): Oikeus – Kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen 2005, s. 127–152. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2005.

Nuotio, Kimmo: Syy ja syyksilukeminen – kausaalisuudesta oikeustieteessä. Teoksessa Heta Gylling – Ilkka Niiniluoto – Risto Vilkko (toim.): Syy, s. 113–130. Gaudeamus, Helsinki 2007.

Nuotio, Kimmo: Rikosoikeudellisesta laintulkinnasta eurooppaoikeudellisten oikeuslähteiden vaikutuspiirissä. Teoksessa Ville Hinkkanen – Leena Mäkipää (toim.): Suomalainen kriminaalipolitiikka. Näkökulmia teoriaan ja käytäntöön. Tapio Lappi-Seppälän juhlakirja, s. 205–228. Forum Iuris, Helsinki 2013a.

Nuotio, Kimmo: Virallisen vastaväittäjän professori Kimmo Nuotion Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama 22.11.2012 päivätty lausunto vähäisin muutoksin (teoksesta Kaarlo Hakamies: Maksukyvyttömyys ja taloudellinen hyöty rikosoikeudessa, Helsinki 2012). Lakimies 2/2013 s. 338–347. (2013b)

Nurmi, Mirja-Leena: Punninta korkeimman oikeuden ratkaisuissa. Teoksessa Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala (toim.): Rikostuomion perusteleminen, s. 200–220. Helsingin hovioikeuden julkaisuja, Helsinki 2006.

Nuutila, Ari-Matti: Syyllisyydestä vastuullisuuteen. Syyllisyysteoreettinen tutkimus. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 1991.

Nuutila, Ari-Matti: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1996.

Nuutila, Ari-Matti: Rikoslain yleinen osa. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1997.

Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 264: Rikollisuustilanne 2012.

Ojala, Timo: Tuomioistuimet rikosoikeuden kehittäjänä. Teoksessa Ville Hinkkanen – Leena Mäkipää (toim.): Suomalainen kriminaalipolitiikka. Näkökulmia teoriaan ja käytäntöön. Tapio Lappi-Seppälän juhlakirja, s. 379–399. Forum Iuris, Helsinki 2013.

Ojanen, Tuomas: Valtiosääntöoikeus kansainvälistymisen kohteena ja välittäjänä. Lakimies 7–8/2014, s. 937–952.

O'Neill, Onora: Constructivism in Rawls and Kant. Teoksessa Samuel Freeman (ed.): The Cambridge Companion to Rawls, s. 347–367. Cambridge University Press, Cambridge 2008.

Outhwaite, William: Habermas. A Critical Introduction. Polity Press, Cambridge 1994.

Paso, Mirjami: Viimeisellä tuomiolla: Suomen korkeimman oikeuden ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkopäätösten retoriikka. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2009.

Paso, Mirjami: Kirja-arvostelu teoksesta Jyrki Virolainen – Petri Martikainen: Tuomion perusteleminen. Lakimies 1/2011, s. 209–212.

Peczenik, Aleksander: Rätten och förnuftet. En lärobok i allmän rättslära. Norstedts Förlag, Stockholm 1986/1988.

Peczenik, Aleksander: Vad är rätt? Om Demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation. Norstedts Juridik 1995.

Peczenik, Aleksander: On Law and Reason. Springer, 1989/2008.

Peczenik, Aleksander – Bergholtz, Gunnar: Statutory Interpretation Sweden. Teoksessa Neil MacCormick – Robert S. Summers (eds): Interpreting Statutes. A Comparative Study, s. 311–357. Ashgate, Dartmouth 1991/2010.

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Talentum, Helsinki 2005.

Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja kansallisen oikeuden kehitys – haittaa vai hyötyä? Lakimies 7–8/2009, s. 1125–1140.

Pellonpää, Matti: Some Thoughts on the Principle of Subsidiarity and Margin of Appreciation. Teoksessa Josep Casadevall – Egbert Myjer – Michael O'Boyle – Anna Austin (eds): In Freedom of Expression. Essays in Honour of Nicolas Bratza. President of the European Court of Human Rights, s. 519–540. Wolf Legal Publishers, Oisterwijk 2012.

Pellonpää, Matti – Gullans, Monica: Zolotukhin-linjaus kansallisten tuomioistuinten koetinkivenä. Defensor Legis 4/2011, s. 412–340.

Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Talentum, Helsinki 2012.

Petman, Jarna: Oikeus ja arvot. Teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.): Oikeuden tuolla puolen, s. 76–94. Kauppakaari, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2002.

Peukunen, Juha-Pekka: Urheilijan rikosoikeudellinen vastuu urheiluloukkauksessa. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Urheiluoikeuden sarja. Turku 2014.

Pietarinen, Juhani: Looginen päättely. Johdatus argumentoinnin ja päättelyn menetelmiin. Käytännöllisen filosofian julkaisuja, Turun yliopisto, Turku 1992.

Pietarinen, Juhani: Ilon filosofia. Spinozan käsitys aktiivisesta ihmisestä. Yliopistopaino, Helsinki 1993.

Pietarinen, Juhani – Poutanen, Seppo: Etiikan teorioita. Käytännöllisen filosofian julkaisuja, Turun yliopisto, Turku 1997.

Pirjatanniemi, Elina: Vihertyvä rikosoikeus. Ympäristökriminalisointien oikeutus, mahdollisuudet ja rajat. Edita Publishing Oy, Helsinki 2005.

Pirjatanniemi, Elina: Kansainvälistyvä rikosoikeus – rangaistusteoreettisia pohdintoja. Lakimies 7–8/2007, s. 1089–1101.

Pirjatanniemi, Elina: Haastavatko ihmisoikeudet Suomen kriminaalipolitiikan. Oikeus 2011/2, s. 154–174.

Pirjatanniemi, Elina: Virallisen vastaväittäjän Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama 12.11.2014 päivätty lausunto vähäisin muutoksin (lausunto annettu väitöskirjasta Pirjola Jari: Dark and bright sides of human rights. Towards pragmatic evaluation, Helsinki 2013). Lakimies 4/2014, s. 621–625.

Platon: Kriton. Teokset I. Suomennos Marianna Tyni. Otava, Helsinki 1999.

Pöyhönen, Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1988.

Radbruch, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. Süddeutsche Juristenzeitung 1946, s. 105–108.

Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie. 8. Auflagen. Koehler, Stuttgart 1973.

Raitio, Juha: Legal Certainty as an Element of Objectivity in law. Teoksessa Jaakko Husa – Mark Van Hoecke (eds): Objectivity in Law and Legal Reasoning, s. 85–108. Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon 2013.

Rankinen, Juho: Miten itsekriminointisuojaan tulisi suhtautua rikosoikeuden systematiikan kannalta? Oikeus 2013/2, s. 212–225.

Rawls, John: Political Liberalism. Columbia University Press, New York, 1993.

Rawls, John: A Theory of Justice. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge ym., 1971/2005.

Raz, Joseph: The Authority of Law. Essays in Law and Morality. Clarendon Press, Oxford 1986.

Renteln, Alison Dundes: International Human Rights: Universalism Versus Relativism. Quid Pro Books, New Orleans, Louisiana 2013.

Richards, David A. J.: Prescriptivism, Constructivism, and Rights. Teoksessa Douglas Seanor – N. Fotion (eds): Hare and Critics. Essays on Moral Thinking, s. 113–128. Clarendon Press, Oxford 1988.

Rosas, Allan: Tolkning- och tillämpningsproblem i mötet mellan nordisk och internationell juridisk metod. Teoksessa Forhandlingerne ved det. 37. Nordiske juristmøde i Reykjavík 18.–20. August 2005. Bind I, s. 317–345 Udgivet af den islendska styrelse, 2005.

Rosenfeld, Michel: Philosophy in Law? A Legal-Philosophical Inquiry. Ratio Juris. Vol. 27 No. 1/*2014*, s. 1–20.

Ross, Alf: On Guilt, Responsibility and Punishment. Tanskasta kääntänyt Alastair Hannay – Thomas E. Sheahan. Stevens and Sons Limited, London 1975.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. Verlag C. H. Beck, München 2006.

Ruggiero, Vincenzo: Penal Abolitionism. Oxford University Press, Oxford 2010.

Rui, Jon Petter: The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's Interpretation of the European Convention of Human Rights? Nordic Journal of Human Rights 1/2013, s. 28–54.

Rytter, Jens Elo: Går Menneskerettighedsdomstolen for vidt? – Fortolkning og retsskabelse i Strasbourg. Juristen 1/2006, s. 9–19.

Räsänen, Syksy: Kolumni: Arjen yksinkertaisuus on suuri mysteeri. Helsingin Sanomat 25.8.2014.

Saccone, Giuseppe: Lezione: La struttura del reato. Pegaso Università Telematica 2006.

Sahavirta, Ritva: Rahanpesu rangaistavana tekona. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2008.

Sajama, Seppo: Mitä arvot ovat? Teoksessa Juha Räikkä (toim.): Filosofia. Käsitteellisen ajattelun perusteita, s. 61–97. Oy UNIpress Ab, Turku 2002.

Sajama, Seppo: Mikä on oikeudellisen argumentaation ja tulkinnan ero? Teoksessa Juho Ritola (toim.): Tutkimuksia argumentaatiosta, s. 83–96. UniPrint, Turku 2012.

Sajari, Petri: Koskelo: Oikeuslaitosta pakko järkeistää. Helsingin Sanomat 16.12.2013.

Scanlon, T. M.: Levels on Moral Thinking. Teoksessa Douglas Seanor – N. Fotion (eds): Hare and Critics. Essays on Moral Thinking, s. 129–146. Clarendon Press, Oxford 1988.

Scheinin, Martin: Oikeustapauskommentti: KKO 2003:107 – Isyys. Isyyden vahvistaminen. Perustuslaki. Perusoikeudet. Yhdenvertaisuus. Lakimies 3/2004, s. 532–543.

Seanor, Douglas – Fotion, N. (eds): Hare and Critics. Essays on Moral Thinking. Clarendon Press, Oxford 1988.

Searle, John R: The Construction of Social Reality. Penguin, London 1996.

Searle, John R.: Free will as a problem in neurobiology. Philosophy 2001/4, s. 491–514.

Searle, John R.: Mind. Oxford University Press, Oxford 2004.

Searle, John R.: Freedom and neurobiology: reflections on free will, language, and political power. Columbia University Press, New York 2007.

Setälä, Maija: Rawls ja deliberatiivisen demokratian teoriat. Teoksessa Jukka Mäkinen – Heikki Saxén (toim.): John Rawlsin filosofia, s. 79–101. Oikeudenmukaisuus moniarvoisessa yhteiskunnassa. Gaudeamus, Helsinki 2013.

Shapiro, Scott J.: The Difference that Rules Make. Teoksessa Brian Bix (ed.): Analyzing Law. New Essays in Legal Theory, s. 33–62. Clarendon Press, Oxford 1998.

Shapiro, Scott J.: Legality. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2011.

Siltala, Raimo: Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma. Onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia? Lakimies 5/2000, s. 671–689.

Siltala, Raimo: H.L.A. Hart oikeusfilosofina. Teoksessa Jarkko Tontti – Kaisa Mäkelä (toim.): Filosofien oikeus 2, s. 131–145. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2001.

Siltala, Raimo: Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2003.

Siltala, Raimo: Oikeudellinen tulkintateoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.

Siltala, Raimo: Oikeudellisen ajattelun perusteet. Turun yliopisto, Turku 2010.
Siltala, Raimo: Law, Truth, and Reason. A Treatise on Legal Argumentation. Springer, Dordrecht 2011.
Simmons, Nigel: Law as a Moral Idea. Oxford University Press, Oxford 2007.
Sinclair, Michael B. W.: Hercules, omniscience, omnipotence, and the right answer. New York Law School Review 2003, s. 447–456.
Singer, Joseph: The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory. The Yale Law Journal. Vol 94 1/1984, s. 1–70.
Spena, Alessandro: Gradualismo nella tripapartizione del reato. Un'analisi critica. Teoksessa Marta Bertolino – Luciano Eusebi – Gabrio Forti (eds): Studi di onore di Mario Romano, s. 1265–1307. Vol. II. Jovene, Napoli 2011.
Spinoza, Baruch: Etiikka. Käänt. ja selitykset laatinut Vesa Oittinen. 3. painos. Gaudeamus, Helsinki 1677/1994.
Stone, Martin: Formalism. Teoksessa Jules Coleman – Scott Shapiro (eds): The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law, s. 167–205. Oxford University Press, Oxford – New York 2004.
Stout, Rowland: Twentieth-Century Moral Philosophy. Teoksessa Dermon Moran (ed.): The Routledge Companion to Twentieth Century Philosophy, s. 851–882. Routledge, London – New York 2008.
Strandbakken, Asbjørn: Uskyldspresumsjonen: "In dubio pro reo". Fagbokforlaget Vigmostad & Børke AS, Bergen 2003.
Stuckenberg, Carl-Friedrich: Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. De Gruyter Recht, Berlin 2007.
Styron, William: Sofien valinta. Käänt. Pentti Lehtinen. Otava 1979/1982.
Strömberg, Rolf: HD och EU-forin – vart är vi på väg. Svensk Jurist Tidning 2014, s. 487–495.
Summers, Robert R. – Taruffo, Michele: Interpretation and Comparative Analyses. Teoksessa Neil MacCormick – Robert S. Summers (eds): Interpreting Statutes. A Comparative Study, s. 461–510. Ashgate, Dartmouth 1991/2010.
Syrjänen, Jussi: Oikeudellisen ratkaisun perusteista. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2008.
Tapani, Jussi: Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2004.
Tapani, Jussi: Hätävarjelun liioittelu – Sekaannusta vai systematiikkaa? Defensor Legis 6/2008, s. 883–892.
Tapani, Jussi: Yrittänyttä ei laiteta? Rikoksen yrityksen rangaistavuus. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 2010.
Tapani, Jussi: Onko rikoksen rakenteella merkitystä? – Itsekriminointisuoja ja rikosoikeuden systematiikka. Defensor Legis 5/2011, s. 581–591.
Tapani, Jussi: Olisiko nyt sanottu viimeinen sana olosuhdetahallisuuden alarajasta? – KKO 2012:66 ja seksuaalipalveluiden ostamisen rangaistavuus. Defensor Legis 5/2012, s. 607–619.
Tapani, Jussi: Onko pyramidipeli rangaistavaa rahankeräystä? Defensor Legis 5/2014, s. 740–751.
Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. Talentum, Helsinki 2008.
Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. 2. uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2013.
Taylor, Charles: Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights. Teoksessa Joanne R. Bauer – Daniel A. Bell (eds): The East Asian challenge for human rights, s. 124–144. Cambridge University Press, Cambridge 1999.
Tiilikka, Päivi: Sananvapaus ja yksilön suoja. Lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen. WSOYpro, Helsinki 2007.

Timmons, Mark: Moral Theory. An Introduction. 2nd Edition. Rowman and Littlefield Publishers, Lanham, Maryland 2013.

Tolonen, Hannu: Oikeuslähdeoppi. WSOY Lakitieto, Helsinki 2003.

Tolonen, Kari: Talousrikossäännösten tulkinta erityisesti velallisen rikoksissa. Poliisiammattikorkeakoulun tutkimuksia 9/2000. Espoo 2000.

Tolvanen, Matti: Tieliikennerikokset ja kriminaalipolitiikka. Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1999.

Tolvanen, Matti: Valikoituja näkökohtia syyttömyysolettamasta. Teoksessa Tatu Hyttinen (toim.): Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012, s. 242–255.Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2012.

Tomlin, Patrick: Extending the Golden Thread? Criminalisation and the Presumption of Innocence. The Journal of Political Philosophy 21 (1) 2013, s. 44–66.

Tomlin, Patrick: Could the presumption of innocence protect the guilty? Criminal Law and Philosophy 8 (2) 2014, s. 431–447.

Tontti, Jarkko: Right and Prejudice – Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law. Helsinki 2002.

Tontti, Jarkko: Alkusanat – oikeus ja filosofia. Niin & näin. Filosofinen aikakauslehti 2/2005, s. 68–69.

Tuori, Kaarlo: Oikeuden rationaalisuus. Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsijoina. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja, Helsinki 1988.

Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. WSLT, Helsinki 2000.

Tuori, Kaarlo: Tuomarivaltio – Uhka vai myytti? Lakimies 6/2003, s. 915–943.

Tuori, Kaarlo: Oikeuden ratio ja voluntas. WSOY, Helsinki 2007.

Tuori, Kaarlo – Lavapuro, Juha: Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus. Teoksessa Pekka Hallberg – Heikki Karapuu – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin – Kaarlo Tuori – Veli-Pekka Viljanen: Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. 2. uudistettu painos, s. 809–829. WSOY, Helsinki 2011.

Turun yliopiston väitöstiedote/Melan 11.4.2013: Ihminen on pakotettu tutkimaan tekemisiään eri näkökulmista. Luettu osoitteesta www.utu.fi/fi/Ajankohtaista/mediatiedotteet/vaitostiedotteet/Sivut/ihminen-on-pakotettu-tutkimaan-tekemisiaan-eri-nakokulmista.aspx (15.4.2013).

Tännsjö, Torbjörn: Understanding Ethics: An Introduction to Moral Theory. Edinburgh University Press 2008.

Ulväng, Magnus: Presumption of Innocence Versus a Principle of Fairness. A Response to Duff. Netherlands Journal of Legal Philosophy 3/2013, s. 205–224.

Unger, Roberto Mangabeira: The Critical Legal Studies Movement. Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) – London 1986.

Uoti, Kari: Euroopan ihmisoikeustuomioistuin – lainkäyttäjä oikeuden tekijänä. Helsingin yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta, julkisoikeuden laitos. Helsinki 2004.

Utriainen, Terttu: Syyllisyys muuttuvana käsitteenä. Historiallis-dogmaattinen ja vertaileva tutkimus syyllisyyskäsitteestä rikoksen rakenteen osana. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1984.

Vihriälä, Helena: Tahallisuuden näyttäminen. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki 2012.

Viljanen, Jukka: The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. Tampere University Press, Tampere 2003.

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSLT, Helsinki 2001.

Viljanen, Veli-Pekka: Perustuslain yhdenvertaisuussäännökset eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytännössä. Teoksessa Erno Anttila – Mikael Koillinen (toim.): Hallinto ja hallintolain-

käyttö. Juhlajulkaisu Heikki Kulla 1950 – 28/8 – 2010, s. 493–514. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2010.

Vincent, Nicole A.: On the Relevance of Neuroscience to Criminal Responsibility. Criminal Law and Philosophy 1/2010, s. 77–98.

Virolainen, Jyrki: Internetissä 31.3.2010 julkaistu kirjoitus ”Tätä kaikki asianosaiset noudattakoot”. Luettu osoitteesta http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/2010/03/239-tata-kaikki-asianomaiset.html (5.2.2013). (Virolainen 2010)

Virolainen, Jyrki: Oikeuskirjallisuus oikeuslähteenä ja tuomion perusteluissa. Lakimies 1/2012, s. 3–32.

Virolainen, Jyrki: Internetissä 15.4.2013 julkaistu kirjoitus ”KKO 2013:27. Näytön arviointi Kolkonjärven tappojutussa”. Luettu osoitteesta http://jyrkivirolainen.blogspot.fi/2013/04/718-kko-201327-nayton-arviointi.html (17.4.2013). (Virolainen 2013)

Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri: Pro & contra. Tuomion perustelemisen keskeisiä kysymyksiä. Talentum, Helsinki 2003.

Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri: Tuomion perusteleminen. Talentum, Helsinki 2010.

Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi: Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I. WSOY Lakitieto, Helsinki 2003.

Virtanen, Jussi: Rikosoikeuden yleiset opit ja oikeuslähdeoppi. Lakimies 6/2004, s. 1048–1071.

Vuorenpää, Mikko: Syyttäjän tehtävät: erityisesti silmällä pitäen syyttäjän yleisestävää vaikutusta. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2007.

Vuorenpää, Mikko: Itsekriminointisuojan tulkinta ja sen vaikutukset todisteluun. Teoksessa Tatu Hyttinen – Katja Weckström (toim.): Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta, s. 585–595. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2011.

Vuorenpää, Mikko: Itsekriminointisuojaa loukaten annetun esitutkintakertomuksen hyödyntämiskielto – KKO 2012:45. Lakimies 1/2013, s. 138–146.

Weinrib, Ernest J.: Corrective Law. Oxford University Press, Oxford 2012.

Wegner, Daniel M.: The illusion of conscious will. MIT Press, Cambridge 2002.

Wersäll, Fredrik: En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning. Svensk Jurist Tidning 2014, s. 1–8.

Wiklund, Ola: Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok? Svensk Jurist Tidning 2014, s. 335–347.

Wikström, Kauko: Oikeuskäytännön tulkinnasta. Erittely oikeusnormien soveltamistoiminnasta esitettävien väitteiden teoreettisista perusteita ja oikeuskäytännön rakenteesta. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1979.

von Wright, Georg Henrik: Norm and Action. A Logical Enquiry. Routledge & Kegan Paul, London 1963.

von Wright, Georg Henrik: Explanation and Understanding. Cornell University Press, Ithaca, New York 1971.

von Wright, Georg Henrik: Filosofisia tutkielmia. Käänt. Heikki Nyman – Tauno Nyberg – Jyrki Uusitalo. Kirjayhtymä, Helsinki 1985.

Wróblewski, Jerzy: Ontology and Epistemology of Law. RIFD 1973, s. 832–860.

Wróblewski, Jerzy: Justification of Legal Decisions. Teoksessa Aulis Aarnio (ed.): Meaning and Truth in Judicial Decision, s. 49–70. Helsinki 1983.

Wróblewski, Jerzy: The Judicial Application of Law. Kluwer Academic Publisher, Dordrecht – Boston – London 1992.

Young, James O.: The Coherence Theory of Truth. Teoksessa Edward N. Zalta (ed.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Summer 2013 Edition. Luettu osoitteesta http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/truth-coherence (30.5.2014). 2013.

VIRALLISLÄHTEET

Hallituksen esitykset

HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
HE 22/1994 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle telekuuntelua ja -valvontaa sekä teknistä tarkkailua koskevaksi lainsäädännöksi.
HE 184/1999 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle yksityisyyden, rauhan ja kunnian loukkaamista koskevien rangaistussäännösten uudistamiseksi.
HE 80/2000 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle menettämisseuraamuksia koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
HE 222/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.
HE 223/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle pysäköinninvalvontaa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
HE 19/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta.
HE 58/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi.
HE 216/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta.

Komiteamietinnöt

KM 1976:72 Rikosoikeuskomitean mietintö. Oikeusministeriö, Helsinki 1976.
KM 2003:3 Tuomioistuimen kehittämiskomitean mietintö. Oikeusministeriö, Helsinki 2003.

Lakialoitteet

LA 39/2013 vp. Lakialoite: Laki rikoslain 17 luvun muuttamisesta (Halla-aho, Jussi / ps ym.).

Lakivaliokunnan mietinnöt

LaVM 28/2002 vp. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

Perustuslakivaliokunnan mietinnöt ja lausunnot

PeVL 2/1990 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä n:o 22/1989 ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä.

PeVM 25/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
PeVL 23/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.
PeVL 19/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä televisio- ja radiotoimintaa koskevaksi lainsäädännöksi.
PeVL 10/2000 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä rikollisjärjestön toimintaan osallistumisen säätämisestä rangaistavaksi.
PeVL 22/2001 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä arpajaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
PeVL 20/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi turvallisuuden edistämistä yleisillä paikoilla koskevien säännösten uudistamiseksi.
PeVL 40/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi ajoneuvolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi.
PeVL 31/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
PeVL 48/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä terrorismia koskeviksi rikoslain ja pakkokeinolain säännöksiksi.
PeVL 13/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
PeVL 26/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi rikoslain 17 luvun, kokoontumislain ja järjestyksenvalvojista annetun lain 8 §:n muuttamisesta.
PeVL 57/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä pysäköinninvalvontaa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
PeVL 68/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä lahjontaa koskevan Euroopan neuvoston rikosoikeudellisen yleissopimuksen lisäpöytäkirjan ja yleissopimukseen tehdyn varauman peruuttamisen hyväksymisestä sekä laiksi lisäpöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja laiksi rikoslain muuttamisesta.
PeVL 16/2013 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laeiksi rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta.
PeVM 6/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle rikoslain 20 luvun muuttamisesta.
PeVL 56/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laiksi rikoslain 20 luvun 8 §:n muuttamisesta.

Muut virallislähteet

Oikeusministeriön julkaisuja 41/2014. Oikeudenmukainen, avoin ja luottamukselle rakentuva yhteiskunta. Oikeusministeriön hallinnonalan tulevaisuuskatsaus 2014.
Oikeusministeriön julkaisuja 47/2014. Seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäyttö. Lausuntotiivistelmä.
Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 1/2015. Korkeimpien oikeuksien organisatorinen yhdistäminen – Hyötyjen ja haittojen arviointi.
Sisäasianministeriön julkaisuja 26/2010. Kerjäämisen kieltämistä selvittävä työryhmä. Alustava selvitys.

MUUT LÄHTEET

Collins English Dictionary. HarperCollins, Glasgow 2011.
Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen HUDOC-tietokanta, http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c.
Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kotisivuston maakohtaiset tilastot (Country profiles), http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=#n1347951547702_pointer.
IAAF Competition Rules 2014–2015.
Prison Policy Initiative -sivuston tietokanta, http://www.prisonpolicy.org/.
United Nations Office on Drugs and Crime -sivuston tietokanta, http://www.unodc.org/.

Lyhenteet

art.	artikla
BverfG	Bundesverfassungsgericht
FIDE	Fédération Internationale pour le Droit Européen
Finlex	Valtion säädöstietopankki
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 18–19/1990)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EOA	eduskunnan oikeusasiamies
ETL	esitutkintalaki (22.7.2011/805)
EU	Euroopan unioni
HD	Högsta domstolen
HE	hallituksen esitys
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
HUDOC	Human Rights Documentation
IAAF	International Association of Athletics Federations
INUS	insufficient but non-redundant parts of a condition which is itself unnecessary but sufficient for the occurrence of the effect
I-SHO	Itä-Suomen hovioikeus
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKO	korkein oikeus
KM	komiteamietintö
KonkurssiL	konkurssilaki (20.2.2004/120)
KP-sopimus	Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 7–8/1976)
LA	lakialoite
LaVM	lakivaliokunnan mietintö
OK	oikeudenkäymiskaari (1.1.1734/4)
OPTL	Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	perustuslakivaliokunnan mietintö
PKL	pakkokeinolaki (22.7.2011/806)
PL	perustuslaki (11.6.1999/731)
RL	rikoslaki (19.12.1889/39)
ROL	laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa (11.7.1997/689)
T.k.n.a.	Tätä kaikki asianosaiset noudattakoot
VaaHO	Vaasan hovioikeus
vp	valtiopäivät
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

Kuviot

Kuvio 1. Rikostunnusmerkistön rajat s. 13
Kuvio 2. Rikoslain soveltaminen perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti s. 14
Kuvio 3. Tutkimuksen oikeustieteellinen paikannus s. 22
Kuvio 4. Syyksiluettavuuden rikosnormatiiviset kriteerit s. 66
Kuvio 5. Aarnion näkemys oikeuslähteiden velvoittavuudesta s. 145
Kuvio 6. Ratkaisuperusteiden relevanssi luettaessa teko vastaajan syyksi s. 156
Kuvio 7. Ratkaisuperusteiden relevanssi jätettäessä teko lukematta vastaajan syyksi s. 165
Kuvio 8. Rikostunnusmerkistön ydinalue, harmaa alue ja ulkopuolinen alue s. 199
Kuvio 9. Syyllisyysratkaisun ulottuvuudet s. 271
Kuvio 10. Kiperän syyksilukevan tuomion legitimiteetti s. 384

1 Johdanto

1.1 JOHDATUS AIHEESEEN

Kuvitelkaamme, että istumme oikeustieteen johdantokurssilla. Tuota pikaa meille opetetaan, ettei oikeudellisiin kysymyksiin ole olemassa yhtä oikeaa ratkaisua. Tämän jälkeen luennoitsija kertoo, että tärkeintä on taito argumentoida. Tällä hän todennäköisesti viittaa paitsi juristille tarpeelliseen taitoon argumentoida oman näkemyksensä puolesta myös tuomareiden velvollisuuteen perustella ratkaisunsa. Pian kuulija oppii, että oikeudellisen taidon ytimessä on kyky esittää oikeudellisia argumentteja oman näkemyksensä tueksi. Taitavin on se, joka osaa perustella omat johtopäätöksensä uskottavasti. Varmuuden vuoksi luennoitsija toistaa, ettei kiperiin oikeustapauksiin ole olemassa vain yhtä oikeaa ratkaisua vaan enemmän tai vähemmän juridisesti perusteltuja ratkaisuvaihtoehtoja.

Rikosoikeudellisesti arvioiden oikeustieteen johdantokurssit ovat kritiikille alttiita. Ratkaistaessa syyllisyyskysymystä ratkaisuvaihtoehtoja on kaksi, mutta oikeusvaltiossa vain toinen niistä voi olla oikea. Oikeusvaltion idea ei episteemisesti eikä moraalisesti taivu siihen, että henkilö voisi saman teon tai tekemättä jättämisen perusteella olla lain mukaan syytön ja syyllinen, vaan hän on syytön tai syyllinen.[1]

Sitä, onko tuomioistuimen syyllisyysratkaisu normatiivisesti arvioiden oikea, ei voida todentaa empiirisesti. Tällainen verifioimattomuus ei kuitenkaan tarkoita sitä, että voisimme luopua yhden oikean syyllisyysratkaisun olettamasta.[2] Oikeusvaltiossa tuomareilla on syyllisyyskysymyksissä sekä ratkaisupakko että velvollisuus ratkaista tämä kysymys siten, että ratkaisu perustuu voimassa olevaan oikeuteen. Jos olettaisimme, että syyllisyysratkaisuun voi lain mukaan olla

---

[1] Vastaavasti myös Lagerspetz 2009 s. 167. Rikosoikeudellisesti yksi oikea ratkaisu hahmottuu seuraavasti: jos ja vain jos teko on lain mukaan rangaistava, lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan vahingoksi. Sen sijaan jos teko ei ole lain mukaan rikos, lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi.

[2] Yhden oikean syyllisyysratkaisun olettama on erotettava rikosprosessuaalisen kirjallisuuden kestoteemasta eli aineellisen totuuden saavutettavuutta koskevasta keskustelusta. Tiivistetysti ero on seuraava: yhden oikean syyllisyysratkaisun olettama perustuu väitteeseen, ettei henkilö voi olla lain mukaan saman teon perusteella syytön ja syyllinen (normatiivinen ulottuvuus). Sen sijaan prosessualistit ovat kiinnostuneita syyllisyysratkaisun empiirisestä ulottuvuudesta ja erityisesti siitä, voidaanko oikeudenkäynnissä aineellinen totuus alistaa prosessuaaliselle totuudelle. Prosessuaalisesta tematiikasta ks. Ervo 2012 s. 2–13; Huovila 2003 s. 165–169.

kaksi yhtä pätevää ratkaisua, puhe oikeusturvasta ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuudesta muodostuisi mielettömäksi.

Näin ollen on kyseenalaista opettaa, että tuomioistuinten syyllisyysratkaisut eivät kiperissä tapauksissa ole oikeita tai vääriä. Jos lähtisimme siitä, ettei syyllisyysratkaisuihin ole yhtä oikeaa ratkaisua, tuntemamme oikeusvaltio lakkaisi olemasta. Toisaalta vaikka yhden oikean syyllisyysratkaisun olettama on oikeusvaltiollinen välttämättömyys, se sisältää lukuisia ontologisia, metodologisia ja epistemologisia pulmia. Pohjimmiltaan nämä pulmat juontuvat siitä, etteivät etukäteen säädetyt rikostunnusmerkistöt kykene vangitsemaan eletyn elämän nyansseja. Vaikka kieli on ovelaa ja taipuu monenlaisiin tulkintoihin, todellisuus on aina ovelampi. Tämän vuoksi on vaikeaa tehdä ero tuomarin oikeudellisen ja ei-oikeudellisen harkinnan välillä. Vaikka lain mukaan tuomarin on ratkaistava syyllisyyskysymykset siten kuin voimassa oleva laki käskee, paikoittain on vaikeaa – ellei jopa mahdotonta – sanoa, mikä on voimassa olevan oikeuden perusteella kiellettyä ja mikä sallittua. Haastavuutta lisää se, ettei olemassa ole sellaista normia, joka asettaisi eri suuntaan viettäviä ja keskenään ristiriitaisia ratkaisuperusteita keskinäiseen etusijajärjestykseen.

Rikosoikeudellisesti tämä problematiikka muodostuu erityisen kiperäksi sellaisissa tapauksissa, joissa tuomari joutuu ratkaisemaan syyllisyyskysymyksen perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti. Tällaisissa tilanteissa vaikeuskerrointa lisää perus- ja ihmisoikeuksien kaksinaisluonne. Yhtäältä ne ovat oikeusjärjestyksen tärkeimpiä normeja. Toisaalta ne ylittävät oikeuden ja moraalin välisen rajalinjan edustaessaan liberaalissa demokratiassa tärkeiksi koettuja arvoja. Näin ollen perus- ja ihmisoikeussensitiivistä syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin on avattava rikoslakipositivismia tavalla, joka ei hevin istu rikosoikeudelliseen traditioon. Kysymys on modernin demokraattisen oikeusvaltion asettamasta haasteesta. On vaikea turvata perustavanlaatuiset oikeudet (sisältö) sekä syyllisyysratkaisuissa korostuneet oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus (muoto).

Rikosoikeusteoreettisesti ainoaksi varteenotettavaksi vaihtoehdoksi jää häilyminen sitoumuksen ja kyynisyyden välimaastoissa. Tämä edellyttää niin tuomarilta kuin rikosoikeuden tutkijaltakin idealismia ja realismia, naiiviutta ja tosiasioiden tunnustamista. Luottamusta siihen, että syyllisyyskysymykset voidaan ratkaista oikein ja tietoa siitä, että yksi oikea ratkaisu voi olla vain tavoittamaton ideaali. Tätä samaa paradoksia heijastavat myös oikeustieteen johdantokurssin opetukset. Yhtäältä ne ovat oikeusvaltion vastaisia, toisaalta ne ovat myös rikosoikeudellisesti välttämättömiä.

Vaikka edellä sanottu voi kuulostaa oikeuskäytännölle vieraalta, kysymys ei ole vain oikeusteoreettisesta problematiikasta. Ongelman käytännöllisestä luonteesta saa kuvan tarkastelemalla korkeimman oikeuden ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen viimeaikaisia ratkaisuja.

Oikeuskäytäntö. Tapauksessa KKO 2013:100 television pääuutislähetyksessä ja kahdessa muussa samana päivänä esitetyssä uutislähetyksessä oli kerrottu poliisin tutkimista vakavista talousrikoksista. Epäilyihin oli liitetty yritystoimintaa harjoittavat puolisot, ja uutisessa oli esitetty toisen puolison kuva ja nimi. Myöhemmin epäillyistä talousrikoksista oli osassa tehty syyttämättäjättämispäätös, ja oikeuteen asti edenneet syytteet tuomioistuin hylkäsi. Tämän jälkeen tapetille nousi se, oliko uutisoinnissa syyllistytty törkeään kunnianloukkaukseen ja yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämiseen. Ratkaisussa ristesivät sananvapaus ja rikoslaki.[3]

Ratkaisussa KKO 2013:15 kihlakunnanvouti oli panemassa täytäntöön päätöstä, jonka mukaan lapsen tuli asua äitinsä luona. Tehtävänsä suorittamiseksi kihlakunnanvouti oli ottanut vastaanhangoittelevasta lapsesta ja tämän repusta kiinni ja yrittänyt irrottaa lapsen otetta porraskaiteesta. Lapsen isä oli poliisille tekemässään tutkintapyynnössä ja esitutkinnassa väittänyt, että ulosottomies olisi riuhtonut, kiskonut ja repinyt lasta niin, että tälle oli aiheutunut vammoja. Syyttäjä päätti jättää syytteen nostamatta, koska rikoksesta ei ollut näyttöä. Asia ei päättynyt tähän, ja lopulta korkein oikeus joutui ratkaisemaan, oliko isä esittäessään jossain määrin liioiteltuja ja värittyneitä väitteitä virkamiehen epäasianmukaisesta menettelystä toiminut muuten kuin vilpittömässä mielessä lapsensa oikeuksien valvomiseksi, vai oliko hän syyllistynyt väärään ilmiantoon (RL 15:6) ja kunnianloukkaukseen (RL 24:9). Ratkaisussa ristesivät oikeus arvostella viranomaisen toimintaa, lapsen etu sekä oikeus olla joutumatta perusteettomien syytösten kohteeksi.

Ratkaisussa KKO 2010:74 seurakunnan tiloissa oli järjestetty naispappeuteen kielteisesti suhtautuneen yhdistyksen tilaisuus, jonka järjestämisestä paikallisyhdistyksen puheenjohtaja A oli sopinut seurakunnan kanssa. Papiksi vihitty B, joka ei toiminut seurakunnan papin virassa, oli saapunut pitämään saarnan tilaisuutta edeltäneeseen seurakunnan järjestämään jumalanpalvelukseen. Seurakunnan papin virassa ollut C oli määrätty hoitamaan jumalanpalvelus. Ennen jumalanpalvelusta A ja B olivat vakaumuksensa perusteella tehneet selväksi, ettei C naispappina voi yhdessä B:n kanssa osallistua jumalanpalvelukseen. Tämän jälkeen C oli poistunut kirkosta. Korkein oikeus joutui ratkaisemaan, olivatko A ja B syyllistyneet rikoslain tarkoittamaan syrjintään (RL 11:9). Ratkaisussa ristesivät syrjinnän kielto, yhdenvertaisuus ja uskonnon- ja omantunnonvapaus.

Ratkaisussa KKO 2009:27 A:lle langetettiin tuomio törkeästä velallisen petoksesta (RL 39:3), koska hän oli henkilökohtaisessa konkurssissaan pesäluette-

---

[3] Sananvapauden ja rikoslain leikkauspisteissä on 2010-luvulla operoitu myös ratkaisuissa KKO 2013:70; KKO 2013:69; KKO 2013:50; KKO 2012:58; KKO 2011:101; KKO 2011:72; KKO 2011:71; KKO 2010:88; KKO 2010:39.

lon vannomisen yhteydessä jättänyt ilmoittamatta omaisuuttaan. Samassa asiassa B oli tuomittu törkeästä kätkemisrikoksesta (RL 32:2), koska hän oli osallistunut A:n omaisuuden häivyttämiseen. Muutamaa kuukautta myöhemmin ratkaisussa KKO 2009:80 korkein oikeus purki ratkaisussa KKO 2009:27 A:lle antamansa tuomion, koska A:lla oli itsekriminointisuojan perusteella ollut oikeus kieltäytyä täyttämästä tiedonantovelvollisuuttaan. Tämän jälkeen B vaati, että myös hänen tuomionsa on purettava, koska olemassa ei ollut sellaista lainvoimaista syyksilukevaa esirikosta, johon perustuvaa omaisuutta hän olisi voinut häivyttää. Ratkaisussa KKO 2010:41 korkein oikeus hylkäsi B:n purkuhakemuksen ja näin ollen B:n syyksiluettu törkeä kätkemisrikos jäi lainvoimaiseksi. Ratkaisukokonaisuudessa ristesivät rikoslaki, itsekriminointisuoja ja rikosoikeudellinen systematiikka.[4]

Ratkaisussa KKO 2008:93 A oli vienyt reilun neljän vuoden ikäisen poikansa lääkärille ympärileikattavaksi uskonnollisista syistä. Korkein oikeus joutui ratkaisemaan, oliko A syyllistynyt pahoinpitelyyn (RL 21:5) tai pahoinpitelyn yllytykseen (RL 5:5). Ratkaisussa ristesivät oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, lapsen oikeudet, perhe-elämän suoja sekä uskonnon ja omantunnon vapaus.

Ratkaisussa Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012)[5] Euroopan ihmisoikeustuomioistuin joutui ottamaan kantaa siihen, oliko laillisuusperiaatetta rikottu rikoslain tulkinnalla sellaisessa uudentyyppisessä tilanteessa, jota ei kyetty ratkaisemaan rikoslain sääntöjen ja aikaisemman oikeuskäytännön perusteella.[6] Ratkaisussa Karttunen v. Suomi (10.5.2012)[7] Euroopan ihmisoikeustuomioistuin sen sijaan arvioi taiteilijan sananvapauden ja lapsipornografian välistä suhdetta (RL 17:18).[8]

---

[4] 2010-luvulla itsekriminointisuoja on ollut tapetilla myös ratkaisuissa KKO 2014:67; KKO 2013:25; KKO 2013:2; KKO 2012:35; KKO 2012:16; KKO 2012:5; KKO 2011:46. Vaikka kaikissa tapauksissa on rikosoikeudellinen ulottuvuus, osassa ratkaisuissa itsekriminointisuojan sisältämä problematiikka hahmottuu pikemminkin rikosprosessuaalisena kuin rikosoikeudellisena ongelmana.

[5] Ks. erityisesti perustelujen kohdat 44–45.

[6] 2010-luvulla myös korkein oikeus on useassa ratkaisussa ottanut kantaa siihen, minkälaisen sijan laillisuusperiaate jättää rikoslain tulkinnalle. Ks. KKO 2014:7, kohta 9; KKO 2013:50, kohta 19; KKO 2013:12, kohdat 11–16; KKO 2011:28, kohdat 13–17; KKO 2010:79, erityisesti kohta 12; KKO 2010:42, kohdat 9–11; KKO 2010:14, kohta 4; KKO 2010:7, kohdat 13–14.

[7] Ks. erityisesti perustelukohta 3.

[8] Sananvapauden ja suomalaisen rikoslain välistä suhdetta ihmisoikeustuomioistuin on tarkastellut erityisesti journalistisesta näkökulmasta. Seuraavissa – 2010-luvulla annetuissa ratkaisuissa – ihmisoikeustuomioistuin totesi, että rikoslakia soveltamalla ei loukattu sananvapautta: Pentikäinen v. Suomi (4.2.2014); Ruusunen v. Suomi (14.1.2014); Ojala ym. v. Suomi (14.1.2014); Ruokanen ym. v. Suomi (6.4.2010). Sen sijaan seuraavissa ratkaisuissa ihmisoikeustuomioistuin totesi, että rikoslakia soveltamalla loukattiin sananvapautta: R. ja K. v. Suomi (29.10.2013); Lahtonen v. Suomi (17.1.2012); Reinboth ym. v. Suomi (25.1.2011); Niskasaari ym. v. Suomi (6.7.2010); Soila v.

Kaikkia edellä mainittuja oikeustapauksia yhdistää se, että niissä on ollut epäselvää, mitä rikoslaki täsmällisesti ottaen kieltää ja mitä perus- ja ihmisoikeudet sallivat tai valtiovallalta edellyttävät. Asiasta on vallinnut epätietoisuus käräjäoikeudessa, hovioikeudessa ja korkeimmassa oikeudessa, ja epäilemättä myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa, joka jo lähtökohtaisesti on kritiikille altis taho tekemään päätöksiä, jotka ovat luonteeltaan syyllisyysratkaisuja.[9] Ei siis ole ihme, että niin kotimaisissa kuin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuissa tuomarit ovat joutuneet ottamaan kantaa siihen, mitä vastaajan oikeusturvalla ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuudella tarkoitetaan.[10]

Perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyysratkaisut ovat hankalia. Usein näissä tapauksissa on kysymys arvoristiriidasta, paikoittain jopa kulttuurisesta arvoristiriidasta. Tämän vuoksi korkeimmasta oikeudesta on tullut entistä selvemmin arvoristiriitoja ratkaiseva ennakkopäätöstuomioistuin myös syyllisyyskysymyksissä. Perus- ja ihmisoikeusargumentaation myötä oikeudelle on siirtynyt valtaa, joka on perinteisesti kuulunut lainsäätäjälle.[11] Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella tuo valta on ollut tuomioistuimen perustamisesta lähtien.

Oikeusteoreettisesti kysymys on siitä, että olemme rikosoikeudessa siirtymässä kohti sellaista sääntöskeptisismiä, josta Markku Helin kirjoitti oikeuskulttuurin muutoksen kynnyksellä jo 1980-luvun lopussa.[12] Väitöskirjansa johtopäätöksissä Helin toteaa, että sääntöskeptisismin myötä siviilioikeuteen on pesiytynyt joustavia oikeusohjeita, minkä seurauksena korkeimman oikeuden ja myös hovioikeuksien painoarvo on kokenut uudenlaisen tulemisen.[13]

Suomi (6.4.2010); Tuomela ym. v. Suomi (6.4.2010); Flinkkilä ym. v. Suomi (6.4.2010); Jokitaipale ym. v. Suomi (6.4.2010).

9 On tietenkin sinänsä virheellistä kutsua ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja syyllisyysratkaisuiksi. Toisaalta todetessaan, onko jokin kiperä syyllisyysratkaisu ihmisoikeuksien mukainen tai vastainen, ihmisoikeustuomioistuin tosiasiassa ottaa kantaa siihen, onko asiassa oikeudellisesti arvioiden syyllistytty rikosoikeudellisesti kiellettyyn toimintaan vai ei. Näin ollen ihmisoikeustuomioistuimen argumentti, jonka mukaan sen tehtävä ei ole tutkia yksilöiden syyllisyyttä (ks. Kasymakhunov ja Saybatalov v. Venäjä 14.3.2013, kohta 79; Streletz, Kessler, Krenz v. Saksa 22.3.2001, kohta 51), ei täsmällisesti ottaen pidä paikkaansa.

10 Ihmisoikeustuomioistuimen rikoslain soveltamisen ennakoitavuusvaadetta koskevista ratkaisuista ks. esim. Martirosyan v. Armenia (5.2.2013, erityisesti kohdat 56–57); Kasymakhunov ja Saybatalov v. Venäjä (14.3.2013, erityisesti kohdat 76–78); Del Río Prada v. Espanja (21.10.2013, erityisesti kohdat 91–93); Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012, erityisesti kohdat 41–52); Moiseyev v. Venäjä (9.10.2008, erityisesti kohdat 234–244).

11 Kotimaisesta tuomarivaltiokeskustelusta ks. Aarnio 2002 s. 1–12, erityisesti s. 7–12; Tuori 2003 s. 915–943; Länsineva 2004 s. 274–285, erityisesti s. 278–282; Tuori 2007 s. 249–275; Melander 2008 s. 18. Ruotsissa tuomarivaltiokeskusteluun ovat viime vuosina osallistuneet myös tuomari ja asianajajat. Ks. Wersäll 2014 s. 1–8; Wiklund 2014 s. 335–347.

12 Helin 1988.

13 Helin 1988 s. 426.

Nyttemmin reilun parin vuosikymmenen jälkeen voidaan todeta, että myös rikosoikeudessa tuomarien asema on korostunut. Tuomarien tehtävänä ei ole katsoa vain taaksepäin, vaan tarvittaessa rikoslakia on sovellettava reaktiivisesti. Tällainen kehityskulku ei ole vain hyvä asia. Siinä missä siviilioikeudessa kohtuullisuusargumentit voivat puoltaa paikkaansa, rikosoikeudessa keskeistä on oikeusvarmuus ja lainkäytön ennakoitavuus. Näin ollen alun perin siviilioikeudellisten sääntöjen riittämättömyydestä, ristiriitaisuudesta ja sisällöllisestä tyhjyydestä kummunnut sääntöskeptisismi ei sellaisenaan ole siirrettävissä rikosoikeudelliseen kontekstiin, olkoonkin, että nykyään tätä projektia jatketaan normatiivisesti elegantimmin perus- ja ihmisoikeusargumentaatioon tukeutuen. Eivätkä ongelmat tyhjene tähän.

Perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyysratkaisuissa myös tuomioistuinten oma valta on relatiivista. Tällaisessa kontekstissa sitovien syyllisyysratkaisujen antaminen on hankalaa. Tapauksille on ominaista, että ne ovat korostuneen yksittäistapauksellisia. Näin ollen korkeimman oikeuden ratkaisuilla tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen argumentaatiolla on oikeuskäytäntöä ohjaavaa merkitystä, mutta ei loputtomasti. Arvoristiriidat elävät ajassa ja paikassa. Tämän vuoksi tuomarit, toimivatpa he ali- tai ylioikeudessa, kansallisessa tai ylikansallisessa tuomioistuimessa, joutuvat ratkomaan perus- ja ihmisoikeusherkkiä syyllisyyskysymyksiä askel askeleelta, tapaus tapaukselta. Tämän on myös korkeimman oikeuden presidentti Pauliine Koskelo selväsanaisesti todennut.[14] Näin ollen tutkimukselle, jossa tarkastellaan perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemista, on oikeuskäytännölliset perusteet.

Oikeustiede. Rikosoikeus on perus- ja ihmisoikeussensitiivinen oikeudenala kahdesta syystä. Ensinnäkin jokaiselle kuuluvat perus- ja ihmisoikeudet edellyttävät turvakseen rikosoikeuden. Toisaalta säätämällä toiminnallisia rajoitteita ja langettamalla rangaistuksia valtio rajoittaa ja loukkaa yksilöiden perus- ja ihmisoikeuksia.

Paradoksi on ilmeinen. Rikosoikeuden tehtävä on turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen,[15] ja tämän tehtävän toteuttaminen edellyttää perus- ja

---

[14] Ks. Pauliine Koskelon yleisönosastokirjoitus Helsingin Sanomissa 5.11.2009. Koskelon mukaan on väärin ajatella, että vastuu perustavanlaatuisten oikeuksien valvonnasta lankeaisi yksin korkeimmalle oikeudelle, vaan kysymys on koko oikeusjärjestelmän toiminnasta. Helsingin Sanomien haastattelussa joulukuun 16. päivänä 2013 Koskelo muistuttaa, että tuomareiden on jatkuvasti oltava perillä siitä, mitä vaatimuksia mm. ihmisoikeudet lainsoveltamiselle asettavat. Ks. Koskelo 2009 ja Sajari 2013.

[15] Ks. PeVL 16/2013 vp s. 2. Kyseissä kohdassa todetaan, että rikoslainsäätäjän on huolehdittava siitä, että perus- ja ihmisoikeuksissa turvatut oikeushyvät myös suojataan tehokkaasti. Ks. myös PeVL 6/2014 vp s. 2; PeVL 13/2004 vp s. 2; HE 309/1993 vp s. 53.

ihmisoikeuksien rajoittamista.[16] Ambivalenttius on luettavissa myös monista perus- ja ihmisoikeuksista, joissa ensiksi annetaan vapaus ja tämän jälkeen perusteet kyseisen vapauden rajoittamiselle. Lainsäädännöllisesti tällaista ambivalenssia voidaan pitää välttämättömänä, koska perus- ja ihmisoikeuksien tulee jättää sija kulloisenkin yhteiskuntakehityksen edellyttämille toimenpiteille.[17] Poliitikot päättävät rajoituksista ja tuomarit vastaavat siitä, että rajoituksia rikkoneet tuomitaan ennalta sovittujen pelisääntöjen mukaisesti asianmukaisiin rangaistuksiin.

Sallitun ja kielletyn – eli syyttömyyden ja syyllisyyden – välisessä rajavedossa ei ole mitään uutta. Kiperät rikosoikeustapaukset ovat tuomioistuinten arkipäivää, ja ratkaisupakon alla tuomarit joutuvat tekemään vaikeita rajanvetoja. Kiperimmilleen tämä rajanveto pingottuu kuitenkin silloin, kun tuomarit joutuvat pohtimaan, mitä perus- ja ihmisoikeudet sallivat ja minkälainen toiminta perus- ja ihmisoikeuksien perusteella voidaan – ja pitää – kieltää.

Perinteisesti ajattelemme, ettei rikoslailla voida rajoittaa sellaisia vapausoikeuksia, jotka turvataan perus- ja ihmisoikeuksissa. Perus- ja ihmisoikeuksien vahvistumisen myötä tämä problematiikka voidaan hahmottaa myös käänteisesti. Tällöin kysymme, voivatko perus- ja ihmisoikeudet velvoittaa tuomaria poikkeamaan vakiintuneesta ratkaisulinjasta vastaajan vahingoksi.[18] Esimerkiksi jos vakiintunut ratkaisulinja mahdollistaa asianomistajan perus- ja ihmisoikeuksien toistuvan loukkaamisen, tuomarille voi muodostua perus- ja ihmisoikeuksiin perustuva velvollisuus muuttaa vakiintunutta ratkaisulinjaa – olkoon, että tällainen olettama on vaikeasti yhteen sovitettavissa vastaajan oikeusturvan ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuuden kanssa.[19]

Tuomioistuimissa kohdakkain voivat asettua syytetyn ja asianomistajan perus- ja ihmisoikeudet, mutta dilemma voi aktualisoitua myös yksilön ja yhteiskunnan välillä. Suojataanko syytetyn sananvapautta vai asianomistajan kunniaa? Suojataanko yksilön poliittisia oikeuksia vai kansanryhmää? Painottuvatko vaakakupissa yksilön oikeudet vai yhteiskuntamoraali, rauha ja yleinen turvallisuus?[20]

---

[16] Ks. PeVL 56/2014 vp s. 2. Kyseisessä kohdassa todetaan, ettei kriminalisoinneilla saa loukata perus- ja ihmisoikeuksia. Ks. myös PeVL 6/2014 vp s. 3.

[17] Myös perustuslakivaliokunta on antanut useita lausuntoja, joiden mukaan rikoslainsäätäjän harkintavaltaa perusoikeuskysymyksissä ei voida liikaa rajoittaa. Ks. esim. PeVL 56/2014 vp s. 2; PeVL 68/2010 vp s. 4. Aiheesta tarkemmin Viljanen 2010 s. 495–499.

[18] Elina Pirjatanniemi on nostanut esille sen varsin mielenkiintoisen kysymyksen, missä määrin perus- ja ihmisoikeudet edellyttävät rikoslain aktiivista käyttöä. Pirjatanniemen kysymyksen takana on pohdinta siitä, haastavatko perus- ja ihmisoikeudet pohjoismaisen rationaalisen ja humaanin kriminaalipolitiikan, jossa perus- ja ihmisoikeuksille on jätetty lähinnä rikoslain käyttöä rajaava funktio. Ks. Pirjatanniemi 2011 s. 154–174.

[19] Tähän problematiikkaan palaan luvussa 5.3.

[20] Eurooppalaisittain uudella tavalla yksilön oikeuksien ja yleisen turvallisuuden välinen dilemma nousi esille EU-tuomioistuimen yhdistelmäratkaisussa (joined cases) C-293/12 ja C-594/12

Perus- ja ihmisoikeussensitiiviset harkintatilanteet voidaan luokitella kahteen päätyyppiin.[21] Yhtäältä harkintatilanne voi aktualisoitua julkisen vallan ja yksityisen välisessä suhteessa (vertikaalinen tilanne). Toisaalta harkintatilanne voi aktualisoitua kahden yksilön välillä (horisontaalinen tilanne).[22] Pekka Länsineva on kiinnittänyt huomiota siihen, että monet harkintatilanteet voivat olla myös monimuotoisia, eli ne voivat samaan aikaan sisältää vertikaalisen ja horisontaalisen ulottuvuuden.[23]

Puhuttaessa syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta Länsinevan huomio on erityisen relevantti. Syyllisyyskysymyksissä aktualisoituvaa perus- ja ihmisoikeusulottuvuutta ei voida teoreettisesti hahmottaa puhtaasti vertikaalisesti tai horisontaalisesti, vaan kysymys on nimenomaan moniulotteisesta kokonaisuudesta. Tämä perustuu siihen, että ratkaisussa on sovitettava yhteen tekijän, potentiaalisen uhrin ja valtiovallan näkökannat.[24]

Lisäksi voidaan väittää, että oikeusvaltiolliseen rikosoikeuteen on sisäänkirjoitettu sekä horisontaalinen että vertikaalinen ulottuvuus: Yhtäältä yksilöillä on vastavuoroinen oikeus luottaa siihen, etteivät toiset yksilöt loukkaa heidän oikeuksiaan (horisontaalinen ulottuvuus). Toisaalta oikeusvaltiossa yhteiselon turvaamisvelvollisuus sekä rikosoikeudellinen reagointioikeus tapahtuneisiin oikeudenloukkauksiin on yksinomaan valtiovallalla (vertikaalinen ulottuvuus).

Poissuljettua ei ole sekään, että tuomarit joutuvat harkitsemaan perus- ja ihmisoikeusdogmin asettamia rajoitteita rikosoikeuden yleisille opeille.[25] Edellyttääkö perus- ja ihmisoikeusmatriisi sitä, että joissakin poikkeustapauksessa humalatilalle pitäisi antaa merkitystä tahallisuusarvioinnissa?[26] Minkälaisia rajoitteita

---

(8.4.2014). Ratkaisussa Euroopan unionin tuomioistuin totesi pätemättömäksi direktiivin, jossa teleoperaattorit velvoitettiin tallentamaan teletunnistetiedot määräajaksi (Data Retention Directive). Tuomioistuimen mukaan terrorismi ja vakavan rikollisuuden torjuminen ei oikeuta valvomaan kansalaisia mielivaltaisesti. Käytännössä tuomioistuin asetti yksilön oikeudet ja erityisesti yksityisyyden suojan viranomaisten toimivallan edelle. Vaikka yksilön oikeudet on joulukuusta 2009 alkaen turvattu myös Euroopan unionin perusoikeuskirjassa, on huomauttava, että Euroopan unionin tuomioistuin on varsin harvoin ottanut kantaa jonkin säädöksen pätevyyteen perus- ja ihmisoikeuksien perusteella. Tapauksen voidaankin väittää puhuvan perus- ja ihmisoikeussensitiivisyyden lisääntymisen puolesta.

[21] Länsineva 2002 s. 133.

[22] Esim. Tuori 2007 s. 249.

[23] Länsineva 2002 s. 133–135, erityisesti s. 133. Ks. myös Alexy 2002 s. 351–352.

[24] Ks. Nuotio 2005 s. 137–138. Tämänkaltaisesta tematiikasta (joskaan ei rikosoikeudellisin tarkoitusperin) ks. myös Alexy 2002 s. 351–352.

[25] Perus- ja ihmisoikeuksien vaikutuksesta eri oikeudenalojen yleisiin oppeihin ks. Ojanen 2014 s. 948–949.

[26] Perinteisesti Suomessa humalatilaa ei oteta huomioon tahallisuusarviossa. Sen sijaan Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisussa B 2130-11 (16.9.2011) otettiin huomioon oikeuskulttuurinen muutos ja viitattiin Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkitykseen syyllisyysperiaatteen ja tahallisuuden sisältöä täsmennettäessä. Ks. HD B 2130-11, kohta 24.

sananvapaus asettaa journalistin selonottovelvollisuudelle?[27] Tai ylipäätään, mikä on perustuslaissa ja ihmisoikeussopimuksissa turvatun laillisuusperiaatteen täsmällinen merkitys rikoslaintulkinnassa? Missä määrin laillisuusperiaate esimerkiksi sallii rikostunnusmerkistön ulkopuoliset huolellisuusstandardit?

> Viime vuosina pinnalle on noussut myös perus- ja ihmisoikeuksien vaikutus rikosoikeudelliseen systematiikkaan.[28] Ajankohtainen esimerkki on itsekriminointisuoja. Perinteisesti ihmisoikeustuomioistuin on suhtautunut varsin nuivasti siihen, että henkilö pakotetaan suoraan tai kiertoteitse edesauttamaan oman syyllisyytensä selvittämistä. Sen sijaan rikosoikeudellisesti arvioiden on kiistanalaista, onko itsekriminointisuoja tunnusmerkistön mukaisuuden poistava tekijä, oikeudenvastaisuuden poistava tekijä vai tekijän syyllisyyden poistava tekijä. Valitulla vastausvaihtoehdolla on merkittäviä heijastevaikutuksia rikosoikeudelliseen vastuullisuuteen. Todetessamme, että itsekriminointisuoja poistaa teon tunnusmerkistön mukaisuuden tai oikeudenvastaisuuden, päätekijän mahdollista avunantajaa ei voida tuomita rangaistukseen. Sen sijaan jos itsekriminointisuoja koskee vain tekijää – eli tekee teosta anteeksiannettavan – itsekriminointisuoja ei koidu potentiaalisen avunantajan hyväksi.[29]

Kysymykset ovat vaikeita. Rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien vuorovaikutusta voidaankin kutsua viha-rakkaussuhteeksi. Toisen läheisyys tunnustetaan, mutta liika läheisyys tuntuu mahdottomalta. Pohjimmiltaan tämän ongelman ydin on syvällä antiikissa, muodon ja sisällön yhteensovittamisessa. Muodossa tai toisessa tämä ongelma on piinannut länsimaista oikeusajattelua erilaisissa taitekohdissa, joissa pintaan ovat nousseet kysymykset laista ja oikeudenmukaisuudesta. Hyvän esimerkin tarjoaa Ranskan vallankumous, jonka jälkimainingeissa rikoslain soveltaminen sidottiin lakiin.[30] Tuolloin muodollinen oikeudenmukaisuus koettiin oikeudenmukaisimmaksi vaihtoehdoksi.

Toisen maailmansodan jälkeen sähköistynyt kansainvälinen keskustelu ihmisten perustavanlaatuisista oikeuksista on pohjimmiltaan vastausyritys nimenomaan muodon ja sisällön väliseen ongelmaan. Tavoitteena on ollut, että perus- ja ihmisoikeuksia painottamalla voidaan moraali palauttaa oikeuteen, mutta ilman, että meidän tarvitsee luopua laista ja lakisidonnaisuudesta. Silmänkääntö-

---

[27] Johannes Koskenniemi on Turun yliopistossa vuonna 2013 tarkistetussa tutkielmassaan osoittanut, että olosuhdetahallisuuden sisältö määrittyy herjaustyyppisissä kunnianloukkauksissa nimenomaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella. Ks. Koskenniemi 2013.

[28] Tästä tematiikasta ks. luku 3.3 sekä ko. luvussa mainitut lähteet.

[29] Tästä problematiikasta ks. esim. Tapani 2011 s. 581–591, erityisesti s. 588–590. Ks. myös tämän tutkimuksen luku 3.3 sekä ko. luvussa mainitut lähteet.

[30] Frände 2012 s. 28; Backman 2003a s. 23. Perusteellisesti rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta ks. Frände 1989.

temppuna on toiminut perus- ja ihmisoikeuksien kodifioinnin korostaminen. Tällä on pyritty alleviivaamaan sitä, että perustavanlaatuiset oikeudet ovat vain osa kirjoitettua juridiikkaa – tai kuten sanonta kuuluu, institutionalisoitua moraalia.[31]

Joissakin puheenvuoroissa on myös esitetty, että perus- ja ihmisoikeudet lisäävät sisällöllisen oikeudenmukaisuuden ohella myös oikeusorgaanien päätöksenteon normatiivisuutta. Normatiivisuuden on väitetty lisääntyneen niin lainsäädännössä kuin lainsoveltamisessakin. Tällaiseen olettamaan sisältyy, ettei tuomarin tarvitse avoimissa harkintatilanteissa ammentaa oikeuden ulkopuolelta, koska päätöksenteon normatiiviset perusteet voidaan johtaa perus- ja ihmisoikeusmatriisista.

Perus- ja ihmisoikeussensitiivisen lainsoveltamisen korostaminen on ylevä päämäärä, mutta se haastaa modernin positiivisen oikeuden itsenäisyyden. Tähän on syynä perus- ja ihmisoikeuksien paradoksaalinen luonne.[32] Ne ovat oikeudellisen normihierarkian kuninkaita, mutta samalla ne ammentavat moraalisesta argumentaatiosta. Tällainen pitämisen ja olemisen maailman rajoilla oleminen ei voi olla aiheuttamatta ongelmia lakipositivistisille oikeudenaloille kuten rikosoikeudelle.

Mieltäni onkin jo pidemmän aikaa painanut seuraava kysymys: kuinka perus- ja ihmisoikeusargumentaatio on sovitettavissa lakipositivistiseen traditioon ja etenkin rikosoikeudessa korostuneisiin oikeusturva- ja ennakoitavuusvaateisiin? Tämä kysymys on tärkeä, koska lakipositivistisen tradition nimenomainen tehtävä on turvata rikoslainkäytön formalistisuus, eli se, ettei syyllisyyskysymyksiä ratkaista mielivaltaisesti. Siinä missä siviilioikeudellisten sääntöjen soveltamisessa on jätetty tilaa sisällölliselle argumentaatiolle, rikoslain soveltamisessa – ja etenkin syyllisyyskysymyksen ratkaisemisessa – sisällöllinen oikeudenmukaisuus on selvimmin alistettu muodolle. Täten rikoslain soveltaminen eroaa olennaisesti monien muiden oikeudenalojen sääntöjen soveltamisesta.[33]

Rikosoikeudessa korostunutta formalismia tukevat monet seikat. Ensinnäkin, kuten esimerkiksi Immanuel Kant, Hans Kelsen, Claus Roxin ja monet muut tunnetut filosofit ja oikeusteoreetikot ovat todenneet, pohjimmiltaan rikoslain tehtäviin kuuluu luoda riittävän ennustettavat puitteet yhteiskuntaelämälle. Toiseksi formalismilla on elimellinen yhteys yleisprevention mekanismiin, jonka päällä modernin mannermaisen rikosoikeuden legitimiteetti pääasiallisesti lepää. Kolmanneksi Montesquieun hahmotteleman vallan kolmijako-opin moderni versio edellyttää, että moraaliset ja yhteiskuntapoliittiset haasteet ratkaistaan lain-

---

31 Hyttinen 2011 s. 251.
32 Nuotio 2005 s. 132.
33 Frände 2012 s. 30 ja 46; Tapani – Tolvanen 2013 s. 100–101.

säädäntöprosessissa, ja rikoslainsoveltajien tehtäväksi jää säädettyjen lakien neutraali toimeenpano. Neljänneksi formalismi on paras tae mielivaltaa vastaan. Soveltamalla rikoslakia neutraalisti ja ennalta sovittujen pelisääntöjen mukaisesti julkinen valta takaa sen, että kansalaiset ovat laillistetun väkivaltakoneisten edessä yhdenvertaisessa asemassa. Tämä taas takaa sen, ettei tuomioistuinten legitimiteettiä jatkuvasti kyseenalaisteta eikä jatkuvasti läsnä oleva uhka luonnontilasta aktualisoidu – ei ainakaan niin helposti kuin sellaisissa yhteiskunnissa, joissa julkinen valta ei ole lakiin sidottu.[34]

Oikeudellinen formalismi ja sen kritiikki ovat olleet toisen maailmansodan jälkeen oikeusteoreettisen kirjallisuuden keskeisiä teemoja.[35] Keskustelua on käyty sekä mannereurooppalaisen että anglosaksisen oikeuskulttuurin piirissä. Kritiikki, joka on kummunnut lakien ristiriitaisuudesta, oikeussääntöjen kielellisestä avoimuudesta ja yksittäisten oikeussääntöjen sisällöllisestä hyväksyttävyydestä, on pakottanut oikeusteoreetikot kehittelemään entistä sofistikoituneempia laintulkinnan ja -soveltamisen teorioita. Pyrkimyksenä on ollut luoda toimintamalleja, joilla oikeusturva ja lainsoveltamisen ennakoitavuus voitaisiin taata, vaikka kriitikot ovat tarjonneet hyvän perusteen epäillä lain rationaalisuutta ja yleisemminkin lakipositivismin kestävyyttä. Vaikka näitä teorioita on pyritty kehittelemään normatiiviselta pohjalta, mukaan on jouduttu ottamaan arvoargumentteja. Tämä on taas johtanut siihen, että formalismiin takautuva periaate yhdestä oikeasta ratkaisusta on kategorisesti kielletty, ja puhe ratkaisujen oikeellisuudesta on korvattu puhumalla tuomioiden hyväksyttävyydestä.

Toistaiseksi mannereurooppalaiset rikosoikeustieteilijät ovat pysyneet sivussa tästä keskustelusta. Laillisuusperiaatteen ja korostuneen oikeusturvavaatimuksen vuoksi rikoslakia sovellettaessa on periaatteellisesti vaikea hyväksyä avartunutta oikeuslähdeoppia, arvoarvostelmia ja etenkin sitä, että syyllisyysratkaisun episteeminen oikeellisuus sijaistetaan tuomion hyväksyttävyydellä. Ihanne on loogisen syllogismin kaapuun puettu formalismi, joka ei jätä sijaa lainsoveltajan henkilökohtaisille preferensseille eikä väärille tuomioille.[36]

Sanottua ei ole tarkoitettu kritiikiksi, pikemminkin päinvastoin. Kansalaisilla on oikeus odottaa, että tuomioistuimet tuntevat rikoslain ja ratkaisevat syyllisyyskysymykset siten kuin laki käskee. Pohjimmiltaan formalismi ja sen käsitepari lakipositivismi ovat rikoslain soveltamisen välttämätön taustateoria. Monella tapaa kuvaavaa on, että rikosoikeudellisissa puheenvuoroissa lakipositivismiin ei ole suhtauduttu yhtä nihkeästi kuin monilla muilla oikeudenaloilla, joissa –

---

[34] Ks. Lagerspetz 2002 s. 50.

[35] Oikeudellista formalismia koskevasta keskustelusta ks. Stone 2004 s. 166–205. Kotimaisesta keskustelusta ks. etenkin Mäkelä 2002.

[36] Ks. Hyttinen 2011 s. 253–256 sekä kyseisten sivujen alaviitteissä mainitut lähteet.

oikeusjärjestyksen periaatteellistumisen myötä – lakiin sitoutuminen on koettu muinaisjäänteeksi.[37] Lakipositivismilla on kuitenkin heikkoutensa.

Ensinnäkin, vaikka lakipositivismissa, kuten ylipäätään positiivisessa oikeudessa, lähdetään siitä, että laki on laki, niin laki ei voi olla vain sitä, mitä lainsäätäjä toteaa sen olevan, koska laki toteaa sen, ketkä ovat lainsäätäjiä.[38] Tällainen kehäajattelu on filosofisesti kestämätön, mutta tässä yhteydessä voimme sivuuttaa sen olankohautuksella. Suomessa eduskunta säätää lait ja tuomioistuinten tehtävä on ratkaista niiden eteen tuotuja oikeustapauksia siten kuin laki määrää. Vakavampi ongelma jää kuitenkin jäljelle.

Ylivoimaisesti suurin osa rikosoikeustapauksista on sellaisia rutiinijuttuja, joissa tuomarin on helppo seurata lain kirjainta. Tyyppiesimerkkejä ovat rattijuopumukset ja monet muut tieliikennerikokset, joissa syyllisyysratkaisujen tekeminen on logiikan harjoittamista. Sen sijaan kiperille rikosoikeustapauksille on ominaista, ettei tuomari tarkkaan ottaen tiedä, mitä rikoslaki määrää. Tunnusmerkistön sanamuodot voivat olla avoimia, epämääräisiä ja moniselitteisiä. Mitä tarkoittaa velallisen maksukyvyttömyys (RL 39:1)? Mitä tarkoittaa terroristisessa tarkoituksessa toimiminen (esim. RL 34a:1) tai sellainen jumala, jota ei saa pilkata (RL 17:10)?

Kiperille oikeustapauksille on ominaista, että teon tunnusmerkistönmukaisuudesta vallitsee epäselvyys. Tällaisissa tilanteissa näyttö voi olla täsmällinen ja riittävä, mutta tunnusmerkistön sanamuoto ei suoraan kerro, onko kysymyksessä kielletty vai sallittu teko. Esimerkkinä voidaan mainita talousrikokset, joissa kielletyn ja sallitun välinen rajanveto toimintaympäristössä, joka jatkuvasti saa uusia muotoja, on aiheuttanut päänvaivaa tuomareille ja tutkijoille.[39]

Talousrikoksissa, kuten pörssikurssien vääristämisessä ja velallisrikoksissa, kysymys tunnusmerkistönmukaisuudesta ei aina ratkea ensisilmäyksellä – tai kuten joskus sanotaan, juridisella intuitiolla. Tällöin apua joudutaan etsimään tunnusmerkistön ulkopuolelta, jolloin esimerkiksi kriminaalipoliittiset tavoitteet, liiketaloustieteelliset realiteetit tai oikeustieteelliset kannanotot voivat saada merkitystä rikostunnusmerkistön sovellustilanteessa.[40] Tällainen argumentatiivinen aineisto ei ole lainsäätäjän asettamaa, mutta sen relevanssia ei tyypillisesti kiistetä. Pikemminkin ajatellaan, että kysymys on välttämättömästä ja rikosoi-

---

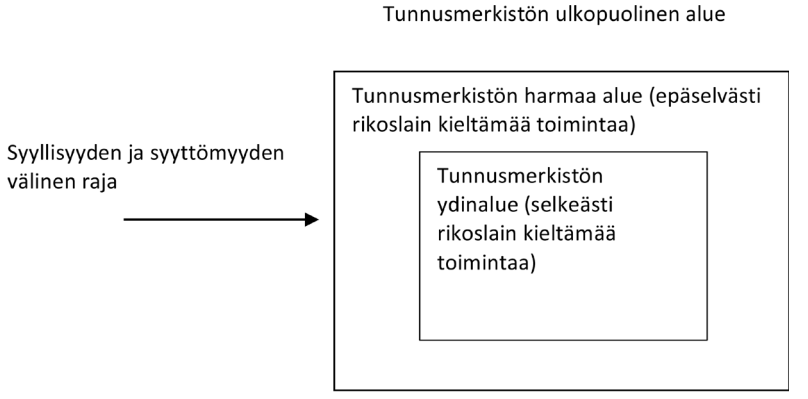
[37] Lahti 2006 s. 107.

[38] Kaarlo Tuori on kutsunut tällaista kehää oikeusvaltion paradoksiksi. Ks. Tuori 2007 s. 245. Ks. myös Lagerspetz 2009 s. 192; Tolonen 2003 s. 30–31.

[39] Kotimaisesta keskustelusta ks. Tolonen 2000; Tapani 2004 s. 69–86; Koponen 2004, etenkin s. 11–36; kokoavasti Lahti 2006 s. 100–112; Knuts 2010 s. 65–189. Oikeudenalan laintulkinta- ja soveltamisopista ks. myös Pirjatanniemi 2005 s. 275–285; Frände 2012 s. 46–56; Hakamies 2012, etenkin s. 21–33; Tapani – Tolvanen 2013 s. 93–143.

[40] Tästä problematiikasta ks. Knuts 2010.

keudelle ominaisesta rikoslain merkityssisällön tulkinnasta. Tällöinkin keskiössä on tunnusmerkistön sanamuoto, jonka merkityssisältöä pyritään tulkinnallisin metodein täsmentämään. Tällaisia perinteisiä kiperiä rikosoikeustapauksia voidaan havainnollistaa seuraavasti:



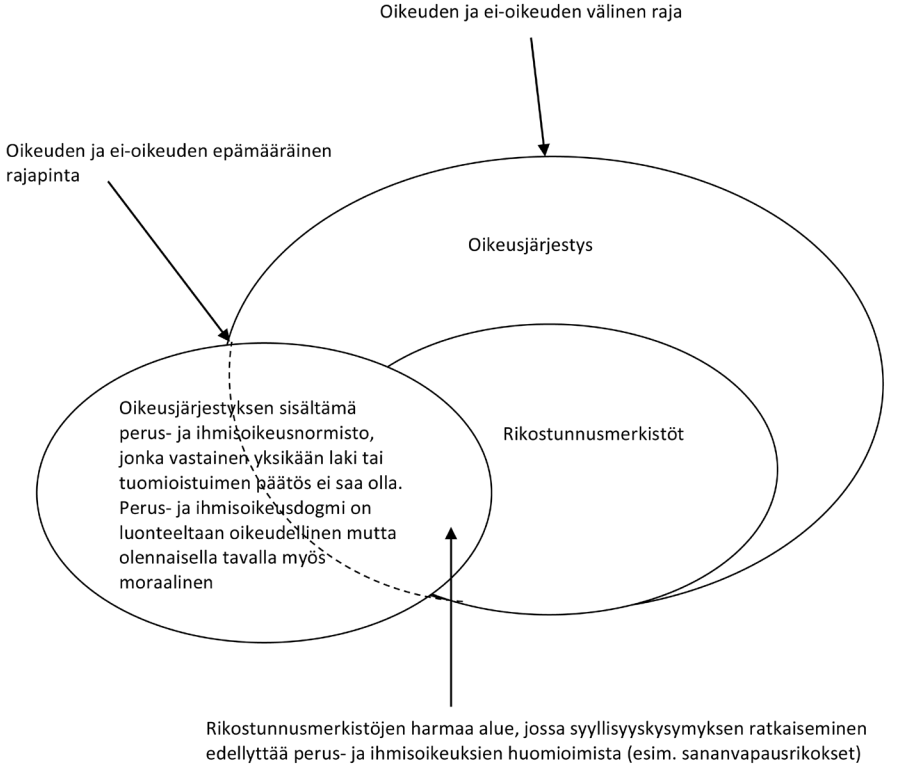
Kuvio 1. Rikostunnusmerkistön rajat.

Kiperissä tapauksissa tuomari operoi harmaalla alueella, mutta viime kädessä harmaalla alueellakin on rajansa. Harmaa alue voi sisältää harkinnanvaraisen arvoelementin, mutta tunnusmerkistönmukaisuus johdetaan rikosoikeudellisesti relevantaista ratkaisuperusteista. Käytännössä tämä tarkoittaa lainsoveltamista, jossa argumentatiivisesti turvaudutaan lain esitöihin ja aikaisempaan oikeuskäytäntöön, joskus alioikeuksissa jopa institutionaalisesti riidanalaisiin ratkaisuperusteisiin, kuten oikeustieteelliseen kirjallisuuteen.

Rikostunnusmerkistöjen merkityssisältöjen joustavuudesta on vuosien varrella keskusteltu, mutta pysyvä käsitys on, ettei tunnusmerkistön harmaata aluetta voida teleologisella lainsoveltamisella loputtomasti laventaa, olipa tarkoitus kuinka hyvä tahansa. Näin ollen rikosoikeuden sanamuodot asettavat syyksiluettavuudelle ehdottomat rajat. Sanarajoja ei voida todentaa empiirisesti, harvoin myöskään käsitteellisesti, mutta sanarajoja ei voida pitää vain teoreettisena fiktiona. Tietyllä tapaa ne ovat oikeusvaltion olemassaolon reunaehdot. Tämän vuoksi rikoslain soveltamisessa sanarajasäännöstä on vaikea irtaantua. Jos sanoja ja niiden rajoja ei otettaisi vakavasti, se johtaisi mielivaltaan.

Vaikka rikostunnusmerkistöjen kielellisyys aiheuttaa päänvaivaa tuomareille, kiperimmilleen kysymys rikoslain velvoittavuudesta asettuu sellaisissa tapauk-

sissa, joissa tuomari joutuu luopumaan rikostunnusmerkistön sanoista ja/tai rikosoikeuden yleisten oppien vakiintuneista käytänteistä. Tällöin herää kysymys, miten ohjata tuomarin harkintaa ja päätöksentekoa tilanteessa, jossa syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen on perinteisen rikosoikeudellisen argumentaation tuolla puolen. Ongelma aktualisoituu nimenomaan silloin, kun rikoslakia sovelletaan perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti. Tällaisissa tilanteissa rikostunnusmerkistön sanamuoto voi johtaa lopputulokseen, joka ei välttämättä ole sopusoinnussa perus- ja ihmisoikeusdogmin kanssa. Tätä ongelmaa voidaan mallintaa seuraavalla kuviolla:



Kuvio 2. Rikoslain soveltaminen perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti.

Kuviota ei ole tarkoitettu liian vakavasti otettavaksi. En väitä, että se mallintaa oikeusjärjestystä todenmukaisesti. Esimerkiksi perus- ja ihmisoikeusnormisto ei ole oikeusjärjestyksen alalaidan ilmiö vaan koko oikeusjärjestyksen ylikäyvä mitta. Kuvion tarkoituksena on vain karkeasti kuvata sitä, että perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä ongelmana ei ole yksin se, miten

tuomarin pitää suhtautua väljiin ja tulkinnanvaraisiin rikoslain sääntöihin. Pikemminkin ongelmana on se, että lakipositivistisesta traditiosta on haastavaa vastata siihen, miten tuomarin pitäisi suhtautua perus- ja ihmisoikeuksiin, joiden luonne on juridis-moraalinen. Tällaisessa tilanteessa kysymys ei ole vain rikoslain sanamuodon merkityssisällön täsmentämisestä, vaan jopa rikoslain moraalisista rajoista. Toteamallani tavalla perus- ja ihmisoikeuksien luonteeseen kuuluu, että ne toimivat modernin oikeuden varaventtiileinä, jotka tarvittaessa ammentavat vaadittavan jouston staattiseen oikeusjärjestykseen oikeuden tuolta puolen.

Näin ollen on realistista todeta, että perus- ja ihmisoikeuksien voimistuessa formalismin uhkana on sen arkkiviholinen, antiformalismi. Rikoslain sanamuotoihin takertuminen ei sellaisenaan sovellu perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyysratkaisun ohjenuoraksi. Viimeistään nyt tämä ongelma on otettava vakavasti, koska viimeisen kymmenen–kahdenkymmenen vuoden aikana rikosoikeutemme on valtiosääntöistynyt tavalla, jota voidaan jopa kansainvälisesti pitää erityislaatuisena.

Vaikka tämä muutos on Suomessa tiedostettu, toistaiseksi keskustelu perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaisemisesta on ollut takaalalla. Toistaiseksi kiinnostuksen kohteena on ollut kysymys rikoslailla säätämisen rajoista, ja modernissa muodossaan tämä kysymys on kuulunut, missä määrin perus- ja ihmisoikeudet asettavat rajoitteita (ja velvoitteita) rikoslainsäätäjälle.[41]

Vaikka nämä puheenvuorot ovat olleet hedelmällisiä ja tärkeitä, keskustelu perus- ja ihmisoikeuksien merkityksestä rikoslakia säädettäessä ei yksinään riitä. Rikosoikeus on aina oikeutettava, ja modernissa oikeusvaltiossa justifikaatio edellyttää, että yksilöiden perus- ja ihmisoikeudet huomioidaan paitsi lainsäädännössä myös lainsoveltamisessa.[42] Tätä tukee myös se, että perus- ja ihmisoikeuksien viimekätinen toteuttamisvelvollisuus on nimenomaan tuomioistuimilla. Myöskään systemaattinen rikosoikeus ei voi lähteä siitä, että perus- ja ihmisoikeuksilla on suuri merkitys lainsäädännössä, mutta lainsoveltamisessa samantyyppinen argumentaatio sivuutetaan. Jos modernin rikosoikeuden oikeutus pyritään mahdollisimman tyhjentävästi palauttamaan perus- ja ihmisoikeuksiin,[43]

---

[41] Ks. Viljanen 2001; Melander 2008. Kehityskulku, jossa perus- ja ihmisoikeuksien merkitys on lisääntynyt rikoslakia säädettäessä, on luettavissa myös perustuslakivaliokunnan ratkaisukäytännöstä 1990-luvun lopulta alkaen. Vaikka perustuslakivaliokunnan mukaan lainsäätäjällä on kriminaalipoliittista liikkumavaraa, kriminalisoinneista päätettäessä on kuitenkin huomioitava ne rajoitukset, joita perus- ja ihmisoikeudet rikoslainsäätäjälle asettavat. Ks. PeVL 23/1997 vp s. 2–3; PeVL 20/2002 vp s. 6; PeVL 56/2014 vp s. 2. Ks. myös PeVL 16/2013 vp s. 2 käytännön esimerkkinä siitä, kuinka perus- ja ihmisoikeusargumentaatio rajoittaa rikoslainsäätäjän lainsäädännöllistä valtaa.

[42] Lahti 2012 s. 100–102. Samoin Alexy 2009 s. 14. Rikosoikeuden justifikaatioketjusta ks. myös Hirvonen 2006 s. 51–66.

[43] Rangaistusjärjestelmän perusoikeusherkkyydestä sekä siitä, missä määrin yksittäiset oikeushyvät on palautettavissa perusoikeuksiin ks. Melander 2008 s. 346–351.

tämä edellyttää justifiointiketjun katkeamattomuutta lainsäädännöstä lainsoveltamiseen.[44]

Raflaavimmillaan on jopa esitetty, että perustuslain 22 §:ssä määrätyn perus- ja ihmisoikeussensitiivisyysvaateen sivuuttaminen tuomioistuimissa olisi sellaista tuomariaktivismia tai tuomarivaltiollistumista, jota ei demokratiassa voida hyväksyä.[45] Tällöin ideana on, että toteutettaessa perus- ja ihmisoikeuksia tuomarit eivät kaappaa lainsäätäjän valtaa, mutta rikkoessaan perustuslain velvoitetta turvata perus- ja ihmisoikeudet (PL 22 §), tuomarit eivät noudata lainsäätäjän tahdosta pyhintä ja täten halveksivat demokratiaa.[46]

Vaikka tällainen väite on – silmänkääntötemppuna – oivaltava, on syytä muistaa, että perus- ja ihmisoikeushegemonia on kohtalaisen tuore ilmiö suomalaisessa oikeusajattelussa. Oikeusteoreettisesti kysymys on nimenomaan lakipositivismin liudentumisesta, eikä tällainen liudentuminen ole sanelemalla yhdistettävissä suomalaiseen oikeuskulttuuriin, jossa lakipositivismi on historiallisesti otettu varsin vakavasti. Ajatelkaamme esimerkiksi sananvapauden ja rikoslain välistä kollisiota.

Tätä problematiikkaa voidaan lähestyä joko perus- ja ihmisoikeuspainotteisesti tai rikosoikeuspainotteisesti. Jos valitsemme ensin mainitun, sanomme, ettei rikoslailla voida rajoittaa sellaista vapautta, joka turvataan perus- ja ihmisoikeuksissa. Tällöin pohdimme ensisijaisesti sitä, kuinka laajan sanomisen vapauden sananvapaus kattaa. Jos valitsemme jälkimmäisen vaihtoehdon, hahmotamme ongelman rikosoikeussystemaattisesti. Tällöin voimme todeta, että tietyntyyppiset lausumat täyttävät rikostunnusmerkistön, mutta teko ei välttämättä ole oikeudenvastainen. Tällainen harkinta muistuttaa läheisesti rikosoikeudellista oikeudenvastaisuusarviota, jossa pohditaan, voiko sinänsä tunnusmerkistön täyttävä teko olla jollakin oikeuttamisperusteella sallittu.

Vaikka näiden lähestymistapojen välinen ero on hiuksenhieno, katsontakanta-erolla on vaikutusta henkilöiden asenteeseen. Ne, jotka hahmottavat asian perus- ja ihmisoikeuslähtöisesti, ovat taipuvaisempia sivuuttamaan rikoslain kirjaimen. Toisaalta ne, jotka hahmottavat ongelman rikosoikeuslähtöisesti, ovat taipuvai-

---

[44] Lahti 2012 s. 101; Hirvonen 2006 s. 51–66. Aikaisemmin kriminalisointiperiaatteita koskeva keskustelu pohjautui selkeästi moraalifilosofiaan ja kriminaalipolitiikkaan. Ks. Lahti 2012 s. 100–101. Viime vuosina rikoslainsäätäjälle on kuitenkin pyritty asettamaan myös perus- ja ihmisoikeuksiin pohjautuvia oikeudellisia rajoitteita. Ks. etenkin Melander 2008.

[45] Lavapuro 2011b s. 478. Tämänkaltainen väite ei tietenkään ole kansallisesti eikä ylikansallisesti yleisesti hyväksytty. Esimerkiksi Ruotsissa Svean hovioikeuden presidentti Fredrik Wersäll on kiinnittänyt huomiota siihen, että liika innokkuus operoida esimerkiksi ihmisoikeuksilla johtaa nimenomaan sen tyyppiseen tuomarivaltiollistumiseen, jota ei voida pitää hyväksyttävänä. Wersällin sanoin tuomioistuinten tulee seurata yhteiskunnallista kehitystä, ei johtaa sitä. Ks. Wersäll 2014 s. 1–8, etenkin s. 8.

[46] Yleisesti perusoikeuskeskeisestä laintulkintaopista ks. Siltala 2003 s. 571–575 sekä s. 830–831.

sempia pitämään kiinni lakisidonnaisuuden traditiosta. Tällainen asenne-ero on omiaan selittämään sen, miksi perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen on muodostunut tuomioistuimissa hankalaksi. Tuomioistuimissa on vaikea luopua kotimaisesta lakipositivistisesta traditiosta, eikä tätä kommenttia ole tarkoitettu kritiikiksi. Yhä edelleen rikoslain muoto on mielivallan vihollinen.

Astukaamme alkusanojen lopuksi kaltevalle pinnalle. Tällöin voimme todeta, että perus- ja ihmisoikeuspuheenvuoroissa halutaan ehkä tietoisesti häivyttää se, että perus- ja ihmisoikeuksien vahvistumiseen liittyy piirteitä, jotka voivat uhata oikeusturvaa ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuutta.[47] Jos tätä ongelmaa ei tiedosteta perus- ja ihmisoikeudellisissa puheenvuoroissa, ongelma jää rikoslainoppineille.

Riippumatta siitä, osuuko edellinen väitteeni maaliinsa, varsinainen ongelma on joka tapauksessa otettava todesta. Voidaan nimittäin olettaa, ettei perus- ja ihmisoikeusargumentaation merkitys lainsoveltamisessa tule ainakaan vähentymään, pikemminkin päinvastoin.[48] Näin ollen on enemmän kuin tarpeen pohtia sitä, miten ja millä ehdoilla perus- ja ihmisoikeudet istuvat eri oikeudenalojen traditioon ja systematiikkaan. Tällöin vastattavaksi tulee myös se, onko perus- ja ihmisoikeustraditio se traditio, jonka tulee sanella, miten muiden oikeudenalojen tulee toimia vai pitäisikö perus- ja ihmisoikeusargumentointi kalibroida eri oikeudenalojen sisälle kyseisten oikeudenalojen omasta traditiosta käsin. Nämä kysymykset ovat tärkeitä, koska perus- ja ihmisoikeusnormit on säädetty meidän kaikkien hyväksi, joten niiden ei saa antaa tukehtua omaan suuruuteensa.

Voimme tehdä seuraavan tutkimustemaattisen johtopäätöksen: rikosoikeudellisesti on tarvetta keskustella siitä, miten syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen on rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien yhtymäkohdassa hahmotettava. Tällä

---

[47] Mainitkaamme esimerkkinä Pekka Länsinevan puheenvuoro. Perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä kirjoittaessaan Länsineva lisää perusoikeuksien yleisten rajoitusten perinteiseen seitsenkohtaiseen luetteloon (lailla säätämisen vaatimus, täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus, hyväksyttävyyden vaatimus, suhteellisuusvaatimus, oikeusturvavaatimus, ihmisoikeuksien noudattamisen vaatimus, ydinalueen koskemattomuusvaatimus) yhdenvertaisuusvaatimuksen. Ks. Länsineva 2002 s. 84. Länsinevan keskeisargumentti on se, ettei yksilöiden oikeuksia saa oikeudenkäynnissäkään rajoittaa siten, että rajoitus asettaa yksilöt eriarvoiseen asemaan toistensa kanssa. Ks. Länsineva 2002 s. 84. Vaikka Länsineva on oikeassa siinä, että perusoikeuksia rajoitettaessa tulee huolehtia myös yksilöiden yhdenvertaisuudesta, näkökulma on yksiulotteinen. Kysymys ei ole vain siitä, että perus- ja ihmisoikeusrajoitukset voivat asettaa yksilöt lain edessä eriarvoiseen asemaan. Kysymys on olennaisesti myös siitä, että liiallinen pyrkimys toteuttaa perus- ja ihmisoikeuksia tuomioistuinkäytännössä voi johtaa ennakoimattomuuteen, joka käytännössä tarkoittaa ihmisten asettamista eriarvoiseen asemaan lain edessä. Erityisesti tämä problematiikkaa koskee syyllisyyskysymysten ratkaisemista, jossa muodollinen oikeudenmukaisuus – eli ihmisten yhdenvertainen kohtelu – on korostuneessa asemassa.

[48] Länsineva 2013 s. 528–533, erityisesti s. 529.

hetkellä tiedossa on, että perus- ja ihmisoikeudet ovat asettaneet haasteen rikosoikeudelliselle formalismille ja aiheuttaneet päänvaivaa tuomareille. Muutoin perus- ja ihmisoikeuksien vaikutus rikoslainsoveltamisen teoriaan ja käytäntöihin on epäselvä. Näin ollen tutkimukselle, jossa tarkastellaan perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemista, on oikeustieteelliset perusteet.

1.2 TUTKIMUSKYSYMYS JA TUTKIMUSTEHTÄVÄN RAJAUS

Väitöskirjassa on olennaista lähteä väitteestä. Väitän, että (1) perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyyskysymykset ovat arvosensitiivisiä, (2) niihin kaikkiin ei ole yksiselitteisiä ratkaisuperusteita, joten (3) laillisuusperiaatteen tausta-arvot, oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus ovat vaarassa.[49] Tämä taas on ongelma oikeusvaltion perusfundamenttien kanssa – miltä tuntuisi esimerkiksi korkeimman oikeuden julkilausuma ”rikosoikeudellinen päätöksentekomme on jokseenkin mielivaltaista”.

Tutkimustehtäväni tulee ymmärtää paitsi pyrkimyksenä tarkastella väitteitteni pätevyyttä myös pyrkimyksenä vastata väitteideni sisältämään haasteeseen. Näin ollen tutkimuskysymykseni on seuraava*: miten syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen on teoreettisesti hahmotettava – ja kuinka oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus voidaan syyllisyysratkaisuissa optimoida?* Punaisena lankana ovat ratkaisutilanteet, joissa tuomari operoi rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien leikkauspisteissä.

> Tutkimuskysymykseen vastaaminen edellyttää pureutumista syyllisyyskysymysten taustalla piilevään ontologiseen, metodologiseen ja epistemologiseen problematiikkaan. Tämä perustuu siihen, ettei syyllisyysratkaisun oikeellisuudesta (epistemologia) voida sanoa juuri mitään, jos ei oteta kantaa siihen, miten ratkaisua tehtäessä on meneteltävä (metodologia) ja mihin ratkaisu voidaan perustaa (ontologia).[50]
>
> Tarkoitukseni ei kuitenkaan ole tarjota tuomareille vain konkreettista johtoa perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseksi. Ai-

---

[49] Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen tarkoitus on nimenomaan taata oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus. Ks. HE 44/2002 vp s. 29 ja 34 sekä esim. KKO 2014:7, kohta 17.

[50] Vastaavanlaisesti on argumentoitu myös monissa muissa oikeudellista ratkaisutoimintaa koskevissa teoksissa. Esimerkiksi Aulis Aarniolle on ollut tyypillistä jaotella laintulkinnalliset kirjoituksensa ontologiaan, metodologiaan ja epistemologiaan. Ks. erityisesti Aarnio 1982 ja Aarnio 1989. Vastikään samankaltaista jaottelua on käyttänyt Seppo Laakso tarkastellessaan lainopin teoriaa. Ks. Laakso 2012. Laakson mukaan oikeustieteellinen paradigma käsittää ontologian, metodologian ja epistemologian ohella myös logiikan ja aksiologian. Kuten Laakso itsekin toteaa, tällainen jaottelu pohjautuu Jerzy Wróblewskin kirjoituksiin. Ks. Wroblewski 1973.

> van yhtä tärkeänä olen pitänyt sen oikeuslähdeopillisen, metodologisen ja epistemologisen problematiikan paljastamista, joka syyllisyyskysymysten ratkaisemiseen sisältyy. Olen vakuuttunut, että ongelmalähtöinen tutkimusote on hyvä tapa lisätä tuomareiden ammatillis-teoreettista itseymmärrystä. Yhtä vakuuttunut olen siitä, että tuomareiden teoreettisen ymmärryksen lisääntyminen edesauttaa myös oikeusturvan ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuuden toteutumista.[51]

Tutkimuskysymykseni on laaja ja sisältää monenlaista problematiikkaa. Kaikkia sen sisältämiä ulottuvuuksia ei voida käsitellä.[52] Tämän vuoksi on tehtävä seuraavat rajaukset ja tutkimusnäkökulmaa suuntaavat täsmennykset.

Tutkimustehtävän täsmennykset. (i) Tutkimuksessa tarkastellaan syyllisyyskysymyksen ratkaisemista rikosoikeudellisesta näkökulmasta. Tästä seuraa kaksi asiaa. Ensinnäkin rikosoikeudellinen näkökulma pakottaa siihen, että toisenlaisissa yhteyksissä esitetyt argumentit täytyy kalibroida rikosoikeudellisesti relevanteiksi. Toiseksi kotimainen näkökulma pakottaa arvioimaan kansainvälisiä argumentteja kotimaisin silmin ja suhteuttamaan niitä suomalaiseen rikosoikeudelliseen kontekstiin.[53]

(ii) Tutkimusmatriisi on rajattu koskemaan syyllisyyskysymyksen ratkaisemista rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien leikkauspisteessä. Perus- ja ihmisoikeussensitiivisillä syyllisyyskysymyksillä tarkoitetaan tässä tutkimuksessa sellaisia ratkaisutilanteita, joissa tuomari joutuu rikoslakia soveltaessaan huomioimaan perus- ja ihmisoikeusargumentaation. Tyyppiesimerkin tarjoavat sanavapausrikokset, mutta perus- ja ihmisoikeusulottuvuus voi aktualisoitua myös monien muiden rikostunnusmerkistöjen sekä rikoslain yleisten oppien soveltamisessa.[54]

(iii) Tutkimuksessa ei käydä systemaattisesti läpi eri rikostunnusmerkistöjä tai rikosoikeuden yleisiä oppeja, joiden soveltamisessa perus- ja ihmisoikeusulottu-

---

[51] Ks. myös Paso 2011 s. 209–210.

[52] Vaikka tutkimuksen tekijää voidaan toki kritisoida relevanttien näkökulmien sivuuttamisesta, perustelluinta on kohdistaa kritiikki tutkimuksessa sanottuun. Tämä perustuu siihen, että oikeudellisiin tutkimuskohteisiin voidaan valita lukuisia eri näkökulmia. Yksikään tutkimus ei kykene tavoittamaan kaikkia aspekteja.

[53] Kotimaisuusaspekti puoltaa myös sitä, että tutkimus on kirjoitettu suomeksi. Pienen oikeuskulttuurin maassa on ylipäätään jatkuva tarve myös kotimaisilla kielillä kirjoitetuille puheenvuoroille. Muutoin vaarana on, että oikeustieteen kieli näivettyy, eikä tämä voi olla heijastumatta laajemminkin oikeudelliseen argumentaatioon kuten tuomioistuinten perusteluihin.

[54] Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä perus- ja ihmisoikeusulottuvuus on aktualisoitunut esimerkiksi itsekriminointisuojan (KKO 2014:67), kunnianloukkauksen (KKO 2013:70), yksityiselämän loukkauksen (KKO 2013:69), laillisuusperiaatteen (KKO 2013:50), laittoman uhkauksen KKO 2013:50), väärän ilmiannon ja viranomaisten arvosteluoikeuden (KKO 2013:15), syrjinnän (KKO 2010:74) ja pahoinpitelyn yhteydessä (KKO 2008:93). Korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö osoittaa, että rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien keskinäissuhdetta voidaan pitää paitsi ajankohtaisena myös haastavana mahdollisuutena tarkastella syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen sisältyvää teoreettista problematiikkaa.

vuus voi ajankohtaistua. Myös oikeustapausten tarkastelu on tarkoitettu vain lainsoveltamisteoreettisten kannanottojen konkretisoijaksi.[55]

(iv) Tutkimuksessa tarkastellaan normatiivisesti kiperän syyllisyyskysymyksen ratkaisemista. Tämä tarkoittaa sitä, että näyttökysymysten arviointi on sulkeistettu tutkimuksesta.[56] Tutkimuslinssin suuntaaminen ohi reaalimaailman tarkoittaa myös sitä, ettei tutkimuksessa tarkastella rikosoikeudellista tyyppitapausajattelua, jonka avulla reaalimaailma (tosiseikasto) pyritään kalibroimaan rikostunnusmerkistön mukaiseksi tai vastaiseksi – näin siitäkin huolimatta, että monissa rikostyypeissä oikeuskysymykset ja tosiseikastot ovat hermeneuttisesti vuorovaikutuksessa toisiinsa.[57]

(v) Tutkimuksessa ei sitouduta kenenkään yksittäisen oikeusajattelijan tai koulukunnan näkemyksiin. Erilaisia argumentteja käytetään valikoidusti ja tutkimusteeman ehdoilla. Näin ollen monista oikeustieteellisistä monografioista tuttua seikkaperäistä kerrontaa ”mitä kukin henkilö on mistäkin asiasta sanonut” tai ”mitä mistäkin asiasta on eri maissa kirjoitettu” tai ”miten kukin koulukunta on johonkin asiaan suhtautunut” ei tästä teoksesta löydy.[58]

(vi) Tutkimuksessa ei aliarvioida lukijan ennakkotietoja. Tällä tarkoitetaan sitä, että tutkimuksessa ei esitelmöidä eri oikeudenalojen perusteista, kuten rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta, perus- ja ihmisoikeuksien rajoitusedellytyksistä tai siitä, mikä merkitys Euroopan ihmisoikeussopimuksella on kansallisessa lainkäytössämme.[59] Myös keskustelu perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien eroavaisuuksista jää taka-alalle. Vaikka tällaiset kysymykset ovat tärkeitä, tässä tutkimuksessa olen antanut itselleni vapauden käyttää perus- ja ihmisoikeuksien käsitettä monistisesti eli siten, että puhun perus- ja ihmisoikeuksista yhtenä kokonaisuutena.[60] Asioiden ottamista annettuna voidaan kritisoida, mutta kirjoitus-

---

[55] Vaikka tutkimuksessa ei keskitytä minkään yksittäisen rikostyypin tarkasteluun, useimmiten teoreettista keskustelua konkretisoidaan tapauksilla, jossa rikoslakia on sovellettu sananvapaussensitiivisesti. Tätä selittää paitsi tekijän kiinnostus sananvapauteen myös se käytännöllinen aspekti, että tilastollisesti tyypillisintä perus- ja ihmisoikeusherkkää rikoslain soveltamista on rikoslain soveltaminen nimenomaan sananvapaussensitiivisesti.

[56] Vaikka monissa rikostyypeissä (kuten talousrikoksissa) näytöllinen ja oikeudellinen arvio kietoutuvat toisiinsa, perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä on harvoin jos koskaan kysymys näyttöongelmista.

[57] Lahti 2006 s. 100; Nuutila 1996 s. 165.

[58] Viimeisin kotimainen teos, jossa käydään monipuolisesti läpi oikeusteoreettisia suuntauksia, lienee Seppo Laakson kirja ”Lainopin teoreettiset lähtökohdat”. Ks. Laakso 2012.

[59] Erityisesti on alleviivattava sitä, että tutkimus on kirjoitettu rikosoikeudellisin tarkoitusperin, eli tutkimuksessa ei syvennytä perus- ja ihmisoikeuksien yleisiin oppeihin tai siihen, miten perus- ja ihmisoikeudet on kansallisesti ja kansainvälisesti turvattu.

[60] Ilmaisutapa on tyypillinen myös perus- ja ihmisoikeudellisissa puheenvuoroissa. Ks. esim. Heinonen – Lavapuro 2012 s. 11. Perus- ja ihmisoikeuksien samaistamista puoltaa myös se, että vallitsevan katsontakannan mukaan perus- ja ihmisoikeudet eivät ole saman kolikon eri puolia vaan pikemminkin sama kolikko. Ks. myös PeVM 25/1994 vp. Täsmällisesti ottaen perus- ja ih-

ekonomian, teoksen luettavuuden ja ennen kaikkea tutkimuksellisuuden vuoksi valintaa voidaan pitää perusteltuna.

Sanottujen täsmennysten perusteella edellä mainittu tutkimuskysymys voidaan purkaa neljään osatekijään, jotka yhdessä muodostavat tutkimustehtävän ytimen. Tutkimuksessa tarkastellaan:

(1) teoreettisesti,
(2) konkreettista lainsoveltamista tilanteessa, jossa
(3) tuomari ratkaisee syyllisyyskysymystä
(4) rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien leikkauspisteessä.

Tutkimuksen päättävä filosofinen ekskursio. Tutkimuksen lopussa todennettavalla tavalla edellä asetettua tutkimustehtävää ei voida viedä maaliinsa tyydyttävästi vastaamatta myös seuraavaan, nimenomaan syyllisyysratkaisujen legitimiteettiä koskevaan kysymykseen: kuinka justifioida langettavat tuomiot normatiivisesti epäselvissä tapauksissa? Tämän kysymyksen merkitys perustuu siihen, että rikosoikeudessa nimenomaan syytetyn oikeusturva on korostuneessa asemassa.[61] Oikeusvaltion perusperiaatteisiin sisältyy ajatus, ettei ketään rangaista epävarmuuden vallitessa.[62] Jos tästä fundamentista ollaan kuitenkin de facto valmiita tinkimään, tinkimisen oikeutus on perusteltava. Tämän vuoksi tutkimuksen lopussa tehdään ekskursio, jossa tarkastellaan syyksilukevan tuomion filosofista legitimiteettiä kiperissä syyllisyyskysymyksissä. Ekskursiolle asettamaani tavoitetta voidaan kuvata syyllisyysteoreettiseksi pyrkimykseksi legitimoida syyllisyysratkaisuihin sisältyvä normatiivinen epävarmuus.

Keskustelulla kiperien syyksilukevien tuomioiden legitimiteetistä ei ole käytännön relevanssia. Toiseksi voidaan väittää, että koko tematiikka on sivussa tutkimukseni pääjuonesta. Ensimmäiseen kritiikkiin vastaan toteamalla, että

misoikeudet eivät tietenkään ole identtisiä. Ensinnäkään kotimainen perusoikeusluettelo ei vastaa sanamuodoltaan kansainvälisiä ihmisoikeussopimuksia. Toiseksi ihmisoikeudet muodostavat yksilön suojan minimitason, mutta mikään ei periaatteessa estä sitä, että kansallisten perusoikeuksien perusteella yksilöille tarjottaisiin vahvempaa suojaa kuin mihin kansainväliset ihmisoikeussopimukset velvoittavat. Tästä tematiikasta ks. Heinonen – Lavapuro 2012 s. 11.

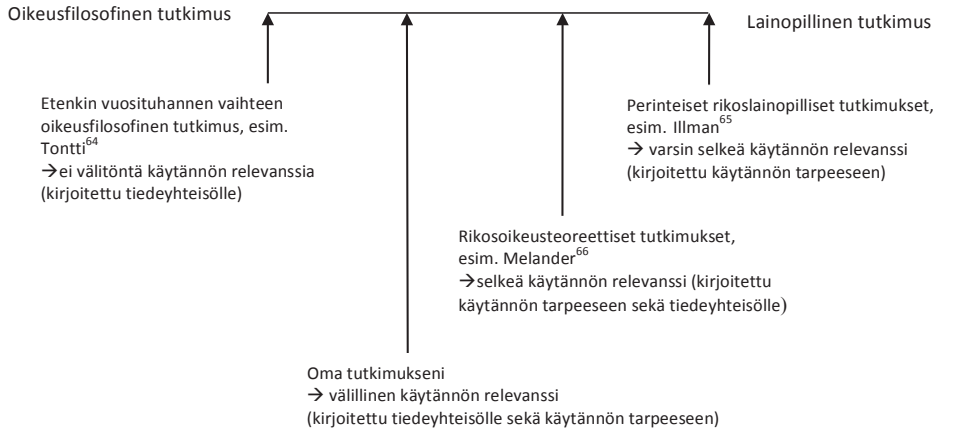
[61] HE 44/2002 vp s. 28–29.

[62] Väitettä, että rikosoikeudessa syytetyn oikeusturva on korostuneessa asemassa, tukevat monet rikosoikeudelliset ja rikosprosessuaaliset säännöt. Esimerkiksi in dubio pro reo -sääntö velvoittaa ratkaisemaan näytöllisesti epäselvän syyllisyyskysymyksen syytetyn eduksi. Vastaavasti in dubio mitius -säännön mukaan normatiivisesti kiperässä punnintatilanteessa syyllisyyskysymys olisi ratkaistava syytetyn eduksi. Ks. esim. Jareborg 2009 s. 115; Koponen 2004 s. 83. Myös prosessuaalisesti on painotettu sitä, että rikosprosessissa on huolehdittava nimenomaan syytetyn oikeusturvasta. Tätä kuvastaa etenkin syytetyn suosimisperiaate. Ks. esim. Jokela 2005 s. 187–188; Virolainen – Pölönen 2003 s. 286, 423–424; Jokela 2002 s. 22–23. Pohjimmiltaan tällainen normatiivinen järjestys, jonka tarkoitus on huolehtia nimenomaan syytetyn oikeusturvasta, takautuu syyttömyysolettamaan, joka on turvattu ihmisoikeutena sekä alemman lain tasoisesti mm. oikeudenkäymiskaaressa (OK 17:1.2). Syytetyn suojelun keskeisyydestä ks. myös Tomlin 2013 s. 44.

filosofisen tarkastelun luonteeseen sisältyy ajattelullinen vapaus eli pikemminkin uusien näkökulmien tuottaminen kuin vedenpitävien vastausten tarjoaminen. Toiseen kritiikkiin vastaan muistuttamalla, että rikosoikeus on valtiovallan harjoittamaa pakkovaltaa. Näin ollen myös rikosoikeuden tutkijan moraalinen velvollisuus on perustella paitsi väitteidensä relevanssi myös niiden oikeutus. Tämä koskee myös olettamaa, jonka mukaan normatiivisesti epäselvissä tapauksissa teko voidaan lukea tekijänsä syyksi.[63]

1.3 TUTKIMUSTYYLI

Tutkimukseni ei ole rikoslainopillinen. Toisaalta puheenvuoroni ei ole yleistä oikeusteoriaa tai paikannu oikeusfilosofiseksi. Akselilla, jossa ääripäät ovat rikoslainoppi ja oikeusfilosofia, tutkimukseni asettuu etäämmälle käytännöstä, käytännölle kuitenkin kurtiseeraten. Oikeustieteellistä paikannusta voidaan havainnollistaa seuraavasti:



Kuvio 3. Tutkimuksen oikeustieteellinen paikannus.

---

[63] Esimerkiksi verrattaessa tilannetta näytöllisesti epäselviin oikeustapauksiin huomataan, että kiperät näyttökysymykset ratkaistaan kategorisesti syytetyn eduksi. Ks. esim. Vaasan hovioikeuden perustelut ns. Ulvilan surmajutussa (VaaHO 19.2.2015, ratkaisunumero 15/107766, erityisesti kohta 331, ei lainvoimainen). Sen sijaan oikeudellisesti epäselvissä tilanteissa langettavien tuomioiden oikeutusta ei kyseenalaisteta, vaikka oikeusvaltiossa lähtökohtaisesti ketään ei tulisi tuomita rangaistukseen epävarmuuden vallitessa.

[64] Tontti 2002. Vosituhannen vaihteessa oikeusfilosofinen tutkimus oli väitöskirjatutkijoiden suosiossa. Lyhyellä aikajaksolla julkaistiin useampi oikeusfilosofinen tutkimus. Tontin lisäksi myös Minkkinen (1998) ja Hirvonen (2000) kirjoittivat oikeustieteelliset tutkimukset, jotka voidaan luokitella oikeusfilosofisiksi puheenvuoroiksi.

[65] Melander 2008.

[66] Ilman 2005.

Kuviota ei ole tarpeen lukea liian vakavasti. Ensinnäkin kuviossa on huomioitu vain oikeustieteilijöiden kirjoittama oikeusfilosofinen tutkimus sekä rikosoikeudelliseksi paikantuva oikeustieteellinen tutkimus. Toiseksi on erikoista asettaa samalle akselille pikemminkin filosofian kuin oikeustieteen väitöskirjoja muistuttavat tutkimukset ja käytännölliset rikostunnusmerkistöanalyysit.[67] Toisaalta kuvio kuvaa kohtalaisen täsmällisesti sitä, kuinka koen väitöskirjani istuvan 2000-luvulla kirjoitetun kotimaisen oikeustutkimuksen teoriatraditioon.

Vaikka puheenvuoroni ei ole rikoslainopillinen eikä perinteisessä mielessä rikosoikeusteoreettinenkaan tutkimus, tämä ei estä tutkimukseni luokittelemista rikosoikeudelliseksi. Rikosoikeudelliseksi tutkimukseni tekee paitsi teema myös näkökulma. Ensinnäkin tutkimuskohteena on syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen sisältyvä problematiikka. Toiseksi erilaisia teoreettisia argumentteja ja näkemyksiä tarkastellaan nimenomaan rikosoikeuden ehdoilla.

> Rikosta ja rangaistusta koskevat tutkimukset voidaan karkeasti jakaa oikeustieteelliseen ja yhteiskuntatieteelliseen tutkimukseen. Siinä missä rikoslainopillinen tutkimus edustaa oikeustieteellistä tutkimusta, kriminaalipoliittinen, oikeussosiologinen ja kriminologinen tutkimus paikantuvat yhteiskuntatieteelliseksi tutkimukseksi.[68] Yksittäinen tutkimus voi sisältää niin rikoslainopillista, kriminaalipoliittista, oikeussosiologista kuin kriminologistakin ainesta, mutta tyypillisesti rikoksia ja rangaistuksia koskeva tutkimus voidaan paikantaa pikemmin oikeustieteelliseksi kuin yhteiskuntatieteelliseksi tai päinvastoin. Vaikka oma tutkimukseni ei edusta rikoslainoppia, tutkimukseni paikantuu oikeustieteelliseksi tutkimukseksi. Vastaavasti vaikka tutkimuksessani ei tarkastella rikosta ja rangaistusta koskevia normeja, tutkimukseni paikantuu rikosoikeustieteelliseksi tutkimukseksi. Tämä perustuu siihen, että kiinnostukseni kohteena on syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen sisältyvä problematiikka, joka on tematiikaltaan mitä suurimmissa määrin rikosoikeudellinen.

Tutkimuksen kutsuminen rikosoikeudelliseksi on kuitenkin siinä mielessä erheellistä, ettei tutkimusteemani ole puhtaasti rikosoikeudellinen. Perinteisessä kategorisoinnissa tutkimukseni paikantuu pikemminkin rikosoikeuden ja yleisen oikeusteorian välimaastoon. Yhtymäkohtia on myös perus- ja ihmisoikeuskes-

---

[67] Itse asiassa kaavioni kuvaa erinomaisesti sitä, että oikeustieteen sisällä voidaan tehdä varsin erilaista ja monentyyppistä tutkimusta.

[68] Frände 2012 s. 3–7. Frände itse lukee relevantiksi tutkimussuuntaukseksi myös ns. kriminalistisen tutkimuksen. Rikosta ja rangaistusta koskevista tutkimustyyleistä ks. myös Tapani – Tolvanen 2013 s. 12–21; Melander 2010a s. 9–13; Jareborg 2009 s. 18–21; Koskinen 2008 s. 3–5. Vaikka mainitsemani lähteet sisältävät myös yhtäläisyyksiä, ainakin itselleni päällimmäiseksi ajatukseksi on lähteistä jäänyt se, kuinka monella eri tavalla rikosta ja rangaistusta koskeva tutkimus voidaan hahmottaa.

kusteluun sekä rikosprosessioikeuteen. Tieteenalarajat ylittäen olen hakenut tartuntapintaa myös filosofiasta.[69]

Vaikka tällaisen monialaisuuden alleviivaaminen tuntuu muodikkuudessaan liki kiusalliselta, on todettava, että valitsemani lähestymistapa on paitsi itselleni ominaisin tapa hahmottaa oikeudellisia ongelmia myös aiheeni vaatima välttämättömyys. Pelkästään rikosoikeudellisesta traditiosta kumpuava tutkimus ei pysty vastaaman siihen haasteeseen, jonka arvoherkät perus- ja ihmisoikeudet asettavat syyllisyyskysymyksen ratkaisemiselle.[70]

Omaksumani monialainen lähestymistapa ei tietenkään ole uraauurtavaa. Pikemminkin oikeudenalarajat ylittävä ja poikkitieteellinen tutkimus on viime vuosina muodostunut oikeustieteelliseksi valtavirraksi, jossain määrin jopa muodikkaan tutkijan kriteeriksi. Tällaisessa tilanteessa oikeustieteilijän tehtäväksi voidaan langettaa se, että muista tieteistä omaksuttu aines kalibroidaan oikeustieteelliseen kontekstiin.[71] Muutoin vaarana on, että oikeustieteen erityisluonne normatiivisena ”oikeuden tieteenä” kadotetaan.[72]

Epäilemättä yksi syy oikeustieteen reviirin laajentumiseen on oikeustieteellisen tutkimusmetodin problemaattisuus. Tämä on johtanut siihen, että metodista uskottavuutta on haettu muista tieteistä, jolloin oikeutta on analysoitu esimerkiksi taloustieteellisin metodein. Vaikka oikeustieteen metodikeskustelu on tunteita herättävä aihe, tähän keskusteluun ryhtymistä en pidä tässä yhteydessä hedelmällisenä. Sen sijaan tyydyn toteamaan, että oikeustiede on metodisesti problemaattinen tieteenala,[73] ja näin ollen on perustellumpaa puhua tutkimustyylistä

---

[69] Liisa Nieminen on huomauttanut, ettei eri oikeudenalojen (tai tieteenalojen) välissä luoviminen ole täysin ongelmatonta. Niemisen mukaan vaikka kirjoittaja itse ei sijoittaisi tutkimustaan mihinkään yksittäiseen oikeudelliseen oppiaineeseen, tutkimuksen lukijat sen johonkin oikeudenalaan kategorisoivat. Lisäksi Nieminen korostaa, että oppiainekategorisoinnilla on merkitystä myös sen suhteen, minkälaisia vaatimuksia kirjoitukselle voidaan asettaa. Ks. Liisa Niemisen 27.9.2013 päivätty vastaväittäjän lausunto Outi Anttilan väitöskirjasta ”Kohti tosiasiallista tasa-arvoa? Sukupuolisyrjinnän kiellot oikeudellisen pluralismin aikana”. Nieminen 2013. Vaikka Niemisen kommentit ovat relevantteja, tämä ei muuta sitä, että oma tutkimukseni on erheellistä luokitella ”puhtaaksi” rikosoikeudelliseksi tutkimukseksi.

[70] Perinteiselle oikeudenalajaottelulle on ylipäätään pikemminkin pedagoginen ja hallinnollinen tarve. Esimerkiksi rikos- ja rikosprosessioikeuden välille ei ole syytä tehdä liiallista lovea. Materiaalinen oikeus toteutuu prosessissa, ja prosessia tarvitaan materiaalisen oikeuden toteuttamiseksi. Vastaavasti myös monet tieteiden väliset rajaviivat ovat enemmän tai vähemmän käytännön tarpeista syntyneitä. Esimerkiksi monet rikosoikeudelliset ongelmat pohjautuvat niihin samoihin kysymyksiin, joiden parissa filosofit painivat.

[71] Kaisto 2005 s. 114.

[72] Ks. Jules L. Colemanin mielenkiintoinen metodologinen puheenvuoro siitä, missä määrin oikeustieteellinen tutkimus ylipäätään voi olla deskriptiivistä ja missä määrin sen tulee olla normatiivista. Coleman 2004 s. 311–351.

[73] Hyvän kuvan oikeudellisen metodin moninaisuudesta saa kirjoittamalla internetin hakukoneeseen sanat ”jurisprudence” ja ”method” ja selailemalla hakutuloksia.

kuin varsinaisesta tutkimusmetodista.[74] Tämä on perusteltua myös sen vuoksi, että usein oikeustieteellisessä tutkimuksessa tutkimustyyli kertoo kirjoittajansa metodisista valinnoista ja sitoumuksista rehellisemmin kuin virkkeen mittaiset toteamukset tutkimusmetodista.

Tutkimusprosessini aikana olen tullut myös vakuuttuneeksi siitä, että jokaisen oikeustieteilijän on aika ajoin syytä pysähtyä ja pohtia, miksi hän kirjoittaa juuri sillä tavalla kuin hän kirjoittaa. Tällaisella harjoitteella tutkija saa tervettä etäisyyttä omaan tapaansa hahmottaa niitä oikeudellisia ongelmia, joista hän kulloinkin on kiinnostunut. Lisäksi silloin kun tutkija uskaltautuu uusille poluille, hän voi radikaaleimmillaan saavuttaa jotakin sellaista, mihin hän ei vakiintuneen tyylinsä ja sitoumustensa vankina yletä. Luonnontieteen historia on tästä esimerkkejä täynnä.

Heti perään on todettava, ettei oma tyylini ole radikaali – sellainen, jonka avulla kykenisin sanomaan mitään mullistavaa. Tavoitteeni on paljon vaatimattomampi. Olen pyrkinyt siihen, etten tutkimuksessani toistelisi vain vakiintuneita rikosoikeudellisia ja oikeusteoreettisia ajatuskonstruktioita, vaan keskustelisin perinteisistä aiheista uudella tavalla, paikoittain filosofista argumentaatiota kaihtamatta.[75] Minkälainen valitsemani tyyli sitten on?

Ensinnäkin tyylini kumpuaa analyyttisen filosofian traditiosta. Vaikka monet nykyajan oikeustieteilijät pitävät analyyttistä filosofiaa vanhakantaisena, analyyttisen tradition opetuksia ei pidä unohtaa.[76] Analyyttistä tyyliä voidaan pitää rikosoikeustieteessä jopa välttämättömyytenä, koska vain analyyttisellä otteella voidaan päästä rikosoikeuden edellyttämään täsmällisyyteen. Analyyttinen traditio alleviivaa myös tutkimustyyliä, jossa asioita tarkastellaan kriittisesti. Etenkin analyyttisessa filosofiassa nimenomaan kritiikki ja erilaisten ajatusmallien heikkouksien paljastaminen on koettu aivan yhtä tärkeäksi kuin ongelmakohtiin vastaaminen.

Tutkimusteknisesti tyylini tarkoittaa sitä, että hyvin ajateltu on nopeasti sanottu. Tällaisella otteella voidaan sivumäärällisesti suppeahkossa esityksessä sanoa

---

[74] Oikeustieteen tutkimusmetodin problemaattisuutta kuvaa hyvin myös Juha Häyhän toimittama teos ”Minun metodini” (1997). Teoksessa useat oikeustieteilijät kertovat omasta oikeudellisesta metodistaan. Vaikka kirjan lukee hyvällä tahdolla, päällimmäisenä kysymyksenä lukuhetken jälkeen on mielessä se, mitä oikeustieteen metodilla oikein tarkoitetaan. Jos kirjan tarkoitus on kertoa, että oikeustieteen metodi on epäselvä kysymys, siinä tehtävässään kirja on onnistunut.

[75] Olen pyrkinyt muistamaan H.L.A Hartin vaikutusvaltaisen teoksen ”Concept of Law” esipuheen sisältämän ohjeen, jonka mukaan oikeusteoreettista tutkimusotetta ei tule ymmärtää ennestään olemassa olevien ja jo kenties vakiintuneiden ajatusten toistamisena. Pyrkimyksenä tulee aina olla uuden tiedon tuottaminen, olkoon, että oikeusteoriasta on erheellistä väittää sanovansa mitään mullistavan uutta. Ks. Hart 1961/2012 s. vii.

[76] Näin myös Jääskinen 2008 s. 33. Skandinaviassa analyyttinen filosofia on jo pitkään paaluttanut myös oikeustieteellistä tutkimusta, tunnistivatpa kaikki kirjoittajat tätä tai eivät. Analyyttisen filosofian merkityksestä Skandinaviassa ks. Glock 2008 s. 113.

kustakin asiasta riittävästi. Tämä taas jättää sijan tarkastella tutkimusteemaa monipuolisesti. Sen sijaan mistään analyyttiselle traditiolle sinänsä ominaisesta matemaattistyyppisestä argumentaatiosta tai pelkistä käsiteanalyyseistä ei tutkimuksessani ole kysymys. En esimerkiksi koe tarpeelliseksi eksplikoida sitä, mitä perus- ja ihmisoikeuksien käsite tarkoittaa tai sivukaupalla täsmentää sääntöjen ja periaatteiden eroa. Pikemminkin kysymys on tavastani hahmottaa se, miten rikosoikeusorientoitunutta tutkimusta pitäisi kirjoittaa: johdonmukaisesti ja riisutusti mutta saksalaistyyppistä pikkutarkkuutta ja kaavoja vältellen. Käytännössä tämä tarkoittaa analyyttista tutkimusotetta mutta pikemminkin proosallista kuin analyyttistä kirjoitustyyliä.

Tutkimustyyliin vaikuttaa olennaisella tavalla myös kirjoittajan henkilöhistoria. Esimerkiksi Erik Lagerspetz on todennut esseekokoelmassaan ”Oikeusajattelun vuosisata” (2009), että teos on oikeudesta kiinnostuneen filosofin kirjoittama – ja jos samoista aiheista olisi kirjoittanut filosofiasta kiinnostunut juristi, kirja olisi toisenlainen.[77] Väite on osuva. Oikeustieteellisen koulutuksen saaneen henkilön tapa hahmottaa oikeutta on väistämättä enemmän lakiin sitoutuneen tarkkailijan näkökulma oikeuteen. Hän ei koskaan pysty astumaan täysin ulos identiteetistään, joka on muovautunut koulutuksen ja ammatin kautta. Rikosoikeustieteessä tämä näkyy muun muassa syyttäjien, asianajajien, poliisien ja tuomareiden viimeaikoina kirjoittamissa väitöskirjoissa, joissa on omanlaisensa arkijärkinen ote.[78]

Tässä yhteydessä retrospektio myös omaan taustaani on paikallaan. Lagerspetzin asettamassa kategoriassa pidän itseäni juristina, joka on kiinnostunut oman oikeudenalansa perusoletusten filosofisesta analyysistä. Tutkimusmetodisesti tämä on mielenkiintoista, koska koen, että analyyttisen filosofian opetukset ovat itsessään se metodi, joka tarjoaa välineistön analysoida rikosoikeutta. Näin ollen tutkimustyylini on analyyttinen, mutta ei analyyttisen filosofian itsensä ehdoilla. Pikemminkin kysymys on siitä, että valjastan analyyttisen filosofian tarkastelutyylin rikosoikeudelliseen kontekstiin. Tämän tarkempi tutkimusmetodin määrittely on, jos ei mahdotonta, niin ainakin tarpeetonta. Suurella spektrillä voitaneen kuitenkin todeta, että oikeustieteellisin termein tutkimukseni on luettavissa rikosoikeusorientoituneeksi oikeusteoreettiseksi tutkimukseksi – mitä se sitten lopulta tarkoittaakaan.

> Teoreettisen tutkimusotteen vuoksi tekstini ei myöskään ole kaikkein helpoiten lähestyttävissä. Paikoittain päättelyketjujeni hyväksyminen voi olla myös hankalaa. Koska kysymyksessä on väitöskirja, en myöskään kaihda väittämis-

---

[77] Lagerspetz 2009, alkusanat.

[78] Esim. Kurenmaa 2003; Koponen 2004; Illman 2005; Hirvelä 2006; Sahavirta 2008; Knuts 2010; Vihriälä 2012; Hakamies 2012.

> tä. Monista väitteistäni voi olla perustellusti toista mieltä, mutta toki olen tyytyväinen, jos lukija edes paikoittain kokee ajatuksenkulkuni vakuuttavaksi. Toisaalta yhtä tyytyväinen olen, jos lukija kokee argumentaationi epäkelvoksi ja on valmis esittämään parempia argumentteja esille nousevien ongelmien ratkaisemiseksi.

Tutkimustyylini esittelyn yhteydessä en malta olla muistuttamatta vuosikymmeniä kestäneestä keskustelusta, jossa on pohdittu oikeustieteilijöiden filosofisista tietämystä ja filosofien oikeudellista tietämystä.[79] Kiistan aiheena on ollut se, pitäisikö teoreettisesti suuntautuneiden juristien pysyä lestissään ja toisaalta, riittääkö filosofeilla ymmärrystä oikeuden arkipäivälle.[80]

Tämä keskustelu on ollut mielenkiintoista mutta hedelmätöntä. Siinä missä juristeja tarvitaan tarkastelemaan oikeutta teoreettisesti, filosofeja tarvitaan pohtimaan oikeutta filosofisesti. Keskinäinen vuoropuhelu ei edellytä sitä, että filosofien tulisi tuntea laki kaikkine momentteineen. Myöskään juristien ei tarvitse tuntea filosofiaa laidasta laitaan. Molemmille näkökulmille on kuitenkin paikkansa. Siinä missä filosofien tehtävä on kysyä ja kyseenalaistaa, oikeustieteilijän tehtävä on miettiä filosofian antia juristin näkökulmasta.[81] Tällöin filosofian opetukset eivät tyrehdy vain oikeustieteilijöiden akateemiseksi väittelyksi vaan osaksi sitä juridista rakennusainetta, jonka avulla kansalaisten yhteiselo tehdään mahdolliseksi.

Nyt on vielä vastattava siihen, mikä puoltaa teoreettista tutkimustyyliä syyllisyyskysymyksen ratkaisemista käsittelevässä tutkimuksessa. Eikö olisi järkevämpää kirjoittaa syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta siten, että teksti tarjoaisi konkreettisia työkaluja tuomareiden käytännön tarpeisiin?[82] Tämä kysymys takautuu väittelyyn oikeustieteen roolista: onko oikeustieteen tehtävä palvella käytännön juristeja vai onko oikeustieteessä sijansa myös sellaiselle teoretisoinnille, jonka käytännön relevanssi ei ole suoraan havaittavissa?[83] Puheenvuorot ovat olleet intohimoisia, eikä niitä ole tässä yhteydessä syytä referoida. Sen si-

---

[79] Ks. esim. Kaisto 2005 s. 114–115.

[80] Kotimaisesta keskustelusta ks. esim. Pirjatanniemi 2005 s. 32.

[81] Jos uskomme Ronald Dworkinia, niin juristit ovat aina myös filosofeja. Dworkinin mukaan tämä perustuu siihen, että käytännöllisimmänkin juristin normatiivinen ajattelu on välttämättä sidoksissa ajattelun taustalla piileviin filosofisiin oppirakennelmiin, tiedostivatpa juristit tätä itse tai eivät. Ks. Dworkin 1986 s. 380.

[82] Myös tutkijan näkökulmasta irtiotto rikoslainopista sisältää riskin. Liisa Nieminen on kuitenkin muistuttanut, että oikeustieteellistä tiedeyhteisöä riskinotto voi elävöittää, vaikka tutkijan oman elämän kannalta riskittömyys voisi johtaa parempaan lopputulokseen. Ks. Nieminen 2013. Niemisen näkemystä seuraten olen sallinut itselleni luvan riskinottoon tietoisena siitä, että teoreettisilla ambitioillani altistan itseni kritiikille.

[83] Pirjatanniemi 2005 s. 32–36; Paso 2011 s. 209–210; Virolainen – Martikainen 2010 s. 222–225.

jaan seuraava argumentaatio selventää sitä, minkä vuoksi teoreettinen tutkimusote on tässä tutkimuksessa perusteltu.[84]

Tutkimustyylini perustelut. Syyllisyyskysymystä ratkaistaessa tuomarin tehtävä ei ole pohtia tuomionsa sisällöllistä oikeudenmukaisuutta. Sen sijaan tuomarin on lainmukaisesti ja ratkaisupakon alla ratkaistava ne syyllisyyskysymykset, jotka hänen eteensä on tuotu. Tuomarin rikosoikeudelliseen ammattitaitoon sisältyy se, että hän kykenee eliminoimaan ratkaisuharkinnastaan kaiken voimassa olevan oikeuden ylittävän harkinnan. Tuomionsa perusteluissa tuomari ei voi todeta, että tuomioni on riidanalainen tai sisällöllisesti kestämätön. Jos tuomari päätösharkinnassaan eksyy siltä polulta, jonka voimassa olevan lain määräykset ovat hänelle merkanneet, hänen ammattitaitonsa voidaan kyseenalaistaa. Jos harha-askeleet ovat vakavia, tuomari voi syyllistyä jopa virkavirheeseen. Näin ollen syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen on kaukana filosofisesta harkinnasta, jolle on luonteenomaista kyseenalaistaminen ja vaihtoehtoisten ratkaisujen esittäminen, jopa harhapoluille etsiytyminen.

Siinä, että syyllisyyskysymystä ratkaiseva tuomari on kiinnostunut vain laista ja lainmukaisuudesta, ei ole mitään kritisoitavaa. Kansalaisten yhdenvertaisuus vaatii, että tuomarit kohtelevat samanlaisia tapauksia samalla tavalla ja erilaisia tapauksia eri tavalla. Lainsäätäjän tehtävä on laatia yhteiskunnalliset pelisäännöt, ja tuomareiden tehtävä on soveltaa lakeja neutraalisti kaikkiin heidän eteensä tuotuihin tapauksiin. Tällainen Montesquieun opetus on yksi keskeisimpiä selittäviä tekijöitä sille, miksi yhteiskuntamme ei vajoa luonnontilaan.

Lainsäätäjän valta on kuitenkin relatiivista. Tuomarit eivät elä loogisesti ristiriidattomassa oikeuden valtakunnassa, josta kaikki inhimillisyys on häivytetty. Vaikka tuomarien harkintaa eikä varsinkaan tuomarivaltiouhkaa pidä rikosasioissa liioitella, kiistatonta on, että rikoslain ohentuminen on lisännyt liikkumavaraa ratkaistaessa syyllisyyskysymystä.[85] Kiperissä tapauksissa ei ole itsestään selvää tapaa soveltaa rikoslakia vaan kaksi enemmän tai vähemmän perusteltua vaihtoehtoa. Siksi tämänkin tutkimuksen pääotsake on ”Syytön tai syyllinen”, ei ”Syytön vai syyllinen”.

Juuri tällaisen problematiikan vuoksi filosofeille tutut kysymykset päätösperusteluiden regressiosta eli ratkaisuperusteiden perustelemisesta, ratkaisuperusteista johdettujen johtopäätösten hyväksyttävyydestä, esitettyjen väitteiden totuusarvosta, kysymykset arvokollisioiden ratkaisemisesta, jopa kysymykset rikostuomioiden legitimiteetistä ovat osa syyllisyyskysymyksen ratkaisemista,

---

[84] Argumentaationi innoittajana ovat toiminut Jarkko Tontin kirjoittamat alkusanat Niin & näin -aikakauslehden teemanumeroon 2/2005, jossa teemana oli oikeus ja filosofia. Ks. Tontti 2005 s. 68–69.

[85] Tuomarivaltiokeskustelusta ks. alaviite 11 sekä kyseisessä alaviitteessä mainitut lähteet.

tunnistivatpa tuomarit tätä tai eivät. Vaikka rikoslakipositivismiin sisältyy lakiin sitoutuminen, tuomarit eivät voi sulkeistaa inhimilliseen päätöksentekoon sisältyvää harkintaa. Kiperissä syyllisyyskysymyksissä keskeisongelmana ei ole tehtyä ratkaisua tukevan oikeudellisen normiaineiston löytäminen, vaan se, mitkä ratkaisuperusteet nostetaan tapauksessa esille ja mitkä ratkaisuperusteet sivuutetaan. Tällöin pinnalle nousee myös se, mitkä ovat ne valintaperusteet, jotka tuomarin päätöksentekoa pohjimmiltaan ohjaavat.[86]

Epävarmuuden sietäminen rikosoikeudellisessa kontekstissa on vaikeaa. Eritoten keskustelu tuomarin harkinnasta koetaan hankalaksi, koska se tarkoittaa inhimillisyyden löytymistä sieltä, minkä pitäisi olla mekaanista, puhtaan oikeudellista ja totta. Tällainen löytö ei voi olla mieluinen, koska se uhkaa laillisuusperiaatteen tausta-arvoja eli oikeusturvaa ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuutta.[87]

Yhteiskunnallista muutosta ei kuitenkaan voi paeta. Viime vuosina rikosoikeuden, arvojen ja epävarmuuden välinen suhde on tullut uudella tavalla polttavaksi. Yhtäältä tuomarilta vaaditaan oikeusturvan mukaista toimintaa. Toisaalta hänen on varmistettava, että perusoikeusluettelosta ja kansainvälisistä ihmisoikeusjulistuksista ilmenevät arvot toteutuvat viimeistään tuomioistuimissa. Tämän vuoksi myös rikosoikeustieteilijöiden on pohdittava rikosoikeuden velvoittavuuden ja hyväksyttävyyden kysymyksiä ennakkoluulottomasti.[88] Näin ollen teoreettiselle tutkimusotteelle on paikkansa.

1.4 LÄHDEAINEISTO

Rikoslainopilliseen tutkimukseen on sisäänrakennettu kysymys syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta. Esimerkiksi pohdittaessa sitä, minkälaiset teot allokoituvat kunnianloukkaustunnusmerkistön alaisuuteen, otetaan kantaa siihen, miten syyllisyyskysymys on potentiaalisessa kunnianloukkaustilanteessa ratkaistava. Näin ollen on hämmentävää, kuinka vähän syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta itsestään on kirjoitettu. Myöskään syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen sisältyvä filosofinen problematiikka ei ole saanut osakseen ansaitsemaansa huomiota.

> Vallitsevaa tilannetta voidaan selittää sillä, että toisin kuin syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta, rikosoikeudellisesta laintulkinnasta on esitetty lukuisia puheenvuoroja. Myös muille oikeudenaloille tyypillisestä lain soveltami-

---

86 Tontti 2005 s. 68.
87 HE 44/2002 vp s. 34.
88 Tämä koskee sekä rikoslainsäädäntöä että rikoslain soveltamista. Rikoslainkäytön moraalisesta hyväksyttävyydestä ks. Husak 2008 ja Husak 2010.

sesta ja etenkin laintulkinnasta[89] ja tuomion perusteluista[90] on kirjoitettu kohtalaisen paljon myös Suomessa. Lainsoveltamisesta on kirjoitettu myös yleisteoreettisia esityksiä.[91] Koska laintulkinta, lainsoveltaminen ja syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen kietoutuvat toisiinsa, syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta puhumista ei ole ehkä koettu tarpeelliseksi. Toisin sanoen tämä tematiikka on koettu voitavan korvata nimenomaan rikoslain tulkintaa koskevilla puheenvuoroilla.

Syyllisyyskysymyksen ratkaisemista koskevassa tutkimuksessa on vaikea irtaantua rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta. Tästä ei kuitenkaan seuraa kieltoa etsiä argumentatiivista tukea myös rikosoikeudellisen kirjallisuuden tuolta puolen. Laajennetun keskustelukumppanuuden puolesta puhuu myös tutkimusteemani, joka jo itsessään edellyttää filosofisen dialogin ohella oikeudellista avoimuutta. Tieteen- ja oikeudenalat ylittävällä tutkimusotteella on kuitenkin hintansa.

Ensinnäkin eri aloilla liikkuminen on työlästä ja tiedollisten puutteiden vuoksi riskialtista. Toiseksi mitä teoreettisempi tutkimus on, sitä vaikeampaa on väittää sanovansa mitään uutta. Mainitkaamme esimerkkinä filosofinen keskusteluni kiperän syyksilukevan tuomion legitimiteetistä. Kaikki esittämäni argumentit on todennäköisesti sanottu jo toisaalla, vaikka en ole tästä edes tietoinen.

Tietovajausta koskevassa problematiikassa itseäni on auttanut teoreettisten argumenttien kalibrointi suomalaiseen rikosoikeudelliseen kontekstiin. Tämä on pakottanut arvioimaan käytyä keskustelua rikosoikeuden ehdoilla sekä suhteuttamaan sitä kansalliseen traditioon. Toisaalta en voi – enkä halua – kiistää sitä, että epäilys lähdeaineistoni relevanttiudesta ja riittävyydestä on ollut läpitunkeva. Päällimmäisin syy epävarmuudelleni on ollut se, että kirjoitettaessa moniulotteisesta teemasta – jossa laaja-alainen kotimainen ja kansainvälinen kirjallisuus on merkittävässä roolissa – on mahdotonta väittää olevansa tietoinen kaikista relevanteista puheenvuoroista. Näin ollen on myönnettävä, että tutkimukseni keskustelukumppanit ja etenkin kansainväliset keskustelukumppanini ovat valikoituneet jossakin määrin sattumanvaraisesti. Yleislinjanani olen kuitenkin pyr-

---

[89] Kotimaisen laintulkinnan klassikkona voitaneen pitää Aulis Aarnion teosta ”Laintulkinnan teoria”. Aarnio 1989. Sittemmin myös Raimo Siltala on kirjoittanut yleisesityksen laintulkinnan teoriasta. Siltala 2004. Myös monet muut kotimaiset kirjoittajat ovat osoittaneet kiinnostuksensa laintulkintaa koskevaan problematiikkaan. Ks. esim. Hirvonen 2012.

[90] 1980-luvulla tuulta purjeisiinsa ottanut keskustelu tuomion perusteluista on jatkunut vilkkaana myös 2000- ja 2010-luvuilla. Suomessa merkittäviä virstanpylväitä ovat Jyrki Virolaisen ja Petri Martikaisen kirjoitukset tuomion perusteluista. Ks. Virolainen – Martikainen 2003 ja 2010. Rikostuomion perusteluista on ilmestynyt myös Helsingin hovioikeuden kustantama kokoomateos ”Rikostuomion perusteleminen”, joka sisältää useiden eri henkilöiden artikkeleita. Ks. Huovila – Lahti – Ojala (toim.) 2006. Tuomion perusteluista on keskusteltu myös monissa muissa 2000- ja 2010-luvun kirjoituksissa.

[91] Suomessakin merkittäväksi ja monin paikoin viitatuksi virstanpylvääksi on muodostunut Jerzy Wróblewskin teos ”The Judicial Application of Law” (1992).

kinyt pitämään sitä, että lähdeaineistokseni on valikoitunut kohtalaisen tunnettujen kirjoittajien puheenvuoroja. Vaikka maine ja tunnettavuus eivät tee kenestäkään pätevää ajattelijaa, pitäytymällä kohtalaisen keskeisissä lähteissä olen voinut rajata sitä aineistoa, josta olen tutkimukseeni ammentanut.

Lisäksi – vaikka tätä harvemmin lausutaan julki – myös kielelliset tekijät ovat rajoittaneet lähdeaineistovalintojani. Tämä problematiikka on elimellinen osa kaikkea oikeustieteellistä, yhteiskuntatieteellistä ja humanistista tutkimusta, jota yhä edelleen käydään monikielisesti. Vaikka Suomessa tutkijoiden kielitaito on monipuolinen, kielelliset rajat eivät voi olla kahlehtimatta mahdollisuutta tutustua ja tarttua sellaiseen kirjallisuuteen, joka voisi sisällöllisesti olla hedelmällistä.

Aivan kuten tutkimustehtävää täsmentäessäni totesin, kirjoituksessani en sitoudu kenenkään yksittäisen oikeusajattelijan tai koulukunnan näkemyksiin. Keskustelukumppanieni määrä ei siis ole oppisuunnallisesti rajattu. Olenkin pyrkinyt olemaan avoin erilaisille näkemyksille ja ottamaan argumentit argumentteina riippumatta siitä, minkälaisesta teoriatraditiosta tai -ismistä ne on esitetty. Tämän vuoksi en koe johdannossa mahdolliseksi, joskaan en myöskään tarpeelliseksi, kirjoittaa auki keskeisten lähteideni luetteloa. Myös tutkimusteemaani valitsemieni näkökulmien monipuolisuus estää mainitsemasta keskeisiä keskustelukumppaneita. Yksinkertaisesti olen kussakin kohdin ammentanut sellaisesta lähteestä, jonka siinä kohden olen relevantiksi kokenut.

Toisaalta vaikka en koe tarpeelliseksi enkä edes mahdolliseksi esittää keskeisten lähteitteni luetteloa, tämä ei estä mainitsemasta nimeltä muutamia henkilöitä, joiden vaikutus tutkimukseni muotoutumiseen ja sisältöön on ollut keskeinen. Mainittujen kirjoittajien tuotanto on kuitenkin ymmärrettävä pikemminkin innoitukseni lähteenä kuin läpi tutkimuksen mukana kulkevina keskustelukumppaneina. Koska kirjoitan suomalaisesta traditiosta, maininnoissani korostuu kotimaisuus, olkoon, että samalla monet ulkomaiset kirjoittajat jäävät tässä yhteydessä vaille ansaitsemaansa huomioita.

Ensinnäkin maininnan ansaitsee Aulis Aarnio, jonka koko tuotannon läpikantavana teemana on ollut lainsoveltamisen oikeusturvaan sisältyvät kysymykset. Aarnio ja hänen kansainväliset hengenheimolaisensa tulevat tutkimustemaattisesti lähelle, mutta rikosoikeustieteellinen näkökulmani ja oikeuskulttuuriset muutokset pakottavat arvioimaan Aarnion, kuten kaikkien muidenkin eri oikeudenalojen edustajien, argumentteja rikosoikeudellisesti ja suhteuttamaan käytyä keskustelua rikosoikeudelliseen kontekstiin.[92] Etenkin syyllisyysratkaisun pe-

---

[92] Alaviitteessä on mainittava myös Otto Brusiin (1938) ja Kaarlo Makkonen (1965/1981), joiden kirjoitukset tarjoavat laintulkinnasta ja -soveltamisesta kiinnostuneelle henkilölle virikkeitä ajan patinasta huolimatta. Vaikka en käytä heidän kirjoituksiaan varsinaisina lähteinäni, heidän välillinen vaikutus tämänkin tutkimuksen sisältöön on ilmeinen. Vastaavasti alaviitteessä on mainittava Matti Ilmari Niemi, Juha Karhu ja Jussi Syrjänen, jotka ovat tarkastelleet lakipositivismin ja tilan-

rusteluja koskeva ymmärrykseni on syventynyt myös Jyrki Virolaisen ja Petri Martikaisen sekä Mika Huovilan tuotantoa lukemalla.[93]

Oikeusteoreettisesti olen lähtenyt liikkeelle sieltä mistä moni muukin: lukemalla Hans Kelsenin, H.L.A. Hartin ja Ronald Dworkinin kirjoituksia. Heidän merkityksensä ajatteluuni on ollut – suoraan tai välillisesti – huomattava.[94] Vaikka jotkut nykyisistä oikeustieteilijöistä pitävät kyseisten teoreetikkojen kirjoituksia ajan syöminä, rikosoikeudellisesti heidän keskeisteorioillaan on yhä edelleen relevanssia. Kukin heistä on tavallaan pyrkinyt vastaamaan siihen, millä edellytyksillä on perusteltua puhua oikeusturvasta ja oikeudellisesta ennakoitavuudesta – eli määreistä, jotka rikosoikeudessa ovat korostuneessa asemassa. Samalla on todettava, että on etuoikeus olla nimenomaan suomalainen oikeusteorian harrastaja. Esimerkiksi Hartin ja Dworkinin ajattelusta on Suomessa kirjoitettu lukuisia tasokkaita tekstejä. Näistä itselleni läheisimmiksi on muodostunut Erik Lagerspetzin tuotanto, jonka merkitystä omassa ajattelussani en voi ylikorostaa.[95]

Tutkimukseni paikantaminen kotimaiseen rikosoikeudelliseen traditioon on haastavaa, ellei mahdotonta. Tästä huolimatta kykenen nimeämään yhden yksittäisen artikkelin, jonka perusteella aikoinaan innostuin rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien problemaattisesta suhteesta. Kyseinen kirjoitus on Kimmo Nuotion rikosoikeusteoreettinen puheenvuoro ”Oikeuslähteet, ’supernormistot’ ja ratkaisujen perustelu”.[96] Artikkeli ei ole pitkä, tuskin kovin luettukaan, mutta kirjoituksessa käsitelty problematiikka on lähellä omia intressejäni. Myös monet muut rikosoikeusoppineet ovat viime vuosina kirjoittaneet oikeudenalan oikeuslähdeja lainsoveltamisopista tarjoten kiinnekohtia, joihin olen voinut tukeutua ja joita vasten olen voinut omaa ajatteluani peilata. Näistä maininnan ansaitsevat ainakin Raimo Lahti[97], Dan Frände[98], Jussi Tapani[99], Matti Tolvanen[100] ja Pekka Koponen[101], jotka kaikki ovat omalla tavallaan pohtineet sitä, missä syyllisyyden ja syyttömyyden väliset rajat kulkevat. Heistä kukin on tarjonnut ajatuksellista vertaistukea monin eri paikoin.

---

neherkkyyden problemaattista suhdetta. Heidänkin vaikutuksensa ajatteluuni on ollut merkittävämpi kuin mitä leipätekstistäni ilmenee. Ks. Niemi 1996, erityisesti s. 326–350 sekä Niemi 2006; Karhu, esim. 2005; Syrjänen 2008.

93 Virolainen – Martikainen 2003 ja 2010; Huovila 2003 ja 2006.

94 Välillisellä merkityksellä viittaan siihen, etten leipätekstissäni mainittavasti tukeudu Hans Kelsenin kirjoituksiin.

95 Esim. Lagerspetz 2009.

96 Nuotio 2005. Ks. myös Nuotio 1998b, erityisesti s. 155–158.

97 Esim. Lahti 2006 s. 100–112.

98 Esim. Frände 2012 s. 27–56.

99 Esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 93–143.

100 Ibid.

101 Koponen 2004.

Rikosoikeusaatehistoriallisesti tutkimukseni on luettavissa siihen jatkumoon, jossa rikosoikeudellinen keskustelu lomitetaan perus- ja ihmisoikeuksiin.[102] Vaikka ainakin Raimo Lahti on jo ennen varsinaista perus- ja ihmisoikeusmurrosta pohtinut rikosoikeuden ja perusoikeuksien suhdetta,[103] uudentyyppisen alun kiintopisteenä voidaan pitää Ari-Matti Nuutilan väitöskirjaa vuodelta 1996, jossa Nuutila takautti kriminalisointiperiaatteet perusoikeuksiin.[104] Viisi vuotta myöhemmin julkaistiin Veli-Pekka Viljasen väitöskirja, jossa Viljanen tarkasteli perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä. Vaikka puheenvuoro on valtiosääntöoikeudellinen, tutkimuksessa on myös rikosoikeudellinen ulottuvuus.[105] Sen sijaan Sakari Melanderin rikosoikeudellisessa väitöskirjassa vuodelta 2008 keskitytään nimenomaan siihen, miten kriminalisointiperiaatteet tulee ymmärtää nykyisen perus- ja ihmisoikeusdogmin valossa.[106]

Kaikissa mainituissa teoksissa on pohdittu perus- ja ihmisoikeuksien vaikutusta kriminalisointeihin. Vaikka kyseinen tematiikka on etäällä omista intresseistäni, puheenvuorojen merkitystä tutkimukseni synnyssä ei voida sivuuttaa. Keskustelu, jossa rikosoikeuden justifikatorista tukea haetaan perus- ja ihmisoikeuksista, on avannut portin, jossa rikosoikeuden rajoja ei etsitä moraalifilosofiasta vaan kirjoitetuista oikeuslähteistä. Sitä paitsi ilman perus- ja ihmisoikeussensitiivistä rikosoikeusteoreettista keskustelua en olisi todennäköisesti koskaan aloittanut tämän tutkimuksen kirjoittamista. Ennen 1990-luvun loppua perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla ei ollut mainittavaa sijaa kotimaisissa rikosoikeudellisissa kirjoituksissa. Näin ollen rikosoikeustieteellinen pohja tarkastella rikoslain sekä perus- ja ihmisoikeuksien välistä vuorovaikutusta on todellistunut vasta viimeisen noin viidentoista vuoden aikana.

---

[102] Raimo Lahti on seikkaperäisesti kuvannut perus- ja ihmisoikeuksien esiinmarssin kotimaisessa rikosoikeustieteellisessä tutkimuksessa 1990-luvulta alkaen. Lahden kirjoituksessa kuvataan kattavasti, miten perus- ja ihmisoikeudet ovat vaikuttaneet 1990-luvun jälkipuoliskolta lähtien rikosoikeudellisissa väitöskirjoissa. Ks. Lahti 2013 s. 62–66.

[103] Lahti 1986 ja 1994.

[104] Nuutila 1996. Varsinainen tutkimusteema Nuutilalla oli rikosoikeudellinen huolimattomuus, mutta Nuutilan väitöskirjassa keskustellaan myös perusoikeuksista ja kriminalisointiperiaatteista. Koska kutsun Nuutilan väitöskirjaa ”uudentyyppisen alun kiintopisteeksi”, on täsmennettävä, että Suomessa rikosoikeutta on tarkasteltu perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti jo huomattavasti aikaisemminkin. Aikaisempana merkkipaaluna voidaan pitää rikosoikeuskomitean mietintöä vuodelta 1976, jossa rikosoikeudellisia oikeushyviä tarkasteltiin perus- ja ihmisoikeuslähtöisesti. Ks. KM 1976:72 sekä Melander 2008 s. 18 ja s. 81–90.

[105] Viljanen 2001, erityisesti s. 305–346. Toinen itselleni merkittäväksi muodostunut valtiosääntöoikeudellinen puheenvuoro on Juha Lavapuron väitöskirja ”Uusi perustuslakikontrolli”. Lavapuro 2010. Väitöskirjassaan Lavapuro tarkastelee myös perus- ja ihmisoikeussensitiiviseen lainsoveltamiseen sisältyvää problematiikkaa.

[106] Melander 2008.

Ennen tutkimuksen rakenteen esittelyyn siirtymistä koen tarpeelliseksi vielä kahden huomautuksen tekemisen. Ensinnäkin olen lainannut väitöskirjaprojektini aikana kirjoittamistani artikkeleista. Perusteluni on seuraava: jos olen jo aikaisemmin kirjoittanut tutkimustematiikkani sisältämistä asioista siten, miten asiat yhä edelleen ymmärrän, en ole kokenut tarpeelliseksi tahi mahdolliseksi muuttaa ajatteluani. Itseni lainaamisessa on myös kysymys määrällisesti vähäisistä tekstiosuuksista. Tutkimus ei myöskään sisällä yhtään aikaisemmin julkaistua artikkeliani sellaisenaan.

Toiseksi en ole kokenut tarpeelliseksi viitata jokaiseen, ehkä vain etäisesti relevanttiin lähteeseen. Valintaani on kaksi perustetta. Ensinnäkin kirjoitettaessa teoreettisesta tematiikasta lähdeaineistoista on runsaudenpula. Tällöin on luonnollista keskittyä olennaiseen. Toiseksi internetin ansiosta alaviitteissä mainittujen lähteiden määrä ei nykyisin kerro mitään tutkijan lukeneisuudesta. Saatavuuden ollessa näyttöpäätesaatavuutta kukin kirjoittaja voi halutessaan kasvattaa alaviittausten määrää, mutta tutkimuksellista lisäantia turhat alaviitteet eivät tarjoa.

Valitsemani selektiivinen viittaustekniikka sisältää tieteeneettiset riskinsä. Paikoittain lukija voi pahoittaa mielensä siitä, ettei hänen mielestään relevanttia lähdettä ole alaviitteessä mainittu. Tällaisen tilanteen varalta huomautettakoon, että puutteeseen saattaa olla kaksi syytä; parempi ja huonompi. Paremmassa tapauksessa olen yksinkertaisesti eri mieltä lähteen relevanttiudesta omiin tarkoituksiini. Sen sijaan huonommassa tapauksessa olen ollut vain huolimaton tai tietämätön lähteen olemassaolosta.

1.5 TUTKIMUKSEN RAKENNE

Tutkimuksen rakenteessa olen pyrkinyt selkeyteen. Näin ollen olen jakanut tutkimukseni johdannon (luku 1) ja loppuluvun (luku 9) lisäksi seitsemään päälukuun, joista kukin luku pohjustaa sitä, mitä seuraavissa luvuissa kirjoitan. Koska kysymyksessä on monografia, päämääräni on ollut, että kokonaisuus ylittää lukujensa summan. Tämä tavoite merkitsee sitä, että tutkimus on tarkoitettu luettavaksi alusta loppuun yhtenä kokonaisuutena. Sieltä täältä lukemisen riski on se, ettei lukija välttämättä ymmärrä paikoittain kiistanalaisiakin väittämiäni.

Rakenteelliseen selkeyteen olen pyrkinyt myös minimoimalla alaotsakkeiden käytön. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, ettei alaotsakkeissa edetä kakkostasoa pidemmälle. Tämän vuoksi lukija joutuu paikoittain syventymään tekstiini sivumäärällisesti – ja ilman otsakkeiden suomaa hengähdystaukoa – pidempiäkin aikoja. Perustelen valintani kahdella argumentilla. Ensinnäkin olen halunnut välttää wikipedia-kirjoittamista eli tyyliä, jossa yhden otsakkeen alla pikemmin

esitelmöidään kuin kirjoitetaan analyyttisesti. Toiseksi alaotsakkeiden minimoiminen on pakottanut harkitsemaan huolellisesti, mitä haluan kussakin luvussa sanoa. Kuten yleensä, jos kirjoittaja ei viljele alaotsakkeita, eri suuntiin vievät rönsyt ovat jätettävä huomiotta. Tämä taas on omiaan lisäämään alalukujen sisäistä koheesiota ja toivoakseni myös eri lukujen välistä sidonnaisuutta. Otsakeminimalismia uhkaavan raskaslukuisuuden olen pyrkinyt tekemään siedettäväksi sijoittamalla alalukujen sisään kursivoituja täsmennyksiä, joiden tarkoitus on jäsentää alaotsakkeen alla kirjoitettua leipätekstiä.[107]

Tutkimukseni aloitan tarkastelemalla aiheeni relevanssia (luku 2). Valintaani voidaan kohdistaa kahdenlaista kritiikkiä. Ensinnäkään keskustelu tutkimuksen tarpeellisuudesta ei vie tutkimustehtävää eteenpäin. Toiseksi jo edellä on osoitettu argumentteja tutkimustehtävän puolesta.

Tarkoitukseni ei kuitenkaan ole kirjoittaa vain kysymyksenasetteluni hyödyllisyydestä eikä toistaa edellä sanottua. Sen sijaan tarkastelen niitä tekijöitä, joiden vuoksi perus- ja ihmisoikeussensitiivisyys on lisääntynyt rikosoikeudellisessa ratkaisuharkinnassa – sekä sitä, miksi perinteinen keskustelu rikoslaintulkinnasta ei tyhjentävästi kykene vastaamaan siihen problematiikkaan, jota perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaisemiseen sisältyy.

Tämän jälkeen tarkastelen syyksiluettavuuden rikosoikeudellisia kriteereitä (luku 3). Vaikka rikoslain määritelmän mukaan syyksiluettavuus viittaa tahallisuuteen ja tuottamukseen (RL 3:5), tarkoitukseni ei ole keskustella näistä rikosvastuulle sinänsä välttämättömistä edellytyksistä. Sen sijaan tarkastelen sitä, minkälaisten yleisten edellytysten vallitessa rikosoikeudellinen vastuu aktualisoituu eli milloin henkilön voidaan todeta syyllistyneen rikokseen. Samalla keskusteltavaksi tulee se, miten perus- ja ihmisoikeudet istuvat syyksiluettavuuden systematiikkaan.

Kriitikko voi väittää, että keskusteltaessa syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta puheenvuorossa ei ole tarvetta pohtia syyksiluettavuuden kriteereitä. Kriitikolle voidaan kuitenkin vastata, että tutkimusteeman koskiessa syyllisyyskysymyksen ratkaisemista on loogista tarkastella aluksi sitä, mitä tuomarin tulee syyllisyyskysymystä ratkaistaessa huomioida. Lisäksi kriitikolle voidaan huomauttaa, että termillä ”syyllisyys” on eri merkitys eri konteksteissa. Näin ollen tutkimuksen otsakkeen ollessa ”Syytön tai syyllinen” on suorastaan välttämätöntä täsmentää sitä, mitä syyllisyys, syyttömyys ja syyksiluettavuus tarkoittavat.

Mainittujen pohjustusten jälkeen siirryn tutkimukseni kovaan ytimeen. Tämä on aloitettava tarkastelemalla sitä, miten syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen

---

[107] Otsakeminimalismin vastineeksi olen laatinut perusteellisen asiahakemiston. Siihen tukeutumalla lukija voi tarvittaessa nopeastikin paikantaa tekstistä ne kohdat, jotka häntä erityisesti kiinnostavat.

oikeusteoreettisesti hahmottuu (luku 4). Käytännössä tämä edellyttää tutkimustematiikkani lomittamista viime vuosikymmenien oikeusteoreettiseen keskusteluun, jossa on seikkaperäisesti pohdittu lakipositivismin riittävyyttä konkreettisessa lainsoveltamistilanteessa. Vaikka tarkastelunäkökulmani on oikeusteoreettinen, keskiössä on konkreettisen syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen.

Luvuissa 5–7 tarkastelen syyllisyyskysymyksen ratkaisemista oikeuslähdeopillisesta, metodologisesta ja epistemologisesta näkökulmasta. Kukin luku on oma itsenäinen kokonaisuutensa, mutta samalla luvut muodostavat lomittaisen kokonaisuuden. Tämä perustuu siihen, ettei oikeuslähdeopillista, lainsoveltamismetodista ja epistemologista näkökulmaa voida erottaa omiksi saarekkeikseen, vaan kussakin luvussa sanottu vaikuttaa siihen, kuinka toisissa luvuissa voidaan argumentoida.

Tutkimukseni päättää ekskursio, jossa tarkastelen kiperän syyksilukevan tuomion filosofista legitimiteettiä (luku 8). Ekskursioni relevanssi ja sisältö on kiistanalainen. Sen puolesta voidaan kuitenkin esittää pätevä argumentti: rikosoikeustieteen velvollisuus on pohtia kiperien syyksilukevien tuomioiden legitimiteettiä erilaisista näkökulmista. Tämä keskustelu ei saa tyrehtyä vain käytännölliseksi keskusteluksi, jossa tuomioiden hyväksyttävyys haetaan oikeuslähteiden, oikeudellisen argumentaation ja tuomion perustelujen asianmukaisista käyttösäännöistä. Aivan yhtä tärkeää on pyrkiä jäsentämään sitä, miksi yksilöön kohdistettu pakkovalta on ylipäätään oikeutettua, vaikka syyksilukevan tuomion normatiivinen oikeellisuus voi olla varteenotettavan epäilyn tällä puolen.

Varsinaisen tutkimustekstin jälkeen vuorossa on kokoava yhteenveto. Vaikka väitöstutkimuksissa tutkimustulosten kodifiointia ei pidä aliarvioida, tyypillisesti oikeustieteellisessä tutkimuksessa eri luvuissa esitetyt argumentit ovat merkitsevämpiä kuin lyhyet loppupäätelmät. Näin on myös tässä tutkimuksessa.

2 Tutkimuksen relevanssi

2.1 PERUS- JA IHMISOIKEUKSIEN MERKITYKSEN KASVU

Johdatellessani lukijan tutkimusaiheeseeni osoitin tutkimustehtäväni puolesta puhuvia argumentteja. Tutkimukseni tarpeellisuutta puolsin niin oikeuskäytännöllisin kuin oikeustieteellisin perustein. Tämän lisäksi on mielenkiintoista vastata siihen, mihin perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen ripeä kasvu rikosoikeudellisessa ratkaisuharkinnassa perustuu.

Esittämääni kysymykseen voidaan vastata yhdellä, sinänsä suomalaisittain sattumanvaraisella maailmanpoliittisella tapahtumalla: Berliinin muurin murtumisella. Tästä alkoi suomalaisen oikeusvaltion evoluutio, joka on johtanut vaiheeseen, jossa oikeusvaltion laatua ei mitata vain julkisen vallan lakisidonnaisuudella. Lisäksi edellytetään, että julkinen valta kunnioittaa perus- ja ihmisoikeuksia ja huolehtii siitä, että perus- ja ihmisoikeudet toteutuvat myös oikeuskäytännössä.[1]

Tällaista oikeusvaltiota, jossa perus- ja ihmisoikeudet ovat voimassa täysimääräisesti, kutsutaan termillä demokraattinen oikeusvaltio.[2] Demokraattisen oikeusvaltion ihanteita noudattaen myös kotimainen oikeusvaltiollinen kehitys on – pitkälti Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioinnin seurauksena – johtanut siihen, että perus- ja ihmisoikeuksista on tullut paitsi Ronald Dworkinin[3] tarkoittamia valttikortteja myös Robert Nozickin[4] hahmottelemia poikkeuksettomia rajoitteita valtiovallalle.[5] Jokaiselle yksilölle kuuluvat perustuvanlaatuiset oikeudet ovat oikeuksia, joiden loukkaamista ei voida perustella edes hyvillä aikomuksilla.

Vaikka perus- ja ihmisoikeuksien painottumisessa ei ole mitään kritisoitavaa, rikosoikeudellisesti ja etenkin puhuttaessa rikoslain soveltamisesta tilanne on haastava. Haaste on siinä, että ennen Berliinin muurin murtumista sementoidut oikeusvaltion peruspilarit ovat pysyneet muuttumattomina. Edelleen tuomarei-

---

1 Oikeusvaltiokehityksestä ks. Lagerspetz 2002a s. 41. Perusteellisesti modernista oikeusvaltiosta ks. Hallberg 2004. Perus- ja ihmisoikeuksien merkityksestä modernissa oikeusvaltiossa ks. myös Lavapuro 2010.

2 Ibid.

3 Dworkin 1978/2005.

4 Nozick 1974. Ks. myös Matravers 2008 s. 900.

5 Tästä tematiikasta ks. Lagerspetz 2002a s. 40–41.

den tehtävä on soveltaa rikoslakia ennakoitavasti, eli ennalta sovittujen pelisääntöjen mukaisesti. Samalla tuomareilta kuitenkin edellytetään perus- ja ihmisoikeussensitiivistä tilannetajua, eli sitä, että he osaavat tarvittaessa huomioida syyllisyyskysymyksen sisältämät perus- ja ihmisoikeusulottuvuudet. Näin ollen perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä törmäävät kaksi oikeusvaltiokäsitystä: saksalaispohjainen Rechtsstaat ja moderni demokraattinen oikeusvaltio.

Vaikka demokraattisessa oikeusvaltiossa tuomareilla on viimekätinen velvollisuus huolehtia perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisesta, tilastollisesti perus- ja ihmisoikeussensitiivinen rikoslain soveltaminen on yhä edelleen verrattain harvinaista. Tästä huolimatta tutkimuksen tarpeellisuutta voidaan perustella monilla argumenteilla, joiden relevanssi takautuu nimenomaan siihen, että Suomi on siirtynyt demokraattisen oikeusvaltion aikakauteen.

Esiin on nostettava ensinnäkin tilastollinen harha. Rohkeaa ei ole veikata, että tuomioistuinten perusteluissa viljellään perus- ja ihmisoikeusargumentaatiota niukemmin kuin mitä tuomarit sisällänsä miettivät. Pohjimmiltaan kysymys on siitä, että perusoikeudellinen intuitio on osa demokraattisen oikeusvaltion tuomarin identiteettiä, tiedostivatpa tuomarit tätä konkreettisen ratkaisun yhteydessä tai eivät. Tukea väitteelleni tarjoaa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö, joka on viimeisen kymmenen vuoden aikana pakottanut kotimaiset tuomarit huomioimaan tapauksiin mahdollisesti liittyvät perus- ja ihmisoikeusulottuvuudet. Toisin sanoen vallitseva perusoikeusdoktriini kalibroituna Suomea velvoittavaan Euroopan ihmisoikeussopimukseen ei salli sitä, että perus- ja ihmisoikeusulottuvuus suljettaisiin rikosoikeudellisesta harkinnasta.[6]

Tämä ei tarkoita, että tuomarien tulisi jokaisessa rikosasiassa miettiä tapauksen perus- ja ihmisoikeussensitiivisyyttä, eikä tällaiseen ole tarvettakaan. Yhä edelleen ylivoimaisesti suurin osa syyllisyysratkaisuista on sellaisia, ettei niillä ole välitöntä yhtymäkohtaa perus- ja ihmisoikeuksiin. Toisaalta perus- ja ihmisoikeuksien lisääntynyt merkitys on johtanut siihen, että tuomarit ovat kauttaaltaan perus- ja ihmisoikeussensitiivisempiä. Tämän voi huomata esimerkiksi keskustelemalla tuomareiden kanssa seminaareissa tai kahvipöydissä.

Vaikka tällaiset verifioimattomat kahvipöytäkeskustelut eivät ole ensiluokkaisia tieteellisiä lähteitä, rohkenen todeta, että perus- ja ihmisoikeuksilla on suurempi merkitys tuomarien harkinnassa kuin mitä tuomioiden perustelut ilmentävät. Nostakaamme yksittäisesimerkiksi perus- ja ihmisoikeuksien epäsuorasta vaikutuksesta Vaasan hovioikeuden ns. koulusurmaratkaisu.[7]

---

6 Melander 2008 s. 24.
7 VaaHO 2011/5.

Kyseissä tapauksessa vastaajana ollut komisario tuomittiin tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta, koska hän ei ollut ottanut X:n omistamaa ampuma-asetta väliaikaisesti poliisin haltuun. Tällä päätöksellä oli kauaskantoiset seuraukset, koska seuraavana päivänä X surmasi kyseisellä aseella kymmenen ihmistä. Ratkaistavana oli kysymys siitä, oliko komisario tuottamuksesta rikkonut ampuma-aselain 92 §:n 1 momenttiin perustuvaa velvollisuuttaan ottaa X:n omistama käsiase väliaikaisesti poliisin haltuun. Hovioikeuden mukaan komisario oli menetellyt huolimattomasti, koska hänellä oli ollut perusteltu aihe epäillä sitä, että X käyttää ampuma-asetta väärin.

Vaikka päällisin puolin asia ratkaistiin pohtimalla rikosoikeudellisen huolimattomuuden ja huolellisuuden välistä rajanvetoa, perusoikeusajattelulla on väistämättä ollut implisiittisesti merkitystä rikosoikeudellisen vastuun rajanvedossa. X:llä, kuten kaikilla muillakin kansalaisilla, on tietyissä rajoissa perustuslaillinen suoja omistaa ja käyttää omistamaansa ampuma-asetta, eikä tällaista suojaa voida kevyin perustein poliisin päätöksillä rajoittaa. Toisin sanoen aseen väliaikaiselle haltuunotolle on aina oltava hyväksyttävä peruste. Tämän vuoksi syyllisyyskysymyksen ratkaisemisessa on jouduttu arvioimaan komisarion rikosoikeudellisen huolellisuusvelvoitteen ja omaisuudensuojan välistä jännitettä, vaikka perusoikeuspohjaista punnintaa ei tuomion perusteluissa selväsanaisesti esitetä.

Toiseksi vaikka tilastollisesti perus- ja ihmisoikeusherkät syyllisyysratkaisut eivät ole erityisen yleisiä, ne eivät ole myöskään anomalioita.[8] Tyypillisimmin supernormistoulottuvuus aktualisoituu sananvapausrikostapauksissa,[9] mutta tilanne voi ajankohtaistua myös monien muiden rikostunnusmerkistöjen sekä rikoslain yleisten vastuuedellytysten soveltamisessa. Esimerkkejä on mainittu tämän tutkimuksen ensimmäisillä sivuilla.[10]

---

[8] Esimerkiksi vuonna 2013 korkein oikeus antoi yhteensä 102 ennakkopäätöstä, joista seitsemän ratkaisua voidaan allokoida perus- ja ihmisoikeussensitiivisiksi syyllisyysratkaisuiksi. Lisäksi neljässä muussa ratkaisussa rikoslaki ja perus- ja ihmisoikeudet risteävät, vaikka kysymyksessä ei ole selkeä syyllisyysratkaisu (tällaisiksi ratkaisuiksi olen luokitellut esimerkiksi vuonna 2013 langetetut ne bis in idem -tuomiot). Näin ollen korkeimman oikeuden vuonna 2013 antamista ennakkopäätöksistä 6,9 prosenttia on luettavissa perus- ja ihmisoikeussensitiivisiksi syyllisyysratkaisuiksi. Jos tilastoihin luetaan myös ne ratkaisut, joissa kysymys ei ole syyllisyysratkaisusta vaan ylipäätään rikoslain soveltamisesta perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti, määrä nousee 10,8 prosenttiin. Alleviivattakoon, ettei kysymys ole perus- ja ihmisoikeussensitiivisen rikoslain soveltamisen yleisyydestä verrattuna muuntyyppiseen rikoslain soveltamiseen, vaan perus- ja ihmisoikeussensitiivisen rikoslain soveltamisen prosentuaalisesta määrästä korkeimman oikeuden kaikista ennakkopäätöksistä vuonna 2013.

[9] Esim. vuonna 2013 korkein oikeus sovelsi rikoslakia sananvapaussensitiivisesti ratkaisuissa KKO 2013:100; KKO 2013:70; KKO 2013:69; KKO 2013:50; KKO 2013:15.

[10] Ks. luku 1.1 sekä ko. luvun leipätekstissä ja alaviitteissä mainitut oikeustapaukset.

Kolmanneksi odotettavissa on, että tulevaisuudessa rikoslaki ja perusoikeudet leikkaavat toisensa nykyistä useammin. Tämä tendenssi perustuu kriminaalipoliittiseen asennemuutokseen ja etenkin siihen, että nykyisin rikoslaki koetaan hyväksi keinoksi vastata olemassa oleviin ja tulossa oleviin yhteiskunnallisiin ongelmiin.[11] Mainitkaamme esimerkkinä keskustelu kerjäämisen kriminalisoinnista.

Sisäasiainministeriö asetti vuonna 2010 työryhmän pohtimaan toimenpiteitä, joilla kerjäämiseen voitaisiin puuttua.[12] Julkisuudessa ainoaksi tehokkaaksi ja nopeaksi keinoksi nostettiin kerjäämisen kriminalisointi. Olettakaamme, että kerjäämisen kriminalisointi olisi saanut laajan kannatuksen, jolloin se olisi muodossa tai toisessa kriminalisoitu.

Vaikka lainsäädäntövaiheessa kriminalisoinnin ja perus- ja ihmisoikeuksien keskinäissuhdetta tarkasteltaisiin monipuolisin argumentein, olisi erheellistä olettaa, ettei perus- ja ihmisoikeusulottuvuus voisi aktualisoitua jälkeenpäin tuomioistuimissa. Esimerkiksi kerjäämisen kriminalisointi voisi johtaa tilanteeseen, jossa rahan antaminen vähävaraiselle tarkoittaisi syyllistymistä kerjäämisen avunantoon. Me emme kuitenkaan hyväksy ajatusta, että vähävaraisen auttaminen olisi oikeusjärjestyksen vastaista. Näin ollen saattaisimme hahmottaa tilanteen siten, ettei avunantoa tulisi arvioida rikosoikeussystemaattisesti vaan perus- ja ihmisoikeuksien perusteella. Vastaavasti tuomari voisi päätyä siihen, että rahanlahjoittajalla on perustuslaillinen oikeus auttaa vähäosaista ilman, että hän syyllistyy rikoslain tarkoittamaan avunantoon. Toinen vaihtoehto olisi todeta, ettei Suomen oikeusjärjestys salli vähävaraisten auttamista.

Vaikka esimerkkini on tarkoitushakuinen, se ilmentää, että kriminaalipoliittinen tendenssi on omiaan johtamaan siihen, että tuomarit voivat tulevaisuudessa kohdata perusoikeuksien ja rikoslain kollision epätyypillisissäkin tilanteissa. Oikeudenalan laajeneminen uusille alueille sekä rikosoikeuden kansainvälistyminen edellyttävät rikoslain jatkuvaa mittaamista perus- ja ihmisoikeuksilla.

Neljänneksi perus- ja ihmisoikeusherkkyyttä on lisännyt rikosoikeusteoreettinen keskustelu, jossa rikosoikeuden rajat on pyritty määrittelemään perus- ja ihmisoikeuslähtöisesti.[13] Johdannossa toteamallani tavalla keskustelu on toistaiseksi pitäytynyt rikoslailla säätämisen rajoissa. Systemaattinen rikosoikeus ei

---

[11] Ns. proaktiivisesta rikosoikeudesta ks. Husabø 2003 s. 97–106; Melander 2007a s. 189–206; Melander 2008 s. 25.

[12] Sisäasiainministeriön julkaisuja 26/2010. Kerjäämisen kieltämistä selvittävä työryhmä. Alustava selvitys.

[13] Ks. myös perustuslakivaliokunnan lausunnot PeVL 23/1997 vp s. 2–3; PeVL 20/2002 vp s. 6; PeVL 56/2014 vp s. 2, joissa painotetaan perus- ja ihmisoikeuksien merkitystä rikoslainsäätäjän harkinnanvallan rajoitteena. Tästä tematiikasta ks. myös luvun 1 alaviitteessä 41 sanottu.

voi kuitenkaan lähteä siitä, että perus- ja ihmisoikeuksilla on olennainen merkitys lainsäädäntövaiheessa, mutta syyllisyyskysymyksissä perus- ja ihmisoikeusargumentaatio sivuutetaan. Jos ja kun rikosoikeuden justifikaatio pyritään johtamaan perus- ja ihmisoikeuksista, tämä edellyttää justifiointiketjun katkeamattomuutta lainsäädännöstä syyllisyyskysymysten ratkaisemiseen.[14]

Sanotulla en tarkoita, että rikoslain perustuslaillisen kontrollin keskeisin vastuu tulisi sälyttää tuomareille, pikemminkin päinvastoin. Ensisijaisesti kysymys on lainsäädäntövaiheen kontrollista ja vasta toissijaisesti lainsoveltamistilanteessa vaadittavasta herkkyydestä. Toisaalta jos rikoslaki systemaattisesti kytketään perus- ja ihmisoikeuksiin, tämä edellyttää sitä, että justifikaatioketju on katkeamaton. Tällöin osa rikoslain perus- ja ihmisoikeusmukaisuuden valvonnasta jää tuomareiden vastuulle siitä yksinkertaisesta syystä, että eletty elämä on aina perustuslakivaliokuntaa kekseliäämpi. Moniarvoisessa yhteiskunnassa kaikkeen ei voi varautua ennakolta.

Viides, ja ehkäpä käytännöllisesti arvioiden olennaisin peruste tutkimukselleni on Euroopan ihmisoikeussopimus, ja etenkin sen soveltamista ohjaavan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen relevanssin muuttuminen. Ihmisoikeussopimus takautuu vuoteen 1959, mutta sopimusta uudistettiin merkittävästi päättyneen vuosisadan lopulla.[15] Muutoksen merkittävyyttä kuvaa se, että uudistuksen jälkeen tuomioistuin on antanut yli 90 % kaikista tuomioistaan.[16] Tällainen ihmisoikeustuomioistuimen aktivoituminen on heijastunut myös yleiseurooppalaiseen oikeusvaltiokehitykseen. Eurooppalaisittain on nykyisin tavanomaista ajatella, että oikeusvaltiossa yksilöllä tulee olla tehokas mahdollisuus ajaa kannetta myös kotivaltiotaan vastaan,[17] jos hän on kokenut valtion loukanneen hänen perustavanlaatuisia oikeuksiaan.[18]

---

[14] Lahti 2012 s. 100–102; Hirvonen 2006 s. 51–66.

[15] Sopimusta uudistettiin 1.11.1998. Aiheesta tarkemmin Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 141–145.

[16] Ks. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ylläpitämät tilastot ihmisoikeusoikeustuomioistuimen kotisivuilta.

[17] Ihmisoikeussopimuksen 34 artiklan mukaan tuomioistuin voi ottaa vastaan valituksia, joissa yksityishenkilö, kansalaisjärjestö tai ryhmä väittää jonkun ihmisoikeussopimukseen sitoutuneen tahon loukanneen heidän yleissopimuksessa tai sen pöytäkirjoissa tunnustettuja oikeuksiaan.

[18] Tätä kirjoitettaessa käydään keskustelua myös yksilöiden valitusoikeuden rajoittamisesta. Vaarana on, ettei ihmisoikeustuomioistuin kykene reagoimaan jokaiseen valitukseen, joka sille tutkittavaksi toimitetaan. Esimerkiksi yksilövalitusten huippuvuonna eli vuonna 2012 ihmisoikeustuomioistuimen käsittelyyn toimitettiin noin 160 000 valitusta. Ks. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ylläpitämät tilastot ihmisoikeustuomioistuimen kotisivuilta. Sittemmin valitusten määrä on laskenut, mutta yhä edelleen valitusten määrä on liian suuri. Yhtenä vaihtoehtona on ehdotettu, että tulevaisuudessa ihmisoikeustuomioistuin tutkisi vain perustuvanlaatuisia ihmisoikeuskysymyksiä ja muu ihmisoikeuksien valvonta jäisi kansallisvaltioiden harteille. Ks. Euroopan neuvoston Suomen pysyvän suurlähettilään Pekka Hyvösen Helsingin Sanomissa 24.7.2014 julkaistu vieraskynäkirjoitus (Hyvönen 2014).

> Valitsemaani termiin ”yleiseurooppalainen oikeusvaltiokehitys” voidaan kohdistaa myös kritiikkiä. Tällöin kritiikin kärki kohdistuu siihen, ettei ihmisoikeustuomioistuimen toimintaan suhtauduta kaikkialla suopeasti. Viime vuosina kriittisiä äänenpainoja on esiintynyt myös sellaisissa maissa, joissa perus- ja ihmisoikeuksia on perinteisesti pidetty arvossa. Esimerkiksi Britanniassa on keskusteltu siitä, onko ihmisoikeustuomioistuin menettänyt uskottavuutensa puuttumalla liian hanakasti kansallisvaltioiden oikeudelliseen traditioon.[19] Myös Pohjoismaissa – etenkin Tanskassa ja Norjassa sekä viime vuosina myös Ruotsissa – on kritisoitu ihmisoikeustuomioistuinta siitä, että se on ratkaisuillaan puuttunut liian nyansoidusti eri maiden oikeuteen järjestää oikeusolonsa haluamallaan tavalla.[20]
>
> Euroopassa keskustelu ihmisoikeussopimuksen ja ihmisoikeustuomioistuimen legitimiteetistä ei ole ollut vain oikeusoppineiden akateemista väittelyä, vaan ihmisoikeustuomioistuimen legitimiteetti on kyseenalaistettu myös vahvalla poliittisella mandaatilla. Esimerkiksi Britannian tämänhetkinen pääministeri David Cameron on todennut, että Britannia voi tarvittaessa irtaantua Euroopan ihmisoikeussopimuksesta.[21]

Ihmisoikeustuomioistuimen aktivoitumisen kanssa likipitäen samaan ajankohtaan osuivat myös kotimainen perusoikeusuudistus (1995) ja valtiosääntöuudistus (2000). Näiden kolmen tekijän synergia on yhdessä muokannut suomalaista oikeusvaltiokäsitystä tavalla, jonka vaikutukset oikeuskäytäntöihin ovat olleet merkittäviä. Siinä missä vuoden 1995 perusoikeusuudistus asetti julkiselle vallalle velvollisuuden huolehtia perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisesta, 2000- ja 2010-luvuilla ihmisoikeustuomioistuin on tuottanut runsaasti sellaista aineistoa, jonka tuntemista perustuslaki tuomareilta edellyttää.[22] Vuoden 2000 perustuslakiuudistus oli myös sellainen sinetti, jonka jälkeen uusi vuosituhat aloitettiin oikeudellisesti uudenlaisessa ilmapiirissä.

Oikeusvaltiollisesta muutoksesta kertoo jotakin olennaista korkeimman oikeuden entisen presidentin Olavi Heinosen anekdootti eräässä Turun yliopiston

---

[19] Ks. esim. Batty 2011. Tästä tematiikasta on kirjoitettu myös Suomessa. Ks. Pellonpää 2009 s. 1125–1140.

[20] Pellonpää 2009; Rytter 2006 s. 9–19; Ervo 2006 s. 411–422.

[21] The Telegraph / David Cameronin haastattelu 29.9.2013. Ks. Cameron 2013. Ks. myös Cameronin puhe puoluekokouksessa 1.10.2014, jossa hän totesi seuraavasti: ”Let me put this very clearly: We do not require instruction on this from judges in Strasbourg.” – eli vapaasti suomennettuna: ”Sanottakoon tämä suoraan: me emme tarvitse neuvoja Strasbourgin tuomareilta” (jos ne ovat ristiriidassa Britannian oikeuskulttuurin ja oikeudellisen tradition kanssa). Ks. Cameron 2014.

[22] Kysymys ei ole mistään suomalaisesta ilmiöstä tai vain suomalaista oikeuskulttuuria koskevasta kehityksestä. Esimerkiksi rikosoikeudellisesti valaisevaa on lukea Andrew Ashworthin ja Jeremy Horderin tuore painos teoksesta ”Principles of Criminal Law” (2013), jossa viittaukset Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön eivät ole mitenkään harvinaisia. Ks. Ashworth – Horder 2013.

oikeustieteellisen tiedekunnan järjestämässä seminaarissa vuonna 2010. Heinonen kertoi, kuinka 1990-luvun alussa Euroopan ihmisoikeussopimusasiakirjat nostettiin korkeimman oikeuden kirjaston hyllyille pölyttymään. Pian kävi kuitenkin ilmi, ettei pöly tulee asiakirjojen päällä pysymään, ja uudelle vuosituhannelle tultaessa Euroopan ihmisoikeussopimus ja sen soveltamista ohjaava Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö olivat jo muodostuneet tärkeiksi vaikuttimiksi kotimaisissa tuomioistuimissa. Heinosen sanoin nykyiset tuomarit eivät ole vain kansallisia vaan myös eurooppalaisia tuomareita. Sittemmin Heinonen on myös todennut, että ihmisoikeussopimuksen ratifiointi ja Euroopan unioniin liittyminen ovat asettaneet suomalaiset tuomioistuimet ennennäkemättömän haasteen eteen.[23]

Vaikka Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella on ollut kiistaton rooli kotimaisen oikeusvaltiokäsityksen modernisoitumisessa, viime vuosien kotimainen keskustelu ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön merkittävyydestä ei ole ollut kaikilta osin tyydyttävää. Puheenvuoroissa on säännönmukaisesti todettu, että kotimaisten tuomareiden pitäisi olla paremmin selvillä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä. Etenkin runsaasti huomiota saaneissa sananvapausasioissa niin juristit kuin toimittajatkin ovat ihmetelleet, eivätkö kotimaiset tuomioistuimet koskaan omaksu eurooppalaista sananvapauskäsitystä.[24] Puheenvuoroista välittyy myös oletus, ettei Suomessa kunnioiteta perus- ja ihmisoikeuksia eikä ihmisoikeustuomioistuimen päätöksiä.[25]

Vaikka kriittiselle keskustelulle on paikkansa, on syytä pitää mielessä, ettei pelkkä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen perusteellinenkaan tunteminen riitä. Ongelma on syvemmällä. Rikosoikeudellisesti kysymys on mannermaisen oikeustradition anglosaksistumisesta. On selvää, etteivät tällaiset oikeuskulttuuriset muutokset tapahdu yhdessä tai kahdessa vuodessa, eivät välttämättä edes yhdessä tai kahdessa vuosikymmenessä. Haastavimpia muutokset ovat nimenomaan rikosoikeudessa, joka on perinteisesti kansallinen ja tätäkin perinteisemmin staattinen oikeudenala. Jännite syntyy siitä, ettei oikeuden kansainvälistyminen ja periaatteellistuminen ole muuttanut rikosoikeuden perusperiaatteita. Yhä edelleen täsmälliset ja ennalta sovitut pelisäännöt ovat paras oikeusturvan ja syyllisyysratkaisujen ennakoitavuuden tae.

