

DISSERTATIONS IN
**SOCIAL SCIENCES
AND BUSINESS
STUDIES**

SANNA-MARIA KLEMETTI

*Oikeudellisten
konstruktioiden kinetiikka*

Rakenneanalyyttinen tutkimus

PUBLICATIONS OF THE UNIVERSITY OF EASTERN FINLAND
Dissertations in Social Sciences and Business Studies



UNIVERSITY OF
EASTERN FINLAND

*Oikeudellisten
konstruktioiden kinetiikka
Rakenneanalyttinen tutkimus*

SANNA-MARIA KLEMETTI

*Oikeudellisten
konstruktioiden kinetiikka*

Rakenneanalyttinen tutkimus

Publications of the University of Eastern Finland
Dissertations in Social Sciences and Business Studies
No 90

Itä-Suomen yliopisto
Yhteiskuntatieteiden ja kauppätieteiden tiedekunta
Joensuu
2014

Kannen kuva:
Monireittinen labyrintti.

Juvenes Print - Suomen Yliopistopaino Oy
Tampere, 2014
Vastaava toimittaja: professori Kimmo Katajala
Toimittaja: FM Eija Fabritius
Myynti: University of Eastern Finland Library

ISBN: 978-952-61-1612-9 (nid.)

ISBN: 978-952-61-1613-6 (PDF)

ISSNL: 1798-5749

ISSN: 1798-5749

ISSN: 1798-5757 (PDF)

Sanna-Maria Klemetti
A Legal Kinetics. A Structural Analysis of Precedents , 231 p.
University of Eastern Finland
Faculty of Social Sciences and Business Studies, 2014
Publications of the University of Eastern Finland,
Dissertations in Social Sciences and Business Studies, no 90
ISBN: 978-952-61-1612-9 (nid.)
ISBN: 978-952-61-1613-6 (PDF)
ISSNL: 1798-5749
ISSN: 1798-5749
ISSN: 1798-5757 (PDF)
Dissertation
With an English Summary

ABSTRACT

This dissertation focuses on the role and function of legal constructions in judicial precedents. The key issue is *how legal constructions guide and direct the judge's or a legal scholar's act of legal interpretation*. A meta-level approach is being utilized, with focus on the *constructive* elements of precedents and the interaction between the legal and the non-legal constructions involved. Seven precedents from the fields of criminal law and administrative law are chosen for closer scrutiny. By means of *ergodic reading* (Espen Aarseth) and structural analysis of precedents (Kaarle Makkonen), the constructive character of judicial decisions as well as the interaction between legal and non-legal constructions is elucidated. Such interaction is depicted as the process of mutual *interference*, resulting either in a *polymorphic* or a *deformed* construction. In addition, the novel term of *legal kinetics* is adopted with reference the *key premises*, *trash premises*, *latent premises*, and *specific legal transformers* in the court's reasoning structure for a precedent. The bold claim is then put forth, to the effect that judicial decisions are textual labyrinths, i.e. mazes, in which a court can make either *functional* or *dysfunctional* choices in among the premises available, resulting in a *ever-changing labyrinth of reasons*. Most frequently, a *multicursal* maze, in the sense suggested by P. R. Doob, will emerge from the court's legal reasoning, but the emergence of a *unicursal* maze is also possible. The key premises for the judicial outcome will constitute the *key narrative* in it; whereas having recourse to a set of trash premises will lead the court's reasoning astray, giving effect to a trash narrative.

Key words: ergodic reading, legal kinetics, legal interpretation, ever-changing textual labyrinth, legal precedents

Sanna-Maria Klemetti

Oikeudellisten konstruktioiden kinetiikka. Rakenneanalyttinen tutkimus , 231 s.

University of Eastern Finland

Faculty of Social Sciences and Business Studies, 2014

Publications of the University of Eastern Finland,

Dissertations in Social Sciences and Business Studies, no 90

ISBN: 978-952-61-1612-9 (nid.)

ISBN: 978-952-61-1613-6 (PDF)

ISSNL: 1798-5749

ISSN: 1798-5749

ISSN: 1798-5757 (PDF)

Väitöskirja

ABSTRAKTI

Tämän väitöskirjan aiheena ovat juridiset konstruktiot ja prejudikaatit. Tutkimusongelmana oli selvittää, miten oikeudelliset konstruktiot määräävät tulkintaa. Kyse on ollut metatasolla tapahtuvasta tarkastelusta, jossa on keskitytty tarkastelemaan prejudikaattien konstruktiivisia rakenneosia ja konstruktioiden välisiä suhteita. Tutkimukseen on valittu seitsemän oikeustapausta, jotka ovat rikosoikeuden ja hallinto-oikeuden aloilta. Edellä mainittujen tapausten avulla havainnollistetaan oikeuden konstruktiivinen luonne. Tutkimuksessa osoitetaan *ergodisen lukutavan* ja *rakenneanalyttisen tarkastelun* avulla oikeudellisten konstruktioiden liike eli *oikeudellinen kinetiikka* sekä tuomioistuinratkaisun perustelujen rakenne. Konstruktioiden liikettä kuvataan prosessina eli *interferenssinä*, jonka lopputuloksena syntyy joko *polymorfinen* tai *deformoitunut konstruktio*. Tuomioistuinratkaisun premissirakennetta havainnollistetaan kuvaamalla ratkaisussa olevat *avainpremissit*, *hukkapremissit*, *piilevät premissit* sekä erityiset *oikeudelliset transformerit*. Tutkimuksessa osoitetaan, että tuomioistuinratkaisut ovat *sokkeloita*, ja tuomioistuin tekee joko funktionaalisia tai dysfunktionaalisia valintoja, jotka rakentavat tuomioistuinratkaisujen perustelujen verkostoa eli *muuttuvaa tekstien labyrinttia*, joka pääsääntöisesti rakentuu monireittiseksi. Ratkaisuun valituista avainpremissistä rakentuu ratkaisun *avainnarratiivi*, mutta jos ratkaisuun on valittu hukkapremissejä, ne johtavat perusteluja harhaan, ja rakentavat tosiasiallisesti *hukkanarratiivin*.

Avainsanat: ergodinen lukutapa, oikeudellinen kinetiikka, oikeudellinen tulkinta, muuttuva tekstien labyrintti, prejudikaatit

Lukijalle

Kipinä väitöskirjan kirjoittamiseen syttyi jo 2000-luvun alussa ollessani Lapin yliopistossa nuorena oikeustieteen ylioppilaana ja osallistuessani professori Rauno Halttusen pitämille oikeusteorian luennoille. Nämä luennot jättivät minuun lähtemättömän vaikutuksen. Kiinnostui oikeusteoriasta ja oikeusfilosofiasta ja tuo ihmeellinen Pandoran lipas alkoi aueta. Reilut kymmenisen vuotta myöhemmin löysin itseni kirjoittamasta tätä kirjaa paljon rakastamastani yleisen oikeustieteen näkökulmasta. Ilman professori Halttusta ja hänen luentojaan ja niistä syttyynyttä kipinää tämä kirja ei olisi ollut mahdollinen. Sokraattinen oivallus siitä, kuinka vähän tiedän, on ollut keskeinen kantava voima tämän väitöskirjatyön kannalta ja tämä oivallus on kannattanut minua koko kirjoitusprosessini ajan.

Erityiskiitoksen ehdottomasti ansaitsee Turun yliopiston yleisen oikeustieteen professori Raimo Siltala, joka lupautui työni vastaväittäjäksi. Lämpimät kiitokset myös Raimo Siltalan pitämälle Tutkijan aapiskoululle ja kaikille aapisiskoille ja aapisveljille. Erityiskiitokset myös Helsingin yliopiston yliopistonlehtorille ja varadekaanille Ari Hirvoselle ja Lapin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan dekaanille professori Juha Karhulle, että he lupautuivat väitöskirjani esitarkastajiksi.

Lämpimät kiitokset Itä-Suomen yliopiston rikos- ja prosessioikeuden professori Matti Tolvaselle, joka on antanut arvokkaita kommentteja työni rikosoikeudellisesta puolesta ja joka on toiminut väitöskirjani ohjaajana. Kiitos Matti, että olet tukenut ja uskonut minuun täysillä koko tutkimusprosessin ajan. Kiitos myös siitä, että olet antanut minulle tutkimuksellisesti ”vapaat kädet” ja seisonut tukenani, kun olen tukea tarvinnut. Ilman kaukonäköisyyttäsi ja myönteistä suhtautumistasi tähän kirjoitukseeni, tästä kirjasta ei olisi tullut sellaista kuin siitä loppujen lopuksi tuli. Kirja on tekijänsä näköinen! Kiitos myös lainsäädäntötutkimuksen professorille Anssi Keinäselle. Ilman kannustustasi, kommenttejasi, avarakatseisuuttasi ja repseää otettasi tämä kirjoitusprosessi tässä ajassa ei olisi ollut mahdollinen. Lämmin kiitos koko Itä-Suomen yliopiston oikeustieteiden laitokselle ja Tapio Määtälle saamastani neljän kuukauden tutkimuksen käynnistämisapurahasta. Kiitos Suomen Lakimiesliitolle ja Hilikka ja Otto Brusiiniin säätöille saamastani tuesta kirjoitusprosessin aikana.

Erityiskiitoksen ansaitsee ehdottomasti valtioneuvoston oikeuskansleri Jaakko Jonkka, että hän kiireistään huolimatta perehtyi lähettämiini kysymyksiin ja että sain miellyttävän tilaisuuden keskustella hänen kanssaan väitöskirjani tutkimuksellisista sitoumuksista saaden samalla arvokkaita kommentteja analysoimistani oikeustapauksista. Kiitos myös korkeimman hallinto-oikeuden hallintoneuvokselle Matti Pellonpäälle ja hallintoylilääkäri Esa Ahoselle. Heille erityiskiitos saamistani lähteistä ja arvokkaista kommentteista.

Hyvä työtoverini Mia Kilpeläinen, kiitos Sinulle, että luit matkan varrella tekstiäni ja esitit siitä arvokkaita kommentteja. Kiitos Mia, että olet olemassa! Kiitokset myös Kajaanin ammattikorkeakoululle ja erityisesti kollegalleni Matti Haatajalle. Kiitos Matti, että olet kannustanut minua silloin, kun olen kannustusta tarvinnut. Kajaanin ammattikorkeakoululle lämpimät kiitokset saamastani virkavapaasta, joka mahdollisti työskentelyni tämän tutkimuksen kirjoittamisen ajan yliopisto-opettajana Itä-Suomen yliopistossa. Tämä tutkimus on kirjoitettu pääosin yliopisto-opettajana opetustoimen ohessa.

Viimeisenä tahdon kiittää perhettäni ja rakastavaa miestäni Marko Klemettiä ja pientä tyttärtämme Celinaa. Kiitos Marko, että olet monin eri tavoin mahdollistanut väitöskirjani kirjoittamisen. Kiitos myös, että olette yhdessä jaksaneet äitiä, joka liian usein on uppoutuneena omiin ajatuksiinsa kuulematta tai näkemättä muuta kuin edessään olevan väitöskirjatekstin. En huomannut edes sitä pillastunutta hevoslaumaa, joka laukkasi kaviot kopisten talomme ohi. Kiitos myös ”virallisille valvojille” ja erityisesti heppa B:lle isoista korvista, jotka ovat kuulleet huimimmatkin ideat ja oudoimmatkin kommentit koskaan suoralta kädeltä tuomitsematta niitä.

Tämän kirjan omistan Sinulle *Celina*

Sotkamon Torinkylällä Mikkelinpäivänä 2014

Sanna-Maria Klemetti

Sisältö

I PREJUDIKAATTIEN LUKUTAITO

1 VIRKA JA MERKKI	15
1.1 Ei vielä poliisi?	15
1.2 Ehkä kohta jo poliisi?	24
1.3 Ei vielä mutta ehkä joskus poliisi?	27
2 KAKSIN KÄSIN KOURAOTTEELLA.....	43
2.1 Palpointia, sormeilua	43
2.2 Käpälöintiä, kourimista.....	47
2.3 Seksuaalista mielihyvää vai kliinistä tutkimista?	49
2.4 "Kokonaisharkinnan perusteella..." erityisenä oikeudellisena transformerina	52
3 HEPAT LAUKKAA, HEPAT PAINII	56
3.1 Roisia kielenkäyttöä	56
3.2 Yleisesti tunnettu naista halventava ilmaisu	60
3.3 Hukkapremissi: hevosurheilu kamppailulajina	61
4 MURTAUTUMINEN RIKOSLAISSA KÄYTETTYNÄ KÄSITTEENÄ	64
4.1 Johdatus historialliseen eksegeesiin	64
4.2 Kokonaan puuttuva premissi: 2000-luvun sähköinen lukitusteknologia	68
5 ONKO SANOILLA RAJAT?	75
5.1 Sääntö ja kääntö	75
5.2 Entä periaatteet?	86
6 MUUTTUVA TEKSTIEN LABYRINTTI	96
6.1 Ohimenevää, katkonaista, hajanaista	96
6.2 Ennakollista, odottavaa, toteutumaton	103

II JOHDATUS ERGODISEEN TARKASTELUTAPAAN

7 VÄLISOITTO: KAKSI LUKUTAPAA	112
7.1 Ketjuromaani: täydellistä, ehjää, koherenttia.....	112
7.2 Tullaan jostain ja mennään jonnekin: fragmentoitunutta, katkonaista, hajanaista	116
8 DEKONSTRUKTIIVINEN RAKENNEANALYYSI	119
8.1 Dekonstruktio kvasikäsitteiden ketjussa	119

8.2	Dekonstruktio ei ole metodi – vai onko sittenkin?.....	121
8.3	Ketjuromaanista tekstien sokkeloon	128
8.4	Oikeustieteellisen tutkimuksen metodi – millaista vai miten ?	130
8.5	Tutkimustehtävän täsmentäminen.....	136
8.6	Juridisten konstruktioiden liikelait	140
8.7	Ergodinen rakenneanalyysi ja reparaatiivinen tulkinta	143
8.8	Carnapin ekstensio ja intensio	145
9	KONSTRUKTIOT JA REPARATIIVINEN TARKASTELUTAPA ...	147
9.1	”Pitäisikö tuomiot perustellakin?”	147
9.2	Menneisyyden analytiikkaa – kohtaavatko sanat ja asiat?	151
9.3	Tuomarin prejudikaatti-ideologiat.....	155
9.4	Prejudikaattien lukutaito samankaltaisuuden kuvitteluna	158
9.5	Esiymmärrys juridisten konstruktioiden lukutaidossa	162
9.6	Juridisten konstruktioiden lukutaito.....	168
9.7	Paluu Carnapin semantiikkaan	170
9.8	Mistä tullaan ja minne mennään: avainpremissit, hukkapremissit, puuttuvat premissit ja erityinen oikeudellinen transformeri	172
9.8.1	Oikeudellinen deformaatio ja disseminaatio	176
9.8.2	Oikeudellinen metamorfoosi ja polymorfinen konstruktio.....	180
9.8.3	Ylijuridisointi ja ylimääräiset premissit	186
9.8.4	Historiallisen eksegeesin liike	193
9.8.5	Ylivertainen sanaraja-konstruktio	193
10	YHTEENVETO	198
11	SUMMARY	206
LÄHTEET	219

KUVIOT

Kuvio 1. Aleksander Peczenikin tulkintakehät	23
Kuvio 2. Virkamerkin disseminoituminen viraksi ja merkiksi	41
Kuvio 3. Polymorfisen konstruktion dynamiikka: interferenssi ja oikeudellinen metamorfoosi.	53
Kuvio 4. Ilmaisun <i>saatanan huora!</i> oikeudellistaminen	63
Kuvio 5. Oikeudellisen polymorfisen konstruktion muotoamisprosessi ...	73
Kuvio 6. Vaillinainen interferenssi ja toteutumaton oikeudellinen metamorfoosi	84
Kuvio 7. Oikeusvaltion käsitteelliset reunaehdot	92
Kuvio 8. Monireittinen labyrintti	110
Kuvio 9. Oikeudellinen deformaatio	179
Kuvio 10. Yksireittinen labyrintti	196

I PREJUDIKAATTIEN LUKUTAITO

*”Jotka tulevat suorinta tietä,
Saapuvat tyhjin taskuin.
Jotka ovat kolunneet kaikki polut,
Tulevat säihkyvin silmin, polvet ruvella,
Outoja hedelmiä hauraassa säkissään.
Niin se on Ystäväni, niin se on, että
Eksymättä et löydä perille.”*

Tommy Tabermann

1 Virka ja merkki

1.1 EI VIELÄ POLIISI?

Prologi: 16 -vuotias tyttö karkaa kotoaan. Hänellä on riitaa vanhempiensa kanssa. Tyttö lähtee Helsingin yöhön ja tapaa kadulla mieshenkilön. Mies vaikuttaa mukavalta. Mies kertoo tyttölle olevansa poliisi ja näyttää virkamerkkiään. Tyttö katsoo virkamerkkiä ja miestä. Hän ei ole koskaan aikaisemmin nähnyt oikeaa poliisin virkamerkkiä. Merkki näyttää hienolta. Merkissä on miehen kasvokuva ja poliisin tunnukset. Mies ja tyttö keskustelevat hetken aikaa. Mies vaikuttaa luotettavalta ja onhan hän poliisi. Tyttö lähtee miehen mukaan. Yhdessä he menevät miehen asunnolle.

Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2013/6 käsiteltiin tilannetta, jossa mieshenkilö oli houkutellut 16 -vuotiaan tytön kotiinsa ja raiskannut tämän. Tapauksessa oli kysymys siitä, oliko poliisimies syylistynyt menettelyllään myös virka-aseman väärinkäyttämiseen.¹ Syyttäjä vaati poliisimiehelle rangaistusta virka-aseman väärinkäyttämisestä rikoslain 40 luvun 7 §:n 1 momentin ja poliisilain 9.3 §:n, 9 c §:n ja 11 §:n nojalla sekä toissijaisesti virkavelvollisuuden rikkomisesta rikoslain 40 luvun 9 §:n nojalla. Syyttäjän mukaan poliisimies oli vapaa-aikanaan virka-asemaansa väärinkäyttämällä suorittanut julkisen vallan käyttöä tarkoittavan virkatehtävän ennen tytön raiskausta esittämällä tyttölle virkamerkinsä luottamuksen saamiseksi itseensä ja saadakseen tytön tulemaan asunnolleen. Syyttäjä toteaa: ”Virkamerkin esittäminen olikin herättänyt B:ssä luottamuksen A:han ja oli olennaisesti vaikuttanut siihen, että B oli uskaltanut ja suostunut lähtemään ennestään tuntemattoman A:n seurassa tämän asunnolle saadakseen poliisimiehen hänelle tarjoaman yösijan.”²

Syyttäjä vetosi poliisilain 9 §:n 3 momentin mukaiseen poliisimiehen toimimisvelvollisuuteen, joka ulottui virka-ajan lisäksi myös vapaa-aikaan. Syyttäjä toteaa: ”Viran hoitaminen ei siten ole sidoksissa virka-aikaan.” Vaikka A oli vapaa-ajalla, hän oli tosiasiassa ollut virantoimituksessa poliisimiehen virkaroolissa poliisilain 9 §:n 3 momentin ja poliisilain 11 §:n velvoittamina ja väärinkäyttänyt tätä virka-asemaansa tavoittelemalla itselleen perusteetonta hyötyä. Syyttäjä katsoi, että poliisimies oli rikkonut myös poliisilain 9 c §:ssä säädettyä poliisimiehen vapaa-ajalle ulottuvaa käyttäytymisvelvoitetta, koska hän oli vapaa-aikanaan esittämällä virkamerkinsä käyttänyt väärin virka-asemaansa ja näin toimimalla saanut tytön luottamuksen puolelleen. Poliisilain 9 c §:n ”[s]ään-

¹ A:lle vaadittiin rangaistusta virka-aseman väärinkäyttämisestä (syytekohta 3), raiskauksesta (syytekohta 1) ja sukupuolisiveellisyttä loukkaavan kuvan levittämisestä (syytekohta 2). Korkeimmassa oikeudessa oli enää kysymys syytekohtaan 3 mukaisesta virka-aseman väärinkäyttämisestä.

² Syyttäjän syyte tapauksessa korkein oikeus KKO 2013/6.

nös velvoittaa poliisimestä käyttäytymään yksityiselämässä siten, ettei hänen käyttäytymisensä ole omiaan vaarantamaan luottamusta poliisille kuuluvien tehtävien asianmukaisessa hoitamisessa.”³

Tapauksessa korkein oikeus tulkitsee rikoslain 40 luvun 7 §n 1 momentin 1 kohtaa, jossa säännellään virka-aseman väärinkäyttämisestä tilanteessa, jossa virkamies julkista valtaa käyttäen hankkii itselleen tai toiselle hyötyä taikka aiheuttaa toiselle haittaa tai vahinkoa ja tällä tavoin rikkoo virkavelvollisuutensa virkatehtävässään tai käyttää väärin asemaansa käskyvallassaan tai välittömässä valvonnassa olevaan henkilöön nähden. Tapauksessa on riidatonta, että mieshenkilö oli näyttänyt vapaa-ajallaan poliisin virkamerkkiä alaikäiselle tytölle ja saanut tytön vakuuttuneeksi, että mies ja virkamerkissä kuvattu henkilö vastasivat toisiaan. Kyse oli poliisin *omasta* eikä kenenkään muun henkilön virkamerkistä, jonka poliisi näytti alaikäiselle tytölle. Virkamerkin tarkoitus *identifioida* autenttisesti mieshenkilö ja poliisiviran haltija toisiinsa ja virkamerkin esittäminen saivat tytön luottamaan, että virkamerkin esittänyt mies on poliisi. Virkamerkin esittäminen ja poliisimiehen oma ilmoitus poliisina olostaan konstituoivat B:n luottamuksen A:n toimintaan. Hovioikeus toteaa: ”A oli ilmoittanut olevansa poliisi ja myös esittänyt B:lle virkamerkinsä ja ehdottanut B:lle tulemista hänen asuntoonsa yöksi. Ammatin kertominen ja virkamerkin esittäminen ovat B:n kertomin tavoin saaneet hänet luottamaan A:han ja suostumaan A:n ehdotukseen lähteä yhdessä A:n kanssa tämän asunnolle.” Luottamuksen syntymiseen A:ta kohtaan ja B:n lähtemiseen A:n mukaan tarvittiin kahta tekijää: B:n tietämystä poliisin ammatillisesta asemasta eli sitä, että poliisi on luotettava taho, johon voit turvata ja sitä, että virkamerkin esittänyt henkilö on itse poliisi. Poliisin virkamerkki toimi tunnisteena ammatillisesta asemasta ja autenttisoi virkamerkissä nimetyn henkilön ja kadulla esiintyneen miehen poliisiksi. Tämän lisäksi tarvittiin tytön taholta tullutta luottamusta poliisin ammattikuntaa kohtaan eli sitä, että poliisi on luotettava taho, jonka tehtävänä on ehkäistä ja torjua rikollisuutta.

Hovioikeus kytki virkamerkin merkityksen poliisimiehen *ammattillisen aseman* konstituoimiseen ja siihen, että virkamerkin näyttäminen on osoitus virkatehtävien aloittamisesta poliisimiehen valtuuksin. Siviiliasuinen henkilö ei pysty muutoin kuin virkamerkkiä näyttämällä konstituoimaan poliisin ammatillisen statuksen persoonaansa koskevaksi. Tavallisen kansalaisen on mahdotonta päätellä muutoin kuin virkamerkistä sitä hetkeä, milloin siviiliasuinen poliisi aloittaa virkatehtävät ja käyttää julkista valtaa.⁴ Nuorelle 16 -vuotiaalle teinitytölle virkamerkki toimi eksklusiivisessa merkityksessä osoituksena siitä, että poliisi on luotettava taho sulkien samalla kertaa pois ulkoisten uhkien mahdollisuuden. Korkein oikeus toteaa kohdassa 18: ”Selvää sinänsä on, että poliisimiehen ammatti ja sen osoituksesi esitetty virkamerkki ovat saaneet B:n

³ Syyttäjän puheenvuoro tapauksessa korkein oikeus KKO 2013/6.

⁴ Valtioneuvoston oikeuskansleri Jaakko Jonkka totesi 19.8.2013, miten vaikeaa tavallisen kansalaisen on tietää, missä tarkoituksessa virkamerkkiä on näytetty. Sanatarkasti valtioneuvoston oikeuskansleri Jonkka totesi, että ”...ihminen ei tiedä, missä tarkoituksessa virkamerkkiä on näytetty. Tämä on epäselvää.”

luottamaan A:han.”⁵ Lausumalla kohdassa 18 ”...poliisimiehiä ja poliisin ammattikuntaa kohtaan yleensä tunnetaan luottamusta,” korkein oikeus vahvisti poliisin julkisuuskuvan luotettavana tahona rikosten ennaltaehkäisijänä ja järjestystä ylläpitävänä tahona.

Poliisin oma käsitys julkisuuskuvastaan on yhdenmukainen korkeimman oikeuden kannan kanssa. Poliisin ylijohdon julkaisusarjassa 3/2008 *Puheenvuoroja poliisin ammattietikasta* todetaan: ”[P]oliisi on olemassa, jotta muut voisivat elää ja tehdä työnsä turvallisesti.”⁶ Vaikka poliisin ammattieettisellä ohjeella ei ole suoranaista oikeuslähdeopillista arvoa, kuvastaa se poliisin omaa käsitystään altruistisesta ammatti-identiteetistään kansalaisten etujen ajajana, heikkojen auttajana ja sorrettujen puolustajana.⁷

Esimerkiksi sisäasianministeriön poliisiosaston vuonna 2009 julkaisemassa *Lähipoliisitoiminta on yhteistyötä* -esitteessä poliisin roolia kuvataan turvallisuusasioiden asiantuntijana ja ennaltaehkäisevän toiminnan aloitteentekijänä.⁸

Poliisin julkinen kuva luotettavana, turvallisena ja kunniallisena yhteiskunnallisena vastuunkantajana vastaa myös kansalaisten käsitystä poliisin ammattikunnasta. Vertailun vuoksi todettakoon, että vuoden 2010 eurobarometrin mukaan 91 % suomalaisista luottaa poliisiin. Kansalaisten luottamus poliisiin on myös pohjoismaisittain tarkasteltuna korkeaa tasoa. Vain Islannissa luottamus on hieman korkeampi 92 %. Ruotsissa kansalaisten luottamus poliisiin on vain hieman alhaisempi eli 87 %.⁹ Kansallisen poliisibarometrin tulokset ovat yhdensuuntaiset edellä esitetyn eurobarometrin kanssa. Viimeisimmän poliisibarometrin mukaan vuonna 2012 suomalaisista 92 % luottaa poliisiin. Vain seitsemän prosenttia kyselyyn vastanneista luottaa melko vähän tai erittäin vähän poliisiin.¹⁰

Edellä mainittu kansallinen poliisibarometri suoritetaan kyselytutkimuksena 15–79 -vuotiaille suomalaisille, joilta kysytään mielipiteitä poliisitoiminnan laadusta ja toimintaympäristöstä. Poliisibarometri on tehty tähän mennessä

⁵ Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 18.

⁶ Eränkö – Kolehmainen – Kuha, *Puheenvuoroja poliisin ammattietikasta*, s. 2.

⁷ Oikeuslähteiden jaottelusta vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin esim. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220–221. Oikeuslähteiden jaottelusta myös Aarnio, *Tulkinnan taito*, s. 291–306. *Tulkinnan taito* -kirjassaan Aarnio jatkaa oikeuslähteiden jaottelua siihen, mihin se jäi *Laintulkinnan teoria* – teoksessa. *Tulkinnan taito* -kirjassaan Aarnio laajentaa käsitystään ja katsoo, että tietyt Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut ovat luettavissa vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin. Aarnio ei kuitenkaan esitä kriteerejä sille, mitkä ratkaisut on katsottava vahvasti velvoittaviksi. Aarnio, *Tulkinnan taito*, erityisesti sivut 292 ja 295.

⁸ Sisäasianministeriön poliisiosasto 2009, *Lähipoliisitoiminta on yhteistyötä* -esite, osoitteessa [[https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/ExternalFiles/lahipoliisi_2009/\\$file/lahipoliisi_2009.pdf](https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/ExternalFiles/lahipoliisi_2009/$file/lahipoliisi_2009.pdf)], viitattu 30.12.2013. Myös uuden poliisilain (872/2011) 1 §:ssä korostetaan poliisin roolia turvallisuuden ylläpitäjänä ja edistäjänä yhteistyössä viranomaisten, yhteisöjen ja *asukkaiden* kanssa.

⁹ Eurobarometri 74, kansalaismielipide Euroopan unionissa syksy 2010, s. 4, osoitteessa [http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb74/eb74_fi_fi_nat.pdf], viitattu 3.6.2013.

¹⁰ Kansalaisten käsitykset poliisin toiminnasta ja sisäisen turvallisuuden tilasta. Kansalaiset näkevät poliisin enemmän itse epäeettisen häirinnän kohteena kuin että poliisi itse toimisi epäeettisesti kansalaisia tai muita yhteiskunnan toimijoita kohtaan. Poliisibarometri 2012, s. 6, osoitteessa [<http://www.intermin.fi/julkaisu/472012?docID=39657>], viitattu 30.11.2013.

seitsemän kertaa. Ensimmäisen kerran kysely tehtiin vuonna 1999 ja seuraavat barometrit suoritettiin vuosina 2001, 2003, 2005, 2007 ja 2010. Viimeisin kysely tehtiin vuonna 2012. Barometrin tulokset vahvistivat aiemmin tehtyjen poliisibarometrien tuloksia. Suomalaiset ovat edelleen pääosin tyytyväisiä poliisin toimintaan. Tehdyt barometrit vahvistavat kansalaisten käsityksiä, että poliisi ymmärtää, toimii ammatillisesti ja huolehtii lähiympäristön turvallisuudesta. Poliisibarometrien mukaan kansalaiset kokevat poliisin selkeästi tärkeimpänä turvallisuustahona, jonka jälkeen tulevat palo- ja pelastustoimi. Barometreistä ilmenee, että poliisi koetaan tärkeimmäksi tahoksi rikosten torjunnassa ja lähiympäristön turvallisuuden parantamisessa kaikkina tutkimusajankohtina vuodesta 2001 alkaen.

Vaikka kansalaisten luottamus poliisiin ammattikuntaa kohtaan on korkea, pelkästään virkamerkin esittäminen poliisin ollessa vapaa-ajalla ei riitä konstituimaan, että poliisimies olisi sillä hetkellä ollut virantoimituksessa. Tätä tukee myös poliisimiehen oma kanta, josta korkein oikeus lausuu kohdassa 5, että "A on kiistänyt pitäneensä B:n tilaa hädänalaisena ja halunneensa antaa B:lle käsitystä, jonka mukaan hän olisi työtehtävissä ja siten suorittamassa julkista tehtävää."¹¹ Virkamerkin esittäminen tai poliisin oma ammattieettinen käsitys tai kansalaisten yleinen käsitys poliisin roolista sisäisen turvallisuuden asiantuntijana eivät riitä osoittamaan, että henkilö oli ollut *sillä hetkellä* virantoimituksessa tai *edes* velvoitettuna aloittamaan virantoimitusta, kun kyse ei ollut poliisilain 9 §:n 3 momentin tai 11 §:n mukaisesta välitöntä ja uhkaavaa vaara aiheuttavasta tilanteesta, joka olisi aloittanut poliisimiehen toimimisveloitteen ilman erillistä käskyä. *Objektiivisesti* arvioiden kyse ei ollut virkatehtävästä. Tapauksessa ei ollut kyse mistään sellaisesta poliisimiehen taholta tulleesta toiminnasta, joka olisi rikkonut virkatehtävässä noudatettavan säännöksen tai määräyksen, eikä poliisimies ollut käyttänyt väärin asemaansa, koska 16 -vuotias tyttö ei ollut poliisimiehen käskyvallassa tai hänen välittömän valvonnan alaisena, vaikka poliisimies tytölle virkamerkkinsä esittikin. Kohdassa 17 korkein oikeus toteaa: "Mistään seikasta ei voida myöskään päätellä, että B olisi lähtiessään A:n seurassa tämän kotiin kello kaksi yöllä käsittänyt A:n toimivan virkatehtävässään, tai että A olisi poliisimiehenä häntä poliisilain nojalla tähän käskenyt tai määrännyt."

Helsingin keskustassa aamuyön tunteina kello 01.00–02.00 välisenä aikana liikkunut mieshenkilö *ei tuona ajankohtana* eli sillä hetkellä ollut virkatehtävää suorittava poliisi, vaan kuten korkein oikeus sen perustelujen kohdassa 10 lausuu: "A on ollut tapahtuma-aikana viettämässä vapaa-aikaansa."¹² Mieshenkilö ei ollut poliisi tapahtumahetkellä, mutta lähitulevaisuudessa tai kaukaisemmassa tule-

¹¹ Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 5.

¹² *Ibid.*, kohta 10.

vaisuudessa hän potentiaalisesti voi sitä olla.¹³ Poliisin virkamerkki toimi vain ja ainoastaan osoituksena siitä, että henkilö on poliisi, mutta virkamerkin semantiikkaan ei voida liittää mandaattia siitä toimivallasta, joka poliisin tehtäviin liittyy.

Pekka Viljanen toteaa ratkaisua koskevassa kommentaarissa ”Virka-aseman väärinkäyttö ja virkatehtävissä toimiminen, KKO 2013:6 ”, että RL 40:7 §:ssä ja 9 §:ssä edellytetään olevan kyse virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin ja määräyksiin perustuvan virkavelvollisuuden rikkomisesta. Viljanen päättyy johtopäätökseen, että kyseisten säännösten ja määräysten tulee koskea virkatehtävien hoitamista. Koska siviiliasuinen A ei ollut kyseisessä tapauksessa hoitanut virkatehtävää, vaan kyse oli yksityiselämää koskevista vaatimuksista, virkarikossäännökset eivät sovellu.¹⁴

Poliisilain 9 §:n 3 momentissa säännellyissä tilanteissa siviilissä olleesta poliisimiehestä tulee virkavastuulla toimiva poliisi, jolla on oikeus ja velvollisuus antaa käskyjä tai kehotuksia ja joiden noudattamista tehostetaan sanktiouhalla. Tällöin kyse on vakavan rikoksen estämisestä, tällaista rikosta koskevan tutkinnan aloittamisesta tai yleistä järjestystä ja turvallisuutta uhkaavan vakavan vaaran torjumisesta tai milloin se näihin rinnastettavan muun erityisen syyn vuoksi on tarpeen. Säännös sisältää velvollisuuden, jonka mukaan poliisi on velvollinen ilman eri määräystä ryhtymään kiireellisiin toimiin myös vapaa-aikanaan. Toimintavelvoite ei edellytä erillistä poliisin johdolta tulevaa määräystä, vaan poliisiviran haltija on velvollinen aloittamaan virkatoimet omasta aloitteestaan. Harkinta vakavan rikoksen tai yleistä turvallisuutta uhkaavan vakavan vaaran rajan ylittymisestä, jolloin poliisin toimimisvelvoite alkaa, on poliisilla itsellään. Poliisin omat eettiset ohjeet alentavat poliisilaissa säänneltyä toimimisvelvoitetta. Ohjeissa korostetaan, että poliisilla on velvollisuus puuttua *vähintään* silloin, kun esillä on rikos tai muu vakava vaara.¹⁵

Poliisin ylijohdon julkaisusarjassa *Puheenvuoroja poliisin ammattietiikasta* 3/2008 on katsottu, että poliisin vapaa-ajalle ulottuva toimimisvelvoite on laajempi kuin mitä korkein oikeus on sillä tarkoittanut. Ylijohdo katsoo, että ”teksti ei sulje pois sitä mahdollisuutta, että poliisimies puuttuisi havaitsemiinsa vähäisempiinkin rikoksiin myös vapaa-ajallaan...”¹⁶ Ylijohdon mukaan puuttumiskynnys poliisin ollessa vapaa-ajalla ei saa laskea liian matalaksi. Liika virkaintoisuus on ylijohdon mukaan eettisesti arveluttavaa. Ylijohdo toteaa, että ”[I]ian alhainen kynnyks vapaa-ajalla havaittuihin rikkeisiin puuttumisessa aiheuttaa

¹³ Temporaalirakenteesta vrt. Repo, *Oikeudesta uittaa puutavaraa*, s. 140-141 ja 146. Revon temporaalirakenne kuvaa tapaa, jolla Matti Repo ilmaisee aikarakennetta. Repo ilmaisee aikaa sanoin: *nykyisin, lähitulevaisuudessa ja kaukaisemmassa tulevaisuudessa*. Repo toteaa: ”Kun arvioidaan harjoitetaanko joessa... , otetaan huomioon nykyisin ja lähitulevaisuudessa joessa harjoitettava...VL 1:12.2:n ensimmäisessä virkkeessä käytetty preesens ‘harjoitetaan’ ilmaisee nykyisin ja lähitulevaisuudessa tapahtuvaa harjoittamista. Olisi vaikea laatia ennuste siitä, harjoitetaanko joessa liikennettä ja uittoa lähitulevaisuutta kaukaisemmassa tulevaisuudessa.” Ks. Repo, *Oikeudesta uittaa puutavaraa*, s. 140-141. Revon temporaalirakenteessa on sisällä myös menneisyys, joka esiintyy lisäyksen tai täydennyksen roolissa. Repo, *Oikeudesta uittaa puutavaraa*, s. 182-183. Termiä Revon temporaalirakenne on käyttänyt alkujaan Raimo Siltala.

¹⁴ Viljanen, ”Virka-aseman väärinkäyttö ja virkatehtävissä toimiminen, KKO 2013/6”, s. 55.

¹⁵ Eräkö – Kolehmainen – Kuha, *Puheenvuoroja poliisin ammattietiikasta*, s. 28.

¹⁶ *Ibid.*

linjattomuutta ja ennakoimattomuutta sekä riskin, että vähäpätöisetkin tilanteet karkaavat hallitsemattomiksi.”¹⁷ Jos poliisi ryhtyy vapaa-ajallaan suorittamaan virkatehtävää, on suoritettava toimenpide harkittava tarkasti.

Vaikka poliisin eettiset ohjeet alentavat poliisin toimintakynnystä poliisilain 9.3 §:n ja 11 §:n säännöksistä, ohjeissa korostetaan poliisin oman ammatillisen itseharkinnan tärkeyttä. Poliisilain 11 §:n mukaisiin toimimisvelvollisuuksiin kuuluu myös poliisin oikeus ottaa henkilö kiinni suojatakseen suojeltavan henkilön henkeä, ruumiillista koskemattomuutta, turvallisuutta tai terveyttä välittömästi uhkaavalta vakavalta vaaralta, jos henkilö ei kykene pitämään huolta itsestään, eikä vaaraa voida muuten poistaa tai henkilöstä ei voida huolehtia muilla keinoin. Jos kiinniotettu on alle 18 -vuotias, hänet on ensisijaisesti luovutettava huoltajalle ja toissijaisesti lastensuojeluviranomaiselle.

Poliisi itse näkee eettiset ohjeensa muodostavan viimeisen harkintakriteerin poliisin tehtävien aloittamiselle tai niistä pidättäytymiselle. Eettisissä ohjeissa korostetaan, että “[v]apaa-ajalla suoritettava poliisitoimenpide on harkittava aina tarkasti myös siksi, että poliisin valtuuksien käyttöön liittyy sekä työturvallisuus- että oikeusturvanäkökohtia. Niin rikoksiin puuttumattomuus kuin liiallinen puuttuminen vapaa-ajalla saattaa rikkoa poliisin eettisiä periaatteita.”¹⁸ Kyse on tällöin toimenpiteistä, joissa poliisi käyttää harkintaansa vähäisemmän rikkeen huomioimisessa. Eettiset ohjeet korostavat, että “[v]apaa-ajallaan rikkeen havaitsevan poliisin harkinta onkin hyvä esimerkki tekemisen ja tekemättä jättämisen etiikasta: milloin on kyse velvollisuuden rikkomisesta, milloin taas hyväksyttävästä toisaalle katsomisesta tai ihmisten arkea ymmärtävästä järkevästä joustavuudesta.”¹⁹

Korkein oikeus toteaa kohdassa 14: ”Poliisimiehen toimimisvelvollisuudet ja toimivaltuudet ovat laajat myös hänen vapaa-aikanaan.” Kohdassa 15 korkein oikeus jatkaa: ”Hovioikeuden tuomiossa viitattu poliisilain 9 §:n 3 momentin säännös ei kuitenkaan velvoita poliisimiestä ryhtymään vapaa-aikanaan kiireellisiin toimenpiteisiin vain siitä syystä, että tilanne on huolestuttava. Myöskään poliisilain 11 §:n säännös, johon syytteessä on viitattu, ei oikeuta poliisimiestä ottamaan kiinni alaikäistä, ellei tämän turvallisuutta uhkaa vakava ja välitön vaara.” Korkeimman oikeuden kanta poliisin vapaa-ajan toimimisvelvollisuudesta on rajautunut *sanamuodon* mukaisen tulkinnan seurauksena vakavan rikoksen uhkaan tai vakavan vaaran torjumiseen. Poliisin laajat toimintavelvollisuudet jäävät tosiasiaassa suppeammiksi kuin mitä poliisi itse näkee ja rajautuvat vain välittömän ja vakavan vaaran estämiseen.

Näin ollen poliisin ylijohdon näkemys laajasta poliisin vapaa-aikaan liittyvästä toimimisvelvoitteesta jää vaille juridista merkitystä. Poliisin tosiasiallinen toimintavelvoite koskee korkeimman oikeuden vahvistamana vain vakavien rikosten estämistä ja niiden ehkäisyä ja yleistä järjestystä ja turvallisuutta koskevia vakavien vaarojen ehkäisyä. Myöskään poliisilain 11 §:n säännös alaikäisen

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

kiinniottamisesta ja luovuttamisesta huoltajalle tai vaihtoehtoisesti lastensuojeluviranomaiselle jää tapauksessa soveltamisalan ulkopuolelle, koska kyse ei ole sellaisesta tilanteesta, jossa alaikäisen turvallisuutta olisi uhannut vakava ja välitön vaara. Korkein oikeus rajaa vakavan vaaran aiheuttajien ulkopuolelle myös itse poliisimiehen. Korkein oikeus toteaa kohdassa 16: ”Sellaisena ei voida pitää A:n itsensä taholta uhkaavaa vaaraa.”²⁰ Jos vakava vaara olisi tullut poliisimieheltä itseltään, hänen olisi poliisimiehenä tullut pidättää itse itsensä. Tällainen toiminta olisi ollut vastoin itsekriminointikieltoa.

Poliisin vapaa-ajalle ulottuva toimintavelvoite muuttaa siviilipersonan virkamieheksi, jolla on oikeus virkatehtävää suorittaessaan käyttää tarvittaessa myös voimakeinoja. Poliisilla on oikeus käyttää fyysistä voimaa tai erilaisia apuvälineitä, kuten esimerkiksi patukoita, kaasusumuttimia tai vakavimmissa tapauksissa ampuma-aseita.²¹ Koska poliisin toimimisvelvollisuudet ja toimivaltuudet ovat laajat myös poliisin ollessa vapaa-ajalla, on virka-aseman väärinkäyttäminen rangaistavaa vain tahallisenä toimintana.

B:n ruumiillista koskemattomuutta, turvallisuutta tai terveyttä ei uhannut senkaltainen vaara, joka olisi velvoittanut A:ta toimenpiteisiin B:n kiinniottamiseksi ja viipymättä luovutettavaksi huoltajalle tai lastensuojeluviranomaiselle. Korkein oikeus toteaa kohdassa 15: ”Myöskään poliisilain 11 §:n säännös, johon syytteessä on viitattu, ei oikeuta poliisimiestä ottamaan kiinni alaikäistä, ellei tämän turvallisuutta uhkaa vakava ja välitön vaara.”²² Korkein oikeus päätyy kohdassa 16 seuraavaan arvioon: ”Mikään asiassa ei kuitenkaan viittaa siihen, että B:n turvallisuutta olisi syytteessä tarkoitettussa tilanteessa uhannut lainkohdissa tarkoitettu rikos tai välitön ja vakava vaara.”²³

Poliisilain 9.3 §:n mukaan poliisi on velvollinen ilman eri määräystä ryhtymään kiireellisiin toimiin myös vapaa-aikanaan. Vapaa-ajalle ulottuva toimintavelvoite voidaan rajata 3 eri kategoriaan:

- 1) vakavan rikoksen estämiseen
- 2) yleistä järjestystä uhkaavan vakavan vaaraan torjumiseen ja
- 3) muihin näihin rinnastettavaan erityiseen syyhyn.

Kolmannen kategorian käyttäminen vaatii taakseen analogian, jolloin lakitekstin soveltamisaluetta laajennetaan samantyyppisiin tapauksiin. *Sanarajaperiaate* rajaa potentiaalisen rikosentekijän, tässä tapauksessa poliisimiehen itsensä, poliisilain 9.3 §:n soveltamisalan ulkopuolelle. Lakitekstin sanamuoto ei sisällä, että uhka vakavasta rikoksesta voisi tulla poliisimieheltä itseltään, jolloin poliisi itse olisi ilman eri määräystä ollut velvollinen estämään rikoksen myös ollessa vapaa-ajalla.

Sanarajaperiaate voidaan palauttaa H.L.A. Hartin tulkintaoppiin merkityksen ydinalueesta ja reunavyöhykkeestä. Hartin tulkintaopin mukaan sanoil-

²⁰ Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 16.

²¹ Poliisin voimakeinojen käytöstä osoitteessa [<https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/pages/086F908A07BB9A82C2256BC900418902?opendocument>], viitattu 30.12.2013.

²² Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 15.

²³ *Ibid.*, kohta 16.

la on semanttisesti lukittu merkityksen ydinalue, *core of settled meaning*, ja toisaalta semanttisesti avoimempi merkityksen reunavyöhyke, *penumbra of doubt*. Sanan semanttinen merkitys joustaa kuin kumilanka, mutta vain reuna-alueen rajaan saakka. Tässä suhteessa sanoilla on rajat. Hartin mallissa *oikeussääntöjen* tulkinnassa raja tulee vastaan viimeistään reunavyöhykkeen ulkolaidassa.²⁴ Sanarajaperiaate sulkee pois myös poliisilain 9.3 §:n kolmannen kategorian muihin näihin rinnastettavan syyn, koska sanarajaperiaate merkitsee tiukimmillaan analogiakieltoa samankaltaisuuksien rinnastamiskiellon merkityksessä.²⁵

Oikeuskirjallisuudessa sanamuodon mukaista tulkintaa on hahmotettu siten, että analogiakielto tarkoittaa samaa kuin sanamuodonmukainen tulkinta, *sanarajaperiaate*. Päätelmä kiertää kehässä.²⁶ Aleksander Peczenikillä sanamuodon mukainen tulkinta on Peczenikin hahmottelemista tulkintakehistä kolmantena redusoivan tulkinnan ja supistavan tulkinnan jälkeen.²⁷ Sanamuodonmukaisen tulkinnan, *bokstavstolkning*, eli kirjaimellisen tulkinnan jälkeen on laventava tulkinta ja tämän jälkeen analogiapäätelmä.²⁸ Nils Jareborgilla sanamuodonmukaista tulkintaa vastaa puhdas kielellinen tulkinta, *rent språklig tolking* (ibland kallad bokstavstolkning).²⁹ Edellä kuvatut määritelmät sanarajaperiaatteesta eivät kerro, mitä sanamuodon mukainen tulkinta on. Jussi Tapani ja Matti Tolvanen ovat tarkkanäköisesti todenneet teoksessaan *Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi*, että lainkäyttäjällä tai oikeustieteilijällä ei ole käytettävissään käsitteellisiä välineitä, joita käyttäen pystyttäisiin etukäteen arvioimaan, ylitetäänkö preventiivisiin perusteisiin tukeutuvalla teleologisella tulkinnalla rikossäännöksen sanamuodon mukainen merkityssisältö. Käytännössä kieli asettaa rajat myös kielen välineistön toimintakyvylle.³⁰

²⁴ Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy: "Positivism and the Separation of Law and Morals"*, s. 63. Hart toteaa kyseisellä sivulla sanojen rajoista: "There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out. These cases will each have some features in common with the standard case; they will lack others or be accompanied by features not present in the standard case." Kielen käsitteiden semanttisen merkityksen vakiintuneesta ydinalueesta ja tulkinnanvaraisesta reuna-alueesta myös Hart, *The Concept of Law*, s. 123–124.

²⁵ Analogiakiellosta Frände, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, s. 229–235.

²⁶ Frände, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, s. 229. Dan Frände toteaa: "Domstolen får vid sin prövning av om motsvarighet föreligger mellan konkret gärning och straffbestämmelsens gärningsbeskrivning inte gå utöver en normalspråklig eller juridisk-teknisk förståelse av lagtexten." Vaikka Frändens väitöskirjan keskiössä on legaliteettiperiaate, on siinä jostain syystä sivuutettu kokonaan oikeusvaltiokeskustelu eli tulkintakehys, johon legaliteettiperiaate kiinnittyy.

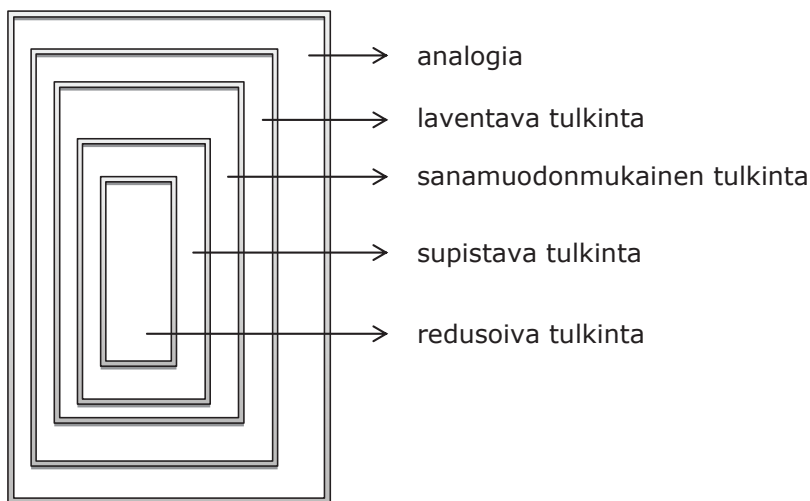
²⁷ Vertaa Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 259.

²⁸ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 338–341. Laventavassa tulkinnassa *ekstensiv tolkning* lakitekstin soveltamisaluetta venytetään sen merkityssisällön ulkopuolelle. "även på de fall som bildar dess >>periferi>>". Peczenic, *Vad är rätt?*, s. 339.

²⁹ Jareborg, *Allmän Kriminalrätt*, s. 108.

³⁰ Tapani–Tolvanen, *Rikosoikeuden yleinen osa, Vastuuoppi*, s. 112. Tapani ja Tolvanen toteavat, että merkitysalueen uloin raja on ongelmallinen myös siksi, että rangaistavuuden ala ei ole koskaan samanlainen eri tunnusmerkistöissä, vaan soveltamisalueet ovat epäsymmetriset. Kunkin tunnusmerkistön sisällä uudet kiperät rikosoikeudelliset tapaukset voivat muokata soveltamisalueen rajoja. Ks. Tapani–Tolvanen, *Rikosoikeuden yleinen osa, Vastuuoppi*, s. 113. Vrt. Klami, *Nulla poena sine lege*, s. 178–188. Merkityksellistä ei siten ole erottaa tulkintaa tai analogiaa, vaan olennaista on säännöksen tunnusmerkistön soveltaminen konkreettiseen tapaukseen.

Lakitekstin tulkintakehät



Kuvio 1. Lakitekstin merkitysalue kuvattuna Aleksander Peczenikin tulkintakehien avulla³¹

Kuviossa 1 on kuvattu Aleksander Peczenikin tulkintakehät. Kuvion kaksi sisintä kehää kuvaavat lakitekstin supistavaa tulkintaa ja redusoivaa eli suppeaa tulkintaa. Supistavassa tulkinnassa lakitekstiä tulkitaan tiukemmin kuin mitä kirjaimellinen eli sanamuodon mukainen tulkinta vaatisi. Supistavan tulkinnan äärimuoto on kuvattu kuvion keskelle. Tällöin kyse on redusoivasta eli äärimmäisen suppeasta tulkinnasta, jossa lakitekstiä tulkitaan vielä tiukemmin kuin mitä supistava tulkinta edellyttäisi asettamalla tulkinnalle tiettyjä lisäehtoja. Sanamuodonmukainen eli kirjaimellinen tulkinta on tulkintakehistä kolmantena. Ulkokehistä kahdessa viimeisimmässä on kyse lain sanamuodon merkitysalueen laajentamisesta joko laentavan tulkinnan tai analogiapäätelmän avulla.

Sanamuodon mukainen tulkinta on yhteisöllinen konventio, joka pohjaa rikosoikeudelliseen legaliteettiperiaatteeseen. Sakari Melanderin mukaan sanamuodon mukaisessa tulkinnassa eli sanarajaperiaatteessa tulkinnan perusteena on yleiskielinen merkityssisältö tai *juridis-tekninen* merkityssisältö. Aulis Aarnio määrittelee sanamuodon mukaisen tulkinnan tavaksi, jolla voidaan viitata normaalikielen mukaiseen merkitykseen tai ilmaisun merkitykseen juridisessä kielessä.³² Aarnio liittää sanamuodon mukaisen tulkinnan osaksi erilaisia kielipelejä. Tämän suuntaisesti asiaa on hahmottanut myös Raimo Siltala, joka toteaa, että “[a]ljatus sanamuodon mukaisesta tulkinnasta, johon kirjallisuudessakin näkee aika ajoin viitattavan, perustuu nähdäkseni väärinymmärykseen. Sanamuodonmukainen tulkintapa väittää virheellisesti, että kielen sanojen mer-

³¹ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 340.

³² Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 165–166.

kitykset voisivat jotenkin löytyä sanoista itsestään.”³³ Siltala tarkoittaa, että sanat eivät itse osaa kertoa sitä, minne asti niiden semanttinen merkityssisältö ulottuu. Semanttinen merkityssisältö on lukittavissa vain siihen käyttöyhteyteen eli wittgensteinlaisittain siihen kielipeliin, jossa kyseistä sanaa käytetään. Wittgenstein toteaa oivallisesti teoksessa *Filosofisia tutkimuksia*, että “[y]mmärryksenpuutteemme päälähde on siinä, että meillä ei ole yleisnäkemystä sanojemme käytöstä.”³⁴ Näin ollen sanamuodon mukainen tulkinta on konstruktiiivinen asia ja juridisen merkityssisällön antaminen on konstruktiiivista.

1.2 EHKÄ KOHTA JO POLIISI?

Poliisilain 9 c §:n mukaan poliisimiehen on virassa ja yksityiselämässään käyttäytyttävä niin, ettei hänen käyttäytymisensä ole omiaan vaarantamaan luottamusta poliisille kuuluvien tehtävien asianmukaiseen hoitoon.³⁵ Poliisilain 9 c §:ssä säädetty käyttäytymisvelvollisuus ulottuu virka-ajan lisäksi vapaa-ajan toimintaan. Poliisilla on velvollisuus vapaa-aikanaan ryhtyä viranhoitoon ja virkatehtävien aloittamiseen poliisilain 9 §:n 3 momentin ja 11 §:n mukaisesti, mutta tämän lisäksi poliisilla on velvollisuus käyttäytyä siten, että hänen toimensa eivät vaaranna luottamusta poliisille kuuluvien tehtävien asianmukaiseen hoitoon.³⁶ Pekka Viljanen toteaa teoksessa *Keskeiset rikokset* virkarikoksia koskevassa kohdassa, että on muitakin virkavelvollisuuksia kuin sellaisia, jotka koskevat virkavelvollisuuksien hoitamista. Esimerkkinä olkoon poliisiasetuksen (1112/1995) 13.2 §, jonka mukaan poliisimiehen on virassa ja yksityiselämässään käyttäytyttävä siten, ettei poliisin arvo kärsi.³⁷

Poliisin oman ammatillisen käsityksen mukaan ”poliisin työ ei kuitenkaan ole vain mekaanista lain noudattamisen valvontaa, vaan myös yhteiselon turvaamista ja yksilöiden oikeuksien kunnioittamista.”³⁸ Poliisin ylijohdon puheenvuorossa poliisi itse näkee vapaa-ajalle ulottuvan käyttäytymisvelvoitteensa monitahoisena asiana. ”Poliisin nykyinen rooli on ratkoa rikollisuuteen liittyviä ongelmia yhteistyössä muun yhteisön kanssa, mikä edellyttää vahvaa luottamusta. Edes vapaa-aikana tapahtuvat laittomuudet eivät sovi tähän rooliin.”³⁹ Poliisin am-

³³ Melander, *Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*, 18; Myös Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 256 ja Aarnio, *Tulkinnan taito*, s. 296. Tästä myös Siltala, *Oikeudellisen ajattelun perusteet*, s. 228–229.

³⁴ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 90, kohta 122.

³⁵ Poliisilain (15.7.2005/525) 9 c §.

³⁶ Ks. myös KKO 2013/6 kohta 9. Myös käräjäoikeus totesi ratkaisun perusteluissaan, että “[p]oliisin on yksityiselämässään käyttäytyttävä tavalla, joka ei vaaranna luottamusta poliisille kuuluvien tehtävien hoitamiseen.”

³⁷ Viljanen, ”Virkarikokset” teoksessa *Keskeiset rikokset*, s. 612. Poliisin vapaa-ajalle ulottuvasta käyttäytymisvelvoitteesta säänneltiin poliisilain 9 c §:ssä. Poliisiasetuksen yllä mainittu säännös kumottiin muutoksella (26.6.2009/517). Nyttemmin poliisin toimimisvelvollisuudesta, joka koskee myös vapaa-aikaa säädetään laissa poliisin hallinnosta (14.2.1992/110). PolhalL:iin 15 c §:ssä säädetään poliisin toimialueesta ja toimimisvelvollisuudesta ja 15 f §:ssä poliisin käyttäytymisvelvoitteesta.

³⁸ Poliisin toiminnan yleiset periaatteet osoitteessa [<https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/pages/B6DC36174143322FC2256B8700461094?opendocument>], viitattu 30.12.2013.

³⁹ Eränkö – Kolehmainen – Kuha, *Puheenvuoroja poliisin ammattietiikasta*, s. 27.

mattieettisistä ohjeista kuvastuu poliisin toimintaan liittyvä luottamus, turvallisuus ja ennen kaikkea kunnioitus virkavaltaa kohtaan. Virkatehtävissä olevan poliisimiehen toiminnan on oltava uskottavaa, turvallista ja puolueetonta. Myös yksittäisen poliisin esittämät mielipiteet ja kannanotot vaikuttavat osaltaan julkisuuskuvaan, jolloin kyseiset ilmaukset voivat *identifioitua* koko poliisikuntaa koskeviksi.⁴⁰ Poliisin on toimittava asiallisesti ja toiminnassa tulee edistää sovinnollisuutta ja puolueettomuutta. Poliisi suorittaa virkatoimensa suhteuttamalla toimet tehtävän kiireellisyyteen, tärkeyteen ja tilanteen kokonaisarviointiin. Ensisijaisesti poliisi pyrkii ”neuvoin, kehotuksin ja käskyin ylläpitämään yleistä järjestystä ja turvallisuutta. Poliisi ei saa puuttua kenenkään oikeuksiin enempää kuin poliisin tehtävän suorittamiseksi on tarpeen.”⁴¹

Vaikka poliisin käyttäytymistä velvoittava poliisilain 9 c § on mainittu korkeimman oikeuden ratkaisussa sovellettavien sääntöjen listauksessa ja syyttäjä ja hovioikeus ovat sitä käyttäneet perustellessaan kantojaan ja syyttäjä on käyttäytymisvelvoitteeseen nimenomaisesti vedonnut syytteensä tueksi, ei korkein oikeus anna poliisilain 9 c §:n mukaiselle käyttäytymisvelvollisuudelle juridista merkitystä. Vaikka korkein oikeus mainitsee kyseisen säännöksen ratkaisunsa kohdassa yhdeksän avaamalla säännöksen sisällön, säännös ei siirry osaksi ratkaisun perusteluja. Narratiivi katkeaa silloin, kun oikeusnormin sisältö on tuotava tuomion perusteluissa julki. Ratkaisun perustelut eivät kerro, miksi poliisilain 9 c §:ä ei sovellettu tapaukseen tai miksi se soveltuisi.

Virolainen ja Martikainen toteavat teoksessa *Tuomion perusteleminen*, että ”monien ulkomaisten ylimpien tuomioistuimien tuomioissa ilmoitetaan nekin lainkohdat, joihin ratkaisu ei suoraan perustu ja joita ei siten ole tapauksessa sovellettu, mutta joilla on liittymäkohta tapaukseen. Tuomion perustelujen selvytyden vuoksi tällaiseen menettelyyn tulee suhtautua varauksellisesti.”⁴² Tarpeen ei ole edelleenkään ilmoittaa lainkohtia, joiden liittymäkohta tapaukseen on heikko. Ratkaisussa tulee kuitenkin ilmoittaa sellaiset lainkohdat, jotka liittyvät ratkaisussa vaikuttavien merkityksellisten avainpremissien perusteleamiseen.

Poliisilain 9 c §:stä muodostuu *torjuttu premissi*, johon syyttäjä on vedonnut ja alemmat oikeusasteet ovat käyttäneet osana tuomionsa perusteluja, mutta jonka korkein oikeus mainitsee, mutta *torjuu*. Poliisilain 9 c § ei itse osaa kertoa, miten sitä pitää tulkita: sanamuodon mukaisesti vai sanamuotoa laajentaen. Normit eivät osaa puhua tai kertoa soveltajalleen, miten niitä pitää käyttää yksittäiseen tapaukseen. H.L.A Hart on osuvasti todennut artikkelissaan ”Positivism and the Separation of Law and Morals” vastaavaa esineiden ja oikeussääntöjen puhekyvyn puutteesta. Hart toteaa: ”Leikkiauto ei voi sanoa ääneen, että ’olen ajoneuvo tämän oikeussäännön tarkoittamassa merkityksessä’, eivätkä rullaluistimetkaan ilmoita yhteen ääneen ’Emme ole liikennevälineitä’. Oikeustositseikat eivät odota meitä valmiiksi siististi nimettyinä, leimattuina ja laputettuina, jotka tuomari lukee suoraan ääneen. Sen sijaan, kun oikeussääntöjä sovelletaan, jonkun on otet-

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Poliisin toiminnan yleiset periaatteet osoitteessa [https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/pages/B6DC36174143322FC2256B8700461094?opendocument], viitattu 30.12.2013.

⁴² Virolainen – Martikainen, *Tuomion perusteleminen*, s. 379.

tava vastuu, että käytetyt sanat kattavat tai eivät kata meneillään olevaa tapausta ja siihen liittyviä käytännön seurauksia silloin kun päätös tehdään.”⁴³

Poliisin vapaa-ajalle ulottuva toimintavelvoite konstituoii poliisin virka-aseman. Siviilihenkilö muuttuu virkamieheksi, jolla on oikeus virkatehtävää suorittaessaan käyttää tarvittaessa myös voimakeinoja. Poliisilla on oikeus käyttää niin fyysistä voimaa kuin erilaisia apuvälineitä.⁴⁴ Koska poliisin toimimisvelvollisuudet ja toimivaltuudet ovat laajat myös poliisin ollessa vapaa-ajalla, on virka-aseman väärinkäyttäminen rangaistavaa vain tahallisenä toimintana. Laillisuusperiaatteen mukaisesti virkatehtävä, johon poliisimies on ryhtynyt, tämän aseman väärinkäyttäminen, samoin kuin poliisin toimimisvelvoitteen laiminlyönti, on oltava riittävän selvä. Yksittäisen rangaistussäännöksen on oltava riittävän eksakti, jolloin se osoittaa täsmällisesti, onko teko kriminalisoitu vai ei. Laillisuus- eli legaliteettiperiaate on rikosoikeudessa erityisen merkittävä. Dan Frände katsoo, että laillisuusperiaate pohjautuu rikosoikeudessa *praeter legem* -kieltoon, jonka mukaan tuomari tai muu lainkäyttäjä ei saa mennä kirjoitetun lain ulkopuolelle.⁴⁵ Korkein oikeus toteaa kohdassa 14: ”Kun virka-aseman väärinkäyttäminen on rangaistava kuitenkin vain tahallisena tekona, on perusteltua edellyttää, että virkatehtävä, johon poliisimiehen väitetään tietyllä menettelyllään vapaa-aikanaan ryhtyneen ja jossa virka-aseman väärinkäyttämisen väitetään tapahtuneen, on selvästikin merkinnyt julkisen vallan käyttöä, ja vastaavasti, että sellainen poliisimiehen toimimisvelvollisuus, johon hänen väitetään laiminlyöneen, on ollut riittävän selvä.”⁴⁶

Poliisilain säännöksistä ei suoraan seuraa, eikä niistä korkeimman oikeuden kannan mukaan voida analogisesti johtaa, että poliisimiehellä on kyseisessä tilanteessa ollut toimimisvelvollisuus ja poliisi olisi laiminlyönyt tätä velvollisuutta. Korkeimman oikeuden ratkaisun punainen lanka on: ”[R]ikoslain 40 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohdan sanamuodon mukaan virka-aseman väärinkäyttämisestä on kysymys virkavelvollisuuden vastaisesta menettelystä tilanteessa, jossa virkamies käyttää julkista valtaa virkatehtävissään.”⁴⁷ Poliisi oli vapaa-ajalla. Nuorta tyttöä ei uhannut sen kaltainen vakava vaara, jonka poliisimies olisi ollut velvollinen estämään, jos vakavaksi vaaraksi ei lueta poliisimiestä itse. Korkein oikeus toteaa kohdassa 16: ”Mikään asiassa ei kuitenkaan viittaa siihen, että B:n turvallisuutta olisi syytteessä tarkoitettussa tilanteessa uhannut lainkohdissa tarkoitettu rikos tai välitön ja vakava vaara. Sellaisena ei voida pitää A:n itsensä taholta uhkaavaa vaaraa.”

Mieshenkilöstä ei tullut poliisia kyseisessä tilanteessa, koska käsillä ei ollut ulkoista uhkaa tai muuta vakavaa vaaraa, joka olisi poliisilain 9 §:n 3 momentin mukaan velvoittanut poliisimiehen virkavelvollisuuksien mukaisiin estä-

⁴³ Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*: ”Positivism and the Separation of Law and Morals”, s. 63. (käännös SMK).

⁴⁴ Poliisi voimakeinojen käyttö osoitteessa [<https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/Pages/086F908A07BB9A82C2256BC900418902>], viitattu 30.12.2013.

⁴⁵ Legaliteettiperiaatteesta Frände, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, s. 223-233; Ks. Frände, *Yleinen rikosoikeus*, s. 33.

⁴⁶ Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 14.

⁴⁷ *Ibid.*, kohta 11.

mistoimenpiteisiin. Poliisi oli vapaa-ajalla ja vapaa-aikana myös raiskasi tytön. Käräjäoikeus toteaa: ”Ennen A:n tapaamista B:tä ei ollut uhannut vakava rikos eikä tällaisen rikoksen tutkintaan ole ollut tarvetta.” Poliisi ei laiminlyönyt virkatehtäviään, koska raiskaus tapahtui virantoimituksen ulkopuolella. Sillä, että poliisilain 9 c:ssä säädetään poliisin käyttäytymisvelvoitteesta virassa ja vapaa-aikana, ei ole asiassa merkitystä, koska sanamuodonmukainen tulkinta rajaa virka-aseman väärinkäyttämisen tilanteeseen, jossa käsillä on julkisen vallan käyttämisen elementti. Hallituksen esityksessä (HE 58/1988 vp. s. 63) poliisi käyttää julkista valtaa esimerkiksi antaessaan kieltoja ja käskyjä poliisilain nojalla.⁴⁸ Poliisimies A ei ollut poliisilain velvoittamana käskyn tai kehotuksen saanut B:tä lähtemään mukaansa. Korkein oikeus toteaa kohdassa 17: ” Mistään seikasta ei voida myöskään päätellä, ettäA olisi poliisimiehenä häntä poliisilain nojalla tähän käsenyt tai määrännyt.” Kyse oli ollut pyynnöstä tai ehdotuksesta lähteä miehen mukaan, ei käskystä tai kehotuksesta, joka olisi velvoittanut tyttöä toimimaan annetun käskyn tai kehotuksen mukaisesti.

1.3 EI VIELÄ MUTTA EHKÄ JOSKUS POLIISI?

Virkamerkki selventää kansalaisille, missä ominaisuudessa henkilö toimii. Korkein oikeus toteaa kohdassa 12: ”Virkamerkki on omiaan selventämään sitä, missä ominaisuudessa sen esittävä henkilö toimii...”⁴⁹ Vapaa-aikana toimivan poliisin ensisijainen tunnistamisväline eli tunniste tietyn henkilön kuulumisesta ammattikuntaan nimeltä *poliisi*, on poliisin hallussa oleva virkamerkki. Virkamerkin status on toimia tunnisteena. Kaikilla poliiseilla on virkamerkki. Virkavaatteiden tai virka-asemaa osoittavien merkkien *status* on erilainen. Ne luovat mielikuvan poliisista, jolla on oikeus käyttää julkista valtaa, mutta virkamerkki osoittaa myös sen, että juuri tällä henkilöllä on oikeus käyttää julkista valtaa. Halutessaan poliisi voi myös näyttää poliisin hihamerkkiä muistuttavaa metallista tunnuskuvaa, jonka sijoittamispaikka on kaulassa riippuva kotelo yhdessä poliisin virkamerkin kanssa. Metallinen tunnuskuva on toissijainen tunnistusväline, jonka tarkoitus ei ole korvata poliisin virkamerkkiä, vaan nopeuttaa ja helpottaa poliisin tunnistamista.⁵⁰ Pelkästään yksittäisen henkilön siviilivaatetuksen perusteella on ulkopuolisen mahdotonta identifioida tiettyä henkilöä poliisin ammattikuntaan kuuluvaksi. Siviilivaatteet eivät kerro henkilön ammatillisesta asemasta mitään ja ne eivät selvennä ammatilliseen asemaan liittyviä oikeuksia ja velvollisuuksia kuin mitä virkamerkki tai virkavaatteet tekevät.

⁴⁸ Hovioikeus päätyi asiassa toisenlaiseen lopputulokseen ja katsoi A:n toimineen poliisimiehenä ja käyttäneen julkista valtaa virkatehtävässään, kun hän oli tietoisena B:n tilanteesta esittänyt virkamerkinsä ja saanut B:n lähtemään asunnolleen. Hovioikeus kytki yhteen virkamerkin esittämisen ja tilanteen (yöllä kahden aikaan Helsingin keskustassa karkumatkalla kotoaan).

⁴⁹ Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 12.

⁵⁰ Poliisin virkamerkki osoitteessa [<https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/pages/CE2FC8BB441FFEE5C22577D8002DA789?opendocument>], viitattu 30.12.2013.

Virkamerkin esittäminen ilman, että sillä on yhteys suoritettavana olevaan virkatehtävään, ei konstituoivirantoimitusta tai edes virkatehtävien aloittamista. ”Pelkästään se, että poliisiviran haltija vapaa-aikanaan esittää virkamerkin, ei kuitenkaan merkitse, että hän sillä hetkellä ilmoittaa toimivansa ja toimii virkatehtävässään. Virkamerkin esittämiselle voi olla myös muita syitä.”⁵¹ Virkamerkin tulee liittyä siihen kontekstiin eli laajempaan asiayhteyteen, joka tarkoittaa virantoimitustilanteen aloittamista ja sellaisena kontekstina, johon virkamerkkiä peilataan, ovat poliisilaisissa säädetyt poliisille asetetut toimintavelvoitteet vakavan rikoksen estämiseksi, tällaisen uhkan torjumiseksi tai yleistä järjestystä uhkaavan vaaran torjumiseksi, jotka ulottuvat vapaa-aikaan.

Käräjäoikeus toteaa ratkaisussaan: ”Julkisen vallan käyttämisenä ei voitu pitää yksin virkamerkin esittämistä ilman, että merkin esittämisellä oli yhteys suoritettavana olevaan virkatehtävään. Tehdessään syytekohtissa 1 ja 2 mainitut teot A oli toiminut vapaa-aikanaan eikä ollut virantoimituksessa tai toiminut virkatehtävissään.” Pelkästään virkamerkin esittäminen ei ole osoitus siitä, että poliisimies on viranhoidossa ja tällöin tilanteeseen ei voi liittyä julkisen vallankäytön konstruktioita. Virka-aseman väärinkäyttämisen rangaistavuus edellyttää tahallisuutta. Korkein oikeus toteaa perustelujen kohdassa 14: ”[O]n perusteltua edellyttää, että virkatehtävä, johon poliisimiehen väitetään tietyllä menettelyllään vapaa-aikanaan ryhtyneen ja jossa virka-aseman väärinkäyttämisen väitetään tapahtuneen, on selvästikin merkinnyt julkisen vallan käyttöä, ja vastaavasti, että sellainen poliisimiehen toimimisvelvollisuus, jonka hänen väitetään laiminlyöneen, on ollut riittävän selvä.”⁵² Virkamerkki toimii osoituksena luottamuksesta, jota tunnetaan yleensä poliisimiehiä ja poliisin ammattikuntaa kohtaan. Virkamerkin esittäminen ilman, että merkin esittämisellä olisi ollut yhteyttä suoritettavana olevaan virkatehtävään, ei konstituoivirantoimitusta tai edes virkatehtävien aloittamista.