---

[23] Ks. Olavi Heinosen kirjoittama ja Helsingin sanomissa 17.4.2014 julkaistu muistokirjoitus ”Kaapo Kartio 1935–2014 – Juristi koki alansa suuret muutokset”. Heinonen 2014.

[24] Myös perustuslakivaliokunta on kiinnittänyt huomiota tähän problematiikkaan. Ks. PeVL 16/2013 vp s. 3.

[25] On tunnettu realiteetti, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on langettanut tuomioita useammin Suomelle kuin muille Pohjoismaille. Toisaalta Matti Pellonpää on kiinnittänyt huomiota siihen, että siinä missä Suomessa oikeustieteilijät kokevat langettavat tuomiot kansallisena ongelmana, esimerkiksi Tanskassa kritiikki kohdistuu ihmisoikeustuomioistuimen kyvyttömyyteen ymmärtää kansallisia erityispiirteitä. Ks. Pellonpää 2009 s. 1131, etenkin alaviite 23.

Kaikkia ihmisoikeustuomioistuimen langettavia ratkaisuja ei tietenkään tarvitse selittää legalistisella traditiolla tai oikeuskulttuurisilla eroilla. Esimerkiksi monissa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisemissa rikosoikeussensitiivisissä tapauksissa on ollut kysymys eri suuntiin viettävien oikeuksien keskinäisestä punninnasta eikä ilmeisestä ihmisoikeusloukkauksesta. Näin ollen on täysin perusteltua kysyä, tulisiko ihmisoikeustuomioistuimen pysyä lestissään ja jättää rikosoikeudelliset rajanvetonyanssit kansallisten tuomioistuinten ratkaistavaksi.

Myös Matti Pellonpää on – brittiläistä tuomaria lordi Hoffmania lainatessaan – todennut, että ihmisoikeudet voivat olla universaalisti päteviä vain varsin yleisellä tasolla.[26] Tällaisen väitteen keskeisviesti on nimenomaan se, että kullakin kansallisvaltiolla on historiallis-oikeudellinen traditionsa, jonka syvällinen sisäistäminen ei ole ihmisoikeustuomioistuimen tuomareille mahdollista. Tämän väitteen tarkempi analysointi edellyttäisi syventymistä ihmisoikeuksien universaaliuteen eikä tällaiseen keskusteluun ole tässä tarvetta.[27] Toteamukseksi riittää, että Suomessakin olisi tilausta ihmisoikeuskriittiselle keskustelulle, jossa myös ihmisoikeustuomioistuimen pätevyydestä ja ratkaisujen relevanssista keskusteltaisiin syvällisesti.

Lopuksi on nostettava esille uudet ja tulevat juristisukupolvet. Siinä missä vielä 1900-luvun lopun juristikoulutuksessa perus- ja ihmisoikeudet olivat marginaaliilmiö, nykyisin perus- ja ihmisoikeudet ovat integroituneet osaksi oikeudellista opetusta. Näin ollen on oletettavissa, että perus- ja ihmisoikeuskulttuurin vanhetessa, yhteiskunnan moniarvoistuessa sekä uusien juristisukupolvien myötä perus- ja ihmisoikeussensitiivisyys tulee lisääntymään myös rikosoikeudellisessa argumentaatiossa.

Tällä en tarkoita, että traditionaalinen oikeustieteellinen tuomarikoulutus olisi menettämässä merkitystään. Yhä edelleen on tarvetta rikosoikeuden, prosessioikeuden, perhe- ja jäämistöoikeuden, velvoiteoikeuden sekä monen muun oikeudenalan perinteiselle opetukselle. Sen sijaan sellaista odotusarvoa oikeusvaltiollinen evoluutio on lisännyt, että uudella vuosituhannella koulutuksensa saaneet juristit hahmottavat oikeussääntöjen suhdetta perus- ja ihmisoikeuksiin eri tavalla kuin aiemmat juristisukupolvet. Ajan saatossa tämä on omiaan heijastumaan myös tulevien tuomareiden perus- ja ihmisoikeusherkkyyteen.[28]

---

[26] Pellonpää 2009 s. 1125.

[27] Ihmisoikeuksien universaalius v. relativismi -dikotomiasta ks. Renteln 2013.

[28] Perus- ja ihmisoikeuksien painoarvon lisääntymistä kuvastaa myös oikeusministeriön tulevaisuuskatsaus vuodelta 2014, jossa alleviivataan tarvetta edistää viranomaisten kykyä tunnistaa eri asioihin sisältyvät perus- ja ihmisoikeusulottuvuudet. Yhtenä vastausehdotuksena tarjotaan jopa perus- ja ihmisoikeuskasvatuksen ja koulutuksen integroimista osaksi perusopetusta. Ks. Oikeusministeriön julkaisuja 41/2014 s. 7–8.

2.2 TUTKIMUKSEN TIETEELLISET PERUSTEET

Tärkein akateeminen perustelu tutkimukselleni on se, ettei perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemista ole Suomessa mainittavasti tutkittu. Koska pienessä oikeuskulttuurissa näin voidaan todeta liki kaikesta väitöskirjatasoisesta tutkimuksesta, toteamus on jokseenkin hedelmätön. Näin ollen tutkimuksen tieteelliselle relevanssille on osoitettava täsmällisempiä perusteita.

Totesin edellä, että oikeusvaltiollinen evoluutio on demokraattisen oikeusvaltion vaiheessa. Rikosoikeudellisesti tämä tarkoittaa sitä, että yhtäältä rikosoikeuden on turvattava perus- ja ihmisoikeuksien realisaatio, toisaalta rikosoikeuden on pidättäydyttävä loukkaamasta perus- ja ihmisoikeuksia. Tällainen kaksoisrooli edellyttää perus- ja ihmisoikeuksien huomioimista lainsäädännöstä syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen. Näin ollen vaikka lakien perustuslaillisuuden valvonta on Suomessa ensisijaisesti perustuslakivaliokunnan vastuulla, viime kädessä perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisesta ovat vastuussa tuomarit.[29]

Vaikka demokraattisessa oikeusvaltiossa perus- ja ihmisoikeussensitiivisen rikoslain soveltamisen voisi olettaa nauttivan poikkeuksellista huomiota, toistaiseksi keskustelu on rajoittunut lähinnä sananvapausrikostunnusmerkistöjen lainopilliseen systematisointiin.[30] Samalla perustavanlaatuinen keskustelu perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta on jäänyt taka-alalle.[31] Näin ollen vaikka monet rikostunnusmerkistölähtöiset puheenvuorot ovat eittämättä tarjonneet sellaista tietoa, jota tuomarit tarvitsevat, lainsoveltamisteoreettisesti keskustelu ei ole tarjonnut mitään käänteentekevää.

Vastaavasti myös viimeaikaiset kotimaiset puheenvuorot rikosoikeudellisesta oikeuslähde- ja lainsoveltamisopista ovat tuottaneet hedelmällisiä kannanottoja, mutta rikoslainsoveltamisteoreettisesti ne eivät ole tarjonneet juuri uutta.[32] Kirjoittajat ovat jakautuneet defensiivisen tai offensiivisen laillisuusperiaatteen puolustajiin, mutta kukaan ei ole halunnut irtaantua rikoslain sanoista ja sanaraja-

---

[29] Aiheesta seikkaperäisesti Lavapuro 2010.

[30] Yksittäisiä sananvapausrikostunnusmerkistöjä ovat väitöskirjoissaan käsitelleet Mika Illman (kiihottaminen kansanryhmää vastaan) sekä Päivi Tiilikka (yksityiselämää loukkaavan tiedon levittäminen ja kunnianloukkaus). Ks. Illman 2005 ja Tiilikka 2008.

[31] Ainoa perus- ja ihmisoikeussensitiivistä rikoslain soveltamista käsittelevä kotimainen rikosoikeusteoreettinen kirjoitus lienee Kimmo Nuotion artikkeli ”Oikeuslähteet, ’supernormistot’ ja ratkaisujen perustelut”. Ks. Nuotio 2005 s. 127–152. Myös Mika Huovila on sivunnut aihetta artikkelissaan ”Oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa”. Ks. Huovila 2006 s. 13–99, erityisesti s. 88–95.

[32] Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 93–143; Frände 2012 s. 46–56. Kootusti kotimaisesta rikoslainsoveltamisteoreettisesta keskustelusta ks. Lahti 2006 s. 100–112.

säännöstä.[33] Näkemyserot ovat olleet nyansoituja ja leimallista on ollut se, ettei rikoslakipositivismista ole haluttu tinkiä yhtään sen enempää kuin mihin tunnusmerkistöjen kielellisyys on pakottanut. Paikoin rikosoikeuden ulkopuolelta on esitetty, että tällainen ajattelu on poteroitunutta, mutta kritiikki on kritiikille altista. Rikoslain soveltamisessa korostunut oikeusturva ja ennakoitavuus edellyttävät, että lakipositivismi otetaan vakavasti.

Vaikka syyllisyyskysymysten ratkaiseminen on poikkeukselliseen lakisidonnaista, perus- ja ihmisoikeusdogmin voimistuminen on tehostanut tarvetta tarkastella vakiintuneita rikosoikeudellisia konventioita ennakkoluulottomasti. Asiaa voi verrata luonnontieteilijän pyrkimykseen selittää luonnossa tapahtuvia syy-seuraussuhteita. Jos luonnontieteilijä pyrkisi vain kritiikittä kuvailemaan uudentyyppistä ilmiötä, me emme rakentaisi maailmankuvaamme tällaisen tiedon varaan. Tällainen tieto ei olisi luotettavaa.

Vaikka luonnonlakeja ja ihmisten kirjoittamia lakeja ei voida rinnastaa, kiistatonta on, ettei myöskään oikeustieteessä pelkkiä sääntöjä analysoimalla ja systematisoimalla voida tavoittaa lainsoveltamiseen sisältyvää problematiikkaa. Siinä missä luonnontiede perustuu kritiikkiin ja vallitsevien totuuksien testaamiseen, vastaavasti rikosoikeustieteessä vain kriittinen ja ennakkoluuloton perustutkimus voi tuottaa koeteltua tietoa yhteiskunnallisten muutosten merkityksestä ja vaikutuksesta oikeudenalan teoriaan ja käytäntöihin. Näin ollen jos otamme demokraattisen oikeusvaltion asettaman haasteen vakavasti, työhön on lähdettävä perusteista, ja tutkittava perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaisemista perinteisen lainopin ylikäyvällä askelluksella.

> Peräänkuuluttamaani ennakkoluulottomuuteen voidaan kohdistaa myös kritiikkiä. Tiedossa on, ettei perustutkimus ole äkkirealisoitavaa tiedettä eikä teoretisoivaa tyyliä ole helppo perustella ainakaan kaikille juristeille. Kriitikoille voidaan kuitenkin huomauttaa, että myös teoreettiseksi näpertelyksi leimatuille näkökulmille on tarvetta. Edellä toteamallani tavalla jos tuomarit ja muut rikosoikeuden parissa operoivat henkilöt tunnistavat perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaisemiseen sisältyvän problematiikan, he myös osaavat paremmin operoida haastavassa toimintaympäristössä.

Jättäkäämme tässä vaiheessa perustutkimuksen tarvetta koskevat perustelut taka-alalle ja siirtykäämme tarkastelemaan terävänäköisemmin sitä, miksi keskustelu rikoslain tulkinnasta ei kykene tyhjentävästi vastaamaan syyllisyyskysymysten ratkaisemiseen sisältyvään problematiikkaan. Tämä tehtävä voidaan aloittaa toteamalla seuraavasti: jos perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyk-

---

[33] Ks. myös Lahti 2006, etenkin s. 105–107; Knuts 2010 s. 69–106.

sen ratkaisemisesta on kirjoitettu verraten vähän, toisin on laita laintulkintaa koskevan tutkimuksen kanssa.

Vaikka laintulkintatutkimuksen kriteereitä ei voida täsmällisesti määritellä, voidaan todeta, että laintulkinnasta on ylipäätään kirjoitettu runsaasti. Esimerkiksi pelkästään 1900-luvun jälkipuoliskolla aiheesta on kirjoitettu viljalti sekä mannermaisessa että anglosaksisessa oikeuskulttuurissa. Useat kirjoittajista ovat keskittyneet tietyn oikeudenalan laintulkintaan, mutta laintulkinnasta on kirjoitettu myös useita yleisteoreettisia esityksiä. Suomessa tällaisia – rohkenen sanoa – paikoittain raskaslukuisiakin teoksia ovat viime vuosikymmeninä kirjoittaneet esimerkiksi Aulis Aarnio[34] ja Raimo Siltala.[35] Myös monet muut kotimaiset kirjoittajat ovat sivunneet laintulkintaa sekä laintulkintaan sisältyvää problematiikkaa.[36]

Kritiikkiä voidaan kohdistaa siihen, että ns. yleislaintulkintateoreettisista puheenvuoroista häivytetään se, ettei laintulkinta ole identtistä kaikilla oikeudenaloilla. Eroavuudet johtuvat paitsi oikeudenalakohtaisesta sääntelytyylistä myös siitä, että toisilla oikeudenaloilla lakisidonnaisuus on relatiivista. Esimerkiksi pohdittaessa ympäristölainsäädännön perusteella määrättäviä toimintarajoituksia yrityksen toimintaan laintulkinnassa painoarvoa voivat saada eri suuntiin viettävät yhteiskuntapoliittiset argumentit, kuten työllisyys ja ympäristövahingot. Sen sijaan rikosoikeudessa ei voida lähteä siitä, että talousrikostunnusmerkistöä on tulkittava supistavasti, koska toisenlainen tulkinta uhkaisi yrityksen olemassaoloa ja työntekijöiden työpaikkoja. Toki laintulkinnasta voidaan puhua myös yleispätevästi, mutta kiistatonta on, että laintulkintaan sisältyvä problematiikka vaihtelee eri oikeudenalojen välillä, olkoon, että yhtymäkohtiakin on runsaasti.

Laintulkintatutkimuksen yleisyyden perusteella voidaan myös väittää, että moderni oikeusteoria viittaa nimenomaan laintulkinnan teoriaan. Tällöin monet muut oikeudellisten ilmiöiden filosofiset analyysit ovat jääneet oikeusteoreettisessa keskustelussa taka-alalle. Samalla oikeudellisesta perspektiivistä arvioiden on varsin ymmärrettävää, että oikeusteorian keskiössä on nimenomaan sen pohtiminen, miten laintulkinta ja oikeusvarmuus ovat yhteen sovitettavissa.

Vaikka tätä tematiikkaa on lähestytty monella eri tavalla, tyypillisesti kysymys on ollut oikeuslähdeopin, oikeudellisen argumentaation sekä tuomion perusteluiden yhteen lomittamisesta. Tällaista lähestymistyyliä voidaan kutsua tuomarin silmin hahmotetuksi laintulkintateoriaksi. Näkökulma on varsin perusteltu. Kiinnostavimmilleen laintulkintaproblematiikka kehkeytyy nimenomaan sil-

---

[34] Aarnio 1989.
[35] Siltala 2004.
[36] Esim. Hirvonen 2012.

loin, kun lakia sovelletaan tuomioistuimissa.[37] Oikeusvaltiossa keskeistä on, että kukin meistä saa lain määräämää oikeutta viimeistään tuomarin edessä. Muutoin ei ole perusteltua puhua oikeusvaltiosta.

> Kotimaisessa laintulkintateoreettisessa keskustelussa ollaan vähän, jos lainkaan, kiinnostuneita niistä reunaehdoista, joita tuomioistuinten voimavarat laintulkinnalle asettavat. Tätä kuvastaa esimerkiksi viimeaikaisessa keskustelussa esitetty vaatimus, jonka mukaan tuomareiden tulisi tuntea eri eurooppalaisten maiden oikeuskäytäntöä.[38]
>
> Vaikka oikeuden kansainvälistyessä tällainen vaatimus on sinänsä perusteltu, ainakin syyllisyyskysymystä ratkaisevan alioikeustuomarin näkökulmasta vaatimus on kohtuuton – ellei oikeuslaitoksen voimavarjoja ja tuomarien erikoistumista selvästi lisätä. Toinen vaihtoehto on, että laintulkinta- ja oikeuslähdeoppi alettaisiin hahmottaa instanssikohtaisesti – eli siten, että korkeimmalle oikeudelle asetettaisiin erilaiset oikeuslähdeopilliset vaatimukset kuin alemmille oikeusasteille. Vaikka instanssikohtainen oikeuslähdeoppi lienee jossakin määrin tätä päivää, instanssikohtaista oikeuslähdeoppia on periaatteellisesti vaikea hyväksyä – ei vähiten siksi, että rikosasiat on ratkaistava samoilla kriteereillä, oli sitten kysymys käräjäoikeudesta, hovioikeudesta tai korkeimmasta oikeudesta.

Myös rikosoikeustieteilijät ovat olleet verraten kiinnostuneita oikeudenalansa laintulkinnasta. Laintulkinnasta on kuitenkin puhuttu yleisesti, tekemättä selvää eroa erityyppisten laintulkintatilanteiden välillä. Tähän voidaan kohdistaa kritiikkiä, koska syyllisyyskysymystä ratkaiseva tuomari ei voi antaa tulkintasuosituksia kuten tutkija, tai kokeilla kepillä jäätä kuten syyttäjä tai asianajaja.[39] Tuomarin nimenomainen tehtävä on ratkaista syyllisyyskysymykset lain mukaisesti.

---

[37] Esim. Melander 2008 s. 142.

[38] Vaatimuksen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön tuntemisesta on esittänyt Raimo Siltala. Ks. Siltala 2003 s. 322–323; Siltala 2004 s. 417 ja 248–249; Siltala 2010 s. 192–193. Siltalan termi ”yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö” ei viittaa vain Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Siltalan sanoin tuomarin pitäisi tietää se, onko ihmisoikeustuomioistuimen tai EU-tuomioistuimen relevanteilla ratkaisuilla institutionaalinen tuki myös ”yhtenäisessä ja vakiintuneessa yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä”. Ks. Siltala 2010 s. 192.

[39] Kielikuvaan, jonka mukaan syyttäjä voi kokeilla kepillä jäätä, voidaan kohdistaa myös kritiikkiä. Esimerkiksi syyteharkinnassa syyttäjä ei voi sivuuttaa sellaisia argumentteja, jotka puoltavat epäillyn syyttömyyttä. Toisaalta syyttäjällä on oikeus viedä tuomioistuimen ratkaistavaksi myös sellainen syyllisyyskysymys, jossa normatiiviset argumentit puoltavat sekä syyllisyyttä että syyttömyyttä. Tuomioistuimessa syyttäjän ei myöskään tarvitse esittää sellaisia väitteitä, jotka kumoaisivat hänen omat oletuksensa arvioitavana olevan teon rikosoikeudellisesta luonteesta. Näin ollen voidaan väittää, että teon rikosoikeudellisen luonteen arvioinnissa syyttäjällä on mahdollisuus kokeilla kepillä jäätä. Syyttäjän velvollisuudesta toimia objektiivisesti ks. Vuorenpää 2007 s. 212–235. Erityisesti objektiivisuusvelvollisuudesta syyttäjän arvioidessa teon rikosoikeudellista luonnetta ks. Vuorenpää 2007 s. 221–222.

Tämä tehtävä asettaa tuomarin toisenlaiseen päätöksentekotilanteeseen kuin muut toimijat, jotka voivat laillisuusperiaatteen tausta-arvojen – oikeusturvan ja ennakoitavuuden – kustannuksella tulkita vapaammin sitä, mitä rikoslaki kieltää ja sallii.[40] Toisin sanoen koska rikoslain tulkinta ja rikoslain soveltaminen (konkreettiseen syyllisyyskysymykseen) eivät ole identtisiä asioita, keskustelu rikoslaintulkinnasta ei ole tavoittanut kaikkea sitä problematiikkaa, jota lainsoveltamiseen tuomioistuimissa sisältyy. Pyrittäessä tiivistämään tämä problematiikka yhteen virkkeeseen kysymys on tuomarin rikosoikeudelliseen harkintaan ja päätöksentekoon sisältyvästä pakotetun lakisidonnaisuuden ja pakotetun vapauden välisestä problematiikasta.

Lyhyesti:[41] Rikostunnusmerkistöt ovat olemukseltaan käskyjä. Tuomareita ne käskevät tyyliin ”tilanteessa t^1 on sovellettava rikostunnusmerkistöä r^1”. Valtaosassa syyllisyyskysymyksiä rikoslain soveltaminen ei tuota ongelmia. Esimerkiksi kirjallisissa rikosasioissa tuomarin haastavin tehtävä on muistaa vaihtaa vastaajan nimi valmiiseen tuomiopohjaan.

Kiperissä syyllisyyskysymyksissä tilanne ei kuitenkaan ole yksioikoinen. Olettakaamme, että tuomarin on ratkaistava, onko vastaaja syyllistynyt yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämiseen (RL 24:8). Tällöin tuomarin on päätettävä, tuleeko kyseistä rikostunnusmerkistöä soveltaa kyseiseen tapaukseen – eli onko kyseinen rikostunnusmerkistö r^1 voimassa tilanteessa t^1. Tämän kysymyksen ratkaiseminen edellyttää tuekseen rikostunnusmerkistön r^1 voimassaoloa täsmentävää normatiivista ohjetta n^1, kuten Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevää ratkaisuperustetta. Normatiivinen ohje n^1 ei kuitenkaan poista ongelmaa. Tuomarin tehtävä on edelleen päättää, mikä relevanssi normatiivisella ohjeella n^1 on tässä kyseissä tapauksessa. Tuomari voi perustella normatiivisen ohjeen n^1 relevanssia uusilla normatiivisilla ohjeilla n^2 ja n^3, mutta normatiivista harkintaa ei voi jatkaa ad infinitum. Ratkaiseva normatiivinen ohje on otettava vain annettuna. Tämän ratkaisevan ohjeen valinta on tuomarin tekemä ei-normatiivinen päätös.[42]

Oikeusturvan ja ennakoitavuuden vuoksi rikosoikeudellisen päätöksenteon eksistentiaalinen problematiikka on merkittävä ongelma. Vaikka kyseistä problematiikkaa sisältyy myös tutkijoiden, syyttäjien ja asianajajien harkintaan, ni-

---

[40] Aulis Aarnio on lähtenyt tuotannossaan siitä, ettei tuomarin ja tutkijan laintulkinnallinen harkinta eroa toisistaan. Ks. Aarnio 1989 s. 56–58. Merkitsevä ero on kuitenkin se, että siinä missä tutkija antaa tulkintasuosituksia, tuomarin tehtävä on ratkaista oikeustapaus yksiselitteisesti. Tämän eron Aarnio toki itsekin tiedostaa. Ks. Aarnio 1989 s. 57–58.

[41] Syyllisyyskysymysten ratkaisemisen sisältämää päätöksenteon eksistentiaalista problematiikkaa käsittelen tarkemmin luvussa 4.5.

[42] Päätöksenteon eksistentiaalisesta problematiikasta ks. Lagerspetz 2002a s. 47 ja 49. Ks. myös Sajama 2012 s. 95 sekä tämän tutkimuksen luku 4.5.

menomaan tuomarin ratkaisuharkinnassa ongelma pingottuu äärimmilleen. Ensinnäkään tuomari ei tarkastele abstraktin rikostunnusmerkistön merkityssisältöä ilman välitöntä pakkoa ratkaista sitä, onko vastaaja syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu. Toiseksi tuomarin olisi ratkaisupakon alla tiedettävä se, minkä ratkaisuperusteen nostaminen ratkaisevaksi ratkaisuperusteeksi on lainmukainen päätös.

Vaikka eksistentialistisen päätöksenteon problematiikka on sisäänrakennettu kaikkiin (kiperiin) syyllisyyskysymyksiin, perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä tämä ongelma pingottuu äärimmilleen. Tällaisissa tapauksissa kysymys ei ole vain rikoslain sanamuodon merkityssisällöstä vaan olennaisesti myös eri suuntaan viettävien ratkaisuperusteiden punninnasta. Koska punninta ei ole rikoslain tulkintaa, tuomarin ratkaiseva päätös ei voi syntyä vain rikoslakia tulkitsemalla. Tämän vuoksi perus- ja ihmisoikeussensitiivistä syyllisyyskysymystä ratkaiseva tuomari tarvitsee päätösharkintansa tueksi myös muunlaista argumentatiivista johtoa kuin mitä rikoslaintulkintateoreettisessa keskustelussa on viime vuosina esitetty.

Yhteenvetona voidaan todeta, että keskustelu rikoslaintulkinnasta edellyttää rinnalleen keskustelua, jota käydään konkreettisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemisen ehdoilla. Tällaisessa keskustelussa voidaan huomioida myös tuomarin harkintaan sisältyvä päätöksentekoteoreettinen ulottuvuus, joka on tematiikkana eittämättä lyöty Suomessa laimin.[43]

[43] Tietojeni mukaan tuomarin syyllisyyskysymysharkintaa ei ole Suomessa mallinnettu, vaikka kiperissä tilanteissa kysymys ei ole varsinaisesti lain tulkinnasta vaan eri suuntiin viettävien ratkaisuperusteiden välisestä punninnasta. Ylipäätään tuomarin harkinnan mallintaminen tai tuomarin harkintaan sisältyvä problematiikka ei ole saanut Suomessa jalansijaa. Viimeisin tuomarin harkintaa koskeva perusteellisempi puheenvuoro lienee Otto Brusiinin väitöskirja, joka sekin on jo yli 75 vuoden takaa. Ks. Brusiin 1938.

3 Syyksiluettavuuden rikosoikeudelliset kriteerit

3.1 SYYKSILUETTAVUUDEN SYSTEMATIIKKA

Koska tutkimuksessa tarkastellaan syyllisyyskysymyksen ratkaisemista, on täsmennettävä sitä, mitä tuomarin tulee syyllisyyskysymystä ratkaistessaan rikosnormatiivisesti huomioida. Tämä edellyttää sen konstruoimista, minkälaisten yleisten edellytysten vallitessa rikosoikeudellinen vastuu aktualisoituu eli milloin henkilön voidaan sanoa olevan syyllinen. Esimerkiksi jos toimittaja on erehtynyt pitämään kirjoittamaansa uutista totena, häneltä puuttuu kunnianloukkauksen edellyttämä tahallisuus.[1] Tällöin toimittaja ei ole syyllistynyt rangaistavaan tekoon rikoslain edellyttämällä tavalla, vaikka ilmaisu sinänsä olisi rikostunnusmerkistön mukainen.

Keskustelu rikosoikeudellisesta vastuullisuudesta lomittuu olennaisella tavalla rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen. Perinteisesti laillisuusperiaatteesta keskustellaan rikostunnusmerkistöjen yhteydessä,[2] mutta oikeusvaltion ottaminen vakavasti edellyttää sitä, että rikosoikeudellisen vastuullisuuden aktualisoituminen sidotaan kaikkine ulottuvuuksineen laillisuusperiaatteeseen.[3] On kritiikille altista edellyttää tuomareilta rikostunnusmerkistöjen täsmällistä noudattamista ja todeta, että rikosoikeuden yleiset opit kuten tahallisuuden tuomarit voivat ymmärtää haluamallaan tavalla.[4] Näin ollen on perusteltua lähteä siitä,

---

1 Kunnianloukkaustahallisuusproblematiikasta ks. Matikkala 2005 s. 209–221.

2 Matikkala 2005 s. 21.

3 Lainsäätäjä lienee kanssani samaa mieltä, koska rikosoikeuden yleisten oppien uudistuksen yhteydessä monet rikosoikeuden yleiset opit kodifioitiin lakikirjaan. Toisaalta varsin moni rikosoikeudellisesti keskeinen elementti, kuten olosuhdetahallisuus, teko ja kausaalisuus, ovat yhä edelleen vailla lain kirjausta. Ks. HE 44/2002 vp.

4 Näin myös Matikkala 2005 s. 22. Oikeuskirjallisuudessa on keskusteltu siitä, onko tuomarilla laajempi liikkumavara rikosoikeuden yleisiä oppeja sovellettaessa kuin sovellettaessa yksittäistä rikostunnusmerkistöä. Matikkalan mukaan laillisuusperiaate koskee yhtä lailla rikostunnusmerkistöjä kuin rikosoikeuden yleisiä oppeja. Ks. Matikkala 2005 s. 22. Sen sijaan Dan Frände on lähtenyt siitä, että yleisiä oppeja voidaan soveltaa joustavammin kuin yksittäisiä rikostunnusmerkistöjä. Ks. Frände 2012 s. 56. Jussi Tapani ja Matti Tolvanen ovat asettuneet pikemminkin Matikkalan kuin Fränden kannalle. Heidän mukaansa rikoslain soveltamisen ennakoitavuus edellyttää, ettei rikoslain yleisiä oppeja ymmärretä ainakaan liian dynaamisina. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 104–105. Yritysopista kirjoittaessaan Tapani on tosin todennut, että yleisiä oppeja soveltaessaan tuomarilla on huomattava liikkumavara verrattuna yksittäisiin rikostunnusmerkistöihin. Ks. Tapani 2010 s. 27. Pidän selvänä, että rikoslain yleisten oppien avoimuus jättää tuomarille enemmän har-

että rikosoikeudellinen vastuullisuus on ytimiään myöten – eli irredusoimattomasti – normatiivista. Tästä ei voida kuitenkaan johtaa sitä, että vastuullisuuden normatiiviset määreet löytyvät tyhjentävästi tai edes välillisesti rikoslaista.[5] Näin ollen se, millä edellytyksillä henkilöä on pidettävä rikosoikeudellisesti vastuullisena tai vastuusta vapaana, perustuu jossakin määrin epätäsmällisiin perusteisiin. Tarkoitan tällä seuraavaa.

Vaikka rikosnormatiivinen vastuullisuus on ymmärrettävä irredusoimattomasti normatiivisena, rikoslaki ei eksplisiittisesti sisällä kaikkia rikosnormatiivisen vastuun edellytyksiä. Esimerkiksi rikoslaista ei löydy teon, kausaalisuuden tai toisintoimimismahdollisuuden määritelmiä eikä tyhjentävästi edes tahallisuuden kriteeristöä. Se, mistä nämä elementit löytyvät, on epäselvää. Usein viitataan oikeuskäytäntöön ja oikeustieteellisen tutkimuksen tarpeellisuuteen, mutta olemassa ei ole sellaista oikeuslähdettä, joka kertoisi sitovasti sen, mitä esimerkiksi kausaalisuudella rikosoikeudessa tarkoitetaan.

Vallitseva tilanne on laillisuusperiaatteen valossa ongelmallinen mutta ymmärrettävä. Kaikki rikosvastuun ulottuvuudet eivät taivu lakikirjan sivuille, joten kaikkia rikosvastuun edellytyksiä ei voida lakiin kodifioida.[6] Tilannetta suhteellistaa se, että myös lakiin kodifioitujen vastuuedellytysten sisältö voi olla kiistanalainen.

Rikoslakiin, kuten kaikkeen positiiviseen oikeuteen, kuuluu, että se on kirjoitettua, eikä kirjoitetulla lailla voida etukäteen vangita elämän kaikkia nyansseja. Esimerkiksi pahoinpitelyvastuun (RL 21:5) konkretisoituminen riippuu siitä, minkälaisessa kontekstissa tunnusmerkistön mukainen teko on tehty. Kontakteja sisältävässä kilpaurheilussa on hyväksyttävämpää loukata toisen koskemattomuutta kuin kassajonossa. Toisaalta se, kuinka vakavat loukkaukset voidaan urheilun omilla säännöillä oikeuttaa, on kiistanalaista.[7] Tästä esimerkkinä on vuosikausia kestänyt keskustelu jääkiekkoväkivallan rikosoikeudellisesta hyväksyttävyydestä.

Vaikka esimerkkini on tarkoitushakuinen, se onnistuu vangitsemaan sen, kuinka kaikkein tavanomaisimpienkin rikostunnusmerkistöjen soveltuvuus erilaisiin, sinänsä tapahtuman kuvauksiltaan täsmällisiin tilanteisiin, voi olla oikeudellisesti epäselvä kysymys. Vielä epäselvempiä ovat rikoslakiin kirjatut rikosvastuun yleiset edellytykset, kuten tahallisuus ja tuottamus. Tässä mielessä pu-

---

kinnanvaraa. Tällaista harkinnanvaraa ei kuitenkaan tule ymmärtää tuomarille annetuksi kehotukseksi luoda yleisiä oppeja vaan kehotukseksi täsmentää sitä, mitä yleiset opit in concreto tarkoittavat, olkoon, että oikeuden luomisen ja oikeuden täsmentämisen välinen raja on veteen piirretty viiva.

5 Tästä tematiikasta ks. Duff 2009 s. 5–6.

6 Laillisuusperiaatteen ja rikosvastuun välisestä problematiikasta ks. Husak 2010 s. 200–232.

7 Perusteellisesti tästä tematiikasta ks. Peukunen 2014.

huminen kodifioidusta rikosoikeudellisesta vastuullisuudesta on suhteellista: syyllisyyskysymys ei läheskään aina ratkea rikoslakia eikä rikoslain voimassaoloa täsmentäviä muita oikeuslähteitä lukemalla. Tästä ei kuitenkaan tule tehdä sitä johtopäätöstä, ettei rikosnormatiivista vastuullisuutta tulisi ymmärtää irredusoimattomasti normatiivisena vastuullisuutena. Jos ymmärtäisimme rikosoikeudellisen vastuullisuuden edellytykset ei-normatiivisesti, vastuullisuutta ei olisi perusteltua kutsua rikosnormatiiviseksi moitittavuudeksi vaan esimerkiksi moraaliseksi moitittavuudeksi. Näin ollen sitä, että rikosoikeudellinen vastuullisuus on irredusoimattomasti normatiivista, on pidettävä rikosnormatiiviseen vastuullisuuteen sisältyvänä episteemisenä välttämättömyytenä.

Väittämä, jonka mukaan rikosnormatiivinen vastuullisuus tulee ymmärtää irredusoimattomasti normatiivisena, ei kerro mitään siitä, mistä elementeistä rikosoikeudellinen vastuullisuus koostuu. Tähän kysymykseen voidaan vastata lyhyesti: rikosoikeudellinen vastuullisuus koostuu rikostunnusmerkistön mukaisesta ja oikeudenvastaisesta teosta, joka ei ole anteeksiannettava. Tässä yhteydessä on syytä pysähtyä ja tehdä seuraavat käsitteelliset täsmennykset.

Rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa lähdetään siitä, että syyllisyys on vain yksi rikosoikeudellisen vastuun edellytys. Tällainen väittämä perustuu siihen, että syyllisyyden katsotaan olevan rikosvastuun niin sanottu kolmas elementti jaottelussa (1) tunnusmerkistönmukaisuus, (2) oikeudenvastaisuus ja (3) syyllisyys.[8] Vaikka tällainen lähtökohta on niin kansallisesti kuin yleisemminkin yhä edelleen vallitseva,[9] se ei vastaa sitä, mitä syyllisyydellä yleiskielessä tarkoitetaan. Puhuttaessa rikollisesta teosta ja etenkin konkreettisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta olisikin erikoista väittää, että syyllisyys on vain rikosoikeudellisen vastuullisuuden alakategoria. Pikemminkin yleiskielessä syyllisyydellä viitataan siihen, että henkilö on syyllinen, jos kaikki rikosvastuun elementit aktualisoituvat. Myös rikostuomion päätöksissä vakiintuneesti todetaan, että vastaaja on syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu. Näin ollen

---

[8] Esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 3; Melander 2013 s. 71–75; Tolvanen 2012 s. 243; Nuutila 1997 s. 81. Vaikka Suomessa on sitten Brynolf Honkasalon jaoteltu rikosvastuun edellytykset kolmiportaisesti tunnusmerkistönmukaisuuteen, oikeudenvastaisuuteen ja syyllisyyteen, kolmiporrasmalli ei ole kiveen hakattu. Erilaisia tyylejä hahmottaa rikosvastuun edellytykset löytyy myös oikeuskulttuurisesti läheltä eli muista pohjoismaista. Ks. Frände 2012 s. 9, erityisesti alaviite 17 sekä ko. alaviitteessä mainittu Frände 2009 s. 75–90; Jareborg 2009 s. 34–39; Asp – Ulvang 2010 s. 42. Myös Suomessa rikosvastuun edellytykset on hahmotettu esimerkiksi kaksiporrasmallina (vastuun perustuvat ja vastuun poistavat seikat) ja jopa neliporrasmallina (tunnusmerkistönmukaisuus, oikeudenvastaisuus, syyllisyys ja syyllisyydestä erillinen henkilökohtainen vastuuvapausperuste). Kaksiporrasmallia ovat kannattaneet Tapani ja Tolvanen yhdessä ja neliporrasmallia on kehitellyt Tapani. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 ja Tapani 2011. Rikoksen rakennetta koskevaan keskusteluun palaan jäljempänä.

[9] Kolmiporrasmalli on yhä edelleen vallitseva esimerkiksi Saksassa. Myös Italiassa kolmiporrasmallilla on sijansa. Ks. Roxin 2006 s. 222–227; Spena 2011 s. 1265–1309.

lähden siitä, että yleiskielessä syyllisyys ei ole vain rikosoikeudellisen vastuullisuuden alakategoria, vaan se ydinkysymys, joka tuomarin on rikosoikeudenkäynnissä ratkaistava.

Vastaavasti rikoslain kolmannen luvun otsake on ”Rikosoikeudellisen vastuun yleisistä edellytyksistä”. Kyseisen luvun 5 §:n otsake on ”Syyksiluettavuus”. Tuossa pykälässä säädetään, että rangaistusvastuun edellytys on tahallisuus tai tuottamus. Näin ollen rikoslaissa syyksiluettavuudella viitataan tahallisuuteen ja tuottamukseen. Sen sijaan jos teko luetaan vastaajan syyksi, yleiskielessä tällä tarkoitetaan sitä, että henkilö on rikosoikeudellisesti arvioiden vastuullinen teostaan eli syyllinen. Näin ollen kirjoittaessani syyksiluettavuuden rikosoikeudellisista kriteereistä ja systematiikasta en viittaa vain tahallisuuteen ja tuottamukseen vaan siihen, minkälaisten edellytysten vallitessa henkilön voidaan sanoa syyllistyneen rikokseen.

Sanottu voi vaikuttaa jäsentymättömältä, joten tarkastelkaamme lähemmin sitä, minkälaisista osatekijöistä rikosoikeudellinen vastuullisuus koostuu. Vaikka tällainen keskustelu on hiukan sivussa tutkimukseni pääjuonesta, se puoltaa paikkaansa. Syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta on vaikea saada otetta, jos ei ensin täsmennä sitä, mistä ylipäätään puhumme, kun puhumme rikosnormatiivisesta vastuullisuudesta.

Rikosvastuun edellytykset. Lähtökohta: jos tekijää ei ole rikoslakiin takautuvilla perusteilla tarvetta moittia, rikosoikeudellinen vastuullisuus eliminoituu.[10] Aivan kuten moitittavuus yleensä, myös rikosoikeudellinen moitittavuus edellyttää, että moitteen ansainnut henkilö olisi voinut toimia toisin. Vaikka toisintoimismahdollisuus on vastuullisuuden ytimessä, rikosoikeudellinen vastuullisuus koostuu myös monesta muusta tekijästä. Jotta teko voidaan lukea tekijänsä syyksi, teon tulee täyttää kaikki ne kriteerit, joita rikosnormatiivisen vastuullisuuden aktualisoituminen edellyttää.

Alkuasetelma on sinänsä yksikertainen: rikosoikeudellisesti vastuullinen on henkilö, joka on vapaasta tahdostaan tehnyt rikoslaissa kriminalisoidun teon. Lisäksi vastuullisuuden aktualisoituminen edellyttää, ettei käsillä ole teon oikeuttamisperusteita. Myös anteeksiantoperusteet voivat eliminoida vastuullisuuden – tai ainakin tekijän rangaistusvastuun (ks. esim. RL 4:4.2/hätävarjelun liioittelu ja RL 4:5.2/anteeksiannettava pakkotilateko). Vaikka tällainen lähtökohta on yksinkertainen, oikeustieteellisessä kirjallisuudessa rikoksen rakenteesta ja vastuullisuuden aktualisoitumisesta käydään jatkuvaa keskustelua.[11] Kaikil-

---

[10] Frände 2012 s. 165.

[11] Kootusti kotimaisesta keskustelusta ks. Melander 2013 s. 69–77. Ks. myös Koskinen 2004 s. 516–520, jossa ei tietenkään ole voitu huomioida viimeisen kymmenen vuoden aikaisia kehityslinjoja. Kansainvälisestä keskustelusta ks. Spena 2011 s. 1265–1309.

ta osin käyty keskustelu ei ole selventänyt sitä, miten rikosoikeudellinen vastuullisuus on jäsennettävä eikä varsinkaan sitä, mitä syyllisyydellä ja syyksiluettavuudella tarkoitetaan. Nostakaamme esimerkiksi kotimainen kirjallisuus.

Kotimaisessa kirjallisuudessa puhutaan rikosoikeudellisesta vastuullisuudesta, joka aktualisoituu, jos rikoksen edellytykset täyttyvät. Paikoittain rikoksen edellytysten synonyymina käytetään termiä vastuuedellytykset.[12] Käytetystä termivalinnasta riippumatta syyllisyyttä pidetään vain yhtenä rikosoikeudellisen vastuun alakategoriana. Sen sijaan prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa ei juuri viljellä termiä vastuullisuus, vaan vastuullisuudesta kirjoitetaan syyllisyytenä. Tällöin syyllisyydellä viitataan yleiskieliseen syyllisyyteen eli siihen, onko vastaaja syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu.[13] Vastaavanlaisia käsite-epäselvyyksiä esiintyy myös vieraskielisessä kirjallisuudessa. Esimerkiksi englanninkielisissä teksteissä erilaisia vastuullisuutta ja/tai syyllisyyttä kuvaavia termejä on lukuisia, jolloin lukijan voi olla vaikea seurata, mitä kukin kirjoittaja kulloinkin tarkoittaa.

Pääsääntönä voidaan pitää seuraavaa: rikosoikeudellisesti kysymys on rikosoikeudellisen vastuun systematisoinnista eli sen kerronnasta, minkälaisten edellytysten vallitessa henkilöä voidaan pitää rikosoikeudellisesti vastuullisena. Hieman karrikoidusti sanottuna rikosoikeustieteessä syyllisyydellä ei tarkoiteta, että henkilö on syytön tai syyllinen, koska rikosoikeudessa syyllisyys viittaa vain vastuullisuuden syyllisyyselementtiin – eli siihen, onko tunnusmerkistön mukaisen ja oikeudenvastaisen teon tehnyt henkilö toiminut myös syyllisyyttä osoittavalla tavalla. Sen sijaan prosessioikeudessa kiinnostuksen kohteena on syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen kokonaisvaltaisesti. Tällöin syyllisyyttä ei typistetä rikosnormatiivisen vastuullisuuden alakategoriaksi, vaan syyllisyydestä puhutaan vastuullisuuden synonyymina.

Se, että syyllisyydellä tarkoitetaan eri asioita rikosoikeudellisessa ja prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa, ei aiheuttane ongelmia ratkaistaessa konkreettista syyllisyyskysymystä. Toisaalta kiistatonta on, että rikosoikeustieteellinen kielenkäyttö, jossa syyllisyys on erkaantunut syyllisyyden yleiskielisestä merkityksestä, on hämärtänyt sitä, mitä syyllisyydellä rikosoikeudellisesti täsmällisesti ottaen tarkoitetaan.[14] Tämä on ollut omiaan hämärtämään myös sitä, mitä teon

---

[12] Frände 2012 s. 7–8. Rikosoikeustieteessä puhutaan rikosvastuun edellytysten ohella myös rikoksen rakenteesta. Tällöin tausta-ajatus on, että rikoksen rakennetta analysoimalla voidaan paljastaa se, minkälaisten edellytysten vallitessa henkilön voidaan sanoa syyllistyneen rikokseen. Näin ollen rikoksen rakenteesta käydyn keskustelun nimenomainen tarkoitus on vastata siihen, mitkä ovat rikosnormatiivisen vastuullisuuden (eli syyksiluettavuuden) edellytykset.

[13] Ks. myös Nuutila 1997 s. 76.

[14] Tapani ja Tolvanen ovat painottaneet sitä, että syyllisyys on ylipäätään vaikeasti hahmottuva elementti konstruoitaessa rikosoikeudellisen vastuun elementtejä. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 4.

syyksiluettavuudella tarkoitetaan. Tätä problematiikkaa voidaan jäsentää tarkastelemalla sitä, mitä syyksiluettavuudelta rikosoikeudellisesti edellytetään.

Ensinnäkin vaikka intuitiivisesti tuntuu siltä, että vastuullisuuden rikosoikeudelliset edellytykset voidaan määritellä riidattomasti, vallitsee monesta asiasta erimielisyys. Yhdestä asiasta ollaan kuitenkin yhtä mieltä. Jos rikokselle välttämättömät edellytykset ovat käsillä, henkilö on syyllistynyt rikokseen. Sen sijaan jos rikoksen välttämättömät edellytykset eivät täyty, henkilö on rangaistusvastuusta vapaa, eikä häntä tällöin voida pitää vastuullisena. Näin ollen keskustelu rikosoikeudellisesta syyksiluettavuudesta lomittuu olennaisesti rikoksen rakennetta koskevaan keskusteluun. Pohjimmiltaan rakennekeskustelussa on kysymys nimenomaan siitä, mistä ylipäätään puhumme, kun puhumme sellaisesta teosta, joka voidaan lukea tekijänsä syyksi.[15]

Tässä yhteydessä on tehtävä seuraava huomio. Vaikka rikoksen rakenne on ajan saatossa ollut akateemisen kiistelyn kohteena,[16] kysymys ei ole vain tieteellisestä mielenkiinnosta.[17] Syyllisyyskysymystä ratkaistaessa myös tuomarin on huomioitava kaikki rikoksen rakenteeseen sisältyvät vastuuelementit.[18] Vain sellaisissa tapauksissa, jossa kaikki langettavalle tuomiolle välttämättömät elementit ovat läsnä, henkilön voidaan katsoa syyllistyneen rikokseen. Muussa tapauksessa häntä ei voida rangaistukseen tuomita. Näin ollen rikoksen rakennetta koskeva keskustelu on oikeusvaltiollisesti hyvinkin merkitsevää keskustelua. Entä mitä elementtejä rikoksen rakenteeseen sisältyy eli millä kriteereillä teko voidaan lukea henkilön syyksi?

Ensinnäkin toteamallani tavalla perinteisen suomalaisen käsityksen mukaan teko on rikosnormatiivisesti kielletty, jos teko on tunnusmerkistön mukainen, oikeudenvastainen ja syyllisyyttä osoittava. Näin ollen syyksiluettavuuden rikosoikeudelliset edellytykset muodostuvat tunnusmerkistönmukaisuudesta, oikeudenvastaisuudesta ja syyllisyydestä. Kotimaisessa kirjallisuudessa tunnusmerkistönmukaisuutta ja oikeudenvastaisuutta on – saksalaisperusteisesti – pidetty syyllisyyden objektiivisena ulottuvuutena, kun taas paha tahto ja anteeksiantoperusteet on liitetty syytetyn henkilöön.[19]

Täten rikosvastuun systematiikassa on perinteisesti tehty selvä ero objektiivisen ja subjektiivisen syyllisyyden välillä.[20] Tällöin objektiivisen syyllisyyden on katsottu viittaavan moitittavuuteen, jonka perusta löytyy, jos ei suorasanaisesti

---

15 Ks. myös alaviitteessä 12 sanottu.
16 Ks. esim. Koskinen 2008 s. 30–31.
17 Käydystä kotimaisesta keskustelusta ks. esim. Melander 2013 s. 69–88 ja kansainvälishistoriallisesta keskustelusta Matikkala 2005 s. 35–45.
18 Melander 2010a s. 87.
19 Esim. Nuutila 1997 s. 80 ja Nuutila 1996 s. 177.
20 Esim. Jareborg 2009 s. 33; Koskinen 2008 s. 31; Nuutila 1997 s. 79–80.

rikoslaista, niin ainakin objektiivisesti havaittavista seikoista. Sen sijaan subjektiivisella syyllisyydellä on viitattu henkilön mieltämiseen eli siihen, mitä tekijä on tekoa tehdessään ajatellut.[21] Näin ollen subjektiivinen syyllisyyskäsitys lomittuu olennaisella tavalla tahallisuuden, tuottamuksen ja tapaturman välisiin rajanvetoihin. Esimerkiksi jos henkilö on tieten tahtoen tehnyt jotakin moitittavaa, kysymys on tahallisuudesta. Sen sijaan jos tekijä pikemminkin huolimattomuudestaan kuin tahtomuksestaan tekee jonkin teon, joka on rikoslaissa kriminalisoitu, kysymys on tuottamuksesta. Toisaalta ilman tuottamusta rikosoikeudellinen vastuu ei lainkaan aktualisoidu, koska vahingoista ei rikoslailla rangaista (RL 3:7.3).

Nyttemmin tällaista kategorisoivaa jakoa objektiiviseen ja subjektiiviseen vastuullisuuteen on pidetty keinotekoisena.[22] Tähän on monta syytä, mutta yksi syy on ylitse muiden. Tuomarit eivät kysy syytetyltä ”mitä pään sisälläsi liikkui” vaan arvioivat syytetyn mielenliikkeitä ulkopuolisin silmin. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että tuomarit arvioivat objektiivisesti havaittavien seikkojen perusteella sen, mitä tekijän voidaan katsoa mieltäneen.[23]

Koska syyksiluettavuuden rikosoikeudelliset edellytykset muodostuvat tunnusmerkistönmukaisuudesta, oikeudenvastaisuudesta ja syyllisyydestä, syyksiluettavuuden erityiset edellytykset muodostuvat näiden yläkategorioiden alakategorioista. Tunnusmerkistön mukaisuuden alakategoriaan kuuluvat yksittäiset rikostunnusmerkistöt. Teon oikeudenvastaisuuden – tai pikemminkin teon oikeudenvastaisuuden poistavaan – alakategoriaan luetaan esimerkiksi rikoslain sisältämät oikeuttamisperusteet kuten hätävarjelu ja pakkotila, ja syyllisyyden alakategoriaan erilaiset anteeksiantoperusteet. Perinteisesti syyllisyyden alakategoriaan on luettu myös tahallisuus ja tuottamus.[24]

Tällaista tyyliä, jossa syyksiluettavuus konstruoidaan kolmeen pääkategoriaan, voidaan pitää pedagogisesti ja esitysteknisesti perusteltuna. Kolmijaon avulla on hahmotettavissa, että teon täytyy olla tunnusmerkistön mukainen, oikeudenvastainen sekä syyllisyyttä osoittava. Toisin sanottuna rikosoikeudellinen vastuullisuus voi aktualisoitua vain silloin, kun teko tai tekemättä jättäminen täyttää jonkin rikoslaista ilmenevän rikostunnusmerkistön. Toiseksi käsillä ei voi olla teon oikeuttamisperustetta, jonka perusteella sinänsä rikostunnusmerkistön

---

[21] Tästä tematiikasta esim. Leijonhufvud – Wennberg 2009 s. 32; Nuutila 1996 s. 177–178.

[22] Melander 2013 s. 73. Myös perinteinen anglosaksinen tapa tehdä selvä ero teon objektiivisen (actus reus) ja subjektiivisen (mens rea) ulottuvuuden välillä on viime vuosina kyseenalaistettu. Ks. esim. Duff 2009 s. 202–207, erityisesti s. 202.

[23] Perusteellisesti tahallisuuden toteennäyttämisestä Vihriälä 2012.

[24] Tapani – Tolvanen 2013 s. 4; Frände 2012 s. 10. Esimerkiksi Pekka Koskinen on rikosoikeuden perusteita käsittelevässä kirjassaan systematisoinut tahallisuuden ja tuottamuksen syyllisyyteen. Ks. Koskinen 2008.

mukainen teko olisi oikeusjärjestyksen sallima. Esimerkiksi jos teko on tehty pakkotilassa, kysymys on oikeusjärjestyksen sallimasta teosta, eikä tällaisesta teosta voida rangaista. Toisaalta jos käsillä ei ole oikeuttamisperustetta, tuomarin on siirryttävä tarkastelemaan tekijän (subjektiivista) syyllisyyttä. Jos henkilö ei ole toiminut tahallisesti tai huolimattomasti, tekoa ei voida lukea hänen syykseen. Myös anteeksiantoperusteet voivat eliminoida rangaistusvastuun.[25]

Esimerkiksi pahoinpitelyrikoksissa sanottu tarkoittaa sitä, että ensiksi arvioidaan, (1) täyttääkö teko pahoinpitelyn tunnusmerkistön ja jos täyttää, sitten arvioidaan, (2) onko teko ollut oikeusjärjestyksen sallima jollakin oikeuttamisperusteella, ja jos käsillä ei ole oikeuttamisperustetta, arvioidaan, (3) heijastaako teko myös tekijänsä syyllisyyttä.

Tällainen jaottelu ja jaottelussa käytetty retoriikka voidaan kuitenkin riitauttaa. Voimme esimerkiksi kysyä, miksi tahallisuus- ja tuottamusarviointi tulee erottaa tunnusmerkistönmukaisuusarvioinnista. Esimerkiksi Suomessa on viime vuosikymmeniin saakka kohtalaisen yleisesti ajateltu, että syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin tulee ensiksi tarkastella teon tunnusmerkistönmukaisuutta, sitten teon oikeudenvastaisuutta ja vasta lopuksi tekijän tahallisuutta tai tuottamusta sekä teon mahdollista anteeksiannettavuutta.[26]

Jussi Tapani ja Matti Tolvanen eivät ole pitäneet tällaista ohjenuoraa prosessiekonomisena. Heidän mukaansa ratkaistaessa sitä, onko henkilö syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu, ratkaisuprosessi tulee pikemminkin hahmottaa kaksiportaisesti.[27] Tällöin ei puhuta tunnusmerkistönmukaisuudesta, oikeudenvastaisuudesta ja syyllisyydestä, vaan rikosvastuun perustavista ja rikosvastuun poistavista perusteista.

Kaksiporrasmallissa vastuu perustuu tunnusmerkistön mukaisuuteen, johon sisällytetään myös tahallisuus ja tuottamus. Sen sijaan malli ei sisällä erillisiä oikeudenvastaisuus- ja anteeksiantokategorioita, vaan erityyppiset oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteet luetaan kuuluvaksi rikosvastuun poistaviin perusteisiin.[28]

> Tapanin ja Tolvasen kaksiporrasmalli irtaantuu saksalaisesta ja siten myös suomalaisesta traditiosta. Sakari Melanderin mukaan Tapanin ja Tolvasen kaksiporrasmallin voidaan tulkita lähestyvän anglosaksista tapaa hahmottaa rikoksen rakenne.[29] Melanderin mukaan Tapanin ja Tolvasen kaksiporrasmal-

---

[25] Ks. esim. RL 4:4.2, jossa todetaan, että anteeksiantoperusteen (hätävarjelun liioittelun) käsillä ollessa tekijä on rangaistusvastuusta vapaa.
[26] Esim. Vihriälä 2012 s. 165–169 sekä ko. sivuilla mainitut lähteet.
[27] Tapani – Tolvanen 2013 s. 3–7.
[28] Tapani – Tolvanen 2013 s. 7.
[29] Melander 2013 s. 76–77.

lia ei kuitenkaan tule samaistaa anglosaksiseen keskusteluun rikoksen objektiivisista (actus reus) ja subjektiivisista (mens rea) elementeistä.[30]

Aivan varauksetta en hyväksy sitä, että Tapanin ja Tolvasen kaksiporrasmalli vertautuisi anglosaksiseen tapaan hahmottaa rikoksen rakenne. Siinä missä Tapanin ja Tolvasen kaksiporrasmallissa tarkastellaan (1) rikosvastuun perustavia tekijöitä ja (2) rikosvastuun poistavia perusteita, anglosaksisessa mallissa edetään teon (1) objektiivisesta syyksiluettavuudesta teon (2) subjektiiviseen syyksiluettavuuteen ja tämän jälkeen (3) anteeksiantoperusteisiin.[31] Esimerkiksi jos tekoa ei voida pakkotilan vuoksi lukea tekijänsä syyksi (teon objektiivinen ulottuvuus), anglosaksissa mallissa ei ole tarvetta tarkastella tekijän tahallisuutta (subjektiivinen ulottuvuus). Sen sijaan Tapanin ja Tolvasen mallissa vastuuvapausperusteiden – kuten pakkotilan – relevanssi konkretisoituu vasta sen jälkeen, jos henkilö on tahallaan tai tuottamuksesta tehnyt tunnusmerkistössä kielletyn teon.

Sinänsä Tapanin ja Tolvasen tapa hahmottaa syyksiluettavuuden edellytykset kaksiportaisesti ei ole mitenkään ainutlaatuista. Esimerkiksi Italiassa on jo kauan aikaa puhuttu rikoksen kaksiporrasmallista (la bipartizione della struttura del reato) ja kolmiporrasmallista (la tripartizione della struttura del reato).[32] Siinä missä italialainen ymmärrys rikoksen kolmiportaisuudesta vertautuu perinteiseen suomalaiseen kolmiporrasmalliin (tunnusmerkistönmukaisuus, oikeudenvastaisuus, syyllisyys), kaksiporrasmallissa tarkastellaan sitä, onko oikeuden loukkaus tapahtunut (tunnusmerkistön mukaisuus ja oikeudenvastaisuus), ja jos on, voidaanko henkilöä myös pitää vastuullisena teostaan (syyllisyys). Vaikka italialainen kaksiporrasmalli ei sisällöllisesti vertaudu Tapanin ja Tolvasen kaksiporrasmalliin, molemmat mallit pyrkivät samaan eli rikosvastuun edellytysten mahdollisimman yksinkertaiseen määrittämiseen.

Todettakoon, että Suomessa Eero Backman on puoltanut rikoksen kaksiporrasmallia jo vuosikymmeniä sitten.[33] Backmanin kaksiporrasmalli ei kuitenkaan vertaudu Tapanin ja Tolvasen malliin, vaan kysymys on italialaistyyppisestä kaksiporrasmallista eli mallista, jossa vastuullisuuden katsotaan koostuvan (1) oikeudenvastaisesta käyttäytymisestä (tunnusmerkistön mukaisuudesta ja oikeudenvastaisuudesta) ja (2) syyllisyydestä. Koska kirjoitan italialaistyyppisestä mallista, lienee syytä täsmentää, ettei vastuullisuuden hahmottaminen kaksiportaisesti ole sinänsä mikään italialainen erikoisuus. Myös monessa muussa Euroopan maassa on keskusteltu siitä, miksi tunnusmerkistön mukaisuus ja oikeudenvastaisuus tulisi erottaa toisistaan, koska pohjimmiltaan molemmissa kategorioissa on kysymys oikeudenvastaisesta käyttäytymisestä.

---

30 Melander 2013 s. 77, alaviite 33. Actus reus ja mens rea -dikotomiasta ks. Duff 1990 s. 7–8 ja Duff 2009 s. 202–207. Ks. myös Ashworth – Horder 2013 s. 83.

31 Ks. esim. Ashworth – Horder 2013 s. 83–235.

32 Saccone 2006 s. 12–13; Spena 2011 s. 1265–1309.

33 Backman 1980 s. 22–23 sekä Backman 1990 s. 171. Ks. myös Nuutila 1996 s. 183.

Vaikka Tapanin ja Tolvasen kaksiporrasmalli vaikuttaa radikaalilta, sen ero kolmiporrasmalliin ei ole merkittävä. Myös kaksiporrasmallin vastuuvapausperusteet koostuvat samoista oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteista kuin kolmiporrasmallissa. Lisäksi kaksi- ja kolmiporrasmallin eroa suhteellistaa se, että myös uusimmissa kolmiporrasmalleissa tahallisuus ja tuottamus on sisällytetty tunnusmerkistönmukaisuuteen eikä perinteisen mallin mukaisesti rikoksen kolmannelle portaalle eli syyllisyyteen.[34]

Tapanin ja Tolvasen kaksiporrasmalli on selkeä kuvaus rikosvastuun edellytyksistä. Samalla kaksiporrasmalli menettää kuitenkin jotakin siitä analyyttisyydestä, joka sisältyy perinteiseen kolmiporrasmalliin.[35] Jos kysyisimme asiasta Tapanilta ja Tolvaselta, he ehkä vastaisivat, että se, mitä analyyttisyydessä hävitään, selkeydessä ja prosessiekonomiassa voitetaan. Ensisijaisesti tällainen ajattelu perustuu siihen, ettei tahallisuus- ja tuottamusarvioinnin erkaannuttaminen tunnusmerkistönmukaisuusarvioinnista ole prosessiekonomisesti rationaalista eikä systemaattisesti edes perusteltua.[36]

Tapanin ja Tolvasen esimerkin mukaan on irrationaalista vaatia, että tuomarin pitäisi aluksi tarkastella pahoinpitelyn tunnusmerkistönmukaisuutta, sitten pahoinpitelyn oikeudenvastaisuutta ja lopuksi sitä, onko tekijä toiminut tahallaan eli rikosoikeudellista syyllisyyttä osoittavalla tavalla. Heidän mukaansa teon tahallisuus on ratkaistava samalla, kun arvioidaan teon tunnusmerkistön mukaisuutta.[37] Tämä vaatimus on otettava vakavasti. Vaikka perinteisesti tahallisuus on ymmärretty vastuullisuuden subjektiivisena ulottuvuutena, todellisuudessa tuomarin on arvioitava tahallisuuden täyttyminen niiden samojen objektiivisesti havaittavien tosiseikkojen valossa, joiden perusteella teon tunnusmerkistön mukaisuutta arvioidaan.[38]

Jos teko on pahoinpitelytunnusmerkistön mukainen ja tahallisuutta osoittava, tämän jälkeen tuomarin on siirryttävä tarkastelemaan sitä, kumoutuuko vastuu jollakin vastuuvapausperusteella.[39] Kysymykseen voivat tulla niin oikeuttamiskuin anteeksiantoperusteet. Jos käsillä ei ole vastuuvapausperusteita, henkilön voidaan todeta syyllistyneen pahoinpitelyyn. Tapanin ja Tolvasen mukaan hei-

---

[34] Näin rikoksen rakenteen on hahmottanut esimerkiksi Dan Frände. Ks. Frände 2012 s. 11–12. Ks. myös Melander 2013 s. 76.

[35] Näin myös Melander 2013 s. 76–77.

[36] Tapani – Tolvanen 2013 s. 5–6.

[37] Tapani – Tolvanen 2013 s. 5.

[38] Tahallisuuden ja tuottamuksen systematisointi osaksi tunnusmerkistön mukaisuutta on perusteltua myös laillisuusperiaatteen valossa. Rikoslain 3 luvun 5 §:n mukaan rangaistusvastuun edellytyksenä on tahallisuus tai tuottamus. Jos tahallisuus tai tuottamus puuttuu, kysymys ei voi olla rikostunnusmerkistössä tarkoitetusta teosta sanan missään mielekkäässä merkityksessä.

[39] Tapani – Tolvanen 2013 s. 5–6.

dän mallinsa vastaa parhaiten sitä, miten tuomarit syyllisyyskysymyksen ratkaisemisen hahmottavat.

Kaksiporrasmalli voi olla todenmukainen malli siitä harkinnasta, jota tuomarit syyllisyyskysymyksissä harjoittavat.[40] Toteamallani tavalla se ei kuitenkaan onnistu vangitsemaan sitä analyyttisyyttä, joka sisältyy kolmiporrasmalliin. Kaksiporrasmallin perimmäinen ongelma on se, että sen pyrkimys selkeyttää rikosoikeudellisen vastuun rakennetta oikoo liiallisesti sitä, miten rikosvastuu on perinteisesti ymmärretty. Tämä voi vaikeuttaa esimerkiksi sen hahmottamista, miten perus- ja ihmisoikeudet istuvat syyksiluettavuuden systematiikkaan.[41]

Tapanin ja Tolvasen prosessiekonomista väitettä ei voida kuitenkaan sivuuttaa. Tahallisuuden ja tuottamuksen ymmärtäminen osaksi tunnusmerkistön mukaisuutta on paitsi prosessiekonomista myös rationaalista. Tuomarit eivät arvioi tunnusmerkistön mukaisuutta ja tämän jälkeen tahallisuutta tai tuottamusta, vaan tahallisuus- ja tuottamusarvioinnit ovat osa tunnusmerkistönmukaisuusarviointia. Toisaalta tahallisuuden ja tuottamuksen sisällyttäminen tunnusmerkistön mukaisuuteen ei edellytä kolmiporrasmallista luopumista. Sen sijaan vastuumalli voidaan ymmärtää Dan Fränden konstruoimalla tavalla eli tunnusmerkistönmukaisuutena, oikeudenvastaisuutena ja anteeksiantamattomuutena.[42] Myös tässä mallissa tahallisuus- ja tuottamusarviointi ymmärretään osana tunnusmerkistönmukaisuusarviointia, jolloin kolmannelle portaalle eli syyllisyyteen sijoittuvat vain ja ainoastaan anteeksiantoperusteet.[43]

Hyväksyessämme kolmiporrasmallin, jossa tahallisuus- ja tuottamusarviointi paikannetaan systemaattisesti osaksi tunnusmerkistöarviointia, rikosoikeudellisen vastuun positiiviset edellytykset hahmottuvat kokonaisuudessaan tunnusmerkistölähtöisesti.[44] Toisaalta vaikka tunnusmerkistön mukaisuus on vastuullisuuden välttämätön edellytys, tunnusmerkistön mukaisuus ei ole vastuullisuuden riittävä edellytys. Kolmiporrasmallin mukaan jos tunnusmerkistön mukainen

---

[40] Ks. myös Melander 2013 s. 77 ja Melander 2010a s. 88.

[41] Ymmärtääkseni Sakari Melander voisi olla tästä asiasta kanssani samaa mieltä. Ks. Melander 2013 s. 77.

[42] Frände 2012 s. 8–10.

[43] Myös saksalaisissa kirjoituksissa tahallisuus on viime aikoina allokoitu tunnusmerkistönmukaisuuteen, jolloin syyllisyyskategoriaan ovat paikantuneet lähinnä anteeksiantoperusteet. Ks. esim. Roxin 2006 s. 283; Jung 2002 s. 371–373. Ks. myös Matikkala 2005 s. 45–47 ja Duff 2009 s. 204–206.

[44] Todettakoon lyhyesti, että kirjallisuudessa tehdään usein ero rikosvastuun positiivisten ja negatiivisten edellytysten välillä. Esim. Frände 2012 s. 7. Ks. myös Saccone 2006 s. 13. Siinä missä esimerkiksi tunnusmerkistön mukaisuus on rikosvastuun positiivinen edellytys, oikeuttamisperusteet voidaan ymmärtää rikosvastuun negatiivisiksi edellytyksiksi. Tämä perustuu siihen, että teko ei voi olla rikos, jos se ei ole tunnusmerkistön mukainen (positiivinen edellytys) eikä tunnusmerkistön mukainen teko ole rikos, jos käsillä on negatiivinen tunnusmerkistötekijä (oikeuttamisperuste).

teko ei ole oikeudenvastainen, se ei ole kielletty. Mitä tällä täsmällisesti ottaen tarkoitetaan?

Rikosoikeudellisissa puheenvuoroissa keskustelu oikeuttamisperusteista lomitetaan usein rikoslain sisältämiin oikeuttamisperusteisiin kuten pakkotilaan ja hätävarjeluun. Kirjoittajien harjoittamasta systematiikasta riippuen tietyntyyppisiksi oikeuttamisperusteiksi on luettu myös joitakin rikoslain ulkopuolisia perusteita, kuten jokamiehen kiinniotto-oikeus, voimakeinojen käyttö ja itseapu.[45] Tyypillisesti myös monissa ammateissa sallittu voimakeinojen käyttö vertautuu oikeuttamisperusteeksi.[46]

Oli oikeuttamisperusteiden systematiikasta mitä mieltä tahansa, pohjimmiltaan kysymys kuuluu, minkälaisten olosuhteiden vallitessa sinänsä tunnusmerkistönmukainen teko on oikeusjärjestyksen sallima. Perinteisesti tätä keskustelua on käyty rikosoikeusvetoisesti. Oikeudenalan systematiikan vuoksi tämä on perusteltua.

Toisaalta voidaan väittää, että nykyisin perus- ja ihmisoikeusmatriisi ja Euroopan unionin oikeus sisältävät sellaista vahvasti velvoittavaa normiaineistoa, jotka voivat tehdä rikostunnusmerkistön mukaisesta teosta sallitun.[47] Toisin sanoen hierarkkisesti rikoslain yläpuolella olevat normit voivat toimia oikeuttamisperusteiden kaltaisina ratkaisuperusteina arvioitaessa sitä, onko henkilö syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu.

Vaikka tämä näkemys on ymmärrettävä, en varauksetta hyväksy väitettä, että rikosoikeuden valtiosääntöistyminen ja eurooppalaistuminen olisi synnyttänyt uusia oikeuttamisperusteita. Pikemminkin kysymys on oikeuslähdeopillisesta muutoksesta, jossa rikoslakia velvoittavammat ratkaisuperusteet voivat tapauskohtaisesti syrjäyttää rikoslain. Tällaisessa tilanteessa ei ole kysymys tunnusmerkistön mukaisen teon oikeuttamisesta vaan teosta, joka ei alun perinkään ole voinut olla – ratkaisuperusteiden etusijajärjestyksen vuoksi – rikoslain perusteella kielletty. Tähän tematiikkaan palaan tuonnempana.[48] Sitä ennen on vielä täsmennettävä sitä, mitä anteeksiannettavuudella tarkoitetaan ja mikä on anteeksiannettavuuden vaikutus syyksiluettavuuteen.

Riippumatta siitä, luemmeko skandinaavista, mannermaista vai anglosaksista kirjallisuutta tai hahmotammeko rikoksen rakenteen kolmiportaisesti tai kaksiportaisesti, yhteinen käsitys on, ettei syyksiluettavuus tyhjene tunnusmerkistönmukaisuuteen ja oikeudenvastaisuuteen. Lisäksi teon tulee olla anteeksiantamaton. Pohjimmiltaan kysymys on siitä, ettei tekijää voida moittia anteeksiannetta-

---

[45] Tapani – Tolvanen 2013 s. 4 ja 7. Edellä toteamallani tavalla Tapani ja Tolvanen eivät itse puhu oikeuttamisperusteista vaan vastuuvapausperusteista.

[46] Frände 2012 s. 152–157.

[47] Melander 2013 s. 78–86.

[48] Ks. luvut 3.3 ja 5.3.

vasta teosta, jolloin tekijän rangaistusvastuu eliminoituu.[49] Kysymys voi olla esimerkiksi siitä, että tekijä toimi ilman aitoa valinnan mahdollisuutta.

On huomattava, että rikosoikeudellisesti anteeksiannossa on kysymys siitä, että tunnusmerkistön mukainen ja oikeudenvastainen teko voi olla institutionaalisesti anteeksiannettava. Tällainen anteeksianto eroaa olennaisesti ei-institutionaalisesta anteeksiannosta. Arkielämässä me voimme toimia altruistisesti ja antaa ihmisille anteeksi heidän tekojaan, vaikka pitäisimmekin heitä syypäänä aiheutettuun pahaan. Sen sijaan annettaessa anteeksi rikostunnusmerkistön mukainen ja oikeudenvastainen teko kysymys ei ole henkilökohtaisesta anteeksiannosta.[50] Anteeksiannossa tuomarin kädet on sidottu anteeksiantoperusteita koskevaan lainsäädäntöön.[51]

Oikeuskirjallisuudessa ei ole yksimielisyyttä siitä, mitkä vastuuvapausperusteet luetaan anteeksiantoperusteiksi.[52] Käytännössä keskeisimmät anteeksiantoperusteet ovat hätävarjelun liioittelu, anteeksiannettava pakkotilateko, voimakeinojen liioittelu, esimiehen käsky ja vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys. Lisäksi anteeksiantoperusteeksi voidaan lukea kieltoerehdys.[53] Näiden anteeksiantoperusteiden läsnä ollessa tekijä on rangaistusvastuusta vapaa.

Sen sijaan puuttuva vastuuikä ja syyntakeettomuus eliminoivat vastuun mahdollisuuden eli alle 15-vuotias tai ymmärrystä vailla oleva henkilö ei voi olla rikosoikeudellisesti vastuullinen. Näin ollen puuttuva vastuuikä ja syyntakeettomuus eivät ole varsinaisia anteeksiantoperusteita, vaan vastuun kokonaisvaltaisesti poissulkevia perusteita. Tämä perustuu siihen, ettei alle 15-vuotiaan tai syyntakeettoman tekoja voida antaa rikosoikeudellisesti anteeksi, koska teot eivät ole alun perinkään voineet aktualisoida rikosoikeudellista vastuuta. Luonteeltaan rikosoikeudellinen alaikäisyys ja syyntakeettomuus ovat kuitenkin henkilöön käyviä vastuuvapausperusteita, joten rikosvastuun kolmiporrasmallissa puuttuva vastuuikä ja syyntakeettomuus on luontevaa sijoittaa anteeksiantoperusteiden tapaan kolmannelle tasolle eli syyllisyyteen.[54]

Toteamallani tavalla lainsäädäntö lähtee siitä, että anteeksiantotilanteessa henkilö on rangaistusvastuusta vapaa. Olisi kuitenkin väärin vetää tästä sellainen johtopäätös, ettei anteeksiannon ansainnutta henkilöä voitaisi moittia teostaan.

---

[49] Frände 2012 s. 165–166.

[50] Anteeksiannon problematiikasta oikeudellisessa kontekstissa ks. Hyttinen 2012 s. 34–37 sekä ko. sivuilla mainitut lähteet.

[51] Anteeksiantoperusteisiin sisältyvästä filosofisesta problematiikasta ks. Gardner 2007 s. 121–139.

[52] Ks. esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 7; Frände 2012 s. 165–166; Nuutila 1997 s. 84.

[53] Kaikki kirjoittajat eivät pidä kieltoerehdystä varsinaisena anteeksiantoperusteena vaan ns. syyllisyyden poissulkevana perusteena. Tällöin ajatellaan, että kieltoerehdys vertautuu vastuuvapausperusteena puuttuvaan vastuuikään ja syyntakeettomuuteen.

[54] Näin myös Frände 2012 s. 165–166.

Pikemminkin kysymys on moitittavasta teosta, joka annetaan anteeksi, koska laki niin määrää. Näin ollen on luontevaa ajatella, etteivät anteeksiantoperusteet eliminoi teon moitittavuutta vaan tekevät rikostunnusmerkistön mukaisesta ja oikeudenvastaisesta teosta ymmärrettävän. Vastaavasti arkielämässä me voimme antaa ihmisten tekoja anteeksi ilman, että tämä anteeksianto poistaisi heidän tekojensa moitittavuuden.

Toisaalta yhtä luontevalta tuntuu ajatella, että teon ollessa lain mukaan anteeksiannettava tekijään ei voida kohdistaa sellaista moitetta, jota syyksiluettavuus rikosoikeudellisesti edellyttää. Jos anteeksiantoperusteet poistaisivat rangaistusvastuun mutta eivät moitittavuutta, rikosoikeudellisen syyllisyyden olemus muuttuisi epämääräiseksi. Henkilö olisi vapaa rikosoikeudellisesta vastuusta mutta yhtä kaikki rikosoikeudellisen moitteen ansainnut. Tällainen ajattelumalli ei istu oikeusvaltioideologiaan, koska se viestii, että henkilö on anteeksiantoperusteen läsnä ollessa rangaistusvastuusta vapaa mutta pohjimmiltaan syyllinen. Näin ollen on luontevinta ajatella, että anteeksiantoperusteet eliminoivat kategorisesti syyllisyyden. Samalla anteeksiantoperusteet poistavat teon syyksiluettavuuden. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että anteeksiantoperusteet tekisivät teosta oikeusjärjestyksen salliman. Dan Frände on hahmottanut tämän asian, jos ei täsmälleen samalla tavalla, niin ainakin samansuuntaisesti.[55]

Myöhemmin esitettävien näkökohtien vuoksi on alleviivattava seuraava: toisin kuin tunnusmerkistön mukaisuus ja oikeudenvastaisuus, anteeksiantoperusteet ovat luonteeltaan tekijän henkilökohtaisia vastuuvapausperusteita. Esimerkiksi jos pahoinpitely on anteeksiannettava hätävarjelun liioitteluna, tekijältä ei ole voitu kohtuudella edellyttää muunlaista suhtautumista. Toteamallani tavalla tämä poistaa teon syyksiluettavuuden, mutta se ei tee teosta oikeusjärjestyksen sallimaa. Näin ollen anteeksiantoperusteet eivät kategorisesti poista esimerkiksi vahingonkorvausvastuuta.[56]

Vastaavasti jos rikostunnusmerkistön mukainen ja oikeudenvastainen teko on anteeksiannettava, anteeksiannettavuus ei koidu potentiaalisten osallisten hyväksi. Näin ollen (rikosoikeussystemaattisesti) arvioiden sillä, katsotaanko yksittäisen perus- ja ihmisoikeuden poistavan sinänsä rikostunnusmerkistön mukaisen

---

[55] Frände 2012 s. 166. Ymmärtääkseni myös Jussi Tapani voisi hyväksyä argumentaationi. Tapanin mukaan ainakin hätävarjelun liioittelutilanteessa (anteeksiantoperuste) syyte on hylättävä, koska rikosvastuun välttämättömät edellytykset eivät täyty. Näin ollen hätävarjelun liioittelun käsillä olo estää Tapanin mukaan teon syyksiluettavuuden. Ks. Tapani 2008 s. 884–885. Ks. myös Tapanin viittamaa Duff 2007/2009 s. 19–23, jossa keskustellaan moitittavuuden ja syyksiluettavuuden eroista.

[56] HE 2002/44 vp s. 99. Ks. myös Tapani 2011 s. 586.

teon tunnusmerkistönmukaisuuden,[57] oikeuttavan teon tai toimivan anteeksiantoperusteena, on olennainen heijastevaikutus rikosoikeudelliseen vastuullisuuteen. Se, mitä sanottu täsmällisesti ottaen tarkoittaa, jäsentyy tuonnempana. Tätä ennen kalibroikaamme käyty keskustelu perus- ja ihmisoikeussensitiiviseksi.

3.2 KALIBROINTI: SYYKSILUETTAVUUDEN KRITEERIT JA PERUS- JA IHMISOIKEUDET

Puheenvuoroani rikosoikeudellisen vastuun edellytyksistä ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi. Tarkoitukseni on ollut vain tutkimusteemani edellyttämässä laajuudessa jäsentää sitä, mistä ylipäätään puhumme, kun puhumme rikosoikeudellisesta vastuullisuudesta. Tällaista ekskursiota voidaan pitää perusteltuna, koska kirjoitettaessa syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta on syytä täsmentää sitä, mitä syyksiluettavuudelta rikosnormatiivisesti edellytetään.

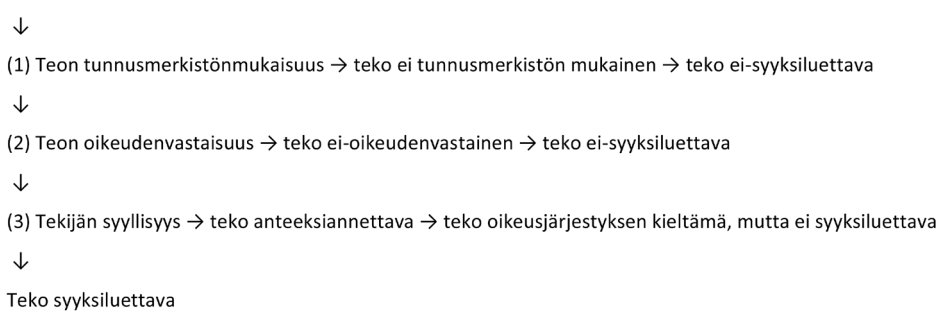
Olen puoltanut näkemystä, jonka mukaan konkreettiseen syyllisyyskysymykseen sisältyvää ratkaisuproblematiikkaa voidaan jäsentää parhaiten tukeutumalla kolmiportaiseen rikoksen rakennemalliin. Tällöin rikosnormatiivinen vastuullisuus hahmotetaan (1) tunnusmerkistön mukaisuutena, (2) oikeudenvastaisuutena sekä (3) syyllisyyttä osoittavana inhimillisenä tekona. Jotta vastaajan voidaan katsoa syyllistyneen siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu, näiden kaikkien osatekijöiden on aktualisoiduttava.

Dan Frändeä seuraten olen lähtenyt siitä, että teot osoittavat syyllisyyttä, jos ne eivät ole henkilöön käyvillä perusteilla anteeksiannettavia. Sen sijaan tahallisuus ja tuottamus on perusteltua ymmärtää tunnusmerkistön mukaisuuteen sisältyvinä rikosvastuun positiivisina edellytyksinä.[58] Sanotun perusteella syyksiluettavuuden rikosnormatiiviset kriteerit voidaan mallintaa seuraavasti:

---

[57] Toteamallani tavalla perus- ja ihmisoikeuksien merkitystä rikosoikeudelliseen vastuullisuuteen ei voida hahmottaa vain rikosoikeussystemaattisesti. Myöhemmin todennettavalla tavalla (ks. luvut 3.3 ja 5.3) kysymys on olennaisesti myös oikeuslähdeopillisesta tematiikasta eli siitä, että vastuun poistavina ratkaisuperusteina perus- ja ihmisoikeudet voivat velvoittaa rikoslakia vahvemmin.

[58] Frände 2012 s. 11–12.



Kuvio 4. Syyksiluettavuuden rikosnormatiiviset kriteerit.

Rikosoikeudellisesti keskeistä on havaita, että syyksiluettavuus edellyttää kaikkien kolmen vastuuelementin toteutumista. Jos ja vain jos rikostunnusmerkistön mukainen teko on myös oikeudenvastainen ja anteeksiantamaton, teko voidaan lukea vastaajan syyksi rikoslaissa tarkoitetulla tavalla.

Kolmiporrasmallin perusteella syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen on teoriassa helppoa, mutta käytännössä ongelmat ovat moninaisia. Tutkimustemaattisesti on relevanttia kysyä, miten perus- ja ihmisoikeudet istuvat rikosoikeudelliseen systematiikkaan. Tällaisen kysymyksen kohdatessaan tuomari voi joutua vastaamaan siihen, poistavatko perus- ja ihmisoikeudet tunnusmerkistön mukaisuuden, oikeudenvastaisuuden vai toimivatko ne joissakin tilanteissa anteeksiantoperusteina. Tällä kysymyksellä on muutakin kuin vain akateemista merkitystä.

Ajankohtaisen esimerkin tarjoaa kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa joko suoraan[59] tai epäsuorasti[60] turvattu itsekriminointisuoja, joka on aiheuttanut päänvaivaa paitsi oikeusoppineille[61] myös tuomareille.[62] Jos lähdemme siitä, että

---

[59] Kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen 14 artiklan 3 kappaleen g-kohta.

[60] Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artikla ja artiklaa koskeva Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö.

[61] Viime vuosina itsekriminointisuojasta on keskusteltu laajasti myös Suomessa. Aluksi keskustelu oli prosessioikeusvetoista, mutta viime vuosina myös rikosoikeusoppineet ovat tarkastelleet sitä, miten itsekriminointisuoja tulee rikosoikeudellisesti ymmärtää. Keskustelun ytimessä on ollut se, minkälainen rikosoikeudellinen vastuuvapausperuste itsekriminointisuoja on. Tietämäni mukaan ensimmäisen rikosoikeussystemaattisen kannanoton itsekriminointisuojan paikasta rikoksen rakenteessa esitti valtionsyyttäjä Mika Illman valtakunnansyyttäjänviraston muistiossa. Ks. Illman 2009 s. 12–14. Rikosoikeudellisesta keskustelusta ks. myös Frände 2011 s. 402–408; Tapani 2011 s. 581–591; Melander 2013 78–83; Ojala 2013 s. 393–397; Rankinen 2013 s. 221–225. Prosessioikeudellisesta keskustelusta ks. esim. Vuorenpää 2011 s. 585–595 ja Vuorenpää 2013 s. 138–146.

[62] Rikosoikeudellisen keskustelun kannalta merkittäviä korkeimman oikeuden itsekriminointisuojaratkaisuja ovat olleet KKO 2009:27; KKO 2009:80; KKO 2010:41. Myös vuoden 2010 jäl-

itsekriminointisuoja poistaa tunnusmerkistön mukaisuuden, itsekriminointisuojan alaisen teon yhteydessä ei ole (rikosoikeussystemaattisesti) perusteltua puhua rikosoikeudellisesti paheksuttavasta teosta. Toinen vaihtoehto on ajatella, että itsekriminointisuoja poistaa teon oikeudenvastaisuuden, olkoon, että tekoa sinänsä on pidettävä rikosoikeudellisesti paheksuttavana. Kolmanneksi voidaan ajatella, että itsekriminointisuoja vertautuu anteeksiantoperusteisiin. Tällöin henkilö on vapaa rikosoikeudellisesta rangaistusvastuusta, mutta hänelle voidaan silti langettaa vahingonkorvausvastuu. Valitulla vastausvaihtoehdolla on vaikutuksensa myös osallisten – kuten avunantajien – vastuuseen.[63] Tähän tematiikkaan palaan tuonnempana.

Lisäksi, vaikka vastuullisuuden valossa ei ole merkitystä sillä, ymmärretäänkö perus- ja ihmisoikeuksien poistavan tunnusmerkistön mukaisuuden tai tekevän tunnusmerkistön mukaisesta teosta oikeusjärjestyksen salliman, tämä kysymys ei ole irrelevantti. Moitittavuuden valossa saati rikosoikeussystemaattisesti ja etenkin oikeuslähdeopillisesti on täysin eri asia puhua ei-tunnusmerkistön mukaisesta tai ei-oikeudenvastaisesta teosta. Asiaa voidaan valaista seuraavasti: (1) joko sinänsä rikostunnusmerkistön mukainen teko perustaa vastuun, jonka perus- ja ihmisoikeudet voivat tapauskohtaisesti kumota, tai vaihtoehtoisesti (2) perus- ja ihmisoikeuksia ei ymmärretä vastuuvapausperusteina vaan rikoslakia velvoittavampana oikeudellisena argumentaatioaineistona. Vaikka valitulla vastausvaihtoehdolla ei ole merkitystä tuomiolauselman sisältöön, valittu vastausvaihtoehto vaikuttaa tuomion rakenteeseen ja perusteluihin – ja jos valittu vastausvaihtoehto vaikuttaa tuomion rakenteeseen ja perusteluihin, kiistatonta on, että valittu vastausvaihtoehto vaikuttaa olennaisesti myös tuomion sävyyn.

3.3 PERUS- JA IHMISOIKEUKSIEN VAIKUTUS SYYKSILUETTAVUUTEEN

Perus- ja ihmisoikeuspuheenvuorot on kyllästetty keskustelulla perus- ja ihmisoikeuksien vaikutuksesta tuomioistuimissa.[64] Tähän keskusteluun en kykene tarjoamaan mitään uutta. Tässä yhteydessä toteamukseksi riittää, että tarvittaessa

---

keen korkein oikeus on antanut useita ratkaisuja, joissa on jouduttu ottamaan kantaa itsekriminointisuojaan. Itsekriminointisuojaa tarkastellaan ainakin ratkaisuissa KKO 2011:35; KKO 2011:46; KKO 2012:5; KKO 2012:16; KKO 2012:32; KKO 2012:45; KKO 2013:2; KKO 2013:25; KKO 2013:77; KKO 2014:67; KKO 2014:82; KKO 2015:1; KKO 2015:6. Samaa tematiikkaa koskeva ja lyhyelle ajanjaksolle ajoittuva runsas korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö osoittaa, että itsekriminointisuoja on monipolvinen ja vaikeasti hallittava oikeudellinen ongelma.

63 Ks. alaviitteessä 61 mainitut lähteet.

64 Ks. esim. Anttila 2013 s. 95–109; Lavapuro 2010 passim.

tuomarin on syyllisyyskysymystä ratkaistessaan valittava se vaihtoehto, joka toteuttaa perus- ja ihmisoikeudet optimaalisesti (perus- ja ihmisoikeusmyönteinen lainsoveltaminen).[65] Tämä tehtävä voi edellyttää sitä, että rikoslain kirjain tapauskohtaisesti sivuutetaan (perus- ja ihmisoikeuksien suora soveltaminen).

> Perustuslain 106 §:n mukaan jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle.[66] Rikosoikeudellisesti arvioiden tämä tarkoittaisi sitä, että rikoslain sanamuodon ollessa ilmeisessä ristiriidassa perus- ja ihmisoikeuksien kanssa rikoslain sanamuoto olisi sivuutettava.
>
> Valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa on keskusteltu runsaasti perustuslain etusijan ilmeisyysvaatimuksesta.[67] Rikosoikeudellisesti ja erityisesti puhuttaessa syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta tämä keskustelu on kuitenkin jokseenkin hedelmätöntä. Vaikka rikostunnusmerkistö voi tapauskohtaisesti olla ilmeisessä ristiriidassa jonkin perus- ja ihmisoikeuden kanssa, syyllisyyskysymystä ratkaistaessa ilmeiseen ristiriitaan ei voida hevin vedota. Tämä perustuu siihen, että rikoslain ydintehtävä on turvata kansalaisten perus- ja ihmisoikeudet. Näin ollen rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien välisessä ristiriidassa on tyypillisesti kysymys eri suuntiin viettävien perus- ja ihmisoikeuksien välisestä punninnasta eikä ilmeisestä ristiriidasta.
>
> Kriitikko voi huomauttaa, että syyllisyysratkaisuissa lähtökohtana on aina rikoslaki, joka tarvittaessa sivuutetaan perus- ja ihmisoikeuksien perusteella – luonteeltaan tällainen tilanne muistuttaa perustuslain 106 §:ssä tarkoitettua ristiriitatilannetta, vaikka tätä ei syyllisyysratkaisujen perusteluissa nimenomaisesti mainita. Kriitikon perusväitettä ei sinänsä ole tarvetta riitauttaa. Hän on oikeassa siinä, että tarvittaessa rikoslain sanamuoto on sivuutettava, jos sen seuraaminen on yksittäistapauksessa vastoin perus- ja ihmisoikeuksia.

---

[65] Termi perus- ja ihmisoikeusmyönteinen lainsoveltaminen ei ole vakiintunut. Sen sijaan kirjallisuudessa puhutaan perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta. Tuomarien tehtävä ei kuitenkaan ole tulkita vaan soveltaa lakia. Näin ollen, vaikka lain soveltaminen voi edellyttää tulkintaa, tuomarien varsinainen tehtävä ei ole laintulkinnan harjoittaminen vaan lain soveltaminen perus- ja ihmisoikeusmyönteisesti. Toiseksi vaikka tyypillisesti puhutaan nimenomaan perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta, yhtä lailla perusteltua on puhua kollektiivisesti perus- ja ihmisoikeusmyönteisestä lain soveltamisesta. Esimerkiksi liityttäessä Euroopan ihmisoikeussopimukseen perustuslakivaliokunta konstruoi nimenomaan ihmisoikeusystävällisen laintulkintamallin. Sen mukaan tulkintatilanteessa on erilaisista perusteltavista olevista vaihtoehdoista valittava sellainen, joka edistää ihmisoikeusmääräysten toteutumista. Ks. PeVL 2/1990 vp s. 3. Vastaavasti vaikka perustuslain 22 §:n otsake on ”Perusoikeuksien turvaaminen”, pykälässä käsketään julkista valtaa turvaamaan niin perus- kuin ihmisoikeuksienkin toteutuminen. Näin ollen on perusteltua puhua kollektiivisesti perus- ja ihmisoikeusmyönteisyydestä eikä vain perusoikeusmyönteisyydestä.

[66] Viimeaikaisesta korkeimman oikeuden oikeuskäytännöstä ks. KKO 2014:14; KKO 2014:13; KKO 2012:11, joissa kaikissa on ollut kysymys isyyden vahvistamisesta. Tyypillisesti lain säännöksen ja perustuslain välinen ilmeinen ristiriita on ollut nimenomaan korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavana. Viimeaikaisesta korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännöstä ks. KHO 2014:126; KHO 2014:1; KHO 2013:192; KHO 2013:136.

[67] Esim. Lavapuro 2010 s. 213–224; Scheinin 2004 s. 537–543.

Edellä toteamallani tavalla tällaisessa tilanteessa kysymys ei kuitenkaan ole perustuslain 106 §:n tarkoittamasta ilmeisestä ristiriidasta, vaan tilanne voidaan hahmottaa joko perus- ja ihmisoikeusmyönteisenä lainsoveltamisena tai perus- ja ihmisoikeuksien suorana soveltamisena (ilman tarvetta viitata perustuslain 106 §:ään). Esimerkiksi kunnianloukkaustapauksessa tuomioistuin voi joutua sivuuttamaan rikoslain määräyksen (RL 24:9) ja soveltavamaan perustuslaissa ja ihmisoikeuksissa turvattua sananvapauspykälää (PL 12 §; EIS 10 artikla).

Jos tilanne hahmotetaan perus- ja ihmisoikeusmyönteisenä rikoslain soveltamisena, rikosoikeussystemaattisesti kysymys on sinänsä rikostunnusmerkistön mukaisen teon oikeuttamisesta perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla. Sen sijaan jos tilanne hahmotetaan sananvapauden suorana soveltamisena, rikosoikeussystemaattisesti tilanne on hahmotettava siten, että sananvapauden ”suora” soveltaminen eliminoi ilmaisun tunnusmerkistön mukaisuuden.

Koska syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin on tarvittaessa huomioitava perus- ja ihmisoikeudet, on mielenkiintoista kysyä, miten perus- ja ihmisoikeudet istuvat rikosoikeudelliseen systematiikkaan. Vaikka tämä kysymys on helppo esittää, sitä on vaikea lähestyä. Tämä perustuu siihen, että kysymys perus- ja ihmisoikeuksien vaikutuksesta rikosoikeudelliseen systematiikkaan ei ole vain rikosoikeussystemaattinen vaan olennaisella tavalla myös oikeuslähdeopillinen kysymys. Rikosoikeudessa on perinteisesti painotettu rikoslain sanamuodon mukaista tulkintaa, jolloin syyllisyyskysymyksen keskiössä on tunnusmerkistö ja sen sanamuodon seuraaminen. Rikosoikeudessa korostuneen oikeusturvan ja ennakoitavuuden vuoksi tässä ei ole mitään kritisoitavaa, mutta uhkana on, että rikoslain sanamuodon korostaminen erkaannuttaa rikoslain soveltamisen muusta oikeusjärjestyksestä. Esimerkiksi Kimmo Nuotio on kiinnittänyt huomiota siihen, että rikoslain sanojen orjallinen seuraaminen voi johtaa in concreto siihen, että syyllisyysratkaisut eivät kestä perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä.[68]

Käsitystä rikosoikeuden autonomisuudesta kuvaa se, että lähtökohtaisesti perus- ja ihmisoikeudet ymmärretään vastuun poistavina perusteina sellaisessa tilanteessa, jossa teko sinänsä on rikostunnusmerkistön mukainen.[69] Tällainen

---

[68] Nuotio 2005 s. 139.

[69] Erityisen selkeästi tämä käy ilmi ratkaisussa KKO 2005:136, jossa oli kysymys rikoksesta tuomitun henkilön nimen julkaisemisen sallittavuudesta. Keskeiskysymyksenä korkein oikeus tarkasteli sitä, oliko tuomitun nimen mainitseminen artikkelissa ollut sellainen rikos, johon voitiin perustaa vahingonkorvausvastuu (toisin sanoen kysymyksessä ei suoranaisesti ollut rikosasia vaan rikokseen perustuva vahingonkorvauskanne). Perustelukohdassa 22 korkein oikeus toteaa, että tuomitun nimen mainitseminen on merkinnyt hänen yksityiselämäänsä puuttumista, eikä tuomittu ole ollut sellainen yhteiskunnallinen vaikuttaja, jonka asioista voitaisiin uutisoida vapaasti. Yhteenvetona (perustelukohta 26) korkein oikeus kuitenkin toteaa, ettei tuomitun nimen mainitseminen ole tapahtunut rikoslaissa tarkoitetulla tavalla ilman laillista oikeutta, eli nimen mainitseminen on ollut sananvapauden perusteella sallittua. Perustelukohdat 22–26 korkein oikeus on myös otsikoinut

ymmärrys perustuu siihen, että rikoslaki säädetään poikkeuksettomaksi. Tällöin jokainen tunnusmerkistön mukainen teko on rikos, ellei olemassa ole jotakin sellaista perustetta, joka toimii vastuuvapausperusteena. Rikosoikeudellisesti on epämiellyttävää ajatella, että oikeusjärjestys voi sisältää sellaisia rikoslain ylikäyviä normeja, jotka uhkaavat rikoslain syvintä sisintä eli syyllisyysratkaisujen formalistisuutta.

Myöhemmin tulen argumentoimaan sen puolesta, että perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä ratkaisuperusteiden velvoittavuus on hahmotettava kaksisuuntaisesti: vastuun perustavina ja vastuun poistavina ratkaisuperusteina.[70] Tällöin rikoslaki on velvoittavin ratkaisuperuste vain vastuun perustavana oikeuslähteenä. Sen sijaan sellaisissa tilanteissa, joissa sinänsä tunnusmerkistön mukainen teko on perus- ja ihmisoikeuksien perusteella sallittu, perus- ja ihmisoikeuksia ei voida ymmärtää vain oikeuttamisperusteina vaan vahvimmin velvoittavina ratkaisuperusteina.

Tähän tematiikkaan lomittuen voidaan esittää myös seuraava syyksiluettavuuden systematiikkaan liittyvä kysymys: vaikka rikosoikeudellisessa kontekstissa perus- ja ihmisoikeudet ymmärretään vastuun poistavina ratkaisuperusteina, onko tällainen olettama perusteltu? Toisin sanoen onko perus- ja ihmisoikeudet ymmärrettävä sinänsä tunnusmerkistön mukaisen teon oikeudenvastaisuuden poistavina ratkaisuperusteina vai tunnusmerkistön mukaisuuden poistavina ratkaisuperusteina? Vastaan kysymykseeni kiertoteitse.

Modernissa oikeusvaltiossa eli oikeusvaltiossa, jossa perus- ja ihmisoikeudet ovat täysimääräisesti voimassa, rikoslain velvoittavuutta ei voida hahmottaa vain formalistisesti. Tällä en tarkoita, että syyllisyyskysymyksissä tuomarin pitäisi aktiivisesti pyrkiä haastamaan rikoslaki perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla,[71] mutta tarvittaessa rikoslain on väistyttävä perus- ja ihmisoikeuksien tieltä. Tämä perustuu oikeudelliseen hierarkiaan eli siihen, että nykymuodossaan rikoslaki on alisteinen perus- ja ihmisoikeuksille. Jos jonkin oikeusorgaanin rikosoikeudellinen päätös on muodostumassa perus- ja ihmisoikeusdogmin vastaiseksi, tätä päätöstä ei sellaisenaan voida tehdä. Sanottu pätee niin rikoslakia säädettäessä kuin sovellettaessa. Esimerkiksi ratkaistaessa toimittajaan kohdistettua kunnianloukkaussyytettä tuomarin on huomioitava se, että rikostunnusmerkistön mukainen lausuma voi olla perus- ja ihmisoikeuksien perusteella sallittu. Rikosoikeudellisesti arvioiden teko voi täyttää rikosvastuun edellytykset, mutta teko voi olla olematta rikos perus- ja ihmisoikeuksien perusteella.

---

seuraavasti: ”Puuttuminen A:n yksityiselämään ja sen oikeuttamisperuste”. Jo tämä otsake indikoi selkeästi sitä, että rikoslaki ymmärretään formalistiseksi ohjenuoraksi, josta poikkeaminen on oikeutettava perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla.

70 Tätä tematiikkaa käsittelen luvussa 5.3.

71 Tätä tematiikkaa tarkastelen luvussa 7.5.

Tällaiset ei-rikosoikeudelliset mutta rikosvastuuseen vaikuttavat ratkaisuperusteet istuvat huonosti rikosoikeudelliseen kontekstiin, joka on pyritty systematisoimaan mahdollisimman täsmälliseksi ja ennakoitavaksi. Siksi perus- ja ihmisoikeudet on luontaista ymmärtää samantyyppisinä oikeuttamisperusteina kuin hätävarjelu ja pakkotila. Myös korkein oikeus on joissakin ratkaisuissaan hahmottanut perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen nimenomaan oikeudenvastaisuuden poistavina ratkaisuperusteina.[72] Näin ollen rikosoikeudellinen lähtökohta on, että aivan kuten hätävarjelu tai pakkotila, vastaavasti perus- ja ihmisoikeusdogmi voi oikeuttaa erityyppisten rikoslaissa kriminalisoitujen tekojen kuten pahoinpitelyn tekemisen.[73] Rikosoikeussystemaattisesti sanottuna kysymys on siis siitä, että sinänsä rikostunnusmerkistön mukainen teko voi olla perus- ja ihmisoikeuksien perusteella oikeutettu.[74]

Perus- ja ihmisoikeuksien hierarkkinen ylemmyys pakottaa kuitenkin kysymään, tuleeko perus- ja ihmisoikeudet ymmärtää ensisijaisesti tunnusmerkistön mukaisen teon oikeuttamisperusteina vai tunnusmerkistön mukaisuuden poissulkevina perusteina. Alleviivattakoon, että todetulla tavalla tämä kysymys on pohjimmiltaan oikeuslähdeopillinen. Se voidaan esittää myös seuraavassa muodossa: tuleeko lähtökohdaksi ottaa formaali rikoslaki, josta voidaan perus- ja ihmisoikeuksien perusteella poiketa vai tuleeko perus- ja ihmisoikeuksien velvoittavuus ymmärtää rikoslakia vahvempana? Myöhemmin luvussa 5.3 osoitettavalla tavalla tähän kysymykseen ei voida antaa yksiselitteistä oikeuslähdeopillista vastausta.

Pysykäämme tässä yhteydessä kuitenkin rikosoikeussystematiikassa. Tällöin voimme todeta, että valitulla vastausvaihtoehdolla on relevantti ero. Jos valitsemme ensin mainitun vaihtoehdon, tunnusmerkistön mukaisuus aktualisoi rangaistusvastuun, joka voi tapaussensitiivisesti sulkeutua pois perus- ja ihmisoikeuksien perusteella. Sen sijaan jos valitsemme jälkimmäisen vaihtoehdon, rikosvastuu ei missään vaiheessa aktualisoidu, koska perus- ja ihmisoikeuksien mukainen toiminta ei ole rikostunnusmerkistön mukaista ja piste. Vaikka syyllisyysratkaisun lopputuloksen kannalta tämä problematiikka voi vaikuttaa irrelevantilta, rikosoikeudellisesti on eri asia ajatella, että henkilö tekee tunnusmerkistön mukaisen teon, joka on oikeutettu, kuin että henkilö ei tee lainkaan tunnusmerkistön mukaista tekoa. Hiukan polarisoidusti sanottuna ero on seuraava. Joko

---

[72] KKO 2008:93, kohdat 19 ja 29.

[73] KKO 2008:93. Raimo Lahti on tulkinnut, että päätöksessään KKO 2008:93 korkein oikeus on nimenomaan luonut uuden oikeuttamisperusteen. Ks. Lahti 2010 s. 51–67, erityisesti s. 57

[74] Tyypillisesti myös sananvapausrikosasioissa korkein oikeus ensiksi esittää rangaistussäännöksen ja tämän jälkeen tarkastelee sitä, onko sinänsä tunnusmerkistön mukainen ilmaisu sananvapauden perusteella sallittu. Tällainen argumentaatiotyyli muistuttaa perinteistä rikosoikeudellista oikeuttamiskeskustelua, jossa tarkastellaan sitä, onko rikostunnusmerkistön mukainen teko esimerkiksi pakkotilana oikeutettu.

henkilön katsotaan tekevän oikeutetun rikoksen tai ei rikosta lainkaan. Molemmissa tapauksissa syyte on hylättävä, mutta tuomion sävy ei ole sama.[75]

Oletettavasti tämä problematiikka herättää tunteita, ja tarjottu vastaus voi riippua siitä, haluaako henkilö kalibroida perus- ja ihmisoikeudet rikosoikeudelliseen systematiikkaan vai kokeeko hän, että rikosoikeus on kalibroitava perus- ja ihmisoikeuksien mukaiseksi. Vaikka tämä problematiikkaa on ajankohtainen, oikeusteoreettisesti kysymys ei ole mistään mullistavasta. Pohjimmiltaan tällainen kysymys heijastaa lakipositivismin ja sisällöllisen oikeuden välistä jännitettä, joka on ollut kestoteema länsimaisen oikeusfilosofian historiassa sen koko olemassaolon ajan.[76]

Sulkeistakaamme tässä yhteydessä oikeusteoreettinen ulottuvuus taka-alalle ja tarkastelkaamme rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien välistä suhdetta rikosoikeussystemaattisin silmin. Tällöin voin tarjota problematiikkaan oman vastausehdotukseni. Olen taipuvainen ajattelemaan, ettei perus- ja ihmisoikeuksia tule ymmärtää tunnusmerkistön mukaisen teon oikeuttamisperusteina vaan tunnusmerkistön mukaisuuden poissulkevina perusteina.

Ajatelkaamme esimerkkinä korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 2008:93, jossa vastakkain olivat perhe-elämän suoja, uskonnonvapaus ja pahoinpitelytunnusmerkistö. Tällaisessa tilanteessa kysymys ei ole rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien välisestä kollisiosta vaan eri suuntaan viettävien oikeuksien välisestä kollisiosta. Siinä missä perus- ja ihmisoikeudet suojaavat uskonnonvapautta ja perhe-elämää, vastaavasti lapsen henkilökohtainen koskemattomuus on suojattu perus- ja ihmisoikeuksissa. Vastaavantyppiset kollisiot ovat tavanomaisia perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyysratkaisuissa kuten ratkaistaessa sananvapausrikosasioita. Tällaisessa tilanteessa ei ole perusteltua lähteä siitä, että aluksi oikeuden loukkaus tuomitaan (eli ajatellaan, että teko on tunnusmerkistön mukainen) ja tämän jälkeen loukkaus oikeutetaan toisella oikeudella (eli ajatellaan, että tunnusmerkistön mukainen teko oli oikeutettu). Esimerkiksi jos korkein oikeus kollisiotilanteessa toteaa oikeusjärjestyksen suojelevan perhe-elämää ja uskonnonvapautta, nämä oikeudet eivät ole pahoinpitelyn oikeuttamisperusteita, vaan tapaussensitiivisesti ne sulkeistavat pahoinpitelytunnusmerkistön mukaisuuden.

Tällainen lähtökohta on myös arkijärkisesti puolustettavissa. Tuntuu epäluontevalta ajatella, että perus- ja ihmisoikeudet voisivat oikeuttaa erityyppisiä rikoksia, eli tehdä rikoslain kieltämästä teosta oikeusjärjestyksen salliman. Luontevampaa on ajatella, että perus- ja ihmisoikeussensitiiviset rikostunnusmerkistöt takautuvat perus- ja ihmisoikeuksiin, ja erityyppisissä kollisiotilanteissa on ky-

---

[75] Ks. myös Melander 2013 s. 75.

[76] Jännite esiintyy jo Aristoteleen Nikomakhoksen etiikassa. Ks. Aristoteles 1989 V.7.1134b ja V.10.1137b.

symys samantasoisten normien välisestä ristiriidasta. Tällaisessa ristiriitatilanteessa ratkaisun tekeminen edellyttää, että jommankumman normin on voitettava, mutta tuo voittaminen tulee ymmärtää oikeusjärjestyksen maksimaalisena toteuttamisena eikä toisen oikeuden loukkauksen oikeuttamisena.

Näin ollen johtopäätökseni on, että sellaisessa syyllisyysratkaisussa, jossa ratkaistavana on eri suuntaan viettävien oikeuksien kollisio, perus- ja ihmisoikeudet eivät ole tunnusmerkistön mukaisen teon oikeuttavia vastuuvapausperusteita vaan tunnusmerkistön mukaisuuden poissulkevia ratkaisuperusteita. Tästä herää kysymys, pitäisikö myös itsekriminointisuojaan suhtautua tunnusmerkistön mukaisuuden poistavana tekijänä. Vaikka tästä kysymyksestä on viime vuosina keskusteltu kohtalaisen paljon, en malta olla lyhyesti sivuamatta tätä tematiikkaa – olkoon, ettei aihe ole aivan tutkimusteemani ytimessä.[77] Tarkoitukseni ei kuitenkaan ole referoida käytyä keskustelua tai oikeuskäytäntöä vaan esittää oma kantani siihen, miten itsekriminointisuoja tulisi rikosoikeussystemaattisesti ymmärtää.

Itsekriminointisuoja ja syyksiluettavuus. Totesin edellä, että rikosoikeus on perinteisesti hahmotettu erillisenä saarekkeena. Myös rikosvastuun osatekijät on ymmärretty rikosoikeuskliinisesti. Näin ollen monet kokevat, että syyllisyysratkaisuihin sisältyvät perus- ja ihmisoikeusulottuvuudet eivät aina saa niiden ansaitsemaa painoarvoa.[78]

Erityisen silmiinpistävästi tämä jännite on konkretisoitunut itsekriminointisuojatilanteessa. Itsekriminointisuoja oikeuttaa rikoksesta epäillyn ja vastaajan olemaan myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Korkein oikeus on määritellyt itsekriminointisuojan siten, ettei viranomainen saa pakottaa tai painostaa ketään myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseen.[79]

Vaikka itsekriminointisuojaa ei ole mainittu perustuslaissa tai Euroopan ihmisoikeussopimuksessa, ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuperusteissa itsekriminointisuoja on luettu keskeiseksi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeeksi.[80] Myös Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen

---

[77] Alaviitteissä 61 ja 62 olen dokumentoinut itsekriminointisuojasta käydyn kotimaisen keskustelun sekä ne korkeimman oikeuden päätökset, joissa itsekriminointisuoja on ollut muodossa tai toisessa esillä.

[78] Esim. Lavapuro 2010 s. 121–122, alaviite 221.

[79] Esim. KKO 2009:80, kohta 10.

[80] Perusteellisesti tästä tematiikasta ja etenkin itsekriminointisuojan evoluutiosta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä ks. Ashworth 2008 s. 751–774. Yksi merkittävimmistä tapauksista on ollut Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta (8.2.1996, ks. erityisesti kohta 45). Myös tämän ratkaisun jälkeen ihmisoikeustuomioistuin on useita kertoja todennut, että syytetyn oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen sisältyy keskeisiin oikeusturvatakeisiin. Ks. esim. Sievert v. Saksa (19.7.2012, kohta 61); Chambaz v. Sveitsi (5.4.2012, kohta 52); Brusco v. Ranska (14.10.2010, kohdat 44, 55); Lazarenko v. Ukraina (28.10.2010, kohta 57).

yleissopimuksen (KP-sopimus) 14 artiklan 3 g-kohdan mukaan jokaisella rikoksesta syytetyllä on oikeus olla tulematta pakotetuksi todistamaan itseään vastaan tai tunnustamaan syyllisyytensä. Vuonna 2013 maininta itsekriminointisuojasta lisättiin myös kotimaiseen konkurssilakiin (KonkurssiL 4:5a), joskin tuon pykälän onnistuneisuudesta voidaan olla montaa mieltä.

Vaikka itsekriminointisuoja on perinteisesti hahmotettu prosessioikeudellisena normina, rikosoikeudellisesti kysymys kuuluu, onko itsekriminointisuoja henkilökohtainen vastuuvapausperuste eli sijoittuuko se kolmiportaisen rikoksen rakennemallin viimeiselle tasolle eli syyllisyyteen. Tällöin itsekriminointisuoja samastuisi anteeksiantoperusteisiin eikä poistaisi potentiaalisten tekijäkumppanien vastuuta.

Rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa on esitetty kolme keskeistä vaihtoehtoa.[81] Ensinnäkin itsekriminointisuojan voidaan katsoa poistavan tunnusmerkistön mukaisuuden, jolloin itsekriminointisuoja eliminoisi rikosvastuun. Tällöin rikosta ei todettaisi lainkaan tapahtuneen.[82] Toiseksi itsekriminointisuojan voidaan katsoa poistavan teon oikeudenvastaisuuden. Tällöin itsekriminointisuoja samaistuisi pakkotilaan ja hätävarjeluun eli se poistaisi sinänsä tunnusmerkistön mukaisen teon oikeudenvastaisuuden.[83] Kolmanneksi itsekriminointisuojan voidaan katsoa eliminoivan tekijän syyllisyyden. Tällöin itsekriminointisuoja toimisi anteeksiantoperusteena, jolloin tekijä olisi rangaistusvastuusta vapaa, olkoonkin, että hän olisi tehnyt rikostunnusmerkistön mukaisen ja oikeudenvastaisen teon.[84]

---

[81] Toteamallani tavalla ensimmäisenä nämä kolme keskeistä vaihtoehtoa lienee Suomessa esittänyt Mika Illman. Ks. Illman 2009 s. 12–14. Ks. myös Frände 2011 s. 406–407. Koska puhun kolmesta keskeisestä vaihtoehdosta, lienee syytä täsmentää, että oikeuskirjallisuudessa on esitetty myös neljäs vaihtoehto. Ks. Tapani 2011 s. 590–591. Tapanin mukaan itsekriminointisuoja voidaan rinnastaa esim. diplomaattiseen immuniteettiin. Tällöin itsekriminointisuoja olisi erityinen henkilöön liittyvä teon rangaistavuuden poistava olosuhde (RL 5:7.1), joka ei kuitenkaan tekisi teosta anteeksiannettavaa.

[82] Näin asian ovat hahmottaneet ainakin Sakari Melander ja Juho Rankinen. Ks. Melander 2013 s. 82 ja Rankinen 2013 s. 223–224. Rankinen tosin ymmärtää itsekriminointisuojan poistavan paitsi teon tunnusmerkistön mukaisuuden myös olevan RL 5:7.1 tarkoittama erityinen henkilöön liittyvä vastuuvapausperuste. Vaikka rikosoikeussystematiikka on erityisen mielenkiintoista, on syytä pitää mielessä, että liian nyansoitu systematiikka kääntyy itseään vastaan: se ei palvele sen enempää systematiikkaa kuin systematiikan päätarkoitustakaan eli rikoslain systemaattista selkeyttä.

[83] Näin asian on hahmottanut ainakin Dan Frände. Ks. Frände 2012 s. 139–140.

[84] Tämäntyyppisesti asian ovat ymmärtäneet Jussi Tapani ja Matti Tolvanen. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 451–452. Toteamallani tavalla Tapani eikä todennäköisesti myöskään Tolvanen pidä itsekriminointisuojaa varsinaisena anteeksiantoperusteena vaan henkilöön liittyvänä erityisenä vastuuvapausperusteena, jonka institutionaalinen tuki perustuu rikoslain 5 luvun 7 §:n 2 momenttiin. Ks. myös Tapani 2011 s. 590–591 sekä alaviitteessä 81 sanottu. Tapanin ja Tolvasen rikoksen rakennemallissa itsekriminointisuoja luettaisiin siis – anteeksiantoperusteiden tavoin – henkilöön liittyväksi vastuuvapausperusteeksi, joka sulkisi pois vain tekijän rangaistusvastuun.

Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön perusteella vaikuttaa selvältä, että itsekriminointisuoja on ymmärrettävä tekijän (subjektiivisen) syyllisyyden eliminoivaksi tekijäksi.[85] Ratkaisussa KKO 2010:41 korkein oikeus nimenomaisesti totesi, että itsekriminointisuojan vaikutukset ulottuvat vain itse tekijään.[86] Näin ollen itsekriminointisuoja on ymmärrettävä tietyntyyppisenä anteeksiantoperusteena, jonka suoja ei koske ketään muuta kuin sitä henkilöä, joka on joutunut myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseen.[87]

Vaikka institutionaalinen tuki kallistaa vaakaa sen puolelle, että itsekriminointisuoja on syyllisyyden poistava anteeksiantoperuste, vallitseva oikeustila on kritiikille altis. Keskeistä on huomata, että korkeimman oikeuden ratkaisuissa on ollut kysymys vaitiolo-oikeudesta ja etenkin siitä, saako henkilö olla siviiliprosessissa hiljaa, jos asioista kertominen voisi aktualisoida rikosoikeudellisen vastuun. Varsinaisesti ketään ei ole valtiovallan toimesta aktiivisesti pakotettu kertomaan asioista, jotka myötävaikuttaisivat hänen syyllisyytensä selvittämiseen. Pikemminkin kysymys on ollut henkilön oikeudesta olla passiivinen sellaisessa tilanteessa, jossa lainsäädäntö edellyttäisi häneltä sellaista aktiivisuutta, joka edesauttaisi hänen syyllisyytensä selvittämistä.

Ratkaisuissa KKO 2009:27 A tuomittiin törkeästä velallisen petoksesta, koska hän oli jättänyt ilmoittamatta omaisuuttaan vannoessaan pesäluettelon oikeaksi konkurssimenettelyssä. Samassa yhteydessä B tuomittiin törkeästä kätkemisrikoksesta, koska hän oli osallistunut A:n rahojen peittämiseen ja häivyttämiseen. Ratkaisussa KKO 2009:80 korkein oikeus totesi, että A:lla on ollut oikeus kieltäytyä kertomasta pesäluetteloa vannoessaan sellaisesta omaisuudesta, josta puhumalla hän olisi myötävaikuttanut oman syyllisyytensä selvittämiseen vireillä olevassa rikosasiassa. Näin ollen korkein oikeus purki A:lle langettamansa syyksilukevan tuomion. Tämän jälkeen B vaati, että myös hänen tuomionsa on purettava. Tähän ei korkein oikeus suostunut, vaan totesi ratkaisussaan KKO 2010:41, että itsekriminointisuoja koskee vain A:ta. Myös ratkaisussa KKO 2012:16 oli kysymys törkeästä velallisen petoksesta ja erityisesti siitä, oliko vastaajalla ollut itsekriminointisuojan perusteella oikeus jättää ilmoittamatta omaisuuttaan ulosotto- ja konkurssimenettelyssä. Samalla ratkaistavaksi tuli se, ulottuiko A:n itsekriminointisuoja myös B:hen, jota syytettiin avunannosta A:n rikoksiin.

Keskeistä on havaita kaksi asiaa: (1) Korkeimman oikeuden ratkaisuissa on ollut kysymys vain ja ainoastaan siitä, saako henkilö kieltäytyä ilmoittamasta omaisuuttaan viranomaisille, jos omaisuuserän ilmoittaminen voi myötävaikut-

---

85 KKO 2010:41, kohdat 16–17; KKO 2012:16, kohdat 45 ja 48.

86 KKO 2010:41, kohta 16.

87 Ratkaisuissa KKO 2010:41 eri mieltä olleet jäsenet olisivat hylänneet syytteet ns. liitännäisrikoksessa (kätkemisrikoksessa), koska myös esirikoksesta (törkeä velallisen petos) annettu tuomio oli itsekriminointisuojan perusteella purettu ja syyte hylätty.

taa hänen rikosoikeudellisen syyllisyytensä selvittämiseen ja onko itsekriminointisuoja vain henkilökohtainen vastuuvapausperuste. (2) Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa on keskusteltu itsekriminointisuojan rikosoikeussystemaattisesta paikasta vain näiden tapausten pohjalta.

Lienee niin, että tällaisissa kohtalaisen lievissä itsekriminointitilanteissa niin tuomioistuimen kuin oikeustieteilijöidenkin on helpompi argumentoida kriminaalipoliittisesti rationaalisella tavalla ja todeta, ettei toisen henkilön oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen voi koitua potentiaalisen rikoskumppanin hyväksi. Vastaavasti talousrikoksissa lienee helpompi hyväksyä vähemmän vakava suhtautuminen itsekriminointisuojaan, koska velallisen liiallinen suoja olisi omiaan liudentamaan velkojien taloudellisia oikeuksia, jotka nekin on perus- ja ihmisoikeuksissa turvattu.[88] Antakaamme kuitenkin itsellemme oikeus polarisoida kysymys.

Korkeimman oikeuden ratkaisuperusteiden mukaan itsekriminointisuojan tarkoituksena on suojata syytettyä viranomaisten epäasiallista pakottamista vastaan. Edelleen korkeimman oikeuden mukaan rikoksesta epäiltyä tai syytteessä olevaa ei saa pakottaa tai painostaa myötävaikuttamaan omalla toiminnallaan syyllisyytensä selvittämiseen.[89] Lisäksi oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyyden selvittämiseen edellyttää, ettei syyttäjä turvaudu sellaisiin todisteisiin, jotka on saatu pakolla tai painostuksella syytetyn tahdosta välittämättä.[90]

Unohtakaamme nyt pesänvannomiset ja konkurssi- ja ulosottomenettelyt ja olettakaamme, että arvokuljetusryöstön jälkeen poliisi ottaa kiinni yhden henkilön, jota se epäilee törkeästä ryöstöstä. Kuulustelut eivät etene, joten käyttöön otetaan laiton valvottaminen ja uhkaavat kuulustelutekniikat. Vuorokauden kuluttua epäilty tunnustaa tehneensä arvokuljetusryöstön sekä kertoo myös muiden osallisten nimet ja osoittaa riittävät todisteet jokaista osallista vastaan. Tämän jälkeen asia etenee oikeuteen.

Olettakaamme, että kesken oikeudenkäynnin poliisin toiminta tulee oikeuden tietoon. Vallitsevan – ja talousrikoksiin perustuvan – oikeustilan mukaan poliisin valvottama henkilö on joutunut myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseen, joten itsekriminointisuojan perusteella hän on vastuusta vapaa. Sen

---

[88] Ks. Linna 2012 s. 252 sekä Linnan mainitsema ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu Bäck v. Suomi (20.7.2004, erityisesti kohdat 55–60), jossa nostetaan esiin velkojien tarve saada omaisuuden suojaa.

[89] Oma mielenkiintoinen erityiskysymyksensä on se, minkälaisten kuulustelutekniikoiden ja painostuskeinojen voidaan todeta loukkaavan itsekriminointisuojaa. Esimerkiksi jos kuulustelutekniikoiden tarkoitus on murtaa epäillyn tahto olla hiljaa, ovatko tällaiset tekniikat itsekriminointisuojan mukaisia? Tästä problematiikasta ks. Ashworth 2008, erityisesti s. 761–762. Ks. myös Böse 2014 s. 221–223.

[90] KKO 2009:80, kohta 10.

sijaan osallisten hyväksi itsekriminointisuoja ei ulotu, joten heidät voidaan tuomita törkeästä ryöstöstä.

Näin esitettynä vallitseva rikosoikeudellinen oikeustila joutuu outoon valoon. Tuntuu epäluontevalta ajatella, että tällaisessa tilanteessa pohdittaisiin sitä, onko itsekriminointisuoja ymmärrettävä anteeksiantoperustetyyppisenä vastuuvapausperusteena, joka poistaa varsinaisen tekijän mutta ei avunantajien rangaistusvastuuta. Epäluontevuus johtuu siitä, ettemme tällaisessa tilanteessa koe rikosoikeussystemaattisia nyansseja relevanteiksi. Pikemminkin hahmotamme problematiikan vastaajan kohdistuneena vakavana perus- ja ihmisoikeusloukkauksena, olkoon, että hän itse on syyllistynyt törkeään ryöstöön. Tällaisessa tilanteessa rikosoikeussystematiikka on ristiriidassa myös prosessioikeudellisten sääntöjen kanssa. Todetulla tavalla korkeimman oikeuden mukaan syyttäjän ei tulisi turvautua sellaisiin todisteisiin, jotka on saatu pakolla tai painostuksella syytetyn tahdosta välittämättä.

Vaikuttaa siis siltä, että voimme suhtautua itsekriminointisuojaan rikosoikeussystemaattisella viileydellä vain, jos kysymyksessä on kohtalaisen pieni itsekriminointisuojan loukkaus kuten tiedon pimittäminen konkurssimenettelyssä. Vastaavasti vaikuttaa siltä, että voimme hahmottaa itsekriminointisuojan rikosoikeudellisesti relevantilla tavalla vain sellaisissa tilanteissa, joissa emme pidä itsekriminointisuojan potentiaalista loukkausta vakavana perus- ja ihmisoikeusloukkauksena.

Sen sijaan jos kysymyksessä on tilanne, jossa esitutkinta- tai oikeusviranomaiset ovat aktiivisesti pakottaneet epäillyn myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseen, itsekriminointisuojaa ei tunnu luontevalta pitää vain rikosoikeudellisena anteeksiantoperusteena. Esimerkiksi jos poliisi ottaa rikosvastuuseen saattamisvelvollisuutensa liian vakavasti, vallitseva oikeustila mahdollistaa sen, että poliisi painostaa yhtä henkilöä todistamaan muita osallisia vastaan. Painostuksen lisukkeena poliisi voi todeta, että itsekriminointisuojan perusteella vain tekijäkumppaneitasi rangaistaan ja sinä itse olet vapaa rangaistusvastuusta. Tästä herää kysymys, voidaanko tuomioistuimissa suhtautua itsekriminointisuojaan joustavasti, ikään kuin eri tilanteiden piirteet huomioon ottaen.[91]

Vaikka lähtökohtaisesti suhtaudun nuivasti kaltevan pinnan argumenttiin, tässä yhteydessä en malta olla toteamatta, että perus- ja ihmisoikeusloukkauksien ymmärtäminen kontekstisidonnaisesti sisältää vaaran. Tarkoitan tällä sitä, että eri

---

[91] Turun yliopistossa huhtikuussa 2014 tarkastetussa Astrid Löfmanin pro gradu -tutkielmassa vertailtiin nimenomaan sitä, missä määrin konkurssivelallisen itsekriminointisuoja poikkeaa muuntyyppisestä itsekriminointisuojasta. Löfmanin ensisijaisena kiinnostuksen kohteena ei tosin ollut itsekriminointisuojan rikosoikeussystemaattinen merkitys vaan itsekriminointisuojan prosessioikeudellinen ulottuvuus. Ks. Löfman 2014.

oikeuksia loukatessa oikeudenloukkausten välillä on vakavuuseroa,[92] mutta saman oikeuden sisällä tilanne hahmottuu eri tavalla. Esimerkiksi lähtökohtaisesti on merkityksettömämpää murtautua minun kuin puolustusministerin sähköpostilaatikkoon, mutta silti toivon, että meidän molempien oikeuteen harjoittaa luottamuksellisesta viestintää (PL 10 §) suhtaudutaan samanarvoisesti.

Vaikka esimerkkini on hiukan ontuva, se kuvastaa sitä, ettei perus- ja ihmisoikeuksien luonteeseen sovi, että niiden aktualisoituessa niiden tarjoama suoja ymmärretään kontekstisidonnaisesti. Tämä ei tarkoita, että jokainen perus- ja ihmisoikeus on kaikissa tilanteissa loukkaamaton oikeus. Pikemminkin yksittäisen oikeuden relevanssi vaihtelee tapauskohtaisesti. Esimerkiksi sananvapaudella on ydin- ja reuna-alueensa, mutta todettaessa, että sananvapaus on hetkellä h^1 voimassa, sananvapaus on hetkellä h^1 rajoittamattomasti voimassa. Vastaavasti itsekriminointisuojassa voi olla prosessuaalista ja jopa rikosoikeudellista joustoa,[93] mutta todettaessa, että jossakin tapauksessa itsekriminointisuoja estää syyksilukemisen, itsekriminointisuoja on täysimääräisesti voimassa.

Itsekriminointisuoja onkin syytä ymmärtää aitona oikeutena eikä vain syyllisyyden poistavana anteeksiantoperusteena – tai jonkin muun tyyppisenä erityisenä vastuuvapausperusteena. Yksinkertaisesti korkeimman oikeuden tyyli samaistaa itsekriminointisuoja anteeksiantoperusteeseen halventaa itsekriminointisuojaa perus- ja ihmisoikeutena, etenkin, kun perus- ja ihmisoikeusmyönteinen lainsoveltaminen edellyttää perus- ja ihmisoikeuksien maksimaalista toteuttamista.

Näin ollen lähden siitä, että itsekriminointisuojatilanteessa kysymys on perus- ja ihmisoikeuksien välisestä kollisiosta. Siinä missä yhteiskunnalla on oikeus ja velvollisuus suojautua vakavilta rikoksilta, itsekriminointisuoja takaa sen, ettei valtiovalta käytä rikosoikeudellista valtaansa väärin. Tämän vuoksi ei ole luontevaa ajatella, että itsekriminointisuoja olisi vain henkilökohtainen vastuuvapausperuste.

Vaikka itsekriminointisuojaloukkauksen ymmärtäminen ylemmän normatiivisen tason ristiriitana voi johtaa kriminaalipoliittisesti kyseenalaisiin lopputuloksiin, vastaavasti vakavien loukkausten kohdalla korkeimman oikeuden toteamus, että ”itsekriminointisuoja on henkilökohtainen vastuuvapausperuste ja sen vaikutukset ulottuvat vain tekijään itseensä” voi muodostua oikeusvaltiollisesti vieraaksi. Näin ollen on luontevaa ajatella, että aivan kuten muutkin perus- ja ihmisoikeudet myös itsekriminointisuoja neutraloi tunnusmerkistön mukaisuuden,

---

[92] Esimerkiksi oikeus elämään (PL 7 §) on painavampi oikeus kuin omaisuuden suoja (PL 15 §).
[93] Ashworth 2008, erityisesti s. 758–762.

olkoon, että joissakin tilanteissa tämä voi johtaa kriminaalipoliittisesti epätoivottaviin lopputuloksiin.[94]

Väitettäni voidaan tukea myös systemaattisin argumentein. Jotta voimme puhua systematiikasta, asioihin tulee suhtautua systemaattisesti myös silloin, kun systematiikasta tinkiminen vaikuttaisi perustellulta. Näin ollen voidaan väittää, että myös systemaattisesti on ongelmallista, että (toisin kuin muut perus- ja ihmisoikeudet) itsekriminointisuoja ymmärretään pikemminkin anteeksiantoperusteena kuin teon tunnusmerkistön mukaisuuden poistavana ratkaisuperusteena.

Perus- ja ihmisoikeuksien merkitys vastuuvapausperusteita sovellettaessa. Olen edellä puoltanut näkemystä, että syyllisyyskysymyksissä perus- ja ihmisoikeudet poistavat teon tunnusmerkistönmukaisuuden. Näin ollen perus- ja ihmisoikeuksia ei tule ymmärtää sen enempää oikeuttamisperusteina kuin syyllisyyden poistavina henkilökohtaisina anteeksiantoperusteina. Jos syyllisyysratkaisussa aktualisoituu perus- ja ihmisoikeusulottuvuus ja tuomioistuin päätyy siihen, ettei tekoa voida lukea tekijänsä syyksi, rikosoikeussystemaattisesti on perusteltua lähteä siitä, että teko ei ole tunnusmerkistön mukainen. Eittämättä tämä voi joissakin tilanteissa – kuten itsekriminointisuojan kohdalla – johtaa epätoivottaviin heijastevaikutuksiin, mutta se on se hinta, joka perus- ja ihmisoikeusmyönteisestä lainsoveltamisesta on maksettava.

Jos tämän koetaan loukkaavan yleistä oikeustajua, vähentävän rikoslain preventiota tai loukkaavan potentiaalisten uhrien perus- ja ihmisoikeuksia, lainsäätäjän on tartuttava haasteeseen ja ratkaistava se, kuinka preventio turvataan, yleinen oikeustaju tyydytetään ja potentiaalisten uhrien oikeudet huomioidaan. Lienee kuitenkin syytä huomauttaa, ettei preventiota, yleistä oikeustajua ja potentiaalisten uhrien oikeuksia voida huomioida hinnalla millä hyvänsä. Myös rikoksesta epäillyn ja rikoksesta syytetyn oikeuksista on huolehdittava.

> Tämänkaltainen problematiikka aktualisoitui ratkaisuissa KKO 2014:67. Tapauksessa oli kysymys siitä, onko tieliikennelain 59 §:n 3 momentin asettama velvollisuus ilmoittaa liikennevahingosta vahinkoa kärsineelle tai poliisille itsekriminointisuojan vastainen velvollisuus.
>
> Perusteluissaan korkein oikeus totesi, että oikeus olla ilmiantamatta itseään on peruste vapauttaa vastaaja siitä rikosoikeudellisesta vastuusta, joka on tieliikennelaissa säädetty ilmoitusvelvollisuuden rikkomisesta.[95] Ratkaisun jälkeen virisi laaja julkinen keskustelu lain ja moraalin välisestä suhteesta, koska ilmoitusvelvollisuuden – rohkenen sanoa – dekriminalisointia ei pidetty yleisen oikeustajun mukaisena. Havaintojeni mukaan julkisessa keskustelussa ei tosin huomioitu sitä, että kysymys oli vain ja ainoastaan vahingonaiheutta-

[94] Näin myös Melander 2013 s. 82–83.
[95] KKO 2014:67, erityisesti kohta 18.

jan oikeudesta olla ilmoittamatta aiheuttamastaan vahingosta. Sen sijaan varsinaisesta teosta, eli vieraan auton kolhimisesta, vastaaja tuomittiin niin käräjäoikeudessa, hovioikeudessa kuin korkeimmassa oikeudessakin.

Oma anekdoottinsa on se, että ratkaisun KKO 2014:67 jälkeen itsekriminointisuojan aktualisoituminen ei edellytä sitä, että henkilö olisi edes epäillyn asemassa. Näin ollen itsekriminointisuoja voi saada relevanssia myös sellaisessa tilanteessa, jossa henkilö on valtiovallan asettaman rangaistusuhan alaisena velvollinen myötävaikuttamaan siihen, että hän myöhemmin joutuu epäilyn asemaan.

Tähän mennessä olen tarkastellut vain sitä, miten perus- ja ihmisoikeudet istuvat syyksiluettavuuden systematiikkaan. Lisäksi on huomattava, että syyllisyysratkaisuissa perus- ja ihmisoikeudet voivat vaikuttaa syyksiluettavuuteen myös välillisesti. Tarkoitan tällä sitä, että perus- ja ihmisoikeussensitiivisyys voi aktualisoitua myös sovellettaessa rikoslain sisältämiä oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteita. Tällöin perus- ja ihmisoikeudet eivät eliminoi teon tunnusmerkistön mukaisuutta vaan vaikuttavat siihen, onko tapaukseen sovellettava vastuuvapausperustetta. Ehkäpä selkein esimerkki on pakkotilan sisältämä intressipunninta. Lainatkaamme esimerkki Dan Frändeltä.[96]

RL 4 luvun 5 §:n 1 momentin mukaan pakkotilatekoon saadaan ryhtyä oikeudellisesti suojattua etua uhkaavan välittömän vaaran torjumiseksi. Lainsäädännössä ei luetella niitä oikeudellisia arvoja, jotka pakkotilassa saadaan pelastaa. Näin ollen esimerkiksi kunniaa saa suojella pakkotilateolla.[97] Oletetaan nyt, että A haluaa B:n ulos politiikasta. Tämän vuoksi A on tietokoneellaan muokannut B:stä otettuja valokuvia tarkoituksenaan levittää niitä internetissä, ellei B välittömästi ilmoita eroavansa poliittisista tehtävistään. Poliisi ei ota B:n avunpyyntöä vakavasti, joten estääkseen panettelevien valokuvien leviämiseen internetiin B murtautuu A:n omistamaan taloon ja ottaa tietokoneen kovalevyn mukaansa.[98]

Tällaisessa tilanteessa ei ole varsinaisesti kysymys rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien kollisiosta. Teko joko on kielletty tai vaihtoehtoisesti teko on pakkotilan perusteella sallittu (eli ei-oikeudenvastainen). Vaikka ratkaisun perusteena olevat normit (RL 28:1/varkaus; RL 35:1/vahingonteko; RL 4:5/pakkotila) löytyvät rikoslaista, intressipunninta riippuu kuitenkin olennaisesti perus- ja ihmisoikeuksien suodattamista arvoista. Ratkaistavana on se, suojellaanko B:n yksityisyyttä vai A:n oikeutta omaisuuteensa.

Tällaisessa tilanteesta merkitystä saa perus- ja ihmisoikeusmyönteinen lainsoveltamisasenne. Sen voidaan katsoa tarkoittavan sitä, että rikoslain sanamuodon

---

[96] Frände 2012 s. 158. Olen sallinut itselleni oikeuden modifioida Fränden esimerkkiä.

[97] Frände 2012 s. 158. Ks. myös HE 2002/44 vp s. 18, jossa todetaan, että pakkotilaoikeus ulotetaan koskemaan kaikkia oikeudellisesti suojeltavia etuja.

[98] Ks. myös Frände 2012 s. 158.

mahdollistaessa kaksi vaihtoehtoista tulkintaa, jotka molemmat ovat sopusoinnussa perus- ja ihmisoikeuksien kanssa, vaihtoehdoista tulee valita se, joka on sopusoinnussa perus- ja ihmisoikeusdogmin tarkoituksen kanssa.[99]

Esimerkkitilanteessa vaihtoehtoja on kaksi. Joko B tuomitaan rangaistukseen tai hänen katsotaan toimineen pakkotilassa. Perusoikeusluettelosta ilmenevien oikeushyvien puolesta asia voidaan ratkaista puoleen jos toiseen. Myöskään rikoslaki itsessään ei tarjoa vastausta. Näin ollen keskiöön nousee intressivertailu.[100] Pakkotilatekoa voidaan pitää oikeutettuna, jos teolla aiheutetaan pienempi vahinko kuin se vahinko, joka sillä torjuttiin. Taustalla on utilitaristinen ajatus: on pyrittävä valitsemaan vaihtoehto, joka maksimoi perus- ja ihmisoikeusluettelosta ilmenevien oikeushyvien toteutumisen. Tällöin meillä on ratkaisua ohjaava oikeudellinen periaate: maksimoi perus- ja ihmisoikeusdogmin toteutuminen. Tällainen oikeusohje on kuitenkin sisällöllisesti tyhjä, koska perus- ja ihmisoikeusmyönteisen lainsoveltamisen nimenomainen tarkoitus on maksimoida perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen – ja jos intressivertailun oikeusohje on sisällöllisesti tyhjä, tuomarin on eittämättä vaikea ratkaista, onko tapaukseen sovellettava vastuullisuuden kumoavaa vastuuvapausperustetta.[101] Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että perus- ja ihmisoikeudet olisivat irrelevantteja ratkaistaessa sitä, onko vastaaja toiminut pakkotilassa vai ei.

Vastaavasti myös jotkut anteeksiantoperusteet voivat olla perus- ja ihmisoikeussensitiivisiä, vaikka tätä harvemmin ääneen lausutaan. Anteeksiantoperusteita koskeva perus- ja ihmisoikeusulottuvuus voi aktualisoitua esimerkiksi arvioitaessa pakkotilaa anteeksiantoperusteena (RL 4:5.2). Epätavallisempana esimerkkinä voidaan myös kysyä, tulisiko teko antaa anteeksi, jos kysymyksessä on erityisen vaikeaselkoinen perus- ja ihmisoikeussensitiivinen lainsoveltamistilanne. Tällöin puhutaan kieltoerehdyksen perusteella anteeksiannettavasta teosta.[102] Vaikka kieltoerehdys ei Suomessa tule juuri koskaan sovellettavaksi,[103] voidaan väittää, että arvioitaessa rikoslain velvoittavuutta perus- ja ihmisoikeuskontekstissa kielletyn ja sallitun välinen rajapinta voi olla niin hahmoton, että tuomarin pitäisi antaa teko tekijälleen anteeksi.[104]

---

[99] Hyttinen 2011 s. 264–265.

[100] HE 2002/44 vp s. 119–120. Intressivertailusta ks. Backman 2004 s. 400–402. Ks. myös Ashworth – Horder 2013 s. 117–118.

[101] Tätä tematiikkaa käsittelen tarkemmin luvussa 6.5.

[102] Tapani – Tolvanen 2013 s. 35–361; Frände 2012 s. 185–189; Melander 2011 s. 185.

[103] Tapani – Tolvanen 2013 s. 350; Frände 2012 s. 186. Kieltoerehdystä koskevasta oikeuskäytännöstä ks. KKO 2014:7; KKO 2013:55; KKO 2011:28; KKO 2011:23; KKO 2011:4. Yhdessäkään ratkaisussa korkein oikeus ei katsonut olevan kysymyksessä sellainen tilanne, jossa kieltoerehdys tulisi sovellettavaksi.

[104] Alaviitteessä 53 toteamallani tavalla kaikki kirjoittajat eivät pidä kieltoerehdystä varsinaisena anteeksiantoperusteena vaan ns. syyllisyyden poissulkevana perusteena.

Kirjallisuudessa kieltoerehdykseen viitataan yleensä sellaisessa tilanteessa, jossa rangaistavuuden raja määrittyy EU-oikeuden perusteella.[105] Tällöin taustaajatus on, että rangaistavuuden rajan määrittyessä esimerkiksi EU:n ympäristölainsäädännön pohjalta oikeusalamaisen voi olla vaikea tietää, mikä täsmällisesti ottaen on kiellettyä ja mikä sallittua. Aivan samoin voimme väittää, että sananvapausrikoksissa rangaistavuuden raja on niin epätäsmällinen, ettei edes asiantuntija-apu riitä kertomaan sitä, onko jonkin ilmauksen esittäminen sallittua tai ei.

Tästä osoituksena ovat korkeimman oikeuden sananvapausratkaisut, jotka ovat muuttuneet Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa. Itse asiassa viime vuosien perusteella vaikuttaa siltä, että pikemminkin perus- ja ihmisoikeudet kuin EU-oikeus ovat hämärtäneet kielletyn ja sallitun välistä rajanvetoa tietyissä rikostyypeissä. Toisin sanoen siinä missä EU-oikeussensitiivisten rikostunnusmerkistöjen sisältö voi täsmentyä vaikeasti hallittavan EU-oikeuden perusteella, vastaavasti perus- ja ihmisoikeussensitiivisten rikostunnusmerkistöjen tosiasiallinen voimassaolo riippuu vaikeasti hallittavasta ja dynaamisesta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä. Toisaalta, vaikka nimenomaan joissakin perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä voisi olla erityistä tarvetta huomioida kieltoerehdys, kriminaalipoliittisesti tällainen ei kuitenkaan liene toivottavaa.

Kommenttini perus- ja ihmisoikeuksien vaikutuksesta vastuuvapausperusteiden soveltamiseen ei ole tyhjentävä, eikä sitä ole sellaiseksi tarkoitettukaan. Esimerkkieni tarkoituksena on vain illustroida sitä, että perus- ja ihmisoikeusulottuvuus voi aktualisoitua myös sovellettaessa rikoslaista löytyviä vastuuvapausperusteita. Vastaavasti on ajateltavissa, että perus- ja ihmisoikeussensitiivisyys voi aktualisoitua myös tunnusmerkistön mukaisuuteen sisältyvässä tahallisuusarviossa. Esimerkiksi journalistin selonottovelvollisuus lomittuu olosuhdetahallisuuteen, eikä toimittajan selonottovelvollisuutta voida arvioida ilman, että samalla huomioidaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö.[106]

Voimmekin olettaa, että keskustelu perus- ja ihmisoikeuksien merkityksestä syyksiluettavuudelle tulee jatkumaan. Tässä yhteydessä riittää kuitenkin sen tähdentäminen, ettei perus- ja ihmisoikeuksien merkitys tyhjene yksittäisten rikostunnusmerkistöjen soveltamiseen. Perus- ja ihmisoikeuksien vahvistuminen pakottaa pohtimaan myös sitä, miten nämä supernormit ovat istutettavissa rikosoikeudelliseen systematiikkaan ja miten perus- ja ihmisoikeudet tulee ymmärtää oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden näkökulmasta.

---

[105] Esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 352–353.
[106] Koskenniemi 2013.

Vaikka tämä tematiikka sisältää mielenkiintoista problematiikkaa, se on sivussa tutkimukseni pääjuonesta. Perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta keskusteltaessa riittää sen konstruoiminen, mistä rikosoikeudellisessa vastuullisuudessa on kysymys ja miten perus- ja ihmisoikeudet syyksiluettavuuteen vaikuttavat. Näin ollen edellä sanottu tyydyttää tutkimustemaattiset tarpeeni.

4 Rikoslakiin sitoutumisen välttämättömyys ja vaikeus

4.1 KÄSITETÄSMENNYS: FORMALISMI JA SEN MERKITYS RIKOSOIKEUDESSA

Analyyttisen filosofian traditio on sisäänkirjoitettu rikosoikeustieteeseen, koska vain analyyttisyydellä voidaan saavuttaa rikosoikeudellisen formalismin edellyttämä täsmällisyys. Tämän vuoksi rikosoikeudessa, aivan kuten kaikessa analyyttisessä tutkimuksessa, käsitemääritelmiä pidetään merkityksellisinä. Perinteisesti rikosoikeustieteessä kysymys kuuluu, mitä rikostunnusmerkistöjen sisältämät termit, kuten velallisen maksukyvyttömyys (RL 39:1) tai pyhä (RL 17:10) tarkoittavat, eli mikä on eri termien rikosoikeudellinen merkityssisältö. Tällaiseen problematiikkaan vastattaessa kysymys on nimenomaan käsiteanalyysistä.

Myös tutkimuksellisesti (eli tutkimuksen ymmärrettävyyden vuoksi) käsitemääritelmiä ja -täsmennyksiä voidaan pitää tarpeellisina, jos ne aidosti lisäävät sanotun ymmärrettävyyttä.[1] Koska rikoslakia sovellettaessa ja etenkin syyllisyyskysymystä ratkaistaessa keskiössä on formalistinen päätöksentekomenettely, lyhyt formalismin määritelmä on perusteltu. Hänen, joka haluaa paremmin tutustua formalismiin – ja etenkin formalismin merkitykseen oikeudellisessa ajattelussa – on syytä siirtyä kirjastoon. Aiheesta on olemassa kosolti kirjallisuutta, esimerkiksi Sauli Mäkelän väitöskirja ”Formaalisuus oikeudellisessa prosessissa”.[2]

Todettakoon, että formalismin käsiteanalyysi on suosittu tematiikka anglosaksisessa kirjallisuudessa.[3] Sen sijaan mannermaisessa traditiossa formalismin sijasta puhutaan lakipositivismista. Tässä tutkimuksessa lähdetään siitä, että lakipositivismi ja formalismi ovat toistensa vastinparit. Siinä missä formalismi viittaa muodollisuuteen, lakipositivismi on se taustateoria, jonka avulla selitetään se, millä edellytyksillä muodossa pysyminen on esimerkiksi rikoslakia sovellettaessa mahdollista.

Se, mitä formalismilla täsmällisesti ottaen oikeudellisessa kielenkäytössä tarkoitetaan, on epäselvää. Muutamalla sanalla en voi antaa tyhjentävää vastausta,

---

1 Näin myös Lagerspetz 2009, alkusanat.
2 Mäkelä 2002. Ks. myös Mäkelä 2006 s. 197–218.
3 Esim. Shapiro 2011 s. 240–243; Leiter 2010; Stone 2004 s. 165–205.

mutta tutkimustematiikkani vuoksi koen välttämättömäksi lausua asiasta edes lyhyesti.

Oikeudellista formalismia voidaan lähestyä tekemällä ero oikeudellisten ja ei-oikeudellisten sääntöjen välillä. Täten asiaa on lähestynyt Hannu Tolonen.[4] Vastaavanlainen lähestymistapa on tuttu myös monien muiden kotimaisten ja kansainvälisten oikeusteoreettisten teosten sivuilta.[5]

Lyhyesti: erilaiset säännöt määräävät sen, miten kunkin yksilön tulee yhteiskunnassa toimia. Yhteiseloa eivät kuitenkaan sääntele vain oikeusnormit, vaan ei-oikeudellisilla normeilla on jopa suurempi merkitys ihmisten käyttäytymisen sääntelyssä. Esimerkiksi kasvatuksessa sisäistetyt moraalinormit ohjaavat ihmisten käyttäytymistä tehokkaammin kuin rikoslaki. Mikä sitten erottaa oikeudelliset normit yhteiskunnan muista normeista? Tolosmaisesti voimme verrata oikeusnormeja tapanormeihin.[6]

Tarkastelkaamme esimerkiksi teitittelysääntöjä ja oikeussääntöjä. Perinteisten tapasääntöjen mukaan kirjoitettaessa itseään vanhemmalle henkilölle henkilöä on syytä puhutella kunnioittavasti. Käytännössä tämä tarkoittaa henkilön teitittelyä. Olettakaamme nyt, että kirjoitan sähköpostia itseäni vanhemmalle henkilölle. Todennäköisesti en käytä viestissä termiä ”sinä” (en isolla enkä pienellä kirjoitettuna) vaan termiä ”te”. Olettakaamme, että kyseinen henkilö vastaa minulle ilman muodollisuuksia. Tällöin joudun päättämään, jatkanko kunnioittavaa kirjoitustyyliä vai onko syytä siirtyä rennompaan kirjoitustyyliin. Kotimaiset teitittelysäännöt eivät tarjoa tähän vastausta, joten periaatteessa voin kirjoittaa kummalla tahansa kirjoitustyylillä. Jos kirjoitan väärällä tyylillä, vastaanottaja voi pahoittaa mielensä ja olla vastaamatta minulle.

Näin ollen pyrin ennakoimaan, tuleeko minun kirjoittaa muodollisesti vai ilman perinteisiä tapasääntöjä. Harkintaani voi vaikuttaa se, onko kirjoituskumppanini suomalainen vai edustaako hän sellaista kielialuetta, jossa on suomalaisia teitittelysääntöjä tiukemmat puhuttelusäännöt. Vastaavasti harkintaani voi vaikuttaa vastaanottajan yhteiskunnallinen asema ja monet muut kirjoittamattomat teitittelysäännöt, joiden merkitys on minulle epäselvä.[7] Todennäköisesti kirjeen-

---

4 Tolonen 2003 s. 29.

5 Hart 2012 s. 9–12; Aarnio 2006 s. 30.

6 Tolonen 2003 s. 29–30.

7 Teitittelyn ongelmallisuus nousee mielenkiintoisesti esille apulaisoikeusasiamiehen 27.10.2014 antamassa ratkaisussa EOA 4505/2013 – Asiakkaan sinuttelu Kelan vakiokirjeessä ei ole vastoin lakia. Kyseisessä ratkaisussa kanneltiin Kansaneläkelaitoksen päätöksestä alkaa käyttää kirjeissään sinuttelumuotoa, jota kantelija piti perustuslaissa turvatun yhdenvertaisuuden (PL 6 §) vastaisena. Myös hallintolain 9 §:n mukaan viranomaisten on käytettävä asiallista, selkeää ja ymmärrettävää kieltä. Kantelua varten Kansaneläkelaitos pyysi Kotimaisten kielten keskukselta lausunnon, jossa perusteellisesti tarkastellaan teitittelysääntöjen problemaattisuutta. Ks. EOA 4505/2013 (27.10.2014). Lausunnon mukaan sinuttelu yleistyi 1970-luvulle tultaessa, mutta 2000-luvulla

vaihtomme muodostuisi toimivaksi, vaikka meistä kumpainenkin empisi, kuinka teitittelysääntöjä tulee keskinäisessä kanssakäymisessämme noudattaa. Jatkakaamme toisentyyppisellä esimerkillä.

Tapasääntöjen ja oikeudellisten sääntöjen välimaastoon sijoittuvat erilaiset ei-oikeudelliset säännöt, joilla pyritään ohjaamaan ammatillista tai muuta yhteiskunnallisesti hyväksyttyä toimintaa, jota ei ole tyhjentävästi haluttu säädellä oikeusnormeilla. Esimerkiksi asianajajilla ja journalisteilla on omat eettiset koodistonsa, joilla ei ole virallisstatusta, mutta jotka muistuttavat läheisesti oikeuden sääntöjä. Tätäkin tarkemmin oikeussääntöjä muistuttavat esimerkiksi urheilun sisäiset säännöt, joilla on keskeinen rooli kilpaurheilussa. Ottakaamme esimerkiksi yleisurheilu.

Kansainvälisen yleisurheiluliiton säännöissä säännellään yksityiskohtaisesti 800 metrin juoksun ratasäännöt. Sääntöjen mukaan 400 metrin radalla ensimmäinen 100 metriä tulee juosta omaa rataa ja tämän jälkeen jokaisella juoksijalla on oikeus siirtyä sisäradalle. Tämän jälkeen juoksijalla ei ole oikeutta astua radan ulkopuolelle, ellei ratarikko aiheudu toisen/toisten kilpailijoiden sääntöjenvastaisesta toimesta.[8] Sääntöjen vastaista toimintaa on esimerkiksi liiallinen kanssakilpailijan töniminen. Toisaalta kenelläkään kilpailijoista ei ole velvollisuutta vapaaehtoisesti luovuttaa paikkaansa kilpakumppanilleen.

Olettakaamme nyt, että kilpailun aikana henkilöä tönitään selkään siten, että hän ajautuu kaarteessa ulos juoksuradalta. Tämän seurauksena hän saa useamman metrin edun juostussa matkassa. Keskimatkalla tällaisella edulla – jos oletamme, ettei juoksijan juoksurytmi häiriinny – voi olla ratkaiseva merkitys loppuaikaan ja lopputulokseen. Tuleeko kilpailija hylätä vai onko hänen oikaisunsa oikeutettu, koska häntä on tönitty selästä? IAAF:n säännöistä ei tällaiseen tilanteeseen löydy yksiselitteistä ratkaisua. Jos kysymyksessä on olympialaisten välierä, hylkäyspäätöksellä voi olla merkittävä vaikutus tönityn juoksijan tulevaisuuteen. Toisaalta jos oikaisemalla etua saanut henkilö pääsee olympiafinaaliin, hänen jälkeensä maaliin tullut henkilö ei pääse finaaliin. Tämä voi tuntua epäreilulta, koska jälkimmäinen henkilö on juossut täydet 800 metriä. Ratkaisu on kuitenkin tehtävä, koska sääntöjen mukaan finaaliin pääsee vain kahdeksan juoksijaa. Ratkaisuperusteita etsitään sääntökirjasta, mutta ratkaisu voidaan tehdä myös urheilullisin perustein, mitä se kulloinkin tarkoittaakaan.

Periaatteessa oikeussäännöt eivät eroa tapa- tai urheilusäännöistä. Oli kysymys oikeus-, tapa- tai urheilusäännöistä, sääntöjen avulla pyritään organisoi-

---

teitittelyn on jälleen havaittu lisääntyneen. Edelleen lausunnossa todetaan, että nykyinen puhuttelunormisto on varsin epäselvä ja samankin ikäryhmän ihmiset suhtautuvat siihen vaihtelevasti. Lausunnon mukaan ongelma on se, että siinä missä sinuttelu voi loukata toisia, toiset voivat loukkaantua teitittelystä.

[8] IAAF Competition Rules 2014–2015, section III – Track event, erityisesti säännöt 163 ja 164.

maan ihmisten yhteiseloa ja -toimintaa siten, että yhteiselo on ylipäätään mahdollista ja parhaimmillaan jopa siedettävää. Kuten tapa- tai urheilusäännöt, myös oikeusnormit sekä näiden normien soveltamista ohjaavat normit voivat olla epämääräisiä ja keskenään ristiriitaisia.

Toisaalta oikeudellisiin normeihin liittyy erityispiirteitä, jotka erottavat ne niin tavan kuin urheilun säännöistä. Keskeisin ero on sääntöjen virallisuudessa, velvoittavuudessa ja täytäntöönpanossa.[9] Ensinnäkin lainsäätäjälle on annettu yksinomainen valta päättää oikeussääntöjen säätämisestä, muuttamisesta ja kumoamisesta. Sen sijaan mikään muu taho ei voi omia itselleen sellaista valtaa, jonka pohjalta se antaisi muita velvoittavia virallisia sääntöjä. Kukaan tai mikään taho ei voi myöskään päättää, etteivät oikeussäännöt koske heitä. Sen sijaan tapasäännöillä ei ole normiauktoriteettia. Tapasäännöt eivät myöskään velvoita yksilöitä. Myös urheilussa sääntöjen virallisuus on relatiivista. Esimerkiksi mikään ei estä sitä, että eri lajiliitot sitoutuvat eri tavalla dopingsäännöksiin. Vastaavasti mikä tahansa lajiliitto voi säätää omat dopingsäännöksensä.[10]

Toiseksi tavan ja urheilun säännöillä ei voida sivuuttaa oikeussääntöjen velvoittavuutta. Siinä missä tapasäännöt taipuvat kirjoitetun lain edessä, vastaavasti urheilun säännöt ovat alisteisia oikeussäännöille.[11] Esimerkiksi jos urheilun sisäisten sääntöjen perusteella langetettu elinikäinen valmennus- ja toimitsijakielto on perus- ja ihmisoikeuksien vastainen, valmennus- ja toimitsijakielto kumoutuu viimeistään tuomioistuimessa. Vastaavasti jalkapalloliitto ja jääkiekkoliitto eivät voi päättää, ettei rikoslaki koske pelin aikaisia väkivaltaisuuksia, vaan tilanteet ratkaistaan lajin sisäisten sääntöjen perusteella.[12]

Kolmanneksi oikeussääntöjen erityisluonne perustuu niiden tehokkaaseen täytäntöönpanoon eli viime kädessä rikosoikeudellisiin sanktioihin. Rangaistusuhka kohdistuu jokaiseen oikeusalamaiseen riippumatta siitä, mitä mieltä hän on lainsäädännöstä tai haluaako hän, että lainsäädäntöä sovelletaan häneen. Vastaa-

---

9 Esim. Shapiro 2011 s. 41–42. Ks. myös Tolonen 2003 s. 29–30.

10 Tästä tematiikasta ks. Kinnunen 2012 s. 60–61.

11 Ks. myös Green 2012 s. xxiv–xxv.

12 Tosin viime vuosien jääkiekkoväkivaltakeskustelussa on myös väitetty, etteivät rikoslain säännöt koske jääkiekkopelin aikaisia väkivaltaisuuksia. Tämä väite on virheellinen. On selvä, ettei urheilun omilla säännöillä voida sivuuttaa rikoslakia. Tukea väitteelleni löytyy myös korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä. Ratkaisussa KKO 2005:137 oli kysymys kilpaurheilun sääntöjen ja rikoslain välisestä suhteesta. Ratkaisun perusteluissa (ks. erityisesti perustelujen kohdat 12–13) korkein oikeus totesi kaksi asiaa: (1) Rikoslaki koskee kaikkia henkilöitä ja rikoslakia on sovellettava yhdenvertaisesti eli siten, että samanlaisia tekoja arvioidaan samalla tavalla, (2) sellaisia urheilusuorituksen aikana tehtyjä tekoja, jotka täyttävät rikostunnusmerkistön, on arvioitava (seuraamuksiakin määrättäessä) ensisijaisesti rikosoikeudellisin perustein. Ks. myös KKO 1997:129 ja KKO 1996:74. Ratkaisuissa jääkiekon pelaaja tuomittiin pahoinpitelystä teosta, joka oli tehty pelin ollessa käynnissä (KKO 1997:129) tai heti sen jälkeen, kun tuomari oli viheltänyt pelin poikki (KKO 1996:74).

vanalainen rangaistusuhka puuttuu tapasäännöistä. Jos henkilö ei noudata hyviä tapoja, hän voi maksaa tästä sosiaalisen hinnan, mutta mitään virallista sanktiota hän ei saa. Vastaavasti kuka tahansa voi milloin tahansa ilmoittaa lopettavansa urheilemisen ja olla välittämättä urheilun sääntöihin perustuvista rangaistuksista. Sen sijaan oikeusnormien perusteella langetettua seuraamusta ei voi välttää ilmoittamalla, ettei ole kiinnostunut oikeussäännöistä ja niiden perusteella langetettavista sanktioista.

Edellä sanotun perusteella voimme väliyhteenvetona todeta seuraavan: Yhteiskunnallista toimintaa koordinoidaan erilaisilla säännöillä. Oikeussäännöillä on kuitenkin kolme ominaispiirrettä: ne ovat virallisia, kaikkia velvoittavia ja tehokkaasti täytäntöönpantavissa. Toisin sanoen siinä missä erityyppisten epävirallisten ja puolivirallisten sääntöjen pakottavuus ja täytäntöönpantavuus on relatiivista, oikeussäännöt eivät taivu poikkeuksiin. Niiden tarkoitus on varmistaa se, että yhteiskunta toimii kaikissa tilanteissa ennalta sovittujen pelisääntöjen mukaisesti ja ratkaisee ongelmansa jos ei yleisesti hyväksyttävällä tavalla, niin ainakin kaikkia velvoittavasti.[13]

Koska oikeussäännöt ovat virallisia, vahvasti velvoittavia ja tehokkaasti täytäntöönpantavissa, on luonnollista, että oikeussäännöt velvoittavat myös niiden noudattamista valvovia viranomaisia. Muussa tapauksessa kysymys ei ole oikeusvaltiosta vaan oikeussääntöjä soveltavasta mielivaltavaltiosta. Näin ollen oikeudellisen ratkaisutoiminnan keskiössä on formalistinen päätöksentekomenettely, jossa ei huomioida ratkaisutilanteiden erityispiirteitä tai oikeussääntöjen ulkopuolisten tekijöiden merkitystä.

Lähtökohtaisesti termiin ”formalismi” liittyy epämiellyttävä konnotaatio. Esimerkiksi rikosasianajaja, joka kutsuu käräjätuomaria formalistiksi, vihjaa, että käräjätuomarilta puuttuu tilannetaju. Toisaalta laki edellyttää, että tuomarit toimivat ennalta sovittujen pelisääntöjen mukaisesti. Myös kansalaiset arvostavat sitä, etteivät tuomarit toimi mielivaltaisesti. Tämä edellyttää nimenomaan oikeussääntöihin sitoutumista. Oikeudellisessa puheessa formalismilla tarkoitetaankin tyypillisesti oikeussääntöjen poikkeuksetonta seuraamista. Kaikkinainen harkinta on formalismille vierasta.[14]

---

[13] Green 2012 s. xxv; Tolonen 2003 s. 30.
[14] Tolonen 2003 s. 30.

Perinteisesti rikosoikeus on oikeudenala, jossa formalismia on pyritty noudattamaan mahdollisimman täydellisesti.[15] Ideaalitilanteessa rikoslain soveltaminen vertautuukin loogiseen operaatioon. Se ei jätä sijaa mielivallalle.[16]

Oikeusteoreettisesti formalismin käsitepari on lakipositivismi.[17] Etenkin rikosoikeudessa lakipositivismi edustaa formaalin lainsoveltamisen taustateoriaa.[18] Lakipositivistisen teorian mukaan laki on arvoista puhdistettu järjestelmä. Rikosoikeustieteessä puhutaan usein myös rikoslakipositivismista, jolla halutaan painottaa rikosoikeudessa korostunutta lakisidonnaisuutta. Tällä halutaan ilmentää nimenomaan sitä, että kaikkinainen ulko-oikeudellinen (antiformalistinen) harkinta on pyritty sulkeistamaan syyllisyyskysymysten ratkaisemisesta.

Sitoutuminen lakipositivistiseen traditioon erottaa rikosoikeuden monien muiden oikeudenalojen traditioista, joissa formalismiin suhtaudutaan joustavammin. Jos vertaamme rikoslakipositivistista ajattelua edellä mainittuun olympiaesimerkkiin, olympialaisten 800 metrin välieräprotestit voitaisiin ratkaista siten, että olympiafinaaliin kelpuutettaisiin sääntöjen vastaisesti kahdeksan juoksijan sijasta yhdeksän juoksijaa. Kaksi juoksijaa voisi startata esimerkiksi samalta radalta tai käyttöön voitaisiin ottaa stadionilla mahdollisesti oleva ylimääräinen yhdeksäs rata. Ratkaisu voitaisiin tehdä urheilullisin perustein eikä ratkaisuun kohdistettaisi mainittavaa kritiikkiä. Vastaavasti monien siviilioikeudellisten – ja myös joidenkin julkisoikeudellisten – sääntöjen soveltamisessa voidaan lain sallimissa rajoissa huomioida tilannekohtaiset erityispiirteet.

Sen sijaan syyllisyyskysymyksissä tuomarit eivät voi kiinnittää huomiota ratkaisutilanteiden erityispiirteisiin. Jos tuomari päättäisi ratkaista syyllisyyskysymyksen rikosoikeudellisesta formalismista piittaamatta, hän saattaisi syyllistyä virkavirheeseen. Lisäksi ratkaisu todennäköisesti muuttuisi ylemmissä tuomioistuimissa tai ylimääräisessä muutoksenhaussa.

---

[15] Rikosoikeudessa korostunut formalismi ilmenee selkeästi myös perustuslakivaliokunnan lausunnoista, joissa säännönmukaisesti korostetaan rikoslailla sääntelyn tarkkarajaisuusvaatimusta. Ks. PeVL 56/2014 vp s. 2–3; PeVL 6/2014 vp s. 2; PeVL 16/2013 vp s. 2; PeVL 68/2010 vp s. 4; PeVL 31/2002 vp s. 2; PeVL 22/2001 vp s. 3; PeVL 10/2000 vp s. 2.

[16] Shapiro 2011 s. 242–243; Mäkelä 2006 s. 202–203.

[17] Esim. Shapiro 2011 s. 267; Tolonen 2003 s. 29–30. Tosin Walter Benjaminin monin paikoin toistetun klausuulin (ks. esim. Hirvonen 2000 s. 13 ja Tontti 2002 s. 140) mukaan oikeuteen – ymmärretään se sitten positiivisena tai luonnonoikeutena – sisältyy aina formalismin käsite. Tämä perustuu siihen, että vain formalismiin tukeutumalla voidaan taata oikeuden edellyttämä yhdenvertaisuus. Ks. Benjamin 1999 s. 179–204, erityisesti s. 181.

[18] Tässä yhteydessä on tehtävä seuraava täsmennys. Oikeudellisessa kontekstissa positivismin alla puhutaan lakipositivismista ja oikeuspositivismista. Tässä tutkimuksessa lähdetään siitä, että lakipositivismilla viitataan lainsoveltamisen metodiseen taustateoriaan eli siihen, että tuomari on sidottu lakiin. Sen sijaan oikeuspositivismi viittaa yleisempään oikeustieteen tieteenteoriaan, jossa korostetaan modernin oikeuden tapaa olla arvoista puhdistettua säädännäistä oikeutta. Erilaisista positivismin muodoista oikeudellisessa kontekstissa ks. Aarnio 2006 s. 127–134.

Vaikka rikosoikeudessa korostetaan formalismia, sääntöjen formaali seuraaminen on relatiivista myös rikoslakia sovellettaessa. Tämä perustuu siihen, että oikeussäännöt ovat kielellisiä eivätkä etukäteen säädetyt rikostunnusmerkistöt kykene tavoittamaan elämän kaikkia vivahteita. Näin ollen monet ajattelevat, ettei rikoslaki ole formaalia, vaan rikoslaki on sitä, mitä tuomarit sanovat sen olevan.[19] Vaikka oikeusvaltiossa tämä oikeusrealistinen huomio on otettava vakavasti, tässä yhteydessä voimme sivuuttaa sen olankohautuksella. Syyllisyysratkaisusta puhuttaessa vakavammaksi ongelmaksi muodostuu nimittäin se, että tuomarit joutuvat lisääntyvässä määrin ratkaisemaan syyllisyyskysymyksiä ilman, että ratkaisuperusteet ovat rikoslaista johdettavissa. Argumentatiivista tukea voidaan joutua etsimään esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä. Tällöin ongelmaksi muodostuu se, että tuomarit joutuvat ottamaan kantaa harkinnanvaraisiin ratkaisuperusteisiin, jotka määrittävät kielletyn ja sallitun välistä rajapintaa.

Rikoslakipositivistisessa traditiossa epämääräisiin ja keskenään ristiriitaisiin ratkaisuperusteisiin suhtaudutaan kuitenkin nuivasti, koska ne uhkaavat formalistista päätöksentekomenettelyä. Tätä ongelmaa ei voida rikosoikeudellisesta keskustelusta kuitenkaan sulkeistaa. Tuomarien harkintavalta on kasvanut samalla kun perus- ja ihmisoikeusmatriisi on lyönyt itsensä läpi.[20] Epävarmuutta on aiempaa enemmän. Tällä on merkittäviä seurauksia formalistiselle rikosoikeusjärjestelmälle.

Keskusteluani formalismista ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi. En väitä, että puheenvuoroni vangitsee käsitteellisesti kaiken olennaisen tai antaa syvällisen kuvan oikeudellisesta formalismista. Tarkoituksenani on vain korostaa sitä, että rikoslakia sovellettaessa keskiössä on ennalta sovittujen pelisääntöjen formaali noudattaminen. Nyt on aika siirtyä tarkastelemaan tämän fundamentin kestävyyttä perus- ja ihmisoikeusmatriisissa.

4.2 RIKOSLAIN SOVELTAMISEN IHANNE

Syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen on periaatteessa yksinkertaista. Tuomarin tehtävä on avata lakikirja ja soveltaa (tai jättää soveltamatta) rikoslaista löytyviä

---

[19] Vaikka tällaisessa tuomioistuinrealismia edustavassa väitteessä voi olla perääkin, teoreettisesti arvioituna väite ei ole ongelmaton. Problematiikka perustuu väitteen sisältämään teoreettiseen kehään. Laki ei voi koskaan olla vain sitä, mitä tuomioistuimet toteavat sen olevan, koska laki määrittää sen, ketkä lakia tuomioistuimessa voivat soveltaa. Ks. Lagerspetz 2009 s. 192.

[20] Tuori 2007 s. 8 ja 249. Ks. myös Tolonen 2003 s. 31 ja 170. Tolonen ei tarkastele rikosoikeutta, mutta hänen argumentaationsa on samankaltaista kuin tässä esitetty.

sääntöjä hänen eteensä tuotuihin oikeustapauksiin. Vaikeus piilee siinä, että tuomarin on ratkaisuharkinnassaan toimittava neutraalisti eli siten, ettei hänen tuottamillaan normatiivisilla kannanotoilla ole mitään välttämätöntä yhteyttä hänen henkilökohtaisiin uskomuksiinsa. Edellä todetulla tavalla tämä edellyttää lakiin sitoutumista.

> Rikosoikeustieteessä on keskusteltu siitä, voidaanko rikoslakia soveltaa neutraalisti, eli ilman tulkintaa.[21] Perinteisesti tästä tematiikasta väännetään peistä ns. rutiinijuttujen yhteydessä, mutta kysymykseen voidaan vastata pätevästi viittaamalla korkeimman oikeuden ennakkopäätökseen.
>
> Ratkaisussa KKO 2013:82 oli kysymys todennäköisyystahallisuudesta. Tapauksessa A oli kaksi kertaa laukaissut revolverin kohti B:n päätä tietoisena siitä, että revolverin kuudesta patruunapesäkkeestä vain yhdessä pesäkkeessä oli patruuna. Ennen laukauksia A oli sattumanvaraisesti pyörittänyt revolverin rullaa. Syyttäjä vaati A:lle rangaistusta tapon yrityksestä.
>
> Jos laukaukset arvioidaan yksittäistapauksellisesti, seurauksen todennäköisyys – eli B:n kuolema – on ollut molemmilla kerroilla noin 16,7 prosenttia.[22] Jos laukaukset arvioidaan tekokokonaisuutena, seurauksen todennäköisyys kohoaa hiukan yli 30 prosentin.[23] Koska todennäköisyystahallisuus edellyttää sitä, että tekijä mieltää seurauksen todennäköisyyden yli 50 prosentin varmuudella, A:n syyksi ei luettu tapon yritystä.[24]
>
> Vaikka korkein oikeus totesi, etteivät tahallisuusarvioinnit ole tilastomatemaatiikkaa,[25] korkeimman oikeuden päätös ei ole edellyttänyt tulkintaa, vaan kysymys on ollut rikoslain soveltamisesta matemaattisella varmuudella. Yksinkertaisesti tapauksessa ei olisi voitu tulkita tahallisuussääntöä toisella tavalla ilman, että tuomio olisi ollut lain vastainen.[26]

Tavanomaisissa rutiiniratkaisuissa tuomarin subjektiiviset uskomukset eivät ole ongelma. Sen sijaan kiperissä syyllisyyskysymyksissä tilanne sähköistyy toisella tavalla. Tällaisissa tilanteissa tuomarin voi olla hankala, ellei mahdoton tehdä ero normatiivisesti pätevän harkinnan ja subjektiivisten arvoarvostelmiensa välillä. Päätöksentekoa uhkaavan mielivallan vaaran hahmottamista vaikeuttaa se,

---

[21] Esimerkiksi Dan Frände mukaan rikoslain soveltaminen ei välttämättä edellytä tulkintaa. Ks. Frände 2012 s. 47. Toisaalta kuten Frände itsekin toteaa, esimerkiksi Nils Jareborg ei tällaista väitettä hyväksy. Ks. Jareborg 1994 s. 86. Erityisesti oikeushermeneutikot ovat sitä mieltä, että lainsoveltaminen edellyttää aina tulkintaa. Ks. Tontti 2002 s. 273.

[22] Näin ollen tekijän näkökulmasta todennäköisyys sille, ettei seurausta aiheudu, on ollut 83,3 prosenttia.

[23] Näin ollen myös tekokokonaisuutena arvioiden todennäköisyys sille, ettei seurausta aiheudu, on ollut lähes 70 prosenttia.

[24] Sivuutan tässä yhteydessä sen – sinänsä relevantin – näyttöongelman, missä määrin A on voinut havaita, onko patruuna ollut iskurin kohdalla vai ei.

[25] KKO 2013:82, kohta 11.

[26] Ks. myös HE 2002/44 vp s. 84.

ettei kenellekään meistä ole luonteenomaista hahmottaa oman ajattelumme subjektiivisuutta. Sen sijaan pidämme itseämme olentoina, jotka voivat tarvittaessa tehdä päätöksensä objektiivisesti eli ilman, että päätöksemme olisivat arvostustemme determinoimia.

Näin ollen syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin tehtävä ei ole helppo. Hänen ammatillinen taitonsa mitataan kyvykkyydellä vieraannuttaa itsensä oikeuden ulkopuolisesta todellisuudesta. Toisin sanoen syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin tulisi kyetä sulkemaan itsensä oikeudelliseen tyhjiöön. Vaikka tehtävä on vaikea, sille on perustelunsa: oikeusvaltiossa ketään ei saa tuomita syylliseksi mielivaltaisilla perusteilla.

Tuomareille asetettu itsensä vieraannuttamisen vaatimus ei ole mitenkään uusi. Vaatimuksen juuret ovat syvällä antiikissa, jossa oikeuden jumalatar kuvattiin sokeana oikeuden palvelijana. Hänen tehtävänään oli soveltaa etukäteen säädettyjä lakeja loogisesti ja neutraalisti – eli siten, ettei hän anna oikeuden ulkopuolisten tekijöiden vaikuttaa oikeudelliseen päätöksentekoonsa.[27] Ytimekkäästi kysymys on syllogistisen lainsoveltamismallin ihannoimisesta.[28]

Syllogismissa ylä- ja alalauseesta seuraa johtopäätös. Subsumptio on operaatio, jossa alalauseen ilmaisemat tosiseikastot allokoidaan yleistä muotoa olevan ylälauseen alaisuuteen.[29] Esimerkiksi:

> Ylälause: Joka tappaa toisen on tuomittava taposta vankeuteen määräajaksi, vähintään kahdeksaksi vuodeksi
> Alalause: Riidan päätteeksi A tappoi B:n iskemällä tätä puukolla kaksi kertaa ylävartaloon.
> Johtopäätös: A on tuomittava taposta vankeuteen määräajaksi, vähintään kahdeksaksi vuodeksi.

Sanottu voidaan ilmaista myös formaalisti. Ensinnäkin rikoslain erityisen osan rikostunnusmerkistöt voidaan esittää seuraavassa muodossa:[30]

(1) $(\forall x)\ (R(x) \rightarrow OS(x))$

---

[27] Esim. Kulla 2004 s. 113; Tontti 2002 s. 275–276; Hidén 2000 s. 758–762.

[28] Seuraava oikeudellisen syllogismin kuvaus on lähes suora lainaus aikaisemmin julkaistusta artikkelistani. Ks. Hyttinen 2011 s. 253–255 sekä ko. sivuilla mainitut lähteet. Perusteellisesti oikeudellisesta syllogismista ks. MacCormick 2005/2010 s. 32–48. Ks. myös Sajama 2012 s. 83–85.

[29] Virolainen – Martikainen 2003 s. 44–48; Tontti 2002 s. 276.

[30] Predikaattilogiikasta ks. Pietarinen 1992 s. 67–138. Erityisesti predikaattilogiikassa käytetyistä merkintätavoista (eli ”predikaattilogiikan kielestä”) ks. Pietarinen 1992 s 71–81. Ks. myös Aarnio 1989 s. 66–67.

Formulaatiossa merkki ’∀’ on universaalikvanttori, joka illustroi, että jokin ominaisuus tai suhde on välttämättä totta kaikille johonkin joukkoon kuuluville yksilöille.[31] Merkki ’R’ on symboli rikostunnusmerkistölle, ’O’ symboloi deonttista pitämisoperaatiota, ja ’S’ on rikostunnusmerkistö ’R:n’ mukaisesta toiminnasta tuomittava rangaistus. Täten formulaatio käskee, että jokainen henkilö x, joka toimii ’R:n’ kieltämällä tavalla, tulee tuomita rangaistukseen ’S’. Rikosoikeudellinen syllogismi voidaan nyt formuloida seuraavasti:

(1) (∀x) (R(x)→OS(x))
(2) R(a)
(3) S(a)

Ylälauseessa (1) x tarkoittaa ketä tahansa yksilöä, ja alalauseessa (2) viitataan siihen, että joku tunnettu yksilö (a, b, c, …) on tehnyt ylälauseessa tarkoitetun teon. Koska ylälauseen pitämisoperaatio ’O’ sanoo, että kuka tahansa henkilö joka toimii ’R:n’ kieltämällä tavalla, on tuomittava rangaistukseen ’S’, on myös ’a’ tuomittava rangaistukseen.[32]

Syllogismin vetovoima on sen ehdottomuudessa. Logiikan kielellä sanottuna ”jos jokin on totta kaikista yksilöistä, se on totta myös kenestä tahansa ennalta määrittelemättömästä yksilöstä”. Oikeuskäytännössä kysymys reaalimaailmaa koskevien väitteiden paikkansapitävyydestä on selvitettävä empiirisesti. Edellä mainitussa mallitapauksessa tarkastelun kohteena olisi esimerkiksi se, onko A aiheuttanut B:n kuoleman, ja jos on, onko A toiminut tahallisesti, ja jos on, onko käsillä vastuuvapausperusteita. Kun tosiasiakysymykset (faktapremissit) saadaan todennettua, allokoidaan eletty elämä rikostunnusmerkistön (normipremissin) alaisuuteen. Näin esitettynä syyllisyyskysymysten ratkaiseminen on deduktiivista. Deduktio taas turvaa muodollisen yhdenvertaisuuden, jonka mukaan tuomarin tulee soveltaa lakia neutraalisti eli siten, ettei hän tee yksilöiden välillä muuta eroa kuin sen, mikä laista ilmenee.[33]

Vaikka subsumptiomallia on kritisoitu laajasti,[34] sillä on rikosoikeudessa vahva asema. Ensinnäkin on kiistatonta, että rikostunnusmerkistöjä on sovellettava

---

[31] Ks. Pietarinen 1992 s. 72, 75–77.

[32] Rikoslaki sisältää myös ns. erityisrikoksia, joissa rangaistusvastuu perustuu siihen, että henkilö on tietyssä virassa tai toimessa tehnyt sellaisen teon, jota tuossa virassa tai toimessa ei saa tehdä. Tällöinkin rikoslaki kohdistuu loogisesti kaikkiin niihin henkilöihin, jotka ovat tuossa rikoslain tarkoittamassa erityisasemassa. Käytännössä erityisrikoksiksi luokitellaan virka- ja sotilasrikokset (RL 40 luku ja RL 45 luku).

[33] Tarkemmin oikeudellisesta yhdenvertaisuusperiaatteesta ks. Viljanen 2010 s. 493–495.

[34] Kritiikin alullepanijoina voidaan pitää pragmatismista kiinnostuneita 1800- ja 1900-luvun taitteen yhdysvaltalaisia ja eurooppalaisia oikeusteoreetikkoja, jotka kritisoivat subsumptiomallia siitä, ettei se kuvaa juridista päätöksentekoa totuudenmukaisesti tahi kerro mitään siitä, millä pre-

neutraalisti niiden alaisuuteen kuuluviin yksittäisiin tapauksiin. Toiseksi rikosoikeudessa subsumptiomallilla on elimellinen yhteys koko rangaistusjärjestelmän hyväksyttävyyteen. Jos syyllisyysratkaisuja ei tehtäisi ennalta sovittujen pelisääntöjen mukaisesti, rangaistusjärjestelmän legitimiteetti olisi vaikeasti perusteltavissa. Ja kolmanneksi, jos tällaiset oikeusteoreettiset perustelut tuntuvat liian abstraktisilta, subsumptiomallia voidaan puolustaa myös tilastollisesti. Suurin osa tuomarin eteen tuoduista syyllisyyskysymyksistä on rutiinijuttuja, joissa ei tarvitse harkita sitä, onko henkilö syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu.[35] Tällaisissa volyymijutuissa syllogismi on varsin toimiva rikoslain soveltamisen perusmalli, eikä tällaisissa tilanteissa tarvitse pohtia ylä- ja alalauseiden hermeneuttista suhdetta, päätöksentekoa uhkaavaa indeterminanssia tai tuomion totuusarvoa.

Loogiseen täsmällisyyteen pyrkivällä lainsoveltamismallilla on kuitenkin hintansa. Se ei ota huomioon yksittäistapauksiin liittyviä erityispiirteitä, vaan korostaa oikeudenmukaisuuden muodollista ulottuvuutta. Tämän vuoksi oikeudellista syllogismia on kritisoitu paitsi riittämättömäksi keinoksi mallintaa lainsoveltamista myös lainsoveltamisen sisällöttömäksi tekemisestä. Oikeusteoreettisessa keskustelussa onkin esitetty voimakkaita äänenpainoja sisällöllisen oikeudenmukaisuuden puolesta.[36] Esimerkiksi kotimaisessa keskustelussa Juha Karhun vaateet siitä, että lainsoveltamisessa olisi syytä harjoittaa myös tilannetajua, heijastavat lainsoveltamisen sisällöllisyyden korostamista muodollisen oikeudenmukaisuuden kustannuksella.[37]

Tilanneherkkyyttä voidaan kuvastaa keskustelulla, jota on käyty avustetusta eutanasiasta.[38] Tällä hetkellä jos rikoslakia sovelletaan formaalisti, Suomessa aktiivista kuolinapua antanut henkilö tuomitaan surmasta (RL 20 luku 3 §). Voi-

---

misseillä tuomari tosiasiassa on ratkaisuunsa päätynyt. Erikseen on mainittava Yhdysvaltalainen filosofi John Dewey, jonka vaikutusta formalismikriittisyyteen ei voida liioitella. Ks. erityisesti Dewey 1925 s. 17–27. Amerikkalaisesta realismista ks. esim. Llewellyn 1931 s. 1222–1263. Suomessa esitetystä subsumptiokritiikistä ks. Brusiin 1949 s. 54–55; Aarnio 1975 s. 125; Makkonen 1981 s. 64 ja 102 sekä kokoavasti Virolainen – Martikainen 2003 s. 46–47.

[35] Ks. Tilastokeskuksen internetsivuilta (www.stat.fi) löytyvät vuosittaiset rikostilastot, jotka kertovat rutiinijuttujen yleisyydestä. Rikosoikeudellisten rutiiniratkaisujen yleisyydestä ks. myös Frände 2012 s. 49; Virolainen – Martikainen 2010 s. 359; Melander 2008 s. 24; Virolainen – Martikainen 2003 s. 30.

[36] Vaikka muoto v. sisältö -keskustelu perustuu sekin antiikin filosofiaan, keskustelun uusrenessanssi alkoi toisen maailmansodan jälkeen. Nykyisin tuo keskustelu kietoutuu Radbruchin periaatteen ympärille. Periaatteen mukaan positiivisesti asettua lakia ei saa soveltaa, jos sen soveltaminen johtaisi perustavanlaatuiseen ristiriitaan moraalin vaatimusten kanssa. Ks. Radbruch 1946 s. 105–108. Oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa Radbruchin formulasta käydään jatkuvaa keskustelua, josta hyvänä esimerkkinä toimivat Robert Alexyn kirjoitukset. Ks. Alexy 2012 s. 2–14; Alexy 2002/2010 s. 40–62; Alexy 2008a s. 281–299; Alexy 2008b s. 426–443.

[37] Karhu 2003 s. 789–807 ja Karhu 2005 s. 25–38. Ks. myös Syrjänen 2008.