Korkein oikeus tulkitsee sanamuodon mukaisesti rikoslain 40 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohtaa tukeutuen säännökseen johtaneeseen hallituksen esitykseen HE (58/1988 vp. s. 63). Legalistinen tulkinta johtaa siihen, että virkavelvollisuuden vastainen menettely arvioidaan tilanteessa, jossa virkamies on käyttänyt julkista valtaa virkatehtävässään. Jos toiminta on virkatehtävien ulkopuolella tapahtuvaa toimintaa, ei julkisen vallankäytön elementti tule kyseeseen. Kyse on virkatehtävän hoidossa tapahtuneesta erheestä ja tuon erheen kriminalisoinnista.

Kohdassa 12 korkein oikeus toteaa: ”Poliisin virkamerkin esittäminen liittyy yleensä tilanteeseen, jossa poliisimies toimii virkatehtävässään ja käyttää julkista valtaa. Virkamerkin esittäminen saattaa olla tarpeen osoituksena siitä toimivalta, joka virkatoimintaan liittyy, ja erityisesti silloin, kun poliisimies ryhtyy virkatehtävään vapaa-aikanaan. Virkamerkki on omiaan selventämään sitä, missä ominaisuudessa sen esittävä henkilö toimii, ja sen esittäminen on samalla varoitus niistä seurauksista, joita poliisimiehen käskyjen noudattamatta jättämisestä

⁵¹ Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 13.

⁵² *Ibid.*, kohta 14.

tai tämän vastustamisesta voi seurata.”⁵³ Kohdassa 13 korkein oikeus päätyy johdopäätökseen, että ”pelkästään se, että poliisinviran haltija vapaa-aikanaan esittää virkamerkin, ei kuitenkaan merkitse, että hän sillä hetkellä ilmoittaa toimivansa ja toimii virkatehtävässään.” Kyseisessä tapauksessa poliisimiehellä ei ollut poliisilaissa säädettyä toimimisvelvoitetta, koska poliisilain 9 §:n 3 momentin säännös ei velvoita poliisimiestä ryhtymään vapaa-aikanaan kiireellisiin toimenpiteisiin vain siitä syystä, että tilanne olisi huolestuttava, vaan tällöin tulee olla kyse tilanteesta, jossa vakavan rikoksen uhka on olemassa tai tilanteen tulee olla sellainen, jossa torjutaan yleistä järjestystä ja turvallisuutta uhkaava vakava vaara.

Poliisi itse katsoo *Puheenvuoroja poliisin ammattietikasta* -julkaisussa, että poliisilla on velvollisuus puuttua rikoksen uhkaan, tilanteen huolestuttavuuteen tai yleistä järjestystä ja turvallisuutta uhkaavaan vakavaan vaaraan *vähintään* silloin, kun sellaisen todennäköisyys on ilmeinen.⁵⁴ Korkein oikeus *kaventaa* poliisin toimimisvelvoitteen käyttöalaa supistamalla velvoitteen koskemaan vain ja ainoastaan sellaisiin tilanteisiin, jossa poliisin on välttämätöntä toimia vakavan rikoksen estämiseksi, tällaista rikosta koskevan tutkinnan aloittamiseksi tai yleistä järjestystä ja turvallisuutta uhkaavan vakavan vaaran torjumiseksi. Poliisin vapaa-ajalle ulottuva toimintavelvoite ei kata vähäisempiä rikoksia, jolloin poliisin ammattieettisessä ohjeessa mainittu vähäisempienkin uhkien toimintavelvoite jää juridisesti merkityksettömäksi. Tämä johtaa tulkintaan, että poliisilain 9 §:n 3 momentin mukaista toimintavelvoitetta ei ole vähäisempien rikosten osalta.

Poliisimiestä ei velvoittanut poliisilain 11 §:ssä kuvattu alaikäisen henkilön kiinniottamisvelvoite, koska tämän turvallisuutta ei uhannut vakava ja välitön vaara.⁵⁵ Pitäytyminen lakisäännöksen mahdollisimman legalistisessa tulkinnassa johtaa siihen, että asiassa ei ole mitään sellaista, joka viittaisi, että B:n turvallisuutta olisi uhannut edellä mainituissa lainkohdissa tarkoitettu rikos tai välitön ja vakava vaara. Uhka on *ulkoista* vakavan rikoksen uhkaa tai muuta välitöntä vaaraa, joka olisi velvoittanut poliisimiestä poliisilain mukaisiin toimimisvelvoitteisiin. 16 -vuotiaan tytön raiskaaminen virkamerkin konstruoimaa luottamusta hyväksi käyttäen ei mahdu lakitekstin sanamuotoon, eikä lakitekstissä ole mainintaa siitä, että vakava vaara voisi tulla poliisimieheltä itseltään. Korkein oikeus toteaa kohdassa 16: ”Sellaisina ei voida pitää A:n itsensä taholta uhkaavaa vaaraa.” Edellä mainitun säännöksen RL 40 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohdan tulkinta johtaa oikeudellisesti ongelmalliseen tilanteeseen. Korkein oikeus toteaa kohdassa 11: ”[R]ikoslain 40 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohdan sanamuodon mukaan virka-aseman väärinkäyttämässä on kysymys virkavelvollisuuden vastaisesta menettelystä tilanteessa, jossa virkamies käyttää julkista valtaa virkatehtävissään.” Tästä seuraa, että poliisi ei voi raiskata julkista valtaa käyttäen, vaikka virkamerkkiä käyttäen onkin osoittanut olevansa poliisi. Vaikka korkein oikeus toteaa kohdassa 12, että ”[v]irkamerkki on omiaan selventämään

⁵³ *Ibid.*, kohta 12.

⁵⁴ Eränpö – Kolehmainen – Kuha, *Puheenvuoroja poliisin ammattietikasta*, s. 28.

⁵⁵ Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 15.

sitä, missä ominaisuudessa sen esittävä henkilö toimii, ja sen esittäminen on samalla varoitus niistä seurauksista, joita poliisimiehen käskyjen noudattamatta jättämisestä tai tämän vastustamisesta voi seurata”, ei virkamerkki selventänyt korkeimmalle oikeudelle tarpeeksi sitä, missä ominaisuudessa sen esittäneen poliisimiehen olisi pitänyt toimia. Tavallisen kansalaisen on mahdotonta tietää, missä ominaisuudessa ihminen on, jos hän esittää virkamerkkinsä.

Sanamuodon mukainen tulkinta johtaa kahteen toisistaan vastakkaiseen johtopäätökseen. Hovioikeuden mukaan ”A oli kohdissa 1 ja 2 hänen syykseen luettu menettely huomioon ottaen hankkiakseen itselleen hyötyä rikkonut edellä selostetussa poliisilain 9 c §:ssä tarkoitetun virkavelvollisuuden käyttäessään julkista valtaa virkatehtävässään. A oli siten syyllistynyt virka-aseman väärinkäyttämiseen. ”Toisin kuin korkein oikeus, hovioikeus katsoo, että virkamerkin esittäminen ja A:n oma ilmoitus poliisina toimimisestaan riittivät konstituimaan virkatehtävien alkamisen sillä hetkellä, kun A esitti virkamerkkinsä B:lle ja kertoi olevansa poliisi. ”Ammatin kertominen ja virkamerkin esittäminen ovat B:n kertomin tavoin saaneet hänet luottamaan A:han ja suostumaan A:n ehdotukseen...A on syytteessä kerrotussa tilanteessa toiminut poliisina ja edellä selostetussa poliisilain säännöksessä tarkoitetussa virkatehtävässään.” Korkein oikeus päätyy vastakkaiseen päätelmään. Korkein oikeus katsoo kohdassa 13: ” Pelkästään se, että poliisiviran haltija vapaa-aikanaan esittää virkamerkin, ei kuitenkaan merkitse, että hän sillä hetkellä ilmoittaa toimivansa ja toimii virkatehtävässään.” Virkamerkkikonstruktio *deformoituu* ja se jää odottamaan hetkeä, jolloin se palautetaan takaisin *juridiseksi polymorfiseksi konstruktioksi* poliisin-tehtävät. *Oikeudellisen deformaation seurauksena* virkamerkin semanttinen merkitys eriytyy ja lykkääntyy. Virkamerkin semanttinen merkitys jää liikkeeseen.⁵⁶ Virka-aseman väärinkäyttäminen ja kysymys virkavelvollisuuden vastaisesta menettelystä on rajattu tilanteeseen, jossa virkamies käyttää julkista valtaa virkatehtävässään. Poliisi voi käyttää virka-asemaansa väärin vain virkatehtävissään. Koska poliisilaissa säädettyissä virkatehtävissä ei ole sanottu nuoren tytön raiskausta, ei rangaistusta rikoslain 40 luvun 7 §:n 1 momentin nojalla voida tuomita.

Miksi korkein oikeus jättää lausumatta yhden argumentaatioketjun? Poliisilain 9 c § ei perusta rikosvastuuta. Miksi korkein oikeus katsoo poliisilain 9 c §:n eettiseksi normiksi ja miksi korkein oikeus ei kerro, että poliisin käyttäytymisvelvoitetta koskeva säännös poliisilain 9 c § ei sovellu tapaukseen, vaikka syyttäjä on tähän asiallisesti vedonnut ja hovioikeus on sitä käyttänyt tuomionsa perusteluissa? Argumentaatioketju katkeaa. Juridinen konstruktio sanaraja komplisoi sen, miten poliisin on käytäydyttävä vapaa-aikanaan.

Määritellössään virkamerkin esittämiselle myös muiden syiden kategorian, korkein oikeus avasi virkamerkin käytölle myös muita virka-ajan ulkopuolisia käyttötarkoituksia, mutta korkein oikeus jätti kertomatta, mitä nämä käyttötarkoitukset ovat. Eheä narratiivien sarja, tekstin intertekstuaalisuus eli yhteys muihin juridisiin teksteihin katkeaa etsien samalla uusia konteksteja, joissa po-

⁵⁶ Derrida, ”Différance”, s. 259.

liisin virkamerkkiä voisi käyttää. "Virkamerkkiä" sanana käytetään sille vieraassa kontekstissa. *Virka* ja *merkki* eivät enää assosioidu "virkamerkiksi", vaan *viraksi* ja *merkiksi*, jolloin ne ovat erillisiä sanoja, jotka noudattavat erilaista pelin sääntöä kuin virkamerkki yhdyssanana. Niin kuin Ludwig Wittgenstein toteaa: "Sanan merkitys on sen käyttö kielessä" pitää paikkansa.⁵⁷

Korkein oikeus tekee semanttisen irtaantumisen virkamerkin merkitysoopilisesta konstituutiosta. *Virkamerkin ekstensio*, johon korkein oikeus viittaa, on poliisin taskussa tai kaulassa oleva muovinen henkilökortti varustettuna poliisin logolla ja tietyn ihmisen tunnistetiedoilla eli kasvokuvalla, virkanimikkeellä ja poliisinumeroilla, mutta virkamerkin *intensio* eli semanttinen merkitysisältö muuttuu narratiivin edetessä. Kohdassa 12 korkein oikeus toteaa: "Poliisin virkamerkin esittäminen liittyy yleensä tilanteeseen, jossa poliisimies toimii virkatehtävässä ja käyttää julkista valtaa. Virkamerkin esittäminen saattaa olla tarpeen osoitukseksi siitä toimivallasta, joka virkatoimintaan liittyy, ja erityisesti silloin, kun poliisimies ryhtyy virkatehtävään vapaa-aikanaan. Virkamerkki on omiaan selventämään sitä, missä ominaisuudessa sen esittävä henkilö toimii, ja sen esittäminen on samalla varoitus niistä seurauksista, joita poliisimiehen käskyjen noudattamatta jättämisestä tai tämän vastustamisesta voi seurata."⁵⁸ Edellä mainitussa kohdassa korkein oikeus liittää poliisin virkamerkin käytön siihen todellisuuteen, jossa virkamerkkiä faktuaalisesti käytetään eli virkatehtävien hoidossa toimivallan osoituksena, että tietyllä henkilöllä on toimivalta poliisin tehtävään. Seuraavassa kohdassa korkein oikeus tekee täyskäännöksen. Lauseen semanttinen *intensio* irtaantuu edellä lausutusta. Korkein oikeus toteaa: "Pelkästään se, että poliisinviran haltija vapaa-aikanaan esittää virkamerkin, ei kuitenkaan merkitse, että hän sillä hetkellä ilmoittaa toimivansa ja toimii virkatehtävässään. Virkamerkin esittämiselle voi olla myös muita syitä."⁵⁹

Korkeimman oikeuden käsittelemistä tapauksen välttämättömistä premisseistä ei väistämättä seuraa se, mihin semanttiseen ajatussisältöön korkein oikeus päätyy. Kohdassa 18 korkein oikeus toteaa: "Selvää sinänsä on, että poliisimiehen ammatti ja sen osoitukseksi esitetty virkamerkki ovat saaneet B:n luottamaan A:han. Tämän luottamuksen perusteena ei kuitenkaan edellä todettu huomioon ottaen voida katsoa olleen sen, että A olisi toiminut sillä hetkellä virkatehtävässään, vaan sen, että poliisimiehiä ja poliisin ammattikuntaa kohtaan yleensä tunnetaan luottamusta." Korkeimman oikeuden eksplikointi *selvää sinänsä on* muuttuu julistukseksi lauseen intension jäädessä epätarkaksi. Semanttinen merkitys eli sanan virkamerkki *intensio* saa uuden ajatussisällön. Virkamerkki ei ole enää virkamerkki, vaan se on *virka* ja *merkki*, jota ei yksinomaan käytetä tunnisteenä siinä, että tietty henkilö X esiintyy poliisina ja näin ollen toimii poliisin valtuuksien nojalla, vaan merkki on osoitus siitä, että tietty henkilö X kuuluu kerhoon nimeltä *Poliisit*. Ludwig Wittgensteinia jatkaen virkamerkin merkitysisällön irtoaminen liittyy kielipeliin, jossa pelillä on säännöt ja kun seuraam-

⁵⁷ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 49, kohta 43.

⁵⁸ Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 12.

⁵⁹ *Ibid.*, kohta 13.

me sääntöä ei siten käykään niin kuin olimme olettaneet. Disseminatio kiihtyy. Illokuutio, tuomioistuimen tarkoitus eli virkamerkin semanttinen merkityssisältö on liikkeessä. Perlokuutio, virkamerkkisanan vaikutus on muuta kuin mitä tuomioistuin on tarkoittanut.⁶⁰ Virkamerkin *intensio* määräytyy yhä uudelleen. Lopulta meidän on sanottava: ”En tarkoittanut sitä noin.”

”Perustava tosiseikka tässä on se, että lyömme pelille kiinni säännöt, tekniikan, ja että kun seuraamme sääntöjä, ei sitten käykään niin kuin olimme olettaneet. Että siis tavallaan sotkeudumme omiin sääntöihimme. Tämän sotkeutumisen sääntöihimme haluamme ymmärtää, ts. saada siitä yleiskuvan. Se luo valoa tarkoitamisen käsitteeseemme. Asiat näet osoittautuvat olevan noissa tapauksissa toisin kuin olimme tarkoittaneet, ennustaneet. Sanommekin juuri esimerkiksi ristiriidan esiintyessä: >>En tarkoittanut sitä noin.>>”⁶¹

Korkeimman oikeuden tulkinta johtaa siihen, että virkamerkki ei ole vain ja ainoastaan tunniste siitä, että henkilö on poliisi ja toimii poliisin valtuuksin ja virkamerkin esittäminen on varoitus, että henkilö voi käyttää poliisille kuuluvia pakkokeinoja, vaan poliisin virkamerkki voi toimia muullakin tavalla. Virkamerkin esittämisen ”muiden syiden” erittelemättömyys tekee oikeudellisesti ongelmalliseksi poliisin virka-asemaa osoittavan merkin käyttötarkoituksen. Se ei ole vastaavassa merkityksessä kuin poliisin virkapuku, olkalaatta, lakimerkki tai olkakoriste ovat, jolloin kansalaisten on vaivatonta havaita, kuka on virkatehtävissä toimiva poliisi, ja jota kohtaan kohdistuvasta niskottelusta mahdollisesti rangaistaan, vaan poliisin ollessa siviiliasuisena ja näyttäessään virkamerkkinsä vastuu siitä, missä käyttötarkoituksessa poliisi virkamerkkiään käyttää, on sen nähneellä, ei poliisilla itsellään. Korkein oikeus toteaa kohdassa 12: ”Virkamerkki on omiaan selventämään sitä, missä ominaisuudessa sen esittävä henkilö toimii, ja sen esittäminen on samalla varoitus niistä seurauksista, joita poliisimiehen käskyjen noudattamatta jättämisestä tai tämän vastustamisesta voi seurata.” Lause pitää sisällään julkisen vallankäytön elementin, jossa virkamerkin esittäminen liittyy poliisin virkatehtäviin ja samalla sen esittäminen kytkee päälle sanktiomekanismin, mutta narratiivi katkeaa, koska edellä lausuttu ei pidä paikkaansa. Virkamerkin esittämisen merkitys on sidoksissa kulloinkin vallitsevaan *tilanteeseen*. Korkein oikeus toteaa kohdassa 13: ”Pelkästään se, että poliisinviran haltija vapaa-aikanaan esittää virkamerkin, ei kuitenkaan merkitse, että hän sillä hetkellä ilmoittaa toimivansa ja toimii virkatehtävässään.”

Narratiivissa tapahtuu *oikeudellinen deformaatio* eli *oikeudelliselle metamorfoosille* käännteinen ilmiö. Virkamerkki siirretään toiseen kielipeliin. Virkamerkkikonstruktiota arvioidaan mahdollisessa muussa käyttöyhteydessä kuin osana poliisin tehtäviä, toisella tieteenalalla. Tavallisen kansalaisen lienee mahdo-

⁶⁰ Puhetekojen jaottelusta Austin John L. *How to Do Things with Words*, s. 94–108. Lokutionaarisella Austin viittaa sanoihin, jotka tosiasiaa sanotaan. Illokutionaarinen tarkoittaa sitä, mitä puhuja on ilmauksella tarkoittanut esimerkiksi ilmaisu *käskynä* tehdä jokin asia tai *kieltona* jättää jokin asia tekemättä. Perlokutionaarinen tarkoittaa sanojen vaikutusta lukijaan/kuulijaan.

⁶¹ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 91, kohta 125.

tonta havaita, missä roolissa poliisi milloinkin näyttää toimivan. Kyse on siitä, onko poliisin antamat käskyt ja kiellot otettava tosissaan ja milloin ja missä vaiheessa tavallinen kansalainen syyllistyy niskoitteluun poliisimiestä kohtaan. Virkamerkin tilannesidonnainen semantiikka mahdollistaa sen, että yksittäinen poliisimies voi itse määrittellä virkamerkinsä käyttötarkoituksen. Virkamerkin käyttötarkoitus voi olla erilainen eli tilannesidonnainen ja poiketa siitä, mitä poliisin ammattikunta itse virkamerkillä mieltää olevan eli tunnisteena poliisina olosta poliisin valtuuksin. Kun poliisi itse määrittää, missä tarkoituksessa hän virkamerkinsä näyttää, ei poliisi välttämättä ole *ihan-oikea-poliisi*, vaan *jotain-muuta-kuin-poliisi* tai *ehkä-kohta-jo-poliisi*.⁶²

Virka ja merkki sanojen merkityssisällön katkaiseminen aiheuttaa epävakaa tilan. Virkamerkki ei ole enää *status quo* eli merkki poliisista virkatehtävineen, vaan poliisin virkamerkki on rinnastettavissa rekisteröidyn yhdistyksen esimerkiksi ratsastusseuran jäsenkorttiin tai heppakaupan bonuskorttiin. Kortti ei vain identifioi tiettyä henkilöä poliisiksi ja vahvista poliisiksi kortin omaavan henkilön henkilöllisyyttä, vaan kortti on samalla etuja tuova objekti, jonka poliisi voi esittää muulloinkin kuin toimiessaan poliisin virkatehtävässä ja *identifioidessaan* itsensä poliisivirkamieheksi. Korkeimman oikeuden tuomiossa virkamerkin merkitys lykkääntyy, mutta samalla korkein oikeus tulee avanneeksi virkamerkille uusia käyttötarkoituksia *virkana ja merkinä*, jotka eivät enää käy keskustelua keskenään.

Vaikka syyttäjä vaati poliisimiehelle rangaistusta tukeutuen poliisilain 9 c §:ään virka-aseman väärinkäyttämisestä, ei korkein oikeus lausunut poliisilain 9 c §:n kohdasta muuta kuin toteamalla kohdassa 9 teknisesti, että ”poliisimiehen on virassa ja yksityiselämässään käyttäydyttävä siten, ettei hänen käyttäytymisensä ole omiaan vaarantamaan luottamusta poliisille kuuluvien tehtävien asianmukaiseen hoitoon.” Edellä mainittu käyttäytymisvelvoite koskee niin työ- kuin vapaa-aikaa, mutta se jäi tuomiossa vain tekniseksi toteamukseksi. Lainsäätäjän kantaan korkein oikeus tukeutui perustellessaan sanamuodon mukaista tulkintaa eli rikoslain 40 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohtaa toteamalla kohdassa 11: ”Kuten lainkohdan säätämiseen johtaneessa hallituksen esityksessäkin todetaan, tällaista julkista valtaa poliisimies käyttää esimerkiksi antaessaan käskyjä ja kieltoja poliisilain nojalla (HE 58/1988 vp s. 63).”⁶³ Oikeussäännön tulkinta palautetaan siihen, mitä lainsäätäjä sillä oli alun perin tarkoittanut. Kyse on *historiallis-subjektiiivisesta* tulkinnasta, jossa selvitetään lainsäädännön alkupe- räistä tarkoitusta.

⁶² Esitys rakenne virkamerkin käyttötarkoituksen kuvaamiselle virisi jaottelusta *ei-vielä-oikeus, jo-oikeus, ei-vielä-mutta-ehkä-joskus-oikeus* ja *ei-koskaan-oikeus*. Vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 646, 647 ja 650. Edellä mainittua jaottelua soveltaen poliisi voi olla *jo-poliisi*, jos virkamerkkiä on näytetty virkamerkkinä eli poliisimerkinä. Poliisi voi olla myös *ei-vielä-mutta-ehkä-joskus-poliisi*, jos virkamerkkiä näytetään muussa käyttötarkoituksessa esimerkiksi silloin, jos poliisimies uskottelee olevansa poliisi eli valehtelee, että hän on virantoimituksessa, mutta ei tosiasiallisesti ole sitä. Poliisi ei kuitenkaan voi olla *ei-vielä-mutta-ei-ehkä-koskaan-poliisi*, sillä poliisivirkamies esiintyy joskus ihan oikeana poliisina. Viimeisessä kategoriassa kyse on siitä, että jos henkilö ei ole viranhaltijana, ei hänellä ole virkamerkkiäkään, jota esittää.

⁶³ Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 11

Korkein oikeus ei ottanut huomioon valtioneuvoston asetuksen 517/2009 poliisiasetuksen muuttamisen 17 §:ää, jossa säädetään poliisin virkamerkistä, vaikka korkein oikeus avasi perusteluissaan virkamerkin käytölle uusia käyttökohteita. Edellä mainitun asetuksen mukaan poliisimiehellä on poliisihallituksen vahvistama virkamerkki, joka on pidettävä *virKatehtävää suoritettaessa* mukana. Myös hallintovaliokunta on liittänyt virkamerkin käyttöalan osaksi virantoimistusta ja itse virkamerkin poliisin asemaa osoittavaksi tekijäksi. Muita mahdollisia käyttöaloja virkamerkin esittämiselle ei ole esitetty. Virkamerkin käyttöala koskee myös työharjoittelussa olevaa poliisia. Hallintovaliokunta toteaa HaVM 10/2005 vp sivulla 5, että “[t]yöharjoittelun aikana nuoremmalla konstaapelilla on virantoimituksessa poliisimiehen asemaa osoittavat ulkoiset tunnusmerkit (poliisimiehen virkapuku ja virkamerkki)”⁶⁴

Poliisin on tarvittaessa tai vaadittaessa esitettävä virkamerkinsä myös silloin, kun se virkatehtävää vaarantamatta on mahdollista. Valtioneuvoston asetuksessa virkamerkki on liitetty viranhoitoon ja se toimii tunnuksena siitä, että henkilö on virkatehtävissä. Muita käyttötarkoituksia virkamerkille ei asetuksessa ole sanottu. Poliisimies käytti virkamerkkiä virkatehtävien ulkopuolella vapaa-aikanaan voittamalla virkamerkin avulla tytön luottamuksen puolelleen. Se, että virkamerkin käyttöala sidotaan virkatehtäviin, ei merkitse, että asetus laajentaisi rangaistussäännöksen RL 40 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohdan käyttöalaa.

Myös 1.1.2014 voimaan tullessa poliisilain 8 §:n määritellään poliisin virkamerkki. Kyseisen säännöksen mukaan poliisin on tarvittaessa ilmaistava olevansa poliisi esitettävä pyynnöstä virkamerkinsä. Nykyisessäkään poliisilaissa (2011/872) ei ole määritelty, että poliisi voisi käyttää virkamerkkiään muuhun käyttötarkoitukseen. Virkamerkki on edelleen liitetty indikaattorin ominaisuuteen poliisin virkatehtävien aloittamisesta. Lisäksi poliisilain (2011/872) 5 §:ssä säädetään, että poliisi käyttää toimivaltaa vain säädettyyn tarkoitukseen.

Poliisilain säätämiseen johtaneessa hallituksen esityksessä HE 266/2004 poliisilakiin ehdotettiin lisättäväksi säännös myös poliisin käyttäytymisvelvoitteesta. Poliisiasetuksen 13 §:n 2 momentissa poliisin käyttäytymisvelvoite viranhoidossa ja yksityiselämässä oli kytketty poliisin arvoon. Kyseinen säännös asetti poliisille myös vapaa-aikaan ulottuvan käyttäytymistä rajoittavan velvoitteen, jonka vuoksi poliisilain muuttamisen yhteydessä katsottiin, että käyttäytymistä rajoittava velvoite oli välttämätöntä nostaa lakitasolle. Samalla päätettiin aikaisempaa tarkemmin säätää käyttäytymisvelvoitteen sisällöstä. Poliisiasetuksessa käytettyä ilmaisua poliisin arvo pidettiin vanhahtavana ja sisällöltään epäselvänä. Tämän vuoksi *poliisin arvo* korvattiin sanamuodolla *poliisin tehtävät*. Sopimattomana käyttäytymisenä pidettäisiin esimerkiksi poliisimiehen syyllistymistä rangaistavaksi säädettyyn tekoon. Näin olisi esimerkiksi silloin, kun poliisi syyllistyy teliikennelain (267/1981) rikkomiseen, ainakin vakavaan sellaiseen. Tällöin poliisimies samalla menettäisi uskottavuuttaan valvoa liikenne-

⁶⁴ Ks. HaVM 10/2005 vp., s. 5.

sääntöjen noudattamista. Myös muuta sopimatonta menettelyä, kuten esimerkiksi toistuvaa juopottelua julkisella paikalla, voitaisiin pitää poliisimiehelle sopimattomaksi katsottavana käyttäytymisenä.⁶⁵

Myös poliisin asema poliisihallinnossa vaikuttaisi arviointiin poliisin sopimattomasta käytöksestä. Hallituksen esityksessä HE 266/2004 katsottiin, että esimerkiksi talousrikostutkintaa tekevän päällystöön kuuluvan poliisimiehen syyllistymistä veropetokseen voitaisiin arvioida ankarammin kuin miehistöön lukeutuvan esimerkiksi liikennevalvonnassa työskentelevän poliisimiehen tekemää vastaavaa tekoa. Seuraamukset poliisimiehen sopimattomasta käyttäytymisestä määräytyisivät valtion virkamieslain mukaisesti.⁶⁶

Poliisin käyttäytymisveloitteen kytkeminen poliisin tehtäviin on oikeudellisesti ongelmallista. Käytännössä tämä tarkoittaa vain poliisin virkatehtäviä ja sellaisia tehtäviä, joihin poliisi on poliisilain perusteella velvollinen ryhtymään vakavan rikoksen estämiseksi tai vakavan uhkan torjumiseksi. Muuta sisältöä poliisin käyttäytymisveloitteelle ei säännökseen sisälly. Aikaisemmin poliisasietuksessa käytössä ollut *poliisin arvo* kytki poliisin käyttäytymiseen ja toimintaan myös moraalisen veloitteen toimia oikeusyhteisössä hyväksytyllä tavalla myös poliisin ollessa vapaa-ajalla. Tarkentamalla kyseistä säännöstä lainsäätäjät ei tullut pelkästään täsmentäneeksi käyttäytymisveloitteen sisältöä, vaan tämän lisäksi supistaneensa sen käyttöalaa. Se, mitä oikeusyhteisön enemmistö pitää sallittuna kohtaa lainsäätäjän toimesta poikkeaman siitä, mitä oikeusnormin yleisesti hyväksytyyn arvoperustaan voidaan katsoa sisältyvän. Oikeusnormin yhteys moraliin hämärtyy ja sen rationaalinen hyväksyttävyyys oikeusyhteisössä joutuu kriittiseen testiin.⁶⁷

Esimerkiksi vertailuna *arvon* käyttämisestä esiintymisen ja käyttäytymisen mittarina on Suomen asianajajaliiton asianajajan tapaohjeet, joiden mukaan asianajajan on esiinnyttävä asiallisesti, moitteettomasti ja asianajajatoiminnassaan muutenkin vältettävä kaikkea sellaista, mikä saattaa alentaa asianajajakunnan arvoa tai vähentää luottamusta asianajajakuntaan.⁶⁸ Tapaohjeet eivät kuvaa hyvän asianajajattavan sisältöä tyhjentävästi. Tämän vuoksi kaikkea, mitä tapaohjeissa ei nimenomaisesti ole kielletty, ei voida pitää sallittuna.⁶⁹ Suomen asianajajaliiton tapaohjeiden kommentaarissa todetaan, että Suomen asianajajakunta on päättänyt, että sen kaikkien jäsenten on noudattava ammatin kunniallisuusvaatimusta myös vapaa-aikanaan. Asia on ratkaistu muun muassa Ruotsissa toisin. Suomessa se, että hyvän asianajajattavan veloitteet ja samalla myös asianajajien valvonta ulottuvat asianajajan kaikkeen toimintaan, saivat yksimielisen tuen uu-

⁶⁵ Hallituksen Esitys eduskunnalle laiksi poliisilain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeksi, HE 266/2004 vp., s. 16.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Aulis Aarnio puhuu oikeusnormin moraalisesta hyväksyttävyydestä. "Normi N on voimassa yhteisössä C, jos jäsenten enemmistö, asiaa rationaalisesti harkittuaan, sitoutuisi hyväksymään N:n voimassa olevaksi." Kyse on oikeusnormin rationaalisesta hyväksyttävyydestä. Ks. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 97; Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 225–227.

⁶⁸ Suomen asianajajaliiton tapaohjeet osoitteessa [http://www.asianajajaliitto.fi/saantely/asianajajan_tapaohjeet/perusarvot], viitattu 3.12.2013.

⁶⁹ Poliisin tehtävissä legaliteettiperiaate toki rajoittaa poliisin toimintaa.

sia tapaohjeita vahvistettaessa. Kunniallisuus on käsitteenä aikaan ja paikkaan sidottua. Itse kunniallisuuden tulkinta onkin jätetty asianajajien valvontalautakunnalle, mutta lähtökohta on, että jokainen asianajaja voi mielessään arvioida oman toimintansa edellä mainitun perusarvon kautta. Arvioinnissa tulee noudattaa tiettyä varovaisuutta, sillä koko ammattikunnan kunniallisuuskäsitteet eivät muutu kovinkaan nopeasti.⁷⁰

Asianajajan käyttäytymisen kunniallisuus tai kunniaattomuus tulee arvioidavaksi asianajajien valvontalautakunnan toimesta. Valvontalautakunta muodostaa ensisijaisen kriteerin sille, miten asianajajan toimintaa kulloinkin arvioidaan.⁷¹ Ankarin seuraamus, jota valvontalautakunta voi käyttää, on erottaa asianajaja asianajajaliitosta. Tällöin asianajaja ei enää voi käyttää asianajajatiiteliä toiminnassaan ja markkinoinnissaan. Lievempiä seuraamuksia ovat huomautus, varoitus ja seuraamusmaksu. Valvontalautakunnan antama ratkaisu on muutoksenhakukelpoinen. Asianajaja, julkinen oikeusavustaja ja luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja ja valtioneuvoston oikeuskansleri saavat valittaa valvontalautakunnan ratkaisusta Helsingin hovioikeuteen. Kantelijalla vastaavaa muutoksenhakuoikeutta valvontalautakunnan ratkaisuihin ei ole. Hän voi tehdä kantelun valvontalautakunnan ratkaisusta valtioneuvoston oikeuskanslerille tai saattaa palkkioriiita-asian Helsingin käräjäoikeuden ratkaistavaksi.⁷²

Toisin kuin Suomen asianajajaliitto, vallitsee korkein oikeus toisen kannan.⁷³ Kaikkeaa, mitä lain säännöksessä ei ole kielletty, voidaan pitää sallittuna. Jos kyse ei ole poliisilaisissa säädettyjen virkatehtävien laiminlyönnistä, ei poliisin käyttäytymisen kunniallisuus tule arvioidavaksi poliisin ammattikunnalle asetetun yleisen käyttäytymisvelvoitteen kautta. Poliisi voi vapaa-aikanaan käyttäytyä hyvin moitittavasti ilman, että kyseisellä käyttäytymisellä olisi korkeimman oikeuden mukaan vaikutusta poliisin julkiseen kuvaan ja poliisin asemaan yleisen järjestyksen ja turvallisuuden takaajana. Poliisilain 9 c:n säännös jää vain eettiseksi normiksi vaille konkreettisia vaikutuksia.⁷⁴ Oikeusnormin *rationaalinen hyväksyttävyyys* lainsäätäjän epäselvän institutionaalisen puheen kautta on katkenut korkeimman oikeuden tulkintaan normin sisällöstä.⁷⁵ Korkeimman oikeuden tulkinta johtaa oikeudellisesti ongelmalliseen tilanteeseen, jolloin poliisin kunniallisuus on vain virkatehtäviin sidottua eikä näin ollen kohtaa virkatehtävien ulkopuolista todellisuutta. Poliisilain 9 c § yhdessä poliisilain 9 §:n 3 momentin kanssa määrittelevät virka-ajan ja vapaa-ajan välistä rajaa. Käyttäytymisvelvoite poliisilain 9 §:n 3 momentin mukaisena, kun kyse on poliisin *tehtävistä*, ulottuu rajan molemmille puolille. Vapaa-ajalle ulottuva poliisilain 9 §:n 3 momentti

⁷⁰ Suomen asianajajaliiton tapaohjeiden kommentaari 31.1.2011, s. 8, osoitteessa [http://www.asianajajaliitto.fi/files/1327/Tapaohjeiden_kommenttaari_31.1.2011.pdf], viitattu 3.12.2013.

⁷¹ Riippumaton asianajajien valvontalautakunta toimii Suomen asianajajaliiton yhteydessä. Sen lakisääteisiin tehtäviin kuuluvat asianajajien, julkisten oikeusavustajien ja luvansaaneiden oikeudenkäyntiavustajien toiminnan valvonta.

⁷² Asianajajaliiton valvontalautakunnasta osoitteessa [[http://www.valvontalautakunta.fi/valvontalautakunta_\(kanteluprosessin\)](http://www.valvontalautakunta.fi/valvontalautakunta_(kanteluprosessin))], viitattu 3.12.2013.

⁷³ Rikosvastuu ei ole sama asia kuin kurinpitovastuu. Suomen asianajajaliiton tapaohjeet on tässä yhteydessä otettu esimerkkinä siitä, kuinka tiukka käyttäytymisvelvoite voi olla.

⁷⁴ Nykyinen poliisihallintolain (22.7.2011/873) 15 f §.

⁷⁵ Rationaalisesta hyväksyttävyydestä Ks. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 225.

koskee vain tilanteita, joissa poliisin toimimisvelvoite on aktualisoitunut ilman ulkopuolista poliisipäällystöltä tullutta käskyä.

Korkeimman oikeuden päätelyssä *virassa ja merkissä* tapauksen premisseistä ei seuraa todennäköisintä ja ilmeisintä johtopäätöstä. Päätely on muuta ja johtopäätös seuraa sattumanvaraisesti *ehkä* päätyen ilmeisimpään johtopäätökseen. Toisin kuin korkein oikeus, hovioikeus tulkitsee virkamerkkiä sen tavanomaisessa käyttötarkoituksessa, jolloin premisseistä johdettu päätelyn lopputulos oli riittävän ilmeinen pyrkien parhaaseen mahdolliseen johtopäätökseen. Hovioikeuden ajatuksellinen siirtymä määrätyistä normi- ja faktapremisseistä johti päätelmään, jolloin virkamerkin esittäminen konstituoivat henkilön poliisiksi poliisilain 9 §:n 3 momentin virkatehtävään ja 9 c §:n mukaiseen käyttäytymisvelvoitteen alaan. Näkökulma kulminoitui siihen, miten uhri eli tässä tapauksessa 16 -vuotias lapsi koki tilanteen. Merkityksellisiä olivat uhrin kertomus virkamerkin esittämisestä ja luottamuksen syntymisestä A:sta poliisimiehenä. 16 -vuotias tyttö uskoi ja luotti lähteneensä poliisin asunnolle, joka tarjoaisi hänelle yösijan ja jonka luona hän on turvassa.⁷⁶

Korkeimman oikeuden ratkaisussa juridiset konstruktiot, oppirakennelmat, osoittautuvat mahdottomiksi ylittää. Huomio fokusoituu virkatehtävään ja kun kyse ei ollut virkatehtävästä, ei rikosta voinut tapahtua, vaikka A esitti B:lle virkamerkinsä ja kertoi olevansa poliisi. Korkein oikeus toteaa kohdassa 16: ”Mikään asiassa ei kuitenkaan viittaa siihen, että B:n turvallisuutta olisi syyt-teessä tarkoitettu tilanteessa uhannut lainkohdissa tarkoitettu rikos tai välitön ja vakava vaara. Sellaisena ei voida pitää A:n itsensä taholta uhkaavaa vaaraa”⁷⁷ Koska poliisi itse ei voinut olla vakava vaara 16 -vuotiaalle tytölle, päätyy korkein oikeus johtopäätökseen, että A ei ollut henkilönä tuona ajankohtana poliisi, vaikka oli esittäytynyt poliisiksi ja esittänyt tämän vakuudeksi virkamerkinsä. A oli kyseisenä aikana *jotain-muuta-kuin-poliisi* tai *ehkä-kohta-jo-poliisi*, mutta ei *ihan-oikea-poliisi* sillä hetkellä, kun hän virkamerkinsä esitti.

Oikeuden konstruktiivinen todellisuus käy epätarkaksi. Tavallinen kansalainen ei voi enää tietää, milloin henkilö on poliisi, kun virkamerkki on tilannesidonnainen ja virkamerkillä on muita virka-ajan ulkopuolisia käyttötarkoituksia. Henkilö voi olla poliisi nykyisyydessä tai 15 minuutin päästä lähitulevaisuudessa tai kaukaisemmassa tulevaisuudessa, mutta virkamerkin esittäminen ei konstituoivat poliisin henkilöä poliisiksi, vaan poliisi on *ei-vielä poliisi* tai *ehkä-kohta-jo-poliisi* -tilassa. Se on ratkeamaton. Henkilön asema mahdollisena poliisina ja virkamerkin merkitys muuttuvat horjuviksi ja epämääräisiksi. Epävakaista merkityksistä johtuen tavallinen kansalainen ei voi tietää, milloin poliisimiehen kysymys on sellainen ehdotus, kehoitus tai käsky, josta ei voi kieltäytyä ja johon liittyy julkisen vallankäytön elementti ja sanktiouhka juuri silloin, kun henkilö on poliisi ja milloin kyse on sellaista ehdotuksesta,

⁷⁶ Valtioneuvoston oikeuskansleri Jaakko Jonkka totesi tarkkanäköisesti 19.8.2013 kyseisestä tapauksesta, että ”tavallinen ihminen ei tiedä, missä tarkoituksessa virkamerkkiä on näytetty” Virkamerkin *intensio* on tilannesidonnainen joka eriytyy ja lykkääntyy ja saa jokaisella käyttökerralla uuden erilaisen merkityksen.

⁷⁷ Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 16.

josta on mahdollisuus kieltäytyä ilman sanktiouhkaa henkilön ollessa *jotainmuuta-kuin-poliisi*, mutta entä silloin, jos henkilö on *ehkä-kohta-jo-poliisi* eli miten sanktiouhka ja julkisen vallankäytön elementti näissä tilanteissa pitää arvioida?

Myös Eduskunnan apulaisoikeusasiamies on kiinnittänyt huomiota kansalaisten kykyyn arvioida sitä, missä roolissa poliisi toimii. Apulaisoikeusasiamies katsoi, että tavallinen kansalainen voi helposti kokea poliisimiehen kysymyksen kehotukseksi tai käskyksi, josta juurikaan ei voi kieltäytyä. Apulaisoikeusasiamies Rautio toteaa: ”Itse katson, että suostumukseen pakkokeinon oikeuttamisperusteena on suhtauduttava hyvin varauksellisesti. Tavallinen kansalainen voi helposti kokea poliisimiehen kysymykset kehotukseksi tai käskyksi, josta ei ole juurikaan mahdollisuutta kieltäytyä. Poliisimiehen ei mielestäni tulisi ottaa esille mahdollisuutta pakkokeinon käyttämiseen kohteen suostumuksella, vaan hänen tulisi tyytyä arvioimaan, ovatko lain säätämät edellytykset pakkokeinon käytölle täyttyneet vai eivät, jos pakkokeinon käyttöä harkitaan. Jos kuitenkin toimenpiteen kohde itse esimerkiksi kotietsintää haluaa, tulisi hänelle aina selvittää, että hänellä on oikeus ilman haitallisia seuraamuksia myös kieltäytyä siitä.”⁷⁸

Korkein oikeus toteaa kohdassa 18: ”Selvää sinänsä on, että poliisimiehen ammatti ja sen osoitukseksi esitetty virkamerkki ovat saaneet B:n luottamaan A:han.” Jutun pmissistä ei seuraa todennäköisintä johtopäätöstä, vaan virkamerkin opillinen rakenne muuttuu ja juridinen konstruktio saa uuden sisällön. Kohdassa 18 korkein oikeus jatkaa: ”Tämän luottamuksen perusteena ei kuitenkaan edellä todettu huomioon ottaen voida katsoa olleen sen, että A olisi toiminut sillä hetkellä virkatehtävässään...”⁷⁹ Virkamerkistä tulee *virka ja merkki*. Korkeimman oikeuden tulkinta virkamerkin tilannesidonnaisuudesta on kuin *kiikku-ukko* liikkuen edestakaisin etsien samalla uusia tilannesidonnaisia käyttökohteita.⁸⁰

Virkamerkin semanttinen *intensio* eli virkamerkin tavanomaisin merkitys yksilöidä henkilö poliisimieheksi, joka käyttää julkista valtaa ja johon liittyy sanktiouhka, kun henkilö esittää virkamerkin jää liikkeeseen. Myöhemmän tuomioistuimen on mahdotonta määrittää ennakkoratkaisun sisältämä yleinen prejudikaattinormi *ratio decidendi*, joka soveltuisi analogisesti riittävän samankaltaisiin tapauksiin, ja yksityisen kansalaisen on mahdotonta tietää, missä tarkoituksessa virkamiestä on esitetty. Kuten Omid Dhalilin tuomaroidessa jalkapalloturnausta, poliisiin olisi tullut antaa itselleen punainen kortti ja liputtaa itse itsensä pois pelikentältä.

⁷⁸ Apulaisoikeusasiamiehen päätös 1439/4/03 (4.7.2003), s. 2

⁷⁹ The “self-evidence” of which Russell has talked so much can only be dispensed with in logic if language itself prevents any logical mistake. And it is clear that that “self-evidence” is and always was wholly deceptive. Ks. Wittgenstein, *Notebooks*, s. 4e, kohta 5.4731.

⁸⁰ Kiikku-ukko (nyökkäukko) tehdään puusta ja perunasta. Puulastusta vuollaan puu-ukkeli, jonka alaosaan kiinnitetään peruna. Ukko asetetaan pöydän reunalle ja ukon alaosaan kiinnitetty peruna huolehtii ukon ”jatkuva” kiikkuliikkeestä.

Omid Dhalili oli televisiossa esitetty englantilainen sketsiohjelma, jota lähetettiin vuosina 2007–2009. Ohjelma lopetettiin vuonna 2010. Jalkapallosketsissä Omid Dhalili, jonka piti toimia pelissä vain tuomarin roolissa toimiikin sekä tuomarina että pelaajana. Omid Dhalili oli sonnustautunut tuomarin pelipaitaan, mutta pelaajat eivät tieneet kummassa roolissa Omid Dhalili on. Omid Dhalili oli *sekä* tuomari *että* pelaaja mutta samalla Omid ei ollut pelin tuomari eikä pelaaja. Toisin sanoen Dhalili oli samalla kertaa sekä pelaaja että tuomari, mutta samalla olematta kumpikaan edellä mainituista. Dhalilin rooli pelissä oli *de facto* ratkeamaton ja vasta jälkikäteen Dhalilin rooli olisi mahdollista määrittää. Pelin kuluessa Dhalili kaatuu tahallaan maalialueelle ja antaa itselleen keltaisen kortin. Hetkeä myöhemmin hän antaa itselleen punaisen kortin ja liputtaa itsensä pois pelikentältä.⁸¹ Dhalilin toiminta kahdessa eri roolissa samaistuu poliisin toimintaan eli kun poliisin virkamerkki on esillä tavallinen kansalainen ei voi tietää kummassa roolissa poliisi on pelaajana vaiko tuomarina. Poliisin rooli on sillä hetkellä ratkeamaton.

Korkeimman oikeuden ennakkopäätös sysää virkamerkin irti semanttisista kiinnikkeistään ja virkamerkin semanttinen merkitys jää liikkumaan. Virkamerkki on tilannesidonnainen, määräytyen ja muuntuen joka kertaa uudelleen saaden joka kerta uuden erilaisen merkityksen. Virkamerkin merkitys eriytyy ja hajoaa kielipelisidonnaisesti.

Juha Pöyhönen (nyk. Karhu) on esittänyt kirjassaan *Uusi varallisuus oikeus* mielenkiintoisen näkökohdan tilanneherkstä oikeusajattelusta. Pöyhösen mukaan tilanneherkän oikeusajattelun tehtävänä on turvata ratkaisussa käytettyjen perusteluiden sisäinen jäntevyyys. Tilanne muodostaa kehikon ja taustan kuviolle, joka argumenteista muodostuu.⁸² Pöyhösen mukaan tilanneherkkä tarkastelu tuottaa tyhjiä juridisia sanoja, joihin sisältyy vaatimus saada merkitystä, mutta ei mitään etukäteen kiinnilyötyjä valmiita merkityksiä.⁸³ Toisin sanoen kyse on kielipeleistä, joissa sanaa käytetään. Ludwig Wittgensteinia lainaten: ”Kun kielipelit muuttuvat, käsitteet muuttuvat ja käsitteiden mukana sanojen merkitykset.”⁸⁴ Michel Foucault kysyy *Sanat ja asiat* -teoksessa: ”Miten on mahdollista, että sanat, jotka ovat perusolemukseltaan nimiä ja osoittamisia ja jotka artikuloituvat kuten representaatio analysoi itse itseään, voivat etäännyä vastustamattomasti alkuperäisestä merkityksestään ja saada rinnakkaisen merkityksen, joka on joko laajempi tai rajoitetumpi?”⁸⁵

Edellä lainatut sitaatit ilmentävät sitä, että sanan semanttinen merkitys määryytyy osana käytettyä kielipeliä. Virkamerkki kuuluu *poliisin* kielipeliin. Kyse on pelistä, johon liittyy poliisin virkavastuu ja julkinen vallankäyttö. Kyse on po-

⁸¹ Omid Dhalili Football Referee osoitteessa [<http://www.youtube.com/watch?v=WnUrnNEBJJE>], viitattu 14.6.2013.

⁸² Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 191. Tilanneherkän oikeuslähdeopin kritiikistä Ks. Aarnio, *Tulkinnan taito*, erityisesti s. 325–335.

⁸³ Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 196. Pöyhösen tarkoituksena on ollut vahvistaa uuden varallisuus oikeuden käsitteistö ja periaatteet ja rakentaa tyhjiille juridisille sanoille *täyttöohje*, jonka käyttäminen jää kussakin tilanteessa siinä muodostuneen perusoikeuskonstellation mukaan tehtäväksi. Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 196.

⁸⁴ Wittgenstein, *Varmuudesta*, s. 45.

⁸⁵ Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 120.

liisin ja tavallisen kansalaisen välisestä suhteesta, jossa kansalaiselle osoitetaan virkamerkkiä esittämällä, että henkilö on poliisi ja toimii poliisin valtuuksin. Korkeimman oikeuden vaatimus virkamerkin määrittelemisestä tilannekohtaisesti johtaa radikaaliin epävarmuuteen. "Pelkästään se, että poliisinviran haltija vapaa-aikanaan esittää virkamerkin, ei kuitenkaan merkitse, että hän sillä hetkellä ilmoittaa toimivansa ja toimii virkatehtävässään."⁸⁶ Edellä kuvattu tilanneherkkä oikeusajattelu tarkoittaa poliisin virkamerkin kohdalla virkamerkin ratkeamattomuutta *de facto*. Tavallinen kansalainen ei tiedä, missä roolissa poliisi merkkiä näyttää. Onko kyse *jo-poliisista, ehkä-kohta-jo-poliisista* vai *kenties ei-vielä-mutta-ehkä-joskus-poliisista*?

Virkamerkin intensio bonuskortista, kerhokortista ja jäsenkortista kaippaa vakiinnuttamista semanttisesti yhteen kategoriaan. Alkanut ja kiihtyvä disseminaatio hidastetaan *poliisimerkkiin*. Virkamerkin intension lukitseminen poliisimerkiksi tarkoittaa sen intension sitomista poliisimiehen virantoimitukseen ja virkatehtävien hoitamiseen, jolloin poliisimerkki esitetään vain ja ainoastaan virkatehtävien yhteydessä ja se on merkki kansalaisille ja myös 16 -vuotiaalle tytölle julkisesta vallan käytöstä, johon liittyy merkittävä sanktiouhka. Tällöin myös vapaa-ajalla esitettävä poliisimerkki on virka-aseman väärinkäyttämisenä rangaistavaa.

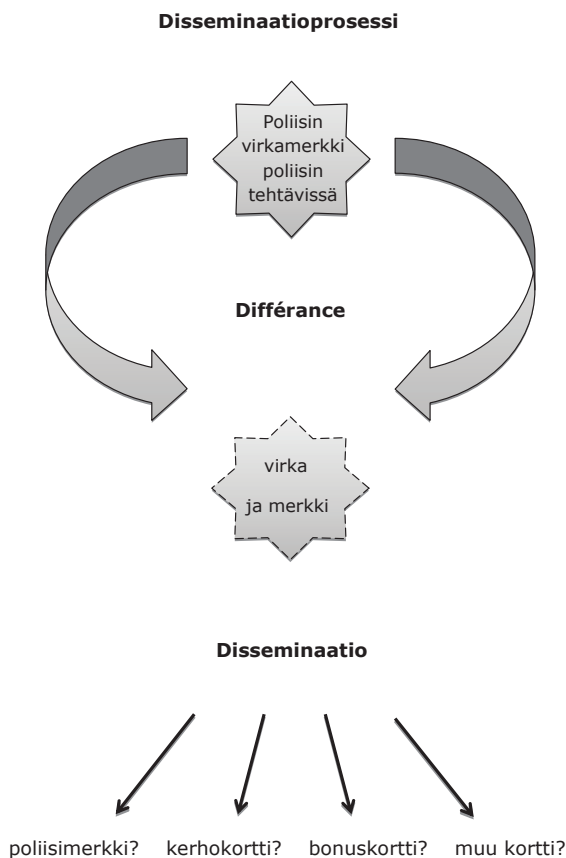
Ratkaisullaan korkein oikeus lukitsi virka-ajan ja poliisin tehtävät poliisilain 9.3 §:n ja 11 §:n mukaisesti semanttisesti samaan *polymorfiseen konstruktion* nimeltä poliisin tehtävät määrittellessään poliisin tehtävät sidotuksi virka-aikaan, jolloin vain poliisin tehtävillä poliisilain 9.3 §:n ja 11 §:n merkityksessä on mahdollisuus kokea *oikeudellisesti onnistunut metamorfoosi* eli muodonmuutos täyttämässään virka-aseman väärinkäyttämisen RL 40 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohdan sillä varauksella, että poliisimies itse ei voi olla vakavan rikoksen tekijä, koska tällöin poliisilain 9.3 § olisi velvoittanut poliisin voimakeinojakin kaihtamatta taltuttamaan tulevan rikoksen tekijän, vaikka rikoksen tekijä ja taltuttaja olisi yksi ja sama poliisi.

Korkein oikeus sysää liikkeelle virkamerkin semanttisen intension ja samalla se tekee tyhjäksi poliisilain 9 c §:n mukaisen poliisin vapaa-aikaan liittyvän käyttäytymisvelvoitteen.⁸⁷ Virka-aseman väärinkäyttämisen RL 40 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohdan *ahtaan* tulkinnan vuoksi poliisin vapaa-ajan käyttäytyminen ei tule rangaistavaksi virkavelvollisuuden rikkomisena.⁸⁸ Poliisin vapaa-ajalle liittyvä käyttäytymisvelvoite eriytyy virka-aseman väärinkäyttämisestä. Poliisin tehtävät konstruktion sisään mahtuu näin ollen vain poliisilain 9.3 §:ssä ja poliisilain 11 §:ssä määritellyt poliisin tehtävät. Korkein oikeus eriyttää virkamerkkikonstruktion poliisin tehtävät-konstruktioista ja samalla tapauksen *ekstensio* eli kohdentuvuus menee epätarkaksi. Virkatehtäviä arvioidaan ilman virkamerkkikonstruktiota. Kyseessä on enää rikoksen tai vakavan vaaran uhkan torjuminen poliisilain 9.3 ja 11 §:ien merkityksessä.

⁸⁶ Korkein oikeus KKO 2013/6 kohta 13.

⁸⁷ Myös poliisin vapaa-ajalle ulottuva käyttäytymisvelvoitekonstruktio näyttäisi *deformoituvan*.

⁸⁸ Oikeudellisesta tulkinnasta Ks. Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 338.



Kuvio 2. Virkamerkin disseminoituminen viraksi ja merkiksi

Kuviossa 2 on kuvattu poliisin virkamerkin semanttisen merkityssisällön eriytymistä (*différance*) ja semanttista liikettä eli *disseminaatiota*. Ylhäällä juridinen virkamerkkikonstruktio toimii yhdessä poliisin tehtävät-konstruktion kanssa. Tällöin poliisin virkamerkki toimii osoituksena poliisin tehtävien aloittamisesta poliisin valtuuksin. Tämä tarkoittaa sitä, että, kun henkilö näyttää virkamerkkiään hän on virkavastuulla toimiva poliisi. Kuvio kuvaa sitä prosessia, jossa virkamerkin käyttö muuttuu tilannesidonnaiseksi eli virka ja merkki eriytyvät toisistaan. Tämä tarkoittaa sitä, että henkilön kasvokuvalla ja poliisin tunnuksin varustettua merkkiä voi käyttää muissakin tilanteissa kuin osoituksena poliisin tehtävien aloittamisesta eli virkamerkkinä (paksut nuolet, jotka johtavat poliisin *virkamerkistä* erikseen toimiviin *virkaan ja merkkiin*). Tämä tarkoittaa sitä, että henkilön kasvokuvalla ja poliisin tunnuksin varustettu merkki voi toimia normaalina poliisimerkkinä, jolloin se toimii samassa tarkoituksessa kuin poliisin virkamerkki eli osoituksena julkisen vallan käytöstä, mutta merkin käyttötarkoi-

tus voi olla myös jokin muu. Lopputuloksena on, että virkamerkin semanttinen merkitys eli se, mikä merkki kulloinkin eri tilanteessa sattuu olemaan, on jäänyt liikkeeseen (kuvion alalaidassa kuvattu disseminaatio).

Sanarajakonstruktio rajaa poliisin vapaa-aikaan liittyvän käyttäytymisvelvoitteen poliisilain 9 c §:n virka-aseman väärinkäyttämisen RL 40 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohdan ulkopuolelle. Kun virkamerkki vakiinnutetaan *poliisimerkkiin*, jota käytetään virkatehtävissä osoituksena siitä toimivallasta, joka poliisiin tehtäviin liittyy, toimii virkamerkki selvänä viestinä poliisimiehen virkatehtävien aloittamisesta. Samoin virkamerkin vakiinnuttaminen poliisimerkiksi edesauttaa, että yksittäistä poliisimiestä ja edelleen koko poliisin ammattikuntaa kohtaan yleensä tunnetaan luottamusta niin esitettäessä merkki 16 -vuotiaalle teinitytölle tai kenelle tahansa muulle henkilölle. Näin myös poliisin eettinen vala tarkoittaa sitä, mitä se lupaa:⁸⁹

“Lupaan parhaan kykyäni ja taitoni mukaan käyttäytyä aina ja kaikissa tilanteissa poliisin arvolle sopivalla tavalla. Kunnioitan jokaisen ihmisarvoa ja oikeuksia. Käytän poliisin valtuuksiani lainsäätäjän tarkoittamalla tavalla. Noudatan esimiesteni käskyjä ja olen valmis kohtaamaan poliisin ammattiin liittyvät vaarat. Toimin avoimesti ja sovinnollisuutta edistäen. Käyttäydyn rehdisti, auttavaisesti ja ammatillista yhteishenkeä vahvistaen. Olen oikeudenmukainen ja toimin koko työyhteisön parhaaksi. Tällä tavalla tahdon poliisina palvella.”

⁸⁹ Poliisin eettinen vala osoitteessa [https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/pages/8513B97634BFF2D8C2256BC7002C3C44?opendocument], viitattu 30.12.2013.

2 Kaksin käsin kouraoitteella

2.1 PALPOINTIA, SORMEILUA

Prologi: Mieslääkäri kutsuu naispotilaan tutkimuhuoneeseen. Nainen astuu huoneeseen ja tuntee olonsa epävarmaksi ja pelokkaaksi. Kysymys on rintasyöpäepäilystä. Radiologi esittelee itsensä ja kättelee naisen. Tämän jälkeen lääkäri kertoo naiselle tutkimuksen kuluista. Naisen rinnat on tarkoitus tutkia ultraäänilaitteella ja tunnustelututkimuksella eli rintarauhasen palpoinnilla. Lääkäri pyytää naista paljastamaan ylävartalonsa. Nainen avaa paitansa napit. Lääkäri katselee sivusta ja kehuu naisen rintoja kauniiksi ja hyvin muodostuneiksi. Nainen kummeksuu lääkärin toimintaa. Lääkäri tulee lähemmäksi. Nainen tuntee kasvoillaan lääkärin hengityksen. Lääkäri ottaa kouraoitteella kiinni naisen rinnoista.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2011/1 käsiteltiin tapausta, jossa naishenkilö meni saamansa lähetteen perusteella rintojen ultraäänitutkimukseen. Ultraäänitutkimuksen suorittajana oli miesradiologi. Ennen ultraäänitutkimusta lääkäri oli tutkinut naisen rinnat pyörittelemällä ja puristelemalla naisen rintoja kaksin käsin kouraoitteella vuoroin edestä ja vuoroin takaa. Ultraäänitutkimuksessa tarvittavan geelin lääkäri oli levittänyt potilaan rinnoille paljain käsin. Ultraäänitutkimuksen aikana ja potilaan maatessa tutkimuspöydällä lääkäri oli kehunut potilaan rintoja kauniiksi ja hyvin muodostuneiksi. Tämän lisäksi lääkäri oli pyydettyään potilaalta luvan imenyt potilaan nänniä eritteen esille saamiseksi. Ultraäänitutkimuksen jälkeen lääkäri oli pyytänyt potilasta nousemaan ylös ja kokeillut rintoja uudelleen.

Syyttäjä vaati mieslääkärille rangaistusta seksuaalisesta hyväksikäytöstä rikoslain 20 luvun 5 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaisesti tai toissijaisesti kunnianloukkauksesta rikoslain 24 luvun 9 §:n 1 momentin 2 kohdan mukaan ja rangaistusta virkavelvollisuuden rikkomisesta rikoslain 40 luvun 9 §:n 1 momentin mukaan. Syyttäjä katsoi lääkärin edellä kuvatun menettelyn täyttävän seksuaalisen teon tunnusmerkistön, kun lääkäri asemaansa hyväksi käyttäen ja tutkimusta suorittavana henkilönä oli taivuttanut hänestä erityisen riippuvaisen henkilön alistumaan seksuaalisen teon kohteeksi käyttäen törkeästi väärin itsensä ja tutkittavan välistä riippuvuussuhdetta, tai toissijaisesti mieslääkäri oli halventanut naispotilasta yllä kuvatulla menettelyllä, että teko oli ollut omiaan aiheuttamaan B:lle vahinkoa tai kärsimystä. Tämän lisäksi lääkäri oli suorittanut virkasuhteeseen kuuluvan tehtävän epäasianmukaisesti ja laiminlyönyt käyttäytyä asemansa ja tehtävänsä edellyttämällä tavalla.

Syytteen mukaan "A oli ensin tutkinut B:n rinnat samanaikaisesti molemmin käsin tämän seistessä sekä edestä - että takaapäin."⁹⁰ Rintojen palpoinni eli tunnustelututkimus oli suoritettu potilaan seistessä siten, että lääkäri oli tunnustellut potilaan rintoja ensin edestäpäin ja sitten potilaan takaa eli potilaan selän puolelta. Rintojen tunnustelututkimus oli tehty useaan kertaan potilaan rintoja molemmin käsin yhtäaikaaisesti kosketellen. Syytteen mukaan "[u]ltraäänitutkimuksen jälkeen A oli kokeillut rintoja uudelleen, pyytänyt B:tä nousemaan seisomaan ja kokeillut rintoja jälleen."⁹¹ Tutkimustilanteeseen oli kuulunut myös rintojen ulkomuodon kehumista, tutkimusgeelin levittämistä rinnoille paljain käsin ja potilaan nännin imemistä. Syyttäjä lausui: "B:n maatesa tutkimuspöydällä A oli levittänyt tutkimuksessa tarvittavan geelin paljain käsin B:n rinnoille molemmin käsin ja todennut, että B:llä on kauniit ja hyvän muotoiset rinnat."⁹² Kysymys on juridisesti siitä, täyttikö lääkärin tutkimustapa eli rintojen kehuminen, rintojen yhtäaikaainen koskettelu ja nännin imeminen seksuaalisen hyväksikäytön ja virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkit.

Kyseisessä tapauksessa korkein oikeus tulkitsee rikoslain 20 luvun 5 §:n 1 momentin 4 kohtaa, jonka mukaan seksuaalisesta hyväksikäytöstä tuomitaan se, joka *asemaansa* hyväksikäyttäen taivuttaa sukupuoliyhteyden tai ryhtymään muuhun seksuaalista itsemääräämisoikeutta olennaisesti loukkaavaan seksuaaliseen tekoon tai alistumaan sellaisen teon kohteeksi henkilön, joka on hänestä *erityisen* riippuvainen, käyttämällä törkeästi väärin tätä riippuvuussuhdetta tekijästä ja rikoslain 40 luvun 9 §:n 1 momenttia, joka määrittelee virkavelvollisuuden rikkomisen silloin, kun virkamies tahallaan rikkoo virkatoiminnassa noudatettavaan säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuutensa, eikä teko huomioon ottaen sen haitallisuus ja vahingollisuus ja muut tekoon liittyvät seikat ole kokonaisuutena arvostellen vähäinen.

Lääkärin suorittamalle rintojen tunnustelututkimukselle oli ollut lääketieteellinen peruste. Korkein oikeus toteaa kohdassa 4: "Rintojen tunnusteleminen käsin eli palpaatio sekä geelin levittäminen rinnoille ultraäänitutkimusta varten ovat olleet potilaan tutkimisen kannalta tarpeellisia ja lääketieteellisesti perusteltuja toimenpiteitä."⁹³ Kyse on vakavan taudin lääketieteellisestä diagnoosinnista käsin tehtävän tunnustelututkimuksen eli spesifin palpoinnin ja ultraäänitutkimuksen avulla. Lääketieteellisellä palpoinnilla pyritään selvittämään kudosten rakenteita ja niissä olevia muutoksia ja mahdollisia puolieroja, joita visuaalisesti tarkastellen on vaikea tai jopa mahdotonta havaita.⁹⁴ Tapauksessa kyse oli rintasyöpäepäilystä ja sen varhaisesta diagnoosinnista. Korkein oikeus toteaa kohdassa 2: "B:n tultua syöpäepäilyyn vuoksi saamansa lähetteen perusteella rintojen ultraäänitutkimukseen."⁹⁵ Lääkärin suorittama rintojen käsin tunnustelu poikkesi kuitenkin yleisesti hyväksytyistä tutkimustavasta lääkärin

⁹⁰ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohdasta syyte Raahen käräjäoikeudessa toinen kappale.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 4.

⁹⁴ Lääketieteellisestä palpoinnista esim. Chaitow, *Palpation and Assessment Skills*, s. 5.

⁹⁵ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 2.

vaihtaessa positiotaan lähestyen potilasta edestä ja takaa. Käräjäoikeus toteaa: ”Palpaation suorittamistavan osalta käräjäoikeus piti varsin mahdollisena, että tutkittavan seistessä tai tämän takana ollen tehty tutkimus ei ole yleisesti käytettävä tutkimustapa.”⁹⁶

Palpointi eli kliinisesti suoritettava lääketieteellinen tutkimus muuttuu narratiivin edetessä. Lääkäriin mukaan ”[k]ysymyksessä oli ollut normaali tutkimustilanne, jonka potilas oli tulkinut väärin. Nännin imemisessä oli ollut tarkoitus saada erite esille mahdollisia jatkotoimenpiteitä varten.”⁹⁷ Kliininen tutkimustilanne muuttuu anomaliseksi eli lääketieteellisesti suositellusta tutkimustavasta poikkeavaksi toiminnaksi, joka ei täytä lääketieteellisen kliinisen tutkimuksen kriteerejä. Käräjäoikeus toteaa: ”A oli käyttänyt palpaatiota tehdessään ja tutkimusgeeliä levittäessään eräin osin työtapoja, jotka olivat yleisen käytännön vastaisia.”⁹⁸ Käräjäoikeuden mukaan kyse oli jostain muusta tutkimisesta, *sormeilusta*, joka ei ollut palpaatiota sen lääketieteellisessä eli kliinisessä merkityksessä, mutta kyse ei ollut myös seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksesta. Seuraavassa lauseessa käräjäoikeus toteaa: ”Tällä ei käräjäoikeuden mukaan kuitenkaan selvitys kokonaisuudessaan huomioon ottaen ollut näytetty, että A olisi näin toimien tehnyt seksuaalisen teon.”⁹⁹ Teon seksuaalista luonnetta eivät riittäneet konstituimaan potilaan rintojen puristelu ensin edestä ja sitten potilaan takaa, potilaan nännin imeminen ja rintojen kehuminen. Käräjäoikeus jatkaa, että ”[t]ämä ja osittain epätavanomaisten tutkimusmenetelmien käyttäminen ei kuitenkaan täyttänyt syytteessä tarkoitettuja tunnusmerkistöjä.”¹⁰⁰ Seksuaalinen teko on käräjäoikeudessa *avainpremissi*, joka jäi näyttämättä toteen. Seksuaalisen kiihottumisen tavoittelun tila on pystyttävä osoittamaan. Sen osoittamiseen eivät riitä lääkärin anomaliset tutkimustavat tai edes lääkärin suorittama nännin imeminen, vaan käräjäoikeus totesi ”vaikeaksi erottaa toisistaan puristelu ja painelu rintojen tunnustelutapana.” ja ”[n]ännin imemiselle A oli saanut tutkittavan luvan.”¹⁰¹ Kyse on premissistä eli loukatun suostumus konstruktiosta, joka käräjäoikeudella on *avainpremissinä*. Ratkaisun kannalta premissien valinta on pakko tehdä.

Korkein oikeus toteaa kohdassa 8: ”B, jolle jo terveyskeskuksessa oli tehty palpaatiotutkimus, koki kertomansa mukaan A:n tutkimusotteet epäasiallisina ja seksuaalisväritteisinä. Ne kuuluivat hänen mukaansa pikemminkin parisuhteeseen kuin lääketieteelliseen tutkimukseen.”¹⁰² Korkein oikeus vahvistaa potilaan kannan, jonka mukaan potilas itse koki rintatutkimuksen suorittamistavan epämiellyttävänä, epäasiallisena ja seksuaalisväritteisenä. Suoritettu tutkimustapa poikkesi tavanomaisesta lääketieteellisestä rintojen käsin tunnustelutavasta. Esimerkiksi *Duodecimin terveyskirjaston* mukaan rinnan kliininen tutkimus eli käsin tehtävä tunnustelututkimus tehdään potilaan ollessa *makuuasennossa*

⁹⁶ Korkein oikeus KKO 2011/1 käräjäoikeuden tuomio 20.5.2008.

⁹⁷ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohdasta syyte Raahan käräjäoikeudessa.

⁹⁸ Korkein oikeus KKO 2011/1 käräjäoikeuden tuomio 20.5.2008.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 8.

edestäpäin tunnustelemalla rintaa sormenpäitä hyväksi käyttäen aluksi neljännes neljännekseltä, jonka jälkeen rintarauhasta painetaan rintalastaa vasten varovasti pyörittävällä liikkeellä koko sormien pituudelta.¹⁰³

Korkein oikeus selvitti suullisen käsittelyn avulla tutkimustilanteen tapahtumakulkua. Korkein oikeus toteaa kohdassa 6: ”Sen selvittämiseksi, miten palpation- ja ultraäänitutkimus esillä olevan kaltaisessa tilanteessa normaalisti suoritetaan, Korkein oikeus on kuullut lääketieteen tohtori...”.¹⁰⁴ Saadun selvityksen perustella korkein oikeus päätyy kohdassa 7 johtopäätökseen, että ” [p]alpaatiota ei ohjeisteta tekemään tutkittavan seistessä eikä molemmin käsin rintoja kourotteella puristelemalla ja pyörittelemällä vuoroin edestä ja takaa... Asiassa ei ole myöskään osoitettu lääketieteellistä perustetta rintojen tutkimiselle useaan kertaan eikä nännin imemiselle... ”¹⁰⁵

Lääkärin *avantgardistinen* tunnustelututkimus, palpoinnintapa kohtaa anomalian yleisesti hyväksytystä lääketieteellisestä palpoinninkonventiosta, vaikka lääkärin mukaan ”kysymys on ollut normaalista tutkimustilanteesta.”¹⁰⁶ Anomalista olivat naispotilaan pystypositio, takaapäin rintojen tunnustelu, lääkärin kouraoite, rintojen muodon kehuminen kauniiksi ja hyvinmuodostuneiksi ja nännin imeminen.

Vaikka lääkäri oli puristellut ja kouraoitein pyöritellyt potilaan rintoja tutkimuksen aikana, imenyt potilaan nänniä ja kehunut rintoja kauniiksi ja hyvin muodostuneiksi, eivät edellä mainitut vielä riitä konstituimaan menettelyn seksuaalista luonnetta. Kohdassa 8 korkein oikeus toteaa: ” Se, että A on poikennut suositelluista lääketieteellisistä tutkimustavoista, ei vielä riitä osoittamaan menettelyn seksuaalista luonnetta.”¹⁰⁷ Vaikka potilas itse koki lääkärin menettelyn seksuaaliseksi ja seksuaalista itsemääräämisoikeuttaan loukkaavaksi teoksi, rikoslain 20 luvun 10 §:n 2 momentin seksuaalisen teon tunnusmerkistö ei täyty.