[38] Eutanasiakeskustelusta rikosoikeudellisessa kontekstissa ks. Duff 2009 s. 214–215.

daan kuitenkin kysyä, onko tällainen päätös sisällöllisesti oikea. Surmattu henkilö on voinut pyytää kuolinapua, ja tällaista apua tarjoamalla häntä on kohdeltu inhimillisesti. Tuntuu epäoikeudenmukaiselta, että kuolevan tahdon toteuttanut henkilö voidaan tuomita vankeuteen vähintään neljäksi ja enintään kymmeneksi vuodeksi. Esimerkiksi on moraalisesti arveluttavaa, että Suomessa terminaalipotilas voi määrätä siitä, miten hänen omaisuuttaan on kohdeltava, mutta hän ei saa päättää, miten häntä itseään on kohdeltava. Myös juridisesti voidaan väittää, ettei perustuslaissa turvattu ihmisarvo salli sitä, että parantumattomasti sairaalta ja kovista kivuista kärsivältä ihmiseltä on viety oikeus päättää kestämänsä kivun määrästä.

Mainitsemani esimerkki on tarkoitushakuinen. Se kuitenkin osoittaa sen, että aivan kuten subsumtiomallilla, vastaava vetovoima on syyllisyysratkaisun tekemisellä sisällöllisillä ratkaisuperusteilla. On vaikea kiistää, että sisällöllisesti oikeat syyllisyysratkaisut kuulostavat paremmalta vaihtoehdolta kuin syyllisyysratkaisujen tekeminen muodollisesti oikein mutta mahdollisesti moraalisesti väärin.

Samalla tällaista luonnonoikeudellista lex iniusta non est lex -vaatimusta on perin vaikea hyväksyä. Moniarvoisessa yhteiskunnassa on vaikea sanoa, kenen arvostukset ovat sellaisia, että hänelle tulisi antaa valta sivuuttaa rikoslain pätevä käsky. Jos laki ei olisi laki, mikä estäisi tuomaria tai tuomarikollegiota sivuuttamasta sen hetkistä yleistä oikeudenmukaisuuskäsitystä – tai jos tuomarit haluaisivat noudattaa vallitsevaa oikeudenmukaisuuskäsitystä, miten he voisivat päästä selville oikeudenmukaisuuden yleisistä kriteereistä?

Oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa vastausvaihtoehdoksi tarjotaan Radbruchin periaatetta.[39] Sen mukaan lain kirjain voidaan sivuuttaa, jos se on perustavanlaatuisessa ristiriidassa moraalivaatimusten kanssa.[40] Tämä periaate ei elä vain oikeusteoreetikkojen kirjoituksissa, vaan periaatteeseen on viitattu ainakin Saksan perustuslakituomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä.[41] Tapetilla on ollut se, voiko riittävän epäoikeudenmukainen laki olla pätevää oikeutta.[42] Tuomarit ovat pohtineet, voidaanko laki sivuuttaa, jos sen soveltaminen johtaa sisällöllisesti ilmeisen huonoon lopputulokseen.

---

[39] Käydystä keskustelusta ks. esim. Petman 2002, erityisesti s. 69–70.

[40] Radbruch 1973. Termivalintani ”perustavanlaatuinen” moraalivastaisuus perustuu saksankieliseen termiin ”unerträgliches” ja englanninkielisiin termeihin ”unbearable” tai ”extreme”. Saksan- ja englanninkielisessä oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa käytetään kyseisiä termejä puhuttaessa Radbruchin periaatteesta.

[41] Streletz, Kessler and Krenz v. Saksa (22.3.2001, kohdat 22, 47 ja 110); K.-H. W. v. Saksa (22.3.2001, kohdat 20, 42 ja 116). Ratkaisujen jälkeisestä keskustelusta ks. Miller 2001 s. 653–663.

[42] Tästä tematiikasta H.L.A Hart ja Lon Fuller kävivät 1950-luvulla kiinnostavan oikeusfilosofisen debatin. Keskustelusta kootusti ks. Gomez 2014 s. 45–53 ja Green 2010 s. 169–188. Perus- ja

Sen sijaan vähemmälle huomiolle on jäänyt se, että Radbruchin periaate edellyttää arvoabsolutismia. Jotta jokin voi olla perustavalla tavalla väärin, on oltava olemassa arvoja, joita ei missään tilanteessa saa loukata. Toisin sanoen jos yksikään arvo ei ole loukkaamaton, minkään sisältöisen lain soveltaminen ei voi olla perustavalla tavalla väärin.[43] Näin ollen Radbruchin periaatteen edellyttämä perustavanlaatuinen moraalivastaisuus edellyttää tinkimätöntä arvotodellisuutta.

Periaatteen proponentti voi todeta, että nykyisin perus- ja ihmisoikeudet edustavat arvoja, jotka on turvattava viimeistään tuomioistuimissa.[44] Jos alemmanasteinen lain säännös on vastoin perus- ja ihmisoikeuksia, lain säännös on sivuutettava. Perus- ja ihmisoikeudet ovat kuitenkin keskenään ristiriitaisia ja alttiita erilaisille tulkinnoille. Näin ollen ne eivät voi edustaa arvoja, joista ei missään kuviteltavassa tilanteessa voida tinkiä. Tätäkin merkittävämpää on se, etteivät perus- ja ihmisoikeudet edusta sellaista arvotodellisuutta, josta kukin tuomari voisi neutraalisti ammentaa tilanneherkkyyden edellyttämän sisällöllisyyden.

Lakipositivismiin onkin syytä suhtautua vakavasti. Vaatimukset sisältösensitiivisten argumenttien huomioimisesta eivät tarjoa tuomarille eksaktia keinoa todeta, milloin rikoslain formaali soveltaminen johtaisi epätoivottuun lopputulokseen. Tätäkin merkittävämpää on se, ettei pelkkä puhe sisällöllisistä ratkaisuperusteista kerro mitään siitä, ovatko edes perus- ja ihmisoikeuksista johdetut arvostuksenvaraiset argumentit yleisesti hyväksyttävissä. Sisällölliset ratkaisuperusteet eivät vastaa myöskään siihen, kuinka eri suuntiin viettäviä arvoja laitetaan keskinäiseen etusijajärjestykseen. Radbruchin periaate sekä muut vastaavat toisen maailmansodan jälkeiset uusluonnonoikeudelliset suuntaukset ovat historiallisessa kontekstissaan ymmärrettäviä, mutta historiallisesta painolastistaan huolimatta lakipositivismia ei pidä hylätä. Yhä edelleen muoto on mielivallan vihollinen.[45] Toisaalta on myönnettävä, että vaatimukset lainsoveltamisen sisällöllisestä hyväksyttävyydestä ovat paitsi perusteltuja myös ymmärrettäviä. Kiistatonta on, että muodollinen yhdenvertaisuus on oikeudenmukaisuuden perusvaatimus, mutta se ei takaa juridisen päätöksenteon oikeudenmukaisuutta sanan jaloimmassa merkityksessä.

Moderni ihanne. Oikeuden muodon ja sisällön välinen dikotomia on hallinnut länsimaisen oikeusajattelun historiaa sen koko olemassaolon ajan.[46] Totesin johdannossa, että toisen maailmansodan jälkeen alkanut perus- ja ihmisoikeuksien

---

ihmisoikeuksien vahvistumiseen sisältyy eittämättä piirteitä, joiden vuoksi Hartin ja Fullerin esiin nostamat argumentit ovat yhä edelleen ajankohtaisia.

[43] Alexy 2012 s. 7 ja 13. Todettakoon, että Alexyn itsensä mukaan Radbruchin formula on syytä ottaa vakavasti. Alexyn mukaan perus- ja ihmisoikeuksia voidaan rikkoa niin perustavanlaatuisesti, että tarvittaessa Radbruchin formulaa on sovellettava. Ks. Alexy 2012 s. 13.

[44] Esim. Alexy 2012 s. 13.

[45] Oletan, että Aulis Aarnio voisi hyväksyä argumentaationi. Ks. Aarnio 2006 s. 38–40.

[46] Aristoteles 1989, V.7.1134b ja V.10.1137b; Aristoteles 1991, III.16.1282a ja III.11.1282b sekä Platon 1999, 50a–54d. Viimeaikaisesta keskustelusta esim. Simmonds 2007; Hirvonen 2000 s. 13.

uusi tuleminen on perimmiltään vastausyritys nimenomaan tähän ongelmaan. Joissakin yhteyksissä perus- ja ihmisoikeuksien entistä suurempi rikosoikeudellinen painoarvo on nähty jopa rikosoikeuden luonnonoikeudellistumisena.[47] Tätä väitettä puoltaa se, että perus- ja ihmisoikeudet ovat korostuneen sisällöllisiä. Nehän edustavat arvoja, joita, tai joiden ydinaluetta, ei saa missään olosuhteissa rikkoa.[48]

Vielä 2000-luvulle tultaessa perus- ja ihmisoikeuksia painotettiin Suomessa lainsäädäntöprosessissa.[49] Supernormistot koettiin ikään kuin vastaukseksi positiivisen oikeuden legitiimisyyskriisiin ja siitä juontuvaan oikeuden itserajoituksen ongelmaan. Lainsäätäjän harkintavaltaa ei kuitenkaan voida perus- ja ihmisoikeuksien perusteella kohtuuttomasti rajoittaa. Riittävä liikkumavara on edellytys sille, että lainsäätäjä kykenee asianmukaisesti reagoimaan yhteiskunnassa esiin nouseviin ongelmiin.[50] Tämän problematiikan vuoksi perus- ja ihmisoikeuksien merkitys on lisääntynyt myös lainsoveltamisen arkipäivässä. Tällä varmistetaan se, että perus- ja ihmisoikeudet toteutuvat viimeistään tuomioistuimissa. Esimerkiksi Suomessa perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvoite saa nykyisin institutionaalisen tukensa suoraan perustuslaista, jonka 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Tämä vaatimus koskee lainsäätäjää, mutta yhtä lailla myös rikoslakia soveltavia tuomareita.[51]

Totesin edellä, että perus- ja ihmisoikeuksien vahvistuminen voidaan ymmärtää Radbruchin periaatteen jatkumona. Vaikka perus- ja ihmisoikeusargumentaatio on olemukseltaan normatiivista, pohjimmiltaan kysymys on sisällöllisen jouston tuomisesta positiiviseen oikeuteen. Näin ollen perus- ja ihmisoikeuksien painottaminen heijastaa Radbruchin toivetta, jonka mukaan laki on tarvittaessa syrjäytettävä oikean oikeuden tieltä. Radbruchin periaatteen ja perus- ja ihmisoikeusargumentaation ero tiivistyy siihen, että perus- ja ihmisoikeuksien myötä kiistanalainen periaate on pyritty pukemaan normatiiviseen kaapuun.

Kaikille kuuluvat perustavanlaatuiset oikeudet vaikuttavat turvallisilta, koska perustavanlaatuisuus viittaa moraaliseen ehdottomuuteen eli ajatukseen, ettei

---

47 Backman 2003b s. 1–13. Ks. myös Hirvonen 2000 s. 13.

48 Hyttinen 2011 s. 251.

49 Lavapuro 2010, esim. s. 67; Karapuu 1999 s. 61–110, etenkin s. 76.

50 Myös perustuslakivaliokunta on antanut useita lausuntoja, joiden mukaan lainsäätäjän harkintavaltaa perusoikeuskysymyksissä ei voida liikaa rajoittaa. Ks. esim. PeVL 56/2014 vp. s. 2; PeVL 68/2010 vp. s. 4. Ks. myös Viljanen 2010 s. 495–499.

51 Yleiseurooppalaisesti esim. Alexy 2009 s. 14. Kotimaisittain ja rikosoikeudellisessa kontekstissa Melander 2008 s. 24. Perus- ja ihmisoikeuksien merkityksestä tuomioistuimissa ks. myös Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 1/2015 s. 36–38.

tiettyjä arvoja saa missään olosuhteissa loukata.[52] Toteamallani tavalla todellisuus on kuitenkin toisenlainen. Perus- ja ihmisoikeudet ovat kaikille kuuluvia oikeuksia, mutta tämä ei tarkoita, että supernormistot olisivat intressivertailun tuolla puolen, pikemminkin päinvastoin. Ensinnäkin perus- ja ihmisoikeuksista voidaan poiketa, jos poikkeaminen voidaan perustella normatiivisesti hyväksyttävällä tavalla.[53] Toiseksi perus- ja ihmisoikeudet ovat keskenään ristiriitaisia. On selvä, että se, minkälaiset poikkeukset oikeuksista sallitaan tai miten ristiriidat tapauskohtaisesti ratkaistaan, edellyttää tuekseen intressivertailua.

Tiettyyn rajaan asti me voimme hyväksyä intressivertailun lainsäädännössä, mutta oikeusturvalle ja rikoslainsoveltamisen ennakoitavuudelle perus- ja ihmisoikeudet ovat ongelma. Ne avaavat syyllisyysratkaisut moraalille sekä istuvat huonosti rikosoikeudelliseen systematiikkaan. Siksi lainsoveltamismatriisi, joka edellyttää tuomareilta perus- ja ihmisoikeussensitiivisyyttä, on tehnyt rikoslakiin sitoutumisen vaikeaksi. Modernin oikeusvaltion ihanne – eli oikeusvaltion, jossa perus- ja ihmisoikeudet ovat voimassa täysimääräisesti – on johtanut siihen, että tuomarin tulee soveltaa rikoslakia ennakoitavasti ja neutraalisti mutta tarvittaessa on huomioitava, että perus- ja ihmisoikeuksien heijastamat arvot toteutuvat. Näin ollen rikoslain soveltamisen moderni ihanne ei tyhjene rikoslain formaalin seuraamiseen, vaan tarvittaessa formalismi on sivuutettava rikoslain ylikäyvällä perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla.

Missä määrin tällainen siirtymä on uhka oikeusturvalle ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuudelle? Pääasiallisesti rikosoikeudelliset käytäntömme toimivat, eikä niitä tavan takaa kyseenalaisteta. Perus- ja ihmisoikeuksien vahvistumiseen liittyy kuitenkin piirteitä, joiden puristuksessa rikoslain soveltaminen voi siirtyä askeleen verran kohti antiformalismia. Tämä askel ei ehkä ole suuri, mutta se on otettava vakavasti.[54] Aloittakaamme taival tarkastelemalla perinteisen lakipositivismin kestävyyttä.

4.3 LAKIPOSITIVISMIN RIITTÄMÄTTÖMYYS

Rikosoikeuden oikeuslähde- ja lainsoveltamisoppi on periaatteessa varsin yksinkertainen: syyllisyyskysymykset on ratkaistava siten kuin rikoslaki käskee. Tä-

---

[52] Ks. Pirjatanniemi 2014 s. 621–622, jossa keskustellaan erityisesti ihmisoikeuksien ehdottomuudesta ja luovuttamattomuudesta.

[53] Perusoikeuksien normatiivisista rajoitusedellytyksistä ks. Viljanen 2001. Perusoikeuksien yleisistä rajoitusedellytyksistä tuomioistuinkäytännössä ks. Länsineva 2002 s. 77–85.

[54] Olen argumentoinut vastaavasti myös aikaisemmin, joten kommenttini on suora lainaus aikaisemmasta puheenvuorostani. Ks. Hyttinen 2011 s. 272–273. Ks. myös Hyttinen 2013 s. 950.

mä vaade mainitaan rikosoikeuden oppikirjojen sivuilla, ja se kuvastaa sitä, että rikosoikeus on malliesimerkki oikeudenalasta, joka on sidoksissa lakipositivistiseen taustateoriaan.[55] Rikosoikeudessa korostuneen pakkovallan vuoksi lakiin sitoutuminen on välttämätöntä. Tarkoitus on, ettei syyllisyysratkaisuja tehdä mielivaltaisin perustein.

> Tyypillisesti syyllisyysratkaisujen normatiivinen oikeellisuus hahmotetaan kieltona olla loukkaamatta laillisuusperiaatetta. Tällöin tuomion lopputulos arvotetaan sen perusteella, onko tuomari lainmukaisin perustein katsonut vastaajan syyllistyneen rikokseen. Samalla taka-alalle jää se, että syyllisyysratkaisujen oikeellisuus koskee myös sitä, onko vapauttava tuomio langetettu asianmukaisin perustein. Normatiivis-episteemisesti on aivan yhtä väärin tuomita henkilö perusteettomasti rangaistukseen kuin jättää hänet perusteettomasti tuomitsematta rangaistukseen.[56]
>
> Rikosoikeudessa korostuneen yhdenvertaisuuden vuoksi voidaan pitää erikoisena, ettei tätä näkökulmaa painoteta rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa. Vaikka laillisuusperiaatteen mukaan ketään ei saa tuomita rangaistukseen ilman lakia, tästä ei voida tehdä sellaista e contrario -johtopäätöstä, että tuomioistuimet voivat vapaasti konstruoida vastuuvapausperusteita.[57] Muodollinen oikeudenmukaisuus edellyttää, että samanlaisia tapauksia kohdellaan samalla tavalla ja erilaisia tapauksia eri tavalla. Tämä koskee niin syyksiluettavuutta kuin ei-syyksiluettavuuttakin. Jos varastan kaverini kanssa kaupasta kahvipaketin, yhdenvertaisuus edellyttää, että meidät molemmat tuomitaan näpistyksestä. Olisi epäoikeudenmukaista, jos jotkut lakiin kirjaamattomat ratkaisuperusteet epäisivät jommankumman vastuullisuuden.
>
> Väitettäni ei kuitenkaan tule ymmärtää kategorisena kieltona jättää sinänsä rikostunnusmerkistön mukainen ja syyllisyyttä osoittava teko lukematta tekijänsä syyksi, jos syyksilukemattomuuden perustetta ei voida johtaa rikoslakiin kirjatuista vastuuvapausperusteista kuten pakkotilasta. Jos tunnusmerkistön mukaisuuden neutralisoiva peruste voidaan johtaa oikeusjärjestyksen sisältämistä normatiivisista ratkaisuperusteista kuten perus- ja ihmisoikeuksista tai EU-oikeudesta, rangaistusvastuuta ei voida lain mukaan langettaa. Tällaisessa

---

[55] Esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 100–101.

[56] Larry Laudan on painottanut nimenomaan sitä, että puhuttaessa syyllisyyskysymysten ratkaisemiseen sisältyvistä virheistä virheiden mahdollisuus tulee ymmärtää kaksisuuntaisesti: virhe tapahtuu, (1) jos syyllinen vapautuu tai (2) syytön tuomitaan. Ks. Laudan 2006 esim. s. 13. Laudanin mukaan rikosoikeudellisissa kirjoituksissa unohdetaan se, että episteemisesti on aivan yhtä väärin, jos syyllinen vapautetaan. Vaikka Laudan kirjoittaa ensisijaisesti näyttöongelmista, hänen argumentaatiollaan on relevanssia myös puhuttaessa syyllisyysratkaisujen normatiivisesta oikeellisuudesta.

[57] Vastaesimerkkinä voidaan mainita Tapanin ja Tolvasen puheenvuoro, jossa todetaan, että ”tuomioistuimet voivat laillisuusperiaatteen estämättä vapauttaa syytetyn rangaistusvastuusta, vaikka kyseiseen tapaukseen ei näyttäisi soveltuvan mikään rikoslakiin sisältyvä vastuuvapausperuste”. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 125. Ks. myös Frände 2012 s. 46, jossa todetaan, että laillisuusperiaate pätee vain silloin, kun menetellään vastaajan vahingoksi. Myös Fränden mukaan mikään ei estä korkeinta oikeutta luomasta uusia vastuusta vapauttavia perusteita.

tilanteessa ei kuitenkaan ole kysymys uusien vastuuvapausperusteiden luomisesta vaan rikoslakia velvoittavamman oikeuden soveltamisesta. Yksinkertaisesti jos teko on rikoslakia velvoittavamman oikeuden perusteella sallittu, se ei ole voinut alun perinkään olla kielletty, olkoonkin, että teko sinänsä allokoituisi rikostunnusmerkistön alaisuuteen.

Vaikka syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen normatiivisesti oikein on hankalinta harkinnanvaraisten rikostunnusmerkistöjen kohdalla, lain kirjaimen formaali seuraaminen voi olla haastavaa myös täsmälliseksi kirjoitettuja tunnusmerkistöjä sovellettaessa. Tähän on syynä se, ettei olemisen maailma ole koskaan seurannut pitämisen maailmaksi kirjoitettua todellisuutta. Mainittakoon esimerkkinä korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2011:28, jossa henkilö tuomittiin törkeästä rattijuopumuksesta hänen kuljettaessaan Segway-henkilökuljetinta.

Rattijuopumustunnusmerkistöt ovat selkeä esimerkki ns. ääriformalistisista oikeussäännöistä. Jos henkilö kuljettaa moottorikäyttöistä ajoneuvoa siten, että hänen verensä alkoholipitoisuus ajon aikana on vähintään 0,5 promillea, hänet tuomitaan rattijuopumuksesta. Vastaavasti törkeästä rattijuopumuksesta tuomitaan se, joka kuljettaa moottorikäyttöistä ajoneuvoa siten, että hänen verensä alkoholipitoisuus ajon aikana on vähintään 1,2 promillea, ja olosuhteet ovat sellaiset, että teko on omiaan aiheuttamaan vaaraa toisen turvallisuudelle.

Vaikka rattijuopumussäännökset ovat varsin selkeitä, voidaan kysyä, missä määrin Segway-henkilökuljetinta kuljettanut henkilö tiedosti, että hän kuljettaa rattijuopumustunnusmerkistössä tarkoitettua – riittävän moottoritehon omaavaa – ajoneuvoa siten, että se on omiaan aiheuttamaan vaaraa toisen turvallisuudelle. Esimerkiksi eteläeurooppalaisissa kaupungeissa ei ole harvinaista nähdä lasten leikkivän Segway-kuljettimilla ilman, että se herättäisi poliiseissa tai ympärillä olevissa ihmisissä mainittavaa kiinnostusta. Vastaavasti ihmiset liikkuvat Segway-kuljettimilla ravintolasta ravintolaan ilman, että tätä toimintaa paheksutaan. Muistelen, etten ennen korkeimman oikeuden ratkaisua myöskään itse ajatellut, että kysymyksessä olisi ajoneuvo, jolla – ainakin Suomessa – voidaan syyllistyä rattijuopumukseen.

Nyttemmin korkeimman oikeuden ratkaisun jälkeen tiedän, ettei Segway-kuljettimella saa liikkua päihtyneenä. Sen sijaan edelleenkin epäselvää on, onko Segway-kuljetin myös sellainen ajoneuvo, jolla ei saa liikkua paikoissa, joissa moottorikäyttöisellä ajoneuvolla ajo on kielletty. Tällainen kielto-olettamus olisi ristiriidassa sen kanssa, että yleensä Segway-kuljettimia vuokrataan käytettäväksi nimenomaan sellaisissa paikoissa, joissa moottorikäyttöisillä ajoneuvoilla liikkuminen on kokonaan tai osittain kielletty tai mahdotonta.[58]

---

[58] Samantyyppistä esimerkkiä on kirjoituksissaan käyttänyt Raimo Siltala. Ks. Siltala 2001 s. 140.

Vaikka esimerkkini on tarkoitushakuinen, se kuvastaa sitä, kuinka täsmällisimpienkin kieltojen soveltaminen elettyyn elämään voi muodostua haastavaksi. Korkeimman oikeuden ratkaisussa tarkasteltiin sitä, onko Segway-kuljetin sellainen ajoneuvo, jolla voidaan syyllistyä rattijuopumukseen. Vastaavasti jälkimmäisessä esimerkissä on epäselvää, koskeeko moottorikäyttöisen ajoneuvon kielto myös Segway-kuljettimia, vaikka ne on varta vasten tarkoitettu jalankulun korvikkeeksi – eli kuljettimiksi, joilla liikutaan siellä missä kävellenkin. Toisaalta jos kaikkein yksinkertaisimmatkin rikos- ja tieliikennelain säännöt voivat olla sovellusalueeltaan epämääräisiä, on myönnettävä, että sääntöjen formalistisuus on relatiivista.

Edellä sanotussa ei ole mitään uutta. Formalismiin kohdistettu kritiikki on ollut yksi oikeusteoreettisen kirjallisuuden keskustelluimmista teemoista 1900-luvulla.[59] Sen sijaan harvemmin esillä on se, että formalismiin kohdistettu kritiikki on toinen merkittävä syy perus- ja ihmisoikeuksien painoarvon voimistumiseen myös lainkäytössä.

Aikaisemmin toteamallani tavalla perus- ja ihmisoikeuksien vahvistaminen on ollut prosessi, jolla moraali on pyritty palauttamaan oikeuteen. Samalla perus- ja ihmisoikeuksien painottamisessa on ollut kysymys myös sääntöskeptisyydestä, jossa kritiikin ydin ei ole kohdistunut lain sisällölliseen hyväksyttävyyteen vaan itse formalismiin.[60] Tällainen kritiikki – joka kansainvälisesti tunnetaan Taking Rights Seriously -vaatimuksena[61] – sai 1900-luvun lopussa sijaa myös suomalaisessa oikeusteoreettisessa keskustelussa. Pyrkimyksenä oli turvata lainsoveltamisen normatiivisuus, vaikka formalismin kriitikot olivat tarjonneet hyvän perusteen epäillä, ettei oikeussääntöjen soveltaminen ole oikeudellista sanan juridisimmassa merkityksessä.

Perustavanlaatuisten oikeuksien – ja näistä oikeuksista johdettujen normatiivisten periaatteiden – painotus voidaankin ymmärtää vastauksena kriitikoille, jotka epäilivät, ovatko lainsoveltamisen formaalit menetelmät erityyppisine sanaraja-analyyseineen lopultakaan oikeusturvan ja lainkäytön ennakoitavuuden tae.[62] Siinä missä kriitikoiden pyrkimys oli osoittaa oikeuden kieli monitulkintaiseksi (ja lain formaali soveltaminen mahdottomaksi),[63] oikeuksien puolustajat sanoivat, että normatiivinen turvaverkko löytyy perus- ja ihmisoikeuksista johdettavista ratkaisuperusteista.

---

[59] Ks. kritiikistä esim. Unger 1986 s. 8–11.
[60] Koskenniemi 2005.
[61] Dworkin 1978 ja 2005. Ks. myös Koskenniemi 2005.
[62] MacCormick 2005 s. 33. Ks. myös Petman 2002 s. 71–75.
[63] Ks. Unger 1986 s. 8–11. Erityisesti rikoslain ennakoitavuuteen kohdistetusta kritiikistä ks. Nelken 1987 s. 109.

Sittemmin useat oikeustieteilijät ovat tasapainoilleet kritiikin ja normatiivisen uskon välimaastossa ja ujuttaneet käydyn keskustelun eri oikeudenaloille. Tunnetuin kotimainen esimerkki on Martti Koskenniemen kansainvälisoikeudelliset kirjoitukset.[64]

Oli mitä mieltä tahansa kriittisen oikeusteorian alla esitettyjen argumenttien yleisestä kestävyydestä,[65] eri koulukuntien esiin nostamaa kritiikkiä ei voida sivuuttaa. Samalla on kuitenkin muistettava, että antiformalismin uhka on eriasteista esimerkiksi kansainvälisessä oikeudessa kuin kotimaisessa rikosoikeudessa. Tämä perustuu siihen, että rikoslain säännöt ovat pääpiirteissään täsmällisempiä kuin monilla muilla oikeudenaloilla.

Rikoslain soveltamista uhkaava ennaltamääräämättömyys tuleekin parhaiten esille formalismin vastinparin eli lakipositivistisen oikeusteorian omista lähtökohdista. Väitettä selventääkseni teen lyhyen ekskursion englantilaisen H.L.A. Hartin ajatteluun.[66] Hartin valitseminen keskustelukumppaniksi on – hänen anglosaksisuudestaan huolimatta – perusteltua, koska häntä voidaan pitää maineikkaimpana lakipositivistina, ja hänen teoriansa avulla voidaan selkeimmin tuoda esille myös mannermaisen rikoslakipositivismin riittämättömyys.

Toiseksi Hartin valintaa voidaan puoltaa sillä, että hän kirjoittaa ikään kuin tuomarin näkökulmasta. Toisin sanoen Hart pyrkii pohtimaan, miten hänen lakipositivistinen teoriansa toimii käytännön ratkaisutilanteessa.[67] Esimerkiksi Hans Kelsen ei koskaan ollut samassa mielessä kiinnostunut puhtaan oikeusoppinsa relevanssista konkreettista oikeustapausta ratkaistaessa. Havaintojeni mukaan Kelsen ei ole myöskään pyrkinyt kehittelemään sellaista lainsoveltamisteoriaa, joka olisi perustunut hänen positivistiseen oikeuskäsitykseensä.[68]

Tarkoitukseni ei ole käsitellä hartilaista lakipositivismia seikkaperäisesti, vaan nostaa esiin ne näkökulmat, jotka ovat tutkimusteemalleni relevantteja. Toiseksi ymmärrän lakipositivismilla tarkoitettavan sellaista lainsoveltamisen taustateoriaa, jossa oikeussäännöt ovat keskiössä. Kolmanneksi käyttämäni termi ”lakipositivismi” ei ole vakiintunut termi puhuttaessa Hartin oikeusteoriasta. Monesti kirjoitetaan esimerkiksi ”hartilaisesta oikeuspositivismista” tai ”traditionaalises-

---

[64] Etenkin Koskenniemi 2006.

[65] Kriittisen oikeusteorian keskeisargumenteista ks. Petman 2002 s. 73–85; Unger 1986 s. 5–14.

[66] Esityksessäni tukeudun H.L.A. Hartin pääteokseen ”The Concept of Law” (1961/2012) sekä mainitun teoksen kolmannen painoksen ns. erilliseen johdantoon, jonka on kirjoittanut Leslie Green. Myös Suomessa H.L.A. Hartin analyyttistä oikeuspositivismia on käsitelty lukuisissa eri kirjoituksissa ja monelta eri kantilta. Ks. esim. Lagerspetz 2009 s. 146–161 ja s. 163–164; Tolonen 2003 s. 75–79; Siltala 2001 s. 131–145; Siltala 2000 s. 671–689; Tuori 2000; Aarnio 1989 s. 87–91. Mainituista lähteistä etenkin Lagerspetzin kirjoitukset ovat muodostuneet itselleni merkittäviksi.

[67] Ks. myös Niemi 2013 s. 825.

[68] Puhtaasta oikeusopista ks. Kelsen 1968.

ta oikeuspositivismista". Olen kuitenkin ottanut vapauden käyttää valitsemaani termiä korostaakseni hartilaisen positivismin lakisidonnaisuutta.

Hartilainen lakipositivismi. Erik Lagerspetz on tiivistänyt hartilaisen lakipositivismin ytimekkäästi.[69] Myös Hannu Tolonen on onnistunut esittämään Hartin lakipositivismin keskeisperiaatteet lyhyesti ja selkeästi.[70] Heidän molempien kirjoituksilla on ollut merkittävä vaikutus siihen, miten olen Hartin lakipositivismin ymmärtänyt.[71]

Modernin kirjoitetun oikeuden perusperiaatteiden mukaisesti Hart lähtee siitä, että oikeusjärjestys on pohjimmiltaan sosiaalinen tosiasia. Oikeusjärjestyksellä on historiallinen alkunsa, sitä voidaan ihmisten toimesta muuttaa, ja se voi lakata olemasta. Sen olemassaolo edellyttää, että lakeja luodaan ja kumotaan, sääntöjä sovelletaan ja päätöksiä toimeenpannaan.[72] Toiseksi Hart lähtee siitä, että oikeusjärjestys koostuu vain ja ainoastaan oikeudellisista säännöistä. Näin ollen oikeuden ulkopuoliset normit, kuten moraali- tai tapasäännöt, eivät ole osa oikeusjärjestystä.

Hart jakaa oikeusjärjestyksen sisältämät säännöt ensimmäisen ja toisen asteen sääntöihin.[73] Ensimmäisen asteen säännöt määrittävät kansalaisten keskinäistä elämää, ja niiden tarkoitus on taata se, että yhteiselo on mahdollista. Tyyppiesimerkki on rikoslain erityisen osan säännöt. Sen sijaan toisen asteen säännöt ovat sääntöjä, jotka määrittävät, miten ensimmäisen asteen sääntöjä, kuten rikoslakia, säädetään ja sovelletaan. Esimerkiksi rikoslain tulkintaa ja soveltamista ohjaavat säännöt edustavat toisen asteen sääntöjä.

Lakipositivistinen oletus on, että tuomarit kykenevät ratkaisemaan syyllisyyskysymykset formaalisti, oikeusjärjestyksen sisältämien sääntöjen edellyttämällä tavalla. Tilanne ei kuitenkaan aina ole triviaali. Yhtäältä rikoslain säännöt voivat olla merkityssisällöltään epätäsmällisiä. Toisaalta rikoslain käyttösäännöt eivät ole kiveen hakattuja. Tästä Hart päätyy siihen, että ellei oikeusjärjestys sisällä voimassa olevan oikeuden viimekätistä kriteeriä, tuomarit eivät voi edes teoriassa tietää, miten kiperissä tilanteissa on lain mukaan toimittava. Tällaista viimekätistä kriteeriä Hart kutsuu (formaaliksi) tunnistamissäännöksi. Esimerkiksi se, kuuluuko jokin rikoslain tapauskohtaista voimassaoloa täsmentävä ratkaisupe-

---

69 Lagerspetz 2009 s. 163.

70 Tolonen 2003 s. 75–79.

71 Vaikka Lagerspetzin ja Tolosen kirjoitukset ovat keskeisesti edistäneet Hart-ymmärrystäni, myös monien muiden (ehkäpä aiheettomasti vaille mainintaa jäävien) Hart-kirjoituksilla on ollut vaikutusta ajatteluuni. Erityismaininnan ansaitsee ainakin Leslie Green, joka on kirjoittanut asiantuntevan johdannon "The Concept of Law" -kirjan kolmanteen painokseen. Ks. Green 2012 s. xv–lv. Myös Scott J. Shapiron ja Nigel Simmondsin kirjoituksia olen lukenut huolella. Ks. Shapiro 2011 s. 79–117 ja Simmonds 2007 s. 119–135.

72 Green 2012 s. xvii–xix.

73 Hart 2012, etenkin osa V.

ruste oikeusjärjestykseen vai ei, selviää nimenomaan formaalin tunnistamissäännön perusteella.[74]

Sana ”formaali” on tässä yhteydessä keskeinen. Se alleviivaa sitä, ettei tunnistamissääntö viittaa mihinkään lain sisällölliseen hyväksyttävyyteen. Tunnistamissääntö ei ole myöskään mikään transsendentti normi kuten Kelsenin perusnormiteoriassa.[75] Toisaalta ellei tunnistamissääntö ole sisällöllinen eikä transsendentti normi, on kysyttävä, minkälainen normi tunnistamissääntö on?[76] Hartin vastaus on seuraava: tunnistamissääntö on ontologiselta olemukseltaan sosiaalinen normi. Mitä tämä tarkoittaa?

Hartin mukaan tunnistamissäännön olemassaolo perustuu siihen, että oikeusjärjestyksessä on oltava ensimmäisten ja toisten asteen sääntöjen lisäksi sääntö, joka harmonisoi sitä, miten oikeusjärjestyksen sisältämiä sääntöjä sovelletaan. Jos tällaista sääntöä ei olisi, oikeusorgaanien – kuten tuomareiden – ratkaisut muodostuisivat liian ennakoimattomiksi.[77] Tämä taas johtaisi siihen, että oikeusjärjestys menettäisi legitimiteettinsä: viranomaisilla ei olisi yhtenäistä ymmärrystä lain sisällöstä eivätkä kansalaiset voisi tietää, miten heidän asiansa tullaan kulloinkin ratkaisemaan.

Toisaalta jotta tunnistamissääntö olisi olemassa, oikeudellisten käytänteiden on oltava riittävän yhtenäisiä. Jos kukin oikeudellinen toimija toimisi omaehtoisesti, ei olisi perusteltua sanoa, että oikeusjärjestys sisältää tunnistamissäännön, joka tekee oikeudellisesta päätöksenteosta ennakoitavaa. Pohjimmiltaan kysymys on kehästä: lain ennustettava soveltaminen edellyttää tunnistamissääntöä, ja tunnistamissääntö edellyttää ennustettavaa lainsoveltamista.[78]

Näin ollen oikeuden ja ei-oikeuden välistä rajapintaa määrittävän formaalin tunnistamissäännön olemassaolo perustuu siihen, että oikeusjärjestys sisältää sosiaalisia käytäntöjä.[79] Tunnistamissääntö ohjaa tuomarien ja muiden oikeusorgaanien harkintaa määrittämällä sen, miten heidän on lain mukaan toimittava. Samalla tuomarien ja muiden oikeusorgaanien yhdenmukainen ymmärrys lainmukaisuudesta tekee tunnistamissäännön olemassa olevaksi.[80] Lisäksi tunnistamissäännön edellytys on, että tuomarit ja muut oikeusorgaanit luottavat toistensa kykyyn operoida tunnistamissäännön perusteella.[81] Ellei vallalla olisi jaettua uskomusta tunnistamissäännön olemassaolosta eli tunnistamissääntö ei faktisesti

---

[74] Hart 2012 osio VI; Green 2012 s. xxiii; Lagerspetz 2009 s. 163; Siltala 2000 s. 671–689.
[75] Hart 2012 osio IV sekä s. 100; Green 2012 s. xvii; Niemi 2013 s. 823, alaviite 22; Lagerspetz 2009 s. 163; Tolonen 2003 s. 77.
[76] Tunnistamissäännön ontologiasta ks. Green 2012 s. xvii–xx.
[77] Hart 2012 s. 116.
[78] Hart 2012 s. 116.
[79] Green 2012 s. xxiii.
[80] Hart 2012 s. 257–258; Green 2012 s. xxii.
[81] Hart 2012 s. 257–258; Green 2012 s. xxii.

ohjaisi eri oikeusorgaanien normatiivista päätöksentekoa, tunnistamissääntö lakkaisi olemasta.

Keskeistä on havaita, ettei tunnistamissääntö ole mikään säädetty normi, vaan sen olemassaolo perustuu nimenomaan sosiaalisiin käytäntöihin.[82] Näin ollen sen olemassaolo on sosiaalinen tosiasia. Tämän vuoksi se myös toimii normatiivisen ja sosiaalisen todellisuuden välisenä siltana: se kiinnittää pitämisen maailman sosiaaliseen todellisuuteen.[83] Toisaalta vaikka tunnistamissäännön olemassaolo edellyttää oikeudellisia käytänteitä, tämä ei tee oikeusjärjestyksestä itsestään vähemmän normatiivista.[84] Tunnistamissäännön nimenomainen tarkoitus on – lakipositivismin hengessä – tehdä selvä ero lainmukaisuuden ja ei-lainmukaisuuden välillä. Toiseksi tunnistamissääntö ei itse ole mikään viimekätinen ratkaisuperuste. Pikemminkin se on oikeusjärjestyksen sisältämä sääntö, joka koordinoi sitä, että eri tahot tunnistavat, mikä kussakin tilanteessa on säädännäisen oikeuden mukainen ratkaisu. Esimerkiksi siinä missä tuomari voi tunnistamissäännön avulla tunnistaa sen, kuinka syyllisyyskysymys on lain mukaan ratkaistava, vastaavasti syyttäjä, asianajaja tai ratkaisua analysoiva oikeustieteilijä voi tunnistamissäännön perusteella arvioida, onko tuomarin tekemä ratkaisu lainmukainen.[85]

Oikeusjärjestyksen normatiivisuuteen sisältyy mahdollisuus omaksua sisäinen näkökulma oikeuteen. Oikeusjärjestystä voidaan tarkastella myös ulkoisesti – esimerkiksi seuraamalla sitä, miten tuomarit syyllisyyskysymyksiä ratkaisevat – mutta tällainen näkökulma ei anna täyttä ymmärrystä siitä, miten rikoslakia on sovellettava.[86] Sisäinen näkökulma edellyttää oikeusjärjestyksen syvällistä tuntemista, joten koulutuksensa ja kokemuksensa perusteella tuomarilla on sisäinen näkökulma oikeuteen. Sen sijaan oikeuskäytäntöä seuraavan kansalaisen näkökulma erkaantuu sisäisen tarkkailijan näkökulmasta.[87] Tämän perustella voidaan selittää muun muassa se, miksi tuomioistuinten ja kansalaisten välillä on erilaisia käsityksiä pätevän oikeuden sisällöstä kuten rangaistuksen määräämisestä. Siinä missä tuomarit operoivat tunnistamissäännön perusteella, kansalaiset ovat taipuvaisempia arvioimaan lainkäytön legitimiteettiä moraalisin argumentein.[88]

Rikosoikeudellisesti Hartin tunnistamissääntö on kiinnostava. Sen avulla voidaan olettaa, että tuomarit kykenevät kussakin syyllisyyskysymyksessä tunnista-

---

82 Ks. myös Niemi 2013 s. 823.
83 Lagerspetz 2009 s. 163; Tolonen 2003 s. 76–77.
84 Lagerspetz 2009 s. 163.
85 Ks. myös Green 2012 s. xx–xxiv; Tolonen 2003 s. 76.
86 Hart 2012 s. 102–103 ja 255; Lagerspetz 2009 s. 163; Tolonen 2003 s. 77.
87 Huomautettakoon, että Hart olisi tuskin itse hyväksynyt väitettäni, jonka mukaan kansalaisten näkökulma voidaan ymmärtää ulkoisen tarkkailijan näkökulmaksi. Ks. Hart 2012, esim. s. 116 ja 203.
88 Väitteeseeni voidaan kohdistaa myös kritiikkiä. Ks. esim. Niemi 2013 s. 824.

maan sen, kuinka asia on lain mukaan ratkaistava. Palatkaamme Segway-henkilökuljettimeen. Myös Suomen oikeusjärjestys sisältää tunnistamissäännön. Sen avulla korkein oikeus identifioi sen, että Segway-henkilökuljetin on sellainen ajoneuvo, jolla voidaan syyllistyä rattijuopumukseen. Tämä edellytti sitä, että korkeimman oikeuden tuomareilla on syvällinen ymmärrys suomalaisesta oikeusjärjestyksestä (sisäinen näkökulma). Toisin sanoen he tunnistivat sen, miten oikeusjärjestyksen sisältämät säännöt ovat tosiasiassa voimassa. Jos vastaavantyyppinen tapaus tulisi nyt alioikeustuomarin eteen, hän todennäköisesti huomioisi myös korkeimman oikeuden aikaisemman ratkaisukäytännön. Tämä perustuu siihen, että suomalainen tunnistamissääntö edellyttää myös relevantin aikaisemman oikeuskäytännön huomioimista kiperien syyllisyyskysymysten ratkaisuperusteena.

Vaikka olen painottanut tunnistamissäännön merkitystä tuomarien päätöksenteossa, on tähdennettävä, ettei tunnistamissäännön tunteminen ole vain tuomarien yksinoikeus. Oikeusjärjestyksen rationaliteetin vuoksi on itse asiassa välttämätöntä, että myös muut oikeusorgaanit kuin tuomarit jakavat tunnistamissäännön. Esimerkiksi jos syyttäjillä olisi tuomareihin verrattuna olennaisesti erilainen kuva voimassa olevan oikeuden sisällöstä, tämä johtaisi aiheettomiin syytteisiin tai kyseenalaisiin syyttämättäjättämispäätöksiin. Tunnistamissääntö ei voi olla täysin tuntematon myöskään tavallisille kansalaisille. Jos kansalaiset eivät lainkaan tunnistaisi voimassa olevan oikeuden sisältöä, esimerkiksi syyllisyysratkaisut olisivat alttiita legitimiteettikriisille.

Tunnistamissääntö on ollut laajan kansainvälisen keskustelun kohteena. Puheenvuoroissa ei kuitenkaan mainittavasti kiinnitetä huomiota siihen, että tunnistamissäännön olemassaolo on sisäänkirjoitettu oikeudelliseen kielenkäyttöömme. Tuomarit, syyttäjät, asianajajat, oikeustieteilijät tai kansalaiset eivät kannanotoissaan totea, että ”omien henkilökohtaisten mielipiteidemme perusteella tässä tilanteessa henkilö on syyllistynyt rikokseen”. Sen sijaan epäselvässäkin tilanteessa oletamme, että syyllisyyskannanottomme perustuvat lakiin tai ovat ainakin laista johdettavissa. Jos lain viimekätistä pätevyyskriteeriä ei olisi olemassa, kukaan ei voisi kiperissä syyllisyyskysymyksissä uskoa omien kannanottojensa olevan juridisesti perusteltavissa. Samalla joutuisimme myöntämään, että iso osa normatiivisista kannanotoistamme olisi vain subjektiivisia mielipiteitämme.[89]

Voimme tehdä seuraavan rikosoikeudellisesti relevantin kiteytyksen: vain kaikkia velvoittava formaali kriteeri voi toimia yksiselitteisenä voimassa olevan rikoslain tunnistamissääntönä. Yksinkertaisesti jotta olisi perusteltua puhua syyllisyysratkaisujen lainmukaisuudesta, tunnistamissääntö ei voi olla arvolatautunut tai riippua yksilöiden mielipiteistä. Hartin sanoin sen on oltava vain ja ai-

[89] Erik Lagerspetz on kiinnittänyt huomiota tähän problematiikkaan. Ks. Lagerspetz 2009 s. 165.

noastaan lain normatiivista sisältöä koskeva muodollinen kriteeri. Sen avulla tuomarit voivat tunnistaa sen, miten kukin syyllisyyskysymys on lain mukaan ratkaistava.

Toisaalta jos tunnistamissäännön tunnistamat ratkaisuperusteet eivät riitä täsmentämään sitä, kuinka syyllisyyskysymys on lain mukaan ratkaistava, tuomarin on turvauduttava harkintaan. Tätä harkintaa ei voida kahlita lailla, joten kysymys on ei-oikeudellisesta harkinnasta. Koska yksikään oikeusjärjestys ei voi etukäteen varautua kaikkiin potentiaalisiin tilanteisiin, tuomarien ei-oikeudellinen harkinta on välttämätön osa myös rikosoikeudellista ratkaisutoimintaa.

Tässä yhteydessä on pysähdyttävä ja tehtävä ero vahvan ja heikon harkintatilanteen välillä. Määrätyissä rajoissa laki sallii tuomarille harkinnanvapauden esimerkiksi menettämisseuraamusta määrättäessä. Rikoslain 10 luvun 3 §:n mukaan omaisuus voidaan tuomita kokonaan tai osaksi valtiolle menetetyksi. Termi ”voidaan tuomita” viittaa siihen, että menettämisseuraamusta tuomitessa tuomarilla on tapauskohtaista harkintavaltaa.[90] Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2006:9 korkein oikeus tuomitsi varallisuutta menetetyksi ja ratkaisussa KKO 2006:51 korkein oikeus totesi, ettei takavarikoitua varallisuutta ole syytä tuomita valtiolle menetetyksi. Erilaiset ratkaisut ovat hyväksyttävissä, koska tuomarien harkintavalta on perustunut lakiin.

Sen sijaan hartilaisen lakipositivismin – ja ylipäätään lakipositivismin – kipupiste on vahvan harkinnan tilanne eli lain voimassaoloa täsmentävien oikeudellisten ratkaisuperusten puuttuminen.[91] Tällaisessa tilanteessa oikeudelliset ratkaisuperusteet eivät tarjoa vastausta siihen, onko henkilö syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu. Tällöinkin tuomari arvioi teon rikosoikeudellista luonnetta yksittäisen rikostunnusmerkistön valossa, mutta lain merkityssisältöä täsmentävien oikeudellisten ratkaisuperusteiden avoimuus ja keskinäinen ristiriitaisuus voivat johtaa siihen, ettei tuomari tiedä, onko sääntöä seurattava vai ei. Tällaista lakipositivismiin sisältyvää problematiikka ei myöskään Hart itse kieltänyt, pikemminkin päinvastoin. Hartia mukaillen jos tunnistamissäännön tunnistamat ratkaisuperusteet eivät yksittäistapauksessa kerro sitä, kuinka syyllisyyskysymys on voimassa olevan lain mukaan ratkaistava, tuomarin on kannettava henkilökohtainen vastuunsa.[92]

Vaikka lakipositivismi on oikeusturvan ja ennakoitavuuden vuoksi rikoslain soveltamisen välttämätön taustateoria, se on samalla kyvytön vastaamaan vahvo-

---

[90] Tarkemmin laajennetusta hyötykonfiskaatiosta ks. HE 80/2000 vp, kohta 4.2/Laajennettu hyödyn menettäminen.

[91] Lagerspetz 2009 s. 165.

[92] Hart 2012 s. 272–276. Ks. myös Dworkin 2005 s. 81.

jen harkintatilanteiden asettamaan haasteeseen. Näin ollen lakipositivismista kiinni pitäminen edellyttää sen hyväksymistä, että kiperissä tapauksissa tuomarin harkintaa ei voida kahlita oikeusjärjestyksen sisäisesti.

Me emme kuitenkaan ole taipuvaisia hyväksymään ajatusta, että tuomarit voisivat ratkaista syyllisyyskysymykset nojautumalla joihinkin ulko-oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin. Tällöin kenelläkään ei olisi takeita siitä, että tuomarin soveltamat ulko-oikeudelliset moraaliargumentit olisivat yleisen edun mukaisia. Pikemminkin ilman oikeudellista ohjenuoraa uhkana on, että tuomarit ratkaisevat syyllisyyskysymykset omien preferenssiensä mukaisesti – valitsemalla käsillä olevista arvoista itseään eniten miellyttävät. Tämä olisi ristiriidassa niin oikeusturvan kuin syyllisyyskysymyksissä korostuneen ennakoitavuusvaateen kanssa.

Sitä paitsi, jos olemme valmiit tinkimään oikeusvarmuudesta ja ennakoitavuudesta, kohtaamme demokratiakritiikin. Demokratiakritiikkiin on kansallisesti ja kansainvälisesti vastattu monella tavalla, mutta mikään ei poista sitä, että vahva harkintatilanne istuu huonosti montesquieulaiseen vallan kolmijako-oppiin rikosoikeudellisessa kontekstissa. Lähtökohta on, että demokraattisesti valitun lainsäätäjän tehtävä on päättää se, mikä yhteiskunnassa on kiellettyä ja mikä sallittua, eikä tätä tehtävää tule jättää ei-demokraattisesti valittujen tuomareiden tehtäväksi.[93]

4.4 RIKOSOIKEUDELLISEN OIKEUSTURVAN PUOLUSTUS

Olemme tähän mennessä havainneet, ettei lakipositivismiin sitoutuminen ole oikeusturvan ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuuden tae. Tämä ei tarkoita, että lakipositivismi olisi kauttaaltaan toimimaton rikoslain soveltamisen taustateoria, pikemminkin päinvastoin. Toteamallani tavalla pääpiirteissään rikosoikeudelliset käytäntömme toimivat, eikä syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen aiheuta tuomareille päänvaivaa. Samalla on kuitenkin muistettava, ettei rikoslain soveltamisen laatua mitata sillä, kuinka ennustettavaa tuomarien päätöksenteko on helpoissa tapauksissa. Pikemminkin laatu mitataan sillä, kuinka hyvin oikeus-

---

[93] ”The Concept of Law” -teokseensa kirjoittamissaan jälkisanoissa (jotka Hart kirjoitti yli 30 vuotta kirjan ensimmäisen painoksen julkaisemisen jälkeen) Hart itse ei pitänyt demokratiakritiikkiä ongelmana. Ks. Hart 2012 s. 275–276. Hartin näkemystä voi selittää se, että hän on anglosaksisen oikeuskulttuurin edustaja ja perinteisesti anglosaksisessa kulttuurissa tuomioistuinten lakia luovaan rooliin on suhtauduttu suopeammin kuin mannermaisessa oikeuskulttuurissa. Hart ei myöskään arvioi demokratiakritiikin rikosoikeudellista merkitystä, joka sekin voi selittää suopeampaa suhtautumista tuomarien vahvan harkinnan tilanteisiin.

turva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus kyetään turvaamaan kiperissä oikeustapauksissa.

Ehkä tällaiset ajatukset ovat innoittaneet myös Ronald Dworkinia, kun hän on pyrkinyt vastamaan lakipositivismin jälkeensä jättämään oikeusturvavajeeseen.[94] Dworkinin nimenomainen pyrkimys on ollut konstruoida oikeusteoria, jonka pohjalta oikeusturvasta voitaisiin keskustella myös kiperissä oikeustapauksissa eli ns. vahvan harkinnan tilanteissa.

Koska Dworkin ei ole sen enempää oikeuspositivisti kuin luonnonoikeusteoreetikko, hänen oikeusteoriaansa kutsutaan kolmanneksi vaihtoehdoksi.[95] Näin ollen jos seuraamme Dworkinia, emme tyydy vain positiivisesti asetettuihin oikeuslähteisiin ja näistä oikeuslähteistä johdettuihin ratkaisuperusteisiin. Toisaalta emme hyväksy myöskään sitä, että kiperissä tapauksissa syyllisyyskysymysten ratkaisuperusteet perustuisivat joihinkin ulko-oikeudellisiin arvostuksiin, kuten luonnonoikeusteoreetikot väittävät.

Vaikka tällainen kolmas vaihtoehto vaikuttaa epämääräiseltä, se tuntuu kiehtovalta. Ei vähiten siksi, että se tuntuu mahdottomalta. On vaikea hahmottaa, miten syyllisyyskysymyksen ratkaisu voisi perustua johonkin muuhun kuin positiivisesti asetettuihin oikeuslähteisiin tai oikeuden ulkopuolisiin arvoarvostelmiin. Näin ollen on kysyttävä, onko mahdollista liudentaa lakipositivistista asennetta ilman, että siirrytään oikeuden tuolle puolen. Tähän kysymykseen vastaaminen edellyttää Dworkinin puoleen kääntymistä.[96]

Vaikka Dworkin on konstruoinut oikeusteoriansa common law -kontekstissa, eikä hän ole orientoinut rikosoikeudellisesti, monet hänen keskeisajatuksistaan ovat relevantteja myös rikoslainsoveltamisteoreettisessa keskustelussa.[97] Lisäksi Dworkinin teorian keskiössä on oikeusturva ratkaistaessa konkreettista oikeustapausta. Näin ollen hänen tarkastelunäkökulmansa on tuomarin.

Yhden oikean ratkaisun olettama. Aivan kuten lakipositivistit, myös Dworkin pitää oikeusjärjestystä normatiivisesti suljettuna systeeminä. Näin ollen hän hylkää erilaiset luonnonoikeusvariaatiot. Dworkin ei kuitenkaan tyydy toteamaan,

---

[94] Matti Ilmari Niemen mukaan Dworkin asetti oikeuspositivisteille haasteen, johon positivistit ovat 1970-luvulta alkaen pyrkineet vastaamaan. Ks. Niemi 2013 s. 819. Vaikka on totta, että oikeuspositivistit ovat pyrkineet vastaamaan Dworkinin kritiikkiin, Dworkinin oikeusteoriaa ei voida ymmärtää vain oikeuspositivismille asetettuna haasteena. Pikemminkin Dworkinin oikeusteoria on ymmärrettävä omaehtoisena pyrkimyksenä vastata oikeuspositivismin jäljelle jättämään oikeusturvavajeeseen.

[95] Englanninkielisessä kirjallisuudessa käytetään termiä ”the third theory of law”. Ks. esim. Mackie 1984 s. 161–170. Ks. myös Lagerspetz 2009 s. 172

[96] Green 2012 s. xvii–xviii.

[97] Suomessa ainakin Kimmo Nuotio on tarkastellut Dworkinin ajatuksia rikosoikeudellisessa kontekstissa. Ks. Nuotio 1998a s. 99–108. Vaikka Dworkin ei itse ole leimallisesti ollut kiinnostunut rikosoikeudesta, häneltä löytyy myös kirjoituksia, jotka sivuavat rikosoikeutta tai ovat suoranaisesti rikosoikeuden innoittamia. Esim. Dworkin 1992.

että positiivisten ratkaisuperusteiden osoittauduttua riittämättömiksi ratkaisut on tehtävä ulko-oikeudellisin perustein. Toisin sanoen Dworkin ei hyväksy sitä, että vahvassa harkintatilanteessa – eli tilanteessa, jossa laki tai laista johdetut ratkaisuperusteet eivät tarjoa yksiselitteistä vastausta, päätöksenteon ohjenuora sijaitsee oikeusjärjestyksen ulkopuolella. Näin ollen Dworkin päättelee, että oikeusjärjestyksen on koostuttava myös muuntyyppisistä ratkaisuperusteista kuin lakipositivistisista ratkaisuperusteista.[98] Dworkinin keskeisajatusta voidaan selventää rikosoikeudellisella esimerkillä.

Oikeusvaltiossa tuomarilla on lakiin perustuva velvollisuus ratkaista syyllisyyskysymys. Tämä päätös on perusteltava, ja oikeusturva edellyttää, että perustelut johdetaan normatiivisista ratkaisuperusteista. Yhtäältä velvollisuus ratkaista syyllisyyskysymys sekä perustella tämä päätös liittyvät syytetyn sekä muiden asianosaisen oikeuksiin, mutta kysymys on myös koko rangaistusjärjestelmän legitimiteetistä.

Kiperissä tapauksissa rikoslaki ja rikoslain voimassaoloa täsmentävät positivistiset ratkaisuperusteet eivät kuitenkaan yksiselitteisesti kerro, kuinka syyllisyyskysymys on ratkaistava. Tämän vuoksi oikeusjärjestyksen on sisällettävä tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavia oikeusperiaatteita. Vaikka periaatteet eivät ole positiivisesti asetettuja, ne ovat Dworkinin mukaan normatiivisia. Toisin sanoen ne ovat osa oikeusjärjestystä.[99]

Vaikka moderneihin oikeusjärjestyksiin eittämättä sisältyy tuomarin harkintaa ohjaavia periaatteita, puhe periaatteista vaikuttaa jäsentymättömältä ja epätäsmälliseltä. Toisaalta väittäessämme, ettei oikeusturvasta voida tinkiä, turvautuminen periaatteisiin on välttämätöntä. Ne ohjaavat rikoslain soveltamista ja mahdollistavat kiperien syyllisyyskysymysten ratkaisemisen normatiivisesti perustellulla tavalla. Samalla ne takaavat sen, että jokaiseen syyllisyyskysymykseen on olemassa yksi ja vain yksi oikea ratkaisu, joka voidaan perustella oikeusjärjestyksen sisäisesti.[100]

Näin esitettynä puhe oikeusturvasta ei muodostu mielettömäksi. Tuomarin tulee ratkaista syyllisyyskysymys siten kuin laki käskee, ja jos lain käsky ei ole täsmällinen, apuun tulevat oikeusperiaatteet. Jos teko täyttää rikosvastuun edellytykset eli on tunnusmerkistön mukainen, oikeudenvastainen ja syyllisyyttä osoittava, henkilö on syyllinen, ja jos teko ei täytä rikoksen edellytyksiä, henkilö on syytön. Täten ratkaistaessa syyllisyyskysymystä vastausvaihtoehtoja on vain kaksi. Väitettä, että vaihtoehdoista vain toinen voi olla oikea, voidaan puolustaa

---

[98] Ks. Dworkin 1978/2005, luvut 2–4, erityisesti s. 46. Ks. myös Dworkin 1985, passim. Dworkinin teoriasta ks. myös Lagerspetz 2009 s. 163–163 ja Shapiro 2011 s. 261–267.

[99] Ks. myös Shapiro 2011 s. 261–263.

[100] Dworkinin yhden oikean ratkaisun olettamasta ks. Dworkin 1978 s. 81–130, s. 279–290 ja s. 291–368; Dworkin 1985 s. 119–145. Ks. myös Shapiro 2011 s. 261–281.

oikeusvaltiollisin argumentein. Johdannossa toteamallani tavalla henkilö ei voi olla syytön ja syyllinen vaan syytön tai syyllinen.

Tällainen dworkinilainen ymmärrys yhden oikean ratkaisun välttämättömyydestä voidaan Erik Lagerspetziä lainaten muotoilla seuraavasti:[101]

(1) Tuomarilla on velvollisuus ratkaista kaikki hänen eteensä tuodut syyllisyyskysymykset.
(2) Jokaiselle syyllisyysratkaisulle on oltava perustelut.
(3) Ratkaisun perustelun on perustuttava lakiin (oikeusvaltioperiaate, laillisuusperiaate, OK 1 luvun 11 §).[102]
(4) Jokin voi olla velvollisuus vain, jos se on mahdollista täyttää (Kantin periaate: ultra posse nemo obligatur – älköön keneltäkään vaadittako enempää kuin mihin hän kykenee).
(5) Tuomari voi ratkaista kaikki tuomiovaltaansa kuuluvat syyllisyyskysymykset käyttämällä riittäviä perusteluja, jotka perustuvat lakiin [seuraa premisseistä 1–4].
(6) Laki tarjoaa riittävät perustelut jokaisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen [seuraa premissistä 5].

Tällainen Lagerspetzin rekonstruoima dworkinilainen yhden oikean ratkaisun olettama on välttämätön olettamus, joka sisältyy oikeusvaltiossa syyllisyysratkaisujen luonteeseen.[103] Vaikka Dworkin ei kirjoittanut teoriaansa rikosoikeudellisin tarkoitusperin, hänen ajatuksensa yhden oikean ratkaisun välttämättömyydestä on tieto-opillisesti kiistämätön konstruktio nimenomaan rikosoikeudessa. Oikeusvaltiossa ei voida episteemisesti lähteä siitä, että syyllinen–syytön-akselilla olisi enemmän kuin yksi ja vain yksi oikea lainmukainen ratkaisu. Joko teko on lain mukaan rikos, tai ellei teko täytä rikoksen edellytyksiä, lain mukaan tekoa ei voida lukea tekijänsä syyksi.

Tämän väitteen pätevyys on vaikea riitauttaa. Oikeusvaltion käsitteeseen sisältyy episteeminen olettamus, jonka mukaan syyllisyyskysymykseen ei voi olla kahta oikeaa ratkaisua, joista molemmat ovat lainmukaisia.[104] Esimerkiksi het-

---

[101] Lagerspetz 2009 s. 166. Argumentti on lainaus Lagerspetziltä, mutta olen kalibroinut sen rikosoikeudelliseen kontekstiin sopivaksi. Ks. myös Dworkin 1978 s. 81–130, s. 279–290 ja s. 291–368; Dworkin 1985 s. 119–145.

[102] Oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 9 §:n mukaan tuomarin pitää tarkoin tutkia lain oikeata tarkoitusta ja perustusta sekä tuomita sen mukaan, mutta ei vastoin sitä, oman mielensä mukaan.

[103] Lagerspetz 2009 s. 167.

[104] Astukaamme hetkeksi rikosoikeudesta hallinto-oikeuden puolelle. Tällöin voimme todeta, että Suomessa Veli Merikoski on puoltanut yhden oikean ratkaisun olettamaa oikeusturvan ja ennakoitavuuden välttämättömänä aisaparina. Ks. Merikoski 1958, etenkin s. 46–48. Merikosken mukaan esimerkiksi muutoksenhakujärjestelmä perustuu yhden oikean ratkaisun olettamalle – eli ylempi

kellä h^1 tehty teko t^1 ei voi olla hetkellä h^1 lain mukaan kielletty ja sallittu vaan kielletty tai sallittu. Tästä ei seuraa se, että oikeusjärjestys olisi muuttumaton. Esimerkiksi teko t^1 voi olla hetkellä h^1 kielletty, mutta jonkin oikeusorgaanin tuottama impulssi voi johtaa siihen, että hetkellä h^2 vastaava teko on sallittu.

Näin ollen yhden oikean ratkaisun olettamassa on kysymys vain ja ainoastaan siitä, että hetkellä h^1 voimassa olevan lain mukaan jokaiseen syyllisyyskysymykseen (jossa arvioitavana on teon t^1 kiellettävyys hetkellä h^1) voi olla vain yksi oikea lain mukainen ratkaisu. Yksinkertaisesti oikeusvaltiokäsite ei taivu ajatukseen, jonka mukaan henkilö voi vallitsevan oikeusjärjestyksen mukaan olla samaan aikaan rikosnormatiivisesti syytön ja syyllinen.

Havaintojeni mukaan puhuttaessa yhden oikean ratkaisun olettamasta kirjoittajat eivät – ainakaan tyypillisesti – tee eroa ratkaisuhetkisen ja tekohetkisen voimassa olevan oikeuden välillä. Tämä perustunee siihen, että kirjoittajat arvioivat tilannetta sen mukaan, mikä on vallitseva oikeustila ratkaisuhetkellä. Rikosoikeudellisesti tämä olettama on virheellinen. Myöhemmin todennettavalla tavalla rikosoikeudellinen pääsääntö on, että syyllisyyskysymys ratkaistaan tekohetkellä voimassa olleen lain mukaisesti, ellei ns. lievemmän lain sääntö edellytä oikeustilan muutosten lukemista vastaajan hyväksi. Näin ollen rikosoikeudellinen olettama on, että jokainen teko on lain mukaan kielletty tai sallittu nimenomaan tekohetkellä voimassa olevan lain mukaan – ja pääsäännön mukaan syyllisyysratkaisu tehdään nimenomaan tekohetkellä voimassa olleen oikeustilan mukaisesti. Tähän tematiikkaan palataan tuonnempana.

> Koska syyllisyyskysymykset on pääsääntöisesti ratkaistava tekohetkellä voimassa olevan oikeustilan mukaisesti, oma rikosoikeudellinen erityiskysymyksensä on se, missä määrin korkeimman oikeuden päätökset on otettava huomioon takautuvasti.[105] Tarkoitan tällä seuraavaa: Olettakaamme, että henkilö x on tehnyt teon t^1 1.1.2012. Asiasta alkaa esitutkinta, joka johtaa syyteharkintaan, käräjäoikeuteen, hovioikeuteen ja korkeimpaan oikeuteen. Lopulta korkein oikeus antaa lainvoimaisen tuomion 31.12.2015 eli tasan neljä vuotta teon tekemisen jälkeen.[106] Koska korkeimman oikeuden on ratkaistava syyllisyyskysymys tekohetkellä t^1 vallinneen oikeustilan mukaisesti, käytännössä korkein oikeus vahvistaa sen oikeustilan, joka vallitsi 1.1.2012.
>
> Olettakaamme, että korkein oikeus toteaa x:n syyllistyneen siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu. Näin ollen teko t^1 on ollut voimassa olevan oikeuden mukaan kielletty viimeistään 1.1.2012 alkaen. Tästä seuraa se, että

---

oikeusaste voi tarvittaessa korjata alemman oikeuden virheellisen (ei-lainmukaisen) ratkaisun. Merikosken oikeusteoreettisista sitoumuksista ks. myös Tuori 2007 s. 188–190.

[105] Keskusteluissamme Jussi Tapani on kiinnittänyt huomiotani tähän problematiikkaan.

[106] Vähintään neljän vuoden rikosprosessit eivät ole anomalioita, vaan tyypillisiä esimerkiksi talousrikoksissa. Ks. Hakamies – Johansson 2009. Rikosprosessien pitkäkestoisuudesta ks. myös Määttä 2013 s. 27–28.

kaikki ne henkilöt, jotka ovat tehneet teon t^1 kaltaisen teon 1.1.2012 jälkeen, ovat syyllistyneet rikostunnusmerkistön mukaiseen tekoon, olkoon, että teon tunnusmerkistön mukaisuus vahvistetaan vasta 31.12.2015. Syyteoikeuden vanhentumisen rajoissa (RL 8:1) tämä voi tarkoittaa sitä, että poliisin olisi aloitettava esitutkinta myös muista teon t^1 kaltaisista teoista, jotka on tehty aikavälillä 1.1.2012–31.12.2015.

Kriitikko voi huomauttaa, ettei teon rikosoikeudellinen kiellettävyys voi koitua ”takautuvasti” muiden henkilöiden vahingoksi. Kriitikolle voidaan kuitenkin vastata yhdenvertaisuusargumentilla. Olisi epäoikeudenmukaista, että 31.12.2015 henkilö x tuomitaan rangaistukseen teosta t^1, jonka hän on tehnyt 1.1.2012, mutta aikavälillä 1.1.2012–31.12.2015 saman teon tehneet muut henkilöt olisivat vapaat rikosoikeudellisesta vastuusta.

Yhden oikean syyllisyysratkaisun olemassaoloa ei voi perustella empiirisesti,[107] mutta kuten Lagerspetz on todennut, se ei myöskään voi olla vain pelkkä metafyysinen olettamus.[108] Oikeusvaltiossa tuomarilla on niin oikeudellinen kuin moraalinen velvollisuus ratkaista syyllisyyskysymys oikein ja perustaa tämä ratkaisunsa vain ja ainoastaan normatiivisiin ratkaisuperusteisiin. Jos tuomari syyllisyysratkaisussaan viittaa johonkin sellaiseen, mitä yleisesti pidetään oikeusjärjestykseen kuulumattomana – kuten journalistin eettisiin ohjeisiin – ratkaisu on kritiikille altis.[109] Koska tuomarilla on lakiin perustuva ratkaisupakko, hän ei voi myöskään ilmoittaa, että rikostunnusmerkistö on liian avoin, normikollisiot ylitsepääsemättömiä ja ratkaisutilanne mahdoton, joten syyllisyyskysymystä ei voida ratkaista.

Rikosoikeudellisesti tilanne on mielenkiintoinen. Perinteisesti rikoslakipositivistista asennetta on pidetty mielivallan vihollisena. Olettama on, että oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus voidaan taata parhaiten, jos lakipositivistisesta asenteesta ei tingitä. Toisaalta absoluuttisesta oikeusvarmuudesta kiinni pitäminen edellyttää nimenomaan rikoslakipositivismista tinkimistä, koska lakipositivistiseen taustateoriaan sitoutuminen ei kiperissä tilanteissa mahdollista olettamaa yhdestä oikeasta lainmukaisesta syyllisyysratkaisusta.

---

[107] Myös Dworkin itse lähtee siitä, että yhden oikean ratkaisun olettama edellyttää oletusta supertuomari Herkuleksesta. Toisin sanoen vain omnipotentti tuomari kykenee tietämään sen, mikä on oikea ratkaisu kuhunkin normatiiviseen kysymykseen. Ks. Dworkin 2005 s. 105–130. Ks. myös Sinclair 2003 s. 447–456.

[108] Lagerspetz 2009 s. 167.

[109] Esimerkiksi Suomessa 2000-luvulla tuomioistuimet antoivat muutaman tuomion, jossa journalistin vastuuta perusteltiin journalistin eettisillä ohjeilla. Tämä aloitti vilkkaan ja kriittisen keskustelun ei-oikeudellisen aineiston soveltamisesta tuomioistuimissa. Lopulta vuonna 2005 korkein oikeus vihelsi pelin poikki ja totesi, että ”vaikka tällaisen menettelyn (uutisoinnin) katsottaisiin loukkaavat hyvää journalistista tapaa, sen mahdollista oikeudettomuutta on arvioitava itsenäisesti ja oikeudellisin perustein”. Ks. KKO 2005:136, kohta 18.

Myös oikeudellisten käytänteidemme perusteella olemme tietoisia siitä, että kiperissä syyllisyyskysymyksissä ratkaisun perusteita on etsittävä kirjoitettujen oikeuslähteiden tuolta puolen. Näin ollen jos oletamme, että oikeusjärjestys ei sisällä sellaisia periaatteita, joiden perusteella syyllisyyskysymys voidaan kiperässä tapauksessa ratkaista oikein, sanomme, että kiperissä tapauksissa rikoslain soveltaminen on ei-normatiivista – eli potentiaalisesti mielivaltaista ja ennakoimatonta.

Siinä missä lakipositivistit nostavat kätensä pystyyn kiperien tapausten edessä, yhden oikean ratkaisun puolustajat eivät hyväksy, että syyllisyyskysymykseen voisi olla useampi kuin yksi oikea ratkaisu. Tällöin he eivät myöskään hyväksy sitä, että syyllisyyskysymyksen ratkaisu voisi kiperissä tapauksissa ratketa oikeuden ulkopuolisin argumentein. Yhden oikean ratkaisu puolustajat myöntävät, etteivät kiperät rikosoikeustapaukset ratkea logiikkaa harjoittamalla, mutta oikeusturvan puolustajina he ovat ehdottomampia kuin lakipositivistit.

Vaikka oikeudellisten argumentaatioteorioiden paineessa suhtautuminen Dworkinin yhden oikean ratkaisun olettamaan on ollut pääpiirteissään negatiivista,[110] rikosoikeudessa on vaikea tinkiä yhden oikean ratkaisun olettamasta. Myöhemmin todennettavalla tavalla esimerkiksi puhe syyllisyysratkaisujen ennakoitavuudesta edellyttää sitä, että jokaiseen syyllisyyskysymykseen oletetaan olevan totuusarvoltaan yksi oikea ratkaisu. Muutoin ei ole perusteltua puhua rikoslain soveltamisen ennakoitavuudesta sanan missään mielekkäässä merkityksessä. Yksinkertaisesti jos teko voi olla yhtä aikaa kielletty ja sallittu, kansalaiset eivät voisi ennakoida tekojensa rikosnormatiivista luonnetta.

Tässä yhteydessä ei ole tarvetta keskustella siitä, millaisia oikeusjärjestykseen kuuluvat periaatteet ovat luonteeltaan. Tätä problematiikkaa sivuan seuraavassa pääluvussa.[111] Todettakoon kuitenkin lyhyesti, että episteemisesti arvioiden niillä täytyy olla institutionaalinen tuki, koska muutoin ne eivät olisi osa oikeusjärjestystä (vaan oikeuden ulkopuolisia moraaliperiaatteita).

Institutionaalisesta tuestaan huolimatta periaatteiden olemassaoloa ei voida täsmentää lakipositivismin edellyttämällä tarkkuudella. Dworkinin väitteen ydin on nimenomaan siinä, että oikeusturvan vuoksi periaatteet ovat välttämätön osa modernia oikeusjärjestystä riippumatta siitä, kykenevätkö tuomarit jokaisessa kiperässä tapauksessa tunnistamaan niiden olemassaoloa tahi relevanssia. Näin ollen Dworkinin oikeusteoriassa paino on sanalla teoria, olkoonkin, että hänen kiinnostuksensa kohteena on oikeusturva ratkaistaessa konkreettista oikeustapausta.

---

[110] Esim. Aarnio 2006 s. 277.
[111] Ks. luku 5.4.

Vaikka syyllisyyskysymyksen ratkaisemisessa yhden oikean ratkaisun olettama on käsitteellinen välttämättömyys, on myönnettävä, että se sisältää lukuisia ontologisia, metodologisia ja epistemologisia pulmia. Ongelmista pienin ei ole ihmisten luomien instituutioiden häilyväisyys. Vaikka oikeusvaltiollisesti on välttämätöntä, että jokaiseen syyllisyyskysymykseen on yksi oikea lainmukainen ratkaisu, tästä ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että tuo ratkaisu on myös saavutettavissa. Siksi Kantin asettama vaatimus ”ultra posse nemo obligatur” on otettava vakavasti. Voi olla, että oikeusturvavaade kohdistaa tuomareille sellaisen velvollisuuden, jonka täyttäminen ei ole mahdollista.

Siirtykäämme seuraavaksi tarkastelemaan sitä, missä määrin tuomareille on asetettu sellainen tehtävä, jonka täyttämistä ei voida pitää tuomarin velvollisuutena. Toisin sanoen tarkastelkaamme sitä, missä määrin oikeusvaltion kulmakivestä – eli yhdestä oikeasta lainmukaisesta syyllisyysratkaisusta – voidaan pitää kiinni käytännön oikeuselämässä. Teemani mukaisesti keskiössä on perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen. Oivallisen kontekstin tarkastelukulmalleni tarjoaa korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2012:58, joka yleisesti tunnetaan niin sanottuna Jussi Halla-aho -tapauksena.[112]

4.5 OIKEUSTURVAN RELATIIVISUUS (ESIMERKKINÄ KKO 2012:58)

Lokakuussa 2008 Jussi Halla-aho valittiin Helsingin kaupunginvaltuustoon. Pari kuukautta myöhemmin joulukuussa 2008 Halla-aho määriteltiin Aamulehden kolumnissa poikkeuksellisen merkittäväksi poliittiseksi internetkirjoittajaksi.[113] Vuonna 2011 Halla-aho valittiin eduskuntaan.

Kesäkuussa 2008 Jussi Halla-aho julkaisi internetsivustollaan kirjoituksen, jossa hän heitti muutaman täyn valtionsyyttäjä Mika Illmanille. Täkyihin tartuttiin ja kesäkuussa 2012 korkein oikeus tuomitsi Halla-ahon uskonrauhan rikkomisesta sekä kiihottamisesta kansanryhmää vastaan 50 päiväsakon sakkoran-

---

[112] Olen käyttänyt Jussi Halla-ahon tapausta esimerkkinä kirjoittaessani perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten sisältämästä problematiikasta Defensor Legis -aikakauskirjaan. Ks. Hyttinen 2013 s. 940–950. Näin ollen tässä käyttämäni tapausesimerkki on lainaus tuosta kirjoituksestani. Ks. erityisesti Hyttinen 2013 s. 946–950. Todettakoon, että lähtökohtaisesti tuomitun nimen käyttäminen ns. tapausnimenä ei ole hyvän tavan mukaista. Tässä yhteydessä olen kuitenkin antanut itselleni luvan kutsua tapausta Halla-aho-tapaukseksi. Ensinnäkin Halla-aho on merkittävä poliittinen vaikuttaja. Toiseksi Halla-aho on tunnettu internetkirjoittaja. Kolmanneksi tapausta on Halla-ahon nimellä ruodittu julkisuudessa. Neljänneksi Halla-aho on myös itse julkisuudessa kommentoinut saamaansa tuomiota.

[113] Jyrki Lehtolan Aamulehdessä 5.12.2008 julkaistu kolumni ”Tapaus Halla-aho”. Lehtola 2008.

gaistukseen.[114] Asiasta käytiin laaja julkinen keskustelu ja tuomion jälkeen Halla-aho luopui hallintovaliokunnan puheenjohtajan paikasta.[115]

Korkeimman oikeuden tuomion julistamisen jälkeen Halla-aho toimitti julkisuuteen tiedotteen, jossa hän totesi tuomion olleen vain ”muutaman ihmisen henkilökohtainen tulkinta”.[116] Myös tästä tiedotteesta nousi julkinen kohu, kun jotkut oikeusoppineet kritisoivat kansanedustajan tyyliä kritisoida korkeinta oikeutta. Jättäkäämme tämä aspekti huomiotta ja tarkastelkaamme sitä, missä määrin on perusteltua olettaa, että tuomari kykenee ratkaisemaan perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen lain mukaisesti. Samalla vastattavaksi tulee se, onko perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten yhteydessä perusteltua puhua yhden oikean syyllisyysratkaisun mahdollisuudesta.

Tehtävä on aloitettava tekemällä lyhyt katsaus siihen, mistä tapauksessa oli kysymys. Tämän jälkeen on tarkasteltava sitä, minkälaisessa kontekstissa kansanryhmän suojaksi säädettyä kriminalisointia on sovellettava. Vasta näiden kahden askeleen jälkeen voimme lähemmin tarkastella tuomarin päätöksentekoon sisältyvää problematiikkaa. Todettakoon täsmennykseksi, että mielenkiintoni kohteena on se Halla-ahon lausuma, joka aktualisoi syyksilukevan tuomion kiihottamisesta kansanryhmää vastaan. Täten tapauskokonaisuuteen sisältynyt uskonrauhan rikkominen on sulkeistettu keskustelun ulkopuolelle.

Tapauskuvaus. Halla-aho julkaisi kirjoituksensa otsakkeella ”Muutama täky Illmanin Mikalle”.[117] Tekstissään Halla-aho kirjoittaa: ”Seuraava täky kuuluu: Ohikulkijoiden ryöstely ja verovaroilla loisiminen on somalien kansallinen, ehkä suorastaan geneettinen piirre.” Tämän jälkeen kirjoituksessa on kysytty, onko edellä mainittu väite sopimaton, ja sen jälkeen todettu, että Julkisen sanan neuvostolle oli tehty kantelu Kaleva-lehden pääkirjoituksesta, jossa ”päissään tappamisen arveltiin olevan suomalaisten kansallinen, ehkä suorastaan geneettinen erityispiirre”. Virke on esitetty vahvennetulla tekstityypillä ja alleviivattuna.

Kirjoituksessa on myös todettu, että Julkisen sanan neuvosto ei ole ottanut kantelua käsiteltäväkseen, ja siteerattu neuvoston sihteerin seuraava lausuma: ”Kirjoittaja viitannee selvityksiin, joissa humalajuominen on havaittu suomalaisen alkoholikulttuurin erityispiirteeksi. Myös humalan ja väkivallan välillä on

---

[114] KKO 2012:58.

[115] Sittemmin syyskuussa 2013 Halla-aho jätti eduskunnan kansliaan lakimuutosehdotuksen, jonka tarkoituksena oli muun muassa lieventää rikoslaissa sanktioitua kansanryhmää vastaan kiihottamista (RL 11:10). Tapauskokonaisuuden jälkeen vuonna 2014 Halla-aho valittiin Europarlamenttiin.

[116] Jussi Halla-ahon julkisuuteen toimittama tiedote 11.6.2012. Halla-aho 2012.

[117] Todettakoon, että Mika Illman työskenteli kirjoituksen aikaan valtakunnansyyttäjänvirastossa ja hänen erikoisasiantuntemustaan olivat sananvapausrikokset ja erityisesti kiihottaminen kansaryhmää vastaan.

todettu yhteyksiä. Ongelman geneettistä taustaa kirjoittaja ei käsittele faktana vaan esittää siitä oman arvelunsa."

Tämän jälkeen kirjoituksessa on todettu, että kiihottaminen kansanryhmää vastaan on virallisen syytteen alainen rikos, ja koska valtionsyyttäjä Illman ei ole viran puolesta puuttunut Kalevan juttuun, voitaneen tehdä johtopäätös, että negatiivisia, kansallis-geneettisiä stereotypioita saa julkaista, kunhan niitä ei käsitellä faktana. Edelleen kirjoituksessa on lausuttu, että kaikki somalit eivät tietenkään ryöstä tai loisi verovaroilla, mutta eivät toisaalta kaikki suomalaisetkaan tapa päissään. Tämän jälkeen kirjoituksessa on esitetty tilastotietoja somalien ryöstörikoksista ja työssä käymisestä sekä todettu, että ryöstely ja loisiminen ovat somalien lukumäärään suhteutettuina paljon tavallisempia ilmiöitä kuin humalassa tappaminen suomalaisten keskuudessa. Kirjoituksen päätteeksi todetaan: "Niinpä esitän uudelleen arvioni (jota en käsittele faktana): Ohikulkijoiden ryöstely ja verovaroilla loisiminen on somalien kansallinen, ehkä suorastaan geneettinen erityispiirre." Viimeksi mainittu virke on esitetty vahvennetulla tekstityypillä.

Syyttäjä katsoi, että kirjoitus on vihapuhetta, joka ei nauti sananvapauden suojaa. Vastaaja vetosi muun muassa siihen, ettei teko ollut oikeudenvastainen, koska väitteen esittämisessä on ollut kysymys Julkisen sanan neuvoston ja valtionsyyttäjän toiminnan sarkastisesta arvostelusta.

Huomionarvoista on, että perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemisessa joudutaan harvoin jos koskaan pohtimaan sitä, mitä reaalimaailmassa on tapahtunut. Nimenomaan tämä erottaa perus- ja ihmisoikeussensitiivisen rikoslainsoveltamisen esimerkiksi kiperistä talousrikostapauksista, joissa normit ja tosiasiat lomittuvat kiinteästi toisiinsa.[118] Myös Halla-ahon tapauksessa oikeuskysymys oli puhdistettu näyttöongelmista. Toisin sanoen kiistanalaista ei ollut se, mitä Halla-aho on kirjoittanut. Kiista koski yksinomaan sitä, olivatko Halla-ahon lausumat oikeusjärjestyksen sallimia vai kieltämiä.

Viharikoksen (RL 11:10) sovelluskonteksti. Kiihottaminen kansanryhmää vastaan (jäljempänä vihapuhe) on avoin mutta ei erityisen vaikeaselkoinen rikostunnusmerkistö.[119] Jos kysymyksessä olisi erityisen vaikeaselkoinen tunnusmerkis-

---

[118] Normien ja tosiasioiden yhteen lomittumisesta ks. esim. Tolvanen 2012 s. 245–246; Lahti 2006 s. 100.

[119] Halla-ahon kirjoituksen julkaisuaikana voimassa oli ns. vanha viharikossääntö, jonka mukaan kiihottamisesta kansanryhmää vastaan tuomitaan se, joka yleisön keskuuteen levittää lausuntoja tai muita tiedonantoja, jossa uhataan, panetellaan tai solvataan jotakin kansallista, etnistä, rodullista tai uskonnollista ryhmää taikka niihin rinnastettavaa muuta kansanryhmää. Vuonna 2011 tunnusmerkistöä muutettiin siten, että kiihottamisesta kansanryhmää vastaan tuomitaan se, joka asettaa yleisön saataville tai muutoin yleisön keskuuteen levittää tai pitää yleisön saatavilla tiedon, mielipiteen tai muun viestin, jossa uhataan, panetellaan tai solvataan jotakin ryhmää rodun, ihonvärin, syntyperän, kansallisen tai etnisen alkuperän, uskonnon tai vakaumuksen, seksuaalisen suuntautu-

tö, teon pitäisi olla kieltoerehdyksen perusteella anteeksiannettava.[120] Koska yksittäisten rikostunnusmerkistöjen kohdalla kieltoerehdys ei tule juuri koskaan sovellettavaksi,[121] voimme lähteä siitä, että myös vihapuheen lain kirjainta voidaan pitää riittävän täsmällisenä. Näin ajateltuna vihapuhetunnusmerkistön soveltamista elettyyn elämään voidaan pitää objektiivisena lain kirjaimen seuraamisena. Ongelmat eivät kuitenkaan tyhjene tähän.

Vihapuherikos on niin sanottu sananvapausrikos, ja tunnetusti rikostunnusmerkistöjen soveltaminen sananvapaussensitiivisesti voi olla poikkeuksellisen hankalaa. Kuvaavaa on, että käräjäoikeus ja hovioikeus katsoivat Halla-ahon ilmaukset oikeusjärjestyksen sallimiksi, ja vasta korkein oikeus totesi lausumien olevan oikeusjärjestyksen vastaisia. Tiedossamme myös on, etteivät sananvapaustapaukset ole ylipäätään olleet tuomioistuimille niitä kaikkein helpoimpia. Sananvapausrikosten vaikeutta voidaan perustella paisi oikeudellisin myös tilastollisin syin. Aloittakaamme tilastoilla.

Kymmenen vuoden periodilla vuosina 1.1.2004–31.12.2013 Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaistavana on ollut yli 600 tapausta, joissa on ollut liitäntä sananvapausartiklaan.[122] Samalta ajanjaksolta löytyy myös 34 sananvapaustapausta, joiden perusteluissa mainitaan termi ”hate speech” eli vihapuhe.[123] Vaikka kaikkien ihmisoikeustuomioistuimen sananvapaustapausten tunteminen ei ole relevanttia kaikissa kotimaisissa sananvapaustapauksissa, sananvapaustapausten riittävä tunteminen on kuitenkin välttämätöntä. Ilman ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön riittävää tuntemista on vaikea tietää, minkälaiset ilmaukset ovat eurooppalaisen sananvapauden sallimia ja minkälaiset ilmaukset voidaan allokoida eri rikostunnusmerkistöjen alaisuuteen. Haastavuutta lisää se,

---

misen tai vammaisuuden perusteella taikka niihin rinnastettavalla muulla perusteella (RL 11:10). Muutoksen yhteydessä lakiin lisättiin myös viharikoksen törkeä tekomuoto (RL 11:10a).

120 Tapani – Tolvanen 2013 s. 350–361; Frände 2012 s. 185–189; Melander 2011 s. 185.

121 Tapani – Tolvanen 2013 s. 350 ja s. 352; Frände 2012 s. 186. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 113. 2010-luvulla korkein oikeus on ottanut kantaa kieltoerehdykseen ainakin ratkaisuissa KKO 2014:7; KKO 2013:55; KKO 2011:28; KKO 2011:23; KKO 2011:4. Yhdessäkään ratkaisussa korkein oikeus ei katsonut olevan kysymyksessä sellainen tilanne, jossa kieltoerehdys tulisi sovellettavaksi. Koska jokainen mainituista tapauksista on ollut oikeudellisesti varsin epäselvä, on selvä, että kieltoerehdys voi tulla sovellettavaksi vain varsin poikkeuksellisissa tapauksissa.

122 Tiedot perustuvat Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen HUDOC-tietokantaan. Tarkasteluajanjakso oli 1.1.2004–31.12.2013 ja hakusanana oli (Art. 10) freedom of expression (General). Tällä ajanjaksolla EIT on antanut yhteensä 617 päätöstä, joissa on liitäntä sananvapausartiklaan. Suuren jaoksen päätöksiä (Grand Chamber) oli yhteensä 21 ja jaostojen (Chamber) päätöksiä yhteensä 596.

123 Tiedot perustuvat HUDOC-tietokantaan. Tarkasteluajanjaksolla 1.1.2004–31.12.2013 EIT on antanut suuren jaoksen ja jaostojen toimesta yhteensä 34 sellaista tuomiota (Judgement), jonka perusteluissa mainitaan termi ”hate speech” eli vihapuhe.

että ihmisoikeustuomioistuimen sananvapausratkaisukäytäntö on dynaamista. Se elää ajassa ja paikassa.

Sanottu ei tarkoita, että ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisulinjasta olisi mahdotonta määritellä myös yleisiä oikeusohjeita, jotka on huomioitava erityyppisissä sananvapaustapauksissa. Sananvapauden rajoittamisen tulee olla välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa ja [julkinen] sananvapaus sisältää myös järkyttävien, loukkaavien, huolestuttavien ja provokatiivisten sanamuotojen käytön.[124] Se, mikä kutakin yksilöä tai yhteisöä järkyttää tai minkälaiset sananvapauden rajoitukset demokratiassa ovat välttämättömiä, on toinen kysymys. Kommentoitakoon lyhyesti, että pohjimmiltaan demokratiassa välttämätöntä on se, minkä enemmistö välttämättömäksi katsoo. Tuomioistuinharkinnassa tällainen ajattelu on kuitenkin problemaattista, koska tuomarit eivät ole vaaleilla valittuja kansanedustajia.

Oli miten oli, oikeudellisesti viharikostunnusmerkistön soveltaminen on haastavaa, koska tuomarin tulee tarvittaessa osata sivuuttaa lainkirjain. Oikeusteoreettisesti kysymys on rikoslakipositivismin liudentumisesta. Tätä problematiikkaa voidaan lähestyä joko perus- ja ihmisoikeuspainotteisesti tai rikosoikeuspainotteisesti. Jos valitsemme ensin mainitun, sanomme, ettei rikoslailla voida rajoittaa sellaista vapautta, joka turvataan perus- ja ihmisoikeuksissa. Tällöin pohdimme ensisijaisesti sitä, kuinka laajan sanomisen vapauden sananvapaus kattaa. Jos valitsemme jälkimmäisen vaihtoehdon, hahmotamme ongelman rikosoikeussystemaattisesti. Tällöin voimme todeta, että Halla-ahon lausumat täyttävät rikostunnusmerkistön, mutta teko ei välttämättä ole oikeudenvastainen. Tällainen harkinta muistuttaa läheisesti rikosoikeudellista oikeudenvastaisuusarviota, jossa pohditaan, voiko sinänsä tunnusmerkistön täyttävä teko olla jollakin oikeuttamisperusteella sallittu. Tätä tematiikkaa olen käsitellyt edellä.

Vaikka näiden kahden lähestymistavan välinen ero voi vaikuttaa merkityksettömältä, näkökulmaerolla on vaikutusta henkilöiden asenteeseen. Ne, jotka hahmottavat asian perus- ja ihmisoikeuslähtöisesti, ovat taipuvaisempia sivuuttamaan rikoslain kirjaimen. Toisaalta ne, jotka hahmottavat ongelman rikosoikeuslähtöisesti, ovat taipuvaisempia pitämään kiinni lakisidonnaisuuden traditiosta. Kuten johdannossani totesin, tällainen asenne-ero on omiaan selittämään sen, miksi perus- ja ihmisoikeussensitiivinen rikoslain soveltaminen on muodostunut tuomioistuimissa hankalaksi. Rikosasioissa on vaikea luopua kotimaisesta lakipositivistisesta traditiosta, eikä tätä kommenttia ole tarkoitettu kritiikiksi. Yhä edelleen rikoslain muoto on mielivallan vihollinen.

---

[124] Ks. esim. Suomea koskevat ratkaisut Karttunen v. Suomi (10.5.2012, kohta 18); Lahtonen v. Suomi (17.1.2012, kohta 61). Ks. myös Springer AG v. Saksa (7.2.2012, kohdat 78, 81).

Päätöksenteon eksistentialistinen problematiikka. Koska viharikostunnusmerkistön soveltaminen ei ole vain rikoslain kirjaimen seuraamista, kysymys kuuluu, missä määrin vihapuhetunnusmerkistön soveltamista voidaan pitää oikeudellisena. Oikeusteoreettisesti tähän kysymykseen vastaamista voidaan pitää merkittävänä, koska siihen vastaamalla vastataan myös siihen, onko tuomareille asetettu velvollisuus ratkaista syyllisyyskysymykset lainmukaisesti sellainen velvollisuus, jonka täyttäminen ei ole mahdollista.

Tätä problematiikkaa on lähestyttävä eksistentialistisin argumentein. Jos löydös ei ole mieluinen, seuraavaksi joudutaan pohtimaan sitä, miten oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus voidaan taata, vaikka tuomareiden päätökset ovat alttiita mielivalalle.

Totesin edellä, ettei vihapuhetapaus ratkea yksin rikostunnusmerkistön sanoja analysoimalla. Tällöin myös sanojen sisältöä ja tarkoitusta täsmentävän lainvalmisteluaineiston merkitys on relatiivista. Toiseksi tunnusmerkistön soveltamista määrittävä eurooppalainen sananvapauskäytäntö on vaikeasti hallittavissa. Hallittavuutta vaikeuttaa se, ettei suomalainen eikä varsinkaan eurooppalainen sananvapaus ole vakio. Sananvapauden rajat venyvät ja supistuvat yhteiskunnallisissa taitekohdissa. Tällaisessa kontekstissa, jossa ratkaisuperusteita on lukuisia, on vaikea perustella sitä, miksi valitut ratkaisuperusteet ovat relevantteja ratkaisuperusteita. Asian selventämiseksi lainatkaamme Erik Lagerspetziä. Lainausta ennen tehkäämme kuitenkin seuraava perusteluteoreettinen täsmennys.

Pohjimmiltaan rikostuomion perusteleminen ei merkittävästi eroa tieteellisen tiedon perustelemisesta.[125] Molemmissa tapauksissa edellytys on, ettei väitettä perustella mielivaltaisilla tai subjektiivisilla argumenteilla, vaan viittaamalla toisiin perusteluihin,[126] jotka ovat hyvin perusteltuja tai joita pidetään yleisesti hyväksyttyinä.[127] Tällainen tietoteoreettinen ehto generoi – filosofeille varsin tutun – perustelujen ketjun. Jokaisella väitteellä on oltava perustelunsa, perusteluiden perusteluilla omat perustelunsa, näillä taas omat perustelunsa ad infinitum.[128] Koska tuomarin uskomusjärjestelmä ei voi sisältää ääretöntä määrää toisiaan perustelevia uskomuksia,[129] perustelujen ketjun on päätyttävä johonkin perusteeseen, jonka pätevyyden tuomari hyväksyy annettuna. Toinen vaihtoehto on, että tuomarin perustelut ovat sillä tavalla kehämäisiä, että tuomioväitteen perustelut

---

[125] Tieteellisestä päättelystä ja argumentaatiosta ks. Hilpinen 2002, erityisesti s. 23–24.
[126] Totuuden koherenssiteoriasta ks. Young 2013.
[127] Ns. fundamentalistisesta totuusteoriasta ks. Fumerton – Hasan 2010.
[128] Ks. esim. Fumerton – Hasan 2010 ja Hilpinen 2002 s. 23. Seikkaperäisesti tiedon perustelemisesta ja oikeuttamisesta ks. Lammenranta 1993, erityisesti luku 3.
[129] Ks. Lagerspetz 1995 s. 10.

johtavat perusteluihin, joiden relevanssi voidaan perustella vain tuomioväitteen itsensä avulla.[130]

Tuomioistuinten rikostuomioiden perustelut ovat muodollisesti sellaisia, joissa todetaan, että teko täyttää sen, mitä rikostunnusmerkistön täyttyminen edellyttää. Tällöin tunnusmerkistö otetaan argumentoinnin perustaksi. Esimerkiksi Halla-aho-ratkaisussaan korkein oikeus toteaa, että Halla-ahon lausumat on ymmärrettävissä niin sanotun vihapuheen kaltaisiksi lausumiksi, jotka eivät nauti sananvapauden suojaa ja täten Halla-aho on syyllistynyt kiihottamiseen kansaryhmää vastaan. Tällainen lausuma sulkeistaa kritiikin, koska siinä ilmoitetaan, että korkein oikeus on toiminut siten kuin rikoslaki määrää.

Kritiikille on kuitenkin paikkansa. Tilanne ei ole triviaali, koska pohjimmiltaan arvioinnin kohteena ei ole teon tunnusmerkistön mukaisuus vaan ne perustelut, joilla tunnusmerkistön tapauskohtainen soveltuvuus perustellaan. Täten vetoaminen lain auktoriteettiin on laillisuusperiaatteen vuoksi pakollista, mutta kiperissä tapauksissa se myös häivyttää päätöksentekijän henkilökohtaisen vastuun.[131] Asian täsmentämiseksi tarkastelkaamme päätöksenteon eksistentialistista problematiikkaa.

Luonteeltaan rikostunnusmerkistöt ovat käskyjä.[132] Ne määräävät tietyt teot ja tekemättä jättämiset kielletyiksi, jolloin jäljelle jäävät teot ja tekemättä jättämiset ovat sallittuja. Vastaavasti tuomareille tunnusmerkistöt antavat käskyn, että tilanteessa t^1 on sovellettava rikostunnusmerkistöä r^1. Tällöin tuomarin tehtäväksi jää päättää se, milloin sääntöä on sovellettava. Kiperissä tapauksissa tuomari joutuu väistämättä soveltamaan harkintaa. Pohjimmiltaan harkinnan syy on se, ettei kirjoitetulla lailla voida kahlita tulevaisuutta. Tämä pakottaa rikoslainsäätäjän varautumaan ennakolta eteen tuleviin tilanteisiin, minkä vuoksi tunnusmerkistöt eivät sisällä konkreettisten tekojen vaan abstraktien tekotyyppien kuvauksen.[133]

Moderni oikeusjärjestys sisältää myös normeja, jotka täsmentävät toisten normien sovellusaluetta. Oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa tällaisia täsmentäviä normeja verrataan usein shakkipelin sääntöjä tarkentaviin sääntöihin.[134] Shakissa, aivan kuten kaikissa muissakin peleissä, tarvitaan pelin kulkua määrittävien sääntöjen lisäksi myös sääntöjä, jotka määrittävät esimerkiksi pienimmät pelinappulat sotilaiksi ja isoimman kuninkaaksi.

Oikeusjärjestyksessä täsmentävien normien tehtävä on täsmälleen samanlainen. Ne määräävät, että rikostunnusmerkistö r^1 on voimassa, jos myös normit n^1,

---

[130] Ks. myös Hilpinen 2002 s. 23; Lammenranta 1993 s. 140.
[131] Ks. Paso 2009 s. 345.
[132] Preskriptiivisistä eli käskevistä/kieltävistä normeista ks. von Wright 1963, erityisesti s. 7–8.
[133] Frände 2012 s. 49; HE 44/2002 vp s. 34.
[134] Esim. Marmor 2009, erityisesti jakso 6 (How Law Is Like Chess); Aarnio 2006 s. 281.

n^2 ja n^3 ovat voimassa. Luonteeltaan täsmentävät normit voivat olla esimerkiksi rikosoikeudellista tahallisuutta täsmentäviä korkeimman oikeuden normatiivisia lausumia tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä ilmeneviä oikeusperiaatteita. Myös rikoslainsoveltamista ohjaavat lainsoveltamisopit ovat tunnusmerkistön soveltamista täsmentäviä normatiivia kannanottoja.

Täsmentävät normit eivät kuitenkaan poista tuomarin harkinnan tarvetta. Tuomarin tehtävä on edelleen päättää se, mikä perustelee täsmentävien normien n^1, n^2 ja n^3 tapauskohtaisen relevanssin. Normeja n^1, n^2 ja n^3 voidaan täsmentää uusin normatiivisin perustein n^4, n^5 ja n^6, mutta jossakin vaiheessa normiregression päätepiste on otettava annettuna.[135] Tuomarit eivät voi ratkaisuharkinnassaan edetä yhä syvemmälle ja kirjoittaa normatiivia päätösperusteluitaan loputtomasti. Erik Lagerspetziä lainaten myös rikoslain soveltaminen on inhimillistä toimintaa, ja rikoslain voimassaoloa täsmentävien normien regression päätepiste on tuomarin tekemä päätös.[136] Tässä mielessä tuomareiden vetoaminen rikoslain käskyihin on erheellistä.

Tässä yhteydessä on syytä pysähtyä ja kerrata, että pääpiirteissään rikoslain soveltaminen on ongelmatonta. Ylivoimaisesti suurin osa rikosoikeustapauksista on sellaisia, että niissä rikostunnusmerkistön sovellusalue on kiistaton. Tällaisissakin tapauksissa voi ilmetä näytöllistä erimielisyyttä, mutta varsinaisen oikeuskysymyksen ratkaisu on suoraan laista luettavissa. Sen sijaan kiperissä tapauksissa rikostunnusmerkistön täsmentävien normien valinta voi muodostua ongelmaksi. Poikkeustilan filosofiasta kirjoittaessaan Erik Lagerspetz on onnistunut tiivistämään valintaproblematiikan filosofille tyypillisellä täsmällisyydellä.[137] Tähän yhteyteen modifioituna kysymys on seuraavasta.

Syyllisyyskysymyksissä tuomareilla on perusteluvelvollisuus (OK 24:4 ja ROL 11:4). Näin ollen tuomarit perustelevat päätöksensä viittaamalla syyllisyysratkaisua tukeviin ratkaisuperusteisiin. Tällöin tuomarilta voidaan kuitenkin kysyä, miten perustelet sen, että valitsemasi ratkaisuperustelut ovat perusteltuja. Tuomari voi vastata kysymykseen viittaamalla ratkaisua tukevien ratkaisuperusteiden perusteluihin, mutta myös kysymys voidaan toistaa uudelleen ja uudelleen.[138] Jos oletamme, ettei valintapäätös synny tyhjästä, päätös on seuraus päätöstä edeltäneistä perusteluista. Tällöin päätös on tehty jo silloin, kun tuomari on päättänyt hyväksyä syyllisyysratkaisunsa perustelut, kuten Lagerspetz voisi asian ilmaista.[139] Tässä mielessä syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen on pakotetusti alisteinen päätöksen perusteluille, jotka taas ovat alisteisia perusteluita

---

[135] Lagerspetz 2002a s. 47.
[136] Lagerspetz 2002a s. 47.
[137] Lagerspetz 2002a s. 49.
[138] Väitteen perustelemisen problematiikasta ks. Fumerton – Hasan 2010.
[139] Lagerspetz 2002a s. 49.

edeltäneille perusteluille ja niin edelleen. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, ettei tuomarilla ole muuta vaihtoehtoa kuin harkita, päättää ja kantaa subjektiivinen vastuu valitsemiensa ratkaisuperusteiden hyväksyttävyydestä.[140]

Sanottua voidaan havainnollistaa Halla-ahon tapauksella, jossa korkein oikeus perustelujensa lopuksi toteaa, että ”edellä mainituilla perusteluilla Korkein oikeus katsoo A:n syyllistyneen siihen kiihottamiseen kansanryhmää vastaan, mistä hänelle on vaadittu rangaistusta”. Voimme perustellusti kysyä, miksi korkein oikeus ei ”edellä mainituissa” perusteluissaan päätynyt painottamaan kirjoituksen sarkastisuutta tai kirjoituksen kritiikkiä, joka oli kohdistettu tiedotusvälineitä ja viranomaisia kohtaan. Molemmille näistä perusteluista olisi löytynyt tukea myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä.

Vastaavasti voimme kysyä, miksi korkein oikeus perusteluissaan valitsi relevanteiksi perusteluiksi ne Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapaukset, joissa sananvapauden rajoittaminen on hyväksytty vihapuheiden perusteella. Yhtä hyvin relevanteiksi päätösperusteluiksi olisi voitu nostaa ne tapaukset, joissa provokatiiviset, järkyttävät tai huolestuttavatkin sanamuodot ovat saaneet sananvapauden suojaa. Perusteluissa olisi voitu painottaa myös arvoarvostelmien ja poliittisen keskustelun vapautta, oli keskustelun tyylistä mitä mieltä tahansa. Näin esitettynä korkeimman oikeuden tuomareilla ei ole muuta mahdollisuutta kuin todeta, että meidät on pakotettu harkitsemaan, päättämään ja kantamaan eksistentiaalinen vastuu valintapäätöksestämme.

Sanottu ei tarkoita, että korkein oikeus olisi toiminut kyseenalaisesti tai väärin. Myös korkeimman oikeuden perusteluista ilmenevällä tavalla Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen päätöksistä on luettavissa, että vihapuheisiin suhtaudutaan kielteisesti. Tämä ei kuitenkaan muuta sitä, että pohjimmiltaan etenkin erilaisten oikeuksien kollisiossa on kysymys tilanteesta, joka voidaan ratkaista vain tukeutumalla arvoihin, jotka yksittäisessä tapauksessa korotetaan kollisiossa olevien oikeuksien yläpuolelle.[141] Se, palautuvatko nämä arvostukset positiivisesti asetettuihin oikeuslähteisiin (lakipositivistit) tai löytyvätkö ne muutoin oikeusjärjestyksestä (Dworkin) vai ovatko ne oikeusjärjestyksen ulkopuolisia (esimerkiksi erilaiset luonnonoikeuden variaatiot), on irrelevantti kysymys. Keskeistä on, että tuomarit on pakotettu valitsemaan päätöksensä valintaperusteet, valintaperusteidensa valintaperusteet ja niin edelleen, eikä ole uskottavaa väittää, että valintaperusteiden valinta saati valintaperusteiden valinnan alkupiste voitaisiin

---

[140] Lagerspetz 2002a s. 49. Vaikka Lagerspetz kirjoittaa poikkeustilan filosofiasta, hänen valintapäätöstä koskeva eksistentialistinen argumentaationsa on hyvin samankaltaista kuin tässä esitetty. Päätöksenteon sisältämästä eksistentialistisesta problematiikasta ks. myös Lagerspetz 1997 s. 283–296.

[141] Koskenniemi 2005 – Puhe eduskunnan oikeusasiamiehen 85-vuotisjuhlassa Helsingissä 8.2.2005.

objektivoida. Tässä mielessä myös korkeimman oikeuden Halla-aho-ratkaisu on vain muutaman henkilön subjektiivinen päätös.

4.6 RIKOSOIKEUDELLINEN SKITSOFRENIA

Taivallettuamme läpi oikeusteoreettisen argumentaation on johtopäätösten aika. Perusväitteeni mukaan oikeusvaltiossa syyllisyyskysymykseen ei voi olla lain mukaan kuin yksi oikea ratkaisu. Joko henkilö on lain mukaan syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu tai vaihtoehtoisesti hän on syytön. Tätä lähtökohtaa olen pitänyt oikeusvaltion käsitteeseen sisältyvänä episteemisenä ja moraalisena välttämättömyytenä.[142]

Väitteeni voidaan pohjata kahteen erilaiseen oikeusteoreettiseen vaihtoehtoon. Ensinnäkin voimme sanoa, että lakipositivismi on riittävä rikoslain soveltamisen taustateoria, eli viime kädessä kaikki ratkaisuperusteet voidaan johtaa positiivisesti asetetuista oikeuslähteistä. Jos hylkäämme tämän vaihtoehdon, katse on käännettävä Dworkiniin. Vaikka Dworkinin ero lakipositivisteihin on selvä, hänen pyrkimyksensä ovat yhtäläiset lakipositivistien kanssa. Myös Dworkin lähtee siitä, että oikeusturva ja lain soveltamisen ennakoitavuus edellyttävät sitä, etteivät tuomarit luo (sanan varsinaisessa merkityksessä) oikeutta, vaan perustavat ratkaisunsa olemassa olevaan oikeuteen. Avukseen Dworkin ottaa oikeusperiaatteet, joiden hän katsoo sisältyvän moderneihin oikeusjärjestyksiin, olkoonkin, ettei periaatteiden olemassaolo perustu positiiviseen oikeuteen.

Osoittamallani tavalla kumpikin vaihtoehto sisältää teoreettisia ongelmia. Myös käytännössä on vaikea verifioida, milloin tuomari tekee ratkaisunsa lainmukaisesti tai astuu lain tuolle puolen. Tämä ei tietenkään tarkoita sitä, että syyllisyysratkaisut tehtäisiin ilman oikeudellisten normien tukea. Jo pelkästään rikosoikeudellinen laillisuusperiaate edellyttää, että syylliseksi voidaan tuomita vain, jos teko voidaan allokoida jonkin rikostunnusmerkistön mukaiseksi.

Rikoslain mukaisuuden perimmäinen ongelma ei olekaan sellaisen normin löytäminen, johon tukeutuen syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen voitaisiin perustella. Pikemminkin ongelmana on se, että tuomari on pakotettu valitsemaan normivalintansa valintaperusteet ad infinitum. Siinä missä rutiiniratkaisuissa lain seuraaminen ei aiheuta tuomarille päänvaivaa, kiperissä tapauksissa tuomarin on

[142] Vastaavasti (joskaan ei rikosoikeudellisin tarkoitusperin) myös Lagerspetz. Ks. Lagerspetz 2009 s. 167.

kannettava eksistentiaalinen vastuunsa. Tätä vastuuta ei voi paeta edes Dworkinin supertuomari Herkules, koska eksistentialistista harkintaa ei voida häivyttää oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta. Edes Herkules ei voi edetä ratkaisuperusteiden regressiossa yhä pidemmälle. Näin ollen dworkinilainen ajatus, jonka mukaan kiperissä syyllisyyskysymyksissä totuus löytyisi konstruktiivisen tulkinnan tietä, ei vaikuta realistiselta vaihtoehdolta – ellemme hyväksy sitä, että oikeudelliset päättelyketjut ovat luonteeltaan kehämäisiä siten, että syyllisyysratkaisu voitaisiin perustella sillä nimenomaisella normilla, jonka tapauskohtaista voimassaoloa pyritään toisten normien tuella perustelemaan.

On myös problemaattista olettaa, että eri suuntiin viettävien ratkaisuperusteiden välinen ristiriita voitaisiin aina ratkaista oikeusjärjestyksen sisäisesti. Tämähän tarkoittaisi sitä, että oikeudelliset ristiriidat kykenisivät ratkaisemaan itse itsensä. Tällöin ristiriita ei olisi aito oikeudellinen ristiriita, koska suljettu systeemi (oikeusjärjestys) pystyisi sen itse ratkaisemaan. Useat oikeudelliset ristiriidat kuitenkin vaikuttavat todellisilta. Parhaiten tämän voi huomata lukemalla korkeimman oikeuden äänestysratkaisuja tai oikeusoppineiden kirjoituksia. Ne molemmat osoittavat, että oikeuskysymykset ovat alttiita eriäville mielipiteille.[143] Sitä paitsi elleivät oikeudelliset ristiriidat olisi aitoja, olisi myönnettävä, että syyllisyysratkaisuista eriävät mielipiteet olisivat vain subjektiivisia kannanottoja. Tällainen olettama olisi omiaan rapauttamaan myös korkeimman oikeuden syyllisyysratkaisuista eriävien oikeusneuvosten mielipiteiden arvovaltaa riippumatta siitä, tietäisimmekö sitä, kumpi vastausvaihtoehdoista – syytön vai syyllinen – olisi lainmukainen ratkaisu.

Puhuttaessa laillisuuden problematiikasta kysymys ei ole vain käytännöllisestä vaan olennaisella tavalla myös teoreettisesta ongelmasta. Kysymys ei siis ole vain siitä, että Herkulesta arkipäiväisemmillä tuomareilla on vain inhimilliset kyvyt ja rajalliset voimavarat etsiä oikeusjärjestyksen kätkemiä ratkaisuperusteita (oikeusperiaatteita). Pikemminkin kysymys on siitä, ettei eksistentialistisen päätöksenteon problematiikkaa voida sulkeistaa oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta. Eksistentialisti ei tyydy vastaukseen, että syyllisyyttä tukevat oikeudelliset ratkaisuperusteet ovat relevantteja, koska valittuja ratkaisuperusteita tukevat toiset oikeudelliset ratkaisuperusteet tukevat ratkaisuperusteiden valintaa. Tällöin eksistentialisti kysyy, mitkä oikeudelliset ratkaisuperusteet perustelevat sen, että rikostunnusmerkistön mukaisuutta tukevien oikeudellisten ratkaisuperusteiden perusteiden valinta on oikeudellisesti perusteltu. Lopulta vastaajalla ei ole muuta vaihtoehtoa kuin todeta, että vastaajan syyllisyyttä tai syyttömyyttä tukevien valintaperusteiden joukko ei ole suljettu, mutta minulla ei ole mahdollisuutta kirjoittaa tuomioni perusteluita ikuisesti. Tämän vuoksi joudun kantamaan hen-

[143] Hyttinen 2011 s. 265.

kilökohtaisen vastuuni. Tämä problematiikka on ylittämätön myös Herkuleksel-le.

Näin ollen kiperissä tilanteissa arvostuksille avoimet valinnat on sisäänraken-nettu tuomarien päätöksentekoon. Kuten edellä totesin, ratkaisevan argumentin valinta on aina tuomarin tekemä ei-normatiivinen päätös. Tämän vuoksi on on-gelmallista olettaa, että jokainen syyllisyyskysymys voitaisiin ratkaista lain mu-kaisesti. Tämä johtaa rikosoikeudelliseen skitsofreniaan. Yhtäältä yhden oikean lainmukaisen syyllisyysratkaisun olettama on oikeusvaltion välttämätön edellyt-tys. Toisaalta yhdestä oikeasta syyllisyysratkaisusta kiinni pitäminen vaikuttaa mahdottomalta. Tällainen tilanne on omiaan aiheuttamaan ahdistusta oikeusvar-muuteen ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuuteen sitoutuneelle rikosoikeuden tutkijalle. Miten siis jatkaa eteenpäin?

Ensinnäkin rikoslaki toimii pääasiassa moitteettomasti, eikä syyllisyysratkai-suja tavan takaa kyseenalaisteta. Näin ollen kirvestä ei tarvitse heittää kaivoon ja todeta, että erityyppiset kriittiset koulukunnat ovat oikeassa väittäessään, että lainsoveltaminen on indeterminanttia. Toteamallani tavalla tuomioistuinlaitos ei kuitenkaan ole olemassa vain helppoja tapauksia varten, ja nimenomaan vaikeis-sa tapauksissa punnitaan se, kuinka hyvin oikeusjärjestelmä tosiasiassa toimii. Näin ollen olen pitkällisen pohdinnan tuloksena päätynyt seuraavaan.

Tarkasteltaessa perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen rat-kaisemista ei kaiken kattavaksi taustateoriaksi voida valita lakipositivismia eikä myöskään oikeusperiaatteiden merkitystä korostavaa konstruktivismia (Dwor-kin). Oikeusvarmuutta ja lainmukaisuutta korostavassa rikosoikeudessa kysy-mys ei voi olla näiden kahden tyylisuunnan välisestä tasapainoilustakaan, koska lakipositivismin ja Dworkinin välillä ei ole mitään oikeusteoreettista oppia, jo-hon tukeutumalla syyllisyysratkaisujen lainmukaisuus voitaisiin turvata.[144] Näin ollen puollan realismin ja idealismin yhdistelmää, johon sisältyy käytännöllinen ymmärrys siitä, että (1) kiperissä syyllisyyskysymyksissä ei-lainmukaisuus on jatkuva uhka ja (2) ratkaisujen lainmukaisuuden turvaaminen tärkein päämäärä. Tällöin keskiöön nousee se, miten oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoi-tavuus voidaan turvata optimaalisesti. Tähän problematiikkaan vastaaminen edellyttää syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen sisältyvien oikeuslähdeopillis-ten, metodologisten ja epistemologisten näkökulmien huomioimista.

---

[144] Huomautettakoon, että Aulis Aarnio on todennut tasapainoilleensa nimenomaan lakipositivis-min ja dworkinilaisen ajattelun välillä. Ks. Aarnio 2006 s. 22. Vastaavanalainen tasapainoiluajatus välittyy myös Neil MacCormickin esipuheesta teoksessa ”Legal Reasoning and Legal Theory” (1978/2003), jossa MacCormick toteaa ponnistavansa Hartin lakipositivismin pohjalta mutta ei Dworkinin syliin. Ks. MacCormick 2003, erityisesti s. xiv–xvi.

5 Syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen – oikeuslähdeopillinen näkökulma

5.1 VALITSEMANI NÄKÖKULMAN PERUSTELUT

Syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteita koskevalle keskustelulle on paikkansa. Samalla perinteinen kysymys ”mistä tuomarin tulee ammentaa” vaikuttaa sellaisenaan mielenkiinnottomalta. Tämä johtuu siitä, että oikeuslähdeopillisilla puheenvuoroilla on tapana toistaa itseään. Näin ollen en jäljempänä keskustele vain syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteista, vaan pyrkimykseni on myös avartaa rikosoikeudellisista ratkaisuperusteista käytyä keskustelua.

Itselleni ominaisesti en kaihda filosofista tarkastelutyyliä, jossa kriittiset argumentit koetaan yhtä tärkeiksi kuin vastausten tarjoaminen. Kiinnostukseni kohteena eivät kuitenkaan ole pätevän oikeuden kriteerit vaan rikoslain sisältöä määrittävät ratkaisuperusteet. Esimerkiksi oikeusfilosofisessa kirjallisuudessa ei ole oltu niinkään kiinnostuneita pätevän oikeuden sisällöstä kuin itse pätevän oikeuden kriteereistä.[1] Tällöin on pohdittu sitä, voiko äärimmäisen epäoikeudenmukainen laki olla pätevää oikeutta tai edellyttääkö säännön pätevyys sitä, että sitä käytännössä myös sovelletaan.[2]

Rikosoikeudellisesti tällainen filosofinen problematiikka, jossa tarkastellaan pätevän oikeuden kriteereitä, on hedelmätöntä. Voimme lähteä siitä, että perustuslain edellyttämällä tavalla säädetty rikoslaki on pätevää oikeutta.[3] Lain sisällöllä tai sen käytännöllisellä relevanssilla ei ole merkitystä. Sen sijaan rikosoikeudellisesti on mielenkiintoista kysyä sitä, miten oikeusalamaisille pätevästi

---

1 Ks. esim. Rosenfeld 2014 s. 1–20, erityisesti s. 2.

2 Vaikka oikeusfilosofisen ja oikeusteoreettisen kirjallisuuden välille ei voida tehdä jyrkkää eroa, oikeusfilosofista ja oikeusteoreettista kirjallisuutta ei voida pitää identtisinä oikeudellisen kirjallisuuden alalajeina. Oikeusfilosofisessa kirjallisuudessa (eli pikemminkin filosofisista kuin juridisista lähtökohdista kirjoitetussa kirjallisuudessa) on pohdittu enemmän oikeuden fundamentaalisia kysymyksiä. Tällöin keskiössä ovat olleet nimenomaan pätevän oikeuden kriteerit – tai ylipäätään se, mitä laki on. Sen sijaan oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa (eli pikemminkin juridisista kuin filosofisista lähtökohdista kirjoitetussa kirjallisuudessa) oikeuden fundamentaaliset kysymykset ovat saaneet osakseen niukempaa huomiota. Tämän sijaan oikeustietieteilijät ovat keskittyneet siihen, miten pätevän oikeuden sisällöstä päästään selville. Vaikka oikeusfilosofisen ja oikeusteoreettisen kirjallisuuden välillä on ero, monia oikeusteoreettisia teoksia voidaan kutsua sekä oikeusfilosofisiksi että oikeusteoreettisiksi syyllistymättä mihinkään suureen asiavirheeseen.

3 Rikoslain pätevyydestä ks. Jareborg 2009 s. 96–97.

suunnattu käsky on tosiasiassa voimassa eli miten tuomarin on tuota käskyä sovellettava konkreettisissa oikeustapauksissa.[4]

Rikossäännön pätevyyden ja voimassaolon eroa voidaan Dan Frändeä mukaillen konkretisoida seuraavasti. Uuden rikostunnusmerkistön säätämisen jälkeen tunnusmerkistö on pätevää oikeutta, mutta lain pätevyydestä ei voida aukottomasti päätellä sitä, miten tunnusmerkistö on voimassa. Fränden mukaan tähän problematiikkaan vastaaminen edellyttää ennakkopäätöksiä ja lainopillista tutkimusta.[5]

Tällainen toteamus ei kuitenkaan auta tuomaria sellaisessa tilanteessa, jossa hänen eteensä on tuotu kiperä syyllisyyskysymys. Kiperässä tapauksessa ongelmana on nimenomaan se, ettei tuomari saa ratkaisuperusteista riittävästi johtoa voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämiseksi. Siinä missä tutkija voi ehdottaa miten lakia on luettava, tuomarin on ratkaistava syyllisyyskysymys siten kuin laki määrää. Syyllisyysratkaisujen lainmukaisuus edellyttää nimenomaan tuomarin tietämystä voimassa olevan oikeuden sisällöstä – ei epäselvää oikeustilaa koskevien tulkintasuositusten antamista. Myöhemmin todennettavalla tavalla normatiivisten ratkaisuperusteiden ja ratkaisuperusteiden käyttösääntöjen määrittely jää kuitenkin aina vaillinaiseksi. Tämä perustuu siihen, että punnintatilanteessa ratkaisuperusteiden keskinäisen etusijajärjestyksen määräävä normatiivinen ratkaisuperuste voi vielä ratkaisuhetkellä olla olematta olemassa.

Aloitan tehtäväni täsmentämällä sitä, mitä rikostunnusmerkistön voimassaolo tarkoittaa ja minkälaisia ulottuvuuksia voimassaoloon sisältyy (luku 5.2). Tällainen aloitus on perusteltu, koska voimassaolokeskustelu pohjustaa oivallisesti sitä, minkälaista oikeuslähdeopillista ja metodista problematiikkaa syyllisyyskysymysten ratkaisemiseen sisältyy. Pääasiallisesti kirjoitan rikostunnusmerkistön voimassaolosta, mutta sanottu pätee mutatis mutandis myös rikosoikeuden yleisiin oppeihin. Toisaalta perustellumpaa on kirjoittaa nimenomaan rikostunnusmerkistöjen voimassaolosta eikä rikossääntöjen voimassaolosta yleisesti. Perusteluni on se, että termi ”rikossäännöt” sisältää rikostunnusmerkistöjen lisäksi rikoslain yleiset opit, mutta pohjimmiltaan yleiset opit vain täsmentävät sitä, minkälaisten olosuhteiden vallitessa yksittäiset rikostunnusmerkistöt ovat voimassa.[6]

Tämän pohjustavan keskustelun jälkeen tarkastelen rikosoikeudellista oikeuslähdeoppia (luku 5.3). Näkökulmani on traditionaalinen, koska tarkastelen syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteita ja ratkaisuperusteiden käyttösääntöjä. Kolmanneksi tarkastelen sitä, millä ehdoilla tuomarin ratkaisuharkintaa ja päätök-

---

4 Rikoslain voimassaolosta ks. Jareborg 2009 s. 97–98.

5 Frände 2012 s. 47.

6 Tässä yhteydessä maininnan varaan jää se, ettei kaikista rikosoikeuden yleisistä opeista säädetä laissa. Kirjoitetun lain ulkopuolisten yleisten oppien, kuten olosuhdetahallisuuden, katsotaan kuitenkin pätevyydeltään vertautuvan kirjoitettuun rikoslakiin.

sentekoa ohjaavien periaatteiden voidaan sanoa nauttivan institutionaalista tukea (luku 5.4). Tämä kysymys on erityisen mielenkiintoinen puhuttaessa syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta, koska perinteisesti rikosoikeudessa periaateharkintaan on suhtauduttu penseästi. Lopuksi tarkastelen sitä, voiko perus- ja ihmisoikeuskontekstissa aktualisoitua sellainen oikeuskysymys, jota ei ratkaisuperusteiden perusteella voida ratkaista oikein eikä väärin (luku 5.5). Toisin sanoen kysyn, voiko tuomari kohdata sellaisen tilanteen, jossa ratkaisuperusteet ovat riittämättömiä tuottamaan rationaalisesti perustellun vaihtoehdon syyllisyyden ja syyttömyyden välille. Tässä keskustelussa lomittuvat oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen päätöksentekoteoria.

5.2 RIKOSTUNNUSMERKISTÖN VOIMASSAOLO

Äkkiseltään rikostunnusmerkistön voimassaolon tarkastelu voi tuntua erikoiselta. Lähtökohtaisesti rikostunnusmerkistöt ovat voimassa sen jälkeen, kun ne on asianmukaisesti voimaan saatettu. Esimerkiksi lainsäätämisensä lopuksi lainsäätäjä toteaa, että ”tämä laki tulee voimaan sinä ja sinä päivänä”. Tällainen katsantokanta ei kuitenkaan kerro koko totuutta rikostunnusmerkistön voimassaolosta, koska käsitteenä voimassaolo on moniulotteinen.[7] Täsmentäkäämme sitä, mitä rikoslain voimassaololla tarkoitetaan.

Ensinnäkin rikoslain voimassaololla voidaan viitata siihen, että rikoslaki kokonaisuudessaan tai yksittäinen rikostunnusmerkistö on pätevää oikeutta Suomessa. Tällöin sanomme, että rikoslaista löytyvät rikostunnusmerkistöt ovat sellaista oikeutta, jota Suomessa tulee noudattaa. Esimerkiksi oikeusalamaisten tulee pidättäytyä tekemästä sellaisia tekoja, jotka rikoslaissa on kielletty ja tuomareiden tulee rikoslaista ilmenevällä tavalla rangaista sellaista henkilöä, joka toimii rikoslain kieltämällä tavalla.

Rikosoikeustieteessä tällaista ”yleistä voimassaoloa” on perusteltua kutsua pätevyydeksi. Tällöin termi ”voimassaolo” viittaa pätevän oikeuden sisältöön eli siihen, miten tuomioistuimet pätevää oikeutta konkreettisesti soveltavat. Näin ollen termit ”oikeudellinen pätevyys” ja ”oikeuden voimassaolo” eivät ole merkityssisällöltään identtisiä. Oikeussäännön pätevyys kuvaa vain ja ainoastaan sitä, että sääntö on abstraktisti pätevää oikeutta, kun se on systeeminsisäisesti voimaan saatettu. Sen sijaan voimassaololla viitataan siihen, miten pätevä oikeus on konkreettisesti voimassa.

---

[7] Oikeussääntöjen voimassaolosta on menneinä vuosikymmeninä keskusteltu paljon myös Suomessa. Ks. esim. Nuotio 1998b s. 138–139; Aarnio 1989 s. 83–100; Aarnio 1982 s. 42–60; Wikström 1979 s. 9–17.

> Sanottua voidaan täsmentää viittaamalla edellä sanottuun. Luvussa 4.5 totesin, että rikostunnusmerkistöt ovat luonteeltaan käskyjä.[8] Ne määräävät tietyt teot ja tekemättä jättämiset kielletyiksi, jolloin jäljelle jäävät teot ja tekemättä jättämiset ovat sallittuja.[9] Vastaavasti tuomareille rikostunnusmerkistöt antavat käskyn, että tietyissä tilanteissa on sovellettava rikostunnusmerkistöä r^1. Tällöin tuomarin tehtäväksi jää päättää se, milloin rikoslakia on sovellettava eli milloin rikostunnusmerkistö r^1 on voimassa. Pohjimmiltaan rikostunnusmerkistön voimassaolo takautuu siis kysymykseen, milloin lainsäätäjän pätevästi antama käsky on otettava todesta.
>
> Pätevän ja voimassa olevan oikeuden välistä eroa voidaan konkretisoida myös seuraavasti: sellaisessa tilanteessa, jossa arvioitavana oleva teko on rikostunnusmerkistön mukainen ja oikeudenvastainen, tällöin ja vain tällöin rikostunnusmerkistö on tietyllä hetkellä sekä pätevää että voimassa olevaa oikeutta. Sen sijaan jos arvioitavana oleva teko ei ole tunnusmerkistön mukainen ja oikeudenvastainen, rikostunnusmerkistö on vain pätevää oikeutta.

Rikosoikeusjärjestelmän toimivuuden vuoksi on tärkeää, että tuomioistuimet tunnistavat sen, miten pätevät rikostunnusmerkistöt ovat voimassa. Pätevyys on abstraktia, mutta oikeusvaltioideologia edellyttää, että pätevän tunnusmerkistön voimassaololle oletetaan konkreettiset rajat. Vain näiden rajojen sisäpuolella tunnusmerkistö on voimassa. Toisaalta liian tiukka suhtautuminen tunnusmerkistön voimassaoloon voi horjuttaa kansalaisten uskoa tunnusmerkistön yleiseen merkitykseen. Mainitkaamme esimerkkinä kunnianloukkaustunnusmerkistö.

Viime vuosina on ollut havaittavissa, että kunniansuojan alistuminen sananvapaudelle on heikentänyt kunnianloukkaustunnusmerkistön arvoa kansalaisten silmissä. Evidenssiä väitteelle löytyy internetin keskustelupalstoilta, joilla sananvapauden oletetaan kattavan kanssaihmisten ja poliitikkojen solvaamisen. Kunnianloukkaustunnusmerkistö onkin hyvä esimerkki siitä, että kansalaisten uskoa pätevän tunnusmerkistön voimassaoloon voidaan ylläpitää vain reagoimalla tunnusmerkistön mukaiseen toimintaan myös sellaisissa tilanteissa, joissa reagointi voi tapauskohtaisesti tuntua jopa epätarkoituksenmukaiselta.[10]

Keskustelu rikostunnusmerkistön voimassaolosta lähestyy keskustelua rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta. Laillisuusperiaatteen mukaan vain sellainen teko, joka on voimassa olevan rikoslainsäädännön mukaan rangaistava, voi olla rikos (RL 3:1 ja PL 8 §). Laillisuusperiaate myös määrää, että rikostunnus-

---

[8] Preskriptiivisistä eli käskevistä/kieltävistä normeista ks. von Wright 1963, erityisesti s. 7–8. Erityisesti oikeusnormien luonteesta ks. Aarnio 1989 s. 62–73, etenkin s. 66–67.

[9] Täsmällisesti ottaen rikoslain sallimalla tavalla eläminen ei ole vain sallittua vaan pakollista. Esimerkiksi rikoslain kieltäessä anastamisen (kielto) henkilön on rangaistusuhan alla oltava anastamatta (pakko). Kielto ja pakko ovatkin aina toistensa vastinparit. Ks. Lagerspetz 2009 s. 123. Rikosoikeudellisin tarkoitusperin tästä tematiikasta ks. Ulväng 2013 s. 209. Ks. myös Aarnio 1989 s. 70–71.

[10] Tapani – Tolvanen 2008 s. 124. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2013 s. 111.

merkistö voi olla voimassa vain tietyssä, sanarajan sallimassa laajuudessa, eikä rikostunnusmerkistön tosiasiallista voimassaoloa voida laventaa esimerkiksi teleologisilla argumenteilla.[11]

Toisaalta yhtäläisyyksistä huolimatta on olemassa paitsi lainsoveltamisteoreettisia etenkin tutkimustemaattisia perusteita tarkastella nimenomaan sitä problematiikkaa, jota rikostunnusmerkistöjen voimassaoloon sisältyy. Jos keskustelisimme vain laillisuusperiaatteesta, keskustelu tyrehtyisi helposti siihen, missä menevät rikostunnusmerkistön sanarajat. Tällainen keskustelu ei kuitenkaan kykene tyydyttävästi vastaamaan siihen, miten rikostunnusmerkistön voimassaoloa täsmentävät perusteet tulee perus- ja ihmisoikeuskontekstissa hahmottaa. Tämä perustuu siihen, että laillisuusperiaate ja siihen sisältyvä sanarajasääntö on perus- ja ihmisoikeuskontekstissa hedelmätön tapa lähestyä tunnusmerkistön voimassaoloa koskevaa ongelmaa. Tällaisessa kontekstissa on harvemmin kyse lakikirjasta löytyvän rikossäännön tulkinnasta. Sen sijaan kysymys on usein siitä, voiko sinänsä selkeästi rikostunnusmerkistön mukainen teko olla tehty sellaisessa ”oikeudellisessa matriisissa”, ettei rikossääntö nimenomaan tuossa erityisessä tilanteessa ole voimassa.[12]

Vaikka tämän tutkimuksen punaisena lankana on syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen eli rikoslain tapauskohtainen voimassaolo, linkittäkäämme tämä keskustelu siihen, mitä oikeussääntöjen pätevyydestä on kirjoitettu. Käyty keskustelu on koskenut pääasiallisesti sitä, millä edellytyksillä oikeussäännöt ovat pätevä osa oikeusjärjestystä. Vaikka sinänsä pidän tällaisia puheenvuoroja rikosoikeudellisesti irrelevantteina, käytyä keskustelua voidaan käyttää sen pohjustajana, minkälaista teoreettista problematiikkaa abstraktien tunnusmerkistöjen konkreettiseen voimassaoloon sisältyy.

Rikostunnusmerkistöjen voimassaoloon sisältyvä problematiikka. Jerzy Wróblewskin johdattelemana mannermaisessa oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa on monin paikoin todettu, että oikeussäännön pätevyydelle voidaan asettaa kolme kriteeriä.[13] Nämä kriteerit ovat (1) systeeminmukaisuusvaatimus, (2) tehokkuusvaatimus ja (3) hyväksyttävyysvaatimus.[14] Tästä asiasta vallitsee oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa kohtalainen yhteisymmärrys. Sen sijaan kiistanalaista on se, mikä painoarvo kullekin oikeussäännön pätevyyskriteerille tuli-

---

[11] Esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 113.

[12] Voimassaolokeskustelun tarpeellisuutta voidaan puoltaa myös semanttisilla perusteilla. Sanoessamme, että tuomarin tehtävä on soveltaa rikoslakia, sanomme, että tuomarin tehtävä on päättää, onko rikossääntö tapauksessa voimassa vai ei. Tämän päätöksen antaminen voi edellyttää tulkintaa, mutta lopputuloksena on aina kannanotto rikostunnusmerkistön voimassaoloon. Näin ollen riippumatta päätöksen sisältämästä tulkinnasta tuomion lopputuloksena ei ole tulkintakannanotto vaan konkreettinen ilmoitus tunnusmerkistön voimassaolosta.

[13] Suomalaisista kirjoittajista eturintamassa on ollut Aulis Aarnio.

[14] Esim. Alexy 2002/2010 s. 85–88; Niemi 1996 s. 264; Aarnio 1989 s. 84; Aarnio 1982 s. 43.

si antaa. Tässä yhteydessä käytän kirjoittajan etuoikeutta ja sivuutan sen laajan keskustelun, joka oikeussääntöjen pätevyyskriteereistä on viime vuosikymmeninä käyty. Sen sijaan tarkastelen pätevyysvaatimuksia rikosoikeudellisessa kontekstissa.

Ensinnäkin oikeudenalasta riippumatta voimme todeta, että pätevyyden keskeisin kriteeri on se, että laki on saatettu voimaan oikeusjärjestyksen edellyttämällä tavalla. Muodollisesti asetettu laki on voimassa, vaikka sen olemassaolon tietäisi vain muutama oikeustieteilijä, eikä lailla olisi mainittavaa merkitystä kansalaisten arkielämässä. Myöskään lain sisällöllä ei ole merkitystä. Tällainen lain voimassaolo perustuu lain systeemiluonteeseen.[15] Oikeusjärjestyksessä lait ovat voimassa, koska ne ovat osa suurempaa kokonaisuutta – tai kuten Hans Kelsen on asian esittänyt, yksittäinen oikeussääntö on voimassa, jos se kuuluu oikeusjärjestykseen ja oikeusjärjestys kokonaisuudessaan on tehokas.[16]

Rikosoikeudellisesti ilmaistuna rikostunnusmerkistön pätevyys edellyttää sitä, että oikeusjärjestyksessä on sellainen sääntö, joka määrittää tietynlaiset aktit rikoslainsäätämiseksi (systeeminmukaisuusvaatimus). Jos tällainen lainsäätämissääntö on olemassa ja kansalaiset riittävässä määrin noudattavat sen nojalla annettuja käskyjä, yksittäisen rikostunnusmerkistön pätevyys ei edellytä, että sitä sovellettaisiin tuomioistuimissa (tehokkuusvaatimus) tai että se olisi kansalaisten keskuudessa yleisesti hyväksytty (hyväksyttävyysvaatimus). Yksinkertaisesti laki on pätevä, koska se on muodollisesti pätevä. Esimerkiksi Suomessa perustuslaki määrittää sen, miten ja missä rajoissa rikoslailla voidaan pyrkiä kontrolloimaan kansalaisten käyttäytymistä.[17]

Monet oikeusteoreetikot ovat kiistäneet tällaisen puhtaasti formaalin lähtökohdan ja edellyttäneet lain pätevyydeltä myös sisällöllistä hyväksyttävyyttä[18] (hyväksyttävyys) ja/tai sitä, että sääntöjä myös tosiasiassa sovelletaan (tehokkuus). Yleispätevästi voidaan todeta, että siinä missä erilaiset luonnonoikeudel-

---

[15] Lagerspezt 2009 s. 198; Aarnio 1989 s. 90.

[16] Kelsen tunnetusti edellytti, että paitsi systeemin kokonaisuudessaan myös systeemiin kuuluvan yksittäisen säännön tulee olla tehokas. Täten Kelsenin mukaan sellainen laki, jota ei todellisuudessa sovelleta, ei ole voimassa oleva laki lainkaan (ns. desuetudo-tilanne). Tällainen näkemys on tietenkin rikosoikeudellisesti arvioiden perusteeton. Esimerkiksi kemiallisen tai biologisen aseen kiellon rikkominen (RL 11 luku 8 § ja 9 §) on voimassa olevaa oikeutta Suomessa riippumatta siitä, sovelletaanko näitä rikostunnusmerkistöjä koskaan. Itse asiassa rikosoikeuden olemukseen kuuluu, että pohjimmiltaan rikoslaki on sitä parempi, mitä harvemmin sitä joudutaan soveltamaan. Täydellisesti toteutuneena rikoslain desuetudo-tilahan tarkoittaisi sitä, ettei yhteiskunnassa ilmenisi lainkaan rikollisuutta.

[17] Kriminalisointien oikeudellisista rajoitteista ks. Melander 2008.

[18] Ks. esim. Simmonds 2007. Erityisesti formaalin ja sisällöllisen oikeuslähdekäsitysten välisistä eroista ks. Tolonen 2003 s. 29–35 (formaali oikeuslähdekäsitys) ja s. 35–50 (sisällöllinen oikeuslähdekäsitys).

liset variaatiot ovat edellyttäneet lailta sisällöllistä hyväksyttävyyttä, oikeusrealisteja on pidetty tehokkuusvaatimuksen puolestapuhujina.[19]

> Tällainen kategorisointi on tietenkin liian yksioikoinen. Esimerkiksi H.L.A. Hart on kiistatta yksi muodollisen eli systeemin sisäisen oikeuden keskeishahmoista, mutta samalla hän argumentoi, että jokaisen oikeusjärjestyksen on täytettävä myös ns. luonnonoikeuden minimisisältö.[20] Lisäksi Hartin mukaan oikeusjärjestyksen olemassaolo edellyttää, että sääntöjä sovelletaan. Tällainen katsontakanta ei ole puhtaasti muodollinen, mutta toisaalta Hartia on vaikea asemoida luonnonoikeusteoreetikoksi sen paremmin kuin oikeusrealistiksi. Vastaavasti Suomessa Aulis Aarniota on vaikea, joskin myös turha asemoida oikeuspositivistiksi, luonnonoikeusteoreetikoksi tai oikeusrealistiksi. Tuotannossaan Aarnio on luovinut näiden erilaisten oikeusteorioiden välimaastossa ammentaen kustakin tarpeellisiksi katsomiaan elementtejä.[21] Tällainen eklektinen tyyli on tyypillinen myös monille muille oikeusteoreetikoille.

Intuitiivisesti lain arvoperusteinen voimassaolo tuntuu vetoavalta (hyväksyttävyysvaatimus). Järkevältä taas tuntuu se, ettei jonkin maan ikivanha laki, jota ei todellisuudessa sovelleta, ole pätevää oikeutta (tehokkuusvaatimus). Rikosoikeudessa ei kuitenkaan ole sijaa arvuuttelulle. Rikosoikeuden formaaliin luonteeseen kuuluu, että rikostunnusmerkistö, joka on voimaan saatettu, on pätevää oikeutta, ellei sitä ole lain edellyttämällä tavalla kumottu. Näin ollen rikostunnusmerkistön pätevyys ei riipu tunnusmerkistön sisällöllisestä hyväksyttävyydestä tai siitä, sovelletaanko kyseistä tunnusmerkistöä koskaan. Ongelma ei kuitenkaan ole tällä ratkaistu.

Rikostunnusmerkistön muodollinen voimassaolo ei sellaisenaan riitä identifioimaan voimassa olevan oikeuden sisältöä eli sitä, mitä tunnusmerkistö täsmällisesti ottaen kieltää ja sallii. Toisin sanoen siitä, että rikostunnusmerkistön pätevyys on riippumaton tunnusmerkistön sisällöstä ja relevanssista, ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että myös tunnusmerkistöjen voimassaolo on muodollista. Hyväksyessämme sen, ettei rikoslaki sovella itse itseään, joudumme myöntämään, että rikostunnusmerkistön pätevyys on alisteista sille, miten sääntöä sovelletaan. Asiaa voidaan havainnollistaa lyhyellä kertauksella.

Ratkaistaessa syyllisyyskysymystä tuomarin tehtävä on päättää se, onko rikostunnustunnusmerkistö voimassa tuossa tietyssä tapauksessa. Tässä tehtävässään tuomarit joutuvat käyttämään harkintaa. Harkinnan lähtökohtana on rikostunnusmerkistö, mutta kiperissä tapauksissa tunnusmerkistön voimassaolo ei ratkea toteamuksella, että ”Suomessa kyseinen rikostunnusmerkistö on pätevää

---

[19] Hirvonen 2012 s. 187–194.
[20] Hart 2012 s. 193–200.
[21] Esim. Aarnio 1982; Aarnio 1989; Aarnio 2006.

oikeutta”. Sen sijaan tunnusmerkistön tapauskohtaista voimassaoloa tulee täsmentää säännön voimassaoloa täsmentävillä muilla ratkaisuperusteilla, kuten lain esitöillä ja aikaisemmalla oikeuskäytännöllä. Se, mitkä ratkaisuperusteet voimassaolon tueksi lopulta valitaan, on tuomarin tekemä päätös. Tämä tarkoittaa sitä, että mitä kiperämpi kysymys tuomarin eteen on tuotu, sitä merkittävämpi rooli tuomarin harkinnalla on – ja mitä merkittävämpi rooli harkinnalla on, sitä pienempi rooli on tunnusmerkistön muodollisella pätevyydellä.

Näin ollen tuomareilla on keskeinen rooli voimassa olevan oikeuden konstruoimisessa.[22] Pohjimmiltaan kysymys on kehästä, jossa pätevät rikostunnusmerkistöt ovat tuomarin harkinnan lähtökohtana ja muutoskohteena. Hannu Tolosta mukaillen rikoslain voimassaolo on jatkuva prosessi, jossa tuomarin päätös vahvistaa tai modifioi yksittäisen tunnusmerkistön voimassaoloa sekä samalla vaikuttaa seuraavaan – kyseisen tunnusmerkistön voimassaoloa koskevaan – kannanottoon.[23]

Samalla on kuitenkin huomioitava, ettei tuomareiden päätösten vaikutus yksittäisten rikostunnusmerkistöjen voimassaoloon ole vakio. Esimerkiksi rattijuopumustunnusmerkistön voimassaolo on staattisempaa kuin monien ohuempien tunnusmerkistöjen voimassaolo. Jos henkilö kuljettaa moottorikäyttöistä ajoneuvoa siten, että hänen verensä alkoholipitoisuus ajon aikana tai sen jälkeen on vähintään 0,5 promillea tai että hänellä tällöin on vähintään 0,22 milligrammaa alkoholia litrassa uloshengitysilmaa, hänet on tuomittava rattijuopumuksesta rangaistukseen. Tällaisessa ratkaisutilanteessa ei ole sijaa harkinnalle, eikä tuomari voi vain päättää, että hän jättää vähintään 0,5 promillea puhaltaneen henkilön tuomitsematta rangaistukseen.

> Toisaalta kaikkein täsmällisimpienkään tunnusmerkistöjen voimassaolo ei ole staattista. Nostakaamme esimerkiksi korkeimman oikeuden klassinen ratkaisu KKO 1989:15. Kyseisessä tapauksessa humalainen matkustaja oli auton ollessa liikkeessä vetänyt käsijarrun päälle. Auton kuljettaja oli menettänyt auton hallinnan, joskin auto oli pysynyt tiellä. Silloinen kihlakunnanoikeus sekä hovioikeus katsoivat, ettei matkustaja ollut syyllistynyt rattijuopumukseen. Sen sijaan korkein oikeus totesi, että matkustaja oli osallistunut auton kuljettamiseen ja täten syyllistynyt törkeään rattijuopumukseen.
>
> Kyseinen ratkaisu osoittaa, että myös varsin täsmällisten ja usein sovellettujen rikostunnusmerkistöjen kohdalla tuomarin päätös voi vaikuttaa tunnusmerkistön voimassaoloon. Toisin sanoen korkeimman oikeuden ratkaisun jälkeen rattijuopumustunnusmerkistö laajeni kieltämään humalaista matkustajaa koskemasta käsijarruun, jos auto on liikkeessä. Täten olettamus, että ainakin kaikkein tarkkarajaisimmin muotoiltujen tunnusmerkistöjen voimassaolo on

[22] Frände 2012 s. 47.
[23] Tolonen 2003, esim. s. 5 ja 9.

vakio, ei pidä paikkaansa. Toki massarikoksissa muutokset säännön voimassaolossa ovat harvinaisia, joten monien tunnusmerkistöjen voimassaoloa voidaan pitää varsin staattisena.

Sen sijaan mitä tulkinnanvaraisempi rikostunnusmerkistö on, sitä suurempi merkitys tuomarin harkinnalla on voimassa olevan oikeustilan muokkaamisessa. Samalla tuomarin päätöksellä on kohtalaisen vähän relevanssia ohuen tunnusmerkistön voimassaolon täsmentämisessä.[24] Lähtökohtaisesti tämä väite koskee kaikkia tulkinnanvaraisia sääntöjä, kuten talousrikostunnusmerkistöjä ja rikosoikeuden yleisiä oppeja,[25] mutta haastavimmilleen voimassaolon problematiikka muodostuu perus- ja ihmisoikeussensitiivisten rikostunnusmerkistöjen kohdalla. Tähän on syynä perus- ja ihmisoikeuksien avoimuus. Ne ovat liian epätäsmällisiä, jotta niistä voitaisiin sanoa täsmällisesti avaamatta uusia ymmärrysmahdollisuuksia niiden velvoittavuudesta rikoslain voimassaolon kustannuksella.[26] Aivan kuten ranskalaisen filosofian ystävät voisivat todeta, perus- ja ihmisoikeussensitiivisten sääntöjen voimassaoloa ei voida vakioida, vaan voimassaolo määrittyy askel askeleelta, tapaus tapaukselta.[27]

Ongelmaa voidaan havainnollistaa viittaamalla sananvapausrikostunnusmerkistöihin. Jos kotimainen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö olisi täsmentänyt riittävästi sanavapausrikostunnusmerkistöjen voimassaoloa, tuomareilla tuskin olisi nykyisen kaltaisia ongelmia soveltaa rikoslakia sananvapaussensitiivisesti. Lienee kuitenkin syytä tähdentää, ettei kysymys ole vain sanavapausensitiivisten rikostunnusmerkistöjen voimassaoloa koskevasta problematiikasta, vaan perus- ja ihmisoikeusargumentaation

---

[24] Oletan, että myös Dan Frände ja Kauko Wikström – johon myös Frände tukeutuu – voisivat hyväksyä tällaisen väitteen, vaikka he puhuvatkin tulkintalinjojen vakiintumisesta. Ks. Frände 2012 s. 47 ja Wikström 1979 s. 218.

[25] Oivallisen esimerkin tarjoavat olosuhdetahallisuudesta annetut korkeimman oikeuden prejudikaatit, jotka eivät ole toivotulla tavalla täsmentäneet sitä, mitä olosuhdetahallisuudella missäkin tilanteessa tarkoitetaan. Korkeimman oikeuden olosuhdetahallisuutta koskevasta oikeuskäytännöstä ks. esim. KKO 2013:55; KKO 2013:17; KKO 2012:66; KKO 2010:88; KKO 2006:64. Oikeustieteellisestä keskustelusta ks. Tapani 2012 ja Frände 2010.

[26] Koska jokainen kannanotto perus- ja ihmisoikeussensitiivisen rikostunnusmerkistön voimassaoloon avaa uudenlaisen mahdollisuuden ymmärtää rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien keskinäissuhde, vaatimukset perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten seikkaperäisestä perustelemisesta eivät poista rikostunnusmerkistön voimassaoloon sisältyvää problematiikkaa. Itse asiassa mitä seikkaperäisemmin perus- ja ihmisoikeuksilla syyllisyysratkaisuissa argumentoidaan, sitä enemmän avataan uusia tulkintamahdollisuuksia perus- ja ihmisoikeuksien velvoittavuudesta rikoslain kustannuksella.

[27] Myös korkeimman oikeuden presidentin Pauliine Koskelon mukaan on väärin ajatella, että vastuu perustavanlaatuisten oikeuksien noudattamisesta lankeaisi yksin korkeimmalle oikeudelle. Pikemminkin kysymys on jatkuvasta prosessista, johon kaikkien tuomioistuinten on otettava osaa. Koskelon kommentti sisältyy Helsingin Sanomissa 5.11.2009 julkaistuun Koskelon yleisönosastokirjoitukseen. Ks. Koskelo 2009.

> vaikutus rikoslain voimassaoloon voi aktualisoitua mitä moninaisimmissa tilanteissa. Toisin sanoen etukäteen on vaikea eksklusiivisesti rajata niitä sääntöjä, joita sovellettaessa perus- ja ihmisoikeusulottuvuus voi ajankohtaistua.[28] Tämä perustuu nimenomaan siihen, että tapausvariaatiot ovat osoittautuneet ennakoimattomiksi ja kotimaiset tuomioistuimet entistä perus- ja ihmisoikeussensitiivisimmiksi.[29]

Problematiikkaa ei helpota se, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella on merkittävä rooli monien rikostunnusmerkistöjen voimassaolon täsmentämisessä. Tällä en tarkoita sitä, että rikoslainsäätäjän valtaa rajoitetaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella.[30] Sen sijaan viittaan siihen, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella on valta tehdä ratkaisuja, jotka vaikuttavat pätevän rikoslain voimassaoloon.[31] Vaikka periaatteessa voidaan pitää hyvänä, että ihmisoikeustuomioistuin valvoo sitä, ettei kansallinen lainsäädäntö muodostu ihmisoikeuksien vastaiseksi, käytännössä ongelmaksi muodostuu ihmisoikeustuomioistuimen rooli. Ihmisoikeustuomioistuin ei ole kompetentti eikä myöskään kiinnostunut arvioimaan yksittäisten päätöstensä vaikutuksia rikoslain voimassaoloon, etenkin, kun tuomioistuimen tuottamien päätösten impulssivaikutukset ovat osoittautuneet ennalta arvaamattomiksi.[32]

Rikostunnusmerkistön voimassaolon kolme ulottuvuutta. Totesin edellä, että rikosoikeudellisesti on hedelmätöntä pohtia sitä, millä ehdoilla systeeminsisäisesti voimaan saatetut rikostunnusmerkistöt ovat päteviä. Rikoslain pätevyys ei edellytä sääntöjen sisällöllistä hyväksyttävyyttä tai sitä, että sääntöjä sovelletaan. Pätevyys on vain ja ainoastaan muodollista.

---

[28] Esimerkiksi Kimmo Nuotio on pohtinut, onko invalidilla oikeus ajaa humalassa moottorikäyttöisellä pyörätuolilla. Tällaisessa tilanteessa ovat kollisiossa perustavanlaatuinen liikkumisvapaus (PL 9 §) sekä rattijuopumus (RL 23:3) – ja rattijuopumuksen taustalla oleva yleinen turvallisuus (PL 7 §). Ks. Nuotio 2005 s. 139–144. Huomautettakoon, ettei Nuotion esimerkki ole mielikuvituksen tuotetta. Kyseisen tyyppinen tapaus on ollut ratkaistavana Itä-Suomen hovioikeudessa. Ks. I-SHO 1992:2.

[29] Ks. esim. KKO 2013:50, erityisesti kohdat 10–14. Tapauksessa oli kysymys internetin keskustelupalstan kirjoituksesta, joka oli sisältänyt pääministeriin, valtiovarainministeriin sekä eduskunnassa työskenteleviin ihmisiin kohdistuvia vakavia uhkauksia. Tapauksessa korkein oikeus argumentoi sananvapaudella, vaikka voimme perustellusti kysyä, miksi vakava laiton uhkaus voisi edes teoriassa nauttia sananvapauden suojaa. Tähän tematiikkaan palaan luvussa 6.7.

[30] Seikkaperäisesti tästä tematiikasta ks. Viljanen 2001 s. 265–304.

[31] Jussi Tapanin ja Matti Tolvasen mukaan ihmisoikeustuomioistuimella on olennainen merkitys rikoslain voimassaoloon paitsi erilaisten perusoikeuskollisioiden myös esimerkiksi ne bis in idem -kiellon ja itsekriminointisuojan vuoksi. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 98–99.

[32] Esimerkiksi viime vuosina Britanniassa on käyty keskustelua ihmisoikeustuomioistuimen kompetenssista arvioida ratkaisujensa todellista merkitystä Britannian rikos- ja rikosprosessioikeuteen. Jopa edellinen Englannin ja Walesin korkein tuomari (Lord Chief Justice of England and Wales) Igor Judge on todennut, ettei brittioikeuksien tarvitse noudattaa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja. Ks. Batty 2011. Ks. myös tämän tutkimuksen luku 2.1.

Sen sijaan sitä, miten pätevät rikossäännöt ovat voimassa, ei voida hahmottaa vain muodollisesti. Lainsäätäjä ei voi täsmällisesti ennakoida sitä, miten lakia tullaan soveltamaan. Tämä perustuu paitsi elämän yllätyksellisyyteen myös siihen, ettei (rikos)laki sovella itse itseään. Hyväksyessämme sen, että rikoslainsoveltaminen on inhimillistä toimintaa ja ratkaisevien ratkaisuperusteiden valinta on tuomarin tekemä päätös, myönnämme, ettei syyllisyysratkaisun tekeminen ole logiikkaa. Tämä nostaa keskiöön arvot. Näin ollen myös arvoilla on olennainen vaikutus siihen, miten rikoslaki on voimassa.

Sanotun perusteella voimme tehdä seuraavan johtopäätöksen: rikostunnusmerkistön voimassaolo edellyttää, että on olemassa pätevä tunnusmerkistö. Näin ollen pätevyys on rikoslain voimassaolon välttämätön edellytys. Sen sijaan pätevän rikostunnusmerkistön voimassaolo täsmentyy vasta tuomareiden päätöksillä. Koska tuomarit päättävät siitä, miten pätevä rikostunnusmerkistö on voimassa, rikostunnusmerkistö ei voi formalisoida tuomareiden päätöksentekoa. Kysymys on kehästä, jossa tuomarit päättävät sen, mihin he itse itsensä sitovat. Näin ollen tuomarien päätöksenteko on (kiperissä tilanteissa) antiformalistista eli arvosensitiivistä. Tämän vuoksi rikostunnusmerkistöjen voimassaolo sisältää kolme oikeusteoreettista ulottuvuutta. Sen, että ne ovat (1) muodollisesti päteviä, sen (2) miten niitä sovelletaan sekä (3) sovellustoiminnan sisältämät arvot.[33]

Lähtökohtaisesti tällainen kombinaatio on ristiriidassa rikoslakipositivististen ihanteiden kanssa. Myöhemmin todennettavalla tavalla tällä on vaikeita eikä aivan kivuttomasti ratkeavia seurauksia rikosoikeudelliselle oikeuslähdeopille, rikoslain soveltamisen metodiikalle sekä rikosoikeudelliselle argumentaatiolle ja syyllisyysratkaisujen legitimiteetille. Tässä yhteydessä riittää seuraava kooste edellä sanotusta.

Se, että rikostunnusmerkistöjen voimassaolo sisältää kolme ulottuvuutta, ei tarkoita sitä, että rikostunnusmerkistön pätevyyteen vaikuttaisi se, soveltavatko tuomarit sääntöä tai hyväksyvätkö kansalaiset säännön. Systeeminsisäisesti voimaan saatettu rikoslain käsky on pätevä, vaikka käsky olisi kuinka kiistanalainen tai mitätön. Esimerkiksi kiihottaminen kansanryhmää vastaan olisi edelleenkin pätevää oikeutta, vaikka sääntöä ei enää koskaan sovellettaisi ja sen oikeutus riitautettaisiin.

Sen sijaan se, mitä pätevä käsky täsmällisesti ottaen kieltää, täsmentyy tuomareiden ratkaisutoiminnassa. Keskiössä on prejudikaatti-instanssi, mutta ennakkoratkaisutkaan eivät voi vakioida rikoslain voimassaoloa. Tähän on kaksi keskeistä tekijää. Ensinnäkin ennakkoratkaisun painoarvo voi vanhentua jonkin

---

[33] Tällaisenaan ajatteluni lähestyy Aulis Aarnion teoriaa, jonka mukaan oikeussääntöjen voimassaolo sisältää kolme ulottuvuutta: muodollisuuden, tehokkuuden ja hyväksyttävyyden. Ks. Aarnio 1982 s. 42–60; Aarnio 1989 s. 83–98.

toisen oikeusorgaanin kuten ihmisoikeustuomioistuimen tuottaman impulssin vuoksi. Toiseksi myös ennakkopäätöstuomioistuimen velvollisuus on ratkaista nimenomaan se rikoslain (tapauskohtaista) voimassaoloa koskeva kysymys, joka sen eteen on tuotu. Koska tulevaisuus on yllätyksellistä, yksittäistapaukseen annetulla ratkaisulla voi olla vain rajallinen merkitys oikeustilan vakiinnuttamisessa. Toisin sanoen kullakin päätöksellä on merkitystä rikoslain voimassaolon täsmentämisessä, mutta kunkin päätöksen merkitys on rajallinen ja alisteinen seuraavalle päätökselle.

Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että rikoslain voimassaolo olisi riippumaton siitä, mistä tuomarit ratkaisuperusteita ammentavat ja miten tuomarit ratkaisunsa perustelevat. Etenkin ohuiden tunnusmerkistöjen kohdalla kysymys on nimenomaan kehästä, jossa tuomarit ovat sidottuja pätevään tunnusmerkistöön sekä samalla määrittävät sen, miten tämä pätevyys tulee ymmärtää. Kuten totesin edellä, Hannu Tolosen hermeneuttinen, toimintateoreettiseksi kutsuttu[34] oikeuslähdekäsitys heijastaa juuri tällaista ajattelua, jossa tunnusmerkistön voimassaolo hahmotetaan pikemminkin jatkuvana prosessina kuin staattisena tosiasiana.[35]

Tällainen hermeneuttinen oikeuslähdekäsitys ei kuitenkaan kerro mitään siitä, miten rikoslain tapauskohtaista voimassaoloa täsmentävät ratkaisuperusteet tulee hahmottaa. Nimenomaan tätä kysymystä voidaan kuitenkin pitää olennaisena, koska rikosoikeudellinen oikeusvarmuus ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus edellyttävät voimassaolon stabiliteettiin pyrkimystä, olkoon, ettei rikostunnusmerkistön voimassaoloa voida ymmärtää staattisesti.

5.3 SYYLLISYYSKYSYMYKSEN RATKAISUPERUSTEIDEN RELEVANSSI

Rikosoikeuden oikeuslähdeoppi on poikkeuksellisen lakisidonnaista. Jos tehty teko allokoituu rikoslaista löytyvän rikostunnusmerkistön alaisuuteen, tällöin ja vain tällöin henkilön voidaan todeta syyllistyneen rikokseen. Sanottu pätee myös toisin päin. Rikosoikeudessa korostunut yhdenvertaisuus edellyttää, ettei henkilöitä perusteettomasti vapauteta vastuusta. Täten jos henkilö on syyllistynyt rikokseen, hänet on siitä myös tuomittava. Näin asetettuna rikosasiaa ratkaisevan tuomarin tulee suunnata katseensa rikoslakiin ja toimia rikoslain edellyttämällä tavalla. Usein rikosoikeuden oikeuslähdeoppia kutsutaankin lakikirjaopiksi – eli

[34] Tolonen 2003 s. 5. Ks. myös Hirvonen 2012 s. 163–164; Nuotio 2005 s. 127.
[35] Tolonen 2003, passim.

tuomarille suunnatuksi käskyksi avata lakikirja ja tarkistaa sieltä se, kuinka syyllisyyskysymys on ratkaistava.[36]

Vaikka pätevä rikoslaki löytyy rikoslaista, rikoslain voimassaoloa ei voida tarkistaa kuten vieraskielistä sanaa sanakirjasta. Osoittamallani tavalla tämä perustuu nimenomaan siihen, että rikoslain voimassaolo on jatkuvassa liikkeessä, kuten Hannu Tolonen voisi asian ilmaista.[37] Osa tunnusmerkistöistä on stabiilimpia, osa dynaamisempia, mutta yhtä kaikki, lakikirjasta löytyvä lainkirjain on vain pätevän tunnusmerkistön välttämätön edellytys. Sen sijaan rikoslain voimassaolon ymmärtäminen edellyttää tuekseen lisäperusteita, joita ei rikoslaista löydy.

Ratkaisuperusteiden lisätarpeeseen on monta eri tekijää, mutta yksi syy on ylitse muiden: rikoslaki ei sovella itse itseään. Näin ollen syyllisyyskysymyksissä tuomarin on päätettävä se, onko rikoslaki tuossa nimenomaisessa tilanteessa voimassa vai ei. Koska rikoslain voimassaolo ei ole vakio, se ei voi formalisoida tuomarin päätöstä. Näin ollen ratkaisu on altis harkinnalle, ja harkintaa ei voida suorittaa normatiivisesti, ellei harkintaa tueta rikoslain voimassaoloa täsmentävillä muilla oikeudellisilla ratkaisuperusteilla.

Ottakaamme annettuna, että Hannu Tolosen hermeneuttinen ymmärrys oikeuden jatkuvasta liikkeestä on myös rikoslainsoveltamisteoreettisesti perusteltu. Rikosoikeudessa korostuneen oikeusturvan ja ennakoitavuuden vuoksi oikeuden muutokseen on kuitenkin pyrittävät vastaamaan muutosvastarinnalla.[38] Tällä tarkoitan sitä, että rikosoikeudessa ei ole perusteita lähteä siitä tolosmaisesta ideasta, että erityyppisille arvosensitiivisille ratkaisuperusteille on jo lähtökohtaisesti annettava yhtä vahva painoarvo kuin laille itselleen.[39] Vastaavasti rikosoikeudessa on suhtauduttava varauksellisesti niin sanottuihin tilannesidonnaisiin oikeuslähdeoppeihin, jossa korostetaan sisältösensitiivisten ratkaisuperusteiden tapauskohtaista merkitystä oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.[40]

Argumentaatiossani lähdenkin siitä, että rikosoikeudessa korostunut oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus edellyttävät pyrkimystä stabiliteettiin.[41] Tämä edellyttää paitsi mahdollisimman lakisidonnaisen myös mahdollisimman velvoittavan oikeuslähdeopin konstruoimista, olkoonkin, ettei rikos-

---

36 Tapani – Tolvanen 2013 s. 100–101.

37 Tolonen 2003 s. 3–11.

38 Olen ymmärtänyt, että Tolosen (2003) itsensä mukaan oikeuden jatkuva muutos edellyttää pikemminkin oikeuslähdeopillista mukautumista muutokseen kuin sellaista muutosvastarintaa, jossa oikeuslähdeoppi pyrittäisiin konstruoimaan muutosta hidastavaksi tekijäksi.

39 Ks. Tolonen 2003 s. 170.

40 Tilannesidonnaisesta oikeuslähdeopista ks. Karhu 2003 s. 789–807 ja Karhu 2005 s. 25–38. Tilannesidonnaisuudesta rikosoikeudellisessa kontekstissa ks. Nuotio 2005 s. 128–152; Melander 2013 s. 87.

41 Staattisen ja dynaamisen oikeuslähdeopin eroista ks. Siltala 2003 s. 195 ja s. 199–204.

lain voimassaoloa voida teoreettisesti ymmärtää staattisena tosiasiana.[42] Näin ollen aarniolainen ja lain velvoittavuutta korostava oikeuslähdeymmärrys on yhä edelleen rikosoikeudellisesti relevantti perusmalli konstruoitaessa syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteita.[43] Tähän perusmalliin on kuitenkin tehtävä kaksi täsmennystä.

Ensinnäkin olen taipuvainen ajattelemaan, että perus- ja ihmisoikeusmatriisissa oikeuslähteiden argumentatiivinen velvoittavuus tulee hahmottaa kaksisuuntaisesti: rikosvastuun perustavina ja rikosvastuun poistavina ratkaisuperusteina.[44] Näin ollen oikeuslähteiden relevanssi hahmottuu eri tavalla riippuen siitä, (1) luetaanko teko vastaajan syyksi vai (2) jätetäänkö teko lukematta vastaajan syyksi. Kaarlo Hakamies on hahmottanut tämän asian samalla tavalla.[45]

Toiseksi puhuttaessa syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteista on tärkeää tehdä käsitteellinen ero lain ja lain relevanssia täsmentävien ratkaisuperusteiden välillä. Vaikka kriitikko voi väittää tämän eron olevan veteen piirretty viiva, eron tekeminen on tärkeää, koska oikeudellisten argumentaatioteorioiden seurauksena lain relevanssia täsmentävien ratkaisuperusteiden merkitys on korostunut lainsäännösten kustannuksella. Tällöin uhkana on, että syyllisyysratkaisuissa irtaannutaan lain velvoittavuudesta ja ratkaisu perustetaan oikeudelliseen argumentaatioaineistoon, jonka tarkoitus ei ole olla syyllisyyskysymyksen ratkaisuperuste vaan ratkaisuperusteena olevan oikeussäännön voimassaoloa täsmentävää argumentaatioaineistoa. Aivan kuten Kimmo Nuotio on todennut, rikosoikeudessa lain relevanssia täsmentävien ratkaisuperusteiden relevanssi ei edellytä sitä, että oikeudenalan oikeuslähdeoppiin sisällytetään kaikki mahdollinen oikeudellinen argumentaatioaineisto eri maiden oikeuskäytännöstä ja oikeuskirjallisuudesta alkaen.[46]

---

[42] Myös Kaarlo Hakamies on lähtenyt siitä, että oikeuskulttuurisesta muutoksesta huolimatta rikosoikeudellinen oikeusturva ja ennakoitavuus edellyttävät sitä, että rikosoikeudellinen oikeuslähdeoppi lähtökohtaisesti ymmärretään staattisesti. Toisaalta Hakamiehen mukaan täysin staattiseen oikeuslähdeoppiin ei ole rikosoikeudessakaan syytä pyrkiä. Ks. Hakamies 2012 s. 42. Hakamiehen argumentaatioon voidaan kuitenkin kohdistaa kritiikkiä. Oikeuslähdeopillista staattisuutta voidaan tuskin saavuttaa. Olisi kuitenkin väärin vetää tästä se johtopäätös, etteivät oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus edellyttäisi pyrkimystä kohti mahdollisimman staattista oikeuslähdeoppia.

[43] Ainakin Jussi Tapani ja Matti Tolvanen sekä Kimmo Nuotio lienevät kanssani samaa mieltä. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 100–101 ja Nuotio 2013a s. 203.

[44] Lienee syytä alleviivata, ettei oikeuslähteiden velvoittavuuden kaksisuuntaisuutta tule sekoittaa Tapanin ja Tolvasen rikoksen rakennemalliin. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 3 ja 7. Ns. rikosrakenteen kaksiporrasmallissa rikosvastuun edellytykset konstruoidaan vastuun perustavina ja vastuusta vapauttavina tekijöinä. Kysymys ei kuitenkaan ole oikeuslähdeopillisesta näkökulmasta vaan syyksiluettavuuden rikosoikeusdogmaattisista (systemaattisista) edellytyksistä.

[45] Hakamies 2012 s. 43–58, etenkin s. 43.

[46] Nuotio 2005 s. 148–152. Nuotio on puoltanut rikosoikeudellisen oikeuslähdeopin ymmärtämistä suppeasti. Nuotion mukaan suppeuteen sisältyy nimenomaan se, että oikeuslähdekeskustelussa

2000-luvulla oikeuslähdeopista on Suomessa kirjoitettu viljalti.[47] Syy käytyyn keskusteluun on oikeuskulttuurin muutos, jonka seurauksena Aulis Aarnion[48] ja Alexander Peczenikin[49] konstruoimat oikeuslähteiden velvoittavuuskategorisoinnit on koettu eroosion puremiksi. Kritiikin kärki on kohdistunut siihen, ettei ennen oikeuden fragmentoitumista konstruoitu oikeuslähdeoppi riittävällä tavalla huomioi perus- ja ihmisoikeuksia tai sittemmin merkittävään asemaan nousseen Euroopan unionin oikeuden velvoittavuutta.[50] Näin ollen pohjimmiltaan kritiikissä on ollut kysymys siitä, ettei oikeuslähteiden velvoittavuuskategorisoinnin ole katsottu vastaavan tämän hetken oikeudellista todellisuutta.

Kaikin osin kritiikki ei ole ollut tyydyttävää. Esimerkiksi olettamus, ettei Aarnion oikeuslähdeoppi huomioi relevantisti perus- ja ihmisoikeusdogmia on erheellinen. Koska perus- ja ihmisoikeudet ovat pätevää lainsäädäntöä, ne ovat vahvasti velvoittavia. Tällaista velvoittavuutta manifestoi perustuslain määräys, jonka mukaan perus- ja ihmisoikeudet on huomioitava kaikessa julkisen vallan toiminnassa (PL 22 §). Koska perus- ja ihmisoikeuksien sisältö täsmentyy oikeudellisten käytänteiden perusteella, tämä tarkoittaa sitä, että perus- ja ihmisoikeuksien relevanssia arvioitaessa on huomioitava Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö. Tarvittaessa lait, asetukset ja muut alemmanasteiset säädökset on myös sivuutettava perustuslain tieltä, jos ne ovat ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa (PL 106 § ja 107 §). Jos tuomari ei huomioi näitä perustuslain käskyjä (PL 22 §, 106 § ja 107 §), hän saattaa syyllistyä virkavirheeseen. Näin ollen perus- ja ihmisoikeudet ovat vahvasti velvoittavaa lakia, ja oikeushierarkian vuoksi tämä velvoittavuus on jopa ankarampaa kuin alemmanasteisten lakien velvoittavuus.[51]

Kritiikkiä voidaan kuitenkin kohdistaa siihen, ettei velvoittavuuskategorisointi painota ylikansallisten tuomioistuinten, kuten ihmisoikeustuomioistui-

---

tehdään käsitteellinen ero normin (oikeuslähde) ja normin voimassaoloa täsmentävän argumentaatioaineiston välillä.

47 Ei-rikosoikeudellisin tarkoitusperin esim. Heinonen 2012 s. 179–199; Aarnio 2006, passim; Karhu 2005 s. 25–38; Karhu 2003 s. 789–807; Siltala 2003 s. 189–323; Tolonen 2003 ja rikosoikeuslähtöisesti esim. Melander 2008 s. 13–80; Melander 2007b s. 137–179; Nuotio 2005 s. 127–152; Nuotio 2004 s. 1267–1297; Lahti 2006 s. 100–112 sekä sama 2007; Virtanen 2004 s. 1048–1071. Lisäksi rikosoikeudellista oikeuslähdeoppia on käsitelty myös ns. rikosoikeuden yleisten oppien kirjoissa. Ks. Tapani – Tolvanen 2013; Frände 2012. Myös Helsingin hovioikeuden julkaisemassa kokoomateoksessa ”Rikostuomion perusteleminen” käsitellään monin paikoin oikeuslähdeopillisia kysymyksiä. Ks. Huovila et al. (toim.) 2006.

48 Aarnio 1989.

49 Peczenik 1995.

50 Siltala 2003 s. 201–202; Melander 2008 s. 13.

51 Aarnio on myös itse huomauttanut, että hänen alkuperäinen oikeuslähdeoppinsa ei ”luonnollisista syistä” huomioinut perus- ja ihmisoikeuksia. Ks. Aarnio 2006 s. 294–295. Luonnollisilla syillä Aarnio viittaa nimenomaan siihen, ettei ennen 1990-lukua konstruoidussa oikeuslähdeopissa ollut tarvetta painottaa ylikansallisia normeja ja perustuslain säännöksiä. Sen sijaan nykyisin monet ylikansalliset velvoitteet, kuten ihmisoikeussopimukset ja EU-oikeus, ovat Aarnion mukaan vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä. Ks. Aarnio 2006 s. 295.

men, ratkaisukäytännön velvoittavuutta.[52] Toisaalta tällöin unohdetaan se, ettei ylikansallisten tuomioistuinten ratkaisujen vahva velvoittavuus ole helposti istutettavissa yhteen laillisuusperiaatteen kanssa. Väitettäni voidaan havainnollistaa kääntämällä asia päälaelleen. Jos lähtisimme siitä, että ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö on velvoittavuudeltaan rikoslain tasoista, myös rangaistusvastuu pitäisi voida perustaa tuomioistuinkäytäntöön. Lähtökohtaisesti tämä olisi kuitenkin rikoslaissa, perustuslaissa ja ihmisoikeussopimuksissa turvatun laillisuusperiaatteen vastaista.

Laillisuusperiaatteen ja ylikansallisten tuomioistuinratkaisujen velvoittavuuden välinen jännite sisältääkin mielenkiintoista problematiikkaa. Tähän tematiikkaan palaan tarkastellessani ratkaisuperusteiden relevanssia niissä tilanteissa, joissa teko luetaan vastaajan syyksi.

Jäljempänä sanotun pohjustamiseksi tarkastelkaamme lyhyesti Aarnion oikeuslähteiden velvoittavuuskategorisointia. Autenttisesti ilmaistuna kyseinen oppi löytyy Aarnion teoksista ”Oikeussäännösten tulkinnasta” (1982) ja ”Laintulkinnan teoria” (1989). Myös viime vuosina Aarnio on osallistunut oikeuslähdeproblematiikkaa koskevaan keskusteluun.[53] Aarnion oikeuslähdeopista on keskusteltu myös lukuisissa oikeustieteellisissä kirjoituksissa kuten Ari-Matti Nuutilan väitöskirjassa ”Rikosoikeudellinen huolimattomuus”.[54] Selkein tiivistys löytyy kuitenkin Hannu Tolosen teoksesta ”Oikeuslähdeoppi”, jossa Tolonen onnistuu tiivistämään Aarnion oikeuslähdeopin selkeästi ja informatiivisesti.[55]

Aarnion perusidea on yksinkertainen. Hän jakaa oikeuslähteet niiden velvoittavuuden perusteella kolmeen yläkategoriaan: vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin. Oikeuslähteet, jotka kuhunkin kategoriaan kuuluvat, voidaan esittää seuraavasti.[56]

---

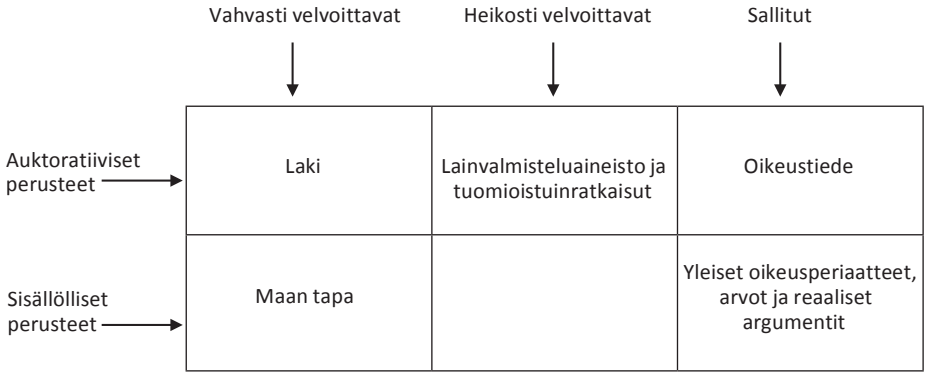
[52] Ks. myös Siltala 2003 s. 202.

[53] Esim. Aarnio 2006 ja Aarnio 2012.

[54] Nuutila 1996 s. 133. Aarnion oikeuslähdeoppiin viitataan säännöllisesti kotimaisissa rikosoikeudellisissa puheenvuoroissa. Ks. esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 100; Nuotio 2012 s. 203; Hakamies 2012 s. 35.

[55] Tolonen 2003 s. 22–27.

[56] Vastaavanalaiset taulukot löytyvät myös Ari-Matti Nuutilalta ja Hannu Toloselta. Ks. Nuutila 1996 s. 133 ja Tolonen 2003 s. 27. Ks. myös Hirvonen 2012 s. 157.



Kuvio 5. Aarnion näkemys oikeuslähteiden velvoittavuudesta.

Kuvion tarkoitus on kuvata, että vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä ovat laki ja maan tapa, heikosti velvoittavia lainvalmisteluaineisto ja tuomioistuinratkaisut, ja sallittuja lähteitä ovat oikeustiede ja erilaiset epätäsmälliset ei-institutionaaliset argumentit.[57] Tämä ei aiheuttane ymmärrysongelmia.

Sen sijaan käsitteellisesti vieraampaa lienee se, mitä tarkoittaa jako auktoritatiivisiin ja sisällöllisiin ratkaisuperusteisiin. Tähän kysymykseen voidaan vastata yhdellä virkkeellä. Siinä missä auktoritatiivisilla ratkaisuperusteilla on selkeä alkuperä, sisällölliset ratkaisuperusteet ovat alkuperältään epämääräisiä. Esimerkiksi Suomessa eduskunta säätää lait, lainsäädäntöorgaani tuottaa lainvalmisteluaineiston ja tuomioistuin tekee oikeudelliset päätökset. Vastaavasti oikeustieteilijät tuottavat oikeustieteen – mitä ikinä oikeustieteellisellä tiedolla tarkoitetaankaan. Sen sijaan sisällöllisillä ratkaisuperusteilla ei ole selkeää alkuperää. Oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 §:ssä on mainittu maan tapa,[58] mutta epäselvää on, miten maan tapa muodostuu tai lakkaa olemasta. Myöskään yleisten oikeusperiaatteiden tai arvo- ja reaaliargumenttien takana ei ole yksilöitävää tahoa.

---

[57] Oletan, että laki, maan tapa, lainvalmisteluaineisto, tuomioistuinpäätökset, oikeustiede, yleiset oikeusperiaatteet ja arvot ovat terminologisesti ymmärrettäviä ratkaisuperusteita. Sen sijaan termi ”reaaliset argumentit” voi kuulostaa vieraalta. Reaalisilla argumenteilla viitataan siihen, että ratkaisuperusteena voidaan Aarnion mukaan käyttää myös hyviksi arvioituja päämääriä. Rikosoikeudessa reaalisten argumenttien sijasta käytetään usein termiä teleologinen laintulkinta tai -soveltaminen, jolla viitataan pyrkimykseen soveltaa tunnusmerkistöä siten, kuin lainsäätäjä on tarkoittanut. On tietenkin jokseenkin kiistanalaista, joskin myös merkityksetöntä, pidetäänkö reaalista harkintaa ratkaisuperusteena vai lainsoveltamisen metodina.

[58] Oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 §:n mukaan maan tapa, jos se ei ole kohtuuton, olkoon hänellä [tuomarilla] myös ohjeena tuomitessansa, kun säädettyä lakia ei ole.

Kuten todettu, viime aikoina eri oikeudenalojen tutkijat ja yleiset oikeusteoreetikot ovat kritisoineet Aarnion ratkaisuperustelujen luokittelua. Myös eri oikeuslähteiden merkityksestä, kuten maan tavasta tai oikeustieteen kriteereistä, on esitetty erilaisia näkemyksiä. Näihin puheenvuoroihin ei ole syytä palata. Tässä yhteydessä riittää sen toteaminen, että monien oikeudenalojen näkökulmasta aarniolaista oikeuslähteiden velvoittavuusluokittelua voidaan eittämättä pitää liian staattisena. Ensinnäkin riidatonta on, että nykyisin tuomioistuinten päätökset ovat merkittävämmässä asemassa kuin vielä reilut kymmenen vuotta sitten. Toiseksi kansainvälisille tuomioistuimille on siirtynyt valtaa, joka on perinteisesti kuulunut lainsäätäjälle. Toisin sanoen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella ja EU-tuomioistuimella on valta antaa kansallisia tuomioistuimia vahvasti velvoittavia päätöksiä. Näin ollen Aarnion velvoittavuusluokittelu ei täysin vastaa tämän hetken oikeudellista todellisuutta, jota voidaan kutsua kansainvälisdynaamiseksi.[59]

Oikeuskäytännön painoarvon korostuminen ei kuitenkaan ole muuttanut sitä, että rikosoikeudessa korostunut oikeusturva ja ennakoitavuus edellyttävät lain pakottavuuden korostamista muiden ratkaisuperusteiden kustannuksella. Toisaalta oikeuskulttuuriset realiteetit ovat johtaneet myös rikosoikeudelliseen tarpeeseen kalibroida Aarnion velvoittavuuskategorisointi tähän päivään. Esimerkiksi skandinaaviselle traditiolle tavanomainen tyyli korostaa lain esitöiden merkitystä rikostunnusmerkistön tapauskohtaisen voimassaolon määrittelyssä on kokenut arvonalentumista samalla, kun Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen päätösten velvoittavuus oikeuslähteenä on korostunut.[60] Toisaalta ihmisoikeustuomioistuimen päätösten vahva velvoittavuus pätee vain silloin, kun puhumme ratkaisuperusteiden velvoittavuudesta vastaajan eduksi. Sen sijaan vastuun perustavat ratkaisuperusteet tulee yhä edelleen hahmottaa aarniolaisen velvoittavuusymmärryksen pohjalta.

Seuraavaksi tarkastelen sitä, miten syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteiden argumentatiivinen relevanssi on ymmärrettävä perus- ja ihmisoikeusmatriisis-

---

[59] Raimo Siltala on kehitellyt Aulis Aarnion oikeuslähdeoppia eurooppaoikeudelliseen suuntaan. Siltalan mukaan Euroopan unionin tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuilla on vahvasti velvoittava oikeuslähdeopillinen asema. Sen sijaan ylimpien kansallisten tuomioistuinten päätösten velvoittavuus on Siltalan mukaan yhä edelleen heikkoa. Siltalan oikeuslähdeopista kootusti ks. Siltala 2010 s. 192–193. Ks. myös Siltala 2003 s. 189–323, erityisesti s. 321–323.

[60] Pohjoismaisten tuomioistuinten tavasta tukeutua lain esitöihin verrattuna eurooppatuomioistuimiin ks. Rosas 2005.

sa.[61] Tarkastelunäkökulmaani voi kutsua perus- ja ihmisoikeussensitiiviseksi rikosoikeudelliseksi oikeuslähdeopiksi.[62]

Ratkaisuperusteiden relevanssi luettaessa teko vastaajan syyksi. Aarnion kategorisoinnissa tuomaria velvoittaviksi oikeuslähteiksi on mainittu laki ja maan tapa. Tällainen velvoittavuus perustuu oikeudenkäymiskaareen, jonka mukaan tuomarin tulee tuomita lain mukaan eikä oman mielensä mukaan. Lisäksi jos säädettyä lakia ei ole, tuomarin tulee etsiä tukea säällisestä maan tavasta (OK 1:11). Näiden ratkaisuperusteiden laiminlyönnistä tuomarille lankeaa virkavastuu (OK 1:12).[63]

Oikeustieteellisessä keskustelussa on pohdittu sitä, mitä maan tavalla tarkoitetaan.[64] Paikoittain maan tapa rinnastetaan oikeuskäytäntöön,[65] paikoittain erilaisiin vakiintuneisiin konventioihin kuten kauppatapaan.[66] Koska rikosoikeudellinen laillisuusperiaate estää tuomitsemasta ketään syylliseksi ilman kirjoitettua lakia, puhuttaessa rikosoikeudellisen vastuun perustavista ratkaisuperusteista maan tapa ei ole vahvasti velvoittava oikeuslähde.

Entä mikä merkitys Aarnion heikosti velvoittavilla oikeuslähteillä eli lain esitöillä ja oikeuskäytännöllä on niissä tilanteissa, joissa teko luetaan vastaajan syyksi? Tähän kysymykseen on vastattava kiertoteitse. Ensinnäkin laillisuusperiaatteen vuoksi lähtökohta on, että rikoslain ulkopuolisilla ratkaisuperusteilla on laille alisteinen asema. Näin ollen esitöihin ja aikaisempaan oikeuskäytäntöön

---

[61] Tarkoitukseni ei ole kerrata sitä, mitä eri henkilöt ovat oikeuslähdeopista kirjoittaneet. Havaintojeni mukaan moniin oikeuslähdeopillisiin puheenvuoroihin sisältyy se, että aluksi referoidaan sivukaupalla muiden näkemyksiä ja tämän jälkeen oma mielipide esitetään muutamalla virkkeellä. Vaikka suhtaudun referaattityyliin nuivasti, sanottua ei tule ymmärtää kontekstualisoinnin kritiikkinä. Omia ajatuksia voi ja pitää kontekstualisoida, mutta kontekstualisointia ei tule ymmärtää referointina.