Teon seksuaalinen luonne on yksi tapauksen *avainpremissistä*. Se pitää näyttää toteen, jos tekijä aiotaan tuomita seksuaalisesta hyväksikäytöstä. Tekijän ei näytetty tavoitelleen teollaan seksuaalista kiihottumista tai tyydytystä. Seksuaalisen kiihotuksen ja tyydytyksen tavoittelu on mahdotonta näyttää toteen, jos tekijä ei itse myönnä tavoitelleensa seksuaalista kiihotusta ja tyydytystä. Rikoslain 20 luvun 10 §:n 2 momentin mukaan seksuaalisella teolla tarkoitetaan tekoa, jolla tavoitellaan seksuaalista kiihotusta tai tyydytystä ja joka tekijä ja kohteena oleva henkilö ja teko-olosuhteet huomioon ottaen on seksuaalisesti olennainen.¹⁰⁸ Käräjäoikeus toteaa, että ”[a]siassa ei ollut käynyt ilmi seikkoja, joista olisi voitu

¹⁰³ Tiitinen, *Kyhmy rinnassa* 17.9.2012. Duodecim terveyskirjasto, osoitteessa [http://www.terveyskirjasto.fi/terveyskirjasto/tk.koti?p_artikkeli=dlk00150], viitattu 15.6.2013.

¹⁰⁴ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 6. Suullisen näytön lisäksi korkeimmalla oikeudella oli käytössään röntgenylläkäärin asiantuntijalausunto ja Suomalaisen Lääkäriseura Duodecimin julkaisemia hoitosuosituksia. Vaikka korkein oikeus ei ratkaisussaan nimeä, mitä nämä hoitosuositukset olivat, viittaavat käytetyt suositukset Duodecimin *käypä hoito* suosituksiin.

¹⁰⁵ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 7.

¹⁰⁶ *Ibid.*, kohta 3.

¹⁰⁷ *Ibid.*, kohta 8.

¹⁰⁸ Vrt. Nykyinen seksuaalisen teon määritelmä RL 20 luvun 10 §:n 2 momentti, jonka mukaan seksuaalisella teolla tarkoitetaan sellaista tekoa, joka tekijä ja kohteena oleva henkilö ja teko-olosuhteet huomioon ottaen on seksuaalisesti olennainen.

päätellä A:n olleen tutkimuksen yhteydessä seksuaalisesti kiihottunut tai pyrkineen toteuttamaan seksuaalisia tarpeitaan tutkittavan henkilön avulla.”¹⁰⁹ Seksuaalisen teon määritelmä, tekijän teosta tavoittelema seksuaalinen kiihotus ja tyydytys pitää pystyä osoittamaan ja näyttämään toteen. Vaikka ”A oli käyttänyt palpaatiota tehdessään ja tutkimusgeeliä levittäessään eräin osin työtapoja, jotka olivat yleisen käytännön vastaisia, [t]ällä ei käräjäoikeuden mukaan kuitenkaan selvitys kokonaisuudessaan huomioon ottaen ollut näytetty, että A olisi näin toimien tehnyt seksuaalisen teon.”¹¹⁰

2.2 KÄPÄLÖINTIÄ, KOURIMISTA

Lääketieteellinen konventio, hellävaraisesti sormien kautta välittyvä aistihaivainto, käsin tehtävä tunnustelutapa potilaan kehon ja kudoksien rakenteesta ja muutoksista kohtaa *juridisoimmin* eli oikeudellistamisen. Juridisen merkityssisällön antaminen on konstruktivistista. Juridisen merkityssisällön antamisessa tuomioistuimien oikeudellistama eli muotoaa sanoille ja käsitteille juridisen merkityssisällön. Juridinen merkityssisältö on konstruktio. Tässä tutkimuksessa oikeudellistaminen eli juridisointi ei tarkoita oikeudellistamista tai oikeudellistumista regulaatioteorian merkityksessä eli säädösten, oikeudenkäyntien tai lakimiesten määrän lisääntymisen merkityksessä. Eikä kyse ole myöskään tarpeesta säännellä aikaisemmin vähän sääntelemättömiä tai kokonaan sääntelemättömiä yhteiskunnallisia ilmiöitä normeihin, vaan kyse on tuomioistuimen tavasta ottaa haltuun eri tieteistä tulleita kielellisiä käsitteitä. Kyse on muotoamisesta, jossa tuomioistuimien muotoaa *interferenssin* ja *oikeudellisen metamorfoosin* kautta eri tieteenaloilta tulleita ilmiöitä juridiseen muotoon.¹¹¹

Palpoinnin *ekstensio*, sormilla hellävaraisesti tehtävä liike, *sormeilu*, saa erilaisia *intensioita* narratiivien edetessä.¹¹² Merkityssisältö muuttuu puhujakohtaisesti semanttisen merkityssisällön vaihtuessa kielipelistä toiseen. Sormeilusta tulee *käpälöintiä*, käpälöinnistä *kourimista*.¹¹³ Korkein oikeus toteaa kohdassa 7: ”Asiassa esitetyn selvityksen perusteella Korkein oikeus katsoo, että A:n toimenpiteet ovat poikenneet vakiintuneesta ja lääketieteellisesti suositellusta käytännöstä. Palpaatiota ei ohjeisteta tekemään tutkittavan seistessä eikä molemmin käsin rintoja kouraoitteella puristelemalla ja pyörittelemällä vuoroin edestä ja takaa, kuten A:n on kuvattu tehneen.”¹¹⁴

Kyse ei ole enää kliinisestä lääketieteellisestä tunnustelututkimuksesta, vaan puristelusta, pyörittelystä ja kourimisesta. Palpointi saa uusia *intensioita* ja siitä tulee semanttisesti ratkeamaton. Arvioinnin kohteena ei enää ole lääketieteellinen konstruktio, *sormin* säieittäin rintaa pitkin tehtävä tunnustelututkimus *pal-*

¹⁰⁹ Korkein oikeus KKO 2011/1 käräjäoikeuden tuomio 20.5.2008.

¹¹⁰ Korkein oikeus KKO 2011/1 käräjäoikeuden tuomio 20.5.2008.

¹¹¹ Ervasti, *Tieteen termipankki* 30.12.2013: Oikeustiede: oikeudellistuminen osoitteessa: [http://www.tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:oikeudellistuminen], viitattu 30.12.2013.

¹¹² Intension ja ekstension määritelmästä Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 18.

¹¹³ Tätä *hienokinetiikkaa* on tarkoitettu tarkastella myöhemmässä tutkimuksessa.

¹¹⁴ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 7.

pointti, “[k]ylsymys... normaalista tutkimustilanteesta”¹¹⁵, kuten lääkäri tilanteen kuvasi, vaan *intensio* muuttuu kielipelin vaihtuessa rintojen puristeluksi ja pyörittelyksi, jotka ”kuuluvat... pikemminkin parisuhteeseen kuin lääketieteelliseen tutkimukseen.”¹¹⁶ Lääketieteellinen konstruktio *palpointi* saa uuden semanttisen merkityssisällön. Palpointi muuttuu *käpälöinniksi*, joka ei ole lääketieteellistä palpointia, mutta ei vielä seksuaalista hyväksikäyttöä. Intensiot vaihtuvat kielipelisidonnaisesti. Lääketieteellinen ja yleiskielinen konstruktio sulautetaan yhteen, mutta konstruktio ei vielä täytä seksuaalisen hyväksikäytön RL 20 luvun 5 §:n 1 momentin tunnusmerkistöä. Käräjäoikeus toteaa: ”A oli käyttänyt palpaatiota tehdessään ja tutkimusgeeliä levittäessään eräin osin työtapoja, jotka olivat yleisen käytännön vastaisia. Tällä ei käräjäoikeuden mukaan kuitenkaan selvitys kokonaisuudessaan huomioon ottaen ollut näytetty, että A olisi näin toimien tehnyt seksuaalisen teon.”¹¹⁷ Seksuaalista tekoa ei ollut näytetty.

Seksuaalisen teon käsitteessä rikoslain 20 luvun 10 §:n 2 momentissa on sisäänrakennettuna tekijän seksuaalinen motiivi, seksuaalisen halun profiili, jonka tekohetkisen tavoittelun toteennäyttäminen on merkityksellistä. Seksuaalisen teon määritelmä, tekijälle teosta tavoiteltu seksuaalinen kiihotus ja tyydytys on näytettävä toteen. Käräjäoikeus toteaa, että ”Asiassa ei ollut käynyt ilmi seikkoja, joista olisi voitu päätellä A:n olleen tutkimuksen yhteydessä seksuaalisesti kiihottunut tai pyrkinen toteuttamaan seksuaalisia tarpeitaan tutkittavan henkilön avulla.”¹¹⁸ Vaikka mieslääkäri oli levittänyt tutkimusgeelin yleisen käytännön vastaisesti paljain käsin ilman hansikkaita potilaan rinnoille ja lääkärin käyttämä ehkä erikoinen rintojen käsin tunnustelutapa oli poikennut yleisestä lääketieteellisestä konstruktiosta rintatutkimuksen suorittamistapana, jää lääkärin seksuaalisen halun tai kiihotuksen tavoittelu epävarmaksi.

Näyttämättä jää, tavoitteliko lääkäri seksuaalista kiihotusta ja tyydytystä rintatutkimusta tehdessään puristellessaan ja pyöritellessään kaksin käsin kourauteella potilaan rintoja nänniä samalla maistaen, vai oliko kyse vain *nonkonventionaalisesta* tutkimustavasta herättämättä sen enempää seksuaalista nautintoa tekijälleen. Näyttökynnys seksuaalisesta kiihotuksesta ja seksuaalisen tyydytyksen tavoittelusta nousee mahdottomaksi näyttää toteen varsinkin, jos henkilössä ei näy ulkoisia merkkejä, kuten hengityksen tihentymistä, verenpaineen nousua, punastumista tai ulkoisia sukupuolielimissä havaittavia muutoksia.¹¹⁹ Juridinen konstruktio seksuaalisen teon ostensiivisuudesta osoittautuu riittämättömäksi. Erektion ja muiden kiihottuneisuuden ilmenemismuotojen puuttuminen tai se, etteivät ulkopuoliset olleet tehneet niistä havaintoja, eivät välttämättä osoita, etteikö henkilö olisi teollaan tavoitellut seksuaalista kiihotusta tai tyydytystä.

Seksuaalisen teon motiivi oli sisäänrakennettuna seksuaalisen teon määritelmään vuoteen 2011 saakka, kunnes se 20.5.2011 voimaantulleella lakimuu-

¹¹⁵ Lääkärin vastaus korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 3.

¹¹⁶ Korkein oikeus 2011/1 kohta 8.

¹¹⁷ Korkein oikeus KKO 2011/1 käräjäoikeuden tuomio 20.5.2008.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Seksuaalisen kiihotuksen ja tyydytyksen tavoittelun toteennäyttämisen pulmallisuudesta Ks. Tolvanen, ”Seksuaalinen hyväksikäyttö ja lääkärintutkimus, KKO 2011:1”, s. 16.

toksella poistettiin. Ennen edellä mainittua ajankohtaa teosta tekijän tavoitteleva seksuaalinen tyydytys ja kiihotus oli näytettävä toteen ja samalla tekijän seksuaalinen tarkoitus. Tekohetkisen seksuaalisen teon määritelmän vuoksi seksuaalinen kiihotus ja tyydytys fysiologisena tilana ja tilan aikaansaamat seksuaalisväritteiset dynaamiset muutokset tekijän kehossa nousevat tapauksessa merkityksellisiksi ja toteennäytettäviksi. Vaikka ”käräjäoikeus piti varsin mahdollisena, että tutkittavan seistessä tai tämän takana ollen tehty tutkimus ei ole yleisesti käytettävä tutkimustapa” ja ”[k]äräjäoikeus totesi vaikeaksi erottaa toisistaan puristelu ja painelu rintojen tunnustelutapana” ja, että ”A oli käyttänyt palpaatiota tehdessään ja tutkimusgeeliä levittäessään eräin osin työtapoja, jotka olivat yleisen käytännön vastaisia. Tällä ei käräjäoikeuden mukaan kuitenkaan selvitys kokonaisuudessaan huomioon ottaen ollut näytetty, että A olisi näin toimien tehnyt seksuaalisen teon.”¹²⁰ Kyse oli jostain muusta teosta, joka ei ollut kliinistä palpointia eikä rangaistavaa seksuaalista hyväksikäyttöä, mutta joka potilaan subjektiivisen kokemuksen mukaan oli seksuaalisväritteistä ja pikemminkin parisuhteeseen kuuluvaa ja jonka potilas itse koki kiusallisena ja epämieluisana.

Palpoinni rintojen puristeluna siirtyy rajatilaan. Sormeilyn semanttinen merkitys siirtyy välitilaan, jossa potilaan rintojen koskettelu ei ollut kliinistä palpoinnia, mutta ei seksuaalista hyväksikäyttöäkään. Käräjäoikeus toteaa: ”[a]siasa ei ollut käynyt ilmi seikkoja, joista olisi voitu päätellä A:n olleen tutkimuksen yhteydessä seksuaalisesti kiihottunut tai pyrkineen toteuttamaan seksuaalisia tarpeitaan tutkittavan henkilön avulla. A:lla ei ollut myöskään näytetty olleen tarkoitusta loukata B:n kunniaa. Näin ollen käräjäoikeus hylkäsi syytteet ja niihin liittyvät korvausvaatimukset.”¹²¹

2.3 SEKSUAALISTA MIELIHYVÄÄ VAI KLIINISTÄ TUTKIMISTA?

Tarkastelunäkökulma seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistön mukaisuuden täyttymisessä kohdentuu tekijään ja teon tekijälle tavoittelevaan seksuaaliseen nautintoon ja tyydytykseen, ei uhrin kokemukseen hänen seksuaalisen itsemääräämisoikeutensa loukkauksesta. Rikosoikeudellinen konstruktio, seksuaalisen teon määritelmä vinouttaa tarkastelukulman tekijään ja teon tekijälle tavoittelevaan seksuaaliseen nautintoon uhrin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksen jäädessä toisarvoiseksi. Keskeistä on tekijän seksuaalisen kiihottumisen ja tyydytyksen tavoittelun toteennäyttäminen. Rikosoikeudellinen konstruktio vaatii lääkärin seksuaalisen kiihottumisen ja tyydyttymisen tavoittelutilan toteennäyttämisen. Rikoslain 20 luvun 10 §:n 2 momentin seksuaalisen teon määritelmä ja rikoslain 20 luvun 5 §:n 1 momentin 4 kohdan seksuaalinen hyväksikäytön tulkinta yhdessä nostavat seksuaalisen teon näyttökynnyksen

¹²⁰ Korkein oikeus KKO 2011/1 käräjäoikeuden tuomio 20.5.2008.

¹²¹ Korkein oikeus KKO 2011/1 käräjäoikeuden tuomio 20.5.2008.

liian korkealle. Huomio ei ole seksuaalirikoksen kohteessa eli uhrissa, jolle *sor-meilu, kätälöinti ja kourinta* tehtiin, vaan tekijässä ja tilanteen tekijälle tuottamassa nautinnossa, joka on näytettävä toteen. Epäselvää tapauksessa oli jopa se, miten vaikeaa rintojen puristelu ja painelu oli erottaa toisistaan. ”Käräjäoikeus totesi vaikeaksi erottaa toisistaan puristelu ja painelu rintojen tunnustelutapana.”¹²²

Jos lääkäri ei itse myönnä teon tuottaneen hänelle seksuaalista mielihyvää, näyttökynnystä kyseissä tapauksessa on vaikea ylittää. ”A on kiistänyt, että kysymyksessä olisi ollut... Kysymys oli ollut normaalista tutkimustilanteesta.”¹²³ Huomio kiinnittyy uhrin sijasta tekijään ja tekijän saamaan nautintoon. Teon seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaus ei ole relevanttia, vaan se missä määrin teko tuottanut tekijälleen seksuaalista nautintoa ja mielihyvää.

Kohdassa 11 korkein oikeus katsoo, että ”[t]utkimustoimenpiteeseen suostuminen ei tarkoita että potilas luopuisi seksuaalisesta itsemääräämisoikeudestaan.”¹²⁴ Lääkäri ja potilas eivät ole tasavertaisia tutkimus- ja hoitosuhteessa. Korkeimman oikeuden mukaan lääkärin menettely tutkimustilanteessa ei ollut seksuaalista. Lääkärin ei näytetty tavoitelleen seksuaalista kiihotusta tai mielihyvää tutkiesaan potilaan rintoja yllä kuvatulla tavalla. Poikkeaminen suositteluiden lääketieteellisistä tutkimustavoista potilaan nänniä imemällä ja rintoja puristelemalla ja pyörittelemällä eivät riitä osoittamaan menettelyn seksuaalista luonnetta.

Syytteessä kuvattu ”A oli taivuttanut hänestä erityisen riippuvaisen B:n tuohon tekoon tai ainakin halventanut B:tä teollaan”¹²⁵ viittaa asianomistajan B:n aktiiviseen osaan tapahtumien kulussa. ”Sitten hän oli pyytänyt B:tä lypsämään toista rintaansa eritteen esille saamiseksi”¹²⁶ on ainoa teko, johon lääkäri oli B:tä pyytänyt. Potilaan rintojen ultraäänitutkimus oli monisyisempi. Tutkimustilanteessa tapahtui muutakin kuin B:n omatoiminen rinnan lypsäminen. B ei korkeimman oikeuden mukaan avustanut lääkäriä rintojen pyörittämisessä tai niiden kourimisessa. B ei myös itse imenyt rintaansa tai levittänyt siihen tutkimusgeeliä. Syyttäjän syyte viittaa siihen, että B:n osuus tapahtumien kulusta on suurempi. Syytteessä kuvattu B ei ole enää tutkimusobjekti, joka joutui alistumaan mieslääkärin rintojen kourimiselle ja niiden pyörittelylle ja nännin imemiselle, vaan B muuttuukin teon subjektiksi, osalliseksi seksuaaliseen tekoon. Syyttäjän näkemys, että mieslääkäri oli taivuttanut hänestä erityisen riippuvaisen B:n seksuaaliseen tekoon tai ainakin halventanut B:tä osoittaa vääräksi seksuaalisen hyväksikäytön idean.

Seksuaalinen hyväksikäyttö ei täytä halventavan kunnianloukkauksen tunnusmerkistöä, vaan kyse on vallankäytöstä, jossa hyväksikäyttäjän tarkoitus on alistaa uhrinsa. Toissijainen syyte kunnianloukkauksesta on premissi, jonka ekstensio karkaa ohi siitä, mitä on tapahtunut. Rikoslain 24 luvun 9 §:n mukaan, joka esittää toisesta valheellisen tiedon tai vihjauksen siten, että teko on omiaan aiheuttamaan vahinkoa tai kärsimystä loukatulle taikka häneen kohdistuvaa

¹²² *Ibid.*

¹²³ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 3.

¹²⁴ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 11.

¹²⁵ *Ibid.*, kohta 1.

¹²⁶ *Ibid.*, kohta 2.

halveksuntaa taikka muutoin kuin 1 kohdassa halventaa toista on tuomittava kunnianloukkauksesta. Mieslääkäri ei esittänyt naispotilaalle valheellisia tietoja vai vihjauksia eikä ollut kohdistanut halveksuntaa naispotilasta kohtaan. Lääkäri oli pikemminkin kehunut potilasta sanomalla tämän rintoja kauniiksi. Samalla syyttäjän perustelut kunnianloukkauksesta, että mieslääkäri olisi halventanut B:tä jäävät vaille semanttista referenssiä. Kunnianloukkausrikoksen teonkuvaus ei vastaa tapauksen asiankulkua. Tapauksessa kyse on seksuaalisen integriteetin rajoista erityisen riippuvuussuhteen vallitessa. Syyttäjän vaatimukset väistävät tapauksen tapahtumakulun. Jos kunnianloukkaus olisi päätyneet ratkaisun osaksi, se olisi ollut *hukkakonstruktio*.

Kyse on henkilön integriteetin, seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksesta, ei siitä, onko teko tuottanut seksuaalista tyydytystä sen tekijälle. Seksuaalinen itsemääräämisoikeuden suojeleobjektin on oltava suojeltava itse, ei seksuaalisen teon tekijä. ” B jolle jo terveyskeskuksessa oli tehty palpaatiotutkimus, koki kertomansa mukaan A:n tutkimusotteet epäasiallisina ja seksuaalisväritteisinä. Ne kuuluvat hänen mukaansa pikemminkin parisuhteeseen kuin lääketieteelliseen tutkimukseen.”¹²⁷ Kohdassa 8 korkein oikeus toteaa, että ”A on poikennut suositelluista lääketieteellisistä tutkimustavoista, ei vielä riittä osoittamaan menettelyn seksuaalista luonnetta.”¹²⁸

Miten vahvaa seksuaalisen nautinnon tavoittelua rintojen palpaatiotutkimuksen pitää tekijälleen tuottaa, jotta menettely täyttää rikoslain 20 luvun 10 §:n 2 momentin seksuaalisen teon määritelmän? Emotionaalis-fysiologinen tila, jossa tekijä tuottaa visuaalisten ja sensitiivisten ärsykkeiden kautta seksuaalista kiihotusta tai tyydytystä itselleen, tulee merkitykselliseksi. Lääkärin itsensä tekemät visuaaliset havainnot potilaan rinnosta ja hänen omat sensitiiviset tuntemuksensa potilaan nännin imemisestä ja rintojen palpoinnista molemmin käsin kouraoitteella puristellen osoittautuvat seksuaalisen tyydytyksen tai kiihotuksen tavoittelun kannalta mahdottomiksi näyttää toteen. Ulkopuolisen on mahdotonta osoittaa tekijän itsensä kokemien aistimusten vaikutusta tekijän seksuaalisen kiihottumisen tai tyydytyksen tilaan, jos havaittavissa ei ole ulkonaista kiihottumisen tai seksuaalisen tyydytyksen merkkejä ja ilmenemismuotoja.

Juridinen konstruktio seksuaalisen teon ostensiivisuudesta osoittautuu riittämättömäksi. Ulkonaisten kiihottumisen merkkien puuttuminen tai niiden vaikea havaittavuus eivät itsessään osoita, etteikö henkilö olisi tavoitellut teollaan seksuaalista kiihottumista tai tyydytystä. Seksuaalisen kiihotuksen tai tyydytyksen tavoittelun näyttäminen toteen on vaikeaa. Rintojen palpoinni oli lisäksi suoritettu osittain potilaan ollessa selin eli selkä lääkäriin päin. Potilaankaan on mahdotonta tehdä havaintoja lääkärin seksuaalisen halun kasvamisesta, koska potilas seisoj osan ajasta selkä lääkäriin päin. Kliininen tutkimuskohde muuttuu seksuaalisen halun ja tyydytyksen kohteeksi.

¹²⁷ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 8.

¹²⁸ *Ibid.*

2.4 "KOKONAISHARKINNAN PERUSTEELLA..." ERITYISENÄ OIKEUDELLISENA TRANSFORMERINA

Se, mikä käräjäoikeudelle ja hovioikeudelle ei ollut mahdollista seksuaalisen teon konstruktion ylittämässä, oli sitä korkeimmalle oikeudelle. Seksuaalinen teko on tapauksessa *latenttina premissinä* läsnä. Korkein oikeus toteaa kohdassa 8: "Kokonaisuutena arvioiden A:n menettely on kuitenkin ollut sen laatuista, että se vahvasti viittaa seksuaalisen kiihotuksen tai tyydytyksen tavoitteluun... Mainituilla perusteilla Korkein oikeus pitää selvitettyinä, että A on lääketieteellisen tutkimuksen yhteydessä tehnyt B:n seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukkaavan teon, jota on olosuhteet huomioon ottaen pidettävä seksuaalisesti olennaisena."¹²⁹ Vaikka seksuaalisen kiihottumisen tavoittelua ei tapauksessa pysty autenttisesti rekonstruoimaan, korkein oikeus pitää "*kokonaisuutena arvioiden... selvitettynä*", että lääkäri on toiminnallaan syyllistynyt seksuaaliseen tekkoon ja loukannut uhrin seksuaalista itsemääräämisoikeutta.

Narratiivin edetessä *konstruktiot polymorfisoituvat*. Mukaan ilmestyy *erityinen oikeudellinen transformeri* "kokonaisuutena arvioiden" konstruktio, jonka avulla *latentisti* vaikuttava premissi seksuaalinen teko nostetaan näkyville avainpremissiksi. Lääkärin toimintatapa muuttuu poikkeavaksi täyttämättä lääketieteellisen kliinisen palpoinnin kriteeristöä. *Palpointi* muuttuu *puristeluksi ja kähmimiseksi*. Puristelu muuttuu *kourimiseksi*. "Palpaatiota ei ohjeisteta tekemään tutkittavan seistessä eikä molemmin käsin rintoja kouraotteella puristelemalla ja pyörittelemällä vuoroin edestä ja takaa."¹³⁰ Puristelu ja kähmiminen alkavat luisua juridisten konstruktioiden seksuaalisen teon ja seksuaalisen hyväksikäytön sisään. Alkaa *interferenssi*, yleiskielisen puristelun ja kourimisen ja rikoslaissa määriteltyjen seksuaalisen teon ja seksuaalisen hyväksikäytön välillä. *Kaksin käsin kouraotteella* kokee *oikeudellisesti onnistuneen metamorfoosin*, muodonmuutoksen täyttäessään seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistön. Yleiskielinen kaksin käsin kouraotteella ja *polymorfinen konstruktio* seksuaalisen hyväksikäytön ja seksuaalisen teon kombinaatiosta luisutetaan *oikeudelliseen metamorfoosiin*.¹³¹ "Kokonaisuutena arvioiden" on *erityinen oikeudellinen transformeri*, jonka avulla latentti premissi nostetaan näkyville ja rakennetaan silta narratiivissa olevan epäjatkuvuuskohdan yli eli sille, että seksuaalista tekoa ei ole pystytty näyttämään toteen, mutta kyse on kuitenkin seksuaalisesta hyväksikäytöstä.

Kunnianosoitukseksi Aleksander Peczenikille käytän korkeimman oikeuden hyödyntämistä oikeudellisista konstruktiosta, joita ovat esimerkiksi: "selvää sinänsä on", "objektiivisesti arvioiden", "kokonaisharkinnan perusteella", "jo edellä lausutun perusteella on selvää", nimitystä *erityinen oikeudellinen transformeri*. Kysymys on konstruktiosta, joiden avulla

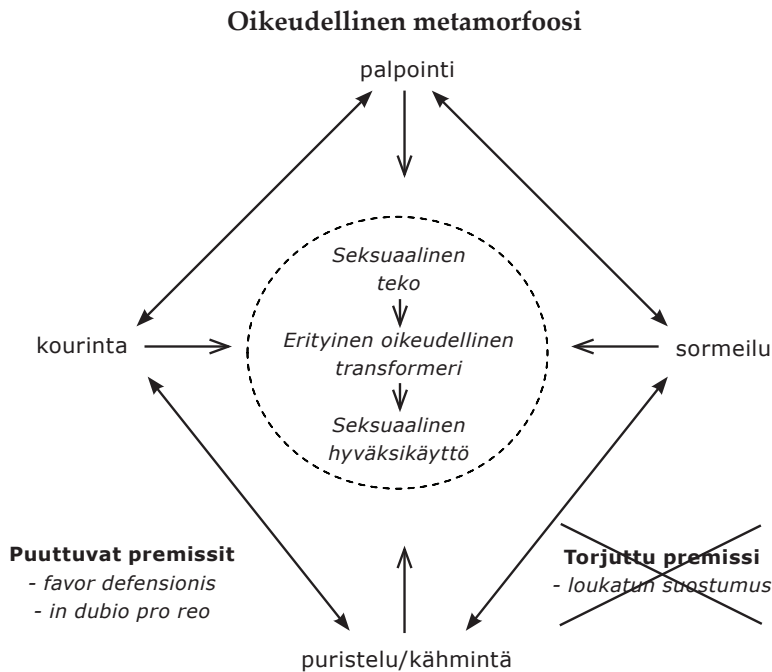
¹²⁹ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 8.

¹³⁰ *Ibid.*, kohta 7.

¹³¹ Seksuaalinen hyväksikäytön tunnusmerkistön täytyminen vaatii seksuaalisen teon kriteeristön täyttymistä. Seksuaalinen teko on myös konstruktio, jonka täytyminen on edellytys seksuaalisen hyväksikäytön syyksilukemiselle ja näin ollen muodostaa yhdessä seksuaalisen hyväksikäytön kanssa *polymorfisen*, monessa muodossa esiintyvän, monimuotoisen konstruktion.

narratiivissa olevat epäjatkavuuskohdat ylitetään. Korkein oikeus *tulee jostain ja menee jonnekin* erityisen oikeudellisen transformerin avulla. *Erityinen oikeudellinen transformeri* on Peczenikin argumentaatioloikka.

Lääketieteellinen konstruktio palpoina *disseminoituu*. Prosessi *oikeudellisesta kinetiikasta* lähtee liikkeelle ja se kohtaa yleiskieliset konstruktiot puristelun ja kourimisen. Alkaa ristiaallokko, *interferenssi*, jossa palpoina sulautetaan yleiskieliseen konstruktiioon puristeluun ja kourimiseen. Tuomioistuimien sysää liikkeelle *oikeudellisesti onnistuneen metamorfoosin*, muodonmuutoksen, jossa lääketieteellisen ja yleiskielisen konstruktion yhdistelmä liu'utetaan juridisen konstruktion sisään. Merkitys lukitaan ja liike pysähtyy hetkellisesti. Peczenik puhuu transformaatiosta tarkoittaen sitä hyppyä tai loikkaa, jossa määrätystä normi- ja faktapremissien yhdistelmästä päästään määrättyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen. Kyse ei ole loogisesta päättelystä eikä tekstin analysoinnista, mitä tekstissä tapahtuu, vaan assosiativisesta siirtymästä normi- ja faktapremisseistä tiettyyn tulkintalauseeseen.¹³² Konstruktioiden ketju lähtee liikkeelle. Lääketieteellis-yleiskielinen konstruktio palpoina/sormeilu ja yleiskielinen puristelu/kourinta liu'utetaan metamorfoosissa polymorfisen juridisen konstruktion seksuaalinen hyväksikäytön sisään.



Kuvio 3. Polymorfisen konstruktion dynamiikka: interferenssi ja oikeudellinen metamorfoosi.

¹³² Transformaatioloikista Peczenic, *Vad är rätt?*, s. 303–305.

Kuviossa 3 kuvatut palpoinni, sormeilu, puristelu ja kähmintä, kourinta ja seksuaalinen hyväksikäyttö ja seksuaalinen teko ovat konstruktioita. Alunperin lääketieteestä tullut konstruktio *palpoinni* otetaan osaksi juridista kontekstia. Alkaa liike (nuolet ulkokehällä) eli *interferenssi*, jossa palpoinni oikeudellistetaan. *Palpoinni* muuntuu *sormeiluksi*, *puristeluksi*, *kähminnäksi* ja *kourimiseksi*. Lopulta palpoinnin juridisointi on saatettu riittävän pitkälle ja se kokee muodonmuutoksen eli *oikeudellisesti onnistuneen metamorfoosin erityisen oikeudellisen transformerin* myötävaikutuksella, joka tässä tapauksessa oli kokonaisharkinnan perusteella. Lääkärin suorittamasta teosta tulee seksuaalista hyväksikäyttöä (nuolet sisäkehällä osoittavat kohti seksuaalista hyväksikäyttöä). Seksuaalinen teko, joka on seksuaalisen hyväksikäytön osakonstruktio tarvitsee *erityisen oikeudellisen transformerin apua*, koska seksuaalinen teko vaatii tekijän seksuaalisen kiihottumisen ja tyydyttymisen tavoittelun toteennäyttämistä. *Eriyisen oikeudellisen transformerin* avulla korkein oikeus rakentaa ylimenotien narratiivissa olevan epäjatkuvuuskohtan yli. Epäjatkuvuuskohta on tekijän seksuaalisen tyydytyksen ja kiihottumisen tavoittelun epävarmuus. Vaikka tekijän seksuaalisesta kiihottumisen tavoittelua ei pystytty tapauksessa näyttämään, mahdollisti *eriyisen oikeudellisen transformerin* käyttö sen, että tekijä tuomittiin seksuaalisesta hyväksikäytöstä. *Torjutuksi premissiksi* on kuviossa kuvattu loukatun suostumus. *Kokonaan puuttuvia premissinä* ovat konstruktiot *favor defensionis* ja *in dubio pro reo*. Jos kyseiset premissit olisi valittu ratkaisussa avainpremissiksi niin lopputulos olisi ollut toinen. Tekijää tuskin olisi tuomittu seksuaalisesta hyväksikäytöstä. Jos kuviossa nuolet olisivat ulospäin eli sisäkehältä ulkokehälle, kyse olisi ollut *oikeudelliselle metamorfoosille* käännteisestä ihmistä eli *oikeudellisesta deformaatiosta*.

Korkein oikeus toteaa kohdassa 8: ”Se, että A on poikennut suositelluista lääketieteellisistä tutkimustavoista, ei vielä riitä osoittamaan menettelyn seksuaalista luonnetta. Kokonaisuutena arvioiden A:n menettely on kuitenkin ollut sen laatuista, että se vahvasti viittaa seksuaalisen kiihottuksen tai tyydytyksen tavoitteluun. B, jolle jo terveyskeskuksessa oli tehty palpaatiotutkimus, koki kertomansa mukaan A:n tutkimusotteet epäasiallisina ja seksuaalisväritteisinä. Ne kuuluivat hänen mukaansa pikemminkin parisuhteeseen kuin lääketieteelliseen tutkimukseen. Se seikka, että B on ilmeisesti tilanteen yllätyksellisyyden vuoksi vasta tutkimuksen jälkeen reagoinut A:n menettelyyn, jää vaille merkitystä. Mainituilla perusteilla Korkein oikeus pitää selvitetynä, että A on lääketieteellisen tutkimuksen yhteydessä tehnyt B:n seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukkaavan teon, jota on olosuhteet huomioon ottaen pidettävä seksuaalisesti olennaisena.”¹³³ Lääkäri tuomitaan seksuaalisesta hyväksikäytöstä, vaikka seksuaalista tekoa, lääkärin tavoittelemaa emotionaalis-fysiologista tilaa ei ole pystytty näyttämään toteen.

Lääkäri oli loukannut potilaan itsemääräämisoikeutta ja käyttänyt hyväksien luottamuksellista asemaansa. Lääkäri oli keskittynyt omien tarpeidensa tyydyttämiseen. Lääkäri ei myöskään noudattanut työssään alla mainittuja lääkärin ammattieettisiä ohjeita eikä käyttänyt vain lääketieteellisen tutkimustie-

¹³³ Korkein oikeus KKO 2011/1 kohta 8.

don osoittamia hyväksytyjä hoitotapoja. Seksuaalisen kiihottumisen ja tyydyttymisen tavoittelu oli niin voimakasta, että Suomen lääkäriliiton ammattieettiset ohjeetkin pääsivät häneltä unohtumaan.¹³⁴

“Vakuutan kunniani ja omantuntoni kautta pyrkiväni lääkärintoimessani palvelemaan lähimmäisiäni ihmisyyttä ja elämää kunnioittaen. Päämääränäni on terveyden ylläpitäminen ja edistäminen, sairauksien ehkäiseminen sekä sairaiden parantaminen ja heidän kärsimystensä lievittäminen. Työssäni noudatan lääkärin etiikkaa ja käytän vain lääketieteellisen tutkimustiedon tai kokemuksen hyödyllisiksi osoittamia menetelmiä. Tutkimuksia ja hoitoja suositellessani otan tasapuolisesti huomioon niistä potilaalle koituvan hyödyn ja mahdolliset haitat. Pidän jatkuvasti yllä korkeaa ammattitaitoani ja arvioin työni laatua. Suhtaudun kollegoihini kunnioittavasti ja annan heille apuani, kun he potilaita hoitaessaan sitä pyytävät. Rohkaisen potilaitani kysymään tarvittaessa myös toisen lääkärin mielipidettä. Kunnioitan potilaani tahtoa. Pidän salassa luottamukselliset tiedot, jotka minulle on potilaita hoitaessani uskottu. Täytän lääkärin velvollisuuteni jokaista kohtaan ketään syrjimättä enkä uhkauksestaakaan käytä lääkärintaitoani ammattietiikkani vastaisesti. “

¹³⁴ Suomen lääkäriliitto, *Lääkärin eettinen vala* osoitteessa [<http://www.laakariliitto.fi/liitto/etiikka/laakarivala/>], viitattu 18.1.2014.

3 Hepat laukkaa, hepat painii¹³⁵

3.1 ROISIA KIELENKÄYTTÖÄ

Prologi: Metsämäki Turussa hiljenee. Raviradalla on jännittynyt tunnelma. Tunteet ovat pinnassa, kun raviohjastajat valmistautuvat kilpailuun. Kohta se alkaa. Lähettäjä antaa lähtömerkin ja hevoset aloittavat lähtökiihdytyksen, mutta sitten tapahtuu jotain odottamatonta. Naisohjastajan hevonen ajautuu laukalle. Laukka päättyy kolarointiin toisen ohjastajan kanssa. Miesohjastaja vimmastuu. Myös hänen kilpailunsa on pilalla. Ohjastajat ajavat hevosensa kohti kaviouran ulkolaitaa. Miestä harmittaa. Hänen tunteensa ottavat vallan ja hän huutaa naisohjastajalle, saatanan huora! Kaviouran laidassa seisoo ratavalvoja ja joku toinen henkilö. Myös he kuulevat miehen huudon...

Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2005/137 käsiteltiin tapausta, jossa miesohjastaja oli kesken ravikilpailun nimitellyt toista sukupuolta olevaa naisohjastajaa loukkaavalla ilmaisulla. Tapauksessa kyse oli siitä, täyttikö miesohjastajan käyttämä naissukupuoleen viittaava halventava ilmaisu kunnianloukkauksen tunnusmerkistön.¹³⁶ Miesraviohjastaja kiisti loukanneensa naisohjastajan kunniaa. Hänen mukaansa kyseessä oli tavallinen kilpailutilanne. A kertoi, että ravikilpailuissa on yleistä, että naisohjastajia nimitellään. Vaikka A:n nimittelyn oli kuullut vain muutama henkilö eli ratavalvoja ja hänen seurassaan seisyyt toinen henkilö, ja nimittely ei ollut kuulunut yleisöön saakka, käräjäoikeus katsoi syytteen kunnianloukkauksesta toteennäytetyksi. Merkitystä ei ollut, oliko huudon kuullut yksi tai useampi henkilö tai että kyse oli ollut kilpailutilanteesta, jossa yleisenä tapana oli, että naisohjastajia nimitellään. Myöskään merkitystä ei ollut sillä, että naisohjastajien nimittely ravikilpailussa kuului miesohjastajien käyttämään yleisesti käytettyyn tapaan kutsua naisohjastajia. Yleinen tapa naisohjastajiin kohdistuvasta nimittelystä ei poistanut teon rangaistavuutta. Rangaistavuuteen ei myöskään vaikuttanut se, että huudon oli kuullut vain muutama henkilö ja, että karkea ilmaus oli sanottu kilpailutilanteessa. Kunnianloukkaus oli tapahtunut, kun miesohjastaja oli huutanut naisohjastajalle ilmaisun *saatanan huora*. Hovioikeus katsoi käräjäoikeuden tavoin miesohjastajan

¹³⁵ Idea otsikkoon tuli ystäväni lapselta, joka kuvasi pienenä ollessaan raviradan äänimaailmaa sanoilla "hepat laulaa" viitaten tällä lausahduksella ravikilpailussa kuultaviin kuulutuksiin ja lähtötilanteessa kuultavaan tunnusmusiikkiin. Koska tässä korkeimman oikeuden tapauksessa kyse ei ole raviradan äänimaailmasta, hepat eivät laula, vaan ne laukkaavat ja painivat.

¹³⁶ Tapauksessa arvioitiin myös kurinpidollisen kilpailukiellon merkitystä suhteessa rikosoikeudelliseen seuraamukseen.

syyllystyneen kunnianloukkaukseen. Miesohjastajan käyttämä karkea ilmaisu oli hovioikeuden mukaan ”kohdistettu selvästi B:n henkilöön eikä tämän menettelyyn kilpailutilanteessa.”¹³⁷ Rangaistusseuraamuksen osalta hovioikeus totesi, että ” [o]ttaen huomioon, että A:lle on määrätty teosta kilpailukiello, muun rangaistuksen tuomitsemista on pidettävä kohtuuttomana.”¹³⁸ Hovioikeus siten katsoi, että A:lle langettu kahden viikon pituinen kilpailukiello, oli riittävä rangaistus A:n teosta.

Huutaminen ja normaalia karkeampi kielenkäyttö kilpailutilanteessa on hovioikeuden mukaan sallittua, mutta se ei saa ulottua henkilöön. Hovioikeus totesi, että ravikilpailuun osallistuvalla vaaditaan kovapintaisuutta ja tavanomaista karkeampaa sietokykyä. Huutaminen ja karkeampi kielenkäyttö ei saa ulottua henkilöön. Sietokyky ja kovapintaisuus voi koskea vain sietokykyä ja kovapintaisuutta kilpailutilanteessa, kuten ohjastettaessa hevosta volttilähdössä, ohjastajan valitessa väärän lähtöradan, toisen ohjastajan esittelystä myöhästymisestä, varomatonta kaistanvaihtoa kilpailutilanteessa, laukkaavan hevosen varomatonta ajoa tai omalla hevosella yhtäaikaista ns. kahta rataa ajamista. Hovioikeus katsoi A:lle määrätyn kurinpidollisen seuraamuksen (kahden viikon kilpailukiello) ja B:n hyväksi tuomitun pienehkön kärsimyskorvauksen riittäväksi kokonaisuuraamukseksi A:lle tämän teosta.¹³⁹ Erimieltä olevan hovioikeudenneuvoksen mielestä kahden viikon kilpailukiello ei ollut riittävä seuraamus A:n teosta, vaikka naisohjastajia oli varoitettu heihin kohdistuvasta huutelusta ja kehoitettu olemaan siitä välittämättä. Hovioikeudenneuvos totesi, että “[t]oisaalta B ei ollut ollut velvollinen alistumaan tuollaiselle kielenkäytölle eikä ollut edes väitetty, että hän olisi antanut suostumuksensa sellaiselle menettelylle.”¹⁴⁰ Tapauksessa muutosta hovioikeuden tuomioon haki yksin naisohjastaja B. Korkeimmassa oikeudessa oli kysymys siitä, oliko perusteita jättää A rangaistukseen tuomitsematta hänen syykseen luetusta kunnianloukkausrikoksesta, vai tuliko A tuomita B:n vaatimuksen mukaisesti sakkorangaistukseen. Tämän lisäksi korkein oikeus arvioi, tuliko A:lle määrätty kahden viikon kurinpidollinen seuraamus epäurheilijamaisesta käytöksestä ottaa huomioon hänelle rikosoikeudellista rangaistusta määrättäessä.¹⁴¹

Raviohjastajana toiminut A kertoi, että hänen tarkoituksenaan oli arvostella B:tä nimenomaan tämän ajosuorituksen vuoksi. A:n tarkoituksena ei ollut loukata B:tä. Miesohjastajan sanoin ”hän ei vain ollut voinut mieltänsä maltaa ja harkita sanojaan.”¹⁴² Tämän lisäksi A esitti näyttöä siitä, että oli verrattaen yleistä, että ravikilpailuissa naisohjastajia nimitellään. A huomautti, että hän oli jo saanut kahden viikon pituisen kurinpidollisen rangaistuksen epäurheilijamaisesta

¹³⁷ Korkein oikeus KKO 2005/137 hovioikeuden tuomio 17.9.2004.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Käräjäoikeus tuomitsi kärsimyskorvausta B:lle 500 euroa. Hovioikeus alensi määrän 300 euroon.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Lisäksi naisohjastaja B vaati, että hänelle tuomittua kärsimyskorvausta tulisi korottaa 2000 euroon. Korkein oikeus sovelsi tapauksessa rikoksen tekoaikana voimassa olleita rikoslain säännöksiä. Rikoksen tekoaikaan voimassa ollut rikoslain 6 luvun 1 §:n 1 momentin säännös (466/1976) ja rikoslain 3 luvun 5 §:n 3 momentin 1-2 kohtien säännökset (1060/1996) eivät johtaneet ankarampaan lopputulokseen kuin 1.1.2004 voimaan tulleet rikoslain säännökset rangaistuksen määräämisessä ja tuomitsematta jättämisessä.

¹⁴² Korkein oikeus KKO 2005/137 kohta 6.

kielenkäytöstä. Korkein oikeus toteaa tämän kohdassa 7, että urheilukilpailuihin liittyy normaalia karkeampaa kielenkäyttöä ja urheilutilanteessa käytetään sopivuudeltaan kyseenalaisiakin sanavalintoja. Näyttöä oli siitä, että ravikilpailuissa oli verrattaen yleistä naisohjastajiin kohdistuva jonkinmoinen karkeakin nimitely. Karkea nimitely kuuluu miesohjastajien käyttämään kielipeliin. Korkein oikeus toteaa kohdassa 8: ”Sen vuoksi se, että ravikilpailussa ohjastajien välinen karkea kielenkäyttö on ehkä tavanomaista, ei tee hyväksyttäväksi sellaista kielenkäyttöä, joka sisältönsä puolesta täyttää kunnianloukkauksrikoksen tunnusmerkistön eikä kielenkäyttö miltään osin sisällä kilpakumppanin urheilusuorituksen arviointia.”¹⁴³ Henkilöön kohdistuva naisohjastajan nimitely ei ole oikeudellisesti sallittua, vaikka se maantapa ravikilpailussa on. Kovapintaisuus ja sietokyky eivät ulotu henkilön persoonaan kohdistuviin loukkauksiin ja näin ollen henkilökohtainen integriteetti on loukkaamaton. Kunnianloukkauksrikoksilla on myös perus- ja ihmisoikeuslittuvuus PL 10 §:n kunniansuojan ja perustuslain 12 §:n sananvapaussäännöksen ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan kautta. Tosin sananvapauden rajoilla on varsinaista merkitystä vasta silloin, kun halventavien lausumien kohteena on *julkisessa* asemassa oleva henkilö. Raviohjastajan toista raviohjastajaa kohtaan käyttämä halventava kielenkäyttö rajautuu näin ollen sananvapaussäännöksen ulkopuolelle, ja ravikilpailussa esitetyt toista halventavat ilmaukset voidaan rangaista kunnianloukkauksrikoksina.¹⁴⁴

Kohdassa 7 korkein oikeus toteaa: ”Urheilukilpailuihin saattaa toisinaan liittyä karkeampaa kielenkäyttöä... Varsinkin kamppailulajeissa kilpailijoiden tunnetila saattaa toisinaan johtaa käyttämään muista kilpailijoista ilmaisuja, jotka muissa yhteyksissä eivät ole tavanomaisia eivätkä hyväksyttäviä.”¹⁴⁵ A oli nimittänyt B:tä saatana huoraksi. Pekka Viljanen on katsonut kyseisen tapauksen kommentaarissa, että huoraksi nimittäminen sisältää muodollisesti väitteen tietynlaisesta elämäntavasta, mutta korkeimman oikeuden toteamin tavoin on uskottavaa, että A:n kielenkäyttö johtui B:n ajovirheestä.¹⁴⁶ Viljasen mukaan A:n käyttämä loukkaava ilmaus B:tä kohtaan sisältää vihjauksen B:n löyhästä seksuaalimoraalista. Viljanen kuitenkin katsoo, että yleisyytensä vuoksi A:n käyttämä ilmaisu on kärsinyt melkoisen inflaation. Viljanen toteaa: ”Tämän vuoksi loukkauksen luonnehtiminen KKO:n tavoin karkeaksi ja syrjiväksi tuntuu elävälle elämälle vieraalta.”¹⁴⁷ Viljanen toteaa, että A:n tarkoituksena oli ollut arvostella B:tä tämän ajosuorituksesta. ”Samantyyppinen kielenkäyttö on valitettavan yleistä, eikä sillä pääsääntöisesti tarkoiteta väittää kohteen elämäntavasta mitään, vaan sillä vain muutoin osoitetaan epäkunnioitusta” toista kohtaan. ”Vastaavassa tarkoituksessa miehiä nimitellään usein homoiksi.”¹⁴⁸ Myös A:n teossa oli Viljasen mukaan kyse RL 24 luvun 9 §:n 1 momentin 2 kohdan mukaisesta solvaustyyppisestä teosta. Sisällöltään A:n lausuma ei ollut B:n ajosuorituksen arvostelua, mihin A:lla olisi ollut oikeus, vaan

¹⁴³ *Ibid.*, kohta 8.

¹⁴⁴ Frände – Wahlberg – Matikkala, ”Yksityisyys, rauha, kunnia ja vapaus”, teoksessa *Keskeiset rikokset*, s. 322.

¹⁴⁵ Korkein oikeus KKO 2005/137 kohta 7.

¹⁴⁶ Viljanen, ”Voitiinko kunnianloukkauksesta jättää rangaistukseen tuomitsematta, KKO 2005:137”, s. 465.

¹⁴⁷ *Ibid.*, s. 465.

¹⁴⁸ *Ibid.*, s. 465.

kyse oli B:n henkilöön ja naiseuteen kohdistuvasta loukkauksesta.¹⁴⁹ Tämän tutkimuksen terminologiaa seuraten kyse on kuitenkin siitä, että yleiskielinen ilmaisu "saatanan huora" juridisoidaan interferenssin kautta ja ilmaisu liittyy toisen konstruktion osaksi eli tässä tapauksessa *yleisesti tunnetun naista halventavan ilmaisan*. *Oikeudellinen polymorfinen konstruktio* alkaa syntymään.

A:n kielenkäytön syynä oli B:n ajovirhe, jonka seurauksena A:n oma kilpailusuoritus epäonnistui. Korkein oikeus toteaa kohdassa 10: "Kilpailutilanteen aiheuttama kiihtymys voi sinänsä tapauksesta riippuen vaikuttaa tekijän syyllisyysoitetta vähentävästi ja sillä voi siten olla merkitystä arvioitaessa mahdollisuutta jättää tekijä rangaistukseen tuomitsematta rikoslain (1060/1996) 3 luvun 5 §:n 3 momentin 1 ja 2 kohtien nojalla."¹⁵⁰ Kohdassa 9 korkein oikeus toteaa: "A:n kielenkäytön syynä on ollut B:n ajovirhe, joka on vaikuttanut haitallisesti A:n kilpailusuoritukseen. A:n ilmeisenä tarkoituksena on ollut arvostella B:tä tämän ajosuorituksesta. Toisten ajosuoritusten arvostelu on ravikilpailuissa tavanomaista. A on kuitenkin käyttänyt selvästi B:n henkilöön ja sukupuoleen eikä tämän menettelyyn kilpailutilanteessa kohdistettua halventavaa ja loukkaavaa ilmaisua. Rikosta ei näin ollen voida tällä perusteella pitää rikoslain 3 luvun 5 §:n 3 momentin 1 kohdan nojalla vähäisenä tai 2 kohdan nojalla tekoon tai tekijään liittyvistä erityisistä syistä anteeksiannettavana."¹⁵¹

Korkein oikeus ei viitannut hallituksen esitykseen, (HE 184/1999), jossa loukatun oma loukkausta edeltänyt *menettely*, voi kunnianloukkauksirikoksissa muodostaa syyllisyyden poistavan anteeksiantoperusteen.¹⁵² Tällöin rikoksesta voidaan jättää rangaistus tuomitsematta, jos rikosta on tekoon tai tekijään liittyvistä erityisistä syistä pidettävä anteeksiannettavana. Lainsäätäjä on katsonut, että anteeksiantoperusteena voi olla esimerkiksi provokaatio, jolloin toisen kunniaa loukataan usein kiihtyneessä mielentilassa. Loukkaavaan lausumaan voidaan vastata uudella loukkauksella. Kohtuutonta on tuomita rangaistukseen sitä, joka on alunperin ollut syytön loukkausten vaihtoon, ja lähtenyt siihen mukaan vain voimakkaasti provosoituna.¹⁵³ Tässä tapauksessa kyse ei ollut provokaatiosta. B:n ei näytetty provosoivan A:ta ennen ravikilpailua eikä välittömästi ravikilpailun lähtötilanteessa tai loukatun oma menettely eli B:n menettely ennen tapahtunutta loukkausta ei ollut moitittavaa muutoin kuin ravikilpailun sisäisten sääntöjen laiminlyöntinä eli hevosen kiilaamisessa toisen hevosen eteen. Korkeimman oikeuden ratkaisu syntyi äänin 3-2. Vähemmistö katsoi, että A:lle määrätty kurinpitörangaistus ja pienhkö vahingonkorvaus on riittävä kokonaisuuraamus A:n teosta. Tähän päätyi myös Pekka Viljanen, joka katsoi, että A:n teko oli sekä kokonaisuutena arvostellen vähäinen että tilanne huomioon ottaen anteeksiannettava. "Nämä perusteet olisivat nähdäkseni riittäneet eikä olisi ollut tarpeen nojautua sanktiokumulaatioon."¹⁵⁴

¹⁴⁹ *Ibid.*, s. 465.

¹⁵⁰ Korkein oikeus KKO 2005/137 kohta 10. Rikoslain numero (1060/1996) lisäetty.

¹⁵¹ Korkein oikeus KKO 2005/137 kohta 9.

¹⁵² Ks. yleisesti loukatun suostumuksesta Anttila, *Loukatun suostumus, oikeudenvoastaisuuden poistavana perusteena, passim*.

¹⁵³ Hallituksen esitys Eduskunnalle yksityisyyden, rauhan ja kunnian loukkaamista koskevien rangaistussäännösten uudistamiseksi. HE 184/1999, 9§, kappale 10. kunnianloukkaus.

¹⁵⁴ Viljanen, "Voitiinko kunnianloukkauksesta jättää rangaistukseen tuomitsematta, KKO 2005:137", s. 456.

3.2 YLEISESTI TUNNETTU NAISTA HALVENTAVA ILMAISU

Hevosten kolaroidessa toisiinsa A oli käyttänyt B:stä korkeimman oikeuden kohdan 5 mukaan *yleisesti tunnettua naista halventavaa ilmaisu*. Kolarointi oli johdunut naisohjastaja B:n ajovirheestä, jonka seurauksena myös miesohjastaja A:n ajosuoritus oli hylätty. Korkein oikeus ei enää käytä moukkamaista haukkumasanaa *saatanan huora*, vaan ilmaisu muuttuu *yleisesti tunnetuksi naista halventavaksi ilmaisuksi*. Samalla myös kielipeli muuttuu. Siinä, missä käräjäoikeus puhui asianosaisille kantajalle ja vastaajalle eli raviohjastajille, korkein oikeus puhuu oikeusyhteisölle. Korkein oikeus muuttaa kielipeliä myös sanan käyttökohteen mukaan. *Saatanan huora!* kuuluu kielipeliin, jossa tarkoitus on loukata toista henkilöä, ja *yleisesti tunnettu naista halventava ilmaus* kuuluu kielipeliin, jossa arvioidaan, miten säädyllystä elämää nainen viettää.

Wittgenstein toteaa teoksessa *Filosofisia tutkimuksia* sanojen perheyhtäläisyyksistä seuraavaa: "Miten sitten olemme oppineet tämän sanan (esimerkiksi >> hyvän >>) merkityksen? Millaisista esimerkeistä? Missä kielipeleissä? Tulet silloin helpommin näkemään, että sanalla on oltava kokonainen merkityksien perhe."¹⁵⁵ Sanojen käyttö tiettyssä kielipelissä perustuu tietynlaiseen yhteisölliseen käytäntöön.

Korkein oikeus ottaa tapahtuman oikeudellisesti haltuun juridisten konstruktioiden avulla. Sen minkä käräjäoikeus sanoo ronskimmin, korkein oikeus häivyttää *hukkakonstruktiolla* eli *yleisesti tunnetulla naista halventavalla ilmauksella*. Maallikko pystyy enää vaivoin tunnistamaan, että kyseessä on sama tapahtuma. Tapahtumakulku puetaan oikeudelliseen viittaan, jolloin kieli irtaantuu arkikielistä ja arkikokemuksesta. Alkaa *disseminaatio*. *Saatanan huora!* huudon semanttinen merkitys eriytyy ja mukaan ilmaantuu uusia intensioita. Kielenkäytön kohteena ei enää ole naisohjastajaan kohdistettu vihanpurkaus ja haukkumasana kilpailutilanteen eskaloitumisesta siihen pisteeseen, jossa aggressio purkautuu, vaan keskustelu siirtyy kysymykseen siitä, millainen naistyyppi oli kyseessä. Huoraksi nimittäminen kohdistuu B:n henkilöön, ei hänen ajosuoritukseensa. Korkein oikeus toteaa kohdassa 8: "A:n käyttämä ilmaisu halventaa kuitenkin B:tä naisena tavalla, jolla ei ole välitöntä yhteyttä tämän ajosuoritukseen."¹⁵⁶ *Hukkakonstruktion* vuoksi *ekstensio* tietynlaisesta naistyyppistä saa erilaisia *intensioita*. Nyt kysymyksessä on B:n maine naisena. Enää ei tiedetä, onko kysymys parisuhteessa elävästä ja satunnaisia irtosuhteita harrastavasta *naisystävästä*, huikentelevasta seksuaalisesti aktiivisesta sinkusta eli *ystävänäisesta* vai ammatillisesti toimivasta *prostituoidusta*, ilotytöstä vai jostain muusta mahdollisesta naistyyppistä. Vai onko kyse *haukkumasanasta*, jolla oli tarkoitus purkaa mieliharmita pieleen menneen kilpailusuorituksen vuoksi. Käytetyn *hukkakonstruktion* vuoksi tapauksen kohdentuvuus eli *ekstensio* menee ohi siitä, mistä tapauksessa oikeudellisesti oli kysymys.

¹⁵⁵ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 71, kohta 77.

¹⁵⁶ Korkein oikeus KKO 2005/137 kohta 8.

Alun perin henkilön halventamistarkoituksessa esitetty ilmaisu *saatanan huora* juridisoidaan prosessissa, jossa kyseinen arkikielinen ilmaus saatetaan konstruktioiden maailmaan. Henkilön halventamistarkoituksessa esitetty ilmaisu *saatanan huora* saa uusia *intensioita* edellä kuvatulla tavalla. Tapauksessa merkityksellistä on, että kunnianloukkaus oli tapahtunut välittömästi sen jälkeen, kun kilpailuun osallistuneet olivat ensin kolaroineet ja tämän jälkeen kilpailun sääntöjen mukaisesti ohjastaneet hevosensa kaviouran sivuun. A:n oman kertomuksen mukaan ”hän ei vain ollut voinut mieltänsä maltaa ja harkita sanojaan.”¹⁵⁷ A:n käyttämä ilmaisu B:tä kohtaan viittaa kiihtymykseen, ärtymyksen ja turhautumisen tunteeseen, jonka B:n aiheuttama kiilaaminen A:n eteen sai aikaan. Esitetty ilmaisu on karkeaa ja halventavaa kielenkäyttöä. *Yleisesti tunnetun naista halventavan ilmauksen* käyttö sysää *disseminaat*ion liikkeelle. Ilmaisu *saatanan huora!* ylijuridisoidaan *hukkapremissiksi*.

Rikoslain (531/2000) 24 luvun 9§:n mukaan kunnianloukkauksesta tuomitaan se, joka esittää toisesta valheellisen tiedon tai vihjauksen siten, että teko on omiaan aiheuttamaan vahinkoa tai kärsimystä loukatulle taikka häneen kohdistuvaa halveksuntaa, taikka muuten kuin edellä tarkoitettulla tavalla halventaa toista. Eikö *saatanan huora* -ilmaisussa itsessään ole sisäänrakennettuna halventava elementti, ja sen käyttäminen nimenomaan loukkaamistarkoituksessa ole riittävä kunnianloukkausrikoksen täyttymiselle? Tarvitaanko tapauksen ratkaisemiseksi oikeudellista arviointia siitä, millainen B:n arvo ja maine on naisena? Onko tässä kuitenkin kyse kääntöpuolesta eli *saatanan huora* -ilmaisun *liiallisen* juridisoinnin tuloksen välttämättömästä seurauksesta, jossa kunnianloukkaus muuttuu kysymykseksi siitä, millainen on naisohjastaja B:n seksuaalimoraali?

3.3 HUKKAPREMISSI: HEVOSURHEILU KAMPPAILULAJINA

Korkein oikeus toteaa kohdassa 7: ”Urheilukilpailuihin saattaa toisinaan liittyä normaalia karkeampaa kielenkäyttöä sekä sopivuudeltaan kyseenalaisia sanavalintoja. Vihamielisiä, halventavia tai loukkaavia ilmaisuja saattavat käyttää muut kilpailijat tai yleisö. Varsinkin kamppailulajeissa kilpailijoiden tunnetila saattaa toisinaan johtaa käyttämään muista kilpailijoista ilmaisuja, jotka muissa yhteyksissä eivät ole tavanomaisia eivätkä hyväksyttäviä.”¹⁵⁸ Narratiivi luisuu sivuraiteelle. Raviurheilu ei enää rinnastu hevosurheiluun, vaan se on kamppailulaji, kuten esimerkiksi paini, vapaaottelu tai potkunyrkkeily.¹⁵⁹ Korkeimmassa oikeudessa eli konstruktioiden ja normien maailmassa, hepat voivat harrastaa kamppailulajeja: ne voivat kavionyrykkeillä, vapaaotella tai harrastaa hevospainia. Kyse on *hukkapremissistä*, joka on perustelujen kannalta tarpeeton ja harhaanjohtava.

¹⁵⁷ *Ibid.*, kohta 6.

¹⁵⁸ Korkein oikeus KKO 2005/137 kohta 7.

¹⁵⁹ Lisää kamppailulajeista esimerkiksi kamppailulajit.net- sivustolta osoitteeta [http://www.kamppailulajit.net/lajit/index.html], viitattu 15.8.2013.

Pekka Viljanen on todennut, että urheilun säännöillä on merkitystä, kun pohdintaan määrätyn kurinpitoseuraamuksen vaikutusta rikosoikeudelliseen seuraamukseen. Viljasen mukaan kyse ei ole niiden vaikutuksesta rikostunnusmerkistön täyttymiseen siinä mielessä kuin kysyttäessä esim., onko nyrkkeily pahoinpitelyä. Kunnianloukkaus on urheilusuoritukseen asiallisesti liittymätön teko. Se olisi voinut tapahtua yhtä hyvin missä tahansa kiihtymystä aiheuttaneessa tilassa.¹⁶⁰ Viljanen toteaa: ”Toisaalta kiistatonta on myös se, että A:n teosta oli hänelle jo aiheutunut kielteinen seuraus, kurinpidollinen kilpailukiello. Sellainen voi olla taloudellisesti merkittäväkin. Eikö sen jättäminen huomiotta rikosoikeudellista rangaistusta määrättäessä loukkaa myös yhdenvertaisuutta, koska silloin A:n kokonaisseuraamus muodostuu ankarammaksi? Olisiko sotalaalle sotilaskurinpitomenettelyssä määrätyn, jo suoritettuna kurinpitotoungais- tuksen tai -ojennuksen vähentämisestä tuomioistuimessa tuomittavasta rangaistuksesta luovuttava yhdenvertaisuutta loukkaavana, jollei asiasta olisi RL 6:16:ssä nimenomaista säännöstä? Sotilaskurinpitomenettely ei toisin ole sopimusperäinen vaan laissa säädetty, mutta sekään ei koske kaikkia vaan vain RL 45 luvun alaisia henkilöitä.”¹⁶¹

Analogialla kamppailulajeihin korkein oikeus saa hepat laukkaamaan ja painimaan. Juridisten konstruktioiden maailmassa hevosurheilu on kamppailulaji, jos korkein oikeus määrittää sen kamppailulajiksi. Hevosurheilu kamppailulajina ei kuitenkaan vastaa Suomen raviurheilun ja hevoskasvatuksen keskusjärjestön Suomen hippos ry:n näkemystä hevosurheilusta, eikä myöskään arkikokemusta kamppailulajeista itsepuolustus- ja taistelulajeina. Kysymys on hukkapremissistä eli urheiluoikeuden yleisten oppien arvioinnista, joka vaikuttaa harhaanjohtavasti tulkintaan.

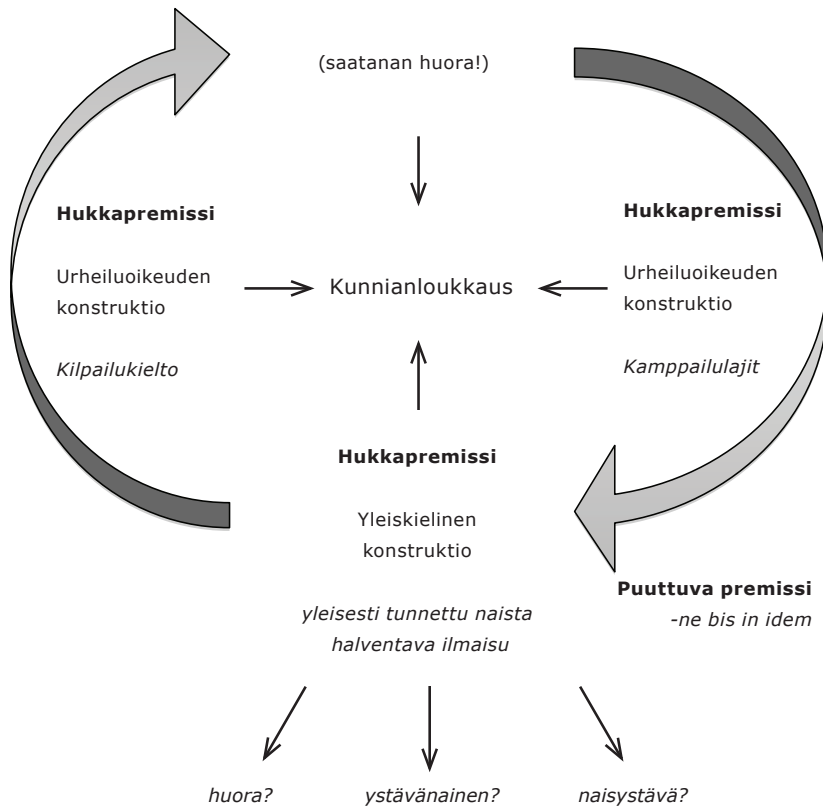
Suomen hippos ry:n ravi- ja ponikilpailusäännöissä ei ravikilpailuja rinnasteta kamppailulajeihin. Ravikilpailusäännöissä on sitä vastoin kuvattu raviradalla kiellettyä toimintaa. Esimerkiksi ravi- ja ponikilpailusääntöjen 54 §:n mukaan kilpailussa on ajettava täysiä ajokaistoja. Juoksun aikana kilpailija ei saa kaistanvaihdoin, ahdistamalla tai muulla tavoin häiritä, viivyttää tai estää toisia kilpailijoita, jättää toisen eduksi sitä ajokaistaa, joka kilpailijalla on, tai muulla tavoin antaa toiselle kilpailijalle etua, siirtyä pois siltä ajokaistalta, joka sillä oli loppusuoran alussa ellei sillä ole edellään ketään estämässä sen vauhtia tai ellei se laukkaamalla häiritse muita, koettaa saada toisia kilpailijoita huutamalla tai muulla tavoin siirtymään ajokaistaltaan tai vaihtamaan ajoasetelmia, liian nopealla hiljentämisellä aiheuttaa vaaratilanteita, voimakkaasti hiljentävällä hevosella siirtyä sisäänpäin tai ylittää tahallisesti radan reunoja.¹⁶²

¹⁶⁰ Viljanen, ”Voitiinko kunnianloukkauksesta jättää rangaistukseen tuomitsematta, KKO 2005:137”, s. 456.

¹⁶¹ *Ibid.*, s. 457.

¹⁶² Suomen Hippos ry *Ravi- ja ponikilpailusäännöt*, s. 61, osoitteessa [http://www.hippos.fi/files/5666/ravikilpailusaannot_2013.pdf], viitattu 20.1.2014.

Hukkapremissit ja puuttuva premissi polymorfisessa konstruktiossa



Kuvio 4. Ilmaisun "Saatanan huora!" oikeudellistaminen.

Kuviossa 4 on kuvattu ilmaisun *saatanan huora!* juridisointi. Yleiskielinen haukkumasana ylijuridisoidaan *yleisesti tunnetuksi naista halventavaksi ilmaukseksi*. Kyse on *hukkapremissistä*, joka vaikuttaa harhaanjohtavasti ja sysää disseminaation liikkeelle. Haukkumasanaa juridisoidaan ensin kamppailulajien kautta, minkä jälkeen arvioidaan naisraviohjastajan arvoa ja mainetta naisena. Ylijuridisointi irrottaa yleiskielisen haukkumasanan sille ominaisesta kielipelistä siirtäen sen seksuaalimoraaliin kuuluvaan kielipeliin, jossa naista arvioidaan erilaisten naisytyyppien kautta, jolloin käsitteestä tulee semanttisesti *ratkeamaton* määrityksen aina uudelleen. *Puuttuvana premissinä* on kaksoisrangaistavuuden kieltä eli *ne bis in idem*-konstruktio, jonka perusteella korkeimman oikeuden olisi tullut arvioida teon mahdollista kaksoisrangaistavuutta toisin kuin nyt tapauksessa tehtiin.

4 Murtautuminen rikoslaissa käytettynä käsitteenä¹⁶³

4.1 JOHDATUS HISTORIALLISEEN EKSEGEESIIN

Prologi: On yö. Mieshenkilö saapuu hotellin aulaan. Hän katselee ympärilleen ja huomaa kaapin, jossa hotellin yleisavainkortteja säilytetään. Hän nappaa huomaamatta yhden kortin ja kävelee toiseen kerrokseen ja saapuu erään hotellihuoneen ovelle. Mies ei koputa oveen, vaan ottaa taskustaan magneetikortin ja työntää sen varovasti ovesa olevaan kortinlukijaan. Hotellihuoneen ovi avautuu vaimeasti narahtaen ja mies astuu huoneeseen. Hän ei halua herättää huoneessa nukkuvia hotellivieraita...

Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2006/99 oli kyse tilanteesta, jossa henkilö A oli mennyt yhteensä 12 asuttuun hotellihuoneeseen hotellin aulasta anastamallaan yleisavainkortilla. Henkilö A oli avannut yleisavainkorttia käyttäen hotellihuoneiden ovet, mennyt sisään huoneistoihin asukkaiden nukkuessa ja anastanut omaisuutta kolmesta hotellihuoneesta. Yhdeksästä huoneesta A ei ollut löytänyt mitään anastettavaa. Tapauksessa kysymys oli siitä, täyttikö magneetikortilla anastamistarkoituksessa hotellihuoneeseen meno rikoslain 28 luvun 2 §:n 1 momentin 5 kohdan tarkoitetun törkeän murtautumisen tunnusmerkistön.

Virallinen syyttäjä vaati A:n tuomitsemista rangaistukseen kolmesta törkeästä varkaudesta ja yhdeksästä törkeästä varkauden yrityksestä, koska yhdeksästä huoneistosta ei ollut löytynyt anastettavaa ja tältä osin teko oli osittain jäänyt yrityksen asteelle. Rikoslain (1990/769) 28 luvun 2 §:n 1 momentin 5 kohdan mukaan varkaus on törkeä, kun rikoksentehtäjä murtautuu asuttuun asuntoon, ja tämän lisäksi varkaus on kokonaisuutena arvostellen törkeä. A oli tunkeutunut asuttuihin hotellihuoneisiin asukkaiden nukkuessa. Ei väkivaltaa käyttäen, ei tiirikoiden, ei ovia ja lukkoja hajoittaen, vaan käyttäen anastamaansa magneetikorttia. Tämän vuoksi käräjäoikeus katsoi, että tapauksessa ei täyttynyt törkeän varkauden tunnusmerkistö, vaan varkauden, koska A:n ei ollut näytetty menneen hotellihuoneisiin lukot murtamalla. Käräjäoikeus toteaa: "Hän ei ollut tun-

¹⁶³ Tässä yhteydessä *käytetty* viittaa toimintaan, jossa termi kulutetaan loppuun.

keutunut huoneisiin ovet tai lukot murtamalla taikka viekkautta käyttäen muuhun tarkoitukseen valmistetulla avaimella tai muulla asiattomalla välineellä.”¹⁶⁴ Käräjäoikeuden mukaan murtautuminen on murtautumista vasta silloin, jos huoneistoon mennään sisään väkivaltaisesti lukkoja rikkoen, ikkunoita särkien tai muuta viekkautta käyttäen ja näin päästään suljettuun tilaan.