[62] Oikeuslähteiden käyttösääntöjen avulla paitsi tuomarit myös kansalaiset voivat päätellä sen, miten rikoslaki on voimassa. Jotta tämä olisi mahdollista, rikoslain voimassaoloa täsmentävillä ratkaisuperusteilla tulisi olla selkeä velvoittavuusjärjestys. Koska lainsäätäjä ei ole säätänyt ratkaisuperusteiden relevanssista ja keskinäissuhteista, tehtävä on jäänyt oikeustieteelle. Oikeustieteen ei kuitenkaan tule tyytyä kuvailemaan sitä, miten tuomarit toimivat, vaan keskeistä on tarkastella ratkaisuperusteiden relevanssia kriittisesti, oikeuskulttuuriset muutokset huomioiden.

[63] Periaatteessa jokainen muutoksenhaussa normatiivisesti muuttunut syyllisyysratkaisu indikoi sitä, että alempi tuomioistuin on toiminut lain vastaisesti. Vastaavasti viimeaikaiset ihmisoikeustuomioistuimen sananvapausratkaisut viittaavat siihen, että myös korkein oikeus on ratkaissut syyllisyyskysymyksiä vastoin lakia. On kuitenkin korostettava, ettei tuomareita voida hevin tuomita virkavastuuseen rikoslain vääränlaisesta soveltamisesta. Jos tuomarit kategorisesti joutuisivat vastuuseen virheellisestä lainsoveltamisesta, käytännössä tämä tarkoittaisi sitä, että ainakin alempien tuomioistuinten tuomareiden virkaoikeudellinen suoja olisi kuollut kirjain.

[64] Esim. Huovila 2006 s. 35–36.

[65] Esim. Virolainen – Martikainen 2010 s. 377. Kaarlo Tuorin mukaan maan tavan merkitys itsenäisenä oikeuslähteenä voidaan kyseenalaistaa, ellei maan tapaa ja oikeuskäytäntöä samaisteta. Ks. Tuori 2003 s. 45.

[66] Tolonen 2003 s. 24.

voidaan vastaajan vahingoksi vedota vain, jos argumentaatio kytketään johonkin rikostunnusmerkistöön. Kysymys on nimenomaan siitä, että syyksilukevissa tuomioissa rikostunnusmerkistö on varsinainen ratkaisuperuste ja lain esityöt ja aikaisempi oikeuskäytäntö ovat vain rikoslain tapauskohtaista relevanssia täsmentäviä ratkaisuperusteita.

Vaikka tämä lähtökohta vaikuttaa itsestään selvältä, kysymys ei ole mustavalkoisesta asiasta. Niin EU-oikeuden, ihmisoikeuksien kuin eurooppalaisten tuomioistuinten päätösten vahva kansallinen velvoittavuus pakottaa kysymään, mikä merkitys ylikansallisten oikeusorgaanien tuottamilla normatiivisilla lausumilla on vastuun perustavina ratkaisuperusteina. Tutkimustematiikkaan kalibroituna kysymys kuuluu, voiko Euroopan ihmisoikeussopimus ja etenkin sen sisältöä täsmentävä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö vertaantua vastuun perustavana ratkaisuperusteena rikoslakiin. Vaikka laillisuusperiaate suorasanaisesti estää perustamasta rangaistusvastuuta mihinkään muuhun kuin rikoslakiin kirjattuun tunnusmerkistöön,[67] ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön voidaan väittää hämärtävän kielletyn ja sallitun välistä rajapintaa myös vastaajan vahingoksi. Osuvia huomioita tästä tematiikasta on tehnyt Kaarlo Hakamies.[68]

Ensinnäkin vaikka perus- ja ihmisoikeudet ovat Suomessa hierarkkisesti kaikkein velvoittavinta lainsäädäntöä,[69] perus- ja ihmisoikeudet ovat niin epätäsmällisiä, ettei niistä sellaisenaan voida johtaa rangaistusvastuuta. Toteamallani tavalla myös laillisuusperiaate estää perustamasta rangaistusvastuuta mihinkään muuhun kuin rikoslakiin kirjattuun rikostunnusmerkistöön.[70] Toisaalta perustuslakivaliokunta edellyttää, että tuomioistuinten on ratkaistava syyllisyyskysymykset siten, että perus- ja ihmisoikeudet toteutuvat optimaalisesti.[71] Nimenomaan tästä herää kysymys, mikä merkitys ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöllä on rikosvastuun perustavana ratkaisuperusteena.

---

[67] Frände 2012 s. 46–47.

[68] Hakamies 2012 s. 44–55. Ensisijaisesti Hakamies pohtii EU-oikeuden rikosoikeudellista velvoittavuutta, mutta hän tarkastelee myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön merkitystä rikosoikeudellisen vastuun perustavana ratkaisuperusteena.

[69] Ratkaisussa KKO 2012:11 eri mieltä ollut korkeimman oikeuden presidentti Pauliine Koskelo tosin argumentoi, ettei Euroopan ihmisoikeussopimuksella ja sen sisältöä täsmentävällä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöllä ole hierarkkista erityisasemaa verrattuna eduskunnan säätämiin lakeihin. Ks. Koskelon lausuma, kohta V b. Tällainen olettama on kuitenkin kritiikille altis, koska kansallisen lain ollessa (yleisesti tai tapauskohtaisesti) ihmisoikeussopimuksesta johdettujen velvoitteiden vastainen yksilö voi vedota ihmisoikeussopimukseen. Jos vetoomus on ihmisoikeussopimuksen perusteella aiheellinen, kansallinen päätös on lainvastainen. Tämä perustuu nimenomaan siihen, että ihmisoikeussopimuksen määräykset ovat hierarkkisesti kansallisesti säädetyn lain yläpuolella.

[70] Frände 2012 s. 46–47.

[71] PeVM 25/1994 vp s. 4.

Tyypillisesti tätä kysymystä arvioidaan käänteisesti. Tällöin todetaan, ettei rikoslailla voida kieltää sellaista toimintaa, joka on perus- ja ihmisoikeuksien perusteella sallittu. Tyyppiesimerkin tarjoaa rikoslain ja sananvapauden kollisio. Rikoslailla ei voida estää poliittista uutisointia, koska poliittinen uutisointi on sananvapauden ytimessä. Sen sijaan harvemmin pohditaan sitä, missä määrin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella voidaan laajentaa pätevän rikostunnusmerkistön voimassaoloa vastaajan vahingoksi. Esimerkiksi jos henkilö kokee, ettei kunnianloukkaustunnusmerkistö riittävästi turvaa hänen kunniaansa, voiko hän vedota ihmisoikeustuomioistuimen kunniansuoja-argumentaatioon ja vaatia tuomioistuinta reagoimaan kunniansa loukkaukseen?

Käytännössä tällainen tilanne tarkoittaisi sitä, että ihmisoikeussopimukselle ja etenkin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännölle annettaisiin vahvasti velvoittava asema vastuun perustavana ratkaisuperusteena. Tällöinkin rikosvastuu johdettaisiin laillisuusperiaatteen edellyttämällä tavalla rikostunnusmerkistöstä, mutta rangaistusvastuun kiristäminen perusteltaisiin perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla.

Vaikka tällaisen tematiikan esiin nostaminen voi tuntua vieraalta, kysymyksen esittämiselle löytyy institutionaalista tukea. Ratkaisukäytännössään ihmisoikeustuomioistuin on todennut, että valtiolta voidaan perätä vastuuta, jos se ei ole rikosoikeudellisesti reagoinut ihmisoikeusloukkauksiin.[72] Esimerkiksi perheväkivaltatapauksissa ihmisoikeustuomioistuin on katsonut, ettei valtio ole riittävästi suojannut toistuvan perheväkivallan uhria rikosoikeudellisin sanktioin.[73] Kaarlo Hakamies onkin kysynyt, voidaanko ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuperusteiden perusteella päätyä siihen, että rikostunnusmerkistön vakiintuneesta

---

[72] Esim. Siliadin v. Ranska (26.7.2005, erityisesti kohdat 89, 112, 145, 148 ja 149). Tapauksessa katsottiin, ettei Ranska ollut täyttänyt ihmisoikeusvelvoitteitaan, koska Ranskassa ei ollut sellaista sääntöä, joka sellaisenaan olisi kriminalisoinut orjuuden. Ratkaisuissa E.S. v. Ruotsi (21.6.2012) isäpuoli oli salaa kuvannut alastonta lasta. Valittajan mukaan Ruotsin valtio loukkasi lapsen ihmisoikeuksia, koska laki ei tarjonnut hänelle oikeussuojakeinoja isäpuolensa tekoja vastaan. Vaikka ihmisoikeustuomioistuin päätyi siihen, ettei valittajan ihmisoikeutta (8 artikla) ollut rikottu, keskeistä on huomioida tuomioistuimen perustelut. Ihmisoikeustuomioistuin totesi, että valittajan isäpuolen teko on periaatteessa voinut kuulua rikoslain alaan eikä muutoinkaan käsillä ole ollut mitään prosessuaalista estettä sille, ettei valittaja olisi voinut saada rikoslain suojaa. Edelleen tuomioistuin totesi, ettei rikoslakia voida soveltaa laajentavasti syytetyn vahingoksi, mutta lain tulkinta sinänsä on usein väistämätöntä. Lisäksi ihmisoikeustuomioistuin alleviivasi, että ainakin joissain ihmisoikeussopimukseen sitoutuneissa jäsenmaissa harjoitetaan progressiivista rikoslain tulkintaa. Näin ollen perustelut vihjaavat, että ihmisoikeustuomioistuimen mukaan joissakin tilanteissa rikoslain progressiivinen soveltaminen vastaajan vahingoksi voi olla perusteltua, jos päämääränä on turvata asianomistajan ihmisoikeudet. Ks. E.S. v. Ruotsi (21.6.2012, etenkin kohdat 57–59, 65, 69).

[73] Esim. E.M. v. Romania (30.10.2012, etenkin kohdat 62, 69, 71); Hajduova v. Slovakia (30.11.2010, etenkin kohdat 41 ja 45); Opuz v. Turkki (9.6.2009, etenkin kohdat 128, 148–149, 153, 199).

voimassaolosta poiketaan vastaajan vahingoksi.[74] Vastaan esiin nousseeseen kysymykseen kiertoteitse.

Ensinnäkään nykyinen perus- ja ihmisoikeusdogmi ei salli sitä, että syyllisyysratkaisuissa esiin nousevat perus- ja ihmisoikeudet sivuutettaisiin.[75] Perus- ja ihmisoikeuksien avoimuuden vuoksi keskeiseksi ohjenuoraksi nousevat ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuperustelut, jotka täsmentävät sitä, minkälaisen minimintason perus- ja ihmisoikeudet yksilöille takaavat.

Yhtäältä perus- ja ihmisoikeuksissa turvatut oikeudet kuuluvat vastaajalle. Näin ollen tuomioistuinten on huolehdittava siitä, ettei yksikään syyksilukeva tuomio muodostu perus- ja ihmisoikeuksien vastaiseksi. Esimerkiksi rikoslailla ei voida rangaista sellaisesta teosta, joka on perus- ja ihmisoikeuksien perusteella sallittu. Toisaalta julkisen vallan on turvattava myös se, etteivät yksilöt loukkaa toisten yksilöiden perus- ja ihmisoikeuksia. Koska rikosoikeudella on preventiivinen tehtävä, esimerkiksi asianomistajan (ja viime kädessä jokaisen kansalaisen) yksilön suoja voi edellyttää perus- ja ihmisoikeussensitiivistä reagointia myös vastaajan vahingoksi.

Näin ollen voidaan väittää, että ihmisoikeussopimus ja etenkin sen sisältöä täsmentävä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö voi toimia vahvasti velvoittavana ratkaisuperusteena myös vastaajan vahingoksi.[76] Tällöinkin vastuu perustetaan rikostunnusmerkistöön, mutta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö voi asettaa kansalliselle tuomarille velvollisuuden muuttaa aikaisempaa ratkaisulinjaa vastaajalle epäedulliseen suuntaan. Tällöin tausta-ajatus on, että ellei voimassa oleva rikoslaki suojaa kansalaisia ihmisoikeuksien velvoittamalla

---

[74] Hakamies 2012 s. 52–53.

[75] Perus- ja ihmisoikeuksien relevanssia voidaan havainnollistaa myös siviilioikeudellisella esimerkillä. Vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n mukaan oikeus korvaukseen loukkauksen aiheuttamasta kärsimyksestä on sillä, jonka vapautta, rauhaa tai yksityiselämää on loukattu rangaistavaksi säädetyllä teolla. Vaikka lain mukaan vahingonkorvauksen edellytys on rangaistavaksi säädetty teko, korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön mukaan julkisen vallan käytöstä aiheutuneen kärsimyksen korvaamiselle voi olla perusteita, vaikka oikeuksien loukkauksen aiheuttama kärsimys ei olisikaan johtunut rikokseksi katsottavasta teosta. Ks. KKO 2012:81, erityisesti kohdat 13 ja 16; KKO 2011:38, kohdat 2 ja 8–16; KKO 2008:10, erityisesti kohta 12. Vahingonkorvauslain voimassaolon laajentamista vahingonkorvauslain sanamuodon kustannuksella korkein oikeus on perustellut etenkin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 13 artiklalla. Sen mukaan jokaisella, jonka sopimuksessa tunnustettuja oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava käytettävissään tehokas oikeussuojakeino kansallisen viranomaisen edessä siinäkin tapauksessa, että oikeuksien ja vapauksien loukkauksen ovat tehneet virantoimituksessa olevat henkilöt. Ks. myös KKO 2014:58, kohdat 31–32; KKO 2014:57, kohdat 29–30. Vaikka siviilioikeudellisten ja rikosoikeudellisten normien velvoittavuutta ei voida rinnastaa, vahingonkorvauskäytäntö osoittaa, että korkein oikeus on valmis varsin dynaamiseen lain soveltamiseen turvatakseen perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen.

[76] Esimerkiksi Kaarlo Hakamiehen mukaan tunnusmerkistöä voidaan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön pohjalta soveltaa (tietyin edellytyksin) dynaamisesti myös vastaajan vahingoksi. Ks. Hakamies 2012 s. 53–54.

tavalla, ihmisoikeudet velvoittavat tuomarin reagoimaan tilanteeseen oikeuskäytäntöä kiristämällä.[77]

Vaikka rikosoikeudellisesti kyseisen tausta-ajatuksen hyväksyminen on hankalaa, on syytä muistaa, että perustuslain 22 § velvoittaa myös tuomareita.[78] Näin ollen tuomarilla on vahva velvoite reagoida perus- ja ihmisoikeusloukkauksiin myös sellaisissa tapauksissa, joissa ihmisoikeusloukkauksen korjaaminen voi edellyttää perus- ja ihmisoikeusargumentaation huomioimista vastaajan vahingoksi. Asiaa voidaan havainnollistaa seuraavasti.

Ihmisoikeussopimus ja sen ihmisoikeustuomioistuimen perusteluissa saama sisältö on kansallisesti vahvasti velvoittavaa oikeutta. Käytännössä tämä velvoittavuus on rikoslakia ankarampaa, koska Suomessa rikoslaki ei saa muodostua perus- ja ihmisoikeuksien vastaiseksi. Tämä pätee lainsäätämisestä lainsoveltamiseen. Tästä seuraa se, että rikoslain rikkoessa perus- ja ihmisoikeuksia rikoslain on väistyttävä. Vastaavasti voimme väittää, että rikoslain salliessa perus- ja ihmisoikeusloukkaukset rikoslain on venyttävä. Jos hyväksymme jälkimmäisen väitteen, hyväksymme sen, että vakiintuneen oikeuskäytännön ollessa ristiriidassa perus- ja ihmisoikeusdogmin asettaman velvoitteen kanssa rikoslain voimassaoloa on laajennettava vastaajan oikeusturvan kustannuksella. Toteamallani tavalla jos esimerkiksi sananvapausrikoslinja on liian sananvapausmyönteinen, asianomistajalla on oikeus vaatia kunniansa tai yksityisyytensä asianmukaista suojelua.[79] Tuekseen hän voi vedota paitsi rikoslain 24 luvun sisältämiin rikostunnusmerkistöihin myös ihmisoikeussopimukseen.

Tällainen ”perus- ja ihmisoikeusdogmin perusteella myös vastaajan vahingoksi -oppi” ei sinänsä ole laillisuusperiaatteen vastainen, mutta se haastaa laillisuusperiaatteen tausta-arvot eli vastaajan oikeusturvan ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuuden. Toisaalta ihmisoikeustuomioistuin on itse suhtautunut laillisuusperiaatteeseen sekä laillisuusperiaatteen tausta-arvoihinkin varsin pragmaattisesti. Ensinnäkin ihmisoikeustuomioistuimen mukaan (rikos)laki on ym-

---

[77] Ks. myös Pirjatanniemi 2011.

[78] Ks. KKO 2014:57, kohta 29; KKO 2014:58, kohta 31.

[79] Ratkaisussa Cârsteva v. Romania (28.10.2014, erityisesti kohdat 29–39) ihmisoikeustuomioistuin totesi, ettei valtio ollut täyttänyt positiivista velvoitettaan suojella vastaajan kunniaa perusteettomilta loukkauksilta. Kyseisessä tapauksessa kansallinen tuomioistuin ei ollut tuominnut leimaavan artikkelin kirjoittajia kunnianloukkauksesta. Ks. myös Mikolajova v. Slovakia (18.1.2011, erityisesti kohdat 56–63); A. v. Norja (9.4.2009, erityisesti kohdat 63–75), joissa valtion todettiin loukanneen positiivista velvoitettaan suojella yksilöiden kunniaa. Ks. myös ratkaisu Roberts ja Roberts v. Yhdistynyt kuningaskunta (5.7.2011, erityisesti kohdat 42–50). Kyseisessä tapauksessa henkilöistä oli kirjoitettu lehdistössä negatiivia asioita ilman, että kukaan kirjoittajista olisi joutunut asiasta vastuuseen. Vaikka tässä nimenomaisessa tapauksessa valtion ei todettu loukanneen positiivista velvoitettaan suojella yksilöiden kunniaa, ihmisoikeustuomioistuin totesi, että valtiolla on velvollisuus suojella yksilöiden kunniaa myös sellaisissa tilanteissa, jotka ovat luonteeltaan kahden yksilön välisiä. Ks. Roberts ja Roberts v. Yhdistynyt kuningaskunta (5.7.2011, kohta 43).

märrettävä pikemminkin sisällöllisessä kuin muodollisessa merkityksessä. Ihmisoikeustuomioistuimen mukaan laki on voimassa oleva säännös sellaisena kuin toimivaltaiset tuomioistuimet sitä tulkitsevat.[80]

Tästä voidaan päätellä, että ihmisoikeustuomioistuimen mukaan rikoslain muoto on alisteinen tuomarin harkinnalle. Ihmisoikeustuomioistuin edellyttää, ettei tuomarien harkinta muodostu mielivaltaiseksi, mutta voimassa olevan rikoslain rajat ratkeavat tuomarin harkinnassa. Edellä toteamallani tavalla kysymys on kehästä, jossa tuomarit ratkaisevat sen, mihin he itsensä täsmällisesti ottaen sitovat. Koska vastaajan oikeusturvan vuoksi tällainen tilanne on altis kritiikille, voisi olettaa, että ihmisoikeustuomioistuin olisi pyrkinyt konstruoimaan ohjenuoran, johon nojautuen voitaisiin määrittää riittävän tarkat rajat rikoslain dynaamiselle soveltamiselle vastaajan vahingoksi. Näin ei kuitenkaan ole.

Ratkaisukäytännössään ihmisoikeustuomioistuin on todennut, ettei laillisuusperiaate estä pätevän rikoslain voimassaolon täsmentämistä tapauskohtaisesti myös vastaajan vahingoksi, jos oikeuskäytännöllä luotu kehityskulku sopii yhteen asianomaisen rikoksen olennaisen sisällön kanssa ja on kohtuudella ennakoitavissa.[81] Se, mitä sanottu täsmällisesti ottaen tarkoittaa, on epäselvää.[82] Ainakaan ennakoitavuusvaade rikoslain dynaamisen soveltamisen rajoitteena ei ole saanut mainittavaa painoarvoa, koska ihmisoikeustuomioistuimen mukaan tunnusmerkistön voimassaolon laajuus on kohtuudella ennakoitavissa, jos alan asiantuntija osaa kertoa, miten kutakin tunnusmerkistöä tullaan tuomioistuimissa soveltamaan.[83] Täten on selvää, ettei ihmisoikeustuomioistuimen suhtautuminen laillisuusperiaatteen tausta-arvoihin ole ehdotonta. Rikostunnusmerkistön voimassaolon laajentaminen vastaajan vahingoksi ei ole kiellettyä, kunhan lakia ei sovelleta vastaajan vahingoksi täysin ennakoimattomalla tavalla.[84] Mitä tästä tulisi päätellä?

Ensinnäkin kiistatonta on, että perus- ja ihmisoikeudet ovat vahvasti velvoittavaa oikeutta ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut kansallisia tuomareita vahvasti ohjeistavia. Tästä huolimatta on syytä suhtautua kriittisesti siihen, että ihmisoikeustuomioistuimen argumentaatiolle annettaisiin vahvasti velvoittava ase-

---

[80] Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012, kohdat 43 ja 50–52). Ks. myös Martirosyan v. Armenia (5.2.2013, kohta 57).

[81] Martirosyan v. Armenia (5.2.2013, kohta 57); Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012, kohta 51).

[82] Rikoslain soveltamisen ennakoitavuusvaadetta käsittelen tarkemmin luvussa 6.2.

[83] Martirosyan v. Armenia (5.2.2013, kohta 62); Kasymakhunov ja Saybatalov v. Venäjä (14.3.2013, kohta 78); Del Río Prada v. Espanja (21.10.2013, kohta 79); Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012, kohta 44); Moiseyev v. Venäjä (9.10.2008, kohta 241).

[84] Ks. myös ratkaisu Del Río Prada v. Espanja (21.10.2013, kohta 93), jossa progressiivisen rikoslain soveltamisen todetaan olevan sallittua myös vastaajan vahingoksi.

ma rikosvastuuta laajentavana oikeuslähteenä.[85] Vaikka ihmisoikeustuomioistuin itse sallii rikoslain dynaamisen soveltamisen vastaajan vahingoksi, vastaajan oikeusturva edellyttää, ettei rikosvastuun laajentamista perustella ihmisoikeusargumentaatiolla.

Jos lähtisimme siitä, että ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuperusteilla olisi vahvasti velvoittava oikeuslähdeopillinen merkitys vastaajan vahingoksi, laillisuusperiaatteen valossa tämä tarkoittaisi siirtymistä lakipositivismista kohti luonnonoikeudellista argumentaatiota. Käytännössä tämä tarkoittaisi sitä, että pätevän rikoslain voimassaolo muuttuisi entistä epätäsmällisemmäksi, jolloin puhe vastaajan oikeusturvasta ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuudesta siirtyisi askeleen kohti epävarmuutta. Näin ollen vastuun perustavana ratkaisuperusteena rikoslain muotoa on korostettava ihmisoikeusargumentaation kustannuksella. Jos ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö edellyttää julkiselta vallalta sellaista reagoimista, joka tosiasiassa tarkoittaa rangaistusvastuun laajentumista, tehtävä on ensisijaisesti jätettävä lainsäätäjän harteille.[86]

Hyväksykäämme se, ettei perus- ja ihmisoikeuksista johdetuilla ratkaisuperusteilla ole vahvasti velvoittavaa relevanssia vastaajan vahingoksi. Tämän jälkeen voimme todeta, että lain esitöiden ja kotimaisen oikeuskäytännön ohella myös ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöllä on rikoslaille selkeästi alisteinen asema. Esimerkiksi siinä missä siviilioikeudessa oikeudelliset käytänteet voivat olla vahvasti velvoittavia, syyksilukevan tuomion ratkaisuperusteina rikoslain ulkopuolisilla ratkaisuperusteilla on aina vain rikoslain voimassaoloa täsmentävää relevanssia.[87]

Toisaalta vaikka rikosvastuun perustana oleva oikeuslähdeymmärrys on varsin suppea, eli rikosvastuun perustavana ratkaisuperusteena tuomaria vahvasti velvoittava oikeuslähde on vain ja ainoastaan rikoslaki, tästä ei tule tehdä sitä johtopäätöstä, että tuomari kykenisi ratkaisemaan syyllisyyskysymykset rikoslakia lukemalla. Olennaista on kuitenkin tehdä käsitteellinen ero rikoslain ja rikoslain relevanssia täsmentävien ratkaisuperusteiden välillä. Luettaessa tekoa tekijänsä syyksi tuomaria velvoittaa vain rikoslaki, ja muut ratkaisuperusteet ovat rikoslain voimassaoloa täsmentävää argumentaatioaineistoa. Rikosoikeudessa korostunut oikeusturva edellyttää, ettei rikoslain voimassaoloa täsmentäviä ratkaisu-

---

[85] Ks. myös Frände 2012 s. 46–47.

[86] Lainsäätäjän vastuun korostamista – tuomioistuinten vastuun kustannuksella – puoltavat myös demokratia- ja kansalaiskritiikkiin takautuvat reaalipoliittiset argumentit. Tunnetusti Britanniassa mutta myös useissa Pohjoismaissa on kohdistettu kritiikkiä ihmisoikeustuomioistuimen tyyliin astua lainsäätäjän tontille. Oletettavasti ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen ymmärtäminen vahvasti velvoittaviksi ratkaisuperusteiksi rikosvastuuta langetettaessakin olisi omiaan laskemaan ihmisoikeustuomioistuimen legitimiteettiä myös Suomessa.

[87] Tapani – Tolvanen 2013 s. 101; Frände 2012 s. 46; Hakamies 2012 s. 54; Nuotio 2004 s. 1270.

perusteita myöskään määritellä liian laveasti. Toteamallani tavalla jos syyllisyyskysymysten relevanteiksi ratkaisuperusteiksi luetellaan kaikki mahdollinen moraaliargumenteista alkaen, vaarana on, että tuomarille annetaan lupa avoimempaan harkintaan kuin todellisuudessa on tarpeellista. Näin ollen myös rikoslain voimassaoloa täsmentävä argumentaatioaineisto on määriteltävä suppeasti.

Mika Huovilan viitoittamalla tiellä rikoslain voimassaoloa täsmentävien ratkaisuperusteiden relevanssi voidaan määritellä seuraavasti:[88] jos syyllisyyskysymyksen ratkaisu ei selviä rikoslakia lukemalla, argumentatiivista tukea on etsittävä lain esitöistä ja aikaisemmasta oikeuskäytännöstä – eli Aarnion termein tuomaria heikosti velvoittavista oikeuslähteistä. Vaikka vastaajan vahingoksi myös lain esitöillä ja aikaisemmalla oikeuskäytännöllä on laille alisteinen asema, esitöiden ja oikeuskäytännön relevanssia voidaan puoltaa niiden nauttimalla institutionaalisella tuella. Ensinnäkin lainsäätäjä itse täsmentää laista ilmentävää tahtoaan lain esitöillä. Näin ollen lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen velvoittaa tuomaria tukeutumaan myös lain esitöihin. Toiseksi perustuslain 6 §:ssä turvattu yhdenvertaisuus edellyttää, että tuomarin kohdatessa sellaisen syyllisyyskysymyksen, jota vastaava tapaus on jo aikaisemmin lainvoimaisesti ratkaistu, myöhempi tapaus on ratkaistava samalla tavalla. Muutoin kansalaiset eivät ole lain edessä yhdenvertaisessa asemassa.

Sen sijaan epäselvempi kysymys on se, minkälaiseen etusijajärjestykseen esityöt ja aikaisempi oikeuskäytäntö tulee ratkaisuperusteena asettaa. Tähän kysymykseen ei ole yksiselitteistä vastausta, vaan vastaus riippuu esitöiden ja oikeuskäytännön sisältämien perustelujen vakuuttavuudesta sekä niiden tuoreudesta.

Huovilaa seuraten perussääntö on, että mitä tuoreemmasta lainsäädännöstä on kysymys, sitä merkittävämpi painoarvo lain esitöille on annettava. Lain esitöistä merkittävimpiä ovat ne, jotka ovat lähimpänä lainsäätäjän päätöstä.[89] Tätä perussääntöä voidaan puoltaa myös vallan kolmijako-opilla: etenkin rikosoikeudessa tuomarin tehtävä on pyrkiä olemaan uskollinen lainsäätäjän tahdolle, ja ellei lainsäätäjän tahto ilmene lain kirjaimesta, argumentaatiotukea on etsittävä asiakirjoista, joista lainsäätäjän tahto selkeimmin ilmenee. Lisäksi tuoreissa esitöissä on kohtalaisen seikkaperäisesti huomioitu relevantti perus- ja ihmisoikeusargumentaatio, joten tuomari saa esitöistä johtoa siihen, kuinka lainsäätäjä on kyseisen tunnusmerkistön sekä perus- ja ihmisoikeuksien väliset mahdolliset jännitteet hahmottanut.

---

[88] Huovila 2006 s. 46. Huovilan ”peukalosääntömalli” on saanut kannatusta kotimaisilta rikosoikeusoppineilta. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 101; Hakamies 2012 s. 54–55; Lahti 2006 s. 100–112.

[89] Huovila 2006 s. 46.

Vastaavasti mitä vanhemmasta kriminalisoinnista on kysymys, sitä olennaisempaa on arvioida tunnusmerkistön tapauskohtaista voimassaoloa aikaisemman oikeuskäytännön valossa. Erityisesti jos kysymyksessä on perus- ja ihmisoikeusherkkä tunnusmerkistö, myös uudehkon esityöaineiston jälkeen on voinut tapahtua jokin sellainen muutos perus- ja ihmisoikeusdogmissa, etteivät lain esityöt enää vastaa vallitsevaa oikeustilaa.[90]

Oma rikosoikeudellinen erityiskysymyksensä on kansallisten ja ylikansallisten tuomioistuinratkaisujen keskinäinen etusijajärjestys. Tätä kysymystä voidaan lähestyä monella tapaa. Ensinnäkin myöhemmin todennettavalla tavalla syyllisyysratkaisuissa on painotettava kansallista harkintamarginaalia, joten luontevinta on korostaa vakiintunutta kotimaista ratkaisulinjaa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen kustannuksella. Toiseksi kysymys rikostunnusmerkistön voimassaolosta konkretisoituu nimenomaan kotimaisissa tuomioistuimissa, joten argumentatiivista tukea on luontevinta etsiä kotimaisesta oikeuskäytännöstä. Kolmanneksi ihmisoikeustuomioistuimella ei ole kompetenssia arvioida päätöstensä vaikutusta eri maiden rikosoikeudelliseen traditioon, joten ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön on joka tapauksessa suhtauduttava varauksellisemmin kuin kotimaiseen oikeuskäytäntöön. Näin ollen luontevinta onkin lähteä siitä, että luettaessa teko vastaajan syyksi ihmisoikeusargumentaation tehtävä on toimia pikemminkin kotimaisen ratkaisukäytännön kontrollivälineenä kuin itsenäisenä ratkaisuperusteena.

Samalla on alleviivattava, etteivät rikoslain voimassaoloa täsmentävien ratkaisuperusteiden käyttösäännöt ole kiveen hakattuja. Kiperät syyllisyyskysymykset ovat kiperiä nimenomaan sen vuoksi, että tapauskohtaisesti voi olla vaikea päättää, mille ratkaisuperusteelle on annettava keskeisin rooli. Esimerkiksi korkeimman oikeuden ennakkopäätös on voinut perustua äänestykseen. Tällöin voi olla vaikea arvioida, mikä painoarvo tuomion lopputulokselle tai eri mieltä olevan jäsenen lausumalle on jälkeenpäin annettava.[91] Näin ollen vaikka relevanttia oi-

---

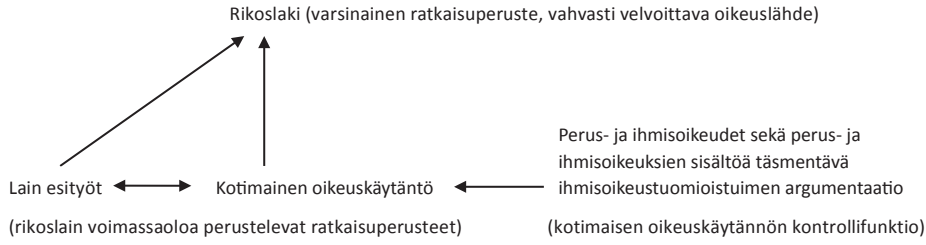
[90] Oivallisen esimerkin tarjoaa kunnianloukkaustunnusmerkistö. Tunnusmerkistö uudistettiin vuosituhannen vaihteessa. Ks. HE 184/1999 vp. Vaikka esityöt olivat 2000-luvulla tuoreita, ne eivät poistaneet tarvetta arvioida kunnianloukkauksen ja sananvapauden suhdetta 2000-luvulla nimenomaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella – ei vaikka hallituksen esityksessä HE 184/1999 vp perus- ja ihmisoikeusargumentaatio oli seikkaperäisesti huomioitu. Nyttemmin kunnianloukkauskriminalisointia on jälleen modifioitu (laki 879/2013). Myös viimeisimmän modifioinnin yhteydessä annetussa hallituksen esityksessä (HE 19/2013 vp) on huomioitu perus- ja ihmisoikeusargumentaation nykytila. Tästä huolimatta hallituksen esityksessä todetaan, että tuomarien on oltava perus- ja ihmisoikeussensitiivisiä jopa hallituksen esityksessä sanotun kustannuksella.

[91] Pääsääntöisesti ajateltaneen, etteivät korkeimman oikeuden äänestysratkaisut ole painoarvoltaan yhtä vahvoja ennakkopäätöksiä kuin ns. yksimieliset ennakkopäätökset. Ks. esim. Tapani 2014 s. 751, jossa todetaan, että korkeimman oikeuden äänestäminen (ratkaisussa KKO 2014:7) heikentää – ainakin jonkin verran – ratkaisun ennakkopäätösarvoa.

keuskäytäntöä olisi tarjolla, joskus voi olla välttämätöntä turvautua lain esitöihin prejudikaatin kustannuksella.

Vastaavasti vaikka oikeuskäytäntö on itseään vahvistava ilmiö, ratkaisuperusteena oikeuskäytäntöön sisältyy yksi olennainen ongelma: tuomioistuimen ratkaisut ovat aina tapauskohtaisia. Toisin sanoen rikosasioissa tuomarin tehtävä on ratkaista se konkreettinen syyllisyyskysymys, joka hänen eteensä on tuotu. Tässä tehtävässään tuomarin on vältettävä astumasta lainsäätäjän tontille.[92] Näin ollen yksittäiset ratkaisut voivat toimia rikoslain voimassaoloa täsmentävinä ratkaisuperusteina vain rajallisesti. Tämä problematiikka voi edellyttää lain esitöiden korostamista oikeuskäytännön kustannuksella niissäkin tapauksissa, joissa lain esityöt ovat jo iäkkäämpiä.

Edellä sanotun perusteella ratkaisuperusteiden relevanssi voidaan mallintaa seuraavasti. Mallissa rikoslaki on ainut tuomaria vahvasti velvoittava oikeuslähde. Sen sijaan lain esityöt ja aikaisempi oikeuskäytäntö ovat vain rikoslain voimassaoloa täsmentävää argumentaatioaineistoa. Keskeistä on havaita, että kysymyksessä on ratkaisuperusteiden relevanssi niissä tapauksissa, joissa teko luetaan vastaajan syyksi.



Kuvio 6. Ratkaisuperusteiden relevanssi luettaessa teko vastaajan syyksi.

Kuvion tarkoitus on mallintaa sitä, että ratkaisuperusteet vastaajan vahingoksi ovat varsin suppeat. Vahvasti velvoittava oikeuslähde on vain ja ainoastaan rikoslaki, ja sen tapauskohtaista voimassaoloa voidaan perustella lain esitöillä ja aikaisemmalla oikeuskäytännöllä. Sen sijaan perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolle voidaan asettaa vain rikosoikeudellisen ratkaisulinjan kontrollifunktio.

---

[92] Kaarlo Hakamies on todennut, että oikeuden kehittymisen kannalta keskeistä on nimenomaan se, miten korkein oikeus ymmärtää tehtävänsä; vallitsevan oikeustilan säilyttäjänä (staattisuus) vai oikeudellisiin ongelmiin aktiivisesti reagoivana tahona (dynaamisuus). Ks. Hakamies 2012 s. 55. Vaikka joissakin puheenvuoroissa tuomioistuimen roolia on haluttu kehittää dynaamisempaan suuntaan, rikosasioissa on pyrittävä vallan kolmijako-opin kunnioittamiseen. Tätä vaadetta ei voida toteuttaa täydellisesti, mutta keskeistä on, että rikosasioissa tuomarit ymmärtävät tehtävänsä pikemminkin vallitsevan oikeustilan ylläpitäjinä kuin oikeudenluojina.

Tällä tarkoitan sitä, että vastaajan vahingoksi perus- ja ihmisoikeusargumentaatioon ei voida vedota rikosvastuuta laajentavasti. Pikemminkin perus- ja ihmisoikeusargumentaatio on (teoreettisesti) ymmärrettävä nimenomaan rikosoikeudellista oikeuskäytäntöä kontrolloivaksi ja legitimoivaksi argumentaatioaineistoksi.

Muilla ratkaisuperusteilla ei ole sijaa vastaajan vahingoksi. Rikosvastuuta ei voida perustella sen enempää maan tavalla kuin Aarnion tarkoittamilla sallituilla oikeuslähteillä. Tuomari ei voi esimerkiksi todeta, että syyllisyyttä puoltavat oikeustieteessä esitetyt kannanotot saati jotkin sisällölliset ratkaisuperusteet, kuten moraaliset argumentit.[93]

> Korkein oikeus ei tätä nykyä perusteluissaan viittaa oikeuskirjallisuuteen, ja olisi suotavaa, että myös alemmat tuomioistuimet lopettaisivat perustelemasta syyllisyysratkaisujaan oikeuskirjallisuudella saati maksetuilla asiantuntijalausunnoilla.[94] Lienee kuitenkin syytä huomauttaa, että väitteeseeni voidaan kohdistaa myös kritiikkiä. Esimerkiksi Jyrki Virolaisen mukaan tuomioistuinten tulisi perusteluissaan viitata oikeuskirjallisuuteen, koska se olisi omiaan vahvistamaan ratkaisun legitimiteettiä ja hyväksyttävyyttä – ainakin, jos oikeuskirjallisuudessa vallitsee riittävä yksimielisyys jostakin juridisesta kysymyksestä.[95]
>
> Vastakommenttina voidaan esittää, ettei oikeusvaltio-oppi taivu siihen, että ainakaan syyksilukevat tuomiot perustuisivat lainoppineiden asenteisiin. Myöskään oikeusalamaisille ei voida asettaa sellaista teoreettista velvoitetta, että tunteakseen rikoslain heidän tulisi tuntea rikoslainopillinen keskustelu ja osata sen perusteella päättää, kenen lainoppineen argumentit tulee ottaa todesta. Mainitkaamme esimerkkinä keskustelu olosuhdetahallisuudesta. Ainakaan itse en tällä hetkellä tiedä, keiden oikeusoppineiden asenteet edustavat ylintä totuutta. Sen sijaan tiedän, että olosuhdetahallisuuden ja selonottovelvollisuuden välisestä suhteesta vallitsee erilaisia näkemyksiä.[96]
>
> Vaikka suhtaudun penseästi siihen, että syyllisyyskysymyksissä argumentoitaisiin rikoslainopilla, oikeustieteelliset puheenvuorot näkyvät ratkaisuista ns. hiljaisina ratkaisuperusteina.[97] Esimerkiksi jokainen tuomioistuimessa työskennellyt tietää, että kiperän kysymyksen kohdatessaan tuomari hakee

---

[93] Edellä todetulla tavalla Aarnio luokittelee arvot (moraaliset argumentit) sallituiksi oikeuslähteiksi. Tällaista ilmaisua voidaan eittämättä kritisoida. Puhuttaessa arvoargumenteista termi ”oikeuslähde” on harhaanjohtava. Jos tuomari ratkaisuharkinnassaan tukeutuu ei-institutionaalista tukea nauttiviin arvoihin, hän ei ammenna oikeuslähteestä, vaan ei-oikeudellisesta lähteestä. Semanttisesti arvioiden sisällöllisten ratkaisuperusteiden kutsuminen oikeuslähteiksi on kuitenkin ymmärrettävää. Termi ”moraalilähde” ei istu modernin oikeuden kontekstiin, jossa korostetaan lain ja moraalin erillisyyttä.

[94] Oikeustieteen relevanssista tuomioistuinten perusteluissa ks. Virolainen 2012 s. 12–16.

[95] Virolainen 2012 s. 26 ja 31–32.

[96] Nils Jareborg onkin kiinnittänyt huomiota siihen, että kiperissä kysymyksissä rikosoikeusdoktriini on harvoin jos koskaan niin homogeeninen, että tuomarit voisivat johtaa siitä kiistattomia ”totuuksia”. Ks. Jareborg 2009 s. 105.

[97] Näin myös Nuotio 2005 s. 148.

apua oikeustieteellisestä kirjallisuudesta. Teoreettisesti lainopilliseen kirjallisuuteen tukeutumista ei kuitenkaan tule samaistaa syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteeksi. Pikemminkin lainopillisen kirjallisuuden relevanssi tulisi ymmärtää apukeinoksi hahmottaa se, kuinka kiperää oikeuskysymystä voidaan lähestyä. Itseeni kohdistettuna vasta-argumenttina voidaan tietenkin esittää, että avoimempaa olisi kertoa tuomion perusteluissa se, kenen lainoppineen kirjoituksiin ratkaisuharkinnassa on tukeuduttu.

Puhuttaessa ratkaisuperusteiden relevanssista vastaajan vahingoksi johtopäätöksenä voidaan todeta seuraava: rangaistavuus voidaan johtaa vain rikoslaista ja rikoslain tapauskohtaista relevanssia voidaan tukea vain lain esitöillä ja aikaisemmalla oikeuskäytännöllä. Olisi kuitenkin virheellistä vetää tästä se johtopäätös, ettei myös muilla rikoslain voimassaoloa täsmentävillä ratkaisuperusteilla voisi olla argumentatiivista merkitystä jätettäessä teko lukematta vastaajan syyksi.

Ratkaisuperusteiden relevanssi jätettäessä teko lukematta vastaajan syyksi. Oletettavasti puhuminen ratkaisuperusteiden relevanssin kaksisuuntaisuudesta voi aiheuttaa hämmennystä. Syyllisyyskysymyksessä tuomari ei arvioi vain syyllisyyttä tai syyttömyyttä, vaan hänen tehtävänsä on ratkaista se, kumpi ratkaisuvaihtoehdoista on lainmukainen ratkaisu. Tämä tehtävä edellyttää relevanttien ratkaisuperusteiden kokonaisvaltaista tarkastelemista. Tässä mielessä oikeuslähteiden relevanssin hahmottaminen kaksisuuntaisesti on vain saman kolikon tarkastelemista kahdelta eri kantilta. Samalla on kuitenkin olemassa hyviä perusteita väittää, että rikosoikeudessa ratkaisuperusteiden hahmottaminen kahdesta eri suunnasta on tarpeellista.

Totesin edellä, että vastaajan vahingoksi ratkaisuperusteiden relevanssi on konstruoitava suppeasti. Ensinnäkin laillisuusperiaatteen vuoksi tuomari ei voi johtaa syyksiluettavuutta muusta kuin rikostunnusmerkistöstä. Toiseksi rikosoikeudessa korostunut vastaajan oikeusturva edellyttää, ettei rikostunnusmerkistön voimassaoloa täsmennetä muilla kuin sellaisilla ratkaisuperusteilla, joilla on vahva institutionaalinen tuki. Aulis Aarniota seuraten vahvan institutionaalisen tuen ratkaisuperusteiksi voidaan lukea lain esityöt ja aikaisempi (kotimainen) oikeuskäytäntö.

Sen sijaan muihin ratkaisuperusteisiin ei voida vastaajan vahingoksi vedota. Esimerkiksi Aulis Aarnion tarkoittamat sallitut oikeuslähteet eivät ole sallittuja oikeuslähteitä syyksilukevan tuomion perusteluissa. Tietenkin sallituilla oikeuslähteillä voi olla tuomarin harkintaa ohjaavaa implisiittistä merkitystä myös vastaajan vahingoksi, mutta tästä ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että sallitut oikeuslähteet olisivat sellaisia ratkaisuperusteita, joihin rikosvastuu voitaisiin argumentatiivisesti perustaa. Toisin sanoen jos rikostunnusmerkistön voimassaoloa ei voida todentaa viittamaalla lain esitöihin ja aikaisempaan oikeuskäytäntöön, tuomari ei voi pyrkiä todentamaan teon rangaistavuutta sen enempää oi-

keustieteellisillä kannanotoilla kuin sisällöllisilläkään ratkaisuperusteilla. Sanottu koskee myös reaalisia argumentteja eli rikosoikeudellisin termein teleologista lain soveltamista. Rikosvastuuta ei voida johtaa hyvistäkään päämääristä.[98]

Sen sijaan puhuttaessa ratkaisuperusteiden relevanssista vastaajan eduksi oikeuslähteiden käyttösäännöt sekä tuomarin mahdollisuus tukeutua oikeudelliseen argumentaatioaineistoon muuttuvat olennaisesti. Ensinnäkin ratkaisuperusteiden etusijajärjestyksen muuttuminen perustuu siihen, että joissakin tilanteissa rikostunnusmerkistössä sinänsä rangaistavaksi säädetyn teon tekeminen voi olla tapauskohtaisesti sallittua rikoslakia hierarkkisesti ylempien säädösten, kuten perus- ja ihmisoikeuksien (sekä EU-oikeuden)[99] perusteella. Etenkin Euroopan ihmisoikeussopimus sekä sen sisältöä täsmentävä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö voivat tapauskohtaisesti olla rikoslakia velvoittavampia ratkaisuperusteita.

Tällaisessa tilanteessa rikoslaki ei ole tuomaria vahvimmin velvoittava oikeuslähde, vaan tuomari on velvollinen huolehtimaan siitä, ettei syyllisyysratkaisu muodostu perus- ja ihmisoikeusdogmin vastaiseksi. Toisin sanoen hierarkkisesti rikoslain yläpuoliset oikeuslähteet velvoittavat tuomarin sivuuttamaan rikoslain kirjaimen, joten tapauskohtaisesti rikoslain pakottavuus voi olla alisteista rikoslakia velvoittavammille ratkaisuperusteille.[100] Näin ollen puhuttaessa oikeuslähteistä ratkaistaessa syyllisyyskysymys vastaajan eduksi on perusteetonta väittää, että rikoslaki on tuomaria vahvimmin velvoittava oikeuslähde, kuten asian laita on puhuttaessa oikeuslähteiden relevanssista vastaajan vahingoksi.

Tyypillisesti sellainen kollisiotilanne, jossa perus- ja ihmisoikeusargumentaatio voi muodostua rikoslakia velvoittavammaksi oikeuslähteeksi, aktualisoituu sananvapausrikostunnusmerkistöjä sovellettaessa. Tällaisissa tilanteissa tuomarin on huolehdittava siitä, ettei rikoslaki muodosta tosiasiallista estettä ilmaista sellaisia asioita, joiden ilmaiseminen on sananvapausdogmin perusteella sallittua. Ihmisoikeustuomioistuimen mukaan rikoslailla ei voida rajoittaa esimerkiksi median valvontatehtävää. Tätä tehtävää suorittaessaan toimittajat saavat turvautua liioitteluun ja provokaatioon, jopa mauttomuuksiin.[101] Ihmisoikeustuo-

---

[98] Rikostunnusmerkistön sanamuodossa pysyttäytymisen tärkeydestä myös common law -maissa ks. Ashworth – Horder 2013 s. 56–61.

[99] EU-oikeuden olen laittanut sulkeisiin korostaakseni sitä, että tutkimukseni keskiössäni on perus- ja ihmisoikeussensitiivinen rikoslain soveltaminen. Sulkeet eivät tarkoita sitä, että EU-oikeudella olisi vain marginaalinen tai vähäinen merkitys arvioitaessa rikoslain velvoittavuutta vastaajan eduksi. Seikkaperäisesti EU-oikeuden rikosoikeudellisesta merkityksestä ks. Melander 2010b, erityisesti s. 107–127.

[100] Frände 2012 s. 46–47.

[101] Esim. Novaya Gazeta ja Borodyanskiy v. Venäjä (28.3.2013, kohta 29); Gomes da Silva v. Portugali (28.9.2000, kohta 35).

mioistuin on myös painottanut, ettei kenenkään sananvapauteen saa puuttua enempää kuin demokraattisessa yhteiskunnassa on välttämätöntä.[102]

Koska hierarkkisesti perus- ja ihmisoikeudet ovat rikoslain yläpuolella, lex superior -säännön perusteella on väitettävissä, että perus- ja ihmisoikeusargumentaatio on rikoslakia velvoittavampi ratkaisuperuste niissä tilanteissa, joissa rikoslaki ja perus- ja ihmisoikeudet kollisioivat. Ratkaisuperusteiden keskinäistä velvoittavuutta koskeva ongelma ei kuitenkaan ole tällä ratkaistu. Koska rikoslainkäytön oikeutus pyritään – tai ainakin se tulisi pyrkiä – hakemaan perus- ja ihmisoikeuksista, tämä tarkoittaa sitä, että ainakin jokaisen perus- ja ihmisoikeussensitiivisen rikostunnusmerkistön taustalla on pyrkimys suojata kansalaisten perus- ja ihmisoikeuksia.[103] Näin ollen rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien kollisiossa ei ole kysymys yksiulotteisesta lex superior -tilanteesta vaan pikemminkin eri suuntaan viettävien perus- ja ihmisoikeuksien kollisiosta. Esimerkiksi sananvapausrikoksissa kollisiossa ovat sananvapaus ja vähemmistöjen suoja (RL 11:8), sananvapaus ja yleinen turvallisuus (RL 17:1), sanavapaus ja uskonnon suoja (RL 17:10), sananvapaus ja yksityiselämän suoja (RL 24:8), sanavapaus ja kunnia (RL 24:9) ja niin edelleen.[104]

Vastaavasti arvioitaessa ratkaisua KKO 2008:93 eli ns. poikien ympärileikkaustapausta ei ole rationaalista todeta, että lex superior -säännön perusteella pahoinpitelytunnusmerkistön on väistyttävä. Aivan kuten perhe-elämä ja uskonnonvapaus myös pahoinpitelytunnusmerkistö nauttii perustuslaillista suojaa. Jokaisen oikeus koskemattomuuteen on turvattu niin ihmisoikeussopimuksissa kuin perustuslaissa. On syytä pitää mielessä, että useat rikostunnusmerkistöt

---

[102] Esim. Najafli v. Azerbaidzan (2.10.2012, kohta 69); Mouvement raelien suisse v. Sveitsi (13.7.2012, kohdat 52, 56).

[103] Kysymys kriminalisointien taustalla olevien oikeushyvien suhteesta perus- ja ihmisoikeuksiin on mielenkiintoinen. Ks. keskustelusta Roxin 2006 s. 40–43. Seikkaperäisesti oikeushyväkeskustelusta ks. Lauterwein 2010 ja Hefendehl – Hirsch – Wohlers (toim.) 2003. Suomessa Matti Tolvasen mukaan oikeushyvät voidaan aina johtaa perusoikeusjärjestelmästä. Ks. Tolvanen 1999 s. 182. Sen sijaan Sakari Melander on kysynyt, voidaanko esimerkiksi huumausaineen käyttörikoksen (RL 50:2a) legitimiteetti johtaa perusoikeusjärjestelmästä. Ks. Melander 2008 s. 347. Melanderin mukaan useat oikeushyvät voidaan johtaa perusoikeusjärjestelmästä, mutta yhtäältä on epärehellistä väittää, että kaikkien kriminalisointien legitimiteetti perustuisi perusoikeuksiin. Melanderin mukaan riittää, että kriminalisoinnin taustalla on painava yhteiskunnallinen tarve, jonka omaa legitimiteettiä ei tarvitse johtaa perusoikeusdoktriinista. Ks. Melander 2008 s. 347–351. Vaikka Melanderin väite on relevantti, on syytä huomioida, että painava yhteiskunnallinen tarve on kriminalisointikriteerinä vaarallinen: se mahdollistaa liki minkä tahansa ilmiön kriminalisoinnin. Ks. Lauterwein 2010 s. 21. Näin ollen on syytä lähteä siitä, että lähtökohtaisesti legitiimi kriminalisointi edellyttää tuekseen sitä, että kriminalisointi voidaan perustella perus- ja ihmisoikeuksista johdetuilla argumenteilla. Tämä rajoittaisi lainsäätäjän halukkuutta puuttua yhteiskunnallisiin ilmiöihin rikosoikeudellisin toimenpitein tehokkaammin kuin vaatimus painavasta yhteiskunnallisesta tarpeesta.

[104] Perusteellinen luettelo sananvapausrikoksista ks. Kolehmainen 2009 s. 28–29.

ovat – tai ainakin niiden tulisi olla – nimenomaan perus- ja ihmisoikeusnormistosta johdettua oikeutta. Näin ollen rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien kollisiossa ei ole kysymys hierarkkisesti eritasoisten normien ristiriidasta vaan eri suuntaan viettävien perus- ja ihmisoikeuksien kollisiosta. Tämän vuoksi rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien risteyskohdissa ratkaisuperusteiden velvoittavuutta ei voida hahmottaa yksiulotteisesti lex superior -tilanteena vaan eri suuntiin viettävien ratkaisuperusteiden välisenä punnintatilanteena. Eivätkä ongelmat tyhjene tähän.

Puhuttaessa perus- ja ihmisoikeuksien rikoslakia vahvemmasta velvoittavuudesta ongelmaksi muodostuu perus- ja ihmisoikeuksien sisältöä täsmentävien argumenttien – eli käytännössä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuperustelujen – avoimuus. Ne ovat omiaan vaikeuttamaan rajan vetämistä sen välillä, mitä perus- ja ihmisoikeudet täsmällisesti ottaen sallivat, kieltävät tai velvoittavat valtiovaltaa tekemään.

Selkein tilanne on silloin, kun ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä voidaan johtaa eksakti ja tuomaria selkeästi velvoittava oikeusohje. Tällaiset ohjeet ovat kuitenkin harvinaisia. Yhtenä esimerkkinä voidaan mainita itsekriminointisuoja, jonka sisältö on Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä muotoutunut tuomaria selkeästi määrääväksi käskyksi. Näin ollen itsekriminointisuoja on rikoslakia velvoittavampi käsky, eikä tuomari voi harkita rikoslain seuraamista itsekriminointisuojan kustannuksella, jos henkilöä on painostettu myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä toteen näyttämiseen. Näin ollen lähtökohta on, että itsekriminointisuojan aktualisoituessa rikoslain käskyn on väistyttävä, koska rikoslaki on hierarkkisesti alisteinen perus- ja ihmisoikeuksissa turvatulle itsekriminointisuojalle. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2009:80 rangaistukseen tuomitun henkilön tuomio purettiin ja syyte hylättiin, koska hän oli joutunut edesauttamaan oman syyllisyytensä selvittämistä.[105]

Vaikka itsekriminointisuoja on muotoutunut poikkeuksellisen eksaktiksi perus- ja ihmisoikeudeksi, tästä ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että itsekriminointisuoja syrjäyttää rikoslain käskyt lex superior -tyyppisesti. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön perusteella itsekriminointisuoja voi aktualisoitua myös puolivillaisesti eli siten, että itsekriminointisuoja poistaa teon rangaistavuuden mutta ei teon tunnusmerkistön mukaisuutta.[106] Myös ihmisoikeustuomioistuimen argumentaatiosta löytyy lausumia, jotka suhteellistavat itsekriminointisuo-

[105] Ks. myös ratkaisu KKO 2014:67, erityisesti kohta 18. Tapauksessa tieliikennelain 59 §:n 3 momentin käsky ilmoittaa tapahtuneesta vahingosta vahingon kärsijälle tai poliisille sivuutettiin itsekriminointisuojan perusteella. Korkeimman oikeuden mukaan ilmoitusvelvollisuuden täyttäminen olisi käytännössä tarkoittanut sitä, että vastaaja olisi ilmiantanut itsensä tekemästään rikoksesta.

[106] Tätä tematiikkaa olen käsitellyt luvussa 3.3. Ks. ko. luvussa mainitut oikeustapaukset.

jan velvoittavuutta.[107] Näin ollen vaikka itsekriminointisuojan saamaa sisältöä voidaan pitää poikkeuksellisen formaalina, sen formaali seuraaminen rikoslain kustannuksella ei kaikissa tilanteissa ole ehkä sittenkään perusteltua. Lisäksi mitä epätäsmällisemmäksi yksittäisten perus- ja ihmisoikeuksien sisältöä täsmentävä argumentaatioaineisto on muodostunut, sitä vaikeampi niistä on johtaa tuomaria vahvasti velvoittavia oikeusohjeita.

Vaikka perus- ja ihmisoikeuksien argumentatiivinen avoimuus sisältää vaikeasti ratkeavaa velvoittavuusproblematiikkaa, tämä ei tarkoita, että perus- ja ihmisoikeudet velvoittaisivat rikoslakia heikommin niissä tilanteissa, joissa sinänsä rikostunnusmerkistön mukainen teko on perus- ja ihmisoikeuksien perusteella sallittu. Samalla se, milloin perus- ja ihmisoikeusargumentaatio muodostuu rikoslakia velvoittavammaksi oikeuslähteeksi, voi olla varsin hankala kysymys. Esimerkiksi vaikka vallitseva sananvapausdogmi minimoi korkeimpien poliitikkojen yksityisyyden suojan, tästä ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että sanavapaus on tuomarille suunnattu formaali käsky eli lex superior -suhteessa yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämiseen, ei vaikka kysymyksessä olisi merkittävin valtiovallan käyttäjä.[108]

Aivan kuten perus- ja ihmisoikeusdogmi myös maan tapa voi olla rikoslakia velvoittavampi ratkaisuperuste sellaisessa tilanteessa, jossa rikoslain käskyn seuraaminen johtaisi maan tavan sivuuttamiseen vastaajan vahingoksi. Toisaalta toisin kuin perus- ja ihmisoikeusargumentaatio, oikeuslähdeteoreettisesti oikeudenkäymiskaareen kirjattu maan tapa ei ole hierarkkisesti rikoslain yläpuolella oleva oikeuslähde.[109] Pikemminkin maan tapaa on verrattava rikoslakiin kirjaamattomiin oikeuttamisperusteisiin kuten loukatun suostumukseen. Siinä missä kirjaamattomat oikeuttamisperusteet voivat poistaa tunnusmerkistönmukaisen

---

[107] Lückhof ym. v. Itävalta (10.1.2008, kohdat 47–59); O'Halloran ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (29.6.2007, erityisesti kohta 53); Weh v. Itävalta (8.4.2004, erityisesti kohdat 44–46 ja 56). Tapauksissa oli kysymys ajoneuvon haltijan velvollisuudesta kertoa rangaistuksen uhalla, kuka hänen hallitsemaansa autoa on tietyllä hetkellä ajanut. Tällaisen ilmoitusvelvollisuuden ei ole katsottu olevan itsekriminointisuojan vastainen.

[108] Ruusunen v. Suomi (14.1.2014, ks. kohdat 37–55). Vaikka usein kuulee väitettävän, että ihmisoikeustuomioistuimen sananvapausratkaisut ovat formalisoineet sananvapauden eurooppalaiset rajat, näin ei todellisuudessa ole. Ensinnäkin pragmaattisena argumenttina voidaan todeta, että yhä edelleen eri maiden tuomioistuimilla on vaikeuksia erottaa se, minkälaiset ilmaisut ovat sananvapauden perusteella sallittuja. Toiseksi lukemalla ihmisoikeustuomioistuimen sananvapausratkaisuja ei voi välttyä ajatukselta, että viime vuosina ihmisoikeustuomioistuin on myös itse alkanut suhtautua kriittisemmin siihen, mitä kaikkea sananvapauden perusteella saa sanoa. Näin ollen voidaan väittää, ettei ihmisoikeustuomioistuimella edes ole aitoa pyrkimystä sananvapauden sisällön vakioimiseen.

[109] Kaarlo Hakamies on ajatellut tämän asian toisella tavalla. Hakamies ei tee hierarkkista eroa EU-oikeuden, perus- ja ihmisoikeusargumentaation ja maan tavan välillä. Ks. Hakamies 2012 s. 57–58.

teon oikeudenvastaisuuden, vastaavasti maan tapa voi poistaa tunnusmerkistön mukaisen teon kiellettävyyden.[110]

Toisaalta maan tavan ja lakiin kirjaamattomien oikeuttamisperusteiden välillä on kaksi olennaista eroa. Ensinnäkin siinä missä laki velvoittaa tuomaria huomioimaan maan tavan (OK 1:11), lakiin kirjaamattomat oikeuttamisperusteet perustuvat oikeustieteessä kehiteltyihin – ja oikeuskäytännössä hyväksyttyihin – konventioihin. Toisin sanoen maan tavalla on vahva institutionaalinen velvoittavuus. Toiseksi rikosoikeussystemaattisesti oikeuttamisperusteet tekevät tunnusmerkistön mukaisesta teosta ei-oikeudenvastaisen. Sen sijaan maan tapa poistaa sinänsä rikoslaissa kielletyn teon tunnusmerkistön mukaisuuden aivan samalla tavalla kuin perus- ja ihmisoikeudet.[111] Tämä perustuu nimenomaan siihen, että maan tapa on tuomaria velvoittava oikeuslähde, ei rikostunnusmerkistön mukaisen teon oikeuttamisperuste.

Oikeuslähteenä maan tapaan sisältyy kuitenkin yksi paradoksaalinen piirre. Jos jokin sinänsä kielletty menettely on aikaisemmin katsottu maan tavan perusteella sallituksi, perustuslaissa turvattu yhdenvertaisuusvaade (PL 6 §) edellyttää, että vastaavaa linjaa noudatetaan myös tulevaisuudessa. Näin ollen maan tapa ei tuo mainittavaa lisäarvoa siihen, mihin päädytään aikaisemman oikeuskäytännön perusteella,[112] olkoonkin, että oikeuslähteenä lakiin kirjatulla maan tavalla on oikeuskäytäntöä vahvempi institutionaalinen tuki.

Sen sijaan muilla ratkaisuperusteilla ei ole itsenäistä (oikeuslähdeopillista) merkitystä vastaajan eduksi. Toisin sanoen vastaajan eduksi muilla ratkaisuperusteilla kuin perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla, maan tavalla (ja EU-oikeudella) on vain rikostunnusmerkistön tapauskohtaista relevanssia täsmentävää argumentatiivista merkitystä.[113] Kuten vastaajan vahingoksi myös vastaajan eduksi argumentoitaessa keskiössä ovat institutionaalisesti merkittävät ratkaisuperusteet eli lain esityöt ja aikaisempi oikeuskäytäntö.

Toisaalta toisin kuin vastaajan vahingoksi, vastaajan eduksi argumentatiivista tukea voidaan kiperissä tilanteissa hakea myös Aarnion tarkoittamista sallituista oikeuslähteistä. Siinä missä laillisuusperiaate estää vastuun perustamisen erityyppisiin sisältösensitiivisiin ratkaisuperusteisiin kuten tarkoituksenmukaisuus-

---

[110] Ratkaisussa KKO 2008:93 oli kysymys siitä, täyttikö ympärileikkaus pahoinpitelytunnusmerkistön. Hakamiehen mukaan poikien ympärileikkaus hyväksyttiin nimenomaan tapaoikeudellisen tradition eikä perus- ja ihmisoikeuksien perusteella. Ks. Hakamies 2012 s. 58. Sen sijaan Raimo Lahti on kritisoinut kyseistä tapausta siitä, että siinä omaksuttiin uusi vastuuvapausperuste. Ks. Lahti 2010 s. 57. Jos yhdistämme Hakamiehen ja Lahden näkemykset, päädymme siihen, että maan tapa ja vastuuvapausperusteet vertautuvat toisiinsa.

[111] Tästä tematiikasta ks. luku 3.3.

[112] Maan tavan ja oikeuskäytännön välisestä suhteesta ks. Virolainen – Martikainen 2010 s. 377; Huovila 2006 s. 35.

[113] Vastaavasti myös Hakamies 2012 s. 58.

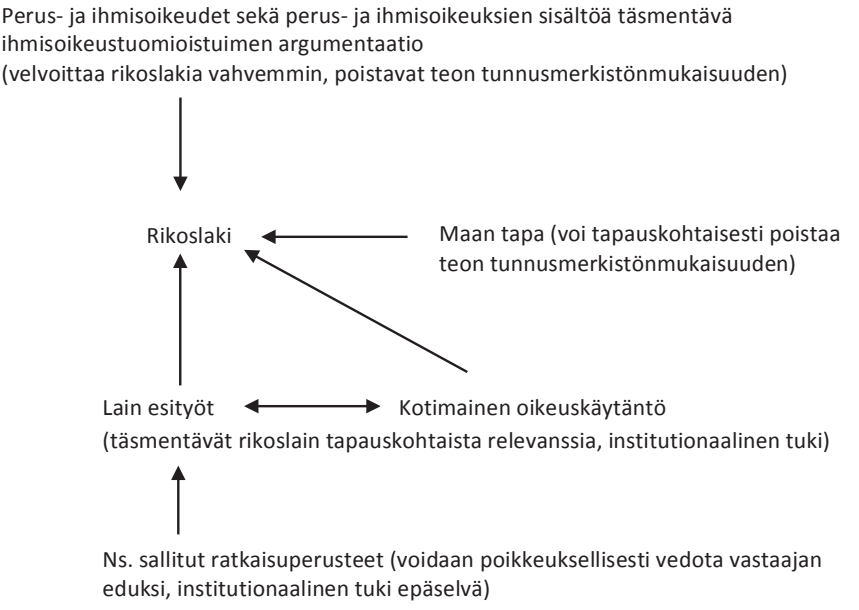
näkökohtiin, vastaajan eduksi reaaliset argumentit (ja jopa oikeustieteelliset kannanotot) voivat olla tapauskohtaisesti perusteltuja. Tällöinkin argumentatiivisena rajoitteena toimii rikoslain soveltamisessa korostunut formalismi, joka edellyttää sitä, ettei sisältösensitiivisiin ratkaisuperusteisiin turvautuminen johda rikoslain kirjaimen perusteettomaan syrjäyttämiseen.[114] Jotta sallitut ratkaisuperusteet eivät korostuisi lain esitöiden ja aikaisemman oikeuskäytännön kustannuksella, niiden merkitys on ymmärrettävä seuraavasti: ne ovat rikoslain voimassaoloa täsmentävien, heikosti velvoittavien ratkaisuperusteiden relevanssia täsmentäviä sallittuja ratkaisuperusteita eivätkä rikoslain voimassaoloa täsmentäviä itsenäisiä ratkaisuperusteita.

Lisäksi – toisin kuin Aarnion sallittujen oikeuslähteiden kategorisoinnissa – rikosoikeudessa edes vastaajan eduksi ei voida vedota ”puhtaaseen” arvoargumentaatioon. Toisin sanoen ratkaistaessa syyllisyyskysymystä moraalisiin argumentteihin ei voida vedota sen enempää vastaajan eduksi kuin haitaksikaan, olkoon, että rajanveto sallittujen ja kiellettyjen sisällöllisten ratkaisuperusteiden välillä on veteen piirretty viiva. Kielto operoida arvoargumentaatiolla ei myöskään tarkoita sitä, että tuomarin harkinta olisi arvostuksista puhdistettu.

Edellä sanotun perusteella oikeuslähteiden relevanssi voidaan mallintaa seuraavasti. Kysymys on siis mallista, jossa ratkaisuperusteet johtavat vastaajalle edulliseen lopputulokseen.

---

[114] Tässä on myös olennainen ero tuomarin harkinnan ja rikoslainopin välillä. Siinä missä tuomarin on pyrittävä häivyttämään kaikki oikeudellisuuden ylittävä harkinta, rikosoikeuden tutkija voi argumentoida sallituilla ratkaisuperusteilla, kuten kriminaalipoliittisilla argumenteilla, huomattavasti vapaammin. Toki myös vakavasti otettava rikoslainopillinen tutkimus edellyttää sitä, ettei tutkija perustele lain voimassaoloa koskevia kannanottojaan vain sisällöllisillä ratkaisuperusteilla.



Kuvio 7. Ratkaisuperusteiden relevanssi jätettäessä teko lukematta vastaajan syyksi.

Vaikka kuviossa perus- ja ihmisoikeusargumentaatio on asetettu rikoslain yläpuolelle, on syytä pitää mielessä, että syyllisyyskysymyksissä rikoslain ulkopuolisia ratkaisuperusteita arvioidaan aina suhteessa rikoslakiin. Tämä pätee myös ratkaistaessa syyllisyyskysymys vastaajan eduksi. Toisaalta siinä missä vastaajan vahingoksi perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla voi olla vain kotimaista rikoslainkäyttöä kontrolloiva funktio, vastaajan eduksi perus- ja ihmisoikeusargumentaatio on hierarkkisesti rikoslain yläpuolella. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että sovellettaessa rikoslakia perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti rikosvastuun perustavana oikeuslähteenä hierarkkisesti ylinnä on rikoslaki ja vastaajan eduksi hierarkkisesti ylinnä on perus- ja ihmisoikeusargumentaatio. Lisäksi maan tavalla voi olla vastaajan eduksi itsenäistä oikeuslähdeopillista merkitystä. Todetusti maan tapaa ei kuitenkaan tule oikeuslähdeteoreettisesti ymmärtää hierarkkisesti rikoslakia velvoittavammaksi oikeuslähteeksi vaan rikoslain tasoiseksi oikeuslähteeksi.

Muilla ratkaisuperusteilla ei ole vastaajan eduksi itsenäistä oikeuslähdeopillista merkitystä. Niiden merkitys perustuu rikoslain tapauskohtaisen relevanssin todentamiseen samalla tavalla kuin vastaajan vahingoksi, joskin sillä erolla, että vastaajan eduksi voidaan argumentatiivisesti vedota myös ei-selkeää institutionaalista tukea nauttiviin ns. sallittuihin ratkaisuperusteisiin, pois lukien puhdas arvoargumentaatio.

Johtopäätöksenä voidaan todeta, että on jokseenkin mahdotonta konstruoida sellainen perus- ja ihmisoikeussensitiivinen rikosoikeudellinen oikeuslähdeoppi, joka velvoittaisi tuomaria samalla tavalla jokaisessa ratkaisutilanteessa. Pikemminkin oikeuslähteiden keskinäisvelvoittavuus riippuu siitä, onko tuomio langettava vai vapauttava. Näin ollen tilanne muodostuu paradoksaaliseksi, koska periaatteessa tuomarin tulee ensiksi ratkaista se, onko henkilö syytön tai syyllinen, ja vasta tämän ratkaisun perusteella määrittyvät ratkaisuperusteiden käyttösäännöt. Jos teko luetaan tekijänsä syyksi, tuomio tulee perustella siten, että nimenomaan rikoslaki on vahvasti velvoittava oikeuslähde (PL 8 § ja RL 3:1). Sen sijaan jos tekoa ei lueta tekijänsä syyksi, tuomio tulee perustella siten, että nimenomaan perus- ja ihmisoikeusargumentaatio on tuomaria vahvasti velvoittava oikeuslähde (PL 22 §).

Vaikka tällainen ero on teoreettisesti merkittävä, käytännössä se ei aiheuttane ongelmia. Pääsääntöisesti tuomarit ovat taitavia perustelemaan syyllisyysratkaisunsa relevantteja ratkaisuperusteluja hyödyntäen. Tämä perustuu tuomarien ammatilliseen itseymmärrykseen oikeuslähteiden asianmukaisista käyttösäännöistä, sisälsi oikeuslähteiden keskinäisvelvoittavuus minkälaista problematiikkaa tahansa.

Voimmekin olettaa, että ratkaistaessa perus- ja ihmisoikeussensitiivistä syyllisyyskysymystä suurimmat huolet eivät kohdistu siihen, että rikoslain ja perus- ja ihmisoikeusargumentaation velvoittavuus hahmottuu kaksisuuntaisesti. Pikemminkin ongelmana on se, että kiperässä syyllisyyskysymyksessä oikeuslähteet ovat keskenään ristiriitaisia ja rikoslain tapauskohtaista voimassaoloa täsmentävät ratkaisuperusteet riittämättömiä. Toisin sanoen ne eivät yksiselitteisesti kerro, onko vastaaja syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu.

Tämä johtaa siihen, että ratkaisutilanne on avoin arvostuksille. Näin ollen, vaikka syyllisyysratkaisujen perusteluissa tuomarit eivät voi argumentoida arvostuksilla, kiperissä syyllisyyskysymyksissä arvostukset ovat osa tuomarin ratkaisuharkintaa, tiedostivatpa tuomarit tätä tai eivät. Koska syyllisyyskysymyksissä korostunut oikeusturvaodotus edellyttää, että arvostuksille annetaan mahdollisimman vähän merkitystä, on kysyttävä, millä ehdoilla ratkaisutoimintaa ohjaaville arvostuksille voidaan antaa institutionaalista painoarvoa.

Ratkaisuharkintaa ohjaaville arvostuksille ei voida antaa eksaktia määritelmää. Karkeasti ottaen niiden relevanssi voidaan jakaa kahtaalle: vailla institutio-

naalista tukea oleviksi moraaliperiaatteiksi ja institutionaalista tukea nauttiviksi oikeusperiaatteiksi.[115]

Jäljempänä lähden siitä, että oikeudellisessa kielenkäytössä periaatteisiin liitetään objektiivisuus. Toisin sanoen niillä pyritään sitomaan tuomarin harkintaa yleisesti hyväksyttävällä tavalla. Selkeimmin tämä tulee esiin Dworkinin teoriassa, jossa periaatteiden avulla ajatellaan saavutettavan lainmukainen ratkaisu kaikkein kiperimpiinkin oikeustapauksiin.[116] Siinä missä Dworkin ottaa annettuna, että tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavat periaatteet ovat osa oikeusjärjestystä, itse kysyn, millä edellytyksillä periaatteilla voidaan sanoa olevan institutionaalinen tuki. Luonteeltaan tämä kysymys on teoreettinen ja sisältää hankalaa oikeusperiaatteiden olemassaoloa koskevaa problematiikkaa. Uskon kuitenkin kykeneväni tarjoamaan kysymykseen pätevän vastauksen.

5.4 TUOMARIN HARKINNAN NORMATIIVINEN PÄTEVYYS KIPERISSÄ TAPAUKSISSA

Jotta tuomarin ratkaisuharkinnan voidaan sanoa olevan normatiivista, sillä on oltava institutionaalinen tuki. Usein tämä lähtökohta otetaan annettuna eikä harkinnan normatiivisuutta sen enempää pohdita.[117] Tunnetuimpana esimerkkinä voidaan mainita Ronald Dworkin, jonka mukaan oikeusjärjestyksen sisältämät laintulkintaperiaatteet mahdollistavat lainmukaiset ratkaisut visaisiinkin oikeuskysymyksiin. Dworkinia seuraten voimmekin kutsua positiivisten oikeuslähteiden ulkopuolisia periaatteita kirjoittamattomiksi oikeusperiaatteiksi.

> Käsitteenä oikeusperiaate on epämääräinen ja sitä käytetään monenlaisissa yhteyksissä. Kansainvälisessä oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa oikeusperiaatteilla tarkoitetaan tyypillisesti laintulkintaa ohjaavia periaatteita, jotka eivät ole lainsäätäjän asettamia (eivätkä suoranaisesti johdettavissa positiivisista oikeuslähteistä).
>
> Sen sijaan rikosoikeudellisissa ja etenkin rikosprosessuaalisissa puheenvuoroissa periaate-termiä käytetään toisenlaisessa, jopa harhaanjohtavassa merkityksessä. Esimerkiksi rikosprosessuaalisessa kirjallisuudessa on tapana puhua kuulemisperiaatteesta ja syytetyn suosimisperiaatteesta. Tällaiset periaatteet eivät kuitenkaan ole tuomarin harkintaa ohjaavia periaatteita sanan

---

[115] Oikeuden ja ei-oikeuden välisestä oikeusteoreettisesta rajanvedosta ks. Niemi 2013 s. 819–843. Niemen kiinnostuksen kohteena eivät ole periaatteet itsessään vaan se, kuuluvatko periaatteet ylipäätään oikeuteen.

[116] Dworkinin oikeusteoriasta ks. luku 4.4 sekä ko. luvussa mainitut lähteet.

[117] Tyypillistä on vain todeta, että viime kädessä tuomarin harkinnan normatiivinen pätevyys takautuu perus- ja ihmisoikeuksiin. Ks. Siltala 2003 s. 572–574.

varsinaisessa merkityksessä. Pikemminkin ne ovat oikeudenmukaiseen oikeuskäyntiin sisältyviä prosessuaalisia sääntöjä. Esimerkiksi kaikkien osapuolten kuuleminen ei ole tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaava periaate vaan tuomioistuimille suunnattu käsky. Vastaavasti rikosoikeudellisessa laillisuusperiaatteessa ei ole kysymys mistään enemmän tai vähemmän noudatettavasta periaatteesta vaan yhdestä rikoslain pakottavimmista säännöistä.[118]

Oikeusperiaatteilla voidaan tarkoittaa myös lakiin kirjattuja normatiivisia ohjeita, jotka toimivat ikään kuin oikeussääntöjen sääntömäisinä käyttösääntöinä.[119] Esimerkiksi pakkokeinolain ensimmäisessä luvussa täsmennetään, että pakkokeinoja käytettäessä tulee huomioida suhteellisuusperiaate (PKL 1:2), vähimmän haitan periaate (PKL 1:3) ja hienotunteisuusperiaate (PKL 1:4).

Vaikka lakiin kirjatuilla periaatteilla on merkitystä arvioitaessa sitä, onko pakkokeinojen käytössä syyllistytty ylilyönteihin, ne eivät yksinään ole riittäviä ratkaisuperusteita. Esimerkiksi suhteellisuusperiaatteen mukaan laissa tarkoitettuja pakkokeinoja saadaan käyttää vain, jos pakkokeinon käyttöä voidaan pitää puolustettavana ottaen huomioon tutkittavana olevan rikoksen törkeys, rikoksen selvittämisen tärkeys sekä rikoksesta epäillylle tai muille pakkokeinon käytöstä aiheutuva oikeuksien loukkaus ja muut asiaan vaikuttavat seikat (PKL 1:2). Lainkohdan esitöissä täsmennetään, että pakkokeinoa voidaan käyttää vain, jos käytöllä tavoiteltu päämäärä on järkevässä suhteessa pakkokeinon aiheuttamiin haittoihin tai vastakkaisiin etuihin ja arvoihin.[120] Se, milloin pakkokeinojen käyttö on suhteellista eli järkevässä suhteessa pakkokeinojen aiheuttamiin haittoihin, on tuomarin tekemä päätös. Päätöstä tehdessään tuomari joutuu väistämättä tukeutumaan harkintaan, jota ei voida enää sitoa lakiin kirjatuilla periaatteilla, koska lakiin kirjatut periaatteet ovat itsessään niitä ratkaisuperusteita, joiden tapauskohtaista relevanssia tulee täsmentää toisilla ratkaisuperusteilla kuten lakiin kirjaamattomilla periaatteilla.

Jäljempänä puhuessani oikeusperiaatteista en viittaa mihinkään lakiin kirjattuihin sääntömäisiin periaatteisiin, jotka tuomarin on ratkaisuharkinnassaan lain määräämällä tavalla huomioitava. Sen sijaan tarkoitan periaatteilla nimenomaan tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavia tulkintaperiaatteita, jotka eivät ole lainsäätäjän asettamia eivätkä selkeästi positiivisista oikeuslähteistä johdettavissa. Toi-

---

[118] Oikeusperiaatteita koskevan keskustelun päälinja kulkeekin seuraavasti: toiset ajattelevat, että oikeusperiaatteiden tulee nauttia institutionaalista tukea, ja nauttiessaan institutionaalista tukea periaatteet vertaantuvat ratkaisuperusteena oikeussääntöihin. Toisen linjan mukaan oikeusperiaatteet eivät ole lainkaan ratkaisuperusteita vaan tulkintaperiaatteita, joiden tehtävä on tukea oikeussääntöjen tulkintaa. Ks. Tuori 2000 s. 174–175 ja 196–198.

[119] Tällöin oikeusperiaatteet eroavat oikeussäännöistä lähinnä siten, että siinä missä säännöille on ominaista joko–tai-ulottuvuus, periaatteiden velvoittavuus ei ole yhtä ehdotonta. Esimerkiksi sääntö s^1 ei voi olla samaan aikaan voimassa ja ei-voimassa. Sen sijaan oikeusperiaate voi olla relevantti ratkaisuperuste, vaikka ratkaisuharkinnassa olisi huomioitava myös oikeusperiaatteen vastaperiaate.

[120] Ks. HE 22/1994 vp s. 34–35 ja HE 222/2010 vp s. 245.

sin sanoen puhun periaatteista dworkinilaisessa tarkoituksessa, eli tuomarin harkintaa ohjaavista kirjoittamattomista ja monella tapaa epämääräisistä periaatteista, joilla voidaan kuitenkin väittää olevan institutionaalinen tuki.

Tarkoitukseni on täydentää syyllisyyskysymysten ratkaisuperusteita koskevaa keskustelua pohtimalla sitä, millä edellytyksillä tuomarin harkintaa ohjaavien periaatteiden voidaan sanoa nauttivan institutionaalista tukea. Tämä edellyttää sen mallintamista, miten ja millä edellytyksillä periaatteet ovat nimenomaan oikeusperiaatteita (eikä syyllisyysharkinnassa kiellettyjä moraalisia periaatteita).[121] Vasta tämän jälkeen voidaan vastata siihen tärkeään kysymykseen, kykenevätkö tuomarit kiperissä tilanteissa myös tunnistamaan ratkaisun kannalta merkittävien oikeusperiaatteiden olemassaolon.

Päällisin puolin esittämäni kysymys vaikuttaa helpolta, mutta se sisältää vaikeaa ontologista problematiikkaa. Koska rikosoikeudellisissa puheenvuoroissa ei ole oltu kiinnostuneita oikeuden ontologisesta ulottuvuudesta, tiivistän aluksi sen, miksi oikeuslähdeopillinen keskustelu edellyttää rinnalleen ymmärrystä oikeusperiaatteiden ontologiasta.

Ihmisten perustiedonintressissä on se, mitä on olemassa ja miten tämä olemassa oleva on. Pohdittaessa tällaisia kysymyksiä me puhumme asioiden ontologiasta. Vallalla on kohtalainen konsensus siitä, että fysikaalisen maailman objektit ovat olemassa. Lisäksi kohtalainen konsensus vallitsee siitä, että monet fysikaalisen maailman objektit ovat aistein havaittavissa. Kohtalainen konsensus vallitsee myös siitä, että fysikaalisen maailman lisäksi olemassa on ei-fysikaalinen todellisuus. Esimerkiksi monet ajattelevat, että on olemassa fysikaalisen todellisuuden tuolla puolen oleva jumaluus, mutta jumalan olemassaolosta on erimielisyyttä. Sen sijaan harvempi kiistää, että fysikaalisen todellisuuden lisäksi on olemassa sosiaalinen todellisuus. Tällaisia sosiaalisen todellisuuden ilmiöitä ovat esimerkiksi suomen kieli ja oikeus.

Toisin kuin fysikaalisen todellisuuden objekteja, suomen kieltä tai oikeutta ei voi sellaisenaan katsoa tai koskea. Vastaavasti erilaiset sosiaaliseen todellisuuteen sisältyvät ominaisuudet, kuten teon rikostunnusmerkistön mukaisuus, eivät ole aistein havaittavissa.[122] Näin ollen on mielenkiintoista kysyä, miten erilaiset sosiaalisen todellisuuden asiat ovat olemassa.[123] Tällä kysymyksellä on myös

---

[121] Suomessa tämäntyyppisen kysymyksen on esittänyt Erik Lagerspetz tarkastellessaan sitä, miten oikeus on, eli miten oikeus eroaa mm. moraalista. Ks. Lagerspetz 2009, etenkin s. 188–203. Ks. myös Lagerspetz 1995.

[122] Tästä tematiikasta ks. Shapiro 2011 s. 4–7.

[123] Sosiaalisella ontologialla viitataan nimenomaan asioihin, joita pidämme yhteiskunnallisina emmekä luonnontieteellisinä. Usein sosiaalisen ontologian sijasta puhutaan institutionaalisesta todellisuudesta. Ks. Lagerspetz 2009 s. 188. Jäljempänä puhun institutionaalisesta olemassaolosta.

käytännön relevanssia.[124] Esimerkiksi konstruoitaessa sitä, miten ja millä edellytyksillä ratkaisuharkintaa ohjaavat periaatteet ovat nimenomaan oikeusperiaatteita, jäsennetään lainmukaisuuden ja ei-lainmukaisuuden välistä rajapintaa.[125]

Oletettavasti tällaisen tematiikan esiin nostaminen herättää juristeissa ihmetystä. Perinteisesti rikosoikeustieteessä ei olla oltu kiinnostuneita lainmukaisuuden ontologisesta ulottuvuudesta, vaan tämäntyyppinen tematiikka on korvattu oikeuslähdeopillisella keskustelulla. Tyyliin on kuulunut luetella, että tuomareiden on tukeuduttava lakiin ja jos laki ei tarjoa vastausta, neuvoa on etsittävä lain esitöistä ja aikaisemmasta oikeuskäytännöstä. Tällöin lain ajatellaan olevan sitä, mitä institutionaaliset oikeuslähteet sanovat sen olevan.

Laki ja lain voimassaoloa täsmentävät ratkaisuperusteet ovat kuitenkin epätäsmällisiä, ristiriitaisia ja jopa riittämättömiä kiperien syyllisyyskysymysten edessä. Kiperyyteen sisältyy nimenomaan se, että eri ratkaisuvaihtoehtoja on punnittava toisiaan vasten, eivätkä ratkaisuperusteet kykene kertomaan sitä, mikä ratkaisu kussakin tilanteessa on se oikea ratkaisu. Tämä nostaa keskiöön tuomarin harkinnan.

Hannu Tolosta mukaillen rikosoikeudellinen harkintatilanne voidaan määritellä sellaiseksi, jossa ratkaisuperusteet puoltavat vastaajan syyllisyyttä ja syyttömyyttä.[126] Se, mitkä ratkaisuperusteet valitaan ratkaiseviksi ratkaisuperusteiksi, on tuomarin tekemä päätös. Tätä päätöstä ei voida oikeusnormeilla sitoa, mutta tämä ei tarkoita, että päätös olisi välttämättä mielivaltainen. Jos oletamme, että oikeusjärjestys sisältää myös päätösharkintaa ohjaavia periaatteita, nimenomaan periaatteet kykenevät ohjaamaan tuomarin harkintaa oikeusjärjestyksen haluamaan suuntaan. Tällaisenaan argumentaationi muistuttaa nimenomaan Ronald Dworkin näkemystä oikeusperiaatteiden relevanssista.

Totesin edellä, että tuomarin päätösharkintaa ohjaavat periaatteet voidaan luokitella seuraavasti: Yhtäältä ne voivat nauttia institutionaalista tukea. Toisaalta ne voivat olla vailla institutionaalista tukea olevia moraalisia periaatteita. Näin ollen

---

[124] Scott J. Shapiro on kohtalaisen tuoreessa tutkimuksessaan lähtenyt siitä, että ymmärrys oikeuden ontologisista ulottuvuuksista on tarpeellista myös käytännön lakimiehille. Shapiron mukaan ilman ontologista ymmärrystä ei voi olla syvällistä ymmärrystä myöskään oikeuden soveltamisesta. Ks. Shapiro 2011, erityisesti s. 25. Suomessa vastaavalla tavalla on argumentoinut Aulis Aarnio. Ks. Aarnio 2006 s. 30. Keskustelu oikeuden ontologiasta voidaan ymmärtää oikeusjärjestyksen perimmäistä olemista koskevana keskusteluna. Tällöin etsitään ratkaisua esimerkiksi siihen, miten Hans Kelsenin transsendentti perusnormi on olemassa. Toiseksi oikeuden ontologia voidaan Erik Lagerspetzin tarkoittamalla tavalla ymmärtää sen tarkastelemisena, miten oikeus on eli miten oikeus eroaa esimerkiksi moraalista. Ks. Lagerspetz 2009. Puhuttaessa syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta ontologiset kysymykset voidaan hahmottaa käytännönläheisesti eli pyrkimyksenä täsmentää sitä, millä ehdoin lainsoveltamista ohjaavat periaatteet ovat oikeutta eivätkä arvoarvostelmia.

[125] Ks. myös Shapiro 2011 s. 25.

[126] Tolonen 2003 s. 37.

jos haluamme pyrkiä täsmentämään oikeudellisen ja moraalisen – eli lainmukaisen ja ei-lainmukaisen – harkinnan välistä eroa, meidän on tarkasteltava nimenomaan sitä, miten oikeusperiaatteet eroavat moraalisista periaatteista.[127] Aloittakaamme tämä tehtävä käytännönläheisesti.

Oikeusperiaatteiden velvoittavuus. Se, miksi jonkin kirjoittamattoman periaatteen voidaan sanoa nauttivan institutionaalista tukea, on epäselvä kysymys. Esimerkiksi siinä missä rikostunnusmerkistöt säädetään päteväksi oikeudeksi lainsäädäntömenettelyssä, oikeusperiaatteiden kohdalla asia ei ole näin yksioikoinen. Niitä ei ole säädetty oikeusperiaatteiksi jonkin sellaisen säännön perusteella, joka määrittelee tietyt teot lainsäätämisaktiksi.[128] Samalla oikeusperiaatteet kuitenkin eroavat olennaisesti moraaliperiaatteista. Eroavaisuus perustuu siihen, että toisin kuin moraaliperiaatteet, institutionaaliset periaatteet velvoittavat tuomaria. Esimerkiksi olettaessamme, että rikosoikeudessa vallitsee periaate ”vastaajan oikeusturvasta huolehtiminen on tärkeintä”, kiperässä tilanteessa tuomarin olisi ratkaistava syyllisyyskysymys vastaajan eduksi, oli hän itse mitä mieltä tahansa periaatteen moraalisesta hyväksyttävyydestä. Oikeusperiaatteiden velvoittavaa luonnetta voidaankin havainnollistaa vertaamalla niitä rikostunnusmerkistöihin.[129]

Rikostunnusmerkistöt ovat luonteeltaan deonttisia eli velvoittavia. Yhtäältä ne ovat kansalaisille suunnattuja käskyjä toimia rikoslain edellyttämällä tavalla. Samalla ne ovat tuomareille suunnattuja käskyjä reagoida sellaiseen tilanteeseen, jossa kansalainen ei ole totellut rikoslain asettamaa käyttäytymisvelvoitetta. Ehdottomuudessaan tunnusmerkistöt ovat joustamattomia. Kaikenlainen tilanneherkkyys on niille vierasta.

Kaikki deonttiset normit eivät ole yhtä velvoittavia kuin rikoslaki. Siinä missä tunnusmerkistöt käskevät tyyliin ”jos x, tuomarin on pakko tehdä y”, oikeusjärjestys sisältää myös normeja, jotka eivät käske yhtä vahvasti. Tällaiset normit määräävät, että ”jos x, tuomarin on syytä huomioida myös y”.[130] Kyseisen normin mukaan ratkaisuharkinnassa on huomioitava myös y, mutta velvoittavuus ei ole yhtä vahvaa kuin sellaisten normien kohdalla, jotka käskevät poikkeuksetto-

---

[127] Rikosoikeudellisessa kontekstissa Anthony Duff on huomauttanut, että on tärkeää pyrkiä tekemään ero sen välillä, milloin kirjoittamattomia, mutta yhtä kaikki rikosoikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavia periaatteita on pidettävä pikemminkin juridisina kuin moraalisina periaatteina. Ks. Duff 2009 s. 6.

[128] Aarnio 1989 s. 99.

[129] Ks. esim. Peczenik 1989/2008 s. 66.

[130] Deonttisesta normilogiikasta keskustellaan englanniksi modaaliverbeillä ”shall”, ”must” ja ”ought” sekä näiden negaatioilla ”shall-not”, ”must-not” ja ”ought-not”. Suomen kieli ei täsmällisesti ottaen taivu kuvaamaan näiden modaaliverbien erityyppistä velvoittavuutta. Deonttisesta normilogiikasta ks. von Wright 1963. Rikosoikeudellisin tarkoitusperin deonttisesta normilogiikasta on kirjoittanut Magnus Ulväng. Ks. Ulväng 2013 s. 209–210.

masti. Vähemmän velvoittavia deonttisia normeja voidaan kutsua termillä ”heikosti velvoittavat normit”.

Heikosti velvoittavat normit voivat olla luonteeltaan erityyppisiä. Niille on kuitenkin yhteistä, että ne asettavat tuomarille perusteen toimia tietyllä tavalla. Näin ollen vahvasti velvoittavien normien tulkintaa ohjaavat (dworkinilaiset) oikeusperiaatteet voidaan ymmärtää heikosti velvoittaviksi normeiksi. Ollakseen oikeudellisesti relevantteja periaatteilla on oltava riittävä velvoittavuus. Muussa tapauksessa ne eivät olisi osa oikeusjärjestystä. Näin ollen institutionaalisesti relevantit periaatteet ja moraaliperiaatteet eroavat nimenomaan siinä, että oikeusperiaatteet tarjoavat tuomarille velvoittavan perusteen ratkaista oikeustapaus tietyllä tavalla. Puhe oikeusperiaatteiden velvoittavuudesta ei kuitenkaan vastaa varsinaiseen kysymykseen eli siihen, millä edellytyksillä periaatteen voidaan sanoa olevan nimenomaan tuomaria velvoittava oikeusperiaate. Tähän kysymykseen vastaaminen edellyttää teoreettisempaa katsontakantaa.

Oikeusperiaatteiden ontologinen luonne. Lähtökohtani on, että tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavien periaatteiden normatiivisen pätevyyden kriteerinä ovat määrätyn oikeusyhteisön jäsenten keskinäiset asenteet aivan samalla tavalla kuin jaetut asenteet ovat koko oikeusjärjestyksen olemassaolon perimmäinen ehto. Toisin sanoen kun väitän, että jokin periaate on normatiivisesti pätevä ratkaisuperuste, oletan, että myös muut oikeusyhteisön jäsenet pitävät kyseistä periaatetta normatiivisesti pätevänä. Jos tällainen jaettu asenne ei olisi vallitseva, väitteeni periaatteen normatiivisesta pätevyydestä olisi perusteeton. Tällöin kommenttini periaatteen relevanssista olisi vain subjektiivinen kannanottoni periaatteen sisällöllisestä arvosta.

> Erik Lagerspetziä lainaten verratkaamme sanottua rahaan. Jotta raha olisi pätevä vaihdannan väline, edellytys on, että relevantin yhteisön ihmiset uskovat rahan pätevyyteen sekä uskovat, että myös tuon yhteisön muilla ihmisillä on tämä sama uskomus.[131] Pohjimmiltaan kysymys on teoreettisesta uskomuskimpusta, jossa eri ihmisten uskomukset viittaavat toisiinsa.[132]
>
> Vaikka rahan pätevyyden edellytys on jaetut uskomukset, yksittäisten ihmisten (virheelliset) uskomukset rahan pätemättömyydestä ovat käytännössä merkityksettömiä. Esimerkiksi jos menetän uskoni euroon, sillä ei ole mitään merkitystä euron pätevyyteen vaihdannan välineenä.
>
> Sitä, että sosiaalinen todellisuus on olemassa eri ihmisten keskinäisten asenteiden/uskomusten[133] tuottamana, kutsutaan konventionaaliseksi todelli-

[131] Lagerspetz 2009 s. 190–191. Ks. myös Lagerspetz 1995 s. 51–59.

[132] Lagerspetzin mukaan uskomusta voidaan pitää jaettuna nimenomaan silloin, jos määrättyyn yhteisöön kuuluvat yksilöt uskovat, että tuon yhteisön jäsenet yleisesti uskovat samaan uskomukseen. Ks. Lagerspetz 2009 s. 190–191 sekä seikkaperäisesti tästä tematiikasta Lagerspetz 1995.

[133] Jäljempänä rinnastan asenteet ja uskomukset.

suudeksi.[134] Vaikka konventionaalisuus viittaa sopimiseen, kysymys ei ole mistään tietoisista sopimuksista, kuten lainsäädännössä, vaan yhteisesti jaetuista käytänteistä, kuten Lagerspetz on asian ilmaissut.[135]

Seuraavaksi argumentoin sen puolesta, että oikeusperiaatteet ovat luonteeltaan nimenomaan konventionaalisia tosiasioista. Aikomukseni ei ole kirjoittaa seikkaperäistä analyysiä konventionaalisesta todellisuudesta.[136] Sen sijaan otan annettuna, että oikeus, kuten koko institutionaalinen todellisuutemme, on konventionaalinen tosiasia eli se perustuu ihmisten keskinäisille asenteille.[137] Tämä ei tietenkään tarkoita sitä, että institutionaalinen todellisuus olisi olemassa fysikaalisesta maailmasta riippumatta. Pohjimmiltaan institutionaalinen todellisuutemme (kuten oikeus) perustuu nimenomaan fysikaalisesti olemassa olevien ihmisten jaettuihin asenteisiin.[138]

Institutionaalisen todellisuuden ymmärtäminen konventionaalisena tosiasiana ei ole tavatonta. Esimerkiksi filosofit John Searle[139] ja Erik Lagerspetz[140] ovat tutkimuksissaan osoittaneet, että sosiaalisen todellisuuden ymmärtäminen konventionaalisesti on perusteltua.[141] Tarkoitukseni ei kuitenkaan ole lähteä merta edemmäksi kalaan. Tällä tarkoitan sitä, että tarkastellessani periaatteiden normatiivista pätevyyttä tukeudun Lagerspetzin käsitykseen sosiaalisen todellisuuden luonteesta. Tämä on perusteltua kahdesta syystä. Ensinnäkin konventioteoreetikkojen joukosta tunnen parhaiten Lagerspetzin tuotannon. Toiseksi Lagerspetz on tuotannossaan ollut leimallisesti kiinnostunut oikeuden ontologiasta, joten hänen ajatuksiaan voidaan soveltaa myös oikeustieteellisessä kontekstissa.

Siitä, että institutionaalinen todellisuus on kauttaaltaan konventionaalista, ei seuraa se, että kaikki institutionaaliset tosiasiat ovat riippuvaisia ihmisten jaetuista asenteista. Esimerkiksi yksittäisen rikostunnusmerkistön pätevyys ei ole konventionaalista. Rikostunnusmerkistö on pätevää oikeutta, jos oikeusjärjestys on olemassa.

---

[134] Lagerspetz 2009 s. 194–195.
[135] Lagerspetz 2009 s. 195.
[136] Tällaisen analyysin on kirjoittanut Erik Lagerspetz. Ks. Lagerspetz 1995.
[137] Tämä ei tietenkään ole kaikkien jakama käsitys oikeuden ontologisesta luonteesta. Joidenkin kirjoittajien mukaan oikeus vertaantuu fysikaalisen maailman objekteihin (esim. Olivecrona) tai koostuu omasta pitämisen maailmastaan (esim. Kelsen). Ks. Lagerspetz 2009 s. 188.
[138] Green 2012 s. xvii.
[139] Esim. Searle 1996.
[140] Esim. Lagerspetz 1995.
[141] Hyvä kokoomateos sosiaalisen todellisuuden luonteesta ja erilaisten konventionaalisten teorioiden yhtäläisyyksistä ja eroavaisuuksista on Erik Lagerspetzin, Heikki Ikäheimon ja Jussi Kotkavirran toimittama teos ”On the Nature of Social and Institutional Reality” Ks. Lagerspetz – Ikäheimo – Kotkavirta (eds) 2001.

Lagerspetziä mukaillen yksittäisen tunnusmerkistön olemassaolon takeena on lain systeemiluonne.[142] Jos systeemillä on kyky tuottaa lakeja, yksittäinen laki on pätevää oikeutta sen jälkeen kun se on säädetty. Myös monet lain voimassaoloa täsmentävät ratkaisuperusteet ovat jo olemassa olevien institutionaalisten tosiasioiden tuottamia. Esimerkiksi lainsäätäjä tuottaa lainvalmisteluaineiston ja tuomioistuimet relevantin oikeuskäytännön. Tämä perustuu nimenomaan siihen, että jo olemassa olevat konventiot kuten oikeusjärjestys voivat synnyttää uusia institutionaalisia tosiasioita kuten yksittäisiä lakeja.[143] Hans Kelsenin tarkoittamalla tavalla tämä edellyttää lähinnä sitä, että oikeusjärjestys on kokonaisuudessaan tehokas. Toisin sanoen jos toimiva oikeusjärjestys on olemassa, sen pohjalta voidaan synnyttää uutta oikeutta, eikä synnytetyn oikeuden – kuten uuden rikostunnusmerkistön – olemassaolo edellytä sitä, että ihmiset jaetusti kokisivat tunnusmerkistön olevan pätevää oikeutta. Yksinkertaisesti se on pätevä, koska se on osa isompaa institutionaalista kokonaisuutta (oikeusjärjestystä). Tämän on Lagerspetz monissa kirjoituksissaan osoittanut.[144]

Kirjoittamattomien oikeusperiaatteiden kohdalla asia ei kuitenkaan ole näin yksinkertainen. Niiden synty ei perustu lainsäätäjän tahtoon, vaan ne syntyvät oikeudellisen ratkaisuharkinnan sivutuotteena.[145] Tarkoittaako tämä sitä, että lain systeemiluonne synnyttää päteviä oikeusperiaatteita, koska laki antaa tuomarille oikeuden soveltaa lakia?

Vastaukseni on kyllä ja ei. Ensinnäkin institutionaalisesti merkitsevän periaatteen synty edellyttää, että jokin periaate on saanut sijan tuomarin harkinnassa. Näin ollen oikeusperiaatteen syntyminen edellyttää tuomarin aktiivista päätöstä. Kysymys ei kuitenkaan voi olla lainmukaisesta päätöksestä, vaan ratkaisuperiaatteen pätevöityminen oikeudelliseksi periaatteeksi edellyttää nimenomaan sitä, että tuomari on ratkaisua tehdessään virheellisesti uskonut toimivansa lainmukaisesti (ellei tuomari uskoisi toimivansa lainmukaisesti, hän toimisi tietoisesti mielivaltaisesti). Kuten Lagerspetz on todennut, monien konventionaalisten tosiasioiden syntyminen edellyttää nimenomaan sitä, että kyseistä asiaa pidetään jo olemassa olevana.[146] Toisin sanoen jotta moraaliperiaate voisi saada oikeusperiaatteen aseman, tuomarin on ratkaisuharkinnassaan uskottava, että tuo periaate on jo oikeudellisesti sitova ratkaisuperuste.

Vaikka oikeusperiaatteiden syntyminen edellyttää tuomarin päätöstä, tästä ei tule tehdä sitä johtopäätöstä, että periaate pätevöityisi oikeusperiaatteeksi yksittäisen tuomarin päätöksellä. Lagerspetz on kirjoittanut polusta, joka syntyy, jos

---

142 Lagerspetz 2009 s. 198–199.
143 Lagerspetz 2009 s. 198.
144 Esim. Lagerspetz 2009 s. 198.
145 Samankaltaista näkemystä edustaa Hannu Tolosen puheenvuoro. Ks. Tolonen 2003 s. 169.
146 Lagerspetz 2009 s. 199.

vain riittävän moni päättää oikaista nurmikon yli. Nurmikolle tulee jälkiä, ja jäljet houkuttavat yhä uusia kulkijoita. Tämä ei tarkoita, että polku olisi ollut olemassa jo silloin, kun ensimmäinen kulkija oikaisi nurmikon yli.[147] Vastaavasti tuomarin päätös on edellytys kirjoittamattoman oikeusperiaatteen synnylle, mutta yksikään tuomari ei voi yksin päättää, että oikeusperiaate syntyy hänen päätöksellään. Oikeusperiaatteen pätevöityminen edellyttää nimenomaan sitä, että päätöksen jälkeen myös muut toimijat tukeutuvat kyseiseen periaatteeseen. Käytännössä tämä edellyttää sitä, että kukin toimija uskoo myös muiden toimijoiden pitävän kyseistä periaatetta oikeudellisesti pätevänä periaatteena. Näin ollen oikeusperiaatteen synnyn edellytyksenä on tuomarin päätös,[148] mutta periaatteen normatiivinen pätevyys on luonteeltaan konventionaalista.

Lainatkaamme edelleen Lagerspetziä. Hänen mukaansa konventionaalisten tosiasioiden kuten oikeusperiaatteiden kannalta kaikki toimijat eivät ole samanlaisessa asemassa.[149] Esimerkiksi tavallisille kansalaisille – ja oikeustieteilijöille – vastaajan suosimisperiaate kiperissä oikeuskysymyksissä on samanlainen tosiasia kuin pimeä vuodenaika. Halusimmepa kaamosta tai emme, emme sille mitään voi. Sen sijaan jos tuomarit alkavat kyseenalaistaa vastaajan suosimisen (kuten oikeuskäytännön perusteella vaikuttaa käyneenkin), periaatteen normatiivinen pätevyys muuttuu kiistanalaiseksi.

Tuomarikunnassa keskeisin rooli on korkeimman oikeuden tuomareilla, mutta korkeimman oikeuden tuomareidenkaan asenteet eivät yksin riitä. Jos korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevää periaatetta ei ratkaisun jälkeen omaksuta oikeudellisen harkinnan ja päätöksenteon ohjenuoraksi, kysymys ei ole oikeusperiaatteesta sanan missään mielekkäässä merkityksessä. Yksikään kirjoittamaton periaate ei voi olla normatiivisesti pätevä periaate, elleivät määrätyn oikeusyhteisön oikeudelliset toimijat kollektiivisesti omaksu periaatetta oikeudellisen päätösharkinnan ohjenuoraksi.

Näin ollen voimme Lagerspetzin konventionalistista teoriaa soveltaen todeta, että kirjoittamaton periaate on institutionaalisesti merkitsevä oikeusperiaate vain seuraavien ehtojen vallitessa:[150] (1) Määrätyssä oikeusyhteisössä vallitsee usko-

---

147 Lagerspetz 2009 s. 200.

148 Vaikka periaatteen syntyminen ja pätevöityminen oikeusperiaatteeksi edellyttää tuomarin päätöstä, tämä ei tarkoita sitä, että kaikkien oikeusperiaatteiden synty on tuomarien hallinnassa. Esimerkiksi Euroopan ihmistuomioistuimen ratkaisussa mainittu toimittajan hyvän tavan vastaisuus voi nousta keskusteluun viestintäoikeudellisessa kirjallisuudessa, siirtyä oikeudenalalta toiselle ja aktualisoitua arvioitaessa journalistin selonottovelvollisuutta herjaustahallisuuden yhteydessä. Tällöin periaate muodostuu relevantiksi aivan toisenlaisessa kontekstissa kuin ihmisoikeustuomioistuimen tuomarit ovat alun perin ajatelleet. Institutionaalisten tosiasioiden synnystä tavoitteellisen toiminnan sivutuotteina ks. Lagerspetz 2009 s. 200.

149 Lagerspetz 2009 s. 199–200.

150 Lagerspetz 2009 s. 191.

mus, että jokin periaate on normatiivisesti pätevä periaate. (2) Määrätyn oikeusyhteisön toimijat uskovat, että myös muut oikeudelliset toimijat jakavat tuon uskomuksen. (3) Kyseinen uskomus ohjaa konkreettisesti eri toimijoiden – kuten tuomareiden, syyttäjien, asianajajien ja oikeustieteilijöiden – harkintaa ja päätöksentekoa. Jos jaettu uskomus vallitsee, periaate on olemassa oleva (pätevä) oikeusperiaate.[151] Tällöin periaatteella on paitsi tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavaa, myös tuomarin ratkaisuharkintaa sitovaa merkitystä, olkoonkin, ettei kirjoittamattoman periaatteen normatiivinen pätevyys perustu lainsäätäjän määräykseen.

Vaikka en näe perusteita kiistää oikeusperiaatteiden konventionaalista luonnetta, tutkimustemaattisesti on välttämätöntä vastata myös siihen, kuinka määrätty oikeusyhteisö rikosoikeudellisesti hahmottuu. Toisin sanoen, onko kysymys kansallisten toimijoiden jaetuista asenteista vai onko oikeusperiaatteiden pätevyys riippuvaista ylikansallisesti jaetuista asenteista? Vaikka perinteisesti rikosoikeusyhteisö hahmottuu kansallisesti, esittämäni kysymyksen relevanssi takautuu siihen, että kiinnostukseni kohteena on nimenomaan perus- ja ihmisoikeussensitiivinen rikoslain soveltaminen, ja perus- ja ihmisoikeudet ovat luonteeltaan ylikansallisia normeja.

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että oikeudelliset ratkaisuperusteet on tarvittaessa (kuten perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä oikeustapauksissa) hahmotettava yleiseurooppalaisesti.[152] Tähän yhteyteen kalibroituna tämä tarkoittaisi sitä, että myös perus- ja ihmisoikeussensitiivistä rikosoikeudellista ratkaisuharkintaa ja päätöksentekoa ohjaavien periaatteiden pätevöityminen institutionaalisesti merkitseviksi oikeusperiaatteiksi edellyttäisi, ei vain kansallisesti, vaan ylikansallisesti jaettuja asenteita. Tällöin ongelmaksi muodostuu se, etteivät jaetut asenteet voi olla jaettuja – ainakaan laajassa – kansainvälisessä oikeusyhteisössä (eri maiden toimijat eivät yksinkertaisesti tiedä, minkälaisia asenteita toisten maiden toimijoilla on). Toisaalta jos rikosoikeudellista ratkaisuharkintaa ja päätöksentekoa ohjaavat asenteet eivät voi olla kansainvälisesti jaettuja, on problemaattista olettaa, että jaetut asenteet kykenisivät tuottamaan ylikansallisesti päteviä oikeusperiaatteita rikosoikeudellisen ratkaisuharkinnan tueksi.[153]

---

[151] Argumentaationi lähestyy myös H.L.A. Hartin ajatusta pätevän oikeuden tunnistamissäännöstä. Hartin mukaan oikeudellisen pätevyyden kriteeri on oikeusyhteisössä vallitseva jaettu asenne pätevän oikeuden kriteeristä. Ks. Hart 2012 s. 267; Green 2012 xxii. Toisin sanoen Hartin mukaan pätevää oikeutta on se, mistä eri oikeusorgaanit pätevää oikeutta ammentavat.

[152] Siltala 2010 s. 193; Siltala 2004 s. 417 ja s. 248–249; Siltala 2003 s. 322–323.

[153] Vaikka nykyisin puhutaan mielellään eurooppalaisesta oikeustraditiosta ja jaetusta eurooppalaisesta oikeuskulttuurista (ks. esim. Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 294 ja s. 310–311), tosiasiassa jopa Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden maiden yhteiskunnalliset, lainsäädännölliset ja oikeuskäytännölliset erityispiirteet vaikuttavat negatiivisesti siihen, että eri maissa vallitsevat asenteet voisivat olla laajamittaisesti jaettuja. Esimerkiksi jos jossakin

Kriitikkoni voi vastata, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen nimenomainen tehtävä on koordinoida ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden jäsenmaiden asenteita – eli huolehtia siitä, että eri jäsenmaissa perus- ja ihmisoikeussensitiivistä harkintaa ja päätöksentekoa harjoitetaan yhteneväisesti. Vaikka kriitikon kommentti on relevantti, kiistatonta on, ettei ihmisoikeustuomioistuin kykene yksinään päättämään sitä, että jokin kirjoittamaton periaate on yleiseurooppalaisesti pätevä oikeusperiaate.[154]

Jotta ratkaisuharkintaa ohjaavan kirjoittamattoman periaatteen voitaisiin sanoa olevan yleiseurooppalaisesti pätevä oikeusperiaate, se edellyttäisi seuraavaa:[155] (1) ihmisoikeussopimukseen sitoutuneissa maissa yleisesti uskotaan, että jokin positiivisista oikeuslähteistä riippumaton laintulkintaperiaate on institutionaalisesti pätevä periaate. (2) Eri maiden tuomarit ja muut oikeudelliset toimijat uskovat, että myös muissa jäsenmaissa uskotaan, että kyseinen periaate on institutionaalisesti pätevä periaate. (3) Kyseinen periaate ohjaa konkreettisesti eri maiden oikeudellista ratkaisuharkintaa ja päätöksentekoa. Vain näiden ehtojen vallitessa periaatteen voitaisiin sanoa olevan yleiseurooppalaisesti pätevä oikeusperiaate.

Koska eri maiden oikeudelliset traditiot ja oikeudelliset käytänteet ovat erilaisia, on jokseenkin perusteetonta olettaa, että edellä mainitut ehdot voisivat toteutua laajassa mittakaavassa. On myös syytä pitää mielessä, että demokraattisissa oikeusvaltioissakin voi olla erilaisia mutta yhtä legitiimejä arvostuksia koskien sitä, kuinka keskenään ristiriitaisia oikeuksia laitetaan tapauskohtaiseen etusijajärjestykseensä.[156]

Vaikuttaa siis siltä, että jaettu asenne voi olla vallitseva vain suppeasti määritellyssä oikeusyhteisössä. Näin ollen on luontevaa lähteä siitä, että rikosoikeudellisesti merkitsevien laintulkintaperiaatteiden pätevyys hahmottuu nimenomaan kansallisesti – eli kysymys on siitä, vallitseeko jaettu asenne kotimaisessa oikeusyhteisössä.[157] Toisin sanoen jos kansallisten toimijoiden (oikeusorgaanien) keskuudessa vallitsee jaettu uskomus periaatteen normatiivisesta pätevyydestä, periaate on pätevä oikeusperiaate.

Lopuksi on palattava Dworkiniin, supertuomari Herkulekseen ja institutionaalisesti merkitseviin periaatteisiin. Kuten muistamme, Dworkinin mukaan oikeusjärjestykseen sisältyvät periaatteet kykenevät tarjoamaan lainmukaisen vastauksen myös kiperiin syyllisyyskysymyksiin. Vihjasin edellä, että Herkulesta taita-

---

maassa vallitsee periaate, että rikoslakia sovellettaessa valtionjohdon tahtoa tulee kunnioittaa sananvapauden kustannuksella (esim. tätä kirjoitettaessa Venäjä ja Unkari), olisi suorastaan epätoivottavaa, että tuollainen asenne olisi jaettu suomalaisten tuomareiden keskuudessa.

[154] On alleviivattava, etten puhu mistään ihmisoikeustuomioistuimen vakiintuneesta ratkaisulinjasta vaan tuomarin harkintaa ohjaavista ”dworkinilaisista” periaatteista. Kirjoittamattomien periaatteiden merkitys aktualisoituu nimenomaan silloin, kun vakiintunut ratkaisulinja on kyvytön täsmentämään sitä, kuinka oikeuskysymys on ratkaistava.

[155] Institutionaalisten tosiasioiden olemassaolon ehdoista ks. Lagerspetz 2009 s. 191

[156] Tästä tematiikasta ks. Saksan valtiosääntötuomioistuimen ratkaisu BverfG, 2BvR 2365/09 (4.5.2011). Ks. myös Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 308–309.

[157] Kansallisen harkintamarginaalin rikosoikeudellista merkitystä tarkastelen luvuissa 6.4 ja 7.5.

mattomampi tuomari voi kiperässä tilanteessa erehtyä pitämään jotakin periaatetta institutionaalisesti pätevänä. Tällaisessa tilanteessa ei ole kysymys lainmukaisesta ratkaisusta vaan tuomarin virheestä, jonka pohjalta voi syntyä uusi oikeusperiaate.

Toisaalta tuomari voi kohdata myös sellaisen punnintatilanteen, jonka ratkaisemiseksi ei ole olemassa sellaista oikeudellista periaatetta, johon tukeutuen tuomari kykenisi asettamaan keskenään ristiriitaiset ratkaisuperusteet lainmukaiseen etusijajärjestykseensä. Tällaisessa tilanteessa ratkaiseva oikeusperiaate voi olla olematta olemassa, koska periaatteen pätevyksi tekevät oikeusyhteisön jaetut asenteet puuttuvat. Tällöin kysymys ei ole tuomarin virheestä. Yksinkertaisesti tuomari ei voi ratkaista asiaa oikeusperiaatteeseen tukeutuen, koska oikeusperiaatetta ei ratkaisua tehtäessä ole vielä olemassa. Perus- ja ihmisoikeuskontekstissa tällaisia tilanteita ei ole syytä pitää täysin anomalioina, koska tapausvariaatiot ovat hallitsemattomia.

Jos hyväksymme edellä sanotun, tämä voi koitua myös Herkuleksen kohtaloksi. Kiperässä tilanteessa oikeusperiaatteeseen tukeutuminen voi olla mahdotonta, koska voi olla, ettei tarvittavaa oikeusperiaatetta ole vielä ratkaisuhetkellä olemassa. Osoittamallani tavalla oikeusperiaatteiden konventionaaliseen olemukseen sisältyy, että niiden institutionaalinen pätevyys edellyttää määrätyn ihmisjoukon jaettuja asenteita.[158]

Näin ollen on ongelmallista tukeutua Dworkiniin ja väittää, että oikeusperiaatteet ovat osa oikeusjärjestystä, tiesivätpä tuomarit tai muut toimijat tätä tai eivät. Kirjoittamaton periaate on oikeudellisesti pätevä periaate vain, jos oikeusyhteisössä vallitsevat asenteet tekevät periaatteen institutionaalisesti merkitseväksi.

> Ajatelkaamme esimerkiksi tavallista kansalaista, joka tuomitaan rikoksesta. Lähtökohtaisesti tuomio ei ole yksityiselämään kuuluva asia, mutta asiaton retostelu tuomitun nimellä voi tulla rangaistavaksi yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämisenä (RL 24:8).[159] Hallituksen vereksen esityksen mukaan tuomitun nimen julkaisemisen sallittavuus on arvioitava aina tapauskohtaisesti, ja harkinnassa on otettava huomioon mm. teko-olosuhteet ja teon moitittavuus.[160]

---

[158] Puhuttaessa yhdestä oikeasta syyllisyysratkaisusta voidaan tietenkin teoreettisesti lähteä siitä, ettei oikeusperiaatteen olemassaolemattomuus voi koitua vastaajan vahingoksi. Jos lainmukaisuus (oikeusperiaate) on ratkaisuhetkellä vasta tulossa (eli ei vielä ratkaisuhetkellä olemassa), lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi. Tämä perustuu nimenomaan siihen, että rikosvastuu voidaan perustaa vain voimassa olevaan oikeuteen, ja jos oikeusjärjestys ei sisällä periaatetta, joka määrää ratkaisemaan punnintatilanteen vastaajan vahingoksi, lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi. Tämä koskee myös Herkulesta.

[159] Ks. esim. KKO 2005:136, kohdat 12–13. Tapauksessa ei sinällään ollut kysymys tuomitun nimen julkaisemiseen perustuvasta rikosoikeudellisesta vastuusta vaan vahingonkorvausvastuusta (eli yksityiselämän loukkaukseen perustuvan henkisen kärsimyksen korvaamisesta).

[160] HE 19/2013 vp s. 39.

> Näin ollen laista tai lain tarkoitusta täsmentävistä lain esitöistä ei löydy täsmällistä tietoa siitä, kuinka sananvapauden ja tuomitun yksityiselämän suojan välinen jännite tapauskohtaisesti ratkaistaan. Vaikka rajanvetolinjat voivat olla vaikeita, periaatteeksi vaikuttaa muodostuneen se, että tuntemattomien henkilöiden (ns. tavallisten kansalaisten) nimen julkaisemisen sallittavuus edellyttää vakavaa rikosta, josta on tuomittu vähintään kaksi vuotta vankeutta. Havaintojeni mukaan tämä periaate ohjaa paitsi oikeudellista myös journalistista ratkaisuharkintaa. Näin ollen voimme todeta, että kyseinen periaate sisältyy oikeusjärjestykseemme, vaikka sitä ei ole missään oikeuslähteessä auki kirjoitettukaan. Tämä perustuu nimenomaan siihen, että eri tahot uskovat, että kyseinen periaate on normatiivisesti pätevä periaate ja kyseinen periaate myös ohjaa (ja sitoo) eri toimijoiden ratkaisuharkintaa.

Lopuksi on vastattava keskeiseen oikeusperiaatteiden käytännöllistä merkitystä koskevaan kysymykseen: seuraako oikeusperiaatteiden konventionaalisesta luonteesta se, että tuomarit myös tarvittaessa tunnistavat oikeusperiaatteen pätevästi ohjenuoraksi? Valitettavasti vastaus on kieltävä. Oikeusperiaatteiden konventionaalisesta luonteesta ei seuraa se, että tuomarit osaisivat ratkaisuharkinnassaan automaattisesti tunnistaa relevantin oikeusperiaatteen olemassaolon. Kuten Lagerspetz on todennut, konventionaaliset tosiasiat ovat yksilön kannalta ulkoisia tosiseikkoja, joiden sisältö tulee oppia ja joiden pätevyydestä voi erehtyä.[161]

Yksittäiset erehtymiset eivät kuitenkaan tarkoita sitä, että oikeusperiaate lakkaisi olemasta institutionaalisesti merkitsevä periaate. Esimerkiksi sananvapauden ja yksityiselämän suojan kollisiota ratkaiseva käräjätuomari voi punnintatilanteessa sivuuttaa relevantin oikeusperiaatteen ilman, että erehtymisellä olisi merkitystä oikeusperiaatteen pätevyyteen. Toisaalta jos vastaavassa tilanteessa kaikki tuomarit ja oikeusorgaanit sivuuttaisivat kyseisen periaatteen, periaate lakkaisi olemasta normatiivisesti pätevä. Tämä perustuu siihen, ettei kirjoittamattomilla oikeusperiaatteilla – kuten ei ylipäätään institutionaalisella todellisuudella – ole ihmisyksilöiden jaetuista asenteista riippumatonta olemassaoloa.[162]

Vaikka olen onnistunut määrittelemään sen, millä ehdoilla kirjoittamattoman periaatteen voidaan sanoa olevan institutionaalisesti merkitsevä periaate, tämä ei kerro mitään siitä, kuinka tuomarin on kiperää syyllisyyskysymystä ratkaistaessa operoitava. Tämä kysymys siirtää meidät lainsoveltamisen metodologiaan eli niihin keinoihin, joiden avulla ratkaisuperusteista voidaan johtaa jos ei lainmukainen niin ainakin optimaalisin ratkaisu.

---

[161] Lagerspetz 2009 s. 201.
[162] Lagerspetz 2009 s. 201.

Toisaalta jotta emme jäljempänä pääse metodisista kysymyksistä liian helpolla, asettakaamme itsemme mahdollisimman kiperään tilanteeseen. Toisin sanoen ennen metodologiseen problematiikkaan siirtymistä tarkastelkaamme yhtä perus- ja ihmisoikeussensitiivisiin syyllisyyskysymyksiin sisältyvää erityisongelmaa eli moraalisten dilemmojen mahdollisuutta. Tämä problematiikka haastaa meidät kysymään, voiko tuomari kohdata sellaisen syyllisyyskysymyksen, johon ratkaisuperusteet eivät kykene tarjoamaan rationaalisesti perusteltavissa olevaa vastausta. Vaikka rikosoikeudellisessa tutkimuksessa moraalisista dilemmoista puhuminen voi tuntua vieraalta, kyseinen problematiikka voi aktualisoitua nimenomaan silloin, kun syyllisyysratkaisussa kollisioivat eri suuntiin viettävät perus- ja ihmisoikeudet.

5.5 MORAALISET DILEMMAT JA RATKAISUPERUSTEIDEN VAJAVAISUUS

Rikoslain 3 luvun 1 §:n mukaan rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi. Vastaavasti perustuslain 8 §:n mukaan ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei teon hetkellä ole laissa säädetty rangaistavaksi. Näin ollen syyllisyyskysymys on ratkaistava ennalta sovittujen pelisääntöjen mukaisesti.

Koska rikoslaki ei sovella itse itseään, tuomarit tarvitsevat avukseen rikoslain voimassaoloa täsmentäviä ratkaisuperusteita sekä ratkaisuperusteiden käyttösääntöjä. Vaikka ratkaisuperusteiden luokittelusta ja relevanssista voidaan esittää erilaisia käsityksiä, on syytä pitää mielessä, että syyksilukevan tuomion on perustuttava lakiin. Jos syyksiluettavuutta ei voida johtaa rikoslaista turvautumatta arvosensitiivisiin ratkaisuperusteisiin, lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi – eli toisin sanoen syyllisyyskysymyksissä vain syyksilukeva tuomio voidaan johtaa laista, ja ellei teko ole lain mukaan rangaistava, lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi. Tätä tematiikkaa olen käsitellyt edellä. Täydennykseksi todettakoon, että rikosoikeus on siitä erikoinen oikeudenala, ettei syyllisyyskysymyksissä voi teoriassa aktualisoitua oikeudellista aukkotilannetta, joka tuomarin olisi täytettävä.[163] Jos voimassaolevan oikeuden sisältämät ratkaisuperusteet eivät tarjoa ratkaisua syyllisyyskysymyk-

[163] Oikeusaukon käsitteestä ja tuomarin harkinnasta oikeusaukkotapauksessa ks. Brusiin 1938, etenkin s. 24–90. Ks. myös Tolonen 2003 s. 37–38.

seen (aukkotilanne), tuomari ei – teoriassa – voi täyttää tuota aukkoa vastaajan vahingoksi, oli harkintatilanne kuinka kiperä tahansa. Tämä perustuu nimenomaan siihen, että laillisuusperiaatteen mukaan rikosvastuuta ei voida johtaa voimassaolevan rikoslain tuolta puolen.[164]

Reaalimaailmassa ongelmaksi muodostuu se, ettei lainmukaisen ja ei-lainmukaisen harkinnan välille voida vetää täsmällistä rajalinjaa. Kiperät syyllisyyskysymykset ovat kiperiä nimenomaan siksi, ettei rikoslaki ja rikoslain voimassaoloa täsmentävät institutionaaliset ratkaisuperusteet kerro, onko teko rikoslain mukaan kielletty vai sallittu.[165] Tämä problematiikka laajentaa sitä ratkaisuperusteiden joukkoa, johon tuomari ratkaisuharkinnassaan tukeutuu (tämä ongelma poistuisi tietenkin sillä, että kiperissä tilanteissa teot jätettäisiin kategorisesti lukematta vastaajan syyksi). Ratkaisuperusteiden karttuessa lisääntyy samalla vaara siitä, että relevanteiksi ratkaisuperusteiksi valittujen ratkaisuperusteiden valinta muodostuu mielivaltaiseksi. Kysymys ei ole vain ratkaisua tukevien ratkaisuperusteiden valinnasta vaan olennaisesti myös siitä, mitä ratkaisuperusteita jätetään huomiotta.

Tämän vuoksi olen suhtautunut nuivasti siihen, että rikosvastuun perustana olevat ratkaisuperusteet konstruoitaisiin laajasti. Rikoslain formalistinen luonne merkitsee nimenomaan sitä, että rikoslaki toimii poissulkevana tekijänä.[166] Ajatelkaamme kiperää punnintatilannetta, jossa ratkaisuperusteet puoltavat syyllisyyttä ja syyttömyyttä. Tällaisessa tilanteessa tuomarin tehtävä on valita se vaihtoehto, joka painaa enemmän. Kysymys ei kuitenkaan ole vain ratkaisuperusteiden kumulatiivisuudesta vaan rikosoikeudessa korostunut lakipositivismi toimii nimenomaan ratkaisuperusteita rajoittavana tekijänä. Esimerkiksi tuomarin sympatialle tai subjektiivisille arvostuksille ei ole sijaa punnintaoperaatiossa.[167] Sen sijaan tuomarilla on lakiin perustuva velvollisuus ratkaista syyllisyyskysymys lainmukaisesti, ja tämä velvollisuus kieltää turvautumasta ratkaisuperusteisiin, jotka eivät ole oikeudellisia. Jos ratkaisuperusteiden poissulkevuuteen ei suhtauduttaisi vakavasti, erityyppiset irrelevantit ratkaisuperusteet voisivat muodostua

---

[164] Luvussa 3.1 puolsin näkemystä, jonka mukaan rikosvastuu on ymmärrettävä irredusoimattomasti normatiivisena vastuullisuutena. Tätä väitettäni on perin vaikea kiistää, koska käsitteellisesti rikosnormatiivinen vastuullisuus edellyttää sitä, että se ymmärretään nimenomaan rikosoikeudellisena vastuullisuutena. Toisin sanoen väittäessämme, että rikosvastuu voidaan tarvittaessa langettaa tukeutumalla arvosensitiivisiin ratkaisuperusteisiin, emme puhu enää rikosnormatiivisesta vaan moraalisesta vastuullisuudesta.

[165] Lain voimassaoloa täsmentävillä institutionaalisilla ratkaisuperusteilla tarkoitan lain esitöitä ja aikaisempaa oikeuskäytäntöä.

[166] Erityisesti Joseph Raz on puoltanut ajatusta, että laki toimii nimenomaan epäasiallisia ratkaisuperusteita poissulkevana tekijänä. Ks. Raz 1986 s. 21–22. Razin mukaan on ylipäätään parempi tukeutua lakipositivismiin ja hyväksyä siihen sisältyvät vajavaisuudet kuin hylätä lakipositivismi ja päätyä hallitsemattomaan oikeudelliseen epävarmuuteen. Ks. Raz 1986, esim. s. 31.

[167] Ks. myös Shapiro 1998, erityisesti s. 57; Lagerspetz 2009 s. 194.

merkittäviksi. Niiden relevanssi ei ehkä olisi keskeisin, mutta kiperässä tilanteessa ne voisivat toimia nimenomaan ratkaisevina ratkaisuperusteina.[168]

Monet muut kirjoittajat ovat hahmottaneet tämän asian toisella tavalla. Viime vuosikymmenien kehityskulku on johtanut siihen, että erityyppisen argumentatiivisten ratkaisuperusteiden relevanssi on korostunut lainmukaisuuden kustannuksella. Pyrkimyksenä on ollut luoda argumentatiivisia toimintamalleja, joihin tukeutuen tuomioiden hyväksyttävyys voitaisiin taata, vaikka oikeuslähdekäsitys on avartunut. Vaikka tällaiset toimintamallit ovat pohjimmiltaan normatiivisia, ratkaisuperusteiksi on hyväksytty koko joukko argumentteja, joiden normatiivinen asema on riidanalainen. Aulis Aarnion termein tällaisia ratkaisuperusteita voidaan kutsuta sallituiksi oikeuslähteiksi. Esimerkiksi rikosoikeudessa on ollut tyypillistä korostaa reaalisia argumentteja,[169] joiden on ajateltu lähentävän pitämisen ja olemisen maailmojen välistä jyrkkää rajanvetoa.[170]

Samalla taka-alalle on jäänyt se, etteivät rikoslain voimassaoloa täsmentävät sallitut ratkaisuperusteet ole varsinaisia oikeuslähteitä vaan argumentaatioaineistoa, johon tukeutumisella on vaikeita eikä aivan helposti ratkeavia heijastevaikutuksia muun muassa asianosaisten oikeusturvalle. Tämä perustuu siihen, että ns. sallitut ratkaisuperusteet tekevät tuomarin harkinnasta arvosensitiivistä. Sallittujen ratkaisuperusteiden hyväksymistä ei koeta kuitenkaan mahdottomaksi, koska velvoittavien sekä tuomarin ratkaisuharkinnassa sallittujen ratkaisuperusteiden ajatellaan muodostavan yhdessä sellaisen oikeuslähdeopillisen kokonaisuuden, jonka pohjalta oikeudellinen kysymys voidaan ratkaista jos ei lainmukaisesti, niin ainakin objektiivisin kriteerein – eli yleisesti hyväksyttävällä tavalla.

Virkkeen loppuosa ”yleisesti hyväksyttävällä tavalla” on keskeinen. Se kuvastaa oikeusteoreettista siirtymää, jossa vaatimus syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta lainmukaisesti on korvattu tuomion hyväksyttävyydellä. Tässä kohtaa on syytä pysähtyä ja kerrata kolme oikeusteoreettista vaihtoehtoa. Ensinnäkin voimme pitää kiinni lakipositivismista eli siitä, että syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteet voidaan aina takauttaa positiivisesti asetettuihin oikeuslähteisiin. Jos teko ei ole lain mukaan rangaistava, lakipositivismin mukaan on lainmukaista ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi. Toiseksi voimme hyväksyä Dworkinin teorian, jonka mukaan kiperässä tilanteessa ratkaisevat ratkaisupe-

---

[168] Lain poissulkevasta luonteesta ks. myös Niemi 2013 s. 829–831; Lagerspetz 2009 s. 194.

[169] Rikosoikeudellisissa puheenvuoroissa puhutaan rinta rinnan reaalisista argumenteista ja teleologisesta lainsoveltamisesta. Siinä missä reaaliset argumentit viittaavat hyviksi koettuihin päämääriin, teleologinen lainsoveltaminen viittaa lain päämäärähakuiseen soveltamiseen.

[170] Reaalisten argumenttien painoarvon kasvu kotimaisessa rikosoikeudellisessa keskustelussa on perustunut talousrikostutkimuksen yleisyyteen viimeisen 10–20 vuoden aikana. Ks. esim. Hakamies 2012 ja Knuts 2010. Samalla taka-alalle on jäänyt se, että rikoslain soveltamisessa on kysymys muustakin kuin sen pohdinnasta, kuinka dynaamisesti rikostunnusmerkistöjä voidaan soveltaa alati muuttuvassa toimintaympäristössä.

rusteet – eli oikeusperiaatteet – eivät ole positiivisesti asetetuista oikeuslähteistä sellaisenaan johdettavissa, mutta yhtä kaikki, periaatteet sisältyvät oikeusjärjestykseen. Myös tällöin jos teko ei ole lain mukaan rangaistava, lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi. Kolmanneksi voimme valita tuomion hyväksyttävyyttä korostavan linjan ja sanoa, että oikeuden ulkopuoliset arvostukset ovat välttämättä osa tuomarin harkintaa. Tällöin lainmukaisuus sijaistetaan tuomion rationaalisella hyväksyttävyydellä, ja keskustelu tuomion normatiivis-episteemisestä oikeudellisuudesta muodostuu mielettömäksi. Tällaisen vaihtoehdon suuntaviivat ovat asettaneet Aulis Aarnio, Alexander Peczenik ja Robert Alexy.

Valinta näiden kolmen vaihtoehdon välillä on merkittävä. Jos kiellämme lakipositivismin ja Dworkinin teorian relevanssin, liudennamme syyllisyysratkaisujen normatiivisuutta sekä luovumme yhden – absoluuttisesti oikean – lainmukaisen ratkaisun olettamasta. Vaikka normatiivisuudesta tinkiminen on kivuliasta, viime vuosikymmeninä tuomion hyväksyttävyyttä korostava asenne on muodostunut vallitsevaksi. Aarnion, Peczenikin ja Alexyn viitoittamalla tiellä vakuuttava argumentaatio on korotettu mitaksi, jonka perusteella myös kiperän syyllisyyskysymyksen ratkaisua on syytä epäillä vähemmän, ja ellei argumentaatio vakuuta, tuomion lopputulos on altis kritiikille.[171] Näin ollen tausta-ajatus on, että syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteet muodostavat sellaisen kokonaisuuden, jonka perusteella kiperinkin oikeuskysymys voidaan ratkaista määrätyn oikeusyhteisön hyväksymällä tavalla, olkoonkin, ettei ratkaisuperusteiden joukko ole välttämättä oikeudellisesti suljettu.

Tarkastelkaamme seuraavaksi sitä, onko tällainen olettamus perusteltu. Toisin sanoen kysykäämme, onko kaikkiin syyllisyyskysymyksiin olemassa rationaalisesti perusteltava ratkaisu. Tämä kysymys on erityisen kiinnostava puhuttaessa syyllisyyskysymyksistä, joissa on kysymys perus- ja ihmisoikeuksien kollisiosta. Kuten Martti Koskenniemi on todennut, eri oikeuksien välinen kollisio on ytimeltään moraalinen ongelma, joka voidaan ratkaista vain tukeutumalla arvoihin, jotka ovat tärkeämpiä kuin kollisiossa olevat oikeudet.[172]

Moraaliset dilemmat. Ottakaamme lähtökohdaksi kaksi konkreettista esimerkkiä. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2008:93 oli kysymys alle viisivuotiaalle pojalle tehdystä ympärileikkauksesta. Toimenpide oli suoritettu uskonnollisista ja kulttuurisista syistä, eikä sille ollut lääketieteellisiä perusteita. Oikeuden arvioitavana oli se, estääkö perus- ja ihmisoikeutena turvattu lapsen

---

[171] Tästä tematiikasta kansainvälisoikeudellisessa kontekstissa ks. von Bogdandy – Ingo 2011 s. 1341–1370.

[172] Martti Koskenniemi: Ihmisoikeudet globalisaation hallinnassa. Puhe eduskunnan oikeusasiamiehen 85-vuotisjuhlassa Helsingissä 8.2.2005. Ks. Koskenniemi 2005.

oikeus ruumiilliseen koskemattomuuteen huoltajia päättämästä lapsensa puolesta toimenpiteestä, jonka perusteet eivät ole lääketieteellisiä.

Ratkaisussa KKO 2013:100 oli kysymys sananvapauden ja yksilön suojan välisestä kollisiosta. Kollisio aktualisoitui, kun television pääuutislähetyksessä ja kahdessa muussa samana päivänä esitetyssä uutislähetyksessä oli kerrottu poliisin tutkimista vakavista talousrikoksista. Epäilyihin oli liitetty yritystoimintaa harjoittavat puolisot, ja uutisessa oli esitetty toisen puolison kuva ja nimi. Myöhemmin osassa asiaa syytteet hylättiin ja osassa asiaa syytteet jätettiin nostamatta. Tämän jälkeen keskiöön nousi se, oliko uutisoinnissa syyllistytty törkeään kunnianloukkaukseen ja yksityiselämää loukkaavaan tiedon levittämiseen.

Kuvatun kaltaiset syyllisyyskysymykset eivät ratkea rikoslakia lukemalla. Myös rikoslain voimassaoloa täsmentävät ratkaisuperusteet, kuten lain esityöt ja aikaisempi oikeuskäytäntö, voivat osoittautua riittämättömäksi. Tämä perustuu siihen, ettei oikeuksien välisessä kollisiossa ole kysymys rikoslain merkityssisällön tulkinnasta vaan punninnasta, eli tilanteesta, jossa tuomarin tehtävä on punnita keskenään ristiriitaisten oikeuksien välistä painoarvoa.[173] Esimerkiksi ympärileikkausratkaisussa KKO 2008:93 vaakakupin syyllisyyslaidalle asettui rikoslaista löytyvä pahoinpitelytunnusmerkistö (RL 21:5). Syyllisyyden puolelle vaakaa kallistivat myös lapsen oikeuksien puolustaminen,[174] perustuslaissa turvattu suoja henkilökohtaiseen koskemattomuuteen sekä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön perustuva dogmi, jonka mukaan vähäinenkin lääketieteellinen toimenpide voi merkitä perusoikeuksien loukkausta, jos se tehdään ilman asianmukaista suostumusta. Vaakakupin syyttömyyslaidalle asettuivat perhe-elämän suoja, uskonnon- ja omantunnunvapaus sekä näitä oikeuksia puoltavat argumentit.[175]

Myös ratkaisussa KKO 2013:100 vaakakupin molemmille puolille löytyi relevantteja argumentteja, joista toiset puolsivat syyttömyyttä, toiset syyllisyyttä. Siinä missä sananvapaus ja sananvapautta puoltavat ratkaisuperusteet puolsivat teon syyksilukemattomuutta, perus- ja ihmisoikeuksissa sekä rikoslaissa turvattu yksilön suoja kallistivat vaakaa syyksilukemisen puolelle.[176]

Kuten totesin edellä, jos vaa'an toinen puoli painaa enemmän, tuomarin on valittava tuo vaihtoehto. Puhuttiin sitten ympärileikkauksesta tai sananvapauden ja yksilön suojan kollisiosta, kysymys ei sinänsä ole normatiivisten ratkaisuperusteiden puutteesta. Molemmissa tapauksissa vaakakuppia kallistavat ratkaisu-

---

[173] Tätä tematiikkaa käsittelen tarkemmin luvuissa 6.5, 6.6 ja 6.8.
[174] Suomessa lailla 1129/1991 hyväksytyn, New Yorkissa 20.11.1989 tehdyn lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen artiklat 19 ja 24, kohta 1.
[175] KKO 2008:93, erityisesti kohdat 10–18.
[176] KKO 2013:100, erityisesti kohta 10.

perusteet löytyvät institutionaalisesti merkittävistä oikeuslähteistä eli laista, lain esitöistä ja aikaisemmasta oikeuskäytännöstä. Näin ollen institutionaalisten ratkaisuperusteiden puolesta kumpikin tapaus olisi voitu ratkaista puoleen jos toiseen. Tästä herää kysymys, kuinka tuomarit voivat arvioida vaakakuppeihin asetettujen institutionaalisten ratkaisuperusteiden keskinäistä painoarvoa.

Punnintatilanteen ratkaisemiseksi Suomessa viitataan mielellään Robert Alexyn muodolliseen punnintalakiin.[177] Alexyn punnintalakia mukaillen mitä enemmän jotakin arvoa loukataan, sitä tärkeämpää jonkin toisen arvon toteutumisen on oltava. Kalibroituna rikosoikeudelliseen kontekstiin Alexyn punnintalain mukaan jos syyllisyyskysymyksessä kollisioivat eri suuntaan viettävät oikeudet, oikeuksien välinen etusija määräytyy formaalin kaavan mukaisesti: mitä enemmän toista oikeutta rajoitetaan, sitä tärkeämpää on toisen oikeuden toteutumisen oltava.[178] Sinänsä tämä väite on riidaton. Jos poromies ampuu rauhoitetun ahman, teon sallittavuus edellyttää, että toimenpiteellä suojellaan huomattavaa taloudellista arvoa kuten porotokkaa. Vastaavasti jos tuomari korostaa perheelämän suojaa ja uskonnonvapautta henkilökohtaisen koskemattomuuden ja pahoinpitelytunnusmerkistön kustannuksella, tuomion perusteluissa on syytä korostaa perhe-elämän suojaa ja uskonnonvapautta. Muutoin tuomio ei ole rationaalinen.

Oikeuskirjallisuudessa harvemmin huomautetaan, ettei Alexyn punnintalaki tuo sinällään mitään lisäarvoa siihen keskusteluun, jota filosofiassa on käyty (sääntö)utilitarismin alla. Aivan kuten utilitarismissa, myös Alexyn punnintalaissa korostetaan hyödyn maksimoimista. On luontaista ajatella, että elleivät ratkaisuperusteet tarjoa yksiselitteistä vastausta oikeuskysymykseen, tuomarin on ratkaistava kysymys yhteiskunnallisesti parhaalla eikä toiseksi tai kolmanneksi parhaalla tavalla. Esimerkiksi sananvapauskontekstissa voimme argumentoida, että sananvapauden liiallinen rajoittaminen estää vapaata tiedonvälitystä. Näin ollen yhteiskunnallisesti parasta on, että sananvapautta rajoitetaan vain äärimmäisissä tilanteissa. Vastaavasti ympärileikkauskontekstissa voimme argumentoida, ettei ympärileikkauksesta tuomitseminen ole yhteiskunnallisesti paras mahdollinen ratkaisu moniarvoisuutta korostavassa yhteiskunnassa.

Kysyttäessä, miten tuomari voi osoittaa, ettei kiperä tuomio perustu vain hänen henkilökohtaisiin utiliteetteihinsa (subjektiivisiin arvoarvostelmiin), vastaus

---

[177] Alexyn punnintalakia on käsitelty lukuisissa kotimaisissa kirjoituksissa. Tässä yhteydessä viittaan vain Veli-Pekka Viljasen perusoikeudelliseen puheenvuoroon. Viljanen on tarkastellut sitä, mikä merkitys Alexyn punnintalailla on ratkaistaessa perusoikeuteen puuttumisen suhteellisuusvaatimusta perusoikeuksien kollisiotilanteessa. Ks. Viljanen 2001 s. 214–221.

[178] Alexy 2002 s. 102; Alexy 1986 s. 146. Ks. myös tämän tutkimuksen luku 6.8.

on tuomion perustelut ja määrätyn oikeusyhteisön vakuuttaminen.[179] Argumentaatioteoreetikot toteavat avoimesti, että arvosensitiiviset ratkaisuperusteet kuten seuraamusharkinta ovat osa ratkaisuharkintaa. Toisaalta vaikka ratkaisuperusteiden ei oleteta koostuvan oikeudellisesti suljetusta joukosta, argumentaatioteoreetikkojen oletus on, että ratkaisuperusteiden joukko on joka tapauksessa sillä tavalla suljettu, että ratkaisuperusteet tarjoavat rationaalisesti perustellun vastauksen kiperiinkin oikeuskysymyksiin. Toisin sanoen argumentaatioteoreetikot olettavat, että velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin ratkaisuperusteisiin tukeutumalla punnintatilanne voidaan ratkaista rationaalisesti perustellulla tavalla, aivan kuten Aulis Aarnio voisi asian ilmaista. Muodossa tai toisessa tällainen ajattelu on myös muiden oikeudellisten argumentaatioteorioiden taustalla.[180]

Tässä yhteydessä on korostettava seuraavaa: jotta voidaan olettaa, että punnintatilanne voidaan ratkaista rationaalisesti perustellulla tavalla, on oletettava, että ratkaisuperusteet tarjoavat vastauksen oikeuksien väliseen kollisioon. Tämä oletama on varsin tuttu moraaliteoriaa lukeneille. Moraaliteoreetikkojen opetuksen mukaan arvoristiriitaratkaisujen rationaalinen hyväksyttävyys edellyttää nimenomaan sitä, että arvoristiriitoihin oletetaan olevan sellaiset ratkaisuperusteet, joiden perusteella ristiriita voidaan ylipäätään ratkaista. Toisin sanoen jos ratkaisuperusteet eivät kykenisi tarjoamaan vastausta ristiriidan ratkaisemiksi, ristiriitaa ei voitaisi ratkaista rationaalisesti perusteltavalla tavalla. Koska oikeudellisessa kontekstissa argumentaationi voi tuntua vieraalta, pyrin selventämään väitettäni.

Syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin on ratkaistava syyllisyyskysymys siten kuin laki käskee. Koska kiperissä tilanteissa lain käsky ei ole yksiselitteinen, paitsi asianosaisten oikeusturva myös tuomioiden yleinen kontrolloitavuus edellyttävät sitä, että tuomarit perustelevat ratkaisunsa. Nimenomaan perustelujen pohjalta rationaalinen perusteluauditorio voi arvioida, onko syyllisyyskysymys ratkaistu objektiivisin perustein. Näin ollen tuomion perustelut toimivat mielivallan kontrollointivälineenä sellaisissa tilanteissa, joissa tuomarit joutuvat käyttämään harkintaa.[181]

Jotta voidaan olettaa, että kiperä syyllisyyskysymys voidaan ratkaista rationaalisen perusteluauditorion hyväksymällä tavalla, on tietenkin oletettava, että syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteet tarjoavat kysymykseen rationaalisesti

---

[179] Esim. Aarnio 1989 s. 285.

[180] Oikeudellisia argumentaatioteorioita ja etenkin oikeudellisten argumentaatioteorioiden taustalla olevaa oletusta rationaalisesta konsensuksesta käsittelen tarkemmin 7. luvussa. Ks. kyseinen luku sekä ko. luvussa mainitut lähteet.

[181] Tuomion perusteluiden merkityksestä ja funktioista ks. Virolainen – Martikainen 2010 s. 37–51. Tuomion perusteluiden merkitystä tarkastelen luvussa 7.2.

perusteltavan vastauksen. Käänteisesti sanottuna jos syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteet eivät tarjoaisi syyllisyyskysymykseen rationaalisesti perusteltavaa ratkaisua, tehtyä päätöstä ei voitaisi ratkaisuperusteisiin tukeutuen perustella rationaalisesti. Tämä voitaneen ottaa annettuna, mutta siitä herää seuraava kysymys: jos arvostukset ovat osa tuomarin harkintaa ja päätöksentekoa, mihin oletus ratkaisuperusteiden ”suljetusta joukosta” perustuu, eli onko perusteltua olettaa, että punnintatilanteessa ratkaisuperusteet kykenevät tuottamaan rationaalisesti perusteltavan vastausvaihtoehdon oikeuksien väliseen kollisioon? Tämän kysymyksen taustalla on olettama, että hyväksyttäessä arvostukset osaksi rikosoikeudellista ratkaisuharkintaa ratkaisuperusteiden ryhmä ei ole enää sillä tavalla oikeuslähdeopillisesti suljettu, että se kykenisi tuottamaan toista paremman ratkaisuvaihtoehdon kahden vastausvaihtoehdon välille.

Mitä enemmän olen asiaa ajatellut, sitä vakuuttuneemmaksi olen tullut siitä, että vastausta on etsittävä moraaliteorioista – täsmällisesti sanottuna deontologiasta ja utilitarismista. Nämä moraaliteoreettiset suuntaukset ovat hallinneet arvokeskusteluamme jo pidemmän aikaan. Niiden vaikutus ajatteluumme on ollut niin merkittävä, että ne ovat tehneet meistä yksiulotteisia. Meidät on ikään kuin kyllästetty ajatuksella, jonka mukaan olemassa ei ole niin kiperää arvoristiriitaa tai oikeudellista punnintatilannetta, ettei sitä voitaisi ratkaista rationaalisesti perusteltavissa olevalla tavalla.[182]

Deontologia ja utilitarismi ovat saaneet lukuisia eri muotoja, mutta kaikkia niiden variaatioita koskee yksi yhteinen piirre.[183] Ne molemmat lähtevät siitä, että päätöksen kohteena olevan kysymyksen ratkaisuun vaikuttavien ratkaisuperusteiden ryhmä on sillä tavalla suljettu, että se tarjoaa perusteet ratkaista arvoristiriita optimaalisesti – eli tavalla, joka on rationaalisesti harkitsevan ihmisen hyväksyttävissä. Toisin sanoen molemmat suuntaukset lähtevät siitä, että kaikkiin moraalikysymyksiin on olemassa sellaiset ratkaisuperusteet, joihin tukeutumalla kuhunkin kysymykseen voidaan löytää paras mahdollinen ratkaisu.[184]

---

[182] Erik Lagerspetz ja Simo Vihjanen ovat käsitelleet tätä tematiikkaa kirjoittaessaan armahdusoikeudesta. Ks. Lagerspetz – Vihjanen 1996 s. 30–31. Itse asiassa koko modernin normatiivisen etiikan ideana on pyrkimys konstruoida teoria, jonka perusteella moraaliset kysymykset voidaan ratkaista moraalisesti oikein, eli rationaalisesti perusteltavalla tavalla. Ks. esim. Tänssjö 2008 s. 6. Ks. myös Timmons 2013 s. 3. Timmons tiivistää normatiivisen etiikan merkityksen seuraavasti: ”The main practical aim of moral theory is to provide a decision procedure whose use by suitable informed agents will reliably lead them to correct moral verdicts about matters of moral concern in contexts of moral deliberation and choice” – eli vapaasti suomennettuna ”Moraaliteorian tärkein käytännöllinen tavoite on konstruoida päätöksentekomenettely, johon tukeutumalla henkilöt kykenevät päätymään moraalisesti oikeisiin ratkaisuihin.” Timmons 2013 s. 3.

[183] Utilitarismista ja deontologiasta ks. Tänssjö 2008, luku 2 (utilitarismista) ja luku 4 (deontologiasta). Ks. myös Timmons 2013, luvut 5 ja 6 (utilitarismista) ja luku 8 (kantilaisesta deontologiasta).

[184] Lagerspetz – Vihjanen 1996 s. 31. Ks. myös Hyttinen 2012 s. 38.

Edellytys vain on, että päätöksentekijä operoi ratkaisuperusteiden joukossa oikeanlaisin metodein. Siinä missä deontologit korostavat sääntöjä ja oikeanlaista päätöksentekomenetelmää, utilitaristit painottavat ratkaisuperusteisiin pohjautuvaa seuraamusharkintaa. Oikean – ja rationaalisesti perustelluimman – ratkaisuvaihtoehdon löytämisen suhteen nämä teoriat ovat ehdottomia.[185] Jos päätösharkinta osataan konstruoida optimaaliseksi, moraaliteoreettinen oletus on, että ratkaisuperusteet tarjoavat vastauksen siihen, mikä kussakin tilanteessa on kaikkein perusteltavin ratkaisuvaihtoehto.

Tämän ehdottomuuden seurauksena molemmat teoriasuuntaukset kieltävät moraalisten dilemmojen olemassaolon.[186] Ne ovat siinä mielessä tinkimättömiä, etteivät ne taivu ajatukseen, jonka mukaan arvoristiriitaan voisi olla kaksi yhtä pätevää ratkaisua, joiden välillä ei voida tehdä rationaalista valintaa. Vaikka monet filosofit kiistävät moraalidilemmojen olemassaolon, Erik Lagerspetz ja Simo Vihjanen ovat asettuneet toiselle kannalle. Heidän mukaansa saatamme kohdata myös tilanteita, joissa edessämme on tasavahvoja perusteita useammalle kuin yhdelle ratkaisuvaihtoehdolle.[187] Tällaisessa tilanteessa ratkaisuperusteet eivät kykene tuottamaan rationaalisesti perusteltavaa ratkaisua, vaan ratkaisuvaihtoehtoja, joiden välillä ei voida tehdä toista perustellumpaa valintaa.

Moraalidilemmat eivät tarkoita sitä, että valinnan tekeminen tasavahvojen ratkaisuvaihtoehtojen välillä olisi yhdentekevä. Toisin sanoen vaikka päätöstä ei voi arvottaa toista paremmaksi, päätöksen seuraukset voivat olla varsin erilaisia. Esimerkiksi voin haluta lahjoittaa rahaa lastensairaalalle sekä samaan aikaan ajatella, että rahan lahjoittaminen vähentää julkisen vallan halukkuutta rakentaa sairaaloita verovaroin. Edessäni voi olla moraalinen dilemma, mutta on selvää, ettei tekemäni päätös ole yhdentekevä. Jos päätän, että julkisen vallan tehtävä on huolehtia sairaaloiden rakentamisesta, lastensairaala voi jäädä rakentamatta. Toisaalta jos lahjoitan rahaa lastensairaalalle, en voi olla varma, miten sairaalat tulevaisuudessa rakennetaan.

Kalibroikaamme edellä sanottu oikeudelliseen kontekstiin. Ensinnäkin voimme ottaa annettuna, että moraaliteorioista nimenomaan deontologialla ja utilitarismilla on olennainen heijastevaikutus siihen päätöksentekoteoreettiseen keskusteluun, jossa oikeudellista argumentaatiota on korostettu lainmukaisuuden kustannuksella. Vaikka lakipositivismia on avattu, oletus on, että ratkaisuperusteet joka tapauksessa tuottavat rationaalisesti perusteltavan ratkaisun kiperiinkin oikeuskysymyksiin – olkoonkin, että ratkaisuperusteiden katsotaan koostuvan

---

[185] Edellä alaviitteessä 182 toteamallani tavalla normatiivisen etiikan nimenomaisena pyrkimyksenä on osoittaa proseduuri, johon tukeutuen moraaliset ristiriidat voidaan ratkaista moraalisesti oikein.

[186] Lagerspetz – Vihjanen 1996 s. 30–31.

[187] Lagerspetz – Vihjanen 1996 s. 31.

myös arvoargumenteista. Joillekin kirjoittajille ratkaisuperusteet löytyvät määrätyn oikeusyhteisön sisäisesti, joillekin toisille kysymys on laajemmasta ratkaisuperusteiden joukosta. Esimerkiksi siinä missä Aarnio puhuu maltillisesta relativismista, Alexy on taipuvainen olettamaan, että arvokysymykset voidaan ratkaista universaalisti perustellulla tavalla.[188]

Riippumatta nyanssieroista yhteistä on oletus, että jokainen tuomioistuimen ratkaisu voidaan tehdä ja perustella rationaalisesti. Jotta tämä olisi mahdollista, on nimenomaan oletettava, että ratkaisuperusteiden joukko muodostaa sellaisen etukäteen olemassa olevan ratkaisuperusteiden kokonaisuuden, johon tukeutuen myös arvostuksenvaraiset oikeuskysymykset voidaan ratkaista objektiivisin kriteerein – eli oikeudellisten argumentaatioteorioiden kielellä sanottuna ”rationaalisesti perusteltavalla tavalla”.

Oikeusdogmaattinen oletus on, että myös rikosoikeudelliset punnintatilanteet voidaan ratkaista rationaalisesti perusteltavalla tavalla. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että myös rikosoikeudellinen päätöksentekoteoria kieltää moraalisten dilemmojen olemassaolon. Tämä on käsitteellinen välttämättömyys, koska dilemmojen luonteeseen kuuluu, että eri ratkaisuvaihtoehtoja (syytön tai syyllinen) ei voida laittaa rationaaliseen etusijajärjestykseensä. Dilemmatilanteissahan valittavana olevat ratkaisuvaihtoehdot eivät ole toista parempia (tai huonompia)[189] vaan tasavahvoja.[190]

Hyväksyessämme sen, että moraaliset dilemmat ovat mahdollisia, myönnämme, että tuomari voi kohdata syyllisyyskysymyksen, jonka ratkaiseminen rationaalisesti perusteltavalla tavalla on mahdotonta. Perus- ja ihmisoikeuksien kollisio voi joissakin tapauksissa olla esimerkki tällaisesta tilanteesta. Tällaisessa tilanteessa tuomion hyväksyttävyys ei perustu siihen, että ratkaisuperusteisiin tukeutuen tuomio voitaisiin langettaa rationaalisesti perustellulla tavalla. Pikemminkin kysymys on siitä, että oli punnintatilanne kuinka mahdoton tahansa, oikeusjärjestys edellyttää, että tietyssä vaiheessa syyllisyyskysymys ratkaistaan lopullisesti. Tätä ajattelumallia kuvaa osuvasti korkeimpien oikeuksien perinteinen klausuuli ”T.k.a.n” eli ”Tätä kaikki asianosaiset noudattakoot”. Sanonnan tarkoitus ei ole väittää, ettei tuomiota voitaisi kritisoida tai riitauttaa, vaan kertoa, että syyllisyyskysymys on ratkaistu lopullisesti.[191] Esimerkiksi ympärileikkaus-

---

[188] Tätä tematiikkaa käsittelen seikkaperäisemmin luvussa 7.4. Ks. kyseinen luku sekä ko. luvussa mainitut lähteet.

[189] Moraaliteoreettisessa kirjallisuudessa dilemmat kuvataan nimenomaan tilanteina, joissa päätöksentekijällä on ratkaisupakko, mutta kumpainenkaan ratkaisuvaihtoehto ei vaikuta toista paremmalta vaan yhtä huonolta.

[190] Moraalisista dilemmoista ks. Lagerspetz 1997 s. 291–292.

[191] Jyrki Virolainen: Internetissä 31.3.2010 julkaistu kirjoitus ”Tätä kaikki asianosaiset noudattakoot.” Virolainen 2010. Ks. myös Virolainen – Martikainen 2010 s. 5–6.

tapauksessa voidaan väittää, että alle viisivuotiaan pojan ympärileikkaus on pahoinpitely, sanoi korkein oikeus asiasta mitä tahansa. Toisaalta yhtä hyvin voidaan väittää, että korkeimman oikeuden ratkaisu on perusteltu. Koska kysymyksessä voi olla tilanne, jota ei voi ratkaista sen enempää oikein kuin väärinkään, jäljelle jäävä vaihtoehto on ottaa korkeimman oikeuden tuomiolauselma todesta.

Vaikka dilemmatilanteessa ratkaisuperustelut eivät kallista syyllisyyden vaakaa kumpaankaan suuntaan, tämä ei tarkoita, että ratkaisu olisi vailla institutionaalista tukea. Oli sitten kysymys ympärileikkauksesta, sananvapauden ja yksilön suojan välisestä kollisiosta tai jostakin muusta perus- ja ihmisoikeuksien välisestä punninnasta, kaikkiin ratkaisuihin löytyy normatiivisesti relevantteja ratkaisuperusteita sekä normatiivisten ratkaisuperusteiden relevanssia täsmentäviä ratkaisuperusteita. Sen sijaan ongelmaksi muodostuu nimenomaan se, ettei ratkaisuperusteita voida laittaa rationaaliseen etusijajärjestykseensä, koska kumpikaan ratkaisuvaihtoehdoista ei välttämättä ole toista parempi tai huonompi.

Ratkaisuehdotus oikeuksien välisiin perustavanlaatuisiin ristiriitoihin on kiistää moraalisten dilemmojen olemassaolo, kuten monet moraalifilosofit tekevät. Tällöin voimme pitää kiinni siitä, että punnintatilanteessa ratkaisuperusteet tuottavat rationaalisen järjestyksen kahden ratkaisuvaihtoehdon välille, jolloin kysymys on vain tuomarin ammattitaidosta ratkaista arvosensitiiviset syyllisyyskysymykset siten, että ratkaisu on rationaalisesti harkitsevien ihmisten hyväksyttävissä. Tällöin on myös järkevää vaatia tuomareilta seikkaperäisiä perusteluja, koska niiden perusteella oikeusyhteisö voi arvioida, missä määrin valittua tuomiolinjaa voidaan pitää onnistuneena eli rationaalisesti perusteltuna.

Vaikka moraalidilemmojen kiistäminen tuntuu houkuttelevalta, olen taipuvainen ajattelemaan, ettei se tunnu luontevalta vaihtoehdolta. Lainatkaamme esimerkki William Styronin kirjasta ”Sofien valinta”.[192] Kirjassa Sofie joutuu valitsemaan, kumpi hänen lapsistaan tapetaan. Jos Sofie ei tee valintaa, keskitysleirin vartija tappaa hänen molemmat lapsensa. Tuntuu väistämättömältä, ettei tällaisessa ratkaisutilanteessa ole olemassa sellaisia ratkaisuperusteita, joiden perusteella Sofie voisi tehdä asiassa rationaalisen valinnan. Vastaavasti tapauskohtaisesti voi olla mahdoton valita, petänkö ystäväni luottamuksen vai valehtelenko hänen puolestaan. Tällaiset tilanteet voivat olla esimerkkejä tilanteista, joissa ratkaisuperusteet voivat puoltaa kahta eri ratkaisua ilman, että nuo ratkaisuperusteet tekisivät jommastakummasta ratkaisuvaihtoehdosta paremman. Toteamallani tavalla tämänkaltainen perusteluiden tasapainotilanne voi aktualisoitua myös perus- ja ihmisoikeuksien kollisiossa.

Perusteluiden tasapainotilanteessa tuomarin on vain valittava, ja olemukseltaan tämä valinta ei ole rationaalinen, koska valinta ei ole rationaalisesti perus-

[192] Styron 1979/1982.

teltavissa oleva seuraus ratkaisuperusteista. Eittämättä tällaiset tilanteet ovat harvinaisia, mutta yhtä kaikki, niiden kategorinen kiistäminen tuntuu perusteettomalta. Taustatukea väitteelleni voidaan etsiä eksistentialistisesta kirjallisuudesta, jossa moraalisia dilemmoja käytetään havainnollistamaan sitä, etteivät kaikki valintamme ole rationaalisesti perusteltavissa.[193] Eksistentialististen kirjailijoiden ja moraalifilosofien, kuten Sartren, tyypillinen lähtökohta on, että arvokollisioissa voi olla kysymys valintatilanteesta, jota ei voida sitoa erilaisilla säännöillä (eikä muillakaan ratkaisuperusteilla), vaan päätöksentekijän on vain valittava ja kannettava vastuu tekemästään päätöksestä.[194]

Vaikka puhe kahlitsemattomasta päätöksenteosta istuu huonosti rikosoikeudelliseen kontekstiin, eksistentialistien esiin nostamaa problematiikkaa ei voida sivuuttaa. Se onnistuu vangitsemaan jotakin olennaista siitä, mistä punnintatilanteessa voi pahimmillaan olla kysymys. Samalla se osoittaa, että oikeudellisen ratkaisutoiminnan teoriat, joiden mukaan kiperinkin ratkaisu voidaan aina tehdä rationaalisesti perusteltavalla tavalla, voivat olla kyvyttömiä vastaamaan perus- ja ihmisoikeuksien asettamiin haasteisiin.

Moraalidilemmojen hyväksymisestä ei tietenkään seuraa se, että perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyysratkaisut olisivat kauttaaltaan mielivaltaisia. Tästä kertoo myös se, ettei syyllisyysratkaisuja jatkuvasti kyseenalaisteta. Toiseksi vaikka perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyyskysymykset ovat usein varsin kiperiä, niissä aktualisoituvat dilemmat ovat eittämättä anomalioita. Huonoa oikeustiedettä olisikin pyrkiä konstruoimaan syyllisyyskysymyksen ratkaisuteoria poikkeustilanteiden pohjalta.[195]

Vaikka pääsääntöisesti rikosoikeudelliset käytäntömme ovat toimivia, olisi kuitenkin virheellistä olettaa, ettei tuomari voisi koskaan kohdata sellaista punnintatilannetta, jossa ratkaisuperusteet eivät kallista vaakaa kumpaankaan suuntaan. Esimerkiksi korkeimman oikeuden äänestysratkaisut voivat olla sellaisia tilanteita, joissa ratkaisuperusteet tarjoavat pelkästään yhtä hyvät perustelut molemmille ratkaisuvaihtoehdoille. Tällaisessa tilanteessa tuomarilla ei ole muuta vaihtoehtoa kuin valita, päättää ja kantaa vastuu tekemästään päätöksestä. Samalla tuomarin vastuuta suhteellistaa se, että ratkaisun jälkeen kaikkien muidenkin voi olla mahdoton perustella rationaalisesti hyväksyttävällä tavalla se, miksi äänestystulos tai siitä eriävä mielipide olisi sisällöllisesti parempi tai huonompi vaihtoehto.

---

[193] Tästä tematiikasta ks. Lagerspetz 1997 s. 283–296, etenkin s. 291–292.

[194] Ranskalaisesta eksistentialismista ks. Gutting 2008 s. 822–829, erityisesti s. 828–829.

[195] Ks. myös Lagerspetz 1997 s. 292. Lagerspetzin mukaan päätöksentekoteoriaa ei ole syytä pyrkiä konstruoimaan poikkeustilanteiden pohjalta, olkoonkin, että poikkeustilanteet voivat osoittaa niitä ongelmakohtia, jotka päätöksentekoteorioissa on huomioitava.

Rikosoikeusdogmaattisena vastausvaihtoehtona voidaan todeta, että rikosoikeudessa pätee in dubio mitius -sääntö. Sen mukaan jos syyllisyyskysymyksessä aktualisoituu perustelujen tasapaino, tuomarin tulee valita vastaajalle edullisempi vaihtoehto.[196] Näin ollen otettaessa in dubio mitius -sääntö todesta tasapainotilanteessa syyllisyyskysymys on ratkaistava vastaajan eduksi.[197]

In dubio mitius -sääntö on kuitenkin jäänyt oikeuskäytännössä merkityksettömäksi ohjenuoraksi. Tuomarit ratkaisevat kiperiä syyllisyyskysymyksiä myös vastaajan vahingoksi. Tämä perustunee nimenomaan siihen, että oikeudellisen ratkaisutoiminnan teoriat, joiden mukaan aidot tasapainotilanteet eivät ole mahdollisia, on sisäänkirjoitettu tuomarin ammatilliseen itseymmärrykseen. Näin ollen tuomarit olettavat kykenevänsä ratkaisemaan myös kiperät punnintatilanteet rationaalisesti perusteltavalla tavalla – eli sanalla sanoen he eivät miellä moraalisten dilemmojen mahdollisuutta.

> Vaikka in dubio mitius -sääntöä ja vastaajan suosimista voidaan perustella monin argumentein, syyllisyyskysymyksen ratkaisemisessa on kysymys myös potentiaalisten uhrien oikeuksista ja ylipäätään yhteiskunnan tarpeesta reagoida ei-toivottuun käyttäytymiseen. Kriitikko voi tietenkin väittää, että tuomarin on ensisijaisesti suojeltava vastaajan oikeuksia, koska potentiaalisen uhrin oikeuksia ja/tai rangaistussäännössä suojeltavia oikeushyviä on jo loukattu, eikä tätä loukkausta saa tekemättömäksi. Tällaisen argumentin kipupiste on se, ettei se huomioi rikoslain soveltamisen preventiovaikutusta. Jos suojeltavia oikeushyviä ei huomioitaisi ratkaisuharkinnassa, tämä olisi kalteva pinta lisäloukkauksille. Tällaista tilannetta ei voitaisi pitää tyydyttävänä, koska yhteiskunnan on turvattava perus- ja ihmisoikeuksien kokonaisvaltainen toteutuminen.

Loppukoosteena voidaan esittää seuraava: perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä voi olla mahdoton sanoa, mitkä ratkaisuperusteista painavat eniten. Voimme määritellä tällaisen punnintatilanteen harkintatilanteeksi, jossa ratkaisuperusteet ovat perustavanlaatuisessa ristiriidassa.[198] Kategorisesti tällaisia ratkaisutilanteita ei ratkaista in dubio mitius -säännön perusteella. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että dilemmatilanteessa tuomarit synnyttävät uusia ratkaisuperusteita. Vaikka oikeusturvan ja rikoslain soveltamien ennakoitavuuden valossa uusien ratkaisuperusteiden tuottaminen tuntuu epämiellyttävältä, ratkaisuperusteiden tuottamista ei tule ymmärtää pelkkänä mielivaltana. Vaikka perus- ja ihmisoikeuskontekstissa tuomari voi astua lainsäätäjän tontille, palkintona on mielivallan vähentyminen ja oikeusvarmuuden lisääntyminen tulevaisuudessa.

---

[196] Esim. Frände 2012 s. 52; Jareborg 1979 s. 69.

[197] Tätä problematiikkaa käsittelen yksityiskohtaisesti luvussa 8.2. Ks. kyseinen luku sekä ko. luvussa mainitut lähteet.

[198] Oikeudellisen harkinnan luonteesta ks. Tolonen 2003 s. 37–39.

6 Syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen – metodologinen näkökulma

6.1 TUOMARIN ROOLISIIRTYMÄ – METODINEN HAASTE?

Rikosoikeudessa tuomarin rooli on perinteisesti määritelty niiden prinsiippien mukaisesti, joita rikosoikeuteen itseensä on liitetty. Hyvän esimerkin tarjoaa Ranska, jossa jo historiallisista syistä korostetaan rikoslain ensisijaisuutta suhteessa oikeuskäytäntöön. Käytännössä tämä näkyy siinä, että Ranskassa tuomion lopputulosta pidetään tärkeämpänä kuin tuomion seikkaperäistä perustelemista. Pyrkimyksenä on johtaa syyllisyyskysymystä koskevat johtopäätökset rikostunnusmerkistöstä ilman, että perusteluja avataan yhtään sen enempää kuin on välttämätöntä.[1]

Ajattelutavan kytkös Ranskan vallankumoukseen ja sen myötä korostuneeseen formalismiin on ilmeinen. Tuomarin tehtävä ei ole luoda oikeutta, vaan toteuttaa lainsäätäjän tahtoa. Kyseinen katsontakanta on yleisemminkin ollut vallitseva mannereurooppalaisessa rikosoikeusdogmissa,[2] olkoon, että syllogistiseen päätöksentekomalliin kohdistuu jatkuvaa kritiikkiä myös lainmukaisuutta korostavissa oikeuskulttuureissa kuten Italiassa.[3]

Heikki Kulla on kutsunut tällaista tilannetta, jossa tuomarin tehtäväksi luetaan logiikan harjoittaminen, toimeenpanijan rooliksi.[4] Tällainen rooli istuu syvässä vallan kolmijako-opissa, eikä siinä sinänsä ole mitään kritisoitavaa. Rikosoikeudessa korostunut oikeusturva ja ennakoitavuus edellyttävät, että tuomarin ensisijainen tehtävä on lakien neutraali toimeenpano.

Toisaalta Kullan mukaan oikeusvaltiossa, jossa perus- ja ihmisoikeudet ovat täysimääräisesti voimassa, tuomarin rooli voidaan ymmärtää myös vartijan roo-

---

[1] Lasser 2003 s. 5–6. Artikkelissaan Lasser on vertaillut sitä, miten Ranskan, Yhdysvaltojen ja Euroopan unionin tuomioistuimet ymmärtävät lainkäyttötehtävänsä. Todettakoon, ettei Lasser tarkastele erityisesti rikoslain soveltamista.

[2] Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen merkityksestä mannermaisessa oikeustraditiossa (Ruotsissa, Tanskassa, Norjassa, Saksassa, Ranskassa ja Italiassa) ks. Frände 1989 s. 18–34. Tuomioistuinten perinteisestä pyrkimyksestä soveltaa lakia formalistisesti mannereurooppalaista oikeuskulttuuria edustavissa maissa (etenkin Italiassa, Puolassa, Ranskassa ja Saksassa) ks. Summers – Taruffo 1991/2010 s. 497.

[3] Esim. Bernardo 2003.

[4] Kulla 2011 s. 227–234, etenkin s. 229.

lina.[5] Vartijan rooli korostuu sellaisissa valtioissa, joissa yleisten tuomioistuinten tehtävänä on jälkikäteen valvoa lakien perustuslainmukaisuutta. Tyyppiesimerkki vartijavaltiosta on Yhdysvallat,[6] mutta viimeisen reilun kymmenen vuoden aikana myös Suomessa tuomareiden rooli on alkanut liukua kohti vartijan roolia.[7] Institutionaalinen velvoite vartijan tehtävään löytyy perustuslaista. Siinä missä perustuslain 106 § käskee jättämään lain soveltamatta, jos se on ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, perustuslain 22 § velvoittaa tuomarit huolehtimaan yksilöiden perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisesta.

Vaikka tällainen roolisiirtymä vaikuttaa radikaalilta, on huomattava, ettei kysymys ole mistään rikosoikeudellisesti mullistavasta tuomarivaltiollistumisesta.[8] Olen edellä osoittanut, ettei rikostunnusmerkistön voimassaolo ole vakio, joten toimeenpanijan rooli on ollut relatiivinen jo ennen nykyistä perus- ja ihmisoikeusdogmia. Toisaalta samalla on tiedostettava, että erityisen relatiivinen toimenpanijan rooli on nimenomaan perus- ja ihmisoikeuskontekstissa, jossa tuomareilla on yhä enemmän harkintavaltaa. Tämä korostaa tuomion perustelujen merkitystä.

Vaikka tuomion perustelujen merkitystä ei voida vähätellä, perusteluiden korostaminen ei poista varsinaista oikeusturvaongelmaa. Antiformalismi uhkaa kahdesta suunnasta. Ensinnäkin rikostunnusmerkistöt ovat alkaneet väljentyä samoin kuin oikeussäännöt yleensä.[9] Samalla rikosoikeus on perus- ja ihmisoikeussensitiivistynyt sekä kansainvälistynyt. Viimeisen kymmenen vuoden aikana perus- ja ihmisoikeusargumentit ovat muuttuneet Ronald Dworkinin tarkoittamiksi oikeudellisiksi valttikorteiksi,[10] joilla on vahva oikeudellinen ratkaisuarvo eli tuomarin ratkaisuharkintaa sitova ja avartava vaikutus myös rikosoikeudessa. Pelivaraa on enemmän kuin aikaisemmin.

Tämä on johtanut oikeuslähdeopilliseen hajaantumiseen sekä vaikeuteen konstruoida yleispätevä rikosoikeudellinen oikeuslähdeoppi. Edellä osoittamallani tavalla meillä on hyviä perusteita väittää, että perus- ja ihmisoikeussensitii-

---

5 Kulla 2011 s. 231.

6 Tuomioistuinten merkityksestä Yhdysvalloissa ks. Lasser 2003 s. 23–36.

7 Kulla 2011 s. 232. Perusteellisesti tästä tematiikasta ks. Lavapuro 2010.

8 2000-luvulla tuomarivaltiollistuminen on ollut kestoaihe kotimaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa. Esim. Melander 2008 s. 18 ja ko. sivulla mainitut lähteet; Tuori 2007 s. 249–275. Kokoavasti kymmenen vuoden takaisesta tuomarivaltiokeskustelusta ks. Länsineva 2004 s. 274–285.

9 Myös perustuslakivaliokunta on kiinnittänyt huomiota tähän problematiikkaan. Ks. PeVL 16/2013 vp s. 4, jossa todetaan, että avoimet tekotapakuvaukset ovat lähtökohtaisesti ongelmallisia. Perustuslakivaliokunnan mukaan tietyt uudet kriminalisoinnit (kuten vainoaminen) voivat kuitenkin olla luonteeltaan sellaisia, että avoimet tekotapakuvaukset on vain hyväksyttävä. Ks. myös PeVL 56/2014 vp s. 2–3; Hakamies 2013 s. 288; Aarnio 2006 s. 39.

10 Dworkin 1978/2005. Dworkinin itsensä käyttämä termi on ”trump”, joka tyypillisesti suomenkielisessä kirjallisuudessa käännetään nimenomaan oikeudelliseksi ”valttikortiksi”. Ks. esim. Siltala 2004 s. 606.

visissä syyllisyysratkaisuissa jopa lain ja (ylikansallisen) oikeuskäytännön keskinäinen velvoittavuussuhde voi riippua paradoksaalisesti siitä, painottuuko vaakakupissa syyllisyys vai syyttömyys. Lisäksi kaikkiin perus- ja ihmisoikeussensitiivisiin syyllisyyskysymyksiin ei välttämättä edes ole etukäteen olemassa sellaisia ratkaisuperusteita, joiden avulla jokainen yksittäistapaus voitaisiin ratkaista lain määräämällä tavalla.

Tällä kaikella on merkittäviä eikä aivan helposti ratkaistavia metodisia seuraamuksia. Tuomarilta vaaditaan perus- ja ihmisoikeusystävällistä rikoslain soveltamista (vartija), mutta samaan aikaan hänen on kiinnitettävä riittävissä määrin huomiota myös laillisuusperiaatteen tausta-arvoihin, oikeusturvaan ja ennakoitavuuteen (toimeenpanija). Muuttuneessa oikeuskulttuurissa tuomari on jäänyt häilymään kahden roolin vangiksi. Hänen tehtävänsä on ylläpitää formalistista rikosoikeusoikeusjärjestystä sekä toteuttaa perus- ja ihmisoikeuksien suodattamaa ”oikeaa oikeutta”.

Tuomarin roolisiirtymää voidaan pitää rikoslainsoveltamismetodisesti haastavana. Näin ollen tutkimuskysymykseni pohjustukseksi esittämäni väitteet voidaan eittämättä hyväksyä. Olettamani mukaan (1) perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyysratkaisut ovat arvosensitiivisiä ja (2) oikeuslähteet ovat hajaantuneet, joten (3) oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus ovat vaarassa. Tämä taas on ongelma rikoslainkäytön legitiimisyydelle.

Tarkoitukseni ei ole väittää, että roolisiirtymä on johtanut kriittisen koulukunnan edustajien tarkoittamaan indeterminanssiin. Kriittisen koulukunnan perusväite lain läpikotaisesta ristiriitaisuudesta ei vastaa meidän arkikokemustamme. Pääasiallisesti rikosoikeudelliset käytäntömme toimivat, eivätkä ihmiset laajamittaisesti koe rikoslainkäyttöä illegitiimiksi. Näin ollen syyllisyyskysymyksen ratkaisua ei tule mystifioida puhumalla esimerkiksi tuomarin hermeneuttisesta esiymmärryksestä.

Roolisiirtymästä huolimatta rikoslain soveltamisen perusmetodi on yhä edelleen sangen yksinkertainen: tuomarin tulee ratkaista syyllisyyskysymys siten kuin laki käskee. Tilastojen valossa rikoslaki myös useimmiten käskee varsin täsmällisesti.[11] Toiseksi syyllisyyskysymykset ovat ainakin periaatteessa yksinkertaisia myös siksi, että tuomarin ratkaisuvaihtoehdot ovat varsin rajalliset ja eksaktit. Jos teko täyttää rikoksen edellytykset eli on tunnusmerkistön mukainen, oikeudenvastainen ja syyllisyyttä osoittava, henkilö on syyllinen, ja jos teko ei

[11] Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen koostamien tilastojen perusteella voidaan todeta, että suurimmassa osassa rikosasioissa syyllisyyskysymys on oikeudellisesti mielenkiinnoton. Tilastoissa korostuvat liikennerikosten ohella esimerkiksi näpistykset ja varkaudet, vahingonteot, pahoinpitelyt ja huumausaineiden käyttörikokset. Tällaiset massarikokset voivat sisältää kiperiä näyttöongelmia, mutta oikeudellisesti ne ovat tyypillisesti mielenkiinnottomia. Ks. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisu ”Rikollisuustilanne 2012”. OPTL:n tutkimuksia 264.

täytä rikoksen edellytyksiä, henkilö on syytön. Syyllisyyskysymyksissä ei ole liukumaa puhumattakaan kolmannesta tai neljännestä ratkaisuvaihtoehdosta.

Roolisiirtymä ei ole muuttanut myöskään sitä oikeusvaltiollista fundamenttia, että periaatteessa vain toinen noista ratkaisuvaihtoehdoista voi olla oikea ratkaisu. Henkilö ei voi olla syytön ja syyllinen vaan syytön tai syyllinen. Vaikka oikeaa ratkaisuvaihtoehtoa ei voida todentaa empiirisesti, oikeusvaltioideologia ei taivu siihen, että henkilö voisi saman teon perusteella olla syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu sekä syytön siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu.[12]

Puhuttaessa yhden oikean syyllisyysratkaisun teoreettisesta välttämättömyydestä perus- ja ihmisoikeudet asettavat meidät kuitenkin vaikeasti hallittavan käytännöllisen problematiikan eteen. Toteamallani tavalla kaikkiin syyllisyyskysymyksiin ei välttämättä ole etukäteen olemassa sellaista viimekätistä ratkaisuperustetta, jonka perusteella eri suuntaan viettävät ratkaisuperusteet voitaisiin asettaa keskinäiseen etusijajärjestykseensä.

Kirjoittaessani rikoslakiin sitoutumisen välttämättömyydestä ja vaikeudesta totesinkin, että kyseinen problematiikka johtaa rikosoikeudelliseen skitsofreniaan. Yhtäältä lakiin sitoutuminen on välttämätöntä, toisaalta se on mahdotonta. Vastaavasti oikeusvaltiollisesti on välttämätöntä, että syyllisyyskysymyksiin on yksi oikea lainmukainen ratkaisu, toisaalta arvostusten sulkeistaminen tuomarin harkinnasta on mahdotonta. Tilannetta mutkistaa se, että olettama yhdestä oikeasta ratkaisusta on edellytys sille, että voimme mielekkäästi puhua syyllisyysratkaisujen ennakoitavuudesta eli siitä lakipositivistisesta velvoitteesta, jonka lainsäätäjä on rikoslainkäytölle asettanut.[13]

Vaikka olettama yhdestä oikeasta syyllisyysratkaisusta on haastettu, olisi virheellistä väittää, ettei tuomarin tehtävä ole rikosasioissa pyrkiä kohti oikeaa syyllisyysratkaisua. Tästä tavoitteesta kiinni pitäminen ei tietenkään ole helppoa, koska tehtävän suorittaminen edellyttää tuomarilta lakiin sitoutumista, ja etenkin arvosensitiivisessä perus- ja ihmisoikeuskontekstissa lakiin sitoutuminen on relatiivista.

Vaikka joissakin puheenvuoroissa tuomarin roolia lakien vartijana on haluttu korostaa lakien toimeenpanemisen kustannuksella,[14] on syytä pitää mielessä, että syyllisyysratkaisuissa korostunut oikeusturva ja ennakoitavuus edellyttävät, ettei vartijan roolia liiallisesti korostetta. Pikemminkin tuomarille on pyrittävä tarjoamaan metodista tukea, jonka avulla hän voi toteuttaa nimenomaan toimeenpani-

---

[12] Näin myös Lagerspetz 2009 s. 167.

[13] HE 44/2002 vp s. 34. Kyseisellä sivulla todetaan yksiselitteisesti, että rikoslakia sovellettaessa laillisuusperiaatteen tarkoitus on taata oikeusturva ja syyllisyysratkaisujen ennakoitavuus.

[14] Tulkintani mukaan näin esim. Lavapuro 2010 ja Syrjänen 2008.

jan roolia.[15] Muutoin ei ole perusteltua puhua perus- ja ihmisoikeuksia kunnioittavasta oikeusvaltiosta vaan perus- ja ihmisoikeuksia soveltavasta mielivaltavaltiosta.

Seuraavaksi tarkastelen täsmällisemmin sitä, mitä syyllisyysratkaisujen ennakoitavuus tarkoittaa ja minkälaisen haasteen Euroopan ihmisoikeustuomioistuin asettaa rikoslain soveltamisen ennakoitavuudelle (luvut 6.2–6.4). Tämän jälkeen pyrin konstruoimaan metodipatterin, jonka avulla tuomarin rooli rikoslain toimeenpanijana ei liiallisesti vaarannu (luvut 6.5–6.7). Lopuksi tarkastelen tuomarin harkintaa sellaisessa tilanteessa, jossa kysymys ei ole rikoslain tulkinnasta vaan eri suuntiin viettävien ratkaisuperusteiden välisestä punninnasta. Tarkoitukseni on mallintaa sitä, kuinka tuomari voi suoriutua punninnasta rationaalisesti perusteltavalla tavalla eli ilman, että kiperät syyllisyysratkaisut olisivat vain tuomarin subjektiivisia käsityksiä oikeasta ja väärästä (luvut 6.8–6.9).

6.2 VAATIMUS RIKOSLAIN SOVELTAMISEN ENNAKOITAVUUDESTA

Totesin edellä, että olettama yhdestä oikeasta syyllisyysratkaisusta on edellytys sille, että voimme mielekkäästi puhua rikoslain soveltamisen ennakoitavuudesta.[16] Tämä perustuu siihen, että käsitteellisesti ennakoitavuus edellyttää, että olemassa on totuusarvoltaan oikea lopputulos,[17] joka on ennakoitavissa. Jos lähtisimme siitä, että kiperissä tapauksissa syyllisyyskysymykseen voi olla kaksi totuusarvoltaan yhtä pätevää ratkaisua, olisi mahdotonta puhua rikoslain etukäteisestä ennakoitavuudesta sanan missään mielekkäässä merkityksessä. Tällöin aito ennakoitavuus olisi mahdotonta siitä syystä, ettei kukaan voisi ennakoida tekojensa rikosoikeudellista luonnetta, jos molemmat vastausvaihtoehdot – teko

---

[15] Oikeudellista ratkaisutoimintaa käsittelevässä väitöskirjassaan Jussi Syrjänen on painottanut, että lakipositivismi on omiaan korostamaan muotoa (ennakoitavuutta) sisällön ja tilannetajun kustannuksella. Ks. Syrjänen 2008. Jos olen oikein ymmärtänyt, Syrjäsen mukaan parempi vaihtoehto olisi tinkiä lainmukaisuudesta ja huolehtia siitä, että ratkaisu vastaa sisällöllisesti yhteiskunnan asettamia vaatimuksia. Ks. Syrjänen 2008 s. 285. Tällainen vaatimus on tietenkin rikosoikeudellisesti ongelmallinen. Vaikka rikoslakiin sitoutuminen on relatiivista, tämä ei edellytä lainmukaisuuden hylkäämistä. Pikemminkin on pyrittävä jäsentämään sitä, kuinka syyllisyysratkaisujen lainmukaisuus voidaan taata parhaalla mahdollisella tavalla.

[16] Olen kirjoittanut tästä teemasta aikaisemmin artikkelissani, joka on julkaistu Defensor Legis -aikakauskirjassa. Ks. Hyttinen 2013 s. 940–950, erityisesti s. 942–946. Tässä esittämäni argumentit pohjautuvat kyseiseen artikkeliini.

[17] Voimassa olevan oikeuden mukaan teko t^1 on tekohetkellä h^1 rikoslain mukaan joko kielletty tai sallittu.

on rikoslain mukaan kielletty ja teko ei ole rikoslain mukaan kielletty – olisivat totuusarvoltaan yhtä päteviä.

> Sitä paitsi jos lähdemme siitä, että syyllisyyskysymykseen voi olla kaksi totuusarvoltaan yhtä pätevää ratkaisua, oletamme, että kielletyn ja sallitun välinen raja määrittyy vasta tuomarien päätöksellä. Tällöin olisi mahdotonta olettaa, että kansalaisilla olisi aito mahdollisuus etukäteen ennakoida toimiensa lainmukaisuutta. Lisäksi oikeusvaltiossa ihmisten on ainakin periaatteessa voitava nimenomaan ennen teon tekemistä tietää se, minkälainen toiminta yhteiskunnassa on kiellettyä ja minkälainen sallittua. Näin ollen jos lähtisimme kiperissä tilanteissa olettamasta, etteivät teot ole tekohetkellä sen enempää kiellettyjä tai sallittuja, vaan tekojen kiellettävyys tai sallittavuus ratkeaisi vasta tuomioistuimen ratkaisuharkinnassa, puhe oikeusvaltiosta muodostuisi koko lailla mielettömäksi.

Puhuttaessa yhden oikean ratkaisun olettamasta on tehtävä ero syyllisyysratkaisun ja seuraamusharkinnan välillä. Etukäteen määritellyissä rajoissa laki sallii tuomarille harkinnan vapauden muun muassa rangaistuslajin valinnassa sekä syyllisyysratkaisuun liitännäisten seuraamusten määräämisessä. Tällaisissa tilanteissa tuomarin harkinta on perusteltavissa, koska laki jättää sijan harkinnalle. Mainitkaamme esimerkkinä ajokielto.

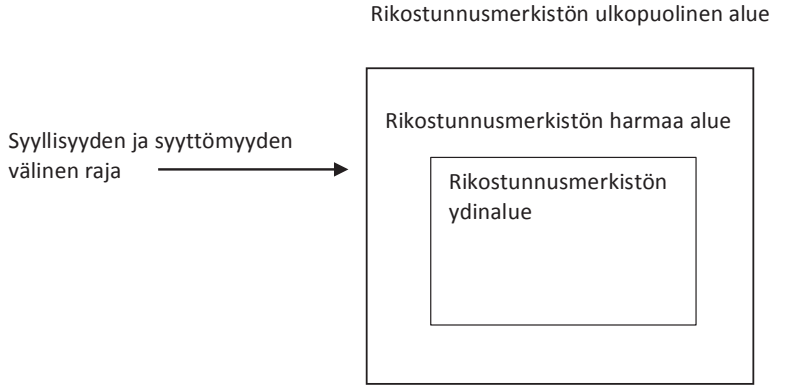
Lain mukaan eri henkilöille voidaan määrätä täsmälleen samasta liikennerikoksesta erilaiset ajokieltoseuraamukset. Tämä perustuu siihen, että ajokorttilaki jättää sijan tuomarin tilannesensitiivisyydelle. Harkinnanvara käy ilmi ajokiellon määräämisperusteista. Ajokorttilain 67 §:n mukaan tuomari voi määrätä ajokiellon ehdollisena, jos ajo-oikeus on ajokieltoon määrättävälle ammatin takia välttämätön tai jos siihen on muu erityisen painava syy.

> Lain sallimakaan harkintavara ei saa muodostua mielivaltaiseksi. Seuraamusharkinnassakin on noudatettava muodollisen yhdenvertaisuuden periaatetta. Seuraamusharkinnassa tuomarilla on kuitenkin enemmän liikkumavaraa sen suhteen, minkälaiset tekijät muodostavat yksilöiden välillä ns. samankaltaisuusryhmän. Esimerkiksi ehdollista ajokieltoa harkittaessa tuomari voi lukea relevanteiksi tekijöiksi sen, että henkilö on alaikäisten lasten yksinhuoltaja, asuu syrjäseudulla ja käy töissä toisella paikkakunnalla. Sen sijaan henkilö, joka asuu ja työskentelee kaupungin keskustassa, voidaan vastaavan teon perusteella tuomita ehdottomaan ajokieltoon. Vaikka tuomarin harkinta mahdollistaa samaan tekoon syyllistyneiden henkilöiden erilaisen kohtelun, ehdoton sääntö on, että samanlaisia tapauksia on kohdeltava samalla tavalla. Toisin sanoen jos samaan aikaan on ratkaistavana useampi ajokielto, jotka ovat olosuhteiltaan identtisiä, kutakin henkilöä on kohdeltava samalla tavalla.

Sen sijaan syyllisyyskysymyksissä tuomareilla ei ole vastaavaa harkinnanvaraa. Joko vastaaja on moitteensa ansainnut tai sitten häntä ei voida rikoslain perusteella moittia. Toisin sanoen vastaaja ei voi olla vain vähän syyllinen tai vähän

syytön, eikä syyllisyysratkaisuissa ole merkitystä vastaajan työssäkäynnillä, asuinpaikalla tai lasten lukumäärällä. Jokaista vastaaja kohdellaan yhtä armottomasti, ja ratkaisu on aina joko syytön tai syyllinen.

Vaikka syyllisyyskysymyksissä ei ole liukumaa tahi lain sallimaa harkinnan varaa, on syytä pitää mielessä, että teko voi silti olla enemmän tai vähemmän selvästi rikostunnusmerkistön mukainen. Asiaa voidaan havainnollistaa johdannosta lainatulla mallilla:



Kuvio 8. Rikostunnusmerkistön ydinalue, harmaa alue ja ulkopuolinen alue.

Kiperissä tapauksissa tuomari operoi harmaalla alueella, mutta viime kädessä myös harmaalla alueella on rajansa. Tällaista rajaa ei voida todentaa empiirisesti mutta sitä ei voida pitää vain teoreettisena fiktiona. Oletus rikostunnusmerkistön absoluuttisesta rajasta on oikeusvaltion olemassaolon reunaehto. Rajan sisäpuolella henkilö on syyllinen ja rajan ulkopuolella syytön.

Vaikka keskustelu yhdestä oikeasta ratkaisusta on argumentaatioteorioiden paineessa taantunut, keskeistä on havaita, ettei oletus yhdestä oikeasta syyllisyysratkaisusta lomitu vain keskusteluun oikeusvarmuudesta. Toteamallani tavalla kysymys on olennaisesti myös rikoslain soveltamisen ennakoitavuudesta. Vain olettamalla, että syyllisyyskysymyksiin on yksi oikea ratkaisu, on perusteltua puhua ennakoitavasta rikoslaista.

Mitä ennakoitavuudella tarkoitetaan? Vaikka rikoslain ennakoitavuus on oikeusvaltion kulmakivi,[18] on selvä, että monien tunnusmerkistöjen kohdalla on

[18] Esim. KKO 2014:7, kohdat 17–18; Melander 2011 s. 179–180; Shapiro 2011 s. 395–398. Rikoslain ennakoitavuuden tärkeyttä on painotettu säännönmukaisesti myös perustuslakivaliokunnan

vaikea ennakoida, mitä rikoslaki täsmällisesti ottaen kieltää ja sallii. Nostakaamme tässäkin yhteydessä esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2012:58 eli ns. Halla-aho-tapaus ja etenkin Halla-ahon saama tuomio kiihottamisesta kansanryhmää vastaan.[19]

Kyseisen tapauksen perusteella voidaan oivallisesti havainnollistaa rikoslain ennakoitavuuteen sisältyvää problematiikkaa. Huomautettakoon kuitenkin, että tapauksen tarkoitus on toimia vain teoreettisten kannanottojeni konkretisoijana. Sen sijaan lainsoveltamisteoreettisesti arvioiden tapaus ei ole mitenkään poikkeuksellinen, vaan myös monet muut perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyysratkaisut olisivat sopineet mallitapaukseksi.

Lähtökohtaisesti ennakoinnin vaikeutta kuvastaa se, että Halla-aho-tapauksessa käräjäoikeus ja hovioikeus katsoivat Halla-ahon ilmaukset oikeusjärjestyksen sallimiksi, ja vasta korkein oikeus totesi lausumien olevan oikeusjärjestyksen vastaisia.[20] Tällaisessa tilanteessa on luontevaa ajatella, että syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen on ollut oikeudellisesti vaikeaselkoinen kysymys. Muussa tapauksessa vihjaamme, että käräjäoikeudessa ja hovioikeudessa työskentelee juridisesti taitamattomia ihmisiä. Toisaalta jos vasta korkeimman oikeuden tuomarit tietävät oikean ratkaisun, on kysyttävä, onko tuomion lopputulos kohtuudella kansalaisen, tässä tapauksessa siis Halla-ahon ennakoitavissa. Tähän kysymykseen ei ole helppoa vastausta, mutta yrittäkäämme parhaamme.

Ensinnäkin on kiistatonta, että tarjoamalla valtionsyyttäjälle täyn Halla-aho on voinut mieltää syyllistyvänsä rikoslain kieltämän tekoon ainakin jollakin todennäköisyydellä. Tietyllä tavalla tämä on käsitteellinen välttämättömyys, koska Halla-ahon on täytynyt mieltää, että hän joko syyllistyy tai ei syyllisty rikokseen. Näin ollen tuomio ei ole tullut Halla-aholle täytenä yllätyksenä.

Toisaalta nyt on tehtävä ero ennustamisen ja ennakoitavuuden välillä. Olen pätevä ennustaja, jos viikoittain ennustan lottonumerot oikein viidenkymmenen prosentin todennäköisyydellä, mutta oikeusjärjestyksessä on valuvika, jos ennakoin korkeimman oikeuden syyllisyysratkaisut väärin puolissa tapauksissa. Vastaavasti kyky ennustaa teon rikosoikeudellinen luonne jollakin todennäköisyydellä ei tarkoita sitä, että tuomion lopputulos olisi ollut tekijän ennakoitavissa.

---

lausuntokäytännössä. Ks. PeVL 56/2014 vp s. 2; PeVL 6/2014 vp s. 2; PeVL 16/2013 vp s 2; PeVL 26/2004 vp s. 3; PeVL 40/2002 vp s. 7; PeVL 48/2002 vp s 2; PeVL 10/2000 vp s. 2.

[19] Koska olen käsittelyt tapausta jo edellä, en koe tässä yhteydessä tarpeelliseksi referoida tapauksen tosiseikkoja. Niiden, jotka haluavat saada perusteellisen kuvan tapauksesta, on syytä tutustua korkeimman oikeuden ratkaisuun tai lukea tämän tutkimuksen luku 4.5.

[20] Vastaavanlaiset tilanteet eivät ole harvinaisia. Esimerkiksi ratkaisuissa KKO 2013:70 tilanne oli käänteinen. Tapauksessa käräjäoikeus ja hovioikeus katsoivat vastaajien syyllistyneen kunnianloukkaukseen, kun taas korkein oikeus totesi vastaajien olevan syyttömiä. Mahdotonta ei ole tietenkään sekään, että syyllisyydestä vallitsee erimielisyys myös korkeimman oikeuden jäsenten kesken. Ks. esim. KKO 2013:100, jossa syyllisyys ratkesi vasta äänestyksessä.

On siis kysyttävä, minkä asteista todennäköisyyttä rikoslain ennakoitavuudelta tulee edellyttää. Tätä kysymystä voidaan lähestyä subjektiivisesti ja objektiivisesti.[21]

Ensinnäkin vallitsevan rikosoikeusdoktriinin mukaan syyksiluettavuus ei edellytä, että tekijän tulee mieltää tekonsa oikeudenvastaiseksi.[22] Toisin sanoen vaikka henkilö etukäteen mieltää tekonsa rikosoikeudellisen luonteen virheellisesti, hän ei ole vastuusta vapaa. Näin ollen teon subjektiiviselle ennakoitavuudelle voidaan antaa painoarvoa varsin vähän. Halla-ahon tapauksessa voidaan lakonisesti todeta, että sitä saa mitä tilaa. Lainkuuliainen henkilö harvemmin haluaa testata lain harmaata aluetta ja jos haluaa, täytyy hyväksyä se, että tuomion lopputulos ei ole välttämättä mieluinen.

Sen sijaan kysymys teon objektiivisesta ennakoitavuudesta on hankala.[23] Lähtökohta on, ettei kansalaisten normatiivisilta arvioilta voida edellyttää täyttä yhtäpitävyyttä lainsäätäjän tahdon kanssa, mutta jonkinasteista yhteisymmärrystä on edellytettävä. Muutoin emme kiperissä tapauksissa voisi lainkaan puhua ennakoitavasta rikoslaista. Täten meidän on kysyttävä, minkä asteista yhteisymmärrystä kansalaisilta voidaan lainsäätäjän tahdon kanssa edellyttää. Kysymys on haastava, koska myös tuomareilla on vaihteleva ymmärrys lainsäätäjän tahdosta. Tarkastelkaamme, mitä korkein oikeus on asiasta todennut.

Ratkaisukäytännössään korkein oikeus on lähtenyt siitä, että tuomion tulee olla kohtuudella ennalta arvattavissa ja sopusoinnussa tunnusmerkistöstä ilmenevän, rangaistusuhalla tavoitellun suojan tarkoituksen kanssa.[24] Näin ollen korkein oikeus on linjannut, että kiperissä tapauksissa lainsäätäjän tahdon tulee olla

---

[21] Nuutila 1996 s. 223–229. Myös Dan Frände on tehnyt eron subjektiivisen ja objektiivisen ennakoitavuuden välillä. Todettakoon lyhyesti, että Fränden mukaan objektiivinen ennakoitavuus ei viittaa ”tavallisen kansalaisen” vaan oikeustieteellisen asiantuntijan kykyyn ennakoida se, miten jotakin rikostunnusmerkistöä tullaan soveltamaan. Ks. Frände 1989 s. 165–169. Tuonnempana todennettavalla tavalla ennakoitavuuden samaistaminen asiantuntijan kykyyn tunnistaa se, miten rikostunnusmerkistöt ovat täsmällisesti ottaen voimassa, ei ratkaise ennakoitavuuteen sisältyvää problematiikkaa.

[22] Frände 2012 s. 108, alaviite 258. Kyseisessä alaviitteessä Frände painottaa, että tietämättömyys oikeudenvastaisuudesta voi vapauttaa vastuusta vain äärimmäisen harvoin. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2013 s. 235 sekä Tapani – Tolvanen 2008 s. 337–338.

[23] Ennakoitavuuden hankaluutta kuvataan välillisesti myös hallituksen esityksessä laiksi rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi – eli hallituksen esityksessä HE 44/2002 vp. Kyseisen esityksen sivulla 34 todetaan, että ”lainsäätäjän käyttämät käsitteet vaativat aina tulkintaa. Syy tähän on, että lainsäätäjä käyttää tyyppikäsitteitä. Soveltajan tehtävänä on ratkaista, vastaako konkreettinen teko laissa mainittua tekotyyppiä. Ei voida edellyttää, että lainsäätäjä sitovasti ratkaisisi myös yksittäistapaukset. Tuomari ei siten milloinkaan voi olla pelkkä lainsäätäjän tahdon mekaaninen toteuttaja. Lain soveltaminen eli konkreettisen tapauksen ja abstraktin oikeusnormin vastaavuuden toteaminen edellyttää aina tulkintaa.” Ks. HE 44/2002 vp s. 34.

[24] Esim. KKO 2014:7, kohta 18; KKO 2013:55, kohta 14; KKO 2007:81, kohta 5; KKO 2007:67, kohta 7; KKO 2005:27, kohta 21; KKO 2004:46, kohta 9; KKO 2002:11.

kohtuullisissa määrin kansalaisten tiedossa ja ymmärrettävissä. Mitä kohtuullinen ennakoitavuus – tai korkeimman oikeuden kielenkäytössä esiintyvä kohtuullinen arvattavuus – tarkoittaa?[25]

Ensinnäkin on selvä, ettei kohtuullinen ennakoitavuus ole sama asia kuin ennakoitavuus. Esimerkiksi luonnontieteellisesti arvioiden ennakoitavuus viittaa siihen, että pudotettu kivi lähtee aina maata kohti. Vaikka periaatteessa kivi voisi joskus lähteä myös ylöspäin, kiven liikkumissuunta on enemmän kuin kohtuudella ennakoitavissa. Näin ajateltuna ennakoitavuus tarkoittaa lähes varmuutta, kun taas kohtuullinen ennakoitavuus viittaa epävarmuuteen. Seuraavaksi on vastattava siihen, minkä asteinen epävarmuus on oikeusvaltiossa siedettävissä.

Annettuna voimme ottaa sen, ettei rikosoikeudellinen ennakoitavuus ole vakio. Tiettyjen tekojen rikosoikeudellinen lopputulema on logiikkaa, joidenkin tekojen lopputulema on sumeaa logiikkaa ja joidenkin ratkaisujen ennakoitavuus on vailla logiikkaa. Rattijuopumustuomiot ovat ennakoitavissa, monet kiperät oikeustapaukset ovat kohtuullisen ennakoitavia ja joidenkin tekojen rikosoikeudellinen luonne on varsin epäselvä. Kiistatonta lienee, että monissa oikeustapauksissa langettavan tuomion lopputulos on ollut sen verran ennakoimaton, että puhe kohtuullisesta ennakoitavuudesta on enemmän oikeusvaltiollista retoriikkaa kuin vakavasti otettava ohjenuora. Pyrkikäämme kuitenkin täsmentämään, mitä rikoslain ennakoitavuus pohjimmiltaan tarkoittaa.

Aluksi on tehtävä ero kahdenlaisen ennakoitavuuden välillä. On eri asia puhua rikoslain soveltamisen ennakoitavuudesta siinä vaiheessa, kun asia on tuomioistuimessa (ns. ennakoitavuuden jälkikäteinen arvio) kuin teon rikosoikeudellisen luonteen ennakoitavuudesta tekijän näkökulmasta ennen tekoa (ns. ennakoitavuuden etukäteinen arvio). Tätä eroa voidaan täsmentää seuraavasti.

Arvioitaessa syyllisyyskysymyksen lopputuloksen ennakoitavuutta tuomioistuinvaiheessa kiperimmänkin oikeustapauksen lopputuloksen ennakoitavuus on 50 prosenttia, ajattelipa vastaaja kuinka positiivisesti tahansa. Tietyllä tavalla tämä on matemaattinen välttämättömyys, koska mahdollisia ratkaisuvaihtoehtoja on vain kaksi: joko vastaaja tuomitaan tai ei tuomita. Näin ollen tuomioistuimen lopputulos ei voi olla tuomitulle ”ei kohtuudella ennalta arvattavissa”. Pikemminkin siinä vaiheessa, kun vastaaja on syytetyn penkillä, langettavan tuo-

---

[25] Jäljempänä en kirjoita ennalta arvattavuudesta, vaan kohtuudella ennakoitavuudesta. Korkeimman oikeuden – ainakin vuoteen 2014 saakka – käyttämä termi ”kohtuudella ennalta arvattavissa” on semanttisesti epäkelpo. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2013 s. 119–120. On epätyydyttävää, että ratkaistaessa syyllisyyskysymyksiä argumentoidaan arvaamisella. Rikosoikeudessa korostuneet oikeusvarmuus ja ennakoitavuus edellyttävät, ettei tuomion lopputulosta tarvitse arvuutella, vaan sen tulee olla ennakoitavissa. Tätä kirjoittaessani on tosin epäselvää, onko korkein oikeus siirtynyt argumentoimaan arvaamisen sijasta ennakoitavuudella. Rikosoikeuden ennakoitavuutta koskevassa viimeisimmässä ratkaisussa (KKO 2014:7, kohta 18) korkein oikeus kirjoittaa ensimmäistä kertaa nimenomaan rikoslain ennakoitavuudesta.

mion lopputulos on jo kohtuudella ennakoitavissa – etenkin, kun tapaus on edennyt jo esitutkinnasta syyteharkintaan ja syyteharkinnasta tuomioistuimeen. Ongelma on kuitenkin toisaalla.

Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen sisältämä ennakoitavuus ei koske vain tuomioistuimen päätöstä, vaikka korkeimman oikeuden retoriikassa todetaan, että ”lopputuloksen tulee olla kohtuudella ennalta arvattavissa”. Oikeusvaltiossa rikosoikeudellisen moitittavuuden tulee olla tekijänsä kohtuudella ennakoitavissa jo tekohetkellä. Tämä on kuitenkin lähtökohtaisesti ristiriidassa sen kanssa, että tekijän subjektiiviselle mieltämiselle ei voida asettaa juuri lainkaan merkitystä. Näin ollen teon moitittavuutta on arvioitava toisenlaisin, jossakin määrin objektiivisempien kriteerien perusteella. Tämä koskee myös tekijää. Myös tekijän olisi – teoriassa – kyettävä ennakoimaan tekonsa rikosoikeudellinen luonne henkilökohtaista arviotaan objektiivisemmin, koska tekijän subjektiiviselle arviolle ei anneta painoarvoa.

Objektiivisten arviointikriteerien identifioiminen on kuitenkin haastava, ellei mahdoton tehtävä. Tämä perustuu siihen, ettei oikeusjärjestys välttämättä edes sisällä sellaista viimekätistä objektiivista mittapuuta tai hartilaisittain sanottuna tunnistamissääntöä, joka kertoisi sen, mitä rikoslaki täsmällisesti ottaen kieltää ja sallii. Edellä osoittamallani tavalla on myös mahdollista, että syyllisyysratkaisua täsmentävät ratkaisuperusteet saavat normatiivisen olemassaolonsa vasta sitä myötä, kun syyllisyyskysymys on tuomioistuimessa lainvoimaisesti ratkaistu.[26]

Sitä paitsi jos oletamme, että oikeusjärjestys sisältää objektiivisen mittapuun, sen tunnistaminen on joka tapauksessa liian hankala tehtävä. Esimerkiksi Hallaaho-tapauksessa tuomarit – eli rikoslain asiantuntijat – päätyivät eri oikeusasteissa erilaisiin objektiivisiin arvioihin lausumien oikeudenvastaisuudesta. Tällöin voidaan perustellusti kysyä, että ellei käräjä- ja hovioikeuden tuomareilla ole riittävää taitoa mitata oikeusnormin ja lainsäätäjän tahdon välistä suhdetta, miten tällainen vaade voidaan ulottaa kansalaisille.

Asiaa ei juuri edistä se – jo lähtökohtaisesti kritiikille altis väittämä – jonka mukaan riittää, jos juridisen koulutuksen saanut henkilö osaa sanoa, mitä rikoslain tunnusmerkistöt kieltävät ja sallivat.[27] Kokemukseni mukaan harvalla juris-

---

[26] Ks. etenkin luku 5.5.

[27] Tällaisesta vaatimuksesta puhutaan oikeuskirjallisuudessa. Ks. esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 136; Frände 2012 s. 37. Ks. myös HE 2002/44 vp s. 29. Institutionaalinen tuki tälle vaatimukselle tulee myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä. Ihmisoikeustuomioistuimen mukaan laki voi täyttää ennakoitavuusvaatimuksen, vaikka ennakoitavuus saattaisi edellyttää turvautumista lainopilliseen apuun. Ks. esim. Camilleri v. Malta (22.1.2013, kohta 38), jossa tosin ei ollut kysymys rikostunnusmerkistön vaan rangaistuksen ennakoitavuudesta. Sen sijaan tapauksessa Rohlena v. Tšekki (27.1.2015, ks. erityisesti kohta 63) oli kysymys rikoslain taannehtivuuskiellon rikkomisesta jatketun rikoksen syyksiluettavuutta koskevalla tuomioistuintulkinnalla. Tässäkin tapauksessa ihmisoikeustuomioistuin totesi, että ainakin oikeudelliseen apuun turvautumalla

tillakaan (mukaan lukien itseni) on täsmällistä tai varmaa tietoa siitä, mitä kukin tunnusmerkistö sallii ja kieltää. Tilannetta ei edesauta se, että tunnusmerkistöjen voimassaolo ei ole vakio vaan altis muutoksille, aivan kuten olen edellä osoittanut.

Asiantuntijoiden tiedollista vajetta indikoi osuvasti se, että korkein oikeus joutuu usein oikomaan alempien oikeuksien syyllisyysratkaisuja. Jos oletamme, että nimenomaan korkeimman oikeuden tuomareilla on tarvittava asiantuntemus, johtopäätös on, ettei kielletyn ja sallitun välistä rajaa kannata kysyä ainakaan käräjäoikeuden ja hovioikeuden tuomareilta. Kuten korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö osoittaa, alempien oikeuksien tuomarit ovat usein väärässä.

Näin ollen on enemmän kuin tarpeen kysyä, mikä olisi se juristien ammattiryhmä, jolta tulisi kysyä rikoslainoppineiden ja ihmisoikeustuomioistuimen tarkoittamaa asiantuntevaa neuvoa. Lakonisesti voidaan todeta, että oikeusjärjestys on muotoutunut liian hankalaksi, jos kielletyn ja sallitun välisen rajan erottaminen vaatii korkeimman oikeuden tuomarin tai rikosoikeuden professorin pätevyyttä.

Ennakoitavuuden näkökulmasta on myös kestämätöntä, että lainsäätäjän tahto eli syyllisyyskysymyksen objektiiviset ratkaisuperusteet määritellään viime kädessä vasta korkeimmassa oikeudessa. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, ettei tuomitulla ole voinut olla aitoa mahdollisuutta ennakoida tekonsa rikosoikeudellista luonnetta. Sen sijaan tuomitun olisi pitänyt kyetä ennustamaan se, minkälaiseksi korkeimman oikeuden tuleva ratkaisukäytäntö muodostuu – eli se, miten korkein oikeus tulee objektiiviset ratkaisukriteerit kulloinkin konstruoimaan. Näin ajateltuna korkeimman oikeuden lanseeraama ”kohtuudella arvattavissa” ei tarkoita rikoslain etukäteistä ennakoitavuutta vaan korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön ennustamista. Tämä ei kuitenkaan voi olla se tavoite, jonka korkein oikeus on halunnut kansalaisille asettaa tai se laillisuusperiaatteeseen sisältyvä rikoslain soveltamisen ennakoitavuusvaade, joka on mainittu hallituksen esityksessä eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.[28]

Käytännöllinen vastaus syyllisyysratkaisujen ennakoitavuutta koskevaan problematiikkaan on todeta, ettei syyllisyyskysymykseen ole vain yhtä oikeaa ratkaisua, joten viime kädessä korkeimman oikeuden on normeerattava kielletyn

---

valittaja olisi kyennyt ennakoimaan rikosoikeudellisen vastuun aktualisoitumisen. Ks. myös ratkaisut Martirosyan v. Armenia (5.2.2013, kohta 62); Kasymakhunov ja Saybatalov v. Venäjä (14.3.2013, kohta 78); Del Río Prada v. Espanja (21.10.2013, kohta 79); Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012, kohta 44); Moiseyev v. Venäjä (9.10.2008, kohta 241), joissa kaikissa rikosoikeudellinen ennakoitavuus on – tavalla tai toisella – samaistettu lainoppineen kykyyn arvioida se, mikä rikoslain mukaan on kiellettyä ja mikä ei.

[28] HE 44/2002 vp s. 34.

ja sallitun välinen raja. Tämänkaltainen ajattelu välittyy muun muassa rikosoikeudellista kirjallisuutta lukemalla.[29] Edellä todetulla tavalla tämä vastaus sisältää kuitenkin periaatteellista problematiikkaa. Ensinnäkin teoreettisesti on vaikea lähteä siitä, että tuomarit voisivat oikeusvaltiossa päätyä useampaan kuin yhteen oikeaan ratkaisuun ilman, että noiden ratkaisujen normatiivisessa totuusarvossa olisi episteemisesti eroa. Toiseksi rikosoikeudellisessa kontekstissa tuomareille jätetty päätösvalta istuu huonosti montesquieulaiseen vallan kolmijako-oppiin. Olemme taipuvaisia ajattelemaan, että demokraattisesti valitun lainsäätäjän tehtävä on normeerata kielletyn ja sallitun välinen raja, eikä tätä tehtävää tule jättää ei-demokraattisesti valittujen tuomareiden tehtäväksi.

Vaikka mainitut kysymykset ovat hankalia, tuntuu luontevalta ajatella, ettei sallitun ja kielletyn rajan testaaminen voi koitua harmaalla alueella operoivan eduksi. Tällainen ajattelu lienee vallitseva, koska myös in dubio mitius -sääntö on osoittautunut kuolleeksi kirjaimeksi.[30] Vastaaja, joka on rikoslain rajoja testannut, saa olla optimisti, mutta tällaisessa tilanteessa langettava tuomio ei tule puun takaa. Esimerkiksi Halla-ahon tapauksessa langettava tuomio on ollut tekijälle kohtuudella ennakoitavissa, mutta on myönnettävä, että ainakin perus- ja ihmisoikeuskontekstissa etäännytään formalistisen rikoslain soveltamisen ihanteesta.

Ennakoitavuuskriteerin merkitys syyllisyyskysymystä ratkaistaessa. Toisin kuin korkeimman oikeuden perusteluissa, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen perusteluiden suomenkielisissä versioissa ei puhuta ennalta arvattavuudesta vaan kohtuudella ennakoitavuudesta.[31] Vaikka terminologia ei poista ennakoitavuuskriteerin sisältämään problematiikkaa, ihmisoikeustuomioistuinkontekstissa käytettyä termivalintaa voidaan eittämättä pitää parempana kuin korkeimman oikeuden puhetta tuomioiden lopputuloksen arvaamisesta. Toteamallani tavalla korkeimman oikeuden käyttämä ilmaus ”ennalta arvattavuudesta” on jo käsitteenä oikeusturvaodotusta halventava.[32]

---

[29] Ks. esim. Matikkala 2014 / Keskeiset rikokset. Teoksen sivulla 266 Matikkala toteaa, että se ”milloin vaara yksittäistapauksessa yltää vakavaan, jää tuomioistuimen ratkaistavaksi in casu”. Vastaavantyyppiset kommentit tuomareiden tehtävästä normeerata sallitun ja kielletyn välinen raja ovat rikoslainopillisessa kirjallisuudessa tyypillisiä. Ks. myös HE 44/2002 vp s. 34.

[30] Esim. Tolvanen 2012 s. 245. In dubio mitius -säännön merkitystä (tai pikemminkin merkityksettömyyttä) tarkastelen seikkaperäisesti luvussa 8.2.

[31] Ihmisoikeustuomioistuimen virallisilla kielillä termit ovat ”reasonably foreseen” ja ”raisonnablement prévisible”. Vaikka nämä molemmat termit taipuvat suomenkielessä myös muotoon ”ennalta arvattava”, suomenkielisissä käännöksissä käytetty termi ”kohtuudella ennakoitavissa” on oivallinen valinta. Huomautettakoon, ettei englannin tai ranskan kielessä ole mahdollista tehdä semanttista eroa ennalta arvattavuuden ja ennakoitavuuden välillä.

[32] Ks. alaviite 25, jossa huomautetaan, että korkeimman oikeuden tyyli puhua ennalta arvattavuudesta saattaa olla muutoksessa. Edellä toteamallani tavalla ratkaisussa KKO 2014:7 korkein oikeus puhuu ensimmäistä kertaa ennakoitavuudesta arvaamisen sijasta.

Ihmisoikeustuomioistuimen ennakoitavuusargumentit voidaan tiivistää seuraavasti: rikosasiassa lopputuloksen on oltava tekijän kohtuudella ennakoitavissa rikoksen tekemisen aikaan.[33] Rikoslain voimassaolossa on liikkumavaraa, mutta tämän liikkumavaran tulee olla tuomitun ennakoitavissa, jos ei suoraan lakitekstin, niin ainakin aikaisemman oikeuskäytännön perusteella.[34] Rikoslain täsmällisen sisällön selvittäminen voi ja saa edellyttää turvautumista lainoppineeseen apuun, mutta yhtä kaikki rikoslailta on edellytettävä riittävää etukäteisennakoitavuutta.[35]

Näin ollen voidaan päätellä, että ihmisoikeustuomioistuin ymmärtää ennakoitavuuskriteerin tietyntyyppisenä rikoslain soveltamisen ihmisoikeudellisena kontrollivälineenä. Ennakoitavuuskriteeriin tukeutumalla ihmisoikeustuomioistuin pyrkii ikään kuin pitämään huolen siitä, ettei kansallisten tuomioistuinten rikoslainkäyttö muodostu mielivaltaiseksi.[36] On kuitenkin huomattava, ettei ennakoitavuuskriteeriä tule ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella ymmärtää vain rikoslain soveltamisen jälkikäteiseksi kontrollivälineeksi. Ihmisoikeustuomioistuimen ennakoitavuusargumentaatio on myös kansallisille tuomareille suunnattu muistutus, joka kehottaa suhtautumaan rikoslain teleologiseen soveltamiseen riittävän varauksellisesti. Periaate on, että jokaisen henkilön tulisi – tai ainakin olisi tullut – kyetä lain sanamuodon, aikaisemman oikeuskäytännön ja tarvittaessa asiantuntevaan apuun turvautuen etukäteen ennakoimaan, mitkä teot ja laiminlyönnit aktualisoivat rangaistusvastuun.[37]

Kotimaisessa rikosoikeustieteessä ennakoitavuudesta on viime vuosina keskusteltu yksinomaan teleologisen laintulkinnan yhteydessä. Jussi Tapani ja Matti Tolvanen ovat lähteneet siitä, että ennakoitavuuskriteeri voi toimia tuomarin ”intersubjektiivisena tulkintaratkaisun kontrollivälineenä”.[38] Tällöin ennakoita-

---

[33] Ks. esim. Rohlena v. Tsekki (27.1.2015, kohta 56); Martirosyan v. Armenia (5.2.2013, kohta 61); Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012, erityisesti kohdat 44 ja 47).

[34] Ks. ratkaisu Del Río Prada v. Espanja (21.10.2013, kohta 93), jossa rikoslain progressiiviseen soveltamiseen suhtaudutaan sinänsä suopeasti, kunhan syyksilukeva tuomio on ollut tekijän kohtuudella ennakoitavissa – mitä ikinä tällainen lausuma käytännössä tarkoittaakin. Itse asiassa rikosoikeudellista laillisuusperiaatteetta (artikla 7) koskevia ratkaisuja lukiessa huomio kiinnittyy siihen, ettei ihmisoikeustuomioistuin käytännöllisesti katsoen koskaan totea kansallisten tuomioistuinten soveltavan voimassa olevaa rikoslakia mielivaltaisesti. Pikemminkin ratkaisuissa painottuu tuomarien oikeutta luova rooli. Tätä voidaan pitää paradoksaalisena, koska yhtäältä ihmisoikeustuomioistuin korostaa rikoslain ennakoitavaa soveltamista ja toisaalta sallii rikoslain soveltamisen progressiivisesti, tapaus tapaukselta rikosoikeudellista oikeustilaa modifioiden. Ks. esim. Del Río Prada v. Espanja (21.10.2013, kohdat 91–93); Huhtamäki V. Suomi (6.3.2012, kohdat 50–52).

[35] Tästä tematiikasta ks. alaviitteessä 27 mainitut ihmisoikeustuomioistuimen tapaukset. Ks. myös Ashworth – Horder 2013 s. 59.

[36] Ymmärtääkseni Dan Frände on hahmottanut tämän asian samankaltaisesti. Ks. Frände 2012 s. 54–55.

[37] Ks. esim. Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012, erityisesti kohta 44).

[38] Tapani – Tolvanen 2013 s. 119.

vuus on ymmärretty tietyntyyppiseksi tuomarin harkinnan kontrollivälineeksi, joka estää mielivaltaisen lainsoveltamisen.[39] Tässä mielessä Tapanin ja Tolvasen näkökanta lähestyy ihmisoikeustuomioistuimen ymmärrystä ennakoitavuuskriteerin sisällöstä. Kaarlo Hakamiehen mukaan rikostunnusmerkistöjä voidaan soveltaa teleologisesti myös vastaajan vahingoksi, kunhan lopputulos on kohtuudella ennakoitavissa.[40] Näin ollen Hakamieskin ymmärtänee ennakoitavuuskriteerin tuomarin harkinnan kontrollivälineeksi. Sen sijaan Dan Frände mukaan koko kysymys etukäteisennakoitavuudesta on sinänsä turha, koska jokaisen tulee tuntea rikosoikeus, ja jos joku erehtyy rikoslain sisällöstä, tätä voidaan arvioida erehdyksenä eikä lain ennakoimattomuutena.[41] Näin ollen myös Frände antaa ennakoitavuudelle korkeintaan tuomarin harkintaa rajoittavaa painoarvoa.

Sanotun perusteella voidaan päätellä, että siinä missä ihmisoikeustuomioistuimen ennakoitavuuskriteeri tulee ensisijaisesti ymmärtää kansallisten tuomareiden mielivallan kontrollivälineenä, myös rikosoikeusoppineet ovat lähteneet siitä, että rikoslain ennakoitavuus tulee ymmärtää tuomarin (teleologista) harkintaa rajoittavana oikeudellisena kriteerinä. Pääasiallinen ero ihmisoikeustuomioistuimen ja kotimaisten rikosoikeusoppineiden välillä on se, että siinä missä ihmisoikeustuomioistuin argumentoi myös tekijän mahdollisuudella etukäteen ennakoida tekonsa rikosoikeudellinen luonne, rikosoikeusoppineet eivät ole taipuvaisia antamaan tekijän subjektiiviselle etukäteisarviolle painoarvoa.[42] Jussi Tapanin ja Matti Tolvasen sanoin rikoslain ennakoitavuuden liittäminen potentiaalisen rikoksentekijän etukäteisarvioon on keinotekoista.[43] Dan Frände sanoin potentiaalisen rikoksentekijän etukäteisennakoitavuudesta puhuminen on täysin turhaa.[44]

Sen sijaan yhteistä ihmisoikeustuomioistuimen argumentaatiolle ja rikoslainoppineille on se, että rikoslain soveltamisen ennakoitavuutta on tarkasteltu erityisesti ns. sanarajasäännön yhteydessä. Tämän vuoksi ennakoitavuuskriteeri on nähty liitännäiskysymyksenä siihen, missä määrin laillisuusperiaate estää rikoslain dynaamisen soveltamisen.[45] Siinä missä ihmisoikeustuomioistuin on tyypil-

---

[39] Aivan täsmällisesti en ymmärrä, mitä Tapanin ja Tolvasen käyttämä termi ”intersubjektiivinen” tässä yhteydessä tarkoittaa. Olen kuitenkin antanut itseni olettaa, että termillä viitataan tuomarin ja muiden ihmisten väliseen vastavuoroisuuteen eli siihen, miten tuomari olettaa muiden ihmisten ymmärtävän sen, onko jokin teko rikoslain mukaan kielletty vai sallittu.

[40] Hakamies 2012 s. 33.

[41] Frände 2012 s. 55–56.

[42] Tapani – Tolvanen 2013 s. 119; Frände 2012 s. 55.

[43] Tapani – Tolvanen 2013 s. 119.

[44] Frände 2012 s. 55.

[45] Ks. myös Koponen 2004 s. 36–39, jossa keskustellaan nimenomaan siitä jännitteestä, joka vallitsee ennakoitavuusvaatimuksen ja talousrikostunnusmerkistöjen dynaamisen soveltamisen välillä. Myöskään Koponen ei anna ennakoitavuusvaatimukselle mainittavaa painoarvoa, vaan toteaa, että tarvittaessa rikoslakia voidaan soveltaa joustavasti.

lisesti argumentoinut ennakoitavuudella tilanteissa, joissa kysymys on ollut laillisuusperiaatteeseen sisältyvän sanarajasäännön ja rikoslain tulkinnan välisestä problematiikasta,[46] vastaavasti rikosoikeusoppineiden puheenvuoroissa on keskitytty sanarajasäännön, teleologisen laintulkinnan ja ennakoitavuuden välisiin jännitteisiin.

Näin ollen voidaan kysyä, ovatko ihmisoikeustuomioistuimen argumentit tai rikosoikeustieteessä esitetyt puheenvuorot tuoneet mitään uutta siihen keskusteluun, jossa on pohdittu sitä, kuinka paljon laillisuusperiaate joustaa teleologisen lainsoveltamisen edessä.[47] Vastaukseni on kieltävä. Sen enempää ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuperustelut kuin rikoslainopilliset puheenvuorotkaan eivät ole tuoneet mitään käänteentekevää niihin näkökulmiin, jotka ovat olleet esillä keskusteltaessa rikoslain soveltamisen defensiivisistä ja offensiivisista ulottuvuuksista.[48]

Näin ollen keskustelu rikoslain ennakoitavuudesta on tyrehtynyt siihen, että ennakoitavuuden relevanssi on ymmärretty pragmaattisretoriseksi justifikatoriseksi kriteeriksi sellaisissa tilanteissa, joissa kiperän syyksilukevan tuomion väitetään olevan voimassa olevan oikeuden mukainen. Tämän vuoksi on vaikea välttyä ajatukselta, että ennakoitavuudella argumentointi on pohjimmiltaan silmänkääntötemppu: sen avulla pyritään häivyttämään se problematiikka, joka kiperien syyksilukevien tuomioiden legitimiteettiin sisältyy.

Eittämättä monien rikostunnusmerkistöjen – kuten paljon keskusteltujen talousrikostunnusmerkistöjen – kohdalla kysymys syyllisyysratkaisujen ennakoitavuudesta lomittuu olennaisesti siihen kysymykseen, kuinka dynaamisesti rikostunnusmerkistöä voidaan eletyn elämän kontekstissa soveltaa. Näin ollen voi olla perustelua ajatella, että rikoslain soveltamisen ennakoitavuuskriteeri on oivallinen kontrollikeino sille, ettei tuomari loukkaa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen sisältämää sanarajasääntöä.

Perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyysratkaisuissa ei kuitenkaan ole kysymys rikoslain sisältämien sanojen rajoista vaan tilanteesta, jossa teko sinänsä voi olla tunnusmerkistön mukainen, mutta yhtä kaikki, sallittu. Tällaisessa tilanteessa ennakoitavuudella argumentointi on vaikeammin perusteltavissa kuin

---

[46] Yksittäisten rikostunnusmerkistöjen soveltamisen ennakoitavuuden ohella ihmisoikeustuomioistuimen arvioitavana on ollut rikoslain ennakoitavuus myös ns. retroaktiivisuustapauksissa (ks. esim. Maktouf ja Damjanović v. Bosnia ja Hertsegovina 18.7.2013, erityisesti kohdat 65–75) sekä tapauksissa, joissa on ollut kysymys rangaistusseuraamusten tai rangaistuluonteisten seuraamusten ennakoitavuudesta (ks. esim. Varvara v. Italia 29.10.2013, erityisesti kohdat 31–35).

[47] Osa keskustelijoista suhtautuu laillisuusperiaatteen sisältämään sanarajasääntöön joustavammin, osa tiukemmin. Esimerkiksi siinä missä Hakamies suhtautuu joustavammin, Fränden kanta on tiukempi. Ks. Hakamies 2012 s. 33 ja Frände 2012 s. 55.

[48] Laillisuusperiaatteen hahmottamisesta defensiivisesti tai offensiivisesti ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 120; Knuts 2010 s. 62, taulukko 2.

sellaisessa tilanteessa, jossa kysymys on yksittäisen rikostunnusmerkistön sanarajasäännöstä. Mainitkaamme esimerkkinä korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö, jossa ei havaintojeni mukaan ole kertaakaan argumentoitu ”kohtuudella ennalta arvattavuudella” niissä tilanteissa, joissa kysymys on ollut rikoslain soveltamisesta perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti. Oletan tämän perustuvan kahteen seikkaan.

Ensinnäkään perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä ei ole varsinaisesti kysymys rikoslain sisältämien sanojen merkityssisällön tulkinnasta, joten perinteinen ymmärrys ennakoitavuudesta sanarajasäännön aisaparina ei päde. Toiseksi korkeimpaan oikeuteen asti päätyneiden perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaiseminen voidaan kokea niin vaikeaksi, ettei tuomion perusteluissa yksinkertaisesti voida todeta, että lopputulos on ollut tekijän kohtuudella ennakoitavissa. Tästä on myös korkeimmalla oikeudella omakohtaista kokemusta. Ihmisoikeustuomioistuimen Suomea koskevien ratkaisujen perusteella voidaan väittää, että – ainakin sovellettaessa rikoslakia sananvapaussensitiivisesti – myös korkeimmalla oikeudella itsellään on ollut vaikeuksia ennakoida sitä, mitä rikoslaki täsmällisesti ottaen kieltää ja sallii.

Näin ollen on kysyttävä, pitäisikö perus- ja ihmisoikeussensitiivisen rikoslain soveltamisen kohdalla luopua syyllisyysratkaisujen ennakoitavuusvaatimuksesta. Esimerkiksi vaikka ennakoitavuutta on pidetty rikosoikeuden yleisten oppien uudistuksessa merkittävänä tekijänä sallitun ja kielletyn laintulkinnan rajatapauksia ratkaistaessa,[49] hallituksen esityksen perusteella lainsäätäjällä on ollut mielessään yksinomaan rikoslain sanamuodon seuraamiseen sisältyvä problematiikka. Sen sijaan hallituksen esityksessä ei sanallakaan mainita siitä, miten ennakoitavuuteen tulisi suhtautua sellaisissa tapauksissa, joissa kysymys on syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti. Tätä voidaan pitää paradoksaalisena, koska tällaisissa tapauksissa rikoslain ennakoitavuus joutuu kaikkein tiukimmille.

Myöskään Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ei ole havaintojeni mukaan lausunut rikoslain ennakoitavuudesta niissä tilanteissa, joissa kysymys on ollut eri suuntiin viettävien perus- ja ihmisoikeuksien kollisiosta. Ne ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut, joissa on otettu kantaa yksittäisen rikostunnusmerkistön soveltamisen ennakoitavuuteen, ovat koskeneet vain ja ainoastaan tapauksia, joissa on ollut kysymys rikoslain ”puhtaasta” soveltamisesta, eli rikoslain sääntöjen ennakoitavasta soveltamisesta ilman soveltamisessa vaikuttavaa perus- ja ihmisoikeusulottuvuutta.

Toiseksi perus- ja ihmisoikeudet ovat luonteeltaan dynaamisia, eikä tällaisessa kontekstissa ole kivutonta ajatella, että rikoslaki olisi samalla tavalla staattista

---

[49] HE 44/2002 vp s. 34.

kuin sovellettaessa rikoslakia traditionaalisesti rikoslain sanamuotoa seuraten. Perus- ja ihmisoikeudet ovat ikään kuin painotettuja noppia, joita heittämällä syyllisyysratkaisun lopputulos voi olla todennäköinen, mutta tällaisessa tilanteessa puhe rikoslain ennakoitavuudesta vertautuu pikemminkin uhkapeliin kuin oikeusvarmuuteen.

Mainituista argumenteista huolimatta olen taipuvainen vastamaan kieltävästi kysymykseeni, jossa penäsin ennakoitavuuskriteeristä luopumista. Aivan kuten rikoslain soveltamisessa yleensä, myös perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyysratkaisuissa ennakoitavuuskriteeri tulee ymmärtää paitsi tuomarin harkinnan ohjenuorana myös lain soveltamisen keskeisenä päämääränä. Tämä ei tarkoita sitä, että kiperissä tapauksissa syyllisyyskysymys tulisi kategorisesti ratkaista vastaajan eduksi, mutta syyllisyysratkaisut eivät myöskään voi olla täysin ennakoimattomia. Yksinkertaisesti, jos tuomio ei ole ollut lainkaan tekijän etukäteen ennakoitavissa, se on mielivaltainen.

Perus- ja ihmisoikeussensitiivisen rikoslain soveltamisen legitiimisyyden vuoksi onkin välttämätöntä, että tuomioistuimet alkavat ottaa perusteluissaan kantaa siihen, missä määrin syyksilukeva tuomio on voinut olla – edes asiantuntevaan apuun turvautuvan – vastaajan ennakoitavissa. Esimerkiksi journalistisessa kontekstissa lienee niin, että mediatalot varsin usein kysyvät etukäteen juristeilta, onko jonkin tiedon kertominen lainmukaista. Jos myöhemmin osoittautuu, että tällainen uutisointi täyttää esimerkiksi kunnianloukkaustunnusmerkistön, tuomion voidaan sanoa tulleen toimittajalle ja vastaavalle päätoimittajalle ennakoimattomasti.

Tässä yhteydessä on syytä pysähtyä ja tehdä ero staattisen ja dynaamisen oikeustilan välillä. Jos vallitsevan oikeustilan mukaan teko on sallittu tekohetkellä h^1, jälkeenpäin esimerkiksi ihmisoikeustuomioistuimen impulssin vuoksi muuttunut oikeustila ei voi tuomiohetkellä h^2 koitua vastaajan vahingoksi. Näin ollen potentiaalisen tekijän perustellut käsitykset voimassa olevan rikoslain sisällöstä hetkellä h^1 on otettava huomioon tuomiohetkellä h^2, olkoon, että oikeustieteellisissä puheenvuoroissa tällaiseen väitteeseen suhtaudutaan penseästi.[50]

Erityisen tarpeellista tämä on perus- ja ihmisoikeuskontekstissa, jossa kielletyn ja sallitun välinen rajapinta on dynaaminen ja vaikeasti hallittavissa myös alan ammattilaisille. Esimerkiksi ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja lukemalla on pääteltävissä, että viime vuosina ihmisoikeustuomioistuin on suhtautunut kriittisemmin sanomisen vapauteen. Ainakin oman arvioni mukaan joissakin tilanteissa ihmisoikeustuomioistuin on totuttua herkemmin sallinut sananvapauden rajoittamisen yksilön suojan perusteella. Jos tällaista rikosoikeudellista ki-

[50] Tästä tematiikasta kirjoitan tarkemmin seuraavassa luvussa. Ks. luku 6.3 sekä ko. luvussa mainitut lähteet.

ristymistä tapahtuu tekohetken ja oikeudenkäynnin välillä, kiristyminen ei voi koitua vastaajan vahingoksi. Tätä edellyttää myös laillisuusperiaatteeseen sisältyvä taannehtivuuskielto, joka edellyttää suhtautumaan kriittisesti ajatukseen, jonka mukaan oikeustilan muutosten sallittaisiin koituvan vastaajan vahingoksi, olkoon, etteivät oikeustilan muutokset aina ole lainsäätäjän asettamia.

Sen sijaan sellaisissa syyllisyyskysymyksissä, joissa oikeustila tyypillisesti pysyy riittävän staattisena, on luontevaa lähteä siitä, että syyksilukeva tuomio on ollut vastaajalle riittävässä määrin ennakoitavissa jo tekohetkellä. Nähdäkseni tällaisiksi syyllisyyskysymyksiksi voidaan luokitella likipitäen kaikki ei-perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyyskysymykset.

Lopuksi on palattava alussa sanottuun ja tehtävä keskeinen oikeusteoreettinen havainto. Vaikka rikosoikeustieteellisissä puheenvuoroissa ennakoitavuudesta puhutaan ensisijaisesti rikoslain soveltamisen kontrollivälineenä, ennakoitavuus tulee ymmärtää syvällisemmin kuin vain hyväksyttävän laintulkinnan mittatikkuna. Toisin sanoen ennakoitavuus ei ole vain tuomarin sisäinen keino kontrolloida rikoslain soveltamisen hyväksyttävyyttä vaan elimellinen osa rikoslainkäytön syväjustifikaatiota.

On syytä korostaa, että oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus ovat niitä päämääriä, johon myös rikosoikeudellisia lainsoveltamisoppeja kehittelemällä pyritään vastaamaan. Kuten olen edellä todennut, näistä päämääristä kiinni pitäminen edellyttää idealismin ja realismin rajamailla häilymistä. Vaikka tiedämme, että yhden oikean syyllisyysratkaisun olettamasta on vaikea pitää kiinni, meidän on petettävä itseämme ja lähdettävä siitä, että yksi oikea ratkaisu on olemassa. Muutoin tuomareille asetettu päämäärä huolehtia asianosaisten oikeusturvasta sekä velvollisuus soveltaa rikoslakia ennakoitavasti ovat mahdottomia toteuttaa. Esimerkiksi jos heitän kruunaa ja klaavaa, voin kohtuudella ennakoida, että saan kruunan tai klaavan, mutta on oikeusvaltion vastaista väittää, että kahdesta tasavahvasta syyllisyysvaihtoehdosta toinen vaihtoehto on tekijän ennakoitavissa tai oikeusturvaltaan toista vaihtoehtoa parempi vaihtoehto. Näin ollen meillä ei ole muuta vaihtoehtoa kuin uskoa siihen, että olettama yhdestä oikeasta syyllisyysratkaisusta on perusteltu, ja tietää, että käytännössä tästä olettamasta kiinni pitäminen on vaikeaa, ellei mahdotonta.

Aulis Aarnio on huomauttanut, ettei yhden oikean ratkaisun olettama tuo mitään lisäarvoa konkreettiseen ratkaisutoimintaan.[51] Pragmaattisesti arvioiden Aarnio on oikeassa. Toisaalta yhden oikean ratkaisun olettaman arvo on nimenomaan siinä, että sen perusteella voidaan mielekkäällä tavalla väittää ratkaisujen olevan lainmukaisia ja ennakoitavissa. Jos luopuisimme yhden oikean ratkaisun olettamasta, muun muassa puhe vastaajien oikeusturvasta ja

[51] Aarnio 2006 s. 277.

> rikoslain ennakoitavuudesta olisi perusteetonta.[52] Tällöin olisi jokseenkin vaikea puhua oikeusvaltiosta sanan missään mielekkäässä merkityksessä. Yhden oikean ratkaisun olettama tuleekin ymmärtää saavuttamattomaksi päämääräksi, jota kohti pyrkiminen takaa kuitenkin parhaan mahdollisen lopputuloksen myös käytännössä.[53]

Ennen kuin siirryn tarkastelemaan sitä, millä edellytyksillä oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus voidaan taata mahdollisimman täydellisesti, ruotikaamme lyhyesti, minkälaisen haasteen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen lainsoveltamismetodiikka asettaa oikeusturvalle ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuudelle.

6.3 EIT:N ASETTAMA HAASTE OIKEUSTURVALLE JA ENNAKOITAVUUDELLE

Juha Lavapuro on kirjoituksissaan pyrkinyt osoittamaan, että 2010-luvulle tultaessa kotimaiset tuomioistuimet ovat yhä enemmän ryhtyneet argumentoimaan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöllä.[54] Tilastotieteellisesti arvioiden Lavapuro tekee eittämättä rohkeita päätelmiä verrattain vähäisen oikeuskäytännön perusteella, mutta hänen perusväitettään ei ole syytä riitauttaa: ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö on saanut sijansa yleisten tuomioistuinten perusteluissa. Lavapuroa seuraten voidaankin puhua ihmisoikeuskulttuurin toisesta aallosta.[55] Siinä missä ensimmäisen aallon aikana perus- ja ihmisoikeudet ymmärrettiin ensisijaisesti lainsäätäjälle asetetuiksi rajoitteiksi, toisen aallon aikana niiden relevanssi on korostunut oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.

Huomautettakoon, että vielä 1990-luvulla perus- ja ihmisoikeuksilla ei ollut mainittavaa sijaa lainsoveltamisessa. Tilannetta kuvastaa Aulis Aarnion artikkeli, joka julkaistiin korkeimman oikeuden 75-vuotisjuhlakirjassa vuonna 1993. Kirjoituksessaan Aarnio esittelee Bielefelder Kreis -ryhmän oikeusvertailevaa tutkimusta, jonka tarkoitus oli selvittää eri maissa vallalla olevaa tyyliä tulkita ja soveltaa oikeussääntöjä.[56] Aarnio toteaa, että tutkimuskohteesta sulkeistettiin valtionsääntöoikeudellinen ulottuvuus, joka oli suomalaisittain luonnollista, koska ”meillä ei tuomioistuinten tehtävään ole katsottu kuuluneen lakien perustuslainmukaisuuden tulkintaa eivätkä valtiosääntöstatuutit Suomessa juurikaan esiinny

---

[52] Ks. myös Merikoski 1958 s. 48.
[53] Oletan, että ainakin Ronald Dworkin voisi hyväksyä väitteeni. Ks. myös Tuori 2007 s. 190.
[54] Lavapuro 2010 s. 153–160; Lavapuro 2011a s. 357–368; Lavapuro 2011b s. 468.
[55] Lavapuro 2011b s. 468.
[56] Ks. Bielefelder Kreis -tutkimuksesta MacCormick – Summers (eds) 1991/2010.

tuomioperusteina".[57] Nyttemmin – noin kaksikymmentä vuotta myöhemmin – voidaan todeta, että muutos suomalaisessa oikeuskulttuurissa on ollut kansainvälisestikin arvioiden varsin rivakka.

Koska ihmisoikeustuomioistuimen argumentit ovat saaneet asemansa yleisten tuomioistuinten oikeuskäytännössä, tämä tarkoittaa sitä, että on olemassa ilmeistä tarvetta tarkastella ihmisoikeustuomioistuimen ja kotimaisten tuomioistuinten lainsoveltamismetodien yhtäläisyyksiä ja eroavaisuuksia. Tämän väitteen relevanssi on helppo perustella. Primääristi nimenomaan kotimaisten tuomioistuinten tehtävä on turvata ihmisoikeuksien toteutuminen, eikä tästä tehtävästä voida suoriutua tyydyttävästi, jos tuomioistuimissa ei tiedosteta, miten ihmisoikeustuomioistuin metodisesti operoi. Toiseksi ihmisoikeustuomioistuin on toistuvasti langettanut Suomelle kielteisiä päätöksiä. Tästä voidaan päätellä, etteivät eri oikeudenalojen lainsoveltamismetodit tällä hetkellä kykene vastamaan ihmisoikeustuomioistuimen asettamaan metodiseen haasteeseen. Kolmanneksi korkeimman oikeuden arvovallan vuoksi on kiusallista, että ihmisoikeustuomioistuin on usein muuttanut nimenomaan korkeimman oikeuden tuomioita.[58] Tämänhän – jos niin halutaan – voidaan ymmärtää vihjaavan, että korkeimmassa oikeudessa työskentelee, jos ei juridisesti taitamattomia, niin ainakin ihmisoikeuksista piittaamattomia tuomareita.

Vaikka kotimaisissa tuomioistuimissa on ilmennyt vaikeutta soveltaa lakia perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti, olisi virheellistä väittää, ettei Suomessa olla tietoisia ihmisoikeustuomioistuimen lainsoveltamistyylistä.[59] Pikemminkin kysymys lienee siitä, ettei kotimaisissa tuomioistuimissa ole haluttu liiallisesti tukeutua kansainvälisoikeudellisiin lainsoveltamismetodeihin, eikä tätä ole tarkoitettu yksinomaan kritiikiksi. Myöhemmin todennettavalla tavalla etenkin rikosoikeudessa korostuneet oikeusturva ja ennakoitavuus edellyttävät, että rikoslakia sovellettaessa on pyrittävä staattisuuteen eikä sellaiseen dynaamisuuteen ja uuden luomiseen, joka on ominaista sovellettaessa kansainvälisoikeudellisia sopimuksia ylikansallisissa tuomioistuimissa.

Ihmisoikeustuomioistuimen ja kotimaisten tuomioistuinten lainsoveltamismetodien harmonisoinnin tarve tai tarpeettomuus on monipolvinen kysymys, ja aiheesta tarvitaan lisätutkimusta.[60] Tätä keskustelua ei tule jättää yksin perus- ja

---

[57] Aarnio 1993 s. 256.

[58] Näin myös Lavapuro 2011b s. 468.

[59] Esimerkiksi uusimmissa rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevissa teoksissa viitataan ihmisoikeustuomioistuimen merkitykseen rikoslainsoveltamisessa. Näin etenkin Frände 2012 s. 53–56. Myös Jussi Tapani ja Matti Tolvanen viittaavat ihmisoikeustuomioistuimen rikosoikeudelliseen merkitykseen, joskaan he eivät mainittavasti keskustele ihmisoikeustuomioistuimen merkityksestä rikoslain soveltamisessa. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 98–99.

[60] Ruotsissa Svean hovioikeuden presidentti Fredrik Wersäll on huomauttanut, että Ruotsissa eurooppaoikeuden kuten Euroopan ihmisoikeussopimuksen soveltaminen on yhä edelleen 2010-lu-

ihmisoikeustutkijoiden harteille, vaan eri oikeudenaloista kiinnostuneiden kirjoittajien olisi otettava osaa keskusteluun. Vain tällöin eri oikeudenalojen ominaispiirteet tulisivat asianmukaisella tavalla huomioiduiksi. Esimerkiksi rikosoikeudessa ei voida varauksetta hyväksyä päämäärähakuista lainsoveltamismetodia, joka on tyypillinen ihmisoikeustuomioistuimelle. Päämäärähakuisuutta vastaan puhuvat niin rikosoikeudessa korostunut oikeusturva kuin vaatimus rikoslain soveltamisen ennakoitavuudesta.[61]

Vaikka päämäärähakuinen rikoslain soveltaminen sisältää mielenkiintoista problematiikkaa, jättäkäämme tämä tematiikka sillensä. Aiheesta on olemassa runsaasti kirjallisuutta. Sen sijaan tarkastelkaamme sitä, missä määrin ihmisoikeustuomioistuimen vakiintuneet lainsoveltamismetodit haastavat rikoslain soveltamisen oikeusturvan ja ennakoitavuuden. Samalla vastattavaksi tulee se, kuinka ihmisoikeustuomioistuimen lainsoveltamistyyliin tulee rikosoikeudellisesti suhtautua eli mitä relevanssia ihmisoikeustuomioistuimen metodiselle ymmärrykselle voidaan antaa rikosoikeudellisessa kontekstissa.

Tehtävä on aloitettava tarkastelemalla ihmisoikeustuomioistuimen harjoittamaa antistaattista ajattelumallia, jota voidaan kansainvälisoikeudellisia lainsoveltamismetodeja mukaillen kutsua ”keskeistä ovat oikeat päämäärät” -metodiksi.[62] Pohjimmiltaan tällainen ajattelumalli takautuu sääntöutilitaristiseen moraalidoktriiniin, jonka mukaan oikeaksi koettuihin päämääriin voidaan pyrkiä tarvittaessa yleisiä sääntöjä joustavasti tulkiten. Aivan kuten sääntöutilitarismissa myös ihmisoikeusdoktriinissa tilannesensitiivisyyden uskotaan johtavan parhaimpaan mahdolliseen lopputulokseen.[63]

---

vulla haparoivaa. Wersäll esittääkin avoimen kysymyksen, tuleeko kansallisten tuomioistuinten (rikos)lakia soveltaessaan operoida ylikansallisin vain kansallisin laintulkintametodein. Koska metodisilla valinnoilla on olennainen vaikutus tuomion lopputulokseen, Wersäll huomauttaa, että hänen esittämäänsä kysymykseen kaivataan selkeää vastausta. Ks. Wersäll 2014 s. 3–4.

[61] Myös rikosoikeustieteessä on suhtauduttu penseästi syyllisyyskysymysten päämäärähakuiseen ratkaisemiseen. Esimerkiksi Dan Frände mukaan päämäärähakuiseen rikoslainsoveltamiseen on suhtauduttava varauksella. Ks. Frände 2012 s. 53–55. Vaikka jotkut kirjoittajat ovat suhtautuneet päämäärähakuisuuteen hyväksyvämmin kuin Frände, tuskin kukaan rikosoikeudellisesti orientoitunut kirjoittaja puoltaa päämäärähakuisuutta ainakaan laillisuusperiaatteeseen sisältyvän sanarajasäännön kustannuksella. Tulkintani mukaan Suomessa päämäärähakuisuuteen ovat suopeammin suhtautuneet ainakin Tapani – Tolvanen 2013 s. 109–125; Hakamies 2012 s. 30; Koponen 2004 s. etenkin s. 14–16.

[62] Suomessa tästä tematiikasta ovat kirjoittaneet esimerkiksi Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 284–298, erityisesti s. 289; Lavapuro 2011b s. 470–473; Pellonpää 2005 s. 209–222, erityisesti s. 213–214 sekä väitöskirjatasoisesti Viljanen 2003 s. 77–110, erityisesti s. 92–95. Kansainvälisesti kirjallisuutta löytyy metrikaupalla. Ks. esim. Mowbray 2005 s. 57–79; Dzehtsiarou 2011 s. 1730–1745.

[63] Utilitaristista tavoitetta kuvastaa myös ihmisoikeussopimuksen esipuhe, jonka mukaan Euroopan neuvoston pyrkimyksenä on ”ihmisoikeuksien ja perusvapauksien ylläpitäminen ja edistäminen”. Esipuhe kuvastaa sitä, että ihmisoikeuksien ja perusvapauksien edistäminen on otettu tavoit-

Viime vuosina kotimaista tuomioistuinlaitosta on kritisoitu siitä, että se on taipuvainen perus- ja ihmisoikeusminimalismiin.[64] Tällä viitataan siihen, että tuomioistuimet pyrkivät lakia soveltaessaan noudattamaan vain Euroopan ihmisoikeussopimuksen asettamaa vähimmäistasoa. Kriitikoiden mukaan tuomareiden tulisi aktiivisemmin pyrkiä turvaamaan yksilön suoja ihmisoikeuksien asettamaa minimitasoa paremmin. Toisin sanoen vetoomus on, että tuomioistuimet kehittelisivät kotimaista perusoikeusdoktriinia suuntaan, joka turvaisi yksilön oikeudet paremmin kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen perusteella on välttämätöntä.

Vaadittaessa, että yksilöiden suojasta on huolehdittava paremmin kuin on välttämätöntä, vasta-argumenttia on vaikea esittää. Kiistatonta on, että toteutettaessa yksilölle tärkeitä asioita optimaalisesti tilanne on parempi kuin toteutettaessa yksiölle tärkeitä asioita minimalistisesti. Toisaalta vaatimus eurooppalaisesta ihmisoikeusstandardista poikkeavasta perusoikeusdoktriinista on hahmoton, epätäsmällinen ja ihmisoikeusdoktriiniakin alttiimpi politiikalle.

Näin ollen oikeudellisen ennakoitavuuden vuoksi on perusteltua, että yksilön suojan taso määrittyy nimenomaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sen sisältöä täsmentävän ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella.[65] Väitteeni pätevyys perustuu siihen, että yksilön oikeuksien sisällön täsmentyminen edellyttää jatkuvaa keskustelua yksilön suojan tasosta. Näin ollen on luontevaa, että yksilön suojan taso konkretisoituu nimenomaan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella, koska vain ihmisoikeustuomioistuin kykenee tuottamaan riittävästi ratkaisumateriaalia sen ymmärtämiseksi, miten yksilön oikeudet tulee kussakin tilanteessa ymmärtää.

---

teeksi – ja näin ollen myös ihmisoikeustuomioistuimen tehtävä tulee ymmärtää tämän tavoitteen edistämisenä. Tuonnempana todennettavalla tavalla tämä tehtävä voi edellyttää joustavaa suhtautumista sopimusmääräyksen sanamuotoihin ja aikaisempaan ratkaisulinjaan, jos vakiintuneessa oikeustilassa pysyttäytyminen ei edistä tavoiteltavaa päämäärää eli yksilön suojaksi säädettyjen oikeuksien edistämistä.

64 Anttila 2013 s. 99; Tuori – Lavapuro 2011 s. 817.

65 Mainitkaamme esimerkkinä ne bis in idem -kielto. Tätä alaviitettä kirjoitettaessa korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisulinjat eivät ole yhteneviä. Korkeimman oikeuden mukaan veropetossyytteen tutkimiselle on este, jos ennen rikosprosessia on käynnistynyt ns. veronkorotusprosessi. Ks. KKO 2013:59, erityisesti kohdat 31, 36. Ks. myös KKO 2013:78, kohdat 9–13; KKO 2013:92, kohdat 12–13. Sen sijaan ratkaisuissa KHO 2014:145 (ks. erityisesti kohta 2.3.3) korkein hallinto-oikeus ei hyväksynyt korkeimman oikeuden ratkaisulinjaa, vaan totesi, että kotimaisessa ne bis in idem -ratkaisulinjassa on syytä seurata ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisulinjaa. Sen mukaan käynnissä oleva prosessi ei muodosta automaattista estettä toisen prosessin aloittamiselle. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä ks. Nykänen v. Suomi (20.5.2014, erityisesti kohta 49); Glantz v. Suomi (20.5.2014, erityisesti kohta 59); Häkkä v. Suomi (20.5.2014, erityisesti kohta 48). Toisin sanoen siinä missä korkein hallinto-oikeus noudattaa ihmisoikeustuomioistuimen määrittämää ”minimitasoa”, korkein oikeus on nostanut riman ylemmäksi. Vaikka korkeimman oikeuden toiminta voi äkkiseltään vaikuttaa (moraalisesti) ylevältä, kokonaisuutena arvioiden tilanne on poikkeuksellisen sekava. Tällaisten tilanteiden välttämiseksi on luontevaa vaatia, että tuomioistuinten on pyrittävä noudattamaan nimenomaan ihmisoikeustuomioistuimen asettamia perus- ja ihmisoikeuksien ”minimitasoja”. Vain tällä tavalla voidaan estää se, ettei oikeusjärjestyksen sisälle muodostu rinnakkaisia reittejä, joita seuraten voimassa oleva oikeus hahmottuu eri tavalla.

Jos ihmisoikeustuomioistuimen relevanssi muuttuu tulevaisuudessa (eli ihmisoikeustuomioistuin alkaa ratkaista vain keskeisiä eurooppalaisia ihmisoikeuskysymyksiä),[66] väitteeni relevanssi on toki arvioitava uudelleen.

Myöhemmin todennettavalla tavalla suhtaudun kuitenkin varauksellisesti siihen, ettei perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyysratkaisuissa olisi sijaa kansalliselle harkintamarginaalille. Toisin sanoen vaikka puolustan näkemystä, jonka mukaan yksilön oikeuksien suojan taso on hahmotettava ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella, tästä ei tule tehdä sitä johtopäätöstä, että ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö tulisi kritiikittömästi omaksua syyllisyysratkaisujen ohjenuoraksi.

EIT:n tarkoitusta ja päämäärää korostava lainsoveltamismetodi. Olen edellä todennut, että perus- ja ihmisoikeudet ovat normeja, jotka taipuvat monenlaisiin tulkintoihin. Näin ollen perus- ja ihmisoikeusargumentaatiota voidaan pitää loputtomana prosessina, jossa perus- ja ihmisoikeuksien sisältö tarkentuu ja avartuu eri oikeusorgaanien perusteluissa ilman, että tämä prosessi koskaan tulee päätökseensä. Tämä perustuu siihen, että perus- ja ihmisoikeuksien sisällöstä on vaikea sanoa mitään ilman, että samalla avataan uusia ymmärrysmahdollisuuksia siitä, mikä perus- ja ihmisoikeuksien relevanssi kussakin tilanteessa on.

Vaikka jatkuva prosessi on riski oikeuden ennakoitavuudelle, perus- ja ihmisoikeuksien dynaamisuuteen ei voida suhtautua vain negatiivisesti. Koska perus- ja ihmisoikeudet ovat muodostuneet positiivisen oikeuden sisällölliseksi mitaksi, tämä edellyttää, etteivät perus- ja ihmisoikeudet muodosta estettä yhteiskunnalliselle muutokselle.[67] Lainsoveltamisteoreettisesti sanottu tarkoittaa sitä, ettei perus- ja ihmisoikeuksia voida lukea kuin lakia, vaan perus- ja ihmisoikeuksien sisältö tulee ymmärtää kunkin normin taustalla olevien tarkoitusten ja päämäärien valossa.

Koska Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen soveltama ihmisoikeussopimus on kansainvälinen yleissopimus, ihmisoikeustuomioistuin on omaksunut lainsoveltamisensa lähtökohdaksi ne periaatteet, joita kansainvälisoikeudellisten sopimusten soveltamisessa noudatetaan.[68] Kysymys on Wienin yleissopimuksen

---

[66] Ks. Euroopan neuvoston Suomen pysyvän suurlähettilään Pekka Hyvösen Helsingin Sanomissa 24.7.2014 julkaistu vieraskynäkirjoitus. Hyvönen 2014. Hyvösen mukaan Euroopan neuvoston piirissä on käyty vakavia keskusteluja siitä, pitäisikö ihmisoikeustuomioistuimen tulevaisuudessa ratkaista vain eurooppalaisittain merkittäviä ihmisoikeuskysymyksiä ja jättää muu perus- ja ihmisoikeuksien valvonta kansallisten tuomioistuinten harteille.

[67] Tällaista ajatusta heijastaa myös perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö, jossa pyritään turvamaan niin perus- ja ihmisoikeuksien loukkaamattomuus kuin rikoslainsäätäjän liikkumavara. Ks. esim. PeVL 56/2014 vp s. 2; PeVL 68/2010 vp s. 4.

[68] Esim. Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 284; Lavapuro 2011b s. 470–471. Institutionaalinen tuki tällä lähtökohdalle löytyy muun muassa ratkaisusta Demir ja Baykara v. Turkki (12.11.2008, kohta 65) ja Loizidou v. Turkki (18.12.1996, kohta 43), joissa todetaan, että Euroopan ihmisoikeussopimusta on tulkittava kansainvälisiä sopimuksia koskevan vuoden 1969 Wienin

(Vienna Convention on the Law of Treaties) 31 artiklan 1 kappaleen määräyksestä, jonka mukaan ”valtiosopimusta on tulkittava vilpittömässä mielessä ja antamalla valtiosopimuksessa käytetyille sanonnoille niille kuuluvassa yhteydessä niiden tavallinen merkitys, sekä valtiosopimuksen tarkoituksen ja päämäärän valossa”.

Näin ollen sovellettaessa yksittäisiä ihmisoikeuksia lähtökohtana on normien sanamuoto. Toisaalta koska ihmisoikeudet ovat avoimia, keskenään ristiriitaisia ja vailla formaalia etusijajärjestystä, oletus ihmisoikeuksien sanamuodon mukaisesta soveltamisesta on relatiivista. Pikemminkin puhe ihmisoikeuksien sanamuodon mukaisesta soveltamisesta on keino pyrkiä vastaamaan siihen kritiikkiin, jossa ihmisoikeusargumentaation normatiivisuus on asetettu kyseenalaiseksi.

Sanamuodon sijasta keskiössä onkin käsky soveltaa ihmisoikeuksia niiden tarkoituksen ja päämäärän valossa. Koska ihmisoikeussopimuksen tarkoitus ja päämäärä voidaan hahmottaa monella eri tavalla, ihmisoikeustuomioistuin on linjannut, että yhteiskunnallisesti paras mahdollinen päämäärä voidaan saavuttaa kunnioittamalla kategorisesti yksilön oikeuksia, olkoonkin, että tämä voi olla yksittäistapauksissa ristiriidassa valtiollisten intressien kanssa.[69]

Jotta yksilöä kunnioittava päämäärä voidaan saavuttaa, yksilön oikeuksia on suojeltava tehokkaasti. Näin ollen ihmisoikeustuomioistuin on linjannut, ettei ihmisoikeussopimuksen tarkoitus ole turvata yksilön oikeuksia vain retorisesti, vaan huolehtia siitä, että yksilön oikeudet toteutuvat tosiasiallisesti.[70] Jotta ihmisoikeustuomioistuin voi pitää huolen siitä, etteivät yksilön oikeudet jää ideaaleiksi ja alistu kansallisvaltioiden pyrkimyksille, tämä edellyttää ihmisoikeussopimuksen autonomista soveltamista.[71]

Autonomisessa otteessa on kysymys ihmisoikeussopimuksen ja sen sisältöä täsmentävän ihmisoikeustuomioistuimen ylivallasta verrattuna kansallisiin normeihin ja päätöksiin. Esimerkiksi jos Suomessa dekriminalisoitaisiin kunnianloukkaus, solvauksen kohteeksi joutunut henkilö voisi saada suojaa Euroopan

---

konvention mukaisesti. Alun perin ihmisoikeustuomioistuimen kyseinen linjaus löytyy ratkaisusta Golder v. Yhdistynyt kuningaskunta (21.2.1975, erityisesti kohdat 29–30 ja 34–35).

[69] Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa viitataan usein ns. Soering-ratkaisuun (Soering v. Yhdistynyt kuningaskunta 7.7.1989, erityisesti kohta 87), jossa todetaan, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen päämääränä oleva yksilön ihmisoikeuksien suojelu edellyttää sellaista sopimusmääräysten tulkintaa, joka tekee sopimuksen turvaamista oikeuksista käytännöllisiä ja tehokkaita. Ks. esim. Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 285.

[70] Ratkaisussa Airey v. Irlanti (9.10.1979, kohta 24) ihmisoikeustuomioistuin linjasi, ettei ihmisoikeussopimusta ”ole tarkoitettu turvaamaan oikeuksia, jotka ovat teoreettisia tai illusorisia”. Ihmisoikeustuomioistuimen mukaan oikeuksien on oltava käytännöllisiä ja tehokkaita. Ks. myös Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 286; Lavapuro 2011b s. 471.

[71] Tästä tematiikasta seikkaperäisesti ks. Viljanen 2003 s. 89–92.

ihmisoikeussopimuksen perusteella.[72] Vastaavasti jos jotakin rikostunnusmerkistöä sovelletaan siten, että tuomiot loukkaavat yksilön oikeuksia, ihmisoikeustuomioistuin ei ole sidottu kansalliseen ratkaisulinjaan. Tämä perustuu siihen, että kansallisen lainsäädännön ja/tai oikeuskäytännön johtaessa yksilön suojan kaventumiseen tai eliminoitumiseen ihmisoikeustuomioistuin ei ole sidottu kansallisiin ratkaisuihin.

Tästä herää kysymys, miksi ihmisoikeustuomioistuin on katsonut legitiimiksi lainsoveltamismetodin, joka tarkoittaa kansallisvaltioiden suvereenisuuden kaventumista. Jos kysyisimme asiasta Matti Pellonpäältä, hän todennäköisesti vastaisi seuraavasti: suvereniteetin loukkaukset ovat hyväksyttävissä, koska ihmisoikeustuomioistuimen tavoite on korostaa Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden valtioiden yhteistä demokraattista arvopohjaa. Lisäksi Pellonpää voisi huomauttaa, että yhteiseen arvopohjaan sisältyy nimenomaan yksilön arvon yhtäläinen kunnioittaminen valtiosta tai paikasta riippumatta.[73] Taustalla on universalistinen ajatus siitä, että ellei yksilön loukkauksiin reagoida yhdenvertaisesti välittämättä kunkin jäsenmaan sisäisistä päätöksistä, olisi ylipäätään perusteetonta puhua kaikille kuuluvista ihmisoikeuksista.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen perusteluja lukemalla ilmeneekin linja, jossa yksilön oikeuksien suojelu ymmärretään ihmisoikeussopimuksen keskeisimmäksi tarkoitukseksi. Tästä voidaan päätellä, että ihmisoikeustuomioistuin on ymmärtänyt tehtävänsä tuon päämäärän valossa. Tämän päämäärän toteuttaminen ei kuitenkaan ole kivutonta. Olemassa ei ole mitään kiveen hakattua yksilöiden suojan tasoa, vaan yleiseurooppalaiset arvot elävät ajassa ja paikassa. Tämä edellyttää tarvittavaa reagointia myös ihmisoikeustuomioistuimelta.

Vaikka lähtökohtaisesti reagointi yhteiskunnallisiin muutoksiin edellyttää lainsäädännöllisiä uudistuksia, ihmisoikeustuomioistuin ei ole kaihtanut ottaa itselleen uudistajan roolia. Näin ollen ihmisoikeustuomioistuin ei ole epäröinyt poiketa aikaisemmasta ratkaisulinjastaan, jos se on kokenut, että linjasta poikkeaminen on välttämätöntä yksilön oikeuksien suojelemiseksi. Tällaisen utilitaristisen lainsoveltamismetodin, jonka keskiössä on ihmisoikeussopimuksen tarkoituksen ja päämäärän toteuttaminen, ihmisoikeustuomioistuin on legitimoinut

---

[72] Tutkimusprojektini viime metreillä valtakunnansyyttäjä ehdotti julkisuudessa, että kunnianloukkaus tulisi dekriminalisoida tai ainakin modifioida sellaiseksi, etteivät ihmiset kuormittaisi poliisia ja syyttäjiä kunnianloukkausilmoituksilla. Jos unohdamme sen, että samalla logiikalla pitäisi dekriminalisoida myös polkupyörävarkaudet ja rattijuopumukset (molemmat työllistävät lainvalvojia runsaasti), jäljelle jäävä ongelma on perustuslaissa ja ihmisoikeussopimuksissa turvattu kunnian suoja. Jos kokisin omaa kunniaani loukattavan, eikä valtiovalta tarjoaisi minulle tehokasta suojaa loukkauksia vastaan, mikään ei estäisi minua valittamasta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen ja toteamasta, ettei Suomi suojaa kansalaistensa ihmisoikeuksia.

[73] Pellonpää 2005 s. 212. Ks. myös Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 287.

nimenomaan vetoamalla niin yksilön oikeuksien tehokkaaseen toteuttamiseen kuin ihmisoikeussopimuksen autonomiseen tulkintaan.[74]

Koska ihmisoikeustuomioistuin on asettanut itselleen poikkeuksettoman velvollisuuden suojella yksilön oikeuksia kaikissa potentiaalisissa tilanteissa, ihmisoikeustuomioistuimen keskeisimmäksi lainsoveltamismetodiksi on muotoutunut ns. dynaamis-evolutiivisuus eli joustava pyrkimys kohti hyväksi koettua päämäärää.[75] Toteamallani tavalla myös tehokkuus- ja autonomisuusargumentit tulee ymmärtää nimenomaan dynaamis-evolutiivisen lainsoveltamismetodin tukimetodeina, jotka sekä vahventavat että legitimoivat ihmisoikeustuomioistuimen päämäärähakuisuutta.

Rikosoikeudellisesti on keskeistä havaita, että ihmisoikeustuomioistuimen tyyli soveltaa ihmisoikeuksia dynaamis-evolutiivisesti tekee loven rikosoikeudellisen argumentaation ja ihmisoikeustuomioistuimen perustelujen välille. Siinä missä kotimaisessa rikosoikeudessa lähdetään tunnusmerkistön sanamuodosta ja lainsäätäjän tarkoitusta täsmentävistä lain esitöistä, ihmisoikeuksien merkitystä arvioitaessa ihmisoikeussopimuksen esitöillä tai ihmisoikeussopimuksen solmimisen aikaisilla valtioiden oletetuilla tahdoilla ei ole mainittavaa merkitystä ihmisoikeussopimuksen määräyksiä sovellettaessa.[76]

Vaikka ihmisoikeustuomioistuin ei ole kaihtanut ihmisoikeussopimuksen määräyksien soveltamista dynaamis-evolutiivisesti,[77] se on samalla pyrkinyt rajoittamaan päämäärähakuisuuttaan. Tällaista itserajoitusta voidaankin pitää välttämättömänä. Ensinnäkin tarkoitusten ja päämäärien aktiivinen toteuttaminen on omiaan heikentämään niin ihmisoikeustuomioistuimen kuin kansallisten tuomioistuinten ratkaisulinjojen ennakoitavuutta. Toiseksi liiallinen dynaamis-

---

[74] Ratkaisussa Cossey v. Yhdistynyt kuningaskunta (27.9.1990, kohta 35) ihmisoikeustuomioistuin tarkasteli omien aikaisempien päätöstensä ja yhteiskunnallisten muutosten välistä suhdetta. Ihmisoikeustuomioistuimen mukaan sen aikaisemmat ratkaisut eivät ole tuomioistuinta koskevien määräysten mukaan tuomioistuinta sitovia. Ihmisoikeustuomioistuimen mukaan oikeusvarmuus ja oikeuskäytännön järjestelmällinen kehittäminen edellyttävät lähtökohtaisesti sitä, että tuomioistuin noudattaa omia aikaisempia ratkaisujaan. Ratkaisulinjasta poikkeaminen on kuitenkin mahdollista sen varmistamiseksi, että ihmisoikeussopimuksen sisältö vastaa muuttuvia yhteiskunnallisia olosuhteita. Matti Pellonpää on huomauttanut, että 1990-luvun uudistusten jälkeen eli viimeisen reilun kymmenen vuoden aikana ihmisoikeustuomioistuin on avoimemmin pyrkinyt oikeuskäytännön muutokseen – eli reagoimaan herkemmin vakiintuneen oikeuskäytännön ja yhteiskunnallisen muutoksen väliseen ristipaineeseen. Ks. Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 288.

[75] Muun muassa Juha Lavapuron esiin nostamalla tavalla dynaamis-evolutiivisen lainsoveltamismetodin institutionaalinen tuki takautuu aina 1970-luvun lopulle ja ratkaisuun Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta (25.4.1978, kohta 31). Ks. Lavapuro 2011b s. 472.

[76] Lavapuro 2011b s. 472–473.

[77] Matti Pellonpään havaintojen mukaan ihmisoikeustuomioistuin on viimeisen reilun kymmenen vuoden aikana entistä avoimemmin soveltanut ihmisoikeussopimuksen määräyksiä dynaamis-evolutiivisesti. Ks. Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 288 sekä ko. sivulla mainitut oikeustapaukset, joihin tukeutuen Pellonpää on argumenttinsa esittänyt.

evolutiivisuus on riski ihmisoikeustuomioistuimen legitimiteetille.[78] Monet suhtautuvat penseästi siihen, että Strasbourgissa sijaitsevan tuomioistuimen tuomarit voivat kertoa sen, miten kukin jäsenmaa saa kulloisetkin olonsa järjestää. Havaintojeni mukaan dynaamis-evolutiivisuuteen kohdistunut kritiikki on saanut jalansijaa ainakin ruotsalaisessa, tanskalaisessa, brittiläisessä ja itävaltalaisessa keskustelussa.[79] Kritiikin kärki on kohdistunut siihen, ettei ihmisoikeustuomioistuimen oleteta ymmärtävän kunkin maan oikeuskulttuurisia ominaisuuksia, oikeudellista traditiota ja eri oikeudenalojen systematiikkaa.

> Kritiikki on osunut maaliinsa. Toisaalta yhtä ymmärrettävää on, ettei ihmisoikeustuomioistuin ole halukas huomioimaan eri maiden nyansseja. Taustalla lienee ajatus, että sallittaessa tilannekohtainen liikkumavara yksilön suojassa avataan kasvualusta ihmisoikeuksien eroosiolle. Näin ollen ihmisoikeustuomioistuin lienee laskenut, että sen on reagoitava ihmisoikeusloukkauksiin myös sellaisissa tilanteissa, joissa se altistaa itsensä kritiikille. Joissakin tilanteissa tämä on johtanut kansallisia oikeustiloja ravisteleviin ratkaisuihin ja jopa ihmisoikeustuomioistuimen omasta tulkintalinjasta poikkeaviin päätöksiin.

Säilyttääkseen legitiimisyytensä ihmisoikeustuomioistuin ei voikaan tyytyä vain toteamaan, että olemme jo 1970-luvulla sallineet itsellemme dynaamis-evolutiivisen lainsoveltamismetodin, joten tarvittaessa voimme tinkiä oikeusvarmuudesta ja aikaisemmasta ratkaisulinjastamme.[80] Pikemminkin sovellustoiminnan dynaamisuus on kyettävä oikeuttamaan rationaalisesti perusteltavalla tavalla. Tämän vuoksi ihmisoikeustuomioistuin harjoittaa myös oikeusvertailua. Oikeusvertailevan metodin tarkoitus on nimenomaan osoittaa, että dynaamis-evolutiivi-

---

[78] Dynaamis-evolutiivisen lainsoveltamismetodin riski ihmisoikeustuomioistuimen legitimiteetille tulee esiin ns. Zolotukhin-tapauksen jälkipyykissä. Ks. Zolotukhin v. Venäjä (10.2.2009, ks. erityisesti kohdat 70–78). Kyseisessä ratkaisussa ihmisoikeustuomioistuin käytännöllisesti katsoen muutti ne bis in idem -säännön sisältöä. Ratkaisun jälkeen muun muassa Itävallan valtiosääntötuomioistuin sekä Ruotsin korkein hallinto-oikeus ja Ruotsin korkein oikeus suhtautuivat nihkeästi ihmisoikeustuomioistuimen auktoriteettiin eivätkä suostuneet toimimaan uuden linjauksen mukaisesti. Ks. Fuchs 2010 s. 181–197 sekä HFD 8133-08 (17.9.2009) sekä HD 5498-09 (31.3.2010) ja HD 2509-09 (31.3.2010). Suomessa Zolotukhin-tapauksen jälkipyykistä ovat kirjoittaneet Pellonpää – Gullans 2011 s. 412–430. Ks. myös Pellonpää 2009 s. 1125–1140, erityisesti s. 1135–1136.

[79] Tulkintani mukaan myös korkeimman oikeuden presidentti Pauliine Koskelo kritisoi FIDE-konferenssissa pitämässään puheessa ihmisoikeustuomioistuimen (liiallista) taipumusta ihmisoikeuksien dynaamis-evolutiiviseen soveltamiseen. Koskeloa mukaillen ihmisoikeustuomioistuimen dynaamisuus ja evolutiivisuus johtaa siihen, että ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön asianmukainenkin seuraaminen voi jälkeenpäin osoittautua virheeksi. Ks. Koskelo 2014.

[80] Edellä toteamallani tavalla dynaamis-evolutiivinen lainsoveltamismetodi paalutettiin ratkaisussa Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta (25.4.1978, erityisesti kohta 31).

nen lainsoveltaminen on kussakin tilanteessa objektiivisesti perusteltavissa.[81] Näin ollen ihmisoikeustuomioistuin pyrkii viestimään, että teemme kaikkemme yksilön suojan eteen, mutta harjoittamamme päämäärähakuisuus ei ole mielivaltaista, vaan se noudattaa yleiseurooppalaista ymmärrystä ihmisoikeuksien sen hetkisestä sisällöstä.

Eurooppalaisen arvopohjan ihmisoikeustuomioistuin uskoo kykenevänsä selvittämään nimenomaan oikeusvertailun avulla. Taustalla lienee ajatus, että oikeusvertailu toimii dynaamis-evolutiivisuutta seuraavan oikeusturvavajeen ja ennakoimattomuuden vastapoolina. Voihan periaatteessa itse kukin seurata yleiseurooppalaisen arvopohjan ja oikeustilan kehitystä, aistia potentiaaliset muutokset sekä arvioida kansallisia perus- ja ihmisoikeussensitiivisiä oikeuskysymyksiä eurooppalaisten muutosten edellyttämällä tavalla.

Tällaiseen olettamaan on kuitenkin suhtauduttava varauksellisesti. Käytännössä yleiseurooppalainen arvopohja ja oikeustila ymmärrettäneen oikeuskulttuuriltaan vaikutusvaltaisimpien eurooppalaisten jäsenmaiden pohjalta, joissa niissäkin on tuntuvia eroja. Toiseksi ihmisoikeustuomioistuimen eivätkä varsinkaan kansallisten tuomioistuinten voimavarat riitä eri maiden oikeuskäytännön tai keskustelukulttuurin seuraamiseen. Maininnan varaan jää se, etteivät ihmisoikeustuomioistuimen omatkaan tuomarit pidä oikeusvertailuaan riittävän systemaattisena, vaan pistemäisenä ja kattavuudeltaan vajavaisena.[82]

Johtopäätös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen lainsoveltamismetodiikasta on seuraava: jotta päämääräksi asetettu yksilön oikeuksien turvaaminen voidaan toteuttaa, tämä edellyttää ihmisoikeussopimuksen (1) tehokasta, (2) autonomista ja (3) dynaamis-evolutiivista soveltamista. Näitä metodeja ei tule ymmärtää toisistaan irrallisina vaan toisiaan täydentävinä. Jotta ihmisoikeustuomioistuimen päämäärähakuisuus koettaisiin legitiimiksi, ihmisoikeustuomioistuin argumentoi myös (4) sopimusmääräysten sanamuodoilla sekä (5) oikeusvertailulla.

Vaikka ihmisoikeustuomioistuimen legitiimisyyden vuoksi on välttämätöntä tukeutua sopimusmääräysten sanamuotoihin, on korostettava, että yksilön oikeuksien sanamuotoihin viittaaminen on pikemminkin retorista kuin aito ihmisoikeudellinen laintulkinnan metodi. Vastaavasti tarkoitusta ja päämäärää koros-

---

[81] Oikeusvertailevasta metodista ks. Viljanen 2003 s. 95–104. Ks. myös Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 291–298.

[82] Tällainen kuva välittyy ainakin lukemalla ihmisoikeustuomioistuin tuomarina 1.11.1998–21.12.2006 toimineen Matti Pellonpään tekstiä. Pellonpään mukaan ihmisoikeustuomioistuimen ”oikeusvertailu ei välttämättä aina ole erityisen systemaattista.” Ks. Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 293. Kyseisen sivun alaviitteessä 34 Pellonpää tosin toteaa, että aivan viime vuosina ihmisoikeustuomioistuin on alkanut yhä enemmän turvautua tuomioistuimen sihteeristön tutkimusyksikköön, joka saattaa lisätä oikeusvertailun systemaattisuutta.

tava lainsoveltaminen edellyttää legitimiteetikseen oikeusvertailua, mutta oikeusvertailussa on vaikea tavoittaa kattavuutta tai riittävää systemaattisuutta. Näin ollen ihmisoikeustuomioistuimen lainsoveltamismetodiikkaa voidaan eittämättä pitää rikosoikeudellisesti problemaattisena. Siinä missä ihmisoikeustuomioistuimen lainsoveltamisoppi rakentuu dynaamisuudelle, rikoslainsoveltamismetodien tarkoitus on taata syyllisyysratkaisujen oikeusturva ja ennakoitavuus.

Dynaamis-evolutiivisuus ja rikoslain soveltaminen. Totesin edellä, että metodisesti ihmisoikeustuomioistuimen lainsoveltaminen voidaan ymmärtää utilitaristista moraalidoktriinia tukevana ”tärkeintä on tarkoitus ja päämäärä” -metodipatterina. Jotta kotimaiset tuomioistuimet voisivat täyttää perustuslain 22 §:n asettaman velvoitteen turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen, on selvä, että tuomioistuinten täytyy riittävissä määrin omaksua ihmisoikeustuomioistuimen päämäärähakuinen lainsoveltamismalli myös omaksi ohjenuorakseen. Esimerkiksi jos sanamuodon mukainen rikoslain soveltaminen johtaisi yksilön oikeuksien loukkaamiseen, kotimaisten tuomioistuinten on oltava valmiita tinkimään lain sanamuodon seuraamisesta.

Toisaalta ihmisoikeustuomioistuimen tarkoitusta ja päämäärää korostava lainsoveltaminen voi kuitenkin johtaa siihen, että hetkellä h^1 annettu kotimainen syyllisyysratkaisu r^1 osoittautuu jälkikäteen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa hetkellä h^2 erheelliseksi, olkoon, että alkuperäinen ratkaisu r^1 olisi hetkellä h^1 ollut sen mukainen, mikä oikeustila oli tekotekohetkellä t^1. Juha Lavapuro on todennut, ettei tällainen tilanne ole ongelmallinen, koska tuomioistuimet ratkaisevat asiansa ratkaisuhetkisen oikeustilan mukaisesti.[83] Lavapuron mukaan kotimaisten tuomioistuinten tulisi myös kyetä havaitsemaan, onko valitsevassa eurooppalaisessa oikeustilassa tapahtunut muutoksia ja jos on, kotimaisten tuomioistuinten tulisi kyetä ihmisoikeuksien edellyttämään dynaamis-evolutiiviseen lainsoveltamiseen.[84]

Ymmärtääkseni tällainen lavapuromainen ajattelumalli on tyypillinen perus- ja ihmisoikeusoppineiden keskuudessa. Ajattelumalli voidaan tiivistää seuraavasti: Lähtökohtaisesti riittää, että tuomari ratkaisee asian ihmisoikeustuomioistuimen vakiintuneen linjan mukaisesti. Toisaalta jos jossakin perus- ja ihmisoikeussensitiivisessä asiassa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö on vanhempaa tai aistittavissa on ratkaisulinjan muutoksia, kotimaisten tuomioistuinten tulisi kyetä tarvittaessa ratkaisemaan asia ihmisoikeustuomioistuimen aikaisemmasta ratkaisukäytännöstä poikkeavalla tavalla.

---

[83] Lavapuro 2011b s. 475.
[84] Lavapuro 2011b s. 475.

Vaikka aikaisemman ratkaisulinjan seuraaminen vaikuttaa kivuttomammalta vaihtoehdolta, on huomioitava, ettei ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä voida läheskään aina vetää yksittäistapauksia koskevia täsmällisiä ratkaisuohjeita. Tämä perustuu siihen, että myös ihmisoikeustuomioistuin ottaa kantaa aina yksittäiseen ihmisoikeusvalitukseen, eikä yksittäistapauksia koskevista ratkaisuista voida vetää liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä ratkaistaessa jotakin toista tapausta.[85] Näin ollen ihmisoikeustuomioistuimen vakiintunut ratkaisulinja voi olla vakiintunut vain yleisellä tasolla.

Tämä on helppo havaita myös ihmisoikeusoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöä lukemalla. Ratkaisukäytännössä toistuvat sinänsä vakiintuneet mutta varsin yleisluonteiset (ja mitään sanomattomat) klausuulit, joista on vaikea johtaa täsmällisiä oikeusohjeita yksittäisten tapausten ratkaisemiseksi.

Tavallaan ratkaisulinjan yleistasoisuus on sisäänkirjoitettu tarkoitusta ja päämäärää korostavaan lainsoveltamismalliin. Dynaamisuus edellyttää liikkumavaraa, ja liikkumavara edellyttää, ettei ihmisoikeustuomioistuin kahlitse itseään ratkaisulinjoihinsa liian tiukasti. Toisin sanoen vain yleisluonteiset perustelut jättävät tilaa tilannekohtaisuudelle. Perustelujen yleisluonteisuus on välttämätöntä myös ihmisoikeustuomioistuimen legitimiteetille. Jos ratkaisulinja olisi liian spesifi, ratkaisulinjan muutoksia ei voitaisi lainkaan kytkeä aikaisempaan ratkaisulinjaan. Tällöin vaarana olisi, että ratkaisulinjan muutokset vaikuttaisivat ulospäin mielivaltaisilta.[86]

Vaikka vallitseva mielipide ei karsasta sitä, että ihmisoikeustuomioistuimen dynaamis-evolutiivinen lainsoveltamismetodi voi johtaa siihen, että alkuperäisellä ratkaisuhetkellä h^1 asianmukaisesti ratkaistu oikeuskysymys saa toisenlaisen muodon ihmisoikeustuomioistuimessa hetkellä h^2, rikosoikeudellisesti vallitseva dogmi on varsin problemaattinen. Dogmin hyväksyminenhän edellyttää sen hyväksymistä, että jokainen tuomioistuin ratkaisee sen eteen tuodut syyllisyyskysymykset ratkaisuhetkellä voimassa olevan lain mukaisesti (eikä siis tekohetkellä vallinneen oikeustilan mukaisesti). Miten tällaiseen olettamaan on rikosoikeudellisesti suhtauduttava?

Kysymykseeni voidaan vastata kiertelemättä: rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen valossa on ongelmallista, että kutakin syyllisyyskysymystä arvioitaisiin ratkaisuhetkellä voimassa olevan lainsäädännön valossa. Ensinnäkin taannehtivuuskielto kieltää rankaisemasta teosta, jonka rangaistavuus perustuu tekohetken jälkeisiin oikeustilan muutoksiin. Esimerkiksi jos teko tehdään hetkellä h^1 ja teko kriminalisoidaan hetkellä h^2, tekijää ei voida rangaista hetkellä h^1 tehdystä

---

[85] Lavapuro 2011b s. 474.

[86] Ihmisoikeustuomioistuimelle on tyypillistä viitata aikaisempaan ratkaisulinjaansa tyyliin ”ks. mutatis mutandis myös seuraavat tapaukset”. Ks. esim. Hutchinson v. Iso-Britannia (3.2.2015, kohdat 24–25); N.A. v. Norja (18.12.2014, kohta 40). Tällainen perustelutyyli ikään kuin sitoo kunkin yksittäistapauksen ratkaisun aikaisempaan ratkaisulinjaan niissäkin tapauksissa, joissa tapausten välinen yhtäläisyys ei ole silmiinpistävää.

teosta. Tuomio annetaan nimenomaan tekohetkellä voimassa olleen lain mukaisesti.[87] Kysymys on järkeenkäyvästä asiasta: kansalaisilla on ainakin periaatteessa oltava tekohetkellä mahdollisuus arvioida se, onko hänen tekonsa kielletty vai sallittu.

Vaikka taannehtivuuskielto assosioituu lainsäätäjälle kohdistetuksi kielloksi, kiellosta voidaan johtaa myös tuomioistuimia koskeva ohje: myös tuomioistuimen on ratkaistava syyllisyyskysymykset tekohetkellä voimassa olleen oikeustilan mukaisesti. Esimerkiksi jos ihmisoikeustuomioistuin tiukentaa sananvapauslinjaansa sen jälkeen kun ilmaisu on esitetty, kiristymisen ei tulisi koitua ilmaisun esittäjän vahingoksi.

Siinä missä taannehtivuuskielto asettaa rajoitteita lukea tekohetkellä sallittua tekoa tekijänsä syyksi, rikosoikeudessa korostunut yhdenvertaisuus edellyttää varauksellista suhtautumista myös siihen, että tekijä voisi päästä hyötymään teon jälkeisistä oikeustilan muutoksista, olkoonkin, että oikeustilan muutokset vastaajan eduksi on helpompi hyväksyä. Väitteeni relevanssia voidaan havainnollistaa tarkoitushakuisella esimerkillä.

Olettakaamme, että A ja B tekevät kumpainenkin ei-lääketieteellisesti perusteltavan ympärileikkauksen hetkellä h^1. Olettakaamme edelleen, että A:lle julistetaan tuomio hetkellä h^2 ja B:lle hetkellä h^3. Olettakaamme edelleen, että hetkien h^2 ja h^3 välillä tapahtuu relevantti muutos suhtautumisessa uskonnon vapauteen ja perhe-elämän suojaan. Muutosimpulssina voi toimia ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu tai jonkin kotimaisen oikeusorgaanin päätös. Koska impulssin vaikutus vaikuttaa vasta hetken h^2 jälkeen, vain B ennättää hyötyä tuosta muutoksesta. Toisin sanoen A tuomitaan pahoinpitelystä ja B vapautetaan vastuusta.

Rikosoikeudessa korostuneen yhdenvertaisuuden valossa olisi ongelmallista, että samaan aikaan tehdyistä identtisistä teoista vain toinen tuomittaisiin rangaistukseen.[88] Näin ollen voidaan väittää, että rikosoikeudessa korostunut yhdenvertaisuus edellyttää, että rikoslain soveltamisen lähtökohtana on tekohetkellä voimassa ollut oikeustila – ellei lainsäätäjä ole varta vasten säätänyt sellaista lakia, joka on otettava huomioon vastaajan eduksi (ns. lievemmän lain sääntö). Itsestään selvänä on pidettävä ainakin sitä, ettei vastaajan syyksi voida jättää luke-

---

[87] Taannehtivuuskiellosta ks. esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 138.

[88] Tämäntyyppiseen problematiikkaan on ottanut kantaa myös korkein oikeus. Ks. KKO 2010:46. Tapauksessa oli kysymys siitä, estääkö vastaajalle määrätty veronkorotus tutkimasta tai hyväksymästä häntä vastaan ajetun veropetossyytteen (ne bis in idem). Päätöksensä perusteluissa (ks. kohta 42) korkein oikeus muun muassa toteaa, että kansalaisten yhdenvertaisuuden ja seuraamusjärjestelmän johdonmukaisuuden vuoksi on problemaattista, että mahdollisuus joutua syytteeseen ja saada tuomio riippuu sattumanvaraisesti siitä, onko hallinnollinen veronkorotuspäätös lopullinen vai ei.

matta tekohetkellä voimassa olleen lain mukaan kiellettyä tekoa millään dynaamis-evolutiivisella olettamuksella – eli tuomarin uskomuksella, että vallitsevan oikeustilan potentiaaliset muutokset voisivat myöhemmin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa koitua vastaajan eduksi.

Väitöskirjani käsikirjoituksen esitarkastukseen toimittamisen jälkeen korkein oikeus antoi kolme toisiinsa lomittuvaa ratkaisua, joissa sivutaan kyseistä tematiikkaa.[89] Kussakin tapauksessa vastaaja oli tuomittu törkeästä veropetoksesta. Rikosprosessin kanssa yhtä aikaa vireillä oli ollut myös veronkorotusasia, ja kullekin vastaajalle oli myös määrätty veronkorotusta ennen syyllisyyskysymyksen ratkaisemista. Lainvoimaisten tuomioiden poistamista tai purkamista haettiin sillä perusteella,[90] että kaksoisrangaistavuuskiellon (ne bis in idem) tulkinta oli pian tuomioiden langettamisen jälkeen muuttunut siten, ettei veropetostuomioiden langettaminen olisi enää muutoksen jälkeen ollut mahdollista.

Vaikka tapaukset eivät ole identtisiä, eikä niissä ole kysymys syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta, korkeimman oikeuden keskeisviesti voidaan tiivistää seuraavasti: rikosasioissa on syytä välttää sitä, että ratkaisuja alettaisiin tehdä tulevaisuussuuntautuneesti eli voimassa oleva oikeustila sivuuttaen. Korkeimman oikeuden mukaan veropetostuomiot oli langetettu aikaisemman oikeustilan valossa oikein – eivätkä jälkikäteiset muutokset perus- ja ihmisoikeusdogmissa voi koitua tuomitun eduksi.[91] Toisin sanoen korkein oikeus totesi, etteivät perus- ja ihmisoikeusdogmissa tapahtuneet muutokset vaikuta taannehtivasti aiempiin lainvoimaisiin tuomioihin.

On syytä alleviivata, ettei tapauksissa ollut kysymys syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta vaan jo ratkaistun syyllisyyskysymyksen poistamisesta tai purkamisesta. Näin ollen korkeimman oikeuden ratkaistavana oli se, missä määrin tuomion langettamisen jälkeiset muutokset perus- ja ihmisoikeusdogmissa tulee huomioida lainvoimaisen tuomion purkuperusteena.[92] Toisaalta korkein oikeus korostaa nimenomaan sitä, että ne bis in idem -kieltoa koskevilla muutoksilla ei ole taannehtivia vaikutuksia aikaisempiin ratkaisuihin. Tästä voitaneen päätellä, että myös syyllisyyskysymyksiä ratkaistaessa keskiössä on nimenomaan tekohetkellä vallinnut oikeustila.

---

89 Ks. KKO 2014:93; KKO 2014:94; KKO 2014:95.

90 Täsmennettäköön, että oikeudenkäymiskaaren 31 luvun mukaan lainvoimainen tuomio voidaan tehdystä kantelusta tuomiovirheen perusteella poistaa, jos tuomion poistamisen kriteerit täyttyvät (OK 31:1). Myös tuomion purkaminen syytetyn eduksi on mahdollista, jos tuomion purun edellytykset täyttyvät (OK 31:8). Ratkaisuissa KKO 2014:93 ja KKO 2014:94 oli kysymys kantelusta (lainvoimaisen tuomion poistaminen) ja ratkaisuissa KKO 2014:95 oli kysymys tuomion purkamisesta (lainvoimaisen tuomion purkaminen).

91 KKO 2014:93, erityisesti kohdat 42, 48, 54; KKO 2014:94, erityisesti kohdat 24–25; KKO 2014:95, erityisesti kohdat 2–3, 5.

92 Ratkaisut annettiin korkeimman oikeuden täysistunnossa. Eri mieltä olleet oikeusneuvokset olisivat olleet taipuvaisia huomioimaan perus- ja ihmisoikeusdogmissa tapahtuneet muutokset siten, että kyseiset muutokset olisivat olleet peruste lainvoimaisten veropetostuomioiden poistamiselle tai purkamiselle.

Toisin kuin monilla muilla oikeudenaloilla rikosoikeudessa onkin syytä korostaa staattisuutta. Kysymys ei ole siitä, että tarkoitusta ja päämäärää korostavan lainsoveltamismetodin hyväksyminen johtaisi tuomarivaltiollistumiseen. Pikemminkin kysymys on siitä, että rikosoikeudessa korostuneet oikeusturva ja ennakoitavuus edellyttävät sitä, että syyllisyysratkaisussa tuomarit suuntaavat katseensa taaksepäin. Siinä missä ihmisoikeustuomioistuin pyrkii reagoimaan, kotimaisten tuomioistuinten on syyllisyyskysymyksissä pyrittävä pysyvyyteen ja stabiliteettiin. Kokonaisuuden kannalta voi jopa olla pienempi paha altistaa kotimainen ratkaisulinja ihmisoikeustuomioistuimen moitteille kuin pyrkiä dynaamis-evolutiivisiin syyllisyysratkaisuihin oikeusturvan ja ennakoitavuuden kustannuksella, olkoonkin, että tämän sanomisella altistan itseni kritiikille.

Se, mitä stabiliteetin korostaminen edellyttää, on kansallisen harkintamarginaalin painottaminen dynaamis-evolutiivisuuden kustannuksella. Tarkastelkaamme siis lyhyesti kansallisen harkintamarginaalin merkitystä syyllisyyskysymystä ratkaistaessa.

6.4 KANSALLISEN HARKINTAMARGINAALIN MERKITYS SYYLLISYYSKYSYMYKSISSÄ

Ihmisoikeuksien logiikkaan sisältyy, että ne kantavat sisällään kahta yhteiskuntafilosofista traditiota. Vastakkain ovat yksilön oikeuksia korostava liberalistinen traditio ja aristoteeliseen traditioon pohjautuva yhteisöllisyys. Selkeimmin tämä näkyy niissä ihmisoikeuksissa, joissa ensiksi turvataan yksilön oikeus ja tämän jälkeen määritetään se, millä perusteella kyseistä oikeutta voidaan yhteiskunnan edun nimissä rajoittaa.[93] Aristoteelisesta traditiosta kumpuavat rajoituslausekkeet – ja etenkin niiden ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä saama sisältö – vaikuttavat olennaisesti siihen, miten yksilön oikeudet ovat tosiasiassa voimassa.

Tarkoitukseni ei ole keskustella yksittäisten rajoituslausekkeiden sisällöstä. Sen sijaan rikoslainsoveltamisteoreettisesti on mielenkiintoista kysyä, mikä merkitys valtion harkintamarginaalilla on ratkaistaessa syyllisyyskysymystä.[94] Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä valtion harkintamarginaaliin viitataan toistuvasti.[95] Harkintamarginaalin teoreettinen legitiimisyys voidaan joh-

---

[93] Kaikki ihmisoikeudet eivät noudata tätä logiikkaa. Ihmisoikeussopimus sisältää myös loukkaamattomia oikeuksia kuten kidutuksen ja syrjinnän kiellot. Kokonaisuutena arvioiden ihmisoikeudet kuitenkin kantavat sisällään kahta yhteiskuntafilosofista traditiota. Tästä tematiikasta (sananvapauskontekstissa) ks. Kortteinen 1996 s. 35–36.

[94] Seikkaperäisesti kansallisesta harkintamarginaalista ks. Legg 2012.

[95] Esim. OOO Ivpress ym. v. Venäjä (22.1.2013, kohta 68); Novaya Gazeta ja Borodyanskiy v. Venäjä (28.3.2013, kohta 34); Animal Defenders International v. Yhdistynyt kuningaskunta

taa nimenomaan yhteisöllisyyttä korostavasta yhteiskuntafilosofisesta traditiosta. Sen sijaan harkintamarginaalin normatiivinen hyväksyttävyys perustuu rajoituslausekkeiden sisältämään klausuuliin, jonka mukaan oikeuden rajoittaminen on hyväksyttävissä vain, jos se on ”demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätöntä”. Vaikka kaikki ihmisoikeudet eivät sisällä rajoituslauseketta, eivätkä kaikki rajoituslausekkeet sisällä edellä mainittua klausuulia, tosiasiassa harkintamarginaalilla on merkitystä sovellettaessa mitä tahansa ihmisoikeussopimuksen sisältämää määräystä.[96]

Lähtökohtaisesti valtion harkintamarginaali jättää sijan poiketa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä.[97] Tämän voisi olettaa tarkoittavan sitä, että tuomioistuimilla olisi mahdollisuus argumentoida syyllisyyskysymyksissä rikosoikeuden systematiikalla sekä aikaisemmalla ratkaisulinjalla ja todeta, että rikoslain soveltamisen oikeusturva ja ennakoitavuus edellyttävät, että syyllisyysratkaisuissa pysyttäydytään kotimaisessa näkökulmassa. Näin ei kuitenkaan ole, vaan viime vuosina ihmisoikeustuomioistuin on ominut kahtalaisen roolin. Yhtäältä ihmisoikeustuomioistuin argumentoi kansallisella harkintamarginaalilla. Toisaalta se varsin itsenäisesti päättää siitä, mitä yksilön suoja kulloisessakin tapauksessa tarkoittaa.[98]

Ihmisoikeustuomioistuimen nykyinen linja voidaan tiivistää seuraavasti: joissakin rikosoikeudellisesti irrelevanteissa asioissa, kuten sananvapauden kaupallisessa käytössä, ihmisoikeustuomioistuin on sallinut enemmän kansallista harkintavaltaa.[99] Vastaavasti ihmisoikeuksien ja yhteiskuntapolitiikan risteyskohdissa kansalliseen harkintamarginaaliin on suhtauduttu suopeammin.[100] Sen sijaan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja lukemalla ei voi välttyä ajatukselta, että rikoslain ja ihmisoikeuksien yhtymäkohdissa kansalliseen harkintamarginaalin

---

(22.4.2013, esim. kohdat 100, 102, 104–105); E.S. v. Ruotsi (21.6.2012, kohdat 58–59, 70); Mouvement raelien suisse v. Sveitsi (13.7.2012, kohdat 48, 50, 59–61, 65–67, 76).

[96] Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 306.

[97] Oivallisen esimerkin tarjoaa Ruotsin korkeimman hallinto-oikeuden (1.1.2011 saakka Regeringsrätten) ratkaisu HFD 8133-08 (17.9.2009). Tuossa ratkaisussa argumentoidaan sillä, ettei ihmisoikeustuomioistuimen muuttunut ymmärrys ne bis in idem -kiellon sisällöstä ole istutettavissa Ruotsin oikeusjärjestykseen. Näin ollen korkein hallinto-oikeus pyrki vetoamaan nimenomaan valtion harkintamarginaaliin.

[98] Viimeaikaisesta harkintamarginaalikeskustelusta ks. Rui 2013 s. 28–54; Pellonpää 2012 s. 519–540. Ks. myös Viljanen 2003 s. 247–258.

[99] Ks. esim. Kulis ja Rózycki v. Puola (6.10.2009, kohta 35); Casado Coca v. Espanja (24.2.1994, erityisesti kohta 50). Ks. myös Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 306 ja s. 737–741.

[100] Ks. etenkin James ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (21.2.1986, erityisesti kohta 46). Ks. myös Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 307.

on suhtauduttu varauksellisemmin kuin aikaisemmin.[101] Erityisesti tämä tulee esiin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista, joissa median sananvapautta on rajoitettu rikoslakia soveltamalla.[102]

Sinällään ihmisoikeustuomioistuimen logiikka on perusteltu. Rikosoikeus on auktorisoidun pakkovallan ytimessä, joten ihmisoikeustuomioistuimella on tarve harmonisoida nimenomaan se, missä yksilön oikeuksien viimekätiset rajat kulkevat. Tämä voi edellyttää paitsi rikoslain käytön yhdenvertaista rajoittamista myös sitä, että jäsenvaltiot pakotetaan rikoslailla suojelemaan kunkin yksilön oikeuksia riittävän tehokkaasti.[103] Koska ihmisoikeuksien logiikkaan sisältyy ajatus oikeuksien universaaliudesta, olisi epäloogista, jos kukin jäsenvaltio voisi historialliseen ja kulttuuriseen taustaansa vedoten täysin vapaasti määritellä sen, kuinka rikoslain ja ihmisoikeuksien keskinäissuhde on valtion rajojen sisällä ymmärrettävä.[104] Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutunut valtio ei voi todeta, että historialliseen tyyliimme on kuulunut soveltaa rikoslakia joustavasti, joten rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ei koske meitä.

---

[101] Esimerkkinä voidaan mainita ratkaisu Gough v. Yhdistynyt kuningaskunta (28.10.2014). Tapauksessa valittaja valitti ihmisoikeustuomioistuimeen siitä, että hänen yksityiselämänsä suojaa (artikla 8) ja ilmaisun vapautta (artikla 10) oli loukattu, koska hänet oli tuomittu vankeuteen julkisella paikalla alasti olosta. Perusteluissaan ihmisoikeustuomioistuin totesi, että moraaliasioissa – kuten nudismissa – jäsenvaltiolla on laaja kansallinen harkintamarginaali. Lisäksi ihmisoikeustuomioistuin totesi, että lainsäädännölliset rajoitukset ovat olleet tässä tapauksessa sinänsä hyväksyttäviä eikä valittajan ihmisoikeuksia ollut näin ollen loukattu. Perusteluissaan ihmisoikeustuomioistuin kuitenkin alleviivasi, että se tapauskohtaisesti varsin itsenäisesti arvioi, etteivät kansalliset päätökset – rikosoikeussensitiivisissäkään asioissa – muodostu ihmisoikeusvelvoitteiden vastaisiksi. Ks. Gough v. Yhdistynyt kuningaskunta (28.10.2014, erityisesti kohta 170). Harkintamarginaalin merkityksen vähentymisestä ks. myös Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 306.

[102] Ks. esim. Jucha ja Żak v. Puola (23.10.2012, erityisesti kohta 37); Ks. myös Springer AG v. Saksa (7.2.2012, erityisesti kohdat 85–88), jossa korostetaan, että ”this margin [of appreciation] goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those delivered by an independent court” – eli kansallinen harkintamarginaali ei hevin salli yleiseurooppalaisen oikeussuojan sivuuttamista. Ks. myös Suomea koskeva ratkaisu Flinkkilä ym. v. Suomi (6.4.2010, kohta 70). Vaikka tapauksessa Springer AG v. Saksa (7.2.2012) ei ollut varsinaisesti kysymys rikoslain ja sananvapauden välisestä kollisiosta, suomalaisin silmin tapaus vertaantuu – mutatis mutandis – yksityiselämää loukkaavan tiedon (RL 24:8) tai kunnianloukkauksen (RL 24:9) ja sananvapauden väliseen kollisioon.

[103] Tästä tematiikasta ks. luku 5.3 sekä ko. luvussa mainitut lähteet ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut.

[104] Vaikka nykyisin ihmisoikeustuomioistuin pyrkii itse määrittelemään ”yleispätevät” kansallisen harkintamarginaalin rajat, monissa moraaliasioissa ihmisoikeustuomioistuin sanoo sallivansa laajemman kansallisen harkintamarginaalin. Lähtökohtaisesti tämä koskee myös ”moralistista” rikoslainsäädäntöä kuten epäsiveellistä käyttäytymistä. Ks. Gough v. Yhdistynyt kuningaskunta (28.10.2014, kohdat 166, 172). Edellä alaviitteessä 101 toteamallani tavalla vaikuttaa kuitenkin siltä, että myös moraalisensitiivisen rikoslainsäädännön kohdalla kansallinen harkintamarginaali on varsin suhteellista. Ks. Gough v. Yhdistynyt kuningaskunta (28.10.2014, erityisesti kohta 170), jossa ihmisoikeustuomioistuimen toteaa haluavansa varsin itsenäisesti päättää sen, mikä lopulta on kansallisen harkintamarginaalin nimissä sopivaa ja mikä ei.

Sanotusta huolimatta on kysyttävä, tuleeko yleiseurooppalaiseen harmonisointiin pyrkiä – tai voidaanko yleiseurooppalaista harmoniaa ylipäätään saavuttaa – niissä tilanteissa, jossa rikosasioissa kollisioivat kaksi oikeutta. Matti Pellonpää on kiinnittänyt huomiota tähän problematiikkaan ja todennut, ettei ihmisoikeustuomioistuimen tulisi välttämättä muuttaa kollisioratkaisua, jos kansallinen tuomioistuin on huolellisesti punninnut eri ihmisoikeuksien tilannekohtaisen painoarvon.[105] Pellonpään kommentti on perusteltu. Vaikka esimerkiksi sananvapausrikosasioissa kansalliset tuomioistuimet joutuvat nojautumaan ihmisoikeustuomioistuimen vakiintuneisiin klausuuleihin, demokraattisissa oikeusvaltioissa voi vallita erilaisia käsityksiä yksityiselämän, kunnian ja sananvapauden yhteensovittamisesta. Tämän vuoksi ei ole sen enempää legitiimiä kuin rationaalistakaan, että ihmisoikeustuomioistuin on taipuvainen muuttamaan syyllisyysratkaisuja myös niissä tilanteissa, joissa kotimainen tuomioistuin on asianmukaisesti punninnut oikeuksien tapauskohtaisen painoarvon.[106]

Toinen kollisiotilanteisiin sisältyvä ongelma on ihmisoikeustuomioistuimen toteamus, ettei se kyseenalaista kansallisten tuomioistuinten päätöksiä, jos rikoslakia ei ole sovellettu ilmeisen väärin tai mielivaltaisesti.[107] Vaikka tämä klausuuli koskee laillisuusperiaatteen ja rikoslain tulkinnan välistä suhdetta, sillä on nähdäkseni yleisempää relevanssia syyllisyyskysymyksissä. Jos ihmisoikeustuomioistuin ei toteamansa mukaan halua puuttua ”ei-ilmeisen-väärään” rikoslain soveltamiseen, miksi se kuitenkin kyseenalaistaa sellaiset syyllisyysratkaisut, joissa kysymys on pikemminkin rikosoikeussensitiivisestä punnintatilanteesta kuin ilmeisen väärästä rikoslain soveltamisesta. Vaikka ihmisoikeustuomioistuimella on halu ylläpitää yleiseurooppalaista ihmisoikeusstandardia sekä rajoittaa kansallista harkintamarginaalia myös rikosasioissa, syyllisyyskysymyksissä ihmisoikeustuomioistuimen tulisi suhtautua pidättyväisesti kollisioratkaisujen korjaamiseen. On muistettava, että ihmisoikeustuomioistuin ei ole rikosasiantuomioistuin, eikä sen tehtävä ole määritellä sallitun ja kielletyn välistä rikosoikeudellista rajapintaa.

Toteamallani tavalla kuvattu problematiikka ei ole estänyt ihmisoikeustuomioistuinta kyseenalaistamasta kansallisten tuomioistuinten syyllisyysratkaisuja. Oivan esimerkin tarjoavat sananvapauden ja rikoslain leikkauspisteet, joissa

[105] Ks. Pellonpään kommentit teoksesta Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 308–309.
[106] Ks. myös Legg 2012 s. 83–89.
[107] Esim. Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012, kohta 52).

kysymys ei koskaan ole ollut rikoslain ilmeisen väärästä soveltamisesta, vaan poikkeuksellisen vaikeasta normatiivisesta problematiikasta.[108]

Mitä edellä sanotusta tulisi päätellä? Ensinnäkin kiistatonta on, ettei ihmisoikeustuomioistuin ole jättänyt kotimaisille tuomioistuimille harkinnanvaraa sen suhteen, kuinka sananvapauden ja rikoslain väliset jännitteet tulisi suomalaisittain hahmottaa. Näin ollen jos syyllisyyskysymyksessä risteää kaksi oikeutta, ihmisoikeustuomioistuin vaikuttaa halukkaalta pitämään ohjat käsissään. Tämä ei edellytä sitä, että kysymys olisi ilmeisen väärästä rikoslain soveltamisesta, vaan ihmisoikeustuomioistuin on altis korjaamaan myös kiperiä punnintatilanteita. Sen sijaan jos kysymys ei ole kiperästä punnintatilanteesta, ihmisoikeustuomioistuin ei juuri koskaan puutu kotimaisen tuomion sisältöön, vaan toteaa, ettei kysymys ole ilmeisen väärästä rikoslain soveltamisesta. Tällöinkään ihmisoikeustuomioistuin ei argumentoi kansallisella harkintamarginaalilla, vaan toteaa, ettei rikoslakia ole sovellettu ennakoimattomasti.

Ihmisoikeustuomioistuimen omaksumaan linjaan voidaan eittämättä kohdistaa kritiikkiä. On perusteltua olettaa, ettei ihmisoikeustuomioistuin tunne eri maiden rikosoikeudellista jatkumoa, muutostarvetta tuossa jatkumossa eikä varsinkaan päätöstensä vaikutusta rikosoikeudelliseen systematiikkaan. Syyllisyysratkaisuissa, joissa kysymys ei ole ilmeisestä ihmisoikeusloukkauksesta, olisikin perusteltua jättää tilaa kansalliselle harkintamarginaalille. Vaikka marginaali sanana viittaa liikkumavaraan, kansallinen harkintamarginaali ei vähentäisi rikoslain soveltamisen oikeusturvaa ja ennakoitavuutta, pikemminkin päinvastoin. Kansallisen harkintamarginaalin sisällä kotimaiset tuomioistuimet voisivat rikosasioissa operoida staattisesti eli ennalta olemassa olevien pelisääntöjen ja aikaisemman ratkaisulinjansa mukaisesti. Samalla rikosasioissa ihmisoikeustuomioistuimen tehtäväksi jäisi vain ilmeisten ihmisoikeusloukkausten korjaaminen.

Ihmisoikeustuomioistuinta koskevat keskeiset johtopäätökseni voin tiivistää seuraavasti. Riidatonta on, että perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyysratkaisuissa on etsittävä argumentatiivista tukea ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä. Rikosoikeudellisesti on kuitenkin suhtauduttava varauksellisesti ihmisoikeustuomioistuimen utilitaristissävytteiseen lainsoveltamiseen, jossa korostuvat hyviksi arvioidut tavoitteet ja päämäärät. Varauksetta ei voida hyväksyä myöskään sitä, että ihmisoikeustuomioistuin varsin omaehtoisesti päättää sen, mikä kussakin tilanteessa on välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa. Etenkin rikosasioissa riittävää kansallista harkintamarginaalia puoltaa se, että

[108] Tätä todentaa etenkin se, että sananvapauden ja rikoslain leikkauspisteet ovat olleet erityisen hankalia oikeustapauksia myös korkeimmalle oikeudelle.

vain kansalliseen ymmärrykseen perustuvat rikoslain rajat voivat olla kansalaisten ennakoitavissa.

Sanottu ei tarkoita sitä, että kahdesta ratkaisuvaihtoehdosta tuomioistuin voisi olla valitsematta sen, joka parhaiten edistää perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista. Toisaalta tästä velvoitteesta ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaisemisessa tulisi pyrkiä päämäärähakuiseen lainsoveltamiseen. Pikemminkin päämäärät ja tarkoitukset voivat olla relevantteja ratkaisuperusteita vasta silloin, jos muut lainsoveltamismetodit eivät kerro, miten syyllisyyskysymys on ratkaistava. Kuten edellä totesin, syyllisyyskysymyksissä ensisijaisena päämääränä on oltava tekohetkisen oikeustilan soveltaminen, ja tämä päämäärä edellyttää sitä, että rikoslain soveltamisoppi on perussävyltään staattisuutta korostava.

6.5 SYYLLISYYSKYSYMYKSEN RATKAISUMALLI

Keskusteltaessa syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta oikeusteoreettisia sitoumuksia, oikeuslähdeoppia ja rikoslain soveltamisen metodia ei voida erottaa toisistaan. Se, miten rikosoikeuteen sitoutuminen ymmärretään, vaikuttaa olennaisesti oikeuslähdeopilliseen ymmärrykseen, ja se, miten rikosoikeudellinen oikeuslähdeoppi ymmärretään, vaikuttaa olennaisesti siihen, miten syyllisyyskysymyksissä voidaan argumentoida.[109] Tämä kaikki käy oivallisesti esille ns. Bielefelder Kreis -ryhmän oikeusvertailevasta tutkimuksesta, jossa selvitetään oikeudellisen ratkaisutoiminnan yhtäläisyyksiä ja erovaisuuksia eri maissa.[110]

Koska kirjoitan rikosoikeudellisin tarkoitusperin, on painotettava, ettei Bielefelder Kreis -ryhmä tarkastele nimenomaan rikosoikeudellista ratkaisutoimintaa, vaan päämääränä on ollut tarkastella sitä, miten oikeustapaukset ylipäätään eri maissa ratkaistaan. Ryhmän ensimmäisessä tutkimuksessa paneudutaan oikeuskysymyksen ratkaisemiseen ja erityisesti kirjoitetun lain tulkintaan (Interpreting Statutes),[111] ja toisessa tutkimuksessa tarkastellaan ennakkopäätösten merkitystä (Interpreting Precedents).[112] Koska oman tutkimukseni punaisena lankana on ri-

---

[109] Lahti 2006 s. 100.

[110] MacCormick – Summers (eds) 1991/2010. Vertailtavana olivat Argentiinan, Saksan, Suomen, Italian, Puolan, Ruotsin, Ison-Britannian ja Yhdysvaltain oikeuskäytänteet. Mainittakoon, että ryhmän suomalaisjäsen Aulis Aarnio on kirjoittanut korkeimman oikeuden 75-vuotisjuhlakirjaan artikkelin, jossa hän esittelee Bielefelder Kreis -ryhmän toimintaa ja tarkoitusta. Ks. Aarnio 1993 s. 253–274.

[111] MacCormick – Summers (eds) 1991/2010.

[112] MacCormick – Summers (eds) 1997/2010.

koslain soveltaminen ja täsmällisesti sanottuna syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen, on luontaista, että tukeudun ryhmän ensimmäisen kirjan argumentteihin.

> Siinä missä Bielefelder Kreis -ryhmän tutkimuksessa puhutaan lain tulkinnasta ja oikeudellisesta argumentaatiosta, itse kirjoitan rikoslain soveltamisesta ja syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta. Toisaalta myös Bielefelder Kreis -tutkimuksessa tarkastellaan nimenomaan konkreettisen oikeuskysymyksen ratkaisemista tuomioistuimessa. Näin ollen Bielefelder Kreis -ryhmän tutkimuksessa esitetty laintulkinta- ja argumentaatiomalli voidaan ymmärtää nimenomaan tuomarille suunnatuksi metodipatteriksi, johon tukeutumalla lainsoveltamisesta voidaan suoriutua optimaalisella tavalla.

Jäljempänä tarkoitukseni on konstruoida syyllisyyskysymyksen ratkaisumalli, jota noudattamalla perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyysratkaisujen oikeusvarmuus voidaan taata parhaalla mahdollisella tavalla. Vaikka Bielefelder Kreis -ryhmä ei ollut rikosoikeudellisesti orientoitunut, ja heidän tutkimuksensa on julkaistu ennen perus- ja ihmisoikeusargumentaation kotimaista läpimurtoa, ryhmän tutkimustuloksista saadaan tukea tällaisen mallin konstruoimiseksi. Väitteeni nojaksi voidaan esittää seitsemän argumenttia.

Ensinnäkin laaja oikeusvertailu tarjoaa ainutlaatuisen pohjan peilata rikosoikeudellista argumentaatiota kansainvälisessä kontekstissa. Tämä on erityisen merkityksellistä puhuttaessa perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaisemisesta, koska tällaiset tapaukset sisältävät ylikansallisen ulottuvuuden.

Toiseksi Bielefelder Kreis -tutkimuksessa analyysin kohteena on korkeimpien oikeuksien laintulkinta ja oikeudellinen argumentaatio, joten keskiössä on kansallisen lain soveltaminen. Tämä on tärkeää, koska toteamallani tavalla syyllisyysratkaisuissa ei voida lähteä siitä kansainvälisoikeudellisesta lainsoveltamisopista, joka korostaa lain päämäärähakuisuutta oikeusvarmuuden ja ennakoitavuuden kustannuksella.

Kolmanneksi ryhmän ensimmäisessä tutkimuksessa keskiössä on oikeuskysymyksen ratkaiseminen ja erityisesti se, miten korkeimmat oikeudet kirjoitettua lakia tulkitsevat ja soveltavat. Näin ollen tutkimuksessa ei tarkastella laintulkintaa yleensä vaan konkreettisen oikeuskysymyksen ratkaisemista. Koska myös omat intressini kohdistuvat konkreettisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen, kirjan argumentit palvelevat oivallisesti näkökulmaani.

Neljänneksi Bielefelder Kreis -ryhmän tutkimus kohdistuu oikeudellisen kysymyksen ratkaisemiseen. Näin ollen ryhmä ei kirjoita näyttökysymysten ratkaisemisesta, vaan kysymys on laintulkinnasta ja oikeudellisesta argumentaatiosta puhtaimmillaan, aivan kuten omassa tutkimuksessanikin.

Viidenneksi kiinnostukseni kohteena olevan Bielefelder Kreis -ryhmän ensimmäisen kirjan lopussa esitetään oikeusvertailuun perustuva ylikansallinen

laintulkinta- ja argumentaatiomalli, jossa huomioidaan oikeusturva- ja ennakoitavuusvaateet sekä arvosensitiiviset ratkaisuperusteet. Tuonnempana todennettavalla tavalla tätä mallia modifioimalla voidaan mallintaa myös perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaisumetodiikkaa.

Kuudenneksi Bielefelder Kreis -ryhmän laintulkinta- ja argumentaatiomallin siirtäminen kotimaiseen rikosoikeudelliseen kontekstiin on kohtalaisen kivutonta, koska saan oivallista tukea Mika Huovilan kirjoituksesta ”Oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa”.[113] Kirjoituksessaan Huovila on hakenut argumentatiivista tukea nimenomaan Bielefelder Kreis -ryhmän kirjoituksista. Vaikka en jaa tai referoi Huovilan kaikkia argumentteja, hänen kirjoituksellaan on ollut selkeä vaikutus omaan ajatteluuni.[114]

Seitsemänneksi, vaikka viimeisen kahdenkymmenen vuoden aikana oikeuslähdeoppi on fragmentoitunut ja tuomioistuinargumentaatio avartunut, rikoslain soveltamisen perusperiaatteet ovat pysyneet samana. Oikeusvarmuus ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus edellyttävät, että keskiössä on kirjoitettu laki, jonka tapauskohtaista voimassaoloa pyritään jäsentämään varsin perinteisin laintulkinnallisin metodein. Näin ollen tutkimus, jonka otsake on ”Interpreting Statutes”, soveltuu oivalliseksi taustatueksi konstruoitaessa syyllisyyskysymysten ratkaisumallia.

Bielefelder Kreis -ryhmän laintulkinta- ja argumentaatiomalli. Bielefelder Kreis -ryhmän laintulkinta- ja argumentaatiomalli löytyy Neil MacCormickin ja Robert S. Summersin kirjoittamasta tutkimuksen viimeisestä luvusta, jossa oikeusvertailun pohjalta konstruoidaan yhtenevä kuva siitä, kuinka lakia eri maissa tulkitaan ja sovelletaan.[115] Mallia voidaan kutsua nelikohtaiseksi vuorovaikutusmalliksi.[116] Siinä sovellustoiminnan lähtökohtana on (1) lain sanamuoto.[117] Jos sanamuoto ei vie ratkaisuun, tämän jälkeen tuomarin on turvauduttava (2) systemaattiseen tulkintaan.[118] Jos lain sanamuoto ja systemaattinen tulkinta eivät riitä, mukaan tulee (3) teleologia ja arvosensitiivinen laintulkinta.[119] Täydentävä tulkintametodi on (4) lainsäätäjän tarkoituksen määrittäminen.[120] Lainsäätäjän tar-

---

[113] Huovila 2006 s. 13–99.
[114] Ks. myös Lahti 2006 s. 100–112. Kirjoituksessaan Lahti kommentoi myös Huovilan (2006 s. 13–99) kirjoituksen sisältöä. Bielefelder Kreis -ryhmän hahmottelema laintulkinnan metodiikka löytyy tiivistetysti myös Raimo Siltalan esittämänä. Ks. Siltala 2011 s. 251–254.
[115] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 511–544
[116] Lahti 2006 s. 102; Huovila 2006 s. 77–78. Ks. myös MacCormick – Summers 1991/2010 s. 530–532.
[117] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”linguistic argument”.
[118] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”systemic argument”.
[119] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”teleological-evaluative arguments”.
[120] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”argument from intention”.

koitusta ei kuitenkaan tule ymmärtää itsenäisenä laintulkinnan metodina, vaan muita metodeja tukevana metametodina.[121]

Tarkoitukseni ei ole tarkastella yksityiskohtaisesti sitä, mitä kukin edellä mainittu laintulkintametodi tarkoittaa. Tuonnempana sanotun ymmärtämiseksi on kuitenkin välttämätöntä tehdä riittävä katsaus kunkin yksittäisen metodin sisältöön. En kuitenkaan tyydy referoimaan Bielefelder Kreis -tutkimuksessa sanottua, vaan tarkastelen tutkimuksen antia rikosoikeudellisesti relevantilla tavalla. Teoriaosuuden jälkeen tarkastelen sitä, kuinka Bielefelder Kreis -ryhmän konstruoima laintulkinta- ja argumentaatiomalli soveltuu perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaisumalliksi.

(1) *Lain sanamuodon seuraaminen*. Bielefelder Kreis -tutkimuksen mukaan lain sanamuoto on kaikissa tutkimuksen kohteena olleissa maissa laintulkinnan ja oikeudellisen argumentaation lähtökohtana. Näin ollen oikeustapauksen ratkaiseminen aloitetaan lain kirjainta lukemalla.

Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa on keskusteltu runsaasti siitä, miten lain sanamuodon mukainen tulkinta tulee ymmärtää. Nyanssieroista huolimatta perussääntö on kirkas. Jos lain sanamuoto on ymmärrettävissä yleiskielisesti, tulee tunnusmerkistö vakiintuneiden kielenkäyttösääntöjen mukaisesti myös ymmärtää. Näin ollen lähtökohta vertaantuu Occamin partaveitseen: yksinkertaisesta ei tule pyrkiä tekemään monimerkityksellistä, koska yksinkertaisuus johtaa yleensä parhaimpaan mahdolliseen lopputulokseen. Toisaalta jos sanoilla on oma juridinen merkityksensä, tuolloin tuo erityismerkitys tulee myös ottaa ymmärryksen lähtökohdaksi.[122]

---

[121] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 522–525. MacCormick ja Summers käyttävät termiä ”transcategorical” kuvaamaan sitä, ettei lainsäätäjän tarkoitusta tule ymmärtää itsenäiseksi laintulkinnan metodiksi.

[122] HE 44/2002 vp s. 34. Vaikka tyypillisesti juridis-tekninen merkitys sivuuttaa lain yleiskielisen merkityksen, ratkaisussa KKO 2014:7 korkein oikeus arvioi asiaa eri tavalla. Kysymyksessä oli muun muassa rahankeräysrikoksen, pyramidipelin ja rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen väliset suhteet. Ratkaisun perusteluissa (ks. kohta 35) korkein oikeus toteaa, että ”…rahankeräyslakia on nyt käsillä olevilta osin perusteltua tulkita siten, että merkitystä annetaan sille lainsäätäjän tahdolle, joka lain säätämishistoriasta ja esitöistä ilmenee. Koska sanalla rahankeräys voi olla eri merkityksiä soveltamistilanteesta riippuen, sitä ei voida terminä tässä yhteydessä painottaa.” Näin ollen korkein oikeus päätyi sivuuttamaan termin ”rahankeräys” juridis-teknisen merkityksen ja painotti lainsäätäjän tahtoa ja termin ”rahankeräys” yleiskielellistä merkitystä. Jussi Tapani on kritisoinut korkeimman oikeuden ratkaisua siitä, että siinä on sivuutettu lain kirjaimen juridis-tekninen merkityssisältö. Ks. Tapani 2014 s. 740–751, erityisesti s. 749–750. Tapanin mukaan on irrationaalista määritellä termille juridis-tekninen merkityssisältö, jos sitä ei lakia sovellettaessa huomioida. Myös rikoslain soveltamisen ennakoitavuuden valossa tämä on ongelmallista. Jos termille on määritelty erityinen legaalinen merkityssisältö, oikeusalamaisilla on oikeus luottaa, että kyseinen merkityssisältö on myös lainsoveltamisen ohjenuorana.

MacCormick ja Summers huomauttavat, että tyypillinen virhe on lainsäätäjän tarkoituksen korostaminen lain sanamuodon kustannuksella.[123] Tämän väitteen relevanssi voidaan tiivistää seuraavasti: säädännäisessä oikeudessa lain sanamuoto edustaa lainsäätäjän tarkoitusta selkeimmillään. Näin ollen lainsäätäjän tahdon toteuttaminen edellyttää nimenomaan lain sanamuodon seuraamista. Toisaalta esimerkiksi Ruotsissa on perinteisesti ajateltu, että lain sanamuoto on vain lähtökohta, joka ohjaa tuomarin lainsäätäjän todellisen tahdon jäljille. Tuon todellisen tahdon oletetaan löytyvän lain esitöistä. Tällaisen ajattelumallin riski on se, että lain selkeäkin sanamuoto voidaan sivuuttaa lainsäätäjän ”todellisen tahdon” perusteella. Myöskään kansalaisia ajatellen esitöillä säätämistä ei voida pitää toivottavana, koska lain sanamuodon auktoritatiivisuus on paras tae yksilöiden oikeusturvasta ja lain ennakoitavuudesta.[124]

Alleviivattakoon, että MacCormickin ja Summersin esiin nostama huoli tulee suhteuttaa siihen, ettei Bielefelder Kreis -tutkimuksen kohteena ole syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen vaan ylipäätään oikeuskysymysten ratkaiseminen. Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vuoksi voidaan eittämättä todeta, että länsimaissa – mukaan lukien common law -tradition maat – rikoslain soveltamisen lähtökohtana on kirjoitetun rikoslain sanamuoto, olkoon, että lain esitöiden painoarvolla on maakohtaista variaatiota rikosoikeudessakin.[125] Mainitkaamme kaksi ääripäätä. Siinä missä Ruotsissa lain esityöt saavat merkittävää painoa myös rikoslakia tulkittaessa ja sovellettaessa,[126] Englannissa lain esitöillä ei ole mainittavaa sijaa tuomarin ratkaisuharkinnassa eikä tuomioistuinten argumentaatiossa.[127]

Toisaalta puhuttaessa perus- ja ihmisoikeussensitiivisestä syyllisyyskysymyksestä MacCormickin ja Summersin kommenttia ei voida sivuuttaa. Koska Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ominut itselleen lakia luovan roolin sekä tarkoitusta ja päämäärää korostavan lainsoveltamismetodin, tämä tarkoittaa sitä, että ihmisoikeustuomioistuimen perustelut vertaantuvat lain voimassaoloa täsmentäviin lainvalmisteluasiakirjoihin. Toisin sanoen kun tuomari tarkastelee perus- ja ihmisoikeussensitiivistä syyllisyyskysymystä, hän etsii argumentatiivista tukea ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä. Usein nimenomaan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuperustelut täsmentävät sitä, miten perus- ja ihmisoi-

---

[123] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 541.
[124] Aarnio 1993 s. 264.
[125] Esitöiden painoarvoeroista eri maissa ks. Summers – Taruffo 1991/2010 s. 470–471 ja s. 476–478.
[126] Esitöiden rikoslaintulkinnallisesta merkityksestä Ruotsissa ks. Jareborg 2009 s 101–103. Ks. myös Leijonhufvud – Wennberg 2009 s. 24.
[127] Esitöiden perinteisestä merkityksestä Ruotsissa ks. Peczenik – Bergholtz 1991/2010 s. 324–325 ja esitöiden perinteisestä merkityksestä Britanniassa ks. Bankowski – MacCormick 1991/2010 s. 380–381.

keussensitiiviset rikossäännöt ovat tosiasiassa voimassa. Tässä mielessä ihmisoikeustuomioistuimen perusteluita voidaankin verrata lain merkityssisältöä täsmentäviin lainvalmisteluasiakirjoihin, etenkin, jos sovellettavana olevan rikossäännön valmistelumateriaali on iäkkäämpää.

Tästä herää kysymys, missä määrin syyllisyyskysymyksissä voidaan tarttua ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuperusteluihin rikoslain sanamuodon kustannuksella. Jos uskomme MacCormickia ja Summersia, emme hevin taivu sivuuttamaan rikoslain sanamuotoa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella. Toteamallani tavalla MacCormick ja Summers suhtautuvat nuivasti siihen, että esityöt – tai esitöiden sijasta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö – saisi huomattavaa painoarvoa lain sanamuodon kustannuksella.

Verratkaamme sanottua Pekka Koposen havaintoon. Koposen mukaan nykyisin ei ole harvinaista, että rikosasioissa esityölausumat voivat häivyttää rikoslain sanamuodon merkityksen.[128] Kyseistä tendenssiä Koponen ei pidä hyvänä. Koposen mielipiteeseen on helppo yhtyä ja jatkaa, että vastaavasti perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyysratkaisuissa on pyrittävä kriittisyyteen ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuperusteluiden lukemisessa. Aivan kuten lain esitöiden liiallinen korostaminen voi johtaa sanamuodon perusteettomaan sivuuttamiseen, vastaavasti ihmisoikeustuomioistuimen perustelujen orjallinen seuraaminen voi johtaa lopputulokseen, jossa erkaannutaan liian kauas siitä, mitä rikoslaki käskee.

Rikoslain sanamuodon sivuuttaminen sisältää myös oikeusvaltiollisen riskin. Mika Huovila on painottanut, että nimenomaan lain kirjain on se työkalu,

---

[128] Koponen 2004 s. 18. Esimerkiksi kesäkuussa 2014 voimaan tulleen uuden raiskausrikostunnusmerkistön (RL 20:1) säätämisprosessi on esimerkki tilanteesta, jossa lain esitöitä korostetaan laillisuusperiaatteen ja rikoslain sanamuodon kustannuksella. Uuden raiskausrikostunnusmerkistön kolmannessa momentissa säädetään seuraavasti: Jos raiskaus huomioon ottaen uhkauksen vähäisyys taikka muut rikokseen liittyvät seikat on kokonaisuutena arvostellen vähemmän vakava kuin 1 ja 2 momentissa tarkoitetut teot, rikoksentekijä on tuomittava vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi. Perustuslakivaliokunta kiinnitti lausunnossaan huomiota siihen, että avoin tunnusmerkistötekijä ”muut rikokseen liittyvät seikat” on laillisuusperiaatteen valossa ongelmallinen. Ks. PeVL 6/2014 vp s. 3. Lisäksi perustuslakivaliokunta kiinnitti huomiota, että hallituksen esityksessä HE 216/2013 vp ei täsmennetä sitä, mitä ”muut rikokseen liittyvät seikat” voisivat olla. Perustuslakivaliokunta ei kuitenkaan edellyttänyt, että kyseinen tunnusmerkistötekijä tulisi muuttaa. Sen sijaan perustuslakivaliokunta katsoi riittäväksi, jos säännöksen yksityiskohtaisia perusteluja täsmennetään siten, että niistä voidaan päätellä se, minkälaisten seikkojen perusteella raiskausrikokseen sisällytetty uusi kolmas momentti voi tulla sovellettavaksi. Ks. PeVL 6/2014 vp s. 3. Näin ollen uuden raiskausrikoksen säätämisen yhteydessä perustuslakivaliokunta ei vain sallinut vaan suorastaan vaati hallitukselta ”perusteluilla säätämistä”. Rikosoikeudessa korostuneen lain sanamuodon mukaisuuden valossa tällaista tendenssiä voidaan eittämättä pitää ongelmallisena.

jolla lainsäätäjä pyrkii yhteiskuntaa rakentamaan.[129] Näin ollen jos tuomioistuimet irtaantuvat lain kirjaimesta ja painottavat liiallisesti ihmisoikeustuomioistuimen argumentteja, tämä voi muodostua vallan kolmijako-opin vastaiseksi. Lyhyesti: rikosoikeudessa lain kirjaimen seuraaminen ymmärretään välttämättömäksi vastaajan oikeusturvan vuoksi. Samalla taka-alalle jää kuitenkin se, että rikosoikeudessa korostunut yhdenvertaisuus edellyttää, ettei tekoja kevein perustein jätetä lukematta tekijänsä syyksi. Näin ollen jos teko allokoituu tunnusmerkistön mukaiseksi, lähtökohta on, että teosta kiinni jäänyt henkilö myös tuomitaan rangaistukseen. Olettakaamme esimerkiksi, että henkilöt kiinnittävät itsensä turkisliikkeen oveen. Tämän jälkeen ovesta kulkeminen ei ole mahdollista eikä poliisi voi heitä vaivattomasti poistaa paikalta. Vaikka perustuslaki ja ihmisoikeussopimukset sallivat mielenosoittamisen, lähtökohta on, että tekijät syyllistyvät hallinnan loukkaukseen (RL 28:11) ja haitantekoon virkamiehelle (RL 16:2).

Kyseinen esimerkki on poimittu eletystä elämästä.[130] Sakari Melander on kritisoinut korkeimman oikeuden syyksilukevaa tuomiota siitä, että perusteluissaan korkein oikeus pohjasi syyksiluettavuuden vuosia vanhoihin lain esitöihin.[131] Melanderin mukaan korkeimman oikeuden olisi tullut huomioida rikosoikeuteen yleisesti – ja kyseiseen tapaukseen erityisesti – sisältyvät perus- ja ihmisoikeusulottuvuudet.

Vaikka kiistatonta on, ettei rikoslakia soveltamalla voida rajoittaa sellaista toimintaa, jonka perus- ja ihmisoikeudet sallivat, rikostunnusmerkistön mukaista toimintaa ei pidä kevein perustein hyväksyä perus- ja ihmisoikeuksista johdetulla argumentaatiolla. Tyypillisesti myös kriminalisointien takana on pyrkimys suojella perus- ja ihmisoikeuksiin perustuvia oikeushyviä. Näin ollen jos rikoslain sanamuoto voitaisiin kategorisesti riitauttaa perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla, tämä olisi omiaan johtamaan kriminaalipoliittisesti epätoivottaviin lopputuloksiin. Tätä väitettä voidaan tukea tarkoitushakuisella esimerkillä.

Olettakaamme, että henkilöä syytetään huumausaineen käyttörikoksesta. Mikään ei estä vastaajaa väittämästä, että huumausaineiden käyttörikos loukkaa perustuslaissa turvattua yksilön vapautta (PL 1.2). Vastaaja voi myös väittää, ettei huumausaineiden vähäinen käyttö loukkaa kollektiivisia eikä yksilöllisiä oikeushyviä. Molemmat argumentit ovat normatiivisesti perusteltuja. En kuitenkaan pidä demokratiaperiaatteen mukaisena, että tuomioistuin tarkastelisi syyksilukemisen oikeutusta yksilön vapausoikeuksien näkökulmasta tällaisten väitteiden perusteella. Yksinkertaisesti vallan kolmijako-oppi edellyttää, että tuomioistuin seuraa lain kirjainta sellaisena kuin se on rikoslakiin kirjattu. Perus- ja ihmisoikeusargumentaation perusteella tunnusmerkistön mukaisesta teosta voidaan vastaajan eduksi poiketa vain, jos tuolle poikkeamalle löytyy selkeää tukea oikeusjärjestyksestä. Toki käytännössä voi olla vaikea identifioida se, minkä sisältöiset väitteet nauttivat sellaista institutio-

[129] Huovila 2006 s. 59–60.
[130] Ks. KKO 2002:91.
[131] Melander 2008 s. 22–23.

naalista tukea, että rikoslain sanamuoto voitaisiin yksittäistapauksessa syrjäyttää niiden perusteella.

(2) *Rikoslain systemaattinen tulkinta*. Syyllisyyskysymyksissä ei voida liikaa korostaa lain kirjaimen seuraamista. Toisaalta koska rikoslaki ei sovella itse itseään, rikostunnusmerkistön tapauskohtaisen relevanssin määrittäminen voi edellyttää tulkintaa. Tätä tulkintaa ei voida täydellisesti sitoa, koska rikoslain tapauskohtaista voimassaoloa täsmentävien ratkaisuperusteiden valinta on aina tuomarin tekemä päätös. Toisaalta jotta tämä päätös ei olisi mielivaltainen, tulkinnassa on pyrittävä systemaattisuuteen. Bielefelder Kreis -ryhmän terminologiaa käyttääkseni jos lain sanamuoto tapauskohtaisesti mahdollistaa useamman kuin yhden vaihtoehdon, sanamuodon merkityssisältöä on arvioitava yhteensopivasti oikeusjärjestyksen sisältämien muiden ratkaisuperusteiden kanssa.[132]

Aivan kuten sanamuodon seuraamisessa myös systemaattisella laintulkinnalla pyritään turvaaman oikeusvarmuus ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus. Säädännäiseen oikeuteen sisältyvä olettama on, että lainsäätäjä pyrkii rationaliteettiin. Jotta tuo pyrkimys toteutuisi myös oikeuskäytännössä, tuomarien on lakia soveltaessaan tulkittava lakia systemaattisesti. Vaikka systemaattinen laintulkinta on elimellinen osa eri oikeudenaloja, ennakoitavuutta korostavassa rikosoikeudessa lain systemaattisen tulkinnan voidaan sanoa olevan korostuneessa asemassa. Toisaalta MacCormickin ja Summersin painottamalla tavalla lainsäätäjän rationaliteetti on siinä määrin suhteellista, että oikean ratkaisun löytäminen eri suuntaan viettäviä ratkaisuperusteita yhdistelemällä on tapauskohtaisesti helpommin sanottu kuin tehty.[133]

Bielefelder Kreis -tutkimuksessa kyseinen problematiikka pyritään sulkeistamaan esittämällä kuusi systemaattisen laintulkinnan keinoa, joihin tukeutuen lainsoveltamisen rationaalisuus voidaan epäselvissä tilanteissa turvata optimaalisella tavalla. Kysymys ei ole vain Bielefelder Kreis -ryhmän omakohtaisesta ymmärryksestä, vaan systemaattisen laintulkinnan metodiapparaatti perustuu eri maista omaksuttujen systemaattisten laintulkinta-argumenttien keskinäiseen harmonisointiin.[134] Tiivistetysti kysymys on (I) kontekstualisoivasta laintulkinnasta,[135] (II) aikaisemman oikeuskäytännön mukaisesta laintulkinnasta,[136]

---

[132] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 513.
[133] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 535–538.
[134] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 461 ja s. 513–514. Ks. myös Huovila 2006 s. 63–67; Lahti 2006 s. 102–103.
[135] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”The argument from contextual-harmonization”. Ks. MacCormick – Summers 1991/2010 s. 513.
[136] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”The argument from precedent”. Ks. MacCormick – Summers 1991/2010 s. 513.

(III) analogisesta laintulkinnasta,[137] (IV), loogis-käsitteellisestä laintulkinnasta,[138] (V) oikeusperiaatteiden huomioimisesta[139] sekä (VI) historiallisesta laintulkinnasta.[140] Tarkastelkaamme lyhyesti sitä, missä määrin kyseiset laintulkintametodit ovat relevantteja rikoslakia sovellettaessa.

(I) Kontekstualisoiva rikoslain tulkinta tarkoittaa sitä, että tarvittaessa tunnusmerkistön sisältämät sanat on ymmärrettävä merkitysyhteydessään. Käytännössä kysymys on tunnusmerkistön sanojen ymmärtämisestä tunnusmerkistön lähisäännösten, kyseisen luvun, koko oikeudenalan, lähioikeudenalojen tai jopa koko oikeusjärjestyksen muodostaman kokonaisuuden valossa.

Kyseinen laintulkinnan metodi on sisäänrakennettu rikoslain tulkintaan. Tästä esimerkkinä ovat rikoslain lukuihin sisältyvät käsitemääritelmät, jotka täsmentävät sitä, mitä tunnusmerkistöjen sanat tarkoittavat. Esimerkiksi seksuaalirikosluvussa määritellään seksuaalinen teko (RL 20:10.2) ja virkarikosluvussa julkista valtaa käyttävä henkilö (RL 40:11)

Ensisijaisesti tunnusmerkistön merkityssisältöä onkin peilattava kyseisen luvun valossa. Jos lähisäännökset eivät täsmennä merkityssisältöä, tämän jälkeen merkityssisältöä on jäsennettävä koko oikeudenalan valossa. Toisaalta jos jotkin rikosoikeudelliset käsitteet ovat sensitiivisiä rikoslain ulkopuolisille määritelmille, systemaattinen laintulkinta edellyttää, että myös nuo rikosoikeuden ulkopuoliset merkityssisällöt huomioidaan rikoslakia sovellettaessa. Esimerkiksi koska yksityiselämä (RL 24:8) ja kunnia (RL 24:9) ovat saaneet tietyn merkityssisältönsä perus- ja ihmisoikeusdoktriinissa, tämä on huomioitava ratkaistaessa sitä, mitä yksityiselämää koskeva tieto ja kunnia rikosoikeudellisesti tarkoittavat. Yksinkertaisesti oikeusjärjestyksen johdonmukaisuus edellyttää, että yksityiselämä ja kunnia ymmärretään riittävän samansisältöisinä eri oikeudenaloilla.

(II) Toiseksi rikostunnusmerkistön sanamuotoa on luettava aikaisemman oikeuskäytännön muovaamassa merkitysyhteydessä. Jos aikaisemmasta oikeuskäytännöstä on löydettävissä tukea sanamuodon tietynlaiselle tulkinnalle, johdonmukaisuus edellyttää, että tunnusmerkistön tapauskohtaista relevanssia täsmennettäessä myös tukeudutaan tuohon oikeuskäytäntöön. Aikaisempi oikeuskäytäntö ja etenkin ennakkopäätökset ovat merkittäviä myös rikosoikeudellisessa argumentaatiossa. Verrattuna moniin muihin oikeudenaloihin syyllisyyskysy-

---

[137] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”The argument from analogy”. Ks. MacCormick – Summers 1991/2010 s. 513–514.

[138] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”Logical-conceptual argument”. Ks. MacCormick – Summers 1991/2010 s. 514.

[139] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa”The argument from general principles of law”. Ks. MacCormick – Summers 1991/2010 s. 514.

[140] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”The argument from history”. Ks. MacCormick – Summers 1991/2010 s. 514.

myksissä oikeuskäytännön merkitystä ei kuitenkaan voida korostaa lain sanamuodon kustannuksella.

(III) Kolmanneksi Bielefelder Kreis -tutkimus korostaa lain analogista tulkintaa.[141] Vaikka Bielefelder Kreis -tutkimuksessa huomautetaan, että analogista laintulkintaa harjoitetaan kaikissa tutkimuksen kohteena olevissa maissa,[142] syyllisyyskysymyksiä ratkaistaessa analogiseen tulkintaan on suhtauduttava penseästi.[143] Väitteeni relevanssi voidaan perustella seuraavasti.

Rikosoikeudellisesta analogiasta puhuttaessa on tehtävä ero lain analogian ja oikeusanalogian välillä.[144] Lain analogialla tarkoitetaan sellaista rikoslain tulkintaa, jossa päättelyn tukena on yksittäinen rikossääntö. Tällöin harkinnan kohteena on teko, joka sellaisenaan jää tunnusmerkistön sanamuodon ulkopuolelle mutta joka olennaisesti vertaantuu siihen, mitä tunnusmerkistöllä on haluttu kriminalisoida. Sen sijaan oikeusanalogialla viitataan päättelyyn, jossa tekoa ei peilata yksittäiseen tunnusmerkistöön vaan laajempaan oikeudelliseen kontekstiin. Tällöin teko ei vertaannu mihinkään yksittäiseen tunnusmerkistöön, vaan teon kiellettävyyttä ja sallittavuutta tarkastellaan esimerkiksi koko oikeusjärjestyksen perusperiaatteiden valossa. On selvä, että oikeusanalogiaan on suhtauduttava poikkeuksellisen torjuvasti. Entä kuinka rikosoikeudessa tulee suhtautua lain analogiaan?

Vaikka lain analogian ja sallitun laintulkinnan välille ei voida tehdä liiallista eroa, on huomattava, että lain analogialla ja sanamuodon mukaisella tulkinnalla on merkittävä teoreettinen ero.[145] Siinä missä sanamuodon mukaisessa tulkinnassa on kysymys semantiikasta eli sanojen merkityssisällöstä, lain analogia on arvosensitiivistä.[146] Toisin kuin sanamuodon mukaisessa tulkinnassa, lain analogia-argumentaatiossa ei siis tarkastella sitä, missä määrin sanojen merkitys vastaa teonkuvausta. Sen sijaan lain analogia-argumentaatio perustuu erityyppisten tekojen sisältämän paheksuttavuuden vertaisarviointiin. Tähän eroon kiteytyy myös se, miksi lain analogia ei sovellu rikoslain soveltamisen välineeksi. Syyllisyyskysymyksen ratkaisemisessa tulee viimeiseen asti välttää tarttumasta sellaisiin metodeihin, jotka erkaantuvat kirjoitetun lain ihanteesta.

---

[141] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 513–514.
[142] Summers – Taruffo 1991/2010 s. 467.
[143] Rikosoikeudellisesta analogiasta ks. HE 44/2002 vp s. 29–30 ja 34.
[144] Tapani – Tolvanen 2013 s. 112.
[145] Hannu Tapani Klami on kyseenalaistanut sen, kuinka sallittu tulkinta ja kielletty analogia voidaan ylipäätään erottaa toisistaan. Ks. Klami 1983 s. 207–209. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2013 s. 112. Toisaalta jos uskomme Madeleine Leijonhufvudia ja Suzanne Wennbergiä, rikoslain sallitun tulkinnan ja rikoslain analogisen soveltamisen välille voidaan tehdä ero. Ks. Leijonhufvud – Wennberg 2009 s. 23.
[146] Backman 2003a s. 23–30, erityisesti s. 27.

Sanottu pätee erityisesti vastaajan vahingoksi. Laillisuusperiaatteen vuoksi rikosvastuu voidaan perustaa vain sellaisiin tekoihin, jotka tunnusmerkistön sanamuoto normaalikielisesti tai juridisteknisesti tavoittaa.[147] Toisaalta olen taipuvainen ajattelemaan, ettei lain analogia- argumentaatio ole suotavaa vastaajan eduksikaan. Jos teko on tunnusmerkistön mukainen, oikeudenvastainen ja syyllisyyttä osoittava, henkilö tulee tuosta teosta myös tuomita. Etenkin vallan kolmijako-oppi edellyttää, etteivät tuomioistuimet omaehtoisesti konstruoi uusia vastuuvapausperusteita, joiden justifikaatio haettaisiin ei-oikeudellisesta analogia-argumentaatiosta. Lienee kuitenkin syytä huomauttaa, että oikeuskirjallisuudessa syytetyn eduksi tapahtuvaan lain analogia-argumentaatioon on suhtauduttu suopeammin.[148] Tämä ei kuitenkaan muuta sitä, että rikoslain soveltamisen keskeistavoitteiden eli oikeusvarmuuden ja ennakoitavuuden valossa analogia-argumentaatio on ongelmallista myös vastaajan eduksi.

(IV) Neljänneksi Bielefelder Kreis -ryhmän tutkimuksessa korostetaan oikeudellista käsiteanalyysiä (ns. loogis-käsitteellinen tulkinta). Mainitkaamme esimerkkinä yksityiselämä. Rikoslain 24 luvun 8 §:n mukaan henkilö voidaan tuomiota yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämisestä. Kiistatonta lienee, että sosiaalisen median myötä raja yksityisen ja julkisen välillä on hämärtynyt, eikä yksityiselämän merkityssisältöä voida sementoida. Yksinkertaisesti eri ihmisillä on erilainen ymmärrys yksityiselämän sisällöstä.

Toisaalta juridisesti yksityiselämän merkityssisältö on siinä määrin vakiintunut, että siitä saadaan johtoa sovellettaessa rikoslain 24 luvun 8 §:ää. Näin ollen on perusteltua, että yksityiselämän suojan sisällön täsmentämisessä tukeudutaan nimenomaan juridisesti vakiintuneeseen ymmärrykseen yksityiselämän sisällöstä. Koska rikoslain tulkinnassa sanojen yleiskielinen ja juridistekninen merkitys on korostuneessa asemassa, loogis-käsitteellinen tulkinta ei tuo mainittavaa lisäarvoa siihen, mihin rikosoikeudessa päästään jo sanamuodon mukaisella tulkinnalla.

(V) Viidenneksi Bielefelder Kreis -tutkimuksen mukaan lakia on tulkittava vakiintuneiden oikeusperiaatteiden edellyttämällä tavalla.[149] Esimerkiksi jos siviilioikeudellisessa kiistassa lain määräys on epäselvä, siviilioikeudellinen systematiikka voi edellyttää tuomarilta pyrkimystä kohtuullisuuteen. Tällöin kohtuullisuusperiaate saa tapauskohtaisesti sijaa siviilioikeudellisen säännöksen merkityssisällön täsmentämisessä.

Vastaavasti rikoslain tulkinnassa oikeudenalan vakiintuneilla periaatteilla on merkitystä. Periaatteiden tarkoitus ei kuitenkaan ole haastaa rikoslain kirjainta

---

147 Jareborg 2009 s. 123.
148 Esim. Backman 2003a s. 28.
149 MacCormick – Summers 1991/2010, esim. s. 514.

vaan edesauttaa sitä, että punnintatilanteessa tuomari kykenee ratkaisemaan syyllisyyskysymyksen aineellisoikeudellisesti perustellulla tavalla.

Keskeistä on havaita, että rikosoikeudessa periaatteiden merkitys voi realisoitua vain kiperässä punnintatilanteessa eli tilanteessa, jossa kysymys ei ole varsinaisesta lain tulkinnasta vaan eri suuntiin viettävien ratkaisuperusteiden välisestä punninnasta. Esimerkiksi rikostuomion perusteluissa ei voida todeta, että teko on tunnusmerkistön mukainen, oikeuden vastainen ja syyllisyyttä osoittava, mutta vakiintuneet oikeusperiaatteet edellyttävät, ettei henkilöä tuomita rangaistukseen. Tämä olisi vallan kolmijako-opin vastaista.

> Sanottu pätee myös kriminalisointiperiaatteisiin. Ne ovat rikosoikeudessa vakiintuneita periaatteita, mutta kriminalisointiperiaatteilla operointi on jätettävä lainsäätäjän tehtäväksi. Jos kriminalisointiperiaatteilla olisi selkeä merkitys rikoslakia sovellettaessa, tämä tarkoittaisi sitä, että myös asianosaiset voisivat niihin vedota. Näin ei kuitenkaan ole. Esimerkiksi vastaaja ei voi pätevästi todeta, että ”syykseni ei voida lukea sitä, mistä minulle on rangaistusta vaadittu, koska rikosoikeus ei ole oikea keino puuttua siihen, mitä olen tehnyt” (ultima ratio -periaate). Vastaavasti vastaaja ei voi todeta, että ”rankaisemattomuuttani puoltaa se, että tuomitsemiseni haitat ovat merkittäviä” (hyöty–haitta-vertailu).[150]

Lisäksi periaatteiden laintulkinnallista merkitystä suhteellistaa se, että jokaisella periaatteella on myös vastaperiaate.[151] Näin ollen tukeuduttaessa vakiintuneeseen oikeusperiaatteeseen myös periaatteen vastaperiaate on huomioitava ratkaisuharkinnassa.[152] Kuten Mika Huovila on todennut, Bielefelder Kreis -ryhmän tarkoittama periaateargumentaatio ei tuokaan todellista lisäarvoa tuonnempana käsiteltävään teleologis-arvosensitiiviseen laintulkintametodiin.[153] Myöhemmin todennettavalla tavalla teleologis-arvosensitiivinen rikoslain tulkinta on ymmärrettävä nimenomaan eri suuntiin viettävien periaatteiden välisenä punnintana.

(VI) Kuudenneksi Bielefelder Kreis -ryhmä painottaa lain historiallista tulkintaa. Lain historiallinen tulkinta ei kuitenkaan rinnastu lainsäätäjän originelliin tahtoon. Pikemminkin kysymys on siitä, että lain merkityssisältö on ymmärrettä-

---

[150] Sakari Melander lienee väitteestäni eri mieltä. Melanderin mukaan hyöty-haitta-periaatteelle voidaan antaa merkitystä myös lainsoveltamisessa. Ks. Melander 2008 s. 478. Ks. myös Tapani 2004 s. 20, jossa todetaan, että kriminalisointiperiaatteilla voi olla merkitystä oikeustapausta ratkaistaessa. Sen sijaan Kimmo Nuotio voisi argumenttini hyväksyä. Ks. Nuotio 1998a s. 516.

[151] Aikaisemmin toteamallani tavalla termiä ”periaate” käytetään rikosoikeudellisessa kontekstissa ongelmallisesti, jopa harhaanjohtavasti. Esimerkiksi laillisuusperiaate ja yhdenvertaisuusperiaate eivät ole rikosoikeudellisia periaatteita, joista voidaan tarvittaessa tinkiä. Pikemminkin kysymys on poikkeuksettomista säännöistä, jotka eivät jousta toisten sääntöjen tai periaatteiden edessä.

[152] Huovila 2006 s. 65.

[153] Huovila 2006 s. 66.

vä historiallisen kehityskaarensa tuloksena.[154] Toisin sanoen jos laki on historiansa aikana saanut tietynlaisen merkityssisällön, tuo merkityssisältö on myös huomioitava, vaikka se tapauskohtaisesti edellyttäisi lain sanamuodosta tinkimistä.[155]

Koska rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vuoksi syyksiluettavuus voi perustua vain tunnusmerkistön sanamuodon mukaisuuteen, lienee niin, ettei rikostunnusmerkistö voi saada sanamuodostaan poikkeavaa historiallista merkitystä. Lisäksi rikoslain formalistiseen luonteeseen sisältyy se, etteivät rangaistussäännökset voine saada sanamuodosta poikkeavaa merkityssisältöä vastaajan eduksikaan. Tämä ei tietenkään tarkoita sitä, että tunnusmerkistöjen voimassaolo olisi riippumaton niiden oikeuskäytännössä saamasta sisällöstä.

> Rikoslain yleisten oppien kohdalla tilanne on jokseenkin toisenlainen. Hyvän esimerkin tarjoaa olosuhdetahallisuus, joka ei perustu lain kirjaimeen vaan oikeuskäytäntöön. Tällaisessa tilanteessa rikosoikeudellinen systematiikka ja ennakoitavuus edellyttävät, että olosuhdetahallisuus ymmärretään sen sisältöiseksi kuin se on historiallisen kehityksensä myötä muotoutunut.[156] En kuitenkaan ole täysin vakuuttunut, että puhe rikossääntöjen historiallisesta kehityskaaresta tuo mitään lisäarvoa siihen, että tarvittaessa rikoslain sisältö on ymmärrettävä aikaisemman oikeuskäytännön valossa.

Toteamallani tavalla Bielefelder Kreis -tutkimuksen mukaan kiperässä tilanteessa lain kirjainta tulkitaan systemaattisesti kaikissa niissä maissa, jotka olivat tutkimuksen kohteena. Edellä sanottua kerraten systemaattisuuteen pyritään primaarisesti sillä, että (I) lakitekstille annetaan sille kuuluva merkityssisältö sen kielellisessä ympäristössä, eli lain tarkoitus kontekstualisoidaan oikeudellisesti relevantilla tavalla. Jos kyseinen metodi ei riitä, sanamuodon merkityssisältöä

---

[154] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 514.

[155] Summers – Taruffo 1991/2010 s. 465; MacCormick – Summers 1991/2010 s. 514. Jo edellä mainitussa ratkaisussa KKO 2014:7 oli kysymys rahankeräysrikoksen, pyramidipelin ja rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen välisestä suhteesta eli siitä, estääkö laillisuusperiaate lukemasta pyramidipeliä rahankeräystunnusmerkistön alaisuuteen. Tapauksessa lainsäätäjän originelli tahto konstruoitiin lainsäädäntöhistorian valossa 1930-luvulta alkaen. Toisin sanoen koska lain esityöt eivät tuoneet vastausta siihen, käsittääkö rahankeräysrikostunnusmerkistö pyramidipelin, korkein oikeus tarkasteli lainsäätäjän tarkoitusta paitsi esitöiden myös lainsäädäntöhistorian valossa. Ks. erityisesti perustelujen kohdat 20–28. Vaikka lain historiallisen tulkinnan ja lain (historiallisen) tarkoituksen välinen raja on veteen piirretty viiva, korkeimman oikeuden tapauksessa ei ollut kysymys rikoslain merkityssisällön hahmottamisesta Bielefelder Kreis -ryhmän tarkoittamassa mielessä. Pikemminkin pyrkimyksenä oli lainsäätäjän alkuperäisen tahdon määrittäminen objektiivisesti perustellulla tavalla. Huomautettakoon, että kyseinen keino konstruoida lainsäätäjän tahto pikemminkin lainsäädäntöhistorian kuin lain esitöiden valossa on rikosoikeudessa varsin poikkeuksellista. Kyseisen ratkaisun sisältämistä rikoslaintulkintateoreettisista ulottuvuuksista ks. Tapani 2014 s. 740–751.

[156] Ks. myös LaVM 28/2002 vp s. 9–10 ja HE 44/2002 vp s. 87.

jäsennetään (II) aikaisemman oikeuskäytännön perusteella, (III) tukeutumalla analogiseen argumentaatioon, (IV) pyrkimällä oikeudellisesti vakiintuneisiin käsiteanalyyseihin eli ns. loogis-käsitteelliseen laintulkintaan, (V) tukeutumalla vakiintuneisiin oikeusperiaatteisiin sekä (VI) tarkastelemalla säädöksen merkityssisältöä historiallisen jatkumon valossa.

Mainittujen systemaattisten laintulkintametodien merkitys ja painoarvo vaihtelevat eri maissa.[157] Merkittävin rajalinja menee oikeuskäytännön painoarvossa. Perinteisesti oikeuskäytännöllä ja erityisesti prejudikaateilla on common law -maissa ollut civil law -maita merkittävämpi painoarvo laintulkinnassa ja oikeudellisessa argumentaatiossa. Toisaalta tutkimuksen julkaisun jälkeen on molemmissa oikeuskulttuureissa tapahtunut muutosta. Esimerkiksi siinä missä Isossa-Britanniassa lainsäädännön merkitys on korostunut, mannermaisissa oikeuskulttuureissa prejudikaattien painoarvo on lisääntynyt.

Koska tutkimukseni punaisena lankana on syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen, on tehtävä johtopäätökset systemaattisten laintulkintametodien roolista rikoslakia tulkittaessa ja sovellettaessa. Ensinnäkin Bielefelder Kreis -tutkimuksessa todetulla tavalla systemaattisen laintulkinnan tarkoitus on varmistaa oikeusvarmuus ja lain soveltamisen ennakoitavuus. Näin ollen systemaattiset laintulkintametodit ovat elimellinen osa myös rikoslain soveltamista. Toisaalta kaikilla systemaattisilla laintulkintametodeilla ei ole samanlaista roolia rikosoikeudessa kuin joillakin toisilla oikeudenaloilla.

Selkeimmin tämä ilmenee siitä, ettei rikoslain tulkinnassa ja soveltamisessa voida tukeutua analogia-argumentaatioon (III). Myös vakiintuneiden oikeusperiaatteiden (V), kuten kriminalisointiperiaatteiden, argumentatiiviseen merkitykseen on suhtauduttava tuomioistuimissa varauksellisesti. Lisäksi rikosoikeudessa korostuneen sanamuodon mukaisuuden vuoksi käsiteanalyyttisyys eli loogis-käsitteellinen laintulkinta (IV) ei tuo lisäarvoa siihen, mihin päästään jo rikoslain säädöksen kontekstualisoivalla tulkinnalla (I) ja aikaisempaan oikeuskäytäntöön tukeutumisella (II). Bielefelder Kreis -ryhmän tarkoittamassa mielessä myöskään lain merkityssisällön historiallinen tulkinta (VI) ei tuo lisäarvoa siihen, mihin päästään jo aikaisemman oikeuskäytännön perusteella. Sen sijaan jos lainsäätäjän tarkoitus ei selviä laista (ja lain esitöistä), lainsäädännön historiallinen kehitys voi antaa osviittaa siitä, mihin lainsäätäjä on rikoslain kiellolla pyrkinyt.[158] Tällöin kysymys ei kuitenkaan ole rikoslain merkityssisällön historiallisesta jatkumosta vaan tuonnempana käsiteltävän lainsäätäjän (alkuperäisen) tarkoituksen määrittelystä.

---

[157] Summers – Taruffo 1991/2010 s. 461–509; MacCormick – Summers 1991/2010 s. 517–518.
[158] Ks. KKO 2014:7, kohdat 20–28 sekä alaviitteessä 155 sanottu.

Näin ollen johtopäätökseni on seuraava: rikoslain sanamuodon merkityssisällön täsmentämisessä kontekstualisointi ja aikaisempaan oikeuskäytäntöön turvautuminen ovat keskeisimmät systemaattisen laintulkinnan metodit. Myös lain historiallisuudella on painoarvoa, mutta vain siinä merkityksessä, että lain historiallisuus voi tukea lainsäätäjän alkuperäisen tarkoituksen määrittämistä. Sen sijaan muiden systemaattisten laintulkintametodien merkitys on korkeintaan välillistä tai implisiittistä. Havaintojeni mukaan sanottu vastaa myös sitä, kuinka korkein oikeus on systemaattisten argumenttien merkityksen syyllisyysratkaisuissaan viime vuosina hahmottanut.

(3) *Teleologinen ja arvosensitiivinen laintulkinta*.[159] Bielefelder Kreis -tutkimuksen mukaan, jos lain sanamuoto eivätkä sanamuodon merkityssisältöä täsmentävät systemaattiset argumentit tuo riittävää selkeyttä lain tapauskohtaisesta relevanssista, tuomari on pakotettu siirtymään teleologiaan ja arvosensitiiviseen argumentaatioon.[160] Bielefelder Kreis -tutkimuksen yhteenvedossa ei tehdä mainittavaa eroa teleologian ja arvosensitiivisen argumentaation välillä. Siinä missä teleologialla pyritään toteuttamaan yksittäisen lainsäännöksen tarkoitusta ja tavoitetta, arvoargumentit avartavat tavoitteenasettelua. Toisin sanoen arvosensitiivisyydellä ei pyritä ainoastaan säännön vaan viime kädessä koko oikeusjärjestyksen sisältämien perushyveiden toteuttamiseen.[161] Ymmärrettävästi positivistisissa oikeusjärjestelmissä päämäärähakuiseen laintulkintaan halutaan turvautua vain, jos muut laintulkinnan metodit eivät kerro sitä, miten oikeuskysymys on ratkaistava.

Kalibroikaamme sanottu rikosoikeudelliseen kontekstiin aloittamalla teleologiasta. Tämä edellyttää kahden täsmennyksen tekemistä. Ensinnäkin rikosoikeustieteessä puhutaan rinnakkain teleologisesta lainsoveltamisesta ja reaalisista argumenteista. Erityisesti talousrikoskontekstissa on tyypillistä puhua pikemminkin reaalisista argumenteista kuin teleologiasta.[162] Vaikka molemmat termit viittaavat päämäärähakuisuuteen, niiden rikosoikeudellinen eroavaisuus voidaan jäsentää seuraavasti. Siinä missä teleologia on päämäärähakuisen rikoslain tulkinnan ja soveltamisen metodi, reaaliset argumentit ovat teleologiaa tukevia oikeuslähteitä.[163] Todettakoon kuitenkin, että keskusteltassa oikeudellisesta argu-

---

[159] Todetulla tavalla Bielefelder Kreis -ryhmän käyttämä termi on ”teleological-evaluative arguments”. Collinsin yksikielisen englanti-englanti-sanakirjan mukaan termi ”evaluative” viittaa nimenomaan arvosensitiiviseen päätöksentekoon. Määritelmän mukaan filosofisesti termi ”evaluative” ilmaisee asenteellista tai arvostuksiin perustuvaa päätöksentekoa.

[160] MacCormick – Summers 1991/2010, esim. s. 514–515.

[161] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 514–515.

[162] Esim. Hakamies 2012 s. 62; Koponen 2004 s. 14.

[163] Ymmärtääkseni ainakin Aulis Aarnio voisi hyväksyä tällaisen erottelun. Ks. Aarnio 1989 s. 240–241.

mentaatiosta paikoittain on vaikea (joskin myös turhaa) tehdä ero sen välillä, onko kysymyksessä kannanotto metodiin vai ratkaisuperusteeseen.

Toiseksi teleologia on rikoslainsoveltamiskeskustelun ehtymätön teema.[164] Perusmuodossaan eroavaisuudet koskevat sitä, missä määrin rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen katsotaan jättävän sijaa päämäärähakuiselle rikoslain soveltamiselle.[165] Tähän keskusteluun ei ole tarvetta ryhtyä. Toteamukseksi riittää, että rikosoikeudessa teleologiaan on suhtauduttava varauksellisemmin kuin monilla muilla oikeudenaloilla, joilla ohuempi oikeusturva mahdollistaa ymmärtäväisemmän suhtautumisen seuraamusharkintaan.[166]

Vaikka rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen ja teleologian suhde on jännitteinen, teleologista harkintaa ei voida rikosoikeudesta sulkeistaa.[167] Tuomarilla voidaan jopa sanoa olevan virkaoikeudellinen velvollisuus suorittaa seuraamusharkintaa. Tämä velvoite tulee kahdesta lähteestä. Ensinnäkin oikeudenkäymiskaaren mukaan tuomarin on tarkoin tutkittava lain oikeata tarkoitusta ja perustusta sekä tuomita sen mukaan (OK 1:11). Toiseksi perustuslakiin sisältyvän demokratiaperiaatteen voidaan katsoa edellyttävän sitä, että tuomari toteuttaa nimenomaan sen, mihin lainsäätäjä on lailla pyrkinyt.[168]

Teleologiaa ei kuitenkaan tule samaistaa lainsäätäjän tarkoitusta korostavaan laintulkintaan. Siinä missä teleologiselle laintulkinnalle ominaista on päämäärähakuisuus, lainsäätäjän tarkoitusta korostava ymmärrys kääntää katseet menneisyyteen, olkoon, että käytännössä teleologia edellyttää myös lain tarkoituksen historiallista ymmärtämistä.[169] Tässä seuraamushakuisuudessa piilee myös se vaara, jonka vuoksi teleologiaan on suhtauduttava varauksellisesti. Joka kerta kun tuomari kääntää katseensa tulevaisuuteen, erkaannutaan oikeusturvasta ja ennakoitavuudesta.

---

[164] Tapani – Tolvanen 2013 s. 109.

[165] Lienee syytä täsmentää, että rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa puhutaan rinta rinnan teleologisesta laintulkinnasta ja päämäärähakuisesta rikoslain soveltamisesta. Ks. esim. Jareborg 2009 s. 111. Molemmilla käsitteillä tarkoitetaan kuitenkin samaa asiaa.

[166] Toisaalta myös Bielefelder Kreis -tutkimuksessa painotetaan, että teleologista seuraamusharkintaa voidaan käyttää vain ”…rajatusti, tulkiten sääntöä siten, että konkreettisessa oikeuskysymyksessä tuo tulkinta on yhteensopiva lain sanamuodon ja tarkoituksen kanssa” (suomennos TH). Ks. MacCormick – Summers 1991/2010 s. 514.

[167] Jareborg 2009 s. 111.

[168] Huovila 2006 s. 68.

[169] Varsin keskusteltu teema on se, tuleeko teleologian tukena käyttää lainsäätäjän subjektiivista vai objektiivista tarkoitusta. Siinä missä subjektiivinen tarkoitus viittaa lainsäätäjinä toimineiden henkilöiden konkreettisiin aikomuksiin, objektiivisen tarkoituksen oletetaan löytyvän relevanteista oikeuslähteistä. Ks. esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 109–110; Huovila 2006 s. 69. Pidän selvänä, että syyllisyysratkaisuissa on välttämätöntä pyrkiä selvittämään nimenomaan lain objektiivinen tarkoitus. Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen valossa olisi teoreettisesti ongelmallista samaistaa lain (todellinen) tarkoitus lain taustalla piileviin lainsäätäjän subjektiivisiin asenteisiin.

Vaikka rikosoikeudessa teleologiset argumentit johdetaan oikeuslähteistä, seuraamusharkinta on aina altis tuomarin subjektiivisille arvostuksille. Erityisesti tämä pätee ratkaistaessa perus- ja ihmisoikeussensitiivistä syyllisyyskysymystä. Mainitkaamme jälleen esimerkkinä poikien ympärileikkaus. Jos tuomari puoltaa uskonnon ja perhe-elämän vapautta, hän on taipuvainen löytämään argumentteja näiden seikkojen puolesta. Harkinnan taustalla voi vaikuttaa esimerkiksi tuomarin pyrkimys edistää monikulttuurisuutta. Toisaalta jos tuomari ei hyväksy henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkausta, hän on taipuvaisempi puoltamaan seuraamusharkinnassa pahoinpitelyn kieltoa. Harkinnan taustalla voi vaikuttaa esimerkiksi pyrkimys vetää selvä raja siihen, ettei lasta saa tarpeettomasti satuttaa.