Käräjäoikeuden tuomioista poiketen hovioikeus katsoi, että A:n tekotapa täytti törkeän varkauden tunnusmerkistön ja tuomitsi A:n kolmesta törkeästä varkaudesta ja yhdeksästä törkeästä varkauden yrityksestä. Hovioikeus toteaa: ”Arvosteltaessa tekoa rikoslain 28 luvun 2 §:n 1 momentin 5 kohdan nojalla törkeäksi, olennaista ei ollut itse murtautuminen vaan asuttuun asuntoon kohdistuneen teon aiheuttama vaara hengelle ja terveydelle sekä yksityisyyden loukkauksen aiheuttamat muut seuraukset kuin pelkät varallisuuteen kohdistuvat vahingot.”¹⁶⁵ Keskeistä ei ollut enää tekotapa eli se, kuinka suljettuun huoneistoon mennään: viekkaasti tiirikoiden, murtamalla lukkoja tai särkemällä ikkunoita, vaan keskeistä oli teon aiheuttama turvattomuuden tunne eli se, kuinka teko aiheuttaa vaaraa toisen hengelle ja terveydelle. Murtautumisen tunnusmerkistön täytyminen ei vaatinut voimakeinojen käyttämistä, vaan lukituksen aukaiseminen muulla kuin varsinaisella murtovälineellä, kvalifioi törkeän varkauden tunnusmerkistön. Hovioikeus toteaa: “[E]ttei murtautumisen tunnusmerkistön täytyminen edellyttänyt voimakeinojen käyttöä, vaan lukituksen murtaminen myös oikeudettomasti haltuun saadulla avainkortilla oli lain edellyttämää murtautumista.”¹⁶⁶

Korkeimmassa oikeudessa arvioitavana oli kysymys siitä, onko anastettua yleisavainkorttia käyttämällä tehtyä tunkeutumista asuttuun hotellihuoneeseen pidettävä edellä mainitussa lainkohdassa tarkoitettuna murtautumisena asuntoon, kun A oli tunkeutunut hotellihuoneisiin anastamistarkoituksessa. Jyrki Virolainen ja Petri Martikainen analysoivat teoksessaan *Tuomion perustelevinen* edellä selostettua korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 2006/99. Mainitun teoksen *Tulkintametodit* kohdassa Virolainen ja Martikainen siteeraavat korkeimman oikeuden ratkaisua seuraavasti: ”Tulkinnassa lähdetään aina liikkeelle säännöksen sanamuodosta, sen ajatussisällöstä. Tämä *sanamuodonmukainen* tulkinta voidaan jakaa sanamuodon normaaliin tai tavanomaiseen merkitykseen ja toisaalta juridis-tekniiseen merkitykseen perustuvaan tulkintaan. Laissa käytetyille ilmaisuille tulee yleensä antaa niiden yleiskielen mukainen merkitys, jollei ilmaisulle ole laissa säädetty erityistä merkitystä tai muutoin ole perusteltua katsoa, että ilmaisu ole käytetty erityisessä esimerkiksi juridis-tekniisessä merkityksessä.”¹⁶⁷ Virolainen ja Martikainen huomauttavat, että epäselvyystilanteessa tulee valita *juridis-tekniinen* merkitys tavanomaisen merkityksen sijaan. Tämä tulkintatapa tukee lainkäytön ennustettavuutta ja yhdenmukaisuutta eli oikeusvarmuutta. Sanamuodon mukainen tulkinta ei hyväksy analogian käyttöä eikä redusoivaa

¹⁶⁴ Korkein oikeus KKO 2006/99 käräjäoikeuden tuomio 9.11.2004.

¹⁶⁵ Korkein oikeus KKO 2006/99 hovioikeuden tuomio 18.8.2005.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Virolainen – Martikainen, *Tuomion perustelevinen*, s. 459.

tulkintaa.¹⁶⁸ Virolaisen ja Martikaisen mukaan etusija onkin sanamuodon semanttisella ja grammatikaalisella analyysillä. Jos lakitekstissä on ilmeisiä ristiriitoja lain esitöiden kanssa, ratkaisuperustaksi tulee valita lakitekstin sanamuoto. Perusteluilla on merkitystä vain lakitekstin kielellisen sisällön tulkinnassa.¹⁶⁹

Sanamuodon mukaiseen tulkintaan murtautumisen käsitteen haltuunottamiseksi päätyi myös korkein oikeus.¹⁷⁰ Kohdassa 3 korkein oikeus toteaa: ”Lähtökohdaksi voidaan asettaa, että lainsäädännössä käytettäville ilmaisuille tulee antaa niiden yleiskielinen merkitys, jollei ilmaisulle ole laissa säädetty erityistä merkitystä tai muutoin ole perustetta katsoa, että ilmaisua on käytetty erityisessä merkityksessä.” Edellä mainittu kohta 3 on otsikoitu nimellä *Murtautuminen rikoslaisa käytettynä käsitteenä*.

Korkein oikeus viittaa hallituksen esitykseen HE 66/1988 vp. todeten, että siinä ”ei määritellä, mitä murtautumisella tarkoitetaan. Asianomaisen lainkohdan perusteluissa... kuitenkin viitataan muutettavaksi ehdotetun lain valmisteluihin (HE 23/1972 vp) ja todetaan, että niiden mukaan murtautuen tehtyä varkautta ei ollut mainittu esimerkkinä törkeän varkauden tekotavoista, koska tuolloin rikoksen törkeäksi tekevinä perusteina voitiin käyttää muitakin kuin laissa nimenomaan mainittuja tekotapoja. Nykyiseen lakiin murtautumista asuttuun asuntoon ehdotettiin seikaksi, joka voi tehdä varkauden törkeäksi, koska rikoksen voi nykyisin katsoa törkeäksi vain laissa nimenomaisesti mainituilla perusteilla. Lain esitöistä siten ilmenee, että säännöksen sananvalintaan ovat vaikuttaneet rikoslain aikaisemmat murtautuen tehtyä varkautta koskevat säännökset.”¹⁷¹ Rikoslain 28 luvun 2 §:ssä on viiden kohdan tarkkuudella lueteltu ne seikat, milloin varkaus on luettavissa törkeäksi. Viimeisenä rikoksen kvalifiointiperusteena on murtautuminen *suljettuun asuntoon*. Alan peruskommentaarissa on katsottu, että kyseinen tekotapa loukkaa asunnon haltijan kotirauhaa ja teko on omiaan aiheuttamaan turvattomuuden tunnetta. Asuttu asunto tarkoittaa tarkoittaa vakituista asuntoja ja myös kesäasuntoa. Kyseinen peruste ei sovellu silloin, jos asuntoa ei tosiasiallisesti käytetä asuntona. Kommentaarissa myös todetaan, että murtautumista on myös lukituksen avaaminen omaisuutta rikkomatta esimerkiksi käyttämällä väärää avainta tai tiirikkaa. Perustetta ei voida soveltaa silloin, kun murtautumisen kohteena ovat kellarikomerot, varastot, autotallit tai asunnosta erillään oleva sauna. Jos tekijä on murtautunut asuttuun asuntoon, on lähtökohtaisesti kyseessä törkeä varkaus.¹⁷²

Törkeän varkauden perustyyppi on yöllä johonkin tilaan tunkeutuminen arvokkaan omaisuuden anastamis- ja edelleenmyymistarkoituksessa joko ik-

¹⁶⁸ Sanamuodon mukainen tulkinta ja myös redusoiva tulkinta palautuu tietenkin Aleksander Peczenikin yleisesti tunnettuihin tulkintakehiin. Tässä yhteydessä Virolainen ja Martikainen eivät kuitenkaan viittaa Peczenikiin.

¹⁶⁹ Virolainen – Martikainen, *Tuomion perusteleminen*, s. 459.

¹⁷⁰ Sanamuodon mukaisesta tulkinnasta Ks. myös Aarnio, *Läntulkinnan teoria*, s. 165-166; Aarnio, *Tulkinnan taito*, s. 296; Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 338.

¹⁷¹ Korkein oikeus KKO 2006/99 kohta 4.

¹⁷² Frände – Wahlberg – Tolvanen – Tapani – Viljanen, ”Törkeä varkaus”, teoksessa *Keskeiset rikokset*, s. 365.

kuna rikkomalla tai lukitus murtamalla.¹⁷³ Korkein oikeus toteaa kohdassa 5: “Murtautumiseen katsottaneen yleensä sisältyvän jonkinasteista väkivallan käyttöä.”¹⁷⁴ Korkein oikeus vahvistaa sen, että murtautumisen käsitteen yhteydessä edellytetään käytettävän väkivaltaa. Korkein oikeus jatkaa: “Koska murtautumista on nyt käsillä olevassa lainkohdassa käytetty sille rikosoikeudessa muodostuneessa merkityksessä, on tarpeen tarkastella sanan aikaisempaa käyttöä rikoslaisissa.”¹⁷⁵ Näin toimien korkein oikeus liittää murtautumisen ja väkivallan käytön semanttisesti yhteen. Murtautuminen tekotapana, ja murto rikoksen nimikkeenä liitetään erityisen paheksuttavien anatusrikosten kielipeliin. Korkein oikeus toteaa kohdassa 5: “Murtautumista tekotapana ja murtoa rikoksen nimenä on rikoslainsäädännössä käytetty pitkään erityisen paheksuttavien anastusrikosten yhteydessä.”¹⁷⁶

Korkein oikeus toteaa kohdassa 4, että voimassa olevassa laissa tai hallituksen esityksessä (HE 66/1988 vp), ei määritellä, mitä murtautumisella oikeudellisesti tarkoitetaan.¹⁷⁷ Kyseisen lainkohdan perusteluissa kuitenkin viitataan ehdotetun lain valmistelutöihin (HE 23/1972 vp), josta käy ilmi, että murtautuen tehtyä varkautta ei ollut mainittu esimerkkinä törkeän varkauden tekotavoista, koska silloin rikoksen törkeäksi tekevinä perusteina voitiin käyttää muitakin kuin laissa nimenomaan mainittuja tekotapoja.¹⁷⁸ Näin lausumalla korkein oikeus palaa vuoden 1889 rikoslakiin, jonka 28 luvun 2 §:n mukaan törkeän varkauden tunnusmerkistön täytti “sisään murtautuen” tehty varkaus. Korkeimman oikeuden tekemä historiallinen eksegeesi päättyy 1889 rikoslakiin. Tarpeen ei ole enää mennä keisarillisen Suomen autonomian aikaan eli 1734 rikoskaareen.

Korkein oikeus toteaa kohdassa 6, että suljettuun tilaan voitiin päästä viekkautta ja myös väkivaltaa käyttäen. Murtona rangaistiin myös suljettuun tilaan tunkeutumista “tiirikalla, väärällä avaimella tai muuten viekkautta käyttäen laitto itsellensä pääsyn tahi aukon kartanoon, taloon, alukseen tai suljettuun säilytyspaikkaan.”¹⁷⁹ Korkein oikeus jatkaa, että “[m]ainittuun lainsäädäntöön pohjautuvassa ratkaisussa KKO 1958 II 26 törkeäksi varkaudeksi katsottiin romuliikkeen varastoon kohdistunut anastus, kun varastoon oli tunkeuduttu kiipeämällä varastoaluetta ympäröivän 2,5 metrin korkuisen aidan yli...”¹⁸⁰ Murtautumisen käsite ei edellytä väkivallan käyttöä, vaan murtautumisena voidaan pitää myös muulla tavalla tehtyä luvaton tunkeutumista suljettuun tilaan.

¹⁷³ Törkeän varkauden perustyyppistä Ks. Frände – Wahlberg – Tolvanen – Tapani – Viljanen, “Törkeä varkaus”, teoksessa *Keskeiset rikokset*, s. 363.

¹⁷⁴ Korkein oikeus KKO 2006/99 kohta 5.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Korkein oikeus ei käytä sanaa *oikeudellisesti* kyseisessä perustelulauseessa, vaikka lause viittaakin oikeudellisiin perusteluihin.

¹⁷⁸ Korkein oikeus KKO 2006/99 kohta 4.

¹⁷⁹ *Ibid.*, kohta 6.

¹⁸⁰ *Ibid.*

4.2 KOKONAAN PUUTTUVA PREMISSI: 2000-LUVUN SÄHKÖINEN LUKITUSTEKNOLOGIA¹⁸¹

Korkein oikeus toteaa kohdassa 8: "Murtautuminen asuttuun asuntoon on voimassa olevan rikoslain 28 luvun 2 §:ää koskevan hallituksen esityksen mukaan (HE 66/1988 vp s. 38) katsottu aiheelliseksi ottaa törkeään varkauden tekemukseksi sen vuoksi, että teko loukkaa kotirauhaa ja on omiaan herättämään erityistä turvattomuuden tunnetta. Murtautumiseen voidaan vielä katsoa sisältyvän ilmeinen vaara siitä, että teko johtaa väkivallan käyttöön. Säännöksen taustalla olevien näkökohtien kannalta ei ole ratkaisevaa merkitystä sillä, tapahtuuko laitton tunkeutuminen lukittuun tilaan rakenteita rikkomalla tai tiirikkaa tai muuta apuvälinettä käyttäen taikka anastetulla avaimella."¹⁸² Suljettuun tilaan voidaan tunkeutua muutoinkin kuin voimakeinoja käyttämällä. Murtautumisen käsitteen sisään menee myös anastetulla avaimella tai magneetikortilla tapahtuva luvaton tunkeutuminen asuttuun suljettuun tilaan. Korkein oikeus katsoo kohdassa 9 "olevan perusteltua tulkita rikoslain 28 luvun 2 §:n 1 momentin 5 kohtaa siten, että siinä tarkoitettuna murtautumisena voidaan pitää myös anastetulla avaimella tai avainkortilla tehtyä suljettuun asuntoon tai huoneeseen tunkeutumista."¹⁸³

Anastettua yleisavainkorttia käyttämällä anastamistarkoituksessa tehtyä tunkeutumista asuttuun hotellihuoneeseen on pidettävä rikoslain 28 luvun 2 §:n 1 momentin 5 kohdassa tarkoitettuna murtautumisena asuttuun asuntoon. Törkeään varkauden perustyyppi eli tunkeutuminen johonkin tilaan yöaikana ikkuna rikkomalla tai lukitus murtamalla juridisoidaan. Käräjäoikeus ei pitänyt A:n tekoja murtautumisena, vaan katsoi törkeään varkauden tunnusmerkistön täyttymisen edellyttävän voimankäyttöä. Käräjäoikeus toteaa: "Hän ei ollut tunkeutunut huoneisiin ovet tai lukot murtamalla taikka viekkautta käyttäen muuhun tarkoitukseen valmistetulla avaimella tai muulla asiattomalla välineellä."¹⁸⁴ Käräjäoikeuden mukaan murtautuminen on murtautumista vasta silloin, kun huoneistoon mennään sisään lukkoja rikkoen tai ikkunoita särkien eikä viekkautta ei ole käyttää hotellin omaa yleisavainkorttia hotellihuoneiden ovien aukaisemiseen, vaan rikoksenteijältä vaaditaan improvisointikykyä, kuten käräjäoikeus toteaa "muuhun tarkoitukseen valmistelulla avaimella tai muulla asiattomalla välineellä."¹⁸⁵ Huoneen oven voi yrittää aukaista esimerkiksi vääntämällä lukkoa sorkkaraudalla tai putkipihteillä tai poraamalla lukkoon reikiä. Narratiivi katkeaa sanarajaan sillä murtautumisen konstruktio ei pidä sisällään muulla tavoin tapahtunutta tunkeutumista suljettuun tilaan kuin murtautumisesta voimakeinoja käyttämällä tai viekkautella lukkoja tiirikoimalla. Käräjäoikeus sivuuttaa 2000-luvun lukitustekniikan, eikä perustelujen polku etene tarkas-

¹⁸¹ Kokonaan puuttuva premissi on konstruktio, joka puuttuu täysin perusteluista. Kokonaan puuttuva premissi tulee erottaa piilevästä premisistä, joka on perustelulauseessa, mutta sitä ei julkilausuta.

¹⁸² Korkein oikeus KKO 2006/99 kohta 8.

¹⁸³ *Ibid.*, kohta 9.

¹⁸⁴ Korkein oikeus KKO 2006/99 käräjäoikeuden tuomio 9.11.2004.

¹⁸⁵ *Ibid.*

telemaan sitä, miten murtautumista tulee arvioida 2000-luvun premissein. Sähköisestä lukitustekniikasta tulee *kokonaan puuttuva premissi*. Käräjäoikeuden mukaan murtautumista on esimerkiksi tiirikointi timanttitiirikalla, käärmetiirikalla tai pallotiirikalla, mutta ei huoneen yleisavainkortilla.

Väitöskirjassaan *Tahallisuudesta rikosoikeudessa* Jussi Matikkala pohtii sanaraja päätyen johtopäätökseen, että ei ole helppoa sanoa, missä kohdassa sanaraja kulkee. Hänen mukaansa “[e]rityismerkityksillä operoinnin tulee edellyttää jonkinlaista tunnistettavuutta, joka toteutuu määritelmässä mutta voi olla käsitteellisesti myös mm. sen vuoksi, että ilmauksella ei ole yleiskielistä vaan ainoastaan juridis-tekniinen merkitys. Eri asiat ovat ilmaisun merkitysalalla lähempänä ja kauempana ydintä. Tulkintaa jää vaivaamaan tietty liukuvuus.”¹⁸⁶ Matikkalan jaottelu merkityksen ydinalueeseen ja reunavyöhykkeeseen palautuu tietenkin H.L.A Hartin tunnettuun teokseen *The Concept of Law*, johon Matikkala ei kuitenkaan viittaa.

Sanaraja-konstruktion toiminta näkyy esimerkiksi myös tapauksessa KKO 2007/77, jossa kyse oli ajokielion pituudesta. Tapauksessa mieshenkilö oli vuonna 2003 syyllistynyt törkeään liikenneturvallisuuden vaarantamiseen ja vajaa kolme vuotta myöhemmin rattijuopumukseen. Käräjäoikeus katsoi että, koska mieshenkilö oli *ensin* syyllistynyt törkeään liikenneturvallisuuden vaarantamiseen ja tämän *jälkeen* rattijuopumukseen, ei hänelle voitu määrätä vähintään kuuden kuukauden mittaista ajokieltoa. Käräjäoikeus totesi: “Säännöksen sanamuodon mukaan uusimissäännöstä sovellettiin vain tapauksiin, joissa aiempi rikos oli ollut rattijuopumus (tai törkeä rattijuopumus) ja uusi rikos rattijuopumus, törkeä rattijuopumus tai törkeä liikenneturvallisuuden vaarantaminen. Se, oliko säännöksen tarkoituksena ollut, että uusimisvaikutus toimisi myös sellaisessa tilanteessa, jossa aikaisempi rikos oli ollut rattijuopumusrikoksen sijasta törkeä liikenneturvallisuuden vaarantaminen, ei ilmennyt edes lainkohdan esitöistä.” Teot on tehtävä oikeassa järjestyksessä, jotta ajokielto vaaditun mukaisena voidaan tuomita. Keskeistä on lain sanamuoto ja oikea aikarakenne. Jos näin ei ole, sanaraja tulee vastaan. Hovioikeus ja korkein oikeus päätyivät aikanaan samalle kannalle kuin käräjäoikeus.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Matikkala, *Tahallisuudesta rikosoikeudessa*, s. 19 ja 55.

¹⁸⁷ Mielenkiintoista edellä selostetussa tapauksessa on hovioikeuden eriävä mielipide, jossa hovioikeudenneuvos Halijoki totesi tieliikennelain 78:n 1 momentin 1 kohdan sanamuodon olevan tulkinnanvarainen ja kyseistä säännöstä on tarkoitettu sovellettavaksi myös silloin, kun aikaisempi rikos oli törkeä liikenneturvallisuuden vaarantaminen. Halijoki toteaa, että “[t]ieliikennelain 78 §:n 1 momentin 1 kohdan sanamuoto oli tulkinnanvarainen. Tulkinnanvaraista rikosoikeudellista säännöstä oli tulkittava siten, että sille voitiin antaa sen tarkoitusta vastaava ja johdonmukainen sisältö, ellei tämä tulkinta johtanut selvään ristiriitaan säännöksen sanamuodon kanssa. Edellä mainitun säännöksen yleiskielen mukainen tulkinta johti siihen, että siinä käytetty uudelleen-sana viittasi vain rattijuopumukseen. Luettaessa säännöstä tämän tulkinnan valossa merkitystä, ei ollut sillä, oliko tekijä syyllistynyt törkeään liikenneturvallisuuden vaarantamiseen ennen vai jälkeen rattijuopumukseen syyllistymisen. Säännöksen sanamuoto oli tällöin nyt kysymyksessä olevalta osin seuraava: ‘jos rattijuopumukseen syyllistynyt kuljettaja on viiden vuoden aikana syyllistynyt ... törkeään liikenneturvallisuuden vaarantamiseen.’ Tämä tulkinta oli sopuoinnussa säännöksen tarkoituksen kanssa eikä se ollut ristiriidassa lainkohdan sanamuodon kanssa.” Halijoki näin ollen katsoi, että tekijä voitiin tuomita vähintään kuuden kuukauden mittaiseen ajokieltoon. Halijoen kannassa sanaraja ei näin ollen muodostunut esteeksi tuomita tekijälle vähintään kuuden kuukauden mittaista ajokieltoa.

Toisin päätyy hovioikeus, joka toteaa, että rikoslain 28 luvun 2 §:n 1 momentissa on lueteltu tyhjentävästi ne seikat, joiden perusteella varkaus voidaan katsoa törkeäksi. Perusteluissaan hovioikeus vetosi edellä mainitun lain 5 kohtaan, jossa säännellään varkauden törkeydestä silloin, kun murtautumisen kohteena on asuttu asunto.¹⁸⁸ Hovioikeus vetoaa myös edellä mainitun lain esitöihin. Lain esitöissä ei oltu määritelty, mitä murtautumisella tarkoitetaan. Kyse on siitä, että lainsäätäjällä ei ollut kertonut, mitä murtautumisen konstruktio pitää sisällään. Hovioikeus toteaa: ”Arvosteltaessa tekoa rikoslain 28 luvun 2 §:n 1 momentin 5 kohdan nojalla törkeäksi, olennaista ei ollut itse murtautuminen vaan asuttuun asuntoon kohdistuneen teon aiheuttama vaara hengelle ja terveydelle sekä yksityisyyden loukkauksen aiheuttamat muut seuraukset kuin pelkät varallisuuteen kohdistuvat vahingot.”¹⁸⁹

Antti Pihlajamäki huomauttaa kyseisen ratkaisun kommentaarissa ”Onko yleisavain murtoväline”, että tässä ”ratkaisussa on perustellusti annettu murtautumisen käsitteelle jossain määrin yleiskielisestä poikkeava merkitys, mitä on käytännön kannalta pidettävä hyvinkin tarkoituksenmukaisena.”¹⁹⁰ Pihlajamäen mukaan ratkaisu selkiinnyttää rikoslain 28 luvun 2 §:n 1 momentin 5 kohdan soveltamista. Pihlajamäen päätelmät ovat oikean suuntaisia, mutta hänen kommenttinsa eivät tavoita murtautumisen konstruktion *liikettä* eli sitä, miten konstruktiota juridisoidaan. Kielipeli vaihtuu mentäessä yhä ylempiin oikeusasteisiin. Yleiskielinen murtautumisen käsite laajenee. Kyse on laventavasta tulkinnasta, *en extensiv tolkning*, jossa lakitekstin sanamuotoa lavennetaan sen yleiskielisen merkitysalueen ulkopuolelle. Laventavan tulkinnan *extensiv tolkning* ja oikeusanalogian erottaminen on kuitenkin käytännössä vaikeaa. Aleksander Peczenikin hahmottelemat tulkintakehät onkin ymmärrettävä viitteellisinä. Sanoille ei voida piirtää rajoja näkyviin sen selvittämiseksi, milloin tulkinta vaihtuu esimerkiksi laventavasta tulkinnasta analogian käyttöön.¹⁹¹ Esimerkiksi Alf Rossilla laventava tulkinta ja oikeusanalogia rinnastuvatkin toisiinsa.¹⁹²

Kun käräjäoikeudessa kyse oli varallisuuteen kohdistuvista vahingoista, oli hovioikeudessa kyse teon aiheuttamasta vaarasta eli vaarasta hengelle, terveydelle ja vaarasta yksityisyydelle. Hovioikeus ja korkein oikeus eivät valitse käräjäoikeuden tavoin avainpremissikseen sanaraja-konstruktiota. Korkein oikeus kuitenkin ylikuormittaa murtautumisen käsitteen. Murtautumisesta tulee *käytetty käsite*.

¹⁸⁸ Törkeän varkauden tekotyyppi toki vaatii rikoslain 28 luvun 2 §:n 2 momentin mukaan myös sen, että teko on kokonaisuutena arvostellen törkeä.

¹⁸⁹ Korkein oikeus KKO 2006/99 hovioikeuden tuomio 18.8.2005.

¹⁹⁰ Pihlajamäki, ”Onko yleisavain murtoväline, KKO 2006:99”, s. 303.

¹⁹¹ Peczenik puhuu *en extensiv tolkning*. Peczenikin hahmottelemat tulkintakehät ovat *en bokstavstolking*, *en restriktiv tolkning*, *en reducerande tolkning*, *en extensiv tolkning* ja *en analogisk tolkning*. Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 338.

¹⁹² Ross, *On the Law and Justice*, s. 149. Ross toteaa: ”ekstensive interpretation (interpretation by analogy) is the term used when pragmatic considerations result in the application of the rule to situation which, regarded in the light of ‘natural linguistic reading,’ clearly fall outside its field of reference.”

Korkeimman oikeuden ratkaisun väliotsakkeessa todetaan *murtautuminen rikoslaissa käytettynä käsitteenä*.¹⁹³ Rikoslain 28 luvun 2 §:n 1 momentin 5 kohta ei kuitenkaan kerro, mitä murtautumisella oikeudellisesti tarkoitetaan. Korkein oikeus rekonstruoi lain esitöitä ja keskittyy historialliseen eksegeesiin ratkaisun kohdissa 4 ja 5. Painopiste ratkaisussa siirtyy lain esitöihin ja systematiikkaan *retrospektiivisesti* eli ajassa taaksepäin katsovasti. Korkein oikeus jatkaa kohdassa 6: "Vuoden 1889 rikoslain 28 luvun 2 §:n mukaan törkeänä varkautena pidettiin muun muassa 'sisään murtautuen' tehtyä varkautta." Korkein oikeus jatkaa edelleen: "Säännöstä on tulkittu siten, että pääsy suljettuun paikkaan voitiin hankkia paitsi väkivaltaa myös 'viekkautta' käyttäen."¹⁹⁴

Toisin kuin mitä käräjäoikeus teki, korkein oikeus ei valitse jutun *avainpremissiksi* sanaraja-konstruktioita, vaan se sysää sanarajan sivuun käyttäen perustelussaan 1889 lain esitöitä ja 1950-luvun prejudikaattia. Mutta eikö agrariyhteiskunnan ja autonomian ajan Suomen haikailu johda narraatiota polulla väärään suuntaan? Miten 1950-luvun prejudikaatti ja 1899 lain esityöt ovat uskottavia ja toimivia 2000-luvun konteksteissa? Korkein oikeus jatkaa kohdassa 6: "Samana luvun 3 §:n mukaan murrosta rangaistiin myös se, joka anastamistarkoituksessa 'tiirikalla, väärällä avaimella tai muuten viekkautta käyttäen laittoi itsellensä pääsyn tahi aukon kartanoon, taloon, alukseen tai suljettuun säilytyspaikkaan."¹⁹⁵ Törkeää varkautta on anastamistarkoituksessa tehty väkivaltainen murtautuminen suljettuun tilaan, mutta myös tiirikointi ilman lukkoon kuuluvaa avainta ja myös väärällä avaimella lukon aukaiseminen voi olla törkeää varkautta. Tiirikointi ilman lukkoon kuuluvaa avainta ilmentää tekijässään nokkeluutta ja oveluutta, mutta millainen merkityssisältö voidaan antaa ilmaisulle muuten viekkautta käyttäen?

Voiko magneetikortti historiallisen taaksepäin katsovan eksegeesin merkityksessä olla viekasta murtautumista? Koska murtautumista on nyt käsillä olevassa lainkohdassa käytetty sille rikosoikeudessa muodostuneessa merkityksessä, korkein oikeus todellakin tarkastelee sanan aikaisempaa käyttöä rikoslaissa, ja tarkastelee laajemminkin hakien analogia-apua 1950-luvun prejudikaatista. Kohdassa 6 korkein oikeus lausuu: "Mainittuun lainsäädäntöön pohjautuvassa ratkaisussa KKO 1958 II 26 törkeäksi varkaudeksi katsottiin romuliikkeen varastoon kohdistunut anastus, kun varastoon oli tunkeuduttu kiipeämällä varastoa aluetta ympäröivän 2,5 metrin korkuisen aidan yli."¹⁹⁶ Edellä mainitussa varas oli kiivennyt anastamistarkoituksessa romuvarastoon ylittämällä 2,5 -metrinen aita. *Prima facie* lähtökohtaisesti hyppääminen romuliikkeen aidan yli, kuten tapauksessa KKO 1958 II 26, ei ole suljettuun tilaan eli tässä tapauksessa hotellihuoneeseen menemistä. Tapausten välisten tosiseikastojen samankaltaisuutta on vaikea havaita, ja kyse on *non sequitur* -tyyppisestä virhepäätelmästä. Väärin valittu prejudikaatti johtaa analogiaa väärälle polulle. Kyse ei ole kahden tapauksen tosiseikastojen samankaltaisuuden vaikutelmasta, vaan tosiasiaa pe-

¹⁹³ Korkein oikeus KKO 2006/99 väliotsake ennen perustelujen kohtaa 3.

¹⁹⁴ *Ibid.*, kohta 6.

¹⁹⁵ *Ibid.*, kohta 6.

¹⁹⁶ *Ibid.*

rustelunarratiiviin lisätystä *hukkapremissistä*. Vaikutelma samankaltaisuudesta tulee vasta silloin, kun korkein oikeus näin lausuu. Sanojen yleiskielinen merkitys ei kuitenkaan tämänkaltaista tulkintaa tue, mutta juridisten konstruktioiden maailmassa suljettuun tilaan meneminen on rinnasteinen romuvaraston aidan yli hyppäämiseen.

Korkein oikeus tekee historiallisen eksegeesin perinpohjaisesti, mutta samanaikaisesti se *kuluttaa loppuun* murtautumisen käsitteen. Korkein oikeus toteaa: ”Murtautumista on nyt käsillä olevassa lainkohdassa käytetty sille rikosoikeudessa muodostuneessa merkityksessä, on tarpeen tarkastella sanan *aikaisempaa* käyttöä rikoslaissa.”¹⁹⁷ Korkeimman oikeuden tekemästä perusteellisesta murtautumisen sanan *aikaisemman* käytön tarkastelusta seuraa, että murtautumisen käsite ei toimi tyydyttävästi, vaan murtautumisen semanttinen *intensio* jämähtää menneeseen aikaan, kun murtautumista tarkastellaan 1889 lain esitöiden ja 1950-luvun prejudikaatin kautta.¹⁹⁸ *Sed ipse dixit!* Korkein oikeus sanoo sen itse: murtautumisen käsite on *käytetty käsite* eli *second hand* -käsite. Yhtä loppuunkulunut ja puhkuruostunut kuin autonomian ajan takorautaiset lukot ja lukkojen avaimet. Takorautalukot ja niiden avaimet kuuluvat wanhaan ja menneeseen aikaan samoin kuin 1950-luvun romuvarastoon hyppääminen, vaikka 1950-luvulla olikin jo kyse teollistuvan ja vaurastuvan Suomen ajasta. Puuttumaan jää kokonaan oikeuskirjallisuuden kanta nykyaikaisiin ovien lukitusmuotoihin ja myös sähkölukitukseen. Sähkölukituksen puuttumisesta eli modernista lukitusteknologista tulee tapauksessa *puuttuva premissi*. Narratiivi ei kerro sanakaan, mitä magneetikortilla murtautuminen on, ja mihin yhteiskunnalliseen- ja teknologiseen kontekstiin kyseisellä tavalla tehty murtautuminen sijoittuu 2000-luvun murtautumisvälineenä. Antti Pihlajamäki pohtii tapausta koskevassa kommentaarissa ”Onko yleisavain murtoväline,” tietomurron yhteydessä käsiteltyä murtautumisen käsitettä. Pihlajamäki toteaa: ”Rikoslain 38 luvun 8 §:n tietomurtoa koskevassa kriminalisoinnissa käytetään verbiä ’murtaa’, ja säännöksen perusteluissa (HE 94/1993, s. 155) todetaan sanaa käytetyn perinteisestä käytöstä poiketen kielikuvana korostamaan juuri sitä, että turvajärjestelyn läpäisyyn on oltava luvatonta. Toiselle kuuluvan salasanan käyttäminen suojattuun tietojärjestelmään tunkeuduttaessa rinnastuu itse asiassa hyvin anastetun avaimen käyttämiseen lukittuun huoneeseen tunkeutumisessa.”¹⁹⁹ Eikö siis rikosoikeuden terminologiaa tulisi päivittää yhteiskunnan muuttumisen mukana, ja tarkastella huoneeseen luvatonta tunkeutumista 2000-luvun välinein? ²⁰⁰

Korkein oikeus toteaa kohdassa 5: ”Murtautumiseen katsottaneen yleensä sisältyvän jonkinasteista väkivallan käyttöä.”²⁰¹ Murtautuminen ja väkivallan

¹⁹⁷ Korkein oikeus KKO 2006/99 kohta 5.

¹⁹⁸ Vaikka ekstensio eli ratkaisun kohdentuvuus onkin kohdallaan eli se, onko lukituksen avaaminen murtautumista.

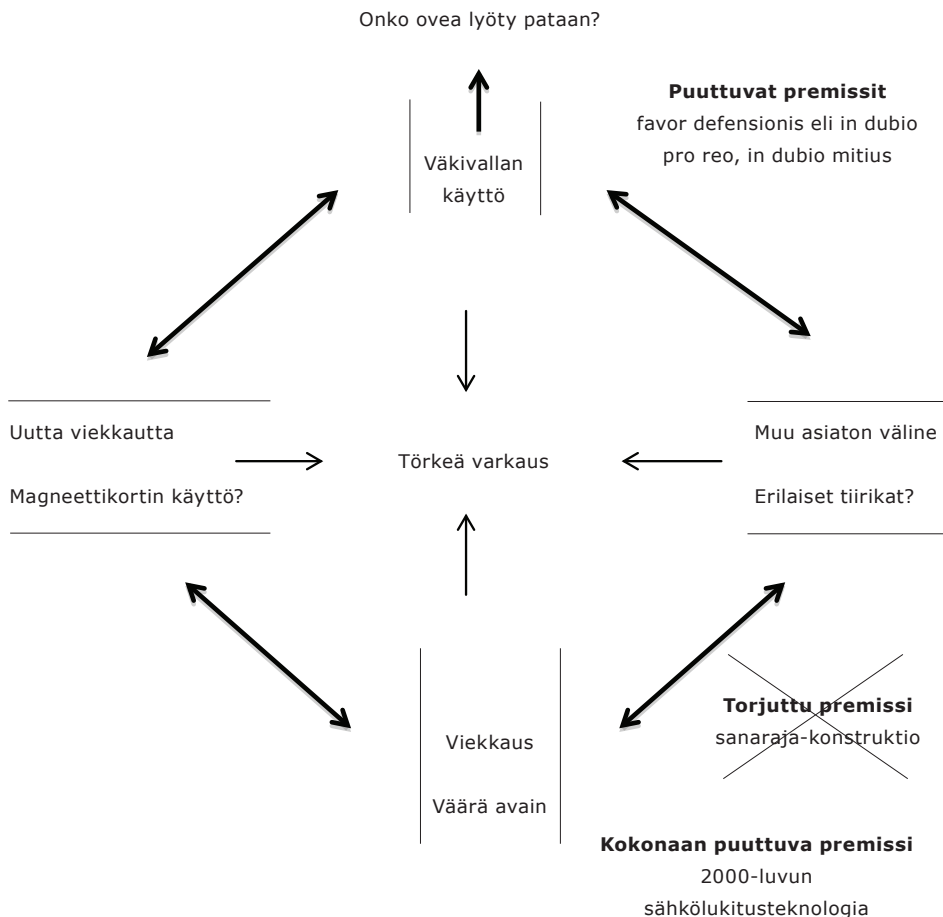
¹⁹⁹ Pihlajamäki, ”Onko yleisavain murtoväline?”, KKO 2006:99”, s. 303.

²⁰⁰ Simo Zitting on huomauttanut jo 1952 ilmestyneessä kirjoituksessa terminologian päivittämisen tarpeesta. Zitting viittaa omistusoikeuskäsitteeseen, jonka ”oli määrä tulla”, kun agrariyhteiskunnasta siirryttiin vaihdantatalouteen. Zitting, ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, II” s. 530–531. Ks. myös Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 865.

²⁰¹ Korkein oikeus KKO 2006/99 kohta 5.

käyttö linkittyy narratiivissa toisiinsa. Väkivalta kohdistuu henkilöiden sijasta myös esineisiin. Onko ovea siten lyötävä pataan ennen kuin murtautumisen tunnusmerkistö täyttyy? Korkein oikeus tekee sanoille semanttista väkivaltaa. Arkikielinen merkitys vääristyy ja vinoutuu. Korkein oikeus unohtaa, että voimankäyttö arkikielen merkityksessä voi kohdistua sekä henkilöön ja esineeseen, mutta väkivalta voi kohdistua vain henkilöön. Eri asia on väkivaltainen voimankäyttö, joka voi kohdistua myös esineeseen. Väkivaltainen toimii substantiivin määreenä ja atribuuatti kertoo sen, millaista voimankäyttö on. Esineeseen ei ole mahdollista kohdistaa voimankäyttöä väkivaltaa toisin kuin henkilöön.

Polymorfinen konstruktio murtautuminen



Kuvio 5. Oikeudellisen polymorfisen konstruktion muotoamisprosessi

Kuviossa 5 on kuvattu murtautumisen oikeudellistaminen. Sanarajat on piirretty näkyviin. Toisin kuin myöhemmässä ratkaisussa KKO 2008/94 *Onko sanoilla rajat?* tässä ratkaisussa ylivertaisesta sanaraja-konstruktioista huolimatta prosessi päättyi *oikeudellisesti onnistuneeseen metamorfoosiin*. Korkeimmassa oikeudessa sanaraja-konstruktio oli tässä tapauksessa *torjuttu premissi*. Historiallinen eksegeesi oli vahvempi kuin sanaraja. 2000-luvun sähköinen lukitusteknologia on tapauksessa *kokonaan puuttuva premissi*. Korkein oikeus ei arvioinut luvatonta hotellihuoneeseen menoa magneettikortilla käyttäen nykyajan lukitusteknologian mukaisesti kuin mitä sen olisi pitänyt tehdä, vaan turvautui Suomen autonomian ajan lukitusvälineisiin. Konstruktio *favor defensionis* (puolustuksen suosimisen periaate) ja sen osakonstruktiot eli *in dubio pro reo* ja *in dubio mitius* (näytön osalta tuomioistuimen on ratkaistava syytetyn eduksi ja epäselvässä laintulkintatilanteessa tuomioistuimen pitää valita syytetyn kannalta lievempi vaihtoehto) on kuvattu kuvioon *kokonaan puuttuvina premissinä*. Kyse on premisseistä, jotka olisi voitu valita ratkaisun *avainpremissiksi* ja joiden käyttäminen olisi todennäköisesti vaikuttanut toisin siihen, miten tapaus nyt ratkaistiin.

5 Onko sanoilla rajat?

5.1 SÄÄNTÖ JA KÄÄNTÖ

Prologi: Valvontakomission varajohtaja kenraali Grigori Savonenkov ryntää huoneeseen juuri silloin, kun sotasyällisysoikeus on valmistelemassa tuomiotaan... ”Ei riitä, syytetyt pitää tuomita ankarampiin rangaistuksiin!”, karjuu Savonenkov ja katsoo tuomioistuimen jäseniä kädet nyrkkiin puristuen... Muutamaa päivää myöhemmin sotasyällisysoikeus julistaa tuomionsa: ”Tasavallan presidentti Risto Ryti tuomitaan kymmeneksi vuodeksi kuristushuoneeseen. Pääministeri J.W Ragnell, kuudeksi vuodeksi vankeuteen. Pääministeri Edwin Linkomies, viideksi vuodeksi ja kuudeksi kuukaudeksi vankeuteen. Ministeri Väinö Tanner viideksi vuodeksi ja kuudeksi kuukaudeksi vankeuteen, Suurlähettiläs T.M. Kivimäki, viideksi vuodeksi vankeuteen...”

Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2008/94 käsiteltiin sotasyällisysoikeuden vuonna 1946 langettaman tuomion jälkikäteistä purkamista. Purkuhakemus koski valtiovarainministeri, toimitusjohtaja Väinö Alfred Tannerille langetetun 5 vuoden 6 kuukauden ehdottoman vankeustuomion purkamista. Tuomionpurkuvaatimus on yksiselitteinen. ”Korkeimman oikeuden on purettava Väinö Tannerin osalta ns. sotasyällisyystuomio kumoten välittömästi siinä langetettu vankeustuomio oikeudenkäymiskaaren 31 luvun 14 §:n mukaisesti.”²⁰²

Korkeimmalle oikeudelle osoittamassaan tuomionpurkuhakemuksessa Väinö Alfred Tannerin pojanpoika Ilkka Tanner vaati isoisänsä tuomion purkamista seuraavin perustein: ”Esteelliset tuomarit tuomitsivat epäoikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä taannehtivan lain perusteella. Väinö Tannerin ehdottomaan vankeusrangaistukseen.”²⁰³ Kyse oli oikeudenkäyntimenettelystä, jossa sotasyällisysoikeus sovelsi taannehtivaa rikoslakia. Kyseinen sotasyällisyyslaki säädettiin varta vasten tuomitsemaan sen aikaista Suomen poliittista johtoa. Korkeimmalle oikeudelle osoitetussa tuomionpurkuhakemuksessa todetaan: ”Eduskunta hyväksyi tämän Suomen oikeusjärjestelmän ja valtiojärjestyksen vastaisen lain julistaen sen kiireelliseksi 12.9.1945. Todettakoon että poissa oli 48 edustajaa, tyhjiä ääniä annettiin 10 ja lakia vastusti 12 kansanedustajaa ja sen puolesta äänesti 129 kansanedustajaa, joten sillä ei ollut mitenkään vakuuttava kannatus eduskunnassa.”²⁰⁴

Oikeudenkäyntimenettely oli epäoikeudenmukainen myös tuomioistuimen kokoonpanon osalta. Sotasyällisysoikeuden tuomareista osa oli jäävejä.²⁰⁵

²⁰² Asianajotoimisto Kari Silventoinen, *Sotasyällisyystuomio, Ilkka Tannerin purkuhakemus*, osoitteessa [http://www.silvennoinen.fi/16], viitattu 27.1.2014.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Asianajotoimisto Kari Silventoinen, *Sotasyällisyystuomio, Ilkka Tannerin purkuhakemus*, osoitteessa [http://www.silvennoinen.fi/16], viitattu 27.1.2014.

²⁰⁵ Tuomioistuimen kokoonpanon jääviydestä Lindstedt – Löytömäki, *Sotasyällisysoikeudenkäynti*, s. 43–44, osoitteessa [http://oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/222010sotasyällisysoikeudenkäynti/Files/22_2010_Sotasyällisysoikeudenkäynti_102_s..pdf], viitattu 27.1.2014.

Tuomionpurkuhakemuksessa todetaan: “ Kaksi sotasyällisysoikeuden tuomareista oli ilmiselvästi jääviä. Hertta Kuusinen ja Eino Pekkala olivat Väinö Tannerin julkisia vihاميةhiä ja nämä seikat vaikuttivat jutun lopputulokseen.”²⁰⁶ Sotasyällisysoikeudenkäyntimenettely ei muutoinkaan täyttänyt oikeusvaltiollisia kriteerejä. Syytetyt valikoitiin ja sotasyällisysoikeuteen kohdistettiin ulkopuolista painostusta.²⁰⁷

Korkein oikeus toteaa kohdassa 1: “Asiassa on ensiksi ratkaistava kysymys siitä, onko Korkein oikeus toimivaltainen käsittelemään sotasyällisysoikeuden tuomion purkamista koskevan hakemuksen.”²⁰⁸ Huomio kiinnittyy korkeimman oikeuden toimivaltaan käsitellä tuomionpurkuhakemus sotasyällisysoikeuden 62 -vuotta aiemmin langettamaan tuomioon. Korkein oikeus toteaa kohdassa 2: “Sotaan syyllisten rankaisemisesta annetussa laissa (890/1945; sotasyällisyyslaki) ei ole säännöksiä, joiden perusteella sotasyällisysoikeuden tuomion purkamista voitaisiin hakea Korkeimmalta oikeudelta”²⁰⁹ Sotasyällisyyslaki ei sisällä korkeimmalle oikeudelle osoitettua varsinaista ja nimenomaista toimivaltanormia, joka antaisi kelpuutuksen käsitellä sotasyällisysoikeuden antamia tuomioita. Kyse on prosessioikeudellisesta kompetenssinormin puutteesta.²¹⁰

Kompetenssinormit voidaan palauttaa oikeusfilosofi H.L.A Hartin tunnettuun kaksitasojaotteluun erityyppisistä säännöistä.²¹¹ Prosessioikeudelliset kompetenssi- eli täytäntöönpanosäännöt, *rules of adjudication*, sijoittuvat kahden tasoisten oikeussääntöjen kokonaisuudessa toiselle tasolle. Ensimmäiselle tasolle Hart sijoittaa primaarit ensiasteen velvoitesäännöt, *primary rules of obligation*, jotka ovat osoitettu yksityisille kansalaisille, ja jotka määrittävät kansalaisten keskinäisiä velvollisuuksia toisiaan ja myös julkista valtaa kohtaan. Toisen tason muodostavat sekundaarisäännöt eli täytäntöönpano- ja toimivaltasäännöt, *rules of recognition*, *rules of adjudication* ja *rules of change*. Toisen asteen säännöt määrittävät, miten ensiasteen sääntöjä voidaan pätevällä tavalla luoda, kumota ja muuttaa ja miten oikeussäännöt on pantavissa tehokkaasti täytäntöön tuomioistuimessa ja muissa viranomaisissa. Hart toteaa teoksessa *The Concept of Law* seuraavaa: “Jos astumme askeleen taakse ja katsomme tarkasti ensiasteen velvoitesääntöjen ja toisenasteen täytäntöönpano- ja kompetenssisääntöjen rakennetta, näemme sekä oikeusjärjestyksen ytimen että vahvimman työväliseen sen analysoimiseksi, mikä on askarruttanut sekä juristeja että politiikan tutkijoita.”²¹²

²⁰⁶ Asianajotoimisto Kari Silventoinen, *Sotasyällisyystuomio, Ilkka Tannerin purkuhakemus*, osoitteessa [<http://www.silvennoinen.fi/16>], viitattu 27.1.2014.

²⁰⁷ Lindstedt – Löytömäki, *Sotasyällisysoikeudenkäynti*, s. 27, osoitteessa [http://oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/222010sotasyällisysoikeudenkaynti/Files/22_2010_Sotasyällisysoikeudenkaynti_102_s..pdf], viitattu 27.1.2014.

²⁰⁸ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 1.

²⁰⁹ *Ibid*, kohta 2.

²¹⁰ Oikeusnormien luokittelusta regulatiivisiin ja konstitutiivisiin normeihin Ks. Searle, *Speech Acts*, s. 33–42. Myös Searle, *The Construction of Social Reality*, s. 27, 43–52. Myös Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 70–76.

²¹¹ Hartin jaottelussa ei tosin ollut kyse normeista, vaan tarkemmin sanoen säännöistä.

²¹² Hart, *The Concept of Law*, s. 95. (käännös SMK) Hart toteaa edelleen, että pääsääntöisesti toisen asteen säännöt koskevat viranomaisia ja tuomioistuinta. Poikkeuksen muodostavat yksityisoikeudelliset kelpoisuusnormit, jotka mahdollistavat tahdonilmaisujen avulla yksityisten oikeussubjektien mahdollisuuden muuttaa rajoitetusti keskinäisiä oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan.

Edellä olevassa lainauksessa Hart toteaa virheellisesti, että oikeussäännöt olisivat työvälineitä. Näin ei kuitenkaan ole, että oikeussääntö itse toimisi metodina eli työvälineenä analysoinnille, vaan oikeussääntö muodostaa yhdessä konstruktioiden kanssa analyysin kohteen. Toki analyysin kohteena voivat olla myös oikeusperiaatteet. Kuitenkin Hartin luokittelussa ensi- ja toisentason normeihin kyse on pelkästään oikeussäännöistä.

Korkein oikeus toteaa kohdassa 2: ”Mainittua lakia koskevasta hallituksen esityksestä (HE 54/1945 vp s. 1) ilmenee, että sotasyällisysoikeuden toiminta oli tarkoitettu järjestettäväksi valtakunnanoikeudesta voimassa olevien säännösten mukaan, kuitenkin niin, että armahduksen myöntäminen ei olisi riippuvainen sotasyällisysoikeuden esityksestä.”²¹³ Kyse on *historiallis-subjektiiivisesta* tarkastelutavasta, jossa selvitetään lainsäätäjän alkuperäinen tarkoitus lakia säädetäessä.²¹⁴ Lainsäätäjän alkuperäinen *intentio* rekonstruoidaan. Kyse on analogiasta, jossa sotasyällisysoikeus ja valtakunnanoikeus kietoutuvat toisiinsa.²¹⁵

Ajatus lakitekstin *historiallis-subjektiiivisten* juurien selvittämisestä palautuu oikeudenkäymiskaaren OK 1:11 §:n institutionalisoituneeseen periaatteeseen, jonka mukaan tuomarin pitää tarkoin tutkia lain oikeata tarkoitusta ja perustusta sekä tuomita sen mukaan.²¹⁶ Kohdassa 3 korkein oikeus toteaa: ”Arvioitaessa oikeutta hakea sotasyällisysoikeuden tuomion purkamista Korkeimmalta oikeudelta on edellä viitattujen lainkohtien perusteella otettava siten huomioon myös se, voitiinko sotasyällisyylain säätämisen aikaan hakea valtakunnanoikeuden antaman tuomion purkamista Korkeimmalta oikeudelta.”²¹⁷ Narratiivi etenee sotasyällisysoikeudesta suoraan valtakunnanoikeuteen. Kyse on oikeudelliselta ja yhteiskunnalliselta merkittävyydeltään samankaltaisista tuomioistuimista.²¹⁸

Korkein oikeus toteaa kohdassa 4: ”Sotasyällisyylain säätämisen aikana voimassa olleessa valtakunnanoikeudesta annetussa laissa (273/1922) ei ollut säädetty, että valtakunnanoikeuden tuomion purkamista voitiin hakea Korkeimmalta oikeudelta. Oikeuskirjallisuudessa vakiintuneen kannan mukaisesti katsottiin, että Korkein oikeus ei ollut toimivaltainen käsittelemään valtakunnanoikeuden tuomion purkamista koskevaa hakemusta. Tämän katsottiin johtuvan siitä, että valtakunnanoikeuden tuomiota ei voitu muuttaa ilman sen

²¹³ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 2.

²¹⁴ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 225.

²¹⁵ Irma Lager toteaa oikeustapausta koskevassa kommentaarissa, että ”[s]otasyällisysoikeuden perustamisvaiheessa lähimpänä mallina pidettiin valtakunnanoikeutta.” Lager, ”Erityistuomioistuimen tuomion purkaminen, KKO 2008:94”, s. 154.

²¹⁶ Oikeussäännön tulkinta on palautettavissa lainsäätäjän alkuperäiseen tarkoitukseen. Kyse on historiallis-subjektiiivisesta tulkinnasta. Huomionarvoista on, että H.L.A Hartille oikeussäännön tulkinta on vain kielellis-semanttinen toimenpide ilman oikeussäännön yhteiskunnallisen tarkoituksen tarkastelua. Toisin asia on hahmottanut Lon L. Fuller, joka korostaa oikeussäännön yhteisöllistä tarkoitusta.

²¹⁷ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 3.

²¹⁸ Myös Valtioneuvoston oikeuskansleri on ratkaisussaan 27.11.1992 kiinnittänyt huomiota sotasyällisysoikeuden vertailukelpoisuudesta muihin erityistuomioistuihin todeten: ”SSO oli poikkeusluontoinen, kokoonpanoonsa ja tehtäviinsä nähden arvovaltainen erityistuomioistuin. Lähimmän vertauskohdan tarjoaa valtakunnanoikeus niin kokoonpanon kuin tehtävienkin osalta.” Valtioneuvoston oikeuskanslerin päätös. Sotasyällisysoikeudenkäynti, toimivalta, tuomion purkaminen, 27.11.1992, osoitteessa [<http://www.finlex.fi/fi/viranomaiset/foka/1992/19920420>], viitattu 15.4.2013.

itsensä myötävaikutusta.”²¹⁹ Johtopäätös on, että valtakunnanoikeuden tuomion purkamista ei voida hakea korkeimmalta oikeudelta ilman valtakunnanoikeuden itsensä myötävaikutusta. Kohdassa 6 korkein oikeus toteaa: ”Silloin, kun jonkin erityistuomioistuimen ratkaisuun voidaan ylimääräisin muutoksenhakekeinoin hakea muutosta Korkeimmalta oikeudelta, on tästä säädetty nimenomaisesti asianomaista erityistuomioistuinta koskevassa laissa.”²²⁰ Korkeimman oikeuden toimivalta purkaa sotasyllisyysoikeuden antama tuomio, vaatii taakseen säädetyn normin, josta ilmenee korkeimman oikeuden toimivalta kyseisessä asiassa. Näin ollen korkein oikeus *törmää sanarajaan*. Jos toimivaltanormia ei ole, kuten esimerkiksi on markkinaoikeudellisten asioiden käsittelystä annetun lain 21 §:n 4 momentissa, työtuomioistuimesta annetun lain 37 §:ssä tai vakuutuslain 19 §:ssä, ei sotasyllisyysoikeuden tuomion purkamista koskevan hakemuksen käsitteleminen kuulu korkeimman oikeuden toimivaltaan. Kyse on hukkapremisseistä, jotka johtavat harhaan perusteluketjuja.

Korkein oikeus toteaa kohdassa 8: ”Kantelua ja purkua koskevilla oikeudenkäymiskaaren säännöksillä on tietyissä tapauksissa annettu mahdollisuus puuttua lainvoiman saaneisiin tuomioistuimen ratkaisuihin niissä ilmenneen menettelyvirheen tai aineellisen virheen korjaamiseksi. Lähtökohdana on, että noita ratkaisuja annettaessa on tullut noudattaa oikeudenkäyntiä koskevia yleisiä säännöksiä ja periaatteita. Sotaan syyllisten rankaiseminen ja sotasyllisyysoikeuden perustaminen tapahtui kuitenkin sellaisista lähtökohdista ja sellaisissa olosuhteissa, joita on pidettävä poikkeuksellisina...”²²¹ Kantelussa ja purussa kyse on lainkäytössä tapahtuneiden virheiden jälkikäteisestä korjaamisesta, jossa jo oikeusvoiman saanut tuomio korjataan, mutta korkeimman oikeuden mukaan korjaamista ei tule suorittaa silloin, kun olosuhteet ja lähtökohdat ovat olleet poikkeuksellisia.²²²

²¹⁹ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 4. Tukea perusteluille haetaan oikeuskirjallisuudesta. Keskeistä on, millainen yleisesti hyväksytty käsitystapa asiasta oikeusyhteisössä yleisesti vallitsee. Ks. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 237–238.

²²⁰ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 6.

²²¹ *Ibid*, kohta 8.

²²² Myös Valtioneuvoston oikeuskansleri on ratkaisussaan 27.11.1992 ottanut kantaa sotasyllisyysoikeuden antaman tuomion purkamiseen. Oikeuskansleri totesi: ”Harkittaessa sitä, voisiko korkein oikeus purkaa SSO:n päätöksen, on mielestäni vielä kiinnitettävä huomiota seuraavaan seikkaan. Oikeudenkäymiskaaren 31 luvun 14 §:ssä säädetään niistä toimenpiteistä, joihin korkeimman oikeuden tulee ryhtyä, jos se suostuu tuomion purkamista koskevaan hakemukseen. Jos jutun uusi käsittely katsotaan tarpeelliseksi, korkeimman oikeuden tulee tuon pykälän 1 momentin mukaan määrätä, minkä ajan kuluessa ja missä tuomioistuimessa ja millä tavoin juttu on saatettava uudelleen käsiteltäväksi. Jos korkein oikeus katsoisi olevan aihetta SSO:n päätöksen purkamiseen ja uuteen käsittelyyn asiassa, asiaa ei enää voitaisi saattaa SSO:n käsiteltäväksi. Kysymyksenalaista on, voisiko korkein oikeus itse ottaa asian asiallisesti käsiteltäväksi, jos tarpeelliseksi esimerkiksi katsottaisiin vain rangaistuksen lieventäminen, mutta ei kokonaan poistaminen. Kysymyksessä olevassa lainkohdassa säädetään tosin myös, että korkeimmalla oikeudella on valta välittömästi oikaista tuomiota, milloin asia havaitaan selväksi eikä hakemus koske rikosasiassa annetun tuomion purkamista syytetyn vahingoksi.” Valtioneuvoston oikeuskanslerin päätös. Sotasyllisyysoikeudenkäynti, toimivalta, tuomion purkaminen. 27.11.1992 diaarinumero 904/1/90 osoitteessa [http://www.finlex.fi/fi/viranomaiset/foka/1992/19920420], viitattu 15.4.2013. Ratkaisussaan oikeuskansleri katsoi, että perustetta tuomioiden purkuun ei ole. Huomion-arvoista on, että oikeuskansleri ei ratkaisussaan tarkastellut tuomion purkamista oikeusvaltiollisista premisseistä käsin. Oikeusvaltio oli näin ollen oikeuskanslerin ratkaisussa torjuttuna premissinä aivan, kuten korkeimmalla oikeudellakin.

Oikeusvoiman saanut tuomio voidaan purkaa vain silloin, kun lähtökohdat eivät ole poikkeuksellisia tai oikeudenkäynnissä olleet menettelyvirheet ovat tavanomaisia. Sotasyällisysoikeus ei mennyt kirjoitetun lain ulkopuolelle, vaikka se soveltikin taannehtivaa rikoslakia. Jukka Lindstedt ja Stiina Löytömäki toteavat selvityksessään, että sotasyällisyysprosessi ei rikkonut analogiakieltoa tai *praeter legem* -kieltoa muilta osin kuin ehkä Kivimäen kohdalla. Sotasyällisyyslaki täytti myös lakien täsmällisyysvaatimuksen. Lindstedt ja Löytömäki jatkavat, että sotasyällisyyslaki oli muotoiltu riittävän täsmällisesti. Kyseinen laki oli myös selvä ja ymmärrettävä.²²³ Jos lainsoveltaja soveltaa lakia virheellisesti, voidaan se myöhemmän tuomioistuimen toimesta oikaista. Tämä mahdollisuus tuomituista on siten ehkä Kivimäen kohdalla, mutta ei valtiovainministeri, toimitusjohtaja Väinö Tannerin.

Robert Alexyn mukaan kyse on *performatiivisesta* ristiriidasta. Teoksessa *Begriff und Geltung des Rechts* Alexy toteaa: "Tuomitsen syytetyn NN, lakia virheellisesti soveltaen elinkautiseen vankeusrangaistukseen."²²⁴ Ristiriitainen ratkaisu jää myöhemmän tuomioistuimen toimesta vaille oikeusvaikutuksia. Korkein oikeus toteaa kohdassa 8: "Ehdotettu laki, joka tosin on tarkoitettu säädettäväksi valtiopäiväjärjestyksen 67 §:ssä määrättyssä järjestyksessä, sisältää niin monia ja perustavaa laatua olevia poikkeuksia hallitusmuodosta ja yleisesti hyväksytyistä oikeusperiaatteista, ettei lakia oikeudelliselta kannalta voida pitää valtiojärjestyksemme soveltuvana."²²⁵ Lainsäätäjän toimintavallan rajat osoittautuvat ongelmallisiksi. Lainsäätäjän toiminta-alue on laajempi kuin lainsoveltajan. Robert Alexy toteaa: "Lainsäätjä ei voi säätää perustuslakia, jossa todetaan, että X on suvereeni, liittovaltiomuotoinen ja epäoikeudenmukainen tasavalta."²²⁶ Tällöin lainsäätjä syyllistyy Alexyn mukaan performatiiviseen ristiriitaan. Gustav Radbruchia soveltaen positiivinen oikeus, joka perustuu valtion valtakoneistoon ei velvoita, jos se sisällöllisesti on sietämättömän epäoikeudenmukainen.²²⁷ Alexyn mukaan oikeudelliset lauseet muuttuvat ristiriitaisiksi vasta silloin, kun kyse on institutionaalisesta puheesta. Puhujana on lainsäätjä tai, Alexyn toisessa esimerkissä "[t]uomitsen syytetyn NN, lakia virheellisesti so-

²²³ Lindstedt – Löytömäki, *Sotasyällisysoikeudenkäynti*, s. 48, osoitteessa [http://oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/222010sotasyällisysoikeudenkäynti/Files/22_2010_Sotasyällisysoikeudenkäynti_102_s..pdf], viitattu 27.1.2014. Lain täsmällisyysvaatimus on palautettavissa viime kädessä rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen. Laillisuusperiaatteesta esim. Tapani – Tolvanen, *Rikosoikeuden yleinen osa, Vastuuoppi*, s. 102–103

²²⁴ Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, s. 68. (käännös SMK). Alexy pohtii, millainen virhe lauseeseen sisältyy; tekninen virhe, moraalinen virhe, konventionaalinen virhe vai käsitteellinen virhe, joka on konventionaalinen. Ks. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, s. 65–68. Analyysinsä lopuksi Alexy päätyi, että kyse on käsitteellisestä virheestä, joka on konventionaalinen. Alexy puhuu performatiivisesta ristiriidasta. Täsmällisempi olisi ollut käyttää termiä *perlokutionaarinen ristiriita*. Alexyn kehittäely perustuu J.L. Austinin tulkintaan siitä, miten sanoilla tehdään asioita. Austin jakaa puheaktit *How to Do Things with Words* kirjan alkupuolella kahteen luokkaan konstatatiiveihin ja performatiiveihin, mutta hylkää jaottelun kirjan loppupuolella. Ks. Austin, *How to Do Things with Words*, s. 54–55, 67, Vertaa myös edellä mainitun kirjan sivu 103, jossa Austin lukitsee lausejaottelun lokutionaariin, illokutionaariin ja perlokutionaariin puhetekoihin.

²²⁵ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 8.

²²⁶ Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, s. 65. (käännös SMK).

²²⁷ *Ibid*, s. 83. Normi menettää oikeudellisen velvoittavuuden, kun se on sisällöllisesti epäoikeudenmukainen. Oikeudellinen luonne menetetään vasta silloin, kun epäoikeudenmukaisuus saavuttaa sietämättömän asteen, *unerträgliches Mass*. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, s. 52–53, 71.

veltaen, elinkautiseen vankeusrangaistukseen”, lainsoveltaja. Kyse on kahdesta erilaisesta kielipelistä, lainsäätäjän ja lainsoveltajan institutionaalisesta puheesta, jolle reunaehdot asettaa *oikeusvaltiokonstruktio*.

Edellä kuvattu Alexyn analyysi pohjaa kielifilosofi J. L. Austiniin siinä, kuinka sanoilla tehdään asioita. Austinin mukaan ei ole hyväksyttävää sanaa: ”Lupaan tehdä asia X:n, mutta minulla ei ole velvollisuutta sen tekemiseen.”²²⁸ Alexyn esimerkin lauseessa on sisäänrakennettuna performatiivinen, *perlokutionaarinen*, ristiriita. Ristiriita näkyy siinä vaikutuksessa, joka sanan takana olevalla intentiolla on lukijaan. Toisin Alexyn esimerkissä, jossa *X on suvereeni, liittovaltiomuotoinen ja epäoikeudenmukainen tasavalta*, ei lauseena ole ristiriitainen toisin kuin Austinin käyttämä esimerkki, joka sisältää lupauksen tehdä asia X, mutta ei velvollisuutta lupauksen suorittamiseen. Austin puhuu lauseessa vaikuttavasta ristiriidasta, *self-contradiction*.²²⁹

Korkein oikeus toteaa kohdassa 8: ”Asiaa koskevaa lakiesitystä perusteltiin viittaamalla välirauhansopimuksen 13 artiklan määräyksiin ja voittajavaltioiden vaatimuksiin. Eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 28.8.1945 antamassaan lausunnossa Korkein oikeus päätyi esittämään, että ehdotettu laki, joka tosin on tarkoitettu säädettäväksi valtiopäiväjärjestyksen 67 §:ssä määrättyssä järjestyksessä, sisältää niin monia ja perustavaa laatua olevia poikkeuksia hallitusmuodosta ja yleisesti hyväksytyistä oikeusperiaatteista, ettei lakia oikeudelliselta kannalta voida pitää valtiojärjestyksemme soveltuvana.” Rooli muuttuu. Korkein oikeus ei puhu lainsoveltajan näkökulmasta, vaan se puhuu lainsäätäjän näkökulmasta. Neuvonantajan roolissa se katsoi jo vuonna 1945, että säädettäväksi tarkoitettu sotasyllisyyslaki, ei soveltunut valtiojärjestyksemme. Jo vuonna 1945, korkein antoi lupauksen oikeusvaltion reunaehtojen kunnioittamisesta. Robert Alexyn sanoin lainsäätäjä ei voi sanoa, että X on suvereeni, liittovaltiomuotoinen ja epäoikeudenmukainen tasavalta.²³⁰ Lauseeseen sisältyy perlokutionaarinen ristiriita. Lause sisältää itsessään oikeudenmukaisuuden kunnioittamisfunktion eli semanttisen merkityksen, jonka lause kuulijassaan saa aikaan.²³¹ Kohdassa 9 korkein oikeus toteaa: ”Sotaan syyllisten rankaisemista koskevan lain hyväksyminen perustuslain säätämisyjärjestyksessä osoittaa, että eduskunnan huomattava enemmistö katsoi sotasyllisyyskysymyksen hoitamisen välirauhansopimuksen täyttämiseksi niin tärkeäksi, että se oli vallinneissa oloissa tehtävä, vaikka samalla päädyttiin loukkaamaan useita oikeusjärjestyksen keskeisiä periaatteita.”²³² Lainsäätäjän institutionaalinen liikkumavara on tuomioistuinta laajempi. Perlokutionaarinen ristiriita lainsäätäjää kohtaan ei päde.

²²⁸ Austin toteaa *I promise to do X but I am under no obligation to do it*. Ks. Austin, *How to Do Things with Words*, s. 54. (käännös SMK).

²²⁹ Vertaa myös Austin, *How to Do Things with Words*, s. 54.

²³⁰ Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, s. 65.

²³¹ Jaottelu lokutionaarinen, illokutionaarinen ja perlokutionaarinen pohjautuu englantilaisen kielifilosofi John L. Austinin tekemään jaotteluun jonka Austin esitti kirjassaan *How to Do Things with Words* ensimmäisen kerran. Lokutionaarilla Austin viittaa sanoihin, jotka tosiasiallisesti sanotaan. Illokutionaarilla Austin viittaa merkitykseen eli siihen, millainen puheteko on kyseessä esimerkiksi käsky tai kielto ja perlokutionaarilla vaikutukseen, joka sanan illokuutiolla on kuulijaan. Austin, *How to Do Things with Words*, s. 94–103.

²³² Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 9.

Raimo Siltala huomauttaa teoksessaan *Oikeustieteen tieteenteoria*, että Alexyn käyttämässä lainsäätäjää koskevassa esimerkissä kyse ei ole aidosta performatiivisesta ristiriidasta, vaan perustuslain liittymästä yhteiskunnassa vallitsevaan oikeudenmukaisuuskäsitykseen ja sen moraalista sidonnaisuuksista, joiden sivuuttaminen johtaisi vain sisällisesti vähemmän onnistuneeseen perustuslain voimaantumiseen, ei siihen, että sen oikeusvaikutukset raukeaisivat tai mitätöityisivät. *Oikeustieteen tieteenteoria* teoksen alaviitteessa nro. 21 Siltala viittaa *de facto* erittäin epäoikeudenmukaisiin valtiosääntöoikeudellisiin järjestelyihin: Etelä-Afrikan apartheid-järjestelmään, Intian kastilaitokseen ja natsi-Saksan arjalaisen rodun ylemmyyteen.²³³ Vaikka laki edellä mainituissa esimerkeissä on epäkelpo, huono tai muutoin epäonnistunut, kyse on kuitenkin laista, joka on voimassa olevaa oikeutta. Lainsäätäjän institutionaalinen liikkumatila on joustava. Sotasyllisyyslakiin sovellettuna tämä tarkoittaa, että kyseinen sotasyllisyyslaki vaikka se oli oikeusvaltiollisista premisseistä katsottuna epäkelpo, huono ja kaikin tavoin epäonnistunut joka tapauksessa se säädettiin valtiopäiväjärjestyksen 67 §:ssä määrättyssä järjestyksessä. Sotasyllisyyslaki oli voimassa olevaa oikeutta, vaikka lainsäätäjä päätti tietoisesti loukata oikeusvaltion perimmäisiä premissejä.²³⁴

Lainsoveltajan institutionaalinen liikkumatila on suppeampi. Jos lainsoveltaja tulkitsee väärin oikeusnormia, voidaan se myöhemmän tuomioistuimen toimesta muuttaa. Lainsoveltaja ei voi tuomita rikoksesta, jota ei ole kriminalisoitu. Myös langetettavan rikosoikeudellisen seuraamuksen on perustuttava lakiin. Lainsoveltaja ei voi antaa rikoslaille taannehtivaa merkitystä tai mennä kirjoitetun lain ulkopuolelle. Tuomarin pitää toiminnassaan turvautua lainsäätäjän tekemiin ratkaisuihin. Muodollisesti pätevä laki on voimassa olevaa oikeutta riippumatta siitä, miten epäkelpo, huono tai moitittava laki on rikoslain taannehtivuuden, tilapäisten tuomioistuinten asettamiskiellon tai oikeudenmukaisen oikeudenkäyntimenettelyn, *fair trial*, näkökulmasta. Riittää, että laki on muodollisesti voimassa. Tuomioistuin tuntee lain ja soveltaa sitä viran puolesta – *iura novit curia*. Lindstedt ja Löytömäki toteavat: ”Sotasyllisyysprosessi ei toisaalta ollut kokonaan *nulla poena sine lege* -periaatteen eli rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vastainen. Syytettyjen rangaistukset perustuivat perustuslain säätämisyjärjestyksessä säädettyyn lakiin ja tuomari noudatti rangaistussäännöstä.”²³⁵ Tuomari pysyi säädetyin rangaistuslajin ja rangaistusasteikon sisällä. *Dura lex, sed lex!* Kahdeksan vuotta vankeutta tai kuristushuonetta elinkaudeksi.

²³³ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 596–597; Vertaa myös Fuller, *The Morality of Law*, s. 160–162. Fullerin käyttämät esimerkit epäoikeudenmukaisista valtiosääntöoikeudellisista järjestelyistä liittyvät Fullerin ja Hartin väliseen keskusteluun oikeuden sisäisen moraalien velvoittavuudesta. Raimo Siltala käyttää samoja esimerkkejä käydessään keskustelua Robert Alexyn kanssa epäoikeudenmukaisista valtiosääntöoikeudellisista järjestelyistä, mutta Siltala ei kuitenkaan jostain syystä viittaa Fulleriin.

²³⁴ Lainsäätäjän institutionaalista liikkumatilaa ei rajoita edes lainsäätäjän oma oikeuslähdeoppi, vaan se kykenee lainsäätäjään säätämään muodollisesti velvoittavan, mutta sisällöltään kelvottoman lain. Ajatuksen lainsäätäjän oman oikeuslähdeopin mahdollisuudesta esitti Sakari Melander väitöskirjassaan *Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset vaatimukset*.

²³⁵ Lindstedt – Löytömäki, *Sotasyllisyysoikeudenkäynti*, s. 48, osoitteessa [http://oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/222010sotasyllisyyssoikeudenkaynti/Files/22_2010_Sotasyllisyyssoikeudenkaynti_102_s..pdf], viitattu 27.1.2014. Rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta esim. Pellonpää, ”Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate”, s. 303-315.