Neutraalimpi esimerkki on velallisen rikokset. Jos tuomari puoltaa vastaajan oikeusturvaa, hän on taipuvainen suhtautumaan nihkeästi teleologiaan vastaajan vahingoksi. Sen sijaan jos tuomari kokee velkojien oikeudet tärkeäksi, hän on taipuvaisempi löytämään juridisia argumentteja vastaajan vahingoksi.

Kriitikko voi huomauttaa, ettei laki sovella itse itseään, joten myös lain merkityssisällön systemaattinen tulkinta on avoin tuomarin arvostuksille. En kiistä tätä, mutta systematiikassa on kysymys taaksepäin katsomisesta eikä tulevaisuussävytteisestä seuraamusharkinnasta. Tämän vuoksi systemaattiset argumentit ovat vähemmän arvosensitiivisiä kuin teleologia. Moraaliteorian kielellä sanottuna systemaattisessa laintulkinnassa on kysymys pyrkimyksestä seurata sääntöä (deontologia), kun taas teleologiassa painopiste kallistuu hyviksi arvioituihin päämääriin (utilitarismi). Näin ollen on luontevaa, että teleologiaan turvaudutaan vain, jos lain sanamuoto ja lain sanamuodon merkityssisältöä täsmentävät systemaattiset argumentit eivät johda ratkaisuun.

Entä mitä teleologia tarkoittaa käytännössä? Jos kysymme asiasta rikosoikeusoppineilta, tyypillinen vastaus on, että seuraamusharkinta on osa syyllisyyskysymysten ratkaisemista, mutta teleologialla ei saa loukata sanarajasääntöä.

Vaikka erimielisyyttä on siitä, kuinka paljon tunnusmerkistöt joustavat teleologian edessä, yhteistä oikeusoppineille on ymmärrys, jonka mukaan tuomarin on pysyttävä tunnusmerkistön sanamuodon sisällä. Tällainen väittämä on oikeusvaltioteoreettisesti välttämätön mutta sisällöllisesti hedelmätön. Jos tuomari tietää, että tunnusmerkistön sanamuoto kattaa jonkin teon, eikä käsillä ole vastuuvapausperusteita, olemassa ei ole sen enempää tarvetta kuin perustettakaan arvioida rikoslain tarkoitusta tai ratkaisun potentiaalisia seuraamuksia. Syyllisyyskysymys ratkeaa nimenomaan sen perusteella, että teko on tuomarin mukaan tunnusmerkistön mukainen.

Sen sijaan jos teon tunnusmerkistön mukaisuus on aidosti riidanalainen, eivätkä systemaattiset argumentit tarjoa riittävästi tukea syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseksi, tuomari on pakotettu turvautumaan teleologiseen harkintaan. Tällöin on tarpeellista arvioida paitsi lain perimmäistä tarkoitusta myös eri ratkaisu-

vaihtoehtojen seuraamuksia. Samalla on huomioitava, ettei seuraamusharkinta ole vapaata, vaan tuomarin on syyksilukevan tuomion perusteluissa osoitettava, miksi teko allokoituu rikostunnusmerkistön alaisuuteen.

Seuraamusharkinnassaan tuomarin on huomioitava paitsi kriminalisoinnin taustalla olevat oikeushyvät myös rangaistusvastuun toteuttamisvaateen vastaperiaatteet eli vastaajan oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus. Näin ollen teleologisessa harkinnassa tingitään sanarajasäännöstä, mutta sitomattoman harkinnan estona toimii rikosvastuun toteuttamisen vastapooli eli vastaajan oikeusturva.

Argumentaationi lähestyykin Mika Huovilan käsitystä, jonka mukaan teleologia voidaan ymmärtää nimenomaan eri suuntiin viettävien ratkaisuperusteiden välisenä punnintana.[170] Toisin sanoen Huovilan mukaan rikosoikeudessa ei ole tarvetta tehdä suurta eroa teleologisen laintulkinnan ja punninnan välille. Huovilan näkemys on perusteltu. Vaikka sanarajat asettavat teleologisen seuraamusharkinnan teoreettiset rajat, käytännössä teleologian vastinparina toimivat laillisuusperiaatteen tausta-arvot eli vastaajan oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus. Nimenomaan nämä ratkaisuperusteet – eivätkä niinkään sanojen fiktiiviset rajat – rajoittavat päämäärähakuisuutta vastaajan vahingoksi.[171]

Entä mitä Bielefelder Kreis -ryhmä tarkoittaa tuomarin arvosensitiivisellä harkinnalla, eli mikä on teleologisen ja arvosensitiivisen seuraamusharkinnan välinen suhde? Toteamallani tavalla Bielefelder Kreis -tutkimuksessa puhutaan rinta rinnan teleologiasta ja arvosensitiivisyydestä, mutta kysymys ei ole identtisistä laintulkinnan metodeista. Rikosoikeudellisesti kyseistä eroa voidaan kuvata seuraavasti: siinä missä teleologia vertaantuu yksittäisen rikostunnusmerkistön tarkoitukseen ja tavoitteeseen, arvosensitiivisen harkinnan ydin on pyrkiä tukemaan sitä, miten syyllisyyskysymys olisi ratkaistava, jotta tuomion lopputulos toteuttaisi optimaalisella tavalla oikeusjärjestyksessä tärkeiksi koettuja päämääriä.

Puhuttiin sitten teleologiasta tai arvosensitiivisestä harkinnasta, kumpainenkaan niistä ei salli sitä, että lain kirjain voitaisiin sivuuttaa merkityksettömänä. Pikemminkin kysymys on siitä, että lain sanamuodon ja systemaattisten argumenttien mahdollistaessa edelleen kaksi eri ratkaisuvaihtoehtoa (syytön tai syyllinen) syyllisyysratkaisu on tehtävä paremmaksi arvioidun seuraamuksen perusteella.[172] On jokseenkin makuasia, puhutaanko tällaisessa tilanteessa teleologisesta vai arvosensitiivisestä lainsoveltamisesta. Rikosoikeudellisesti keskeisin ero selittyneekin lakipositivistisella traditiolla. Siinä missä teleologiaa pidetään

[170] Huovila 2006 s. 70–71.
[171] Näin myös Lahti 2006 s. 107–108.
[172] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 514–515.

salonkikelpoisena rikoslain tulkinnan metodina, puhe arvosensitiivisestä harkinnasta koetaan negatiiviseksi.

Huovila on lähtenyt siitä, että suomalaisessa kontekstissa Bielefelder Kreis -tutkimuksessa tarkoitettu arvosensitiivinen harkinta on ymmärrettävä perus- ja ihmisoikeusmyönteiseksi laintulkinnaksi.[173] Huovilan perusajatus on seuraava: elleivät rikoslain sanamuoto ja systemaattiset argumentit riitä, tuomarin on pyrittävä ratkaisemaan syyllisyyskysymys lailla tavoitellun päämäärän mukaisesti (teleologia). Tavoiteltu päämäärä ei kuitenkaan ole selviö, vaan kiperien tapausten luonteeseen kuuluu, että tavoitellun päämäärän vastapoolina toimii jokin toinen arvokas päämäärä. Se, kumpi päämääristä toteutetaan, edellyttää punnintaa. Jotta punninnassa päädyttäisiin lain edellyttämään ratkaisuun, ratkaisuvaihtoehdoista tulee valita se, joka optimaalisella tavalla edistää perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista.

Näin ollen Huovila lähtee siitä, että elleivät lain sanamuoto ja systemaattiset argumentit vie ratkaisuun, ratkaisuharkinnassa on turvauduttava seuraamusharkintaan. Jotta seuraamusharkintaa voitaisiin pitää legitiiminä, ratkaisu on tehtävä perus- ja ihmisoikeuksien edellyttämällä tavalla. Näin ollen viime kädessä kysymys on nimenomaan perus- ja ihmisoikeusmyönteisestä laintulkinnasta.[174]

Epätyypillisenä punnintatilanteena Huovila mainitsee petosrikostunnusmerkistön (RL 36:1) ja laillisuusperiaatteen välisen vastakkainasettelun.[175] Kiperässä ratkaisutilanteessa seuraamusharkinnan vastapooleina toimivat perus- ja ihmisoikeusdogmista johdettavat omaisuuden suoja (PL 15) ja oikeusturva (PL 8). Huovilan mukaan siinä missä omaisuuden suoja kallistaa vaakaa syyksilukevan tuomion puolelle, rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ja etenkin vastaajan oikeusturva toimivat syyksilukevan tuomion vastimena.[176] Toisin sanoen tuomarilla on yhtäältä velvollisuus suojella uhrin omaisuuden suojaa ja toisaalta syytetyn oikeusturvaa. Kiperässä tilanteessa omaisuuden suoja voi puoltaa offensiivista teleologiaa, mutta laillisuusperiaate takaa vastaajan oikeudet. Näin ollen kysymys ei ole vain petostunnusmerkistön teleologisesta soveltamisesta vaan omaisuudensuojan ja oikeusturvan välisestä punninnasta, jossa oikeusturva toimii seuraamusharkinnan rajoittimena.

Vaikka rikoslain tarkoitus on suojella perus- ja ihmisoikeuksiin takautuvia oikeushyviä (niin yksilöllisiä kuin kollektiivisiakin),[177] on kiistanalaista, missä määrin esimerkiksi petosrikostunnusmerkistön taustalla oleva omaisuuden suoja

---

[173] Huovila 2006 s. 59 ja s. 68, alaviite 160.
[174] PeVM 25/1994 vp s. 4.
[175] Huovila 2006 s. 71.
[176] Huovila 2006 s. 71–72.
[177] Suojeltavien oikeushyvien takautumisesta perus- ja ihmisoikeuksiin ks. luvussa 5 oleva alaviite 103 sekä siinä mainitut lähteet.

tulee ottaa konkreettisessa ratkaisutilanteessa huomioon (olkoon yksittäinen syyllisyyskysymys kuinka haastava tahansa). Myös Huovila itse toteaa, etteivät tämäntyyppiset oikeustapaukset edusta tyypillisiä punnintatilanteita eikä tällaisiin tapauksiin sisältyvillä perus- ja ihmisoikeusulottuvuuksilla ole tarpeen argumentoida eksplisiittisesti.[178] Toisin sanoen vaikka teleologinen laintulkinta voidaan myös vähemmän selkeissä perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä purkaa oikeuksien väliseksi ristiriidaksi (suojeltavat oikeushyvät vs. vastaajan oikeusturva), tämä ei tarkoita, että tuomarin tulisi aktiivisesti pyrkiä perus- ja ihmisoikeuspunnintaan. Perus- ja ihmisoikeuspunnintaan on syytä turvautua vain sellaisissa tilanteissa, joissa perus- ja ihmisoikeusulottuvuus on aito.

Toisaalta vaikka lähden siitä, ettei ”epäaidoissa” perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä ole tarvetta suorittaa eksplisiittistä perus- ja ihmisoikeuspunnintaa, olisi erheellistä väittää, ettei Huovilan pyrkimys takauttaa seuraamusharkintaan sisältyvä arvosensitiivisyys perus- ja ihmisoikeuksiin ole rikosoikeusteoreettisesti perusteltu. Koska emme halua luopua lainmukaisuudesta, on luontevaa pyrkiä johtamaan teleologisessa harkinnassa vaikuttavat arvostukset perus- ja ihmisoikeusmatriisista.[179] Muussa tapauksessa saattaisimme joutua myöntämään, että kiperiin syyllisyyskysymyksiin sisältyvä seuraamusharkinta on vailla institutionaalista tukea.

On ikään kuin lakipositivistisen oikeusteorian mukaista ajatella, että reaaliset argumentit ja niiden vastapoolit johdetaan perus- ja ihmisoikeuksista eikä esimerkiksi osakemarkkinataloustieteellisistä näkemyksistä, kuten on tyypillistä pörssirikoksista kirjoitettaessa.[180] Näin ollen huovilamainen pyrkimys hakea kiperän syyllisyysratkaisun legitimiteetti pikemminkin perus- ja ihmisoikeusdogmista kuin kriminalipolitiikasta on positivismia korostavassa oikeusjärjestyksessä oikeusteoreettisesti perusteltu.[181]

---

[178] Huovila 2006 s. 72.

[179] Ks. myös Koponen 2004 s. 20–21. Koposen mukaan kriminaalipoliittisten argumenttien ja teleologisen rikoslain soveltamisen rajoitteena toimivat nimenomaan perus- ja ihmisoikeudet. Näin ollen myös Koponen takauttaa rikoslain soveltamisen viimekätisen hyväksyttävyyden perus- ja ihmisoikeuksiin.

[180] Painokkaan puheenvuoron taloustieteellisen tiedon merkityksestä rikoslakia sovellettaessa on esittänyt Kaarlo Hakamies, jonka mukaan tuomioistuinten olisi huomioitava taloustieteellinen argumentaatio (talous)rikosoikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Ks. Hakamies 2013 s. 288–293, erityisesti s. 293. Vaikka suhtaudun varauksellisesti siihen, että tuomioistuimissa operoitaisiin (politiikkaherkällä) taloustieteellisellä argumentaatiolla, lienee toki niin, että erityyppinen (kriminaali)poliittinen argumentaatio on ja pysyy osana rikosoikeudellisesta harkintaa myös tuomioistuimissa. Näin siitäkin huolimatta, että kriminaalipolitiikan politisoituminen voi vähentää kriminaalipoliittisten argumenttien lainopillista merkitystä. Tästä tematiikasta ks. Lappi-Seppälä 2006 s. 51 ja s. 161–163.

[181] Kriitikko voi tietenkin kyseenalaistaa sen, missä määrin eri kriminalisointien taustalla vaikuttavat oikeushyvät voidaan takauttaa perus- ja ihmisoikeuksiin.

En kuitenkaan varauksetta hyväksy Huovilan näkemystä, jonka mukaan Bielefelder Kreis -ryhmän tarkoittamat arvot (arvosensitiivinen laintulkinta) voitaisiin lokalisoida ja samaistaa perus- ja ihmisoikeusmyönteiseksi laintulkinnaksi.[182] Varauksellisuuteni johtuu siitä, että perus- ja ihmisoikeusmyönteisyyden ymmärtäminen syyllisyyskysymyksen viimekätiseksi ratkaisuperusteeksi on naiivia. Syynä on se, että perustuslakivaliokunnan käsky, jonka mukaan tuomarin on valittava perusteltavista vaihtoehdoista sellainen, joka …"parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteumista", on sisällöllisesti tyhjä.[183] On arkijärjen mukaista, että tilanteessa, jossa laki tuntuu mahdollistavan kaksi eri syyllisyysratkaisua, valinta on tehtävä siten, että päätös toteuttaa optimaalisella tavalla oikeusjärjestyksen perusperiaatteita. Ongelma on nimenomaan siinä, että konkreettisessa tilanteessa on vaikea sanoa, kumpi ratkaisuista parhaiten edistää perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista. Tämä kysymys ei tietenkään ratkea sillä, että tuomarilta edellytetään perus- ja ihmisoikeusmyönteistä tulkinta-asennetta.

Sen sijaan keskiöön nousevat Bielefelder Kreis -ryhmän tarkoittamat ja perus- ja ihmisoikeuksien yläpuolella olevat sisällölliset oikeudenmukaisuusargumentit.[184] Kiperässä tilanteessa ne ovat välttämätön osa tuomarin harkintaa ratkaistaessa sitä, mikä ratkaisuvaihtoehto edistää optimaalisella tavalla perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista. Näin ollen perus- ja ihmisoikeusmyönteisyyttä ei voida kritiikittä samaistaa Bielefelder Kreis -ryhmän tarkoittamaan arvosensitiivisyyteen eikä varsinkaan pitää syyllisyyskysymysten viimekätisenä ohjenuorana. Ainakaan perus- ja ihmisoikeusmyönteisyydestä puhuminen ei tarjoa tuomarille todellista johtoa ratkaistaessa kiperää syyllisyyskysymystä. Pikemminkin tarvitaan keino, jonka perusteella eri suuntiin viettävät oikeudet voidaan laittaa konkreettiseen etusijajärjestykseensä optimaalisella tavalla.

Tämän vuoksi pyrin jäljempänä konstruoimaan teoreettisen harkintamallin, jonka perusteella tuomari voi pyrkiä ratkaisemaan eri suuntiin viettävien oikeuksien välisen kollision optimaalisella tavalla.[185] Tästä ei kuitenkaan tule tehdä sitä johtopäätöstä, että perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä on kategorisesti suoritettava eri suuntiin viettävien argumenttien välistä punnintaa. Huovilan tarkoittamalla tavalla punnintaan tulee ryhtyä vasta silloin, jos tuomari on umpikujassa eli tilanteessa, jossa varsinaiset laintulkinnan metodit eivät johdata tuomaria ratkaisuun. On syytä pitää mielessä, ettei punninta ole laintulkintaa eikä varsinainen lainsoveltamisen metodikaan. Pikemminkin se on viimekätinen ratkaisukeino, johon ratkaisupakon alla toimivan tuomarin on pak-

[182] Huovila 2006 s. 59, 68 ja 72.
[183] PeVM 25/1994 vp s. 3.
[184] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 514–515.
[185] Ks. luku 6.8.

ko turvautua, jos lain sanamuoto, systemaattiset argumentit (ja tunnusmerkistön teleologinen tulkinta) eivät tarjoa ratkaisua syyllisyyskysymykseen. Samalla se on ratkaisukeino, johon turvautumalla väistämättä erkaannutaan oikeusturvasta ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuudesta.

(4) *Lainsäätäjän tarkoitus*. Neljäntenä laintulkinnan ja soveltamisen metodina Bielefelder Kreis -tutkimuksessa mainitaan lainsäätäjän tarkoitus. Vaikka lainsäätäjän tarkoitus mainitaan viimeisenä metodina, tätä ei tule ymmärtää neljänneksi kehotukseksi tutkia lainsäätäjän tarkoitusta ”jos mikään muu ei auta”. Aikaisemmin toteamallani tavalla Bielefelder Kreis -ryhmän mukaan lainsäätäjän tarkoitus on muiden laintulkintametodien tukimetodi eli eräänlainen metametodi. Lainsäätäjän tarkoitus voidaan huomioida sanamuodon mukaisen, systemaattisen ja teleologis-arvosensitiivisen argumentaation tukena, mutta itsenäistä laintulkinnallista merkitystä lainsäätäjän tarkoituksella ei ole.[186]

Lainsäätäjän tarkoituksesta puhuttaessa on tehtävä ero lain tarkoituksen ja lainsäätäjän tarkoituksen välillä.[187] Siinä missä lain tarkoitus viittaa nimenomaan lain tarkoitukseen (teleologia), lainsäätäjän tarkoitus voidaan Bielefelder Kreis -ryhmän tarkoittamalla tavalla ymmärtää laintulkinnan tukimetodiksi, jonka perusteella voidaan täsmentää muiden laintulkintametodien tapauskohtaista relevanssia. Esimerkiksi siinä missä rikoslain sanamuodon mukainen tulkinta koskee lain tarkoitusta, lainsäätäjän tarkoitukseen tukeutumalla voidaan pyrkiä täsmentämään sitä, mikä lain sanamuodon merkityssisältö täsmällisesti ottaen on. Käsitteellisten epäselvyyksien välttämiseksi rinnastan lainsäätäjän tarkoituksen lainsäätäjän tahtoon. Näin ollen en jäljempänä puhu lainsäätäjän tarkoituksesta vaan lainsäätäjän tahdosta.

Lainsäätäjän tahdolla voidaan viitata lainsäätäjän subjektiiviseen tai objektiiviseen tahtoon. Tällöin subjektiivinen tahto viittaa lainsäätäjän tosiasiallisiin tarkoituksiin eli siihen, mihin lainsäätäjä on lakia säätäessään pyrkinyt. Sen sijaan objektiivinen tahto viittaa siihen, miten lakia on oikeuslähteiden perusteella luettava. Toisin sanoen siinä missä subjektiivisen näkökulman mukaan relevantteja argumentteja ovat lainsäätäjät halut ja motiivit, objektiivinen näkökulma korostaa lain rationaliteettia ja systematiikkaa. Vaikka näkökulmaero on olennainen, molemmissa tapauksissa kysymys on lain perimmäisen merkityssisällön täsmentämisestä.[188] Koska lainsäätäjän subjektiivista ja objektiivista tahtoa etsi-

---

[186] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 522–525.

[187] Huovila 2006 s. 73.

[188] MacCormick – Summers 1991/2010 esim. s. 515–516 ja 522–525; Huovila 2006 s. 73–76; Tapani – Tolvanen 2013 s. 109–110. Huomautettakoon, että Tapani ja Tolvanen puhuvat subjektiivisesta ja objektiivisesta lainsäätäjän tarkoituksesta teleologisen laintulkinnan yhteydessä. Lainsäätäjän tahtoon liittyvästä filosofisesta problematiikasta ks. Lagerspetz 2001 s. 375–385.

tään samoista oikeuslähteistä, kuten lain esitöistä, ero subjektiivisen ja objektiivisen lainsäätäjän tahdon välillä on pitkälti akateeminen.[189]

Äkkiseltään tuntuu siltä, että lainsäätäjän tahto on omaehtoinen argumentti ratkaistaessa kiperää oikeuskysymystä. Näin ei kuitenkaan ole. Bielefelder Kreis -tutkimuksessa todetulla tavalla lainsäätäjän tahto ei tuo itsenäistä lisäarvoa siihen, mihin päästään lain sanamuodon mukaisella tulkinnalla ja systemaattisilla argumenteilla.[190] Tämä perustuu siihen, että lainsäätäjän tahtoa edustaa ensisijaisesti lakiteksti. Jos lakiteksti tapauskohtaisesti mahdollistaa useamman ratkaisuvaihtoehdon, tuomarin on harjoitettava systemaattista laintulkintaa – ja jos systemaattinen tulkinta ei riitä, tuomarin on siirryttävä teleologiseen ja arvosensitiiviseen harkintaan. Asia voidaan esittää myös seuraavasti: syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin ensisijainen tehtävä on toteuttaa lain kirjaimen ilmentämää lainsäätäjän tahtoa. Jos lainsäätäjän tahto on lain kirjaimen perusteella epäselvä, lainsäätäjän tahtoa ei itseään voida ymmärtää itsenäiseksi laintulkinnan metodiksi. Tällöinhän lainsäätäjän tahto on se nimenomainen päämäärä, jota muiden laintulkintametodien perusteella pyritään tapauskohtaisesti selvittämään.

Kuten edellä totesin, lainsäätäjän tahdolla on kuitenkin relevanssia arvioitaessa laintulkinnallisten argumenttien painoarvoa. Esimerkiksi jos syyllisyyskysymys ei ratkea yksin lain kirjaimen perusteella (sanamuodon mukainen tulkinta), potentiaalisella prejudikaatilla on huomattavaa painoarvoa (systemaattinen tulkinta). Toisaalta jos korkein oikeus on päätynyt 3–2 äänestysratkaisuun, ja tämän ratkaisun jälkeen samaa asiaa on käsitelty esimerkiksi perustuslakivaliokunnassa, lainsäätäjän tahto voi edellyttää korkeimman oikeuden ratkaisun sivuuttamista.

Tämänkaltainen tilanne on aktualisoitunut yksityisen pysäköintivalvonnan yhteydessä. Ratkaisussa KKO 2010:23 korkein oikeus totesi yksityisen pysäköintivalvonnan olevan sallittua. Asiasta puhkesi julkinen keskustelu ja vireille laitettiin lainsäädäntöhanke, jonka tarkoitus oli mahdollistaa yksityinen pysäköintivalvonta.[191] Perustuslakivaliokunta suhtautui nuivasti lakihankkeeseen ja torppasi sen perustuslain vastaisena.[192]

Tämänkaltaisessa tilanteessa tuntuu luontevalta ajatella, että lainsäätäjän tahto menee korkeimman oikeuden prejudikaatin yli. Yksinkertaisesti prejudikaatilla ei ole painoarvoa, koska se on lainsäätäjän tahdon vastainen. Näin ollen vaikka lainsäätäjän tahtoa ei voida ymmärtää itseriittoisena laintulkinnan metodina, lainsäätäjän tahto ei ole merkityksetön. Bielefelder Kreis -tutkimuksessa tode-

---

[189] Ks. myös alaviite 169, jossa totesin kuitenkin olevan rikosteoreettisesti ongelmallista, jos lainsäätäjän tahto samaistettaisiin lainsäätäjän subjektiivisiin asenteisiin.
[190] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 522–525. Ks. myös Huovila 2006 s. 75.
[191] Ks. HE 223/2010 vp.
[192] PeVL 57/2010 vp.

tulla tavalla lainsäätäjän tahto voi vahvistaa tai heikentää muuta argumentaatioaineistoa. Toisekseen oikeusvaltioteoreettisesti lainsäätäjän tahtoon ei tule suhtautua kevyesti. Niin vallan kolmijako-oppi kuin suomalaiseen traditioon sisältyvä ymmärrys tuomarista toimeenpanijana edellyttävät sitä, että lainsäätäjän tahto huomioidaan laintulkinnassa.[193]

Koska tutkimukseni punaisena lankana ovat perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyyskysymykset, on palattava tematiikkaan, josta kirjoitin jo lain sanamuodon mukaisen tulkinnan yhteydessä. Tuolloin totesin, että syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteena Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen perustelut vertaantuvat rikoslain voimassaoloa täsmentäviin lain esitöihin. Jotkut menevät tätäkin pidemmälle ja väittävät, että ihmisoikeustuomioistuin on perusteluineen oikeuden tekijä eikä mikään voimassa olevan oikeuden sisällön täsmentäjä.[194]

Hyväksykäämme se, että ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöllä on olennainen merkitys kansallisen lain soveltamiseen sekä se, että ihmisoikeustuomioistuimella on autonomia eli kansallisvaltioista erillinen tahto.[195] Tällöin on vastattava siihen, mikä merkitys ihmisoikeustuomioistuimen tahdolla on kotimaisen lain tulkinnassa.

Lyhyesti: tuomarin tehtävä on ratkaista perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyyskysymykset siten, että asiaan osallisten perusoikeudet turvataan. Käytännössä turvattavien perusoikeuksien minimitaso määrittyy Euroopan ihmisoikeussopimuksen saaman sisällön perusteella. Ihmisoikeussopimuksen sisältö ei ole vakio, vaan se täsmentyy jatkuvasti ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Näin ollen tuntuu luontevalta ajatella, että ihmisoikeustuomioistuimen tahto on otettava huomioon lainsäätäjän tahdon kaltaisena tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavana argumenttina. Tällöin ihmisoikeustuomioistuimen tahto vertaantuisi lainsäätäjän tahtoon, ja se tulisi huomioida erityyppisten laintulkintametodien tukimetodina, joka voisi justifioida tai dejustifioida yksittäisten laintulkinta-argumenttien kulloisenkin relevanssin. Esimerkiksi jos lain sanamuoto ja aikaisempi kotimainen oikeuskäytäntö olisivat ristiriidassa ihmisoikeustuomioistuimen tahdon kanssa, lain sanamuoto ja kotimainen oikeuskäytäntö tulisi syrjäyttää.

Vaikka ihmisoikeustuomioistuimen tahdolla on tuomaria velvoittavaa merkitystä, ihmisoikeustuomioistuimen tahtoa ei tule ymmärtää eikä etenkään samaistaa lainsäätäjän tahdon kaltaiseksi metametodiksi. Ensinnäkin ihmisoikeustuomioistuin harjoittaa dynaamis-evolutiivista lainsoveltamista.[196] Näin ollen ihmis-

---

[193] Näin myös Huovila 2006 s. 76.
[194] Esimerkiksi Kari Uotin väitöskirja indikoi tällaista ajatusta jo otsikkotasolla. Ks. Uoti 2004.
[195] Ihmisoikeustuomioistuimen autonomisesta lain tulkinnasta ja soveltamisesta ks. luvussa 6.3 sanottu.
[196] Tästä tematiikasta ks. luku 6.3 sekä luvussa mainitut lähteet.

oikeustuomioistuimen tahto ei ole ainakaan tismalleen sama kuin ihmisoikeustuomioistuimen perusteluista ilmenevä tahto. Tämän vuoksi on välttämätöntä tehdä ero ihmisoikeustuomioistuimen objektiivisen ja subjektiivisen tahdon välillä. Siinä missä objektiivinen tahdo ilmenee olemassa olevista ratkaisuista ja ratkaisuperusteista, subjektiivinen tahto vertaantuu ihmisoikeustuomioistuimen tarkoitusta ja päämäärää korostaviin haluihin ja asenteisiin. Näin ollen jos ihmisoikeustuomioistuimen tahto samaistettaisiin lainsäätäjän tahtoon, tämä aiheuttaisi uhan nimenomaan ihmisoikeustuomioistuimen subjektiivisen tahdon painoarvon noususta. Toiseksi rikosoikeudessa korostunut vallan kolmijako-oppi edellyttää, ettei ihmisoikeustuomioistuimen tahto vertaannu lainsäätäjän tahtoon. Rikosoikeudessa tuomarin tehtävä on toimia lainsäätäjän jatkeena, ja tämä rooli edellyttää, että tuomari huolehtii ensisijaisesti lainsäätäjän eikä ihmisoikeustuomioistuimen tahdosta.

Näin ollen jos syyllisyyskysymys edellyttää tulkintaa ja kysymys on perus- ja ihmisoikeussensitiivisestä syyllisyyskysymyksestä, systematiikka (systemaattinen laintulkinta) edellyttää ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön huomioimista. Sen sijaan millekään ihmisoikeustuomioistuimen subjektiiviselle tahdolle ei ole sijaa (rikos)lakia tulkittaessa, olkoonkin, että tämänsävytteisiä väitteitä kuulee joskus esitettävän.[197]

6.6 RATKAISUMALLIIN TUKEUTUMINEN SYYLLISYYSKYSYMYSTÄ RATKAISTAESSA

Suomessa ei ole lainsäädäntöä laintulkinnan ja soveltamisen metodiikasta. Tästä ei kuitenkaan voi tehdä sitä johtopäätöstä, että tuomarit voisivat vapaasti päättää sen, miten he lakia tulkitsevat ja miten he oikeustapauksissa argumentoivat, olkoonkin, että 2000-luvun alussa kirjoitetussa tuomioistuimen kehittämiskomitean mietinnössä näin väitetään.[198]

> Tuomioistuimen kehittämiskomitean kommentti on ymmärrettävä teoreettisessa viitekehyksessään. Mietinnön lähtökohtana on, ettei yhtä oikeaa ratkai-

[197] Ks. luku 6.3 sekä luvussa mainitut lähteet.

[198] Reilut kymmenen vuotta sitten kirjoitetun tuomioistuimen kehittämiskomitean mietinnön KM 2003:3 VI luku koskee oikeudenkäyntimenettelyä. Lausuessaan tuomion oikeellisuudesta kehittämiskomitea toteaa, ettei tuomareiden käytössä ole ”…yhtenäistä ja yleisesti hyväksyttävää laintulkintametodia, vaan tuomioistuin saa valita tulkintametodinsa useiden vaihtoehtojen joukosta itse, joten tuomioistuimet voivat tulkita lakeja hyvinkin erilaisista lähtökohdista”. Ks. KM 2003:3 s. 164. Ks. myös Huovila 2006 s. 56.

sua ole olemassa, vaan eri tuomarit voivat päätyä samassa asiassa toisenlaisiin lopputuloksiin.[199]

Se, että tuomarit voivat päätyä samassa asiassa eri lopputuloksiin, ei kuitenkaan tarkoita sitä, että laintulkinta- ja soveltamisopit olisivat merkityksettömiä. Kokonaisuutena arvioiden parhaimpaan mahdolliseen lopputulokseen päädytään nimenomaan silloin, kun tuomareilla on yhtenevä ymmärrys laintulkinnasta ja oikeudellisesta argumentaatiosta.[200]

Toiseksi yhden oikean ratkaisun kategorinen kiistäminen on ylipäätään perusteetonta. Jos henkilö kuljettaa moottorikäyttöistä ajoneuvoa nautittuaan alkoholia niin, että hänen verensä alkoholipitoisuus ajon aikana tai sen jälkeen on vähintään 0,5 promillea tai että hänellä tällöin on vähintään 0,22 milligrammaa alkoholia litrassa uloshengitysilmaa eikä käsillä ole vastuuvapausperusteita, hänet on tuomittava rattijuopumuksesta rangaistukseen. Jos tuomari tällaisessa tilanteessa päätyisi toisenlaiseen ratkaisuun, tuomio olisi eittämättä väärä.

Rattijuopumusesimerkki havainnollistaakin hyvin sitä, ettei laintulkinta ja oikeudellinen argumentaatio voi olla vapaasti tuomareiden päätettävissä. Ensinnäkin on syytä pitää kirkkaana mielessä, että laintulkinnan ja soveltamisen metodit kietoutuvat tiivisti oikeuslähdeopilliseen ymmärrykseen. Koska rikosoikeudessa keskiössä on lainmukaisuus ja formalistinen päätöksentekomenettely, tämä asettaa vaatimuksen myös lain tulkinnan ja soveltamisen metodiikalle. Esimerkiksi jos tuomari rattijuopumustapauksessa sivuuttaisi lain sanamuodon, hän syyllistyisi virkavirheeseen. Vastaavasti tuomarin velvollisuus ratkaista syyllisyyskysymykset lain mukaisesti edellyttää, ettei tuomari kiperissäkään tilanteissa erkaannu laista ja lain tarkoituksesta (OK 1:11). Rikosasioissa tämä vaade edellyttää nimenomaan edellisessä luvussa käsiteltyyn Bielefelder Kreis -ryhmän laintulkinta- ja argumentaatiomalliin tukeutumista.

Tarkastelkaamme seuraavaksi, mitä sanottu tarkoittaa käytännössä. Aikomukseni on konstruoida se, miten tuomarin on operoitava ratkaistaessa perus- ja ihmisoikeussensitiivistä syyllisyyskysymystä. Mika Huovila on tarkastellut Bielefelder Kreis -tutkimuksessa esitetyn argumentaatiomallin soveltuvuutta, kun ratkaistavana on sananvapauden ja yksilön suojan välinen kollisio.[201] Teen lähes samalla tavalla tarkastelemalla syyllisyyskysymyksen ratkaisemista kunnianloukkaustapauksessa. Kysymys ei ole ainoastaan mielikuvituksettomuudesta vaan tilastoista ja lainsäädännöstä. Tyypillisimmillään rikoslaki ja perus- ja ih-

---

[199] KM 2003:3 s. 164.

[200] Samalla on syytä korostaa, ettei rikosoikeudellista oikeuslähde- ja laintulkintaoppia voida sementoida. Toisaalta vaikka täysin lukittua ratkaisumallia ei ole mahdollista eikä edes rationaalista konstruoida, olisi erheellistä väittää, että oikeuslähdeopilliset ja metodiset valinnat voitaisiin jättää kulloisenkin tuomarin harteille.

[201] Huovila 2006 s. 88–95.

misoikeudet kollisioivat nimenomaan sananvapauskontekstissa. Toiseksi lainsäätäjä on vastikään modifioinut keskeisiä sananvapausrikostunnusmerkistöjä kuten kunnianloukkaussäännöstä (RL 24:9).[202] Näin ollen lainsäätäjän ”kunnianloukkaustahto” on tuore. Tämä tuo oman mausteensa siihen, miten syyllisyyskysymyksen ratkaisumetodiikka kunnianloukkaustapauksessa tulee hahmottaa.

Ottakaamme lähtökohdaksi fiktiivinen tilanne. Paikallislehdessä on kirjoitettu kriittisesti kunnallispoliitikkojen ja elinkeinoelämän välisistä kytköksistä. Kirjoituksessa on ruodittu sitä, miksi kunnan politiikka suosii tietyntyyppistä kaavoitusta ja mainittu nimeltä esimerkkihenkilö, joka on hyötynyt kaavoituksesta. Kirjoituksessa on esitetty myös kysymys, millä vaikuttimilla päättäjät kaavoittavat siten kuin kaavoittavat. Kirjoituksen jälkeen lehdessä nimeltä mainittu yrittäjä syyttää jutun kirjoittajaa kunnianloukkauksesta. Yrittäjän mukaan kirjoituksessa vihjataan hänen syyllistyneen epäasialliseen poliittiseen vaikuttamiseen, jopa lahjontaan. Asian etenee esitutkinnasta syyteharkintaan ja syyteharkinnasta oikeuteen.

Tuomarin tehtäväksi jää päättää se, onko toimittaja syyllistynyt kunnianloukkaukseen. Tehtävä on aloitettava hahmottelema ratkaisukehikko. Näin ollen tuomarin on aluksi haarukoitava relevantit oikeuslähteet. Esimerkiksi sananvapausrikoksissa ratkaisukehikko koostuu rikostunnusmerkistön ohella myös perus- ja ihmisoikeusasiakirjoista löytyvistä relevanteista perusoikeuksista kuten sananvapaudesta ja kunnian suojasta.[203] Täten ratkaisukehikon konstruoiminen poikkeaa tyypillisestä syyllisyyskysymyksen ratkaisutilanteesta, jossa ratkaisukehikon luonne on selkeämmin rikosoikeudellinen.[204]

Tyypillisesti ratkaisukehikon sisältämistä perus- ja ihmisoikeuksista puhutaan optimointikäskyinä. Tällöin oletus on, että ristiriitaisten oikeuksien välille voidaan tapauskohtaisesti löytää tyydyttävä kompromissi. Tällainen olettama perustuu siihen, että perus- ja ihmisoikeudet samaistetaan periaatteisiin.[205] Niiden ei

---

[202] Rikoslain 24 luvun uusitut säädökset tulivat voimaan vuoden 2014 alusta. Edellisellä kerralla yksityiselämää loukkaavan tiedon levittäminen (RL 24:8) ja kunnianloukkaus (RL 24:9) uusittiin lokakuussa 2000. Rikosoikeudellisesti näin nopea muutostahti on poikkeuksellista. Muutosnopeus ilmentää, ettei näiden keskeisten sananvapausrikostunnusmerkistöjen soveltaminen ole ollut viime vuosina aivan ongelmatonta.

[203] Ks. esim. KKO 2013:70 ja KKO 2013:69.

[204] Koska tuomarin on tunnettava laki, ratkaisukehikon konstruointi on nimenomaan tuomarin tehtävä. Joissakin tilanteissa perus- ja ihmisoikeusulottuvuus voi aktualisoitua myös asianosaisten väitteiden perusteella, mutta tällaisessakin tilanteessa tuomarin on tiedostettava se, missä määrin asianosaisten argumentit ovat relevantteja. Esimerkiksi jos asianajaja vetoaa perus- ja ihmisoikeusargumentaatioon, mutta perus- ja ihmisoikeuksilla ei ole tapauksessa todellista relevanssia, tuomarin on osattava sivuuttaa asianajajan väitteet.

[205] Esim. Tuori 2007 s. 249 ja 269.

koeta olevan ehdottomia joko–tai-tyyppisiä normeja,[206] vaan enemmän tai vähemmän toteutettavissa olevia arvokkaita päämääriä.[207]

Syyllisyyskysymyksissä optimointiretoriikka ei kuitenkaan päde. Syyllisyyskysymyksissä ei voida optimoida eikä varsinkaan tehdä kompromisseja. Joko henkilön katsotaan syyllistyneen siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu tai vaihtoehtoisesti hän on syytön. Näin ollen rikoslaista ja perus- ja ihmisoikeuksista rakentuvalle ratkaisukehikolle on ominaista, että sen sisältö on keskenään ristiriitainen ja jännitteinen. Tuomari ei kuitenkaan voi optimoida kehikon sisältöä kompromisseilla, vaan syyllisyysratkaisun tekeminen edellyttää toisen oikeuden täydellistä loukkausta. Jos kunnianloukkausasiassa henkilön katsotaan syyllistyneen siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu, tämä tarkoittaa sananvapauden loukkausta. Toisaalta, jos sananvapaus estää henkilön tuomitsemisen, loukataan asianomistajan kunnian suojaa.[208]

Näin ollen vaikka perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaisukehikko on sisällöltään jännitteinen, tämä ei tarkoita sitä, että ratkaisun tekeminen olisi aloitettava punninnasta. Eri suuntiin viettävien ratkaisuperusteiden väliseen punnintaan on syytä ryhtyä vasta, jos syyllisyyskysymys ei ratkea rikoslain tulkinnalla. Toteamallani tavalla tämä perustuu tuomarin velvollisuuteen ratkaista syyllisyyskysymys lain mukaisesti. Koska punninta ei ole luonteeltaan laintulkintaa vaan eri suuntiin viettävien ratkaisuperusteiden välistä tasapainoilua, punninta tarkoittaa eittämättä lainmukaisuudesta erkaantumista. Näin ollen on luontevaa, että punnintaan turvaudutaan vasta viimekätisenä keinona ratkaistaessa syyllisyyskysymystä. Tätä tematiikkaa käsittelin edellä.

---

[206] Oikeusperiaatteiden ja sääntöjen välisestä erosta ks. Dworkin 1978/2005 s. 26–27.

[207] Täsmällisesti ottaen perus- ja ihmisoikeuksien kategorinen samaistaminen periaatteisiin ei pidä paikkaansa. Esimerkiksi kidutuksen kielto ei ole optimointikäsky vaan ehdoton sääntö, joka velvoittaa viranomaisia poikkeuksettomasti. Esimerkiksi englanninkielisessä kirjallisuudessa oikeudet jaotellaan usein neljään kategoriaan: (1) absolute rights, (2) strong rights, (3) qualified rights ja (4) weak rights. Ykköskategoriaan kuuluvat mm. oikeus elämään ja kidutuksen kielto, kakkoskategoriaan mm. oikeudenmukainen oikeudenkäynti, kolmoskategoriaan mm. yksityisyyden suoja ja sanavapaus ja neloskategoriaan mm. omaisuuden suoja. Ks. esim. Legg 2012 s. 204–215. Toisenlaisesta luokittelusta ks. Ashworth – Horder 2013 s. 50–51. Myös ”alemman kategorian oikeuksilla” (kuten sananvapaudella) on loukkaamaton ydinalueensa. Toisaalta eletty elämä on opettanut, että myös loukkaamattomat oikeudet ovat alttiita yhteiskunnalliselle todellisuudelle. Mainitkaamme esimerkkinä kidutuksen kielto, jonka sallittavuutta on kansainvälisessä keskustelussa 9/11 -tapahtumien jälkeen puolustettu utilitaristisin argumentein.

[208] Tämäntyyppinen vastakkainasettelu sisältyy jokaiseen perus- ja ihmisoikeussensitiiviseen syyllisyyskysymykseen. Esimerkiksi jos itsekriminointisuojan perusteella jätetään henkilö tuomitsematta rangaistukseen velallisrikoksessa, voidaan loukata rikoksen uhrin omaisuuden suojaa (ainakin uhrin mahdollisuus saada rikokseen perustuvaa vahingonkorvausta vaikeutuu huomauttavasti). Toisaalta jos itsekriminointisuojaa ei huomioida, loukataan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin perusperiaatetta sekä vastaajan oikeusturvaa.

Sanotusta seuraa, ettei perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaisukehikko edellytä metodista vallankumousta. Toisin kuin joskus kuulee väitettävän, perus- ja ihmisoikeussensitiivistä syyllisyysratkaisua ei tulekaan kategorisesti hahmottaa materiaalisena optimointina, jossa tuomarin tehtävä on dynaamis-evolutiivisesti pyrkiä saavuttamaan sisällöllisesti paras mahdollinen lopputulos.[209]

Ottakaamme tässä yhteydessä askel taaksepäin ja palatkaamme paikallislehden uutisointiin ja tuomarin velvollisuuteen ratkaista se, onko uutisoinnissa syyllistetty kunnianloukkaukseen. Bielefelder Kreis -ryhmän tarkoittamalla tavalla päätöksenteko on aloitettava rikoslakia lukemalla. Näin ollen tuomarin on aluksi arvioitava sitä, allokoituvatko uutisessa esitetyt väitteet kunnialoukkaustunnusmerkistön alaisuuteen. Laillisuusperiaatteen vuoksi jos teko ei täytä tunnusmerkistön mukaisuutta, henkilö on syytön ja piste.

Sanamuodon mukaisuutta arvioitaessa tuomarin on otettava huomioon myös perus- ja ihmisoikeuksien ydinalueet. Esimerkiksi sananvapauden ytimeen sisältyy poliittinen viestintä, eikä sitä ole sallittua loukata. Vastaavasti kunnian suojan ydin sisältää oikeuden olla joutumatta valheellisten väitteiden kohteeksi. Kenenkään ei tarvitse sietää itseensä kohdistuvaa valheellista tietoa, vaikka tuo tieto olisi esitetty poliittisen viestinnän yhteydessä ja kohdistuisi merkittävään vallankäyttäjään.[210] Näin ollen perus- ja ihmisoikeuksien loukkaamaton ydin vaikuttaa olennaisesti siihen, allokoituuko jokin ilmaisu tunnusmerkistön alaisuuteen.[211]

> On syytä alleviivata, että ilmaisun sisältyessä sananvapauden ydinalueeseen tuomarin ei tarvitse edetä ratkaisuharkinnassaan systemaattiseen laintulkintaan saati punnintaan (oletettavasti tällainen tapaus ei koskaan – ainakaan

---

[209] On syytä pitää mielessä, että ensisijaisesti lainsäätäjän – ja erityisesti perustuslakivaliokunnan – tehtävä on pyrkiä löytämään rikosoikeudellinen tasapaino eri suuntiin viettävien perus- ja ihmisoikeuksien välillä. Ks. myös Huovila 2006 s. 91.

[210] Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä on tehty ero valheellisen tiedon ja arvoarvostelman välillä. Ks. esim. Lewandowska-Malec v. Puola (18.9.2012, kohta 63); Ciesielczyk v. Puola (26.6.2012, kohta 37); Letria v. Portugali (12.4.2011, etenkin kohta 41); Lietuvos Nacionalinis Radijas ir Televizija ym. v. Liettua (6.7.2010, ks. kohta B. The Court's assessment). Siinä missä poliitikon tulee kestää kovaakin arvoarvostelua, valehtelua ei kenenkään tarvitse sietää. Toki käytännössä valheellisen tiedon ja arvoarvostelman välille vedetty rajalinja on veteen piirretty viiva.

[211] Kysymys perusoikeuksien loukkaamattomasta ydinalueesta on hankala. Esimerkiksi perusoikeusuudistuksen yhteydessä perustuslakivaliokunta totesi, että tavallisella lailla ei voida säätää lakia, joka loukkaa perusoikeuden ydinaluetta. Ks. PeVM 25/1994 vp s. 5. Vaikka lausunnossa ei sanallakaan täsmennetä sitä, mitä perusoikeuksien ytimellä tarkoitetaan, lausunnon perusteella voidaan päätellä, että perusoikeuksilla joka tapauksessa on loukkaamaton ydin. Seikkaperäisesti tästä tematiikasta ks. Viljanen 2001 s. 229–250. Koska demokratiat perustuvat poliittisten mielipiteiden vapaaseen ilmaisemiseen, ainakin poliittinen viestintä voidaan eittämättä luokitella sananvapauden kovaksi ytimeksi. Ks. myös PeVL 16/2013 vp 2; PeVL 19/1998 vp s. 5; HE 309/1993 vp s. 57.

syyttäjän ajamana – edes etenisi tuomarin ratkaistavaksi). Vastaavasti jos väittämä on valheellinen, tuomarin ei tarvitse harkita väitteen hyväksyttävyyttä sananvapauden valossa.

Koska lain kirjaimen kyky kahlita erityyppisiä tekomuotoja on relatiivinen, rikoslain sanamuodon seuraaminen on mahdollista vain rutiiniratkaisuissa. Näin ollen lain sanamuodon merkityssisällön ymmärtämiseksi on turvauduttava lainsäätäjän tahtoon, joka – todetulla tavalla – toimii sanamuodon mukaisen rikoslaintulkinnan apumetodina.[212] Koska syyllisyyskysymyksissä keskiössä on lainmukaisuus, on luontevaa, että lainsäätäjän tahto ymmärretään ensisijaisesti sen sisältöisenä, jollaiseksi se täsmentyy lain esitöissä.[213]

Esitöistä ilmenevään lainsäätäjän tahtoon on kuitenkin suhtauduttava tarvittavalla kriittisyydellä. Lain esitöiden painoarvo riippuu paitsi esitöiden iästä myös niiden argumentatiivisesta laadusta.[214] Esimerkiksi ratkaistaessa kunnianloukkaustapausta hallituksen esitys on (tällä hetkellä) oivallinen tuki, koska se on tuore ja siinä on huomioitu ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö.[215] Näin ollen ihmisoikeustuomioistuimen asettamat sananvapausvelvoitteet on lain esitöissä kalibroitu kotimaiseen rikosoikeudelliseen kontekstiin. Samalla lainsäätäjä on suorittanut etukäteispunnintaa, jossa on harkittu sananvapauden ja kunnian suojan painoarvoa erityyppisissä tilanteissa.

Toisaalta hallituksen esityksessä todetulla tavalla perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä on oltava ihmisoikeustuomioistuinherkkä.[216] Toisin sanoen lainsäätäjän tahto on, että tarvittaessa lainsäätäjän (alkuperäistä) tahtoa ei seurata. Tämä perustuu ihmisoikeustuomioistuimen dynaamis-evolutiiviseen asenteeseen. Tämä puolestaan vaikuttaa siihen, että uudetkin lainsäädäntöhankkeet voivat muuttua vanhakantaisiksi. Samalla hallituksen esitys muistuttaa siitä, että esitöiden ollessa iäkkäämpiä saati laadittu ennen perus- ja ihmisoikeusmurrosta lainsäätäjän tahtoon on suhtauduttava erityisen varauksellisesti. Kriittisen luennan tarpeellisuus korostuu silloin, jos kysymyksessä on tunnusmerkistö, joka on selkeästi jännitteisessä suhteessa perus- ja ihmisoikeuksissa turvattujen oikeuksien kanssa.

Olettakaamme nyt, että lähtökohtaisesti paikallislehden uutisointi allokoituu kunnianloukkaustunnusmerkistön alaisuuteen. Toisin sanoen ilmaisu täyttää

---

[212] Ks. myös Huovila 2006 s. 93.
[213] Joissakin tilanteissa lainsäätäjän tahtoa voidaan pyrkiä selvittämään myös lainsäädäntöhistoriaan tukeutumalla eli tarkastelemalla sitä, mihin lainsäätäjä on lainsäädännön modifioinneilla pyrkinyt. Tämänkaltaisesta tilanteesta oli kysymys ratkaisussa KKO 2014:7, ks. erityisesti kohdat 20–28.
[214] Tästä tematiikasta olen keskustellut luvussa 5.3.
[215] HE 19/2013 vp s. 37–50.
[216] HE 19/2013 vp s. 37.

kunnianloukkaustunnusmerkistön sanamuodon, eikä lausuma ole sananvapauden ydinalueen perusteella sallittu. Seuraavaksi tuomarin on huomioitava ratkaisukehikon sisältämien oikeuslähteiden relevanssia täsmentävien argumenttien painoarvo. Tämä ei edelleenkään edellytä punnintaan siirtymistä, vaan mukaan tulee Bielefelder Kreis -tutkimuksessa tarkoitettu systemaattinen laintulkinta. Kuten edellä totesin, syyllisyyskysymyksessä keskeiset systemaattiset argumentit ovat lain sanamuodon saattaminen asiayhteyteensä sekä aikaisempi oikeuskäytäntö.

Aluksi tuomarin on tarkasteltava sitä, mitä kunnialla ja kunnian suojalla tarkoitetaan perus- ja ihmisoikeusmatriisissa. Tällöin tuomari voi joutua tarkastelemaan esimerkiksi valheellisen tiedon ja arvoarvostelman välistä eroa – ei vain rikosoikeudellisena vaan olennaisesti myös perus- ja ihmisoikeudellisena kysymyksenä (käsitteellinen kontekstualisointi). Systemaattisen tulkinnan vaiheessa tuomarin on huomioitava myös relevantti kotimainen ja kansainvälinen oikeuskäytäntö (etenkin prejudikaatit).

Kuten sanamuodon mukaisessa tulkinnassa myös systemaattisen laintulkinnan vaiheessa lainsäätäjän tahto voi toimia apumetodina, joka vahvistaa tai heikentää jonkin argumentin painoarvoa. Esimerkiksi jos aikaisemman oikeuskäytännön ja lainsäätäjän vastikään verifioidun tahdon välillä on eroavuutta, tämä voi puoltaa aikaisemman oikeuskäytännön sivuuttamista.[217]

Vaikka perus- ja ihmisoikeusargumentit muuttavat rikosoikeudellisen ratkaisukehikon luonnetta, olisi virheellistä olettaa, ettei syyllisyyskysymyksiin tyypillisesti löydy ratkaisua lain sanamuodon ja rikoslain systemaattisen tulkinnan perusteella. Vasta jos lain sanamuoto ja systemaattiset argumentit eivät – lainsäätäjän tahdolla tuettuna – tuo selvyyttä syyllisyyskysymykseen, on siirryttävä Bielefelder Kreis -ryhmän tarkoittamaan teleologis-arvosensitiiviseen seuraamusharkintaan. Mika Huovilaa seuraten tätä vaihetta voidaan kutsua punninnaksi eikä laintulkinnaksi.[218]

Tässä yhteydessä on syytä pysähtyä ja alleviivata väitettäni. Syyllisyyskysymyksissä tuomarin ei tule pyrkiä punnintaan, ellei se ole välttämätöntä. Mainitkaamme esimerkkinä KKO 2013:50. Tapauksessa A oli kirjoittanut internetiin kirjoituksen, joka sisälsi eduskunnassa työskenteleviin ihmisiin kohdistuvia vakavia uhkauksia. Syytteen mukaan A oli muun muassa uhannut ampua kiväärillä pääministerin ja valtiovarainministerin ja räjäyttää koko eduskunnan. Ratkaisus-

---

[217] Esimerkiksi jos perustuslakivaliokunta ottaisi kannan, että päätekijän itsekriminointisuojan tulee koitua myös potentiaalisen avunantajan hyväksi, korkeimman oikeuden itsekriminointisuojalinjaukseen (jonka mukaan itsekriminointisuoja ei ulotu potentiaalisen avunantajan hyväksi) tulisi suhtautua varauksellisesti. Edellä toteamallani tavalla tämäntyyppinen tilanne on aktualisoitunut yksityisen pysäköintivalvonnan kohdalla.

[218] Huovila 2006 s. 93. Ks. myös Lahti 2006 s. 101–102.

saan korkein oikeus punnitsee seikkaperäisesti sananvapauden ja laittoman uhkauksen (RL 25:7) välistä suhdetta.[219] En voi välttyä kysymästä miksi. Jos ja kun vastaaja on vedonnut sananvapauteensa, tämä on edellyttänyt sananvapauden argumentatiivista huomioimista. Korkein oikeus olisi kuitenkin voinut tyytyä toteamaan, ettei tappamisella uhkailu sisälly sananvapauteen. Tämän toteaminen ei edellytä punnintaa,[220] koska riittävän vakavasti esitetty tappouhkaus on niin painava punnus, että vaa'an toinen puoli on merkityksetön.

Palatkaamme kuitenkin takaisin paikallislehden uutisointiin ja olettakaamme, että kunnianloukkaussyyte voidaan myös lain sanamuodon ja systemaattisten argumenttien perusteella ratkaista puoleen jos toiseen. Näin ollen ratkaisuvaihtoehtoja on yhä edelleen kaksi. Joko toimittajan katsotaan syyllistyneen siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu tai syyte on hylättävä. Toisella puolella vaakaa on sananvapaus ja sitä tukevat ratkaisuperusteet ja toisella kunniansuoja omine puoltoäänineen.

Kollisio ei ratkea tarkastelemalla sitä, mikä on kunnianloukkauksen tarkoitus (teleologinen tulkinta) tai missä vaiheessa laillisuusperiaate kallistaa vaa'an toiseen suuntaan (vastaajan oikeusturva). Tämä perustuu siihen, että perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä seuraamusharkinta ei ole luonteeltaan rikosoikeudellista. Sen sijaan kysymys on oikeusjärjestyksen tarkoituksista ja päämääristä. Näiden päämäärien välillä vallitsee kuitenkin jännite. Tämän jännitteen ratkaiseminen edellyttää punnintaa. Toteamallani tavalla syyllisyyskysymyksissä punnintaa ei kuitenkaan voida samaistaa optimointikäskyyn, jonka mukaan tuomarin tulisi löytää ihanteellinen tasapaino eri oikeuksien välille. Lopputulos ei voi olla harmoninen, koska kysymys on ristiriidasta, joka on ratkaistava yksiselitteisesti. Tällaisessa tilanteessa tuomari ei ole rikosoikeudellisessa vaan oikeudellisessa umpikujassa.

Umpikuja ei aukea toteamalla, että ohjenuoraksi on otettava perustuslakivaliokunnan käsky, jonka mukaan tuomarin tehtävä on toteuttaa perusoikeudet maksimaalisesti.[221] Se ei myöskään ratkea Bielefelder Kreis -ryhmän (viimeisimmäksi tarkoitetun) ohjeistuksen perusteella, jonka mukaan jos lain sanamuoto, systemaattiset argumentit eikä teleologinen tulkinta kerro sitä, miten tapaus on ratkaistava, tuomarin on ratkaistava oikeudellinen kysymys toteuttaen sitä oikeudenmukaisuutta, jota oikeusjärjestys heijastaa (conception of rightness).[222] Nämä kommentit eivät ole sen enempää oikeuskysymyksen ratkaisumetodeja kuin re-

---

[219] KKO 2013:50, kohdat 10–14.
[220] Yleisesti korkeimman oikeuden harjoittamasta punninnasta ks. Nurmi 2006 s. 200–220. Ks. myös Haapanen 2006 s. 179–199.
[221] PeVM 25/1994 vp s. 4.
[222] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 514–515.

levantteja ratkaisuperusteitakaan. Ne ovat tuomarille suunnattuja käskyjä toimia oikeudenmukaisesti.

Jos kysyisimme asiasta Huovilalta, hän todennäköisesti vastaisi, että syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteet tarjoavat tapauskohtaisesti tiedon siitä, kumpi oikeus – sananvapaus vai kunnia – osoittautuu painvammaksi.[223] Huovilan näkemys on praktinen mutta on eri asia kysyä, millä edellytyksillä tuomarin harkinnan voidaan punnintatilanteessa sanoa olevan objektiivista eikä vain subjektiivinen kannanotto eri ratkaisuperusteiden painoarvosta. Nimenomaan tämä kysymys muodostuu kuitenkin relevantiksi, koska varsinaiset ratkaisuperusteet – eli lain sanamuoto ja systemaattiset argumentit – eivät ole tarjonneet vastausta siihen, kuinka syyllisyyskysymys on ratkaistava.

Tyypillisesti tämänkaltaiseen kysymykseen vastataan korostamalla tuomarin perusteluvelvollisuutta ja oikeusyhteisön vakuuttamista tuomion hyväksyttävyydestä. Tällöin kuitenkin sivuutetaan se, ettei oikeusyhteisön vakuuttamisella ole mitään tekemistä itse punnintaoperaation kanssa. Toisin sanoen tuomion perustelujen merkityksen korostaminen ei tarjoa metodista johtoa siihen, kuinka tuomari voi suoriutua punninnasta optimaalisella tavalla.

Kysymys tuomarin harkinnasta punnintatilanteessa on hankala. Hankalaksi kysymyksen tekee se, että on vaikea konstruoida sellaista harkintamallia, johon tukeutuen tuomari voisi välttää punnintaan sisältyvän subjektiivisuuden riskin. Toisaalta koska tämä kysymys on meille asetettu, vastausta on yritettävä. Tätä ennen on kuitenkin tarkasteltava lyhyesti sitä, miten konstruoimani syyllisyyskysymyksen ratkaisumalli suhteutuu tuomion perusteluihin. Perusteluekskursio puoltaa paikkaansa, koska laintulkinnan ja soveltamisen metodisilla valinnoilla on olennainen vaikutus siihen, kuinka syyllisyysratkaisu on perusteltava.[224]

6.7 EKSKURSIO: SYYLLISYYSKYSYMYKSEN RATKAISUMALLI JA TUOMION PERUSTELEMINEN

Sillä, miten laintulkinnan metodiikka hahmotetaan, on olennainen vaikutus oikeudelliseen argumentaatioon ja tuomion perusteluihin. Bielefelder Kreis -ryhmän tutkimuksessa esitetäänkin kolmikohtainen perustelumalli, joka lomittaa ryhmän laintulkinta- ja argumentaatiomallin tuomion perusteluihin ja justifikaa-

[223] Huovila 2006 s. 94. Huovila myös esittää ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä poimimansa ratkaisuperustepatterin, jonka perusteella eri suuntaan viettäviä argumentteja voidaan sananvapaustapauksissa punnita toisiaan vasten.

[224] Virolainen – Martikainen 2010 s. 358–359; Huovila 2006 s. 95.

tioon.[225] Malli koostuu (1) yhden ratkaisuperusteen mallista,[226] (2) kumulatiivisesta mallista[227] ja (3) konfliktin ratkaisumallista.[228] Perustelumalli heijastaa Bielefelder Kreis -ryhmän kolmikohtaista laintulkinta- ja argumentaatiomallia, jossa lain sananmuoto, systemaattiset argumentit ja teleologis-arvosensitiivinen harkinta muodostavat perustan ratkaista oikeuskysymys optimaalisella tavalla.[229] Bielefelder Kreis -ryhmän perustelumallia voidaan soveltaa myös mallinnettaessa syyllisyysratkaisujen perustelemista.

(1) Yhden ratkaisuperusteen malli. Jos syyllisyyskysymyksen ratkaisemisessa ei ole tarvinnut turvautua systemaattiseen laintulkintaan, tuomiota ei tarvitse perustella sen enempää lain esitöillä kuin aikaisemmalla oikeuskäytännöllä. Yhden ratkaisuperusteen mallissa riittää, että tuomio perustellaan viittaamalla lain sanamuotoon.[230]

Vaikka rutiiniratkaisut eivät edellytä tuomion seikkaperäistä perustelemista, lainsäätäjän tahto ja systemaattiset argumentit voivat toki tukea lain sanamuodon mukaista tulkintaa. Minimalistiset perustelut kuitenkin kuvastavat sitä, ettei syyllisyyskysymys ole ollut kiperä ja tuomio on tehty nimenomaan siten, kuin laki määrää. Lisäksi jos tuomiolauselma ei edellytä erityistä justifiointia, on myös työekonomista jättää syyllisyysratkaisun perustelut minimiin.[231]

Vaikka tuomioistuinten perustelukulttuuria on pyritty avartamanaan, yhden ratkaisuperusteen malli on olennainen osa myös suomalaista rikoslainkäyttöä. Minimalistiset perustelut ovat kokeneet uusrenessanssin rikosasioiden kirjallisessa menettelyssä, joka on ollut mahdollinen lokakuusta 2006 alkaen.[232] Koska

---

[225] MacCormick – Summers 1991/2010 s. 525–530.

[226] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”the single argument form”. Ks. MacCormick – Summers 1991/2010 s. 525–526.

[227] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”the cumulative-argument form”. Ks. MacCormick – Summers 1991/2010 s. 526–527.

[228] Bielefelder Kreis -tutkimuksessa ”the conflict-setting argument form”. Ks. MacCormick – Summers 1991/2010 s. 527–530.

[229] Koska kirjoitan syyllisyysratkaisun perustelemisesta, lienee syytä muistuttaa, ettei Bielefelder Kreis -ryhmän puheenvuoro ole rikosoikeudellinen. Rikosoikeudellista kalibrointiapua olen kuitenkin saanut monilta kirjoittajilta, jotka ovat keskustelleet samasta tematiikasta. Suomalaisessa perusteluteoreettisessa keskustelussa Bielefelder Kreis -tutkimusta ovat hyödyntäneet ainakin Virolainen – Martikainen 2010 s. 466–473 ja Virolainen – Martikainen 2003 s. 142–147; Huovila 2006 s. 76–80; Aarnio 1993 s. 262–263. Myös Juha Raitio on vastikään hakenut oikeusteoreettista ja argumentatiivista tukea Bielefelder Kreis -ryhmän kirjoituksista, olkoonkin, ettei Raitio varsinaisesti puhu tuomion perustelemisesta. Ks. Raitio 2013 s. 103–106.

[230] Ranska on perinteinen esimerkki maasta, jossa tuomiot perustellaan minimalistisesti. Tyypillisesti Ranskassa myös kiperät tapaukset voidaan perustella viittaamalla vain lain sanamuotoon, eikä sanamuodon kanssa mahdollisesti ristiriidassa olevia argumentteja tyypillisesti huomioida. Ks. Summers – Taruffo 1991/2010 s. 497; Lasser 2003 s. 5–6 ja 8; Kulla 2011 s. 230.

[231] Perustelujen kustannustehokkuudesta ks. Huovila 2003 s. 327–335 ja s. 414.

[232] Nimensä mukaisesti kirjallisessa menettelyssä ei järjestetä suullista käsittelyä. Syyllisyyskysymys ratkaistaan kirjallisen aineiston ja erityisesti kirjallisesti myönnetyn teonkuvauksen perusteel-

kirjallinen menettely on merkittävässä roolissa ratkaistaessa syyllisyyskysymyksiä käräjäoikeuksissa, tilastollisesti yhden perusteen malli lienee Suomen käytetyin perustelumetodi syyllisyysratkaisuissa, eikä tätä ole tarkoitettu kritiikiksi.[233] Myös pro et contra -argumentaation väsymättömät puolustajat Jyrki Virolainen ja Petri Martikainen ovat todenneet, että riidaton oikeuskysymys edellyttää vain minimalistiset perustelut.[234] Tätä kommenttia voi täydentää huomauttamalla, että yksinkertaisen kysymyksen turha perusteleminen on omiaan tekemään yksinkertaisesta asiasta riidanalaisen. Tämä pätee myös ratkaistaessa sellaista – asianosaisen väitteen mukaan – perus- ja ihmisoikeussensitiivistä syyllisyyskysymystä, jossa ei ole todellista tarvetta edetä rikoslain sanamuodon mukaista tulkintaa pidemmälle.

(2) Kumulatiivinen malli. Kumulatiivisen perustelumallin mukaan syyllisyysratkaisu perustellaan useammalla ratkaisun puolesta puhuvalla argumentilla. Esimerkiksi syyksilukevassa tuomiossa kumulatiiviset perustelut eivät edellytä, että vasta-argumentit puoltaisivat syyttömyyttä. Pikemminkin kysymys on siitä, että perusteluilla pyritään vakuuttamaan asianosaiset ja oikeusyhteisö päätöksen oikeellisuudesta.[235] Taustavaikuttimena voi olla pyrkimys välttää tuomion muuttuminen muutoksenhakutuomioistuimessa.[236]

Aarnio sekä Virolainen ja Martikainen ovat kutsuneet kumulatiivista metodia neljän jalan malliksi.[237] Kielikuvan tarkoitus on havainnollistaa sitä, että yhdellä, kahdella tai kolmella jalalla seisova tuoli on altis kaatumaan, joten tuolia on tuettava. Vastaavasti syyksilukevan tuomion justifikaatio voi edellyttää, että tunnusmerkistön mukaisuutta tuetaan lisäargumenteilla, vaikka olemassa ei olisi varsinaisia vasta-argumentteja syyttömyyden puolesta. Käytännössä tämä voi tapahtua viittaamalla esimerkiksi lainsäätäjän tahtoon eli lain esitöihin ja aikaisempaan oikeuskäytäntöön. Näin ollen kumulatiivinen perustelumalli vertaantuu ti-

---

la. Se, miksi kirjallista menettelyä voidaan kutsua yhden ratkaisuperusteen prototyypiksi, ilmenee lukemalla tyypillinen tuomio, jossa syyksiluettavuus perusteellaan viittaamalla rikoslain säännökseen ja toteamalla, että ”vastaaja on tunnustanut teon ja muu kirjallinen aineisto tukee tunnustusta”. Muita ratkaisuperusteita tuomioissa ei tyypillisesti ole.

233 Heti lain voimaantulon jälkeisenä vuonna eli vuonna 2008 ratkaistiin kirjallisessa menettelyssä 35 prosenttia kaikista käräjäoikeuksien ratkaisemista syyllisyyskysymyksistä. Ks. de Godzinsky 2010 s. 1 ja 46.

234 Virolainen – Martikainen 2010 s. 359.

235 Bielefelder Kreis -tutkimuksen mukaan kumulatiivinen perustelutyyli on kansainvälisesti suosittu. Ks. Summers – Taruffo 1991/2010 s. 480. Tutkimuksen mukaan kumulatiivinen perustelutyyli on laajamittaisessa käytössä kaikissa tutkimuksen kohteena olevissa maissa eli Argentiinassa, Saksassa, Suomessa, Ranskassa, Italiassa, Puolassa, Ruotsissa, Englannissa ja Yhdysvalloissa.

236 MacCormick – Summers 1991/2010 s. 527.

237 Aarnio 1993 s. 263; Virolainen – Martikainen 2010 s. 469.

lanteeseen, jossa syyllisyysratkaisu tehdään rikoslain sanamuodon ja systemaattisten argumenttien perusteella.[238]

Vaikka systemaattisiin argumentteihin viittaaminen tarkoittaa sitä, ettei kysymys ole rutiiniratkaisusta, kumulatiivista perustelutyyliä voidaan pitää hyvänä rikostuomion perustelukeinona. Jos alioikeustuomarit pyrkisivät kaikissa muissa paitsi rutiiniratkaisuissa nostamaan esiin myös syyllisyysratkaisua tukemattomat contra-argumentit, tämä olisi omiaan johtaman lisääntyneisiin muutoksenhakuihin. Vastaavasti jos teko luetaan tekijänsä syyksi ja perusteluissa esitetään syyksilukevan tuomion contra-perusteluita, tämä olisi omiaan jättämään vaikutelman tuomion mielivaltaisuudesta. Itse asiassa syyllisyysratkaisujen logiikkaan kuuluu, että tehty päätös perustellaan mahdollisimman vaihtoehdottomasti. Esimerkiksi jos luen syyksilukevaa tuomiota, ja puolet tuomion perusteluista puhuu vastaajan puolesta, tuomio on vaikea kokea legitiimiksi. Rikosoikeudessa pro et contra -argumentaatioon onkin syytä suhtautua varauksellisemmin kuin joillakin toisilla oikeudenaloilla.

Havaintojeni mukaan korkeimman oikeuden perustelutyylin muuttuminen avoimemmaksi on johtanut siihen, että kumulatiivisuudesta on tullut nimenomaan alioikeuksien perustelutyyli.[239] Toisin sanoen siinä missä käräjä- ja hovioikeuksissa kumulatiivinen perustelumalli on aktiivisessa käytössä, korkeimman oikeuden perusteluissa eri suuntaan viettävät argumentit saavat sijansa syyllisyysratkaisuissa.[240]

Paikoittain tämä on johtanut myös ylilyönteihin. Esimerkiksi edellä mainitsemassani ratkaisussa KKO 2013:50 korkein oikeus ei tyytynyt perustelemaan vain sitä, minkä vuoksi internetin keskustelupalstalla esitetty uhkaus ampua pääministeri ja valtiovarainministeri kiväärillä ei kuulu sananvapauden piiriin. Sen sijaan korkein oikeus puntaroi sitä, voisiko laiton uhkaus olla sananvapauden perusteella sallittu. Tästä voitaneen vetää (virheellinen) johtopäätös, että internetissä voidaan esittää tappouhkauksia, kunhan ne esitetään yhteiskunnallisen keskustelun yhteydessä tai riittävän kepeästi.[241] Tällaisten väärintulkinta-

---

[238] Summers – Taruffo 1991/2010 s. 480.

[239] Myös Virolaisen ja Martikaisen mukaan Suomessa on tyypillistä, että alioikeudet jättävät suosiolla normiperustelut korkeimman oikeuden harteille. Virolaisen ja Martikaisen tarkastelemalla (tilastollisesti toki lyhyellä) puolen vuoden ajanjaksolla vuonna 2010 noin kahdessakymmenessä prosentissa korkeimman oikeuden ratkaisuista myös käräjä- ja/tai hovioikeus oli perustellut oikeuskysymyksen relevantilla tavalla. Ks. Virolainen – Martikainen 2010 s. 473.

[240] Ymmärtääkseni Virolainen ja Martikainen ovat tästä asiasta samaa mieltä kanssani. Ks. Virolainen – Martikainen 2010 s. 469 ja 472–473. Bielefelder Kreis -tutkimuksen aineistoja analysoitaessa 1990-luvun alussa korkeimman oikeuden argumentaatiomallia ja perusteluita verrattiin Ranskan malliin, eli vielä tuolloin korkein oikeus noudatti lähinnä kumulatiivista perustelutyyliä. Ks. Summers – Taruffo 1991/2010 s. 497. Tunnetusti viimeisten vuosikymmenien aikana korkein oikeus on omaksunut uudentyyppisen perustelutyylin.

[241] KKO 2013:50, etenkin kohdat 12–14.

mahdollisuuksien välttämiseksi olisi suotavaa, että myös perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyysratkaisujen perusteluissa suositaan kumulatiivista mallia contra-argumenttien sijasta, ellei kysymys ole aidosti sellaisesta tilanteesta, joka ei ratkea rikoslain sanamuodon ja systemaattisten argumenttien perusteella.

(3) Konfliktin ratkaisumalli. Bielefelder Kreis -ryhmän kolmas perustelumalli eli konfliktin ratkaisunmalli tarkoittaa eri suuntiin viettävien argumenttien avointa esittämistä. Laintulkinnallisesti konfliktinen perustelumalli heijastaa tilannetta, jossa kysymys ei ole varsinaisesta laintulkinnasta vaan pro et contra -tyyppisestä punninnasta. Bielefelder Kreis -tutkimus osoittaa, että joissakin maissa (Yhdysvallat, Iso-Britannia, Argentiina, Ruotsi) ollaan herkempiä haastamaan lain sanamuoto, systemaattiset argumentit ja lainsäätäjän tahto kuin joissakin toisissa maissa (Ranska, Saksa, Italia, Puola, Suomi).

Etenkin common law -traditiossa on tyypillistä, että oikeuskysymystä ratkaistaessa lain sanamuoto ja lainsäätäjän tahto pyritään ikään kuin haastamaan kriittisiä argumentteja esittämällä. Tavoitteena on sisällöllisesti parempien tuomioiden saavuttaminen. Tämä on omiaan johtamaan siihen, että common law -tradition tuomarit argumentoivat pro et contra myös sellaisissa oikeuskysymyksissä, jotka civil law -traditiossa ratkaistaisiin lain sanamuodon ja systemaattisen argumenttien perusteella.[242]

Ennen kuin teen johtopääkseni perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyysratkaisujen perustelemisesta, taustaksi on syytä esittää Bielefelder Kreis -tutkimuksen oikeusvertaileva yhteenveto. Yhteenveto koostuu kahdesta ääripäästä eli Ranskasta ja Yhdysvalloista, jotka kuvastavat perustelutyylien vastapooleja. Bielefelder Kreis -ryhmän tutkimustulosten mukaan kaikkien tarkastelussa olleiden maiden perustelutyylit on allokoitavissa ranskalaisen ja yhdysvaltalaisen perustelutyylien välille.[243] Syyllisyyskysymyksen ratkaisukontekstiin kalibroituna perustelutyylien ääripäät voidaan esittää seuraavasti:[244]

Ranskalainen malli

(1) Syyllisyysratkaisu esitetään vaihtoehdottomana.
(2) Vain toista ratkaisuvaihtoehtoa pidetään mahdollisena.
(3) Perustelut sisältävät legalistista, teknistä ja byrokraattista kieltä.
(4) Perustelut ovat ytimekkäät ja lyhyet.

---

[242] Summers – Taruffo 1991/2010 s. 496–508; MacCormick – Summers 1991/2010 s. 527–530.
[243] Toteamallani tavalla tutkimuksen kohteena olivat Argentiina, Saksa, Suomi, Ranska, Italia, Puola, Ruotsi, Englanti ja Yhdysvallat.
[244] Summers – Taruffo 1991/2010 s. 501. Käännösapua olen saanut Aulis Aarniolta (Aarnio 1993 s. 266) sekä Virolaiselta ja Martikaiselta (Virolainen – Martikainen 2010 s. 470), jotka ovat kirjoituksissaan esittäneet taulukon suomen kielellä. Korostettakoon, että kalibroin taulukon rikosoikeudelliseen kontekstiin, joten termivalintani poikkeavat jonkin verran paitsi alkuperäisistä termeistä myös Aarnion sekä Virolaisen ja Martikaisen termivalinnoista.

(5) Perustelut ovat syllogistiset.
(6) Perusteluissa korostuvat formalistiset argumentit.
(7) Tuomarien rooliksi ymmärretään lakien toimeenpanijan rooli.
(8) Perustelujen kirjallinen tyyli on auktoritatiivinen.

Yhdysvaltalainen malli

(1) Tarvittaessa syyllisyysratkaisu esitetään jännitteisenä.
(2) Molempia ratkaisuvaihtoehtoja pidetään mahdollisena.
(3) Perusteluissa käytetään niukasti legalistista, teknistä ja byrokraattista kieltä.
(4) Perustelut ovat laajat ja seikkaperäiset.
(5) Perustelut ovat avoimet ja keskustelevat.
(6) Perusteluissa sisällölliset argumentit saavat sijansa.
(7) Tuomarien rooliksi ymmärretään lakien sisällöllisen hyväksyttävyyden vartiointi.
(8) Perustelujen kirjallinen tyyli on diskursiivinen ja punnitseva.

Toteamallani tavalla Bielefelder Kreis -tutkimuksen laatimisen aikaan Suomen korkeimman oikeuden argumentaation ja perustelujen todettiin muistuttavan Ranskan mallia.[245] 1990-luvulta alkaen suomalainen perustelutyyli on kuitenkin eittämättä siirtynyt kohti yhdysvaltalaista mallia.[246] Erityisesti tämä näkyy korkeimman oikeuden perusteluissa, mutta aivan tavatonta ei ole, että myös käräjä- ja hovioikeuksissa perustelut ovat kiperissä oikeuskysymyksissä seikkaperäisempiä.

Entä miten yhdysvaltalaiseen konfliktihakuiseen perustelutyyliin tulee suhtautua rikosoikeudellisesti? Jos kysyisimme asiasta Jyrki Virolaiselta ja Petri Martikaiselta, he todennäköisesti vastaisivat, että yhdysvaltalainen malli on mitä kannatettavin. Lisäksi he voisivat huomauttaa, ettei kotimainen tilanne ole vieläkään kelvollinen, vaan monissa kohdin tuomioistuinten – mukaan lukien korkeimman oikeuden – argumentaatio muistuttaa liikaa ranskalaista mallia.[247]

---

[245] Ks. Summers – Taruffo 1991/2010 s. 497. Myös Italian, Saksan ja Puolan korkeimpien oikeuksien perustelutyylien todettiin muistuttavan ranskalaista mallia.

[246] Mika Huovila kiinnitti 2000-luvun alkupuolella julkaistussa väitöskirjassaan huomiota siihen, että 2000-luvulle tultaessa viimeisen kymmenen vuoden aikana – eli 1990-luvulla – oli tapahtunut merkittävä muutos kotimaisessa perustelukulttuurissa. Ks. Huovila 2003 s. 1–2. Vaikka perustelukulttuurin muutosta selitetään mielellään suomalaisen oikeuskulttuurin eurooppalaistumisella, yksittäisenä virstanpylväänä on kuitenkin pidettävä 1990-luvun prosessiuudistusta, jolla rikosprosessi muutettiin suulliseksi, välittömäksi ja keskitetyksi. Samalla muutettiin myös tuomion perusteluja koskevat muodolliset säännökset.

[247] Virolaisen ja Martikaisen mukaan kotimainen argumentaatio voisi olla avoimempaa niin oikeuslähdeopillisesti kuin perustelullisestikin. Heidän mukaansa esimerkiksi relevantti oikeustieteellinen kirjallisuus voitaisiin mainita argumentaatiossa. Ks. Virolainen – Martikainen 2010,

Vaikka syyllisyysratkaisuissa korostunut lainmukaisuus edellyttää nihkeää suhtautumista konfliktinhakuiseen ratkaisumalliin, kiistatonta on, että kiperissä perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä erkaannutaan ranskalaisesta mallista. Tämä perustuu perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten oikeusteoreettiseen logiikkaan eli siihen, että päätösharkinnassa kohtaavat rikosoikeudellinen formalismi ja perus- ja ihmisoikeuksien suodattama sisällöllisyys. Tämä ei kuitenkaan edellytä sitä, että ranskalainen malli tulisi kokonaisuudessaan hylätä jotenkin vanhakantaisena tai kuivakkaana. Formalismi ja konfliktinhakuisuuden välttäminen on yhä edelleen mielivallan paras vihollinen.

Näin ollen johtopäätökseni on seuraava: syyllisyysratkaisuissa on ensisijaisesti noudatettava ranskalaistyyppistä ratkaisumallia, joka korostaa lainmukaisuutta ja formalistisuutta paitsi laintulkinnassa myös tuomion perusteluissa. Yksinkertaisesti rikosoikeudessa korostunut oikeusvarmuus ja ennakoitavuus edellyttävät sitä, että tuomarit pidättäytyvät hakeutumasta lainsäätäjän tontille, ellei se ole aivan välttämätöntä. Tyypillisesti syyllisyyskysymykset myös ratkeavat tunnusmerkistön sanamuodon, lainsäätäjän tahdon ja tunnusmerkistön sisältöä täsmentävien systemaattisten argumenttien perusteella. Tällaisessa tilanteessa ei ole tarvetta – eikä oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 §:n perusteella edes sallittua – pyrkiä konfliktihakuisuuteen ja pro et contra -tyyppisiin perusteluihin.[248]

Mika Huovilaa mukaillen vaikka syyllisyyskysymys ratkeaisi lain sanamuodon ja systemaattisten argumenttien perusteella, tuomion perusteluissa voidaan kuitenkin todeta, miksi pro et contra -tyyppistä argumentaatiota ei koeta tarpeelliseksi.[249] Huovilan kommentti on sekä perusteltu että sivuuttamaton. Jos asianosaiset ovat nostaneet esille perus- ja ihmisoikeusulottuvuuden ja väittävät, ettei rikoslain tapauskohtainen seuraaminen ole perus- ja ihmisoikeuksien perusteella sallittua, perusteluissa voidaan ja pitääkin todeta, miksi asianosaisten väitteet ovat irrelevantteja. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että asianosaisten väitteet

---

esim. s. 431 ja 472. Olen jo edellä tässä tutkimuksessa todennut, että rikosoikeudessa on mahdoton hyväksyä sitä, että ainakaan vastaajan vahingoksi viitattaisiin oikeusoppineiden kirjoituksiin tai asiantuntijalausuntoihin (vaikka alioikeuksissa näin tapahtuukin). Tällaiset kirjoitukset voivat eittämättä olla päteviä, mutta yhtä lailla niissä esitetyt kannanotot voivat olla – ja varsin usein myös ovat – riidanalaisia. Esimerkiksi jos olisin itse syytettynä talousrikoksista ja kiistäisin tahallisuuteni, tietäisin heti, keiden oikeusoppineiden kirjoituksiin minun ei ainakaan kannattaisi vedota. Jos minut tuomittaisiin ja perusteluissa viitattaisiin selonottovelvollisuutta korostaviin oikeusoppineisiin, kimpaantuisin siitä, miksei perusteluissa ole painotettu niitä kirjoituksia, joissa selonottovelvollisuuden on katsottu olevan ristiriidassa tunnusmerkistöerehdyksen kanssa.

[248] Oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 §:n mukaan tuomarin pitää tarkoin tutkia lain oikeata tarkoitusta ja perustusta sekä tuomita sen mukaan, mutta ei vastoin sitä, oman mielensä mukaan.

[249] Huovila 2006 s. 95.

edellyttäisivät punnintaa, koska punninta ei ole välttämättä tarpeellista eikä normatiivisesti perusteltuakaan.

On huomioitava, ettei perus- ja ihmisoikeusmyönteisyyttä tule identifioida vain punnintaan, vaan perus- ja ihmisoikeusmyönteisyys edellyttää nimenomaan sitä, että perus- ja ihmisoikeusargumentit otetaan relevantisti huomioon jo systemaattisiin argumentteihin tukeuduttaessa. Tarpeen vaatiessa tuomion perusteluissa voidaan mainita esimerkiksi relevantit ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut, jotka tukevat syyllisyysratkaisua. Viittaamista ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön ei kuitenkaan tule samaistaa konfliktihakuisuuteen ja ratkaisuperusteiden väliseen punnintaan, elleivät ratkaisuperusteet ole aidosti keskenään ristiriitaisia.

Yhdysvaltalaistyyppinen konfliktihakuinen perustelumalli, jossa perustelut ovat avoimia ja punnitsevia, on syytä jättää niihin tapauksiin, joissa rikoslain sanamuoto, systemaattiset argumentit ja lainsäätäjän tahto eivät tuo riittävää selvyyttä syyllisyyskysymykseen.[250] Toisin sanoen jos oikeudelliset ratkaisuperusteet ovat aidosti ristiriitaisia, tuomarin on syytä esittää, miksi argumentit kumuloituvat vaakakupin toiselle puolelle. Jotta tämä tehtävä voidaan suorittaa vakuuttavasti, perusteluissa on punnittava eri suuntiin vietävien argumenttien keskinäistä painoarvoa. Toisaalta seuraavassa alaluvussa tarkemmin todennettavalla tavalla syyllisyysratkaisuissa tämä tehtävä on helpommin asetettu kuin suoritettu. Tämä perustuu siihen, että syyllisyysratkaisuissa tuomion lopputulos (tuomiolauselma) on esitettävä ainoana perusteltavana olevana vaihtoehtona. Näin ollen punnintaoperaatiota ei voida koskaan kuvata aidosti, vaan tuomiota vastaan puhuvien contra-argumenttien merkitys on perusteluissa häivytettävä taka-alalle. Toinen vaihtoehto olisi, että kiperien syyllisyyskysymysten perusteluissa todettaisiin avoimesti, ettei tuomio ole ainoa perusteltavissa oleva vaihtoehto. Tällainen perustelutekniikka ei kuitenkaan istu oikeusvarmuutta korostavan rikosoikeuden luonteeseen.

6.8 TUOMARIN HARKINTAMALLI PUNNINTATILANTEESSA

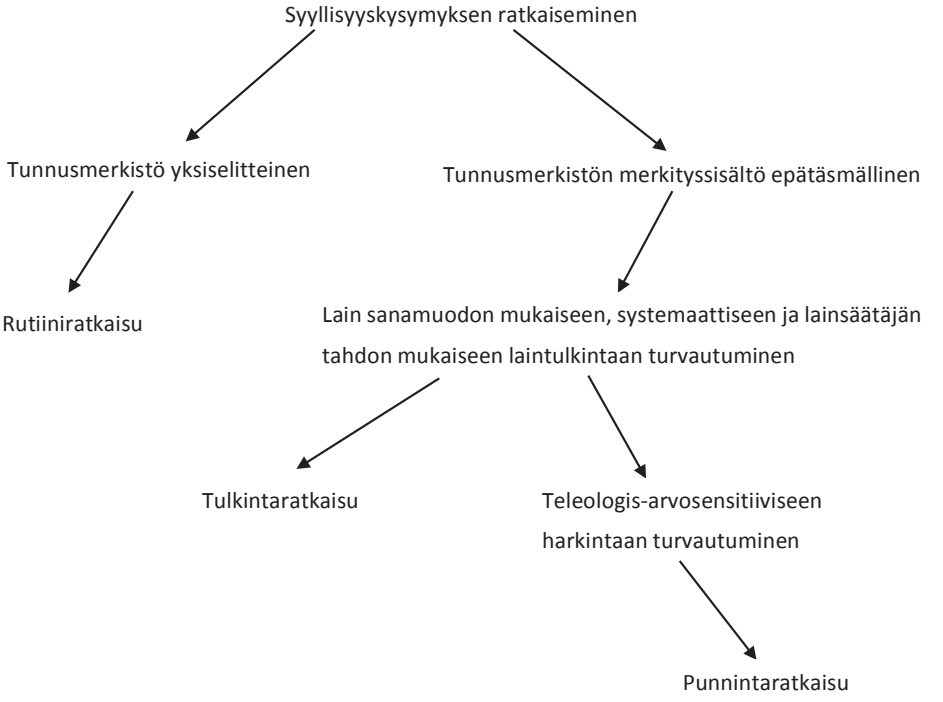
Totesin edellä, että kaikki kiperät syyllisyyskysymykset voidaan hahmottaa punnintatilanteina. Tämä perustuu siihen, että syyllisyyskysymys on aina purettavissa kriminalisoinnin taustalla olevien oikeushyvien suojelun ja vastaajan oikeus-

[250] Näin myös Huovila 2006 s. 95.

turvan väliseksi jännitteeksi.[251] Samassa yhteydessä totesin, ettei tuomarin tule päätösharkinnassaan hakeutua punnintatilanteeseen eli tuomarin tehtävä ei ole voimassa olevan rikoslain haastaminen. Pikemminkin syyllisyyskysymys on pyrittävä ratkaisemaan nimenomaan rikoslain sanamuodon mukaisen tulkinnan ja systemaattisten argumenttien avulla.

Sanottu pätee myös perus- ja ihmisoikeussensitiivistä syyllisyyskysymystä ratkaistaessa. Vasta jos sanamuodon mukainen tulkinta ja systemaattiset argumentit ovat aidosti riittämättömiä keinoja ratkaista syyllisyyskysymys, tuomarin on turvauduttava Bielefelder Kreis -ryhmän tarkoittamaan teleologis-arvosensitiiviseen harkintaan. Tätä harkintaa ei ole perusteltua pitää laintulkintana, vaan nimenomaan eri suuntiin viettävien intressien välisenä punnintana.

Syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen sisältyviä ulottuvuuksia voidaan mallintaa seuraavasti:



Kuvio 9. Syyllisyysratkaisun ulottuvuudet.

[251] Jaakko Jonkka on lähtenyt väitöskirjassaan nimenomaan siitä, että rikosprosessissa ovat vastakkain rikosvastuun toteuttamisvaade ja oikeusturva. Siinä missä preventio edellyttää rikosvastuun tehokasta toteuttamista, oikeusturva edellyttää syyttömän suojaamista. Kiperissä tilanteissa nämä päämäärät ovat ristiriidassa toistensa kanssa. Ks. Jonkka 1991.

Punnintatilanteessa tuomarin tehtävä ei ole löytää ideaalista tasapainoa eri suuntiin viettävien ratkaisuperusteiden välillä vaan ratkaista asia yksioikoisesti. Näin ollen siinä missä oikeustieteilijät puhuvat punninnasta eri suuntiin viettävien periaatteiden optimaalisena toteuttamisena, syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin tehtävä on karu. Hän ei voi tehdä ”enemmän tai vähemmän syyllinen” -tyyppistä syyllisyysratkaisua, vaan punnintaoperaation lopputuloksen on oltava yksiselitteinen. Oletus on, ettei oikeuden vaaka jää syyllisyyskysymyksissä vinoon tai tasapainoon, vaan punnintatilanne voidaan ratkaista yksiselitteisesti, normatiivisesti perusteltavalla tavalla.

> Syyllisyyskysymyksissä vaakakielikuva on itse asiassa toimimaton kuvaus oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta. On lähes mahdotonta olettaa, että tuomion langettamisen hetkellä vaa’an molemmat puolet painavat mutta vaa’an toinen puoli painaa enemmän. Tämähän tarkoittaisi sitä, että henkilö olisi saman teon perusteella vähän syyllinen ja jonkin verran syytön.
>
> Tämä ongelma ei ole vain teoreettinen. Koska henkilöä ei voida saman teon perusteella tuomita syyttömäksi sekä hieman syylliseksi, syyllisyysratkaisu on aina ehdoton. Tämä johtaa jossain määrin erikoiseen lopputulokseen. Oletakaamme, että tuomari päätyy punnintatilanteessa siihen, että syyttömyyden puolesta on painavampia ratkaisuperusteita. Tällöin tuomarin on hylättävä syyte. Tuomion perusteluissa tuomarin on kirjoitettava harkintansa auki, mutta hän ei voi aidosti todeta, että ratkaisuperusteet r^1, r^2 ja r^3 puoltavat syyttömyyttä ja ratkaisuperusteet r^4, r^5 ja r^6 syyllisyyttä. Pikemminkin tuomarin on pyrittävä perusteluillaan osoittamaan, että hänen ratkaisunsa on ainoa perusteltavissa oleva vaihtoehto. Käytännössä tämä edellyttää ratkaisuperusteiden r^1, r^2 ja r^3 korostamista ratkaisuperusteiden r^4, r^5 ja r^6 kustannuksella. Tämä taas johtaa siihen, että todellisuudessa ratkaisuperusteiden r^4, r^5 ja r^6 rooliksi jää vain tuomion legitimointi. Ne ikään kuin kertovat, että ”meidät on asiallisesti huomioitu ja merkityksettömiksi todettu”. Tämän voi huomata myös korkeimman oikeuden syyllisyysratkaisuja lukemalla. Tuomiolauselman vastaiset ratkaisuperusteet eivät saa niille kuuluvaa aitoa painoarvoa. Pikemminkin syyllisyysratkaisujen logiikkaan sisältyy nimenomaan se, että tuomion perusteluissa tuomiolauselman vastaiset ”punnukset” osoitetaan kohta kohdalta merkityksettömiksi.

Tuomarin velvollisuus laittaa eri suuntiin viettävät ratkaisuperusteet legitiimiin etusijajärjestykseensä sisältää oletuksen, että ratkaisuperusteet voidaan myös asettaa keskinäiseen etusijajärjestykseensä. Kuten Immanuel Kant on huomauttanut, velvollisuuden asettaminen ei ole perusteltua, ellei tehtävän suorittaminen ole mahdollista.[252] Poikkeuksellisesti tätä filosofista opetusta puoltaa myös arkijärki. Monet oikeustieteilijät eivät olekaan epäröineet olettaa, että ratkaisuperus-

[252] Pitämisen ja voimisen välisestä tematiikasta rikosoikeudellisessa kontekstissa ks. Husak 2010 s. 36.

teet voidaan asettaa (normatiivisesti perusteltavaan) etusijajärjestykseensä riippumatta punnintatilanteen haastavuudesta. Esimerkiksi Juha Karhu voisi olla tätä mieltä. Väitteensä hän voisi perustella sillä, että aivan kuten sopimusoikeus, myös rikosoikeus sisältää jonkin viimekätisen keskeisperiaatteen, jolle muut ratkaisuperusteet ovat tarvittaessa alisteisia.[253]

> Esimerkiksi jos rikosoikeuden tärkeimpänä periaatteena pidettäisiin vastaajan oikeusturvaa, tuomarin tehtävä olisi kiperässä tilanteessa hylätä syyte. Tämä ohje olisi selkeä, mutta se ei nauti institutionaalista tukea. Esimerkiksi korkein oikeus antoi vuonna 2013 ainakin yhdeksäntoista Finlexissä julkaistua ratkaisua, joissa oli kysymys syyksiluettavuudesta.[254] Kymmenessä ratkaisussa teko jätettiin lukematta tekijän/tekijöiden syyksi, ja yhdeksässä ratkaisussa teko luettiin tekijän/tekijöiden syyksi. Näin ollen normatiivisesti epäselvissä tilanteissa vastaajia ei kategorisesti vapauteta, vaan pikemminkin vaikuttaa siltä, että preventio ja oikeushyvien suojelu on tasavahva periaate vastaajan oikeusturvan kanssa.

Vaikka kiperissä tilanteissa eri suuntiin viettävien ratkaisuperusteiden asettaminen legitiimiin etusijajärjestykseensä on hankalaa myös ilman perus- ja ihmisoikeusulottuvuutta, arvoherkässä perus- ja ihmisoikeuskontekstissa tämä problematiikka pingottuu äärimmilleen. Ongelman luonnetta voidaan havainnollistaa seuraavasti.

Kahvilassa myydään samaa kahvia yhden ja kahden euron hinnalla. Jos maksan kahvikupistani vain euron, päätöstäni pidetään rationaalisena. Sen sijaan jos ilmoitan maksavani kahvikupistani kaksi euroa, päätöstäni pidetään irrationaalisena. Tämä perustuu siihen, että päätöstäni (eli pienemmän hinnan maksamista) pidetään ainoana rationaalisesti perusteltavana vaihtoehtona.

Vastaavasti jos totean kahvilassa, että ”kärsimys on minimoitava”, todennäköisesti myös tätä kommenttia pidetään rationaalisena. Sen sijaan jos jatkan, että ”eutanasia on sallittava” ja perustelen väitteeni kärsimyksen minimoimisella, väitettäni ei välttämättä enää hyväksytä. Todennäköisesti sitä pidetään vain subjektiivisena mielipiteenäni. Opponoijani voi todeta, että kärsimyksen vähentäminen on toivottavaa, mutta myös muut arvokkaat päämäärät tulee huomioida.

---

[253] Pöyhönen (nykyisin Karhu) 1988. Ymmärtääkseni Karhun viesti on, että kukin oikeudenala sisältää sellaisen ytimen, josta voidaan johtaa kyseisen oikeudenalan merkittävin periaate. Vaikka oikeudenalalla vaikuttaa myös muita tärkeitä periaatteita, ristiriitatilanteessa nämä muut periaatteet ovat alisteisia tälle kaikkein tärkeimmälle periaatteelle.

[254] Tilastotietoa varten kävin läpi vuoden 2013 korkeimman oikeuden ennakkopäätökset. Tekstissä oleva termi ”ainakin” (yhdeksäntoista Finlexissä julkaistua ratkaisua) viittaa siihen, että yhdeksässätoista ratkaisussa oli selkeästi kysymys teon syyksiluettavuudesta, eli joko tunnusmerkistön mukaisuudesta tai rikosoikeuden yleisistä opeista (esim. tahallisuudesta). Lisäksi kyseiset ratkaisut voidaan luokitella joko syyksilukeviksi tai vapauttaviksi.

Toisin sanoen kärsimyksen vähentämisen keinovalikoima on riidanalainen. Tämä ei tarkoita sitä, että olisin kykenemätön argumentoimaan rationaalisesti eutanasian sallittavuuden puolesta. Argumentaatiotani ei kuitenkaan pidettäisi samalla tavalla rationaalisesti perusteltuna kuin halvemman kahvikupin ostamista. Yksinkertaisesti siinä missä markkinoilla tehtävää (rationaalista) valintaa pidetään arvoneutraalina, eutanasian sallittavuutta puoltavaa (rationaalista) argumentaatiota pidetään arvostusten determinoimana.

Perus- ja ihmisoikeusherkässä punnintatilanteessa ratkaisun tekeminen sisältää samankaltaista problematiikkaa. Tällaisessa tilanteessa ratkaisuperusteita ei voida asettaa neutraaliin etusijajärjestykseensä samalla tavalla kuin kalliimpaa tai halvempaa kahvikuppia. Tämän vuoksi punnintatilannetta on vaikea ratkaista ilman, että ratkaisu leimataan vain tuomarin subjektiiviseksi mielipiteeksi.

Oikeustieteessä tätä problematiikkaa on lähestytty usealla tavalla. Mannereurooppalaisessa ja kotimaisessa keskustelussa on kuitenkin havaittavissa kaksi toisiinsa lomittuvaa päälinjaa. Ensimmäisen linjan mukaan ristiriita tulee ratkaista muodollisen punnintalain mukaan. Toisaalta koska punnintalain perusteella operointi ei johda matemaattiseen varmuuteen, toisen linjan mukaan ratkaisu tulee perustella siten, että rationaalinen perusteluauditorio voi hyväksyä tuomion. Linjat eivät ole vastakkaisia vaan toisiaan tukevia.

Muodollisen punnintalain alkuperää on vaikea yksilöidä, mutta Suomessa viitataan usein Robert Alexyn kirjoituksiin.[255] Alexyn punnintalain mukaan mitä enemmän jotakin periaatetta konkreettisessa ratkaisutilanteessa loukataan, sitä tärkeämpää on vastaperiaatteen toteuttamisen oltava.[256] Kotimaisessa rikos- ja rikosprosessuaalisessa kontekstissa Alexyn punnintalakia on soveltanut Jaakko Jonkka, joka on Alexyn punnintalakiin tukeutuen tasapainoillut rikosvastuun ja oikeusturvaintressin välillä.[257]

Toinen linja assosioituu etenkin Robert Alexyn, Aulis Aarnion ja Alexander Peczenikin kirjoituksiin, joskin puheenvuoroja oikeudellisesta argumentaatioteoriasta ovat esittäneet myös monet muut kirjoittajat. Mainittakoon esimerkkinä Jyrki Virolaisen ja Petri Martikaisen proponointi pro et contra -perustelutyylin puolesta. Virolaisen ja Martikaisen lähtökohta on, että kiperässä tilanteessa vain

---

[255] Punnintalain alkuperä voidaan jäljittää myös Ronald Dworkiniin. Toisaalta toisin kuin Alexy, Dworkin ei kuitenkaan esitä yleispätevää punnintalakia. Koska oikeudellinen punninta muistuttaa moraalista harkintaa, voidaan myös väittää, että punnintalain alkuperä on filosofisissa puheenvuoroissa. Tällöin päädymme antiikkiin, koska länsimainen moraaliteoria on pohjimmiltaan vain viittauksia antiikin filosofeihin, kuten usein kuulee väitettävän.

[256] Alexy 1986 s. 146; Alexy 1989 s. 626–629; Alexy 2002 s. 102.

[257] Jonkka 1991, esim. s. 250. Myös Mika Huovila on konstruoinut oman punnintalakinsa koskien tuomion faktaperusteluita. Huovilan mukaan niin aineellinen totuus, oikeudenmukainen oikeudenkäynti kuin kustannustehokkuuskin on toteutettava ”mahdollisimman suuressa määrin”. Ks. Huovila 2003 s. 346 ja 414.

pro et contra -argumentaatio antaa rationaaliselle perusteluauditoriolle riittävät eväät arvioida tuomion hyväksyttävyyttä.[258]

Tarkoitukseni ei ole kiistää muodollisen punnintalain ja oikeudellisen argumentaatioteorian relevanssia. Siinä missä muodollisen punnintalain oletetaan paikkaavan harkinnan antiformalistisuutta (viittaavathan termit ”muodollinen” ja ”punnintalaki” formalismiin),[259] argumentaatioteoria korjaa oikeudelliseen ratkaisutoimintaan sisältyvää episteemistä vajetta (tuomion oikeellisuus korvataan perusteluauditorion hyväksynnällä). Toisaalta tuomarin harkitessa konkreettisen syyllisyyskysymyksen ratkaisua sekä punnintalain että oikeudellisen argumentaatioteorian relevanssi on suhteellista. Tarkoittamani relevanssivaje perustuu seuraaviin tekijöihin.[260]

Ensinnäkin Alexyn punnintalakia mukaillen jos syyllisyyskysymyksessä on ristiriita kahden eri oikeuden välillä, toisen oikeuden loukkaus edellyttää sitä, että toisen oikeuden suojeleminen on tapauskohtaisesti erityisen tärkeää. Tämä väite on kiistaton, mutta metodisesti hedelmätön. Samankaltainen hedelmättömyys sisältyy kaikkiin muodollisiin punnintalakeihin, joissa kehotetaan optimoimaan ristiriitaiset päämäärät kuten oikeusturva ja rikosprosessin kustannustehokkuus.[261] Jokaisessa muodollisessa punnintalaissa on pohjimmiltaan kysymys seuraavasta ohjeesta: ”tuomari, toimi parhaalla mahdollisella tavalla”. On kuitenkin vaikea hahmottaa, mitä lisäarvoa kyseisen ohjeen antaminen tarjoaa kiperää syyllisyyskysymystä ratkaisevalle tuomarille. Tämä perustuu siihen, että muodolliset punnintalait eivät tarjoa metodista eivätkä varsinkaan sisällöllistä tukea valintapäätöksen tekemiseksi ristiriitatilanteessa.

Voimme eittämättä lähteä siitä, että kahden oikeuden kollisiossa ei-loukatun oikeuden suojelun tulee olla tapauskohtaisesti erityisen tärkeää. Esimerkiksi jos sananvapauden ja kunnian suojan kollisiossa loukataan sananvapautta, kunnian suojalle on oltava sananvapautta painavammat perusteet. Muutoin ratkaisu olisi irrationaalinen. Sen sijaan konkreettisessa ratkaisutilanteessa, jossa pitäisi kyetä päättämään kahden eri vaihtoehdon välillä, muodollisesta punnintalaista ei ole

---

[258] Virolainen – Martikainen 2010 s. 476.

[259] Alexy itse korostaa punnintalain tapaa olla nimenomaan punnintalaki toteamalla, että ”Es [punnintamalli] kann als Abwägungsgesetz bezeichnet werden”. Ks. Alexy 1986 s. 146.

[260] Puhuessani jäljempänä Alexyn punnintalaista oletan, että punnintalain relevanssi on samanlaista riippumatta siitä, onko kysymyksessä perus- ja ihmisoikeuksien vai kirjoittamattomien oikeusperiaatteiden välinen kollisio. Näin asian on ajatellut myös Veli-Pekka Viljanen (Viljanen 2001 s. 214–221) puhuessaan perusoikeuksien keskinäisestä punninnasta. Olettamustani voidaan pitää perusteltuna, koska periaatteiden tavoin myös perus- ja ihmisoikeudet ovat luonteeltaan enemmän tai vähemmän toteutettavia oikeusnormeja, olkoon, että joitakin oikeuksia ja eri oikeuksien ydinalueita pidetään loukkaamattomina. Tästä tematiikasta ks. alaviite 207.

[261] Esim. Huovila 2003 s. 346 ja 414.

apua. Se ei tarjoa neuvoa siihen, kuinka valinta kahden vaihtoehdon välillä on tehtävä.

Sama harkintahetkeä koskeva merkityksettömyys koskee myös oikeudellisia argumentaatioteorioita. Ne antavat tuomarille ohjeen ”tuomari, ratkaise ja perustele syyllisyyskysymys siten, että rationaalisesti harkitseva oikeusyhteisön jäsen voi ratkaisun hyväksyä”. Vaikka tämä ohje on relevantti, tehdyn päätöksen justifiointi on jälkijättöistä. Vakuuttavilla perusteluilla tuomio voidaan pyrkiä oikeuttamaan, mutta varsinaisesti argumentaatioteoriat eivät mallinna tuomarin päätösharkintaa. Pikemminkin kysymys on siitä, että painottamalla tuomion perusteluita ja määrätyn oikeusyhteisön hyväksyntää pyritään korjaamaan sitä epistemistä vajetta, jota kiperät syyllisyysratkaisut sisältävät.

> Myöhemmin todennettavalla tavalla oikeudelliset argumentaatioteoriat pohjautuvat rationaalisen konsensuksen teoriaan. Näin ollen olettama on, että niin ratkaisua tekevä tuomari kuin tehtyä ratkaisua rationaalisesti arvioiva perusteluauditorio voivat harkinnassaan päätyä samaan lopputulemaan, oli tuo harkintatilanne kuinka kiperä tahansa. Vaikka tuomioiden legitimiteetin vuoksi rationaalisen konsensuksen teoriaan tukeutuminen on välttämätöntä, rationaalisen konsensuksen teoria ei varsinaisesti mallinna tuomarin ratkaisuharkintaa, olkoonkin, että kysymyksessä on vaikutusvaltainen moraaliteoria.
>
> Näin ollen tuomarille on tarjottava metodista johtoa punnintatilanteen optimaaliseksi ratkaisemiseksi. Metodiseksi johdoksi ei kuitenkaan riitä muodollisen punnintalain korostaminen, vaan tuomarille on tarjottava malli, jonka perusteella hän kykenee tekemään sisällöllisesti optimaalisen ratkaisun – eli päättämään sen, kumpi ratkaisu (syytön vai syyllinen) on kussakin punnintatilanteessa perusteltavin. Tämä edellyttää nimenomaan yksilökeskeisen päätösharkinnan mallintamista.

Rikosoikeustieteellisissä kirjoituksissa on säännönmukaisesti sivuutettu tuomarin harkinnan mallintaminen ratkaisuhetkellä eli siinä tilanteessa, kun tuomari joutuu punnitsemaan eri suuntiin viettävien argumenttien välillä. Tyypillisesti tämä problematiikka sivuutetaan toteamalla, että perusteet punnintaratkaisun tekemiselle löytyvät oikeuslähteistä.[262] Samalla kuitenkin sivuutetaan se, että ratkaisuperusteiden välinen etusijajärjestys on altis arvostuksille. Vaikka syyllisyysratkaisun tekemiseksi löytyy aina normatiivisesti merkitseviä ratkaisuperusteita, tästä ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että tuomarin ratkaisuharkinta on myös lailla sidottu. Ei ole olemassa sellaista normatiivista ohjetta, joka määräisi sen, kuinka eri suuntiin viettävät ratkaisuperusteet on tapauskohtaisesti asetettava etusijajärjestykseensä. Näin ollen tuomari joutuu kantamaan henkilökohtaisen vastuunsa.

---

[262] Esim. Huovila 2006 s. 94.

Siinä missä oikeustieteilijät ovat olleet kiinnostuneempia tehdyn ratkaisun oikeuttamisesta kuin tuomarin harkinnan mallintamisesta, moraalifilosofisessa kirjallisuudessa on esitetty lukuisia vastausyrityksiä arvoristiriitojen ratkaisemiseksi. Samalla on huomioitava, että perus- ja ihmisoikeuksien vahvistumiseen sisältyy piirteitä, jotka velvoittavat oikeustieteilijöitäkin pohtimaan sitä, miten arvoristiriidat voidaan tuomioistuimissa ratkaista optimaalisella tavalla. En tarkoita, että keskustelu tuomioiden perustelemisesta ja justifikaatiosta olisi irrelevanttia saati merkityksetöntä, mutta perus- ja ihmisoikeusmatriisissa tuota keskustelua on täydennettävä pyrkimyksellä mallintaa tuomarin arvosensitiivistä harkintaa ratkaisuhetkellä. Toisin sanoen keskustelun painopistettä on siirrettävä tuomion jälkikäteisestä oikeuttamisesta siihen, kuinka tuomari voi tehdä punnintaratkaisunsa optimaalisesti eli rationaalisesti perusteltavalla tavalla.

Manifestini on seuraava: Koska perus- ja ihmisoikeussensitiivisessä punnintatilanteessa tuomarin harkinta muistuttaa arvoristiriitojen ratkaisemista, tuomarin harkinnan mallintamiseksi tukea voidaan etsiä moraaliteorioista, joissa on pyritty mallintamaan arvoristiriitojen ratkaisemista rationaalisesti perusteltavalla tavalla. Yhden varteenotettavan teorian, jota voidaan soveltaa myös tuomarin harkintaan punnintatilanteessa, on tarjonnut R. M. Hare.

Valintaani puoltaa se, että Haren kirjoituksilla on ollut ilmeinen vaikutus myös oikeudelliseen argumentaatioteoriaan.[263] Näin ollen Haren ymmärrys arvoristiriitojen ratkaisemisesta tarjoaa mahdollisuuden linkittää toisiinsa tuomarin harkinta, oikeudellinen argumentaatio ja tuomion justifikaatio. Toiseksi Harelle on ominaista, että hän pyrkii teoriansa avulla mallintamaan sitä, kuinka konkreettisia arvoristiriitoja voidaan ratkaista. Näin ollen kysymys ei ole vain moraaliteoriasta, vaan teorian ja käytännöllisen aspektin yhteen lomittamisesta. En kuitenkaan väitä, että Haren preskriptivismi olisi välttämättä paras saati ainoa normatiivinen moraaliteoria, jonka avulla tuomarin harkintaa punnintatilanteessa voitaisiin mallintaa. Pikemminkin valintani on ymmärrettävä keskustelun avaukseksi.[264]

Tarkoitukseni ei ole tarkastella Haren teoriaa yhtään sen enempää kuin temaattisesti on välttämätöntä.[265] Suhtaudun Haren teoriaan naiivisti eli poimin siitä tarvitsemani elementit. Näin ollen en pyri kattavuuteen enkä filosofiseen

---

[263] Ks. Alexy 2011 s. 2. Haren moraaliteorialla on ylipäätään ollut merkittävä vaikutus viime vuosikymmenien moraalikeskusteluun. Ks. Stout 2008 s. 862.

[264] Aulis Aarnio on huomauttanut, että perus- ja ihmisoikeuksien vaikutus suomalaiseen lakisidonnaiseen traditioon voi olla yllättävänkin syvällinen. Samalla Aarnio on painottanut sitä, että perus- ja ihmisoikeusmyönteisyyteen vastaaminen edellyttää rohkeita avauksia, joiden avulla juristikunnan kykyä reagoida arvovalintoihin vahvistetaan. Ks. Aarnio 2002 s. 12. Näin ollen puheenvuoroni voidaan ymmärtää vastausyrityksenä Aarnion esittämään toiveeseen.

[265] Haren teoriasta on keskusteltu runsaasti. Viimeisimmän kattavan kokonaisesityksen Haren teoriasta lienee kirjoittanut Eleni Kalokairinou. Ks. Kalokairinou 2011. Ks. myös teos Seanor – Foti-

kriittisyyteen, vaan tavoitteeni on kalibroida Haren ajattelu oikeudellisen kontekstiin, eli pyrkimykseni on mallintaa sitä, millä edellytyksillä tuomarin harkinta punnintatilanteessa johtaa optimaaliseen ratkaisuun. Otan annettuna, että mitä paremmin tuomari kykenee toteuttamaan konstruoimaani harkintamallia, sitä helpommin tuomio on perusteltavissa niin asianosaisille kuin relevantille oikeusyhteisöllekin.

Haren malli moraalikonfliktien ratkaisemiseksi.[266] Haren moraaliteoriaa kutsutaan universaaliksi preskriptivismiksi. Termi preskriptivismi viittaa ”käskemiseen” ja ”pitämiseen”, mutta osuvaa suomenkielistä vastinetta preskriptivismille ei ole.[267] Jäljempänä samaistan preskriptivismin pitämiseen.

Kuten monet moraaliteoreetikot myös Hare lähtee siitä, että aidot moraaliperiaatteet ovat universaaleja ja ylittämättömiä. Näin ollen Hare hylkää moraalisen relativismin.[268] Haren mukaan moraaliperiaatteet eivät kuitenkaan ole mitään transsendentteja tosiasioita (kuten esimerkiksi Platon ajatteli) vaan preskriptiivisiä.[269] Tällä Hare tarkoittaa sitä, että moraaliset kannanotot ovat olemukseltaan kielellisiä ja ne ilmaisevat ”pitämistä”.[270] Näin ollen Haren mukaan kaikki moraaliset mielipiteet, kuten ”valehteleminen on väärin” tai ”suvaitsevaisuus on hyvästä”, voidaan aina palauttaa pitämistä koskeviksi väitteiksi.

Nostakaamme esimerkiksi verot. Jos sanon, että ”verojen maksamatta jättäminen on moraalitonta”, sanon, että verot on maksettava. Kannanottoni ei koske transsendenttiä moraalitodellisuutta, eikä se ole neutraali, vaan kielenkäyttösääntöihin takautuva preskriptio. Toteamalla, että verojen maksaminen on moraalisesti hyvä asia, sanon, että maksa verosi tai olet huono ihminen.

---

on (eds): ”Hare and Critics. Essays on Moral Thinking”. Kyseinen teos koostuu usean eri Harekommentaattorin kirjoituksista ja Haren vastauksista kritiikkiin. Ks. Seanor – Fotion (eds) 1988.

[266] Hare on käsitellyt ja kehitellyt teoriaansa useissa eri kirjoituksissa. Itse tukeudun ensisijaisesti Haren teokseen ”Moral Thinking. Its Level, Method, and Point” (1981/1987) sekä jossakin määrin hänen aikaisimpiin teoksiinsa ”Freedom and Reason” (1963/1977) ja ”The Language of Morals” (1952/1961). Haren teoria voidaan ymmärtää evolutiivisesti, eli Hare kehittelee teoriaansa edellä mainituissa teoksissa. Oivallista tukea olen saanut myös Juhani Pietarisen ja Seppo Poutasen teoksesta ”Etiikan teorioita”, jossa Haren moraaliteoria on esitetty tiivistetysti. Ks. Pietarinen – Poutanen 1997 s. 71–102. Todettakoon, että oikeudellisessa kontekstissa Haren teoriasta on kirjoittanut ainakin Robert Alexy. Ks. Alexy 1978 s. 83–107; Alexy 1989 s. 58–79.

[267] Myöskään muissa kielissä preskriptivismille ei ole löytynyt osuvaa vastinetta. Siinä missä esimerkiksi italian kielessä käytetään termiä ”prescrittivismo” saksankielisessä kirjallisuudessa termi on ”Präskriptivismus”. Termi ”preskriptivismi” ei olekaan käännettävissä ilman, että termin merkityssisältö kärsii. Koska kirjoitan rikosoikeudellisin tarkoitusperin, lienee syytä huomauttaa, että preskriptivismiä ei tule sekoittaa preskriptioon eli vanhentumiseen. Etenkin vanhemmissa rikosoikeudellisissa kirjoituksissa puhutaan preskriptiosta eli syyteoikeuden tai rangaistuksen täytäntöönpano-oikeuden vanhentumisesta.

[268] Hare 1981/1987 s. 159.

[269] Hare 1981/1987 s. 55.

[270] Hare 1952/1961 I osa. Kriittisesti Haren preskriptivismistä ks. Richards 1988 s. 113–128.

Näin ollen Haren mukaan aidoille moraaliperiaatteille on ominaista, että ne ovat käskyjä eli imperatiiveja.[271] Vaikka assosioimme käskyt ihmisten väliseksi kommunikaatioksi, Hare lähtee siitä, että moraalisessa kontekstissa käsky suuntautuu ensisijaisesti väitteen esittäjään itseensä. Toisin sanoen jos sanon, että ”verojen maksamatta jättäminen on väärin” enkä itse maksa verojani, en ole aidosti sitä mieltä, että verojen maksamatta jättäminen on moraalitonta.[272] Haren mukaan jos pidän verojen maksamista moraalisena hyveenä eikä mikään estä minua maksamasta veroja, myös maksan veroni. Moraaliperiaatteiden preskriptiivisyys viittaa nimenomaan siihen, että moraaliväitteen esittäjä on itse paitsi sitoutunut myös sisäisesti pakotettu toimimaan arvoarvostelmiensa mukaisesti.

Ajatusta, että aito moraaliperiaate on esittäjäänsä itseään sitova, on tavallaan mahdoton kiistää. Jos pidän jotakin toimintaa moraalisesti oikeana (eli parhaana mahdollisena), olen rationaalinen ja mikään ei estä minua toimimasta kyseisellä tavalla, toimin oikeaksi katsomallani tavalla. Yksinkertaisesti jos mahdollisuuteni on valita moraalinen tai moraaliton toiminta, ja valitsen toimivani moraalittomasti, toimin irrationaalisesti. Tämä perustuu siihen, että toimiessani moraalittomasti en toimi rationaalisesti, koska en toimi parhaaksi katsomallani tavalla. Aivan kuten monet rationalistifilosofit väittävät, jokainen (aidosti) vapaa ja rationaalinen yksilö toimii nimenomaan parhaaksi katsomallaan tavalla eikä esimerkiksi toiseksi tai kolmanneksi parhaalla mahdollisella tavalla.

Pietarinen ja Poutanen ovat kuitenkin penänneet, miksi emme kuitenkaan aina toimi moraalisten arvostustemme mukaisesti, vaikka pidämme itseämme rationaalisina toimijoina.[273] Esimerkiksi jos ajattelen, että lasten hyvinvointia tulee edistää, miksi en tee mitään aktiivista tuon asian eteen.

Jos kysyisimme asiasta Harelta, hän todennäköisesti vastaisi, etten (1) osaa edistää lasten hyvinvointia tai (2) en toimi rationaalisesti tai (3) lasten hyvinvoinnin edistäminen ei ole minulle oikeasti tärkeää tai (4) jokin estää minua edistämästä lasten hyvinvointia. Kuten Pietarinen ja Poutanen ovat todenneet, vaihtoehdot (1) ja (2) eivät normaalisti tule kysymykseen. Jos haluan edistää lasten hyvinvointia, osaan asian eteen myös jotakin tehdä. Ihmiset myös tyypillisesti toimivat rationaalisesti.

Näin ollen jäljelle jää kaksi vaihtoehtoa. Joko en pidä lasten hyvinvoinnin edistämistä oikeasti tärkeänä (kohta 3) tai jokin estää minua auttamasta lapsia (kohta 4).[274] Esimerkiksi jos väitän haluavani edistää lasten hyvinvointia, mutta en tee asian eteen mitään, Haren mukaan tämä viittaa siihen, että puheeni lasten

---

[271] Hare 1952/1961 s. 173.
[272] Hare 1952/1961 s. 171–172. Ks. myös Pietarinen – Poutanen 1997 s. 72.
[273] Pietarinen – Poutanen 1997 s. 73.
[274] Esimerkki on omani, mutta vastaavantyyppisesti ovat kirjoittaneet Pietarinen ja Poutanen. Ks. Pietarinen – Poutanen 1997 s. 73.

hyvinvoinnin edistämisestä on pikemminkin retoriikkaa kuin aito moraalinen periaatteeni.[275]

Olettakaamme, että lasten hyvinvoinnin edistäminen on minulle aidosti tärkeää. Näin ollen koen velvollisuudekseni lasten hyvinvoinnin edistämisen. Toisaalta jos en kuitenkaan edistä lasten hyvinvointia, tämä voi perustua siihen, etten kykene sitä tekemään. Tyypillisesti tällainen kyvyttömyys perustuu siihen, etten kykene täyttämään kaikkia moraalisia velvoitteitani. Yhtäältä voin arvostaa lasten hyvinvoinnin edistämistä, toisaalta myös vanhemmistani tulee huolehtia. Tällöin minulla on kaksi moraaliperiaatetta: lasten hyvinvoinnin edistäminen ja vanhemmistani huolehtiminen. Jos nämä molemmat periaatteet ovat aitoja, ne käskevät minua seuraavasti: ”Tatu, huolehdi lasten hyvinvoinnista” ja ”Tatu, huolehdi vanhemmistasi”. Voimavarani ovat kuitenkin rajalliset, joten joudun priorisoimaan. Näin ollen minun on tehtävä moraalinen valinta. Keskitynkö edistämään lasten hyvinvointia vai auttamaan vanhempiani?

Kuvaamassani esimerkkitilanteessa voin pyrkiä optimoimaan sisäiset velvoitteeni. Voin keskittyä niin lasten hyvinvoinnin edistämiseen kuin vanhemmistani huolehtimiseen. Toisaalta moraaliteoriat on kyllästetty esimerkeillä, joissa henkilö on akuutissa valintatilanteessa, mutta hän ei voi yhtä aikaa täyttää molempia sisäisiä käskyjään. Esimerkiksi jos kaverini puoliso kysyy, ”Olitteko lauantai-iltana jatkoilla?” sisäinen ääneni voi sanoa: ”Tatu, älä valehtele” ja ”Tatu, älä petä kaverisi luottamusta”. Molemmat vastausvaihtoehdot voivat olla moraalisesti perusteltuja, mutta molempia vaihtoehtoja en voi valita.

Teoreettisesti tällainen ristiriitatilanne muistuttaa tuomarin punnintatilannetta perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä: ”tuomari, ratkaisuperusteet puoltavat vastaajan syyttömyyttä” ja ”tuomari, ratkaisuperusteet puoltavat vastaajan syyllisyyttä”. Molemmat ratkaisuvaihtoehdot voivat olla normatiivisesti perusteltuja, mutta molempia vaihtoehtoja ei voi valita. Ratkaisu on kuitenkin tehtävä. Koska ratkaisu on eittämättä altis arvostuksille, tästä herää kysymys, kuinka eri suuntaan viettävät ratkaisuperusteet voidaan asettaa keskinäiseen etusijajärjestykseensä rationaalisesti perusteltavalla tavalla.

Tällaisessa tilanteessa, jossa ratkaisuperusteet puoltavat kahta eri vaihtoehtoa, valinta vaihtoehtojen välillä voidaan Haren mukaan tehdä kahdella tavalla; intuitiivisesti tai kriittisesti.[276] Hare ei kiellä intuitiivisen päätöksenteon relevanssia arkielämässä, vaan toteaa, että ihmisillä on opittuja toimintaperiaatteita, joiden

---

[275] Hare 1981/1987 s. 53–57.

[276] Moraalisista ristiriidoista ja ristiriidan ratkaisemisesta intuitiivisesti tai kriittisesti ks. Hare 1981/1987 s. 25–43. Intuitiivisesta ja kriittisestä ajattelusta oikeudellisessa kontekstissa ks. Scanlon 1988 s. 133. Yleisesti intuitiivisesta ja kriittisestä ajattelusta ks. Pietarinen – Poutanen 1997 s. 74–79.

perusteella he ratkaisevat arvoristiriitoja niitä sen enempää pohtimatta.[277] Tällaisia sisäistettyjä periaatteita Hare kutsuu prima facie -periaatteiksi. Opitut periaatteet ovat välttämätön osa inhimillistä elämää, koska ne ohjaavat valintojamme erilaisissa ongelmatilanteissa. Esimerkiksi moni ihminen on sisäistänyt tarpeettoman kärsimyksen minimoimisen. Näin ollen monet pyrkivät toimimaan niin, ettei elollisille olennoille aiheudu tarpeetonta kärsimystä. Vastaavasti totuuden kertominen on moraalinen periaate, jota moni pyrkii noudattamaan niin hyvin kuin mahdollista.

Intuitiivisen tason toimintaperiaatteet voivat kuitenkin ajautua ristiriitaan. Henkilö voi kohdata tilanteen, jossa hänellä on kaksi preskriptiota. Totuuden kertominen ja luottamuksen säilyttäminen voivat molemmat olla hyviä toimintaperiaatteita, mutta yksittäistapauksessa ne voivat olla ristiriidassa. Ristiriita ei välttämättä ratkea joidenkin muiden prima facie -periaatteiden perusteella. Tällaisessa tilanteessa intuitioon turvautuminen vertaantuu noppapeliin, jossa ratkaisua ei tehdä rationaalisin perustein. Päätöksentekijä vain päättää haluamallaan (ja hyväksi kokemallaan) tavalla.[278]

Hare ei kuitenkaan taivu päätöksentekoa uhkaavan subjektiivisuuden edessä. Hänen mukaansa kriittiseen harkintaan tukeutumalla arvoristiriita voidaan ratkaista rationaalisesti perustellulla tavalla. Näin ollen Hare lähtee siitä, että moraalisessa harkinnassa on edettävä intuitiiviselta tasolta kriittiselle tasolle.[279] Nimenomaan kriittisen testin selvittänyt periaate on kussakin tilanteessa se ratkaiseva ohjenuora, jota noudattamalla päädytään ainoaan rationaalisesti perusteltavaan ratkaisuun.[280] Toisin sanoen Haren kriittisen harkinnan metodi on keino, johon tukeutuen intuitiivisen tason arvoristiriidat voidaan asettaa keskinäiseen etusijajärjestykseensä.[281] Jos Hare on oikeassa, myös arvokollision kohtaava tuomari voi päätyä rationaalisti perusteltavaan ratkaisuun, jos hän vain suoriutuu kriittisestä harkinnasta kunniakkaasti. Näin ollen on olennaista kysyä, mitä Hare tarkoittaa kriittisen harkinnan metodillaan. Jäljempänä rinnastan ”kriittisen har-

---

[277] Haren intuitiivista päätöksentekomenettelyä ei tule sekoittaa intuitionismiin. Intuitionistien kuten G. E. Mooren mukaan ihmiset tietävät intuitiivisesti sen, mikä kussakin moraalisessa valintatilanteessa on paras mahdollinen ratkaisu. Intuitionismista ks. Stout 2008 s. 864–870. Toisin kuin intuitionistit ajattelevat, Haren mukaan ihmiset eivät voi intuitionsa perusteella tietää sitä, mikä on oikein ja mikä väärin. Ks. Hare 1981/1987 s. 38–39. Haren mukaan intuitiivisessa päätöksenteossa ei ole kysymys mistään muusta kuin opitusta käyttäytymismallista, minkä vuoksi intuitioon perustuva päätöksenteko ei koskaan ole tae siitä, että ratkaisu olisi optimaalinen ja rationaalisesti perusteltavissa.

[278] Hare 1981/1987 s. 38–39.

[279] Hare 1981/1987, esim. s. 25–26. Seikkaperäisesti moraalisen harkinnan kaksitasoisuudesta ks. Kalokairinou 2011 s. 157–193.

[280] Hare 1981/1987 s. 60–61.

[281] Hare 1981/1987 s. 40–43 ja seikkaperäisesti Hare 1981/1987, osa II. Ks. myös Pietarinen – Poutanen 1997 s. 75–76.

kinnan metodin" ja "kriittisen harkinnan mallin". Toisin sanoen tarkoitan niillä samaa asiaa.

Kriittisen harkinnan metodi. Palatkaamme moraaliseen konfliktiini: "Tatu, älä valehtele" ja "Tatu, älä petä kaverisi luottamusta". Koska en voi täyttää molempia moraalisia velvoitteitani, minun täytyy tehdä valinta. Jos haluan, että tuo valinta on optimaalinen, en tee päätöstäni intuitiivisesti vaan aloitan ristiriitaisten moraaliperiaatteideni ja toimintavaihtoehtojeni testaamisen.

Metodista johtoa moraaliperiaatteiden kriittiseen testaamiseen Hare ammentaa Immanuel Kantin filosofiasta ja etenkin kategoriseen imperatiiviin takautuvasta universaalisuustestistä. Sen mukaan jos henkilö hyväksyy moraaliperiaatteen ohjenuorakseen, hänen on hyväksyttävä tuo ohjenuora kaikissa universaaleilta ominaisuuksiltaan vastaavissa tilanteissa.[282] Esimerkiksi jos tilanteet t^1, t^2 ja t^3 ovat moraalisilta ominaisuuksiltaan identtisiä ja ajattelen, että tilanteissa t^1 ja t^2 voin toimia moraalisesti eri tavalla kuin tilanteessa t^3, olen joko irrationaalinen tai moraaliperiaatteeni ei ole ylittämätön eikä universaalisti pätevä.

Kantia mukaillen Hare lähtee siitä, että universaalisuustestin suorittaminen johtaa siihen, että lopulta jäljellä on vain yksi vaihtoehto, jonka mukaan henkilön on toimittava. Keskeistä on havaita, että universalisoitavuuden vaatimus sisältyy moraalisen rationaliteettiin. Jos väitän, että tilanteessa t^1 on toimittava tavalla x^1, minun on johdonmukaisuuden nimissä hyväksyttävä se, että tavalla x^1 on toimittava kaikissa niissä tilanteissa, jotka ovat universaaleilta ominaisuuksiltaan identtisiä tilanteen t^1 kanssa.

> Kysymys ei tietenkään ole vain siitä, että hyväksyisin moraalisen ohjenuoran omaksi velvoitteekseni. Päätyessäni universaalisuustestin perusteella siihen, että tilanteessa t^1 on toimittava tavalla x^1, tämä tarkoittaa sitä, että myös kaikkien muiden henkilöiden on tilanteen t^1 kaltaisissa olosuhteissa toimittava tavalla x^1. Muussa tapauksessa toimintaohje ei olisi universaalisti pätevä.

Hare mallintaa universaalisuustestin suorittamista kertomuksella arkkienkelistä (archangel) ja moraalisesta juntista (prole).[283] Siinä missä arkkienkeli tarkastelee moraalisia ristiriitoja syvällisesti, juntti ratkaisee arvokollisiot intuitionsa perusteella. Juntti ei arvioi päätöksensä seurauksia tai vaikutuksia vaan toimii hyväksi

---

[282] Pietarinen – Poutanen 1997 s. 75. Kantin kategorinen imperatiivi tarkoittaa tiivistetysti seuraavaa: tilanteessa t^1on pyrittävä tekemään ratkaisu, joka voisi tilanteen t^1 kaltaisissa olosuhteissa muodostua yleiseksi moraalilaiksi.

[283] Hare 1981/1987 s. 44–64. Haren itsensä mukaan termi "prole" on lainattu George Orwellin teoksessa "1984". Ks. Hare 1981/1987 s. 45. Historiallisesti termi "prole" viittaa työväenluokan jäseneen, mutta tässä yhteydessä termi on ymmärrettävä eri tavalla. Pietarisen ja Poutasen valinta termin "moral prole" suomenkieliseksi vastineeksi on "moraalinen juntti". Näin ollen tukeudun Pietarisen ja Poutasen terminologiaan.

kokemallaan tavalla. Sen sijaan arkkienkelin harkinnassa korostuu eri ratkaisuvaihtoehtojen kriittinen arvioiminen. Hän ei tee harkinnassaan virhettä, vaan kykenee viemään universaalisuustestin loppuun saakka. Näin ollen arkkienkeli päätyy moraalisesti oikeaan ratkaisuun, johon myös ihmiset päätyisivät, jos he kykenisivät suoriutumaan kriittisestä harkinnasta arkkienkelin tavoin.[284]

> Verratkaamme edellä sanottua Dworkinin supertuomari Herkulekseen. Siinä missä Hare kirjoittaa arkkienkelistä, Dworkin puhuu Herkuleksesta. Herkules on tuomari, joka kykenee ratkaisemaan kaikkein kiperimmätkin oikeusongelmat lainmukaisesti, vaikuttivatpa nuo oikeusongelmat kuinka arvosensitiivisiltä tahansa.
>
> Kriitikko voi kysyä, miksi ujutan oikeudelliseen kontekstiin toisen transsendentin hahmon, jonka kyvykkyys on maallisten tuomareiden saavuttamattomissa. Kysymys ei ole irrelevantti, mutta siihen voidaan vastata seuraavasti: toisin kuin Dworkin, Hare pyrkii mallintamaan sitä, kuinka olemassa oleva ristiriita voidaan konkreettisesti ratkaista. Näin ollen Hare ei tyydy väittämään, että ristiriidoista huolimatta oikea (lainmukainen) ratkaisu on olemassa, vaan mallintamaan sitä, millä perusteilla ristiriita voidaan ratkaista optimaalisella tavalla.

Palatkaamme kriittiseen harkintaan ja moraaliväitteiden universalisoitavuuteen. Ensinnäkin universalisoitavuustestin suorittamiseen sisältyy kaikkien päätöksenteolle relevanttien tosiasioiden huomioiminen sekä ratkaisun seuraamusten arvioiminen. Harea mukaillen voimme verrata tilannetta shakin pelaamiseen.[285] Jotta pelaaja tekee järkevimmän mahdollisimman siirron, hän ei voi ajatella vain itse siirtoa, vaan hänen on huomioitava paitsi pelinappuloiden asema shakkilaudalla myös siirron vaikutus tuleviin siirtoihin. Aivan samalla tavalla jos joudun valitsemaan, kerronko totuuden vai petänkö kaverini luottamuksen, minun on huomioitava relevantit tosiasiat eli se, mitä on tapahtunut sekä ratkaisuni potentiaaliset seuraukset. Esimerkiksi jos salaan totuuden kaverini puolisolta, he välttyvät riidoilta – ja jos jään myöhemmin kiinni valehtelusta, saan kaverini puolison vihat niskoilleni. Toisaalta jos kerron totuuden, menetän kaverini luottamuksen ja todennäköisesti myös ystävyyssuhteeni. Kriittisen ajattelun avulla minun tulee pyrkiä hahmottamaan päätökseni seurauksia paitsi itselleni myös muille päätöksentekoni kohteena oleville ihmisille, eli tässä tapauksessa kaverilleni, kaverini puolisolle ja itselleni. Miten tämä on mahdollista?

Haren mukaan kysymys on toisten asemaan asettumisesta. Esimerkkitapauksessa minun tulee siis pyrkiä asettumaan kaverini ja hänen puolisonsa asemaan

---

[284] Hare 1981/1987 s. 46.
[285] Hare 1981/1987 s. 90.

ja ymmärtämään se, miltä päätökseni heistä tuntuu.[286] Toisin sanoen harkitessani totuuden kertomista minun tulee asettua kaverini asemaan ja ymmärtää tilanne hänen kantiltaan. Vastaavasti minun tulee asettua myös kaverini puolison asemaan. Näin ollen harkitessani eri ratkaisuvaihtoehtoja minun tulee asettua eri toimijoiden asemaan ja sisäistää heidän preferenssinsä. Vaikka vain arkkienkeli kykenee asettumaan toisten asemaan täydellisesti ja omaksumaan heidän preferenssinsä, myös minun tulee pyrkiä parhaimpaani, jotta voin väittää tekeväni päätökseni parhain mahdollisin perustein.[287]

Entä mihin vaatimus toisten ihmisten asemaan asettumisesta ja heidän preferenssiensä omaksumisesta perustuu? Haren mukaan kysymys on vaatimuksesta, joka sekin takautuu moraaliväitteiden universalisoitavuuteen.[288] Siihen, mitä tämä täsmällisesti ottaen tarkoittaa, on vastattava kiertoteitse, painottamalla muodollisen oikeudenmukaisuuden merkitystä.

Muodollisen oikeudenmukaisuuden mukaan samanlaisia tapauksia on kohdeltava samalla tavalla ja erilaisia tapauksia eri tavalla. Koska muodollinen oikeudenmukaisuus on oikeudenmukaisuuden perusvaatimus, kohdellessamme samanlaisia tapauksia eri tavalla syyllistymme epäoikeudenmukaiseen toimintaan.[289] Muodollista oikeudenmukaisuutta Hare puoltaa myös loogisin argumentein.[290] Haren mukaan jos henkilö vaatii, että teko t^1 on tehtävä tilanteessa x^1, mutta ei universaaleilta ominaisuuksiltaan vastaavassa tilanteessa x^2, henkilö on moraaliväitteineen epäjohdonmukainen.[291] Moraalinen johdonmukaisuus edellyttääkin sitä, että henkilön esittäessä moraaliväitteen tilanteessa t^1, hänen on hyväksyttävä kyseinen ohjenuora kaikissa tilanteissa, jotka ovat universaaleilta ominaisuuksiltaan identtisiä tilanteen t^1 kanssa.

Jäljelle jäävä kysymys on se, millä perusteella eri tilanteiden voidaan sanoa olevan olemuksiltaan universaalisti identtisiä? Haren vastaus on seuraava: jos tilanne eroaa vain henkilövaihdoksiltaan (eikä ratkaisuperusteiltaan), tilanne on universaaleilta ominaisuuksiltaan samanlainen.[292] Tämä perustuu nimenomaan muodollisen oikeudenmukaisuuden vaatimukseen eli siihen, ettei ketään saa

---

[286] Toisen asemaan asettumisesta ks. Hare 1981/1987, luvut 5 ja 7.

[287] Hare 1981/1987 s. 99–98. Hare itse kirjoittaa seuraavasti: ”We human beings are not gifted with so much sensitivity or sympathy, and for that reason have to make do for the most part with intuitive thinking; but we have to try, if we are to do the critical thinking which would validate our intuitions”. Ks. myös Pietarinen – Poutanen 1997 s. 80.

[288] Toisten ihmisten preferenssien omaksumisesta ja moraaliväitteiden universalisoitavuudesta ks. Hare 1981/1987 s. 107–116. Ks. myös Pietarinen – Poutanen 1997 s. 80.

[289] Hare mainitsee esimerkkinä kaksoset, joista molemmat haluavat syödä jakamattoman tuulihatun. Tällaisessa tilanteessa on moraalisesti perustellumpaa arpoa kolikolla tuulihatun saaja kuin antaa tuulihattu toiselle lapsista. Ks. Hare 1981/1987 s. 157.

[290] Hare 1981/1987 s. 157.

[291] Hare 1981/1987 s. 157. Ks. myös Pietarinen – Poutanen 1997 s. 80.

[292] Hare 1981/1987 s. 111.

ratkaisuharkinnassa asettaa perusteettomasti toista huonompaan tai parempaan asemaan.

Sanottu voi vaikuttaa monimutkaiselta, joten palatkaamme esimerkkiin, jossa kaverini puoliso kysyy lauantai-illan jatkoista. Tiedän, että kertomalla kaverini tekosista aiheutan hänelle parisuhdeongelmia. Toisaalta vaikenemalla asiasta, valehtelen hänen puolisolleen. Olettakaamme, että olen lojaali kaveri ja päädyn siihen, etten kerro kaverini tekosista. Näin ollen harkintatilanteeni muodostuu seuraavaksi:[293]

H1 (1) Omasta mielestäni on parempi olla kertomatta kuin kertoa asiasta. Näin ollen preskriptioni on seuraava: Tatu, älä kerro asiasta. (2) Myös kaverini mielestä on parempi, etten kerro asiasta. (3) Sen sijaan kaverini puolison olisi parempi kuulla asiasta.

Jotta voin olla varma valintani oikeellisuudesta, päätöstäni on testattava kriittisesti. Tämä edellyttää kaverini ja hänen puolisonsa preferenssien sisäistämistä. Olettakaamme, että omaksun ensiksi kaverini aseman. Tällöin tilanne muodostuu seuraavaksi:

H2 (1) Minä kaverini asemassa: älä kerro asiasta. (2) Oma alkuperäinen preskriptioni: älä kerro asiasta. (3) Kaverini puolison preskriptio: kerro asiasta.

Tämän jälkeen minun on samaistuttava vielä kaverini puolison asemaan. Tällöin tilanne muodostuu seuraavaksi.

H3 (1) Minä kaverini puolison asemassa: kerro asiasta (2) Minä kaverini asemassa: älä kerro asiasta. (3) Oma alkuperäinen preskriptioni: älä kerro asiasta.

Harkintatilanteet H1, H2 ja H3 eivät eroa ratkaisuperusteiltaan. Toisin sanoen kussakin tilanteessa harkinta perustuu samoihin tosiseikkoihin. Ainut erottava tekijä on se, että eri tilanteissa henkilöiden paikat ovat vaihtuneet. Koska ketään henkilöä ei voida asettaa toista huonompaan tai parempaan asemaan (muodollisen oikeudenmukaisuuden vaatimus), pelkät henkilövaihdokset eivät muuta tilannetta moraalisilta ominaisuuksiltaan. Tästä seuraa se, että elleivät harkintatilanteet eroa muutoin kuin henkilövaihdosten suhteen, tilanteet ovat universaaleilta ominaisuuksiltaan identtisiä. Toisin sanoen jotta henkilö voisi sanoa tekevänsä oikean päätöksen, hänen on hyväksyttävä päätöksensä pätevyys myös silloin, kun hän vaihtaa paikkaa sellaisten henkilöiden kanssa, joihin hänen päätöksellään on vaikutusta.[294] Näin ollen jotta voin pitää preskriptiotani ”Tatu, älä kerro asiasta” oikeana ratkaisuna, tämä edellyttää, että hyväksyn päätökseni myös silloin, kun asetun kaverini ja kaverini puolison asemaan ja omaksun heidän preferenssinsä.

---

[293] Jäljempänä H=harkintatilanne. Ks. myös Pietarinen – Poutanen 1997 s. 81

[294] Hare 1981/1987 s. 108 ja s. 115–116. Ks. myös Pietarinen – Poutanen 1997 s 82.

Omaksumalla kaverini ja hänen puolisonsa aseman en kuitenkaan saavuta yksimielisyyttä ratkaisuni hyväksyttävyydestä. Toisin sanoen harkintatilanteessa H3 olen tietoinen omasta kannastani sekä omaksunut kaverini ja hänen puolisonsa preferenssit, mutta lopputulema ei ole yksimielinen. Jalkapallotermein sanottuna tilanne on 1–2. Näin ollen on kysyttävä, kuinka ristiriita on ratkaistava? Tuntuuhan perusteettomalta väittää, että päätökseni on moraalisesti perusteltu, vaikka tiedän, että valehtelen kaverini puolisolle.

Ristiriitatilanteissa keskiöön nousee Benthamin periaate, jonka mukaan kukin vastaa yhtä eikä yhtään enempää.[295] Tällä Hare tarkoittaa sitä, että kunkin yksilön preferenssit on otettava huomioon yhdenvertaisesti.[296] Myös Benthamin periaatteeseen tukeutuminen heijastaa Haren sitoutumista muodolliseen oikeudenmukaisuuteen.[297] Toisin sanoen ihmisten ollessa samanarvoisia myös heidän preferensseilleen on annettava yhtäläinen painoarvo. Esimerkiksi jos ajattelen, että kaverini preferenssit ovat tärkeämpiä kuin hänen puolisonsa preferenssit, en noudata muodollisen oikeudenmukaisuuden vaatimusta, jonka mukaan ketään ei saa perusteetta asettaa eriarvoiseen asemaan toisten kanssa.

Päätöksentekijän omaksuessa eri ihmisten preferenssit hän ei vertaile keskenään eri henkilöiden preferenssejä, vaan preferenssivertailu on päätöksentekijän sisäinen operaatio. Toisin sanoen omaksumalla toisten ihmisten preferenssit preferenssien välinen punninta vertaantuu henkilön omiin preferenssiristiriitoihin.[298] Esimerkiksi jos määrätty ihmisjoukko pyrkii pääsemään yhteisymmärrykseen hyväntekeväisyyskohteesta, yksilöt pyrkivät yhteensovittamaan eri suuntiin vievät preferenssinsä. Sen sijaan jos kukin yksilö omaksuu toistensa preferenssit omiensa rinnalle, preferenssien välinen punninta ei tapahdu henkilöiden välillä vaan kunkin yksilön pään sisällä.

Hare alleviivaa, että päätösharkinnassa eri ihmisten preferenssien täydellinen omaksuminen on mahdollista vain arkkienkelille.[299] Olkamme siis hetken aikaa arkkienkeleitä ja asettukaamme niiden ihmisten asemaan, jotka ovat päätöksentekomme kohteena. Samalla kykenemme omaksumaan heidän preferenssinsä. Tällöin yksilöiden väliset preferenssiristiriidat muuttuvat sisäiseksi konfliktiksemme, ja kykenemme ratkaisemaan ristiriitatilanteet samalla tavalla kuin rat-

---

[295] Hare 1981/1987 s. 4–5 ja s. 144 ja 154.
[296] Hare 1981/1987 s. 129.
[297] Hare 1981/1987 s. 154.
[298] Seikkaperäisesti tästä tematiikasta ks. Hare 1981/1987 s. 117–129. Ks. myös Pietarinen – Poutanen 1997 s. 84.
[299] Esim. Hare 1981/1987 s. 122. Yksinkertaisesti, jotta henkilön X voitaisiin sanoa omaksuvan täydellisesti henkilön Y preferenssit, X:n pitäisi olla tismalleen samassa asemassa kuin Y:n. Tämä edellyttäisi sitä, että X:llä olisi kyky omaksua Y:n elämänhistoria, luonteenpiirteet jne. Tällainen täydellinen omaksumiskyky ei tietenkään ole mahdollista kuin fiktiiviselle arkkienkelille.

kaisemme sisäiset preferenssikonfliktimme. Jos (ja kun) päätöksentekomme on rationaalista, valitsemme sen päätösvaihtoehdon, joka tyydyttää mahdollisimman suuren joukon preferenssejämme.

Preferenssien maksimointiin perustuva päätöksenteko ei johda täydelliseen lopputulokseen, mutta se tekee päätöksestä optimaalisen. Pietarisen ja Poutasen sanoin kysymys on preferenssiutilitarismista.[300] Kriittistä lukijaa voi kiinnostaa, miksi päätöksentekijän tulee valita vaihtoehto, joka tyydyttää maksimaalisen määrän preferenssejä.[301] Eikö päätöksentekijä voisi esimerkiksi haluta välttää tyydytyksen maksimointia muiden preferenssien kustannuksella? Haren vastaus kriitikolle on rationaalisuuden ja etenkin rationaalisen päätöksenteon korostaminen.[302] Jos henkilö ei optimoi päätöstään – eli pyri tyydyttymään preferenssejään maksimaalisesti – hän toimii irrationaalisesti.[303]

Esimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa haluan kirjoittaa tutkimusta, viettää vapaa-aikaa ja matkustaa Roomaan. Näin ollen preferenssini ovat tutkimuksentekohalu, vapaa-ajanviettohalu ja Roomaan matkustamishalu. Olettakaamme edelleen, että jokainen haluni kohde tuottaa minulle – ainakin lyhyellä aikavälillä – tyydytystä yhden mittayksikön verran. Tällöin tutkimuksenkirjoitushaluni = 1, vapaa-ajanviettohaluni = 1 ja Roomaan matkustushaluni = 1. Jos kirjoitan tutkimusta, en voi viettää vapaa-aikaa enkä matkustaa Roomaan. Tällöin saan tyydytystä yhden mittayksikön verran. Toisaalta jos päädyn viettämään vapaa-aikaa, voin matkustaa myös Roomaan ja saan tyydytystä kahden mittayksikön verran. Koska preferenssini ovat ristiriitaisia, en voi saavuttaa absoluuttista tyydytystä. Toisaalta ollakseni rationaalinen päätöksentekijä tyydytän niin monta preferenssiäni kuin kykenen. Näin ollen lopetan työt ja matkustan Roomaan.

Haren itsensä mukaan kriittisen harkinnan malli onnistuu yhdistämään kantilaisen deontologian (toimi säännön edellyttämällä tavalla) sekä utilitarismin (toimi päätöksen tuottaman utiliteetin perusteella). Ansionaan hän pitää sitä, että siinä missä Kantin kategorinen imperatiivi jää etäälle konkreettisesta päätöksenteosta, utilitaristinen aspekti kalibroi moraaliseen harkintaan empiirisen ulottu-

---

[300] Pietarinen – Poutanen 1997 s. 85.

[301] Haren mukaan esimerkiksi Ronald Dworkin on (preferenssi)utilitarismin arkkivihollinen Ks. Hare 1989 s. 116.

[302] Hare 1981/1987 s. 101–106, erityisesti s. 105.

[303] Oma erityiskysymyksensä on preferenssien maksimaalinen tyydyttäminen, joka sisältää mielenkiintoista metodologista problematiikkaa. Tämä aihe on kuitenkin sen verran monimutkainen, ettei sitä ole tässä yhteydessä mahdollista käsitellä. Rationaaliseen päätöksentekoon sisältyvästä problematiikasta ja preferenssien optimoinnin mahdollisuudesta ks. Lagerspetz 2002b s. 99–117.

vuuden (eli päätöksenteonkohteena olevien henkilöiden preferenssit).[304] Näin ollen kriittisen harkinnan malli ei ole irrallaan yhteiskunnallisesta todellisuudesta, vaan kysymys on nimenomaan empiirisen ulottuvuuden omaavasta päätöksentekomallista, joka mallintaa sitä, kuinka arvoristiriidat voidaan ratkaista optimaalisesti eli rationaalisesti perusteltavalla tavalla. Sanottua voidaan valaista seuraavalla korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 2008:93 heijastavalla esimerkkitiivistyksellä.

Väittäessäni, että ei-lääketieteellisesti perustellun tahallisen kivun aiheuttaminen toiselle ihmiselle on väärin, sanon, ”älkää aiheuttako perusteetonta kipua toisille ihmisille”. Tällainen lähtökohta vastaa Kantin kategorista imperatiivia, jonka mukaan aidot moraalilait ovat paitsi yksilöä itseään myös kaikkia muita yksilöitä velvoittavia. Vaikka omaksumani toimintaohje ”tahallisen kivun aiheuttaminen on väärin, ellei se ole lääketieteellisesti perusteltua” voi olla lähtökohtaisesti hyvä periaate, en voi olla varma, että periaate on pätevä kaikissa potentiaalisissa tilanteissa. Toisin sanoen toimintaohjeeni voi olla hyvä ohjenuora tilanteissa t^1 ja t^2 mutta epäkelpo tilanteessa t^3. Esimerkiksi puhuttaessa poikalasten ympärileikkauksesta periaate ”tahallisen kivun aiheuttaminen toiselle ihmiselle on väärin, ellei siihen ole lääketieteellisiä perusteita” voi osoittautua pätemättömäksi. Näin ollen koska en voi olla varma omaksumani moraalilain pätevyydestä kaikissa potentiaalissa tilanteissa, periaatteen tapauskohtainen kompetenssi on testattava kriittisen harkinnan metodilla.

Olettakaamme, että olen kyvyiltäni arkkienkeli. Tällöin olen tietoinen päätökseni ratkaisuperusteista ja päätösvaihtoehtojeni potentiaalisista seuraamuksista. Vastaavasti kykenen omaksumaan ja ymmärtämään relevantin ihmisjoukon preferenssit täydellisesti. Olettakaamme, että omaksumieni preferenssien punninta osoittaa, että preskriptio ”ei-lääketieteellisesti perustellun tahallisen kivun aiheuttaminen toiselle ihmiselle on väärin” tyydyttää mahdollisimman suuren preferenssijoukon myös tilanteessa t^3. Näin ollen ollakseni rationaalinen päätöksentekijä totean, että myös tilanteen t^3 kaltaisissa olosuhteissa kivun aiheuttaminen toiselle ihmiselle on väärin, ellei kivun aiheuttamiselle ole lääketieteellisiä perusteita.

Koska ohjenuorani ”tahallisen kivun aiheuttaminen on väärin, ellei siihen ole lääketieteellisiä perusteita” tyydyttää optimaalisen määrän relevantin ihmisjoukon preferensseistä tilanteessa t^3, myös kaikkien muiden rationaalisten henkilöiden on hyväksyttävä se, että tahallisen kivun aiheuttaminen tilanteen t^3 kaltaisissa olosuhteissa on väärin. Yksinkertaisesti kriittisen harkinnan läpäissyt väitteeni ”tahallisen kivun aiheuttaminen toiselle ihmiselle tilanteessa t^3 on väärin” on

---

[304] Hare 1981/1987 s. 4–6. Hare on varsin viehättynyt niin Kantin metaetiikasta kuin Benthamin ja Millin empiirissävytteisestä utilitarismista. Tämä tulee esille useissa Haren kirjoituksissa. Ks. esim. Hare 2000 s. 147–165, jossa Hare pohtii, josko Kant sittenkin olisi voinut olla utilitaristi.

rationaalisesti perusteltu väite, koska se tyydyttää maksimaalisen määrän niiden ihmisten preferensseistä, jotka ovat päätöksentekoni kohteena.

Tällainen lopputulos on yhtenevä Kantin kategorisen imperatiivin kanssa, jonka mukaan pätevät moraaliväitteet ovat riidattomia eli ne velvoittavat kutakin yksilöä.[305] Kantin formaalin säännön mukaan jokaisen tulee toimia sillä tavalla, että tuo toiminta voi muodostua yleiseksi laiksi. Toisaalta koska Haren mukaan moraaliväitteen velvoittavuus edellyttää relevantin ihmisjoukon preferenssien omaksumista ja punnintaa, kysymys ei ole vain transsendenttiin järkeen perustuvasta metasäännöstä, kuten on laita Kantin filosofiassa. Haren mukaan jotta ihminen voi sanoa tietävänsä, kuinka kussakin tilanteessa on toimittava, hänen on omaksuttava relevantin ihmisjoukon preferenssit, joiden pohjalta optimaalinen ratkaisu on tehtävissä. Näin ollen Haren teoriassa yhdistyvät niin kategorinen imperatiivi kuin tuota metaetiikkaa maanläheistävä empiirinen aspekti.

Kalibroikaamme sanottu rikosoikeudelliseen kontekstiin. Toisin kuin Kantin ja Haren moraaliteorioissa, rikosoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa päätösten ei tarvitse olla universaalisti päteviä. Syyllisyysratkaisu on rationaalisesti perusteltu, jos se on optimaalinen määrätyn oikeusyhteisön sisäisesti. Rikosoikeudellisessa kontekstissa Haren kriittisen harkinnan mallia ei tulekaan ymmärtää universaalisti pätevien ratkaisujen mahdollistajana vaan mallina, jonka perusteella voidaan tavoitella optimaalista ratkaisua nimenomaan määrätyssä oikeusyhteisössä. Mitä tämä täsmällisesti ottaen tarkoittaa?

Verratkaamme arkkienkeliä ja syyllisyyskysymystä ratkaisevaa tuomaria. Arkkienkeli on kykenevä tietämään kaikki relevantit ratkaisuperusteet. Toiseksi riippumatta siitä, kuinka laajaa ihmisjoukkoa päätöksenteko koskee, arkkienkeli on kykenevä asettumaan jokaisen relevantin yksilön asemaan ja omaksumaan heidän preferenssinsä. Arkkienkeli kykenee myös laskemaan sen, mitkä preferenssit tuottavat suurimman mahdollisimman kokonaishyödyn.

Vastaavasti tuomarin on punnintatilanteessa tukeuduttava kriittisen harkinnan metodiin. Hänen on päätösharkinnassaan (1) asetuttava määrätyn oikeusyhteisön jäsenten asemaan ja omaksuttava heidän preferenssinsä omiensa rinnalle, (2) punnittava preferenssejä toisiaan vasten ja (3) ratkaistava syyllisyyskysymys rationaalisesti perustellulla tavalla eli siten, että päätös tyydyttää suurimman mahdollisen määrän oikeusyhteisössä vallitsevista preferensseistä. Vain näiden edellytysten täyttyessä punnintatilanne on ratkaistu optimaalisella tavalla.

Jos tuomarit olisivat kyvykkyydeltään arkkienkeleitä, he myös kykenisivät ratkaisemaan punnintatilanteet optimaalisesti. Koska tuomareilla on moraalinen velvollisuus ratkaista punnintatilanteet parhaalla mahdollisella tavalla, heillä on myös moraalinen velvollisuus pyrkiä ratkaisuharkinnassaan samaan kuin mihin

[305] Pietarinen – Poutanen 1997 s. 86.

arkkienkelit kykenevät. Yksinkertaisesti ratkaistaessa punnintatilanne toisin kuin arkkienkeli sen ratkaisisi, ratkaisu ei olisi paras mahdollinen ratkaisu. On kuitenkin painotettava, että kysymys on harkintatilanteen idealisoimisesta eli ideaalin harkintatilanteen mallintamisesta. Punnintatilanteessa tuomarin on syytä pyrkiä parhaimpaansa, mutta malli itsessään ei takaa sitä, että tuomarit kykenevät yksittäistapauksissa ratkaisemaan punnintatilanteet optimaalisesti.[306]

6.9 HARKINTAMALLIN OIKEUSTEOREETTINEN JA KÄYTÄNNÖLLINEN MERKITYS

Edellä toteamallani tavalla Haren lähtökohta on, ettei muodollisesta oikeudenmukaisuudesta voida tinkiä. Vastaava lähtökohta pätee myös ratkaistaessa syyllisyyskysymyksiä. Voimme pitää rikoslain soveltamisen perusvaatimuksena, että samanlaisia tapauksia on kohdeltava samalla tavalla ja erilaisia tapauksia eri tavalla.[307] Muodollisen oikeudenmukaisuuden painottaminen ei kuitenkaan tarjoa metodista tukea pohdittaessa sitä, kuinka sisällöllisen ulottuvuuden omaavat punnintatilanteet on ratkaistava. Erityisesti tämä ongelma on läsnä perus- ja ihmisoikeusmatriisissa, jossa keskenään ristiriitaisia oikeuksia on asetettava tapauskohtaiseen etusijajärjestykseensä. Näin ollen tarvitsemme harkintamallin, joka mallintaa sitä, kuinka punnintatilanne voidaan ratkaista optimaalisella tavalla.

Ilmaisu ”optimaalisella tavalla” on tässä yhteydessä keskeinen. Vaikka kriittisen harkinnan malli ei tarjoa vastausta siihen, mikä on sisällöllisesti oikea ratkaisu sanan vahvassa mielessä (uniquely just act), se tarjoaa metodista johtoa siihen, kuinka kiperä tilanne voidaan ratkaista optimaalisesti.[308] Hare itse käyttää esimerkkinä Palestiinan ja Israelin välistä konfliktia. Kuten historia on osoittanut, konfliktiin ei välttämättä ole täydellistä ratkaisua, mutta se ei saa estää pyrkimystä parhaaseen mahdolliseen ratkaisuun.[309] Vastaavasti punnintatilanteeseen tuskin on ratkaisua, joka tyydyttää määrätyn oikeusyhteisön jäsenten tai oikeudenkäyntiosapuolten kaikki preferenssit, mutta olisi erikoista väittää, ettei tuomarin tulisi edes pyrkiä optimaaliseen ratkaisuun.

---

[306] Myös Aulis Aarnio on todennut, ettei rationaalisen konsensuksen teoriasta kumpuavaan oikeudelliseen argumentaatioteoriaan sitoutuminen tee kenestäkään etevää lainkäyttäjää. Pikemminkin kysymys on ideaalisesta argumentaatiomallista, joka tarjoaa johtoa optimaalisen ratkaisun tekemiseksi. Ks. Aarnio 1989 s. 286.

[307] Vaatimus muodollisesta oikeudenmukaisuudesta on kirjattu myös peruslakiin. Perustuslain 6 §:n mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä.

[308] Hare 1981/1987 s. 158.

[309] Hare 1981/1987 s. 158–159.

> Kiperissä syyllisyyskysymyksissä on perusteetonta olettaa, että tuomio voi olla oikea jokaisen oikeudenkäyntiosapuolen mielestä. Ottakaamme esimerkiksi sananvapauden ja kunnian suojan kollisio. Jos vastaaja tuomitaan kunnianloukkauksesta, hän ei hyväksy tuomiota. Jos vastaaja vapautetaan, asianomistaja ei hyväksy tuomiota. Vaikka hävinnyt osapuoli ei tuomiota hyväksy, hän voi ymmärtää, että ratkaisu on tehty normatiivisten ratkaisuperusteiden sallimissa – ja mahdollistamissa – rajoissa. Toisaalta koska punnintatilanteessa merkitsevää on se, mitkä ratkaisuperusteet nostetaan relevanteiksi ja mistä ratkaisuperusteista vaietaan, hävinnyt osapuoli on altis kiistämään tuomion sisällöllisen pätevyyden.
>
> Tämän vuoksi punnintatilanteessa syyllisyysratkaisujen optimaalisuus ei voi riippua vain osapuolten subjektiivisista asenteista, vaan tuomion optimaalisuus tarkoittaa sitä, että määrätty oikeusyhteisö voi hyväksyä tuomion. Tämä edellyttää nimenomaan oikeusyhteisöön kuuluvien jäsenten preferenssien huomioimista. Toisaalta koska ratkaisut ovat alttiita eriäville mielipiteille, optimaalinen ratkaisu tulee ymmärtää päätöksenä, joka tyydyttää mahdollisimman suuren määrän oikeusyhteisön jäsenten preferenssejä. Toisin sanoen konkreettiselta ratkaisulta ei voida edellyttää täydellistä hyväksyttävyyttä eli sitä, että sen oletetaan tyydyttävän kaikki preferenssit, vaan tuomion voidaan sanoa olevan optimaalinen, jos sen oletetaan tyydyttävän maksimaalisen määrän oikeusyhteisön jäsenten preferenssejä.

Kriitikko voi huomauttaa, etteivät tuomarit ole arkkienkeleitä, eivätkä he kykene asettumaan oikeusyhteisön jäsenten asemaan ja omaksumaan heidän preferenssejään. Tämän vuoksi kriittisen harkinnan malli ei tarjoa todellista apua ristiriitatilanteiden ratkaisemiseksi. Vaikka tämä argumentti on otettava vakavasti, kysymys ei ole merkityksettömästä harkintamallista. Ensinnäkin sen pohjalta voimme olettaa, että punnintatilanteisiin on olemassa yksi ja vain yksi optimaalinen ratkaisu. Toisin sanoen vaikka arvostukset ovat osa perus- ja ihmisoikeussensitiivisiä punnintatilanteita, tämä ei tarkoita sitä, että meidän tulisi luopua puhumasta tuomioiden oikeellisuudesta sanan heikossa merkityksessä. Jos tuomarit omaisivat arkkienkelin kyvyt, he kykenisivät ratkaisemaan merkittävän osan arvosensitiivisistä syyllisyyskysymyksistä siten, että tuomio tyydyttäisi optimaalisen määrän oikeusyhteisön jäsenten preferenssejä.[310]

---

[310] Koska ilmaisu ”merkittävä osa” voi kalskahtaa lukijan korvaan, on tehtävä seuraava täsmennys. Haren mukaan kriittisen harkinnan malli on malli, jonka avulla kaikki arvoristiriidat voidaan ratkaista optimaalisella tavalla. Näin ollen Hare kiistää moraalisten dilemmojen mahdollisuuden. Vaikka moraaliset dilemmat ovat anomalioita, en pidä mahdottomana, että joissakin tilanteissa preferenssit ovat tasapainossa. Kirjoittaessani edellä moraalisista dilemmoista ja ratkaisuperusteiden vajavaisuudesta tarjosin esimerkiksi Sofien valintaa eli tilannetta, jossa Sofie joutuu valitsemaan, kumpi hänen lapsistaan tapetaan. Tällaisessa tilanteessa eri ihmisten asemaan asettuminen ja heidän preferenssiensä omaksuminen ei päästä meitä pälkähästä. Yksinkertaisesti kysymys voi olla tilanteesta, jossa preferenssejä ei voi laittaa rationaaliseen etusijajärjestykseensä. Myös perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä tällaiset dilemmat ovat mahdollisia. Ne ovat

Näin ollen kriittiseen harkinnan malli antaa oikeuden olettaa, että myös punnintaratkaisut voivat olla optimaalisia. Tällöin optimaalista tuomiota voidaan pitää ainoana oikeana ratkaisuna ja ei-optimaalista tuomiota vääränä ratkaisuna. Toisin sanoen vaikka arvot ovat osa perus- ja ihmisoikeussensitiivisiä syyllisyysratkaisuja, kriittisen harkinnan malli antaa olettaa, että yksi oikea syyllisyysratkaisu on olemassa, olkoon, ettei tuota oikeaa ratkaisua voida ymmärtää sen enempää yhtenä oikeana lainmukaisena ratkaisuna kuin kaikkien hyväksymänäkään ratkaisuna.

Toiseksi oikeudellisen päätöksenteon teorioille on ominaista, että ne mallintavat sitä, millä edellytyksillä tuomarin harkinta on kiperissä tilanteissa optimaalista. Tämä ei tarkoita, että teoriat tekisivät kenestäkään virheetöntä tai täydellistä tuomaria. Tässä ei ole inhimillisesti arvioiden mitään poikkeuksellista. Se, etteivät teoriat ja inhimillinen harkinta kohtaa täydellisesti, ei tarkoita sitä, että teoria ja inhimillinen harkinta olisivat toisilleen vieraita. Teorioiden nimenomainen relevanssi on tarjota tuomarille metodista tukea parhaimman mahdollisen lopputuloksen saavuttamiseksi.

Tilannetta voi verrata tietoteoriasta poimittuun esimerkkiin. Monet tietoteoreetikot ovat sitä mieltä, ettei empiirisesti todennettavista asioista voida saavuttaa absoluuttista varmuutta. Tästä ei kuitenkaan tule tehdä sitä johtopäätöstä, että luonnontieteen tutkimusmetodit ovat irrelevantteja. Vain jos luonnontieteilijä turvautuu asianmukaisiin tutkimusmetodeihin, hän voi lähestyä totuutta, vaikka tutkimusmetodeihin turvautuminen ei tarjoakaan varmoja vastauksia.

Samantyyppisestä tilanteesta on kysymys kriittisen harkinnan mallissa. On tietenkin niin, ettei tuomareilla ole arkkienkelien myötätuntoa ja kykyä asettua määrätyn oikeusyhteisön jäsenten asemaan ja omaksua heidän asenteitaan, preferenssejään ja preskriptioitaan. Optimaalisen ratkaisun tekemiseksi tuomareiden on kuitenkin tehtävä se, mihin he inhimillisine rajoitteineen kykenevät. Toisin sanoen arvosensitiivistä syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin on pyrittävä asettumaan oikeusyhteisön jäsenten asemaan ja otettava heidän preferenssinsä huomioon ikään kuin ne olisivat hänen omia preferenssejään. Mitä paremmin tuomarit tästä tehtävästä suoriutuvat, sitä laadukkaampia ovat tuomiot.

Tuomareiden tehtävää helpottaa se, ettei Haren asettama vaatimus kohdistu heihin kaikella voimallaan. Toteamallani tavalla siinä missä Hare lähtee siitä kantilaisesta ajatuksesta, että arvoristiriita on ratkaistu pätevällä tavalla vain, jos tuo ratkaisu on universaalisti hyväksyttävissä, oikeudellisessa kontekstissa riit-

---

kuitenkin eittämättä niin harvinaisia, ettei niiden vuoksi tarvitse luopua puhumasta optimaalisten ratkaisujen mahdollisuudesta. Toteamallani tavalla olisi huonoa oikeusteoriaa pyrkiä rakentamaan oikeudellinen harkintamalli poikkeustilanteiden pohjalta.

tää, että tuomio on määrätyn oikeusyhteisön enemmistön hyväksyttävissä. Näin ollen oikeudellisessa kontekstissa kriittisen harkinnan metodia ei tule ymmärtää pyrkimyksenä saavuttaa universaalisti pätevä ratkaisu, vaan kysymys on maltillisesta relativismista, jossa ratkaisun optimaalisuus on määrätyn oikeusyhteisön sisäistä.[311]

Ottakaamme nyt annettuna, että punnintatilanteessa yksilöillä on erilaisia näkemyksiä siitä, kuinka ristiriita on ratkaistava. Tällaisten arvoristiriitojen ratkaisemiseksi kriittisen harkinnan malli tarjoaa johtoa, jonka nojalla ristiriita voidaan ratkaista optimaalisesti. Kysymys on nimenomaan yksilökeskeisestä harkintamallista, joka tarjoaa tuomarille päätöksentekoaikaisen mallin ratkaista arvoristiriita optimaalisella tavalla, mutta ilman, että tuomarin harkinta irtaantuu yhteiskunnallisesta todellisuudesta.[312] Tätä ulottuvuutta ei pidä aliarvioida. Vaikka perinteisesti pitämisen ja olemisen maailmojen välille on vedetty selkeä rajalinja, keskusteltaessa oikeudelliseen ratkaisutoimintaan sisältyvästä normatiivisesta problematiikasta kysymys on olennaisesti myös määrätyn oikeusyhteisön jäsenten konkreettisista preferensseistä (olemisen maailmasta). Tämä perustuu siihen, että elleivät syyllisyysratkaisut ole oikeusyhteisön jäsenten hyväksyttävissä, tuomioistuinten päätöksiä ei koeta legitiimeiksi. Tämän vuoksi tuomareiden on perusteluillaan osoitettava, kuinka hyvin he ovat onnistuneet punnintatilanteissa asettumaan oikeusyhteisön jäsenten asemaan ja omaksumaan heidän preferenssinsä. Tämä nostaa keskiöön perusteluauditorion ja kiperien ratkaisujen asianmukaisen perustelemisen.

Myöhemmin todennettavalla tavalla syyllisyyskysymyksissä perusteluauditorio on ymmärrettävä oikeusyhteisönä, joka on sitoutunut rikosoikeudelliseen traditioon. Näin ollen tuomarin tehtävä on ratkaista ja perustella syyllisyyskysymykset siten, että päätökset ovat rikosoikeudelliseen traditioon sitoutuneen perusteluauditorion hyväksyttävissä, kuten Aulis Aarnio voisi asian ilmaista.[313] Tämän tehtävän suorittamiseksi kriittisen harkinnan metodi tarjoaa tuomarille teoreettisen mallin, jonka pohjalta hän voi pyrkiä parhaimpaansa.

Ekskursio: kriittisen harkinnan malli ja lainsäätäjän tahto. Lopuksi en malta olla osoittamatta, miksi kriittisen harkinnan metodia voidaan pitää normatiivisesti legitiiminä harkintamallina ratkaistaessa syyllisyyskysymystä punnintati-

---

[311] Tältä osin argumentaationi lähestyy Aulis Aarnion kannattamaa maltillista relativismia, jossa keskiössä on nimenomaan määrätyn oikeusyhteisön sisällä vallitseva riittävä konsensus tuomioiden hyväksyttävyydestä.

[312] Tässä on myös konstruoimani harkintamallin ero oikeudellisiin argumentaatioteorioihin, jotka ammentavat rationaalisen konsensuksen teoriasta eli olettamasta, jonka mukaan olemassa on transsendentti yhteisymmärrys siitä, mikä kussakin tilanteessa on oikein ja mikä väärin. Rationaalisen konsensuksen teoriaa ja sen merkitystä oikeudellisessa argumentaatiossa tarkastelen seuraavassa pääluvussa. Ks. etenkin luvut 7.3–7.5.

[313] Aarnio 1989 s. 286.

lanteessa. Koska kriittisen harkinnan metodin relevanssi aktualisoituu vasta arvosensitiivisissä punnintatilanteissa, väitteeni harkintamallin normatiivisesta hyväksyttävyydestä voi äkkiseltään vaikuttaa oudolta. Väitteeni pätevyys perustuu kuitenkin siihen, että kriittisen harkinnan malliin tukeutuen tuomari voi pyrkiä ratkaisemaan syyllisyyskysymyksen niin kuin demokraattinen lainsäätäjä tahtoisi sen ratkaistavan. Tämä perustuu siihen, että aivan kuten lainsäädännössä, myös kriittisen harkinnan mallissa oikeusyhteisön jäsenten preferenssit tulevat optimaalisella tavalla huomioon otetuiksi.

Lyhyesti: kaikki oikeusjärjestykset sisältävät tunnistamissäännön, joka määrittää, miten laki on voimassa. Tämä H.L.A. Hartin huomio voidaan ottaa annettuna. Toisaalta koska tunnistamissäännön tunnistamat oikeusnormit ovat kyvyttömiä tarjoamaan vastauksen jokaiseen syyllisyyskysymykseen, tarvetta on myös harkinnalliselle metodille, jonka perusteella voidaan pyrkiä määrittämään lainsäätäjän tahto kiperässä tilanteessa. Tämän väitteen relevanssi takautuu siihen, että kiperässä tilanteessa syyllisyysratkaisujen normatiivinen hyväksyttävyys riippuu olennaisesti siitä, koetaanko tuomion toteuttavan lainsäätäjän tahtoa vai ei.

Olettakaamme, että tuomarin on vastattava siihen, miksi hän kiperässä tilanteessa luki teon vastaajan syyksi. Ottakaamme esimerkiksi sananvapauden ja vihapuheen välinen punnintatilanne eli tuomarin tehtävä on päättää, ovatko henkilön lausumat vihapuhetta vai sananvapauden sallimaa viranomaiskritiikkiä. Konkreettisesti tällainen tapaus on ollut korkeimman oikeuden ratkaistavana ratkaisussa KKO 2012:58 eli ns. Halla-aho-tapauksessa. Kyseissä tapauksessa korkein oikeus totesi, että vastaajan lausumat allokoituivat kiihottamiseksi kansanryhmää vastaan (RL 11:10).

Kysyessämme tuomion pätevyydestä korkeimman oikeuden tuomarit voivat todeta, että kiihottaminen kansanryhmää vastaan on pätevä rikostunnusmerkistö ja vastaaja on tuomittu syylliseksi asianmukaisessa rikosprosessissa. Jos (ja kun) lausumat allokoituvat rikostunnusmerkistön alaisuuteen, eivätkä lausumat ole sananvapauden perusteella sallittuja, tuomarit voivat todeta, että ratkaisu on tehty pätevin perustein. Jos vastaus ei miellytä kuulijaa, tuomarit voivat kehottaa kysyjää kääntymään lainsäätäjän puoleen ja pyrkiä vaikuttamaan viharikostunnusmerkistön sanamuotoon. Esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2012:58 jälkeen vihapuheesta tuomittu kansanedustaja Halla-aho tarttui kynään ja laittoi vireille lakialoitteen vihapuhetunnusmerkistön eli rikoslain 11 luvun 10 §:n muuttamiseksi.[314]

Sen sijaan kysyttäessä miksi tuomarit punnintatilanteessa puolsivat nimenomaan kriminalisoinnin taustalla olevia oikeushyviä sananvapauden kustannuk-

[314] LA 39/2013 vp.

sella, vastaus, jonka mukaan ”ratkaisu on tehty lain mukaisesti”, ei ole tyydyttävä. Vastaus ei tyydytä, koska normatiiviset ratkaisuperusteet olisivat mahdollistaneet myös toisenlaisen ratkaisun. Jotta tuomarit voisivat puoltaa ratkaisunsa normatiivista hyväksyttävyyttä, heidän on vedottava lainsäätäjän tahtoon eli heidän on väitettävä, että syyllisyyskysymys on ratkaistu nimenomaan lainsäätäjän tahtomalla tavalla. Muussa tapauksessa tuomio olisi vain tuomarien subjektiivinen mielipide oikeasta ja väärästä.

Toisaalta jos syyllisyyskysymys ei ratkea edellä konstruoimani syyllisyyskysymysten ratkaisumallin – eli lain sanamuodon sekä sanamuodon merkityssisältöä täsmentävien esitöiden ja systemaattisten argumenttien – perusteella, on perusteetonta olettaa, että lainsäätäjän tahto voitaisiin selvittää samalla tavalla kuin vieraan kielen sana sanakirjasta. Näin ollen punnintatilanteessa ei ole muuta vaihtoehtoa kuin pyrkiä teoreettisesti mallintamaan sitä, miten lainsäätäjän tahtoisi kyseisen syyllisyyskysymyksen ratkaistavan. Tämä edellyttää kriittisen harkinnan metodiin turvautumista. Toteamallani tavalla tämä perustuu nimenomaan siihen, että aivan kuten demokraattisessa lainsäädäntöprosessissa, myös kriittisen harkinnan mallissa oikeusyhteisön jäsenten preferenssit tulevat parhaalla mahdollisella tavalla huomioon otetuksi.

Lyhyesti: muodollinen oikeudenmukaisuus edellyttää, että kaikkien päätöksenteon kohteena olevien yksilöiden preferenssit otetaan yhtäläisesti huomioon. Esimerkiksi jos työpaikalla neuvotellaan lomasuunnitelmista, olisi epäoikeudenmukaista ilmoittaa osalle työntekijöistä, että ”päätöksellämme on vaikutuksensa teidänkin lomiinne, mutta teidän preferenssejänne ei huomioida ratkaisuharkinnassa”. Tällaisen työpaikan työilmapiiri myrkyttyisi hetkessä.

Epäoikeudenmukaisten tilanteiden välttämiseksi päätöksenteon ihanteeksi on muodostunut demokraattinen päätöksentekomenettely, jonka tarkoitus on turvata se, että päätöksenteon kohteena olevan ihmisjoukon preferenssit tulevat asianmukaisesti huomioiduksi. Tämä ei tarkoita, että kaikki asianosaiset olisivat tyytyväisiä lopputulokseen, mutta demokraattisessa päätöksentekoprosessissa kenenkään preferenssejä ei sivuuteta merkityksettöminä. Sanottu koskee myös demokraattista lainsäädäntöprosessia. Se ei myöskään välttämättä johda jokaista yksilöä tyydyttävään lopputulokseen, mutta se toteuttaa kansalaisten tahtoa optimaalisella tavalla.

Vastaavasti jos syyllisyyskysymys ei ratkea lain sanamuodon, lain sanamuotoa täsmentävien esitöiden ja systemaattisten argumenttien perusteella, tuomarin on turvauduttava punnintaan. Jotta punnintaratkaisun voitaisiin sanoa olevan normatiivisesti perusteltu, tuomarin on pyrittävä ratkaisemaan tapaus siten kuin lainsäätäjä tahtoisi sen ratkaistavan. Näin ollen tuomarin on tavoiteltava lainsäätäjän tahtoa, jonka hän voi tavoittaa vain kriittisen harkinnan malliin turvautumalla. Tämä perustuu siihen, että lainsäätäjän oletetun tahdon (lainsäätäjän tahdon on oltava oletettu, koska kysymys on arvosensitiivisestä punnintatilanteesta)

määrittäminen edellyttää sitä, että tuomari pyrkii asettumaan oikeusyhteisön jäsenten asemaan, omaksumaan heidän preferenssinsä ja tyydyttämään mahdollisimman suuren määrän oikeusyhteisön jäsenten preferensseistä. Yksinkertaisesti vain kriittisen harkinnan mallissa määrätyn oikeusyhteisön jäsenten preferenssit tulevat samalla tavalla huomioiduksi kuin (ihanteellisessa) demokraattisessa lainsäädäntöprosessissa. Näin ollen kriittisen harkinnan malliin tukeutuva tuomari kunnioittaa vallan kolmijako-oppia, olkoonkin, että punnintatilanteessa päätöksenteko ei vertaannu lain mekaaniseen toimeenpanoon.

7 Syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen – epistemologinen näkökulma

7.1 VARTEENOTETTAVAN EPÄILYN TUOLLA JA TÄLLÄ PUOLEN OLEVA TOTUUS

Tuomioistuinten normatiivinen argumentaatio ei ole tieteellistä diskurssia. Tuomareilla ei ole mahdollisuutta osoittaa loogisia totuuksia kuten matemaatikoilla tai todentaa tuomioidensa normatiivista paikkansapitävyyttä empiirisillä kokeilla kuten luonnontieteissä.[1] Siinä missä tiede operoi totuuden ja epätotuuden käsitteillä, tuomarit operoivat lainmukaisuuden ja ei-lainmukaisuuden välisellä erolla. Esimerkiksi rikosasioissa tuomarin tehtävä ei ole tarkastella rangaistusvaatimuksen normatiivista totuusarvoa vaan ratkaista syyllisyyskysymys siten kuin laki määrää. Tämä tarkoittaa sitä, että keskusteltaessa oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta totuus ja epätotuus on korvattu lainmukaisuudella ja ei-lainmukaisuudella eli oikeuden ja ei-oikeuden välisellä erolla.[2]

Vaikka oikeudellisessa diskurssissa totuuden ja epätotuuden käsitteisiin suhtaudutaan nuivasti, puhe tuomioiden totuusarvosta ei ole täysin mieletöntä. Esimerkiksi sanoessani, että ”korkeimman oikeuden ratkaisu on lainmukainen”, väitteeni on institutionaalisesti totta, jos tuomio on lainmukainen. Sen sijaan jos tuomio ei ole lainmukainen, väitteeni on epätosi. Kiperissä ratkaisuissa tuomioiden totuusarvo on riidanalainen nimenomaan siksi, ettemme ole varmoja, vastaako tuomio normatiivisen todellisuuden vaatimuksia – eli onko tuomio lainmukainen vai ei. Tästä voidaan päätellä, ettei perinteinen totuusteoria eli totuuden korrespondenssiteoria ole merkityksetön oikeudellisessa diskurssissa.[3] Siinä missä olemisen maailmassa väite on tosi, jos se vastaa sitä, miten asiat ovat, pitämisen maailmassa tuomiolauselma on tosi, jos se vastaa sitä, miten oikeuskysymys olisi tullut voimassa olevan oikeuden mukaan ratkaista.[4] Esimerkiksi jos tuomiolauselmalla väitetään, että henkilö on syyllinen, vaikka teko ei ole tunnusmerkistön mukainen, tuomiolauselma on epätosi.

---

1 Perusteellisesti normatiivisesta tiedosta ks. Niemi 1996.

2 Kaarlo Tuori on kirjoittanut samasta tematiikasta tarkastellessaan oikeustieteen merkitystä. Tuorin mukaan oikeustieteellinen diskurssi ei operoi totuudella ja epätotuudella vaan lainmukaisuudella ja ei-lainmukaisuudella. Ks. Tuori 2007 s. 19.

3 Tästä tematiikasta ks. Niiniluoto 1981 s. 171–180.

4 Totuuden korrespondenssiteoriasta ks. Marian 2013.

Kriitikko voi huomauttaa, että puhe tuomioiden totuusarvosta on mieletöntä, koska tuomiolauselmien normatiivinen totuusarvo ei ole samalla tavalla havaittavissa ja todennettavissa kuin empiiristyyppisten väitteiden totuusarvo (riekot ovat talvella valkoisia).[5] Kriitikolle voidaan kuitenkin huomauttaa, ettei tuomiolauselmien verifioimattomuus edellytä tuomioiden totuusarvon kokonaisvaltaista hylkäämistä.[6] Emmehän luonnontieteissäkään hylkää totuuden ja epätotuuden käsitteitä sillä perusteella, että induktiivinen päättely ei johda ehdottomiin totuuksiin. Itse asiassa jos kiistäisimme totuuden joka kerta, kun totuuden empiirinen toteennäyttäminen on mahdotonta, joutuisimme luopumaan kaikesta tietämästämme. Kuten tietoteoreetikot ovat opettaneet, skeptikko vie aina voiton.

> Havaintojeni mukaan oikeudellisesta tiedosta puhuttaessa ei aina tehdä täsmällistä eroa normien ja normeista johdettujen väitteiden välillä. Vaikka oikeusnormit (eli ihmisen lait) eivät sinänsä ole tosia tai epätosia (kuten luonnonlait), oikeusnormeista johdetut väitteet voivat olla samalla tavalla tosia tai epätosia kuin empiiriset tosiasiaväitteet.[7] Esimerkiksi väittäessäni, että ”rikoslain mukaan kaikki kahakkaan osallistuneet henkilöt syyllistyivät törkeään pahoinpitelyyn (RL 21:6) ja tappeluun osallistumiseen (RL 21:12)”, väitteeni on tosi tai epätosi samalla tavalla kuin väite ”massa pysyy suljetussa systeemissä muuttumattomana”.[8]

Hyväksyessämme edellä sanotun voimme todeta, että suurin osa syyllisyysratkaisuista on normatiivisesti varteenotettavan epäilyn tuolla puolen eli niiden totuusarvoa ei ole syytä epäillä. Jos vastaaja tuomitaan käräjäoikeudessa (toteen näytetystä) rattijuopumuksesta, tuomiolauselman totuusarvoa ei ole syytä epäillä.

Sen sijaan keskusteltaessa kiperistä syyllisyysratkaisuista tilanne muuttuu toisenlaiseksi. Tällaisissa tilanteissa tuomiolauselmat eivät ole normatiivisesti varteenotettavan epäilyn tuolla puolen, vaan tuomioiden totuusarvo on riidanalainen. Tällöin ongelmaksi muodostuu se, ettei ole olemassa sellaista pitämisen maailmaa koskevaa tiedollista kriteeriä (tietoteoriassa puhutaan nimenomaan tiedon kriteeristä), jonka perusteella tuomion totuusarvosta voitaisiin keskustella. Oikeudellista tietoa koskevan kriteerin puute perustuu nimenomaan siihen, etteivät normit ole empiirisen maailman olioita. Näin ollen niihin perustuvien tuomioväitteiden totuusarvoa ei voida jälkeenpäin verifioida tai falsifioida. Tämä johtaa paradoksaaliseen lopputulokseen. Joko tiedämme varmasti, että tuomio-

---

[5] Rikosoikeudellisista kirjoittajista esimerkiksi Kaarlo Hakamies voisi kritisoida argumentaatiotani tuomioiden totuusarvosta. Ks. Hakamies 2012 s. 189.