Sotasyällisysoikeudenkäynnin aikanaan langettamia tuomioita ei ollut mahdollista tutkia, koska sanaraja-konstruktio tuli vastaan. Sotasyällisinä tuomitut, ja heidän omaisensa ovat jo saaneet hyvityksen. Sotasyällisinä tuomitut eivät ole myöskään menettäneet kunniaansa. Lindstedt ja Löytömäki toteavat, että “[s]otasyällisinä tuomittujen tuomioiden jälkeiset vaiheet ja heidän nauttimansa yleinen arvostus osoittavat, että he ja heidän omaisensa ovat jo saaneet varsin paljon hyvitystä. Usein on tässä yhteydessä muistutettu, että vain menetetty kunnia voidaan palauttaa, eivätkä sotasyällisinä tuomitut ole menettäneet kunniaansa.”²³⁶ Irma Lager huomauttaa kyseisen tapauksen kommentaarissa, että ”kansan enemmistö ei toisaalta koskaan kohdellut enempää kuin pitikään sotaan syyllisiä suurina rikollisina.”²³⁷ Mutta menetettyä kunniaa ja arvostusta ei voida tutkia juridisin työvälinein. Sotasyällisysoikeuden langettaman tuomion purkuhakemuksessa kyse ei ole moraalifilosofisesta kielipelistä, vaan juridisesta, jota tulee arvioida oikeudellisista premissistä käsin. Sotasyällisysoikeuden langettamat tuomiot olivat todellisia. Ryti sai kymmenen vuotta kuritushuonetta, muut seitsemän selvisivät vankeusrangaistuksilla, joista Kukkonen ja Reinikka saivat lievimmät kaksi vuotta vankeutta. Linkomies, Tanner, Kivimäki ja Rangell saivat 6-5 vuoden vankeusrangaistuksen.²³⁸ Sanojen semanttinen merkitys on kielipelisidonnainen. Se määrittäy sitä taustaa vasten, siinä kielipelissä, jossa sanaa käytetään.

”Joku sanoo minulle: >>Sinähän ymmärrät tämän ilmaisun? No niin, – minäkin käytän sitä tuntemassasi merkityksessä.>> – Ikään kuin merkitys olisi sädekehä, jota sana kuljettaa mukanaan ja siirtää kaikenlaisiin käyttötapoihin.”²³⁹

Vuonna 1938 ilmestyneessä väitöskirjassaan *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* Otto Brusiin huomautti tarkkanäköisesti tuomarin kyvystä asennoitua ja ajatella sosiologin, valtio-oppineen tai taloustieteilijän tavoin. Kyse on tilanteesta, jolloin oikeusjärjestyksessä on aukko ja tuomari ei voi perustaa ratkaisuaan voimassa olevaan normiin. Tuomarin tulee asennoitua sosiologin, valtio-oppineen tai taloustieteilijän rooliin.²⁴⁰ Kohdassa 10 korkein toteaa: ” Korkein oikeus ei ole toimivaltainen käsittelemään hakemusta sotasyällisysoikeuden tuomion purkamisesta. Sen vuoksi Korkein oikeus jättää Tannerin hakemuksen tutkimatta.”²⁴¹ Kyse

²³⁶ Lindstedt – Löytömäki, *Sotasyällisysoikeudenkäynti*, s. 85, osoitteessa [http://oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/222010sotasyällisysoikeudenkäynti/Files/22_2010_Sotasyällisysoikeudenkäynti_102_s..pdf], viitattu 27.1.2014. Myös Lager, ”Erityistuomioistuimen tuomion purkaminen KKO 2008:94”, s. 156..

²³⁷ Lager, ”Erityistuomioistuimen tuomion purkaminen, KKO 2008:94”, s. 156.

²³⁸ Lindstedt – Löytömäki, *Sotasyällisysoikeudenkäynti*, s. 46, osoitteessa [http://oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/222010sotasyällisysoikeudenkäynti/Files/22_2010_Sotasyällisysoikeudenkäynti_102_s..pdf], viitattu 27.1.2014. Tosin sotasyällisysoikeudenkäynnissä tuomitut eivät kärsineet koko rangaistustaan, vaan aikojen tasaannutta, ja valvontakomission paineen hellittyä ja poistuttua Suomesta, tuomitut päästettiin ehdonalaiseen vapauteen ensiksi Kukkonen ja Reinikka kärsittyään 5/6 määrätystä rangaistuksesta ja loput sitä mukaan, kun he olivat suorittaneet puolet rangaistuksestaan. Rangell, Tanner, Linkomies ja Kivimäki armahdettiin syksyllä 1948 heidän ollessa vielä ehdonalaisessa vapaudessa. Samalla presidentti Paasikivi armahti Risto Rytin hänen ollessa sairaalassa.

²³⁹ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 89, kohta 117.

²⁴⁰ Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, s. 226.

²⁴¹ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 10.

on sotasyllisyyslain muodollisen voimassaolon vaatimuksen korostamisesta. Korkein oikeus keskustelee tietämättään Hans Kelsenin kanssa, mutta samalla yksi premisseistä unohtuu. Brusiinia laajentaen, kun oikeusjärjestyksessä on aukko, tuomarin pitää osata samaistua myös juristin rooliin ja tässä tilanteessa se olisi ollut samaistumista valtiosääntöoppineen rooliin. Juridinen konstruktio oikeusvaltio sivuutetaan. Oikeusvaltiosta tulee ratkaisun *torjuttu premissi*.²⁴² Korkein oikeus toteaa kohdassa 6: "Silloin, kun jonkin erityistuomioistuimen ratkaisuun voidaan ylimääräisin muutoksenhakeinoin hakea muutosta Korkeimmalta oikeudelta, on tästä säädetty nimenomaisesti asianomaista erityistuomioistuinta koskevassa laissa..."²⁴³ Kyse on nimenomaisen säännöksen puuttumisesta, jolla korkeimmalle oikeudelle olisi osoitettu toimivalta purkaa sotasyllisyysoikeuden langettamat tuomiot. Ludwig Wittgenstein on todennut *Filosofisissa tutkimuksissa* erinomaisesti sanojen rajoista seuraavaa: "Filosofian tulokset ovat silkan mielettömyyden paljastamista ja ne kuhmut, jotka ymmärryksemme on saanut rynnätessään päin kielen rajaa. Nämä kuhmut saavat meidän käsittämään tämän paljastuksen arvon."²⁴⁴ Edellä oleva lainaus ilmentää erinomaisesti sen, että sanarajaan on mahdollista törmätä. Tässä tapauksessa toimivaltanormin puute tarkoittaa samaa kuin törmäminen sanaraja-konstruktioon eli varsinaista toimivaltanormia ei ole, jossa korkeimmalle oikeudelle olisi nimenomaisesti annettu valta purkaa sotasyllisyysoikeuden langettamat tuomiot.

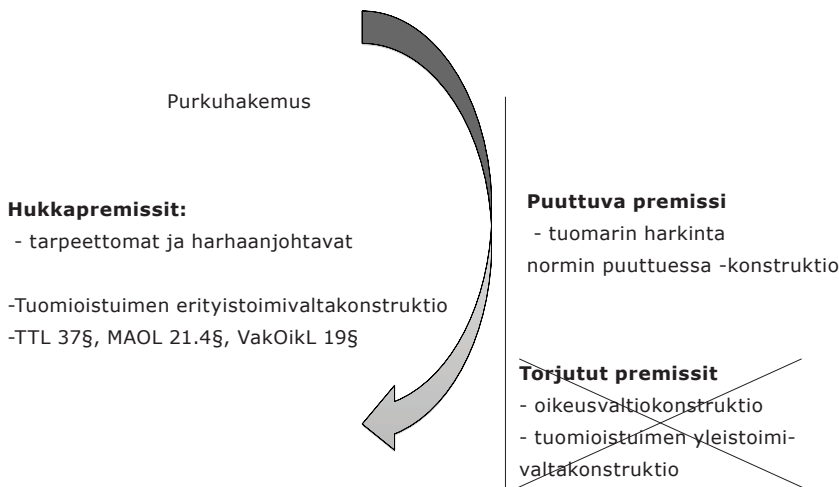
Seuraavalla sivulla olevassa kuviossa 6 on kuvattu sanaraja-konstruktio toiminta. Sanaraja-konstruktio hylkii muita konstruktioita, ja tässä hylkiminen kohdistuu oikeusvaltiokonstruktioon ja tuomioistuimen yleistuomivaltakonstruktioon, joista muodostuvat torjutut premissit. Tuomionpurkuhakemusta ei pystytä käsittelemään oikeusvaltiollisista premisseistä käsin, koska sanaraja-konstruktio heijastaa purkuhakemuksen takaisin lähtöpisteeseensä. *Hukkapremisseinä* kuviossa on kuvattu korkeimman oikeuden toimivalta purkaa työtuomioistuimen, markkina-oikeuden ja vakuutus-oikeuden antamat tuomiot. Hukkapremissit vievät perustelujen labyrintissa umpikujan ja johtavat harhaan, jolloin tapausta on entistä vaikeampi hahmottaa oikeusvaltiollisista premisseistä käsin. Tuomarin harkinta normin puuttuessa -konstruktio (sotasyllisyyslaissa ei ole normia, jossa korkeimmalle oikeudelle olisi säännelty toimivalta purkaa sotasyllisyysoikeuden langettamat tuomiot) on kuvattu kuvioon *puuttuvana premissinä*. Puuttuva premissi puuttuu kokonaan tuomioistuimen perustelulauseista, mutta sen olisi pitänyt olla siellä. Purkuhakemusta käsitellään kuvioon kuvattujen sanaraja-konstruktio ja hukkapremissien kautta. Alkaa *interferenssi*, mutta se ei pääty onnistuneeseen *oikeudelliseen metamorfoosiin*, vaan interferenssi jää *vaillinaiseksi* ja se vie umpikujan eli sanaraja-konstruktioon.

²⁴² Niilo Jääskinen on huomauttanut *Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia* teoksessa, että suomalaisille tuomioistuimille on myönnetty oikeus syrjäyttää eduskuntalain soveltaminen yksittäistapauksessa, jos se on ristiriidassa EU -oikeuden tai perustuslakiin sisältyvän normin kanssa. Jääskinen, *Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia*, s. 40; Myös Lavapuro, *Uusi perustuslakikontrolli*, s. 12.

²⁴³ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 6.

²⁴⁴ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 89, kohta 119.

Sanaraja-konstruktion toiminta²⁴⁵



Kuvio 6. Vaillinainen interferenssi ja toteutumaton oikeudellinen metamorfoosi.

Sanaraja-konstruktion toiminta on nähtävissä myös esimerkiksi korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2008/86, jossa korkein oikeus ei katsonut tekstiviestien lähettämisen rik- kovan kotirauhan rikkomisen tunnusmerkistöä, koska kyse ei ollut rikoslain 24 luvun 1 §:n 2 kohdassa nimenomaisesti mainitusta metelöinnistä, esineiden heittämisestä tai pu- heluiden soittamisesta.²⁴⁶ Korkein oikeus toteaa sanarajasta: ”Tekstiviestin lähettäminen matkapuhelimesta toiseen tapahtuu samalla tavalla kuin puhelimella soittaminenkin. Tekstiviestistä aiheutuva äänimerkki ei kuitenkaan yleensä ole soittoäänien tapaan toistu- va, eikä yksittäisestä äänimerkistä voida olettaa aiheutuvan sellaista meteliä tai vastaavaa häiriötä, jonka estämiseksi kotirauhan rikkominen säännöksen sanamuodon mukaan on säädetty rangaistavaksi. Tekstiviestin häiritsevyys liittyykin usein enemmän sen vasten- mieliseksi koettuun sisältöön kuin sanottuun äänimerkkiin.”²⁴⁷

Kyky ajatella juristin tavoin silloin, kun voimassa olevan oikeuden normis- to ei tarjoa suoranaista tukea tuomarin ratkaisuharkintaan jää puuttumaan. Tuomarin harkinta normin puuttuessa ja kyky asennoitua valtiosääntöoikeus-

²⁴⁵ Sanaraja-konstruktioista esimerkkinä myös tapaukset KKO 2013:55; 2013:50; 2013:66; 2013:47; 2012:66; 2008:72; 2007:77.

²⁴⁶ Nykyään rikoslain (11.9.2009/685) 24 luvun 1 §:n 1 momentin 3 kohta säättää nimenomaisesti ran- gaistavaksi myös häiritsevien tekstiviestien lähettämisen.

²⁴⁷ Kiellettyä on rikkoa kotirauhaa metelöimällä, heittämällä esineitä, soittamalla tai muulla vastaa- valla tavalla, mutta ei säännöksen sanamuodon mukaan lähettämällä tekstiviestejä. Tekstiviestin lähettäminen ei ole toistuvaa ja häiritsevää siinä mielessä, missä puhelimen soittoäänien toistuvuus ja puhelimen aiheuttamana meteli. Korkein oikeus tukeutuu hovioikeuden tavoin lainsäätäjän nä- kemykseen (HE 184/1999 vp, s. 20) muista vastaavista tekotavoista. Kiellettyä on toimintaa pitkä- aikaisen tai toistuvan tärinän aiheuttaminen, häiriön tuottaminen voimakkaalla valolla tai jonkin vastenmielisen esineen työntäminen asunnon postiluukusta sisään. Mutta entäpä, jos häiritsijä lä- hettää 1000 tekstiviestiä? Sanaraja-konstruktio niin halutessa tekisi tässäkin tapauksessa tosiasiaassa *umpikujan labyrinttiin*.

juristin rooliin on tapauksessa puuttuva premissi. Kyse ei ollut siitä, täyttikö sotasyällisysoikeudenkäynti oikeusvaltiolliset kriteerit, vaan kyse oli korkeimman oikeuden toimivallasta tutkia sotasyällisysoikeuden langettamat tuomiot. Juridinen konstruktio ”oikeusvaltio” *torjutaan*. Lainkäytössä tapahtuneet menettelyvirheet voidaan korjata, vain jos menettely ei ole ollut niin yllättävää ja poikkeuksellista kuin mitä sotasyällisysoikeudenkäynti oli. Kyse ei saa olla sotasyällisysoikeudenkäynnissä tapahtuneiden menettelyvirheiden arvioinnista, kuten taannehtivan rikoslain soveltamisesta, syytettyjen valikoinnista, esteellisistä tuomareista tai tuomioistuimeen ulkoapäin kohdistuneesta painostuksesta.

Korkein oikeus toteaa kohdassa 9: ”Sotaan syyllisten rankaisemista koskevan lain hyväksyminen perustuslain säätämisyjärjestyksessä osoittaa, että eduskunnan huomattava enemmistö katsoi sotasyällisysoikeudenkäynnin hoitamisen väli- rauhansopimuksen täyttämiseksi niin tärkeäksi, että se oli vallinneissa oloissa tehtävä, vaikka samalla päädyttiin loukkaamaan useita oikeusjärjestyksen keskeisiä periaatteita.”²⁴⁸ Lain muodollinen voimassaolo palautuu Hans Kelseniin ja hänen keskeisajatuksensa muodollisesti oikealla tavalla säädetyistä laista, joka on voimassa olevaa oikeutta, riippumatta siitä, millainen sisältö laissa sattuu olemaan. Kyse on viime kädessä oikeuden ja yhteiskunnallisten arvojen erottamisesta toisistaan. Oikeus irtaantuu ja se alkaa elämään omaa itsenäistä elämäänsä ilman liittymää yhteiskunnalliseen arvoperustaan. Relevanttia on enää oikeus arvovapaana entiteettinä.²⁴⁹ Oikeudellinen formalismi, legalismi ottaa vallan ja se syrjäyttää oikeusvaltiokonstruktion.²⁵⁰ Legalismi toimii korkeimmalle oikeudelle tienviittana, joka osoittaa suunnan, jota on kuljettava.²⁵¹

²⁴⁸ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 9.

²⁴⁹ Kelsen, *The Pure Theory of Law*, s. 312. ”A state not governed by law is unthinkable; for the state only exists in acts of state, and these are acts performed by individuals and attributed to the state as a juristic person. Such attribution is possible only on the basis of legal norms which specifically determinate these acts.” Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 312.

²⁵⁰ Melanderin väitöskirjassa keskustelu legaliteettiperiaatteesta (luku 5) näyttää myös sivuuttaneen oikeusvaltiokeskustelun. Melander toteaa: ”Oikeusvaltiossa rikosoikeudellisen järjestelmän käyttöä on jollakin tavalla rajattava.” Oikeusvaltiota ei kuitenkaan ole kirjassa määritelty, eikä oikeusvaltio ole noussut edes otsikkotasolle, vaikka kirjoittaja kertoikin tarkoituksenaan olevan rakentaa kriminalisointeja koskevaa teoriaa. Kuitenkin oikeusvaltiokonstruktio tutkimuksen tulkinnallisena kehyksenä olisi tarjonnut toimivimmat raamit kriminalisointiteorian kehittämiseksi. Ks. Melander, *Kriminalisointiteoria – rangaistamisen säätämisen oikeudelliset rajoitukset*, s. 193.

²⁵¹ Laillisuusperiaatteesta Ks. Melander, *Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*, s. 123. Nykyään laillisuusperiaate saa vahvaa institutionaalista tukea rikoslain (515/2003) 3 luvun 1 §:stä. Legaliteettiperiaate eli laillisuusperiaate on kaksitahoinen. Se sääntelee sekä oikeustosisekastoa että oikeusseuraamuksen piiriä. Laillisuusperiaate ulottuu lainsäätäjään ja lainsoveltajaan. Lainsäätäjään kohdistuu epätasällisyyskielto, jonka mukaan rikoslain tulee olla sisällöltään täsmällinen, nullum crimen, nulla poena sine lege certa. Laillisuusperiaate sisältää taannehtivan rikoslain kiellon, nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, joka koskee sekä lainsäätäjää että lainsoveltajaa. Taannehtivasta rikoslain kiellostä on tehty poikkeus, jos uuden säännöksen soveltaminen johtaisi syytetyille lievempään lopputulokseen. Laillisuusperiaatteeseen kuuluu myös praeter legem -kielto, jonka mukaan tuomari ei saa mennä lain ulkopuolelle, nullum crimen, nulla poena sine lege scripta. Laillisuusperiaate pitää sisällään myös analogiakiellon. Lainkäyttäjät ei saa syytetyn vahingoksi täydentää lakia analogiapäätelmään turvautumalla, nullum crimen, nulla poena sine lege stricta. Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi, HE 44/2002, s. 22-29. Ks. myös Frände, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, s. 223–233.

”Sääntö on käsillä kuten tienviitta. – Eikö se jätä avoimeksi mitään epäilyä tiestä, jota minun on kuljettava? Osoittaako se, mihin suuntaan minun on mentävä, kun olen ohittanut sen; Katua vai peltotietä pitkin vai tiettömän maaston kautta? Mutta missä sanotaan, missä mielessä minun on seurattava sitä, – viitassa olevan käden suuntaako vai (esimerkiksi) vastakkaiseen suuntaan? – Ja jos paikalla olisi yhden tienviitan asemasta suljettujen tienviittojen ketju tai maassa olisi kalkkiviivoja, – onko niille vain yksi tulkinta? – Voiko siis sanoa, että tienviitta ei jätä sittenkään epäilyille sijaa. Tai pikemminkin: Joskus se jättää epäilyille sijaa, joskus taas ei.”²⁵²

5.2 ENTÄ PERIAATTEET?

Hans Kelsenin mukaan valtio on normien kokonaisuus, jossa oikeus ja valtio muodostavat liiton. Mikään osa valtiota ei sijoitu oikeuden ulkopuolelle ja mikään osa oikeutta ei sijoitu valtion ulkopuolelle. Kelsenillä oikeus on valtion tahtoa.²⁵³ Valtio ja oikeus samaistuvat toisiinsa.²⁵⁴ Kelsen palauttaa ajatuksen keskitetystä oikeusjärjestyksestä, jossa oikeudenkäyttö ja hallinto on sidottu yleisnormeihin eli lakeihin. Valtio ja oikeus kuuluvat samaan normatiivisen järjestyksen kategoriaan ja ovat molemmat samalla tavoin pakottavien normien järjestelmä. Tämä määrittelee valtion ja oikeuden identiteetin. Valtion käsitelmäärittely päättyy oikeuden määritelmään. Oikeusnormin olemus/idea on viime kädessä oikeudellinen ilmiö.²⁵⁵ Oikeus normijärjestyksenä on erillinen moraalinen ja uskonnon normeista.²⁵⁶ Positiivinen järjestys tai moraalinen järjestelmä ja uskonnon järjestelmä eivät voi yhtäläisesti velvoittaa, vaan johtavat ratkeamattomaan normikonfliktiin. Oikeuden positiviteetti ja valtion suvereniteetti on yksi ja sama asia. Valtion ekstensio, löyhä juridinen konstruktio muodostuu Kelsenillä juridisesta valtiosta.²⁵⁷ Valtio on juridinen konstruktio.²⁵⁸ Konstruktiiivinen elementti eli valtion *ekstensio*, olio, johon ilmaisu viittaa voi olla vain juridinen valtio. Se on löyhä konstruktiiivisen elementin liitto, joka saa erilaisia intensioita. Intensiot vaihtelevat hyvinvointivaltiosta tai jopa totalitaariseen valtioon saakka. Valtion käsitteenalalle kuuluu

²⁵² Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 76, kohta 85.

²⁵³ Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatbegriff*, s. 88.

²⁵⁴ Ehkä tunnetuin klassinen määritelmä valtiosta on saksalaisen oikeussosiologin Max Weberin määritelmä organisoidusta legitimitistä väkivaltamonopolista. Weber, *Economy and Society*, s. 54 ja 56.

²⁵⁵ Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatbegriff*, s. 87.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Hans Kelsen riitauttaa kaksikasvoisen valtiokäsityksen juridisesta ja sosiologisesta valtiosta. Saksalaisen Georg Jellinekin mukaan valtio pakkovaltana on oikeuden edellytys. Valtio ja oikeus ovat sosiaalisia ilmiöitä, joilla on oikeudesta itsenäinen eksistenssi. Valtio on erotettava oikeustieteen tutkimuskohteesta, kyse on sosiaaliopista. Valtio sosiaalisena faktana on yhtä kuin valta. Siinä määrin kun valtio määritellään sosiologisen, ei-oikeudellisen tiedon tuotteena, on valtio olemassa yhtä vähän oikeudelliselle tiedolle kuin sinfonia fysiologialle. Ks. Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatbegriff*, s. 114–116. Edellä sanottu tarkoittaa sitä, että Kelsenillä valtio määrittyy vain oikeudellisesti. Kysymys on viime kädessä pitämismaailman *Sollen* -ilmiöstä, ei siten olemisen maailman *Sein* -ilmiöstä. Kelsenillä oikeus on valtion tahdonmuodostusta. Valtio on normien kokonaisuus ja jos valtio riisutaan kaikesta ei-oikeudesta, jäljelle ei jää mitään. Oikeus muodostuu normeista, ei-faktuaalisista tosiseikoista. Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatbegriff*, s. 118.

²⁵⁸ Ks. Markku Helin, joka liittää väitöskirjassaan *Lainoppi ja metafysiikka* valtiokäsitteeseen konstruktiiivisen elementin. Ks. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 57.

erilaisia intensioita, jotka ovat Wittgensteinin terminologiaa käyttäen perheyhtäläisiä eli yhteinen normiperusta, mutta *intensiot* vaihtelevat.

”Miten sitten olemme *oppineet* tämän sanan (esimerkiksi >> hyvän >>) merkityksen? Millaisista esimerkeistä? Missä kielipeleissä? Tulet silloin helpommin näkemään, että sanalla on oltava kokonainen merkityksien perhe.”²⁵⁹

Danilo Zolo määrittelee kirjassa *The Rule of Law. History, Theory and Criticism* oikeusvaltion normatiivisena ja institutionaalisenä kehyksenä. Zolo näkee oikeusvaltion kehikkona modernille eurooppalaiselle valtiolle, jonka perusta on yksilökeskeisessä filosofiassa... ja joka määrittelemällä valtiollisen vallankäytön rajat yhteiskunnassa, asettaa oikeusjärjestyksen ensisijaiseksi tehtäväksi turvata yksilöiden kansalais- ja poliittiset oikeudet poliittisten vallankäyttäjien mielivaltaa ja vallan väärinkäyttöä vastaan.²⁶⁰ Julkisen vallankäytön rajojen lakisidonaisuus ja yksilöiden vapauspiirin suoja ovat sisäänrakennettuina elementteinä Zolon määritelmään. Oikeusvaltio muodostaa normatiivisen ja institutionaalisen kehyksen, jonka sisällä julkisen vallankäytön lakisidonaisuus ja kansalaisten individuaaliset oikeudet on turvattu vallankäyttäjien mielivaltaa ja vallan väärinkäyttöä vastaan.²⁶¹ Kenneth Henley huomauttaa teoksessa *The Philosophy of Law, An Encyclopedia* oikeusvaltiosta seuraavaa: ”Koska [oikeusvaltiossa] kukaan ei ole lain yläpuolella, on jokaisella instituutiolla siinä oma rajattu tehtävänsä. Lakeja säädettäessä oikeusvaltioperiaate tarkoittaa valtiosääntöoikeudellista muotomääräisyyttä, jolla tuota lainsäädäntöprosessia itseään säännellään ja joka takaa sen legitimitetin. Oikeusvaltioperiaate toisin sanoen edellyttää senkaltaisten sääntöjen ja periaatteiden olemassaoloa, joiden avulla on mahdollista arvioida, onko jokin laki pätevällä tavalla säädetty tai täyttääkö se jonkin muun oikeudellisen pätevyyskriteerin.”²⁶²

Oikeusvaltio voidaan jakaa muodolliseen ja materiaaliseen oikeusvaltioon.²⁶³ Kaarlo Tuori kuvaa teoksessa *Encyclopædia Iuridica Fennica* oikeusvaltion syntyhistoriaa saksalaisten juurien kautta tiivistetysti näin: Kun vuoden 1871 yhtenäissaksan valtiosääntö oli annettu, samalla olivat syntyneet edellytykset itsenäiselle positivistiselle valtiosääntöoikeustieteelle. Vuosisadan lopun saksalaista valtio-oikeustiedettä hallinnut myöhäisperustuslaillinen koulukunta

²⁵⁹ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 71, kohta 77.

²⁶⁰ ”The rule of law may be defined as the normative and institutional framework of European modern state which, on the basis of individualistic philosophy... and thought processes of distribution and differentiation of power, entrusts the legal system with the primary task of protecting civil and political rights, thus contrasting, for this purpose, political authorities inclination towards arbitrariness and misuse of their powers” Zolo, ”A Critical Reappraisal”, teoksessa *The Rule of Law*, s. 29-30. Oikeusvaltion määrittelystä Ks. myös Costa, ”A Historical Introduction” teoksessa *The Rule of Law*, s. 134. Tosin Costa määrittelee oikeusvaltion historiallisista premisseistä käsin kahdeksan eri alakohdan avulla.

²⁶¹ Kotimaisesta oikeusvaltiokeskustelusta yleisesti esim. Pekka Hallberg, joka määrittelee oikeusvaltion neljän nurkkakiven (cornerstones) kautta. Hallberg, *The Rule Of Law*, s. 70-88. Oikeusvaltiosta myös Jyränki, *Valta ja vapaus*, s. 249-250; Jyränki, ”Oikeusvaltio ja demokratia” teoksessa *Oikeusvaltio*, s. 13-14.

²⁶² Henley, *The Philosophy of Law, An Encyclopedia*, s. 766. (käännös SMK)

²⁶³ Oikeusvaltiokäsitteen alkuperästä Ks. Tuori, *Encyclopædia Iuridica Fennica*, s. 934; Myös Henley, *The Philosophy of Law, An Encyclopedia*, s. 766.

omaksui lakipositivistiset lähtökohdat. Tämä koulukunta säilytti oikeusvaltion yhtenä keskeisistä käsitteistään kuitenkin niin, että valtion ja oikeuden käsitteitä ja niiden keskinäissuhdettakin tulkittiin toisin kuin varhaisperustuslaillisessa teoriassa. Valtio ei oikeudellisessa katsannossa ollut kansakokonaisuus siveellisenä ja henkisenä organismina, vaan yksityisoikeudellisiin oikeussubjekteihin rinnastuva tahtoyhteisö eli oikeushenkilö. Suvereeni valtiovalta kuului tälle tahtoyhteisölle. Myöhäisperustuslaillisen koulukunnan mukaan oikeutta oli siten vain positiivinen valtiosäännön määrämä oikeus. Näin ajatus ylipositivistisesta ja valtiosta riippumattomasta oikeudesta siveellisenä järjestyksenä hylättiin. Oikeus ei ollut enää valtiosta riippumaton järjestys, vaan samastui valtion itsensä antamiin normeihin. Sitä ei voitu myöskään asettaa valtion yläpuolelle. Valtio määräsi oikeutta.²⁶⁴ Vielä Suomen vuoden 1919 hallitusmuodossa oikeusvaltio ymmärrettiin vahvan muodollisesti. Säännös hallinnon lainalaisuudesta ”kaikesta virkatoiminnassa on laillisen seuraamuksen uhalla tarkoin lakia noudatettava,” pyrki varmistamaan hallintotoiminnan lainmukaisuuden, mielivallan kiellon, jotta hallintotoiminta pysyisi lain rajoissa. Nykyään perustuslain perusoikeuksien turvaa koskevat säännökset rajoittavat myös lainsäätäjän valtaa. Esimerkiksi lakien taannehtivuuskiellosta poikkeaminen ei olisi mahdollista edes perustuslain säätämisyjärjestyksessä ei edes poikkeuslailla.²⁶⁵

Lain muodollisen voimassaolon vaatimuksen korostamisen juuret ovat palautettavissa H.L.A Hartin ja Lon L. Fullerin välillä käytyyn monivaiheiseen keskusteluun.²⁶⁶ Keskustelu alkoi, kun Hart kirjoitti artikkelin ”Positivism and the Separation of Law and Morals”, joka koski natsi-Saksan ajan lainsäädännön voimassaoloa. Hartin käyttämässä esimerkissä nainen halusi lopullisesti päästä eroon omasta miehestään. Nainen ilmiantoi miehensä viranomaisille sillä perusteella, että mies oli lomallaan Saksan armeijasta halventanut kolmatta valtakuntaa ja Hitleriä. Tilanteessa oli mielenkiintoista se, että silloisten natsi-Saksan aikaisten lakien perusteella toimista, jotka kohdistuisivat kolmatta valtakuntaa ja näin myös Hitleriä vastaan, oli ilmoitusvelvollisuus natsiviranomaisille. Naisen ilmiannon johdosta hänen miehensä pidätettiin ja tarkoituksena oli hänen teloittamisensa, mutta teloittamisen sijasta mies lähetettiin rintamalle. Sodan päätyttyä, ja natsivallan hellitettyä, naista syytettiin oikeudessa miehensä oikeudenvastaisesta vapaudenriistosta, *rechtswidrige Freiheitsberaubung*. Naisen teko ei ollut rangaistavaa tekoaikana eli silloin, kun nainen ilmiantoi miehensä natsiviranomaisille, vaan teko oli säädetty rangaistavaksi jo vuoden 1871 Saksan rikoslain mukaan, joka oli ollut katkeamatta voimassa säätämistään lähtien. Vaimon kanta oli, että hänen tekonsa olisi pitänyt käsitellä oikeudessa natsien säädösten eli rikoksen tekoajan mukaan, jolloin nainen ei olisi ollut syyllinen rikokseen, josta häntä nyt syytettiin. Muutoksenhakutuomioistuin kuitenkin

²⁶⁴ Oikeusvaltiosta tiivistetysti Ks. Tuori, *Encyclopædia Iuridica Femica*, s. 932–936. Oikeusvaltiokäsitteestä myös Nieminen, *Eurooppalaistuva valtiosääntöoikeus - valtiosääntöistyyvä Eurooppa*, s. 387–389.

²⁶⁵ Taannehtivan rikoslain kiellosta rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen ydinalueena. Ks. Pellonpää, ”Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate”, teoksessa *Perusoikeudet*, s. 306.

²⁶⁶ Hartin ja Fullerin seuraan lain muodollisen voimassaolon vaatimuksen korostamisesta pitää tietysti liittää myös Hans Kelsen.

päätti, että nainen oli syyllistynyt miehensä oikeudenvastaiseen vapaudenriistoon, kun hän ilmiantoi tämän natselle ja sovelsi näin ollen aikaisempaa vuoden 1871 rikoslakia.²⁶⁷

Fuller vastasi Hartille natsi-Saksan tapauksesta seuraavaa: "Perehtymättä sen enempää siihen, miten Saksan oikeusjärjestyksen jäänteet tosiasiallisesti toimivat natsivallan alaisuudessa, professori Hart otaksuu, että siinä oli täytynyt säilyä jotain, mikä yhä ansaitsee tulla kutsutuksi 'oikeudeksi' siinä merkityksessä, että siinä yhä pyrittiin oikeuden idean toteuttamiseen. Tällä en tarkoita, että professori Hart olisi puoltanut käsitystä, jonka mukaan natsi-Saksan oikeutta olisi täytynyt noudattaa. Pikemminkin hän on sitä mieltä, että henkilön päätös olla noudattamatta sen määräyksiä ei liity vain henkilön omakohtaiseen varovaisuuteen tai rohkeuteen, vaan kyse on aidosti moraalista pulmasta, jossa oikeuden toteuttamisen ideaali on uhrattava toisten, sitä perustavampien päämäärien hyväksi."²⁶⁸

Hartin ja Fullerin välinen keskustelu jatkui ja kirjassa *The Concept of Law* Hart esitti keskeisideansa yleisesti velvoittavista ensimmäisen asteen velvoitesäännöistä ja toisen asteen oikeuden muuttamista, täytäntöönpanoa sekä tunnistamista koskevista oikeussäännöistä.²⁶⁹ Hartin mukaan oikeudellinen tulkinta rajoittuu merkitysoipillisesti rajattuun ydinalueeseen, joka joustaa vain reuna-
vyöhykkeen rajaan saakka.²⁷⁰ Hartin käsitys oikeudesta on oikeuspositivistisesti suljettu systeemi ja Hartin teoriassa luonnonoikeus näyttäytyy vain truismeina eli vähimmäiselementteinä, jotka ovat välttämättömiä ihmiskunnan olemassaolon turvaamiseksi.²⁷¹ Kirjassaan *The Morality of Law* Fuller esitti oman vastaavan mallinsa, joka perustui ideaan oikeuden sisäisestä moraalista ja joka oli enemmän kuin Hartin hahmottamat truismit.²⁷²

Korkein oikeus toteaa kohdassa 9: "Sotaan syyllisten rankaisemista koskevan lain hyväksyminen perustuslain säätämisyjärjestyksessä osoittaa, että eduskunnan huomattava enemmistö katsoi sotasyyllyisyyskysymyksen hoitamisen välirauhansopimuksen täyttämiseksi niin tärkeäksi, että se oli vallinneissa oloissa tehtävä, vaikka samalla päädyttiin loukkaamaan useita oikeusjärjestyksen keskeisiä periaatteita." Korkein oikeus jatkaa edelleen, että "[k]un sotasyyllyisyysoikeuden tuomiolla on tällainen poikkeuksellinen tausta, ei ole perusteltua ryhtyä jälkikäteen tarkastelemaan sitä ja siihen johtanutta menettelyä tavanmukaisia oloja silmälläpitäen säädettyjen tuomionpurkua ja kantelua koskevien säännösten pohjalta."²⁷³ Korkein oikeus vahvistaa kannan, että sotasyyllyisyysoikeuden tuomioilla on liian poikkeuksellinen ja komplisoitunut tausta, joten tuomion-

²⁶⁷ Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", s. 596–597.

²⁶⁸ Fuller, "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart", s. 633. (käännös SMK)

²⁶⁹ Hart, *The Concept of Law*, s. 95.

²⁷⁰ *Ibid.*, s. 123–124.

²⁷¹ Hart, *The Concept of Law*, Third Edition, s. 192.

²⁷² Hartin ja Fullerin välinen keskustelu huipentui Hartin esseeseen "Lon L. Fuller: The Morality of Law", jossa Hart vertasi Fullerin hahmottamaa lainsäätäjälle osoitettua kahdeksaa reunaehtoä myrkyttämisen moraaliiin.

Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*: "Essay 16, Lon L. Fuller", s. 350.

²⁷³ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 9.

purkua ei edes kannata avata. Sotasyllisyyslaki oli muodollisesti voimassa, vaikka se oli taannehtiva.

Korkeimman oikeuden kanta rinnastuu H.L.A Hartin kantaan, jonka mukaan taannehtiva rikoslaki on voimassa olevaa oikeutta, kunhan se on vain säädetty muodollisesti oikein. Hartin mukaan huonoista vaihtoehtoista valitaan vähiten huonoin ja vähiten huonoin vaihtoehto on lain muodollisen voimassaolon turvaamista. Lon L. Fuller ei näin voi sanoa, koska huono laki rikkoo oikeuden sisäistä moraalialia, vaikka se olisi säädettykin muodollisesti oikein. Fullerilla voimassaolon ehtona ovat lain sisällölliset vaatimukset ja epäonnistumiseen riittää, jos lainsäätäjät epäonnistuu yhdessäkin kahdeksan ehtokohdan listassa.²⁷⁴

Kirjassaan *The Morality of Law* Fuller esittää kahdeksan sisällöllistä kohtaa, joissa *Rex* voi epäonnistua:²⁷⁵

- 1) Lakia ei saa laatia siten, että se olisi säädetty vain yksittäistä tapausta silmällä pitäen.
- 2) Lain pitää olla samalla tavoin julkinen kaikille kansalaisille.
- 3) Lainsäätäjät ei saa säätää taannehtivaa lakia.
- 4) Lain pitää olla sisällöllisesti ymmärrettävä.
- 5) Lakia ei saa säätää siten, että se olisi ristiriitainen toisten lakien kanssa eli lait eivät saa olla keskenään ristiriitaisia.
- 6) Laki ei saa vaatia kansalaisilta mahdottomuuksia eli lakien pitää olla kohtuullisia
- 7) Lainsäätäjät ei saa säätää liian lyhytikäistä lakia
- 8) Lainsäädännön ja lainsoveltamisen on vastattava toisiaan.²⁷⁶

Fullerin määritelmässä keskeistä on oikeuden sisäinen eli proseduraalinen eli institutionaalinen moraalialia, joka tekee oikeuden ylipäättään mahdolliseksi. Fuller toteaa: "Se, mitä kutsun oikeuden sisäiseksi moraaliksi, ilmentää osaltaan luonnonoikeutta. Se on samalla kertaa luonnonoikeuden menettelyllinen eli institutionaalinen muoto... sillä se muotoaa ja rajoittaa niitä sisällöllisiä tavoitteita, joita oikeuden avulla on mahdollista saavuttaa."²⁷⁷

²⁷⁴ Fuller, *The Morality of Law*, s. 159. Fuller toteaa: "Yksinkertainen vaatimus, jonka mukaan oikeussäännöt tulee ilmaista kielellisesti ymmärrettävällä tavalla, vaikuttaa ainakin lähtökohtaisesti eettisesti neutraalilta niihin sisällöllisiin tavoitteisiin nähden, joita laki palvelee. Jos jokin oikeudellisen moraalialin periaate voi samalla olla Hartin tarkoittamalla tavalla "yhteensopiva mitä suurimman kohtuuttomuuden kanssa", juuri tuon periaatteen osalta asia tuntuu niin olevan. Yhtä kaikki, jos lainsäätäjän pyrkimyksenä on jonkin yhteiskunnallisen epäkohdan poistaminen mutta ilman, että tuo tavoite olisi selväsanaisesti kirjattu lainsäädännössä näkyviin, on ilmeistä, että lainsäätäjällä tulee olemaan vaikeuksia saada aikaan selkeitä ja ymmärrettäviä lakeja." (käännös SMK)

²⁷⁵ Fullerin kirjan *The Morality of Law* parempi nimi olisi ollut Oikeusvaltio. Fuller itse ei näytä täysin oivaltavan kirjansa vastaavuutta oikeusvaltion perimmäisiin premisseihin. Vastaavuutta oikeusvaltiooon ei näy hahmottavan myöskään H.L.A Hart vastatessaan Fullerille oikeuden sisäisestä moraalialista ja verratessaan Fullerin lainsäätäjälle asetettua kahdeksaa reunaehtoaa myrkyttämisen moraalialiin esseessä "Lon L. Fuller: The Morality of Law" vuonna 1965. Ks. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy: Essay 16, Lon L. Fuller*, s. 350. Oikeusvaltion ja Fullerin hahmottaman lainsäätäjälle asetetun 8 reunakohdan vastaavuudesta huomauttaa myös Kenneth Henley teoksessa *The Philosophy of Law, An Encyclopedia*. Ks. Henley, "The Philosophy of Law, An Encyclopedia", s. 766. Vertaa saman suuntaisesti myös Summers, *Lon L. Fuller*, s. 30.

²⁷⁶ Fuller, *The Morality of Law*, s. 46–81.

²⁷⁷ Fuller, *The Morality of Law*, s. 184.

Fullerin mallintama kahdeksan kohdan lista määrittelee oikeusvaltiokonstruktion reunat.²⁷⁸ Kyse on niistä premisseistä, joita lainsäätäjän tulee lainsäädäntötyössään noudattaa. Fuller toteaa: ”Jos lainsäätäjät täydellisesti epäonnistuu missä tahansa näissä kahdeksassa kohdassa, seurauksena ei ole vain epäkelpo oikeusjärjestys vaan jotain, mikä ei ole oikeusjärjestys lainkaan kuin ehkä siinä pickwickläisessä merkityksessä, jonka mukaan oikeudellisesti ei-sitova sopimus on eräänlainen sopimus sekin.”²⁷⁹ Oikeusvaltion käsitteellisistä reunaehdoista poikkeaminen rinnastaa oikeusjärjestyksen ja oikeusvaltion pickwickläiseen oikeusjärjestykseen, jossa ei-sitova oikeusjärjestys on jonkinlainen oikeusjärjestys. Oikeusvaltiokonstruktiosta tulee tuolloin *hukkapremissi* ja jäljelle jää vain valtio, joka ei pysty suojaamaan kansalaisiaan valtaapitäen mielivaltaa vastaan. Fullerin mallintamassa kahdeksan kohdan listassa taannehtiva rikoslaki, lakien kerta-käyttöluonne tai lakien salassa säätäminen eivät täytä lainsäätäjälle asetettuja oikeusvaltiollisia vaatimuksia. Fuller puhuu lainsäätäjälle asetetusta tavoitemoraalisista vaatimuksista, *morality of aspiration*, erotuksena lainsäätäjälle asetetusta tehtävämoraalisista vaatimuksista, *morality of duty*.²⁸⁰ Tavoitemoraalin vaatimuksiin kuuluvat kohdat 1 ja 3-8 ja tehtävämoraaliin vain kohta 2 eli lakien promulgaatiovaatimus. Tehtävämoraaliin kuuluvat velvoitteet on lainsäätäjän ja muiden viranomaisten täytettävä, mutta tavoitemoraali on vain *intentio* eli ideaalitila, johon lainsäätäjän pitää lainsäädäntötyössään pyrkiä.²⁸¹ Fullerin määrittelemä oikeusvaltion käsitteelliset reunaehdot toimivat tulkintakehyksenä eli konstruktiona normeille, joiden avulla normit vakioidaan oikeusvaltiolliseen arvoperustaan.²⁸²

Kuviossa 7 on kuvattu Fullerin malliin pohjautuen oikeusvaltiokonstruktion perimmäiset premissit eli oikeusvaltiokonstruktion osakonstruktiot. Kuvion sisällä suorakaiteessa on kuvattu oikeusvaltiopremisseistä ne, jotka ovat säännönkaltaisia eli Fullerin kohdat 1-3. Näitä ovat taannehtivan rikoslain kielto, lakien yleisyysvaatimus ja promulgaatioehto. Kyse on lainsäätäjään kohdistetuista ehdottomista vaatimuksista, joista ei voi poiketa edes perustuslainsäätämisyjärjestyksessä. Suorakaiteenmuotoisen laatikon ulkopuolella on kuvattu oikeusvaltiokonstruktion osapremisseistä ne, jotka ovat enemmän periaatteen kaltaisia. Fullerin mallissa vastaavat kohdat ovat 4-8 eli lakien sisällöllinen ymmärrettävyys, ristiriidattomuus, lyhytikäisyys, kohtuullisuus ja lainsäädännön sekä soveltamiskäytännön vastaavuus. Näiden kohtien noudattamiseen lainsäätäjän ja muiden viranomaisten pitää toiminnassaan pyrkiä, mutta kohtien 4-8 noudattaminen ei ole välttämätöntä.

²⁷⁸ Summers, *Lon L. Fuller*, s. 28. Summers on luonnehtinut Fullerin lainsäätäjälle asetettuja kahdeksaa reunaehto oikeusjärjestyksen yleiseksi ehtoiksi (general purposes of the legal system).

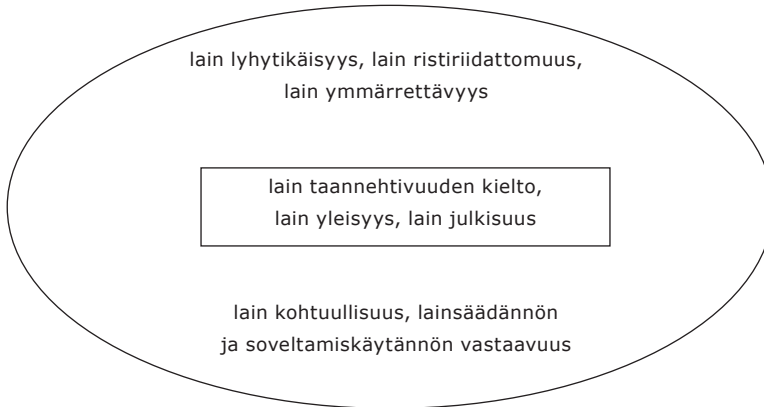
²⁷⁹ Fuller, *The Morality of Law*, s. 39. (käännös SMK). *The phrase comes from Dickens's wick Papers (1836–37). Samuel Pickwick exchanges barbs in just such a friendly way with Mr. Blotton in Chapter One. What Does “in a Pickwickian Sense” Mean? “In a Pickwickian sense” refers to the joking use of insulting words or epithets.*

²⁸⁰ Raimo Siltala puhuu ideaalisesta moraalista ja velvollisuusperustaisesta vähimmäismoraalista. Ks. Siltala, *Oikeudellinen tulkintateoria*, s. 258–259.

²⁸¹ Fuller, *The Morality of Law*, s. 43.

²⁸² Raimo Siltala on ehdottanut, että Fullerin mallissa kohdat 1–3 ovat sääntötyyppisiä ja kohdat 4–8 periaatetyyppisiä. Siltala käsittelee kohtia 4–8 prejudikaatti-ideologian kautta ja optimointikäskynä Robert Alexyä soveltaen. Siltala, *Law, Truth, and Reason*, s. 210–211.

Oikeusvaltiokonstruktion osakonstruktiot



Kuvio 7. Oikeusvaltion käsitteelliset reunaehdot.

Korkein oikeus toteaa kohdassa 3: ”Arvioitaessa oikeutta hakea sotasyllisysoikeuden tuomion purkamista Korkeimmalta oikeudelta on edellä viitattujen lainkohtien perusteella otettava siten huomioon myös se, voitiinko sotasyllisyylain säätämisen aikaan hakea valtakunnanoikeuden antaman tuomion purkamista Korkeimmalta oikeudelta.”²⁸³ Korkein oikeus toteaa sen itse. Sotasyllisysoikeus ja valtakunnanoikeus kuuluvat samaan tulkintakehykseen, joka kiinnittyy oikeusvaltiokonstruktion. Kyse on oikeusvaltion perimmäisistä pmissistä, joita lainsäätäjän ja tuomioistuimen tulee kunnioittaa. Kyse on Lon L. Fullerin mallintaman kahdeksan kohtaisen määritelmän eli oikeusvaltiokonstruktion reunaehtojen kunnioittamisesta. Kun tarkastelun kohteena on sotasyllisyylaki ja Fullerin mallintama kahdeksankohtainen oikeusvaltion reunaehtomääritelmä, on nähtävissä seuraavaa: Fullerin mallissa ensimmäinen kohta koskee lainsäätäjälle asetettu lain yleisyysvaatimusta. Lakia ei saa säätää siten, että se säädettäisiin vain yksittäistä tapausta silmällä pitäen. Sovelletuna sotasyllisyylakiin tämä tarkoittaa, että sotasyllisyylaki säädettiin nimenomaisesti yksittäistä tapausta silmällä pitäen ja sotasyllisysoikeus tilapäisenä, *ad-hoc* -tuomioistumena perustettiin varta vasten kyseiseen tehtävään.

Fullerin toinen kohta määrittelee lakien julkisuutta. Lain pitää olla samalla tavalla julkinen kaikille kansalaisille. Sotasyllisyylaki täytti lain promulgaatiovaatimuksen. Sotasyllisyylaki ei ollut salainen pöytälaatikkolaki. Fullerin kolmas kohta koskee lain taannehtivuudenkieltoa. Lainsäätjä ei saa säätää lakia, joka on vaikutuksiltaan taannehtiva. Sotasyllisyylaki oli tätä. Se oli taannehtivaa rikoslainsäädäntöä.²⁸⁴ Fullerin neljäs kohta koskee lain sisällöllistä ymmärrettävyyttä. Lain pitää olla täsmällinen ja tarkkarajainen.²⁸⁵ Sotasyllisyylain 1 §:ssä todetaan

²⁸³ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 3.

²⁸⁴ Taannehtivuuskiellosta myös Frände, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, s. 235–236.

²⁸⁵ Lain täsmällisyys ja tarkkarajaisuudesta myös Frände, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*, s. 238–242.

seuraavaa: "Joka ratkaisevalla tavalla on vaikuttanut Suomen joutumiseen sotaan vuonna 1941 Sosialististen Neuvostotasavaltain Liittoa taikka Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin Yhtynyttä Kuningaskuntaa vastaan tai estänyt sodan aikana rauhan aikaansaamista, tuomittakoon virka-aseman väärinkäyttämisestä valtakunnan vahingoksi vankeuteen enintään kahdeksaksi vuodeksi taikka, jos asianhaarat ovat raskauttavat, kuritushuoneeseen määrääjäksi tai elinkaudeksi." Edellä mainittu kriminalisointisäännös on epätarkka. Ketä tahansa sen aikaista Suomen poliittista johtoa tahansa olisi voitu syyttää kyseisen säännöksen nojalla.

Fullerin 5. kohta koskee lakien ristiriitaisuutta. Lakia ei saa säätää siten, että se olisi ristiriitainen toisten lakien kanssa. Sotasyyllisyyslaki täyttää tämän vaatimuksen. Kuudes kohta koskee lakien kohtuullisuutta. Laki ei saa vaatia mahdottomuuksia ja seitsemäs kohtaa koskee sitä, että lainsäätäjät ei saa säätää liian lyhytikäistä lakia. Sotasyyllisyyslaki säädettiin nimenomaisesti kyseiseen tehtävään tuomitsemaan silloista Suomen sodanaikaista johtoa. Fullerin mallin viimeinen kohta koskee lainsäädännön ja lainsoveltamisen vastaavuutta ja ristiriidattomuutta. Linstedt ja Löytömäki toteavat selvityksessään seuraavaa: "Useiden käsittelykertojen jälkeen viimeinen oikeuskäsittely pidettiin 2.2.1946, minkä jälkeen SSO ryhtyi valmistelemaan päätöstään. Sotasyyllisysoikeus päättyi 16.2.1946 seuraaviin vankeustuomioihin, jotka oli määrä julistaa kaksi vuorokautta myöhemmin pidettävässä viimeisessä istunnossa: Ryti 8 vuotta, Rangell 5 vuotta, Linkomies 3 vuotta, Ramsay 2 vuotta 6 kuukautta, Tanner 3 vuotta 6 kuukautta, Kukkonen 2 vuotta ja Reinikka 2 vuotta. Kivimäki vapautettiin. Vaikka tuomioistuimen linja oli kovempi kuin mitä hallitus oli ennakoanut, rangaistukset eivät tyydyttäneet valvontakomissiota. Seuraavana päivänä 17.2.1946 LVK:n varapuheenjohtaja Savonenkov vieraili pääministerin kotona ja kertoi saaneensa kuulla äänestyksen kulusta. Hän esitti ihmettelynsä siitä, ettei valvontakomissioon ollut otettu yhteyttä. Savonenkov ilmoitti komission vaativan, että Ryti, Tanner, Rangell, Linkomies ja Kivimäki tuomitaan 5–10 vuoden rangaistuksiin. Ramsay, Reinikka ja Kukkonen tuli tuomita 'heidän syyllisyysasteensa mukaisesti' rangaistuksiin, jotka eivät saaneet olla vain 'symbolisia'. Jotta nämä vaatimukset voitiin täyttää, Savonenkov määräsi, ettei tuomioita saisi julistaa 18.2.1946, kuten alun perin oli tarkoitus."²⁸⁶ Fullerin viimeinen vaatimus lainsäädännön ja soveltamiskäytännön vastaavuudesta eivät toteudu. Ulkopuolinen taho vaikutti tuomioistuimen ratkaisuun ja määräsi, millaisiin rangaistuksiin syytetyt tuli tuomita.

Valtioneuvoston oikeuskansleri on ratkaisussaan 27.11.1992 ottanut kantaa korkeimmalle oikeudelle siirtyneestä tuomionpurkuvallasta. Oikeuskansleri viittasi vuoden 1734 laissa säänneltyyn valtaan, jossa hallitsija voi purkaa vääräperusteiset ja liian ankarat tuomiot. Oikeuskansleri toteaa: "Voidaan ajatella, että maamme itsenäistyttyä ja muututtua tasavallaksi korkeimmalle oikeudelle on siirtynyt aikaisemmin hallitsijalle kuulunut tuomionpurkuvalta. Korkeimman oikeuden tuomionpurkuvallasta säädetään korkeimmasta oikeudesta 22.7.1918

²⁸⁶ Lindstedt – Löytömäki, *Sotasyyllisysoikeudenkäynti*, s. 27, osoitteessa [http://oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/222010sotasyyllisysoikeudenkaynti/Files/22_2010_Sotasyyllisysoikeudenkaynti_102_s.pdf], viitattu 27.1.2014.

annetun lain (74/18) 3 §:n 5 kohdassa. Säännöksessä ei mainita poikkeuksia tai rajoituksia.” Korkeimmalle oikeudelle tarjoutui mahdollisuus muotoilla oikeusvaltiokonstruktion perimmäisiä premissejä, mutta tämä olisi vaatinut samaistumista *valtiosääntöoikeusoppineen* rooliin. Samaistuminen kyseisen juristin rooliin on tapauksen *puuttuva premissi*.²⁸⁷ Koska samaistuminen juristin rooliin puuttuu ja oikeusjärjestyksessä on aukko *torjutuksi premissiksi* muodostuu myös korkeimmalle oikeudelle siirtynyt yleistoimivalta vuoden 1734 lain pohjalta purkaa mikä tahansa vääräperusteinen ja liian ankara tuomio.²⁸⁸

Korkein oikeus toteaa kohdassa 6: ”Silloin, kun jonkin erityistuomioistuimen ratkaisuun voidaan ylimääräisin muutoksenhakukeinoin hakea muutosta Korkeimmalta oikeudelta, on tästä säädetty nimenomaisesti asianomaista erityistuomioistuinta koskevassa laissa. Siten esimerkiksi työtuomioistuimesta annetun lain 37 §:ssä on säädetty... Eräiden markkinaoikeudellisten asioiden käsittelystä annetun lain 21 §:n 4 momentissa puolestaan on... Vakuutuslainsäädännön 19 §:ään sisältyvät säännökset...”²⁸⁹ Edellä mainitussa kohdassa korkein oikeus rinnastaa sotasyällisysoikeuden muihin erityistuomioistuimiin, kuten työtuomioistuimeen, markkinaoikeuteen tai vakuutuslainsäädännön mukaiseen oikeuteen. Kertomukseen otetaan mukaan *hukkapremissejä*, jotka on istutettu tulkintakehykseen ja joka noudattaa *ratio scriptan* ideologiaa.²⁹⁰ Korkein oikeus toteaa kohdassa 3: ”Arvioitaessa oikeutta hakea sotasyällisysoikeuden tuomion purkamista Korkeimmalta oikeudelta on edellä viitattujen lainkohtien perusteella otettava siten huomioon myös se, voitiinko sotasyällisysoikeuden säätämisen aikaan hakea valtakunnan oikeuden antaman tuomion purkamista Korkeimmalta oikeudelta.”²⁹¹ Koska sotasyällisysoikeus on tilapäinen, *ad-hoc* -tuomioistuin, joka perustettiin varta vasten kyseiseen tehtävään, ei sotasyällisysoikeuden antamaa tuomiota voida purkaa ilman, että sotasyällisysoikeus pitäisi perustaa uudelleen. Varsinaista toimivaltasäännöstä ei ole, jossa korkein oikeus olisi toimivaltainen käsittelemään sotasyällisysoikeuden langettamat tuomiot. Korkein oikeus ei muotoile tulkintakehystä oikeusvaltiolliseksi. Tapauksen käsittely loppuu ennen kuin se on ehtinyt kunnolla alkamaan.²⁹²

²⁸⁷ Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, s. 204–229, Ks. erityisesti edellä mainitut kirjan sivut, joissa Brusiin huomauttaa tuomarin kyvystä *samaistua* eri rooleihin.

²⁸⁸ Kyse on erityislain ja yleislain välisestä suhteesta. Laki voidaan määrittellä yleislaiksi tai erityislaiksi aina suhteessa toiseen lakiin. Laki korkeimmasta oikeudesta 22.7.1918 on erityislaki suhteessa vuoden 1734 lakiin. Erityislain tehtävänä on täsmentää ja täydentää yleislakia. Hakija perusteli KKO:n toimivaltaa viitaten oikeudenkäymiskaaren 31 luvun 12 ja 14 §:iin yleistoimivaltanormista ja korkeimman oikeuden toimivaltaan erityistuomioistuimena purkaa sotasyällisysoikeuden tuomio. Ks. tarkemmin Lager, ”Erityistuomioistuimen tuomion purkaminen, KKO 2008:94”, s. 154.

²⁸⁹ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 6.

²⁹⁰ Termi *ratio scripta* Ks. Siltala *Oikeustieteen lait. Tutkijan aapiskirja* (ilmestyy).

²⁹¹ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 3.

²⁹² Tulkintakehyks on palautettavissa Alf Rossin ajatukseen tulkintakehystä, tydningskema. Ross toteaa teoksessaan *Om ret og retfærdighed*: ”Retten er på en gång retsnorm og retsfænomen (retsliv). Retsnormerne er det abstrakte normative ideindhold der, anvendt som tydningskema, gør det muligt at forstå retsfænomenerne (retslivet) som en meningsfuld sammenhæng af retshandlinger og inderfor vise grænser at forudsige retslivets forløb. Myös Hans Kelsen toteaa ”The norm functions as a scheme of interpretation.” Ks. Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *The Pure Theory of Law*, s. 4. Rossin tuotannossa on nähtävissä hänen oppi-isänsä Hans Kelsenin vaikutusta, vaikka Ross vakiintuneesti luetaankin skandinaavisen realismin edustajiin. Huomionarvoista on, että Rossin varhaisteos *Theorie der Rechtsquellen* oli omistettu Hans Kelsenille.

Syytteiden nostamisesta päätti valtioneuvosto. Syytekirjelmän mukaan:

”1. Hallitus jätti talvisodan jälkeen maan ”ulkopolitiikkaankin vaikuttavalta asennoitumiselta” sodan aikaiselle kannalle...

2. Hallitus antoi ”sodanjulistuksen veroisen toteamuksen” maan joutumisesta sotaan Neuvostoliiton kanssa...

3. Hallitus aiheutti toiminnallaan diplomaattisuhteiden katkeamisen...”²⁹³

Vajaa kuukausi sotasyällisysoikeuden langettaman tuomion jälkeen sotasyällisysoikeuden syytteitä valmistellut tutkijalautakunnan puheenjohtaja Onni Petäys ampuu itsensä.

²⁹³ Lindstedt – Löytömäki, *Sotasyällisysoikeudenkäynti*, s. 35. [http://oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisut/julkaisuarkisto/222010sotasyällisysoikeudenkäynti/Files/22_2010_Sotasyällisysoikeudenkäynti_102_s..pdf], viitattu 18.8.2015.

6 Muuttuva tekstien labyrintti

6.1 OHIMENEVÄÄ, KATKONAISTA, HAJANAISTA

Prologi: *”Oletteko menossa tohtori Stephen Albertin luo? Vastaustani odottamatta toinen sanoi: Talo on kaukana, mutta varmaan se löytyy kun kuljette ensin tuota vasemmanpuoleista tietä ja käännytte sitten jokaisessa kadunkulmassa vasempaan... Ajattelin labyrinttien labyrinttia, kasvavaa, mutkikasta labyrinttia joka sisältää menneisyyden ja tulevaisuuden...”*²⁹⁴

Korkeimman hallinto-oikeuden syyskuussa 2012 antamassa ratkaisussa KHO 2012/75 kyse oli tahdosta riippumattoman psykiatrisen sairaanhoidon jatkamisesta ja riittävien oikeusturvatakeiden huomioimisesta. Tapahtumat saivat alkunsa, kun psykiatrisen sairaalan ylilääkäri määräsi 27.1.2012 tekemällään päätöksellä henkilön mielenterveyslain 8 ja 12 §:ien nojalla tahdosta riippumattomaan psykiatriseen hoitoon. Mielenterveyslain (11.12.2009/1066) 12 §:ssä säännellään tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisen edellytyksistä. Päätös potilaan tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisesta on viipymättä annettava potilaalle tiedoksi ja tehty päätös on heti alistettava hallinto-oikeuden vahvistettavaksi. Kyseisessä tapauksessa hallinto-oikeus vahvisti sille alistetun päätöksen ja perusteli päätöstään seuraavasti: *”Kun otetaan huomioon tarkkailulausunnosta ja sairauskertomuksesta ilmenevät Y:n terveydentilaa koskevat seikat, hallinto-oikeus katsoo, että Y on vahvistettavaksi alistetun päätöksen tekemisen aikana ollut mielisairas ja mielisairautensa vuoksi hoidon tarpeessa siten, että hoidon lopettaminen olisi olennaisesti pahentanut hänen mielisairauttaan ja vakavasti vaarantanut hänen terveystään ja turvallisuuttaan. Muut mielenterveyspalvelut eivät ole soveltuneet käytettäväksi tai ne ovat olleet riittämättömiä. Edellytykset Y:n hoitoon määräämiseen hänen tahdostaan riippumatta ovat siten edelleen olemassa.”*²⁹⁵ Hallinto-oikeuden käyttämä perustelu on samaistuu mielen-terveyslain 8 §:ään, jonka mukaan henkilö voidaan määrätä tahdostaan riippumatta psykiatriseen sairaalahoitoon vain:

²⁹⁴ Borges, *Haarautuvien polkujen puutarha*, s. 31.

²⁹⁵ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 1

- 1) jos hänen todetaan olevan mielisairas
- 2) jos hän mielisairautensa vuoksi on hoidon tarpeessa siten, että hoitoon toimittamatta jättäminen olennaisesti pahentaisi hänen mielisairauttaan tai vakavasti vaarantaisi hänen terveyttään tai turvallisuuttaan taikka muiden henkilöiden terveyttä tai turvallisuutta ja
- 3) jos mitkään muut mielenterveyspalvelut eivät sovellu käytettäväiksi tai ovat riittämättömiä.

Hallinto-oikeus sinetöi päätöksellään Y:n tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisen. Y valitti korkeimpaan hallinto-oikeuteen ja vaati hallinto-oikeuden päätöksen kumoamista. Perusteena Y esitti, että hän kykenee huolehtimaan itsestään ja lääkityksestään. Narratiivissa kielipeli vaihtuu kliiniseen lääketieteelliseen kielipeliin. Ylilääkäri katsoo: "Sairaudentunnottomuuden ja hoitokielteisyyden sekä huomattavan hajanaisuuden ja siitä aiheutuvan päivittäisissä toiminnoissa selviytymisen heikkouden vuoksi muut mielenterveyspalvelut eivät ole soveltuneet käytettäväksi."²⁹⁶

Potilaan oma käsitys omista kyvyistään huolehtia itsestään ja lääkityksestään ja lääketieteellinen arvio henkilön sairaudentunnonpuutteesta ja hoitokielteisyydestä eivät kohta. Mielenterveyslain 8 §:ssä säädettyä tahdosta riippumattoman hoidon määräämisen edellytyksiä ei arvioida. Narratiivi väistää aineellisoikeudellisen kysymyksen siitä, ovatko potilaan tahdosta riippumattoman hoidon edellytykset edelleen voimassa. Arvioimatta jää, katsotaanko potilas mielisairaaksi, onko potilas mielisairautensa vuoksi hoidon tarpeessa siten, että hoitoon toimittamatta jättäminen olennaisesti pahentaisi hänen mielisairauttaan, ja ovatko muut mielenterveyspalvelut pois suljettuja, joiden johdosta potilas on suljettu mielisairaalaan. *Interferenssiä* ei pääse kunnolla alkamaan ja *oikeudellisesti onnistunutta metamorfoosia* ei pääse tapahtumaan. Korkein hallinto-oikeus sivuuttaa valittajan, mielisairaahan henkilön, jonka tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisesta tapauksessa on kyse. Y:n mahdollisuudet huolehtia itsestään on *torjuttu premissi*. Korkein hallinto-oikeus toteaa ratkaisussaan seuraavaa: "Korkein hallinto-oikeus hylkää valituksen. Hallinto-oikeuden päätöksen lopputulosta ei muuteta."²⁹⁷ Tuomioistuimen perustelujen polku jatkaa risteykseen, jossa tuomioistuimen on tehtävä valinta. Rakentaako se reittiä, jossa arvioidaan järjestelmän ja instituution näkökulmaa vai rakentaako se toista polkua, jossa keskeisenä on arvioida yksilöä ja hänen mahdollisuuksiaan huolehtia itsestään? Korkein hallinto-oikeus toteaa: "Y:n valituksen johdosta asiassa on korkeimmasa hallinto-oikeudessa kysymys siitä, onko päätös hoidon jatkamisesta lainvastainen vai onko hallinto-oikeus voinut vahvistaa sille alistetun päätöksen."²⁹⁸ Korkein hallinto-oikeus sivuuttaa kysymyksen siitä, pystyykö Y huolehtimaan itsestään ja lääkityksestään. Korkein hallinto-oikeus ei valitse tietä, jossa kyse on yksilöstä ja hänen mahdollisuuksistaan toimia ja huolehtia itsestään ja lääkityksestään, vaan se *rakentaa labyrinttiin polkua*, jossa arvioidaan, onko käytössä oleva alustusmenettely lainmukainen ja takaako se riittävät oikeusturvatakeet valtion

²⁹⁶ *Ibid.*, s. 2.

²⁹⁷ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 2.

²⁹⁸ *Ibid.*, s. 6.

mielivaltaa vastaan.²⁹⁹

Mielenterveyslain 12 §:n 1 momentin mukaan hoidon jatkamista koskeva päätös on kolmen kuukauden hoitajakson jälkeen alistettava hallinto-oikeuden vahvistettavaksi. Kyse on menettelystä, jossa potilasta hoitava sairaala toimittaa oma-aloitteisesti hoidon jatkamista koskevan päätöksen hallinto-oikeuden tutkittavaksi. Korkein hallinto-oikeus toteaa: ”Alistusmenettelyn keskeisenä tarkoituksena on varmistaa tahdosta riippumattomaan hoitoon määrätyn henkilön oikeusturva.”³⁰⁰ Alistusmenettely hallinto-oikeuteen on tae henkilön oikeusturvan toteutumisesta. Hallinto-oikeudessa tuomioistuimen kokoonpanolla varmistetaan riippumattoman psykiatrisen mielipiteen mahdollisuus.³⁰¹ Kyse on lääketieteellisestä, kliinisestä kielipelistä, jossa terveydenhuollon ammattilaisten tehtävänä on arvioida potilaan pakkohoitoon määräämisen edellytyksiä. Korkein hallinto-oikeus toteaa: ”Asiantuntijan ja tämän varajäsenen tulee olla psykiatriaan perehtyneitä laillistettuja lääkäreitä.”³⁰² Korkein hallinto-oikeus tukeutuu ratkaisussaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön ja ratkaisukäytännön muovaamiin periaatteisiin, joilla vapaudenriiston laillisuutta arvioidaan. Periaatteista ilmenee, että:³⁰³

- 1) mielenterveyden häiriö pitää luotettavasti todentaa objektiivisen lääketieteellisen asiantuntemuksen perusteella toimivaltaisessa viranomaisessa.
- 2) mielenterveyden häiriö tulee olla vakava, joka oikeuttaa tahdosta riippumattomaan hoidon aloittamisen ja
- 3) vapaudenriiston jatkamisessa mielenterveyden häiriö tulee olla edelleen olemassa.

Korkein hallinto-oikeus toteaa: ”Tuomioista *X v. Suomi* ei ilmene, että ihmisoikeustuomioistuimen tarkoituksena olisi kyseisessä asiassa ollut muuttaa näitä vakiintuneena pidettävään oikeuskäytäntöön perustuvia periaatteita.”³⁰⁴ Korkemman hallinto-oikeuden viittaamassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen *X v. Suomi* ratkaisussa ihmisoikeustuomioistuin totesi, että lääketieteellisen arvion tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisen edellytyksistä Suomessa te-

²⁹⁹ Oikeusturva jaetaan perinteisesti muodolliseen ja materiaaliseen oikeusturvaan. Legalistisen määritelmän mukaan oikeusturvassa on kyse julkisen vallankäytön lakisidonnaisuudesta. Klassisesti ajateltuna, kyse on oikeusvaltioajattelussa keskeisesti vaikuttavasta laillisuusperiaatteesta, joka normitasolla näkyy PL 2 §:n 3 momentin säännöksestä. Pekka Hallberg näkee, että kansalaisyhteiskunta edellyttää toimiakseen sitä, että viranomaistoiminnan tulee olla läpinäkyvää, luottamusta herättävää ja avointa. Kyse on tällöin *muodollisesta oikeusturvasta* eli kansalaisten yhdenvertaisuudesta lain edessä ja oikeudesta kääntyä viranomaisten puoleen ja saada asiansa tuomioistuimeen. Ks. Hallberg, *Oikeudenmukainen oikeudenkäynti 2000-luvulla*, s. 9. Oikeusturvasta myös esim. Halila, *Hallintolainkäytön oikeusturvatakeista, passim*.

³⁰⁰ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 9.

³⁰¹ Hallinto-oikeuslain (1999/430) 8 §:n 2 momentin 3 kohta. Hallinto-oikeudessa hoitoon määräämistä ja hoidon jatkamista koskevissa alistusmenettelyissä asian käsittelyyn ja sen ratkaisemiseen osallistuu psykiatriaan perehtynyt asiantuntijajäsen eli psykiatrian erikoislääkäri.

³⁰² Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 9.

³⁰³ Periaatteet henkilön vapaudenriiston laillisuuden arviointiin ovat muodostuneet Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön kautta. Näitä ratkaisuja ovat esimerkiksi *Winterwerp v. Alankomaat* 24.10.1979, kohta 39, *Johnson v. Yhdistynyt kuningaskunta* 24.10.1997, kohta 60 ja *Stanev v. Bulgaria* 17.1.2012, kohta 145.

³⁰⁴ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 10.

kevät saman sairaalan kaksi lääkäriä. Ihmisoikeustuomioistuimen mukaan kyse on toisin sanoen menettelystä, jossa potilaalta tosiasiallisesti evätään mahdollisuus vedota toiseen riippumattomaan psykiatriseen mielipiteeseen pakkohoidon jatkamisen edellytysten arvioinnissa.³⁰⁵

Korkein hallinto-oikeus toteaa: ”Ihmisoikeustuomioistuin ei ole aiemmassa oikeuskäytännössään katsonut, että mahdollisuus saada hoitavan laitoksen ulkopuolisen lääkärin mielipide olisi sellainen perustavaa laatua oleva oikeussuojataite, jonka puuttuessa hoidosta tai sen jatkamisesta ei olisi mahdollista päättää loukkaamatta ihmisoikeussopimuksen 5 artiklan 1 kappaaleeseen perustuvia oikeuksia.”³⁰⁶ Ulkopuolisella lääkärilausunnolla on merkitystä vain niissä tilanteissa, joissa kansallisen järjestelmän oikeussuojakeinot ovat muutenkin puutteellisia.³⁰⁷ Kaksi tekstifragmenttia *ohittavat* toisensa tuomioistuinratkaisun perustelujen *sokkelossa*. Toinen fragmenteista on Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tekstifragmentti, jossa ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että Suomessa käytössä oleva järjestelmä, jossa kaksi samasta sairaalasta olevaa lääkäriä arvioi potilaan tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisen edellytyksiä on ongelmallinen sekä korkeimman hallinto-oikeuden tekstifragmentti, jossa korkein hallinto-oikeus katsoi, että käytössä oleva järjestelmä on ongelmaton, vaikka potilaan tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisen arvioinnin tekevät kaksi saman sairaalan lääkäriä. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan kyse on siitä, että ihmisoikeustuomioistuin ei ole ymmärtänyt Suomessa käytettävää henkilön tahdosta riippumattoman hoidon määräämisen kokonaisuutta, joka tarjoaa riittävät oikeussuojataiteet henkilön tahdosta riippumattoman hoidon määräämisessä ja hoidon jatkamisessa. Korkein hallinto-oikeus toteaa: ”Ihmisoikeustuomioistuimen tuomion X v. Suomi perusteluista ei ole todettavissa, että ihmisoikeustuomioistuin olisi kyseisessä asiassa hoidon jatkamista koskevaa menettelyä arvioidessaan ottanut huomioon kansalliseen lakiin perustuvien oikeussuojakeinojen ja menettelyn asianmukaisuutta turvaavien muiden takeiden kokonaisuuden.”³⁰⁸ Kyse on siitä, että ihmisoikeustuomioistuin ei ole ottanut huomioon järjestelmää kokonaisuutena. Korkein hallinto-oikeus rakentaa tekstien verkostoon uuden polun.

Ratkaisussaan korkein hallinto-oikeus hylkäsi psykiatrisessa hoidossa olleen potilaan valituksen pakkohoidosta, vaikka ihmisoikeustuomioistuin oli muutamaa kuukautta aiemmin todennut Suomen hoitokäytännön potilaan pakkohoidon määräämisessä ongelmalliseksi.³⁰⁹ Korkein hallinto-oikeus toteaa: ”Ihmisoikeustuomioistuin ei ole oikeuskäytännössään muotoillut yleistä määritelmää siitä, minkälaisia viranomaismenettelyjä on pidettävä ihmisoikeussopimuksen 5 artiklan 1 kappaletta sovellettaessa mielivaltaisina.”³¹⁰ Korkeimman hallinto-oikeuden puhe muuttuu. Narratiiviin ilmestyy uusi säie. Käytössä ei

³⁰⁵ *Case of X v. Finland* 3.7.2012, kohta 169.

³⁰⁶ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 11.

³⁰⁷ Korkein hallinto-oikeus viittaa kansallisen järjestelmän puutteellisissa oikeussuojakeinoissa ihmisoikeustuomioistuimen tuomioihin *L.M v. Latvia* 19.7.2011 ja *M. V. Ukraina* 19.4.2012.

³⁰⁸ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 12.

³⁰⁹ *Case of X v. Finland* 3.7.2012, kohdat 220-221.

³¹⁰ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 3.

ole yleistä määritelmää siitä, millaisia viranomaismenettelyjä on pidettävä mielivaltaisina. Korkeimmalle hallinto-oikeudelle ei riittänyt, että ihmisoikeustuomioistuin katsoi muutamaa kuukautta aiemmin ongelmalliseksi, että potilaan pakkohoidon jatkamisen lääketieteellisen arvion tekevät kaksi saman sairaalan lääkäriä.³¹¹ Korkein hallinto-oikeus *ohittaa* Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kannan uudelleen. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan ihmisoikeustuomioistuin ei ymmärrä kansallisen järjestelmän kokonaisuutta eikä ihmisoikeustuomioistuin ole edes antanut yleistä määritelmää sille, millaisia viranomaismenettelyjä on pidettävä mielivaltaisina. Teksteistä alkaa muodostua *monipolkuinen labyrintti*, joka vaatii *ergodista tarkastelutapaa*.

Potilaan pakkohoitoon määrääminen on Suomessa kolmevaiheinen. Ensimmäisenä selvitetään, potilaan pakkohoitoon määräämisen edellytysten voimassaolo ja potilaasta kirjoitetaan M1 -tarkkailulähete. Tämä voi aloittaa lyhyen ssairaalassa toteutettavan tarkkailujakson potilaan henkisen tilan selvittämiseksi, M2. Viimeistään neljäntenä päivänä vastaava lääkäri kirjoittaa potilaasta tarkkailulausunnon ja arvioi tahdosta riippumattoman hoidon määräämisen edellytysten edelleen voimassaoloa. Jos todetaan, että pakkohoido edellytykset ovat lakanneet pääsee potilas pois sairaalasta. Ennen varsinaista pakkohoitoon määräämistä selvitetään potilaan oma kanta. Hoidon tarvetta arvioidaan määräajoin myös automaattisesti hallinto-oikeuden toimesta, jossa arvioon osallistuu psykiatrian erikoislääkäri. Tämän lisäksi pakkohoitoon määrättyllä on koko ajan käytettävissään itsenäinen valitusoikeus. Potilaan valitus on alistusmenettelystä riippumaton oikeusturvatae, vaikka valitus ja alistus käsitellään hallinto-oikeudessa. Institutionaalinen päätöksentekijä, hallinto-oikeus käsittelee sekä potilaan valituksen, että alistusmenettelyn. Hallinto-oikeudessa tapahtuva käsittely on riippumaton lausunnon kirjoittaneista lääkäreistä. Hallinto-oikeuden kokoonpanossa on psykiatriaan perehtynyt lääkäri.

Ihmisoikeustuomioistuin *sivuuttaa* ratkaisussaan X v. Suomi hallinto-oikeuden kaksinaisen roolin. Sen, että hallinto-oikeus arvioi potilaasta riippumatta määräajoin tahdosta riippumattoman hoidon määräämisen edellytyksiä, ja tämän lisäksi potilaan käytössä on itsenäinen valitustie, joka on alistusmenettelystä riippumaton oikeusturvatae. Ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan mukaan, kun potilas on Suomessa suljettu osastohoitoon, ei hänellä ole mitään mahdollisuutta aloittaa itsenäistä valitusmenettelyä, jossa tutkitaan, ovatko tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisen edellytykset edelleen olemassa.³¹² Ihmisoikeustuomioistuin viittaa aikaisempaan oikeuskäytäntönsä *Rakevich v. Russia ja Gorshkov v. Ukraine* ja toteaa riittämättömäksi sellaisen järjestelmän, jossa aloitevalta on yksinomaan viranomaisella tutkia, ovatko tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisen edellytykset edelleen voimassa. Potilaan itsenäisestä

³¹¹ *Case of X v. Finland* 3.7.2012 kohdassa 169 ihmisoikeustuomioistuin katsoo, että "[i]n the Finnish system medical evaluation is thus done by two physicians of the same mental hospital in which the patient is detained. The patients do not therefore have the opportunity to benefit from a second, independent psychiatric opinion. The Court finds such an opportunity to be an important safeguard against possible arbitrariness in decision-making where the continuation of confinement in involuntary care is concerned."

³¹² Ks. *Case X v. Suomi* 3.7.2012, ratkaisun kohta 170.

alistusmenettelystä riippumattomasta valitusoikeudesta hallinto-oikeuteen tulee ihmisoikeustuomioistuimelle *torjuttu premissi*. Hallinto-oikeuden alistusmenettelystä riippumaton ja potilaan koko ajan käytössä oleva valitustie torjutaan. Samoin torjutuksi tulee Suomessa käytössä oleva alitusmenettely hallinto-oikeuteen, joka automaattisesti ja määräajoin arvioi tahdosta riippumattoman hoidon määräämisen edellytyksiä.

Vaikka ihmisoikeustuomioistuin viittaa ratkaisussaan *X v. Suomi* Suomen hallinto-oikeuslakiin, se sivuuttaa myös hallinto-oikeuden kokoonpanon eli sen, että hallinto-oikeuden asiantuntijajäsenet ovat laillistettuja lääkäreitä, *psykiatreja*. Hallinto-oikeuden kokoonpano on ihmisoikeustuomioistuimelle *torjuttu premissi*.³¹³ Kyse on fragmentoituneesta intertekstuaalisuudesta, jossa ihmisoikeustuomioistuin ottaa fragmentteja käytössä olevasta alistusmenettelystä. Hallinto-oikeuden kokoonpanoa ei arvioida. Korkein hallinto-oikeus toteaa: "Tuomiossa on sinänsä viitattu kansallisten säännösten sisältöä koskevan jaksos kohdassa 'Muut terveydenhuoltoon koskevat säännökset' hallinto-oikeuden asiantuntijajäsenten osallistumista koskevaan hallinto-oikeuslain 7 §:n säännöksen... Tuomiossa ei sen sijaan ole mainittu edellä jaksossa 4.3 selostettuja hallinto-oikeuslain 8 §:n 1 ja 2 momentin säännöksiä, joiden mukaan hoitoon määräämistä tai hoidon jatkamista koskevan asian käsittelyyn ja ratkaisemiseen hallinto-oikeudessa osallistuvien asiantuntijajäsenten tulee olla psykiatriaan perehtyneitä laillistettuja lääkäreitä ja heidän oikeutensa virassa pysymiseen rinnastuu tuomariin."³¹⁴

Ihmisoikeustuomioistuimen *X v. Suomi* ratkaisusta ilmenee, että oikeusvaltioperiaatteen kannalta potilaan pakkohoitoon määräämisen ensimmäinen vaihe ei ole oikeudellisesti ongelmallinen.³¹⁵ Tällöin potilaan pakkohoitopäätöksen on tehnyt riippumaton viranomaisen eli terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen (nykyisen Valviran) oikeuspsykiatristen asioiden valvontalautakunta. Näin ollen hoitoon määräämistä koskeva päätös on itsenäisen tuomioistuinvalvonnan alla. Ongelmalliseksi muodostuu tahdosta riippumattoman hoidon määräämisen jatkaminen. Kyse on vaiheesta, jossa potilaan pakkohoito on jo aloitettu ja sen jatkamisesta on tarkoitus päättää. Ongelmalliseksi sen tekee tahdosta riippumattoman hoitoon määrätyn henkilön mahdollisuudet aloittaa itsenäinen viranomaisista riippumaton prosessi sen selvittämiseksi, ovatko hänen pakkohoitoon määräämisen edellytykset edelleen voimassa, kun henkilö itse on suljettu mielisairaalaan.³¹⁶ Edelleen ongelmallista on, että pakkohoidon jatkamisesta päättää saman sairaalan kaksi lääkäriä.³¹⁷ *Intertekstuaalisuus* tekstien poluilla ei kohtaa. Niin ihmisoikeustuomioistuin kuin korkein hallinto-oikeuskin rakentavat omaa tekstien sokkeloaan. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin puhuu ratkaisussaan yksilöstä ja hänen tosiasiallisista mahdollisuuksistaan valittaa pakkohoidosta, kun yksilö on jo suljettu mielisairaalaan. Korkein hallinto-oikeus puhuu ratkai-

³¹³ Vrt. *Case X v. Suomi* 3.7.2012, ratkaisun kohta 120.

³¹⁴ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 11.

³¹⁵ *Case X v. Finland* 3.7.2012, kohta 168.

³¹⁶ *Ibid.*, kohta 169–170.

³¹⁷ *Ibid.*, kohta 169.

sussaan systeemistä ja sen toimivuudesta, että Suomessa käytössä oleva potilaan pakkohoitoonmääräämisprosessi on kokonaisuutena ottaen kunnossa. Kyse ei ole ketjuromaanista, vaan tekstien kudelma, jossa tullaan jostain ja mennään jonnekin. *Labyrintin* rakennusaineina käytetään tekstifragmentteja, jotka voivat mennä eri suuntiin. Tuomioistuimen ratkaisusta muodostuu monireittinen tekstien *labyrintti*. Korkein hallinto-oikeus toteaa: ”Valitus on itsenäinen ja alistuksesta riippumaton oikeussuojakeino. Hoitoon määrätyn tai muun valittamiseen oikeutetun henkilön oikeuteen valittaa hoitoon määräämisestä tai hoidon jatkamisesta ei vaikuta se, onko päätös myös alistettava hallinto-oikeuden vahvistettavaksi. Vastaavasti sairaalan velvollisuuteen alistaa päätöksensä hallinto-oikeuden vahvistettavaksi ei vaikuta se, onko päätöksestä valitettu. Alistus ja valitus käsitellään hallinto-oikeudessa yhdessä.”³¹⁸

Korkein hallinto-oikeus vahvistaa järjestelmän toimivuuden ja toteaa: ”Ihmisoikeustuomioistuin ei ole aiemmassa oikeuskäytännössään katsonut, että mahdollisuus saada hoitavan laitoksen ulkopuolisen lääkärin mielipide olisi sellainen perustavaa laatua oleva oikeussuojatae, jonka puuttuessa hoidosta tai sen jatkamisesta ei olisi mahdollista päättää loukkaamatta ihmisoikeussopimuksen 5 artiklan 1 kappaleeseen perustuvia oikeuksia.”³¹⁹ Ulkopuolista lääkärinä ei tarvita. Sairaalan ulkopuolinen lääkäri ei ole sellainen perustavaa laatua oleva oikeussuojatae, jonka puuttuminen loukkaisi ihmisoikeussopimuksen 5 artiklaa. Ihmisoikeustuomioistuin ei ole ratkaisussaan huomionnut Suomessa olevien oikeusturvatakeiden kokonaisuutta. Kyse on kokonaisuudesta, joka koostuu itsenäisestä viranomaisesta riippumattomasta valitusoikeudesta eli *systeemistä*, jossa henkilölle on taattu mahdollisuus valittaa tahdosta riippumattoman hoidon määräämisen edellytysten jatkamisesta, ja lisätakeesta eli viranomaisille kuuluvasta alitusvelvollisuudesta tilanteissa, joissa tahdosta riippumattomaan hoitoon määrätty henkilö ei käytä valitusoikeuttaan, ja hallinto-oikeuden kokoonpanosta, jossa asian käsittelyyn ja ratkaisemiseen osallistuu kaksi lainoppinutta jäsentä ja yksi psykiatriaan perehtynyt laillistettu lääkäri.³²⁰

Korkein hallinto-oikeus vahvistaa, että Suomessa on käytössä järjestelmä, jossa tahdosta riippumattomaan hoitoon määrättyllä henkilöllä on käytössään itsenäinen valitusoikeus. Toimiva järjestelmä eli *systeemi* saa korostuneen aseman ja joka takaa potilaalle itsenäisen alitusmenettelystä riippumattoman valitustien. Kyse on puheesta, joka ei tavoita ihmisoikeustuomioistuimen yksilökeskeistä puhetta. Ihmisoikeustuomioistuin korostaa yksilön todellisia mahdollisuuksia aloittaa valitusprosessi, kun hänet on tahtonsa vastaisesti jo suljettu psykiatriseen pakkohoitoon. Ihmisoikeustuomioistuin ei puhu järjestelmästä, jossa itsenäinen valitustie on mahdollinen, vaan potilaan *realistisista* mahdollisuuksista käyttää tuota järjestelmää. Ihmisoikeustuomioistuin toteaa ratkaisussaan, että A:lla ei ollut mitään tosiasiallisia mahdollisuuksia aloittaa valitusprosessia tahdosta riippumattoman hoidon määräämisen edellytyksistä, kun A oli suljettu

³¹⁸ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 9.

³¹⁹ *Ibid.*, s. 11.

³²⁰ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 13. Ks. erityisesti lisätakeesta ja hallinto-oikeuden kokoonpanosta.

mielisairaalaan. Kaksi kielipeliä *ohittavat* toisensa. Ihmisoikeustuomioistuimen, jossa kielipelin kohteena ovat yksilön realistiset mahdollisuudet käynnistää itsenäinen valitusprosessi ja korkeimman hallinto-oikeuden kielipeli, joka kohdistuu järjestelmään ja sen toimivuuteen.³²¹ Sokkelikossa *tullaan jostain ja päädytään toisaalle*.

Ronald Dworkinin näkee, että tuomarilla on velvollisuus soveltaa lakia koherentimmalla tavalla.³²² Kun oikeussääntöjä ja periaatteita sovelletaan parhaimmalla mahdollisella tavalla, tuomioistuimen antamista ratkaisuista muodostuu sarjoja, joita Dworkin kutsuu ketjuromaaniiksi. Ratkaisua kirjoittava tuomari on yksi ketjuromaaniin kirjoittajista.³²³ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuissa ei kuitenkaan ole mitään sellaista, mikä viittaisi koherenttiin ketjuromaaniin, vaan kyse on sokkelikosta, labyrintista, joka muistuttaa pikemminkin *haarautuvien polkujen puutarhaa*, jonka polkuja tuomioistuin rakentaa, joka kerta uudelleen.

6.2 ENNAKOLLISTA, ODOTTAVAA, TOTEUTUMATONTA

Seuraavana vuonna tammikuussa 2013 Kuopion hallinto-oikeus ratkaisi tapauksen (HAO 18.1.2013), jossa potilaan tahdosta riippumattoman hoidon jatkamisesta olivat päättäneet saman sairaalan kaksi lääkäriä. Tapauksessa henkilö Y oli otettu Niuvanniemen sairaalaan 5.11.2012 sairaalan lääkärin A:n tarkkailulausunnon perusteella. Saman sairaalan ylilääkäri B oli kaksi päivää myöhemmin 7.11.2012 tekemällään päätöksellä määrännyt potilaan tahdosta riippumattomaan hoitoon. Kyse oli siitä, voitiinko potilaan hoidon jatkamisesta päättää saman sairaalan lääkärin toimesta, kun tapauksessa ei ollut varattu tilaisuutta ulkopuolisen lääketieteellisen selvityksen hankkimiseen. Kuopion hallinto-oikeus toteaa viitaten ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *Case X v. Suomi* 3.7.2012, että "[i]hmisoikeustuomioistuin on tapauksessa X v. Suomi tutkinut, voidaanko Suomessa voimassa olevan mielenterveyslain 17 §:n säännöstä pitää ihmisoikeus-sopimuksen artiklan 5 mukaisena. Ihmisoikeustuomioistuin tuli ratkaisussaan siihen johtopäätökseen, että kansallisen järjestelmämme menettelymuodot eivät sisällä riittäviä takeita mielivallan välttämiseksi."³²⁴ Ihmisoikeustuomioistuin totesi kyseisen ratkaisunsa kohdassa 171, että kansallinen järjestelmämme on puutteellinen. Se ei anna riittävästi suojaa mielivaltaa vastaan.³²⁵

Kuopion hallinto-oikeus viittaa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *Winterwerp v. Alankomaat* (24.10.1979), joka kuuluu ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä niihin tapauksiin, joiden perusteella ovat muodostuneet periaatteet henkilön vapaudenriiston laillisuuden arviointiin. Yksi keskeisistä

³²¹ *Case X v. Finland* 3.7.2012, kohta 170.

³²² Dworkin toteaa *The best constructive interpretation of past legal decisions*. Ks. Dworkin, *Law's Empire*, s. 243, 255, 262.

³²³ Ketjuromaaniin Dworkin, *Law's Empire*, s. 228–229.

³²⁴ Kuopion hallinto-oikeus HAO 18.1.2013, s. 4.

³²⁵ *Case X v. Finland* 3.7.2012, kohta 171.

periaatteista on, että henkilön mielenterveyden häiriö pitää voida todentaa *objektiivisen* lääketieteellisen asiantuntemuksen perusteella. Kuopion hallinto-oikeus toteaa: "Tuomioistuimen Winterwerp-ratkaisun perusteluista ei yksiselitteisesti ilmene, millaista lääketieteellistä selvitystä kyseisessä tapauksessa oli hoitopäätöksen perusteeksi esitetty eikä myöskään se, mikä on ollut arvion suorittaneiden lääkäreiden asema. (ks. kohdat 40–42). Ratkaisusta ilmenee, että Alankomaiden lainsäädäntö ei ole tuolloin vaatinut kuin yhden lääkärin lausunnon ja kiireellisissä tapauksissa myös tästä on ollut mahdollista poiketa (ks. kohdat 12-13). Lausunnon antajana on kuitenkin tullut olla lääkäri, joka ei ole hoitanut potilasta (kohta 13)."³²⁶

Myös korkein hallinto-oikeus viittasi tapauksen (KHO 2012/75) perusteluissa ihmisoikeustuomioistuimen Winterwerp -ratkaisun kohtiin 39, 40 ja 45 päätynen johtopäätökseen, että kyse on kansallisesta järjestelmästä ja siitä, että järjestelmä takaa riittävät oikeussuojakeinot mielivaltaa vastaan.³²⁷ Korkein hallinto-oikeus toteaa, että "[i]hmisoikeustuomioistuimen mukaan kansallisilla viranomaisilla on tiettyä harkintamarginaalia arvioidessaan lääketieteellistä selvitystä, jonka perusteella päätetään siitä, onko henkilön vapaus riistettävä hänen heikon mielenterveytensä perusteella. Yksittäisessä tapauksessa esitetyn näytön arviointi kuuluu ensi sijassa kansallisille viranomaisille."³²⁸

Winterwerp -tapauksen kohdassa 39 ihmisoikeustuomioistuin muutosi vapaudenriiston vähimmäisedellyksiä. Kohdassa 40 kyse oli kansallisten viranomaisen harkintamarginaalista arvioitaessa lääketieteellistä selvitystä, onko henkilön vapaus riistettävä hänen heikon mielenterveytensä perusteella ja kohdassa 45 kyse oli siitä, että kansallisen lain tulee olla *Rule of law* -periaatteen mukainen.³²⁹

Korkein hallinto-oikeus ei kuitenkaan arvioi Kuopion hallinto-oikeuden tavoin sitä, mikä merkitys on sillä, että *Winterwerp-ratkaisusta* ei käy ilmi hoitopäätöksen tehneiden lääkäreiden asema tai se, millaista lääketieteellistä selvitystä kyseisessä tapauksessa hoitopäätöksen perustaksi olisi pitänyt esittää. Tekstifragmentit menevät toistensa ohitse. *Perusteluketjujen labyrinttiin* avataan uusia polkuja, jotka eivät kohtaa toisiaan. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa arvion suorittaneiden lääkäreiden asema on *puuttuvana premissinä*. Kyse on premissistä, joka olisi pitänyt olla osana perustelulausetta, mutta joka puuttuu sieltä kokonaan. Kyse on mielenterveyden häiriön todentamisesta *objektiivisen* lääketieteellisen asiantuntemuksen perusteella. Tämän vuoksi lääkäreiden aseman arviointi kyseisessä tapauksessa olisi ollut perusteltua.

Kuopion hallinto-oikeus kiinnittää ratkaisussaan tarkemmin huomiota myös ihmisoikeustuomioistuimen tapaukseen *Luberti v. Italia* (23.1.1984) ratkaisun kohtaan 29 ja toteaa seuraavaa: "Hoitotarpeen arviointi oli perustunut kahteen lääkärin lausuntoon. Toisen niistä oli tehnyt valittajaa hoitanut lääkäri ja toisen

³²⁶ Kuopion hallinto-oikeus HAO 18.1.2013, s. 5.

³²⁷ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 4 ja 11.

³²⁸ *Ibid.*, s. 4.

³²⁹ *Case Winterwerp v. Alankomaat* 24.10.1979

lääkärin asema ei ilmene ratkaisun perusteluista...³³⁰ Kyse on siitä, että tässäkin ratkaisussa ihmisoikeustuomioistuin ei kiinnittänyt erityistä huomiota hoitopäätöksen perusteena olevien lääkäreiden asemaan. Toinen lääkäri oli valittajaa hoitanut lääkäri, mutta toisen lääkärin asemaa ei ole tapauksessa edes arvioitu. *Luberti v. Italia* ratkaisusta ei siten ilmene, oliko toinen lääkäri sairaalan ulkopuolinen lääkäri, vai oliko kyse saman hoitolaitoksen lääkäreistä. Myös korkein hallinto-oikeus viittaa ratkaisussaan samaiseen ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *Luberti v. Italia*, mutta Kuopion hallinto-oikeudesta poiketen kiinnittää huomiota ratkaisun kohtaan 27, jossa ihmisoikeustuomioistuin arvioi kansallisen viranomaisen harkintamarginaalia arvioitaessa lääketieteellistä selvitystä, jonka perusteella päätetään, onko henkilön vapaus riistettävä hänen heikon mielenterveytensä perusteella.³³¹

Kuopion hallinto-oikeus viittaa ihmisoikeustuomioistuimen *Wassink v. Alankomaat* (27.9.1990) ratkaisun kohtaan 25. Kuopion hallinto-oikeus toteaa: “[L]ääkärin lausuntoja oli ollut yhteensä neljä, mutta ratkaisusta ei ilmene, mikä oli ollut lääkäreiden asema tai lääkäreiden suhde toisiinsa...”³³² Myös korkein hallinto-oikeus viittasi ratkaisussaan (KHO 2012/75) samaiseen ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *Wassink v. Alankomaat*, mutta eri kohtaan kuin Kuopion hallinto-oikeus. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta *Wassink v. Alankomaat* korkein hallinto-oikeus nosti keskeiseksi ratkaisun kohdan 24, jossa ihmisoikeustuomioistuin käsitteli kieltä riistää henkilön vapaus mielivaltaisesti.³³³ Kuopion hallinto-oikeus viittaa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *Herczegfalvy v. Itävalta* (24.9.1992) ratkaisun kohtaan 63 ja toteaa, että tässäkin ratkaisussa “ei myöskään yksiselitteisesti ilmene lausunnon antaneiden lääkäreiden asema, vaikka tuomioistuin tässäkin tapauksessa yleisesti korostaa, että lääketieteellisen selvityksen tulee olla objektiivista...”³³⁴ Myös korkein hallinto-oikeus arvioi ratkaisussaan (KHO 2012/75) ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisua *Herczegfalvy v. Itävalta*, mutta viittasi ratkaisun kohtiin 75–77, jotka koskivat määräaika, milloin hoidon määräämisen edellytyksiä tulee arvioida. Korkein hallinto-oikeus toteaa: “Hoidon jatkamisen edellytysten arvioimista enintään kuuden kuukauden jaksoissa ei lähtökohtaisesti ole ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella pidettävä ongelmallisena (esimerkiksi tuomio *Herczegfalvy v. Itävalta* 24.9.1992, kohdat 75–77, ja tuomio *Liuiza v. Liettua* 31.7.2012, kohdat 59–61).”³³⁵

Kuopion hallinto-oikeus viittaa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *Bik v. Russia* (4.10.2010) ja toteaa: “Ratkaisusta *Bik v. Russia* (4.10.2010) puolestaan ilmenee, että potilaan hoitoon määrääminen on edellyttänyt, että hänet on tutkinut kolmen psykiatrin kokoonpano (ks. kohdat 22, 33: “- - should be assessed - - by a psychiatric panel”) ja näin oli myös tapahtunut... Tuomioistuin ei

³³⁰ Kuopion hallinto-oikeus HAO 18.1.2013, s. 5.

³³¹ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 4.

³³² Kuopion hallinto-oikeus HAO 18.1.2013, s. 5.

³³³ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 3.

³³⁴ Kuopion hallinto-oikeus HAO 18.1.2013, s. 5.

³³⁵ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 12.

ole myöskään tämän ratkaisun perusteluissa kiinnittänyt huomiota lääkäreiden asemaan.”³³⁶ Korkein hallinto-oikeus ei ratkaisunsa KHO 2012/75 perusteluissa viittänyt ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *Bik v. Russia* (4.10.2010).

Kuopion hallinto-oikeus viittaa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *L.M. v Latvia* (19.10.2011) ratkaisun kohtiin 11, 25 ja 5 ja toteaa, että kyseessä oli tapaus, jossa “potilaan on tutkinut kolmen psykiatrin muodostama paneeli, jonka jäsenet olivat kaikki olleet samasta, potilasta hoitaneesta sairaalasta.” Myös korkein hallinto-oikeus viittasi perusteluidensa kohdassa 5.2.1 *Mahdollisuus riippumattoman lääkärin mielipiteeseen* samaan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *L.M. v Latvia*, mutta päätyi johtopäätökseen, että kyse oli kokonaisarviointista, jossa kansallinen järjestelmä oli muutenkin todettu puutteelliseksi.³³⁷

Kuopion hallinto-oikeus vahventaa kantaansa ja toteaa: “Ratkaisun X v. Suomi jälkeen ihmisoikeustuomioistuin on antanut useampia ratkaisuja, joissa on myös kiinnitetty nimenomaisesti huomiota lausunnon antaneiden lääkäreiden asemaan. Ratkaisussaan *M. v. Ukraina* (19.7.2012) tuomioistuin on yksiselitteisesti todennut, että tuomioistuin ei ollut hoitopäätöksessään viittänyt muuhun kuin hoitavan sairaalan lausuntoihin, ja että päätöksen perusteena olisi tullut olla ulkopuolisen lääkärin arvio potilaasta... Ratkaisussa *Sýkora v. Tsekin Tasavalta* (22.11.2012) tuomioistuin on myös tutkinut lausunnon antaneiden lääkäreiden aseman. Ratkaisun perusteluissa todetaan, että lausunnon oli antanut kaksi ulkopuolista ja itsenäistä lääkäriä ja hoitopäätöksen voidaan näin ollen katsoa nojaavan objektiiviseen lääketieteellisen selvitykseen...”³³⁸ Myös korkein hallinto-oikeus viittasi *M. v. Ukraina* tapaukseen ja toteaa: “Ulkopuolisen lääketieteellisen selvityksen olemassaololle näyttää annetun merkitystä lähinnä yhtenä osana kokonaisarviota tilanteissa, joissa kansallisen järjestelmän oikeus-suojakeinot ovat muutoinkin olleet ilmeisen puutteellisia (esimerkiksi tuomio *L.M. v. Latvia* 19.7.2011, kohdat 51 - 55, ja tuomio *M. v. Ukraina* 19.4.2012, kohdat 63 - 67).”³³⁹

Siinä, missä ihmisoikeustuomioistuin ja Kuopion hallinto-oikeus puhuvat potilaasta ja hänen oikeusturvastaan, *häivyyttää* korkein hallinto-oikeus potilaan ratkaisunsa perusteluista. Merkitykselliseksi seikaksi korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun perusteluissa nousee hallinnollinen *systemi* ja sen toimivuus. Kuopion hallinto-oikeus viittaa ihmisoikeustuomioistuimen tapaukseen *Liuiza v. Liettua* (31.10.2012), jossa ihmisoikeustuomioistuin teki selvän poikkeaman katsoessaan, että hoitavan sairaalan lääkärin lausunnot olivat riittäneet selvitykseksi potilaan mielenterveyden tilasta. Kyseiseen tapaukseen viittasi myös korkein hallinto-oikeus todeten: “Ihmisoikeustuomioistuimen tuomion X v. Suomi jälkeen annetusta tuomiosta *Liuiza v. Liettua* 31.7.2012 ilmenee, että henkilön hoidon jatkamisesta oli useasti päätetty sellaisten lääketieteellisten lausuntojen perusteella, jotka olivat hoidosta vastanneen sairaalan lääkärin laatimia

³³⁶ Kuopion hallinto-oikeus HAO 18.1.2013, s. 5.

³³⁷ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 11.

³³⁸ Kuopion hallinto-oikeus HAO 18.1.2013, s. 5.

³³⁹ Korkein hallinto-oikeus KHO 2012/75, s. 11.

(ainakin kohdat 24, 32 ja 34). Ihmisoikeustuomioistuin ei tässä tapauksessa pitänyt hoitavan laitoksen ulkopuolisen lääkärin lausunnon puuttumista ongelmallisena, vaikka valittaja oli ihmisoikeustuomioistuimessa nimenomaisesti kyseenalaistanut lääketieteellisten asiantuntijoiden puolueettomuuden (kohta 46).³⁴⁰ Kuopion hallinto-oikeus viittaa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisun *Liūza v. Liettua* tapauksen kohtaan 60 ja toteaa seuraavaa: "Tuomioistuin toteaa ratkaisussaan, että kun otetaan huomioon valittajan mielenterveysongelmien ??pitkä?? historia, hänen karkaamisensa häntä hoitaneesta sairaalasta ja se, että hän on syyllistynyt pian sen jälkeen uusiin rikoksiin, tuomioistuin 'voi hyväksyä' johtopäätöksen, että hänen määräämisensä tahdon vastaiseen hoitoon oli tapahtunut laillisesti..."³⁴¹

Ulkopuolisen lääkärin arvioinnista potilaan hoidon tarpeen arvioinnissa voi poiketa erityisin perustein. Kuopion hallinto-oikeus käytti ratkaisunsa perusteluissa kysymysmerkkiä *pitkä* -sanan molemmiin puolin. Samoin *voi hyväksyä* -ilmaus oli esitetty lainausmerkeissä. Kyse on huomion kiinnittämisestä tässä nimenomaisessa ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussa tilanteen erityisluonteisuuteen, josta ei voi tehdä johtopäätöstä siitä, että ihmisoikeustuomioistuin olisi halunnut muuttaa käytäntöään sairaalan ulkopuolisen psykiatrisen mielipiteen tärkeydestä potilaan pakkohoitoprosessissa. Korkein hallinto-oikeus istuttaa osaksi ratkaisunsa (KHO 2012/75) perustelulausekeruon ne ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön argumentit, jotka tukevat järjestelmän toimivuutta. Kuopion hallinto-oikeus keskittyy argumentaatioissaan yksilöön, ja siihen, millainen oli hoitopäätöksen tehneiden lääkäreiden asema suhteessa potilaaseen. Mistä nämä tekstiargumentit *tulevat ja minne ne menevät?* Kyse on siitä, että myöhempi tuomioistuin ottaa tekstifragmentin jostain ja istuttaa sen jonnekin omassa ratkaisussaan. Muodostuu *monireittinen alati muuttuva tekstien labyrinttien labyrintti*, jonka selvittäminen ja tarkempi analysointi vaatii *ergodista lähestymistapaa*.

Matti Pellonpää kirjoittaa artikkelissaan "Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaa koskevasta vuoropuhelusta" kansallisen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen välillä käytävästä vuoropuhelusta. Pellonpää toteaa: "[P]aitsi että EIT:n toimintaa arvioidaan yksittäisissä puheenvuoroissa, toimii se kaiken aikaa myös vuorovaikutussuhteessa kansalliseen tuomioistuintasoon. Tämä vuorovaikutus ei ole suinkaan yhdensuuntaista siten, että kansalliset tuomioistuimet olisivat pelkästään vastaanottavana osapuolena."³⁴² Vuorovaikutussuhde tapahtuu intertekstuaalisesti siten, että ihmisoikeustuomioistuin ottaa tekstifragmentin jostain ja istuttaa sen osaksi ratkaisunsa perusteluita. Kyseisessä pakkohoitotapauksessa ihmisoikeustuomioistuin otti fragmentteja Suomessa käytössä olevasta alustusmenettelystä. Pellonpää kiinnittää edellä mainitussa artikkelissaan huomiota ihmisoikeustuomioistuimen asemaan, josta käydään kriittistäkin keskustelua. Kriittisellä keskustelulla

³⁴⁰ *Ibid.*, s. 11–12.

³⁴¹ Kuopion hallinto-oikeus HAO 18.1.2013, s. 5.

³⁴² Pellonpää, "Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaa koskevasta vuoropuhelusta", s. 70.

Pellonpää tarkoittaa muun muassa Tanskassa ja Norjassa käytyä keskustelua ihmisoikeustuomioistuimen ongelmallisesta asemasta siinä, että tuomioistuimella on mahdollisuus kontrolloida kansallisen tason päätöksentekijöitä ilman, että se itse on oikeastaan minkäänlaisen kontrollin alaisena. Kontrollin alaisuudella Pellonpää tarkoittaa sitä, että EIT:n ratkaisusta ei voi valittaa mihinkään YK:n alaiseen tai muuhun Strasbourgin tuomioistuimen yläpuolella olevaan valvontaelimeen.³⁴³

Pellonpään mukaan Suomessa ei ole tapana arvostella ihmisoikeustuomioistuimen ihmisoikeussopimusta koskevia tulkintoja, vaikka "eräät kansalliset tuomioistuimet varaavat oikeuden olla eri mieltä" ihmisoikeustuomioistuimen kanssa. Pellonpään mukaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen jatkuva menestys edellyttää sen ja kansallisen tuomioistuintason välillä vallitsevaa vähimmäisluottamusta. Jos ihmisoikeustuomioistuin jyrkästi irtaantuisi kansallisen oikeuden lähtökohdista, se saattaisi merkitä, että esimerkiksi Ison-Britannian korkein oikeus tai Saksan perustuslakituomioistuin toteuttaisivat "uhkauksensa" olla joissakin tilanteissa noudattamatta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja ja linjauksia. Yleistyessään tämäntyyppinen noudattamatta jättäminen murentaisi ihmisoikeustuomioistuimen yleistä arvovaltaa ja vääjäämättä uhkaisi koko järjestelmän perusteita.³⁴⁴ Pellonpää toteaa: "Suomessa, jossa ihmisoikeustuomioistuinta ei juurikaan ole ollut tapana arvostella, saattaa jostain tuntuu yllyttävältä, että eräät kansalliset tuomioistuimet varaavat oikeuden olla erimieltä EIT:n kanssa."³⁴⁵

Korkeimman hallinto-oikeuden antama pakkohoitotarkaisu (KHO 2012/75) oli selkeä *ennakollinen* viesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun *X v. Suomi* (3.7.2012). Korkeimman hallinto-oikeuden puhe ihmisoikeustuomioistuimen suuntaan on *odottavaa* intertekstuaalisuutta siinä, ottaako ihmisoikeustuomioistuin pakkohoitotapauksen suureen jaostoon käsiteltäväksi. Odottava intertekstuaalisuus *katkeaa*. Pakkohoitotapausta ei käsitelty ihmisoikeustuomioistuimen suuressa jaostossa. Korkeimman hallinto-oikeuden odottava intertekstuaalisuus muuttuu *ennakoimattomaksi* intertekstuaalisuudeksi. Kuopion hallinto-oikeus ohitti ratkaisussaan (HAO 18.1.2013) korkeimman hallinto-oikeuden kolme kuukautta aikaisemmin antaman ratkaisun.³⁴⁶ Kuopion hallinto-oikeus päättikin soveltaa ihmisoikeustuomioistuimen aikaisempaa linjaa ulkopuolisen lääkärin lausunnon tarpeesta.

³⁴³ *Ibid.*, s. 69.

³⁴⁴ *Ibid.*, s. 89–90. Ihmisoikeustuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuimen välisestä vaikuttamisesta ja vuoropuhelusta myös Lübbe-Wolff, "How can the European Court of Human Rights reinforce the role of national courts in the Convention system", erityisesti s. 12.

³⁴⁵ Kansallisen tuomioistuintason Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen päin kohdistuvasta kriitistä esimerkiksi alkujaan *Gazet van Antwerpen* -lehdessä toukokuussa 2010 julkaistu belgialaisen perustuslakituomioistuimen tuomari Marc Bossuytin puheenvuoro ihmisoikeustuomioistuimen suuntaan. Ks. *Gazet van Antwerpen* 11.5.2010, Bossuyt, "Mensenrechtenhof gaat boeje te buiten in asielzaken", *passim*

³⁴⁶ Korkein hallinto-oikeus antoi pakkohoitopäätöksen KHO 2012/75 edellisen vuoden syyskuun 13. päivänä, kun Kuopion hallinto-oikeus antoi oman ratkaisunsa 18.1.2013.

Korkeimman hallinto-oikeuden puhe myöhemmälle kansalliselle lainsoveltajalle on oikeudenkäyttöä *ohjaavaa* puhetta.³⁴⁷ Korkein hallinto-oikeus ratkaisi pakkohoitotapauksen (KHO 2012/75) muodollisesti vahvimmassa mahdollisessa kokoonpanossa *plenumissa*. Kyse on selkeästä viestistä oikeudenkäyttöä ohjaavasta intertekstuaalisuudesta myöhemmälle tuomioistuimelle siitä, että Suomessa käytössä oleva systeemi potilaan tahdosta riippumattoman hoidon määräämisessä ja hoidon jatkamisessa on riittävä mielivaltaa vastaan.

Potilaan tahdosta riippumattoman hoidon määräämisessä kyse on potilaan oikeusturvasta. Siitä onko järjestelmä sellainen, että potilasta ei mielivaltaisesti suljeta tahdosta riippumattomaan hoitoon. Kyse on viime kädessä oikeusvaltiokonstruktion muotoamisesta *interferenssin ja metamorfoosin* kautta, jota muotoaa ihmisoikeustuomioistuin yhdessä kansallisen oikeuden kanssa. Sairaalan ulkopuolisen lääkärin arviosta alkaa muodostua *hukkapremissi*. Lopulta lainsäätävä korjaa tilanteen ja toteaa: "...Käsillä olevaan keskeiseen oikeusturvaan liittyvää järjestelmän puutetta ei tässä alustusasiassa voida hallinto-oikeudessa korjata ihmisoikeusmyönteisellä laintulkinnalla eikä ylipäätään näin vakavan oikeusturvaan liittyvän puutteen korjaamista voida muutoinkaan pysyvästi jättää ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan tai ohjeistuksen varaan."³⁴⁸ Vaikka Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu ei ollut suuren jaoston ratkaisu, käynnisti se Suomessa lainsäädäntömuutoksen valmistelun siitä päivästä, kun ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu tuli lopulliseksi 21.11.2012. Lainsäätävä aloitti valmistelun Suomen mielenterveyslain muuttamisesta. Sosiaali- ja terveysministeriö toteaa tiedotteessaan, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on tehnyt päätöksen, jonka seurauksena Suomen mielenterveyslakia pitää muuttaa³⁴⁹ Tämä johti hallituksen esitykseen (HE 199/2013), jossa todetaan, että mielenterveyslakia ehdotetaan muutettavaksi myös siten, että tahdosta riippumattomassa hoidossa olevalle potilaalle varataan mahdollisuus saada sairaalan ulkopuolisen lääkärin arvio hoidon tarpeesta.³⁵⁰

³⁴⁷ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuilla on suomalaisen tuomioistuimen ja erityisesti tuomarin roolissa ohjaava ja velvoittava tehtävä. Siltala on katsonut, että suomalaisen tuomarin pitää tuntea kansalliset oikeuslähteet ja keskeinen Eurooppa-oikeudellinen oikeusnormisto Euroopan yhteisön perustamissopimuksen, sen nojalla annettujen yhteisöoikeudellisten säädösten ja oikeusohjeiden yleistettävissä olevien päätösten, samoin kuin Euroopan ihmisoikeussopimusten artiklojen merkityksessä. Tämän lisäksi tuomarin pitää hallita ECJ:n ja ECHR:n ratkaisukäytännöstä ilmenevät yleiset oikeusohjeet, jotka toimivat tuomarin ratkaisuharkintaa sitovina, velvoittavina tai ohjaavina perusteina. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 264–265. Ks. myös Aarnio, joka lukee "eräät" ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin. Aarnio ei kuitenkaan kerro kriteeriä sille, mitkä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut on katsottava vahvasti velvoittaviksi. Ks. Aarnio, *Tulkinnan taito*, s. 291–298. Ks. myös Heinonen, "Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio", s. 79, jossa Heinonen arvioi tuomioistuimen kolmoisroolia nyky-Suomessa.

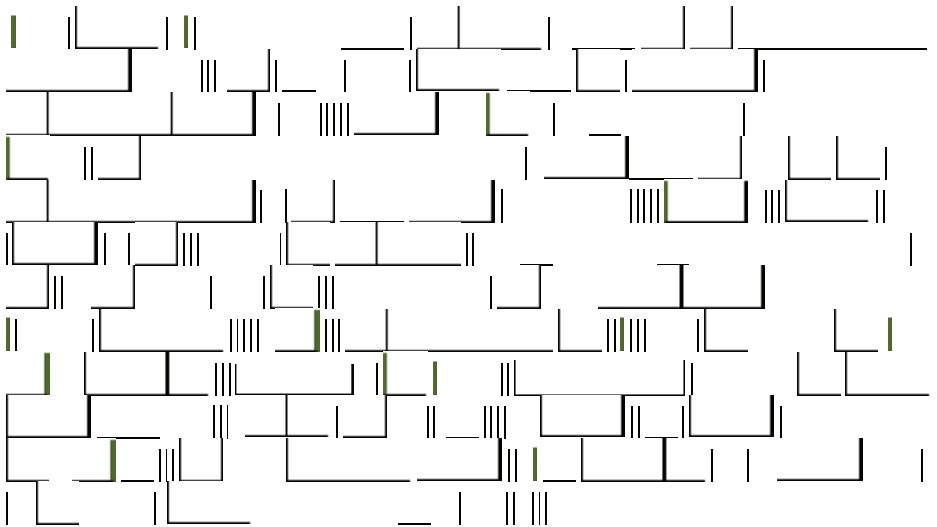
³⁴⁸ Sosiaali- ja terveysministeriön tiedote 18.12.2012 nro 225/2012; Tahdosta riippumattoman hoidon jatkamiseen tarvitaan ulkopuolisen lääkärin arvio, osoitteessa [<http://www.stm.fi/tiedotteet/tiedote/-/view/1846545>], viitattu 1.2.2014. Ks. myös Kuopion hallinto-oikeus HAO 18.2.2013 nro 13/0017/7.

³⁴⁹ Sosiaali- ja terveysministeriön tiedote 18.12.2012 nro 225/2012; Tahdosta riippumattoman hoidon jatkamiseen tarvitaan ulkopuolisen lääkärin arvio, osoitteessa [<http://www.stm.fi/tiedotteet/tiedote/-/view/1846545>], viitattu 1.2.2014. Sosiaali- ja terveysministeriön menettelytapaohje mielenterveyslain soveltamiseksi. Kuntainfo 11/2012, 18.12.2012, osoitteessa [<http://www.stm.fi/tiedotteet/kuntainfot/kuntainfo/-/view/1846600#fi>], viitattu 1.2.2014.

³⁵⁰ Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle mielenterveyslain muuttamisesta HE 199/2013 vp, erityisesti s. 38.

Intertekstuaalisuuden tuloksena muodostuu sarja oikeudellisia tekstejä eli tuomioistuinratkaisun perusteluita. Kyse ei ole dworkinlaisittain ketjuomaanista, vaan pikemminkin aarsethlaisesta monisyisestä labyrintista, joka muodostuu ratkaisun perusteluiden sarjoista ja joiden kosketuspinta toisiinsa vaihtelee. Wittgenstein esittelee *Filosofisissa tutkimuksissa* labyrintti-idean kielestä. "Kieli on teiden labyrintti. Tulet yhdeltä taholta ja osaat tien; tulet toiselta puolelta samaan paikkaan, etkä olekaan enää paikoista perillä."³⁵¹ Tuomioistuimen ratkaisuisa kyse on pääsääntöisesti *monireittäisestä teiden labyrintista*, joka vaatii *ergodista* lukutapaa.

Monireittäinen labyrintti



Kuvio 8. Monireittäinen labyrintti. Monireittäisen labyrintin idea on, että on useita mahdollisia polkuja, joita tuomioistuin perusteluketjujen avulla rakentaa ja polut vievät haluttuun päämäärään. Monireittäisen labyrintin vastakohta on yksipolkuinen labyrintti, jossa vain yksi oikea ratkaisu on mahdollinen. Toisin sanoen yksireittäisessä labyrintissä vain yksi mahdollinen polku vie päämäärään. Pääosin tuomioistuimen ratkaisut toteuttavat monireittäisen labyrintin ideaa.

³⁵¹ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 137, kohta 203.

II JOHDATUS ERGODISEEN TARKASTELUTAPAAN

“ Space: the final frontier.

*These are the voyages of the starship Enterprise.
Its five-year mission: to explore strange new worlds,
to seek out new life and new civilizations,
to boldly go where no man has gone before.”*

Star Trek

7 Välisoitto: Kaksi lukutapaa

7.1 KETJUROMAANI: TÄYDELLISTÄ, EHIÄ, KOHERENTTIA³⁵²

Väitöskirjassaan *Lainoppi ja metafysiikka* Markku Helin esittää idean tekstien parhain päin ymmärtämisestä. Helin kirjoittaa: ”Tulkinnan lähtökohtana on ollut ajatus, että kirjoittajat ovat pyrkineet tuomaan esiin jotakin uutta ja tärkeää – eivät tyhjää ja typerää.”³⁵³ Vaikka Helin puhuu *parhain päin ymmärtämisestä* osana aatehistoriallisia tekstejä, Helinin ajatusta voidaan laajentaa koskemaan tietäntyyppistä oikeudellisten tekstien haltuunottotapaa. Kyse on oikeudellisten tekstien tulkitsemisesta ja ymmärtämisestä parhain päin, *mainstream*-lukutavasta.

Mainstream-lukutapa eli parhain päin lukeminen sisältää idean suljetusta systeemistä, joka toimii itseriittoisesti ja omaehtoisesti. Se ei tarvitse rakennusaineeseen systeemin ulkopuolelta tulevaa kritiikkiä. *Mainstream*-lukutapa vahvistaa vallitsevaa *ratio scriptaa*. *Ratio scripta* tarkoittaa oikeudellisen tekstin haltuunottotapaa koherentina kokonaisuutena. Teksti on auktoriteettiasemassa suhteessa tekstin lukijaan.³⁵⁴ Lukutapa etenee tekstin ehdoilla parhain päin. Parhain päin lukemisessa keskeistä on rekonstruoida *ratio scriptaa* eli se mikä oikeudellisessa tekstissä on sanottu.

Mainstream-lukutavan vaaliminen näkyy myös *Korkeimman oikeuden ratkaisut kommentein* -kirjasarjassa, joka lupaa lukijoilleen analyysin siitä, minkälaiseen argumentaatioon korkein oikeus on ratkaisunsa perustanut.³⁵⁵ Lukijalle *ei* luvata, että argumentaatio sisältäisi kannanottoja myös siitä, millaista argumentaatiota ratkaisuun *ei* sisälly eli analyysiä *puuttuvista premiseistä*. Lukijalle *ei* myöskään luvata selvittää, onko argumentaatiossa jotain sinne *kuulumatonta* ainesta eli *hukkapremissejä*. Lukijalle tosin luvataan, että analyysissä arvioidaan ratkaisun prejudikaattiarvoa eli millaiseksi prejudikaatin merkitys muodostuu ja samalla luvataan tarkastella vaikutuksia oikeusjärjestelmän sisällä ja nostetaan esiin siitä mahdollisesti aiheutuvia ongelmia.³⁵⁶ Kirjasarjassa on annettu lukijalle lupaus *ratio scriptasta*. Tutkijan tehtävänä on niin kuin kirjasarja lupaa rekonstruoida *ratio scripta*. Soraäänät vaiennettakoon viimeistään oikeusyhteisön toimesta!

³⁵² Ketjuromaanista Ks. Dworkin, *Laws' Empire*, s. 228, 232 ja 239.

³⁵³ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 51. Helin liittyy parhain päin ymmärtämisen aatehistoriallisten tekstien parhain päin tulkitsemiseen.

³⁵⁴ Ks. Siltala *Oikeustieteen lait. Tutkijan aapiskirja* (ilmestyy). Siltala määrittelee termin *ratio scripta* oikeudellisen tekstin tietynlaisena lukutapana siten, että teksti muodostaa koherentin kokonaisuuden. *Ratio scriptan* alaan Siltala liittyy lisäksi oikeuslähteiden institutionalisuuden ja niiden auktoriteettiaseman.

³⁵⁵ Ks. *Korkeimman oikeuden ratkaisut kommentein* kirjasarjasta ”Lukijalle” suunnattu osuus kirja alussa.

³⁵⁶ *Ibid.*

Mainstream-lukutapa vaalii oikeuden sisäistä *koherenssia*. Aleksander Peczenik määrittelee teoksessa *On Law and Reason* koherenssin: "Mitä täydellisempi rakenne teorialla tai lauseilla on, sitä koherentimpi lause tai teoria on kyseessä."³⁵⁷ Peczenikin määritelmässä kyse on normatiivisesta koherenttiudesta. Oikeus muodostaa koherentin kokonaisuuden. *Mainstream*-lukutavassa oikeuden sisäinen koherenttius näkyy sisäänrakennettuna premissinä perusteluketjujen luennessa. Se mikä oikeudellisessa tekstissä on sanottu on *ratio scriptaa*.

Myös tuomarin tulkintaan on sisäänrakennettuna ajatus oikeuden sisäinen eheydestä. Tuomioistuimen ratkaisun perustelunarratiivi noudattaa sääntösi-donnaisen puheteon kaavaa, jossa tuomioistuin soveltaa tiettyä tapaukseen soveltuvaa oikeusnormia tiettyyn faktakonstellatioon päätyen oikeusnormissa kuvattuun oikeusseuraamukseen. Tuomion perusteluketjut tuottavat oikeusvaikutuksia. Ne ovat kuin jälkiä, *trace*, tulevasta, jotka johtavat tuomioistuimen ratkaisuun eli tuomiolauselmaan. Reaalitodellisuudessa tapahtunut asiantila tulee rekonstruoiduksi uudelleen formuloituna ja formalisoituna oikeudellisen tekstin narratiiviin lingvistisen formalismin merkityksessä. Institutionaalinen puhe saa aikaan konkreettisia oikeusvaikutuksia. Se, mitä lainsäätäjät oikeudellisessa tekstissään lausuu säätäessään oikeusnormeja ja se, mitä tuomioistuin institutionaalisisessa puheessaan soveltaa, on määräävää puhetta. Oikeudellisten tekstien *mainstream*-lukutavassa tämä tarkoittaa, että tuomioistuimen puhe on *ratio scriptaa*. Se, mitä tuomioistuin ratkaisussaan lausuu, on määritelmällisesti perusteltu ja vakuuttava. Muita kysymyksiä, jotka kyseenalaistaisivat tämän, ei tarvita. *Mainstream*-lukutapa ei kyseenalaista, seuraako tuomioistuimen ratkaisussa esitetyistä premiseistä se, minkä tuomioistuin kertoo niistä seuraavan. *Mainstream*-lukutapa ei myöskään kyseenalaista sitä, millaisessa suhteessa ratkaisussa esitetyt perustelulauseet ovat toisiinsa nähden. *Mainstream*-lukutapa vahvistaa *ratio scriptan*.

Muut puheenvuorot kuin institutionaalisten päätöksentekijöiden eli tuomioistuimen tai lainsäätäjän puheenvuorot joko vahventavat tai heikentävät *ratio scriptan* kaanonin riippuen valitusta lukutavasta. Teoksessa *Kriittinen oikeuspositivisismi* Kaarlo Tuori toteaa: "Oikeudellisiin käytäntöihin laajassa merkityksessä kuuluu kaikki yhteiskunnallinen viestintä, jonka teemana on oikeusjärjestyksen soveltaminen, tulkitseminen tai muuttaminen ja joka tällä tavoin osallistuu oikeusnormien tuottamiseen ja uusintamiseen. Kyse voi olla esimerkiksi yksityishenkilöiden välisestä sopimustoiminnasta tai keskustelusta jota julkisuudessa käydään vaikkapa ympäristölainsäädännön kehittämisestä tai tuomioistuinratkaisusta jossakin yleistä huomiota herättäneessä asiassa. Tällaisiin oikeudellisiin käytäntöihin yhteiskunnan jäsenet osallistuvat oikeusyhteisön jäseninä, joita yhdistää sisäinen näkökulma yhteiselämäänsä sääntelevään oikeusjärjestykseen." Edelleen Tuori toteaa: "Oikeudellisia käytäntöjä suppeassa mielessä ovat käytännöt, joiden pääasiallisina toimijoina ovat oikeuden ammattilaiset ja jotka tuottavat ja uusintavat

³⁵⁷ Peczenik, *On Law and Reason* (2009), s. 132. (käännös SMK). Koherenssin käsitteen määrittelystä myös Siltala, *Law, Truth, and Reason*, s. 56 ja 73–74. Siltala jakaa kohenttiuden oikeudellisessa tulkintakonteksissa synkroniseen ja diakroniseen koherenttiuteen.

oikeutta oikeusjärjestyksenä.”³⁵⁸ Myöhemmin tekstissään Tuori tarkentaa ja rajaa kantaansa oikeuden uusintamisessa nimenomaan *oikeustieteen piiriin* ja korostaa ”oikeustieteen aktiivista panosta oikeuden tuottamisessa ja uusintamisessa.”³⁵⁹ Tässä tutkimuksessa oikeuden uusintaminen määritellään ahtaammassa merkityksessä kuin miten Tuori asian määrittelee. Vasta silloin, kun näillä *reunahuomautuksilla* eli puheenvuoroilla on sidonnaisuus institutionaalisiin teksteihin eli lainsäätäjä tai lainsoveltaja ottaa ne osakseen omaa puhettaan, vasta tällöin ne välillisesti siirtyvät osaksi oikeudellista institutionaalista puhetta ja vasta tällöin niillä saadaan aikaan konkreettisia oikeusvaikutuksia.³⁶⁰ Kyse on myös siitä, että oikeustieteen tutkijoiden puheenvuorot uusintavat oikeutta vain siinä merkityksessä kuin miten Markku Helin on todennut artikkelissaan ”Kieli oikeustodellisuuden rakentajana”, että ” [s]uuri osa lainopillisten esitysten sisällöstä onkin sen toistamista, mitä muut ovat aiemmin sanoneet, ja niin täytyy ollakin. Tradition päälle voi sitten rakentaa vähän omaa.”³⁶¹ Tässä merkityksessä kuin miten Helin asia määrittelee, tradition toistaminen tarkoittaa yhtä kuin *ratio scripta*.

Aulis Aarnio on huomauttanut *Laintulkinnan teoria* -kirjassa, että lainopin tutkijan tulkintakehys on organisatorisesti ulkoinen, mutta episteemisesti sisäinen. Tutkija on episteemisesti sidottu samoihin oikeuslähteisiin ja päättelyperiaatteisiin kuin tuomari, argumenttien sisällön ollessa tietyllä tapaa rajattua ja niiden keskinäisen suhteen ollessa samaa tyyppiä kuin tuomioiden perusteluissa. Lainopin tulkitsijan on rakennettava tulkintansa voimassa olevasta oikeudesta saman tulkintaidean mukaan kuin tuomarikin.³⁶² Tuomarilla ja lainopin tutkijalla on ominaista yhteinen, sisäinen näkökulma oikeuteen. Aarnion mukaan lainopin tutkijan on ikään kuin jäljiteltävä (simuloitava) tuomarin toimintaa, jos hän mieli onnistua tulkinnoissaan. Aarnion mukaan episteeminen sidonnaisuus takaa oikeusyhteisön odottaman informaation oikeusjärjestyksen sisällöstä. Jos tutkija käyttää oikeusyhteisössä kokonaan tuntemattomia päättelyperiaatteita tai hänen perustelunsa ovat oikeusyhteisölle vieraita, hänen ratkaisunsa joko katsotaan ei-oikeudelliseksi tai se ei ole hyväksyttävissä tuossa yhteisössä.³⁶³ Markku Helin toteaa ”Kieli oikeustodellisuuden rakentajana” artikkelissa seuraavaa: ”Lainopin pitkän aikavälin tavoitteena on silti yhteisön konsensuskasvattaminen joko aikaisempaa sääntöä tarkentaen – mikä on normaali tapaus – tai poikkeuksellisesti kokonaan uudelta pohjalta.”³⁶⁴ Kyse on toisinsanoen *mainstream*-lukutavasta, joka on lingvististä formalismia. Se kiinnittyy oikeusnormin kielelliseen ilmiasuun ja sen semanttiseen eli merkitysoipilliseen sisältöön, jonka tuomioistuin tulkinnalle antaa. Semanttinen merkitys lukitaan kaanoniksi, joka toistuu *ratio scriptana*. Oikeustieteen tutkijoiden lausahdukset

³⁵⁸ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 148–149.

³⁵⁹ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 172. (kursivointi lisätty SMK).

³⁶⁰ Oikeustiede on kirjallisuutta kumuloituva sarja oppineita reunahuomautuksia lakitekstin tai muiden institutionaalisten oikeuslähteiden laveissa tekstimarginaaleissa. Siltala, *Oikeustieteen tietenteoria*, s. 493 ja 594.

³⁶¹ Helin, ”Kieli oikeustodellisuuden rakentajana”, s. 1035.

³⁶² Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 57.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ Helin, ”Kieli oikeustodellisuuden rakentana”, s. 1034.

tuomioistuimen perustelut vakuuttavat tai ratkaisussa on perustellusti otettu kantaa tai tuomioistuimen ratkaisu on perusteltu vahventavat *ratio scriptaa*.³⁶⁵

Mainstream-lukutavassa tuntemattomat päättelyperiaatteet eivät ole hyväksytyjä. Markku Helin toteaa: Lainopin tutkijan ” [t]ehtävänä on huolehtiminen oman alansa tradition säilymisestä ja kehittämisestä. Tutkija voi toisin sanoen uusintaa eli toistaa alansa konstitutiivisia sääntöjä, eksplikoida, täsmentää ja parhaassa tapauksessa muuntaakin niitä.”³⁶⁶ Edellä kuvattu ahdas päättelyperiaatteiden jäljittely johtaa *mainstream*-tulkinnan eli parhain päin ymmärtämisen sietöimiseen. Tulkinta lukittuu oppineiden reunahuomautuksiksi kantaan, jota *ratio scripta* toteuttaa tuottamatta aidosti uutta ja erilaista tutkimuksellista varianssia. Parhain päin lukeminen on tekstin tulkitsemista korkeimman oikeuden premisseistä käsin ymmärtäen sitä systematiikkaa ja logiikkaa, joka oikeudellisen ratkaisun perustelulauseisiin sisältyy. Edellä kuvattu perustelutapa ei kuitenkaan analyttisesti kerro, ovatko perustelut todella vakuuttavat vai eivät. Perustelujen vakuuttavuutta pitäisi testata vielä yhdellä argumentaatiovirroilla ja kysyä *William James* -kysymys: *What difference does it make?* Mikä muuttuu tuomioistuimen tekemässä ratkaisussa eli mitä oikeudellisesta ratkaisusta seuraa?³⁶⁷

Ratkaisun perustelujen näkökulmasta oikeustieteen tutkijan tiedonintressi on erilainen kuin tuomioistuimen. Tuomioistuimen tehtävänä on tulkita institutionaalisten oikeuslähteiden avulla voimassa olevan oikeuden sisältöä. Aleksander Peczenikin termein kyse on kolmannesta transformaatioloikasta, *decision-transformation*, jossa loikataan normi/faktakonstellaatiosta tiettyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen.³⁶⁸ Oikeustieteen tutkijalle tämä loikka ei ole riittävää. Oikeustieteessä tulkinta tutkimusmetodinä ei pitäisi päättyä siihen, kun mentaalinen siirtymä fakta/normikonstellaatiosta oikeudelliseen tulkintalauseeseen on tehty. Jos lainopillinen tulkinta tutkimuksellisenä työvälineenä ajatellaan edellä kuvattuna Peczenikin kolmantena argumentaatiovirrotona, jää neljäs loikka eli argumentaatiovirroto *what difference does it make* tekemättä. Tällöin esittämättä jää kysymys, mitä oikeudellisesta ratkaisusta seuraa ja miten oikeudellista ratkaisua pitäisi nyt arvioida. Tämän kysymyksen käyttäminen pitäisi kuulua jokaisen tutkijan työkalupakkiin, koska lainopillinen tutkimus ei saa olla vain sen toistamista, mitä oikeusyhteisö on jo edellä sanonut. Muuten tutkijalle on annettu määräys rekonstruoida *ratio scriptaa*.

³⁶⁵ Toki *ratio scriptaa* vahventavia lausahduksia voi olla muitakin kuin edellä mainitut ja niitä voi tarpeen mukaan keksiä lennosta lisää. Kyse on kuitenkin sellaisista lauseista, joiden tarkoituksena on vahventaa sitä, mitä tuomioistuin on sanonut tarkastelematta sen enempää tuomioistuimen käyttämää päättelyn rakennetta.

³⁶⁶ Helin, ”Kieli oikeustodellisuuden rakentajana”, s. 1035.

³⁶⁷ Alkuihin yhdysvaltalaisen pragmaatikko William Jamesin esittämä nerokas kysymys *what concrete difference will it make in anyone's actual life* kuuluu Raimo Siltalan luotsaaman tutkijan aapiskoulun peruskysymyksiin, jonka tutkijan tulee osata itselleen esittää. *William James* -kysymystä voidaan oivallisesti soveltaa myös oikeudelliseen ratkaisuun kysymällä, mitä oikeudellisesta ratkaisusta seuraa. Edellä esitetty kysymys kokonaisuudessaan kuuluu: ”Pragmatism, on the other hand, asks its usual question. ”Grant an idea or belief to be true,” it says, ”what concrete difference will its being true make in anyone's actual life? How will the truth be realized? What experiences will be different from those which would obtain if the belief were false? What, in short, is the truth's cash-value in experiential terms?” James, *Pragmatism*, s. 77.

³⁶⁸ Peczenikin loikista tarkemmin luvussa 8.6.

7.2 TULLAAN JOSTAIN JA MENNÄÄN JONNEKIN: FRAGMENTOITUNUTTA, KATKONAISTA, HAJANAISTA

Mainstream-lukeminen ei paljasta tuomioistuimen ratkaisun perustelunarratiivissa piilevää heikkoutta, vaan perusteluketjujen aukipurkamiseen tarvitaan järeämpiä työkaluja. Narratiivi ei itse osaa kertoa omaa kerronnallista logiikkaansa. Tuomioiden perustelauseet voivat kuitenkin sisältää erityyppisiä epäjohdonmukaisuuksia ja hyppyjä toiseen kertomukseen. Tuomioistuimen ratkaisun perusteluketjut eivät kerro, mitä premissejä perusteluketjut sisältävät, mitkä premissit ovat ylimääräisiä ja tosiasiasa harhaanjohtavia. Perustelulauseet eivät myöskään kerro, kuinka johdonmukaisesti ketjut etenevät tai mitkä premissit pitäisivät olla osana ratkaisun rakennetta, mutta nyt puuttuvat perustelulauseista. Tuomioistuimen ratkaisun perustelujen punos pysyy vaii.

Wittgenstein on todennut *Filosofisissa tutkimuksissa*: ”Lauseen ymmärtäminen on kielen ymmärtämistä. Kielen ymmärtäminen on tekniikan hallitsemista.”³⁶⁹ Lauseen ymmärtäminen, se, mitä tuomioistuin ratkaisunsa perusteluissaan lausuu, liittyy aina osaksi tiettyä kielipeliä. Jos lausetta tai sanaa käytetään sille vieraassa kielipelissä, sanojen merkityssisällöt eli *intensiot* eivät ole hallittavissa. Ratkaisussa KKO 2013/6 korkein oikeus totesi virkamerkin esittämiselle olevan myös muita syitä tai esimerkiksi ratkaisussa KKO 2005/137 korkein oikeus ylijuridisoi haukkumasanan *saatanan huora* yleisesti tunnetuksi naista halventavaksi ilmaukseksi. Molemmat ratkaisut toimivat esimerkkeinä siitä, mitä tapahtuu, kun lause irrotetaan sille ominaisesta juridisesta kielipelistä, jossa sana on luontevinta käyttää. *Saatanan huora* on haukkumasana ja sille ominaisin kielipeli on arvioida huudahdusta kunnianloukkauksen tunnusmerkistöä vasten, ei yleisesti tunnettuna naista halventavana ilmauksena, joka liittyy seksuaalimoraaliin kuuluvaan kielipeliin. Samoin ratkaisussa KKO 2013/6, jossa korkein oikeus irrotti virkamerkin sille ominaisesta kielipelistä, jossa virkamerkin käyttö oli sidottu ennakkolliseen varoittamiseen poliisin toimivallasta ja mahdollisesta voimankäytöstä. Virkamerkin tilannesidonaisuus avasi muita mahdollisia käyttökohteita ja kytki virkamerkin muihin kielipeleihin, joissa virkamerkkiä voi käyttää.

Myös kielen tekniikka voi estää näkemästä ilmeisen. Esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2008/94 sanaraja-konstruktio heijasti sotasyylisyysoikeuden tuomion purkuhakemuksen takaisin lähtöpisteeseensä. Kielen tekniikka, tässä sanaraja-konstruktio, esti näkemästä mahdollisuuden arvioida tuomionpurkua oikeusvaltiollisista premisseistä käsin. Tai korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa KHO 2012/75 korkein hallinto-oikeus antoi ratkaisunsa muodollisesti vahvimmassa mahdollisessa kokoonpanossa eli *plenumissa*. Korkeimman hallinto-oikeuden viesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimelle oli, että Suomen voimassa oleva alistusjärjestelmä hallinto-oikeuteen ja potilaan itsenäinen valitusoikeus ovat riittäviä oikeusturvatakeita. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu jäi *odottamaan* Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen

³⁶⁹ Wittgenstein, *Filosofia tutkimuksia*, s. 135, kohta 199.

mahdollista *uutta* kantaa, jota ei koskaan tullut. Ihmisoikeustuomioistuin ei vahvistanut *tekstien labyrintissa* korkeimman hallinto-oikeuden viitoittamaa tietä. Ihmisoikeustuomioistuin ei ottanut käsiteltäväksi pakkohoitotapausta suuressa jaostossa. Ihmisoikeustuomioistuimen neljännen jaoston kanta, jossa ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että Suomessa käytössä oleva potilaan pakkohoidon jatkamismenettely on mielivaltaisen, jäi voimaan. Korkeimman hallinto-oikeuden välittämä *ennakollinen ja odottava* viesti ei välittynyt ihmisoikeustuomioistuimelle siinä muodossa kuin mitä korkein hallinto-oikeus itse oli tarkoittanut. Tai tapauksessa *Case of Lautsi v. Italia*, jossa ihmisoikeustuomioistuimen itsensä kertoma *dynaamis-evolutiivinen* eli eteenpäin menevä ja kehittyvä tulkinta ei ollutkaan dynaamis-evolutiivista, vaan tosiasiaa *dynaamis-regressiivistä* eli taaksepäin katsovaa ja menneeseen aikaan palaavaa.³⁷⁰

Tuomioistuimen ratkaisujen perustelut vaativat dekonstruktivistista *ergodista* lukutapaa, koska ratkaisun perustelulauseet eivät ole dworkinlaisittain ymmärrettynä eheitä kertomuksia, jotka liittyvät toisiinsa muodostaen ketjuromaanin kaltaista, ja joissa sisäänrakennettuna elementtinä on oikeudellisen koherenttisuuden idea. Tuomioistuimen ratkaisut eivät tosiasiaa toteuta *ratio scriptan* edellä mainittua ketjuromaanin, vaan kyse on pikemminkin säikeistä eli fragmenttien kokonaisuudesta, joka pääsääntöisesti muistuttaa aarsethlaista *monireittistä labyrinttia*, jonka vahvuus piilee pikemminkin wittgensteinlaisittain siinä, että säikeiden välillä pitäisi vallita säikeiden aukoton päällekkäisyys.

”Ja laajennamme luvun käsitettämme kuten punomme lankaa kehrätessämme säikeen toiseen säikeeseen. Eikä langan vahvuus ole siinä, että jokin säie kulkee langassa koko pituudeltaan, vaan siinä, että monet säikeet ovat langassa päällekkäin. Mutta jos joku haluaisi sanoa: >>Kaikilla näillä rakenteilla on siis jotakin yhteistä, – nimittäin kaikkien näiden yhteisten piirteiden disjunktio>> – vastaisin: Tässä leikit vain sanoilla. Yhtä hyvin voisi sanoa: >>Koko langan läpi kulkee jotakin, – nimittäin näiden säikeiden aukoton päällekkäisyys.>>”³⁷¹

Wittgensteinin edellä olevasta sitaatista ilmenee erinomaisesti, että sanat liittyvät aina osaksi tiettyä kielipeliä, jossa sanaa käytetään. Perheyhtäläisyydet tarkoittavat sellaisia sanoja, jotka kuuluvat samaan kielipeliin. Näin muodostuu säikeiden aukoton päällekkäisyys. Jos sanaa käytetään sille vieraassa kielipelissä, säikeiden välistä aukotonta päällekkäisyyttä ei enää vallitse, vaan langan vahvuus heikenee. Säikeet eivät enää tue toisiaan. *Ratio scripta* on narratiivin parhain päin lukemista, vaikka säikeissä ei ole aukotonta päällekkäisyyttä. Tuomioistuimen ratkaisussa esitetyistä perustelulauseista ei seuraa sitä, mitä tuomioistuin sanoo niistä seuraavan. Perustelulauseet tosiasiaa päätyvät yllättävästi ja niissä on

³⁷⁰ Ihmisoikeustuomioistuin katsoi ensimmäisessä ratkaisussaan *Case of Lautsi v. Italy* (3.11.2009) evolutiivisesti eteenpäin ja totesi krusifiksit ongelmalliseksi uskonnonvapauden näkökulmasta. Myöhemmin ihmisoikeustuomioistuimen suuri jaosto pyörsi edellä mainitun kantansa ja katsoi ratkaisussaan *Case of Lautsi and others v. Italy* (18.3.2011), että krusifiksit voidaan edelleen pitää Italian valtion koulujen seinillä.

³⁷¹ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 66, kohta 67.

katkoksia, murtumia tai sortumia. *Mainstream*-lukutapa lukee perustelulauseita epäjohdonmukaisuuksista huolimatta koherenttina kokonaisuutena.