[6] Oletettavasti ainakin Raimo Siltala voisi kiistää väitteeni pätevyyden. Ks. Siltala 2003 s. 91–92.

[7] Lagerspetz 2009 s. 125–126.

[8] Toisin kuin yleensä ajatellaan, monet institutionaaliset tosiasiat ovat totuusarvoltaan jopa vahvempia kuin potentiaalisesti kumoutuvat luonnontieteelliset tosiasiat.

lauselma on totuusarvoltaan varteenotettavan epäilyn tuolla puolen (rutiiniratkaisut), tai jos tuomio ei ole varteenotettavan epäilyn tuolla puolen, tuomion totuusarvosta ei voida sanoa yhtään mitään (kiperät ratkaisut).[9] Välimuotoja ei ole.

Sanottu tarkoittaa episteemisesti sitä, että kiperissä tilanteissa on luovuttava puhumasta tuomion totuusarvosta ja korvattava totuudellisuus tuomion hyväksyttävyydellä.[10] Totuudellisuus ja hyväksyttävyys ovat kuitenkin varsin erityyppisiä tiedollisia kriteereitä. Siinä missä totuus on neutraalia ja kuulijasta riippumatonta, hyväksyttävyys sisältää subjektiivisen elementin.[11] Näin ollen tässäkin tutkimuksessa on pyritty konstruoimaan harkintamalli, joka havainnollistaa sitä, miten kiperät punnintatilanteet voidaan ratkaista optimaalisesti eli rationaalisesti hyväksyttävällä tavalla. Koska rikosasioissa tuomioiden rationaalinen hyväksyttävyys ei edellytä universaalia hyväksyttävyyttä, tavoitteeksi riittää se, että määrätyn oikeusyhteisön rationaaliset jäsenet voivat hyväksyä tuomion.

Jotta tällainen olettama olisi perusteltu, on oletettava, että oikeusyhteisön rationaalisesti harkitsevilla yksilöillä voi olla yhteinen ymmärrys siitä, mikä kussakin tilanteessa on oikein ja väärin eli hyväksyttyä ja ei-hyväksyttyä. Näin ollen edellä konstruoimaani kriittisen harkinnan mallia on tuettava rationaalisen konsensuksen teorialla. Oikeudelliseen kontekstiin kalibroituna sen keskeisidea on seuraava: hyväksyttyä (legitiimiä) on se, mistä rationaaliset ihmiset voisivat päästä yhteisymmärrykseen ideaalisessa keskustelutilanteessa. Tuomarille rationaalisen konsensuksen teoriaan turvautuminen antaa käskyn: perustele tuomio sillä tavalla, että tuomio on rationaalisesti harkitsevien henkilöiden hyväksyttävissä. Muodossa tai toisessa rationaalisen konsensuksen teoria on esimerkiksi Aulis Aarnion ja Robert Alexyn oikeudellisten argumentaatioteorioiden taustalla.

Tiivistetysti väitteeni on seuraava: siinä missä konstruoimani kriittisen harkinnan malli tarjoaa tuomareille mallin ratkaista kiperä syyllisyyskysymys optimaalisesti eli rationaalisesti hyväksyttävällä tavalla, rationaalisen konsensuksen teoriaa tarvitaan tuomioiden legitiimisyyden vuoksi.

---

[9] Vastaavasti oikeustieteessä esitetyt kannanotot kiperän syyllisyysratkaisun pätevyydestä ovat episteemisesti tyhjiä. Tavallaan tämä on paradoksaalista, koska väitteelläni ”ratkaisussa KKO 2014:7 A:ta ei olisi pitänyt tuomita rahankeräysrikoksesta” on totuusarvo. Jos A:n teko ei ole ollut lain mukaan rikos, lainmukaista olisi ollut ratkaista tapaus A:n eduksi. Tällöin väitteeni ”A:ta ei olisi pitänyt tuomita rahankeräysrikoksesta” olisi tosi. Toisaalta koska en voi verifioida väitettäni, en voi sanoa väitteeni olevan totta tai epätotta. Vaikka lainopillisten väitteiden episteeminen tyhjyys voi olla tutkimuksellisesti ahdistavaa, episteemisestä tyhjyydestä ei seuraa se, että normatiivinen keskustelu olisi merkityksetöntä. Keskustelulla voi olla vaikutuksensa esimerkiksi oikeuskäytännön kehitykseen tai tulevaan lainsäädäntöön. Näin ollen kriittiselle lainopilliselle keskustelulle on aina paikkansa.

[10] Ks. myös Niemi 1996 s. 118.

[11] Tiedon kriteereistä ks. Ichikawa – Steup 2014. Tiedon luotettavuudesta ks. Hilpinen 2002 s. 17–19.

Rationaalisen konsensuksen teoriaan tukeutuminen sisältää viljalti rikosoikeudellista problematiikkaa. Onkin erikoista, ettei rikosoikeustieteessä ole syvällisemmin pohdittu – rationaalisen konsensuksen teoriaan pohjautuvien – oikeudellisten argumentaatioteorioiden omaa justifikaatiota. Jos ja kun kiperissä syyllisyysratkaisuissa ei voida operoida totuuden ja epätotuuden käsitteillä, emme voi sanoa virkkeen ”syyksilukeva tuomio on lainmukainen” olevan totta tai epätotta.

Rikosoikeudessa korostunut vastaajan oikeusturva eittämättä edellyttäisi, että tällaisessa tilanteessa tekoa ei lueta tekijänsä syyksi. Epäselvissä tilanteissa vastaajan oikeusturvasta ollaan kuitenkin valmiita tinkimään. Käytännössä tämä näkyy nimenomaan siinä, että tuomion hyväksyttävyyttä korostetaan vastaajan oikeusturvan kustannuksella.

Rikosoikeudellisesti tilanne on nurinkurinen. Laillisuusperiaate määrää, että syyksilukeva tuomio voidaan perustaa vain ennalta sovittuihin pelisääntöihin, mutta loppupeleissä vastaajan oikeusturvalla ei ole väliä. Se vain jätetään huomiotta ja todetaan, että tuomio voidaan langettaa, kunhan se perustellaan sitten, että ratkaisun voidaan olettaa vakuuttavan perusteluauditorion rationaalisesti harkitsevat jäsenet. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että kiperissä tilanteissa tuomion legitimiteetti haetaan pikemminkin oikeusyhteisön jäsenten asenteista kuin ennalta sovituista pelisäännöistä.

Viimeisessä pääluvussani pyrin tarjoamaan filosofisen justifikaation sille, miksi syyksilukevien tuomioiden viimekätinen legitimiteetti voidaan hakea määrätyn oikeusyhteisön jäsenten asenteista (luku 8). Tätä ennen on kuitenkin tarkasteltava täsmällisemmin sitä, millä edellytyksillä voimme puhua kiperien syyllisyysratkaisujen hyväksyttävyydestä.

7.2 TUOMION PERUSTELUT LEGITIIMISYYDEN KRITEERINÄ

Lain mukaan tuomiot on perusteltava (OK 24:4 ja ROL 11:4). Tuomion perusteluista on ilmettävä, mihin seikkoihin ja oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu. Lisäksi perusteluissa on selostettava, millä perusteella riitainen seikka on tullut näytetyksi tai jäänyt näyttämättä toteen (OK 24:4 ja ROL 11:4). Lain määräämällä tavalla tuomarin tehtävä on kahtalainen. Hänen on osoitettava normatiivisen päättelynsä kestävyys (normiperustelut) sekä tarvittaessa kerrottava, mihin hänen ymmärryksensä tapahtumien kulusta perustuu (faktaperustelut). Perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyysratkaisuissa on tyypillisesti kysymys normiperustelujen uskottavuudesta. Näin ollen puhuessani tuomion perustelusta puhun nimenomaan normatiivisesta argumentaatiosta.

Tuomion perustelemisesta on runsaasti kirjallisuutta eikä ihme. Kiperissä tapauksissa tuomion perustelut ovat tuomion legitiimisyyden mitta. Perusteluilla tuomarit pyrkivät vakuuttamaan niin asianosaiset kuin oikeusyhteisön tuomion hyväksyttävyydestä.[12] Näin ollen perusteluilla on justifikaatiofunktio. Perusteluiden oletetaan toimivan myös tuomarin itsekontrollin välineenä, koska tuomari joutuu perustelemaan päätöksensä paitsi määrätylle oikeusyhteisölle, tätä ennen myös itselleen. Usein kirjallisuudessa mainitaan myös tuomioiden vaikuttavuus. Jos perustelut ovat vakuuttavat ja ymmärrettävät, niillä on vaikutuksensa myös toisten oikeusorgaanien ratkaisuharkintaan. Esimerkiksi siinä missä korkeimmalla oikeudella on prejudikaattifunktio, hyvin perustellut alemman oikeuden tuomiot voivat vakuuttaa ylemmän oikeuden siitä, ettei tuomio ole virheellinen.[13]

Toisaalta perustelujen tärkeys ei tarkoita sitä, että jokainen rikostuomio on perusteltava seikkaperäisesti. Jos teko allokoituu kiistattomasti tunnusmerkistön alaisuuteen, on oikeudenvastainen ja syyllisyyttä osoittava, perusteluiksi riittää viittaus tunnusmerkistöön.[14] Tällaisen rutiiniratkaisun lopputulos on riidattomasti lainmukainen, ja väitteen ”tuomio on lainmukainen” totuusarvon voidaan sanoa olevan varteenotettavan epäilyn tuolla puolen. Perusteluja tarvitaan vasta, jos tuomarin on perusteltava syyllisyyskysymyksen ratkaisevan normivalinnan relevanssi. Koska tällaisessa tilanteessa tuomion totuusarvo ei ole varteenotettavan epäilyn tuolla puolen, keskiöön nousee sen osoittaminen, ettei tuomiota ole langetettu mielivaltaisin perustein vaan objektiivisesti perusteltavalla tavalla. Perustelujen tarpeellisuutta voidaan havainnollistaa seuraavasti.

Ihmisten keskinäisessä kommunikoinnissa väitteiden perusteleminen ei ole tarpeellista, jos väitteen totuusarvo on ilmeinen. Esimerkiksi sanoessani, että sadan neliöjuuri on kymmenen, minun ei tarvitse perustella väitettäni. Vastaavasti rutiiniratkaisuissa riittää viittaus tunnusmerkistöön. Tämä perustuu siihen, että perusmatematiikassa ja rutiiniratkaisuissa esitetyt väitteet ovat riidattomia. Jos sanon, ettei sadan neliöjuuri ole kymmenen, en tunne matematiikan sääntöjä. Kenenkään ei tarvitse tämän vuoksi yksityiskohtaisesti perustella sitä, miksi sadan neliöjuuri on nimenomaan kymmenen, vaan opettaa minulle matematiikkaa. Vastaavasti jos sanon, että rutiiniratkaisu on väärä, en tunne oikeuden sääntöjä. Tällöin puute ei ole tuomion perusteluissa vaan minussa.

---

[12] Gunnar Bergholtz on jakanut perustelemisen funktiot kahtaalle. Yhtäältä perustelujen on vakuutettava asianosaiset (asianosaisfunktio), toisaalta määrätty oikeusyhteisö (yhteiskunnallinen funktio). Ks. Bergholtz 1987 s. 363.

[13] Tuomion perustelemisesta ja perusteluiden funktioista ks. Virolainen – Martikainen 2010, etenkin s. 37–51. Ks. myös Huovila 2003 s. 407–408.

[14] Ks. myös edellä luvussa 6.7 sanottu.

Näin ollen väitteiden perusteltavuutta tarvitaan vasta, jos väitteet eivät ole itsestään selviä (common sense). Tämä lähtökohta pätee myös normatiivisesti riidanalaisissa syyllisyysratkaisuissa. Tällaisissa tilanteissa tuomiota ei voida perustella uskottavasti toteamalla, että teko on tunnusmerkistön mukainen. Toisin sanoen minimalistiset perustelut eivät ole riittävät, vaan tuomio on perusteltava myös ulkoisesti. Jerzy Wróblewskin sanoin kysymys on tuomion sisäisestä (internal justification) ja ulkoisesta (external justification) oikeuttamisesta.[15]

Sisäisessä oikeuttamisessa on kysymys syllogistisesta perustelutyylistä, jossa ylä- ja alapremisseistä johdetaan johtopäätös eikä tätä loogista operaatiota sen kummemmin kommentoida. Esimerkiksi (1) joka tappaa toisen, on tuomittava vankeuteen, (2) A puukotti B:n hengiltä, joten (3) A on tuomittava vankeuteen. Muita perusteluita ei tarvita. Johtopäätös on looginen seuraus kahdesta premissistä.

Tyypillisesti ratkaisun sisäistä oikeuttamista pidetään riittämättömänä ja ulkokultaisena.[16] Sen ei oleteta kertovan mitään siitä, millä perusteilla ratkaisu on todellisuudessa tehty. Rikosoikeudessa tällainen olettama on liian nihilistinen. Toteamallani tavalla syllogismi on hyvä syyllisyyskysymysten perustelemisen perusmalli ja riittävä ratkaisumetodi merkittävässä osassa syyllisyysratkaisuja.

Sen sijaan kiperissä tilanteissa tilanne on toisenlainen. Tällaisissa tilanteissa on turvauduttava tuomion ulkoiseen perustelemiseen. Ulkoisen perustelun tarkoituksena on kertoa perusteluauditoriolle nimenomaan se, miksi ratkaisun pohjaksi valitut normit ovat relevantteja ratkaistavana olevassa tapauksessa. Virolaisen ja Martikaisen sanoin kysymys on syllogismiin valittujen ratkaisuperusteiden oikeuttamisesta.[17] Tällöin ongelmaksi muodostuu päätöksenteon eksistentiaalinen problematiikka. Epäilijä vie aina voiton. Hän voi aina kysyä, miksi oikeusnormivalintaa tukevat ratkaisuperusteet ovat relevantteja. Teoreettisesti eikä varsinkaan käytännöllisesti ole mahdollista, että tuomarit perustelisivat oikeusnormivalintaansa tukevien ratkaisuperusteiden valintaperusteiden relevanssin ja oikeusnormivalintaansa tukevien ratkaisuperusteiden valintaperusteiden perusteiden relevanssin ad infinitum. Tästä problematiikasta olen kirjoittanut edellä.[18]

Jos kysymme ratkaisuehdotusta oikeusoppineilta, he tyypillisesti vastaavat, että perusteleminen voidaan lopettaa silloin, kun perustelut riittävät vakuuttamaan rationaalisesti harkitsevan oikeusyhteisön tuomion legitimiteetistä.[19] Näin

---

[15] Tarkemmin tästä tematiikasta ks. Wróblewski 1983 s. 49–70. Wróblewskin jaottelusta on kirjoitettu runsaasti myös Suomessa. Ks. esim. Sajama 2012 s. 90–91; Virolainen – Martikainen 2010 s. 32–33; Tuori 2007 s. 189; Aarnio 1989 s. 197–204.

[16] Esim. Virolainen – Martikainen 2010 s. 33.

[17] Virolainen – Martikainen 2010 s. 33.

[18] Ks. luku 4.5 sekä ko. luvussa mainitut lähteet.

[19] Esim. Virolainen – Martikainen 2010 s. 34; Aarnio 1989 s. 203–204.

ollen siirryttäessä kiperiin syyllisyyskysymyksiin kysymys ei ole tuomiolauselman totuusarvosta, vaan tuomiolauselmalla esitetyn väitteen hyväksyttävyydestä. Tietoteorian kielelle käännettynä siinä missä klassisen tiedon määritelmän mukaan tiedon edellytys on hyvin perusteltu tosi uskomus, kiperissä syyllisyysratkaisuissa riittää, että tuomiolauselma perustellaan oikeusyhteisön hyväksymällä tavalla. Toisin sanoen verrattaessa normatiivista tietoa klassiseen tiedon määritelmään, sana ”tosi” tulee korvata termillä ”hyväksyttävä”.[20]

Toteamallani tavalla käsitteet ”tosi” ja ”hyväksyttävä” tarkoittavat kuitenkin varsin erilaisia ominaisuuksia puhuttaessa tuomiolauselman legitimiteetistä. Siinä missä totuus on yleispätevää ja henkilöstä riippumatonta, tuomiolauselman hyväksyttävyys riippuu henkilön uskomuksista sekä niistä olosuhteista, joissa henkilö hyväksyy tuomiolauselman tai ei hyväksy sitä.[21] Näin ollen kiperissä tapauksissa tuomion hyväksyttävyys riippuu ensisijaisesti perusteluauditorion jäsenten yksilöllisistä uskomuksista. Esimerkiksi sanoessani, että ”korkein oikeus teki lainmukaisen ratkaisun jättäessään vastaajan pahoinpitelyyn tuomitsematta ympärileikkaustapauksessa”, väitteeni luotettavuus riippuu kuulijasta. Jos esitän väitteeni yleisönosastokirjoituksessa, moni lukija epäilee juridista ymmärryskykyäni. Oletettavasti myös osa tuttavistani kiistäisi väitteeni normatiivisen pätevyyden. Näin ollen normatiivinen ymmärryskykyni joutuisi koetukselle jo ystäväpiirissäni, joka on jokseenkin homogeeninen joukkio.

Toisaalta jos väitteiden hyväksyttävyys riippuu kunkin kuulijan partikulaarisista uskomuksista, onko tällöin perusteltua puhua kiperien syyllisyysratkaisujen yleisestä hyväksyttävyydestä. Toisin sanoen, voimmeko olettaa olevan mahdollista, että tuomio voidaan perustella oikeusyhteisön yleisesti hyväksymällä tavalla? Jos vastaamme tähän kysymykseen kieltävästi, myönnämme, että kiperien syyllisyysratkaisujen legitimiteetti on kaltevalla pinnalla.

Välttääksemme legitiimisyyskriisin meidän on turvauduttava rationaalisen konsensuksen teoriaan. Muussa tapauksessa meidät on pakotettu toteamaan, että ”kiperässä tilanteessa on jokaisen henkilökohtainen asia, hyväksyykö hän tuomion vai ei”. Tällainen nihilismi ei sovellu rikosoikeuden luonteeseen, joka vieroksuu subjektiivisuutta ja mielivaltaisuutta.

7.3 RATIONAALISEN KONSENSUKSEN TEORIA

Hyväksykäämme, että perus- ja ihmisoikeusmatriisi on arvosensitiivinen, ja tuomarin tehtävä voi olla vain se, mikä on mahdollista toteuttaa (ultra posse nemo

---

[20] Tiedon klassisista kriteereistä ks. Ichikawa – Steup 2014; Lammenranta 1993 s. 79–80.

[21] Yleisesti tiedon luotettavuudesta ks. Hilpinen 2002 s. 17–19. Ks. myös Ichikawa – Steup 2014.

obligatur). Tästä herää kysymys, voidaanko tuomarille asettaa velvollisuus ratkaista kiperä syyllisyyskysymys tavalla, jonka perusteluauditorion jäsenet voivat kollektiivisesti hyväksyä. Edellä toteamallani tavalla tähän kysymykseen ei voida vastata vain metodisesti, tuomarin ideaalista harkintaa punnintatilanteessa mallintamalla. Pikemminkin siirryttäessä puhumaan syyllisyysratkaisujen legitimiteetistä ratkaisun validoimiseksi on tukeuduttava yksilökeskeisen harkintamallin sijasta rationaalisen konsensuksen teoriaan. Vain rationaalisen konsensuksen teoriaan turvautumalla on perusteltua olettaa, että perusteluauditorion jäsenet voisivat päästä yhteisymmärrykseen syyllisyysratkaisun legitimiteetistä. Oikeusteoreettisesti arvioiden kysymys on oikeusjärjestyksen ulkopuoliseen arvokonsensukseen turvautumisesta.

Minkälainen oikeusjärjestyksen ulkopuolinen arvopohja voi olla luonteeltaan? Ensinnäkin rikosoikeudessa korostunut neutraliteetti estää turvautumasta äärirelativistisiin, subjektivistisiin ja nihilistisiin arvoteorioihin. Näin ollen relevantit arvoteoriat voidaan jaotella kahteen kategoriaan. Voimme kutsua näitä kategorioita transsendenteiksi ja ei-transsendenteiksi objektivistisiksi arvoteorioiksi.[22] Transsendentin objektivismin mukaan yleispätevät arvot ovat olemassa jollakin jumalallisella tavalla (klassisen luonnonoikeuden traditio), kun taas ei-transsendentin objektivismin mukaan keskeistä ei ole arvojen olemassaolo vaan se, miten yleispätevät arvot saadaan selville (rationaalisen luonnonoikeuden traditio). Toisin sanoen ei-transsendentin objektivismin mukaan arvojen olemista ei voida ottaa annettuna, vaan arvojen yleispätevyys riippuu siitä proseduurista, jonka avulla yleispätevistä arvoista päästään selville.[23]

Tunnetuin ei-transsendentin suutauksen edustaja on Immanuel Kant. Kantin mukaan kukin yksilö voi järkensä perusteella konstruoida sen, mikä on oikein ja väärin.[24] Siinä missä esimerkiksi Platon pyrkii kuvaamaan, kuinka arvot ovat olemassa, Kant pyrkii analysoimaan nimenomaan sitä, kuinka moraalisista toimintaperiaatteista voidaan päästä selville.[25] Näin ollen Kantin moraaliteoriaa voidaan kutsua proseduraaliseksi moraaliteoriaksi. Proseduraalista moraaliteoriaa edustaa myös Haren preskriptivismi, johon tukeutuen konstruoin edellä tuomarin yksilökeskeisen harkintamallin punnintatilanteen optimaaliseksi ratkaisemiseksi.

---

[22] Sajama 2002 s. 71–72.
[23] Sajama 2002 s. 72.
[24] Kantin filosofia ei aukea helposti. Todettakoon kuitenkin, että Kantin moraalifilosofian keskeisajatukset löytyvät jo teoksesta ”Tapojen metafysiikan perustus” (alun perin vuodelta 1785). Lisäksi Kant edelleen kehittelee teoriaansa ”Käytännöllisen järjen kritiikissä” (alun perin vuodelta 1788) sekä ”Tapojen metafysiikassa” (alun perin vuodelta 1797). Kantin keskeisteokset on käännetty myös suomeksi. Ks. Kant 2013 ja Kant 1990.
[25] Ks. myös Sajama 2002 s. 79–81.

Monet viime vuosikymmenien yhteiskuntateoreetikot ovat tarttuneet Kantin ideaan ja pyrkineet kalibroimaan sen liberaalin demokratian toimintamalliksi.[26] Perimmäisenä tarkoituksena on ollut osoittaa ne kriteerit, joiden perusteella eri mieltä olevat ihmiset voivat päästä yhteisymmärrykseen yhteisistä pelisäännöistä ja vapaissa yhteiskunnissa esiintyvistä arvoristiriidoista. Tämä on edellyttänyt Kantin yksilökeskeisyyden sijaistamista (yksilön järki) ihmisten keskinäisellä pyrkimyksellä legitimoida se, mikä kussakin tilanteessa on oikein ja mikä väärin (kollektiivinen järkevyys).[27]

Mannereurooppalaisittain merkittävimpänä teoreetikkona pidetään Jürgen Habermasia, ja anglosaksisen tradition kiintopiste allokoituu John Rawlsin kirjoituksiin.[28] Kantia mukaillen myös Habermas ja Rawls ovat korostaneet järjen merkitystä. Toteamallani tavalla ero kiteytyy siihen, että siinä missä Kant korostaa yksilön kykyä partikulaarisesti määrittää moraalisesti pätevät toimintaperiaatteet, Habermas ja Rawls ovat turvautuneet ideaan kollektiivisesta järjestä. Kollektiivisen rationaalisuuden teorialla on ollut olennainen vaikutus myös monien merkittävien oikeusoppineiden ajatteluun. Maininnan ansaitsevat esimerkiksi Robert Alexy, Aulis Aarnio ja Alexander Peczenik, joiden oikeudelliset argumentaatioteoriat heijastavat Habermasin ja Rawlsin ajattelua.

Koska oikeudellisten argumentaatioteorioiden filosofinen evoluutio voidaan pelkistää kuvaamallani tavalla, on selvä, että oikeudelliset argumentaatioteoriat kantavat sisällään rationaalisen luonnonoikeuden traditiota. Onkin kiinnostavaa, että moderni rikosoikeus on pyritty puhdistamaan kaikesta metafyysisestä, mutta viime kädessä rikoslain legitiimi käyttö edellyttää nimenomaan uusluonnonoikeustyyppisiä olettamuksia. Toisin sanoen vaikka rikoslain soveltamisen hyväksyttävyyden ehtona pidetään lainmukaisuutta, viime kädessä rikosoikeuden legitiimi käyttö edellyttää oletusta oikeuden ulkopuolisesta (yleispätevästä) moraalitodellisuudesta, joka määrittää sen, mikä lopultakin on kiellettyä ja sallittua – tai tähän yhteyteen sanottuna hyväksyttyä ja ei-hyväksyttyä.

Koska tarkasteluni kohteena on syyllisyysratkaisujen legitimiteetti, en koe tarpeelliseksi referoida sitä, mikä on ominaista eri konsensusteoreetikoille. Sen sijaan kiteytän jäljempänä sen, mitä voidaan pitää rationaalisen konsensuksen

---

[26] Ks. Habermas 1994 s. 99, jossa Habermas luettelee kantilaisen tradition jatkajiksi mm. Kurt Baierin, Marcus Georg Singerin, John Rawlsin ja Paul Lorenzon. Ks. myös Gutman 2008 s. 168–199.

[27] Ks. esim. O'Neill 2008 s. 345–367, erityisesti s. 357–361.

[28] Viittaan erityisesti Rawlsin teoksiin "Theory of Justice" (1971/2005) ja "Political Liberalism" (1993) sekä Habermasin teokseen "Theorie des kommunikativen Handelns" osat I ja II (1981). Ks. myös Habermas 1984. Tunnetusti niin Rawlsin kuin Habermasin yhteiskuntafilosofiasta on saatavilla runsaasti kommentaarikirjallisuutta. Ks. esim. Sajama 2002 s. 81–83.

keskeisajatuksena. Tätä ennen on huomautettava, että joidenkin oikeusteoreetikkojen mielestä syyllistynen virheeseen rinnastamalla Rawlsin ja Habermasin.[29] Näin ei kuitenkaan ole, vaan Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria ja Habermasin diskurssiteoria voidaan ymmärtää toisiaan täydentävinä keinoina määrittää se, kuinka rationaaliset ihmiset voivat päästä legitiimiin yhteisymmärrykseen oikeasta ja väärästä.[30] Perustelen väitteeni lyhyesti. Tarkastelunäkökulmani on juristin eli kalibroin filosofisen keskustelun oikeudelliseksi.

Keskeisten konsensusteoreetikkojen vuoropuhelu. Habermasin mukaan liberaali maailmankuva ei estä olettamasta, että arvokysymyksistä voidaan päästä yhteisymmärrykseen. Habermasin mukaan erimielisyydet on ylitettävissä, jos ihmiset kykenevät sitoutumaan rationaaliseen diskurssin ehtoihin.[31] Tässäkin yhteydessä esimerkiksi voidaan nostaa ratkaisu KKO 2008:93 eli tapaus, jossa oli kysymys poikien ympärileikkausten sallittavuudesta.

Olettakaamme, että tuomion jälkeen esitetään väite, että poikien ympärileikkaus on kiellettävä Suomessa. Toisin sanoen väitteen esittäjä kiistää korkeimman oikeuden tuomion legitimiteetin.[32] Tämän jälkeen väitteen esittäjän väite kiistetään eli vastaväittäjä on sitä mieltä, ettei korkeimman oikeuden tuomion sisällöllinen kritisointi ole perusteltua. Molemmat keskustelijat perustelevat kantansa. Ympärileikkausta vastustava henkilö tuo esille operaation mahdollisia haittoja lapselle ja vetoaa perus- ja ihmisoikeuksiin, kuten henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Samaan aikaan vastapuoli voi viitata siihen, kuinka haittojen arviointi ja käsitykset ihmisten oikeuksista riippuvat kulttuuriperimästä. Tässäkin argumentaatiossa voidaan vedota perus- ja ihmisoikeuksiin, kuten uskonnonvapauteen ja perhe-elämän suojaan. Keskustelu voi jatkua eri foorumeissa, ja ympärileikkauksen puolesta ja vastaan esitetään relevantteja argumentteja. Habermasin mukaan ideaalisessa diskurssitilanteessa rationaaliset keskustelijat voivat lopulta päästä konsensukseen arvosensitiivisten väitteidensä oikeutuksesta tai oikeutuksen puutteesta.[33]

---

[29] Ainakin Raimo Siltala on suhtautunut nihkeästi siihen, että Rawlsin oikeudenmukaisuusteoriaa sovellettaisiin oikeudellisen päätöksenteon kontekstissa. Ks. Siltala 2004 s. 111.

[30] Havaintojeni mukaan kotimaisessa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria on ylipäätään saanut niukasti huomiota suhteutettuna siihen, että se on yksi 1900-luvun merkittävimmistä yhteiskuntafilosofisista teorioista. Poikkeuksiakin toki on. Ks. esim. Anttila 2013 s. 31–44; Nuotio 1998b s. 142–143. Pohjoismaalaisittainkaan Rawls ei ole jäänyt kuolleeksi kirjaimeksi. Ks. esim. Peczenik 1989/2008 s. 86–90.

[31] Tiivistetysti Habermasin diskurssietiikasta ks. Habermas 1994 s. 98–164, etenkin s. 128–158. Habermasin diskurssietiikasta ks. myös Bohman – Rehg 2014.

[32] Ratkaisussa KKO 2008:93 ympärileikkauksen suorituttanutta henkilöä ei tuomittu pahoinpitelystä tai siihen yllytyksestä.

[33] Tiivistetysti diskurssietiikasta ks. Habermas 1994 s. 98–164.

Toisin kuin Habermasin teoriassa, Rawlsin mukaan arvostuksista ei voida päästä täydelliseen yksimielisyyteen.[34] Toisin sanoen Rawls kiistää moraaliväitteiden universalisoitavuuden ja lähtee siitä, että rationaalisesti ajattelevat ihmiset voivat kuitenkin ylittää arvoristiriitansa sekä saavuttaa riittävän yhteisymmärryksen kyetäkseen konstruoimaan oikeudenmukaisen yhteiskunnan toiminnalliset perusperiaatteet.[35]

Näin ollen Rawls ei ole ensisijaisesti kiinnostunut siitä, kykenevätkö ihmiset pääsemään yhteisymmärrykseen yhteiskunnassa ilmenevistä ristiriidoista. Sen sijaan Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria edustaa filosofista pyrkimystä legitimoida demokraattinen oikeusvaltio eli Rawlsin pyrkimyksenä on osoittaa se, minkälaisia arvoja moniarvoisessa yhteiskunnassa on kunnioitettava, jotta (moniarvoisen) yhteiskunnan voitaisiin sanoa olevan oikeudenmukainen.[36] Toisin sanoen Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria on asetelma, jonka nojalla voidaan pyrkiä säätämään esimerkiksi ketään syrjimätön rikoslaki. Tällainen katsontakanta on filosofisessa kirjallisuudessa laajalti hyväksytty.[37]

Vaikka Rawlsin kirjoitukset eivät ole saaneet oikeustieteellisissä puheenvuoroissa samanlaista sijaa kuin Habermasin teokset, Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria voidaan ymmärtää Habermasin diskurssiteoriaa tukevana mallina. Siinä missä Rawlsin teorian avulla kyetään määrittämään ne (oikeudelliset) minimiehdot, joiden on demokraattisessa oikeusvaltiossa toteuduttava, Habermasin diskurssiteoria tarjoaa mahdollisuuden olettaa, että moniarvoisessa yhteiskunnassa esiintyvistä erimielisyyksistä voidaan päästä myös tapauskohtaisesti (oikeuden pintatasolla) legitiimiin yhteisymmärrykseen.[38]

> Ajatelkaamme omaa perustuslakiamme. Ensinnäkin on perusteltua olettaa, että perusoikeusluetteloon kirjatut oikeudet ovat sellaisia arvoja, jotka saisivat kannatusta Rawlsin tietämättömyyden verhon takana. Samalla perusoikeusluettelo osoittaa, että yhteiseksi arvopohjaksi voidaan kirjata vain avoimeksi muotoiltuja ja keskenään ristiriitaisia oikeuksia. Adekvaatin sisältönsä ne saavat vasta tosiasiallisessa moraalikeskustelussa, jossa eri suuntiin viettäviä oikeuksia laitetaan yksittäistapauksissa etusijajärjestykseensä. Tässä vaiheessa apuun tulee Habermasin diskurssiteoria, joka mallintaa sitä, millä edellytyksillä avoimista ja ristiriitaisista oikeuksista voidaan päästä legitiimiin yhteisymmärrykseen tapauskohtaisesti.

---

[34] Tiivistetysti Rawlsin yhteiskuntafilosofiasta ks. Matravers 2008 s. 888–900.

[35] Esim. Rawls 1971/2005 I luku. Rawls itse käyttää termiä ”overlapping consensus” kuvaamaan sitä, että rationaaliset ihmiset voivat päästä yhteisymmärrykseen siitä, miten moniarvoinen yhteiskunta tulee järjestää. Ks. Rawls 1993 s. 15.

[36] Rawls 1971/2005 s. 11–12. Ks. myös Freeman 2008 s. 21. Perusteellisesti tästä tematiikasta ks. Michelman 2008 s. 394–425, erityisesti s. 395.

[37] Esim. Freeman 2008 s. 33. Ks. myös Mäkinen – Saxén 2013 s. 12; Herne 2013 s. 24.

[38] Myös Habermas itse on todennut samansuuntaisesti. Ks. Habermas 1994 s. 120–121.

Näin ollen johtopääkseni on, että Rawlsin teoria on malli, jonka avulla voidaan tarkastella legitiimin oikeusjärjestyksen ehtoja ennen konkreettista ratkaisutilannetta,[39] ja Habermas täydentää tätä mallia osoittamalla ne kriteerit, joiden avulla konkreettisten ratkaisujen legitimiteetistä voidaan keskustella rationaalisesti perusteltavalla tavalla. Toisin sanoen Rawlsin teoriassa rationaalinen konsensus luo oikeudenmukaisen perustan ratkaista arvoristiriidat, ja Habermasin teoria tarjoaa keinon tarkastella arvosensitiivisten ratkaisujen legitimiteettiä. Huomautettakoon, ettei Rawlsin ja Habermasin rinnastaminen toisiaan tukevina konsensusteoreetikkoina ole mitenkään ainutlaatuinen, vaan vastaavanalainen rinnastus on tyypillinen yhteiskuntafilosofisissa puheenvuoroissa.[40]

Rationaalisen konsensuksen keskeisajatus.[41] Oikeusteoreettisesti arvioiden rationaalisessa konsensuksessa on kysymys kompromissista. Ensinnäkin oletus transsendentistä arvoabsolutismista ei vaikuta perustellulta tahi liberaaliin yhteiskuntaan sopivalta. Toisaalta subjektivismi ei mahdollista puhetta arvosensitiivisten syyllisyysratkaisujen legitimiteetistä. Näin ollen vaihtoehdoksi jää arvoabsolutismin ja subjektivismin välimuoto: legitiiminä on pidettävä sitä, mistä rationaaliset yksilöt voisivat päästä yhteisymmärrykseen ideaalisessa keskustelutilanteessa. Rationaalisen konsensuksen teoriaan turvautuminen onkin sekoitus oikeudellista realismia ja idealismia. Aluksi myönnetään, että tuomioistuinharkinta on altis arvostuksille ja tämän jälkeen luotetaan, että päätökset voidaan tehdä siinä määrin objektiivisin kriteerein, että päätökset voivat olla perusteluauditorion rationaalisesti harkitsevien jäsenten hyväksyttävissä. Näin ollen rationaalisen konsensuksen teoriaan turvautumisen oletetaan häivyttävän tuomareiden päätöksentekoon sisältyvää legitimiteettivajetta, joka on seurausta lakipositivismin liudentumisesta.

Koska rationaalisen konsensuksen teoriassa termit ”rationaalinen” ja ”ideaalinen” ovat keskeisiä, täsmentäkäämme sitä, mitä niillä tarkoitetaan.[42] Ensinnäkin elleivät yksilöt hyväksy kielenkäyttösääntöjä, loogisia välttämättömyyksiä, tieteellisesti kestäviä perusteluja eivätkä ylipäätään rationaalisia perusteluja, rationaalinen keskustelu ei ole mahdollista. Esimerkiksi jos henkilö väittää, että sinisilmäiset henkilöt eivät voi syyllistyä rikoksiin, koska siniset silmät kuvastavat viattomuutta, argumentaatio ei ole rationaalista. Tämä perustuu siihen, ettei sinisilmäisten viattomuutta voida perustella kestävällä tavalla. Yhteisymmärryk-

---

[39] Oletettavasti rikosoikeudellisesti orientoituneista kirjoittajista ainakin John Gardner voisi hyväksyä Rawls-väitteeni, olkoonkin, että Gardnerin suhtautuminen Rawlsin teoriaan on kriittissävytteistä. Ks. Gardner 2007 s. 218–219.

[40] Ks. esim. Setälä 2013 s. 79–101; Matraves 2008 s. 898.

[41] Ks. Seppo Sajaman tiivis esitys rationaalisen konsensuksen keskeisajatuksista. Sajama 2002 s. 81–82.

[42] Ks. myös Sajama 2002 s. 81–82; Aarnio 1989 s. 207–211.

seen pääsemisen edellytys on nimenomaan se, että keskustelijat sitoutuvat käyttämään ja hyväksymään vain rationaalisesti perusteltuja argumentteja. Näin ollen keskustelijoiden on sitouduttava rationaalisen keskustelun yleisiin reunaehtoihin.[43]

Keskustelutilanteen ideaalisuus tarkoittaa tiivistetysti sitä, että diskurssi on ajallisesti rajoittamatonta, jokaisella yksilöllä on tasavertainen oikeus esittää ja kritisoida argumentteja eikä kukaan voi auktoriteettiasemansa perusteella pakottaa toisia henkilöitä hyväksymään omia näkökulmiaan tai sivuttamaan relevantteja perusteluja. Toisin sanoen ideaalisessa keskustelussa henkilöiden sijasta rationaalisesti perusteltavat argumentit puhuvat itsensä puolesta.[44] Oletus on, että rationaalisten yksilöiden ideaalisessa keskustelutilanteessa arvoerimielisyydestä voidaan päästä rationaaliseen konsensukseen.

> Habermasin teoriassa erimielisyydet voidaan ylittää ideaalisessa diskurssissa, kunhan keskustelusta eliminoidaan epäasiallinen vaikuttaminen. Näin ollen oletus on, että keskustelun ollessa järkevää ja pakotonta rationaaliset ihmiset ymmärtävät parhaiden argumenttien voiman. Tällöin he ovat myös kykeneviä hylkäämään partikulaariset uskomuksensa, jos ne ovat ristiriidassa parhaiten perusteltavissa olevien argumenttien kanssa.
>
> Rawlsin teoriassa ihmiset pyrkivät maksimoimaan oman parhaansa, mutta sellaisessa neuvottelutilanteessa, jossa kukaan keskustelijoista ei tiedä, minkälaisessa asemassa hän itse tehtyjen päätösten jälkeen on. Näin ollen jokainen yksilö joutuu huomiomaan erilaisia vaihtoehtoja ja päätöksensä potentiaalisia seurauksia eri ihmisille.
>
> Siinä missä Habermasin teoria edellyttää oletusta ideaalisesta keskustelutilanteesta, Rawlsin teoria edellyttää tietämättömyyden verhoa, jonka takana yksilöt ovat epätietoisia siitä, keitä he verhon noustessa ovat ja mitä he verhon noustua tulevat tekemään.

Konsensusteoreetikkojen malliin tukeutuminen vaikuttaa oivalliselta keinolta legitimoida arvosensitiivinen päätöksenteko. Malliin tukeutuminen antaa luvan olettaa, että perusteluauditorion arvostukset voidaan ymmärtää jonakin muuna kuin vain yksittäisten ihmisten partikulaarisina uskomuksina. On kuitenkin syytä korostaa, ettei kysymys ole pelkästä konsensuksesta vaan nimenomaan rationaalisesta konsensuksesta. Tämän muistutuksen taustalla on huoli siitä, etteivät perusteluauditorion kollektiiviset uskomukset sellaisenaan takaa, että enemmistön käsitys tuomion legitimiteetistä olisi moraalisesti hyväksyttävä. Tämän takia rationaalisen konsensuksen yhteisymmärrys ei viittakaan yksinkertaiseen enemmistöperiaatteeseen, vaan (tähän yhteyteen kalibroituna) teoriaan, jonka tarkoitus on kertoa se, mitä perusteluauditorio pitäisi legitiiminä, jos auditorion ratio-

---

[43] Rationaalisen keskustelun reunaehdoista ks. Alexy 1989/2011 s. 192–193.

[44] Habermas 1994 s. 138–140. Ks. myös Sajama 2002 s. 82; Aarnio 1989 s. 209.

naaliset jäsenet kohtaisivat olosuhteissa, jossa he olisivat vapaita henkilöhistoriansa painolastista.[45]

Rationaalisen konsensuksen teoriaan kohdistettu kritiikki. Rationaalisen konsensuksen teoriaan on kohdistettu runsaasti kritiikkiä.[46] Linjoiltaan tämä kritiikki voidaan jakaa kahteen osaan: yhtäältä menetelmälliseen, toisaalta periaatteelliseen.

Ensinnäkin menetelmällisen kritiikin mukaan vaatimus yksilöiden rationaalisuudesta on sinänsä välttämätön, koska erimielisyyksistä ei voida päästä yhteisymmärrykseen, elleivät yksilöt noudata rationaalisen keskustelun minimivaatimuksia. Kriitikoiden mukaan keskustelun rationaalisuudesta ei kuitenkaan seuraa se, että kaikista erimielisyyksistä päästäisiin yhteisymmärrykseen. Toiseksi kriitikot ovat penänneet, mikä takaa sen, että kaikki relevantit näkemykset nousevat diskurssissa esille tai eri argumentit saisivat niille kuuluvan painoarvon. Tai mikä takaa sen, että keskustelijat pääsevät irti kulttuurisesta taustastaan ja ymmärtävät toisenlaisesta traditiosta kumpuavia argumentteja. Esimerkiksi teistin ja ateistin tulee jakaa ideaalisen keskustelun rationaalisuusehdot, jotta he voivat keskustella uskomustensa oikeutuksesta. Toisaalta vaikka rationaalisuuskäsitykset olisivat yhtenäisiä ja keskustelu pakotonta, tästä ei seuraa se, että teisti tai ateisti luopuisi omista arvostuksistaan. Esimerkiksi jos (traditiotaan kunnioittava) teisti ajattelee, että viisivuotiaan pojan ympärileikkaus on moraalisesti oikein, ateistin vasta-argumentit tuskin muuttavat hänen käsityksiään. Näin ollen vaikka oletus konsensuksen mahdollisuudesta on tuomioiden legitimiteetin vuoksi välttämätöntä, olemassa ei ole takeita, että kaikista väitteistä päästäisiin yhteisymmärrykseen edes rationaalisen konsensuksen mahdollistavissa tilanteissa, kuten ideaalisessa puhetilanteessa tai tietämättömyyden verhon takana.

---

[45] Rationaalista konsensusta käsittelevässä kirjallisuudessa on tyypillistä viitata Weimarin tasavaltaan. Ks. esim. Petman 2002 s. 67–94, etenkin s. 79–80. Viittauksen tarkoitus on muistuttaa nimenomaan siitä, että rationaalisuutta on painotettava konsensuksen kustannuksella, koska (ei-rationaalinen) enemmistö voi olla perustavalla tavalla väärässä. Modernissa oikeusvaltiossa voidaan tietenkin väittää, että enemmistöllä on oikeus määrittää kielletyn ja sallitun välinen raja, mutta vain seuraavin ehdoin: lainsäätämisprosessissa ja lakia sovellettaessa on kunnioitettava perus- ja ihmisoikeuksia. Tällöin ajatus on, että perus- ja ihmisoikeudet suojelevat yksilöä enemmistön mielivallalta. Toisaalta koska mikään ei estä demokratiassa enemmistöä kumoamasta omia rajoituksiaan, perus- ja ihmisoikeudet eivät voi koskaan toimia enemmistön viimekätisinä rajoitteina. Tästä tematiikasta ks. Tuori 2007 s. 245.

[46] Esim. kriittisesti Habermasin diskurssietiikassa ks. Outhwaite 1994, etenkin luku 3. Rationaalisen konsensusteorian problematiikasta oikeudellisessa kontekstissa ks. Aarnio 1989 s. 306–311. Ks. myös Tuori 1988 s. 85–86. Tyypillisesti myös ns. kriittisen oikeusteorian edustajat ovat olleet innokkaita kritisoimaan rationaalisen konsensuksen teoriaa. Ks. esim. Singer 1984. Kriittistä yhteiskuntafilosofista analyysiä rationaalisen konsensuksen teoriasta on olemassa hyllykaupalla. Ks. esim. Kompridis 2006; Cochran 1999 s. 261; Flyvbjerg 1998 s. 210–223; Pietarinen – Poutanen 1997 s. 171–173; McCarthy 1992; Foucault 1988 s. 1–20.

Edelleen kriitikko voi huomauttaa, että yksilötasolla vaatimus konsensuksesta vaikuttaa ylipäätään kohtuuttomalta. Olemmehan taipuvaisia ajattelemaan, että yksimielisyys on sinänsä toivottavaa, kunhan keskustelun lopussa muut yksilöt jakavat meidän omat arvostuksemme. Tämä on tietenkin mahdotonta, koska keskustelijat eivät voi omaksuttaa muilla omia uskomuksiaan sekä samaan aikaan omaksua muiden keskustelijoiden uskomuksia, jos ne ovat ristiriidassa omien uskomusten kanssa.

Periaatteellisesta kritiikistä kumpuavat seuraavat kysymykset: miksi arvostuksista ylipäätään pitäisi päästä yhteisymmärrykseen? Eikö elämänmuotojen moninaisuus ole arvo sinänsä?[47] Eikö pyrkimys saavuttaa arvokonsensus sisällä riskin arvojen totalitarismista – ja mikä vielä pahempaa – eikö arvokonsensus johda yhteiskunnalliseen joustamattomuuteen, jopa totalitaristiseen valtioon?[48]

Huomiot ovat relevantteja. Tutkimustemaattisesti ne asettavat meidät seuraavan kysymyksen eteen: onko niin, että rationaalista konsensusta on pakko puolustaa, koska muutoin ei ole perusteltua puhua (kiperissä tilanteissa) perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyysratkaisujen legitimiteetistä? Toisin sanoen, jos perusteluauditorio ei kykene muodostamaan rationaalista konsensusta, tuomarille on perusteetonta asettaa velvollisuus ratkaista ja perustella kiperä syyllisyyskysymys perusteluauditorion hyväksymällä tavalla.

Jos kysyisimme asiasta kriitikolta, hän todennäköisesti vastaisi, ettei rationaalisen konsensuksen teoriaan sitoutuminen ole mitään muuta kuin peiteltyä uusluonnonoikeutta. Kriitikon mukaan haettaessa tuomioistuinratkaisujen legitimiteetti rationaalisen konsensuksen teoriasta pyrkimyksenä on vain peittää se tosiasia, että on jokaisen henkilökohtainen asia päättää, pitääkö hän tuomiota hyväksyttävänä vai ei.[49] Tarkastelkaamme seuraavaksi sitä, miten oikeustieteilijät ovat rationaalisen konsensuksen teoriaan suhtautuneet.

7.4 RATIONAALINEN KONSENSUS TUOMIOISTUINARGUMENTAATIOSSA

Rikosoikeuteen sitoutuminen on ristiriitaista. Yhtäältä lainmukaisuus on relatiivista, toisaalta syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin odotetaan tekevän ra-

---

[47] Ks. Pietarinen – Poutanen 1997 s. 173.

[48] Arvojen tyranniasta ks. Tuori 2000 s. 257–259.

[49] Etenkin erityyppiset nihilistiset oikeusteoreetikot, kuten Critical Legal Studies -liikkeen edustajat, ovat korostaneet sitä, ettei rationaalisen konsensuksen teoriaan tukeutuminen tarjoa sellaista arviointikriteeriä, jonka avulla lainsoveltamisen hyväksyttävyydestä voitaisiin keskustella. Vaikka kriitikkojen kommentit on otettava vakavasti, on aivan yhtä kiinnostavaa, ettei kiperien tuomioiden hyväksyttävyyttä laajamittaisesti kyseenalaisteta.

tionaalisesti perusteltuja ratkaisuja. Tässä tutkimuksessa on lähdetty siitä, että rikosoikeuteen sitoutuminen on häilymistä idealismin ja kyynisyyden välimaastoissa. Samankaltainen tunne kirjoitetun oikeuden riittämättömyydestä sysäsi aikoinaan liikkeelle oikeudellisen argumentaatiotutkimuksen. Tematiikasta on käyty vilkasta keskustelua niin Pohjoismaissa (esim. Aarnio ja Peczenik), Manner-Euroopassa (esim. Alexy) kuin anglosaksisessa oikeuskulttuurissa (esim. MacCormick). Keskustelu ei ole edelleenkään laantunut.[50]

Rationaaliselle argumentaatiotutkimukselle on ominaista, ettei kysymys ole vain juridiikasta, vaan oikeudelliset teemat kalibroidaan argumentaation yleisiin rationaalisuusehtoihin. Tämä ei ole yllätys. Oikeusvaltiossa keskeistä on mielivallan vastustaminen, ja kirjoitetun oikeuden osoittauduttua riittämättömäksi tukea on haettava teoriasta, jonka pohjalta on perusteltua olettaa, että myös arvostuksenvaraiset päätökset voidaan ratkaista legitiimisti, yleisesti hyväksyttävällä tavalla. Tyypillisesti tämä on tarkoittanut rationaalisen konsensuksen perusperiaatteisiin sitoutumista.

Oikeudellisen argumentaation rationaalisuus on ollut varsin laajan keskustelun kohteena. Seuraavaksi sivuan vain kahta – alan skandinaavista ja mannermaista – klassikkoa. Valintaani voidaan perustella kahdella pragmaattisella argumentilla. Ensinnäkin tunnen parhaiten Aulis Aarnion ja Robert Alexyn tuotannon. Toiseksi nyanssieroista huolimatta skandinaavisen, mannermaisen ja anglosaksisen argumentaatiotutkimuksen lopputulokset eivät mainittavasti eroa toisistaan. Esimerkiksi Aleksander Peczenik ja Neil MacCormick ovat kirjoittaneet samasta teemasta kuin Aarnio ja Alexy.[51] On tosin huomautettava, että etenkin anglosaksinen kirjoitustyyli on usein positiivisessa mielessä kepeämpi kuin formaalisuuteen taipuvainen mannermainen, etenkin saksalainen tyyli.[52]

Vaikka oikeudellisen argumentaatioteorian kehittelijät eivät ole luokiteltavissa rikosoikeusoppineisiin, heidän kirjoituksillaan on ollut kiistaton vaikutus myös rikosoikeudelliseen argumentaatioon ja rikostuomioiden perustelemiseen eli käytännössä syyllisyysratkaisujen legitimiteettiä koskevaan keskusteluun.[53]

---

[50] Ks. esim. Siltala 2011; Paso 2009.

[51] Itse asiassa argumentaatiotutkimukselle on ollut ominaista tutkijoiden välinen tiivis yhteistyö. Mainittakoon esimerkkinä, että Aulis Aarnio on kirjoittanut johdannon Aleksander Peczenikin keskeisteokseen ”Rätten och förnuftet” (1986/1988). Ks. Aarnio 1986/1988 s. 13–27. Itse teosta taas voidaan pitää Aarnion, Alexyn ja Peczenikin yhteistyön hedelmänä. Huomautettakoon, että ”Rätten och förnuftet” on julkaistu modifioituna ja sisällöllisesti kehiteltynä myös englanniksi. Ks. Peczenik 1989/2008.

[52] Anglosaksisesta tyylistä ks. esim. MacCormick 2003 ja 2010.

[53] Esimerkiksi Ari-Matti Nuutila on käsitellyt Aarnion, Alexyn ja Peczenikin teorioita. Ks. Nuutila 1996 s. 131–135. Välillisesti argumentaatioteorioiden vaikutus näkyy myös uusimmassa koti-

Oikeusteoreettisesti arvioiden tämä perustuu siihen, että siinä missä lakipositivismi on osoittautunut vajavaiseksi, eikä dworkinilainen ymmärrys oikeusjärjestyksessä piilevästä totuudesta validoi kiperiä syyllisyysratkaisuja, rationaaliset argumentaatioteoriat on koettu lakipositivismin ja Dworkinin väliseksi keskitieksi.

Tutkimusekonomian vuoksi en astu syvälle argumentaatioteorioiden maailmaan, eikä tällaiseen ole temaattista tarvettakaan. Sen sijaan pyrin Aarnion ja Alexyn ajatuksia sivuamalla vastaamaan siihen, kykenevätkö kyseiset oikeudelliset argumentaatioteoriat välttämään ne sudenkuopat, joita niiden taustateoriaan eli kollektiivisen rationaalisuuden teoriaan sisältyy. Samalla vastattavaksi tulee se, missä määrin rationaaliseen konsensukseen tukeutuminen korjaa lakipositivismin riittämättömyyttä eli sitä legitiimisyysvajetta, jota arvoherkkien syyllisyyskysymysten ratkaisemiseen sisältyy.

Täsmennettäköön, etteivät oikeudellisen argumentaatioteorian kehittelijät ole puhuneet vain konkreettisten oikeustapausten legitiimistä ratkaisemisesta, vaan oikeudellisen argumentaation yleisistä rationaalisuusehdoista. Toisin sanoen mielenkiinnon kohteena on ollut se, millä ehdoilla oikeusnormiväitteen voidaan sanoa olevan rationaalisesti perusteltu eli väitteen vastaanottavan yleisön hyväksyttävissä (riippumatta siitä, puhutaanko lain soveltamisesta tai esimerkiksi lainopillisen tulkintakannanoton hyväksyttävyydestä). Vaikka mielenkiintoisemmilleen tämä kysymys muodostuu nimenomaan tuomioistuimissa, yhtäällä myös muiden oikeusorgaanien ja lainoppia harjoittavien oikeustieteilijöiden on noudatettava oikeudellisen argumentaation reunaehtoja. Muutoin ei ole perustultua puhua oikeudellisesta argumentaatiosta vaan esimerkiksi moraalisesta monologista. Jäljempänä kalibroin sanotun nimenomaan tuomioistuinkontekstiin ja erityisesti siihen, millä edellytyksellä syyllisyysratkaisua voidaan pitää legitiiminä. Toivoakseni riisuttu ja modifioitu puheenvuoroni ei heikennä sanotun ymmärrettävyyttä eikä kohtele hiottuja argumentaatioteorioita liian karkeasti.

Oikeudellisten argumentaatioteorioiden perusperiaatteet. Argumentaatioteorioiden kehittelijät ovat ottaneet lähtökohdakseen kaksi olettamaa. Ensinnäkin he kieltävät, että tuomareiden harkinta voitaisiin kauttaaltaan sitoa lainsäädännöllä. Näin ollen oikeudellista ratkaisutoimintaa pidetään alttiina tuomarin arvostuksille. Toiseksi tehtyjen päätösten legitimiteetti haetaan rationaalisen konsensuksen teoriasta, eli legitiimiä on se, mistä perusteluauditorion rationaaliset jäsenet voisivat päästä yhteisymmärrykseen ideaalisessa diskurssissa. Näin ollen rationaalisen konsensuksen teoriaan sitoutumisen oletetaan takaavan paitsi legitiimin päätöksentekomenettelyn myös legitiimin ratkaisun.

---

maisessa rikosoikeuden yleisten oppien teoksessa. Ks. Tapani – Tolvanen 2013, esim. s. 99–101. Ks. myös Nuotio 2013a s. 227.

Aloittakaamme Aarniolla, jonka argumentaatioteoria voidaan ymmärtää vastaukseksi eksistentiaaliseen problematiikkaan eli siihen, että kiperissä tapauksissa ratkaisuperusteiden joukko ei ole (oikeudellisesti) suljettu, vaan normatiivisuutta koskevien väitteiden puolesta ja vastaan voidaan esittää lisäpremissejä ad infinitum. Aarnion vastaus tähän problematiikkaan on kahtalainen. Ensinnäkin – edellä todetulla tavalla – Aarnio konstruoi oikeuslähdeopin, joka koostuu vahvasti velvoittavista, heikosti velvoittavista ja sallituista oikeuslähteistä.[54] Näin ollen Aarnio pyrkii rajaamaan argumentaatiossa käytetyt ratkaisuperusteet, jolloin tuomarin harkinta ei ole ainakaan täysin ennakoimatonta. Rikosoikeudellisesti arvioiden Aarnion oikeuslähdeopissa on kysymys syyllisyyskysymyksen ratkaisukehikon konstruoimisesta.

Aarnion lähtökohta on perusteltu. Jotta päätöksen voitaisiin olettaa olevan perusteltavissa legitiimisti, ratkaisuperusteiden rajaaminen on välttämätöntä. Toisin sanoen jos tuomari voisi ratkaisua tehdessään vapaasti argumentoida haluamillaan ratkaisuperusteilla, ratkaisu olisi vaikea kokea yleisesti legitiimiksi. Yksinkertaisesti ilman velvoittavaa oikeuslähdeoppia perusteluketjut muodostuisivat mielivaltaisiksi. Sitä paitsi jos tuomari ja perusteluauditorio eivät jakaisi yhtenevää käsitystä ratkaisuperusteiden relevanssista ja keskinäisestä velvoittavuudesta, perusteluauditorio ei voisi arvioida tuomioiden rationaalista hyväksyttävyyttä. Tilannesensitiivisyyttä korostavien kirjoittajien onkin syytä pitää mielessä, että ilman ratkaisuperusteiden yleispäteviä käyttösääntöjä ei olisi olemassa yhteistä oikeudellista kieltä, jonka pohjalta voitaisiin esittää rationaalisesti perusteltuja normatiivisia väitteitä.

Toisaalta koska arvostukset (eli Aarnion sanoin sallitut oikeuslähteet) ovat osa tuomarin harkintaa, on kysyttävä, voidaanko tuomareiden päätöksentekoa pitää sillä tavalla objektiivisena, että tuomiot voisivat olla yleisesti hyväksyttävissä. Esimerkiksi jos korkeimman oikeuden tuomarit ja allekirjoittanut jakavat tyystin erilaiset uskomukset, vaarana on, että olen usein eri mieltä kiperien syyllisyysratkaisujen legitimiteetistä.

Tämän problematiikan edessä Aarnio turvautuu rationaalisen konsensuksen teoriaan.[55] Aarniota mukaillen jos yhteisössä vallitsee rationaalinen ja riittävä konsensus hyväksytystä ja ei-hyväksytystä, tuomari voi ratkaista syyllisyyskysymyksen siten, että perusteluauditorio kokee tuomion legitiimiksi.[56] Tiivistetysti

---

[54] Ks. luku 5.3.

[55] Aarnio 1989, esim. s. 271–278 ja 284.

[56] Aarnio 1989 s. 282 ja 284. Aarnio jakaa auditoriot konkreettiseen ja ideaaliseen perusteluauditorioon. Konkreettinen auditorio voi koostua universaalista joukosta (kaikki maailman ihmiset) tai yksilöidystä joukosta (kaikki suomalaiset ihmiset). Sen sijaan ideaalisessa auditoriossa ei ole kysymys konkreettisista ihmisistä, vaan rationaalisen konsensusteorian tarkoittamasta ihmisideaalista. Myös ideaalinen auditorio voidaan ymmärtää kahtalaisesti, universaalisti ja partiaalisesti.

tämä tarkoittaa sitä, että syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin ja tuomion vastaanottavan perusteluauditorion tulee olla sitoutuneita samoihin rationaalisuuden ehtoihin. Jos tuomari ja perusteluauditorio ovat rationaalisia, he kykenevät jakamaan saman ymmärryksen parhaan argumentin voimasta. On tähdennettävä, ettei kysymys ole vain normatiivisesta (lainmukaisesta) argumentaatiosta, vaan oletus on, että myös arvostuksenvaraiset päätökset voidaan ratkaista ja perustella legitiimisti (rationaalisen perusteluauditorion hyväksymällä tavalla).

Aarnio ei oleta, että olemassa olisi universaalisti päteviä arvototuuksia, vaan hänen mukaansa perusteluauditorio tulee ymmärtää ”arvo- ja elämänmuotosidonnaiseksi”.[57] Tällä Aarnio tarkoittaa sitä, ettei ole perusteltua olettaa, että esimerkiksi poikien ympärileikkausten sallittavuutta koskeva ratkaisu voisi olla universaalisti hyväksyttävissä, vaan tuomion legitimiteetti on relativistista. Kysymys ei kuitenkaan ole mistään arvonihilismistä, vaan relatiivisuus on perusteluauditoriokohtaista. Aarnion oletus on, että saman elämänmuodon jakavat rationaaliset ihmiset voivat päästä ainakin riittävään yhteisymmärrykseen siitä, mikä kussakin tilanteessa on rationaalisesti perusteltua ja legitiimiä.

Aarnion maltillista relativismia kannattava näkökulma on perusteltu. Lisäksi Aarnion teoriaa voidaan täsmentää toteamalla, että myös saman elämänmuodon sisällä vallitsee arvonyansseja, mutta tämäkään ei tarkoita arvonihilismiä. Tuonnempana todennettavalla tavalla riittää, että määrätyn oikeusyhteisön sisällä jaetaan keskeiset demokraattiset arvot, jolloin rationaalisesti harkitsevat yksilöt ymmärtävät sen, että tapauskohtaisesti he voivat olla eri mieltä tuomion legitimiteetistä kuin perusteluauditorion enemmistö.[58]

Kunnianhimoista Aarnion teoriassa on pyrkimys kehittää normatiivinen teoria, joka vastaa tuomioiden legitiimisyysvajeeseen niissä tilanteissa, joissa lakiin sitoutuminen on relatiivista. Toisin sanoen Aarnion pyrkimyksenä on korjata lakipositivismin liudentumisesta seuraavaa oikeusturvavajetta osoittamalla ne ehdot, joiden vallitessa arvostuksenvaraisten oikeuskysymysten voidaan sanoa olevan ratkaistu legitiimisti.

Ideaalinen universaaliauditorioteoria lähtee siitä oletuksesta, että universaaleja moraalitotuuksia on olemassa, kun taas ideaalinen partiaaliauditorio on elämänmuotosidonnainen. Aarnio itse kallistuu siihen, että perusteluauditorioteoria edellyttää oletusta ideaalista perusteluauditoriosta. Toisaalta Aarnion mukaan on perusteetonta olettaa, että on olemassa yleisesti päteviä universaaleja arvototuuksia. Näin ollen Aarnio päätyy idealistiseen arvorelativismiin, jolla hän tarkoittaa sitä, että tietyn elämänmuodon sisällä yksilöiden voidaan olettaa jakavan samanlaiset uskomukset ja arvoarvostelmat. Koska Aarnion teoriassa sijansa saavat niin ideaalinen kuin partiaalinen näkökulma, Aarnio päätyy kannattamaan ns. ideaalista partiaaliauditorioteoriaa. Ks. Aarnio 1989 s. 278–283. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että Aarnio antaa tuomareille seuraavan käskyn: tuomari, perustele tuomiosi niin, että määrätyn oikeusyhteisön rationaaliset jäsenet voivat tuomion hyväksyä. Ks. Aarnio 1989 s. 285.

[57] Aarnio 1989 s. 283.

[58] Todennäköisesti myös Aarnio itse hyväksyisi tämän väitteeni. Ks. Aarnio 1989 s. 284.

Myös Robert Alexyn oikeusajattelu pohjautuu rationaalisen konsensuksen teoriaan. Voidaan jopa väittää, että Alexy on kiinnostunut nimenomaan rationaalisesta konsensuksesta oikeudellisen argumentaation ollessa vain yksi moraalidiskurssin alalaji.[59] Alexy lähtee siitä rationaalisen konsensuksen perusideasta, jonka mukaan arvostuksenvaraisissa (oikeus)kysymyksissä yhteisymmärrykseen pääseminen edellyttää ideaalista keskustelutilannetta ja rationaalisia keskustelijoita. Jos keskustelun osapuolia ei pakoteta, painosteta eivätkä ajalliset resurssipulat paina keskustelijoita, konsensus oikeasta ja väärästä on mahdollinen. Näin ollen Alexyn ajattelu heijastaa sitä habermasilaista oletusta, että ideaalisessa diskurssissa neutralisoituvat kaikki muut tekijät paitsi halu löytää rationaalisesti perusteltu ratkaisu niihin kysymyksiin, joista yhteisössä vallitsee erimielisyyttä.[60] Esimerkiksi jos oletamme rationaalisen perusteluauditorion keskustelevan arvosensitiivisestä syyllisyyskysymyksestä (ideaalisessa keskustelutilanteessa), Alexyn mukaan lopputuloksena on rationaalisesti perusteltu kannanotto, joka olisi kaikkien yksilöiden hyväksyttävissä. Koska kannanotto olisi jokaisen yksilön hyväksyttävissä, myös kannanoton mukaista tuomiota voitaisiin pitää legitiiminä, olkoon, ettei tuomio olisi lainmukainen sanan varsinaisessa merkityksessä.

Koska oikeudelliset argumentaatioteoreetikot ovat tehneet tiivistä yhteistyötä, on luonnollista, että pohjimmiltaan teoriat ovat varsin samankaltaisia. Nyanssieroja on, mutta verrattaessa esimerkiksi Aarniota ja Alexya päällimmäisin ero on tarkastelunäkökulmassa. Kalibroitaessa ero tuomioistuinkontekstiin huomio on seuraava: Alexy on kiinnostunut rationaalisen konsensuksen teoriasta (filosofia) ja sen mahdollisuudesta legitimoida arvostuksenvarainen normatiivinen päätös (juridiikka). Sen sijaan Aarnio lähtee kiperästä oikeuskysymyksestä (juridiikka), ja pohtii sitä, millä edellytyksillä ratkaisua voidaan pitää legitiiminä (filosofia).[61] Toisin sanoen siinä missä Alexy ajattelullisesti etenee teoriasta käytäntöön, Aarnio etenee käytännöstä teoriaan. Toteamallani tavalla myös Alexander Peczenikin ja jopa Neil MacCormickin kirjoitukset voidaan sijoittaa saman sateenvarjon alle, olkoon, että myös heillä on omanlaisensa tapa tarkastella oikeudellisen argumentaation rationaalisuutta.

---

[59] Alexyn argumentaatioteoria löytyy alun perin kirjasta ”Theorie der juristischen Argumentation” (1978), jonka alaotsikko kuuluu ”Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung”. Jo tämä alaotsake indikoi sitä, että Alexy on erityisen kiinnostunut rationaalisesta konsensuksen teoriasta, jota hän tarkastelee oikeudellisessa kontekstissa. Huomautettakoon, että lähteenäni olen käyttänyt mainitun teoksen englanninnosta. Ks. Alexy 2011.

[60] Alexy 2011 s. 101–137. Todettakoon, että Laura Ervo on tarkastellut väitöskirjassaan sitä, kuinka Alexyn ideaalimalli on sovellettavissa kontradiktorisen oikeudenkäynnin teoreettiseksi malliksi. Ks. Ervo 2005 s. 64–73.

[61] Näin myös Nuutila. Ks. Nuutila 1996 s. 134.

Eri teoreetikkojen eroavaisuuksien sijasta hedelmällisempää onkin korostaa sitä, mikä monille oikeudellisille argumentaatioteorioille on tyypillistä. Kalibroitaessa argumentaatioteorioiden keskeispiirteet tutkimustemaattisesti relevantiksi johtopäätös on seuraava: (1) ei ole perusteltua olettaa, että tuomarin harkinta kiperissä syyllisyyskysymyksissä olisi vain oikeudellista, vaan päätösharkinta on avoin arvostuksille. (2) Jotta arvostuksenvaraisten syyllisyysratkaisujen voidaan olettaa olevan legitiimejä, on sitouduttava rationaalisen konsensuksen teoriaan. Teoriaan sitoutuminen mahdollistaa oletuksen, että tuomiot voivat olla yleisesti hyväksyttyjä. (3) Käytännössä syyllisyysratkaisujen legitimiteetti haetaan perusteluauditorion hyväksynnästä eli siitä, mistä oikeusyhteisö voisi päästä yhteisymmärrykseen ideaalisessa keskustelutilanteessa. Koska oikeudellisten argumentaatioteorioiden perimmäinen tarkoitus on pyrkiä vastaamaan siihen problematiikkaan, joka koskee normiväitteiden (kuten tuomiolauselmien) epistemistä vajetta, on kysyttävä, onnistuvatko ne siinä.

Argumentaatioteorioihin kohdistettu kritiikki. Ari-Matti Nuutila on kiinnittänyt huomiota seuraavaan: oikeudelliset argumentaatioteoriat ovat olemukseltaan liian mahtipontisia pyrkiessään määrittämään sen, milloin oikeudellisessa diskurssissa esitetyt kannanotot ovat hyväksyttäviä ja milloin eivät. Nuutilaa mukaillen on jokseenkin ongelmallista asettaa samankaltaiset rationaalisuusvaateet oikeudenkäyntiosapuolille, rikostuomion perusteluita kirjoittavalle tuomarille, ministerin käskyä toteuttavalle lainlaatijalle, rikoslainopillista artikkelia kirjoittavalle tutkijalle tai perusteluauditorion jäsenille, jotka arvioivat oikeusorgaanien tuottamien normiväitteiden rationaalista perusteltavuutta.[62] Vastaavantyyppinen argumentaatioteorioihin kohdistettu kritiikki on tyypillistä.[63]

Jos kyseistä kritiikkiä tarkastellaan tutkimustemaattisessa kontekstissa, kysymys saa muodon, missä määrin lainkäytön rationaalisuus voi toteutua ratkaistaessa konkreettista syyllisyyskysymystä. Tyypillisesti tätä kysymystä lähestytään pohtimalla sitä, voivatko rationaalisen konsensuksen ihanteet toteutua oikeudenkäynnissä?[64] Pääsääntöisesti vastaus on kieltävä. Perusteiksi viitataan syytetyn valehtelu- ja vaikenemisoikeuteen ja todetaan, ettei tuomioistuinkeskustelu voi täyttää rationaalisen konsensuksen mukaista ideaalisuutta. Lisäksi saatetaan huomauttaa, että argumentteja voivat esittää vain asianosaiset, eikä heidänkään puhevaltansa ole vapaa ulkopuolisesta pakosta.[65] Asianosaisilla on

---

62 Nuutila 1996 s. 135.

63 Esim. Hirvonen 2012 s. 149–150.

64 Ks. esim. Ervo 2005, erityisesti s. 435–439. Ervo tarkastelee erityisesti ideaalisen diskurssin (rationaalisen konsensuksen) ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin välistä suhdetta.

65 Alaviiteanekdoottina todettakoon seuraava: koska ideaalisen diskurssin yksi keskeisehdoista on keskustelun pakottomuus, on jokseenkin riidanlaista, missä määrin rikosprosessia voidaan ylipäätään pitää pakottomana keskustelutilaisuutena. Olettakaamme esimerkiksi, että syytetty on velvoi-

myös tarve esittää omat argumenttinsa positiivisemmassa valossa kuin rationaalisesti olisi perusteltua. Esimerkiksi ratkaistaessa sananvapauden ja kunnian suojan kollisiota osapuolilla tuskin lienee aitoa halukkuutta yhteisymmärrykseen siitä, mikä on sananvapauden perusteella sallittua. Näin ollen on perusteltua olettaa, ettei oikeussalidiskurssi koskaan noudata niitä rationaalisen konsensuksen ehtoja, joiden vallitessa tuomari ja asianosaiset voisivat saavuttaa yhteisymmärryksen kiperän oikeustapauksen legitiimistä ratkaisusta.

Vaikka nämä huomiot ovat relevantteja, ne eivät osu maaliinsa. Kysymys ei ole – eikä ole koskaan ollutkaan – siitä, että oikeudelliset argumentaatioteoriat olivat kuvaus konkreettisesta (normatiivisesta) argumentaatiosta. Tätäkin vähemmän ne ovat malli konkreettisesta oikeussalidiskurssista. Sen sijaan kysymys on argumentaatiomallista, jonka tarkoitus on osoittaa ne kriteerit, joiden perusteella normatiivisia kannanottoja voidaan pitää rationaalisesti perusteltuina ja legitiimeinä. Keskeistä on termi ”teoreettinen malli”.[66] On selvä, ettei missään ole koskaan ollut eikä missään tule koskaan olemaan sellaista ajatonta keskustelutilannetta eikä oikeudenkäyntiä, jossa rationaaliset yksilöt voisivat loputtomasti pohtia sitä, kumpi ratkaisuvaihto, syytön vai syyllinen, olisi rationaalisesti perusteltu.

Sanottu ei kuitenkaan tarkoita sitä, että oikeudelliset argumentaatioteoriat olisivat oikeuskäytännöllisesti irrelevantteja. Niiden merkitys voidaan tiivistää seuraavasti: (1) Ne antavat tuomarille ohjeen, jonka mukaan tehty päätös on oltava rationaalisesti ajattelevien yksilöiden hyväksyttävissä.[67] (2) Sitoutumalla rationaalisen konsensuksen teoriaan ne tarjoavat perustan olettaa, että kiperät oikeuskysymykset voidaan ratkaista perusteluauditorion hyväksymällä tavalla eli sanalla sanoen legitiimisti.

On syytä korostaa, että tuomarille suunnattu käsky perustella tuomio rationaalisen perusteluauditorion edellyttämällä tavalla vaatii tuekseen oletuksen, että perusteluauditorion jäsenet kykenevät jakamaan samankaltaiset uskomukset ja arvostukset. Nimenomaan tämän vuoksi edellä käsittelemieni argumentaatioteorioiden relevanssi on vahvasti sidoksissa rationaalisen konsensuksen teoriaan. Ilman oletusta rationaalisen konsensuksen mahdollisuudesta olisi jokseenkin mahdotonta ohjeistaa tuomaria perustelemaan syyllisyyskysymys siten, että ra-

---

tettu osallistumaan pääkäsittelyyn. Pääkäsittelyssä syytetyllä on oikeus vaieta, mutta tämä ei tarkoita sitä, että syytetty on vapaaehtoisesti valinnut osallistuvansa keskusteluun vaikenemalla. Yksinkertaisesti jos syytetyn on oltava läsnä pääkäsittelyssä, syytetyn oikeus olla osallistumatta keskusteluun ei ole pakotonta sanan missään mielekkäässä merkityksessä.

66 Ks. myös Alexy 2011 s. 295.

67 Aarnio 1989 s. 285. Tämän tehtävän suorittamiseksi edellä konstruoimani kriittisen harkinnan metodi tarjoaa tuomarille teoreettisen mallin, jonka pohjalta hän voi punnintatilanteessa pyrkiä parhaimpaansa. Ks. luvut 6.8 ja 6.9.

tionaalisesti harkitsevat ihmiset voisivat ratkaisun hyväksyä. Siinä missä Alexy olettaa, että arvosensitiivisissä kysymyksissä voidaan saavuttaa laaja, jopa universaali yhteisymmärrys, Aarnio on omaksunut maltillisen relativismin. Aarnion mukaan tuomioistuimen päätökset voivat olla rationaalisesti harkitsevien ihmisten hyväksyttävissä, kunhan perusteluauditorion jäsenet jakavat saman elämänmuodon – mitä se täsmällisesti ottaen tarkoittaakaan.[68]

Hyväksykäämme se, että tuomioistuinkontekstissa oikeudellisten argumentaatioteorioiden relevanssi perustuu tuomarille suunnattuun käskyyn perustella normatiivinen kannanotto (syyllisyysratkaisu) siten, että rationaalisesti harkitseva perusteluauditorio voi ratkaisun hyväksyä. Tällöin tuomarin olisi kyettävä ylittämään kaikki ne ongelmat, joita rationaalisen konsensuksen teoriaan itseensä sisältyy. Tämä on kuitenkin helpommin sanottu kuin tehty. Palatkaamme tuomion perustelemiseen.

Riippumatta syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteiden avoimuudesta, riittämättömyydestä tai ristiriitaisuuksista tuomari ei voi todeta, että tapausta ei voi ratkaista lainmukaisesti. Tuomari ei voi myöskään keskeyttää oikeudenkäyntiä ja todeta, ettei hän kykene ratkaisemaan syyllisyyskysymystä. Sen sijaan tuomarilla on lakiin perustuva ratkaisupakko. Ellei hän täytä tätä velvollisuuttaan, häntä itseään uhkaavat rikosoikeudelliset seuraamukset (RL 40:9).

Tästä paineesta tuomari voi selvitä vain perustelemalla tuomionsa perusteluauditorion hyväksymällä tavalla. Hyväksyttävyyttä on turha odottaa, jos tuomari ei osoita niitä kriteereitä, joilla hän on lopputulokseensa päätynyt. Kysymys on nimenomaan ratkaisuperusteiden perusteiden perustelemisesta.[69] Toteamallani tavalla kiperissä tilanteissa ei riitä, että tuomari perustelee normivalintansa, vaan

---

[68] Lienee syytä huomauttaa, että oikeudellisia perusteluauditorioteorioita kehiteltäessä 1900-luvun loppupuolella oletus yhteisestä elämänmuodosta oli kivuttomampi hyväksyä kuin 2010-luvulla. Kysymys ei ole vain perusteluauditorion kansainvälistymisestä, vaan olennaisesti myös kansallisen perusteluauditorion sisäisestä eriytymisestä. Tämän eriytymisen pääasiallinen syy ei kuitenkaan ole monikulttuuristuminen vaan yksilökeskeisen maailmankuvan vahvistumiseen. Zygmunt Baumania mukaillen postmodernissa ajassa ihmisillä on tarve olla eri mieltä toistensa kanssa. Ks. Bauman 1996. Ks. myös Tuori 2007 s. 75–76, jossa tosin painotetaan, ettei oikeuskulttuurin (perusteluauditorion) eriytymistä voida selittää vain kansallisvaltion sisäisesti. Tuorin mukaan meneillään oleva muutos, jossa oikeus vapautuu tilasta (eli kansallisvaltiosta), on selittävin tekijä oikeudellisen pluralismin lisääntymiselle.

[69] Aleksander Peczenikin rationaalisen argumentaatioteorian keskeisajatus on nimenomaan ratkaisuperusteiden perusteiden perusteleminen. Peczenikiä mukaillen mitä paremmin ratkaisuperusteiden perusteiden relevanssi perustellaan, sitä parempi ratkaisu on. Peczenikin näkemys on ymmärrettävä hänen oikeuden koherenssia korostavan teoriansa valossa. Tuon teorian mukaan oikeudellinen tieto on sitä luotettavampaa, mitä laajemmin se on perusteltavissa keskenään yhteensopivilla argumenteilla. Ks. Peczenik 1989/2008. Kirjan keskeisidea käy oivallisesti ilmi Peczenikin esipuheen kolmesta ensimmäisestä virkkeestä, jotka kuuluvat seuraavasti: ”This is an outline of a coherence theory of law. Its base ideas are: reasonable support and weighing of reason. All the rest is commentary.” Ks. Peczenik 1989/2008, alkusanat.

myös normivalintaa perustelevien ratkaisuperusteiden valinta on perusteltava. Koska ratkaisuperusteiden perusteiden perustelemista ei voi jatkaa loputtomasti, johonkin on pysähdyttävä. Tämä pysähdys on tuomarin tekemä päätös.

Toisaalta, jos ja kun ratkaisuperusteiden valinta on tuomarin tekemä päätös, voiko tuomari kyetä astumaan ulos itsestään ja näkemään ratkaisuperusteiden relevanssin siten, kuin oikeusyhteisön rationaaliset jäsenet asian kokisivat? Olettama tällaisesta kyvykkyydestä on sisäänkirjoitettu oikeudellisiin argumentaatioteorioihin. Toisin sanoen tuomari voi perustella tuomionsa rationaalisen perusteluauditorion hyväksymällä tavalla vain, jos hän kykenee sulkeistamaan omat partikulaariset arvoarvostelmansa ja ratkaisemaan oikeuskysymyksen rationaalisen konsensuksen edellyttämällä tavalla.

Äkkiseltään vaikuttaa, että tällainen vaatimus ei ole perusteltu. On liikaa edellyttää, että tuomarin tulisi kyetä ratkaisuharkinnassaan päätymään samaan kuin mihin rationaaliset yksilöt yhteisesti päätyisivät ideaalisessa keskustelutilanteessa. Toisaalta oikeudelliset argumentaatioteoriat eivät voi tyhjentyä siihenkään, että tuomarin tulisi pyrkiä ratkaisemaan ja perustelemaan oikeuskysymys siten, että ratkaisu tyydyttäisi oikeudenkäyntiosapuolten intressit. Rikosasioissa tällainen lähtökohta on ylipäätään mahdoton, koska kiperissä syyllisyyskysymyksissä osapuolet tuskin koskaan ovat samaa mieltä tuomion legitimiteetistä. Lisäksi ratkaistaessa syyllisyyskysymystä kysymys ei ole vain syytetyn, syyttäjän ja potentiaalisten asianomistajien keskinäissuhteista vaan yhteiskunnallisesta vallankäytöstä. Näin ollen tuomarin on vakuutettava oikeudenkäyntiosapuolia laajempi perusteluauditorio siitä, että hän on soveltanut rikoslakia legitiimisti.

Koska laajan perusteluauditorion vakuuttaminen vaikuttaa vaikealta, jopa mahdottomalta, on jokseenkin kyseenalaista, kykenevätkö argumentaatioteoriat korjaamaan sitä legitimiteettivajetta, jota tuomioistuinten päätöksiin kiperissä tilanteissa sisältyy. Vaikka tähän kysymykseen tekee mieli vastata kieltävästi, on syytä pitää mielessä, ettei kiperien syyllisyysratkaisujen legitimiteettiä tuon tuosta kyseenalaisteta. Vaikuttaa siis siltä, että perusteluauditoriossa vallitsee jos ei ehdoton, niin ainakin kohtalainen konsensus siitä, että tuomioistuimet ratkaisevat syyllisyyskysymyksiä rationaalisesti perusteltavalla tavalla.

> Filosofisesti on mielenkiintoista, että oikeudellisiin argumentaatioteorioihin voidaan kohdistaa samaa kritiikkiä, jota voidaan kohdistaa (dworkinilaiseen) yhden oikean ratkaisun olettamaan. Mielenkiinto perustuu siihen, että argumentaatioteorioiden relevanssi perustuu väitteeseen, ettei yhden oikean ratkaisun olettama ole perusteltu, vaan kysymys on vakuuttavasta argumentaatiosta. Toisin sanoen argumentaatioteoreetikot alleviivaavat, että yksi oikea ratkaisu on teoreettinen ideaali, jolla ei ole käytännön relevanssia.[70] Näin ollen kes-

[70] Ks. esim. Aarnio 2006 s. 277.

kiöön nousee olettama rationaalisesta konsensuksesta ja tähän olettamaan perustuva käsky perustella oikeuskysymykset siten, että rationaaliset yksilöt voivat ratkaisun hyväksyä.

Vaikka jaan sen käsityksen, että yksi oikea ratkaisu sisältää metafyysistä problematiikkaa, samaa problematiikkaa sisältyy esimerkiksi Aarnion ja Alexyn argumentaatioteorioihin itseensä. Osoittamallani tavalla ne perustuvat oletukseen kollektiivisesta rationaalisuudesta, joka on samanlainen metafyysinen ideaali kuin oletus yhdestä oikeasta syyllisyysratkaisusta. Siinä missä yhden oikean ratkaisun puolustajat sanovat, että on olemassa yksi oikea ratkaisu ja tuomarin tehtävä on ratkaista asia oikein, argumentaatioteoreetikot kiistävät tämän ja sanovat seuraavasti: olettama yhdestä oikeasta lainmukaisesta ratkaisusta on perusteeton, mutta ratkaisut voivat siltikin olla legitiimejä, koska perusteluauditorion jäsenet voivat (ideaalisessa keskustelutilanteessa) saavuttaa yhteisymmärryksen siitä, mikä kussakin ratkaisutilanteessa on hyväksyttyä ja ei-hyväksyttyä.

Vaikka näiden oikeusteoreettisten sitoumusten näkökulma on erilainen, molemmissa tapauksissa kysymys on arkijärjelle vieraista olettamuksista, jotka sinänsä ovat välttämättömiä taistelussa subjektiivisuutta ja mielivaltaisuutta vastaan. Siinä missä yhden oikean ratkaisun olemassaoloa on mahdoton verifioida, vastaavasti rationaalisen konsensuksen teoriaan pohjautuvat argumentaatioteoriat edellyttävät oletusta ideaalisesta keskustelutilanteesta, jota ei koskaan ole ollut eikä koskaan tule olemaan.

Näin ollen riippumatta oikeusteoreettisista sitoumuksista sama ongelma on ja pysyy. Puhe rikoslainkäytön legitimiteetistä edellyttää tuekseen vaikeasti perusteltavia metafyysisiä olettamuksia. Toisaalta argumentaatioteoriat korjaavat tätä puutetta tarjoamalla tuomarille konkreettisen ohjeen perustella oikeuskysymykset siten, että tuomiot voivat olla rationaalisesti harkitsevan henkilön hyväksyttävissä. Näin ollen argumentaatioteorioiden voidaan väittää tarjoavan tuomarille enemmän konkreettista johtoa kuin sitoutuminen yhden oikean ratkaisun olettamaan.[71]

Jotta syyllisyysratkaisut voidaan kokea legitiimeiksi myös silloin, kun rikoslakia sovelletaan perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti, tämä edellyttää, ettei ratkaisuharkinnassa korosteta perus- ja ihmisoikeusargumentaatiota voimassaolevan rikoslain kustannuksella. Toisin sanoen rikoslain legitiimi käyttö edellyttää sitä, ettei päätösharkinnassa erkaannuta liikaa rikosoikeuden omasta traditiosta (ja systematiikasta) vaan pyritään rikoslain staattiseen soveltamiseen. Tämä on myös paras tae yksilöiden yhdenvertaisesta kohtelusta ja tehtyjen päätösten rationaalisesta hyväksyttävyydestä. Siirtykäämme seuraavaksi tarkastelemaan sitä, mitä sanottu täsmällisesti ottaen tarkoittaa.

---

[71] Tulkintani mukaan tällaista näkökantaa edustavat ainakin Jyrki Virolainen ja Petri Martikainen. Ks. Virolainen – Martikainen 2010 s. 22–24 ja s. 26.

7.5 RATIONAALINEN KONSENSUS JA SYYKSILUETTAVUUS

Hyväksykäämme, että oikeusteoreettisesti rationaalisen konsensusteorian salonkikelpoisuus perustuu kahteen – toisiinsa lomittuvaan – seikkaan. Ensinnäkin teoriaan tukeutuen tuomarille voidaan antaa käsky ”tuomari, perustele päätöksesi siten, että määrätyn oikeusyhteisön rationaalisesti harkitsevat ihmiset voivat ratkaisusi hyväksyä”. Edellä olen myös konstruoinut yksilökeskeisen harkintamallin, johon tukeutuen tuomarit voivat pyrkiä määrittämään sen, mikä kussakin punnintatilanteessa olisi rationaalisesti perusteltu ratkaisu.[72] Harkintamalliani ei tulekaan ymmärtää rationaalisen konsensuksen teoriaan pohjautuvien argumentaatioteorioiden kilpailijana vaan niitä täydentävänä. Toisin sanoen harkintamalliin tukeutumalla tuomarit voivat pyrkiä tavoittelemaan ratkaisua, jossa perusteluauditorion jäsenten preferenssit tulevat optimaalisesti huomioiduiksi.

Toiseksi rationaalisen konsensuksen teoriaan tukeutumalla kiperien tuomioistuinratkaisujen voidaan väittää olevan legitiimejä. Lyhyesti kerraten kysymys on seuraavasta: rationaalisen konsensuksen teorian mukaan perusteluauditorion rationaaliset jäsenet voivat ideaalisessa keskustelutilanteessa päästä yhteisymmärrykseen siitä, mikä on hyväksyttyä ja ei-hyväksyttyä. Näin ollen jos tuomioistuimen arvostuksenvarainen päätös vastaa sitä, mistä perusteluauditorion jäsenet ideaalisessa keskustelutilanteessa pääsisivät yhteisymmärrykseen, tuomioistuimen päätöksellä voidaan sanoa olevan oikeusyhteisön tuki. Tällöin ratkaisua voidaan pitää perusteluauditorion legitimoimana, olkoonkin, ettei ratkaisu olisi lainmukainen sanan varsinaisessa merkityksessä. Asia voidaan esittää myös käänteisesti: ilman oletusta perusteluauditorion hyväksynnästä kiperien oikeustapausten ratkaisuja olisi pidettävä vain tuomareiden subjektiivisina mielipiteinä.

Ottakaamme nyt Ari Hirvosen sanat todesta. Hänen mukaansa rikosoikeus on oikeudenala, jossa lain voima ja väkivalta ovat kouriintuntuvasti läsnä.[73] Nimenomaan tämän vuoksi rikosoikeudessa on vaikea hyväksyä episteemistä vajetta. On epämiellyttävää ajatella, että valtiovalta kohdistaa henkilöihin rikosoikeudellisia toimenpiteitä ilman, että noiden toimenpiteiden legitimiteetti voitaisiin johtaa etukäteen säädetyistä pelisäännöistä. Epämiellyttävyyden tunne johtuu siitä, että etukäteen säädetyt pelisäännöt, oikeusvarmuus ja etenkin vastaajan oikeusturva sekä rikoslain ennakoitava soveltaminen ovat oikeusvaltion sisintä.

Tästä herää seuraava kysymys: jos lakiin sitoutuminen on relatiivista ja tehtyjen ratkaisujen legitimiteetti samaistuu oikeusyhteisön jäsenten (oletettuun) hy-

---

[72] Ks. luvut 6.8 ja 6.9.
[73] Hirvonen 2006 s. 51.

väksyntään, ovatko syyllisyysratkaisut tosiasiassa mielivaltaisia?[74] Toisin sanoen, jos laki ei sido tuomarien harkintaa, onko perusteltua puhua kiperien tuomioiden legitimiteetistä? Jos kysymme asiasta kriitikolta, hän vastaa kieltävästi. Kriitikon mukaan identifioitavissa ei ole sellaista arvopohjaa, jonka nojalla tehdyt ratkaisut voitaisiin perustella rationaalisesti, yleisesti hyväksyttävällä tavalla. Esimerkiksi Critical Legal Studies -liikkeen kantavat voimat ovat kategorisesti kieltäneet sen, että rationaalisen konsensuksen teoriaan tukeutuminen tarjoaisi oikeutuksen puhua lainkäytön objektiivisuudesta sen enempää käytännöllisessä kuin teoreettisessakaan mielessä.[75]

Tämän vuoksi oikeusteoriassa on käännytty hermeneutiikkojen puoleen.[76] Etenkin Gadamerista innoittuneet oikeushermeneutikot ovat ajatelleet, että tuomarin tehtävä on käydä loputonta keskustelua ratkaisuperusteidensa kanssa. Gadamerilaisuuteen sisältyykin ajatus, ettei tuomari koskaan pääse helpolla, vaan ymmärrys lainmukaisuudesta on traditioon sidottua uudelleenymmärrystä, mitä ikinä se tarkoittaakaan.[77] Toisaalta hermeneutiikka ei tarjoa todellista apua konkreettisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseksi. Ajatelkaamme esimerkiksi Dworkinia. Jos ja kun paikannamme hänen tulkinnallisen koherentisminsa hermeneutiikaksi, olemme kivuliaan tietoisia, ettei dworkinilainen idea tuomarista traditioon sidottuna ”ketjukirjailijana” tarjoa vastausta siihen, miten konkreettinen syyllisyyskysymys on ratkaistava.[78]

Toisaalta ne hermeneutikot, jotka eivät ole yhden oikean ratkaisun suhteen yhtä ehdottomia kuin Dworkin, sallivat ennakkoluulot, jopa subjektiivisuuden.[79] Tällaista lähtökohtaa on rikosoikeudellisesti arvioiden vaikea hyväksyä. Rikosoikeudessa on periaatteelliseesti vaikea tukeutua hermeneuttiseen taustateoriaan, joka jättää sijan subjektiivisuudelle ja korostaa sitä, ettei mitään varmaa ole. Jos rikosoikeudessa lähdetään siitä, että kaikkea on syytä epäillä, myös oman epäilyksensä oikeellisuutta, tällöin on vaikea väittää, että kiperät syyllisyysratkaisut voisivat olla legitiimejä sanan missään mielekkäässä merkityksessä.

Lienee siis niin, ettei hermeneutiikkaa tulekaan ymmärtää minään syyllisyyskysymysten ratkaisemisen taustateoriana (eikä etenkään rikoslaintulkinnan ja -soveltamisen metodina), vaan pyrkimyksenä kertoa, minkälaisista lähtökohdista

---

[74] Lain ja oikeudellisen argumentaation objektiivisuudesta ks. Jaakko Husan ja Mark Van Hoecken toimittama kirja ”Objectivity in Law and Legal Reasoning” (2013). Kirja sisältää puheenvuoroja, joissa käsitellään muun muassa lainsoveltamisen objektiivisuutta. Ks. Husa – Van Hoecke 2013 (eds).

[75] Esim. Unger 1986 s.101.

[76] Esim. Tontti 2002. Ks. myös Aarnio 2006 s. 248–249; Petman 2002 s. 77.

[77] Gadamer 1960/1965 s. 250–290.

[78] Ks. Dworkin 1986 s. 228–238; Dworkin 1985, luku 6.

[79] Tontti 2002, esim. s. 269–286.

tuomarit lakia lukevat.[80] Sen sijaan on perusteetonta olettaa, että hermeneutiikkojen opetuksiin tukeutumalla voitaisiin vastata siihen, kuinka syyllisyyskysymystä pohtivan tuomarin on operoitava konkreettisen syyllisyyskysymyksen edessä.[81] Toisin sanoen vaikka oikeudellinen hermeneutiikka onnistuu vangitsemaan jotakin olennaista oikeuden ymmärtämisestä, syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin ohjenuoraksi siitä ei ole. Tuomarin on hallittava rikoslainsoveltamisen metodit ja henkilökohtaiset mielteensä niin hyvin, että hän päätyy, jos ei lainmukaiseen, niin ainakin rationaalisesti perusteltavaan ratkaisuun, jonka perusteluauditorio voi myös hyväksyä.

Ovatko kriitikot siis oikeassa? Yhtäältä on perusteetonta olettaa, että perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyyskysymykset voitaisiin poikkeuksetta ratkaista oikeusjärjestyksen sisäisesti. Toisaalta kriitikon mukaan lakipositivismin puutteiden korvaaminen rationaalisen konsensuksen teoriaan turvautumalla ei ole muuta kuin perusteeton teoreettinen pyrkimys legitimoida mielivaltainen rikoslainkäyttö.

Subjektiivisuuden vaara? Kriitikon argumentit eivät ole irrelevantteja. Arvostuksenvaraisten syyllisyyskysymysten ratkaiseminen ei ole matematiikkaa. Kriitikolle voidaan kuitenkin huomauttaa, että pääpiirteissään rikosoikeudelliset käytäntömme toimivat eikä edes perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaisuista vallitse jatkuvaa eripuraa. Jos monet oikeusyhteisön jäsenet kokisivat, että kiperät syyllisyysratkaisut ovat tuomareiden subjektiivisia mielipiteitä, kriitikon ääni olisi kuuluvampi. Tästä voidaan päätellä, että mielivallan vaara on sivuuttamaton ongelma, mutta kiistanalaisten tuomioiden legitimiteettiä ei laajamittaisesti kiistetä. Tämän voidaan väittää osoittavan, että kotimaisen rikoslainkäytön hyväksyttävyydestä vallitsee laajamittainen konsensus. Rikosoikeusteoreettisesti onkin mielenkiintoista kysyä, miten tämä konsensus voidaan säilyttää. Tämä kysymys on tärkeä, koska perus- ja ihmisoikeuksien vahvistumiseen sisältyy uhka tuomioiden lisääntyvästä legitiimisyysvajeesta.

Jos kysyisimme asiasta moraalifilosofi Charles Taylorilta, hän voisi vastata, että selittävä tekijä on jaettu yhteiskunnallinen arvoperusta. Arvoperustan jakamista ei kuitenkaan tule samaistaa arvo-objektivismiin,[82] vaan keskeistä on, että yksilöt ovat sitoutuneet perus- ja ihmisoikeuksiin.[83] Tayloria mukaillen vaikka perus- ja ihmisoikeuksien sisältö ei ole yksiselitteinen, se muodostaa länsimaissa

---

[80] Hermeneuttisesta kehästä – eli kehästä, jossa kokonaisuuden ymmärtäminen edellyttää osien ymmärtämistä ja osien ymmärtäminen kokonaisuuden ymmärtämistä ks. Lindroos-Hovinheimo 2011 s. 91–92. Erityisesti hermeneuttisesta laintulkinnasta ks. Lindroos-Hovinheimo 2011 s. 100–101.

[81] Vastaavasti myös Aulis Aarnio. Ks. Aarnio 2006 s. 248–249.

[82] Ks. myös Duff 2009 s. 10–11.

[83] Taylor 1999, esim. s. 124.

sellaisen arvopohjan, jonka perusteella yksilöillä on riittävä konsensus rikoslain legitiimeistä rajoista.[84] Esimerkiksi jos oikeusyhteisön jäsenet olisivat täysin eri mieltä ihmisarvosta, henkilökohtaisesta koskemattomuudesta, sananvapaudesta, yhdenvertaisuudesta tai kunnian ja yksityisyyden suojasta, rikoslain legitiimiä käyttöä ei voitaisi perustella rationaalisesti hyväksyttävällä tavalla. Tällöin myös syyllisyysratkaisujen legitimiteettiin voitaisiin kohdistaa sisällöllistä kritiikkiä, vaikka tuomio olisi säädetyn rikoslain valossa moitteeton. Tayloria mukaillen voidaankin väittää, että perus- ja ihmisoikeuksiin sitoutuminen heijastaa rationaalisen konsensuksen ideaalia eli sitä, minkälaisista arvoista rationaaliset yksilöt pääsisivät ideaalisessa keskustelutilanteessa – kuten tietämättömyyden verhon takana – yhteisymmärrykseen.

Tayloriin tukeutuen voidaan argumentoida, ettei perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyysratkaisujen legitimiteettiä laajamittaisesti kyseenalaisteta, koska ihmiset jakavat perus- ja ihmisoikeuksien heijastaman arvomaailman. Vaikka tällainen väite on laajalti hyväksytty, puhuttaessa perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyysratkaisujen legitimiteetistä tarjottu vastaus ei tyydytä. Vasta-argumenttina voidaan esittää, että tarvitsemme nimenomaan perus- ja ihmisoikeuksista irrotetun arvopohjan laittamaan sisällöltään epätäsmälliset ja eri suuntiin viettävät perus- ja ihmisoikeusargumentit tapauskohtaiseen järjestykseensä. Näin ollen palaamme lähtöruutuun.

Lähtöruudussa tilanne on seuraava: teoreettisesti olettama rationaalisesta konsensuksesta on välttämätön, jotta on perusteltua puhua perusteluauditorion hyväksynnästä ja kiperien syyllisyysratkaisujen legitimiteetistä. Vastaavasti olettama rationaalisesta konsensuksesta on välttämätön, jotta tuomarille voidaan antaa ohje ratkaista syyllisyyskysymys siten, että perusteluauditorion rationaaliset jäsenet voivat päätöksen hyväksyä. Toisaalta mitä hiotummiksi arvokysymykset muuttuvat, sitä alttiimpia ne ovat erimielisyyksille. Näin ollen on perusteetonta olettaa, että eletyssä elämässä tuomioiden hyväksyttävyydestä vallitsisi yksimielisyys. Siksi on kysyttävä, millä ehdoilla tuomioiden hyväksyttävyys (legitimiteetti) voidaan turvata myös faktuaalisesti.

Vastaukseni on seuraava: rikoslain soveltamisen legitimiteetti edellyttää sitä, että arvostusten merkitys pyritään minimoimaan tuomarin harkinnassa. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että päätösharkinnassaan tuomarin ei tule pyrkiä haastamaan rikoslain traditiota (ja systematiikkaa) dynaamisella perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla. Punnintatyyppiseen harkintaan on syytä ryhtyä vasta, jos

---

[84] Oletan, että rikosoikeudellisesti orientoituneista kirjoittajista ainakin Anthony Duff voisi hyväksyä väitteeni. Duffin mukaan liberaalit arvot – kuten yksilön vapaus ja yksityisyys – muodostavat rikosoikeuden legitiimit rajat. Ks. Duff 2009 s. 10–11. Todettakoon, ettei Duff pidä itseään puhtaana liberaalina, vaan yhteiskuntafilosofisesti hän paikantaa itsensä yhtäältä liberaaliksi toisaalta kommunitaristiksi, mitä se sitten käytännössä tarkoittaakaan. Ks. Duff 2009 s. 11.

varsinaiset rikoslain tulkinnan metodit eivät tarjoa vastausta syyllisyyskysymykseen, olkoon syyllisyyskysymys päällepäin kuinka perus- ja ihmisoikeussensitiivinen tahansa. Tästä tematiikasta kirjoitin edellä konstruoidessani perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaisumallin.

Termi ”rikosoikeudellinen traditio” on keskeinen. Rikosoikeudellisen traditi-on jakamista ei tule samaistaa arvonyanssien jakamiseen. Pikemminkin tradition jakaminen on ymmärrettävä jaettuna käsityksenä tuomarin institutionaalisesta roolista. Suomessa – kuten ylipäätään mannermaisen oikeuskulttuurin traditiossa – on vahva konsensus vallan kolmijako-opin tärkeydestä rikosasioissa. Tästä konsensuksesta kumpuaa yhteisymmärrys siitä, ettei tuomarin tule perusteluillaan pyrkiä luomaan rikosoikeutta kuten esimerkiksi ihmisoikeustuomioistuimelle on luontaista. Asiaa voidaan havainnollistaa seuraavasti: siinä missä rikoslainsäätäjä – ja dynaamisuuteen taipuvainen Euroopan ihmisoikeustuomioistuin – pyrkivät yhteiskunnalliseen muutokseen, rikosoikeuskäytäntö suuntautuu ensisijaisesti taaksepäin. Rikoslainkäytössä keskeistä on ennakoitavuus ja stabiliteetti, ei yhteiskunnallisiin ongelmiin reagoiminen.

Vaikka perus- ja ihmisoikeuksien turvaaminen on päämääränä tärkeä, on syytä pitää mielessä, että mitä enemmän tuomareille sälytetään vastuuta perus- ja ihmisoikeuksien valvonnasta, sitä kauemmaksi erkaannutaan formalismia korostavasta rikosoikeudellisesta traditiosta. Näin ollen rikoslain legitiimisyyden vertautuessa yhä täsmällisemmin perus- ja ihmisoikeuksiin on tehtävä valinta. Odotammeko tuomareilta tuomioistuinaktivismia eli pyrkimystä täsmentää – jopa kehittää – perus- ja ihmisoikeusdogmin ja rikoslain välistä suhdetta pyrkimällä samanlaiseen dynaamisuuteen, jota Euroopan ihmisoikeustuomioistuin harjoittaa? Tyypillisestihän ajatellaan, että ihmisoikeussopimus ja sen sisältöä täsmentävä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö asettaa minimitason, mutta mikään ei estä kansallisia tuomioistuimia siirtymästä tehokkaammille urille perus- ja ihmisoikeuksien suojelussa. Toisin sanoen perus- ja ihmisoikeusmyönteisyyden aktiivinen edistäminen on sallittua, kunhan toteutettavat päämäärät eivät käänny tarkoituksensa vastaisiksi.

Toinen vaihtoehto on korostaa rikosoikeudellista traditiota ja pidättyväisyyttä. Vastausvaihtoehto riippuu henkilöstä. Oletettavasti ne henkilöt, jotka ajattelevat, että rikosoikeus on ymmärrettävä alisteisessa suhteessa perus- ja ihmisoikeuksiin, ovat taipuvaisia puolustamaan perus- ja ihmisoikeusargumentaatiota. Tällöin kuitenkin taka-alalle jää se, että myös laillisuusperiaate kaikkine tausta-arvoineen on turvattu perustuslaissa ja ihmisoikeuksissa. Toinen vaihtoehto on ajatella, että perus- ja ihmisoikeudet on kalibroitava rikosoikeudelliseen kontekstiin rikosoikeuden omaa traditiota kunnioittavasti. Tämä ei tarkoita oikeudellista konservatismia. Myös tällöin perus- ja ihmisoikeusargumentaatioon suhtaudutaan myönteisesti, mutta tuomarin rikosoikeudellinen tehtävä ymmärretään pikemminkin staattisesti kuin dynaamisesti.

Rikosoikeusteoreettisesti valinta näiden kahden vaihtoehdon välillä on syväluotaava. Jos tuomarin on aktiivisesti haastettava rikoslaki perus- ja ihmisoikeusargumenteilla, sillä on vaikutuksensa niin rikosoikeudelliseen oikeuslähdeoppiin, lainsoveltamismetodiikkaan kuin tuomion perusteluihin. Vastaavasti jos tuomarin on ensisijaisesti pyrittävä kunnioittamaan rikosoikeudellista traditiota, tällöin niin oikeuslähdeoppi, lainsoveltamismetodiikka kuin tuomion perustelutkin ovat pidättyväisempiä.

Perusteluteknisesti rikosoikeudellisen tradition kunnioittaminen tarkoittaa sitä, että syyllisyysratkaisuja perustellaan siihen asti kuin se on rikosoikeudellisesti arvioiden tarpeellista ja välttämätöntä. Tämä ei tarkoita, että kiperissä tilanteissa tulisi pyrkiä muuhun kuin perustelujen avoimuuteen ja seikkaperäisyyteen,[85] mutta syyllisyyskysymys on pyrittävä ratkaisemaan tekohetkellä vallinneen oikeustilan mukaisesti. Toisin sanoen syyllisyysratkaisussa ei tule pyrkiä oikeudelliseen muutokseen oikeusturvan ja ennakoitavuuden kustannuksella. Yksinkertaisesti oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus edellyttävät, että perus- ja ihmisoikeusmyönteisyydessä edetään pikku hiljaa, vähä vähältä rikosoikeuden rosoisuuksia hioen.

Näin ollen väitteeni on seuraava: modernissa oikeusvaltiossa tuomarin on oltava perus- ja ihmisoikeussensitiivinen, mutta rikosasioissa perus- ja ihmisoikeusmyönteisyyden on oltava maltillista. Perus- ja ihmisoikeusargumentit on huomioitava, mutta rikoslakia ei tule aktiivisesti pyrkiä haastamaan perus- ja ihmisoikeusargumenteilla.[86] Ensisijaisesti rikoslain perus- ja ihmisoikeusmukaisuuden arviointi on jätettävä lainsäätäjän tehtäväksi. Tällaista lähtökohtaa, jossa perus- ja ihmisoikeudet kalibroidaan rikosoikeudelliseen ratkaisutoimintaan rikosoikeuden itsensä ehdoilla, voidaan kutsua maltilliseksi perus- ja ihmisoikeusmyönteisyydeksi.[87]

---

[85] Näin myös Lahti 2006 s. 108–109.

[86] Oletan, että ainakin Svean hovioikeuden presidentti Fredrik Wersäll voisi hyväksyä väitteeni. Wersällin mukaan Ruotsin korkein oikeus on viime vuosina mennyt rikosoikeudellisessa päätöksenteossaan (aivan) liian pitkälle pyrkiessään ratkaisemaan normikonflikteja tai täyttämään lainsäätäjän jättämiä oikeusaukkoja. Wersällin mukaan rikoslakia sovellettaessa keskeistä on ennakoitavuus ja ihmisten yhdenvertainen kohtelu, ja näiden tavoitteiden saavuttaminen edellyttää tuomioistuimilta staattisuutta eikä pyrkimystä rikosoikeudellisen oikeustilan kehittämiseen. Ks. Wersäll 2014 s. 1–8, etenkin s. 1 ja 8. Wersällin kirjoituksen aikaansaamasta keskustelusta ks. Wiklund 2014 s. 335–347; Strömberg 2014 s. 487–495. Myös Kimmo Nuotio saattaisi hyväksyä väitteeni. Ks. Nuotio 1998b s. 157.

[87] Oletettavasti kannattamani maltillinen perus- ja ihmisoikeusmyönteisyys ei saa varauksetonta hyväksyntää. Ainakin valtiosääntöoikeudellisissa kirjoituksissa on painotettu perus- ja ihmisoikeusmyönteistä ”kaasuttelua”, eikä niinkään maltillista etenemistä. Ks. Ojanen 2014 s. 952; Länsineva 2011 s. 349. Valtiosääntöjuristien autoilutermejä lainatakseni en kuitenkaan ole vakuuttunut, että kaasuttelu ja vauhtisokeus johtavat perus- ja ihmisoikeusmyönteisyydessäkään parhaaseen mahdolliseen lopputulokseen ainakaan rikosoikeuden saralla.

Oletan, että oikeusteoreetikoista ainakin Joseph Raz voisi hyväksyä väitteeni.[88] Tunnetusti Raz on puoltanut käsitystä, jonka mukaan lain auktoriteetti – ja tähän yhteyteen modifioituna nimenomaan rikoslain auktoriteetti – toimii poissulkevana ratkaisuperusteena.[89] Razia mukaillen rikoslaki voidaan ymmärtää vahvasti velvoittavana ratkaisuperusteena, joka käskee tuomaria olemaan noudattamatta rikoslain noudattamatta jättämistä puoltavia arvosensitiivisiä argumentteja.[90]

Vaikka perus- ja ihmisoikeusargumentaatio on arvosensitiivistä, perus- ja ihmisoikeudet voivat kuitenkin poikkeuksellisesti velvoittaa tuomarin sivuuttamaan rikoslain säännökset – eli luopumaan rikoslain auktoriteetista.[91] Tästä poikkeussäännöstä ei kuitenkaan tule johtaa sitä, että tuomarin tulisi aktiivisesti pyrkiä haastamaan rikoslaki arvosensitiivisellä perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla. Lähtökohtaisesti (rikos)lain auktoriteetti toimii nimenomaan Razin tarkoittamana moraalisensitiivisen argumentaation poissulkevana perusteena.[92]

Kannattamalleni maltilliselle perus- ja ihmisoikeusmyönteisyydelle on ominaista, että syyllisyyskysymysten ratkaisemisessa korostetaan rikosoikeuden omaa traditiota. Näin ollen tuomarille suunnattava käsky kuuluu seuraavasti: ”Tuomari, pyri perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä turvaamaan rikosoikeudellisen tradition jatkuminen”. Oikeudellisten argumentaatioteorioiden kielellä kysymys on tehtävästä, jossa tuomarin on vakuutettava nimenomaan rikosoikeuden traditioon sitoutunut perusteluauditorio tuomion legitimiteetistä.[93] Joissakin tilanteissa ratkaisun tekeminen voi edellyttää punnintaa, mutta punnintaan on turvauduttava vasta, jos syyllisyyskysymys ei ratkea staattisin metodein.

---

[88] Raz 1986, erityisesti s. 28–33.

[89] Tästä tematiikasta (joskaan ei rikosoikeudellisin tarkoitusperin) ks. myös Niemi 2013 s. 829—831.

[90] Razin mukaan lain ja ei-lain välinen raja määrittyy nimenomaan virallislähteiden eli lain ja lain voimassaoloa täsmentävien institutionaalisten ratkaisuperusteiden – eli käytännössä lain esitöiden ja aikaisemman oikeuskäytännön – perusteella. Sen sijaan muut ratkaisuperusteet ovat oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa kiellettyjä. Tästä tematiikasta ks. myös Niemi 2013 s. 829.

[91] Vaikka Raz edustaa tiukkaa lakipositivismia, oletan, että hän voisi hyväksyä väitteeni. Tämä perustuu siihen, että poikettaessa rikoslaista perus- ja ihmisoikeuksien perusteella kysymys ei ole puhtaasta moraaliharkinnasta vaan arvosensitiivisestä harkinnasta, jonka legitimiteetti perustuu lakiin eli perus- ja ihmisoikeuksiin. Ks. myös Shapiro 1998 s. 35 sekä Niemi 2013 s. 830, erityisesti alaviite 66, jossa on viitattu nimenomaan Shapiron edellä mainittuun puheenvuoroon.

[92] Razin (1986) mukaan oikeusvarmuus ja lain ennakoitavuus edellyttävät nimenomaan sitä, että oikeudelliset ratkaisut perustetaan ennalta olemassa oleviin pelisäänöihin ilman, että lain auktoriteettia murennetaan esimerkiksi tilannesensitiivisyydellä. Ks. myös Niemi 2013 s. 831.

[93] Ajatteluni on suora heijastus Aarnion regulatiivisesta periaatteesta, jonka mukaan ”[…] lainopin samaten kuin lainkäytön tulee pyrkiä tuloksiin, jotka voisivat rationaalisesti harkitsevassa oikeusyhteisössä saavuttaa enemmistön tuen”. Ks. Aarnio 1989 s. 285.

Koska termi ”maltillinen perus- ja ihmisoikeusmyönteisyys” ei ole yleisessä käytössä, lienee syytä täsmentää, mitä en sillä tarkoita. Ensinnäkään tarkoitukseni ei ole väittää, että perus- ja ihmisoikeusulottuvuudet olisivat merkityksettömiä. Jos syyllisyyskysymys edellyttää perus- ja ihmisoikeusargumentaation huomioimista, argumentaatio on otettava huomioon. Kysymys on vain ja ainoastaan siitä, ettei rikosoikeudellisessa argumentaatiossa tule pyrkiä perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolle tyypilliseen dynaamisuuteen. Pikemminkin syyllisyysratkaisu on pyrittävä tekemään ratkaisuhetkellä vallinneen oikeustilan mukaisesti. Tämä edellyttää nimenomaan (rikos)oikeudellisen tradition kunnioittamista.

Toiseksi tarkoitukseni ei ole väittää, että perus- ja ihmisoikeudet ovat rikoslaille alisteisia normeja, päinvastoin. Jos tekohetkellä vallinneen oikeustilan mukaan rikoslaki on syrjäytettävä perus- ja ihmisoikeusargumentaation perusteella, tämä edellyttää rikoslain kokonaisvaltaista syrjäyttämistä.

Kuvaavaa on, että kirjoittaessani perus- ja ihmisoikeuksien vaikutuksesta rikosoikeudelliseen systematiikkaan puolsin käsitystä, jonka mukaan perus- ja ihmisoikeudet eliminoivat kategorisesti teon tunnusmerkistönmukaisuuden.[94] Samaan aikaan kuitenkin ymmärrän, että oikeusvarmuus sekä rikoslain soveltamisen ennakoitavuus edellyttävät sitä, ettei vallitsevasta oikeustilasta poikkeavia näkemyksiäni huomioida ratkaistaessa konkreettista syyllisyyskysymystä. Yksinkertaisesti jos syyllisyysratkaisuissa ei pyrittäisi rikosoikeudelliseen jatkuvuuteen, ikään kuin oikeudelliseen konservatismiin, ratkaisut koettaisiin mielivaltaisiksi. Silloin ratkaisuja ei myöskään pidettäisi legitiimeinä.

Vaikka rikosoikeus on erityisen moraalisensitiivistä ja tunteita herättävää, nimenomaan rikosoikeuteen sitoutuneen perusteluauditorion vakuuttaminen tuomion legitimisyydestä on kivutonta. Tämä ei perustu siihen, että perusteluauditorio olisi yksimielinen vaan siihen, että rikosoikeudellinen perusteluauditorio on asiansa osaava. Kimmo Nuotiota mukaillen tunnemme rikosoikeuden traditon paljon paremmin kuin muiden oikeudenalojen nyanssit.[95] Toisin sanoen verrattuna muihin oikeudenaloihin rikosoikeudessa perusteluauditorio kykenee rationaaliseen arvioon siitä, onko tuomio hyväksyttävissä vai ei – ja jos perusteluauditorion jäsenet ovat rationaalisia, he ymmärtävät, että tuomio voi olla rikosoikeudellisesti perusteltu, vaikka he olisivat eri mieltä tuomion sisällöstä.

Jotta perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä voidaan pyrkiä rikosoikeuden traditiota kunnioittavaan ratkaisuun, tämä edellyttää kansallisen harkintamarginaalin korostamista syyllisyysratkaisuissa. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että tuomion perusteluissa tarvittaessa selväsanaisesti mainitaan, että ratkaisussa on turvauduttu kansalliseen harkintamarginaaliin. Vaikka joissakin puheenvuoroissa kansallisen harkintamarginaalin väitetään olevan keino kiertää ihmisoikeusvelvoitteita, en ymmärrä, miksi kiperissä syyllisyyskysy-

[94] Ks. luku 3.3.
[95] Nuotio 2013a s. 227.

myksissä ei voitaisi korostaa tarvetta ratkaista kansallisesti se, kuinka eri suuntaan viettäviä oikeuksia asetetaan etusijajärjestykseensä. Varmaa on ainakin se, ettei oikeusturva eikä etenkään ratkaisujen legitimiteetti siitä lisäänny, jos syyttömyyden ja syyllisyyden välinen rajanveto siirtyy Strasbourgiin.

> Koska oletan viimeisimmän väitteeni kohtaavan kritiikkiä, toistettakoon, ettei ihmisoikeustuomioistuin ole rikosasiaintuomioistuin, eikä sille tule antaa liiaksi valtaa määrittää kielletyn ja sallitun välistä rikosoikeudellista rajapintaa. Toiseksi pohjoismaissa ja etenkin Tanskassa on keskusteltu siitä, missä määrin ihmisoikeustuomioistuimen on legitiimiä puuttua asioihin, joiden voidaan katsoa kuuluvan kansalliseen harkintamarginaaliin. Vaikka kansallisen harkintamarginaalin puolestapuhujat leimataan helposti ihmisoikeuskriitikoiksi, jopa ihmisoikeusvihaajiksi, kuinka moni on oikeasti sitä mieltä, että Tanskassa on epätyydyttävä ihmisoikeustilanne? Ainakaan Tanska ei ole saanut yhtä paljon langettavia tuomioita kuin Suomi, olkoon, että tilastoja voi selittää myös se, että suomalaiset ovat hanakampia valittamaan ihmisoikeustuomioistuimeen kuin tanskalaiset.[96]

7.6 JÄLJELLE JÄÄVÄ FILOSOFINEN ONGELMA

Palatkaamme viimeistä kertaa kolmeen oikeusteoreettiseen vaihtoehtoon.[97] (1) Ensimmäisen vaihtoehdon mukaan syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteet voidaan jäännöksittä palauttaa positiivisesti asetettuihin oikeuslähteisiin. Tällöin tuomion legitiimisyys perustuu – teoreettisesti arvioiden – siihen, että tuomarin ollessa ammattitaitoinen ratkaisu voidaan tehdä ennalta sovittujen pelisääntöjen edellyttämällä tavalla (lakipositivistinen vaihtoehto).

(2) Toinen vaihtoehto on tinkiä lakipositivismista ja olettaa, että syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteet eivät perustu kirjoitettuun lakiin, mutta yhtä kaikki, oikeusjärjestys sisältää positiivisesta oikeudesta johdettujen ratkaisuperusteiden lisäksi periaatteita, jotka tarjoavat lainmukaisen vastauksen myös kiperiin syyllisyyskysymyksiin. Nämä periaatteet voivat olla vaikeasti tunnistettavissa, mutta jos tuomarilla on supertuomari Herkuleksen taidot, hän kykenee ratkaisemaan kiperätkin syyllisyyskysymykset lainmukaisesti. Myös tällöin tuomion legitimiteetti perustuu – teoreettisesti arvioiden – siihen, että syyllisyyskysymys voidaan ratkaista lain määräämällä tavalla (dworkinilainen vaihtoehto).

(3) Kolmas vaihtoehto on hylätä koko ajatus tuomioiden lainmukaisuudesta ja korostaa oikeudellista argumentaatiota. Tällöin tuomioiden legitimiteetti ei perustu siihen, että syyllisyyskysymysten voitaisiin väittää olevan ratkaistu lain-

---

[96] Ks. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ylläpitämät maakohtaiset tilastot (Country profiles).
[97] Oikeusteoreettisista vaihtoehdoista ks. Lagerspetz 2009 s. 172.

mukaisesti, vaan tuomio on legitiimi, jos tuomari kykenee perusteluillaan vakuuttamaan määrätyn oikeusyhteisön ratkaisun hyväksyttävyydestä (argumentaatioteoreettinen vaihtoehto).

Hyväksyessämme sen, että perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyyskysymykset ovat alttiita tuomarin arvostuksille, meidät on pakotettu turvautumaan argumentaatioteoreettiseen vaihtoehtoon. Tällöin kiperän syyllisyysratkaisun teoreettinen legitimiteetti on sidoksissa määrätyssä oikeusyhteisössä vallitsevaan (oletettuun) arvokonsensukseen hyväksytystä ja ei-hyväksytystä. Tämä vaihtoehto otetaan nykyaikana annettuna.

Olettakaamme, että keskustelemme tematiikasta filosofin kanssa. Hän voi hyväksyä väitteen, että arvostukset ovat osa tuomarin harkintaa ja todeta, että tuomioistuinten argumentaatiossa ”tosi” vertaantuu vakuuttavasti argumentoituun johtopäätökseen. Koska filosofin tehtävä on kysyä ja kyseenalaistaa, hän ei tyydy tähän, vaan jatkaa seuraavasti: ”kuinka perustelet sen, että rikosoikeudessa voidaan perusteluauditorion jäsenten asenteet hyväksyä sellaiseksi justifikatoriseksi kriteeriksi, jonka perusteella teko voidaan lukea tekijänsä syyksi vastaajan oikeusturva ja in dubio mitius -sääntö sivuuttaen”.

Kysymys voi aiheuttaa meissä hämmennystä. Näin ollen filosofi havainnollistaa kysymyksen sisältämää problematiikkaa seuraavasti. Olettakaamme, että tuomarin tehtävä on vakuuttaa perusteluauditorio, joka koostuu todellisista ihmisistä. Hyväksymmekö sen, että tuomarin ratkaistaessa kiperää syyllisyyskysymystä syyksilukevan tuomion legitimiteetti ratkaistaisiin käsiäänestyksellä? Vastaamme kysymykseen kieltävästi ja jatkamme, ettei argumentaatioteorioiden tarkoittaman perusteluauditorion hyväksyntä viittaa syyllisyysratkaisujen konkreettiseen hyväksyntään, vaan kysymys on vain ja ainoastaan teoreettisesta konstruktiosta – eli siitä, hyväksyisivätkö perusteluauditorion jäsenet tuomion ideaalisessa keskustelutilanteessa (rationaalinen konsensus).

Filosofi ei kuitenkaan tyydy vastaukseemme, vaan toteaa, ettei teoriaan vetoaminen päästä meitä pälkähästä. Olettama, jossa tuomioiden legitimiteetti haetaan oikeusyhteisön jäsenten asenteista sisältää periaatteellista problematiikkaa. Filosofin mukaan tällainen teoria ei istu oikeusvarmuutta ja vastaajan oikeusturvaa korostavan rikosoikeuden luonteeseen, jossa korostetaan tuomarin velvollisuutta noudattaa ennalta sovittuja pelisääntöjä. Lisäksi filosofi voi huomauttaa, että ottaessamme vastaajan oikeusturvan vakavasti vastaukseksi ei riitä vetoaminen preventioon eli siihen, että tuomarin on vastaajien oikeusturvan kustannuksella kannettava vastuunsa rikosoikeuden pelotevaikutuksesta.

Näin ollen filosofi toistaa kysymyksensä: kuinka perustellaan se, että kiperien syyksilukevien tuomioiden legitimiteetti voidaan hakea perusteluauditorion hyväksynnästä eli perusteluauditorion jäsenten asenteista. Koska tämä kysymys on meille asetettu, vastausta on yritettävä. On tosin myönnettävä, että tarttumalla haasteeseen loittonen tutkimukseni punaisesta langasta eli perus- ja ihmisoikeus-

sensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaisemisesta. Toisaalta koska en voi tarjota pitävää vastausta siihen, kuinka arvostuksenvaraiset syyllisyyskysymykset voidaan kategorisesti ratkaista lainmukaisesti (sanan vahvassa merkityksessä), koen velvollisuudekseni tarkastella sitä, miksi epäselvissä tilanteissa syyksilukevan tuomion legitimiteetiksi riittää se, että tuomion perustelut vakuuttavat oikeusyhteisön jäsenet.

8 Syytön tai syyllinen – syyksilukevan tuomion filosofinen justifikaatio

8.1 LÄHTÖKOHTA

Monesti itsestäänselvyydet otetaan annettuina eikä niihin kiinnitetä huomiota. Yksi tällainen itsestäänselvyys on langettavien syyllisyysratkaisujen hyväksyminen kiperissä tapauksissa. Tyyliimme ei kuulu kyseenalaistaa sitä, miksi epäselvissä rikosoikeustapauksissa langettava tuomio on hyväksyttävissä, vaikka henkilön syyllisyys voi olla normatiivisesti kiistanalainen. Rutiiniratkaisuissa tällainen ongelma ei ole läsnä, koska tuomioiden totuusarvoa ei ole syytä riitauttaa. Jos rutiiniratkaisuissa tuomion lopputulos ei miellytä, on käännyttävä eduskunnan puoleen tai kiistettävä koko rikosoikeuden oikeutus, kuten jotkut abolitionistit ovat tehneet.[1]

Sen sijaan kiperissä syyllisyysratkaisuissa tilanne muuttuu toisenlaiseksi. Voin hyvin kannattaa rikosoikeutta ja silti ihmetellä, miksi normatiivisesti epäselvissä tapauksissa tuomio voidaan langettaa. Tämän kysymyksen relevanssi takautuu perinteiseen filosofiseen argumenttiin, jonka mukaan on parempi vapauttaa oikeudenkäynnissä kymmenen syyllistä kuin rangaista yhtä syytöntä.[2] Vaikka tämä periaate on suunnattu tuomarille, joka ratkaisee näytöllisesti vaikeaa syyllisyyskysymystä,[3] periaatteella on vahva intuitiivinen vetovoima myös puhuttaessa oikeudellisesti epäselvistä syyllisyyskysymyksistä. On syytä pitää mielessä, että ellei teko ole lain mukaan rangaistava, lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi. Ajatelkaamme punnintatilannetta. Koska punninta ei ole laintulkintaa, punnintatilanteessa erkaannutaan lainmukaisuudesta.[4] Näin ollen olisi luontevaa, että ainakin punnintatilanteissa syyllisyyskysymys ratkaistaisiin vastaajan eduksi.

---

1 Abolitionismista ks. Ruggiero 2010.

2 Ks. esim. Laudan 2006 s. 63.

3 Kannatettava ohjenuora on, ettei vastaajan syyksi lueta vahingossakaan sellaista tekoa, jota hän ei ole todellisuudessa tehnyt.

4 Edellä toteamallani tavalla jos lain sanamuodon mukainen tulkinta tuettuna lain säätäjän tahtoa täsmentävillä esitöillä sekä systemaattisilla argumenteilla (kuten aikaisemmalla oikeuskäytännöllä) ei tuota perusteltua ratkaisuvaihtoehtoa syyllisyyskysymykseen, syyllisyyskysymys ei ratkea (rikos)lakia tulkitsemalla vaan eri suuntiin viettäviä ratkaisuperusteita punnitsemalla. Tällöin kiistatta loitonnutaan niin lainmukaisuudesta kuin oikeusvarmuudestakin.

Edellä kuvattu ongelma ei ole jättänyt minua rauhaan. Olen yhä uudelleen havahtunut pohtimaan, miksi normatiivisesti epäselvissä tilanteissa syyllisyysratkaisu voi – vastoin voimassa olevia oikeusnormeja – olla vastaajalle epäedullinen.

Koska termi ”vastoin voimassa olevia oikeusnormeja” voi kalskahtaa lukijan korvaan, kerrattakoon, että monet rikosoikeudelliset ja rikosprosessuaaliset säännöt on säädetty nimenomaan vastaajan oikeusturvaksi.[5] Mainitkaamme esimerkkinä in dubio mitius -sääntö, jonka mukaan epäselvässä punnintatilanteessa rikoslakia on sovellettava syytetylle suotuisasti.[6] Tämä tarkoittaa sitä, että lain mukaan – tai ainakin in dubio mitius -säännön mukaan – kiperä punnintatilanne olisi ratkaistava vastaajan eduksi.[7]

> Väitettä, että rikosoikeudessa vastaajan oikeusturva on normatiivisesti korostuneessa asemassa, tukevat myös monet muut rikos- ja rikosprosessuaaliset normit. Siinä missä in dubio mitius -sääntö edellyttää syytetyn oikeusturvan takaamista normatiivisesti epäselvissä punnintatilanteissa, in dubio pro reo -sääntö velvoittaa ratkaisemaan näytöllisesti epäselvän syyllisyyskysymyksen syytetyn eduksi.[8]
>
> Myös prosessuaalisesti on perinteisesti painotettu sitä, että rikosprosessissa on huolehdittava nimenomaan syytetyn oikeusturvasta. Selkeimmin tätä kuvastaa syytetyn suosimisperiaate.[9] Keskeistä on myös havaita, että oikeudenkäymiskaaren 31 luvun 8 §:n 4-kohdan mukaan lainvoimainen tuomio voidaan purkaa syytetyn eduksi (ei siis haitaksi), jos tuomio on perustunut ilmeisen väärään lain soveltamiseen. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön perusteella tähän lainkohtaan myös suhtaudutaan säntillisesti. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2014:10 käräjätuomarina toiminut A oli tuominnut laissa säädettyä vähimmäisrangaistusta alemman rangaistuksen. Tämä tuomio sai lainvoiman. Korkeimman oikeuden päätöksellä A:n hakemus tuomion purkamiseksi vastaajan vahingoksi jätettiin tutkimatta. Perusteluissaan korkein oikeus totesi, että rikosasioissa lainvoimainen tuomio voidaan purkaa syytetyn vahingoksi huomattavasti rajoitetuimmin perustein kuin syytetyn eduksi.[10]
>
> Pohjimmiltaan vastaajan oikeusturvaa korostava normatiivinen dogmi takautuu syyttömyysolettamaan, joka on turvattu perus- ja ihmisoikeutena sekä alemman lain tasoisesti oikeudenkäymiskaaressa (OK 17:1.2) ja esitutkintalaissa (ETL 4:2).

---

5 Tästä tematiikasta ks. myös luvun 1 alaviitteessä 62 sanottu.

6 Esim. Jareborg 2009 s. 115; Virolainen – Pölönen 2003 s. 424.

7 Tuonnempana todennettavalla tavalla in dubio mitius -sääntöön ei ole oikeuskäytännössä suhtauduttu mitenkään vakavasti. Myös oikeustieteellisessä kirjallisuudessa in dubio mitius -sääntöön on suhtauduttu nihkeästi. Ks. esim. Jonkka 1998 s 499 sekä jäljempänä alaviitteessä 52 dokumentoitu kansainvälinen keskustelu.

8 Jareborg 2009 s. 115. Ks. myös Vaasan hovioikeuden ratkaisu VaaHO 15/107766 (19.2.2015), erityisesti kohta 331 (ei lainvoimainen).

9 Jokela 2005 s. 187–188; Jokela 2002 s. 22–23.

10 Ks. KKO 2014:10, kohdat 9–11. Ks. myös KKO 1991:97.

Perinteisesti puhuttaessa tuomion legitimiteetistä keskustelu kääntyy oikeudellisiin argumentaatioteorioihin ja tuomion perusteluihin. Tällöin oletetaan, etteivät tuomiot ole tosia tai epätosia, joten tuomion oikeuttamisessa on kysymys perusteluilla vakuuttamisesta. Jos perustelut vakuuttavat oikeusyhteisön, tuomiota pidetään legitiiminä.

Tässä olettamassa ei sinänsä ole mitään kritisoitavaa. Toteamallani tavalla normatiivisesti kiperän syyllisyyskysymyksen ratkaisemisessa ei voida saavuttaa episteemistä varmuutta, joten tuomareiden on perusteluillaan vakuutettava oikeusyhteisön jäsenet siitä, että tuomiolauselma on legitiimi. Perusteluauditoriota ei voida – rationaalisen konsensusteorian tarkoittamalla tavalla – myöskään liiallisesti idealisoida. Yksinkertaisesti jos tuomiot de facto koettaisiin laajalti mielivaltaisiksi, uhkana olisi luonnontila, kuten Thomas Hobbes saattaisi asian ilmaista.

Argumentaatioteorioiden relevanssia ei pidä vähätellä. Toisaalta periaatteellisesti on vaikea hyväksyä, että puhuttaessa (kiperissä tapauksissa) syyksilukevien tuomioiden legitimiteetistä oikeusyhteisön jäsenten asenteita korostetaan vastaajan oikeusturvan kustannuksella. Jos ulkopuolinen henkilö tarkastelisi tilannetta, hän voisi pitää meitä ristiriitaisina persoonina. Yhtäältä lähdemme siitä, ettei ketään tulisi tuomita syylliseksi riidanalaisilla perusteilla. Toisaalta sanomme, että kiperässä tilanteessa syyksilukeva tuomio on legitiimi, kunhan määrätty oikeusyhteisö – tai oikeusyhteisön rationaalinen enemmistö[11] – hyväksyy tuomion.[12]

Koska kiperissä tapauksissa vastaajia ei kategorisesti vapauteta, on kysyttävä, onko olemassa jotakin sellaista fundamentaalista tekijää, jonka perusteella voidaan pyrkiä justifioimaan langettavien tuomioiden legitimiteetti kiistanalaisissa syyllisyysratkaisuissa. Tarkoitukseni ei ole alleviivata perustelujen tärkeyttä. Sen sijaan astun askeleen pidemmälle ja kysyn, millä perustellaan se, että oikeudellisiin argumentaatioteorioihin sisältyvä legitiimisyyskriteeri (ns. ”perusteluauditorion jäsenten hyväksynnällä” -kriteeri) on perusteltu justifikatorinen kriteeri langettaa syyksilukeva tuomio kiperissä oikeuskysymyksissä. Toteamallani tavalla tämä kysymys on tärkeä, koska rikosoikeudellisten keskeisperiaatteiden mukaan rangaistusvastuu voidaan perustaa vain etukäteen määriteltyihin ja ennakoitaviin yhteiskunnallisiin pelisääntöihin. Sallittaessa polarisointi voidaan

---

[11] Aarnio 1989 s. 285.

[12] Vastaajan oikeusturvan valossa on myös epätyydyttävää todeta, että korkein oikeus on ennakkopäätöstuomioistuin, joten viime kädessä tuomareiden tehtävä on normeerata kielletyn ja sallitun välinen raja. Itse asiassa on paradoksaalista, että meillä on ennakkopäätöstuomioistuin sekä oikeusjärjestykseen sisältyvä käsky (in dubio mitius) ratkaista epäselvät syyllisyyskysymykset (punnintatilanteet) vastaajan eduksi. Jos tämä käsky otettaisiin todesta, korkeimmassa oikeudessa ei voitaisi koskaan tuomita vastaajia rangaistukseen.

jopa väittää, että korvattaessa lakipositivismi oikeudellisella argumentaatiolla laillisuusperiaate korvataan tuomarin kynänkäyttötaidolla.

Tähän problematiikkaan voidaan vastata kahdella tavalla. Ensinnäkin voidaan todeta, että rikosoikeus on yhteiskuntatekniikkaa ja sellaisena siihen on myös suhtauduttava. Tällöin tausta-ajatus on, että rikosoikeudelliset ihanteet, kuten oikeusvarmuus, ovat tavoitteita, joista voidaan tarvittaessa tinkiä. Vaikka realistisuudessaan tämä vastaus on varteenotettava, vähintäänkin yhtä merkittävää on kysyä, voidaanko vallitseva tilanne oikeuttaa teoreettisesti.

Puhe syyksiluettavuuden legitimiteetistä ei sinänsä ole poikkeuksellista.[13] Pikemminkin syyksiluettavuuden teoreettista justifikaatiota on rikosoikeustieteessä tutkittu poikkeuksellisen paljon. Yksistään Suomessa syyksiluettavuuden oikeutusta ovat menneinä vuosikymmeninä väitöskirjatasoisesti pohtineet Terttu Utriainen[14], Ari-Matti Nuutila[15] ja Kimmo Nuotio[16]. Kansainvälisesti syyksiluettavuuden oikeuttamisproblematiikasta löytyy kirjallisuutta metrikaupalla.

Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa syyksiluettavuuden legitimiteettiä on lähestytty lainopillisena, kriminaalipoliittisena, filosofisena, historiallisena, rangaistusteoreettisena sekä viime aikoina myös valtiosääntöoikeudellisena kysymyksenä. Vaikka valittu lähestymistapa on muokannut kustakin puheenvuorosta omanlaisensa, kaikkien keskustelijoiden kiinnostuksen kohteena on pohjimmiltaan ollut se, missä kulkevat rikosoikeudellisen vastuullisuuden hyväksyttävät (legitiimit) rajat. Tietyllä tapaa tämäntyyppinen kysymys on sisäänrakennettu myös perinteiseen rikoslainopilliseen tutkimukseen, jossa sallitun ja kielletyn välistä rajaa pyritään hahmottamaan tunnusmerkistölähtöisesti. Pohjimmiltaan tällaisessakin tutkimuksessa on kysymys syyksiluettavuuden legitimiteetistä.

Kuten tapaan kuuluu, monista asioista vallitsee erimielisyys, mutta yhteistä on, että syyksiluettavuuden legitimiteetin katsotaan edellyttävän sitä, että rikoksen tekijällä on tekoa tehdessään ollut toisintoimimismahdollisuus. Tällainen konsensus on ymmärrettävä, koska vain vapaat teot ovat sellaisia, joista meitä voidaan pitää vastuullisena. Tästä ideasta kumpuaa myös ajatus, ettei ymmärrystä vailla olevaa henkilöä voida pitää rikosoikeudellisesti vastuullisena: tekoa tehdessään häneltä on puuttunut rationaalinen mahdollisuus toimia toisin.[17]

---

[13] Tässä yhteydessä samaistan syyksiluettavuuden rikosoikeudelliseen vastuullisuuteen.

[14] Utriainen 1984.

[15] Nuutila 1996 sekä Nuutilan rikosoikeudellista vastuullisuutta käsittelevä lisensiaatintutkimus vuodelta 1991.

[16] Nuotio 1998a.

[17] Tästä tematiikasta ks. esim. Ashworth – Horder 2013 s. 139. Vaikka toisintoimimismahdollisuus on vastuullisuuden ytimessä, toisintoimimismahdollisuuteen ja toisintoimimismahdottomuuteen ei suhtauduta niin ehdottomasti kuin voisi perustellusti olettaa. Esimerkiksi täyttä ymmärrystä vailla oleva henkilö voidaan tuomita rangaistukseen, vaikka tuomioistuimella olisi hyviä perusteita epäillä henkilön todellista kykyä kontrolloida omaa toimintaansa eli toimia toisin. Ks. Tapani

Sen sijaan kiistanalaisempaa on se, minkälaista toisintoimimismahdollisuutta meiltä voidaan edellyttää, jotta meitä voitaisiin perustellusti pitää vastuullisina tekemisistämme.[18] Esimerkiksi tuottamusvastuukeskustelussa on kysymys nimenomaan tästä. Millä perusteilla me voimme pitää vastuullisena sellaista henkilöä, joka tekee teon pikemminkin huolimattomuudestaan kuin harkitusti? Entä kuinka alas tuottamuksen alaraja voidaan asettaa ilman, että rikosoikeudellinen vastuu muodostuu ankaraksi rangaistusvastuuksi – eli vastuuksi, jossa toisintoimimismahdollisuus irtaantuu syyllisyysperiaatteesta.

Vaikka syyllisyysperiaatteesta puhutaan rikosoikeudellisena ohjenuorana, sen kunnioittamista puoltavat myös oikeusjärjestyksen arvovaltaisimmat normit. Perustuslain 1 §:n 2 momentin mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden. Tämän perusteella monet ajattelevat, että henkilön rankaiseminen teosta, josta häntä ei voida toisintoimimismahdollisuuden puutteen vuoksi moittia, on hänen ihmisarvonsa vastaista.[19] Tätä väitettä harvoin riitautetaan, vaikka paikoittain rikosoikeudellinen vastuu on erkaantunut syyllisyysperiaatteesta. Esimerkiksi joissakin tieliikennerikoksissa, kuten lievissä ylinopeuksissa, tuottamuksen alaraja lähestyy ankaraa vastuuta. Myös jotkin hallinnolliset sanktiot heijastavat ankaran vastuun olemassaoloa.[20]

Jäljempänä tarkoitukseni ei ole ottaa osaa siihen kansalliseen ja kansainväliseen keskusteluun, jossa syyksiluettavuuden legitimiteetistä on keskusteltu rikosoikeusdogmatian ehdoilla.[21] Tarkoitukseni on toisenlainen. Päämääräni on osoittaa, että olemassa on syyksiluettavuuden legitimiteetin syvätasoon – eli toisintoimimismahdollisuuteen – sisältyviä perusteita, jotka legitimoivat oikeusyhteisön jäsenten asenteet sellaiseksi justifikatoriseksi kriteeriksi, jonka perusteella vastaajan oikeusturvasta voidaan kiperissä tapauksissa tinkiä. Tämä perustuu siihen, että rikosoikeudellisen vastuullisuuden legitimiteetti on ytimiään myöten – eikä vain oikeuden pintatasolla – riippuvainen ihmisten keskinäisistä

– Tolvanen 2013 s. 362–363. Vastaavasti pakkotilassa ei ole kysymys aidosta toisintoimimismahdottomuudesta. Pakkotilassa tekijällä oletetaan olevan toisintoimimismahdollisuus, mutta vastuullisuus eliminoituu, koska tekijältä ei ole voitu kohtuudella edellyttää muunlaista kuin rikostunnusmerkistön mukaista toimintaa. Tämän tematiikan filosofisesta problematiikasta ks. Ross 1975, luku 6.

18 Tästä tematiikasta ks. Duff 2009 s. 232–242.

19 Frände 2012 s. 115. Perusteellisesti ihmisarvosta rikosoikeudellisessa kontekstissa ks. Melander 2008 s. 261–325. Erityisesti toisintoimimismahdollisuuden kunnioittamisen tarpeellisuudesta ks. Melander 2008 s. 290–302.

20 Tapani – Tolvanen 2013 s. 267–268. Ankarasta vastuusta ks. Duff 2009 s. 232–235.

21 Kimmo Nuotio on huomauttanut, että rikosoikeudellista legitimiteettiä voidaan lähestyä monesta eri näkökulmasta kuten tarkastelemalla rikoslainsäädännön legitimiteettiä, rangaistusten sekä rangaistuksen määräämisen legitimiteettiä tai rikoslain soveltamisen legitimiteettiä. Ks. Nuotio 1998a s. 493. Nuotion kategorisoinnissa oma intressini kohdistuu nimenomaan rikoslain soveltamisen legitimiteettiin, joskaan ei aivan perinteisessä merkityksessä.

asenteista. Se, mitä sanottu täsmällisesti ottaen tarkoittaa, selviää tuonnempana. Lienee kuitenkin syytä huomauttaa, että pyrkimykseni on paitsi rikosoikeustieteellisesti riskialtis myös ainutlaatuinen. Näin ollen monet kannanottoni ovat kiistanalaisia, ja niistä voi perustellusti olla toista mieltä.

Tehtäväni aloitan tarkastelemalla sitä, mikä on syyttömyysolettaman merkitys ratkaistaessa normatiivisesti kiperää syyllisyyskysymystä. Tämän jälkeen siirryn varsinaiseen ekskursiooni. Ekskursioni aloitan tarkastelemalla toisintoimimismahdollisuuden relatiivisuutta. Pääargumenttini on seuraava: determinismi ymmärrettynä siten, että kaikille tapahtumille on syy, on ainoa perusteltu tapa ymmärtää todellisuuden luonne. Vaikka kaikkialle ulottuvien syy-seuraussuhteiden vallitessa on vaikea puolustaa näkemystä, että ihminen toimii vapaasti eikä vain reagoi osana syy-seurausketjuja, tulen väittämään, että ihmisten toimintaa voidaan arvioida vapauden näkökulmasta. Myöhemmin todennettavalla tavalla toisintoimimismahdollisuus on kuitenkin ymmärrettävä sosiaaliseksi tosiasiaksi.[22]

Filosofisen taivallukseni jälkeen kalibroin argumenttini rikosoikeudelliseen kontekstiin. Tällöin ymmärrettäväksi käy, miksi syyksilukevia tuomioita voidaan pitää teoreettisesti legitimoituina myös kiperissä tapauksissa.

Rikosoikeudessa toisintoimimismahdollisuuden kyseenalaistaminen on – oikeudenalan termein sanottuna – kielletyn riskin ottamista. Tarkoitukseni ei kuitenkaan ole vakiintuneiden ajatustottumusten koettelu eikä etenkään sen väittäminen, että rikosoikeudellinen vastuullisuus tulisi ymmärtää uudella tavalla. Pyrkimykseni on vain ja ainoastaan tarjota teoreettinen justifikaatio sille, miksi tuomio voidaan oikeudellisesti epäselvissä tapauksissa langettaa, jos ratkaisulla oletetaan olevan oikeusyhteisön jäsenten tuki.

8.2 SYYTTÖMYYSOLETTAMA NORMATIIVISESTI KIISTANALAISISSA SYYLLISYYSKYSYMYKSISSÄ

Oikeusvaltiossa rikoksesta epäiltyä/syytettyä on pidettävä syyttömänä siihen asti, kunnes tuomioistuin on todennut hänen syyllistyneen siihen, mistä hänelle on

[22] Luonnollinen reaktio on kieltää lähtökohta, jossa determinismi ja vapaus otetaan vakavasti. Lähden kuitenkin siitä, että pohjimmiltaan kysymys on kahden tieteellisen tradition yhteensovittamisesta. Siinä missä luonnontieteellisen tradition mukaan kysymys on ilmiöiden selittämisestä syy-seuraussuhteiden avulla, ihmistieteellisessä traditiossa kysymys on myös ymmärtämisestä, olkoon, että ihmiset elävät ja toimivat luonnonlakien alaisesti. Ks. von Wright 1985 s. 49 sekä perusteellisesti tästä tematiikasta von Wright 1971. Vaikka ihmistä on vaikea erottaa omaksi saarekkeekseen deterministisessä maailmassa, tämä ei estä inhimillistämästä ihmistä. Ks. myös Lagerspetz 2009 s. 115.

rangaistusta vaadittu.[23] Tämä lähtökohta perustuu syyttömyysolettamaan, joka on turvattu Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen 14 artiklassa, Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklassa sekä Euroopan unionin peruskirjan 48 artiklassa. Alemmantasoisesti syyttömyysolettama on turvattu oikeudenkäymiskaaressa (OK 17:1.2) ja esitutkintalaissa (ETL 4:2).

Syyttömyysolettama voidaan hahmottaa monella eri tavalla.[24] Keskeisesti kysymys on kolmesta määräyksestä. Ensinnäkin epäiltyä/syytettyä on kohdeltava syyttömänä siihen asti, kunnes hänen on lainmukaisessa rikosprosessissa todettu tehneen teon, joka laissa on rangaistavaksi säädetty. Toiseksi henkilön syyllisyydestä ei saa jäädä varteenotettavaa epäilyä. Kolmanneksi, jos henkilön syyllisyydestä jää varteenotettava epäily, tuomion perusteluissa tulee yksiselitteisesti todeta, ettei henkilö ole syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu.[25] Näin ollen syyttömyysolettama antaa kolme rikosprosessuaalista määräystä: (1) rikosprosessin aikana epäiltyä/syytettyä on kohdeltava syyttömänä,[26] (2) syyllisyydestä ei saa jäädä varteenotettavaa epäilyä ja (3) epäselvissä tilanteissa tuomion perusteluissa ei voida vihjata eikä varsinkaan todeta, että vapauttavasta tuomiosta huolimatta henkilö on voinut syyllistyä siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu.[27]

> Vaikka syyttömyysolettama velvoittaa kohtelemaan epäiltyä/syytettyä syyttömänä, on huomattava, että syyttömyysolettaman pakottavuus hahmottuu eri tavalla rikosprosessin eri vaiheissa. Esitutkinnassa poliisin tehtävä on etsiä myös epäillyn puolesta puhuvia todisteita. Pyrkimyksenä on siis selvittää se,

---

[23] Jäljempänä rinnastan syytetyn ja vastaajan. Huomautettakoon, ettei myöskään syyttäjän syyttämättäjättämispäätös (tätä nykyä) kumoa syyttömyysolettamaa. Ks. HE 58/2013 vp. s. 15 ja 42–43.

[24] Uudemmassa kirjallisuudessa syyttömyysolettama on linkitetty myös kriminalisointikeskusteluun, jota kuvastaa Patrick Tomlinin esittämä kysymys: jos syyttömyysolettaman fundamentaalinen tarkoitus on estää henkilöiden rankaiseminen väärin perustein, minkä vuoksi yhtä vahvaa episteemistä vaatimusta ei aseteta kriminalisoinneille (eli minkä vuoksi kriminalisointien ei tarvitse olla epäilyksettä järkeviä). Tomlinin mukaan olisi loogista, että yksi rikosoikeuden perustavimmista fundamenteista koskisi rikosoikeuden kaikkia tasoja lainsäädännöstä syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen. Ks. Tomlin 2013 s. 44–66, erityisesti s. 44–45. Ks. myös Tomlin 2014 s. 431–447, jossa tarkastellaan syyttömyysolettaman merkitystä puhuttaessa rangaistuksen määräämisestä ja määrästä. Seikkaperäisesti syyttömyysolettamasta ks. Duff 2009 s. 195–202; Strandbakken 2003. Ks. myös Ashworth 2009 s. 72–73.

[25] Hienosyisempää keskustelua syyttömyysolettamasta ks. Tolvanen 2012 s. 241–255.

[26] Luen esitutkinnan osaksi rikosprosessia.

[27] Minelli v. Sveitsi (25.3.1983, kohta 38). Ks. myös Martikainen – Virolainen 2010 s. 321; Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 606. Ks. myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu Celik v. Turkki (12.4.2011, etenkin kohdat 29–31), jossa korostetaan, etteivät tuomioistuimet voi missään tilanteessa vihjata henkilön syyllistyneen siihen, mistä häntä ei ole lainvoimaisella tuomiolla tuomittu. Ks. myös Stravropoulos v. Kreikka (27.9.2007, kohdat 38–40); Poncelet v. Belgia (30.3.2010, kohdat 45–62).

mitä asiassa on objektiivisesti arvioiden tapahtunut.[28] Sen sijaan oikeudenkäynnissä syyttäjän ja potentiaalisen asianomistajan keskeinen tehtävä on esittää syyttömyysolettaman kumoavaa näyttöä, joskaan syyttäjän tehtävä ei ole yksiulotteinen. Syyttäjän on otettava huomioon myös vastaajan puolesta puhuvat argumentit.[29]

Vaikka oikeudenkäynnin aikana vastaajan syyllisyyttä ei ole vielä näytetty laillisesti toteen, vastaajan syyllisyyttä puoltavat argumentit eivät loukkaa syyttömyysolettamaa. Sen sijaan syyttäjän ja potentiaalisen asianomistajan esittämän näytön ja oikeudellisen arvion jälkeen tuomioistuimen on vapauttavassa tuomiossaan yksiselitteisesti todettava, ettei vastaaja ole syyllistynyt rikokseen.

Sinänsä syytteen hylkäys ei kuitenkaan estä esittämästä myös syyllisyyden puolesta puhuvia seikkoja.[30] Tällaiseen ”perusteluohjeeseen” on kuitenkin suhtauduttava varauksellisesti. Sanat on ainakin asettava siten, ettei vastaajan syyttömyydestä jää epäselvyyttä.[31] Syyllisyyskysymyksissä pro et contra -argumentaation kipupiste on nimenomaan siinä, että hylättäessä syyte syyllisyyttä puoltavat argumentit voivat loukata syyttömyysolettamaa. Toisin sanoen pro et contra -argumentaatio voi aiheuttaa tunteen, ettei tuomitsematta jääneen vastaajan syyttömyys ole niin kiistaton asia kuin tuomiolauselmassa todetaan.

Tutkimustemaattisesti ei ole tarvetta keskustella seikkaperäisemmin syyttömyysolettaman eri ulottuvuuksista. Aiheesta on olemassa runsaasti kirjallisuutta.[32] Jäljempänä keskityn vain syyttömyysolettaman yhteen ulottuvuuteen eli siihen, miten on suhtauduttava ”syyllisyydestä ei saa jäädä varteenotettavaa epäilyä” -klausuuliin. Täsmällisesti sanottuna mielenkiintoni kohteena on se, missä määrin vaatimus varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olosta koskee näyttökysymysten lisäksi normatiivisesti kiperiä syyllisyysratkaisuja. Tämän problematiikan tarkastelu on aloitettava täsmentämällä syyttömyysolettaman rikosoikeudellista ulottuvuutta.

Tyypillisesti syyttömyysolettamasta keskustellaan perus- ja ihmisoikeuksiin takautuvana prosessuaalisena normina. Näin ollen keskeiseksi mielenkiinnon

---

[28] Helminen – Fredman – Kanerva – Tolvanen – Viitanen 2012 s. 93–94.

[29] Syyttäjän velvollisuudesta toimia objektiivisesti ks. Vuorenpää 2007 s. 212–235. Vuorenpään tarkoittamalla tavalla syyttäjän velvollisuus huomioida vastaajan puolesta puhuvat seikat on kuitenkin pääkäsittelyssä vähemmän ankara kuin syyteharkinnassa ja esitutkinnassa. Ks. Vuorenpää 2007 s. 226.

[30] Näin esim. Virolainen – Martikainen 2010 s. 321; Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 601–602 ja 606.

[31] Ks. Minelli v. Sveitsi (25.3.1983, kohta 38).

[32] Kootusti kansainvälisestä syyttömyysolettamakeskustelusta ks. Jackson – Summers 2012 s. 199–240. Viimeaikaisesta kansainvälisestä keskustelusta ks. myös Magnus Ulvängin kommentti koskien Anthony Duffin ymmärrystä syyttömyysolettaman sisällöstä. Ks. Ulväng 2013 s. 205–225.

kohteeksi on muodostunut se, kuinka epäiltyä on rikosprosessissa kohdeltava ja mitä ehtoja syyttömyysolettama asettaa oikeudenkäynnille ja etenkin oikeudenkäynnissä esitetylle todistelulle ja näytön arvioinnille.[33] Sen sijaan puheenvuoroissa ei ole mainittavasti tarkasteltu syyttömyysolettaman suhdetta rikosvastuun yleisiin edellytyksiin tai hahmotettu sitä, mitä syyllisyys rikosoikeudellisesti tarkoittaa.[34] Näin ollen taka-alalle on jäänyt se, että rikosoikeudellisesti syyksiluettavuus on moniulotteisempi konstruktio kuin mitä syyksiluettavuudella prosessuaalisesti ymmärretään.[35]

Rikosoikeudellisesti hahmotettuna syyttömyysolettama linkittyy rikosvastuun yleisiin edellytyksiin. Tällöin keskiöön nousee se, että syyttömyysolettaman kumoutuminen edellyttää kaikkien rikosoikeudellisten vastuuelementtien – tunnusmerkistönmukaisuuden, oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden – toteutumista. Esimerkiksi sillä, minkälaisia argumentteja syyksiluettavuuden tueksi oikeudenkäynnissä esitetään, ei ole väliä, jos jokin vastuullisuudelle välttämätön normatiivinen elementti jää toteutumatta. Joissakin tilanteissa tekoa ei voida lukea vastaajan syyksi, vaikka hänen tekonsa on tunnusmerkistön mukainen ja toteen näytetty. Vastaaja voi olla syytön, jos hänen tekonsa ei ole oikeudenvastainen. Jotta syyttömyysolettama voidaan tuomioistuimessa kumota, kaikkien rikosvastuulle välttämättömien normatiivisten elementtien on toteuduttava.

Toiseksi on huomautettava, että tarkasteltaessa syyttömyysolettamaa rikosoikeudellisesti, syyttömyysolettamaan ei voida suhtautua tärkeänä periaatteena, kuten prosessioikeudellisissa ja perus- ja ihmisoikeudellisissa puheenvuoroissa on tapana.[36] Toisin sanoen rikosoikeudellisesti hahmotettuna syyttömyysolettama ei ole mikään enemmän tai vähemmän noudatettava toimintaperiaate vaan ehdoton sääntö. Esimerkiksi syyllisyyskysymystä ratkaiseva tuomari ei voi tinkiä syyttömyysolettamasta toteamalla, että ”kysymyksessä on tärkeä mutta ei loukkaamaton periaate”. Lähtökohta on, että ketään ei saa tuomita rangaistukseen, jos hänen syyllisyytensä ei ole varma asia.

Oletettavasti syyttömyysolettaman hahmottaminen rikosoikeudellisesta näkökulmasta ei saa varauksetonta hyväksyntää. Kritiikki perustunee siihen, että tar-

---

[33] Näytön arvioinnista on esitetty lukuisia erilaisia teoreettisia malleja. Siitä, minkälaisten edellytysten vallitessa syyttömyysolettama voidaan kumota, ks. esim. Tolvanen 2012 s. 253–255.

[34] Näin myös Tolvanen 2012 s. 243.

[35] Tästä tematiikasta ks. luku 3.1.

[36] Mainitkaamme esimerkkinä italialainen keskustelu. Italiassa on laajasti pohdittu sitä, missä määrin paikallinen termi ”presunzione d’innocenza” eli ”viattomuusolettama” kuvastaa syyttömyysolettaman tärkeyttä yhtenä oikeusvaltion keskeisimmistä fundamenteista. Joidenkin kirjoittajien mielestä kyseinen termi on periaatemainen ja syyttömyysolettamaa vähättelevä. Sen sijasta selkeämpää olisi käyttää termiä ”presunzione di non colpevolezza” eli termiä, joka muodoltaan määräävämpänä ja sääntömäisempänä korostaisi syyttömyysolettaman tärkeyttä. Ks. Batia – Pizzo 2005 s. 1–41 sekä ko. sivuilla mainitut lähteet.

kasteltaessa syyttömyysolettamaa rikosoikeudellisesti on pakko vastata siihen, miksi syyttömyysolettaman sisältämä vaatimus (syyllisyyden) varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olosta koskee ainoastaan reaalimaailman tapahtumia (näyttöä) eikä syyllisyysratkaisun normatiivista ulottuvuutta.

Mitä varteenotettavan epäilyn tuolla puolen ololla tarkoitetaan? Suomessa rikosvastuun realisoitumista voidaan kuvata kasvavalla todennäköisyydellä. Rikoksen esitutkinta aloitetaan, jos on syytä olettaa, että rikos on tehty (varmuus < 50 %). Jos esitutkinta etenee syyteharkintaan, syytekynnyksen ylittyminen edellyttää, että syyllisyyden puolesta puhuvat todennäköiset syyt (varmuus > 50 %). Lopulta tuomio langetetaan ja syyttömyysolettama kumotaan, jos henkilön syyllisyydestä ei jää varteenotettavaa epäilyä.[37] Muodossa tai toisessa tämäntyyppinen konstruktio on käytössä kaikissa oikeusvaltioissa.[38] Näin ollen voimme käänteisesti todeta, että henkilön syyllisyyden tulee olla varteenotettavasti totta. Se, minkälaista totuutta varteenotettava totuus tarkoittaa, on epäselvää. Luontevinta on kuitenkin lähteä siitä, että kysymyksessä tulee olla hyvin perusteltu uskomus, jonka totuusarvoa ei ole arkijärkisesti syytä epäillä.

Käsitteenä ”varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olo” on Suomessa uusi.[39] Ilmaisu pohjautuu angloamerikkalaisesta traditiosta tuttuun beyond reasonable doubt -klausuuliin,[40] josta se on suodattunut myös skandinaaviseen retoriikkaan.[41] Suomessa korkein oikeus alkoi käyttää ilmaisua ”varteenotettava epäily” 2000-luvun alussa,[42] mutta tätä ennen käsite on esiintynyt jo käräjä- ja hovioikeuksien perusteluissa.[43]

---

[37] Tuomitsemiskynnystä on kiistanalaista, ellei mahdotonta kuvata prosenttiluvulla. Yhtäältä olisi erikoista todeta tuomitsemiseen riittävän sen, että henkilö on esimerkiksi 95 prosentin todennäköisyydellä syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu. Näin ollen varteenotettavan epäilyn voitaisiin ajatella viittaavan 100 prosentin todennäköisyyteen. Toisaalta 100 prosentin vaatimus johtaisi siihen, ettei ketään voitaisi koskaan tuomita mistään teosta, koska täysin varman tiedon saavuttaminen on mahdotonta, aivan kuten tietoteoreetikot ovat meille opettaneet. Tämän vuoksi lienee perusteltua puhua varteenotettavan tuolla puolen olon kriteeristä ilman, että tuolle kriteerille pyrittäisiin määrittämään jokin matemaattinen arvo. Yhdysvalloissa tästä tematiikasta on kirjoitettu varsin runsaasti. Ks. esim. Laudan 2006 s. 46–47.

[38] Laudan 2006 s. 1.

[39] Täsmennettäköön, että varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olosta ei puhuta kotimaisessa lainsäädännössä, mutta kriteerin institutionaalinen tuki voidaan johtaa nimenomaan syyttömyysolettamasta.

[40] Klausuulin historiasta ja tämän hetken tilanteesta ks. Laudan 2006 s. 32–47.

[41] Esim. Ruotsissa termi ”varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olo” eli ”utom rimligt tvivel” esiintyy säännöllisesti tuomioistuinten perusteluissa. Ks. esim. HD B 2937-10 (28.12.2010), kohta 7; HD B 4234-11 (7.3.2012), kohdat 31, 37; HD B 380-11 (22.1.2013), kohta 6.

[42] Ks. KKO 2002:47; KKO 2004:57, eri mieltä olleen oikeusneuvos Lehtimajan lausunto; KKO 2004:60, kohta 45; KKO 2006:78, kohdat 4, 6; KKO 2009:43, kohta 25; KKO 2011:20, kohta 31; KKO 2013:27, kohta 60.

[43] Ks. Jyrki Virolaisen internetissä 15.4.2013 julkaistu kirjoitus ”KKO 2013:27. Näytön arviointi Kolkonjärven tappojutussa”. Ks. Virolainen 2013. Kirjoituksessaan Virolainen tarkastelee muun

Se, mitä vaatimus varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olosta täsmällisesti ottaen tarkoittaa, ei selviä korkeimman oikeuden eikä myöskään Ruotsin korkeimman oikeuden tuomioiden perusteluista. Oikeuskäytäntöä lukemalla välittyy kuitenkin ymmärrys, että varteenotettavan epäilyn tuolla puolen ololla viitataan yksinomaan rikosoikeudellisesti relevanttien empiiristen tapahtumien toteennäyttämiseen. Samanlainen ymmärrys välittyy oikeuskirjallisuutta lukemalla riippumatta siitä, tarkastellaanko skandinaavista, mannermaista tai anglosaksista kirjallisuutta. Näin ollen yhteinen käsitys on, että varteenotettavalla epäilyllä viitataan vain ja ainoastaan rikosoikeudellisesti relevanttien empiiristen tapahtumien toteennäyttämiseen.[44]

Sen sijaan oikeuskysymyksen ratkaisemisessa varteenotettavalla epäilyllä ei ole katsottu olevan minkäänlaista sijaa.[45] Toteamallani tavalla ajattelutapa on vallitseva niin Skandinaviassa, Manner-Euroopassa kuin anglosaksisissakin maissa.[46] Tämä lähtökohta voidaan kuitenkin riitauttaa kysymällä, miksi varteenotettavan epäilyn kriteeri on sulkeistettu teon oikeudellisen luonteen arvioinnista. Eikö periaatteellisesti ole vaikea hyväksyä, että reaalimaailman tapahtumien pitää olla varteenotettavan epäilyksen tuolla puolen, mutta oikeudellisesti kiperässä tapauksessa syyttömyysolettama voidaan kumota, vaikka teon oikeudellisesta luonteesta jää varteenotettava epäily?[47]

Todennäköisesti tällaisen kysymyksen esittämistä ei ole koettu tarpeelliseksi, koska on ajateltu, että teema on sisäänkirjoitettu laillisuusperiaatekeskusteluun.[48] Tällöin kuitenkin sivuutetaan se, ettei laillisuusperiaatekeskustelu vastaa siihen olennaiseen kysymykseen, miksi epäselvissä tapauksissa on legitiimiä tuomita vastaaja rangaistukseen, vaikka teon rikosoikeudellinen luonne on kiistanalainen.

Oikopolku ongelman sivuuttamiseen on todeta, että vaade varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olosta voidaan – normatiivisesti epäselvissä tilanteissa – sijaistaa in dubio mitius -säännöllä. Kyseisen säännön mukaan, jos rikosasiassa ratkaisuperusteet mahdollistavat kaksi ratkaisuvaihtoehtoa, tuomarin tulee valita

---

muassa sitä, mitä varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olo tarkoittaa sekä huomauttaa, että toisin kuin korkein oikeus, alioikeudet ovat jo 1990-luvulla argumentoineet varteenotettavan epäilyn tuolla puolen ololla.

[44] Ulväng 2013 s. 210; Tolvanen 2012 s. 241–255, erityisesti s. 245; Jackson – Summers 2012 s. 199–240, erityisesti s. 200; Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 600–607; Laudan 2006, passim.; Strandbakken 2003, passim.

[45] Tolvanen 2012 s. 245.

[46] Ks. Strandbakken 2003, erityisesti s. 594 sekä ko. sivulla mainitut lähteet.

[47] Jos kysyisimme asiasta Patrick Tomlinilta, hän todennäköisesti vastaisi seuraavasti: syyttömyysolettama on yksi rikosoikeuden keskeisimmistä ohjenuorista, joten on paradoksaalista, että syyttömyysolettama koskee vain näytön toteennäyttämistä mutta ei syyllisyyskysymyksen normatiivista ulottuvuutta. Ks. Tomlin 2013 s. 44–66.

[48] Jackson – Summers 2012 s. 208–209.

syytetylle edullisempi vaihtoehto.[49] Tämän vaihtoehdon puolesta puhuvat niin normatiikka kuin intuitio. Jos tilanne on epäselvä, oikeusvaltiossa suojellaan syytettyä.[50]

In dubio mitius -sääntö on kuitenkin ambivalentti. Yhtäältä se on syytetyn oikeusturvan vuoksi välttämätön, toisaalta sitä ei voida ottaa liian vakavasti.[51] Vakavasti ottaminen johtaisi siihen, että kiperissä syyllisyyskysymyksissä tuomio ei voisi koskaan olla langettava.[52] Dan Frände onkin osuvasti todennut, että vakavasti otettuna in dubio mitius -sääntö mahdollistaisi tuomiot vain rutiinijutuissa, koska kiperissä tapauksissa tuomarin velvollisuus olisi ratkaista syyllisyyskysymys syytetylle edullisesti.[53]

In dubio mitius -säännön vakavasti ottamista vastaan puhuu myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö. Ihmisoikeustuomioistuin on toistuvasti todennut, ettei rikosoikeudellisen vastuullisuuden täsmentäminen tuomioistuimissa ole kiellettyä, jos lopputulos on ollut tuomitun kohtuudella ennakoitavissa.[54] Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että epäselvissä tapauksissa normatiivinen jousto voi tapahtua myös syytetyn vahingoksi, kunhan rikoslakia ei

---

[49] Frände 2012 s. 52; Tolvanen 2012 s. 245; Jareborg 2009 s. 115.

[50] Frände 2012 s. 52 sekä kyseisellä sivulla mainitut lähteet.

[51] Tällainen käsitys välittyy myös lukemalla korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä. Ks. KKO 2012:58; KKO 2010:6; KKO 2008:86; KKO 2005:27; KKO 2005:53; KKO 2004:101; KKO 2004:46; KKO 2004: 81; KKO 2004:64; KKO 2002:11. Osassa edellä mainituista ratkaisuista on luettavissa, että korkein oikeus suhtautuu in dubio mitius -sääntöön vakavasti. Toisaalta osassa ennakkopäätöksistä korkein oikeus on soveltanut rikoslakia varsin dynaamisesti, jolloin myös in dubio mitius -sääntöön on suhtauduttu joustavasti.

[52] Vallitseva ylikansallinen mielipide vaikuttaakin olevan se, ettei in dubio mitius -sääntöön suhtauduta vakavasti. Ks. Ashworth – Horder 2013 s. 68; Leijonhufvud – Wennberg 2009 s. 30; Koponen 2004 s. 83–84; Strandbakken 2003 s. 594; Jescheck – Weigend 1996 s. 154. Esimerkiksi viimeksi mainittujen mukaan tuomarin ei tule kiperässä tilanteessa tavoitella syytetylle edullisinta ratkaisua vaan pätevintä mahdollista ratkaisua.

[53] Frände 2012 s. 53. Vastaavasti myös Ashworth – Horder 2013 s. 68; Jonkka 1998 s. 499. Ks. myös Lahti 2007 s. 166–167; Lahti 2006 s. 109–110 sekä sivun 109 alaviitteessä 42 mainitut lähteet. Yhtäältä voidaan tietenkin väittää, että säännön vakavasti ottaminen turvaisi oikeusvarmuuden ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuuden, koska epäselvissä tapauksissa vastaajat jätettäisiin kategorisesti tuomitsematta rangaistuksiin.

[54] Olen käsitellyt tätä tematiikkaa edellä. Ks. luku 6.2. Kerrattakoon lyhyesti, että jo parikymmentä vuotta sitten tapauksessa S.W. v. Yhdistynyt kuningaskunta (22.11.1995, kohta 36) ihmisoikeustuomioistuin totesi, että ”provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen”. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä ks. myös Martirosyan v. Armenia (5.2.2013, kohta 57); Kasymakhunov ja Saybatalov v. Venäjä (14.3.2013, kohta 78); Rohlena v. Tsekki (27.1.2015, kohta 50); Del Río Prada v. Espanja (21.10.2013, kohta 93); Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012, kohta 51). Ks. myös Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 644.

sovelleta täysin ennakoimattomasti.[55] Ihmisoikeustuomioistuin on myös todennut, ettei se kyseenalaista kansallisten tuomioistuinten päätöksiä, jos lakia ei ole sovellettu ilmeisen väärin tai mielivaltaisesti.[56] Koska kiperissä syyllisyyskysymyksissä ei ole kysymys ilmeisen väärästä lainsoveltamista, on eittämättä niin, että ihmisoikeustuomioistuin sallii epäselvien syyllisyyskysymysten ratkaisemisen myös syytetyn vahingoksi eli vastoin in dubio mitius -sääntöä. Johtopäätöstäni tukee myös se, että ihmisoikeustuomioistuin ei ole täysin kieltänyt analogian käyttöä syytetyn vahingoksi.[57]

Tässä yhteydessä ei ole tarvetta tarkastella seikkaperäisesti sitä, mitä sanotut ihmisoikeustuomioistuimen klausuulit rikosoikeudellisesti arvioiden tarkoittavat. Ihmisoikeustuomioistuimen syyllisyyskysymyksen ratkaisemiselle asettamia haasteita olen käsitellyt jo edellä. Tässä yhteydessä riittää kertaukseksi seuraava in dubio mitius -säännön relativistisuutta kuvaava tiivistys, olkoonkin, että olen esittänyt vastaavantyyppisen argumentin jo kuudennessa luvussa.

> Olettakaamme, että kiperässä oikeustapauksessa käräjä- ja hovioikeus vapauttavat vastaajan. Tämän jälkeen korkein oikeus tuomitsee vastaajan siitä, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu. Seuraavaksi ihmisoikeustuomioistuin vahvistaa korkeimman oikeuden tuomion legitimiteetin toteamalla, ettei rikoslakia ole sovellettu mielivaltaisesti, vaan lopputulos on ollut tuomitun kohtuudella ennakoitavissa. Äkkiseltään tällainen toteamus tuntuu perusteettomalta, koska käräjä- ja hovioikeuden tuomarit eivät ole tienneet, mikä voimassa olevan oikeuden mukaan on ollut kiellettyä ja sallittua. Mitä tästä voidaan päätellä?
>
> Jo aikaisemmin toteamallani tavalla ainut perusteltu johtopäätös on, että argumentointi rikoslain soveltamisen kohtuullisella ennakoitavuudella on oikeusvaltiollista retoriikkaa, jolla häivytetään kiperiin syyllisyysratkaisuihin sisältyvä legitiimisyysvaje. Näin ollen puhe ennalta arvattavuudesta (korkein oikeus)[58] tai kohtuullisesta ennakoitavuudesta (ihmisoikeustuomioistuin) on vain korkeimman oikeuden ja ihmisoikeustuomioistuimen legitimoima peruste sivuuttaa in dubio mitius -sääntö.

Sanotun perusteella voidaan päätellä, ettei in dubio mitius -sääntö ole muotoutunut sellaiseksi käskyksi, joka estäisi epäselvässä tilanteessa lukemasta vastaajan

---

[55] Voi olla, että Dan Frände ja Mårten Knuts suhtautuisivat nihkeästi argumentaatiooni – tai ainakin Frände ja Knuts puhuvat ihmisoikeustuomioistuimen ylläpitämästä rikoslain rajoittavasta tulkinnasta. Ks. Frände 2012 s. 53–55; Knuts 2010 s. 131–139.

[56] Esim. Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012, kohta 52). Tästä tematiikasta ks. myös Ashwort – Horder 2013 s. 63.

[57] Näin ainakin Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2012 s. 644.

[58] Aikaisemmin toteamallani tavalla ratkaisussa KKO 2014:7, kohta 18 korkein oikeus argumentoi ensimmäistä kertaa rikoslain ennakoitavuudella eikä tekijän mahdollisuudella arvata se, mitä rikoslaki täsmällisesti ottaen kieltää ja sallii.

syyksi sitä, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu. Kiperien syyllisyyskysymysten luonteeseen kuuluu, että syyllisyyden puolesta ja syyllisyyttä vastaan on esitettävissä normatiivisia argumentteja, ja tiedossamme on, etteivät tuomiot ole kategorisesti vapauttavia. Näin ollen voidaan todeta, että in dubio mitius -sääntö on, jos ei kuollut kirjain, niin ainakin varsin vähän käytännön relevanssia omaava sääntö.[59]

Tarkoittaako johtopäätökseni samalla sitä, että normatiivisesti kiistanalaisissa kysymyksissä tuomion ei tarvitse olla varteenotettavan epäilyn tuolla puolen? Vaikka kotimaisessa ja kansainvälisessä doktriinissa ollaan yleisesti sitä mieltä, että varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olo ei koske lainsoveltamisen normatiivista ulottuvuutta, sallikaamme itsellemme oikeus tarkastella asiaa epäkonventionaalisesti.

Aloittakaamme ontologisella problematiikalla. Verrattaessa normatiivisen tiedon todistamista (oikeudellisesti kiperät syyllisyyskysymykset) empiiristen tapahtumien toteennäyttämiseen (näytöllisesti kiperät syyllisyyskysymykset) tosiasiakysymysten verifiointi ja falsifiointi noudattavat induktion pelisääntöjä. Sen sijaan rikosvastuun normatiivisia edellytyksiä – kuten tunnusmerkistönmukaisuutta ja oikeudenvastaisuutta – ei voida vahvistaa tai kumota induktiolla. Näin ollen seuraava kysymys kuuluu, oikeuttaako olemisen ja pitämisen maailmojen välinen ontologinen kuilu tinkimään vastaajan normatiivisesta oikeusturvasta.

Vaikka tähän kysymykseen tekee mieli vastata myöntävästi, seuraavaa seikkaa on syytä tähdentää: vaikka normit eivät sinänsä ole tosia tai epätosia, normeista johdetut väitteet voivat olla samalla tavalla tosia tai epätosia kuin empiiriset tosiasiaväitteet.[60] Esimerkiksi väittäessäni, että ”vastaaja on syyllistynyt rikoslain 24 luvun 9 §:ssä rangaistavaksi säädettyyn kunnianloukkaukseen”, väitteeni on tosi tai epätosi samalla tavalla kuin väite ”maa kiertää aurinkoa”. Vastaavasti tuomiolauselmalla esitetty väite koskien sitä, onko vastaaja syyllistynyt siihen, mistä hänelle on rangaistusta vaadittu, on normatiivisesti tosi tai epätosi riippuen siitä, onko tuomio vallitsevan oikeustilan mukainen. Tätä tematiikkaa olen käsitellyt edellä.[61]

Sitä, onko tuomiolauselma kiperässä tilanteessa tosi tai epätosi, ei voida todentaa empiirisesti. Tästä todentamattomuudesta ei kuitenkaan voida tehdä sitä johtopäätöstä, että tuomioiden normatiivinen totuusarvo on täysin irrelevantti,

---

[59] Ainakin Pohjoismaissa ja Saksassa vallitseva katsontakanta vaikuttaa olevan se, ettei in dubio mitius -säännöllä ole mainittavaa relevanssia arvioitaessa teon tunnusmerkistön mukaisuutta tai ylipäätään rikosvastuun normatiivisten kriteereiden täyttymistä. Ks. Strandbakken 2003 s. 594 ja ko. sivulla mainitut lähteet. Ks. myös alaviitteessä 52 sanottu.

[60] Lagerspetz 2009 s. 125–126.

[61] Ks. luku 7.1 sekä ko. luvussa mainitut lähteet.

jopa merkityksetön. Pikemminkin tuntuu siltä, että tuomion totuusarvon ollessa riidanalainen tekoa ei voida lukea vastaajan syyksi. Tämä problematiikkaa siirtää meidät jälleen, ikään kuin huomaamatta, yhden oikean syyllisyysratkaisun olettamaan.

Olen monin paikoin todennut, ettei syyllisyyskysymykseen voi olla olemassa kahta oikeaa ratkaisua, jotka olisivat yhtä aikaa tosia. Syytetty ei voi olla lain mukaan syytön ja syyllinen, vaan hän on syytön tai syyllinen. Jos teko täyttää rikosvastuun edellytykset, henkilö on syyllinen, ja ellei teko täytä rikosvastuun edellytyksiä, lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi.

Vastaavasti olen argumentoinut, ettei yhden oikean ratkaisun olettamaa tule sekoittaa siihen, että teko voi olla enemmän tai vähemmän selkeästi rikostunnusmerkistön mukainen. Osa teoista sijoittuu tunnusmerkistön ydinalueelle, osa harmaalle alueelle. Jokaisella rikostunnusmerkistöllä on kuitenkin teoreettinen rajansa, jonka toisella puolella henkilö on rikosoikeudellista vastuusta vapaa ja – jos sama asia toistetaan rikosoikeusteknisellä kielellä – rikosoikeudellinen vastuu edellyttää, että teko täyttää kaikki rikoksen elementit tai sitten kysymyksessä ei ole rikosoikeudellisesti rangaistava teko.

Vaikka syyllisyyden ja syyttömyyden välistä rajaa ei voida todentaa empiirisesti, rajaa ei voida pitää vain teoreettisena fiktiona. Sen olettaminen on oikeusvaltion olemassaolon edellytys. Tämän vuoksi yhden oikean ratkaisun olettama on otettava vakavasti. Toisaalta jos yhden oikean ratkaisun olettama otetaan vakavasti, tuntuu perusteettomalta, että varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olo ei koske syyllisyysratkaisujen normatiivista ulottuvuutta. Tämä perustuu siihen, että yhden oikean lainmukaisen ratkaisun olettama pakottaa myöntämään, että kiperissä tilanteissa vastaaja voidaan tuomita syylliseksi, vaikka lainmukaista voisi olla ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi. Näin ollen on kysyttävä, voidaanko syyllisyysratkaisujen normatiivisesta oikeellisuudesta tinkiä sen perusteella, että oikeuskysymyksen verifiointi todeksi tai epätodeksi on empiirisesti mahdotonta.

Toteamallani tavalla vallitseva vastaus tähän kysymykseen on myöntävä. On ymmärrettävää todeta, että oikeuskysymystä ratkaistaessa totuutta on mahdoton verifioida ja jatkaa, että juridiikka on mielipide- ja perustelulaji. Tällainen ymmärrys muodostuu lukemalla oikeustieteellistä kirjallisuutta. Mielipiteelle löytyy tukea myös korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä.

Vallitsevasta ajattelumallista ei kuitenkaan voida johtaa sitä, että varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olon supistaminen koskemaan vain reaalimaailman tapahtumia on oikeusvaltioteoreettisesti perusteltavissa. Pikemminkin on paradoksaalista, että näyttökysymyksiltä edellytetään liki täydellistä varmuutta, mutta normatiivisesti kiperän syyllisyyskysymyksen tuomari voi ratkaista vapaammin, liki haluamallaan tavalla, etenkin kun näyttö- ja oikeuskysymykset lomittu-

vat monin paikoin toisiinsa.[62] Myös intuitiivisesti vaikuttaa erikoiselta, että oikeudenkäynnissä tulee täsmällisesti selvittää, mitä on tapahtunut, mutta varsinaisen oikeuskysymyksen tuomari voi ratkaista vastaajan vahingoksi vastaajan oikeusturvan kustannuksella.

Vaikka oikeusvaltioteoreettisesti on vaikea perustella, miksi varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olo koskee vain syyllisyyskysymyksen empiiristä ulottuvuutta, rangaistusjärjestelmän toimivuuden kannalta vallitseva tilanne on hyväksyttävä välttämättömänä pahana. Tilanteen legitimoimiseksi voidaan viitata oikeudellisiin argumentaatioteorioihin ja tuomarin tehtävään pyrkiä vakuuttamaan perusteluauditorio tuomion hyväksyttävyydestä. Jos uskomme Aulis Aarniota, edustava konsensus tuomion hyväksyttävyydestä on paitsi välttämätöntä myös riittävää.[63] Samalla edustava konsensus kunnioittaa demokratiaperiaatetta. Tausta-ajatus on, että syyllisyysratkaisuissa ei voida tavoittaa normatiivis-episteemistä varmuutta, joten liberaalissa demokratiassa hyväksyttävää on se, mistä rationaalisesti harkitsevat ihmiset voivat päästä edustavaan yhteisymmärrykseen.[64]

Toisaalta verrattuna muihin oikeudenaloihin rikosoikeudelle on ominaista, että se herättää voimakkaita tunteita. Rikosoikeudessa on vaikea päästä eroon retributivismista eli lynkkausmielialasta.[65] Ajatelkaamme rangaistuksen mittaamista raiskausrikoksessa, jossa on kiperä rajanvetotilanne ehdottoman ja ehdollisen vankeusrangaistuksen välillä. Jos rangaistuksen legitimiteetti edellyttäisi oletusta oikeusyhteisön hyväksynnästä, todennäköisesti ehdollinen tuomio ei tulisi kysymykseen. Näin ollen puhe määrätyn oikeusyhteisön enemmistön hyväksynnästä on rikosoikeudellisesti ongelmallista, joskin myös välttämätöntä. Jos oikeusyhteisön jäsenten asenteet sivuutetaan, uhkana on legitiimisyysvaje.

Jäljelle jäävä ongelma on se, että puhuttaessa syyllisyysratkaisujen legitimiteettiä arvioivasta perusteluauditoriosta hyvätkään perustelut eivät välttämättä riitä legitimoimaan vastaajalle myönteistä tuomiota – ainakaan laajan – oikeus-

---

[62] Kaikki kirjoittajat eivät ole suhtautuneet näyttökynnysvaatimukseenkaan mitenkään ehdottomasti. Tällöin tausta-ajatus on, että liian korkea ja joustamaton näyttökynnysvaatimus voi tehdä joidenkin kriminalisointien relevanssin mitättömäksi. Tästä tematiikasta ks. Jonkka 1991 s. 74–75. Myös Jonkka itse vaikuttaa olevan sitä mieltä, että näyttökynnysvaatimukseen voitaisiin suhtautua eri tavalla riippuen rikostyyppistä eli käytännössä siitä, kuinka hankalaa rikoksesta on hankkia näyttöä. Ks. Jonkka 1991 s. 104. Huomautettakoon lyhyesti, että lähtökohtaisesti vastaajan oikeusturvasta ei voida tinkiä kriminaalipoliittisten tavoitteiden ja rikosoikeudellisen prevention nimissä. Myös korkein oikeus on lähtenyt siitä, ettei näyttökynnys voi vaihdella rikosten vakavuuden perusteella tai siitä syystä, että joissakin rikostyypeissä näytön hankkiminen on hankalaa. Ks. KKO 2013:96, kohta 5.

[63] Aarnio 1989 s. 286.

[64] Aarnio 1989 s. 286–287.

[65] Seikkaperäisesti retributivismista ks. Moore 2008, osa I.

yhteisön silmissä.[66] Sen sijaan vastaajalle kielteiset tuomiot hyväksytään helpommin. Toisenlainen olettamus edellyttäisi oikeusyhteisön liiallista idealisoimista eli sitä, että perusteluauditorion jäsenten rationaalisuutta painotettaisiin konkreettisen hyväksynnän kustannuksella. Tällöin perusteluauditorion hyväksyntä ei kuitenkaan enää viittaisi edustavaan konsensukseen vaan siihen, mistä perusteluauditorion (rationaalisten) jäsenten tulisi olla yhtä mieltä ollakseen normatiivisesti oikeassa.

Kyseinen problematiikka sekä etenkin rikosoikeudessa korostunut vastaajan oikeusturva edellyttävät vastaamista siihen, miksi määrätyn oikeusyhteisön jäsenten asenteet voidaan hyväksyä relevanteiksi tekijöiksi langetettaessa syyksilukevaa tuomiota. Demokratiaperiaatteen kunnioittamiseen viittaamista en koe sellaisenaan riittäväksi: rikosoikeuden keskeisperiaatteisiin sisältyy ennalta sovittujen pelisääntöjen noudattaminen, ja lähtökohtaisesti kyseiseen opinkappaleeseen ei istu se, että pelisääntöjen osoittauduttua riittämättömäksi korostetaan tuomion hyväksyttävyyttä.