Muut lukutavat kuin *ratio scripta* voivat johtaa joko tietoisesti tai tiedostamatta narratiivin aukipurkamiseen eli dekonstruktioon. Dekonstruktio tapahtuu tekstissä *ergodisen* lukutavan avulla. Kun tuomioistuinratkaisun perustelulauseet on purettu *ergodisella* lähestymistavalla osiin, saadaan perustelulauseissa ilmenevät heikkoudet ja epäjohdonmukaisuudet tarkemman analyysin kohteeksi. Tutkijalle on annettu ohje dekonstruoida *ratio scriptaa!*

8 Dekonstruktiivinen rakenneanalyysi

8.1 DEKONSTRUKTIO KVASIKÄSITTEIDEN KETJUSSA

Miten tuomioistuimen ratkaisun perusteluja pitää lukea: *parhain päin* koherenttina kokonaisuutena vai *intensiivisenä lähilukuna* teksti dekonstruoiden? Kumman lukutavan tutkija valitsee? Lukeako tekstiä ikään kuin teksti muodostaisi koherentin kokonaisuuden ummistaen samalla silmät narratiivissa olevilta epäjatkuvuuksilta vai etsiäkö intensiivisesti tekstinarratiivista mahdollisia mur tumia, sortumia tai katkoksia, joita tuomioistuimen ratkaisun perustelulauseet voivat sisältää? Tähän tutkimukseen olen valinnut edellä mainituista lukutavoista jälkimmäisen. Dekonstruoin tuomioistuimen ratkaisussa esiintyvät perustelulauseet *ergodiselle* rakenneanalyysille vaadittavaan muotoon.

Dekonstruktio liitetään filosofi Jacques Derridan kehittämään kriittiseen tekstin lähestymistapaan, jossa tekstiä syleillään kokonaisvaltaisesti. Dekonstruktiossa tekstiä otetaan ikään kuin reunoista kiinni ja sitä ravistellaan, jolloin tekstissä mahdollisesti olevat tekstin heikkoudet ja puutteet ilmestyvät esiin. Derrida toteaa: "Deconstruction is something which happens inside"³⁷² Derrida mieltää, että dekonstruktio on jotain, mikä tapahtuu tekstissä itsessään. Dekonstruktio on haltuunottava lukutapa, jossa tekstiä ei vain lueta, vaan teksti syväsukeltaa ja se lukee *itse* itsensä auki. "Kirjeessä japanilaiselle ystävälle" Derrida kuvaa dekonstruktion idiosynkraattisuutta. Kyse on siitä, että dekonstruktio on jotain, joka muotoutuu kohteensa mukaan. Dekonstruktio rinnastuu näin ollen Aristotelen teoksessa *Nikomakhoksen etiikka* luonnehdittuun Lesbos-saaren rakentajien käyttämään lyijyiseen mittalankaan, joka tunnetaan lesboslaisessa talonrakennustekniikassa ja joka muotoutuu kohteensa mukaan.

Aristoteles luonnehti teoksessaan *Nikomakhoksen etiikka* lesboslaista talonrakennustekniikkaa seuraavasti: "Kohtuunmukaisen toiminnan perusluonteena on juuri lain korjaaminen sikäli kun sen yleisyydestä seuraa aukkokohtia. Tästä syystä kaikkea ei säädetä lailla, sillä monissa tapauksissa on mahdotonta tehdä lakia, ja yksittäiset päätökset ovat välttämättömiä. Epäsäännöllisen mitta on samanlainen; sen tulee olla kuten lesboslaisessa talonrakennustekniikassa käytetty lyijyinen mittalanka, joka mukautuu kiven muotoon eikä pysy suorana. Ja samoin yksittäinen päätös ottaa huomioon olosuhteet."³⁷³

³⁷² Derrida & Caputo, *Deconstruction in a nutshell: A Conversation with Jacques Derrida*, s. 9.

³⁷³ Aristoteles teokset VII *Nikomakhoksen etiikka*, s. 104. [V- kirja, 10 luku rivit 27–32].

Dekonstruktio on liitetty myös negatiiviseen teologiaan, koska dekonstruktio väistää kysymyksen siitä, mitä se on. Dekonstruktio on nimeämätöntä ja ääneen lausumatonta ainutkertaista työtä, jolla ei ole sisältöä itsessään. Dekonstruktio on kysymyksen avaamista ja se on määriteltävissä vain sen kautta, mitä dekonstruktio ei ole.³⁷⁴ Dekonstruktio avaa tekstin rakenteet ja purkaa tekstissä olevat kerrostumat esiin, mutta ei pelkästään negatiivisessa merkityksessä. Dekonstruktio ei ole vain vastinpareja eli binaarioppositioita ja niiden kaatamista, vaan dekonstruktio on enemmän. Derrida toteaa ”Kirjeessä japanilaiselle ystävälle” että dekonstruktio ei ole analyysiä eikä kritiikkiä. Analyysiä dekonstruktio ei ole erityisesti siksi, että rakenteen purkaminen ei mahdollista paluuta yksinkertaiseen rakenneosaan, jakautumattomaan alkuperään. Dekonstruktio ei myöskään ole kritiikkiä saman yleisessä tai kantilaisessa muodossa. *Krinein* ja *krisis* kuuluvat, kuten muukin koko transsendentaalisen kritiikin välineistö, dekonstruktion keskeisiin teemoihin tai kohteisiin.³⁷⁵

Dekonstruktio on Derridalle kvasi- eli esikäsite ja se liittyy samaan kvasikäsitteiden ketjuun kuin *différance* ja *disseminaatio*.³⁷⁶ Derrida kuvaa *différancea*, disseminaatiota ja dekonstruktiota termien risteymäkohdiksi, joiden merkitys määräytyy aina negaation kautta eli siten, mitä ne eivät ole. Merkitys ei ole koskaan läsnä olevaa, eikä se ole palautettavissa tekijän autenttiseen tahtoon. Kvasikäsitteet eivät ole lukittavissa minkään käsitteidikotomian alle.³⁷⁷ Näin ollen kvasikäsitteet rinnastuvat ontologiselta statukseltaan Platonin kirjoituksessa ”Timaios” kuvattuun säiliöön *khôraan*, jossa olemassaolo saadaan ja jonne se lopulta kadotetaan.³⁷⁸ Derridan mukaan dekonstruktio on kontekstisidonnainen, jossa se korvaa muita sanoja, esimerkiksi ’kirjoitus’, ’jälki’, ’différance’, ’täydennys’, hymen, farmakon, ’reunus’, ’leikkaus’, paregon, ja nämä puolestaan määrittävät sitä.³⁷⁹ *Différance* ja disseminaatio muodostavat yhdessä kimpun. Kyse on sanan *intensiosta*, semanttisesta merkityssisällöstä, joka eriytyy ja hajoaa määräytyen aina uudelleen siinä kielipelissä, jossa sanaa käytetään. Derrida luonnehtii kirjoituksessa ”*Différance*” merkityksen eriytymistä leikin liikkeeksi, joka ”tuottaa” erot ja erojen vaikutukset jonkin muun kuin pelkän toiminnan kautta.³⁸⁰ *Différance* on merkityksen eroamista, joka muodostuu viivästymisen, valtuuttamisen, tuonnetuksi siirtämisen, viittaamisen, kiertämisen, lykkäämisen ja varastoon panemisen kaut-

³⁷⁴ Derrida, ”Kirje japanilaiselle ystävälle”, teoksessa *Platonin apteekki*, s. 26.

³⁷⁵ *Ibid.*, s. 24. *Krinein* ja *krisis* ovat Derridalle esikäsitteitä. *Krinein* tarkoittaa erottamista ja päättämistä ja *krisis* erotusta, käännekohtaa ja arviota.

³⁷⁶ Derridan ajatteluun sisältyy kuitenkin murtuma. Myöhemmin teoksessa *Deconstruction and the Possibility of Justice* Derrida katsoo, että kaikki muu paitsi oikeudenmukaisuuden idea ovat alttiita dekonstruktiolle. Derrida toteaa: ”Justice in itself, if such a thing exists, outside or beyond law, is not deconstructible. No more than deconstruction itself, if such a thing exists. Deconstruction is justice.” Oikeudenmukaisuuden idea on yhtä kuin dekonstruktio. Derrida, *Deconstruction and the Possibility of Justice*, s. 14–15. Derridan edellä lausuttu väittämä on ongelmallinen. Miksi oikeudenmukaisuuden idea nauttisi immuniteettia dekonstruktiolle, jos mikään muu ei sitä nauti?

³⁷⁷ Derrida, *Positioita*, s. 47.

³⁷⁸ Platon ”Timaios”, s. 193, kohta 49a ja s. 196-197 kohdat 52a-d.

³⁷⁹ Derrida, ”Kirje japanilaiselle ystävälle”, teoksessa *Platonin apteekki*, s. 26. Kirjoituksella Derrida tarkoittaa arkkikirjoitusta.

³⁸⁰ Derrida, ”*Différance*”, teoksessa *Platonin apteekki*, s. 247, 255, 257.

ta.³⁸¹ Sanojen semanttista merkityksen eriytymistä ja hajoamista ei voi kokonaan pysäyttää. Semanttinen liike on aina läsnä olevaa. Derrida toteaa: "[T]ekstini *La Dissémination* on systemaattinen ja leikkivä 'eron'...-selvittely."³⁸² Disseminaatio on pelkistävää ja generoituvaa moninaisuutta.

8.2 DEKONSTRUKTIO EI OLE METODI – VAI ONKO SITTEENKIN?

Michel Foucault on todennut, että "[m]etodi on toinen tekniikka saman ongelman ratkaisemiseksi. Sen sijaan, että valittaisiin kuvatusa kokonaisuudesta ominaisuuksina palvelevat harvat tai lukuisat elementit, metodissa ne johdetaan askel askeleelta...Sama prosessi toistetaan toisen lajin kohdalla...kuvauksen pitää olla yhtä täydellinen kuin ensimmäisellä kerralla."³⁸³ Foucault'n edellä oleva ajatus ilmentää metodin vähimmäiskriteeriä, tutkimuksen toistettavuutta ja kontrolloitavuutta.³⁸⁴

Raimo Siltala toteaa *Oikeustieteen tieteenteoria* teoksessa, että tutkimuksen uudelleen toisintaminen ei saa tarkoittaa varhaisemman tutkimuksellisen mallin tai esikuvan identtistä toisintamista. Tämän vuoksi vähintään tutkimuskohteen ja tutkimuksen rajauksen tulee olla erilainen aikaisempaan tutkimukseen nähden.³⁸⁵

Derrida toteaa "Kirjeessä japanilaiselle ystävälle" dekonstruktioista: "Dekonstruktio ei ole metodi eikä sitä voida sellaiseksi muuntaa, etenkin jos tuossa sanassa painotetaan menettelytavan tai tekniikan merkityksiä."³⁸⁶ Derridan mukaan dekonstruktion avulla tekstin rakenne paljastuu, mutta se ei ole vakioitavissa oleva metodinen työkalu, vaan se on jotain muuta liikkuen ja modifioituen kohteensa mukaan.³⁸⁷

Väitöskirjassaan *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* Martti Koskeniemi on käyttänyt dekonstruktioita jonkinlaisena työvälineenä eli binaarioppositioiden kaatamiskoneena, jonka avulla binaarivastinparit esimerkiksi sääntö/poikkeus, yleinen/erityinen, individualismi/altruismi, formalismi/realismi, positivismi/naturalismi jne. saadaan kaadettua. Koskeniemen allaolevasta tekstikatkelmasta välittyy hyvin binaarioppositio-

³⁸¹ Derrida, *Positioita*, s. 17.

³⁸² *Ibid.*, s. 49, 51–52.

³⁸³ Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 145.

³⁸⁴ Tieteellisen tutkimuksen objektiivisuus- ja perusteluvaatimuksesta myös Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus*, s. 81–84. Niiniluoto perustaa ajatuksensa Charles S. Peircen filosofiaan.

³⁸⁵ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 472.

³⁸⁶ Derrida toteaa: "I would say the same about method. Deconstruction is not a method and cannot be transformed into one. Especially if the technical and procedural significations of the word are stressed." Derrida, "A Letter to a Japanese Friend", s. 3. Ks. myös Derrida, "Kirje japanilaiselle ystävälle", teoksessa *Platonin apteekki*, s. 23.

³⁸⁷ Derrida toteaa dekonstruktioista metodisena työvälineenä: "Deconstruction as such is reducible to neither a method nor an analysis...it goes beyond critical decision itself. That is why it is not negative..." Derrida, *Points*, s. 83.

koneen erittäin tehokas toiminta.³⁸⁸

”Dekonstruktiivinen tutkimustapa soveltaa tätä käsitystä merkityksestä tutkimaansa diskursiiviseen kenttään. Se hahmottaa itse kunkin diskurssiteeman (esimerkiksi ”velvoiteperusta”, ”suvereniteetti”, ”kansainvälisen oikeuden luonne”) käsitteellisenä vastakkainasetteluna (esimerkiksi ’naturalismi/’positivismi’, ’idealismi/’realismi’, ’säännöt/’prosessit’). Tämä käsitteellinen vastakkainasettelu määrittää tarkasteltavana olevan tutkimuskohteen. Diskurssi etenee siten, että yksi tai toinen näistä termeistä asetetaan etusijalle sen vastinpariin nähden. Tässä dekonstruktio puuttuu peliin osoittamalla, ettei ole mahdollista asettaa yksiselitteisesti yhtä tai toista näistä käsitteistä toisen edelle... Dekonstruktio pyrkii osoittamaan tämän lukutavan konventionaalisen luonteen samoin kuin sen sidonnaisuuden erinäisiin kiistanalaisiin oletuksiin. Se on kriittistä siinä määrin kuin se pystyy osoittamaan, ettei oikeudellinen argumentaatio kykene tuottamaan senkaltaisia objektiivisia päätöksiä ja kannanottoja, joita se väittää tuottavansa...”

Vähän myöhemmin kirjoituksessa ”Tyyli metodina” Koskenniemi kuvaa tutkijan passiivista roolia binaarioppositiokoneen jauhaessa. Koskenniemi toteaa: ”Purin väitöskirjassani kansainvälisen oikeusdogmatiikan, valtiosopimusten ja oikeusratkaisujen tekstit tiukasti strukturalismin päälinjaa seuraten binaarioppositioiksi...Lisäsin tähän kehikkoon dekonstruktiivisesta filosofiasta opimani tekniikan, jolla kunkin binaarioppositiion alisteinen termi osoitetaan itse asiassa suhteen dominoivaksi osapuoleksi... Ajattelin joskus tämántapaista (post)strukturalismia koneena, jonka heitin analysoitavaan materiaaliin: koneen myllertäessä tekstien kimpussa itselleni jäi tehtäväksi vain mekaanisesti kirjata ylös koneen paljastamat binaarirakenteet ja niiden transformaationsuhteet...”³⁸⁹ Koskenniemen kuvaus tutkijan roolin passiivisuudesta vain mekaanisesti kirjata ylös, mitä binaarioppositiokone on jauhanut, on dekonstruktiiviselle lähestymistavalle ominainen. Dekonstruktio on Derridan kuvaamalla tavalla jotain, joka tapahtuu tekstissä itsessään.

Derrida mieltää dekonstruktion laajempänä kuin pelkinä binaarivastinpareina ja niiden kaatamisena. Derrida toteaa: ”Rakenteiden ja kerrostumien purkaminen ja hajottaminen ei ole negatiivinen toimenpide, ja se on tiettyssä mielessä historiallisempi kuin strukturalismi, joka samalla kyseenalaistuu.”³⁹⁰ Binaarioppositiot ovat vain yksi dekonstruktion entiteetti. Derrida itse käyttää dekonstruktiota binaarioppositioiden merkityksessä dekonstruoidessaan Rousseauin tekstin ”Tunnustuksia”, jossa Rousseau yrittää irtaantua tekstin kirjallisen ilmaisun muodosta. Derrida toteaa: ”Puhe, jonka Rousseau nostaa kirjoituksen yläpuolelle, on puhetta sellaisena kuin sen pitäisi tai pikemminkin olisi pitänyt olla.”³⁹¹ Edelleen Derrida jatkaa: ”Rousseau tuomitsee kirjoituksen läsnä-

³⁸⁸ Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, s. 9 ja 12. (käännös SMK).

³⁸⁹ Koskenniemi, ”Tyyli metodina”, s. 181; Binaarirakenteita hyödyntänyt myös esim. Roberto Unger teoksessaan *The Critical Legal Studies Movement*, s. 85–88.

³⁹⁰ Derrida, ”Kirje japanilaiselle ystävälle”, teoksessa *Platonin apteekki*, s. 23.

³⁹¹ Derrida, ”Vaarallinen täydennys”, teoksessa *Platonin apteekki*, s. 27 ja 28.

olon tuhona ja puheen sairautena. Hän palauttaa sen arvon sikäli kuin kirjoitus lupaa ottaa uudelleen haltuunsa sen, minkä puhe antoi riistää itseltään. Mutta mikä voisikaan olla riiston takana, ellei sitten puhetta itseään vahvempi kirjoitus, joka oli jo asettunut sen paikalle?”³⁹² Kyse on dekonstruktioista binaarioppositioiden kaatamisen merkityksessä, mutta Derrida menee eteenpäin. Puheen takana on jotain muuta. Siellä on esikirjoitus *archi-écriture*. Derrida toteaa: ”Tekstille – ulkoista ei ole.”³⁹³ Rousseau kirjaa tekstuaalisuuden tekstiin.³⁹⁴

Dekonstruoidessaan Rousseauin tekstin ”Tunnustuksia” Derrida sanoo pyrkivänsä ainoastaan irrottamaan siitä sen merkityksen, joka tulevan luennan on joka tapauksessa otettava huomioon. Derridan mukaan kysymys on kirjoitetun tekstin taloudesta ja tekstin tavasta kielen elementtiin ja sen säänneltyyn toimintaan.³⁹⁵ Derrida tekee tosiasiaa muuta kuin mitä hän väittää tekevänsä. Vaikka Derrida ei itse miellä dekonstruktioita *aktiivisena* toimintana, hän käyttää dekonstruktioita kaiken aikaa *hyperaktiivisesti* dekonstruoidessaan esimerkiksi Rousseauin kyseisen tekstin. Tekstissä itsessään ei tapahdu yhtään mitään. Teksti ei käänny vastinpareiksi ilman hyperaktiivista *ergodista* toimintaa, jossa lukija ponnistelee tekstin kimpussa paljastaakseen tekstin struktuurin ja sisäisen logiikan. Vastinpareiksi Derrida asettaa puheen ja kirjoituksen, joista alisteisessa asemassa olevan osapuolen eli kirjoituksen Derrida nostaa valta-asemaan. Binaarioppositioiden kaatamisen jälkeen Derrida tekee toisen siirron. Hän syväluotaa *ergodisesti* Rousseauin tekstin, josta paljastuu, että puheen takana on jotain muutakin. Siellä on *arkkikirjoitusta*. Rousseauin teksti ”Tunnustuksia” ei dekonstruoidu itsestään, vaan Derrida *aktiivisesti* dekonstruoi sen.

Myös Raimo Siltala on käyttänyt dekonstruktioista lukutapaa hyväkseen väitöskirjassaan *A Theory of Precedent*. Siltala viittaa dekonstruktioon derridalaisittain passiivisena toimintana, jolloin tekstissä itsessään alkaisi tapahtua jotain. Siltalan mukaan kyse on dekonstruktioista intensiivisenä lähilukuna.³⁹⁶ Siltala käyttää dekonstruktioita jonkinlaisena ”heikkona” metodisena työvälineenä ja puhuu dekonstruktioista ”A method of deconstruction.”³⁹⁷ Vaikka dekonstruktio on jonkinlainen metodinen työväline, Siltala yrittää etäännyttää dekonstruktion ja metodin pulmallisuuden toisistaan. Väitöskirjansa sivulla 32 Siltala toteaa: ”Derrida’s philosophical self-reflektion might serve as a self-proclaimed methodological credo for chapters 8 and 9, where the relentless quest for the final premises of law be launched in terms of the *infrastructures* of law.”³⁹⁸ Edellä olevat lainaukset ilmentävät erinomaisesti sen älyllisen huimauksen, jonka Siltala koki liittyen dekonstruktion ongelmaan idiosynkraattisena metodisena työvälineenä. Kyse on siitä, miten dekonstruktioita voi käyttää metodina, jos se on passiivinen

³⁹² Derrida, ”Vaarallinen täydennys”, teoksessa *Platonin apteekki*, s. 27 ja 28.

³⁹³ *Ibid.*, s. 50.

³⁹⁴ *Ibid.*, s. 56.

³⁹⁵ *Ibid.*, s. 38–39.

³⁹⁶ Raimo Siltala totesi keväällä 2013 minulle: ”Tutkija itse ei tee mitään, tekstin reunoista otetaan kiinni ja sitä ravistellaan.”

³⁹⁷ Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, s. 27 ja 29.

³⁹⁸ Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, s. 32.

ja joka kerta uudelleen muotoutuva? Jos dekonstruktio on ”heikko” metodinen työkalu, ovatko silloin sen avulla saadut tutkimustuloksetkin tieteellisesti heikkoja? Siltalan kuvaamana dekonstruktio on metodi vain siinä merkityksessä, että se on liikkeessä koko ajan ja muotoutuu kohteensa mukaan.

Dekonstruktio ei ole passiivista toimintaa niin kuin Derrida väittää sen olevan. Teksti ei dekonstruoidu itsestään, vaan kyse on *ergodisesta* eli hyperaktiivisesta ja syväluotaavasta lukutavasta, jonka seurauksena teksti dekonstruoidaan. Tutkija dekonstruoi tekstin. Näin Siltalakin, joka väittää käyttävänsä dekonstruktioita *passiivisesti*, mutta itse asiassa kyse ei ole dekonstruktioista passiivisena toimintana, vaan Siltala lukee tekstiä *ergodisesti* eteenpäin. Esimerkiksi teoksessaan *Oikeustieteen tieteenteoria* Siltala dekonstruoi keskeisimpien oikeustieteen tutkijoiden kirjoituksia.³⁹⁹ Dekonstruktio käytöstä intensiivisenä lähiluentana otan esimerkkinä Siltalan lukutavan hänen dekonstruoidessaan edellä mainitun kirjan 9. luvussa Juha Pöyhösen väitöskirjan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimuksen sovittelu*.⁴⁰⁰

Siltala toteaa: ”Katsotaan Juha Pöyhösen argumentaatiota hieman tarkemmin. *Oikeudellinen peruskäsite* on hänen mukaansa varsinainen oikeuskäsite, jolla ”pyritään tiivistetyssä muodossa antamaan tietoa voimassaolevan oikeuden sisällöstä.” Pöyhönen viittaa Markku Helinin ”Käsitteistä päättelimestä” -artikkelin kautta Julius Lassenin kirjoitukseen...Pöyhösen kanta on hyväksyvämpi kuin Helinin tai Lassenin, olkoonkin, että hän viittaa... Esimerkkeinä sopimusoikeudellisista peruskäsitteistä Pöyhönen mainitsee tahdon, toiminnan, luottamuksen ja oikeustoimen ja tahdonilmaisun käsitteet, jotka ovat yksinomaan Pöyhösen tahto- ja luottamusmalleista. Entä mitä tai mitkä olisivat kohtuusperusteisen oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön tai heikomman hyvittämisen mallin vastaavat peruskäsitteet? Sitä tarina ei kerro, eikä se nähdäkseni voi sitä kertoakaan, siitä yksinkertaisesta syystä, ettei yksittäistapauksellinen, tilannesidonnainen kohtuus ole formalisoitavissa, systematisoitavissa, käsitteellistettävissä tai vakioitavissa senkaltaisten varsinaisten oikeuskäsitteiden muotoon, jollaista Pöyhösen yleinen sopimusmalli sopimusoikeuden konstituutiolta edellyttää.”

Dekonstruoidessaan Juha Pöyhösen väitöskirjan Siltala esittää *itse* itselleen kysymyksiä. Vaikka Siltala itse ei tekemistään näytä huomaavan, kyse on kuitenkin aktiivisesta toiminnasta. Hän porautuu tekstin kerronnalliseen narratiiviin ja lukee aktiivisesti tekstistä ulos tutkijan tutkimukselliset sitoumukset ja tekee niistä edelleen päätelmiä, mutta itse teksti, jota Siltala työstää pysyy vaii. Tekstissä itsessään ei tapahdu yhtään mitään edes siinä merkityksessä kuin miten Derrida dekonstruktio mieltää. Myös väitöskirjassaan *A Theory of Precedent* Siltala mieltää dekonstruktio passiivisena toimintana ja hän toteaa dekonstruktio olevan kuin retkiluistelua. Siltalan mukaan tutkijan toiminta rinnastuu luisteluun hauraalla kevätjäällä. Retkiluistelussa luistelijan pitää tarkkaavaisesti kuunnella jään laulua ja kokeilla jäätä tunnustelukepillä, ettei jää luistinten alta petä. Näin pitää myös tutkijankin tehdä, kun hän intensiivisesti lähilukee teks-

³⁹⁹ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 593–730.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, s. 622.

tiä.⁴⁰¹ Siltala ei huomaa, että retkiluistelussa kyse on jään *aktiivisesta* kuuntelemisesta ja jään pinnan *aktiivisesta* tunnustelemisesta ja päätelmien tekemisestä, ja tutkijan roolissa tämä tarkoittaa *aktiivisia* toimenpiteitä, joille teksti alistetaan. Luistimet eivät liiku ilman lihasvoimaa ja retkiluistelussa käytettävää jään tunnustelukeppiä ei voi käyttää ilman aktiivista lihasten tuottamaa liikettä. Myös jään "laulun" kuuleminen on aktiivista. Luistelijan täytyy aktiivisesti kuunnella jään rasahduksia ja luistinten laulua jään päällä ja toimia sen mukaan. Sama pätee myös oikeudelliseen tekstiin, joka itse ei kerro, että tässä kohdassa minussa on epäjatkuvuuskohta, murtuma tai muunlainen sortuma.

Tekstin itse itsensä dekonstruoituminen on yhtä mahdotonta kuin H.L.A. Hartin esimerkin leikkiautot, rullaluistimet ja oikeussäännöt, jotka osaisivat puhua ja kertoa soveltajalleen, miten niitä käytetään. Hart toteaa kirjoituksessaan "Positivism and the Separation of Law and Morals": " "Leikkiauto ei voi sanoa ääneen, että 'olen ajoneuvo tämän oikeussäännön tarkoittamassa merkityksessä', eivätkä rullaluistimetkaan ilmoita yhteen ääneen 'Emme ole liikennevälineitä.' Oikeustositseikat eivät odota meitä valmiiksi siististi nimettyinä, leimattuina ja laputettuina, jotka tuomari lukee suoraan ääneen. Sen sijaan, kun oikeussääntöjä sovelletaan, jonkun on otettava vastuu, että käytetyt sanat kattavat tai eivät kata meneillään olevaa tapausta ja siihen liittyviä käytännön seurauksia silloin, kun päätös tehdään."⁴⁰²

H.L.A. Hartin edellä esitettyä oivallista ideaa oikeussääntöjen puhekyvyn puutteesta voidaan laajentaa koskemaan kaikkia oikeudellisia tekstejä. Tekstissä ei tapahdu yhtään mitään *passiivisesti*. Tuomioistuimessa tuomarin tehtävänä on aktiivisesti kertoa, miten tiettyä oikeussääntöä tulee soveltaa kyseessä olevaan tapaukseen, koska oikeussäännöt eivät itse osaa kertoa soveltamisohjeita käyttäjälleen. Sama pätee myös oikeustieteen tutkijan lähestyessä oikeudellisia tekstejä, jos ja kun tutkija haluaa tarkastella tutkimuskohdettaan pintaa syvemmltä niin kuin itseasiassa pitäisi. Tämä on toisin sanoen ergodista tekstin haltuunototapaa ja tässä suhteessa *ergodinen lukutapa* on lähellä Kaarle Makkosen väitöskirjassa *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia* esitettyä oivallista huomaautusta siitä, että tulokinnassa ei ole kyse siitä, mikä merkityssisältö jollakin ilmaisulla on, vaan kyse on siitä, että tulkinta on merkityssisällön antamista.⁴⁰³

Ergodisuus on palautettavissa viime kädessä kyberteksteihin ja Espen Aarsethiin, joka määrittelee ergodisuuden teoksessaan *Cybertext. Perspectives on Ergodic Literature*: "Kutsun ilmiötä ergodiseksi, käyttäen fysiikasta lainattua termiä, joka on johdettu kreikan kielen sanoista 'ergon' ja 'hodos', tarkoittaen työtä ja polkua. Ergodisessa kirjallisuudessa lukija joutuu näkemään paljon vaivaa, jotta hän pystyy selviytymään tekstistä. Jotta ergodinen kirjallisuus olisi käsitteenä mielekäs, täytyy olla myös ei-ergodista kirjallisuutta, jonka lukeminen ei vaadi lukijalta muita erityisiä ponnisteluja kuin, sanokaamme, silmien liikutta-

⁴⁰¹ Retkiluistelumetaforasta Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, s. 266.

⁴⁰² Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*: "Positivism and the Separation of Law and Morals", s. 63. (käännös SMK).

⁴⁰³ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 132.

minen ja sivujen säännönmukainen tai satunnainen kääntäminen.”⁴⁰⁴ Näin ollen dekonstruktio ei ole passiivista intensiivistä lähilukua, jossa tutkijan tehtävänä on vain liikutella silmiään ja käänellä kirjan sivuja tekstin dekonstruoituessa itsestään, vaan kyse on *hyperaktiivisesta* luennasta, jonka avulla tekstissä mahdollisesti olevat liitokset, murtumat, halkeamat, sortumat ja epäjohtonmukaisuudet saadaan näkyville. Kyse on tekstin rakenteen ja sisäisen logiikan kuvantamisesta, mutta *ergodinen lukutapa* ei käännä narratiivia nurin, jos siinä ei ole mitään nurin käännettävää.

Ergodisen luennan avulla tutkija voi paljastaa tekstissä olevan liikkeen, joka ei muuten olisi tullut havaituksi. Tässä tutkimuksessa dekonstruktio on yhtä kuin ergodinen rakenneanalyysi. Se on kokonaisvaltainen tekstin haltuunottotapa, jonka avulla tekstissä oleva rakenne ja muu kerronnallinen logiikka saadaan näkyville. Teksti ei dekonstruoidu itsestään, vaan tutkija on operaattori, jonka tehtävänä on valita ne oikeudelliset tekstit ja muutkin tekstit, joihin hän ergodista lähestymistapaa käyttää. Kyse ei ole idiosynkraattisesta itsetoimivasta ja alati liikkuvasta työvälisestä, vaan tutkijan tehtävänä on syväluodata esimerkiksi tuomioistuimen ratkaisussa olevien perustelulauseiden rakenteita ja tehdä niistä päätelmiä. *Ergodisen rakenneanalyysin* avulla koko tuomioistuinratkaisun perustelunarratiivi saadaan purettua auki. Kyse on *aktiivisesta* ja erityistä työtä vaativasta lukutavasta, jossa tutkija tekee havaintoja narratiivin punoutuneisuudesta, säikeiden lukumäärästä, säikeiden katkonaisuudesta, mukaan pyrkivistä narratiiviin kuulumattomista säikeistä ja säikeistä, joiden pitäisi olla narratiivissa, mutta jotka jostain syystä sieltä puuttuvat.

Idea dekonstruktioista aktiivisena ergodisena työvälisenä virisi tekniikan tohtori Ville Kasevan tekniikan alan väitöskirjasta *Localization and Time Synchronization Services for Resource Constrained Wireless Sensor Networks*. Kaseva kehitti väitöskirjassaan mittaussverkkoa, jonka tekee havaintoja eli mittaustuloksia ympäristöstä. Sensorit (sensoreissa olevat anturit) mittaavat esimerkiksi liikettä, lämpötilaa, ilman kosteutta, kiihtyvyyttä, hiilidioksidipitoisuutta, valon voimakkuutta tai ympäristön äänien voimakkuutta. Sensorit lähettävät datan porttiin, joka lähettää datan palvelimelle. Mielenkiintoista toiminnassa on se, että jos jokin sensoreista lopettaa toiminsa, se etsii uuden reitin.⁴⁰⁵ Kasevalla kyse on tosin kvantitatiivisesta määrällisiä suureita mittaavasta mittaussverkosta. Jos oikeustieteen tutkija istutetaan tekstin kerrontaan, tutkija ei määrällisesti mittaa narratiivia, vaan hän suorittaa laadullista havainnointia tutkimuskohteestaan: narratiivin punoutuneisuudesta, sen kerronnallisuudesta, kerronnallisista loikista, hypyistä toiseen kertomukseen, tekstin sisäisestä logiikasta.

⁴⁰⁴ Aarseth määrittelee teoksessaan *Cybertext. Perspectives on Ergodic Literature* ergodisuuden: “The phenomenon I call ergodic, using a term appropriated from physics that derives from the Greek words *ergon* and *hodos*, meaning ‘work’ and ‘path’. In ergodic literature, nontrivial effort is required to allow the reader to traverse the text. If ergodic literature is to make sense as a concept, there must also be nonergodic literature, where the effort to traverse the text is trivial, with no extranoematic responsibilities placed on the reader except (for example) eye movement and the periodic or arbitrary turning of pages.” Aarseth, *Cybertext. Perspectives on Ergodic Literature*, s. 1–2. (käännös SMK).

⁴⁰⁵ Kaseva, *Localization and Time Synchronization Services for Resource Constrained Wireless Sensor Networks*, *passim*.

Tämän tutkimuksen tarkoituksena on ollut selvittää tuomioistuinratkaisussa käytettyjen perustelulauseiden rakennetta eli *oikeudellista kinetiikkaa* erityisesti konstruktioiden näkökulmasta. Tutkimus kiinnittyy Jacques Derridan, Michel Foucault'n, Ludwig Wittgensteinin ja Espen Aarsethin ajattelun lainalaisuuksiin ja sitoutuminen tähän näkyy jo tutkimuksen rakenteessa. Vaikka tutkimukseen on valittu dekonstruktioivinen lähestymistapa, tämä ei tarkoita, että tutkimuksella olisi liittymäpintaa erityisesti kriittiseen teoriaan.⁴⁰⁶ Myöskään Derrida itse ei miellä dekonstruktioita kriittiseksi. Derridalla dekonstruktio on esikäsite ja se liittyy samaan käsiteperheeseen kuin *disseminatio* ja *différance*. Derrida toteaa: "Jos dekonstruktio tapahtuu kaikkialla missä tapahtuu, missä jotain on (ja tämä ei rajoitu merkitykseen tai tekstiin sanan tavanomaisessa tai kirjallisessa mielessä), ajateltavaksi jää, mitä maailmassamme ja 'nykyajassa' tapahtuu tänään, hetkellä, jolloin dekonstruktio alkaa vaikuttaa sanassa, tärkeimpien teemojensa ja liikkuvan strategiansa ansiosta. Tähän kysymykseen minulla ei ole yksinkertaista tai formalisoivissa olevaa vastausta."⁴⁰⁷ Tai niin kuin Michel Foucault on todennut *Tiedon arkeologia* teoksessa olevansa positivistinen, jos ilmiön kuvailu, selittäminen ja ei-arvottaminen on positivismia.⁴⁰⁸

Käytän dekonstruktioita *ergodisena lukutapana*, jonka avulla puran valitsemani oikeustapausten sisältämät ratkaisujen perustelulauseet auki. Ergodisen luen-
nan avulla paljastan tuomioistuimen perustelulauseiden sisäisen rakenteen ja logiikan, mutta ratkaisun semanttisen merkityksen eriytymistä ja hajoamista en pysty lukitsemaan. Merkitys jää liikkeeseen ja se on aina altis eriytymiselle ja lykkääntymiselle. Tuomioistuimen ratkaisusta jää hetkellisesti jälki näkyviin.⁴⁰⁹ Derridalaisittain kyse on *trace*-kvasikäsitteestä ja tässä jäljessä ratkaisun premisit ovat hetken aikaa lukittuja. Väistämättä jälki käy epätarkaksi. Ratkaisun semanttinen merkitys on jäänyt liikkeeseen.⁴¹⁰ Näin esimerkiksi tapauksessa KKO 2013/6, jossa virkamerkin *intensio* jäi odottamaan uutta merkitysisältöä määräytyen uudelleen käyttökohteensa mukaan tai esimerkiksi ratkaisussa KKO 2005/137, jossa huudahdus "saatanan huora" muuttui ylijuridisoinnin seurauksena *yleisesti tunnetuksi naista halventavaksi ilmaukseksi* saaden uusia semanttisia merkitysisältöjä ja määräytyen joka kerta uudelleen siinä kielipelissä, jossa ilmaisu käytetään.

⁴⁰⁶ Kriittinen teoria on yleiskäsite, joka keskittyy yhteiskunnan ja kulttuurin tutkimukseen ja esittää siitä kriittisiä kannanottoja.

⁴⁰⁷ Derrida, "Kirje japanilaiselle ystävälle", s. 25.

⁴⁰⁸ Jos ilmiötä kuvataan, selitään ja ei arvoteta ja jos se on positiivista niin sitten olen positivistinen. Foucault, *Tiedon arkeologia*, s. 166.

⁴⁰⁹ Ajatus palautuu W. B. Gallien jo 1950-luvulla esittämään ajatukseen käsitteistä, jotka ovat tulkin-
nallisesti kiistanalaisia ja joiden asianmukainen käyttö edellyttää jatkuvaa keskustelua. Gallie, "Essentially Contested Concepts" s. 169, osoitteessa [<http://commonsenseatheism.com/wp-content/uploads/2011/05/Gallie-Essentially-Contested-Concepts.pdf>], viitattu 7.1.2014.

⁴¹⁰ *Ratio scripta* voi viivyttää hetkellisesti disseminatioalttiutta kieltämällä kysymykset, mitä konkreettista ratkaisusta seuraa.

8.3 KETJUROMAANISTA TEKSTIEN SOKKELOON

John Espen Aarseth esittää Penelope Reed Doobin ideaa hyödyntäen teoksessa *Cybertext* idean kahdenlaisista labyrinteista. Toiset labyrintit ovat *yksireittäisiä* ja toiset ovat *monireittäisiä*.⁴¹¹ Yksireittäinen labyrintti, *unicursal labyrinth*, tarkoittaa sokkeloa, jossa vain yksi mahdollinen tie vie päämäärään. Kulkijan tehtävänä on löytää tämä reitti, koska muut tiet päättyvät umpikujaan. Toinen labyrintti on monireittäinen eli *multicursal labyrinth*. Kyse on labyrintista, jossa on valittavana useampi kuin yksi mahdollinen tie, joka vie perille.⁴¹² Aarseth esittää kybertekstin monireittäisenä labyrinttina, jossa lukija tekee valintoja, mihin suuntaan hän tekstissä kulkee. Aarsethin ajatusta labyrinttiteemassa voidaan laajentaa myös oikeudellisiin teksteihin. Aarsethin näkee tekstin koneena, joka tarvitsee operaattorikseen ihmisen. Ihmisen tehtävänä on aktiivisen toiminnan kautta valita polut, joita hän seuraa, tai ihminen voi osallistua myös itse tekstin tuottamiseen luomalla uusia mahdollisia teitä joita seurata. Kyse on aktiivisesta valintojen tekemisestä pääsääntöisesti *monipolkuisessa tekstien labyrintissa, jossa tullaan jostain ja mennään jonnekin*.⁴¹³

Aarseth toteaa teoksessaan *Cybertext* tekstikoneesta ja ihmisen roolista: ”Niin kuin kyber tarkoittaa, teksti on kuin kone – ei vertauskuvallisesti, vaan kuten mekaaninen laite verbaalisten merkkien esittämiseen ja näkemiseen. Aivan kuten filmi on käyttökelvoton ilman projektoria ja näyttöä, tekstin pitää sisältää sanojen joukko. Kone ei ole täydellinen ilman kolmatta osapuolta, koneen käyttäjää (operaattoria). Kyse on operaattorin, verbaalisten merkkien eli sanojen ja välikappaleen eli käyttöliittymän yhdessä muodostamasta tekstikoneesta.”⁴¹⁴

Ergodisuus oikeudellisissa teksteissä on osa tekstin luonnetta. Kyse on oikeudellisen tekstin ominaisuudesta, joka on osa tekstiä. Oikeudelliset tekstit ovat pääsäännöltään monireittäisiä teiden sokkeloita. Myöhempi tuomioistuin tekee valinnat, minkä perustelulauseen se irrottaa aikaisemman tuomioistuimen ratkaisun perusteluista ja mihin kohtaan se tämän irrotetun lauseen omassa perusteluketjussaan liittää. Irrottaessaan perustelulauseen aikaisemman tuomioistuimen perustelunarratiivista, tuomioistuin voi tuoda uuden premissin, jonka se istuttaa osaksi omaa ratkaisuaan ja samalla se voi ottaa premissensä ratkaisunsa perusteluista pois. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2008/94 korkein oikeus toi kyseisen

⁴¹¹ Yksireittäisistä labyrinteista Ks. erityisesti Doob, *The Idea of the Labyrinth*, s. 48–51 ja monireittäisistä labyrinteista erityisesti Doob, *The Idea of the Labyrinth*, s. 46–48.

⁴¹² Aarseth, *Cybertext. Perspectives on Ergodic Literature*, s. 5–6.

⁴¹³ Aarseth, *Cybertext. Perspectives on Ergodic Literature*, s. 179.

⁴¹⁴ ”As the cyber prefix indicates, the text is seen as a machine – not metaphorically but as a mechanical device for the production and consumption of verbal signs. Just as a film is useless without a projektor and a screen, so a text must consist of a material medium as well as a collection of words. The machine, of course, is not complete without a third party, the (human) operator, and it is within triad that the text takes place.” Aarseth, *Cybertext. Perspectives on Ergodic Literature*, s. 21. (käännös SMK). Aarsethin analyysiä on sittemmin jatkanut Markku Eskelinen teoksessa *Cybertext Poetics. The Critical Landscape of New Media Literary Theory*, s. 202–207 ja 349–365. Aarsethilla tarkastelukulma on tietokoneen käyttöliittymä, mutta Eskelinen on laajentanut ergodista tarkastelutapaa myös muihin teksteihin. Ks. Eskelinen, *Kybertekstien narratologia, passim*.

ratkaisun narratiiviin perusteluketjun, jossa se itse katsoi jo vuonna 1945, että säädettävä sotasyylisyytlaki on ongelmallinen oikeusvaltion kannalta. Korkein oikeus toi narratiiviin oikeusvaltiokonstruktion, mutta myöhemmin samaisessa ratkaisussa hukkasi sen sanarajaan. *Ergodisuuden* näkökulmasta kyse on uusien reittien tekemisestä labyrintissa. Valintojen tekijä eli tässä tuomioistuin rinnastuu Aarsethin termein operaattoriin eli ihmiseen, joka päättää, mihin suuntaan hän ergodisessa tekstissä kulkee ja mitä reittejä hän sinne valinnoillaan rakentaa. Kun oikeudellinen teksti on tällä tavoin ergodinen, vaatii sen tarkastelu ergodista lähestymistapaa. *Ergodisuus* on sekä tekstin luentaa että sen tulkintaa ja samalla aktiivista toimintaa, jossa luodaan tekstinarratiiviin uusia polkuja. Kyse on *liikkuvasta tekstien labyrintista*, jota muovataan käyttäjien eli operaattoreiden toimesta. Tekstien labyrintti muistuttaa näin ollen J. L. Borgesin kuvailemaa Baabelin kirjastoja siinä suhteessa, että kirjastosta ei voi sanoa, mistä se alkaa ja mihin se loppuu.⁴¹⁵ Ergodinen teksti on dynaaminen alati *muuttuova teiden labyrintti*.

Ronald Dworkinin mukaan tuomarilla on velvollisuus soveltaa lakia koherentimmalla eli parhaimmalla mahdollisella tavalla.⁴¹⁶ Dworkin toteaa teoksessaan *Law's Empire*, että "Oikeus ei ehkä ole saumaton verkko [eli saumattomasti yhteenliittyvien perustelujen verkko], mutta jutun kantajalla on oikeus odottaa, että Hercules toimii ikään kuin se sellaisen muodostaisi. Nyt käy ymmärrettäväksi, miksi kutsun tuomariamme nimellä Hercules. Hänen tulee hahmottaa oikeus senkaltaisten abstraktien ja konkreettisten oikeusperiaatteiden kokonaisuutena, joiden avulla käy mahdolliseksi esittää sisäisesti eheä perustelu kaikille common law -oikeuden prejudikaateille ja, siinä määrin kuin ne on määrä oikeuttaa periaatesidonnaisten näkökohtien avulla, myös perustuslain ja muun lainsäädännön käsittämille säädöksille."⁴¹⁷ Fiktiivinen tuomari Hercules soveltaa oikeussääntöjä ja oikeusperiaatteita siten, että niistä muodostuu saumaton punos. Tuomioistuimen ratkaisuisista muodostuu ketjuja ja ketjut kerronnallisina tekstipätkinä rakentuvat sarjoiksi. Dworkin näkee tuomioistuimen ratkaisujen muodostavan ketjuromaanin, jossa ratkaisua kirjoittava tuomari rinnastuu yhteen ketjuromaanin kirjoittajista.⁴¹⁸

Dworkinin ketjuromaanijattelussa on keskeistä se, että myöhempi tuomari jatkaa kertomusta parhaalla mahdollisella tavalla. Ajattelussa nousee keskeiseksi tuomareiden *yhteinen tulkintakehys*, joka ohjaa tuomaria oikeudellisessa ratkaisutoiminnassaan. Tuomarilla on mahdollista tehdä juonenkäänteitä aivan kuten romaanin kirjoittajalla, mutta vain vallitsevan tulkintakehysten rajoissa. Tämä tarkoittaa esimerkiksi sitä, että tuomari voi olla noudattamatta aiemmin annettua prejudikaattia.⁴¹⁹ Tuomari lisää prejudikaattien sarjaan uuden prejudika-

⁴¹⁵ Borges, *Collected Fictions*, s. 112–118. Baabelin kirjastolla ei ole alkua eikä loppua. Siellä ei ole yhtään toistensa kanssa identtistä kirjaa ja se on kirjavarannoltaan täydellinen. Se sisältää kaikki mahdolliset kirjat, olemassa olevat ja ei vielä olemassa olevat kirjat.

⁴¹⁶ Dworkin toteaa *The best constructive interpretation of past legal decisions*. Ks. Dworkin, *Law's Empire*, s. 243, 255, 262.

⁴¹⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 116–117. (käännös SMK).

⁴¹⁸ Ketjuromaanista Dworkin, *Law's Empire*, s. 228–229.

⁴¹⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 77–78. Myös Dworkin, *A Matter of Principle*, s. 146–166. Erityisesti sivut 158–164.

tin. Näistä ratkaisuista muodostuu kertomusten sarja sillä edellytyksellä, että annettu prejudikaatti ei saa olla yhteensopimaton aikaisempien prejudikaattien kanssa. Kyse on viime kädessä oikeudellisesta eheydestä, joka ei kuitenkaan ole ehdoton. Dworkin jättää takaportin auki. Tuomarilla on velvollisuus tulkita normeja *ikään kuin ne* muodostaisivat koherentin kokonaisuuden.⁴²⁰ Lopputuloksen ei absoluuttisesti tarvitse olla koherentti. Riittää, kun tuomarilla on pyrkimys oikeudelliseen eheyteen.

Oikeudellinen koherenttius eli oikeudellinen eheys on on konstruktio tuomiokunnan yhteisestä pyrkimyksestä oikeudelliseen eheyteen koskaan tosiasiallisesti sitä saavuttamatta. Tuomioistuimen ratkaisuissa kyse on pikemminkin *fragmentoituneesta intertekstuaalisuudesta*, jossa ratkaisua kirjoittava tuomari ottaa ratkaisunsa osaksi fragmentteja aikaisemman tuomioistuimen esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tai kansallisen tuomioistuimen antamasta ratkaisusta ja istuttaa tämä palaset osaksi kirjoittamaansa ratkaisun perustelulauserakennetta kuin että kyse olisi koherentista ketjuromaanista. Kyse on tekstikatkelmien ottamisesta, jossa fragmentti tekstiä ”irrotetaan” kontekstistaan ja istutetaan uuteen kontekstiin. Ajatus, joka lauseeseen eli tekstifragmenttiin sisältyi, ei välttämättä välity enää uuteen tekstiin, vaan kerronnallinen rakenne katkeaa. Alkuperäisestä kontekstistaan lainattu tekstifragmentti voi myös harhaanjohtaa tulevan perustelulauseen sisäisen logiikan. Ratkaisuista muodostuu ergodisia tekstejä, jotka eivät ole keskenään koherentteja kertomuksia. Tuomioistuimen ratkaisut ovat Borgesin kuvailemalla tavalla *haarautuvien polkujen puutarha*, jossa polut risteävät lomittuen toisiinsa ja välillä haaroituen pienempiin polkuihin muodostaen samalla jotain verkoston kaltaista.⁴²¹ Oikeudellisissa tekstissä kyse on kasvavasta ja mutkia tekevästä mutkikkaasta sokkelosta, joka sisältää menneisyyden ja tulevaisuuden.

8.4 OIKEUSTIETEELLISEN TUTKIMUKSEN METODI – MILLAISTA VAI MITEN?

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa avataan harvoin metodista työkalusalkkua, miten tutkija tutkimuksensa toteutti. Usein oikeustieteellisessä tutkimuksessa tyydytään toteamaan tutkimuksen olevan tieteellinen ja metodin olevan lainoppia eli tulkintaa, systematisointia tai oikeusperiaatteiden punnintaa. Syvälinen reflektio omasta tutkimuksellisesta tekemisestä siten, että tekeminen täyttää myös tieteellisen tutkimusmetodin kriteerit on vaikeasti ymmärrettävä asia oikeustieteen piirissä.⁴²² Teoria koetaan hankalana ja lainoppi mielletään varsin

⁴²⁰ Dworkin, *Law's Empire*, s. 228, 232 ja 239.

⁴²¹ Borges, *Haarautuvien polkujen puutarha*, s. 31.

⁴²² Ongelma itsereflektion puutteessa metodityökalun käytössä on hyvinkin ajankohtainen. Ida Koivisto ja Anni Tuomela kartoittivat vuonna 2012 oikeustieteen perusopiskelijoiden metodiopetuksessa esiin nousseita ongelmia. Selvityksessä nousi esille, että perustutkinto-opiskelijat eivät edes ymmärrä koko metodi -termiä saati sen merkitystä tutkimuksessa. Ks. Koivisto – Tuomela, ”Lainoppineita vai oikeustieteilijöitä? Näkökulmia perustutkinnon metodiopetuksen kehittämiseen Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa”, s. 410–411.

käytännönläheisenä toimintana. Aulis Aarnion sanoin oikeustieteessä metodi on pikemminkin näkökulma oikeuteen kuin että se olisi laskusäännöstö.⁴²³ Laskusäännöstöllä Aarnio viittaa esimerkiksi luonnontieteille ominaisiin käsitteisiin, sitoutumuksiin ja normeihin, joiden avulla kerätään aineistoa muodostetaan siitä täsmentäviä hypoteeseja, testataan niitä ja tulostetaan saadut vastaukset. Tämäntyyppinen lähestymistapa ei sovi oikeustieteeseen. Oikeustiede ei selitä ilmiöitä. Sen tehtävänä on tulkita ja systematisoida oikeussääntöjä.⁴²⁴ Vaikka juristit mieltävät lainopin varsin käytännönläheisenä toimintana on Aulis Aarnio varsin tarkkanäköisesti huomauttanut, että "[j]uristin on osattava ajatella, eikä luova ajattelu voi onnistua muuten kuin vahvan teoreettisen lainopin varassa. Teoreettisen lainopin tehtävänä on tuottaa yleiset opit ja periaatteet, joita ilman yksittäisen oikeussäännöksen tulkinta ei ole mahdollista." Aarnio jatkaa: "Teoreettisen ajattelun vieroksuminen on sen vuoksi kohtalokas ajatusharha. Jos teoria häädetään paraatiovesta ulos, se hiipii samassa keittiön ovesta sisään."⁴²⁵

Raimo Siltala on kiinnittänyt huomiota juristien heikkoon metodiopilliseen itseymmärrykseen. Viitaten Markku Heliniin Siltala kirjoittaa "Oikeustieteen lait" artikkelissaan: ">>Kaikista laesta, joiden parissa juristit työskentevät, he tuntevat huonoimmin oman tieteesä lait>>', moitti etevä saksalainen oikeusopinnut *Rudolf von Ihering* (1818–1892) oman aikansa eli 1800-luvun juristeja.⁴²⁶ Nähdäkseni von Iheringin moite pätee yhtä hyvin 2000-luvun kuin 1800-luvun oikeusoppineisiin: juristien käsitys oman tieteenalansa perusteista on edelleen varsin ohutta ja heikosti jäsentynyttä. Oikeustieteen eri osalohkoista etenkin *lainoppi*, joka tulkitsee ja systematisoi oikeusjärjestyksen käsittämiä sääntöä, mielletään juristien toimesta usein varsin käytännönläheisenä toimintana: oikeudellisen oppitradition jatkamisena ja yhteiskunnallisena vaikuttamisena ilman erityisiä sidoksia yleiseen oikeusteoriaan, saati tieteenfilosofiaan."⁴²⁷ Myös Siltalan artikkeli "Keisarin vanhat ja uudet vaatteet" kertoo lainopin metodisesta hajaannuksesta, joka näkyy erityisen selvästi kirjassa *Minun metodini*. Kyse on kirjasta, jossa 17 eturivin oikeustieteen tutkijaa ja professoria esittelee oman käsityksensä oikeustieteen metodista.⁴²⁸ Kyseisen kirjan ehkä mielenkiintoisimmasta annista vastaa Juha Pöyhönen luonnehtimalla metodia eräänlaiseksi filosofiseksi uneksunnaksi. Pöyhönen (nyk. Karhu) hahmottaa metodia väitöskirjastaankin tutun nelikenttäjoittelun avulla (oikeustiede, politiikka ja moraalit, talous ja oikeustaide) ja toteaa metodin olevan "filosofista uneksuntaa, ilman näkyvästi sovellettuna erityistä menetelmää."⁴²⁹ Tämäntyyppisessä heikkossa "metodisessa" työkalussa on samankaltaisuutta argentiinalaisen taiteilija

⁴²³ Aarnio, "Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta", s. 35–36.

⁴²⁴ Aarnio, *Tulkinnan taito*, s. 237–245.

⁴²⁵ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 304.

⁴²⁶ Vrt. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 261.

⁴²⁷ Siltala, "Oikeustieteen lait", s. 90.

⁴²⁸ Siltala, "Keisarin vanhat ja uudet vaatteet", s. 80. Kyseinen artikkeli ilmestyi ensin artikkelina *Oikeus-lehden* numerossa 99/1; Myös Siltala, *Oikeustieteen tietenteoria*, s. 464–465.

⁴²⁹ Pöyhönen, "Filosofia- Minun metodini?", s. 260

Leonardo Solaasin hahmottamiin unikuviin, *dreamlines*.⁴³⁰ Pöyhösen kuvaama filosofinen uneksunta rinnastuu assosiatiiviseen haaveiluun, unenkaltaiseen valveillaoloon, valveunien näkemiseen, jossa filosofiset kertomukset muuttuvat ja muuntautuvat unien kaltaisiksi fantasiaiksi muodostaen kuvakollaasien sarjan.

Lainopin yhtenä tehtävänä on lähestyä oikeudellisia tekstejä niiden tulkinnan kautta eli kohdata tekstit ja koetella niitä lainopin traditiosta käsin. Lainopissa tulkintaa ei tehdä tekstin ehdoilla, sisältäpäin, vaan metodi istutetaan tulkintamateriaaliin ulkoa. Koherenssihakuisuudellaan lainoppi pyrkii autentikoimaan lainopillisten tekstien *intertekstuaalisuuden*. Lainoppi vaalii *ratio scriptaa*. Lainoppi poikkeaa myös puhtaasti empiiristen metodien käytöstä. Esimerkiksi osallistuva havainnointi, kyselytutkimus ja haastattelu rajoittuvat vain ja ainoastaan empiiristen havaintojen tekoon tutkimuskohteesta, jolloin oikeudellisissa teksteissä huomio kiinnittyy tekstin ulkoiseen ilmiösuun eli siihen, mitä on kirjoitettu.

Väitöskirjassaan *Omaisuuksensuoja ympäristösuojelussa* Jukka Kultalahti esittää vahvan väitteen, että empirismin keinoin voidaan analysoida tuomioistuimen ratkaisuja, esimerkiksi ennakkopäätöksissä esitettyjä tulkintoja ja argumentointeja. Kultalahti toteaa: ”Perusoikeustulkinnan kannalta kaikkien merkittävien ryhmien/orgaanien (lainsäätäjän ja lain soveltajan) käyttäytyminen on empiirisesti havainnoitavissa. Sääntötutkimuksen alueella taas ainakin lakiteksti, lainvalmistelumateriaali, oikeudelliset ratkaisut (oikeuskäytäntö) ja oikeuskirjallisuus ovat empiirisesti havainnoitavissa olevia ilmiöitä... oikeussäännön sisällön kannalta relevantti aineisto on kaikessa oikeusdogmaattisessa tutkimuksessa luonteeltaan samanlaista. Kysymys on kielellisestä ilmauksista erilaisissa dokumenteissa...Mutta kaikki nämä kielelliset ilmaisut ovat empiirisiä tosiasioita, joita voidaan lähestyä empiirisille tieteille ominaisin menetelmin.”⁴³¹ Kultalahden edellä oleva väite on oikeudellisesti ongelmallinen. Oikeuden ontologista, epistemologista tai metodiopillista kysymystä ei voida tutkia empiirisin menetelmin. Puhtaasti empiirisellä lähestymistavalla ei voida tavoittaa lakitekstin oikeudellisesti relevanttia tulkintaa eikä vastata oikeuden normatiivisiin kysymyksiin, miksi oikeus velvoittaa tai mikä erottaa oikeuden ei-oikeudesta. Empiirialla voidaan *ulkoisesti* havainnoida esimerkiksi siitä, kuinka monta kertaa jokin ilmaisu tai sana tekstissä ilmenee tai esimerkiksi, kuinka pitkiä tuomioistuimen käyttämät perustelulauseet ovat.⁴³²

Hans Kelsen on todennut teoksessaan *Reine Rechtslehre*, että oikeustieteen tehtävänä on tutkia pitämisen maailmaa (Sollen), kuten esimerkiksi syyksilukemista, ja luonnontieteiden tehtävänä on tutkia kausaliteettia eli olemisen maailmaa

⁴³⁰ Leonardo Solaasin unikuvat osoitteessa [<http://solaas.com.ar/dreamlines/>], viitattu 28.11.2013. Solaasin *dreamlines* perustuu googlen kuvaohjelmalla toteutettuun kuvapankkiin joka toistuu ja modifioituu unien kaltaisiksi tiloiksi. Hakukenttään voi syöttää, minkä tahansa hakusanan. Ohjelma muodostaa tästä alati muuttuvan 10–20 kuvan kuvakollaasin.

⁴³¹ Kultalahti, *Omaisuuksensuoja ympäristösuojelussa*, s. 92.

⁴³² Näin teki esimerkiksi Esko Rieppula, joka laski tutkimuksessaan, kuinka monta sanaa perustuslakivaliokunnan mietinnöissä ja lausunnoissa ja lausuntojen perusteluissa oli vuosina 1920–1970. Ks. Rieppula, *Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana*, s. 331–333. Vertaa myös Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 175.

(Sein). Kelsen tekee eron edellä mainitussa teoksessa kausaliteettiperiaatteen ja syyksilukemisen välille. Kelsenin mukaan kausaliteettiperiaate sanoo, että jos A niin myös B (tai tulee olemaan) ja syyksilukeminen sanoo, että jos A myös B:n pitää olla. Jälkimmäisessä esimerkissä kyse on normatiivisesta suhteesta. Ensiksi mainittu esimerkki perustuu olemiseen.⁴³³

Empiirisellä tutkimustavalla ei voida tutkia oikeusjärjestystä normatiivisena ilmiönä.⁴³⁴ Aulis Aarnio toteaa *Laintulkinnan teoria* kirjassa: "Lainoppi ei voi tyydyttää tulkinnallista tiedonintressiä – se ei voi täyttää yhteiskunnallista tehtäväänsä – jos sen päättelyperiaatteet korvataan esimerkiksi sosiologian metodisilla periaatteilla."⁴³⁵ Empiirillä saadaan tietoa aistihavainnoista ja empirian avulla voidaan kartoittaa mielipiteitä, mutta se ei tuota tietoa oikeusjärjestyksen sisällöstä esimerkiksi siitä, miten tiettyä normia on sovellettava. Empiirinen tiedonintressi ei ole ratkaisuheuristiikka eli sitä, miten tuomari päätyi asiassa ratkaisuun. Vastaus oikeuden ontologiseen, epistemologiseen tai metodiopilliseen kysymykseen vaatii muunlaista tarkastelutapaa kuin ulkoisen havainnoinnin tutkimuskohteesta ja sen ominaisuuksista.⁴³⁶ Kysymys voidaan palauttaa pohjimmaltaan tieteisiin, jotka selittävät ilmiöitä, ja tieteisiin, jotka *tulkitsevat* tekoja ja tapahtumia. Oikeustiede kuuluu tässä jaottelussa jälkimmäiseen kategoriaan.⁴³⁷

Georg von Wright toteaa kuvailevien ja teoreettisten tieteiden erottamisesta teoksessa *Explanation and Understanding*: "Tieteellisellä tutkimuksella on laajasti ymmärrettyä kaksi päätehtävää: yhtäältä faktojen varmentaminen ja löytäminen, toisaalta hypoteesien ja teorioiden rakentaminen. Näitä kahta tieteellisen toiminnan muotoa kutsutaan toisinaan kuvailevaksi (deskriptiiviseksi) ja teoreettiseksi tieteksi."

Aulis Aarnion mukaan oikeustieteellisessä tutkimuksessa metodeja ovat tulkintanormit, joiden avulla oikeudellinen tulkinta tehdään.⁴³⁸ Aarnio vertaa oikeudellista tulkintaa shakkipeliin ja "[t]ulkintapelin nappuloita nimitetään oikeuslähteiksi ja pelin sääntöjä oikeudellisen tulkinnan säännöiksi ja periaatteiksi. Strategia määräytyy niistä tavoitteista ja arvoista käsin, joita tulkitsija haluaa to-

⁴³³ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 72–95. Olemisen maailmasta esimerkkinä Kelsen esittää esimerkiksi metallin lämpölaajenemisen.

⁴³⁴ Matti Tolvanen on tarkastellut empiirisen tutkimuksen hyödyntämistä rikoslainkäytössä ja toteaa, että "[e]mpiirinen tieto antaa pohjaa kriminalipoliittisille argumenteille, joita käytetään perusteltaessa lain muuttamista." Tolvanen, "Empiirisen tutkimuksen hyödyntäminen rikoslainkäytössä", s. 85. Empiirisen oikeustutkimuksen painotuksista yleisesti ympäristöoikeudessa. Ks. myös Määttä, "Empiirisesti orientoituneen ympäristöoikeuden nykysuuntaukset ja menetelmät", s. 189–221.

⁴³⁵ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 57. Vaikka oikeustiede kuuluukin yhteiskuntatieteisiin, on se yhteys empiiriseen yhteiskuntatieteeseen pulmallinen. Ks. Aarnio, "Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta", s. 36.

⁴³⁶ Vertaa empiirisen tutkimuksen käyttöalasta prosessioikeudellisessa tutkimuksessa. Koulu, "Eurooppalaistuuko vai kansainvälistyykö prosessioikeuden tutkimus?", s. 486–495.

⁴³⁷ von Wright, *Explanation and Understanding*, s. 1. (käännös SMK).

⁴³⁸ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 194; Ks. myös Siltala, *Oikeustieteen tietenteoria*, s. 498.

teuttaa ja edistää.⁴³⁹ Aarnion mukaan shakkipelissä on kahden tyyppisiä sääntöjä: regulatiivisia ja konstitutiivisia sääntöjä. Regulatiiviset säännöt kertovat, miten shakkipelin nappuloita pitää siirtää, millä tavalla nappuloita lyödään, ja miten shakataan. Konstitutiiviset säännöt määrittävät tietyn puupalan sotilaaksi ja esimerkiksi ruudukon shakkilaudaksi.⁴⁴⁰

Aarnion mallissa oikeudellisten tekstien tulkitsija ennalta määrättyjen tulkintaperusteiden eli oikeuslähteiden kautta siirtyy kohti oikeudellisen tulkinnan lopputulosta. Reaaliset argumentit eli yhteiskunnallinen seuraamusharkinta eli oikeudellisen tulkinnan sitominen taloudellisiin, ekonomisiin tai sosiaalisiin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin muodostaa ”viimeisen perustelun.” Muut oikeuslähteet luovat perustan seurausharkinnalle. Aarnio katsoo, että “[l]akitekstien, esitöiden, tuomioistuinratkaisujen jne. avulla paikannetaan tulkintavaihtoehdot käyttämällä hyväksi oikeusyhteisössä kiteytyneitä tulkintaperiaatteita.”⁴⁴¹ Aarnion mallissa sekä tulkintaperusteet että tulkintasäännöt ovat ennalta lukkoon lyötyjä. Ne muodostavat suljetun systeemin. Systeemin ei tuoda mitään ulkopäin. Aarnio itse toteaa, että tulkinta ei ole ”oikeudellista tulkintaa, jos siinä ei ole käytetty yhtään oikeuslähdettä hyväksi tai jos siinä on sivuutettu kaikki tulkintaa ohjaavat säännöt ja periaatteet.”⁴⁴²

Raimo Siltala näkee oivaltamisen logiikan ja tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan toimivan molempiin suuntiin dynaamisesti keskustellen, mutta myös tarvittaessa muuttuen ja mukautuen. Siltalan jaottelu tieteellisen metodin osaelementeistä oivaltamisen ja perustelemisen logiikan rakenteeseen perustuu saksalaisen tieteenfilosofi Hans Reichenbachin jaotteluun *logic of discovery* ja *logic of justification*.⁴⁴³ Oikeustieteen tieteenteoriassa kirjassa Siltala pyrkii täsmentämään oikeustieteen metodiopillista kysymystä kysymällä, *millaista tulkintaa, millaista punnintaa ja millaista systematisointia?*⁴⁴⁴ Siltala pyrkii avaamaan metodista työkalupakkia, jonka avulla tulkintaa, systematisointia ja oikeusperiaatteiden punnintaa tehdään ja määrittelemään työkalupakissa olevat metodiset fragmentit sellaiseksi kokonaisuudeksi, joka täyttää tieteelliselle metodille asetettavat reunaehdot eli *reichenbachlaisen* toistettavuuden ja yleistettävyyden. Oikeudellisen tulkinnan osalta Siltalan esittämä metodin määritelmä muistuttaa läheisesti Siltalan oppi-isän Aulis Aarnion esittämää mallia tulkintavaihtoehdon

⁴³⁹ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 194. Aarnio käyttämä shakkipelimetafora on peräisin tanskalaiselta Alf Rossilta. Toisin kuin Aarnio, Alf Ross käyttää shakkipeliä kuvaamaan oikeuden sisäisen ja ulkoisen entiteetin välisiä suhteita. Aarnio käyttää shakkipeliesimerkkiä kuvaten sitä oikeudellista tulkintaa, jossa tulkintasäännöt ja tulkintaperusteet ovat ennalta vakioituja. Vertaa myös Hart, *The Concept of Law* (Third Edition), s. 89.

⁴⁴⁰ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 71.

⁴⁴¹ *Ibid.*, s. 241.

⁴⁴² *Ibid.*, s. 195. Vrt. myös Peczenik, joka teoksessa *Vad är rätt?* toteaa: ”Rättskällorna är dessutom relaterade till begreppet ’juridisk argumentation’. Det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem och ändå argumentera juridiskt.” Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226. Peczenikin kanta on yhteneväinen Aarnion edellä mainitun kannan kanssa.

⁴⁴³ Reichenbach, *Experience and Prediction*, s. 6–7. Ks. myös Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 472. Siltala toteaa, että tieteellinen metodi on välittävä tekijä oivaltamisen logiikan ja perustelemisen logiikan välillä. Prosessi etenee molempiin suuntiin. Metodin pitää tuottaa uutta tietoa tukemalla tutkijan luovaa ajattelua, oivaltamisen logiikkaa ja tutkimustulosten on täytettävä tutkimuksen toistettavuuden ja kontrolloivuuden kriteerit eli tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan ehdot.

⁴⁴⁴ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 747, 812,

valinnasta, jossa Aarnio hahmottaa oikeudellista tulkintaa edellä kuvatun shakkipeliesimerkin avulla. Aarnion mallissa oikeuslähteet muodostavat tulkintaperusteet, jotka ovat tulkinnan kohteena ja tulkintanormit muodostavat metodologiset työkalut, joilla oikeuslähteistä lähtevä oikeudellinen tulkinta tehdään päätyen tulkinnan lopputulokseen.⁴⁴⁵

Siltalan lainopin metodin avaaminen jatkaa sitä metodiopillista keskustelua, mihin Aulis Aarnio jäi määritellesään lainopin tulkinnaksi, systematisoinniksi ja punninnaksi.⁴⁴⁶ Siltala kysyy: millaista tulkintaa, millaista systematisointia ja millaista oikeusperiaatteiden punnintaa kirjassaan *Oikeustieteen tieteenteoria*.⁴⁴⁷ Siltalan esittämä metodiopillinen kysymys on kuitenkin virheellisesti asetettu. Kysymys viittaa ontologiaan. Kyse on määrittelemisestä, millainen joku tai jokin on, esimerkiksi, millaista oikeus on. Metodiopillisesti merkityksellistä on metodityökalun merkitys pelissä se, miten työkalua käytetään. Ludwig Wittgensteinin ajatusta lainaten ja muuntaen, käytämme sanaa metodi, jonka merkitystä emme tunne. Eikö oikeampi kysymys ole, *miten* tutkija tutkimusta tekee kuin kysyä sitä, millainen metodi on? Wittgensteinin sanoin: ”Onko meidän sanottava, että käytän sanaa, jonka merkitystä en tunne, puhun siis mielettömyyttä? – Sano, mitä haluat, niin kauan kuin tämä ei estä sinua näkemästä, miten asiat ovat. (Ja kun näet sen, jätät monia asioita sanomatta.)”⁴⁴⁸

Metodiopillisesti täsmällinen muoto on kysyä, *miten tulkintaan, miten systematisoidaan ja miten oikeusperiaatteita punnitaan?* Näin kysymällä fokus kiinnittyy metodityökalun käyttöön pelissä. Siltalan käsityksestä poiketen, metodi ei ole adjektiivi eikä sitä sellaisena tule mieltää. Siltalan esittämä, millaista tulkintaa, millaista systematisointia ja millaista oikeusperiaatteiden punnintaa kysymyslauseessa viittaa adjektiiviin eli sanaan millainen jokin on esimerkiksi hieno, paahteinen vai täyteläinen. Miten-kysymyssanana taas viittaa tekemiseen eli *verbiin*, joka ilmenee predikaattina ilmaisten toimintaa. Metodissa kyse on tutkimuksen *tekemisen* työkalupakista adverbista, ei siitä millainen pakki on, onko työkalupakki sininen vai punainen.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ *Ibid.*, s. 498. Myös Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 194.

⁴⁴⁶ Metodin määrittelemisestä myös Häyhä, joka määrittelee *Minun metodini* -kirjassa metodin: ”Metodi on väline, työkalu, jonka avulla päästään käsiksi johonkin sen itsensä kannalta ulkopuoliseen tietoon.” Häyhä, *Minun metodini*, s. 24. Myös Häyhän määritelmä metodista on liian laava. Metodin määrittelemisestä myös esim. Hirvonen, *Mitkä metodit?*, s. 3–10.

⁴⁴⁷ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 468. Myös esimerkiksi Siltala, ”Oikeustieteen tutkijan itseymmärryksestä”, s. 98.

⁴⁴⁸ Wittgenstein, *Filosofia tutkimuksia*, s. 73, kohta 79.

⁴⁴⁹ Dickstein, *Introduction: Pragmatism Then and Now*, s. 7. William James toteaa: ”Truth happens to an idea. It becomes true, is made true by events.”. Edellä mainittu idea totuudesta verbinä on Morris Dickstein kiteyttänyt: ”James insists that truth that or meaning is a process, an action leading to a pay-off, a verb rather than a noun.”

8.5 TUTKIMUSTEHTÄVÄN TÄSMENTÄMINEN

Tutkimuksen tiedonintressinä on osoittaa oikeuden konstruktiiivinen luonne ja konstruktioiden ja normien välinen liike.⁴⁵⁰ Kyse on konstruktioiden ja normien välisestä *dynamiikasta*, tarkemmin sanoen *oikeudellisesta kinetiikasta*, joka näkyy tuomioistuinratkaisun perustelunarratiivin punoksessa. Tutkimustehtävänä on selvittää, *miten oikeudelliset konstruktiot määräävät tulkintaa*. Kyse on metatasolla tapahtuvasta tarkastelusta, joka keskittyy tarkastelemaan prejudikaattien konstruktiiivisia rakenneosia ja konstruktioiden välisiä suhteita. Tutkimuksessa on lähemmin analysoitu seitsemää oikeustapausta, joista ensimmäiset viisi ovat korkeimman oikeuden ratkaisuja ja kaksi viimeisintä ovat hallintotuomioistuinten ratkaisuja.