Näin ollen olen päätynyt siihen, että vastaajan vahingoksi jäävän epävarmuuden legitimiteetti tulee hakea perusteluauditorion hyväksyntää syvemmältä. Tällainen tehtävä ei kuitenkaan ole helppo. On varsin vaikea oikeuttaa teoreettisesti se, miksi oikeusvaltiossa syyllisyyskysymykset voidaan ratkaista vastaajan vahingoksi, vaikka vastaajan syyllisyys ei olisi normatiivisesti varteenotettavan epäilyn tuolla puolen.

Vastausehdotuksenani tulen esittämään, että rikosoikeudellisen vastuullisuuden legitimiteetti perustuu ytimiään myöten ihmisten jaettuihin asenteisiin, ja tämä aspekti jättää sijan hyväksyä ihmisten jaetut asenteet relevanteiksi tekijöiksi myös oikeuden pintatasolla eli syyllisyyskysymyksiä ratkaistaessa. Näin ollen tarjoamani vastaus voidaan ymmärtää syyllisyysteoreettiseksi pyrkimykseksi legitimoida syyllisyysratkaisuihin sisältyvä normatiivinen epävarmuus. Siihen, mitä väitteeni täsmällisesti ottaen tarkoittaa, on vastattava kiertoteitse. Tehtävä on aloitettava tarkastelemalla syyllisyysperiaatteen relatiivisuutta. Tämä edellyttää filosofista näkökulmaa, olkoonkin, että samalla erkaannun syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen sisältyvästä problematiikasta. Lähden kuitenkin siitä, että väitettäessä, ettei toisintoimimismahdollisuutta voida ottaa annettuna, vakuuttavat perustelut ovat välttämättömiä. Sanotun relevanssi tutkimustematiikalleni käy ilmi myöhemmin.

---

[66] Teoreettisesti rikostuomioiden legitimiteettiä arvioivaa perusteluauditoriota ei voida ymmärtää minään teknokraattisena juristien oikeusyhteisönä, vaan kysymys on nimenomaan kotimaisen rikoslainkäytön piirissä olevien rationaalisten ihmisten edustavasta konsensuksesta. Jos lähtisimme siitä, että tuomioiden teoreettinen legitimiteetti olisi sidoksissa esimerkiksi rikosoikeuden asiantuntijoiden asenteisiin, kysymyksessä olisi demokratiaa halventava harvainvallan ihannointi.

8.3 SYYLLISYYSPERIAATTEEN SISÄLTÄMÄ FILOSOFINEN PROBLEMATIIKKA

Syyllisyysperiaatteen mukaan vain vapaat teot ovat sellaisia, joista meitä voidaan pitää vastuullisina. Sen sijaan ei-vapaista teoista meitä ei ole perusteltua syyttää.[67] Kolmiportaisessa rikoksen rakennemallissa syyllisyysperiaate viittaa kolmanteen tasoon eli syyllisyyteen. Tunnusmerkistön mukaisesta ja oikeudenvastaisesta teosta moittiminen edellyttää, että tekijällä on ollut myös mahdollisuus toimia toisin.

Syyllisyysperiaate sisältää olettamuksen, että ihmisillä on valinnan vapaus. Toisaalta siitä, että valinnan vapaus on vastuullisuuden välttämätön edellytys, ei voida johtaa sitä, että ihmisillä on toisintoimimismahdollisuus – ja jos ihmisillä ei ole toisintoimimismahdollisuutta, tällöin ei ole perusteltua puhua myöskään vapaista teoista. Tämä on käsitteellinen välttämättömyys, koska vain toisintoimimismahdollisuus mahdollistaa vapaat teot.[68]

> Filosofisessa keskustelussa puhutaan tyypillisesti tahdon vapauden ongelmasta. Vaikka vapaata tahtoa ja toisintoimimismahdollisuutta ei täsmällisesti ottaen voida rinnastaa, on huomattava, että vapaa tahto on toisintoimimismahdollisuuden edellytys. Jos ihmisellä ei ole vapaata tahtoa, hän ei voi toimia toisin. Tämä perustuu siihen, että ellei jokin teko ole tahdon kontrollissa, teko ei ole vapaa.
>
> Jäljempänä rinnastan vapaan tahdon ja itseään määräävän subjektin. Koska kirjoitan rikosoikeudellisin tarkoitusperin, en kuitenkaan puhu vapaasta tahdosta vaan ensisijaisesti käytän termiä toisintoimimismahdollisuus. Perustelen valintani sillä, että rikosoikeudessa (ja rikosoikeustieteellisissä puheenvuoroissa) vastuullisuuden kriteerinä pidetään toisintoimimismahdollisuutta eikä tahdon vapautta.

Filosofian historia tuntee lukemattomia yrityksiä vastata tahdon vapauden ongelmaan. Toisin sanoen filosofit ovat kautta aikain pyrkineet perustelemaan sen, miksi ihminen voi valita vapaasti. Toistaiseksi vastausyritykset ovat olleet riittä-

---

[67] Ashworth – Horder 2013 s. 23–24; Ashworth 2009 s. 23; Duff 2009 s. 95–96; Frankfurt 2011 s. 481; Moore 2008 s. 254. Oletus toisintoimimismahdollisuudesta on ylipäätään normatiivisen vastuullisuuden edellytys, oli sitten kysymys rikosoikeudellisesta tai vahingonkorvausvastuusta. Ks. Weinrib 2012 s. 22.

[68] Äkkiseltään voi tuntua siltä, ettei oikeustieteellisessä puheenvuorossa ole sijaa toisintoimimismahdollisuuden kyseenalaistamiselle. Näin ollen todettakoon, että toisintoimimismahdollisuuteen sisältyvä problematiikka on toistuvasti esillä myös oikeustieteellisissä kirjoituksissa. Ks. esim. Ashworth – Horder 2013 s. 23–24; MacCormick 2011 s. 2–3 sekä osa 5; Dworkin 2011, osa 10; Kane 2010 s. 611–619; Hirsch 2010 s. 62–67. Nähdäkseni useiden kirjoittajien kiinnostus problematiikkaan indikoi sitä, etteivät tahdon vapaus ja toisintoimimismahdollisuus ole niin itsestään selviä asioita, että ne voitaisiin oikeudellisessakaan kontekstissa ottaa ongelmattomina käsitteinä.

mättömiä.[69] Yhden esimerkin tästä problematiikasta tarjoaa jälleen pinnalle noussut keskustelu tunteista.[70] Hyväksymme kyseenalaistamatta sen, että ihmiset ovat vastuullisia myös niistä teoista, joita he tunteidensa vallassa tekevät. Esimerkiksi mustasukkaisuussurmissa ei tarkastella sitä, missä määrin henkirikoksen tekijä on voinut kontrolloida käyttäytymistään. Rikosoikeudessa, aivan kuten muussakin inhimillisen toiminnan arvioinnissa, lähdemme siitä, että ihmisten on voitava kontrolloida tekojaan siitä huolimatta, minkälaisten affektien vallassa he toimivat.

Vaikka tällainen lähtökohta otetaan annettuna, sen pätevyys voidaan riitauttaa. Meistä useimmat tietävät, että tietynlaisessa tunnetilassa olemme taipuvaisia reagoimaan tietyllä tavalla. Tiedämme myös, että tietynlaisissa tilanteissa tunnemme tietyllä tavalla, halusimmepa tätä tai emme. Esimerkiksi monet tuntevat yleisön edessä jännitystä, joka voi ilmetä henkilön olemuksesta. Tällaisessa tilanteessa ihminen ei voi vain päättää, että lopeta jännittäminen ja käyttäydy toisella tavalla.

Tunteet ovat vain yksi tapa hahmottaa toisintoimimismahdollisuuteen sisältyvä problematiikka. Perimmältään ongelma on pitkäikäinen ja saanut monta eri ilmenemismuotoa.[71] 2000-luvulla tahdon vapauden ongelmaa on lähestytty esimerkiksi neurotieteellisestä ja neurobiologisesta[72] sekä darwinistisesta näkökulmasta[73].[74]

> Perinteisesti valinnan vapaus ja rikosoikeudellinen vastuullisuus on problematisoitu myös yhteiskunnallisilla argumenteilla.[75] Esimerkiksi 1995–2011 eisotaa käyvistä maista Etelä-Afrikka on luokiteltu yhdeksi henkirikosalttiimmista maista.[76] Tällöin joudumme vastaamaan siihen, ovatko eteläafrikkalaiset ihmisinä väkivaltaisempia vai onko väkivaltaisuus ja rikollisuus pikemminkin selitettävissä Etelä-Afrikalle tyypillisellä yhteiskunnallisella kehityksellä, joka determinoi väkivaltaista käyttäytymistä.
>
> Vastaavasti voimme Yhdysvaltain vankitilastoja lukemalla huomata, että siinä missä vankeusrangaistusta suorittavien valkoihoisten suhdeluku asukasta kohtaan on 380/100 000 henkilöä, afroamerikkalaisista vastaava suhdeluku

---

[69] Rikosoikeudellisin tarkoitusperin tästä tematiikasta ks. Ashworth – Horder 2013 s. 23; Hirsch 2010 s. 62.

[70] Rikosoikeudellisin tarkoitusperin tästä tematiikasta ks. Baird 2009 s. 81–122.

[71] Tahdonvapauskeskustelun historiasta ks. Dilman 1999. Tahdonvapauskeskustelun yleislinjoista ks. Graham 2000.

[72] Esim. Green – Cohen 2004; Searle 2007, erityisesti s. 37–109; Searle 2001.

[73] Dennet 2004.

[74] Seikkaperäisempi ja hienosyisempi jaottelu determinismin eri variaatioista ks. Duus-Otterström 2007 s. 246–247.

[75] Esim. Carson et al. 2007 s. 2–3.

[76] Ks. United Nations Office on Drugs and Crimes -viraston sivustot sekä ko. sivustoilla olevat tilastot.

> on 2207/100 000 henkilöä.[77] Ottaessamme annettuna, ettei ihonväri tee kenestäkään rikollista, joudumme myöntämään, että jotkin yhteiskunnalliset syyt determinoivat sen, että Yhdysvalloissa vankeinhoidon kohteeksi seuloutuu huomattavasti useammin afroamerikkalainen kuin valkoihoinen.

Tässä yhteydessä ei ole tarvetta tarkastella ihmisen toiminnan ennalta määräytymistä hienosyisesti.[78] Tällainen tehtävä edellyttäisi useamman väitöskirjan kirjoittamista. Tarkoitukseni on toisenlainen. Ensinnäkin väitän, että determinismi on paitsi perusteltu tapa ymmärtää todellisuuden luonne myös vastuullisuuden välttämätön edellytys. Toiseksi osoitan, että determinismi ja toisintoimimismahdollisuus ovat vaikeasti yhteensovitettavissa. Kolmanneksi puollan näkemystä, ettei determinismi ole kuitenkaan este pitää ihmisiä vastuullisena teoistaan.

Vaikka perimmäiset tarkoitusperäni ovat rikosoikeudellisia, tematiikka edellyttää filosofista katsontakantaa. Tämä pakottaa turvautumaan alan kirjallisuuteen. En kuitenkaan turvaudu mihinkään yksittäiseen teokseen tai koulukuntaan. Sen sijaan olen sallinut itselleni vapauden luovia erityyppisten argumenttien välimaastoissa.

Toisintoimimismahdollisuuden skeptinen argumentti. Tehtäväni aloitan toisintoimimismahdollisuuden skeptisestä argumentista, josta Suomessa on kirjoittanut esimerkiksi Olli Koistinen.[79] Vastaava argumentti löytyy myös monien muiden kirjoittajien esittämänä.[80]Argumentti kuuluu seuraavasti:

1. Joko indeterminismi tai determinismi on totta.
2. Jos indeterminismi on totta, toisintoimimismahdollisuutta ei ole.
3. Jos determinismi on totta, toisintoimimismahdollisuutta ei ole.
4. Näin ollen toisintoimimismahdollisuutta ei ole.

Vaikka indeterminismiä ja determinismiä ei voida määritellä yksiselitteisesti, ne voidaan määritellä tähän yhteyteen riittävän täsmällisesti. Tällöin indeterminismi tarkoittaa sitä, että on olemassa tapahtumia, joille ei ole syytä. Vastakohtaisesti determinismillä tarkoitetaan sitä, että kaikille tapahtumille on syy. Tästä seuraa loogisella välttämättömyydellä, että jompikumpi vaihtoehdoista on tosi. Joko kaikille tapahtumille on syy tai sitten on olemassa tapahtumia, joille ei ole syytä.

---

[77] Ks. Prison Policy Initiativen sivut ja ko. sivuilla olevat tilastot.
[78] Tästä tematiikasta ks. Melan 2013.
[79] Koistinen 2002 s. 39–60, erityisesti s. 39.
[80] Esim. Campbell 2011 s. 21 ja 43; Feinberg – Shafer-Landau (eds) 2011 s. 418; Balaquer 2010 s. 1–2. Filosofisessa kirjallisuudessa puhutaan tyypillisesti vapaan tahdon skeptisestä argumentista ja siitä, että indeterminismi ja determinismi ovat ristiriidassa vapaan tahdon kanssa. Oma terminologinen valintani on kuitenkin toisintoimimismahdollisuuden skeptinen argumentti, koska puhe toisintoimimismahdollisuudesta istuu paremmin rikosoikeudelliseen kontekstiin.

Skeptisen argumentin mukaan riippumatta siitä, kumpi vaihtoehdoista on tosi, toisintoimimismahdollisuutta ei ole. Tämä johtopäätös on looginen seuraus kahdesta premissistä (premissit 2–3), joista jompikumpi on välttämättä tosi, mutta joista kumpainenkin kieltää toisintoimimisen mahdollisuuden. Tarkastelkaamme seuraavaksi, ovatko argumentin premissit päteviä eli ovatko indeterminismi ja determinismi ristiriidassa toisintoimimismahdollisuuden kanssa. Aloittakaamme indeterminismistä.

Indeterminismi. Luetko tällä hetkellä tätä tekstiä jostakin syystä tai onko mahdollista, että olet päätynyt tekstin ääreen ilman sellaisia syy-seuraussuhteita, jotka selittäisivät sen, että tällä hetkellä luet tätä tekstiä? Jos jälkimmäinen vaihtoehto tuntuu varteenotettavalta vaihtoehdolta, hyväksyt indeterminismin mahdollisuuden.

Koska indeterminismin mukaan on olemassa tapahtumia, joille ei ole syytä, indeterminismi on lähtökohtaisesti sopusoinnussa toisintoimimismahdollisuuden kanssa.[81] Tämä perustuu siihen, että esimerkiksi rikostunnusmerkistön mukaiseen tekoon syyllistyneellä henkilöllä on periaatteessa ollut mahdollisuus toimia toisin, koska mikään hänen kontrollinsa tuolla puolen oleva syy ei ole välttämättä determinoinut hänen tekoaan. Toisin sanoen indeterminismin keskeisajatuksen mukaan toisintoimimismahdollisuus edellyttää oletusta, että ihminen voi toimia kausaalisuhteista vapaana. Koska determinismin mukaan kaikille tapahtumille on syy, indeterministit lähtevät siitä, että nimenomaan indeterminismin on oltava totta: muutoin ei ole perusteltua puhua toisintoimimismahdollisuudesta vaan ihmisestä, joka vain reagoi osana persoonattomia syy-seuraussuhteita.[82]

Koska on kiistatonta, että ihmisen toimintaa selittävät monet tekijät, väite, että ihminen on kausaalisuhteista vapaa olento, on lähtökohtaisesti virheellinen. Ainakin osa ihmisen toiminnasta on syiden sanelemaa. Tämä ei tietenkään tarkoita, että ihminen olisi välttämättä kaikissa tilanteissa kykenemätön toimimaan determinoimattomasti eli siten, että hän itse olisi omien maailmantilojensa luoja. Filosofisissa puheenvuoroissa kyseistä mahdollisuutta kutsutaan jumaletuoikeudeksi, koska tämänkaltaiseen vapauteen sisältyy oletus, että me kaikki olemme jonkin alkuunpanijoita, ensimmäisiä liikuttajia. Retoriikan alkuperä lienee Roderick Chisholmin kirjoituksissa.[83]

---

[81] Feinberg – Shafer-Landau (eds) 2011 s. 416; Koistinen 2002 s. 42.

[82] Determinismin ja indeterminismin välisestä dikotomiasta ks. Cambell 2011 s. 19–25.

[83] Chisholm 1966 s. 23. Chisholmin mukaan vapaa henkilö omaa ”etuoikeuden, jonka monet lukevat kuuluvaksi vain jumalalle: toimiessamme jokainen meistä on alkuunpanija eli liikkumaton liikuttaja” (suomennos TH). Täsmällisesti sanottuna Chisholm kirjoittaa ”a prerogative which some would attribute only to God: each of us, when we act, is a prime mover unmoved”.

Jättäkäämme kuitenkin jumaletuoikeus sivuun ja tarkastelkaamme lähemmin indeterminismin perusoletusta eli väitettä, jonka mukaan on olemassa tekoja, jotka eivät perustu niitä edeltäviin syihin. Lähtökohtaisesti tällainen olettama istuu huonosti rationaaliseen maailmankuvaamme. Perusteltu olettamamme on, että tekomme ovat erityyppisten kausaalisuhteiden determinoimia.[84]

Toisaalta jos oletamme, että osa asioista vain tapahtuu, ihmisestä tulee sattuman uhri.[85] Tämän väitteen relevanssi perustuu siihen, että maailmassa, jossa teot tapahtuvat ilman syytä, ihmisillä ei ole todellista vaikutusmahdollisuutta niihin tapahtumiin, joissa hän on osallisena.[86] Asiat vain tapahtuvat. Olli Koistisen sanoin jos indeterminismi on totta, ihmisestä tulee itseään pelkäävä olento.[87] Esimerkiksi jos A:n puukko on yhtäkkiä B:n rinnassa, eikä tätä tapahtumaa voida mitenkään selittää, B on sattuman eikä A:n uhri. Vastaavasti jos C kesken juoksulenkin havahtuu ajavansa ylinopeutta liikkuvaa autoa, C on sattuman uhri. Rikosoikeuden perusperiaatteiden mukaan sattumuksista ei kuitenkaan rangaista. Vastuullisuuteen sisältyy ajatus ihmisestä itseään määräävänä subjektina. Muun muassa tahallisuus- ja tuottamusopit perustuvat tällaiseen ideaan.

Myöhemmin todennettavalla tavalla on inhimillisesti haastavaa, että determinismi on totta, mutta tätäkin katastrofaalisempaa olisi se, että teoille ei olisi mitään syytä.[88] Tämän tiedostaminen on tärkeää. On keskeistä huomioida, että determinismiä on pidettävä vastuullisuuden välttämättömänä ehtona. Jos teot tapahtuisivat ilman syytä, ihmisestä tulisi sattuman uhri. Tällöin ihmisiä ei voitaisi pitää rikosoikeudellisesti vastuullisena teoistaan. Näin ollen determinismi on vastuullisuuden välttämätön edellytys.

Determinismin välttämättömyyttä voidaan havainnollistaa myös seuraavasti: ellei teoille ole syytä, teot eivät voi olla ihmisen itsensä tahtomia, ja jos teot eivät ole ihmisen itsensä tahtomia, ihmistä ei voida pitää vastuullisena teoistaan.[89] Näin ollen indeterminismi ei mahdollista vastuuta, vaan se on ristiriidassa itseään määräävän subjektin ja täten myös toisintoimimismahdollisuuden ja vastuullisuuden kanssa.

Johtopäätöksenä voidaan todeta, että toisintoimimismahdollisuus edellyttää oletusta ihmisestä itseään määräävänä olentona. Jotta olisimme itseämme määrääviä olentoja, tekomme tulee olla ainakin tahtomme determinoimia. Jäljelle jäävä kipupiste on oletus ihmisestä itseään määräävänä olentona, joka ei hevin

---

[84] Rikosoikeudellisessa kontekstissa vastaavasti on argumentoinut Dan Frände. Ks. Frände 2012 s. 71. Ks. myös Kane 2010 s. 618–619.
[85] Kane 2010 s. 611; Koistinen 2002 s. 43.
[86] Campbell 2011 s. 23; Balaguer 2010 s. 119; van Inwagen 1998 s. 370.
[87] Koistinen 2002 s. 43 ja 56.
[88] Ks. myös Campbell 2011 s 25–26.
[89] Koistinen 2002 s. 55.

istu deterministiseen maailmankuvaan. Jatkakaamme tarkastelemalla determinismin ja toisintoimimismahdollisuuden välistä suhdetta.

Determinismi. Edellä antamani määritelmän mukaan determinismi tarkoittaa sitä, että kaikille tapahtumille on syy. Koska syiden ja seurausten välinen kausaliteetti voidaan ymmärtää monella tavalla, termiä ”determinismi” käytetään erilaisissa asiayhteyksissä ja erilaisissa merkityksissä. Vaikka determinismi on käsitteenä monimerkityksinen, determinismille voidaan antaa yksi yleispätevä määritelmä. Tämän määritelmän mukaan deterministiset syy-seuraussuhteet tarkoittavat sitä, että aiemmat maailmantilat määräävät sen, minkälainen maailmantila kullakin hetkellä vallitsee.[90] Olli Koistisen mukaan kysymys on seuraavasta:[91]

> Jos maailmantilat m^1 ja m^2 ovat kaksi maailmatilaa siten, että m^1 esiintyy ennen kuin m^2, niin jos m^1 vallitsee hetkellä h^1, m^2 vallitsee välttämättä hetkellä h^2.[92]

Asiaa voidaan valaista rikosoikeudellisella esimerkillä. Olettakaamme, että hetkellä h^2 vallitsee maailmantila m^2. Olettakaamme edelleen, että maailmantilassa m^2 A on surmannut B:n. Koska maailmanhistoria ei ala hetkellä h^2, se on seuraus sitä edeltäneestä maailmantilasta. Olettakaamme, että maailmantilan m^2 esiintyminen edellyttää maailmantilan m^1 esiintymistä. Näin ollen maailmantilan m^1 esiintyminen on johtanut siihen, että maailmantila m^2 on aktualisoitunut. Edelleen koska maailmantila m^1 ei aloita maailmanhistoriaa hetkellä h^1, myös maailmantila m^1 on seuraus sitä edeltäneestä maailmantilasta ja niin edelleen. Näin ollen determinismille antamani määritelmän mukaan A olisi voinut olla surmaamatta B:n vain siinä tapauksessa, että koko tapahtumaa edeltävä maailmanhistoria olisi erilainen.

Oletettavasti rikosoikeudesta kiinnostunut lukija ajattelee, ettei keskustelu determinismistä ole rikosoikeudellisesti relevanttia. Perinteisesti rikosoikeustieteessä ei ole oltu kiinnostuneita kausaalisuudesta toisintoimimismahdollisuuden näkökulmasta, vaan puheenvuoroissa on tarkasteltu syyn ja seurauksen välistä suhdetta toisenlaisin tarkoitusperin.[93] Tämä perustuu siihen, ettei tuomiois-

---

[90] Tässä yhteydessä lienee syytä viitata Carl Gustav Hempeliin. Hempelin pyrkimys oli rakentaa tieteiden ykseyttä korostava selitysmalli, jonka avulla voitaisiin mallintaa jokaisen historiallisen tapahtuman selitys (ns. peittävän lain malli). Ks. Hempel 1965. Hempelin peittävästä mallista ks. myös von Wright 1971 s. 10–15, erityisesti s. 12.

[91] Koistinen 2002 s. 40. Ks. myös Campbell 2011, etenkin s. 44–45.

[92] Kysymyksessä on lähes suora lainaus Olli Koistiselta. Ks. Koistinen 2002 s. 40.

[93] Erityisesti rikosoikeustieteilijät ovat olleet kiinnostuneita siitä, millä ehdoilla jokin yksittäinen teko, tekemättä jättäminen, vaarantaminen tai psyykkinen vaikuttaminen voivat olla riittävä ehto rangaistusvastuun syntymiselle. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 163–175; Frände 2012 s. 71–79; Moore 2011 s. 168–193; Moore 2008 s. 333–362; Nuotio 2007. Seikkaperäisesti kausaalisuudesta ja syyksiluettavuudesta ks. Nuotio 1998a.

tuimissa tarkastella yleisiä syy-seuraussuhteita, vaan tuomarin tehtävä on nähdä jonkin yksittäisen teon ja tätä tekoa seuraavan rikosoikeudellisesti relevantin tapahtuman välinen kausaalisuussuhde.[94] Vaikka tällainen näkökulma on pragmaattisesti perusteltu, se sisältää olettaman, että ihminen ei vain reagoi deterministisessä tapahtumaketjussa vaan toimii tahtonsa mukaisesti. Tässä yhteydessä kiinnostukseni kohteena on kuitenkin nimenomaan se, estääkö deterministinen maailmankuva olettamasta, että ihminen on itseään määräävä olento. Näin ollen sivuutan rikosoikeudellisesti tyypillisen keskustelun kausaalisuudesta ja tarkastelen syyn ja seurauksen välistä suhdetta pakottavuuden näkökulmasta.

Ottakaamme annettuna, että jokainen maailmantila on seurausta sitä edeltäneestä maailmantilasta. Tällöin hyväksymme sen, että mitään ei tapahdu ilman syytä.[95] Vaikka tätä olettamaa on lähes mahdoton kiistää, jäljelle jäävä kysymys on se, mitä syyllä täsmällisesti ottaen tarkoitetaan.[96]

Syyn käsitteen monimerkityksellisyys tulee oivallisesti esille Mikael Melanin väitöskirjassa ”Will and Mechanisms”, jossa Melan tarkastelee inhimillisen toiminnan selittämistä.[97] Melan osoittaa, että inhimillisen toiminnan selittäminen riippuu siitä, kuka toimintaa pyrkii selittämään. Ajatelkaamme väkivaltarikosta. Siinä missä yhteiskuntatieteilijä tarjoaa toiminnan selitykseksi yhteiskunnallisia rakenteita, henkilöhistoriaa tai esimerkiksi tekijän sosiaalista asemaa, neurofysiologi voi selittää saman tapahtuman aivomekanistisin termein. Historioitsija voi tarjota vastaukseksi Suomen väkivaltakulttuuria, oikeuspsykiatri aivokemiallisia tapahtumia ja psykologi voi selittää tapahtumat piilotajunnalla tai esimerkiksi tunne-elämän kehittymättömyydellä. Tällaiset inhimillisen toiminnan selitystyypit ovat tieteenalakohtaisia, eivätkä ne itsessään ole kiinnostukseni kohteena. Sen sijaan kysyn, minkälaisten teoreettisten ehtojen vallitessa tapahtuman voidaan sanoa olevan syyn välttämätön seuraus.[98]

Monien filosofien tapaan olen taipuvainen ajattelemaan, että sanoessamme jonkin olevan seurauksen syy, teemme kaksi oletusta. Ensinnäkin syyn tulee olla seurauksen riittävä ehto, toiseksi syyn tulee olla seurauksen välttämätön ehto. Suomessa vastaavalla tavalla on argumentoinut Olli Koistinen.[99] Vaikka puhe ”riittävyydestä” ja ”välttämättömyydestä” voi tuntua monimutkaiselta, pohjim-

---

[94] Tästä tematiikasta ks. Ashworth – Horder 2013 s. 105–108; Frände 2012 s. 72–73; Leijonhufvud – Wennberg 2009 s. 44–46.

[95] Ks. myös Kane 2002 s. 10; van Inwagen 1983 s. 56.

[96] Tästä tematiikasta ks. Honderich 2005 s. 10.

[97] Melan 2013.

[98] Kausaalisuutta (eli syyn ja seurauksen välistä suhdetta) koskevasta filosofisesta keskustelusta ks. Melan 2013 s. 21–45.

[99] Määritelmä on lainaus Olli Koistiselta. Ks. Koistinen 2002 s. 41–42.

miltaan kysymys on yksinkertaisesta asiasta. Asiaa voidaan valaista seuraavasti.[100]

Tyypillisesti ajattelemme, että kaikille tapahtumille on yksiselitteinen syy. Esimerkiksi sanoessani, että ”en herännyt tänään ajoissa, koska herätyskelloni ei soinut” väitän, että myöhästymiseni syy oli herätyskelloni soimattomuus. Arkikielessämme annammekin ymmärtää, että kunkin tapahtuman syy on jokin sitä edeltänyt yksittäinen tapahtuma. Täsmällisesti ottaen tämä ei kuitenkaan pidä paikkaansa. Myös herätyskelloni soimattomuudelle on jokin syy, kuten se, ettei herätyskellon paristoja ollut vaihdettu ajoissa. Todellisuudessa tapahtumat edellyttävätkin aina eri syiden yhtäaikaista ja peräkkäistä esiintymistä. Vastaavasti kunkin yksittäisen syyn puuttuminen (tapahtumaketjussa) voi johtaa siihen, ettei tapahtuma esiinny.

Sanottu on tuttua myös rikosoikeusteoriaa lukeneille henkilöille. Rikosoikeudellisessa kausaalisuuskeskustelussa viitataan usein filosofi John Leslie Mackien argumenttiin, jonka mukaan ”syy” yksinään on sinänsä riittämätön mutta samalla välttämätön osa sellaista ehtojoukkoa, jonka seurauksena jokin asia tapahtuu (ns. INUS-malli[101]).[102] Esimerkiksi Inarijärvellä sijaitseva Pielpajärven erämaakirkko voi palaa, koska henkilö sytyttää kirkon lähistölle nuotion. On kuitenkin perusteetonta väittää, että nuotion sytyttäminen on tulipalon ainut syy. Ilman riittävää kuivuutta tuli ei olisi levinnyt maastossa eivätkä märät seinälaudat olisi syttyneet. Tällaisessa tilanteessa nuotion sytyttäminen on tulipalon syy, mutta tulipalo on edellyttänyt myös muiden relevanttien syiden käsillä oloa. Vastaavasti pankkitilillä olevien rahojen katoamisen syy voi olla nettipankkiin kohdistunut tietomurto, mutta on perusteetonta väittää, että tietomurto on rahojen menettämisen eksklusiivinen syy. Jos pankin tietoturva olisi ollut ajan tasalla, rahat eivät olisi pankkitililtä kadonneet.

Toisaalta Pielpajärven erämaakirkko ei olisi palanut, jos henkilö ei olisi sytyttänyt nuotiota. Vastaavasti rahat katosivat, koska nettipankkiin tehtiin tietomurto. Näin ollen voimme Olli Koistista – ja välillisesti myös J.L. Mackieta – lainaten määritellä syyn riittävän kausaalisuusehdon avulla:[103]

> Tapahtuma X on tapahtuman Y syy eli tapahtuma X on tapahtuman Y kausaalinen ehto tai riittävän kausaalisen ehdon osa.

---

[100] Seikkaperäisesti syyn ja seurauksen välisestä suhteesta ks. Honderich 2005 s. 10–24.

[101] Insufficient but non-redundant parts of a condition which is itself unnecessary but sufficient for the occurrence of the effect.

[102] Mackie 1993 s. 34; Mackie 1974 s. 62. Kotimaisessa rikosoikeudellisessa keskustelussa Mackieen ovat viime vuosina tukeutuneet ainakin Tapani – Tolvanen 2013 s. 166–167 ja Frände 2012 s. 73. Ks. myös Nuotio 1998a s. 141; Nuutila 1996 s. 205.

[103] Koistinen 2002 s. 41.

Se, että tapahtuma X on tapahtuman Y kausaalinen ehto tai riittävän kausaalisen ehdon osa, tarkoittaa sitä, että tapahtuma Y on X:n välttämätön seuraus. Tässä yhteydessä termi ”riittävä” on keskeinen. Se kuvaa, että muiden edellytysten täyttyessä puuttuva yksittäinen syy aktualisoi tapahtuman.[104]

Näin hahmotettuna voidaan todeta, että nuotion sytyttäminen on Pielpajärven erämaakirkon palamisen puuttuva ehto. Ilman nuotion sytyttämistä kirkko ei olisi palanut, vaikka muut palamiselle relevantit ehdot olisivat olleet läsnä. Vastaavasti vaikka pankin tietoturvassa olisi ollut aukko, ilman tietomurtoa rahat eivät olisi pankkitililtä kadonneet. Tietomurto oli siis rahojen katoamisen puuttuva ehto.

Näin ollen on perusteltua lähteä siitä, että todettaessa X:n olevan Y:n syy tarkoitetaan sitä, että syyn ja seurauksen keskinäissuhde on välttämätön. Toisin sanoen väittäessämme, että X on Y:n syy, oletamme, että X-tekijää lukuun ottamatta muut Y:n esiintymiselle relevantit tekijät ovat jo läsnä. Toisin sanoen jos X on Y:n syy, X on osa sellaista laajempaa kokonaisuutta, josta seuraa Y. Täten johtopäätös on seuraava: X on Y:n kausaalinen ehto tai riittävä kausaalisen ehdon osa, jos ja vain jos X:n esiintymisestä seuraa Y.[105]

Palatkaamme determinismiin. Determinismille antamani määritelmän mukaan kaikille tapahtumille on syynsä. Toisaalta jos kaikelle on syynsä, on kiistanalaista väittää, että ihmisillä on toisintoimimismahdollisuus. Tämä perustuu edellä esittämääni syyn määritelmään eli syyn ja seurauksen väliseen pakottavuuteen. Toteamallani tavalla jos X on Y:n syy, X on osa sellaista laajempaa kokonaisuutta, josta seuraa Y. Tällöin Y ei voi mitään sille, että se ilmenee. X:n esiintyessä Y vain tapahtuu.[106]

Nähdäkseni meillä ei ole perusteita kiistää sanottua. Ensinnäkään ajattelumme ei taivu siihen, että olemassa on tapahtumia, joilla ei ole syytä. Toiseksi sanoessamme, että X on Y:n syy, tarkoitamme, että X:n esiintymisestä seuraa Y. Hyväksyessämme kyseisen syyn ja seurauksen välisen määritelmän on havaittavissa, että determinismi ja toisintoimimismahdollisuus ovat vaikeasti sovitettavissa yhteen. Jos ja kun kaikille tapahtumille on syy, jokainen tapahtuma on välttämätön seuraus sitä edeltäneestä tapahtumasta. Lienee syytä korostaa, että sanottu pätee myös sellaisiin tapahtumiin, joiden katsomme sisältävän inhimillisen aspektin. Myös tällaiset tapahtumat ovat erityyppisten syy-seuraussuhteiden summia.[107]

---

[104] Ks. myös Melan 2013 s. 21. Rikosoikeudellisesta keskustelusta ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 166–167; Frände 2012 s. 73.
[105] Koistinen 2002 s. 42–43. Ks. myös Honderich 2005 s. 12.
[106] Koistinen 2002 s. 41–42.
[107] Ks. myös Feinberg – Shafer-Landau (eds) 2011 s. 418–419

Toisaalta jos kaikki tapahtumat seuraavat välttämättömyydellä tapahtumia edeltävistä tapahtumista, myös tekojen ja tekemättä jättämisten syy perustuu kontrollimme tuolla puolen olevaan menneisyyteen.[108] Tässä mielessä kukin meistä on maailmanhistoriansa orja. Jotta henkilöllä olisi aito mahdollisuus vaikuttaa siihen, mitä tapahtuu, hänen pitäisi kyetä vaikuttamaan tapahtumasarjaan eikä vain reagoimaan osana syy-seurausketjua.[109]

Vaikka persoonattomista syy-seurausketjuista puhuminen on vastoin intuitiotamme, on tähdennettävä, että syy-seuraussuhteet ovat rationaalisen maailmankuvamme edellytys.[110] Toteamallani tavalla jos jollekin tapahtumalle ei ole syytä, kysymyksessä on ilmiö, joka ei istu maailmankuvaamme. Kausaalittomuus olisi myös inhimillisesti katastrofaalista. Olli Koistista lainaten ilman kausaliteettia ihmisestä tulee sattuman, ei välttämättömyyden uhri.[111] Näin ollen legitiimi – ja vastuuttamisen vuoksi myös välttämätön – olettamamme on, ettei mitään tapahdu ilman syytä, vaan kukin tapahtuma on tapahtumaa edeltävän kausaliteetin aikaansaannos.

Kotimaisissa rikosoikeudellisissa puheenvuoroissa determinismistä on keskusteltu niukasti.[112] Pääpiirteissään keskustelussa on tyydytty toteamaan, että

---

[108] Kane 2002 s. 10.

[109] Campbell 2011 s. 44. Filosofisessa kirjallisuudessa determinististä välttämättömyyttä kutsutaan termillä ”hard determinism”. Tällä tarkoitetaan nimenomaan sitä, että determinismi ei ole yhteen sovitettavissa toisintoimimismahdollisuuden eikä täten myöskään vastuullisuuden kanssa. Käsitemääritelmistä ks. Kane (ed.) 2002 s. 284–290, erityisesti s. 287.

[110] Tässä yhteydessä en malta olla viittaamatta rationalistiklassikko Baruch Spinozaan, olkoonkin, että (rikos)oikeustieteellisessä tutkimuksessa on syytä välttää turhia viittauksia filosofian klassikoihin. Spinozan mukaan mikään ei voi tapahtua toisella tavalla kuin nimenomaan sillä tavalla kuin se tapahtuu. Spinozan mukaan tämän asian tiedostaminen ei johda perikatoon vaan mielenrauhaan. Ks. Spinoza 1677/1994. Spinozan filosofiasta ks. myös Pietarinen 1993.

[111] Koistinen 2002 s. 43. Ks. myös Campbell 2011 s. 23; Balaguer 2010 s. 119.

[112] Havaintojeni mukaan ainoat laajemmat kotimaiset rikosoikeudelliset puheenvuorot sisältyvät Tapio Lappi-Seppälän väitöskirjaan ”Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja käytäntö” (1987), Ari-Matti Nuutilan lisensiaatintutkimukseen ”Syyllisyydestä vastuullisuuteen – Syyllisyysteoreettinen tutkimus” (1991), Nuutilan väitöskirjaan ”Rikosoikeudellinen huolimattomuus” (1996) sekä Helena Vihriälän väitöskirjaan ”Tahallisuuden näyttäminen” (2012). Kirjoituksissaan Nuutila toteaa, että determinismi on ainoa tieteellisesti kestävä lähtökohta, mutta pitää determinismiä kuitenkin rikosoikeudellisesti irrelevanttina tematiikkana. Ks. Nuutila 1991 s. 198–199 sekä Nuutila 1996 s. 528–540. Vihriälä tarkastelee determinismin ongelmaa mielenfilosofisesta ja aivotutkimuksellisesta näkökulmasta ja toteaa, ettei rikosoikeudessa voida ainakaan liiallisesti tukeutua erityistieteiden tarjoamaan tietoon. Ks. Vihriälä 2012 s. 48–55. Lappi-Seppälän mukaan toisintoimimismahdollisuutta on puolustettava ennen kaikkea pragmaattis-rationaalisin perustein. Ks. Lappi-Seppälä 1987 s. 138–144. Vaikka rikosoikeudellisesti Nuutilan, Vihriälän ja Lappi-Seppälän näkökulmat ovat perusteltuja, tästä ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että determinismi ja vapaus ovat sovitettavissa yhteen tai päätellä, että determinismi on rikosoikeudellisesti irrelevantti keskusteluaihe. Muutoinkin pohjoismaisessa rikosoikeudellisessa keskustelussa toisintoimimismahdollisuuden sisältämään problematiikkaan on suhtauduttu varsin käytännönläheisesti. Ks. Jareborg

determinismi ja toisintoimimismahdollisuus ovat vaikeasti sovitettavissa yhteen, eikä ongelma ole rikosoikeudellisesti relevantti. Esimerkiksi vakuuttavat yritykset yhdistää determinismi ja rikosoikeudellinen vastuullisuus eivät ole saaneet Suomessa – eivätkä muutoinkaan Pohjoismaissa – mainittavaa huomiota, vaikka voisi olettaa, että tematiikka olisi rikosoikeudellisesti erityisen kiinnostava.[113] Sen sijaan anglosaksisessa kirjallisuudessa determinismin ja toisintoimimismahdollisuuden suhteesta käydään kohtalaisen vilkasta keskustelua.[114] Viime aikoina on pohdittu muun muassa sitä, minkälainen vaikutus neuro- ja kognitiotieteiden kehittymisellä voi olla tapaamme ymmärtää rikosoikeudellinen vastuullisuus.[115] Tämä perustunee siihen, että kysymys tietoisuudesta on noussut yhdeksi aikamme merkittävimmistä mysteereistä.

Rikosoikeudellisen vastuullisuuden edellyttämä vapaus. Ottakaamme nyt annettuna, että oletus inhimillisestä vapaudesta on rikosoikeudellisen vastuullisuuden välttämätön edellytys. Toisin sanoen vastuullisuuden legitimiteetti edellyttää sitä, että ihmiset ovat itseään määrääviä olentoja. Tällöin voimme määritellä rikosoikeudellisesti välttämättömän vapauden seuraavasti:[116]

Jos A tekee vapaasti teon x^1, A olisi voinut tehdä teon x^1 sijasta teon x^2.

Tämä lähtökohta pätee, puhuttiinpa tekorikoksista, tuottamuksellisista rikoksista, vaarantamisrikoksista tai tekemättä jättämisistä. Vaikka rikosoikeudellisen vastuun alaraja vedettäisiin tiedottomaan tuottamukseen, vastuullisuus edellyttää toisintoimimismahdollisuutta.[117] Tällaisessa tilanteessa tekijällä olisi pitänyt olla mahdollisuus olla ryhtymättä sellaiseen toimeen, jonka seurauksena rikosoikeudellisen vastuullisuuden aktualisoiva teko tapahtui.

Näin ollen voimme tehdä seuraavan johtopäätöksen: rikosoikeudellinen vastuullisuus edellyttää, että tekijällä on ollut mahdollisuus toimia toisella tavalla kuin hän on tahallisesti tai huolimattomuudestaan toiminut. Determinismistä kuitenkin seuraa, että kaikki mitä tapahtuu, on tapahtumaa edeltävien syy-seuraussuhteiden määräämää. Näin ollen determinismi, toisintoimimismahdollisuus

---

2009 s. 303–304. Ks. myös Jareborg 1985. Sen sijaan saksalaisessa rikosoikeudellisessa keskustelussa ainakin tahdon vapauden ja toisintoimimismahdollisuuden välisestä problematiikasta on kirjoitettu jossakin määrin teoreettisemmin. Ks. Hirsch 2010 s. 62–67.

[113] Toisintoimimismahdollisuuden sisältämän problematiikan ja rangaistuksen oikeuttamisen välisestä jännitteestä ks. Duus-Otterström 2007.

[114] Tämän voi havaita muun muassa kirjoittamalla Googleen hakusanaksi ”free will and criminal law”.

[115] Ks. esim. Vincent 2010 s. 77–98.

[116] Vapauden määritelmästä ks. Campbell 2011 s. 38–39; Ayer 2011 s. 474; Koistinen 2002 s. 42; von Wright 1985 s. 78; Ross 1975 s. 175–176; Moore 1912/1966 s. 111–112.

[117] Nuutila 1996 s. 566.

ja rikosoikeudellinen vastuullisuus eivät ole lähtökohtaisesti sovitettavissa yhteen.

Tavanmukainen vastaus determinismin ja toisintoimimismahdollisuuden väliseen problematiikkaan on todeta, että riippumatta edeltävistä maailmantiloista henkilö voi muuttaa maailmantilojen kulkua valitsemalla toisin. Tällöin ajatus on, että maailmantilat ovat johtaneet henkilön valintatilanteeseen, mutta tuossa nimenomaisessa maailmantilassa ihminen ei ole kausaliteetin uhri, vaan hänellä on valintojensa herruus. Tällaista determinismin ja toisintoimimismahdollisuuden yhdistävää suuntausta kutsutaan filosofisessa kirjallisuudessa kompatibilismiksi.[118] Verratkaamme kompatibilismia indeterminismiin. Siinä missä indeterministit väittävät, etteivät determinismi ja toisintoimimismahdollisuus ole sovitettavissa yhteen, kompatibilistien mukaan determinismi ei estä pitämästä ihmisiä itseään määräävinä olentoina.[119]

Jos ja kun hyväksymme sen, ettei indeterminismi ole yhteensopiva sen enempää toisintoimimismahdollisuuden kuin rationaalisen maailmankuvamme kanssa, oletus kompatibilismista muodostuu vastuullisuuden välttämättömäksi edellytykseksi.[120] Tämä perustuu nimenomaan siihen, että vastuullisuuteen sisältyy ajatus vapaudesta – itseään määräävästä yksilöstä, joka ei vain reagoi deterministisessä maailmassa. Toisaalta vaikka oletus vapaisiin valintoihin kykenevästä henkilöstä on toisintoimimismahdollisuuden välttämätön edellytys, tästä ei voida tehdä johtopäätöstä, että ihmiset voivat kussakin maailmantilanteessa valita vapaasti. Siirtykäämme seuraavaksi tämän problematiikan pariin.

Vapaisiin valintoihin sisältyvä problematiikka. Yksi analyyttisen filosofian keskeishahmoista, G. E. Moore, ei kieltänyt sitä, että determinismi on ainut rationaalisesti perusteltu käsitys todellisuuden luonteesta. Mooren mukaan determinismistä ei kuitenkaan seuraa se, että ihmisen toiminta olisi ennalta määrättyä. Mooren mukaan toisintoimimismahdollisuus voidaan ymmärtää ulkoisista es-

---

[118] Totesin alaviitteessä 109, että filosofisessa kirjallisuudessa termiä ”hard determinism” käytetään kuvaamaan sitä, että determinismi ja toisintoimimismahdollisuus eivät ole sovitettavissa yhteen. Sen sijaan oletettaessa, että determinismi ja valinnan vapaus ovat sovitettavissa yhteen, filosofisessa kirjallisuudessa käytetään termiä ”soft determinism” tai ”compatibilism”. Käsitemäärittelmistä ks. Kane (ed.) 2002 s. 284–290, erityisesti s. 286 ja s. 290. Jäljempänä kirjoitan kompatibilismista.

[119] Tarkemmin kompatibilismista Melan 2013 s. 117–118; Campbell 2011 s. 86–95; Feinberg – Shafer-Landau (eds) 2011 s. 418–419; Koistinen 2002 s. 44–45. Ks. myös Balaguer 2010 s. 4–6, jossa luetellaan nimeltä monia viime vuosikymmenien filosofeja, jotka ovat omaksuneet kompatibilismin vastaukseksi determinismin ongelmaan. Kompatibilismista rikosoikeudellisessa kontekstissa ks. Duus-Otterström 2007 s. 258–264.

[120] Oikeustieteilijöistä esimerkiksi Ronald Dworkin on argumentoinut, että determinismi on ainut tieteellisesti perusteltu lähtökohta, mutta tämä ei tarkoita sitä, että determinismi, valinnan vapaus ja ihmisen vastuuttaminen olisivat ristiriidassa toistensa kanssa. Ks. Dworkin 2011, osa 10. Ks. myös Kane 2010 s. 611–619.

teistä vapaaksi valinnan vapaudeksi. Mooren mukaan determinismin ja toisintoimimismahdollisuuden välinen problematiikka voidaan siis purkaa muotoon ”jos ihminen olisi voinut akuutissa valintatilanteessa valita toisin, hän olisi myös voinut toimia toisin”.[121] Tämän kompatibilistisen määritelmän mukaan toisintoimimismahdollisuus ei edellytä determinismin kieltämistä vaan sitä, että ihmiset voivat kussakin maailmantilassa valita vapaasti.[122] Käytännössä Mooren analyysin mukaan toisintoimimismahdollisuus tarkoittaa siis yksittäistä valintatilannetta koskevaa valinnanvapautta kyseistä valintatilannetta koskevasta ulkoisesta pakosta.[123]

Tällainen olettama vaikuttaa sinänsä perustellulta. Jos teot ovat vapaiden valintojen determinoimia, ne ovat vapaita, ja jos teot eivät ole vapaiden valintojen determinoimia, ne eivät ole vapaita.[124] Esimerkiksi jos päätän mennä aikaisin nukkumaan, mutta naapurini juhlat pitävät minut valveilla aamuyöhön, valveilla pysymiseni on ulkoisen pakon sanelemaa. Tällöin ”valintani” pysyä valveilla ei ole haluni mukainen valinta, jolloin valintaani ei myöskään voida pitää vapaana.

Georg Henrik von Wright on kritisoinut Moorea siitä, ettei tekojen ennalta määräytymisen sisältämää problematiikkaa (determinismin pakottavuutta) voida sivuuttaa puhumalla valinnan vapaudesta. Von Wrightin mukaan Mooren väite, jonka mukaan ”olisin voinut toimia toisin, jos olisin voinut valita toisin” tarkoittaa samaa kuin ”olisin toiminut toisin, jos olisin voinut valita toisenlaisen valinnan”.[125] Von Wrightin mukaan tällainen väite vain lakaisee toisintoimimismahdollisuuteen (ja etenkin tahdon vapauteen) sisältyvän teoreettisen problematiikan maton alle.[126] Von Wrightin tausta-ajatus on, että valinnanvapaudesta puhuminen johtaa valinnan tekemisen regressioon, eli olisin voinut toimia toisin, jos olisin voinut valita toisin ja olisin voinut valita toisin, jos olisin voinut valita valintatilanteessa toisenlaisen valinnan ad infinitum. Sen sijaan varsinainen kysymys, eli se, voiko ihminen (determinismistä huolimatta) valita vapaasti, jää Mooren kompatibilistisessa teoriassa vaille vastausta.

Vastaavasti rikosoikeudellista syyllisyyttä ja vastuullisuutta tarkastellut Alf Ross on kritisoinut Moorea siitä, ettei determinismin ja toisintoimimismahdollisuuden välisen problematiikan ratkaiseminen onnistu väittämällä, että kysymys on vain vapaudesta valita. Myös Ross toteaa, että valinnanvapaudesta puhuminen johtaa loputtomaan valintaketjuun eli siirtää toisintoimimismahdollisuuteen

---

[121] Moore 1912/1966, luku 6, erityisesti s. 113. Ks. myös Campbell 2011 s. 86; Koistinen 2002 s. 44–45; von Wright 1985 s. 78–79.
[122] Ks. myös Campbell 2011 s. 86–88 ja 93.
[123] Koistinen 2002 s. 45.
[124] Koistinen 2002 s. 44.
[125] von Wright 1985 s. 78.
[126] von Wright 1985 s. 78.

sisältyvän problematiikan valintaketjussa taaksepäin – mutta ei vastaa siihen, voiko ihminen (determinismistä huolimatta) valita vapaasti.[127]

Rossia ja von Wrightiä mukaillen myös Olli Koistinen on huomauttanut, että puhe valintojen valitsemisesta on epäselvää ja sivuuttaa sen, ettei ihmisen toiminta ole seurausta mistään sisäisestä valintojen valitsemisesta. Pikemminkin toisintoimimismahdollisuus edellyttää, että henkilö toimii haluamallaan tavalla.[128] Tästä voidaan Koistista mukaillen päätyä siihen, että determinismin ja toisintoimimismahdollisuuden yhdistäminen edellyttää halujen kontrollointia. Tämän käsityksen mukaan ihmisen toiminta on vapaata, jos hän kykenee valitsemaan haluamallaan tavalla. Vaikka Koistisen esiin nostama näkökulma on perusteltu, se ei ole ongelmaton. Siihen sisältyvää problematiikkaa voidaan valaista seuraavasti.

Rikosoikeudessa, aivan kuten muussakin elämässä, lähdemme siitä, että vain teot voivat olla kontrollissamme. Jotta teot olisivat kontrollissamme, tämä edellyttää sitä, että olisimme voineet kussakin valintatilanteessa valita tekevämme toisella tavalla kuin teimme, kuten Moore on todennut. Toisaalta determinismin sivuuttaminen toteamalla, että henkilön ollessa kykenevä valitsemaan toisin, hän on myös kykenevä toimimaan toisin, johtaa kysymään, millä edellytyksillä henkilö olisi voinut valita toisin, aivan kuten von Wright, Ross ja Koistinen ovat kysyneet. Koistista mukaillen tähän kysymykseen voidaan vastata seuraavasti: valinnat ovat vapaita vain, jos ne ovat halun mukaisia. Tämä olettama on käsitteellinen välttämättömyys: jos valitsen tekeväni jotakin vasten haluani, valintani ei ole vapaa sanan missään mielekkäässä merkityksessä.

Toisaalta jotta olisi perusteltua puhua halujen mukaisista vapaista valinnoista, tämä edellyttää oletusta, että ihmiset kykenevät kontrolloimaan niitä haluja, joiden perusteella he valitsevat toimivansa. Myöhemmin todennettavalla tavalla on kuitenkin varsin kiistanalaista, missä määrin halut voivat olla tekijänsä kontrollissa. Tässä yhteydessä toteamukseksi riittää, ettei halu ole teko, joten vaatimus halun itsensä kontrollista vaikuttaa perusteettomalta.[129] Esimerkiksi en voi päättää haluavani aloittaa muinaiskreikan opiskelua: joko haluan tai en halua opiskella muinaiskreikkaa, mutta en voi kontrolloida haluani eli haluta halua opiskella muinaiskreikkaa.

Palatkaamme Mooren kompatibilistiseen väitteeseen. Sen mukaan toisintoimiminen on – determinismistä huolimatta – mahdollista, jos henkilöllä on kussakin maailmantilanteessa valinnanvapaus, ja valinnanvapaudelle on ominaista se, että henkilö voi luonnontieteellisten välttämättömyyksien sallimissa rajoissa va-

---

[127] Ross 1975 s. 175–177.
[128] Koistinen 2002 s. 54.
[129] Koistinen 2002 s. 54.

lita vapaasti.[130] Lisäksi hyväksykäämme se, että valinta on vapaa vain, jos valinta on valitsijansa halun mukainen. Tästä herää kysymys, onko valinta kategorisesi vapaa, jos se on valitsijansa halun mukainen. Tätä kysymystä voidaan lähestyä seuraavasti.

Olettakaamme, että A ilmoittaa B:lle seuraavasti: ”Jos näen sinut illalla kaupungilla, julkaisen sinusta eroottisen kuvan”. Jos B valitsee kotona pysyminen, valinta on hänen, mutta on erheellistä väittää, että B:n valinta on vapaa, koska valinta on hänen halunsa mukainen. Pikemminkin B on ajautunut tilanteeseen, jossa hän ei voi vapaasti valita, olkoon, että hänen valintansa on sinänsä hänen halunsa mukainen.[131]

Tämäntyyppiset valintatilanteet ovat ihmisille tyypillisiä. Esimerkiksi itse viihdyn Lapissa. Toisaalta jos jätän toistuvasti menemättä töihin, menetän työpaikkani. Tämän jälkeen en voi maksaa asuntovelkaani ja menetän asuntoni. Näin ollen vaikka voisin valita olla menemättä töihin, valintani mennä töihin ei vaikuta aidosti vapaalta, olkoon, että valintani mennä töihin on haluni mukainen valinta.

> Vastaavaa problematiikkaa sisältyy pakonomaiseen käyttäytymiseen.[132] Esimerkiksi vankiseurantatutkimusten mukaan monilla vangeilla on vaikeuksia kontrolloida käyttäytymistään, koska heidän toimintansa on pakonomaista. Mainitkaamme esimerkkinä päihderiippuvuus. Koska päihderiippuvaisen valinnat eivät ole ulkoisen pakon sanelemia, hänen voidaan sanoa halunsa mukaisesti valitsevan päihteiden nauttimisen. Toisaalta olettama, että päihderiippuvainen toimii vapaasti, ei tunnu luontevalta (itse asiassa jos päihderiippuvainen voisi halutessaan olla ottamatta päihteitä, päihderiippuvuus muodostuisi käsitteenä mahdottomaksi). Vastaavasti esimerkiksi pahoinpitelyt ja seksuaalirikokset voivat perustua tekijänsä kykenemättömyyteen kontrolloida valintojaan. Jopa talousrikollisella voi olla pakonomainen halu lisätä varalli-

---

[130] Esimerkiksi en voi valita lopettavani vanhenemista (luonnontieteellinen välttämättömyys), mutta ajattelen, että kykenen kaupassa valitsemaan terveelliset ruokaostokset ja täten vaikuttamaan siihen, kuinka nopeasti rappeudun.

[131] Vastaavanlaiset pakonomaista valintatilannetta kuvaavat esimerkit ovat filosofisessa kirjallisuudessa tyypillisiä. Ks. esim. Dennett 2002 s. 86–87; Koistinen 2002 s. 45–46; von Wright 1985 s. 81; Ross 1975 s. 169–170. Konkreettisena esimerkkinä voidaan mainita seuraava tapahtumasarja. Vuonna 2008 Himalajan K2-vuorella tapahtui lumivyöry, jossa menehtyi norjalainen vuorikiipeilijä. Koska sääolosuhteet olivat vaaralliset, uhrin puolison oli välittömästi onnettomuuden jälkeen laskeuduttava vuorelta ja hylättävä puolisonsa ruumis. Tällaisessa tilanteessa voidaan väittää, ettei mikään estänyt puolisoa jäämästä vuorelle, mutta hän ei halunnut sinne jäädä. Näin ollen hän halunsa mukaisesti valitsi vuorelta laskeutumisen. On kuitenkin intuition vastaista sanoa, että valinta oli vapaa, koska se oli lesken halun mukainen eikä mikään estänyt häntä jäämästä vuorelle. Pikemminkin kysymys on ollut siitä, ettei leski ole ollut tyytyväinen siihen valintatilanteeseen, mihin hän oli joutunut, ja näin ollen hänen valintansa ei ollut vapaa sanan missään mielekkäässä merkityksessä. Onnettomuudesta ja sen seurauksista ks. Bowley 2010.

[132] Pakonomaisesta käyttäytymisestä ks. Campbell 2011 s. 23–24; Ross 1975, luku 6.

suuttaan.[133] Voidaankin olettaa, että henkilön käyttäytyessä kompulsiivisesti, henkilön valinnat ovat sinänsä hänen halunsa mukaisia (esim. viinanhimo päihderiippuvaisella), mutta eivät vapaita, koska henkilöltä puuttuu halujensa herruus.

Edellä sanotun perusteella vaikuttaa ilmeiseltä, että minkä tahansa halun mukaisen valinnan pitäminen vapaana ei ole perusteltua. Tämän vuoksi on välttämätöntä tehdä ero ei-vapaiden valintojen ja vapaiden valintojen välillä. Yhden merkittävimmistä keskustelusysäyksistä vapaiden ja ei-vapaiden valintojen problematiikkaan on antanut Harry G. Frankfurt lyhyessä artikkelissaan,[134] joka on alun perin julkaistu jo vuonna 1971.[135] Frankfurt lähtee siitä perustellusta oletamuksesta, että valinnan vapaudesta puhuminen edellyttää sitä, että ihminen voi valita haluamallaan tavalla. Esimerkiksi haluan, että tämä tutkimus joskus valmistuu, joten tällä hetkellä kirjoitan, vaikka haluaisin lähteä myös juoksemaan. Koska kirjoittamishaluni voittaa juoksemishaluni, kahdesta kilpailevasta halustani haluni saada tutkimus valmiiksi on kausaalisesti tehokas. Tämä haluni saa minut tällä hetkellä kirjoittamaan, vaikka minulla on myös muita haluja.

Koska ihmisillä on eri suuntiin viettäviä haluja, Frankfurt päättelee, että halujen yläpuolella on oltava ylemmänasteinen halu tai ylemmänasteisia haluja, jotka laittavat yksilön toimintaa ohjaavat halut järjestykseensä. Jos en kykene kontrolloimaan tekojeni perusteena olevia haluja, ei ole perusteltua väittää, että tekoni ovat vapaita. Esimerkiksi jos tutkimuksentekohaluni tai juoksemishaluni saisi minut kirjoittamaan tai juoksemaan sattumanvaraisesti eli siten, etten voisi asettaa toimintaani ohjaavia halujani haluamaani järjestykseen, olisi perusteetonta väittää, että voin valita, kirjoitanko vai juoksenko.[136]

Frankfurt päätyy jakamaan halut ensimmäisen ja toisen kerroksen haluihin. Ensimmäisen kerroksen halut kohdistuvat niihin tekoihin, jota yksilö tekee ja toisen kerroksen halut kohdistuvat niihin ensimmäisen kerroksen haluihin, jotka saavat teot aikaiseksi. Olli Koistista lainaten voimme kutsua toisen kerroksen haluja tahdoksi.[137]

Kerrostamalla halut ensimmäisen ja toisen kerroksen haluihin, eli arkikielisesti haluihin ja tahtoon, Frankfurt onnistuu selittämään sen, että todellisen tahtonsa (eli ylemmän asteisen halun) vastaisesti toimiva henkilö ei toimi vapaasti. Jos

---

[133] Tekojen motivaatioon sisältyvästä problematiikasta ks. von Wright 1985 s. 85–87.
[134] Frankfurtin merkityksestä valinnanvapauskeskustelulle ks. Campbell 2011 s. 40 ja 86; Kane 2002 s. 13.
[135] Frankfurt 1971 s. 5–20. Kyseinen artikkeli on julkaistu suomeksi vuonna 2010 Niin & näin -aikakauslehdessä. Ks. Niin & näin 4/2010 s. 11–20.
[136] Frankfurtin teoriasta ks. myös Koistinen 2002 s. 46–48.
[137] Koistinen 2002 s. 46–47.

haluan kirjoittaa mutta päädynkin kahville, haluni kirjoittaa ei ole kausaalisesti tehokas. Sen sijaan olen kahvinhaluni vietävissä.

Vaikka Frankfurtin teoria voi vaikuttaa monimutkaiselta, pohjimmiltaan kysymys on yksinkertaisesta asiasta. Jos henkilön halut eivät ole hänen tahtonsa kontrolloimia, hän on halujensa orja. Tällaisessa tilanteessa henkilö ikään kuin haluaa, ettei hänen tekojansa ohjaava halu olisi kausaalisesti tehokas, mutta hän ei voi hallita epätyydyttäviä halujaan. Jotta toiminta olisi vapaata, tahdon tulisi kyetä determinoimaan niitä haluja, jotka saavat teot aikaiseksi. Lisäksi tahdon tulisi olla nimenomaan se, minkä ihminen haluaa sen olevan.

Nähdäkseni Frankfurtin teoria selittää sen, miksi ei-toivottujen halujen vallassa oleva ihminen toimii ei-vapaasti.[138] Teorian perusteella voidaan ymmärtää etenkin se, miksi erilaisten affektioiden vallassa toimiva henkilö ei toimi vapaasti.[139] Tällaisessa tilanteessa henkilön halut eivät ole hänen kontrollissaan, ja ellei ihminen kykene kontrolloimaan halujaan, hän toimii vastentahtoisesti, ja oletettavasti kukaan ei toimi vastentahtoisesti, jos aitona vaihtoehtona olisi tahdon mukainen toiminta. Esimerkiksi jos haluan lopettaa kahvinjuonnin, mutta en voi vastustaa kahvinhimoani, kahvia juodessani toimin tahtoni vastaisesti ja toimiessani tahtoni vastaisesti en toimi vapaasti.

> Halujen kontrollointiin sisältyvä problematiikka on huomioitu myös rikoslaissa. Rikoslain 6 luvun 6 §:n mukaan rangaistusta voidaan lieventää, jos äkkiarvaamaton houkutus tai muu vastaava seikka, joka on ollut omiaan heikentämään tekijän kykyä noudattaa lakia, on ollut teon vaikuttimena. Tällaisessa tilanteessa kiusauksen oletetaan olleen niin suuri, ettei henkilö ole kyennyt kontrolloimaan halujaan. Tästä seuraava toisintoimimismahdollisuuden relatiivisuus ei poista rangaistusvastuuta, mutta valinnanvapauteen sisältyvä problematiikka on haluttu huomioida rangaistuksen mittaamisessa. Näin ollen rikosoikeutemme sisältää ns. affektivaraventtiilin, jonka nimenomaisena tarkoituksena on alentaa rangaistusta, jos tekijä on toiminut kontrolloimattomalla tavalla eli voimakkaiden affektiensa vallassa.[140]
>
> Kriminaalipoliittinen näkemys, jossa voimakkaat affektit huomioidaan rangaistusten mittaamisessa, on perusteltu. Nähdäkseni voimakkaiden affektien huomioiminen on rikosoikeuden keskeisperiaatteiden valossa jopa välttämätöntä, koska rikosoikeusjärjestelmämme perustuu rationaalisen toimijan ole-

[138] Näin myös Koistinen 2002 s. 48.

[139] Nähdäkseni Frankfurtin teoria kykenee selittämään myös sen, miksi epätyydyttävässä tilanteessa olevan henkilön valinta ei ole vapaa, vaikka valinta sinänsä olisi hänen halunsa mukainen. Tällaisessa tilanteessa valintaa ohjaava halu ei ole valitsijansa todellisen halun (eli hänen tahtonsa) mukainen, vaan valitsija on ikään kuin pakotettu haluamaan nimenomaan valitsemaansa valintaa.

[140] Tästä tematiikasta ks. myös Frände 2012 s. 170; Lappi-Seppälä 1987 s. 396–397.

tukseen, ja lienee kiistatonta, että erityyppiset affektit vaikuttavat kykyymme tehdä rationaalisia päätöksiä.[141]

Toisaalta kriminaalipoliittisesti on aivan yhtä ymmärrettävää, ettei vapaiden valintojen problematiikalle anneta syyllisyyskysymyksen ratkaisemisessa merkitystä.[142] Tämä ei kuitenkaan muuta seuraavaa: determinismin sivuuttaminen sanomalla, että ihminen voi kussakin maailmantilanteessa valita haluamallaan tavalla, ei ole niin pätevä argumentti kuin se äkkiseltään vaikuttaa. Tämä ei tietenkään tarkoita sitä, että vapaat valinnat olisivat välttämättä mahdottomia, mutta on ilmeistä, että (vapaiden) tekojen perustuessa valintoihin ja (vapaiden) valintojen perustuessa haluihin halujen kontrollointi on vaikea, ellei mahdoton tehtävä. Itse en ainakaan koe kykeneväni kontrolloimaan halujani tahdon avulla.

Oma teoreettinen erityiskysymyksensä on se, voiko rationaalinen ihminen ylipäätään vapaasti valita tekevänsä väärin.[143] Vaikka tämäntyyppisen kysymyksen esiin nostaminen voi vaikuttaa erikoiselta, kysymys ei ole ainutlaatuinen. Filosofian historiassa monet rationalistifilosofit ovat argumentoineet sen puolesta, että vapaa toiminta on järjen mukaista rationaalista toimintaa (aivan kuten rikosoikeudessakin ajatellaan), ja ihmisen valitessa vapaasti hän toimii parhaalla mahdollisella tavalla. Tämän analyysin mukaan väärin tekeminen ei ole mahdollista vapaalle ihmiselle, koska väärin tekeminen ei voi olla parasta mahdollista toimintaa.[144] Kalibroikaamme sanottu tiivistetysti rikosoikeudelliseen kontekstiin.

Rikosoikeudessa rationaalisuudella tarkoitetaan sitä, että ihminen voi itseään määräävästi valita, noudattaako hän yhteisesti sovittuja pelisääntöjä vai ei.[145] Tällainen rationaalisen toimijan oletus on sisäänkirjoitettu moderneihin rikosoikeusjärjestelmiin.[146] Esimerkiksi Suomessa alentuneesti syyntakeisia ran-

---

[141] Rikosoikeuteen sisään kirjoitettua rationaalisuusvaatimusta kuvaa selkeimmin rikoslain 3 luvun 4 §, jonka mukaan rikosoikeudellinen vastuullisuus edellyttää iän tuomaa harkintakykyä ja syyntakeisuutta eli sanalla sanoen kykyä rationaaliseen päätöksentekoon. Affektien ja rationaalisen valinnan välisestä tematiikasta ks. van Gelder – Efflers – Nagin (eds) 2014.

[142] Esimerkiksi Frankfurt itse on sitä mieltä, ettei vastuullisuutta tule typistää vain sellaisiin tilanteisiin, joissa henkilön valinnat ovat varmasti vapaita. Frankfurtin mukaan henkilö voi olla vastuullisessa asemassa myös silloin, kun hänen tahtonsa ei ole ollut vapaa. Tätä väitettä Frankfurt puoltaa sillä, ettei meillä ole mahdollisuutta sanoa, minkälaisissa tilanteissa henkilön tahto on vapaa ja minkälaisissa tilanteissa henkilöllä ei ole mahdollisuutta kontrolloida tekojaan. Ks. Frankfurt 1971 s. 19. Näin ollen Frankfurt suhtautuu vastuullisuuteen varsin praktisesti.

[143] Tästä tematiikasta ks. Koistinen 2002 s. 49–50

[144] Myös rikosoikeustieteessä on kysytty, voiko rikostunnusmerkistön mukainen toiminta olla vapaata. Olettaman mukaan kuka tahansa rationaalisesti toimiva henkilö valitsee (jos hänen valinnanvapautensa on aito) pidättäytymästä tekemästä sellaista tekoa, josta hänelle voi, ehkä suurellakin todennäköisyydellä, seurata negatiivisia seuraamuksia. Ks. Gardner 2007 s. 177.

[145] Tapani 2004 s. 65. Rationaalisesta toiminnasta ks. myös Jareborg 2009 s. 158; Gardner 2007 s. 100–103.

[146] Duff 2009 s. 39; Green – Cohen 2004 s. 1778.

gaistaan lievemmän rangaistusasteikon perusteella, ja syyntakeettomat eivät ole rikosoikeudellisessa vastuussa. Kysymys on nimenomaan siitä, että alentuneesti syyntakaiset tai syyntakeettomat henkilöt eivät kykene muodostamaan parhaan arvionsa mukaisia tavoitteita ja toimimaan niiden mukaisesti.

Hyväksykäämme tällainen rationaalisen toiminnan yksinkertainen määritelmä, jossa keskiössä on kyky muodostaa parhaan arvion mukaisia tavoitteita. Tällöin voimme luoda seuraavan, rikosoikeusteoreettisesti merkityksellisen olettaman: toiminta on vapaata silloin, kun henkilö toimii parhaan arvionsa mukaisesti ja ei-vapaata toiminta on silloin, kun henkilön valinnat eivät ole parhaan arvion mukaisia. Olettakaamme, että henkilö ei piittaa siitä, syyllistyykö hän rikokseen. Tällöin henkilö ei ole kiinnostunut siitä, onko hänen toimintansa rikostunnusmerkistön mukaista tai moraalisesti paheksuttavaa. Tällainen päätös on vapaa, jos toiminta on tekijänsä parhaan arvion mukaista toimintaa.

Vaikka äkkiseltään tuntuu, että henkilö voi rationaalisesti valita tekevänsä väärin, väärin tekeminen on vaikeasti sovitettavissa yhteen parhaan arvion mukaisen toiminnan kanssa. Olli Koistisen sanoin, jos teko on vapaa vain silloin, kun se on parhaan arvion mukaista, henkilö ei ole vapaa tehdessään tietoisesti väärin.[147] Tämä on käsitteellinen välttämättömyys. Tehdessään väärin henkilön toiminta ei voi olla parhaan arvion mukaista toimintaa, koska parhaan arvion mukaista olisi toimia oikein. Toisin sanoen jos teko on vapaa vain silloin, kun se on parhaan arvion mukaista toimintaa, ihminen ei ole vapaa tehdessään tietoisesti väärin.[148]

Psykofyysinen kausaliteetti.[149] Väliyhteenvetona voidaan todeta seuraava: (1) determinismi on ainut rationaalisesti perusteltu ymmärrys todellisuuden luonteesta. (2) Determinismi on lähtökohtaisesti ristiriidassa toisintoimimismahdollisuuden kanssa. (3) Determinismin sivuuttaminen sanomalla, että ihminen voi kussakin tilanteessa valita vapaasti – eli haluamallaan tavalla – on problemaattinen olettamus. Lisäksi vaikka lähtisimme siitä olettamasta, että ihminen kykenee

---

147 Koistinen 2002 s. 50.

148 Vasta-argumenttina voidaan tietenkin esittää, että toiminta voi olla subjektiivisesti arvioiden parasta mahdollista. Esimerkiksi pieni kiinnijäämisriski voi puoltaa sitä, että henkilö päättää vakaasti harkittuaan syyllistyä talousrikokseen. Tällaista toimintaa ei kuitenkaan voida pitää parhaana mahdollisena, ellei henkilö ajattele, että hänen toimintansa on myös moraalisesti oikein tai ainakin moraalisesti neutraalia toimintaa. Tämä perustuu siihen, että henkilö ei voi pitää tekoaan sekä moraalisesti paheksuttavana että parhaan arvionsa mukaisena. Jos yksittäisessä valintatilanteessa vapaana valintana pidetään parhaan arvion mukaista valintaa, henkilö ei voi ajatella tekonsa olevan millään tavalla moitittava. Jos hän ajattelee, että hänen valintansa on moitittava, valinta ei ole parhaan arvion mukainen, eikä valintaa voida tällöin pitää vapaana. Tällaisella olettamalla on myös vahva intuitiivinen vetovoima. Jos voin vapaasti valita, miksi valitsisin vaihtoehdon, jota en kaikkinensa pidä parhaana mahdollisena vaihtoehtona.

149 Rikosoikeudellisessa tutkimuksessa mielenfilosofiasta ja psykofyysisestä kausaliteetista on Suomessa kirjoittanut ainakin Helena Vihriälä. Ks. Vihriälä 2012, luvut II ja III, etenkin s. 15 ja 17. Kritiikkiä voidaan tosin kohdistaa siihen, että Vihriälä tyytyy pikemminkin esitelmöimään kuin analysoimaan läpikäymiensä oppisuuntien argumentatiivista kestävyyttä. Filosofisesti psykofyysisestä kausaliteetista ks. Honderich 2005 s. 126–128; Koistinen 2002 s. 50–52.

kussakin maailmantilanteessa valitsemaan haluamallaan tavalla (eikä vain reagoimaan osana syy-seurausketjuja), tämä ei poista vapaiden valintojen identifioimiseen sisältyvää ongelmaa: on varsin hankala tunnistaa, minkälaisten halujen aikaansaama käyttäytyminen on tai ei ole aidosti vapaata.[150]

Toinen haaste toisintoimimismahdollisuudelle on psykofyysinen kausaliteetti.[151] Edellä toteamallani tavalla tekomme ovat vapaita vain, jos ulkoiset tekijät eivät determinoi valintojamme – eli toisin sanoen tekomme ovat vapaita, jos kykenemme toimimaan haluamallamme tavalla. Tämä edellyttää sitä, että halu (mentaalinen tila) voi determinoida teon (fysikaalinen tapahtuma).[152]

Halun ja teon välisessä kausaalisuhteessa on kysymys psykofyysisestä determinismistä.[153] Toisin sanoen olettamus on, että ihmisillä on kognitiivinen kyky saada aikaan fysikaalisia reaktioita eli aiheuttaa psykofyysisiä kausaalirelaatioita. Vaikka koemme, että voimme tahtomme avulla päättää mitä teemme, psykofyysiset kausaalirelaatiot ovat ristiriidassa luonnontieteellisen ajattelun kanssa. Fysiikan peruslain – tai ainakin vallitsevan mekanistisen käsityksen – mukaan fysikaalisen tapahtuman kuten teon syy voi olla vain toinen fysikaalinen tapahtuma kuten tekoa edeltävät neurofysiologiset toiminnot.[154]

Myös viimeaikainen neurotiede on vahvistanut näkemystä, jonka mukaan inhimillisen toiminnan perusteena olevat mentaaliset tilat vaikuttavat olevan pohjimmiltaan neurofysiologisia tapahtumia. On jopa esitetty, että moderni aivotutkimus tulee mullistamaan rikosoikeudellisen vastuullisuuden, koska ihmisten päätökset voivat olla palautettavissa luonnonlain tyyppisiin selityksiin.[155] Monissa yliopistoissa on myös havahduttu tähän ongelmaan ja alettu pohtia sitä, minkälaisia heijastuksia aivotutkimuksen kehittymisellä voi olla moraaliseen ja juridiseen vastuullisuuteen, olkoonkin, että ihmisen toiminnan selittäminen tyhjentävästi luonnontieteellisin argumentein vaikuttaa tällä hetkellä kaukaiselta.

Aivotutkimuksen etenemisen myötä myös filosofisessa keskustelussa on tarkasteltu determinismiä niin sanottuna paikallisdeterminisminä.[156] Näissä pu-

---

[150] Frankfurt 1971 s. 19.
[151] Koistinen 2002 s. 50–52.
[152] Lisa Claydon on korostanut sitä, että rikosoikeudellisen vastuullisuuden normatiivinen rakenne on ongelmallinen nimenomaan sen vuoksi, että se sisältää olettamuksen, jonka mukaan mieli ja ruumis ovat erillisiä. Ks. Claydon 2009 s. 55. Claydonin mukaan tällainen olettama johtaa jossain määrin irrationaaliseen ja nykytieteen vastaiseen rikosoikeudelliseen keskusteluun. Myös Dan Frände on huomauttanut, että rikosoikeudelliseen vastuullisuuteen sisältyvä psyykkisen kausaliteetin vaatimus (esim. petosrikoksissa ja yllytyksessä) on rikosoikeudellisesti ja etenkin filosofisesti vaikeasti perusteltavissa. Ks. Frände 2012 s. 78.
[153] Koistinen 2002 s. 50. Tematiikasta rikosoikeudellisessa kontekstissa ks. Duff 1990 s. 116–135.
[154] Koistinen 2002 s. 51.
[155] Garvey 2011 s. 505; Greene – Cohen 2004 s. 1775 ja 1778. Ks. myös Boella 2008, jossa tarkastellaan neuroetiikkaa oikeudellisestakin näkökulmasta.
[156] Melan 2013 s. 116.

heenvuoroissa syy-seuraussuhteita ei ole koettu tarpeelliseksi hahmottaa ns. universaalikausaliteettina vaan neurofysiologisin teorioin. Tällöinkin ihmisen myönnetään olevan osa historiallista jatkumoa, mutta ihmisen toimintaa ei selitetä ihmisen ulkopuolisella kausaaliketjulla, vaan ihmisessä itsessään tapahtuvilla neurofysiologisilla syy-seuraussuhteilla.[157]

Koska ainakaan tällä hetkellä ei ole olemassa sellaisia mittaamis- ja kuvantamismenetelmiä, joiden perusteella olisi mahdollista selittää mentaalisia tiloja luonnonlain tyyppisinä välttämättömyyksinä, olemme taipuvaisia otaksumaan, että henkilöllä voi olla mentaalisia tiloja (haluja), jotka determinoivat hänen tekonsa.[158] Tällaista olettamaa voidaan pitää myös toisintoimimismahdollisuuden edellytyksenä. Jos henkilön toiminta voitaisiin selittää luonnontieteellisesti, olisi perusteetonta puhua valintojen vapaudesta. Toisaalta psykofyysisten kausaalisuhteiden hyväksyminen pakottaa vastaamaan siihen, voivatko ihmisten vapaat valinnat perustua fysiikan lakien vastaiseen toimintaan. Toisin sanoen, millä perusteella voimme olettaa, että ihminen voi saada mentaalisesti aikaan fysikaalisesti ilmenevän tapahtuman.

Ehkäpä vakuuttavimmin tämä ongelma on pyritty ratkaisemaan identiteettiteorian avulla.[159] Teorian siteeratuin puolustaja lienee Donald Davidson.[160] Davidsonin mukaansa mentaalisia tiloja voidaan kuvata myös fysikaalisesti.[161] Tämän teorian mukaan meidän ei tarvitse luopua fysiikan peruslaeista, koska psykofyysiset tapahtumat eivät ole ristiriidassa luonnontieteen kanssa. Silmänkääntötemppuna on ns. identiteettiteesi,[162] jonka mukaan jokainen mentaalinen tapahtuma – kuten haluaminen – on samalla myös fysikaalinen tapahtuma.[163] Toisin sanoen mentaaliset tilat ovat paitsi mentaalisia myös fysikaalisia.

Tässä yhteydessä identiteettiteesin ongelmiin ei voida pureutua yksityiskohtaisesti. Koistista seuraten toteamukseksi riittää, että on vaikea ymmärtää, miten halujen ja muiden mentaalisten tilojen pitäminen fysikaalisina tapahtumina on yhteensopiva valinnan vapauden kanssa.[164] Jos mentaaliset tilat vertautuvat fysi-

---

[157] Melan 2013 s. 116–117. Omalla tavallaan tällaista kehityskulkua kuvaa sairauskäsitteen laajentuminen eli yhteiskunnan medikalisoituminen. Nykyisin olemassa on uudenlaisia keinoja tarkastella myös poikkeuksellista käyttäytymistä lääketieteellisin ja aivotutkimuksellisin metodein. Tämä ei tarkoita, että jokainen uudentyyppinen diagnoosi pitäisi ottaa tuomioistuimissa huomioon, mutta poikkeavaksi tulkittavan käyttäytymisen selitys on yhä useammin biologinen. Ks. Morse 2004 s. 180.

[158] Aivo- ja kognitiivisen tutkimuksen nykytilasta ja nykysuuntauksista ks. Grush – Damm 2012 s. 273–290.

[159] Edellä toteamallani tavalla rikosoikeudellisessa puheenvuorossa identiteettiteoriaan on Suomessa viitannut ainakin Helena Vihriälä. Ks. Vihriälä 2012 s. 15.

[160] Campbell 2011 s. 76; Koistinen 2002 s. 52.

[161] Davidson 2001, erityisesti essee nro. 11 (Mental Events). Ks. myös Honderich 2005 s. 127.

[162] Identiteettiteesistä ks. Koistinen 2002 s. 52.

[163] Koistinen 2002 s. 52

[164] Koistinen 2002 s. 52.

kaalisiin säännönmukaisuuksiin, tämä tarkoittaa sitä, että ihmisen toiminta on verrattavissa luonnonlain alaisiin liikkeisiin. Tällöin rikosoikeudellisen vastuullisuuden edellyttämä toisintoimimismahdollisuus muuttuisi kiistanalaiseksi olettamaksi.[165]

8.4 PRAGMAATTINEN NÄKÖKULMA TOISINTOIMIMISMAHDOLLISUUTEEN

Tähdennettäköön, että kyvyttömyytemme nähdä tekojemme syitä ei tarkoita sitä, että tekomme olisivat kausaalisuhteista vapaita.[166] Toisin sanoen siitä, että ihminen on kykenemätön näkemään syy-seuraussuhteita, ei voida johtaa sitä, että ihminen elää determinoimattomassa maailmassa.[167] Pohjimmiltaan kysymys on samankaltaisesta aistiharhasta kuin kyvyttömyydessä nähdä esimerkiksi radioaaltoja. Siitä, että olemme kykenemättömiä näkemään radioaaltoja, olisi väärin tehdä johtopäätös, ettei radioaaltoja ole.

Vaikka determinismi ja toisintoimimismahdollisuus ovat vaikeasti sovitettavissa yhteen, on korostettava, että determinismi on myös vastuullisuuden välttämätön edellytys. Toteamallani tavalla jos asiat tapahtuisivat ilman kausaliteettia, ihmisestä tulisi itseään pelkäävä olento, sattuman uhri, kuten Olli Koistinen on osuvasti todennut.[168] Toiseksi jos teot tapahtuisivat ilman syytä, teot eivät myöskään olisi tahdon determinoimia, ja jos tekoja ei voida pitää tahdon determinoimia, ihmistä ei voida pitää vastuullisena teoistaan.[169] Jäljelle jäävä kipupiste on

---

[165] Vastaavantyyppisesti (joskaan ei rikosoikeudellisin tarkoitusperin) myös Koistinen 2002 s. 52.

[166] Mark Balagar on argumentoinut, ettei determinismi ole metafyysinen vaan empiirinen ongelma. Balagarin mukaan myös uskomus toisintoimimismahdollisuudesta perustuu empiiriseen sokeuteemme. Ks. Balagar 2010, etenkin s. 169. Periaatteessa tällainen väite vastaa siihen kantilaiseen kritiikkiin, jonka mukaan ihmisen kokemusta ei voida koskaan sivuuttaa, koska voimme tietää asioita vain kokemuksemme rajoissa. Jos determinismin ja vapauden välistä ongelmaa ei pidetä metafyysisenä vaan empiirisenä ongelmana, kysymys ei ole metafysiikan ja kokemuksen välisestä juovasta vaan vajavaisesta kyvystä kokea maailma sellaisena kuin se kausaalisuussuhteineen on.

[167] Jos uskomme Daniel Wegneriä, inhimillisen vapauden illuusio perustuu siihen lajisidonnaisesti narsistiseen uskomukseen, jonka mukaan ihminen on luonnon ja luonnonlakien yläpuolella. Wegnerin mukaan tahdon vapaus ja toisintoimimismahdollisuus ovat samanlaisia olettamuksia kuin aikoinaan pätevät uskomukset maasta universumin keskuksena tai se, ettei ihminen polveudu muista eläinlajeista. Siinä missä nämä olettamukset on ajan saatossa osoitettu virheellisiksi, vastaavasti vapaa tahto on Wegnerin mukaan alisteinen fysikaaliselle todellisuudelle, vaikka tällä hetkellä inhimilliset tarpeemme ja intuitiomme taistelevat tätä ajatusta vastaan. Ks. Wegner 2002, etenkin s. 1–28. Ks. myös Greene – Cohen 2004 s. 1781.

[168] Koistinen 2002 s. 56.

[169] Koistinen 2002 s. 55.

tietenkin determinismin ja tahdon vapauden välinen problematiikka. Monet ovat sitä mieltä, että oletus ihmisestä itseään määräävänä olentona ei istu deterministiseen maailmankuvaan.

Rikosoikeustieteessä ihmisten kyky toimia toisin on otettu pääsääntöisesti annettuna. Tämä on johtanut siihen, että toisintoimimismahdollisuudesta on puhuttu riidattomana käsitteenä ja ilman, että toisintoimimismahdollisuuden sisältämää filosofista problematiikkaa olisi sen enempää pohdittu. Tyypillisesti viitataan syyllisyysperiaatteeseen, jonka mukaan vain toisintoimimismahdollisuuden omannutta henkilöä on oikeutettua rangaista.[170]

Skandinaviassa syyllisyysperiaatteen on perinteisesti katsottu olevan loukkaamaton niin tahallisissa kuin tuottamuksellisissa tekomuodoissa. Siinä missä tahallisissa tekomuodoissa henkilöllä edellytetään olevan akuutti valintatilanne, tuottamuksellisissa tekomuodoissa rangaistavuus edellyttää, että henkilöllä on ollut mahdollisuus olla ryhtymättä sellaiseen tekoon, jonka seurauksena rikostunnusmerkistön täyttävä teko on tapahtunut.

Perinteinen esimerkki determinismin rikosoikeudellisesta sulkeistamisesta on Nils Jareborgin monin paikoin referoitu toisintoimimismahdollisuuden konstruktio, joka on toiminut pohjoismaisen rikosoikeustieteellisen toisintoimimiskriteeristön ohjenuorana 1960-luvulta lähtien.[171] Kriteeristön mukaan toisintoimimismahdollisuuden puute voi eliminoida rangaistusvastuun seuraavissa tapauksissa:[172]

(1) A:lla ei ollut kykyä noudattaa lakia.
(2) A:lla ei ollut tilaisuutta noudattaa lakia.
(3) A:lla ei olisi ollut kykyä noudattaa lakia, vaikka hän olisi tehnyt teon x^1, joka hänen olisi pitänyt tehdä ja joka hänellä olisi ollut sekä kyky että tilaisuus tehdä.
(4) A:lla ei olisi ollut tilaisuutta noudattaa lakia, vaikka hän olisi tehnyt teon x^1, joka hänen olisi pitänyt tehdä ja joka hänellä olisi ollut sekä kyky että tilaisuus tehdä.

---

[170] Esimerkiksi jos A puukottaa B:n hengiltä psykoosissa, hän ei toimi vapaasti, eikä häntä tällöin ole perusteltua pitää teostaan juridisesti vastuullisena. Tällaisessa tilanteessa A:n tekoa arvioitaisiin erityistieteiden tarjoamin metodein. Jos tuomioistuin hyväksyy diagnoosin, jonka mukaan A:n psykoosi johtui aivokemiallisista tai muista sellaisista neurofysiologisista tapahtumista, joiden kontrollointi ei ole ollut A:n vallassa, johtopäätös on, ettei A ole voinut kontrolloida käyttäytymistään. Tällöin A:ta ei voida pitää rikosoikeudellisesti vastuullisena teoistaan eikä häntä voida tuomita rangaistukseen. Tausta-ajatus on, ettei B:n kuolema ollut A:n tahtoma vaan luonnonlain tyyppinen välttämättömyys.

[171] Esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 268–269; Nuutila 1996 s. 530; Lappi-Seppälä 1987 s. 138–139.

[172] Jareborg 2009 s. 303–304.

Jareborgin konstruktiossa kohdat 1 ja 2 viittaavat toisintoimimismahdollisuuden puutteeseen tahallisissa tekomuodoissa ja kohdat 3 ja 4 viittaavat toisintoimimismahdollisuuden puutteeseen tuottamuksellisissa rikoksissa. Tässä yhteydessä ei ole tarpeen toistaa sitä, mitä kukin kohta seikkaperäisesti tarkoittaa, vaan keskeistä on havaita, että konstruktiossa toisintoimimismahdollisuus otetaan annettuna. Kysymys on vain ja ainoastaan sen analysoinnista, minkälaisten ehtojen vallitessa tekijältä on puuttunut rikosoikeudellisesti relevantti kyky tai tilaisuus noudattaa lakia. Se, että ihmiset ovat valintoihin kykeneviä subjekteja, otetaan annettuna.

Tällaista lähtökohtaa, jossa toisintoimimismahdollisuus otetaan annettuna, voidaan pitää rikosoikeudellisesti perusteltuna vaihtoehtona. Tästä ei kuitenkaan voida tehdä sitä johtopäätöstä, että determinismi ja itseään määräävä subjekti ovat riidattomasti sovitettavissa yhteen, aivan kuten olen edellä osoittanut. Tästä herää seuraava kysymys: minkä vuoksi koemme oikeudeksemme sulkea toisintoimimismahdollisuuteen sisältyvän filosofisen problematiikan keskustellessamme rikosoikeudellisesta vastuullisuudesta?

Vastaus esittämääni kysymykseen on yksinkertainen, eikä mitenkään ainutlaatuinen. Tukea voimme etsiä Alf Rossin kirjoituksista.[173] Lähempänä nykyhetkeä vastaavasti on argumentoinut Peter Cane.[174] (Rikos)oikeudellisen keskustelun ulkopuolelta voidaan mainita Daniel Wegner.[175] Argumentatiivista tukea tarjoaa myös Mikael Melanin tutkimus, jossa ihmisten todetaan olevan pakotettuja tarkastelemaan itseänsä kahdesta eri näkökulmasta: osana kaikkialla läsnä olevaa persoonatonta syy-seurausjatkumoa sekä vapaana toimijana, olkoon, että Melan myöntää vastuullisuuden teoreettisen legitimaation olevan vaikeasti perusteltavissa.[176] Tuekseni voin viitata myös Georg Henrik von Wrightin hermeneuttis-traditionaaliseksi tulkittavaan ajatukseen, jonka mukaan ”ihmisten teot määrittyvät heidän historiallisesta tilanteestaan, mutta itse historiallinen tilanne on ihmisten toiminnan tulosta”.[177] Von Wrightin mukaan siihen, että ”ihmiskunta on sekä

---

[173] Ross 1975.

[174] Cane 2002 s. 66. Ks. myös Claydon 2009. Sama ajatus välittyy myös Göran Duus-Otterströmin rangaistusteoreettisesta tutkimuksesta. Ks. Duus-Otterström 2007, esim. s. 39–41. Toisin kuin Cane, Duus-Otterström ei kuitenkaan hyväksy sitä, että vastuullisuuden legitimiteetti voitaisiin pohjata siihen tuntemukseen, että olemme valintoihin kykeneviä yksilöitä.

[175] Wegner 2002.

[176] Melan 2013. Ks. myös Turun yliopiston 11.4.2013 julkaisema väitöstiedote Mikael Melanin väitöskirjasta: Ihminen on pakotettu tutkimaan tekemisiään eri näkökulmista. Ks. Turun yliopiston väitöstiedote/Melan 11.4.2013.

[177] von Wright 1985 s. 76. Perusteellisesti tästä tematiikasta ks. von Wright 1971 s. 132–167.

oman kohtalonsa orja että sen herra, ei sisälly mitään loogista kehäpäätelmää".[178] Pysytelkäämme kuitenkin Rossin ja Canen kirjoituksissa.

Rossia[179] ja Canea[180] mukaillen olen taipuvainen ajattelemaan, että tunne (oletus) toisintoimimismahdollisuudesta on riittävä peruste vastuuttaa ihminen. Tämä ei tarkoita, että valintamme olisivat välttämättä vapaita, mutta tunne kyvystämme toimia haluamallamme tavalla oikeuttaa ottamaan toisintoimimismahdollisuutemme todesta.[181] Esimerkiksi tällä hetkellä kirjoitan tätä tekstiä, enkä voi mitään sille, että hetki sitten kirjoitin lauseen "tällä hetkellä kirjoitan tätä tekstiä". Vaikka ymmärrän, että tekoni ovat syy-seuraussuhteiden summia, en koe itseäni kausaliteetin orjaksi. Sen sijaan ajattelen, että halutessani olisin voinut aamulla valita, etten tänään kirjoita yhtään mitään. Tällöin en olisi myöskään hetki sitten kirjoittanut lausetta "tällä hetkellä kirjoitan tätä tekstiä". Pohjimmiltaan sillä, olisinko todellisuudessa voinut valita olevani tänään kirjoittamatta, ei ole väliä. Vapauteeni riittää tämänhetkinen tunteeni, jonka mukaan aamulla olisin voinut valita toisin.

Vaikka toisintoimimismahdollisuuden puolustaminen vapauden tunteella on vanhahtava (ja monella tapaa ongelmallinen) argumentti sivuuttaa kausaliteetin pakottavuus ja vapaisiin valintoihin sisältyvä problematiikka, se on myös riittävä peruste vastuullisuuden puolesta.[182] Myöhemmin todennettavalla tavalla tämä perustuu siihen, ettei toisintoimimismahdollisuutta tule ymmärtää minään heikkona "intuitiivisena totuutena", vaan vastuullisuuden edellyttämä toisintoimimismahdollisuus on ymmärrettävä ihmisten uskomuksiin perustuvaksi sosiaaliseksi tosiasiaksi. Toisin sanoen toisintoimimismahdollisuus sellaisena kuin vastuullisuus sitä edellyttää, on ymmärrettävä pitämisen, ei olemisen maailmaan kuuluvana tosiasiana. Tällöin toisintoimimismahdollisuus ei ole altis luonnontieteen traditiosta kumpuavalle deterministiselle kritiikille, vaan se saa pätevyyten-

---

[178] von Wright 1985 s. 76. Myös psykologiseksi luokiteltavassa tutkimuksessa on pohdittu runsaasti sitä, voiko ihminen olla samaan aikaan olosuhteidensa uhri ja herra. Psykologinen puheenvuoro toisintoimimismahdollisuudesta ks. Gross 2009, luku 11.

[179] Rossin mukaan vastuullisuuden edellytys on pragmaattinen suhtautuminen toisintoimimismahdollisuuteen. Ks. Ross 1975 s. 86, 129–134.

[180] Canen mukaan determinismistä riippumatta pidämme itseämme ja toisiamme vastuullisina ainakin joistakin teoista – "Regardless of the truth or falsity of determinism, we hold ourselves and others responsible, and we accept responsibility, for at least some (of their and our) conduct and some of its consequences." Ks. Cane 2002 s. 66

[181] H.L.A. Hart on todennut, että riippumatta determinismin pakottavuudesta ihminen voidaan – rikosoikeudellisen vastuullisuuden vuoksi – ymmärtää valintoihin kykenevänä henkilönä. Ks. Hart 2009 s. 28–53, etenkin s. 48.

[182] Rikosoikeudellisessa puheenvuorossaan myös Hans Joachim Hirsch on viitannut nimenomaan vapauden tunteen riittävyyteen toteamalla, että "…Empfinden der Willensfreiheit, nicht dieser selbst…" – eli pikemminkin tunne tahdonvapaudesta kuin tahdonvapaus sellaisenaan puoltaa vastuuttamista. Ks. Hirsch 2010 s. 65.

sä ihmisten keskinäisistä asenteista eli samasta voimasta, joka on kaiken sosiaalisen todellisuuden takana.

8.5 SYYLLISYYSPERIAATTEEN ONTOLOGIA JA SEN MERKITYS SYYKSILUETTAVUUDELLE

Perinteisesti rikosoikeustieteessä on suhtauduttu ongelmattomasti moniin rikosoikeudellisesti keskeisiin mutta luonteeltaan varsin problemaattisiin käsitteisiin kuten tahdon vapaus ja psykofyysinen kausaliteetti. Monilla muilla tieteenaloilla vastaavat käsitteet ovat olleet vilkkaan keskustelun kohteena, mutta käydyt keskustelut eivät ole merkitsevästi suodattuneet rikosoikeudelliseen keskusteluun. Tällainen rikosoikeudelle ja etenkin rikoslainopille ominainen pragmaattinen ajattelutapa selittyy rikosoikeustieteelle sinänsä välttämättömällä, syväteoriaa karsastavalla ja käytännöllisyyttä painottavalla maailmankuvalla.[183]

Sanottua ei ole tarkoitettu kritiikiksi. Rikosoikeudessa ei ole tarpeen tukeutua liikaa muiden tieteiden tuottamaan tietoon. Toisaalta vakavasti otettava rikosoikeus ei voi sulkea itseään tyhjiöön.[184] Esimerkiksi puhuttaessa rikosoikeudellisesta vastuullisuudesta keskustelusta ei voida sulkea sitä, että fysikaalisesti ja todennäköisesti myös biologisesti asiat tapahtuvat luonnonlakien ehdoilla, ja ihminen on biologinen luomus ja elää luonnonlakien ehdoilla. John Searle onkin osuvasti todennut, että emme elä toisistaan erillisissä todellisuuksissa, jossa mentaaliset ja fysikaaliset ilmiöt tai tieteellinen ja arkijärkinen maailmankuva eivät koskaan kohtaa. Pikemminkin on olemassa yksi todellisuus jossa elämme, ja ratkaisevaa on se, kuinka pystymme sopeutumaan tuohon moniulotteiseen todellisuuteen.[185]

Deterministisessä maailmassa, jossa inhimillistä vapautta ei voida ottaa annettuna, meidän on sopeuduttava siihen, että toisintoimimismahdollisuutta voidaan puoltaa vain pragmaattisin perustein. Tällöin olettama inhimillisestä vapaudesta perustuu samaan ihmistieteelliseen maailmankuvaan, joka korostaa inhimillisen toiminnan tavoitteellisuutta luonnonlakien ja mekaanisten syy-seuraussuhteiden kustannuksella.[186] Filosofisessa kirjallisuudessa tällainen ihmistieteellinen näkö-

---

[183] Ks. myös Nuotio 1998a s. 28–29.

[184] Näin myös Carl-Friedrich Stuckenberg kirjoittaessaan tahallisuudesta. Ks. Stuckenberg 2007.

[185] ”We do not live in several different, or even two different, worlds, a mental world and a physical world, a scientific world and a world of common sense. Rather, there is just one world: it is the world we all live in, and we need to account for how we exist as part of it.” Ks. Searle 2004 s. 209.

[186] Tieteellisen ja ihmistieteellisen näkökulman välisestä erosta ja etenkin determinismin merkityksestä rikosoikeustieteessä ks. Hart 2009 s. 179–180. Luonnontieteiden ja ihmistieteiden eroavaisuuksista ja yhtymäkohdista ks. von Wright 1985 s. 49–51.

kulma samaistetaan käytännölliseksi järjeksi, ja inhimillistä toimintaa kuvataan praktisella syllogismilla.[187] Tällöin ajatus on, että ihminen kykenee asettamaan itselleen päämäärän ja toimimaan sen mukaisesti. Esimerkiksi lainkuuliaisen henkilön tavoite on välttää rikosoikeudellinen sanktio (premissi 1), mikä edellyttää rikoslain käskyjen noudattamista (premissi 2), joten henkilö ei tee rikostunnusmerkistön mukaista tekoa (johtopäätös).[188] Vastaavasti rikosoikeustieteessä puhutaan tekoa edeltävän kausaliteetin ylikäyvästä agenttikausaliteetista.[189] Tällöin oletetaan, että vapaiden tekojen syy on teon tekijä itse.

Kriitikko voi perustellusti kysyä, mikä oikeuttaa sivuuttamaan determinismin ja olettamaan, että ihmisten teot ovat ennalta määräytymättömiä – eli vapaita tekoja edeltävien syy-seuraussuhteiden pakottavuudesta. Pohjimmiltaan tämä kysymys takautuu seuraavaan varsin vaikeasti vastattavaan kysymykseen: miksi olemme oikeutettuja unohtamaan mekanistiset lainalaisuudet ja valitsemaan ihmistieteellisen näkökulman tarkasteltaessa ihmisen toimintaa?[190] En väitä kykeneväni vastaamaan tähän kysymykseen, mutta kysyttäessä toisintoimimismahdollisuudesta tarjoan seuraavaa vastausta: determinismistä huolimatta tunnemme olevamme vapaita, emmekä tälle tunteelle mitään voi.

Kuten edellä totesin, kannattamani praktinen asenne korostaa antroposentrististä maailmankuvaa, jossa inhimillinen toiminta ymmärretään pyrkimyksenä kohti haluttua tavoitetta erityyppiset kausaliteetit sivuuttaen.[191] Tällöin se, että teot ovat seurausta kausaalisuhteista, ei ole este arvioida tekijää kausaalisuhteista vapaana toimijana.

> Esimerkiksi selitettäessä tapetun henkilön kuolinsyytä oikeuslääkäri voi selittää kuoleman heijasteisena sydänpysähdyksenä, syyttäjä mustasukkaisuudella ja yhteiskuntatieteilijä Suomen väkivaltakulttuurilla. Vaikka tekijä ei ole voinut vaikuttaa altistumiseensa väkivaltakulttuuriin, tunteisiinsa tai siihen, että uhrilla on ollut alttius heijasteiseen sydänpysähdykseen, tämä ei estä pitämästä tekijää vastuullisena teostaan. Mikael Melanin tarkoittamalla tavalla meillä ei ole käytännössä muuta vaihtoehtoa kuin arvioida ihmistä vapauden näkökulmasta – olkoon, että olettama vapaudesta on ristiriidassa sen kanssa, että

---

[187] Campbell 2011 s. 75–76; Lagerspetz 2009 s. 107; von Wright 1985 s. 51–52. Perusteellisesti praktisesta syllogismista (ja intentionaalisesta toiminnasta) ks. von Wright 1971 s. 96–118. Oikeustieteellisissä puheenvuoroissa praktista päättelyä on sovellettu monin paikoin. Yksi mielenkiintoisimmista esityksistä sisältyy Kauko Wikströmin väitöskirjaan. Ks. Wikström 1979.

[188] Perusteellisesti intentionaalisesta toiminnasta (ja toiminnan selittämisestä päämäärähakuisin argumentein) ks. von Wright 1971, luku III (Intentionality and Teleological Explanation).

[189] Frände 2012 s. 78–79. Kimmo Nuotio on käyttänyt termiä ”manipulatiivinen kausaalisuus” kirjoittaessaan ihmisten mahdollisuudesta vaikuttaa kausaaliketjuissa. Ks. Nuotio 1998a s. 135. Agenttikausaliteetista filosofisessa kirjallisuudessa ks. Campbell 2011 s. 80–82.

[190] Tästä tematiikasta ks. Melan 2013.

[191] Rikosoikeudessa vastaavasti Frände 2012 s. 78–79. Filosofiassa vastaavasti Lagerspetz 2009 s. 197 ja 115.

> jokainen teko seurauksineen on välttämättä tekokokonaisuutta edeltävien tekijöiden summa.[192] Rikosoikeudellisesti voimme lisäksi huomauttaa, että yhteiskuntarauha vaikuttaa edellyttävän rangaistusjärjestelmää, oli determinismin kanssa miten oli. Kysymykseen miksi näin on, voidaan vastata vain vetoamalla siihen kokemukseen, ettei rangaistusjärjestelmän lakkauttaminen vaikuta hyvältä idealta.[193]

Hyväksyessämme ihmisen inhimillistämisen myönnämme, että ihminen on inhimillinen olento ja altis tahdon heikkoudelle ja virheille. Tällöin jäljelle jäävä ongelma on vapaisiin valintoihin sisältyvä problematiikka. Vaikka olettaisimme, että ihmisellä on kyky toimia deterministisessä maailmassa, tämä ei tarkoita, että valinnat olisivat välttämättä vapaita. Tätä tematiikkaa olen käsitellyt edellä. Toisaalta vaikka henkilön rankaiseminen ei-vapaasta teosta (eli teosta, joka ei ole hänen tahtonsa mukainen) on eittämättä vastoin syyllisyysperiaatetta, syyllisyysperiaatteesta tinkiminen on välttämätöntä, koska vapaiden ja ei-vapaiden valintojen välille on vaikea tehdä eroa. Tämän vuoksi on käytännöllisesti katsoen välttämätöntä, että täysivaltaiset yksilöt ymmärretään kategorisesti vapaisiin valintoihin kykenevinä yksilöinä.

Jatkakaamme kalibroimalle edellä esitetty rikosoikeudelliseen kontekstiin. Tämä voidaan tehdä viittaamalla Tapio Lappi-Seppälään. Aasinsiltana toimii Lappi-Seppälän 1980-luvun lopulla esittämä, sinänsä H.L.A. Hartin kirjoituksiin perustuva väite, jota sittemmin on monin paikoin referoitu suomalaisissa rikosoikeustieteellisissä puheenvuoroissa.[194] Väitteen mukaan rikosoikeudellisessa kontekstissa toisintoimimismahdollisuutta on puolustettava pragmaattis-rationaalisin perustein.[195] Vaikka Lappi-Seppälä linkittää puheenvuorossaan toisintoimimismahdollisuuskeskustelun myös determinismiin, pääasiasiallisesti hänen pragmaattis-rationaaliset perustelunsa on tarkoitettu preventiivisen rikosoikeuden vastapooliksi.[196] Näin ollen Lappi-Seppälän ydinväite on varsin käytännönläheinen: pragmaattis-rationaaliset syyt edellyttävät toisintoimimismahdollisuuskriteerin kunnioittamista keskeisimpänä rikosoikeudellisena periaatteena.

---

[192] Melan 2013. Samankaltaisesti myös Dworkin 2011 ja Kane 2010. Dworkinin ja Kanen mukaan determinismi ja toisintoimimismahdollisuus on voitava sovittaa yhteen, koska muussa tapauksessa ihmisiä ei voida pitää juridisesti tai moraalisesti vastuullisina. Huomautettakoon, ettei Kane tai Dworkin kumpikaan kykene tarjoamaan teoreettisesti perusteltua vastausta siihen, miten determinismi ja vapaus ovat sovitettavissa yhteen. Kanen ja Dworkinin argumentaatiota voidaankin pitää varsin pragmaattisena.

[193] Ks. myös Frände 2012 s. 17–18.

[194] Ks. esim. Tapani – Tolvanen 2013 s. 270–271; Nuutila 1996 s. 535.

[195] Lappi-Seppälä 1987 s. 141–143.

[196] Lappi-Seppälä 1987 s. 142–143 sekä s. 143 alkava alaviite 36.

Periaatteen hyväksyminen tarkoittaa muun muassa sitä, ettei ankara vastuu ole sallittua.[197]

Pidän Lappi-Seppälän argumenttia perusteltuna. Astun kuitenkin askeleen pidemmälle ja lähden siitä, että toisintoimimismahdollisuus on itsessään ymmärrettävä – pragmaattis-rationaalisesti – sosiaaliseksi tosiasiaksi. Tarkoitan tällä seuraavaa: determinismin ja itseään määräävän subjektin välisestä problematiikasta huolimatta toisintoimimismahdollisuuden normatiivinen pätevyys perustuu siihen, että ihmiset yleisesti kokevat olevansa kykeneviä vapaisiin valintoihin. Toisin sanoen usko toisintoimimismahdollisuuteen on vallitseva uskomus[198] ihmisten keskuudessa. Näin ollen toisintoimimismahdollisuuden viimekätisenä perustana ovat ihmisten jaetut asenteet, aivan samalla tavalla kuin jaetut asenteet ovat kaiken sosiaalisen todellisuuden takana.

On syytä alleviivata, ettei toisintoimimismahdollisuuden ymmärtäminen sosiaaliseksi tosiasiaksi tee siitä heikkoa. Sosiaalisten tosiasioiden vahvuus perustuu ihmisten keskinäisten asenteiden voimaan. Jos ja kun ihmiset laajamittaisesti kokevat olevansa vapaisiin valintoihin kykeneviä olentoja, toisintoimimismahdollisuus on sosiaalisesti pätevä tosiasia. Samalla se on ontologisesti osa sitä samaa pitämisen maailmaa, johon syyllisyysperiaate itsekin sisältyy.[199]

Vaikka argumentaationi edellyttää ihmistieteiden korostamista luonnontieteiden kustannuksella, tämä ei muuta sitä, että vastuullisuuden keskeiskriteerinä

---

[197] Syyllisyysperiaatteeseen on suhtauduttu myös toisella tavalla. Joissakin vanhemmissa saksalaisissa kirjoituksissa on annettu ymmärtää, että syyllisyysperiaatteesta luopuminen tai ainakin syyllisyysperiaatteen liudentaminen on perusteltua yleisprevention nimissä. Tällöin ajatuksena on jotakin sen suuntaista, että moitittavuuselementti on alisteinen yleispreventiolle, eli subjektiivinen syyllisyys on alisteinen yhteiskunnallisille tavoitteille. Vanhemmasta saksalaisesta keskustelusta ks. Nuutila 1996 s. 533 sekä Nuutilankin (Nuutila 1996 s. 533, alaviite 724) viittaama Jakobs 1976 s. 20. Todettakoon, että tämän tyyppisellä keskustelulla on ollut merkityksensä myös kotimaiseen rikosoikeudelliseen huolimattomuuskeskusteluun. Tämä näkyy etenkin hallituksen esityksessä eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi, jossa todetaan, että ”preventiivisistä syistä myös tiedoton tuottamus hyväksytään tietyin rajoituksin rangaistusvastuun perustaksi”. Ks. HE 44/2002 vp s. 90. Tämähän tarkoittaa sitä, että lainsäätäjä on valmis uhraamaan syyllisyysperiaatteen yhteiskunnallisen edun nimissä. Käytännön esimerkkinä voidaan mainita aikomus modifioida seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäyttöä koskevaa kriminalisointia (RL 20:8). Tätä kirjoitettaessa keskustelussa on se, tulisiko teko olla rangaistava myös tuottamuksellisena. Ks. oikeusministeriön julkaisuja 47/2014. Jos uskomme Jussi Tapania, uhkana on, että kriminalisoinnin modifiointi johtaa siihen, että käytännössä myös tiedoton tuottamus kriminalisoidaan – eli syyllisyysperiaate alistetaan kriminaalipoliittisille tavoitteille. Tapanin näkemyksestä ks. oikeusministeriön julkaisuja 47/2014 s. 18.

[198] Jäljempänä rinnastan uskomukset ja asenteet.

[199] Ks. myös Vihriälä 2012, etenkin s. 55. Vihriälän mukaan rikosoikeudellinen tahallisuus on samanlainen normatiivinen käsite kuin muutkin oikeusjärjestykseen kuuluvat entiteetit. Vihriälän mukaan tämä normatiivinen status jättää tarvittavan sijan sivuuttaa ne tahallisuuteen sisältyvät luonnontieteelliset (neurofysiologiset) ulottuvuudet, joiden toteennäyttäminen on vaikea, ellei mahdoton tehtävä.

toisintoimimismahdollisuutta voidaan pitää legitiiminä. Kuten Erik Lagerspetz on osoittanut, useat sosiaaliset tosiasiat ovat kuin ”kiveen hakattuja”, vaikka ne perustuisivat vääriin uskomuksiin, tai jopa edellyttäisivät niitä.[200]

Vastaavasti vaikka toisintoimimismahdollisuus voi edellyttää vääriä uskomuksia determinismin ja vapauden yhteensovittamisesta, tämä ei muuta sitä, että toisintoimimismahdollisuus on sosiaalisesti – tai tähän yhteyteen kalibroidusti – normatiivisesti pätevä tosiasia. Toisin sanoen vaikka ihmiset eivät voi päättää elävänsä kausaalilakien ulottumattomissa, vastuun ytimessä toisintoimimismahdollisuus nauttii varsin vahvaa justifikaatiota. Tämä perustuu nimenomaan siihen, että suurin osa ihmisistä jakaa uskomuksen tekojensa vapaudesta. Käänteisesti sanottuna jos tieteellinen kehitys tulevaisuudessa murentaa uskomuksen vapaasta tahdosta, tällöin ei ole mahdollista ylläpitää sellaista normatiivista vastuullisuutta, joka pohjautuu ihmisten toisintoimimismahdollisuuden kunnioittamiseen.[201]

Väitteeni, jonka mukaan vastuullisuuden edellyttämä toisintoimimismahdollisuus tulee ymmärtää sosiaalisena tosiasiana, voi vaikuttaa hämmentävältä. Hämmennys perustunee siihen, ettemme kykene näkemään toisintoimimismahdollisuutta osana sosiaalista todellisuutta, vaan pidämme toisintoimimismahdollisuutta olemisen maailmaan – eli pikemminkin luontoon kuin sosiaaliseen todellisuuteen – kuuluvana ominaisuutena.[202] Toisin sanoen ajattelemme, että inhimillinen vapautemme on luonnonlain tyyppinen välttämättömyys, vaikka tilanne on pikemminkin päinvastainen.

Kysymys ei kuitenkaan ole mistään ainutlaatuisesta ajatuksesta. Vertaistukea voimme hakea John Searlen kirjoituksista. Searlen mukaan ihmisten kyky tehdä sosiaalisen todellisuuden objektit – kuten oikeus – olemassa olevaksi edellyttää oletusta vapaasta tahdosta, vaikka vapaata tahtoa itsessään ei ole voitu todistaa todeksi.[203] Searlen mukaan ihmisten kyky luoda ja ylläpitää sosiaalisen todellisuuden objekteja on myös todiste vapaan tahdon olemassaolosta – tai ainakin siitä, että determinismi, vapaa tahto ja toisintoimimismahdollisuus ovat sovitettavissa yhteen.[204]

Riippumatta siitä, hyväksymmekö Searlen näkemystä, jonka mukaan sosiaalisen todellisuuden luonne on pätevä todiste tahdon vapauden puolesta, pidän

---

[200] Lagerspetz 2009 s. 196 ja 199.
[201] Näin myös Frände 2012 s. 78, alaviite 186.
[202] Erik Lagerspetz on erottanut sosiaalisen todellisuuden asiat luontoon kuuluvista asioista seuraavasti: sosiaaliseen todellisuuteen kuuluvat ne asiat, jotka ymmärrämme pikemminkin yhteiskunnallisiksi kuin luonnontieteellisiksi. Ks. Lagerspetz 2009 s. 188.
[203] Searle 2007, etenkin s. 11 ja s. 108–109.
[204] Searle 2007 s. 11. Searlen oletus vapaasta tahdosta on ymmärrettävä hänen esittämäänsä sosiaalisen ontologian teoriaa vasten. Searle ei kuitenkaan väitä, että vapaa tahto on välttämättä tosi.

kiistattomana, että ihmisten jaetut asenteet tekevät sosiaaliset tosiasiat olemassa oleviksi.[205] Astukaamme kuitenkin pidemmälle kuin Searle. Tällöin voimme todeta, että ihmisten jaetut asenteet valintojensa vapaudesta tekevät toisintoimimismahdollisuuden sosiaalisesti olemassa olevaksi eli sosiaaliseksi tosiasiaksi, olkoonkin, että oletus ihmisten toiminnallisesta vapaudesta voidaan ei-sosiaalisesta todellisuudesta käsin myös pätevästi riitauttaa.

Jaetut asenteet ja syyksiluettavuuden legitimiteetti. Keskeinen argumenttini voidaan tiivistää seuraavasti: vastuuttamisen edellyttämä toisintoimimismahdollisuus on ymmärrettävä sosiaaliseksi tosiasiaksi. Näin ollen rikosnormatiivisen vastuullisuuden legitimiteetti on ytimiään myöten riippuvainen ihmisten jaetuista asenteista.

Seuraavaksi on vastattava siihen, mikä merkitys tällaisella näkemyksellä on ratkaistaessa syyllisyyskysymystä. Tämä kysymys on olennainen, koska tutkimukseni punaisena lankana on syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen, ja tällaisen teeman konkreettisuustaso poikkeaa ratkaisevasti toisintoimimismahdollisuuden sisältämästä filosofisesta problematiikasta, josta ei voida johtaa tuomarin toimintaa ohjaavia käskyjä. Olisi esimerkiksi turha todeta, ettei determinismin vuoksi ketään voida pitää vastuullisena tekemisistään, joten tuomareiden on vapautettava jokainen vastaaja. Toisaalta yhtä kiistatonta on, että konkreettisen syyllisyysratkaisun legitimiteetti on hahmotettava sen saman ontologisen ymmärryksen pohjalta, jonka päällä vastuullisuuden legitiimisyys syvätasolla lepää.

Ottakaamme nyt annettuna, että toisintoimimismahdollisuuden normatiivinen kunnioittaminen sisältyy oikeuden syvärakenteeseen.[206] Toiseksi hyväksykäämme Kaarlo Tuorin väite, etteivät oikeudelliset tasot ole autonomisia vaan vuorovaikutuksessa toistensa kanssa.[207] Tällöin voimme kysyä seuraavasti: mikä merkitys oikeuden pintatasolla – eli syyllisyyskysymyksiä ratkaistaessa – on sillä, että vastuuttamisen legitimiteetti on jo oikeuden syvätasolla riippuvainen ihmisten jaetuista asenteista?

---

[205] Tämän on myös Erik Lagerspetz useissa eri kirjoituksissaan osoittanut. Ks. Lagerspetz 1995 ja 2009. Huomautettakoon, että Lagerspetz kutsuu sosiaalisia tosiasioita konventionaalisiksi tosiasioiksi. Tällöin termi ”konventionaalinen” viittaa nimenomaan ihmisten jaettuihin asenteisiin (uskomuksiin), jotka tekevät jonkin asian sosiaalisesti olemassa olevaksi. Keskeistä on huomioida, ettei termi ”konventio” viittaa mihinkään ihmisten välisiin sopimuksiin, vaan sosiaaliset tosiasiat edellyttävät vain sitä, että ihmisten välillä vallitsee jaettu asenne jonkin sosiaalisen asian pätevyydestä. Ks. Lagerspetz 2009 s. 194–195.

[206] Tätä mieltä ovat myös Jussi Tapani ja Matti Tolvanen. Ks. Tapani – Tolvanen 2013 s. 268. Tapanin ja Tolvasen mukaan peruste puoltaa toisintoimimismahdollisuutta rikosvastuun kriteerinä sijoittuu oikeuden syvätasolle. Todettakoon, että Tapani ja Tolvanen puhuvat toisintoimimismahdollisuudesta kriminalisointiperiaatteena eivätkä näin ollen ole kiinnostuneita toisintoimimismahdollisuuden sisältämästä filosofisesta problematiikasta.

[207] Oikeuden tasoista ks. Tuori 2000, luku 6. Tasojen vuorovaikutuksesta ks. Tuori 2000, luku 7.

Vastaukseni on seuraava: Jos ja kun (1) vastuuttaminen edellyttää sitä, että ihminen on itseään määräävä olento, ja (2) vastuuttamisen edellyttämä toisintoimimismahdollisuus on ymmärrettävä sosiaaliseksi tosiasiaksi, (3) rikosnormatiivisen vastuullisuuden legitimiteetti on jo oikeuden syvätasolla riippuvainen ihmisten jaetuista asenteista. Näin ollen (4) ihmisten jaetut asenteet voidaan hyväksyä legitiimiksi normatiivisen vastuuttamisen kriteeriksi myös vastuuta langetettaessa (oikeuden pintatasolla).

Lopuksi on tähdennettävä, mitä en väitä. Tarkoitukseni ei ole väittää, että toisintoimimismahdollisuuden ymmärtäminen sosiaaliseksi tosiasiaksi vähentäisi rikosnormatiivisen vastuullisuuden yleistä legitimiteettiä, pikemminkin päinvastoin. Näin ollen toisintoimimismahdollisuuden ymmärtäminen sosiaalisena tosiasiana ei edellytä rikosvastuun uudelleen konstruoimista. Toiseksi en väitä, että vastuullisuuden legitimiteetin riippuvuus ihmisten jaetuista asenteista oikeuttaisi tinkimään vastaajan oikeusturvasta näytöllisesti epäselvissä tilanteissa. Siinä missä normatiiviset väitteet eivät ole kumoutuvia, empiiriset väitteet voidaan ainakin teoriassa osoittaa tosiksi tai epätosiksi. Tämän vuoksi myös oikeudenkäynnissä esitettyjen tosiasiaväitteiden on oltava varteenotettavan epäilyn tuolla puolen.

Sen sijaan koska normatiiviset väitteet eivät ole kiperissä tilanteissa totta tai epätotta vaan hyväksyttäviä tai ei-hyväksyttäviä, rikosoikeustieteilijän velvollisuudeksi voidaan asettaa siihen vastaaminen, miksi normatiivisesti epäselvissä tilanteissa vastaajan oikeusturvasta voidaan tinkiä. Tämän kysymyksen olen ottanut vakavasti. Näin ollen tavoitteeni on vain ja ainoastaan ollut tarjota teoreettinen legitimaatio sille, miksi kiperissä tapauksissa syyllisyyskysymys voidaan ratkaista vastaajan vahingoksi – eli miksi syyksilukevien tuomioiden legitimiteetti voidaan normatiivisesti kiperissä tilanteissa ”hakea” oikeusyhteisön jäsenten jaetuista asenteista (eli tuomion hyväksyttävyydestä) oikeudellisten argumentaatioteorioiden tarkoittamalla tavalla.

8.6 JOHTOPÄÄTÖKSET KIPERÄN SYYKSILUKEVAN TUOMION LEGITIMITEETISTÄ

Toisintoimimismahdollisuuden korostaminen rikosoikeudellisen vastuullisuuden keskeiskriteerinä tarkoittaa retributivistista rangaistusjärjestelmää, myönnettiinpä tätä rikosoikeudessa tai ei.[208] Ajatus on, että tehdessään vapaasta tahdos-

[208] Ks. myös Ruggiero 2010 s. 203, jossa vapaa tahto ja toisintotoimimismahdollisuus lomitetaan oikeutettuun kostoon. Seikkaperäisesti retributivismista ks. Moore 2008, luvut 2–4. Retributivismista ks. myös Tapani – Tolvanen 2013 s. 31–32.

taan rikostunnusmerkistön mukaisen teon henkilöä on tuolloin ja vain tuolloin oikeutettua rangaista.[209] Tällaiseen lähtökohtaan perustuva rikosoikeusjärjestelmä on luonteeltaan retributivistinen, koska yksilöllisen vastuun korostaminen kertoo oikeusalamaisille, että tehdessäsi väärin sinua rangaistaan – eli sinulle kostetaan.[210] Tietenkin sivutuotteena rangaistus viestii myös muille oikeusalamaisille, että tarvittaessa teitä muitakin rangaistaan, mutta tämä ei muuta sitä, että toisintoimimismahdollisuutta korostava rikosoikeusjärjestelmä on perusluonteeltaan retributivistinen. Toisaalta jos ja kun rangaistusjärjestelmä on luonteeltaan retributivistinen, tuntuu välttämättömältä, että kiperissä syyllisyyskysymyksissä valtiovallan olisi pidättäydyttävä kostamasta. Yksinkertaisesti epävarmalla pohjalla oleva kosto ei ole oikeutettu – eli ketään ei ole legitiimiä rangaista epävarmuuden vallitessa, ikään kuin varmuuden vuoksi.

Toisaalta ottaessamme epävarmuuskiellon vakavasti syytetyt voitaisiin tuomita rangaistuksiin vain rutiinitapauksissa. Tällainen vaihtoehto ei olisi sen enempää realistinen kuin toivottavakaan. Vaikka toisintoimimismahdollisuutta korostava rangaistusjärjestelmä on luonteeltaan retributivistinen, rikosoikeudella on myös preventiivinen tehtävä.

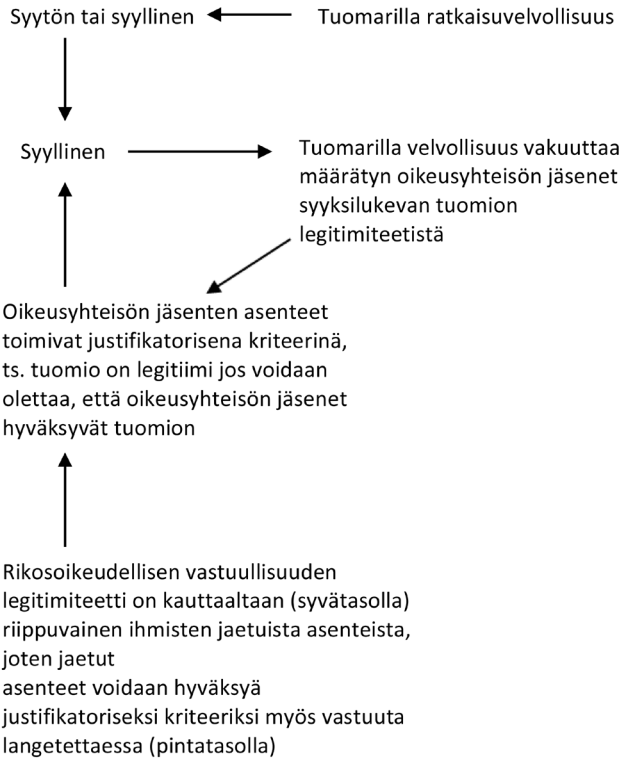
Tyypillinen vastaus epävarmuuden sisältämään problematiikkaan on viitata oikeudellisiin argumentaatioteorioihin ja painottaa tuomarin perusteluvelvollisuutta ja oikeusyhteisön jäsenten vakuuttamista tuomion hyväksyttävyydestä. Tämä vastausvaihtoehto ei kuitenkaan vastaa seuraavaan rikosoikeudellisesti merkitsevään kysymykseen: kuinka legitimoida se, että normatiivisesti epäselvissä tilanteissa syyllisyysratkaisu voidaan ylipäätään ratkaista vastaajan vahingoksi, vaikka epävarmuuden vallitessa oikeusvaltion mukaista – ja moraalisesti perusteltua – olisi ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi? On suorastaan hämmentävää, että oikeudellisten argumentaatioteorioiden nousu on ikään kuin sulkenut tämän kysymyksen rikosoikeustieteellisestä keskustelusta. Yhtäältä oikeudellisten argumentaatioteorioiden ansioksi, toisaalta niiden synniksi voidaankin lukea se, että perusteluvelvollisuutta ja tuomion (moraalista) hyväksyttävyyttä korostamalla oikeusvaltiollinen epäkohta – eli vastaajan oikeusturvan sivuuttaminen – on kyetty legitimoimaan ilman, että argumentaatioteorioiden omaa legitiimisyyttä olisi sen enempää pohdittu.

Tässä yhteydessä ei ole tarpeen toistaa sitä, mitä olen edellä sanonut normatiivisesti kiperien syyksilukevien tuomioiden legitimiteetistä. Väitteeni ja keskeiset johtopäätökseni voidaan tiivistää seuraavasti: (1) Kiperässä syyllisyyskysymyksessä tuomarin velvollisuus on ratkaista se, onko henkilö syytön vai syyllinen. (2) Rikosoikeudellisten ja rikosprosessioikeudellisten normien mukaan keskiös-

[209] Hart 2009 s. 210–237, erityisesti s. 231.
[210] Seikkaperäisesti tästä tematiikasta ks. Duus-Otterström 2007.

sä on vastaajan oikeusturva. (3) Näin ei kuitenkaan ole, vaan kiperiä syyllisyyskysymyksiä ratkaistaan myös vastaajan vahingoksi. (4) Tämä perustuu siihen, että rikosoikeudella on myös preventiivinen tehtävä. (5) Vaikka yksilöön kohdistettu kiistanalainen kosto ei ole oikeutettu, prevention katsotaan edellyttävän sitä, että kiperissä syyllisyyskysymyksissä vastaajia ei kategorisesti vapauteta. (6) Oikeudellisten argumentaatioteorioiden hengessä kiperien syyksilukevien tuomioiden teoreettinen legitimiteetti haetaan oikeusyhteisön jäsenten asenteista. (7) Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että tuomarin tehtävä on ratkaista ja perustella syyllisyyskysymys siten, että tuomio on oikeusyhteisön jäsenten hyväksyttävissä. (8) Rikosoikeudessa on periaatteellisesti vaikea hyväksyä sitä, että syyksilukevan tuomion legitimiteetti haetaan oikeusyhteisön jäsenten asenteista ja tuomion (moraalisesta) hyväksyttävyydestä. (9) Tämä perustuu siihen, että rikosoikeudellisen vastuun langettamisen legitimiteetti on vahvasti sidoksissa etukäteen tunnistettaviin pelisääntöihin eikä sellaisiin asenteisiin, joita oikeusyhteisön jäsenillä oletetaan tuomion hyväksyttävyydestä olevan. (10) Näin ollen on perusteltava se, miksi syyksilukevien tuomioiden legitimiteetti voidaan tarvittaessa hakea oikeusyhteisön jäsenten asenteista.

Vastaukseni on seuraava: (i) Rikosoikeudellisen vastuullisuuden legitimiteetti perustuu oletukseen ihmisen toiminnallisesta vapaudesta. (ii) Deterministisessä maailmassa toisintoimimismahdollisuus on sosiaalinen tosiasia, eli se perustuu ihmisten jaettuihin asenteisiin (uskomuksiin). (iii) Koska vastuuttamisen legitimiteetti perustuu ytimiään myöten ihmisten jaettuihin asenteisiin, jaetuille asenteille voidaan antaa justifikatorista merkitystä myös vastuuttamisen pintatasolla eli ratkaistaessa syyllisyyskysymystä. Johtopäätökseni kiperän syyksilukevan tuomion legitimiteetistä voidaan mallintaa seuraavasti:



Kuvio 10. Kiperän syyksilukevan tuomion legitimiteetti.

Keskusteluni kiperän syyksilukevan tuomion teoreettisesta oikeuttamisesta ei rajoitu vain tutkimusteemani mukaisiin syyllisyysratkaisuihin. Näin ollen lopuksi on vastattava siihen, miksi kyseiseen problematiikkaan on kannattanut uhrata aikaa ja voimavaroja. Tätä kysymystä voidaan lähestyä tutkimustemaattisella esimerkillä.

Olettakaamme, että vastaajalle vaaditaan rangaistusta yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämisestä (RL 24:8). Julkaisu on ollut monien luettavissa eikä tekstin sisällöstä ole epäselvyyttä. Jos käräjäoikeus langettaa tuomion, hovioikeus hylkää syytteen ja lopulta korkein oikeus tuomitsee henkilön äänestyksen jälkeen, tällaisesta tuomiosta ilmenevää syyllisyyttä ei voida pitää varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olevana sanan missään mielekkäässä merkityksessä.

Myöntäessämme avoimesti, että kiperät syyksilukevat tuomiot sisältävät periaatteellista problematiikkaa on enemmän kuin tarpeellista etsiä legitimiteettiä sille, miksi vastaajien oikeusturvasta voidaan tinkiä. Vaikka ekskursioni rele-

vanssi ja pätevyys voidaan riitauttaa, tämä ei muuta sitä, että rikosoikeustieteessä on tarpeen pohtia kiperien syyksilukevien tuomioiden legitimiteettiä erilaisista näkökulmista. On tärkeää muistaa, että rikosoikeus on laillistettua pakkovaltaa, jonka oikeutus on justifioitava yhä uudelleen.[211] Tämä keskustelu ei saa tyrehtyä vain kommenteiksi rikoslainsäädännön hyväksyttävistä rajoista tai koko rikosoikeuden oikeutusta koskeviksi filosofisiksi puheenvuoroiksi. Aivan yhtä tärkeää – ellei jopa tärkeämpää – on pyrkiä jäsentämään sitä, miksi yksilöön kohdistettu pakkovalta on tapauskohtaisesti oikeutettavissa, vaikka olisi olemassa perusteita epäillä tuon pakkovallan lainmukaisuutta.

[211] Suomessa etenkin Ari Hirvonen on pitänyt huolta siitä, ettemme unohda tätä velvoitetta. Ks. Hirvonen 2006 s. 51–66. Ks. myös Pirjatanniemi 2007 s. 1090, jossa muistutetaan rikosoikeustieteilijöiden velvollisuudesta perustella rikoslainkäytön hyväksyttävyys.

9 Lopuksi

9.1 YHTEENVETO

Helsingin Sanomien kolumnissaan fyysikko Syksy Räsänen pyrki selvittämään kvanttifysiikan merkitystä maallikoille.[1] Ajatteluni ei kuitenkaan taipunut siihen, että jokin asia voi olla yhtä aikaa x ja ei-x. Yhä edelleen ajattelen, että ovi on joko auki tai kiinni, enkä ymmärrä, miten ovi voisi olla yhtä aikaa auki ja kiinni. Sen sijaan monelle fyysikolle epämääräiset tilat, jopa loogiset mahdottomuudet, lienevät ymmärryskyvyn rajoissa.

Vastaavasti juristeille epämääräiset tilanteet ja oikeudelliset ristiriidat ovat tuttuja. Tästä huolimatta oikeudellinenkaan ajatteluni ei taivu siihen, että oikeusvaltiossa henkilö voisi saman teon tai tekemättä jättämisen perusteella olla lain mukaan syytön ja syyllinen, vaan hän on syytön tai syyllinen. Jos teko täyttää rikosvastuun edellytykset, vastaaja on lain mukaan syyllinen, ja ellei teko täytä rikosvastuun edellytyksiä, lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi. Se, kumpi vastausvaihtoehto on kussakin tilanteessa lainmukainen ratkaisu, on tärkeä, mutta usein varsin vaikeasti vastattava kysymys.

> Yhden oikean lainmukaisen syyllisyysratkaisun olettamaa olen puoltanut oikeusvaltiollisena välttämättömyytenä. Tämä ei kuitenkaan ole estänyt myöntämästä sitä, että avoimissa, ristiriitaisissa ja arvoherkissä tilanteissa arvostukset ovat de facto osa tuomarin harkintaa. Oikeusteoreettisesti olenkin lähtenyt realismin ja idealismin yhdistelmästä. Määritelmäni mukaan yhtäältä tämä tarkoittaa sen tiedostamista, ettei tuomarin harkintaa voida lailla täysin sitoa (realismi). Toisaalta puhe oikeusvarmuudesta ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuudesta muodostuu mielettömäksi, jos yhden oikean lainmukaisen syyllisyysratkaisun olettamasta tingitään (idealismi). Näin ollen ainoaksi vaihtoehdoksi jää realismin ja idealismin skitsofreeninen kombinaatio, jossa yhden oikean lainmukaisen syyllisyysratkaisun olettamaa pidetään niin teoreettisesti välttämättömänä kuin mahdottomanakin ideaalina.

Erityisen kiperäksi lainmukaisen ratkaisun tavoittelu muodostuu sellaisessa tilanteessa, jossa tuomari ratkaisee perus- ja ihmisoikeussensitiivistä syyllisyyskysymystä. Tämä perustuu siihen, että tutkimustehtäväni taustalla olevat oletamat pitävät paikkansa. Kuten johdannossa väitin, perus- ja ihmisoikeussensitiivi-

---

[1] Räsänen / Helsingin Sanomat 25.8.2014. Ks. Räsänen 2014.

set syyllisyyskysymykset ovat poikkeuksellisen arvosensitiivisiä, eikä niihin kaikkiin ei ole yksiselitteisiä ratkaisuperusteita. Tämän vuoksi perus- ja ihmisoikeussensitiivisten syyllisyyskysymysten ratkaiseminen siten kuin laki määrää on vaikea tehtävä.

Arvostusten löytyminen rikosoikeudellisesta ratkaisuharkinnasta ei ole rikosoikeuteen sitoutuneelle juristille mieluista. Samalla se ei ole mitenkään yllättävää. Oikeusteoriassa on jo pidemmän aikaa pyritty kehittelemään argumentatiivisia menetelmiä, joihin turvautuen oikeusturva ja tuomioistuinten päätösten hyväksyttävyys voitaisiin taata, vaikka tuomarin harkintaa ei voida puhdistaa arvostuksista. Vaarana kuitenkin on, että argumentaatioteorioiden paineessa erkaannutaan laista ja lainmukaisuudesta. Itse asiassa oikeudellisten argumentaatioteorioiden voittokulku on johtanut siihen, että lain tapauskohtaista relevanssia täsmentävät argumentatiiviset ratkaisuperusteet ja lain dynaaminen soveltaminen on korostunut myös rikosoikeudessa. Viimeisen reilun kymmenen vuoden aikana tämä on näkynyt etenkin rikoslainopillisessa talousrikostutkimuksessa, jossa päämäärähakuinen argumentaatio on saanut painoarvoa oikeusvarmuuden ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuuden kustannuksella.[2]

Vaikka arvostuksia ei voida tuomarin harkinnasta sulkea, tätä ei tule ymmärtää lakipositivismin kuolemana. Rikosoikeusteoreettisesti tämän tiedostaminen on tärkeää. Hyväksyessämme väitteen, että syyllisyyskysymyksissä oikeusvarmuus ja ennakoitavuus ovat keskiössä, lyömme samalla lukkoon merkittäviä oikeuslähdeopillisia, lainsoveltamismetodisia ja tuomion perusteluja koskevia valintoja. Vaikka tuomarin harkintaa ei voida lailla täysin sitoa, oikeusvarmuus ja ennakoitavuus voidaan toteuttaa optimaalisesti vain, jos oikeuslähdeoppi, lainsoveltamismetodiikka ja rikostuomion perustelut valjastetaan palvelemaan rikosoikeuden staattista luonnetta.

Tarkoitukseni ei ole väittää, että rikosoikeuden staattista luonnetta on kunnioitettava vain pätevän rikoslain – kuten talousrikostunnusmerkistöjen – merkityssisältöä täsmennettäessä. Aivan yhtä tärkeää on pyrkiä turvaamaan oikeusvarmuus ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus myös niissä tilanteissa, joissa rikoslakia sovelletaan perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti. Käytännössä tämä edellyttää sitä, että syyllisyyskysymystä ratkaistaessa voimassa olevaa rikoslakia ei tule pyrkiä haastamaan vaan kunnioittamaan. Tämä taas edellyttää sitä, että

---

[2] Ks. esim. Hakamies 2012 s. 61–62. Talousrikosoikeudellisille puheenvuoroille tyypillistä näkemystä, jonka mukaan rikoslakia on sovellettava päämäärähakuisesti, kuvaa hyvin (virallisen vastaväittäjän) Kimmo Nuotion lausunto Kaarlo Hakamiehen väitöstutkimuksesta. Nuotio toteaa, ettei Hakamies ole ”formalisti, vaan suosii tavoitteellisuutta, dynaamisuutta ja teleologista tulkintatapaa.” Ks. Nuotio 2013b s. 340. Nähdäkseni samat määreet voidaan liittää moniin muihinkin henkilöihin, jotka ovat olleet kiinnostuneita nimenomaan talousrikossääntöjen tulkinnasta ja soveltamisesta.

syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin on pyrittävä jatkamaan rikosoikeuden omaa traditiota myös niissä tapauksissa, joissa perus- ja ihmisoikeuksilla on osansa. Tätä argumenttia voidaan puoltaa myös perus- ja ihmisoikeuksien suunnasta. Myös perus- ja ihmisoikeusargumentaation oma legitimiteetti edellyttää sitä, että perus- ja ihmisoikeusmyönteisyydessä edetään pikkuhiljaa, vähä vähältä rikosoikeuden rosoisuuksia hioen, kuten edellä totesin.[3]

Ajatelkaamme vanhempia, jotka pyrkivät harjoittamaan lapsestaan huippujalkapalloilijan. Jos vanhempien tavoitteet ovat yksiulotteisia, uhkana on, että vanhemmat sokaistuvat omista pyrkimyksistään. Esimerkiksi lapsen muut harrastukset, kaverisuhteet, väsymys ja jopa lapsen omat mielipiteet voidaan sivuuttaa, jolloin vanhempien tavoitteet voivat kääntyä itsensä vastaisiksi. Sen sijaan jos lapsen harjoitteluun suhtaudutaan maltillisemmin, pitkällä aikavälillä tämä voi johtaa parempaan lopputulokseen. Esimerkiksi jos lapsen kiinnostusta jalkapalloon ei tukahduteta, hän voi jatkaa harjoittelua vuosi toisensa jälkeen, minkä ansiosta hän voi lopulta kehittyä erinomaiseksi jalkapalloilijaksi.

Samankaltaista problematiikkaa sisältyy perus- ja ihmisoikeusmyönteisyyteen. Jos perus- ja ihmisoikeusmyönteisyydessä edetään liian innokkaasti, uhkana on, että hyvät pyrkimykset kääntyvät itsensä vastaisiksi. Esimerkiksi liiallinen innokkuus korostaa perus- ja ihmisoikeusargumentaatiota lakipositivistisen tradition kustannuksella voi johtaa tilanteeseen, jossa perus- ja ihmisoikeusargumentaatiota ei koeta legitiimiksi vaan mielivaltaiseksi. Tällainen kehityskulu ei palvele sen enempää perus- ja ihmisoikeusmyönteisyyttä kuin rikoslain soveltamisen legitimiteettiä.

Sen sijaan jos perus- ja ihmisoikeuksiin suhtaudutaan maltillisemmin, pitkällä aikavälillä tämä johtaa parempaan lopputulokseen. Pohjimmiltaan kysymys on aivan samasta asiasta kuin lapsen kehittymisessä huippujalkapalloilijaksi. Jos prosessia ei tuhota vauhtisokeudella eli liian aikaisin asetetuilla kohtuuttomilla vaatimuksilla, vuosien, jopa vuosikymmenien saatossa lopputulos muodostuu paremmaksi kuin tilanteessa, jossa oikeusjärjestyksen kehittymiselle ei anneta sen vaatimaa aikaa.

---

[3] Tätä kirjoitettaessa julkisuudessa on keskustelu siitä, voiko autoilija itsekriminointisuojaan vedoten kieltäytyä puhaltamasta poliisin seulonta-alkometriin. Ks. Kerkelä – Mainio / Helsingin Sanomat 23.10.2014. Kerkelä – Mainio 2014. Ks. myös Dan Frände ja Kimmo Nuotion mielipidekirjoitus Helsingin sanomissa 29.10.2014. Frände – Nuotio 2014. Lyhyessä ajassa aiheesta on ennätetty kirjoittaa myös oikeustieteellinen artikkeli. Ks. Launiala 2014 s. 1–12. Oikeudellisesti tämä kysymys on vaikea ja mielenkiintoinen. Samalla se osoittaa sen, että perus- ja ihmisoikeusmyönteisyydessä on edettävä nimenomaan maltillisesti. Yhtäältä rikosasioissa aktualisoituvat perus- ja ihmisoikeusulottuvuudet on otettava vakavasti. Toisaalta perus- ja ihmisoikeuksien rikosoikeudellisessa kalibroinnissa on edettävä harkitsevasti. Muutoin vaarana on, että perus- ja ihmisoikeusargumentaatio erkaantuu liiaksi – ja etenkin liian nopeasti – siitä, minkälaiseksi oikeusjärjestyksemme on ajan saatossa muotoutunut. Kuten olen joskus aikaisemmin todennut, perus- ja ihmisoikeudet on säädetty meidän kaikkien hyväksi, eikä niiden siksi saa antaa tukehtua omaan suuruuteensa. Ks. Hyttinen 2013 s. 950.

Väitettäni ei tule ymmärtää perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen aliarvioimisena, päinvastoin. Rikosoikeussystematiikka ei taivu siihen, että perus- ja ihmisoikeuksilla on merkittävä vaikutus rikoslakia säädettäessä, mutta minimalistinen merkitys rikoslakia sovellettaessa. Raimo Lahden tähdentämällä tavalla rikosoikeusteoreettinen systemaattisuus edellyttää nimenomaan sitä, että rikoslainkäytön hyväksyttävyyden legitiimisyysketju on katkeamaton. Toisin sanoen pyrittäessä ankkuroimaan rikoslain legitimiteetti perus- ja ihmisoikeuksiin rikosoikeuden rationaliteetti edellyttää sitä, että perus- ja ihmisoikeusulottuvuudet on huomioitava rikoslainsäädännöstä rikoslain soveltamiseen.[4]

Perus- ja ihmisoikeussensitiivisyys ei kuitenkaan tarkoita sitä, että oikeusvarmuus ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus tulisi alistaa dynaamisuudelle, joka on ominaista perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolle. Pikemminkin rikoslakia sovellettaessa on pyrittävä staattisuuteen, joka voi onnistua vain voimassa olevaa oikeustilaa kunnioittamalla.[5] Tätä varten olen myös puoltanut näkemystä, jonka mukaan perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syyllisyyskysymyksissä tuomioistuinten olisi uskallettava tarvittaessa mainita seuraavansa kansallista ratkaisulinjaa, jos tuo ratkaisulinja ei ole selkeästi ristiriidassa ihmisoikeusargumentaation kanssa.[6]

Vaikka vaatimus rikoslain staattisesta soveltamisesta on helppo asettaa, oikeuden arkipäivässä sen noudattaminen on hankalaa. Toisin sanoen on mutkatonta vaatia, että syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin tulee pyrkiä stabiliteettiin ja ratkaisulinjan johdonmukaisuuteen eikä sellaiseen reagointiin, joka on ominaista niin lainsäätäjälle kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimellekin. Tutkimuksessani olenkin tarkastellut sitä, kuinka stabiliteetti, oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus voidaan turvata optimaalisesti, vaikka perus- ja ihmisoikeudet ovat haastaneet niin lakipositivistiset ihanteet kuin yhden oikean syyllisyysratkaisun olettaman.

Tämän tehtävän myötä pinnalle on noussut useita toisiinsa kietoutuneita teoreettisia ja käytännöllisiä kysymyksiä: (A) Miten perus- ja ihmisoikeudet istuvat syyksiluettavuuden systematiikkaan? Tätä tematiikkaa olen tarkastellut kolmannessa luvussa. (B) Miten perus- ja ihmisoikeusargumentaatio on istutettavissa rikoslakipositivistiseen traditioon? Tätä tematiikkaa olen tarkastellut neljännessä luvussa. (C) Miten syyllisyyskysymyksen ratkaisuperusteiden relevanssi on hah-

---

4 Lahti 2012 s. 101. Rikosoikeuden legitiimisyysketjusta ks. myös Hirvonen 2006 s. 51–66.

5 Ks. myös Tolonen 2003 s. 171.

6 Edellä toteamallani tavalla rikosasioissa operointia kansallisella harkintamarginaalilla ei tulisikaan ymmärtää pyrkimyksenä oikeuttaa ihmisoikeusloukkaukset vaan pikemminkin pyrkimyksenä turvata ihmisoikeustuomioistuimen oma legitimiteetti. Ihmisoikeustuomioistuimen legitimiteetti ei ainakaan siitä lisäänny, jos se on halukas sivuuttamaan kansallisten tuomioistuinten syyllisyysratkaisut kiperissä tilanteissa.

motettava, kun ratkaistavana on perus- ja ihmisoikeussensitiivinen syyllisyyskysymys? Tätä tematiikkaa olen tarkastellut viidennessä luvussa. (D) Miten rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien yhtymäkohdassa on lainsoveltamismetodisesti operoitava, jotta oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus voitaisiin turvata optimaalisesti? Tätä tematiikkaa olen tarkastellut kuudennessa luvussa. (E) Mistä ylipäätään puhumme, kun puhumme kiperien syyllisyysratkaisujen hyväksyttävyydestä, ja minkälaisia oikeuslähdeopillisia, lainsoveltamismetodisia ja tuomion perusteluja koskevia valintoja syyllisyysratkaisujen hyväksyttävyys edellyttää? Tätä tematiikkaa olen käsitellyt seitsemännessä luvussa. (F) Jos ja kun syyllisyysratkaisuissa hyväksytään siirtymä varmuudesta tuomion hyväksyttävyyteen, kuinka kiperät langettavat tuomiot voidaan teoreettisesti legitimoida, vaikka oikeusvaltion perusperiaatteiden mukaan ketään ei tulisi tuomita rangaistukseen epävarmuuden vallitessa? Tätä tematiikkaa olen käsitellyt kahdeksannessa luvussa.

Tässä yhteydessä ei ole syytä toistaa sitä, mitä olen tutkimukseni eri luvuissa kirjoittanut. Sen sijaan esitän seuraavat huomiot, jotka koostavat keskeiset väitteeni: Perus- ja ihmisoikeudet ovat osa demokraattisen oikeusvaltion rikosoikeutta. Rikosoikeudellisen systematiikan vuoksi on välttämätöntä, että pyrittäessä ankkuroimaan rikoslaki perus- ja ihmisoikeuksiin, perus- ja ihmisoikeuksien merkitystä ei katkaista siihen pisteeseen, jossa eduskunta on päättänyt lain voimaantulosta. Myös kotimainen perustuslaki ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset velvoittavat peilaamaan rikoslakia perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti lainsäädännöstä lainsoveltamiseen. Käytännössä tämä edellyttää sitä, että syyllisyyskysymystä ratkaisevan tuomarin tulee olla sekä perus- ja ihmisoikeussensitiivinen että rikosoikeuden traditioon sitoutunut. Tämä on vaikea ja uudentyyppinen tilanne, mutta se ei edellytä radikaaleja muutoksia. Pikemminkin kysymys on maltillisesta perus- ja ihmisoikeusmyönteisyydestä, jossa perus- ja ihmisoikeuksien merkitys tunnustetaan ja tunnistetaan, mutta rikosoikeuden omilla ehdoilla. Tämä koskee niin rikosoikeudellista oikeuslähdeoppia, lainsoveltamismetodiikkaa kuin tuomion perusteluitakin. On syytä pitää mielessä, että rikosoikeudessa muoto on mielivallan paras vihollinen myös demokraattisen oikeusvaltion aikakaudella.

9.2 PÄÄTÖSSANAT

Tutkimuksessani totesin, että pääsääntöisesti rikoslakia sovelletaan ennakoitavasti. Toteamustani jatkoin väittämällä, ettei rikoslain soveltamisen laatua mitata sillä, kuinka hyvin oikeusvarmuus ja ennakoitavuus kyetään turvaamaan hel-

poissa tapauksissa. Pikemminkin rikosoikeudellisen reagoinnin laatu mitataan sillä, kuinka syyllisyyskysymyksiä ratkaistaan kiperissä tilanteissa.

Tämän vuoksi rikosoikeusjärjestelmä ei saa mitään anteeksi: joko rikosoikeudelliset käytännöt koetaan kauttaaltaan legitiimeiksi tai vaihtoehtoisesti ne koetaan mielivaltaisemmiksi kuin mitä ne tosiasiassa edes ovat. Näin ollen jos rikosoikeudellinen päätöksenteko koetaan kiperissä oikeustapauksissa sattumanvaraiseksi, silloin se, että rikoslakia sovelletaan lähes aina ennakoitavasti, jää taka-alalle – se ikään kuin menettää merkitystään. Tämän vuoksi on tärkeää pyrkiä mallintamaan sitä, miten oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus voidaan taata kiperissä oikeustapauksissa. Tämä koskee myös niitä tilanteita, joissa rikoslakia sovelletaan perus- ja ihmisoikeussensitiivisesti.

On selvä, että tutkimukseni tarjoaa vain kapean puheenvuoron siitä problematiikasta, jota syyllisyyskysymysten ratkaisemiseen sisältyy. Näin ollen on välttämätöntä, että mitä enemmän perus- ja ihmisoikeuksien merkitys lisääntyy rikoslakia sovellettaessa, sitä enemmän on panostettava tuomareiden valmiuksiin kohdata sellaisia syyllisyyskysymyksiä, joissa arvostusten sulkeminen ratkaisuharkinnasta on hankalaa, ellei mahdotonta.[7] Tämä edellyttää paitsi tuomareiden koulutusta myös uudentyyppistä rikoslainsoveltamisteoreettista keskustelua, jossa ei tarkastella vain rikoslain sanamuodon ja teleologisen rikoslainsoveltamisen suhdetta. Aivan yhtä tärkeää on pohtia ja mallintaa sitä, miten oikeusvarmuus, rikoslain soveltamisen ennakoitavuus ja ratkaisujen legitimiteetti voidaan turvata niissä syyllisyyskysymyksissä, joissa perus- ja ihmisoikeuksien paineessa erkaannutaan laista ja lainmukaisuudesta.

[7] Vastaavantyyppisesti (joskaan ei rikosoikeudellisin tarkoitusperin) on kirjoittanut myös Aulis Aarnio. Ks. Aarnio 2002 s. 12.

Abstract

Tatu Hyttinen

GUILTY OR NOT GUILTY

A Study on Settling the Question of Criminal Responsibility

In Finland, the importance of fundamental and human rights (hereafter referred to only as fundamental rights) in the decision-making related to criminal law has substantially increased after the turn of the millennium. On the one hand, it is required that the criminal law does not limit individual rights. On the other hand, it might be necessary to guarantee individual and collective rights (qua legal goods/interests) with the means of criminal law. It is not solely a question of the duties of those enacting criminal law, but fundamental rights also have an increasing significance in the decision-making of the judges applying criminal law. This line of development seems justifiable. Systematic criminal law cannot start from the premise that fundamental rights argumentation is essential in enacting criminal law but has a minimal importance in applying it.

The strengthening of the argumentation concerning fundamental rights has brought forward a new challenge for judges, and the situation is particularly challenging with regard to criminal law. In criminal matters, the judge is forced to make a decision and obligated to base it on valid law. If an act constitutes criminal responsibility, it is lawful to decide the question of guilt to the detriment of the defendant. However, if an act is not an offence under the law, it is lawful to decide the question of guilt in favour of the defendant. Although there are two options in a constitutional state, theoretically only one option can be right. On the grounds of the same act, a person cannot lawfully be both guilty and not guilty, but either guilty or not guilty.

Although in accordance with the rule of law, a person cannot lawfully be guilty and not guilty, settling an actual question of guilt lawfully is often challenging. It is especially difficult in a situation where the judge has to decide a question of guilt in a manner sensitive to fundamental rights. Typically such situation may materialise in a collision between criminal law and freedom of expression (e.g. Finnish Supreme Court decisions KKO 2013:100; KKO 2013:70; KKO 2013:69), but fundamental rights may also actualise in many other types of questions of guilt (e.g. Supreme Court decisions KKO 2014:67; KKO 2010:74; KKO 2008:93). In such situations, the juridical-moral character of fundamental

rights toughens the challenge. On the one hand, they are the most important norms of the judicial system; on the other hand, they concern moral questions. This is why the pressure caused by fundamental rights makes us deviate from the law, which complicates the task of settling a question of guilt lawfully.

The starting point of the dissertation consists of three intertwined statements: (1) questions of criminal responsibility sensitive to fundamental rights are prone to value judgments; (2) there are no indisputable bases of decision to suit them all; therefore (3) the basic values of legality – legal protection and foreseeability in the application of criminal law – are threatened.

The task of this study is to address the challenge posed by the statements above. Therefore, the research question is: *How the settling of a question of criminal responsibility should be theoretically conceived – and how legal protection and foreseeability with regard to the application of criminal law can be optimised in a question of guilt?* The focus is on decision-making where the judge operates in the intersection of criminal law and fundamental rights.

According to the concept of 'moderately favourable approach to fundamental rights' adopted in this dissertation, the fundamental rights dimensions materialised in questions of guilt must be observed, but criminal law should not be actively challenged by the judge with fundamental rights arguments. This is based on the assumption that foreseeability and stability are the central elements in the application of criminal law, not reacting to the problems of the society. In addition, individual legal protection requires that the favourable approach towards fundamental rights is strengthened little by little, cutting off the sharpest edges of criminal law.

In practice, this requires that the significance of fundamental rights is acknowledged and recognised, but in terms of criminal law. This applies to the criminal doctrine of the sources of law, the methodology of the application of law, and the reasoning in the question of criminal responsibility. These central elements of the theory on the application of criminal law must be harnessed to serve the static nature of criminal law also in situations where the judge deciding a question of guilt should observe fundamental rights argumentation.

The study tackles in a detailed manner the issues surrounding questions of criminal responsibility that relate to philosophy, doctrine of the sources of law, methodology of the application of law, and epistemology. In addition, a model for settling a question of guilt and a discretion model for the judge is constructed in this dissertation, both of which contribute to settling a question of guilt sensitive to fundamental rights in an optimal manner. Moreover, the excursion closing the dissertation seeks to answer a special question concerning the legitimacy of the application of criminal law: why legal protection may be compromised to the detriment of the defendant in hard cases?

Finnish Lawyers' Association 2015
ISBN 978-951-855-348-2

Oikeustapaushakemisto

Korkein oikeus

KKO 1989:15 136
KKO 1991:97 334
KKO 1996:74 88
KKO 1997:129 88
KKO 2002:11 201, 344
KKO 2002:47 342
KKO 2002:91 237
KKO 2004:46 201, 344
KKO 2004:57 342
KKO 2004:60 342
KKO 2004:64 344
KKO 2004: 81 344
KKO 2004:101 344
KKO 2005:27 201, 344
KKO 2005:53 344
KKO 2005:136 69–70, 114, 178
KKO 2005:137 88
KKO 2006:64 137
KKO 2006:78 342
KKO 2007:67 201
KKO 2007:81 201
KKO 2008:10 150
KKO 2008:86 344
KKO 2008:93 4, 19, 71–72, 160, 163, 183–184, 288, 306
KKO 2009:27 3–4, 66, 75
KKO 2009:43 342
KKO 2009:80 4, 66, 73, 75–76, 161
KKO 2010:6 344
KKO 2010:7 4
KKO 2010:14 4
KKO 2010:23 253
KKO 2010:39 3
KKO 2010:41 4, 66, 75
KKO 2010:42 4
KKO 2010:46 224
KKO 2010:74 3, 19
KKO 2010:79 4
KKO 2010:88 3, 137
KKO 2011:4 81, 119
KKO 2011:20 342

KKO 2011:23 81, 119
KKO 2011:28 4, 81, 101–102, 119
KKO 2011:35 67
KKO 2011:38 150
KKO 2011:46 4, 67
KKO 2011:71 3
KKO 2011:72 3
KKO 2011:101 3
KKO 2012:5 4, 67
KKO 2012:11 68, 148
KKO 2012:16 4, 67, 75
KKO 2012:32 67
KKO 2012:35 4
KKO 2012 45 67
KKO 2012:58 3, 116–118, 200–201, 294, 344
KKO 2012:66 137
KKO 2012:81 150
KKO 2013:2 4, 67
KKO 2013:12 4
KKO 2013:15 3, 19, 39
KKO 2013:17 137
KKO 2013:25 4, 67
KKO 2013:27 342
KKO 2013:50 3–4, 19, 39, 138, 261–262, 266
KKO 2013:55 81, 119, 137, 201
KKO 2013:59 215
KKO 2013:69 3, 19, 39, 257
KKO 2013:70 3, 19, 39, 200, 257
KKO 2013:77 67
KKO 2013:78 215
KKO 2013:82 92
KKO 2013:92 215
KKO 2013:96 348
KKO 2013:100 3, 39, 184, 200
KKO 2014:7 4, 18, 81, 119, 155, 199, 201–202, 205, 234, 243–244, 260, 299, 345
KKO 2014:10 334
KKO 2014:13 68
KKO 2014:14 68
KKO 2014:57 150–151
KKO 2014:58 150–151
KKO 2014:67 4, 19, 67, 79–80, 161
KKO 2014:82 67
KKO 2014:93 225
KKO 2014:94 225
KKO 2014:95 225
KKO 2015:1 67
KKO 2015:6 67

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2013:136 68
KHO 2013:192 68
KHO 2014:1 68
KHO 2014:126 68
KHO 2014:145 215

Hovioikeudet

Itä-Suomen hovioikeus I-SHO 1992:2 138
Vaasan hovioikeus VaaHO 2011/5 38–39
Vaasan hovioikeus VaaHO, ratkaisunumero 15/107766 (19.2.2015), ei lainvoimainen 22, 334

Oikeusasiamiehen ratkaisut ja kannanotot

EOA 4505/2013 – Asiakkaan sinuttelu Kelan vakiokirjeessä ei ole vastoin lakia (27.10.2014) 86–87

Ruotsin korkein oikeus (Högsta domstolen)

B 5498-09 (31.3.2010) 220
B 2509-09 (31.3.2010) 220
B 2937-10 (28.12.2010) 342
B 2130-11 (16.9.2011) 8
B 4234-11 (7.3.2012) 342
B 380-11 (22.1.2013) 342

Ruotsin korkein hallinto-oikeus (Högsta förvaltningsdomstolen)

Regeringsrättens dom 8133-08 (17.9.2009) 220, 227

Saksan valtiosääntötuomioistuin (Bundesverfassungsgericht)

BverfG 2BvR 2365/09 (4.5.2011) 177

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Golder v. Yhdistynyt kuningaskunta (21.2.1975) 217
Tyrer v. Yhdistynyt kuningaskunta (25.4.1978) 219–220
Airey v. Irlanti (9.10.1979) 217

Minelli v. Sveitsi (25.3.1983)	339–340
James ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (21.2.1986)	227
Soering v. Yhdistynyt kuningaskunta (7.7.1989)	217
Cossey v. Yhdistynyt kuningaskunta (27.9.1990)	219
Casado Coca v. Espanja (24.2.1994)	227
S.W. v. Yhdistynyt kuningaskunta (22.11.1995)	344
Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta (8.2.1996)	73
Loizidou v. Turkki (18.12.1996)	216–217
Gomes da Silva v. Portugali (28.9.2000)	159
Streletz, Kessler ja Krenz v. Saksa (22.3.2001)	5, 96
K.-H. W. v. Saksa (22.3.2001)	96
Weh v. Itävalta (8.4.2004)	162
Bäck v. Suomi (20.7.2004)	76
Siliadin v. Ranska (26.7.2005)	149
O Halloran ym. v. Yhdistynyt kuningaskunta (29.6.2007)	162
Stravropoulos v. Kreikka (27.9.2007)	339
Lückhof ym. v. Itävalta (10.1.2008)	162
Moiseyev v. Venäjä (9.10.2008)	5, 152, 204
Demir ja Baykara v. Turkki (12.11.2008)	216–217
Zolotukhin v. Venäjä (10.2.2009)	220
A. v. Norja (9.4.2009)	22, 151
Opuz v. Turkki (9.6.2009)	149
Kulis ja Rózycki v. Puola (6.10.2009)	227
Poncelet v. Belgia (30.3.2010)	339
Jokitaipale ym. v. Suomi (6.4.2010)	5
Tuomela ym. v. Suomi (6.4.2010)	5
Flinkkilä ym. v. Suomi (6.4.2010)	5, 228
Ruokanen ym. v. Suomi (6.4.2010)	4
Soila v. Suomi (6.4.2010)	4–5
Lietuvos Nacionalinis Radijas ir Televizija ym. v. Liettua (6.7.2010)	259
Niskasaari ym. v. Suomi (6.7.2010)	4
Brusco v. Ranska (14.10.2010)	73
Lazarenko v. Ukraina (28.10.2010)	73
Hajduova v. Slovakia (30.11.2010)	149
Mikolajova v. Slovakia (18.1.2011)	151
Reinboth ym. v. Suomi (25.1.2011)	4
Letria v. Portugali (12.4.2011)	259
Celik v. Turkki (12.4.2011)	339
Karttunen v. Suomi (10.5.2011)	4, 120
Roberts ja Roberts v. Yhdistynyt kuningaskunta (5.7.2011)	151
Lahtonen v. Suomi (17.1.2012)	4, 120
Springer AG v. Saksa (7.2.2012)	120, 228
Huhtamäki v. Suomi (6.3.2012)	4–5, 152, 204, 206, 229, 344–345
Chambaz v. Sveitsi (5.4.2012)	73
E.S. v. Ruotsi (21.6.2012)	149, 227, 149
Ciesielczyk v. Puola (26.6.2012)	259
Mouvement raelien suisse v. Sveitsi (13.7.2012)	227

Sievert v. Saksa (19.7.2012) 73
Lewandowska-Malec v. Puola (18.9.2012) 259
Najafli v. Azerbaidzan (2.10.2012) 160
Jucha ja Żak v. Puola (23.10.2012) 228
E.M. v. Romania (30.10.2012) 149
Camilleri v. Malta (22.1.2013) 203
OOO Ivpress ym. v. Venäjä (22.1.2013) 226
Martirosyan v. Armenia (5.2.2013) 5, 152, 204, 206, 344
Kasymakhunov ja Saybatalov v. Venäjä (14.3.2013) 5, 152, 204, 344
Novaya Gazeta ja Borodyanskiy v. Venäjä (28.3.2013) 159, 226
Animal Defenders International v. Yhdistynyt kuningaskunta (22.4.2013) 226–227
Maktouf ja Damjanović v. Bosnia ja Hertsegovina (18.7.2013) 208
Del Río Prada v. Espanja (21.10.2013) 5, 152, 204, 206, 344
Varvara v. Italia (29.10.2013) 208
R. ja K. v. Suomi (29.10.2013) 4
Ojala ym. v. Suomi (14.1.2014) 4
Ruusunen v. Suomi (14.1.2014) 4, 162
Pentikäinen v. Suomi (4.2.2014) 4
Nykänen v. Suomi (20.5.2014) 215
Glantz v. Suomi (20.5.2014) 215
Häkkä v. Suomi (20.5.2014) 215
Cârsteva v. Romania (28.10.2014) 151
Gough v. Yhdistynyt kuningaskunta (28.10.2014) 228
N.A. v. Norja (18.12.2014) 223
Rohlena v. Tsekki (27.1.2015) 203–204, 206, 344

Euroopan unionin tuomioistuin

C-293/12 ja C-594/12 (joined cases) (8.4.2014) 7–8

Asiahakemisto

A
Abolitionismi 333
Analyyttinen traditio 25–26, 85
Analyyttinen tutkimus 25–26
Anteeksianto 63
Anteeksiantoperusteet (ks. myös kielto-erehdys) 54, 56–61, 63–67, 74–75, 77–82
Antiformalismi 15, 90, 99, 103, 139, 194, 275
Arvojen totalitarismi 311
Arvo-objektivismi 304, 324
Arvoristiriita 5, 6, 186–188, 277, 281, 288, 291–293, 305, 307–308

B
Bielefelder Kreis -ryhmä 212, 231–255, 256, 259, 261–262, 263–270, 271

C
Civil Law -traditio 244, 267,
Common Law -traditio 110, 159, 235, 244, 267
Critical Legal Studies (ks. myös kriittinen koulukunta) 311, 323

D
Deontologia 187–188, 247, 287
Deonttiset normit 94, 171–172
Determinismi 338, 351–354, 355–361, 368–371, 372–374, 375–380, 383
– paikallisdeterminismi 369–370
Dilemma
– moraalinen 180, 183, 188–189, 291
– oikeudellinen 7, 190–192

E
Eksistentiaalinen päätöksenteko 49–50, 121–126, 191, 302, 314
Ennakoitavuus (rikosoikeudessa)
– ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä 151–153, 203–211, 344
– korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä 201–205
– merkitys syyllisyyskysymystä ratkaistaessa 197–212
– perus- ja ihmisoikeuskollisioissa 99, 208–210
EU-oikeus 82, 100, 143, 148, 159, 162–163
Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
– dynaamis-evolutiivinen lainsoveltaminen 219–226, 254, 260
– ihmisoikeustuomioistuimen tahto 254–255
– kompetenssi 138, 155
– kritiikki 42–43, 138, 217, 220, 230, 330
– oikeuksien tehokas suojelu 150, 217–218, 221
– oikeusvertailu 220–222
– sopimusmääräysten autonominen tulkinta 217–219, 221, 254
– sopimusmääräysten sanamuotojen noudattaminen 217, 221
– tarkoitusta ja päämäärää korostava lainsoveltamismetodi 216–226
– uudistus 41
Eutanasia 95, 273–274

F
Formalismi 10–11, 15, 70, 85–91
– kritiikki 11, 102–103

H
Halun mukainen käyttäytyminen (ks. myös vapaa tahto) 362–370, 374, 376
– halujen kontrollointi 363–367
– pakonomainen käyttäytyminen 364–365
Herkules (Dworkin) 126, 177–178, 283
Hermeneuttinen kehä 323–324

I
Ideaalinen keskustelutilanne (ks. myös rationaalinen konsensus) 308–309, 316, 318
Identiteettiteoria (Davidson) 370–371
In dubio mitius 21, 192, 205, 331, 334–335, 343–346
In dubio pro reo 21, 334

Indeterminismi 352–354, 361
Institutionaalinen tuki 48, 74–75, 115, 158, 163, 165, 167, 169, 203, 216, 219, 342
Institutionalisoitu moraali 10
Intressipunninta 80
Itsekriminointisuoja 4, 9, 19, 66–67, 73–80, 138, 161–162, 258, 261, 389
Itseään määräävä subjekti 350, 354, 356, 360–361, 367, 372–373, 378, 381

J
Jaettu asenne 172–173, 176–179
– ja syyksiluettavuuden legitimiteetti 349, 378–383
Järki
– kollektiivinen 305, 321
– yksilön 305

K
Kansallinen harkintamarginaali 155, 177, 216, 226–231, 329–330, 390
Kausaalisuus (ks. myös psykofyysinen kausaliteetti) 51–52, 353–359, 361, 365–366, 371, 374–376, 379
Kerjäämisen kriminalisointi 40
Kieltoerehdys 63, 81–82, 118–119
Kiihottaminen kansanryhmää vastaan (ks. myös vihapuhe) 45, 117, 118, 139, 294
Kiperä syyllisyyskysymys
– perinteinen 13
– perus- ja ihmisoikeussensitiivinen 14–15
Kolme oikeusteoreettista vaihtoehtoa
– argumentaatioteoreettinen 183, 330–331
– dworkinilainen 182–183, 330
– lakipositivistinen 182, 330
Kompatibilismi 361–363
Konventionaalinen tosiasia 172–176, 178–179, 380
Kriittinen koulukunta (ks. myös Critical Legal Studies) 103, 127, 195
Kunnianloukkaus
– ihmisoikeustuomioistuimen argumentaatiossa 149, 151, 217–218
– korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä 3, 19, 184, 200
– ratkaistaessa perus- ja ihmisoikeussensitiivistä syyllisyyskysymystä 256–263
Kunniansuoja 132, 149, 151, 262

L
Laillisuusperiaate (ks. myös ennakoitavuus)
– pakottavana rikosoikeudellisena sääntönä 168, 248
– tausta-arvot 18, 29, 49, 151–152, 195–196, 248, 326
Lain analogia 240–241
Lainsäätäjän tahto (ks. myös rikoslain tulkinnan- ja soveltamisen metodit) 154, 252–255, 260–261
– määriteltynä kriittisen harkinnan metodilla 293–296
– objektiivinen 246, 252–253
– subjektiivinen 246, 252–253
Laintulkinnan teoria 47–48
Laintulkintatutkimus 47
Lakipositivismi (ks. myös rikoslakipositivismi)
– avartuminen 2, 15–16, 120, 390
– kritiikki 11
– riittämättömyys 99–109, 115, 125–127, 313
– rikosoikeudellinen merkitys 10–12, 17, 46, 85, 90–91, 97, 114, 181, 196, 388
Lex iniusta non est lex 96
Lex superior -tilanne 160–162
Liberaali demokratia/yhteiskunta 2, 305–308, 348
Lievemmän lain sääntö 113, 224
Luonnonoikeus 90, 96–98, 110, 124, 134–135, 153
– klassinen traditio 304
– rationaalinen (eli uuden ajan) traditio 304–305
Luonnontila 11, 28, 335

M
Maan tapa 145, 147, 157, 162–163, 165
Maltillinen relativismi 189, 293, 315, 319
Mannermaisen rikosoikeustradition anglosaksistuminen 43
Metafyysinen ideaali
– kollektiivinen rationaalisuus 321
– yhden oikean ratkaisun olettama 114, 321
Montesquieun vallan kolmijako-oppi 10–11, 28, 109, 205
Moraalikonfliktin ratkaiseminen (Haren malli) 277–290

Moraalinen harkinta
– intuitiivinen 280–282, 284
– kriittinen 280–290
– moraalinen arkkienkeli 282–284, 286, 288–292
– moraalinen johdonmukaisuus 282, 284
– moraalinen juntti 282–283
– universaalisuustesti 282–283
Muodollinen oikeudenmukaisuus 9, 17, 100, 284, 295
Muodollinen punnintalaki 274–276
– Alexyn 185, 274–275

N
Ne bis in idem 39, 138, 215, 220, 224–225, 227
Nihilismi 302–303, 304, 311, 315

O
Objektivistiset arvoteoriat 304
Oikeudellinen argumentaatioteoria 186, 274–277, 290, 305, 312–321, 331
– kritiikki 317–321
Oikeudellinen hierarkia 10, 70, 143
Oikeudellinen ristiriita 126
Oikeudellinen umpikuja 251, 262
Oikeudelliset valttikortit (Dworkin) 37, 194
Oikeuden tasot (Tuori)
– pintataso 337, 349, 380–381, 383
– syvätaso 337, 380, 380–381
Oikeuden vaaka
– vaakakielikuva 272
Oikeudenvastaisuuden arviointi 16, 120
Oikeuksien välinen kollisio 16, 72–73, 78, 124, 159–161, 183–192, 229, 275
– kollision ratkaiseminen 256–263
Oikeusanalogia 240
Oikeushermeneutikot 92, 323
Oikeushyvät 6, 15, 248, 250
– perus- ja ihmisoikeuksiin takautuvat 15, 160, 250
Oikeuslähdeoppi
– suppea oikeuslähdeymmärrys 142–143
– tilannesidonnainen 141
– toimintateoreettinen (hermeneuttinen) oikeuslähdekäsitys 136, 140–141
– velvoittava 141–142, 144–145, 314
Oikeuspositivismi 90, 103–104, 110, 135
Oikeustieteellinen kirjallisuus ratkaisuperusteena 157–158, 164, 268–269
Oikeustieteen metodi 24–26
Oikeusvaltio
– demokraattinen 2, 37–38, 45–46, 177, 229–230, 307, 391
– oikeusvaltion paradoksi 12
– Rechtsstaat 38
Oikeuttamisperuste (ks. myös pakkotila) 16, 54, 57–58, 61–62, 70–72, 79, 120, 162–163
Ontologia 18, 105, 169–170, 173
– syyllisyysperiaatteen ontologia 375–381

P
Pakkotila 54, 57–59, 62, 63, 71, 74, 80–81, 100, 337
Periaate
– laintulkintaperiaate 167, 177
– moraaliperiaate 115, 167, 171–172, 174, 278–280, 282
– oikeusperiaate 111, 123, 125–127, 145, 167–180, 183, 239, 241–242, 244, 258, 275
– oikeusperiaatteiden ontologinen luonne 172–179
– oikeusperiaatteiden velvoittavuus 171–172
Perustuslain etusija 68
Perus- ja ihmisoikeudet
– ensimmäinen aalto 212
– maltillinen perus- ja ihmisoikeusmyönteisyys 327–329, 391
– perus- ja ihmisoikeusmyönteinen lainsoveltaminen/tulkinta 68–69, 78–81, 249, 251, 270, 326–329, 389, 391
– suora soveltaminen 68–69
– toinen aalto 212
– vastaajan vahingoksi 148–153, 155–156
– yleiset rajoitusedellytykset 17, 20, 33, 69, 99
Perus- ja ihmisoikeussensitiivinen harkintatilanne
– horisontaalinen 8
– vertikaalinen 8
Perus- ja ihmisoikeussensitiivinen syyllisyyskysymys (määritelmä) 19
Perusteleminen
– oikeudellisen tiedon 121–122

– perustelujen kehämäisyys 121–122, 126
– perusteluketju 121, 123, 314
– tieteellisen tiedon 121
Perusteluauditorio
– ideaalinen 314–315, 317, 321–322, 331, 349
– konkreettinen 314, 331, 335, 348–349
– legitimoiva vaikutus 322, 325, 331–332, 335
– rationaalinen 186, 274–276, 300, 304, 308–311, 313–320
– rikosoikeudellinen 293, 328–329
Poissulkeva peruste (rikoslain auktoritatiivinen luonne)181–182, 328
Preventio 10, 79, 192, 271, 273, 331, 348, 378, 383
Proaktiivinen rikosoikeus 40
Pro et contra -argumentaatio 265–267, 269, 274–275, 340
Proseduraalinen moraaliteoria 304
Psykofyysinen kausaliteetti (ks. myös identiteettiteoria) 368–371
Punnintalaki (ks. muodollinen punnintalaki)
Puuttuva vastuuikä 63
Pätevän oikeuden kriteerit 129, 133–134, 176

R

Radbruchin periaate 95–98
Rationaalinen konsensus
– diskurssiteoria (Habermas) 306–307
– ideaalinen keskustelutilanne 299, 306, 308–310, 313, 316–317, 320–322, 325, 331
– keskeiset konsensusteoreetikot 305
– kritiikki 310–311
– tietämättömyyden verho (Rawls) 307, 309–310, 325
Rationaalinen toimija 279, 367–368
Ratkaisuperusteiden relevanssi
– luettaessa teko vastaajan syyksi 147–158
– jätettäessä teko lukematta vastaajan syyksi 158–166
Ratkaisuperusteiden tasapainotilanne 190–192
Reaaliset argumentit (ks. myös teleologia) 145, 159, 164, 182, 245, 250
Realismin ja idealismin yhdistelmä 2, 127, 211, 308, 387
Retributivismi 348, 381–382
Rikoksen rakenne
– anglosaksinen malli 58–59
– italialainen malli 59
– kaksiporrasmalli 53, 58–61, 142
– kolmiporrasmalli 53, 59–63, 65–66
Rikoslain tulkinnan- ja soveltamisen metodit
– lainsäätäjän tarkoitus/tahto 234–235, 243–244, 246, 252–255, 260–261, 293–296
– sanamuodon mukainen tulkinta 69, 217, 222, 234–238, 240, 241, 243–244, 253, 259–261, 271, 333
– systemaattinen tulkinta (ks. systemaattinen tulkinta)
– teleologis-arvosensitiivinen tulkinta 233, 242, 245–252
Rikoslakipositivismi 2, 29, 46, 90–91, 103, 114, 120, 139
Rikosoikeudellinen
– idealismi 2, 127, 211, 312, 387
– kyynisyys 2, 312
– skitsofrenia 127, 196, 387
Rikosoikeudellinen traditio 2, 10, 15–17, 24, 43, 91, 120, 155, 293, 321
– tradition kunnioittaminen 325–329, 388–391
Rikosoikeudellisen vastuun normatiivisuus 51–53, 181
Rikosoikeuden justifikaatio 15–16, 33, 41, 385, 390
Rikosta ja rangaistusta koskeva tutkimus 23
Rikostunnusmerkistön voimassaolo 130–133
– voimassaolon kolme ulottuvuutta 138–140
– voimassaolon sisältämä problematiikka 133–138

S

Sananvapausrikokset 82, 160, 257
Sanarajasääntö 13, 133, 207–209, 214, 247–248
Seuraamusharkinta (ks. myös teleologia) 186, 188, 198, 246–250, 261–262
Sisäinen näkökulma oikeuteen (Hart) 106–107
Sosiaalinen todellisuus 169, 172–173
Sosiaalinen tosiasia 104–106, 338, 374–375, 378–381, 383
Subjektivismi 304, 308

Subsumptio 93–96
Syllogistinen lainsoveltamismalli 11, 93–95, 193, 302
Systemaattinen tulkinta 233, 238–245
– aikaisemman oikeuskäytännön mukainen 239–240
– analoginen (ks. myös lain analogia ja oikeusanalogia) 239–240
– historiallinen 242–243
– kontekstualisoiva 239
– loogis-käsitteellinen 241
– oikeusperiaatteiden 241–242
Systematiikka (rikosoikeudellinen)
– perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta 67–83
– syyksiluettavuuden 51–67
Syy (ks. myös kausaalisuus)
– filosofinen määritelmä 356–358
– INUS-malli 357
– rikosoikeudessa 355–356
Syyllisyys
– objektiivinen 56–57
– prosessioikeudellinen 55
– rikosoikeudellinen 53, 55
– subjektiivinen 57
Syyllisyyskysymyksen ratkaisukehikko 257–259, 261, 314
Syyllisyysperiaate 8, 337, 349–350, 372, 377–378
Syyntakeettomuus 63, 367–368
Syyttömyysolettama
– prosessuaalisena normina 340–341
– rikosoikeudellisena normina 341–342
Sääntöskeptisismi 5–6, 102
Sääntöutilitaristinen moraalidoktriini 214

T

Taannehtivuuskielto 203–204, 211, 223–225
Tahallisuus
– olosuhdetahallisuus 9, 51, 82, 130, 137, 157, 243, 269
– systemaattinen paikka 58–61, 65
– todennäköisyystahallisuus 92
Teleologia (ks. myös reaaliset argumentit) 13, 133, 145, 159, 182, 206–208, 245–250, 262
Toisintoimimismahdollisuus (ks. myös determinismi ja indeterminismi)
– skeptinen argumentti 352–353
– sosiaalisena tosiasiana 338, 374–375, 378, 380
– vastuullisuuden edellytyksenä (ks. myös syyllisyysperiaate) 54, 336–337, 350, 360–361
Totuuden korrespondenssiteoria 297
Transsendentti perusnormi (Kelsen) 105, 170
Tulevat juristisukupolvet 44
Tunnistamissääntö (Hart) 104–108, 176, 203, 294
Tuomarin rooli
– toimeenpanija 193–196, 254, 268
– vartija 193–196
Tuomarin tilannesensitiivinen harkinta 141, 198, 314, 328
Tuomarivaltio 5, 16, 28, 194, 226
Tuomiolauselman hyväksyttävyys 298–299, 302–303
Tuomiolauselman normatiivinen totuusarvo
– varteenotettavan epäilyn tuolla puolen 297–298, 301
– varteenotettavan epäilyn tällä puolen 298–299, 301
Tuomion perusteleminen
– funktiot 186, 301
– konfliktin ratkaisumalli 264, 267–270
– kumulatiivinen malli 264–267
– ranskalainen malli 267–268
– tuomion sisäinen oikeuttaminen 302
– tuomion ulkoinen oikeuttaminen 302
– yhden ratkaisuperusteen malli 264–265
– yhdysvaltalainen malli 268
Tutkijan henkilöhistorian merkitys 26
Tyyppitapausajattelu 20
Täsmentävät normit (teoria) 49, 122–123

U

Ulkoinen näkökulma oikeuteen (Hart) 106
Ultra posse nemo obligatur 112, 116, 303–304
Utilitarismi 81, 185, 187–188, 214, 218–219, 222, 230, 247, 258, 287–288

V

Vahvan harkinnan tilanne 108–110
Valinnan vapaus (ks. myös halun mukainen käyttäytyminen)
– problematiikka 361–368
– valintojen herruus 361, 365

Valintapäätös 123–124, 275
Vapaa tahto 350, 371, 379
Varteenotettavan epäilyn tuolla puolen olo
– normatiivisessa arvioinnissa 343, 348
– näytön arvioinnissa 342–343
Vihapuhe 118–119, 121–122, 124, 294

Y
Yksi oikea ratkaisu
– Dworkin 110–115, 320–321, 323
– välttämättömyys syyllisyyskysymyksissä 1–2, 116, 125, 127, 196, 198–199, 211–212, 347, 387
Yksityiselämää loukkaavan tiedon levittäminen 3, 45, 49, 162, 178, 184, 228, 241, 257, 384
Yleiseurooppalainen oikeusvaltiokehitys 41–42
Ylemmän normatiivisen tason kollisio 78–79

Rikosasioissa tuomarilla on ratkaisupakko ja velvollisuus perustaa ratkaisu voimassa olevaan oikeuteen. Jos teko täyttää rikosvastuun edellytykset, lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan vahingoksi. Sen sijaan jos teko ei ole lain mukaan rikos, lainmukaista on ratkaista syyllisyyskysymys vastaajan eduksi. Vaikka ratkaisuvaihtoehtoja on kaksi, oikeusvaltiossa vain toinen niistä voi olla oikea. Henkilö ei voi saman teon perusteella olla lain mukaan syytön ja syyllinen, vaan hän on syytön tai syyllinen.

Pääpiirteissään rikosoikeudelliset käytäntömme ovat toimivia, eikä niitä jatkuvasti kyseenalaisteta. Tuomarien harkintavalta on kuitenkin kasvanut, samalla kun perus- ja ihmisoikeuksien merkitys on lisääntynyt rikosoikeudellisessa päätöksenteossa. Tällä on vaikeita eikä aivan helposti ratkeavia seurauksia oikeusvarmuudelle ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuudelle.

Teoksessa tarkastellaan syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen sisältyvää problematiikkaa, ja siinä vastataan seuraavaan kysymykseen: miten syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen on teoreettisesti hahmotettava – ja kuinka oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus voidaan syyllisyysratkaisuissa optimoida? Punaisena lankana ovat ratkaisutilanteet, joissa tuomari operoi rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien leikkauspisteissä.

Tutkimuskysymykseen vastaaminen edellyttää pureutumista syyllisyyskysymysten taustalla piilevään oikeuslähdeopilliseen, lainsoveltamismetodiseen ja epistemologiseen problematiikkaan. Teoksessa konstruoidaan syyllisyyskysymyksen ratkaisumalli sekä tuomarin harkintamalli, joihin tukeutuen syyllisyyskysymys voidaan pyrkiä ratkaisemaan optimaalisella tavalla. Lisäksi tutkimuksen päättävässä ekskursiossa vastataan rikoslainkäytön legitimiteettiä koskevaan erityiskysymykseen eli siihen, miksi kiperissä syyllisyyskysymyksissä oikeusturvasta voidaan tinkiä vastaajan vahingoksi.

Teos on mielenkiintoista luettavaa erityisesti rikosoikeudesta, perus- ja ihmisoikeuksista, rikosoikeudellisesta ratkaisutoiminnasta ja oikeusteoriasta kiinnostuneille.

LAKIMIESKUNNAN OMA KAATUKUSTANTAJA VUODESTA 1934

toimisto@lakimiesyhdistys.fi
www.lakimiesyhdistys.fi

ISSN-L 0356-7206
ISSN 0356-7206
ISBN 978-951-855-348-2

9 789518 553482