Oikeustapauksia voi Ronald Dworkinin mukaan käyttää kahdella eri tavalla: joko empiirisinä todisteina esitettyjen väitteiden paikkansa pitävyydestä, kuten esimerkiksi *Critical Legal Studies* -suuntaukset edustajat tai amerikkalaiset realistit tekevät, tai esimerkinomaisesti, jolloin käsittelyt tapaukset havainnollistavat tekstissä esitettyjä väitteitä.⁴⁵¹ Tähän tutkimukseen on valittu Dworkinin esittämistä lähestymistavoista jälkimmäinen. Tutkimukseen valituista tapauksista on erityisen hyvin osoitettavissa oikeuden konstruktiiivinen luonne.⁴⁵²

Tutkimuksessa omaksuttu intensiivinen ja tekstin kokonaisvaltaisesti haluttuunottava *ergodinen* tarkastelutapa vaatii käsiteltävien oikeustapauksien suhteellisen harvalukuista määrää. Tarkemman analyysin kohteeksi olen siis valinnut seitsemän oikeustapausta. Ensiksi esitetyssä viidessä tapauksessa on erityisen hyvin nähtävissä *oikeudellisten konstruktioiden kinetiikan liikelait*. Tapaukset ovat valittu erityisesti niiden toiminnallisuuden vuoksi. Niistä näkyy *oikeudellisen kinetiikan* sisältö: tuomioistuinratkaisun eri elementit: *avainpremissit*, *hukkapremissit* (ylimääräiset eli harhaanjohtavat tai muuten turhat), *puuttuvat premissit* ja *piilevät premissit* ja edellä mainittujen premissien *toiminnallisuus*.⁴⁵³ Ensimmäisessä tapauksessa KKO 2013/6 kuvaan *oikeudelliselle metamorfoosille käänteisen prosessin* eli *oikeudellisen deformaation*. Tapauksesta ilmenee hyvin, kuinka juridinen konst-

⁴⁵⁰ Konstruktionismista yhteiskuntatieteissä katso yleisesti Schütz, *Sosiaalisen maailman merkityksenkäs rakentuminen, passim*.

⁴⁵¹ Ronald Dworkinin vastaus Raimo Siltalalle Dworkinin Suomen vierailulla 5.5–8.5.2008, kun Siltala kysyi Dworkinilta perustelua, miksi hänen kirjoituksissaan on käsitelty oikeustapauksia suhteellisen harvalukuisesti. Dworkinin mukaan amerikkalaiset realistit tai *Critical Legal Studies* -suuntauksen edustajat suosivat tapaa, jossa oikeustapauksia käytetään empiirisinä todisteina esitettyjen väitteiden olemassaolosta. Dworkin itse kertoi suosivansa jälkimmäistä tapaa, jossa oikeustapauksia ei käytetä esimerkinomaisesti vaan niiden tarkoituksena on havainnollistaa tekstissä esitettyä. Ks. Siltala, "Ronald Dworkin, juristi ja filosofi", s. 263.

⁴⁵² Rakeneanalyysin kohteeksi olisi voinut valita, mitä tahansa korkeimman oikeuden tai korkeimman hallinto-oikeuden tapauksia, koska kaikki ratkaisut voidaan purkaa eri elementteihin ja tarkastella elementtien välisiä suhteita. Tutkimukseen valituissa tapauksissa nämä suhteet ovat kuitenkin erityisen hyvin havainnollistettavissa.

⁴⁵³ Transformaatioloikista Ks. Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 305. Peczenik esitti ensi kerran jaottelun oikeudellisista transformaatioloikista (transformation into the law, transformation inside the law) väitöskirjassaan *The Basis of Legal Justification*, s. 1–69; Ks. myös Peczenik, "The Foundation of Legal Reasoning", s. 136–158. "The Foundation of Legal Reasoning" on kolmeosainen yhteisjulkaisu, jossa kirjoittajina ovat Aulis Aarnio, Robert Alexy ja Aleksander Peczenik. Ks. *The Foundation of Legal Reasoning*, s. 136. Jakso joka käsittelee oikeudellista transformaatiota on kirjoittanut Aleksander Peczenik. Yhteisjulkaisu "The Foundation of Legal Reasoning" on ilmestynyt julkaisussa *Rechtstheorie* vuonna 1981.

ruktio voidaan hajottaa ja siirtää toiselle tieteenalalle ja kuinka juridisesti *deformation* kokenut konstruktio voi olla polymorfinen konstruktio toisella tieteenalalla. Tapaus osoittaa sen, kuinka *oikeudellisesta polymorfisesta konstruktioista* voi tulla niin halutessa oikeudellisesti deformatunut konstruktio. Kyseinen tapaus havainnollistaa myös merkityksen semanttisen liikkeen eli *disseminaaation* läsnäolon. Seuraavaksi valittu korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2011/1 kuvaa erinomaisesti oikeudellisen polymorfisen konstruktion muotoutumisen eri vaiheet. Kyse on prosessista, jossa konstruktioiden välinen *interferenssi* päättyy *onnistuneeseen oikeudelliseen metamorfoosiin* eli muodonmuutokseen. Tapauksessa käy erinomaisesti ilmi myös se, kuinka ratkaisuun valitut *avainpremissit* muodostavat *avainnarratiivin*. Tapauksessa ilmenee myös lääketieteellisen ja yleiskielisten konstruktioiden juridisointiprosessi eli interferenssin vaihteellisuus. Tapauksen avulla havainnollistan, kuinka muusta tieteestä, tässä tapauksessa lääketieteestä tullut konstruktio (palpointi), juridisoidaan *oikeudelliseksi polymorfiseksi konstruktioiksi*. Osoitan tapauksen avulla myös *latentin premissin* ja sen, miten latentti premissi vaikuttaa ratkaisussa.

Tapaus KKO 2005/137 on valittu sen vuoksi, koska se avaa erinomaisesti *hukkapremissien* eli väärin valittujen ja ylimääräisten premissien vaikutuksia ratkaisuun. Tapaus osoittaa, että ratkaisuun valitut hukkapremissit rakentavat itse asiassa *hukkanarratiivia*. Kyse on oikeudellisen ratkaisun labyrintissa *hukkapolkujen* tekemisestä. Ratkaisu KKO 2006/99 avaa erinomaisesti historiallisen eksegeesin taaksepäin menevän liikkeen, jonka avulla korkein oikeus ylittää ylivertaisen sanaraja-konstruktion eli rakentaa perustelujen sokkeloon uuden polun uhkaavasta umpikujasta huolimatta. Edellä mainitun tapauksen avulla kuvaan myös kokonaan *puuttuvien premissien* vaikutuksia ratkaisuun. Tapaus KKO 2008/94 on valittu sen vuoksi, koska se kuvaa sanaraja-konstruktion toimintaa ylivertaisena konstruktiona suhteessa muihin konstruktiioihin. Valittu tapaus osoittaa erinomaisesti sen, kuinka sanaraja-konstruktio niin haluttaessa hylkii muuta konstruktiiivista materiaalia riippumatta siitä, millainen konstruktio on kyseessä. Tapaus osoittaa myös sen, miten interferenssi eli konstruktioiden välinen liike voi jäädä vaillinaiseksi ja *oikeudellinen metamorfoosi* voi jäädä toteutumatta. Tapauksessa tulevat esille myös *puuttuvat premissit* ja niiden merkitys tapahtumakulussa. Edellä mainittujen ratkaisujen yhteydessä on käsitelty myös muita korkeimman oikeuden ja eräitä ihmisoikeustuomioistuimen antamia ratkaisuja. *Oikeudellista kinetiikkaa* havainnollistamaan olen käyttänyt toki muitakin tapauksia, mutta tarkemman *ergodisen analyysin* kohteeksi on valittu seitsemän tapaus. Muilla ratkaisuilla on tarkoitus syventää konstruktioiden välistä *kinetiikkaa*. Edellä mainittujen tapausten perusteella osoitan, että tuomioistuimen ratkaisut ovat pääsääntöisesti monireittäisiä muuttuvia labyrintteja.

Viimeiset kaksi valituista tapauksista ovat korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu ja Kuopion hallinto-oikeuden ratkaisu. Osoitan näiden tapausten avulla, että oikeudellisten tekstien lukeminen vaatii *ergodista lukutapaa*, aktiivista ja ponnisteluja vaativaa lukemista, jossa tehdään päätelmiä tekstinarratiivin punoutuneisuudesta, säiättäisyydestä ja katkonaisuudesta. Näissä tapauksessa on

erityisen hyvin näkyvissä oikeudellisten tekstien kohtaamattomuus ja se, että tekstit ovat itse asiassa fragmentteja jostain, jonka tuomari istuttaa osaksi oikeudellisen ratkaisun perusteluja. Tutkijan tehtävänä on tulkita näitä ratkaisuja ja muodostaa niistä kokonaiskuva, joka ei olisi mahdollinen ilman ergodista tarkastelutapaa.

Vaikka konstruktioita hyödynnetään myös kansainvälisessä oikeudessa, on kansainvälinen oikeus rajattu tutkimuksen ulkopuolelle, sillä kansainvälisen oikeuden instituutiot poikkevat olennaisesti kansallisen oikeuden instituutioista eli lainsäätäjistä ja lainsoveltajasta. Kansainvälinen oikeuden perusta on sopimukseen ja erilaisiin linjauksiin perustuvaa ja lähtökohdiltaan ei-pakottavaa oikeutta. Valtiot voivat suvereniteettiinsä vedoten ratifioida sopimuksen, jättää sen ratifioimatta tai ratifioida, mutta tehdä sopimukseen varauksia. Tästä johtuen kansainvälisen oikeuden puolella konstruktioiden institutionaalinen perusta on puutteellinen. Toisin esimerkiksi kansallisella tasolla, jossa konstruktioiden esimerkiksi legaliteettiperiaatteen, tahallisuuden tai oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin institutionaalinen perusta on vahvennettu lainsäädännön tasolla.

Konstruktioiden välisen liikkeen havainnollistamiseksi olen käyttänyt kahden erilaista lukutapaa: *mainstreamia* ja *ergodista* rinnakkain, joita käyttämällä osoitan lukijalle *mainstream* -lukutavan ongelmallisuuden.⁴⁵⁴ *Ergodisella* lukutavalla saadaan tuomioistuimen ratkaisun perustelunarratiivi purettua auki, joka *mainstream* -lukutavalla ei ole mahdollista. *Mainstream* ei paljasta tekstin rakenteita, vaan pikemminkin pyrkii koherenttihakuisuudellaan sulkemaan ja peittämään narratiivissa olevat heikkoudet, sortumat tai punosten katkokset. *Ergodinen* sitä vastoin syleilee Ludwig Wittgensteinin olettamaa: "Denk nicht, sondern schau!"⁴⁵⁵

Wittgenstein esittää keskeisajatuksensa "Älä ajattele, vaan katso!" teoksessa *Filosofisia tutkimuksia*. Ajatus liittyy kielipeleihin, joissa kunkin sanan käyttö testataan käytössä olevaa kielipeliä vasten. Kielipeli muodostaa semanttisesti väljät kehukset, jossa sanaa käytetään. Wittgenstein toteaa: "Tarkastele esimerkiksi tapahtumia, joita sanomme >>peleiksi>>. Tarkoitan lautapelejä, pallopelejä, otteluita jne...Mikä on niille kaikille yhteistä? – Älä sano: >>Niillä täytyy olla jotakin yhteistä, muuten niitä ei sanottaisi `peleiksi`>> - vaan katso, onko niillä kaikilla jotakin yhteistä. – Jos näet niitä, et tule näkemään mitään, mikä on kaikille yhteistä, vaan tulet näkemään yhtäläisyyksiä, sukulaisuuksia, vieläpä kokonaisen sarjan sellaisia. Kuten sanoin: Älä ajattele, vaan katso!"⁴⁵⁶

Tuomioistuimen perusteluketjut eli ratkaisun perustelunarratiivi näyttäytyy punoksen kaltaisena monisyisenä ketjuna. Tuomion perusteluvollisuuden vakuuttavuuden kannalta keskeistä on hahmottaa ratkaisun eri elementit eli ne yksikertaiset rakenneosat, joista ketjut rakentuvat. Wittgenstein kysyy *Filosofisia*

⁴⁵⁴ Liikettä toki tapahtuu normien ja konstruktioiden välillä ja normien ja normien välillä, mutta tässä työssä pääpaino on konstruktioiden välisessä liikkeessä.

⁴⁵⁵ Wittgenstein, *Philosophical Investigations- Philosophische Untersuchungen*, s. 31, kohta 66.

⁴⁵⁶ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 64–65, kohta 66.

tutkimuksia teoksessaan saman kysymyksen todellisuudesta. ”Mutta mitkä ovat yksinkertaiset rakenneosat, joista todellisuus rakentuu? – Mitkä ovat tuolin yksinkertaiset rakenneosat? – Puupalat, joista se on liitetty yhteen? Vai molekyylit vai atomit?”⁴⁵⁷

Ergodinen rakenneanalyysi sisältää ergodisen lukutavan, joka paljastaa tekstin struktuurin ja sisäisen logiikan. Kyse on teoreettisesta lainopista konstruktioiden rakenteiden ja niiden välisten suhteiden tarkastelusta eli systematiikasta *metodina ergodinen rakenneanalyysi*.⁴⁵⁸ Teoreettisessa lainopissa tarkastelu keskittyy tulkinnan takana olevien konstruktioiden rakenteiden paljastamiseen ja systematiikkaan. Teoreettinen lainoppi eroaa käytännön lainopista siinä, että teoreettisessa lainopissa keskitytään tulkinnan takana toimiviin rakenteisiin eli konstruktioihin ja normeihin ja niiden välisiin suhteisiin. Käytännön lainoppi on sitä vastoin tulkintaa eli Kaarle Makkosen termein tietyn merkitysisällön *antamista* normeille tarkasteltavana olevassa asiassa.⁴⁵⁹

Siltala esittää *Oikeustieteen tieteenteoria* kirjassa teoreettisen ja käytännön lainopin välisen erottelun. Teoreettinen lainoppi painottuu Siltalan mukaan oikeudelliseen käsitesystematiikkaan ja oikeudenalakohtaisiin yleisiin oppeihin oikeussysteemisten kiintopisteiden määrittämisen merkityksessä, viitaten yhtäältä oikeudellisten normikonfliktien formaaleihin ratkaisusääntöihin ja toisaalta sisällöllisiin lainopillisiin dogmeihin ja konstruktioihin, joiden avulla oikeudelliset pääsääntö/poikkeussääntö -koordinaatit ovat lukittavissa.⁴⁶⁰ Myöhemmin Siltala on tarkentanut teoriaansa siten, että oikeudellinen ajattelu kohdistuu normeihin ja konstruktioihin.⁴⁶¹

Teoreettinen lainoppi kiinnittyy oikeudellisiin oppirakennelmiin, konstruktioihin, joiden käyttö juridisina työvälineinä alkaa jo juristikoulutuksen alussa. Konstruktiot ovat juristin vahvin työväline. Ne näkyvät metatason toiminnassa ja piilevästi, alitajuntaisesti, siirtyvät oikeudellisiin teksteihin perustelemisen ja vakuuttamisen taitona. Oikeudelliset konstruktiot ovat sisäänrakennettuja käsitteitä oikeudellisista lainalaisuuksista, jotka vaikuttavat enemmän tai vähemmän tiedostetusti tai tiedostamatta oikeudellisessa tulkinnassa, systematisoinnissa ja oikeusperiaatteiden punninnassa. Tämä käsitteellis-konventionaalinen tieto ja systematiikan taju rakennetaan jo oikeudellisessa koulutuksessa.

Kehitän teoriaa konstruktioiden välisestä liikkeestä rakentamalla mallin konstruktioiden polymorfisuudesta, interferenssistä, metamorfoosista ja de-

⁴⁵⁷ Wittgensteinin huomautus *Filosofisissa tutkimuksissa* liittyy teemaan olioiden luonteesta peruselementteinä. Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 51, kohta 47.

⁴⁵⁸ Rakenneanalyysin käsitteestä Ks. Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 19. Makkosen tutkimustehtävänä oli tarkastella *rakenteelliselta* kannalta yleisten oikeusperiaatteiden tehtäviä tuomioistuimen ratkaisutoiminnassa. Makkosella rakenneanalyysi on semanttinen tulkintaväline, jossa oikeudellinen tulkinta johtaa isomorfiaan, tulkintatilanteeseen tai aukkotilanteeseen.

⁴⁵⁹ Käytännön lainopista Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 132; Ks. Aarnio, *Lain-tulkinnan teoria*, s. 162, jossa Aarnio toteaa, että lakitekstin tulkintaa koskeva lause ilmoittaa lakitekstin merkityksen. Normilause voidaan ilmoittaa sen informaation perusteella, jonka tulkittu lakiteksti antaa.

⁴⁶⁰ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 744.

⁴⁶¹ Siltala, *Oikeustieteen lait. Tutkijan aapiskirja*, (ilmestyy)

formaatiosta eli *oikeudellisesta kinetiikasta*.⁴⁶² Kyse on tuomioistuimen tekemien ajatuksellisten siirtymisten *dekonstruktioista* eli *ergodisesta* auki purkamisesta ja analysoinnista, miten tuomioistuin on päätenyt jutussa kyseiseen ratkaisuun. Tutkimus on yleistä oikeustiedettä ja kiinnittyy oikeudelliseen argumentaatio-teoriaan ja on myös prosessioikeutta silloin, kun prosessioikeus ymmärretään laajassa merkityksessä.⁴⁶³

8.6 JURIDISTEN KONSTRUKTIOIDEN LIIKELAIT

Tuomarin tekemä oikeudellinen päättely tietystä normipremissistä oikeudelliseen tulkintalauseeseen ei noudata loogisen päättelyn muotoa. Oikeudellisessa argumentaatiossa ei ole kyse premissien totuusarvon määrittelemisestä, deduktiivisesta päättelystä akselilla tosi/epätosi. Oikeudellinen päättely ei ole induktiivista päättelyä eli sitä, että yleinen päätelmä johdettaisiin yksittäistapa-uksista, vaan oikeudellinen tulkinta noudattaa pikemminkin uusretoriikan ja topiikan päättelysääntöjä.⁴⁶⁴ Konstruktioiden ja normien liikettä voidaan kuvata Aleksander Peczenikin hahmottamalla loikilla, *språng*, jossa tuomari tekee ajatuksellisen retorisen siirtymisen tietystä normi- ja faktayhdistelmästä tiettyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen.⁴⁶⁵ Peczenikin termein kyse on transformaatio-loikista. Peczenik erottaa kolme erillistä transformaatio-loikkaa. Ensimmäinen loikka on ei-oikeudesta loikka oikeuteen eli oikeuden konstituiva transformaatio-loikka, jonka avulla Peczenik perustelee oikeuden velvoittavuuden, *transformation to the law*. Tässä loikassa ei-oikeudesta tehdään loikka oikeuteen. Toiset loikat ovat oikeuden sisäisiä, *transformation inside the law*.⁴⁶⁶ Ensimmäinen oikeuden sisäinen loikka tehdään oikeuslähteistä oikeusnormiin ja toinen sisäinen loikka

⁴⁶² Syvennän Aleksander Peczenikin hahmottamaa mallia oikeudellisista transformaatio-loikista eli mentaalisisistä siirtymisistä. Kuvaan ja selitän konstruktioiden dynamiikkaa Peczenikin hahmottamassa kolmannessa transformaatio-loikassa (decision transformation).

⁴⁶³ Tutkimus on prosessioikeutta samassa merkityksessä kuin Virolaisen ja Martikaisen pro & contra prosessioikeudellisenä tuomioistuinratkaisun perustelumallina.

⁴⁶⁴ Oikeudellinen tulkinta ja perustelemisen muuttui radikaalisti 1960- ja 1970-luvuilla, kun oikeudellinen tulkinta uusretoriikkana Chaïm Perelmanin inspiroimana sai alunsa. Perelmanin teos *A New Rethoric. A Treatise on Argumentation* ilmestyi vuonna 1969. Läpimurtoteos, jossa Aristoteleen retoriikka löysi paikkansa oikeudellisen argumentaation teoriasta. Juuri Perelman otti käyttöön termin uusretoriikka. Aarnio huomauttaa, että retoriikan paluu oikeudelliseen tulkintaan tapahtui itse asiassa jo vuonna 1954, kun Theodor Viehweg julkaisi teoksen *Topik und Jurisprudenz*, jossa Viehweg esitti ajatuksen, että oikeudellinen ajattelu ei ole läpikotaisin loogista ja lakimies ei oikeudellista ongelmaa ratkaistessaan toimi loogisen syllogismin mallin mukaan, vaan oikeuden harkinta on tooppista, ongelmasuuntautunutta tietystä paikoista lähtevää ja argumentoivaa ongelmanratkaisua. Aarnio, *Retoriikan jalanjäljillä*, s. 14. 1970-luvun puolenvälin jälkeen oikeudellinen argumentaatio tulkinnan ja perustelemisen taidon toinen kerrostuma näytti voimansa. Vuonna 1975 Aleksander Peczenik julkaisi teoksen *Juridikens metodproblem* ja hänen väitöskirjansa ilmestyi hieman myöhemmin vuonna 1983 *The Basis of Legal Justification*. Vuonna 1977 ilmestyi Aulis Aarnion teos *On Legal Reasoning*. Vuonna 1978 julkaistiin kaksi oikeudellista argumentaatiota koskevaa teosta: Robert Alexy teos *Theorie der juristischen Argumentation* ja Neil MacCormickin *Legal Reasoning and Legal Theory*. Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik, Neil MacCormick ja Robert Alexy kuuluivat ns. Bielefeldin tutkijaryhmään.

⁴⁶⁵ Peczenik, "The Foundation of Legal Reasoning", s. 149–157.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, s. 146. Peczenik toteaa: "There is a 'jumps' from the 'is' (Sein) and the non-legal 'ought' to the 'legal ought'."

ka valitusta ratkaisunormista oikeudelliseen tulkintalauseeseen.⁴⁶⁷ Peczenikin kolmas transformaatioloikka voidaan jakaa vielä kahteen kategoriaan, vaikka Peczenik itse puhuu vain normeista tehtävästä loikasta määrättyyn tulkintalauseeseen. Tuomari loikkaa oikeusnormista määrättyyn tulkintalauseeseen, mutta ei ilman faktoja ja faktoihin liittyvää näyttöharkintaa, tapauksen tosiseikastoa. Ratkaisunormiloikka tarkoittaa loikkaa valitun ratkaisunormin ja tapauksen relevanttien faktojen kautta määrättyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen.

Juridinen konstruktio on Raimo Siltalan määritelmän mukaan yhteisöllinen konventio, joka määrittelee kielen ulkoista todellisuutta ja johon on liitetty oikeusnormeihin eli oikeussääntöihin ja/tai oikeusperiaatteisiin yhdistyneenä oikeusvaikutuksia.⁴⁶⁸ Siltalan kehitteillä olevassa teoriassa konstruktion rakenteessa on erottavissa neljä eri piirrettä:

- 1) Lingvistinen ilmiasu, joka pitää sisällään oikeudelliset käsitteet ja lauseet, lauseilla ja käsitteillä on ekstensio ja intensio. Lauseet ja käsitteet ovat luonteeltaan tulkinnanvaraisia eli sisäänrakennettuna on jo dekonstruktion mahdollisuus.
- 2) Metafyysiset sitoumukset eli kielen ulkopuolista todellisuutta koskevat sitoumukset eli filosofian, luonnontieteen, ihmis- ja yhteiskuntatieteen, lainopin ja arkiajattelun ja toiminnan vähintään piilevästi hyväksytyt kielen ulkopuolista todellisuutta koskevat oletukset, sitoumukset eli premissit, jotka toimivat juridisten konstruktioiden muotoamisen perustajana.
- 3) Konstruktioiden konventionaalinen professio, institutionaalisisdonnainen eksistenssi ja
- 4) Juridinen modifiointi eli konstruktion juridinen täsmentäminen.⁴⁶⁹

Edellä kuvatussa juridisen konstruktion määritelmässä kohdat yksi, kaksi ja kolme ovat staattisia eli mekaniikkaa. Neljäs kohta eli juridinen modifiointi on *oikeudellista kinetiikkaa* ja perustuu hahmottamaani malliin konstruktioiden dynaamisesta luonteesta.

Konstruktion toimintaa voidaan kuvata kahden käsiteparin avulla eli konstruktion staattisella *mekaniikalla*, jossa kyse on juridisten konstruktioiden rakenteesta ennen tuomarin suorittamaa muotoamistoimenpidettä ja *kinetiikalla* eli *konstruktioiden liikelakien kautta*, jossa tuloksena on voi olla polymorfinen *konstruktio*. Oikeudelliset konstruktioit muodostavat yhdessä normien kanssa oikeudellisen ratkaisun ja ratkaisun perustelut. Konstruktioit ovat dynaamisessa liikkeessä koko ratkaisun muotoamisen ajan. Esimerkiksi ratkaisuun valittu *avainkonstruktio* voi ratkaisun edetessä muodostua *hukkapremissiksi* tai alun perin tuomioistuimen torjuma premissi voi tehdä uudestaan paluun narratiiviin ja muodostua ratkaisun *avainpremissiksi* tai ratkaisussa vaikuttava *latentti premissi* voi tulla näkyviin *erityisen oikeudellisen transformerin* avulla ja muodostua tosiasiasa tapauksen *avainpremissiksi*. Näin kävi esimerkiksi tapauksessa KKO 2011/1, jossa seksuaalinen teko *latenttina premissinä* tuotiin julki erityisen oikeudellisen

⁴⁶⁷ Peczenik, "The Foundation of Legal Reasoning", s. 151–153.

⁴⁶⁸ Siltala, *Oikeustieteen lait. Tutkijan aapiskirja*, (ilmestyy)

⁴⁶⁹ *Ibid.*

transformerin avulla.⁴⁷⁰ Kinetiikka näkyy myös semantiikkana, joka on altis disseminaatiolle. Kyse on konstruktoiden lukutaidosta eli edellytyksestä tuomioistuintratkaisun perustelujen riittävyydelle ja vakuuttavuudelle.

Aleksander Peczenikin edellä kuvatussa transformaatioloikkamallissa Peczenik määrällistää eli *kvantifioi* transformaatioloikkien lukumäärän, mutta ei tarkemmin erittele, mitä yksittäisen loikan sisällä tapahtuu. Loikan sisältöä ei määrittele myöskään Raimo Siltala. Siltalan määritelmässä oikeudellinen tulkinta noudattaa mallia, jossa oikeudellisen faktapremissin ja oikeudellisen normipremissin avulla johdetaan oikeudellinen tulkintalause.⁴⁷¹ Kyse on toisin sanoen argumentaatiosääntöjen kokonaisuudesta, joiden avulla on mahdollista toteuttaa ajallisesti kertautuva ja tutkimuksellista varianssia tuottava siirtymä oikeudellisen tyyppitapauksen faktapremisseistä ja vallitsevan tai kriittisen oikeuslähdeopin rajaamista normipremisseistä määrättyyn oikeudellisten tulkintalauseiden joukkoon.⁴⁷² Siltalan määritelmä kuvaa Peczenikin esittämää transformaatioloikkaa.

Juridiset konstruktiot kuuluvat juristikunnan yhteiseen tulkintakehykseen joka ohjaa ja rajaa oikeudellista toimintaa. Juridisia konstruktioita ovat esimerkiksi adekvaatti kausaalisuus, vähentynyt syyntakeisuus tai rikosoikeudellinen tahallisuus. Juristien tietoisuus oikeudellisista konstruktioista ja niiden liittymästä normeihin on kuitenkin heikkoa, vaikka juristit käyttävät konstruktioita oikeudellisessa argumentaatiossaan. Muista tieteistä tulevat oppirakennelmat, kuten esimerkiksi kausaalisuus, muunnetaan ja muovataan oikeustieteisiin sopiviksi työvälineiksi. Oikeustiede tuottaa myös itse työvälineitä eli juridisia konstruktioita. Näitä oikeustieteen itse tuottamia työvälineitä ovat esimerkiksi *fair trial* - tai *oikeusvaltio* konstruktiot.⁴⁷³ Juridiset konstruktiot ovat tulkinta-avaimia, joita muotoamalla eli oikeudellistamalla tuomari antaa merkityssisällön normeille eli oikeussäännöille ja/tai oikeusperiaatteille. Muotoamisen eli oikeudellistamisen interferenssin, metamorfoosin ja metamorfoosille käänteisen deformaation avulla ratkaistaan, soveltuuko normi tapaukseen vai ei. Muotoaminen on merkityksen antamista, jossa tuomari muotoaa oikeudellisen ratkaisun määrättyä tulkintakehystä vasten. Viimekätisinä tulkintakehyksinä ja kehyksien yhdistelminä voivat toimia oikeusvaltioperiaate, lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen, demokratiaperiaate ja kansalaisten muodollinen oikeusturva eli oikeudenkäytön ennakoitavuus, aineellinen oikeudenmukaisuus eli tuomioistuintratkaisun sisällöllinen oikeellisuus ja kohtuus sekä tahtoautonomia eli sopimusvapauden kunnioittaminen.

⁴⁷⁰ Tapaukseen valittujen premissien muuttumista toisiksi premisseiksi on toki muitakin. Kyse on siitä, miten tuomari premissejä käyttää kirjoittaessaan oikeudellista ratkaisua.

⁴⁷¹ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 814, 815, 819.

⁴⁷² *Ibid.*, s. 498. Siltala on sitoutunut *Oikeustieteen tieteenteoria* kirjassaan tanskalaisen Alf Rossin tuomari-ideologiaan. Mahdollisesti tämän vuoksi loikka, mitä tästä seuraa jää Siltalalta tekemättä. Tutkijan tiedonitressissä tämä ei kuitenkaan ole riittävää.

⁴⁷³ *Fair trial* eli oikeudenmukainen oikeudenkäynti on oma esitykseni puhtaasti juridisesta konstruktioista. Oikeusvaltio on Raimo Siltalan käyttämä esimerkki. Oikeusvaltion määrittelemisestä Ks. erityisesti Fuller, *The Morality of Law*, s. 33–65. Vrt. myös W.N. Hohfeldin oikeus / velvollisuus kategoriat, jossa oikeus muodostaa kattokäsitteen.

Siltala on nimennyt demokratiaperiaatteen eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen, tahdonautonomian eli kansalaisten sopimusvapauden määräämävallan kunnioittamisen erityisesti siviilioikeudellisissa asioissa, oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja oikeudenkäytön ennakoitavuuden eli kansalaisten muodollisen oikeusturvan, suvereniteettiperiaatteen sekä aineellisen oikeudenmukaisuuden eli kansalaisten materiaalisen oikeusturvan institutionaalisen oikeuslähdeopin institutionaaliseksi oikeuttamisperusteiksi. Tässä tutkimuksessa edellä mainitut konstruktiot toimivat tulkintakehyksinä, joihin tuomioistuimen ratkaisun perustelut kiinnittyvät.⁴⁷⁴

8.7 ERGODINEN RAKENNEANALYYSI JA REPARATIIVINEN TULKINTA

Käytän tutkimuksessa metodisina työkaluina *ergodista rakenneanalyysiä* ja *reparatiivista tulkintaa*. Käytän *ergodista* rakenneanalyysia ratkaisun perustelujen konstruktiivisten elementtien systematiikan selvittämisessä ja kuvaamisessa. Tässä tutkimuksessa rakenneanalyysi mielletään eri merkityksessä kuin Kaarle Makkonen on sen mieltänyt. Väitöskirjassaan *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia* Makkonen käytti rakenneanalyysiä semanttisena tulkintavälineenä, jota käyttäen oikeudellinen tulkinta johtaa joko isomorfiaan, tulkintatilanteeseen tai aukkotilanteeseen.⁴⁷⁵ Tässä tutkimuksessa kyse ei ole myöskään samantyyppisestä rakenneanalyysistä kuin mitä Juha Pöyhönen tarkoitti rakenneanalyysillä lisensiaattitutkimuksessaan *Juridisista teorioista*. Pöyhösen tarkoituksena oli rakenneanalyysin avulla (juridisten teorian elementtien avulla) tarkastella juridisten teorioiden muutosta.⁴⁷⁶

Tässä tutkimuksessa *ergodinen* rakenneanalyysi, tulkintakehys, laajenee analyttisestä puhtaasti oikeudellisesta eri tieteidenalojen oppirakennelmiin. Otto Brusiin huomautti tarkkanäköisesti vuonna 1938 tuomarin tarpeesta samaistua sosiologin, valtio-oppineen tai taloustieteilijän rooliin tilanteessa, jossa voimassa olevan oikeuden normit eivät anna suoranaista tukea tuomarin ratkaisuharkintaan.⁴⁷⁷ Vaikka Brusiin viittasi lauseella oikeusjärjestyksessä olevaan aukkotilanteeseen, voidaan ajatusta laajentaa. Kyse on tuomarin taidosta muotoilla eri tieteenaloilta tulleita konstruktioita, mutta myös taidosta muotoilla ja käyttää oman tieteenalan tuottamia juridisia konstruktioita. Tästä johtuen oikeudellisessa rakenneanalyysissä tulkintakehystä pitää laajentaa soveltuvin osin puhtaasti oikeudellisesta muiden tieteenalojen oppirakennelmiin. Konstruktiot, jotka punoutuvat narratiiviin, ovat vaikutussuhteessa toisiinsa. Onnistuneen inter-

⁴⁷⁴ Institutionaalisen oikeuslähdeopin institutionaalista oikeuttamisperusteista Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 228–241.

⁴⁷⁵ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 95–153.

⁴⁷⁶ Pöyhönen, *Juridisista teorioista*, s. 9 ja 63. Pöyhönen jakaa juridisen teorian elementit 5 elementtiin: teorian kohdenormistoa koskeviin erityisiin normipropositioihin, tosiasiasitoumuksiin, arvositoumuksiin, oikeusperiaatteita koskeviin sitoumuksiin ja teorian kohdenormistoon suunnattuihin systeemiperusteisiin. Ks. Pöyhönen, *Juridisista teorioista*, s. 63.

⁴⁷⁷ Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, s. 204–229.

ferenssin ja oikeudellisen metamorfoosin lopputuloksena syntyy polymorfinen konstruktio, jonka muotoamisen perusta on palautettavissa lääketieteeseen, filosofiaan, luonnontieteisiin, ihmis- ja yhteiskuntatieteisiin, lainoppiin tai arkiajateluun ja arkitoimintaan.

Esimerkiksi tapauksessa KKO 2011/1 eri tieteenalalta eli tässä tapauksessa lääketieteestä tullut konstruktio juridisointiin. Juridisointi päättyi *oikeudelliseen metamorfoosiin* eli muodonmuutokseen, jossa aluperin lääketieteestä tullut konstruktio oli muuttanut muotoaan seksuaaliseksi hyväksikäytöksi. Juridisesti onnistunut metamorfoosi oli tapahtunut. Tapauksessa KKO 2013/6 korkein oikeus erotti *virkamerkki*-konstruktion *poliisintehtävät*-konstruktiosta. Tapauksessa *virkamerkki*-konstruktio siirrettiin toiseen kontekstiin. Juridisesti onnistunutta *metamorfoosia* ei tapahtunut, vaan kyse oli *oikeudellisesta deformaatiosta* eli juridiselle metamorfoosille käänteisestä ilmiöstä.⁴⁷⁸

Reparatiivinen eli korjaava tulkinta tarkoittaa ratkaisun ulkopuolisten vaihtoehtoisten ratkaisulinjojen mallintamista ja premissien uudelleen järjestämistä. Reparatiivinen tulkinta edellyttää tietoisuutta ratkaisun premisseistä. Reparatiivinen tulkinta on toimintaa, jossa ratkaisun premissirakenne eli *avainpremissit*, *hukkapremissit*, *latentit premissit* ja *erityiset oikeudelliset transformerit* kirjoitetaan näkyviin, jolloin tuomioistuinratkaisun kohdentuvuus ja perustelujen syvyys saadaan näkyväksi. Reparatiivinen tulkinta kohdistuu aukipurettujen premissien uudelleen järjestämiseen *carnaplaisen* ratkaisun kohdentuvuuden ja syvyyden merkityksessä. Reparatiivinen tulkinta ottaa huomioon myös sellaiset vaihtoehdot, joita tuomioistuin ei itse ole käyttänyt ratkaisussaan. Kyse on *torjutuista* ja *kokonaan puuttuvista* premisseistä, jotka myös kirjoitetaan näkyviin. Reparatiivisen tulkinnan tarkoitus on koetella näitä premissejä ja sitä miten ne toimivat ratkaisun perusteluissa ja tarvittaessa siirtää ratkaisulle tarpeeton materiaali syrjään perustelulauseista.

Reparatiivisessa tulkinnassa ratkaisun perusteluketjut analysoidaan uudelleen avainpremissien, puuttuvien premissien, piilevien premissien ja ylimääräisten premissien merkityksessä. Puuttuvat premissit kirjoitetaan auki. Piilevät premissit, torjutut premissit ja ylimääräiset- ja harhaanjohtavat premissit paljastetaan. Avainpremissit vahvennetaan. Edellä mainittujen asioiden lisäksi tehdään arviointi torjuttujen premissien, piilevien premissien, ylimääräisten premissien ja erityisten oikeudellisten transformereiden oikeusvaikutuksista ratkaisussa. Ergodinen rakenneanalyysi muuttuu reparatiiviseksi tulkinnaksi. Metodiodiillisesti teoreettinen lainoppi vaihtuu tulkintalainopiksi.

Reparatiivisessa tulkinta näkyy siinä, miten ratkaisun perusteluilla tehdään asioita eli miten perusteluilla saadaan aikaan todellisia oikeusvaikutuksia ja edellä mainitun lisäksi, miten myöhempi tuomioistuin rakentaa kuvaa menneisyyden tapahtumista eli *rekonstruoi* niitä. Kyse on Wittgensteinin erinomaista oivallusta lainaten pelistä, jonka säännöt muotoutuvat ja muuttuvat pelin kuluessa. Kyse on pelistä, jonka sääntöjä muutetaan pelin aikana.

⁴⁷⁸ Kyseissä tapauksessa *oikeudellisen deformaation* koki myös poliisin vapaa-ajan käyttäytymiskonstruktio.

”Eikö kielen ja pelin analogia valaise meille tässä asiaa? Voimme kyllä aivan hyvin kuvitella, että ihmiset huvittelisivat niityllä pelaamalla palloa siten, että he aloittavat erilaisia olemassaolevia pelejä, mutta eivät pelaa monia loppuun asti; heittävät välillä palloa tarkoituksettomasti ilmaan, ajavat toisiaan leikillään pallon kanssa takaa, heittelevät toisiaan pallolla jne... Nyt joku sanoo: Ihmiset pelaavat koko ajan palloa ja noudattavat näin ollen heitossaan määrättyjä sääntöjä.

Ja eikö ole olemassa tapaus, jolloin pelaamme ja – muodostamme sääntöjä pelin kuluessa? Jopa tapaus, jolloin muutamme niitä pelin edistyessä.”⁴⁷⁹

Reparatiivisella tulkinnalla ei pyritä dworkinlaiseen yhteen ”oikean” ratkaisun malliin eikä ratkaisun perustelujen vakuuttavuuteen aarniolaisen rationaalisen hyväksyttävyyden merkityksessä, vaan kyse on *carnaplaisesta* ratkaisun oikeasta kohdentuvuudesta ja riittävästä syvyydestä.⁴⁸⁰ Reparatiivinen tulkinta ei tarkoita, että lakia tulkintaan koherenteimmalla parhaimmalla mahdollisella tavalla. Reparatiivisessa tulkinnassa ei pyritä piilottamaan narratiivissa olevia saumoja eli murtumia, sortumia tai muita epäjatkavuuskohtia.

8.8 CARNAPIN EKSTENSIO JA INTENSIO

Tuomioistuimen tehtävänä on määrittää aikaisemman tuomioistuimen antama varsinainen velvoittava prejudikaattinormi *ratio decidendi* perusteluosasta eli ei-velvoittavasta *obiter dicta*. Kyse on historiallisesta eksegeesistä, tapauksen hauraasta rekonstruktioista, jossa myöhempi tuomioistuin tarkastelee ennakkoratkaisun antaneen tuomioistuimen alkuperäistä tarkoitusta, oikeusohjetta, jonka aikaisempi tuomioistuin on antanut. Velvoittava oikeusohje *ratio decidendi* on määriteltävä riittävän täsmällisesti ja tarkasti. Se on myös kohdennettava oikein, jotta prejudikaattia soveltava myöhempi tuomioistuin kykenee tunnustamaan varsinaisen prejudikaattinormin eli *ratio decidendi* ei-velvoittavasta perusteluosasta *obiter dicta*. Ergodisen rakenneanalyysin avulla hahmotetaan normien ja konstruktioiden pelikenttä ja näin saadaan mallinnettua koordinaatit, jolloin konstruktioiden ja normien väliset yhteenliittymät ja suhteet voidaan kuvata ja rakentaa uudelleen mielekkäällä tavalla. Kyse on viime kädessä perustelujen riittävästä kohdentuvuudesta, *ekstensiosta* eli siitä, miten perustelut tavoittavat oikeuskysymyksen ja perustelujen *intensiosta* eli siitä, millaisella syvyydellä ratkaisu perustellaan. Kyse on perustelujen riittävästä tarkkuudesta ja täsmällisyydestä ja riittävästä yksityiskohtaisuudesta.

Tuomioistuinratkaisun perustelujen oikean kohdentuvuuden ja riittävän syvyyden koordinaatit pohjaavat Rudolph Carnapin jaotteluun kielellisten ilmaisujen semanttisesta merkityssisällöstä eli ekstensiosta ja intensiosta.⁴⁸¹ Ekstensiolla

⁴⁷⁹ Wittgenstein, *Filosofia tutkimuksia*, s. 75, kohta 83.

⁴⁸⁰ Rakenneanalyysi ei pysty vastaamaan, mikä optimaalinen syvyys tai kohdentuvuus on, vaan tätä pitää tarkastella myöhemmässä hienokinetiikkatutkimuksessa. Rakenneanalyysi kertoo vain asteikon.

⁴⁸¹ Idea kohdentuvuudesta ja syvyydestä perustuu Raimo Siltalan ajatukseen, jossa sovelletaan Rudolph Carnapin keskeisjaotteluun oikeudelliseen ajatteluun. Teoria ilmestyy osana teosta *Oikeustieteen lait. Tutkijan aapiskirja*, (ilmestyy).

Carnap viittaa olion tai asiantilan olemassaoloon, joka on kielellisen ilmauksen kohteena sekä intensioon, joka määrittelee kielellisen ilmauksen proposition, olioon tai asiantilaan liitettyjen miellelyhtymien assosiaation, joka lauseen ilmaisu kuulijassaan saa aikaan.⁴⁸²

Ekstensio ja intensio kuvaavat konstruktioiden pelikenttää yhdessä normien kanssa. Carnapin semantiikalla ei kuitenkaan pysty lukitsemaan konstruktioiden liikettä, vaan kyse on pelikentän akseleiden hahmottamisesta pystyakselin, *ordinaatin*, eli ratkaisun ekstension paikantamisesta sekä vaaka-akselin, *abskissan*, eli ratkaisun intension paikantamisesta.

Rudolph Carnapin jaottelun ekstensio ja intensio pohja on Gottlob Fregen artikkelissa "On Sense and Reference", joka kuvaa olioon liitetyn predikaatin merkitysisältöä: "[T]he reference of the expression 'the point of intersection of *a* and *b*' and the point of intersection of *b* and *c*' would be the same, but not their senses. The reference of 'evening star' would be the same as that of 'morning star' but not the sense." Kyse kielellisen ilmauksen merkitysisälöstä ja sen vastaavuudesta maailmassa vallitseviin olioihin ja asiantiloihin. Frege viittaa predikaateilla (olioon liittyvä ominaisuus) "iltatähti" ja "aamutähti" samaan objektiin eli planeetta Venukseen, mutta assosiaatio eriytyy semanttisesti iltatähteen, jonka voi nähdä vain iltaisin, sekä aamutähteen, joka on havaittavissa vain aamuisin, vaikka kyse on samasta oliosta eli planeetasta Venuksesta. Semanttinen referenssi vaihtuu, koska aamutähti (planeetta Venus) näkyy vain aamuisin ja iltatähti (planeetta Venus) vain iltaisin.⁴⁸³

Tässä tutkimuksessa kyse on konstruktioiden *ekstensiosta* ja *intensiosta* eli tuomioistuinratkaisun fokusoitumisesta eli kohdentumisesta oikeudelliseen ongelmaan eli siitä, mille kysymykselle haetaan oikeussuojaa sekä ratkaisun perustelujen riittävästä syvyydestä, *intensiosta* eli siitä, että perusteluketjut eivät pääty yllättävästi, jatka matkaa toisaalta, eikä mukaan tule ylimääräisiä ja perusteluihin kuulumattomia konstruktiivisia elementtejä eli elementtejä, jotka tosiasiallisesti rakentavat ratkaisuun *harhapolkuja*. Kyse on perustelujen *ekstension* ja intension välisestä systematiikasta, jossa ratkaisun perustelu kantaa *avainperemissien* varassa.

Wittgenstein sanoo sanojen syvyyssulottuvuudesta eli intensiosta *Filosofisissa tutkimuksissa*: ">>Mutta mielekkäästi lausutuilla sanoilla ei ole toki vain pintaa, vaan myös syvyyssulottuvuus!>> Tapahtuu varmasti jotakin muuta, kun sanat lausutaan mielekkäästi kuin jos ne pelkästään lausutaan. – Siitä, miten ilmaisen tämän, ei ole kysymys. Riippumatta siitä, sanonko, että niillä on edellisessä tapauksessa syvyys, -tai että minussa, sisimmässäni, tapahtuu jotakin, kun lausun ne; tai että niillä on jokin atmosfääri – aina päädytään samaan."⁴⁸⁴

⁴⁸² Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 27. Esimerkkinä ekstensiosta ja intensiosta Carnap käyttää kuvausta: "The extension of sentence 'Hs' (in S_1) is the truth-value that Scott is human, which happens to be truth. The intension of sentence 'Hs' is the proposition that Scott is human."

⁴⁸³ Frege, "On Sense and Reference", s. 7–8.

⁴⁸⁴ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 245, kohta 594.

9 Konstruktiot ja reparaatiivinen tarkastelutapa

9.1 "PITÄISIKÖ TUOMIOT PERUSTELLAKIN?"⁴⁸⁵

Aulis Aarnio on muistuttanut jo 1980-luvun loppupuolella ilmestyneessä kirjoituksessaan tuomioiden perusteluvollisuudesta. Aarnio kysyy: *Onko tuomiot siis perusteltavakin?* Aarnion mukaan yleiseltä ja yhteiskunnalliselta kannalta katsoen tuomiot tulee perustella. Aarnio jatkaa: "Aika ei riitä kaiken perustelemiseen eikä siihen ole tarvetta."⁴⁸⁶ Erityisen perusteluvollisuuden piiriin Aarnio lukee ns. kiperät tapaukset, *hard cases*, joissa intressi ainakin normiohjauksen kannalta on tuntuva ja asia on itsessään sellainen ettei voi vallita täyttä varmuutta päätöksen oikeutuksesta. Vaikeissa ratkaisuisa useampi kuin yksi tulkinta on mahdollinen. Tuomion perustelujen kautta tuomioistuin viestittää muulle oikeusyhteisölle, mikä asiassa on oikein ja mikä on väärin.⁴⁸⁷

Tuomioistuimiratkaisun perusteluvollisuus saa vahvaa institutionaalista tukea eri oikeuslähteistä, kuten Euroopan ihmisoikeussopimuksesta, perustuslaista ja muualta lainsäädännöstä. Perustuslain 21 §:n 2 momentissa säädetään kansalaisen oikeudesta saada perusteltu päätös. Oikeudenkäymiskaaren 24 luvun 4 §:n mukaan tuomioistuimen on perusteltava tuomionsa. Perusteluissa on ilmoitettava, mihin seikkoihin ja oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu. Edellä mainittu säännös koskee riita-asioita ja riita-asian oikeudenkäynnissä tuomioistuimen pitää ratkaisun perusteluissa selostaa, millä perusteella riitainen seikka on tullut toteen näytetyksi tai jäänyt toteen näyttämättä. Riidatonta seikkaa tuomioistuimen perusteluvollisuus ei koske.⁴⁸⁸ Laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa ROL 11 luvun 4 §:ssä on samankaltainen tuomioistuimelle suunnattu perusteluvollisuussäännös. Rikosasiassa tuomio on perusteltava ja perusteluista pitää ilmetä, mihin seikkoihin ja oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu. Perusteluvollisuus koskee myös päätökseksi nimettyä ratkaisua, jos sillä hylätään asiassa tehty vaatimus tai väite, tai jos perusteleva on muutoin tarpeen esimerkiksi silloin, jos kanne tai syyte jätetään tutkimatta oi-

⁴⁸⁵ Aulis Aarnio kirjoitti kyseisellä otsakkeella artikkelin "Pitäisikö tuomiot perustellakin?" juhlaulkaisuun Pertti Juhani Muukkonen 1927–6/8–1987. Kunnianosoituksena emeritusprofessorille käytän samaa otsaketta.

⁴⁸⁶ Aarnio, "Pitäisikö tuomiot perustellakin", s. 14.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, s. 14. Perusteluvollisuudesta myös Aarnio, *Tulkinnan taito*, s. 249–252.

⁴⁸⁸ Laukkanen, *Tuomarin rooli*, s. 279–282. Siviiliprosessissa juttua ratkaisevalla tuomarilla on velvollisuus informatiiviseen prosessinjohtoon, jolla pyritään siihen, että tuomioistuimen ratkaisu ei tule asianosaisille yllätyksenä.

keudenkäymiskaaren 24 luvun 14 §:n 2 momenttiin tai laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa 11 luvun 4 §:n 2 momenttiin tukeutuen.⁴⁸⁹

Oikeuden perusteokset *Prosessioikeus* -kirjassa todetaan, että oikeudenkäymiskaaren 24 luvun 4 § ja laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa 11 luvun 4 § velvoittavat tuomioistuinta tuomaan julki ratkaisussaan faktaperustelut (vähintään sen, mitä tuomioistuin on katsonut tulleen toteennäytetyksi) ja oikeudelliset perustelut eli tuomaan julki sen, mihin oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu. Faktaperusteluissa oikeustositseikat on kuvattava niiden konkreettisessa ilmenemisasussa eli kertoen se, mitä on tapahtunut. Faktakuvaukseen ei saa "lainata" lakitekstin abstrakteja tapahtumakuvauskuksia. Tuomioistuimen on perusteltava myös jutun oikeuskysymyksessä omaksumansa kanta. Selvissä tapauksissa riittää viittaaminen sovellettuihin lain säännöksiin ja oikeusohjeisiin. Jos oikeuskysymys on osoittautunut jutussa tulkinnanvaraiseksi, tai asianosaiset ovat esittäneet toisistaan poikkeavia käsityksiä siitä miten asiaa on juridisesti arvioitava, tuomioistuimen on tarpeellisessa laajuudessa tuotava esiin myös oikeudellinen päättelynsä.⁴⁹⁰

Tuomioistuimen ratkaisujen perustelujen riittävyteen on kiinnitetty huomiota myös ylimpien laillisuusvalvojen toimesta. Päätöksessä OKV 754/1/2008 apulaisoikeuskansleri totesi, että "hovioikeus oli sinänsä perusteluissaan tuonut esiin perusteen, jonka vuoksi suullinen käsittely pidettiin kokonaan yleisön läsnä olematta ja sovellettavan lainkohdan, johon päätös perustui. Päätöksen lainmukaisuuden arviointia silmällä pitäen perustelut eivät kuitenkaan olleet riittävät. Perusteluissa olisi tullut vähintäänkin huolellisesti ilmoittaa sovellettava nimenomainen säännös ja yksilöidysti säännöksen soveltamisen edellyttämät seikat."⁴⁹¹ Ratkaisussa OKV 34/31/2006 antopäivä 22.10.2008 kyse oli hovioikeuden tuomion antamisesta määräajassa tapauksessa, jossa hovioikeus oli antanut tuomion 3 1/2 kuukautta päätöksenteon jälkeen. Apulaisoikeuskansleri totesi ratkaisussaan perusteluvollisuuden huolellisen noudattamisen olevan keskeinen osa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista tuomioistuinjärjestelmän oikeutuksen ja uskottavuuden kannalta.⁴⁹²

Oikeudellisen päättelyn rakenne eli se, miten tuomioistuin on päättänyt jutussa ratkaisuun on tuotava esiin tarpeellisessa laajuudessa. Jyrki Virolainen ja Petri Martikainen ovat jakaneet *Tuomion perustelemisen* kirjassa perustelemisen faktojen perustelemiseen, normien perustelemiseen ja seuraamuksen perustelemiseen. Virolainen ja Martikainen esittävät, että oikeudellisen argumentaation tulisi noudattaa muotoa *pro & contra*. Virolainen ja Martikainen toteavat: "Pro & contra -tyyppinen perustelumetodi toteuttaa parhaiten perustelemiselle edellä esitetyt funktiot, erityisesti perustelujen kontrollifunktion. Sen avulla voidaan toteuttaa oikeudenmukaiselle oikeudenkäynnille asetettavia vaatimuksia, erityi-

⁴⁸⁹ Poikkeuksena perusteluvollisuudesta voidaan pitää korkeimman oikeuden valitusluparatkaisuja, joissa korkein oikeus joko myöntää tai jättää myöntämättä valitusluvan. Lappalainen – Frände – Koulumäki, "Tuomion käsite, sisältö ja antamismenettely", s. 716.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, s. 716–717.

⁴⁹¹ Apulaisoikeuskanslerin päätös oikeudenkäynnin julkisuudesta 754/1/2008 (31.1.2011).

⁴⁹² Apulaisoikeuskanslerin päätös hovioikeuden tuomion antamisesta määräajassa 34/31/2006 (22.10.2008).

sesti asianosaisen kuulemisperiaatetta.⁴⁹³ *Pro & contra* perustelutapa tarkoittaa, että tuomioistuin esittää valittua ratkaisuvaihtoehtoja tukevia ja puolesta puhuvia *pro*-argumentteja ja myös valittua vaihtoehtoa vastaan olevia *contra* -argumentteja.⁴⁹⁴

Pro & contra perustelutapaa voidaan käyttää sekä oikeuskysymyksen perustelemiseen että faktaepävarmuustilanteessa.⁴⁹⁵ Virolainen ja Martikainen liittävät *pro & contra* argumentoinnin oikeudelliseen epäselvyytilanteeseen. Tällöin kyse voi olla

- a) subsumptio-ongelmasta eli siitä, minkä oikeusnormin alaisuuteen asia kuuluu, b) tulkintaongelmasta eli siitä, mikä normin tarjoamista tulkintavaihtoehtoista olisi valittava,
- c) normiristiriidasta eli siitä, kumpi kahdesta normista olisi asetettava etusijalle, tai
- d) aukkotilanteesta, jossa sovellettavaa normia ei ole ja tuomari joutuu harkitsemaan esimerkiksi analogia-argumenttien sallittavuutta.⁴⁹⁶

Virolaisen ja Martikaisen edellä esittämä a-d kohdan luokitus on rinnasteinen Aleksander Peczenikin jo vuonna 1981 julkaisussa *Rechtstheorie* esittämään oikeudelliseen transformaatioon eli tuomarin suorittamaan mentaalisen siirtymän kolmanteen loikkaan, *decision-transformation*. Peczenikin kolmannessa loikassa kyse on hypystä, joka tehdään fakta/normipremissiyhdistelmästä oikeudelliseen tulkintalauseeseen. Peczenik jakaa kolmannen loikan sisällön vielä neljään pienempään hyppyyn, joka on yhteneväinen edellä esitetyn Virolaisen ja Martikaisen esittämän *pro & contra* a-d kohtaisen argumentaatiomallin kanssa.⁴⁹⁷ Virolaisella ja Martikaisella viittaus Peczenikiin on tässä yhteydessä jostain syystä jäänyt kuitenkin tekemättä.⁴⁹⁸

Peczenikin transformaatioloikissa, kuten Virolaisen ja Martikaisen *pro & contra* -argumentaatiossa kyse on konstruktioista, joita käyttämällä yhdessä normien kanssa tehdään ajatuksellinen siirtymä tietystä normi/faktapremissien yhdistelmästä oikeudelliseen tulkintalauseeseen. Transformaatiokonstruktio *decision-transformation* eli *pro & contra* -konstruktio muodostuu pienimmistä osakonstruktioista a-d muodostaen polymorfisen konstruktion eli Peczenikillä *decision-transformation* ja Virolaisella ja Martikaisella *pro & contran*. Peczenikin transformaatiomalli ei kuitenkaan poista perusongelmaa siitä, mitä loikan sisällä tapahtuu. Sama ongelma on Virolaisen ja Martikaisen esittämässä *pro & contra*

⁴⁹³ Virolainen – Martikainen, *Tuomion perustelevminen*, s. 61–62.

⁴⁹⁴ Siltala, ”Kirja-arvosteluja: Jyrki Virolainen & Petri Martikainen: *Tuomion perustelevminen*”, s. 115. Siltala on huomauttanut edellä mainitun kirjan kirja-arvostelussaan, että Virolaisen ja Martikaisen esittämä *pro & contra* perustelutapa on varsin lähellä Aulis Aarnion esittämää dialogimallia, jossa tulkinta ja sitä tukevat perustelut etenevät dialogina jutun kahden eri asianosaisen ja heidän eri oikeuslähteistä johtamiensa tulkinta- ja ratkaisuperusteiden kesken.

⁴⁹⁵ Virolainen – Martikainen, *Tuomion perustelevminen*, s. 62–63.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, s. 63.

⁴⁹⁷ Vertaa Peczenik, ”The Foundation of Legal Reasoning”, julkaisussa *Rechtstheorie*, s. 152–157.

⁴⁹⁸ Virolainen ja Martikainen kuitenkin viittaavat *Tuomion perustelevminen* -kirjan lähdeluettelossa Peczenikin teokseen *On Law and Reason* vuodelta 1989, jossa idea oikeudellisista transformaatioloikista on myös esitetty. Peczenik, *On Law and Reason*, s. 300–301. Vertaa myös Virolainen – Martikainen, *Tuomion perustelevminen*, s. 595.

-perustelumallissa. Kirjassa *Tuomion perustelevinen* tai aikaisemmassa teoksessa *Pro & Contra* Virolainen ja Martikainen eivät esittele mitään analyttistä mallia tai teoreettisia reunaehtoja, joihin *pro & contra* argumentaatio tukeutuu tai mitkä reunaehdot määrittelevät *pro* tai *contra* argumentaation sisältöä.⁴⁹⁹

Tuomioistuinratkaisun perustelujen pitää vakuuttaa. Virolainen ja Martikainen puhuvat perustelujen muodollisesta ja asiallisesta hyväksyttävyydestä ja huomauttavat, että ratkaisun perustelevinen eli ratkaisuperusteiden julkituominen ja ratkaisun oikeellisuus ovat eri asioita. Perusteluilla pyritään antamaan kunnan mahdollisuus arvioida ratkaisun oikeellisuutta. Virolainen ja Martikainen huomauttavat, että tuomion perustelevisella on todellista merkitystä, ei vain asianosaisille, vaan myös suurelle yleisölle. Tuomioistuin ei voi puolustautua sellaiselta kritiikiltä, ettei sen tuomiossa julkituomat perustelut ole ratkaisun todelliset perustelut.⁵⁰⁰

Virolaisen ja Martikaisen esittämä tuomion perustelujen muodollinen ja asiallinen hyväksyttävyys on lähellä Aulis Aarnion määritelmää oikeudellisen tulkinnan kohdeauditorion ja *rationaalista hyväksyttävyydestä*. Aarnion ajatus kohdeauditorion pohjaa Chaim Perelmanin määritelmään kohdeauditorion universaalisuudesta. Perelmanin universaaliauditorion idea on, että oikeudellinen tulkinta, tässä tapauksessa tuomioistuimen lainsoveltamisratkaisu, peilataan universaaliauditorion vasten. Universaaliauditorio on konstruktiiivinen. Argumentaatiota esitetään joko suostuttelun tai vakuuttamisen keinoin. Vakuuttaminen esitetään universaaliauditorille toisin kuin suostuttelu, joka on suunnattu konkreettiselle ryhmälle. Perelman toteaa: ”Väitteidensä tueksi filosofi vetoaa terveeseen järkeen tai yleiseen mielipiteeseen, intuition tai itsestäänselvyyksiin, olettaen puhuvansa universaaliyleisölle, jonka kaikki jäsenet jakavat samat intuitiot ja uskovat samoihin selviöihin”⁵⁰¹

Aulis Aarniolla auditorion määritelmä on olennaisesti suppeampi kuin edellä esitetty Perelmanin universaaliauditorio. Aarniolla kyse on *partiaalisen ideaaliauditorion*, joka käsittää sellaiset yksilöt, jotka hyväksyvät rationaalisen argumentoinnin ehdot ja sitoutuvat rationaalisen harkinnan sääntöihin⁵⁰² Tuomioistuimen ratkaisun hyväksyttävyys punnitaan viimekädessä kohdeauditorion vasten. Aarnio toteaa, että “[i]dealiauditorio voi olla *universaalinen*. Sellainen on esimerkiksi Perelmanin tarkoittama ”kaikkien järkevien ihmisten”

⁴⁹⁹ Virolainen ja Martikainen ovat teoksessaan *Pro & Contra* ja myöhemmin julkaistussa *Tuomion perustelevinen* -kirjassa hahmottaneet perustelumallin *pro & contra* muotoon, jossa tuomio perustellaan lopputulosta puoltavien seikkojen että lopputulosta vastaanpuhuvien seikkojen avulla. Ks. Virolainen – Martikainen, *Pro & Contra*, passim. Näin myös Virolainen – Martikainen, *Tuomion perustelevinen*, passim. Huomionarvoista on, että kummassakaan kirjassa ei ole esitetty analyttistä mallia tai reunaehtoja *pro-* tai *contra-*argumenteille. Puuttuminen liittyy kieleen ja kielelliseen vaikeuteen rakentaa analyttistä mallia tai asettaa rakenteellia reunaehtoja *pro-* ja *contra-*mallille. Vain juristikoulutuksen saanut henkilö pystyy ottamaan kantaa, milloin ratkaisun perusteluissa on ollut kyse *pro-* tai *contra-*argumenteista, ja milloin ratkaisussa on vain näennäisesti käytetty ko. perustelumallia.

⁵⁰⁰ Virolainen – Martikainen, *Tuomion perustelevinen*, s. 26–31.

⁵⁰¹ Perelman, *Retoriikan valtakunta*, s. 24.

⁵⁰² Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 282–283; Aarnio, *Tulkinnan taito*, s. 177; Universaaliauditorion Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 221. Rationaalista hyväksyttävyydestä Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 225–227.

auditorio. Siihen kuuluvat ne, jotka ovat sillä tavalla valistuneita ja kykenevät rationaaliseen harkintaan.”⁵⁰³

Ratkaisun perustelujen pitää vakuuttaa auditorio, jolle ratkaisu esitetään. Ratkaisun tulee saada auditorion hyväksyntä. Antti-Juhani Wihurin kannan mukaan Aarnio kohteellistaa virheellisesti Perelmanin tarkoittaman *universaliauditorion*. Perelmanin auditoriossa kyse on auditoriosta, jolle puhuja esittää argumenttinsa. Puhuja muodostaa itse kantansa, millainen auditorio on. Aarniolla auditorio käsittää vain ne henkilöt, jotka kykenevät rationaaliseen ajatteluun.⁵⁰⁴

9.2 MENNEISYYDEN ANALYTIIKKAA – KOHTAAVATKO SANAT JA ASIAT?

Korkeimman oikeuden asema prejudikaattituomioistuimena on vahvistettu oikeudenkäymiskaaren (2.2.1979/104) 30 luvun 3 §:n 1 momentissa, jossa todetaan, että valituslupa voidaan myöntää ainoastaan silloin, jos lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa tapauksissa tai oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi on tärkeitä saattaa asia korkeimman oikeuden ratkaistavaksi tai jos siihen on erityistä aihetta asiassa tapahtuneen sellaisen oikeudenkäynti- tai muun virheen takia, jonka perusteella ratkaisu olisi purettava tai poistettava, tai jos valituslupan myöntämiseen on muu painava syy. Hallintolainkäyttöasioissa ylin tuomiovalta kuuluu korkeimmalle hallinto-oikeudelle.⁵⁰⁵ Vaikka korkeimman hallinto-oikeuden asemaa ennakkotapaustuomioistuimena ei ole samalla tavalla määritelty kuin korkeimman oikeuden, voi korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuilla olla tosiasiallisesti vahvaa prejudikaattiarvoa.

Korkeimman oikeuden tärkein tehtävä on antaa ennakkopäätöksiä sellaisista kysymyksistä, jotka ovat tärkeitä koko oikeusjärjestyksen kannalta tai jos asia on niin tulkinnanvarainen, että on merkityksellistä saada korkeimman oikeuden ratkaisu.⁵⁰⁶ Kyse on prejudikaateista yhtenäisemmän lainkäytön ohjaamiseksi *ratio decidendi* merkityksessä, jonka myöhempi tuomioistuin prejudikaatista erottaa *retrospektiivisen* eli taaksepäin katsovan prosessin kautta. Velvoittava *ratio decidendi*, joka on liittynyt osaksi ei-velvoittavaa *obiter dicta* erotetaan. Alkaa prosessi menneiden tapahtumien rekonstruktiona, jossa myöhempi tuomioistuin palaa aiempiin prejudikaatissa kuvattuihin tapahtumiin saavuttamatta koskaan läsnä olevan olemassaoloa. Myöhemmän tuomioistuimen toimesta prejudikaatissa kuvatut yksittäisistä tosiseikoista johdetut päätelmät hahmotetaan mieleen. Kyse on *jo* tapahtuneiden tapahtumien kuvittelusta. Käräjäoikeuden tai hovioikeuden tehtävänä on käydä menneisyyden kanssa intertekstuaalista ”dialogia.” Intertekstuaalisuus tapahtuu prejudikaatissa kuvatun tapauksen kautta, jonka

⁵⁰³ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 221; Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 282.

⁵⁰⁴ Wihuri, ”Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta”, s. 363–365. Näin myös Siltala. Ks. Siltala, *Law, Truth, and Reason*, s. 84.

⁵⁰⁵ Korkein hallinto-oikeus *Etusivu* osoitteessa [<http://www.kho.fi/fi/>], viitattu 11.1.2014.

⁵⁰⁶ Korkein oikeus *Ennakkopäätökset*, osoitteessa [<http://www.kko.fi/27083.htm>], viitattu 5.12.2013.

myöhempi tuomioistuin rakentaa uudelleen. Kyse on *menneisyyden analyysistä* prejudikaatin antaneen tuomioistuimen ja myöhemmän tuomioistuimen välillä.

Ennakkopäätöstuomioistuimen roolin lisäksi korkeimmalla oikeudella on muita tehtäviä. Se antaa lausuntoja tasavallan presidentille armahdusasioissa sekä oikeusministeriölle silloin, kun rikoksentehtäviä luovutetaan ulkomaille. Korkein oikeus antaa myös lausuntoja lakiesityksistä, ja tasavallan presidentti voi pyytää korkeimmalta oikeudelta lausunnon eduskunnan hyväksymistä laeista sekä Ahvenanmaan maakuntapäivien hyväksymistä maakuntalaeista ennen kuin presidentti vahvistaa ne. Korkein oikeus voi myös itse esittää valtioneuvostolle lain säätämistä tai sen muuttamista.⁵⁰⁷

Edellä mainituissa tilanteissa lainsoveltaja muuttuu lainvalmistelutyön erityisosaajaksi. Yksittäistä oikeustapausta ratkaisevasta ylimmästä tuomioistuimesta tulee yksi asiantuntija lainvalmistelutyössä. Enää ei puhu lainsoveltaja annetun prejudikaatin kautta intertekstuaalisena prosessina, vaan lainvalmistelutyössä mukana oleva lainvalmisteluekspertti, jolloin korkein oikeus rinnastuu lainsäätäjään. Kyse ei ole dialogisuudesta, kahden instituution välisestä vuoropuhelusta, vaan *dualiteetista* eli korkeimman oikeuden roolin kahtalaisuudesta, joka palautuu samaan instituutioon eli korkeimpaan oikeuteen. Näin oli esimerkiksi tapauksessa KKO 2008/94, kun korkein oikeus antoi asiantuntijana lausunnon sotasyllisyyksiläistä eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 28.8.1945. Korkein oikeus toteaa edellä mainitun ratkaisun perusteluissa: “[A]ntamassaan lausunnossa Korkein oikeus päätyi esittämään, että ”ehdotettu laki, joka tosin on tarkoitettu säädettäväksi valtiopäiväjärjestyksen 67 §:ssä määrättyssä järjestyksessä, sisältää niin monia ja perustavaa laatua olevia poikkeuksia hallitusmuodosta ja yleisesti hyväksytyistä oikeusperiaatteista, ettei lakia oikeudelliselta kannalta voida pitää valtiojärjestyksemme soveltuvana.”⁵⁰⁸ Korkein oikeus ei puhu lainsoveltajana, vaan se ottaa kantaa säädettävän sotasyllisyyksilain ongelmakohtiin, kuten rikoslain taannehtivuuskiellosta poikkeamiseen ja satunnaisten tuomioistuinten asettamiskieltoon.

Institutionaalisten päätöksentekijöiden *intertekstuaalisuus* eli tekstien välisyys näyttäytyy kahdentasoisena: *horizontaalisena* eli vaakatasolla, jolloin korkein oikeus rinnastuu lainsäätäjään antaessaan esimerkiksi lausunnon eduskunnan perustuslakivaliokunnalle säädettävästä laista ja *vertikaalisena*, pystysuuntaisena, jolloin korkein oikeus puhuu prejudikaatin antaneena tuomioistuimena asteellisesti alemmalle prejudikaattia soveltavalle myöhemmälle tuomioistuimelle. Intertekstuaalisuus käydään vähintään kahden institutionaalisen päätöksentekijän välisenä oikeudellisten tekstien kautta tapahtuvana regressiivisenä prosessina, josta muodostuu sarja kertomuksia. Alkaa tekstienvälinen vuoropuhelu institutionaalisten päätöksentekijöiden kesken. Vuoropuhelu, johon osallistuu esimerkiksi myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin.

Matti Pellonpää toteaa ”Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaa” koskevassa artikkelissaan ylimpien tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen välillä käydystä tosiasiallisesta vuoropuhelusta, jonka merkityksen

⁵⁰⁷ Korkein oikeus *Tehtävät*, osoitteessa [<http://www.kko.fi/27078.htm>], viitattu 5.12.2013.

⁵⁰⁸ Korkein oikeus KKO 2008/94 kohta 8.

arviointi ei aina ole helppoa.⁵⁰⁹ Vuoropuhelu voi olla merkityksellistä, jolloin institutionaalisten päätöksentekijöiden välillä käyty keskustelu vaikuttaa kansallisen tuomioistuimen, tässä tutkimuksessa suomalaisen tuomioistuimen, ratkaisuun ja näin myös tuomioistuimen ratkaisussa käytettäviin elementteihin. Intertekstuaalisuuden seurauksena myöhempi tuomioistuin voi tuoda aikaisemman tuomioistuimen ratkaisusta jonkin perustelulauseen oman ratkaisunsa osaksi. Samalla myöhempi tuomioistuin voi tuoda mukanaan omaan ratkaisuunsa jollakin tavalla vaikuttavan premissin. Tämä premissi sisältyi aikaisemman tuomioistuimen perustelulauseeseen ja sittemmin perustelulause liittyi osaksi myöhemmän tuomioistuimen ratkaisua. Tuloksena voi syntyä oivaltavaa lainsoveltamismateriaalia, jolla on oikeuskäytäntöä ohjaava ja eteenpäin viitoitettava vaikutus. Kyse on oikeuskäytännön *dynaamisuudesta* eli oikeuskäytännön eteenpäin menemisestä ja kehityksessä ympäröivän yhteiskunnan mukana. Institutionaalisten päätöksentekijöiden välillä käytävä vuoropuhelun relevanttius voi tosiasiallisesti muodostua myös merkityksettömäksi, jolloin vuoropuhelusta jäljelle jää vain *sirpaleita*, tuomioistuimen yksittäiseen lainsoveltamisratkaisuun nähden merkityksettömiä tiedonpalasia tai intertekstuaalisuus voi vaikuttaa tosiasiallisesti *staattisesti*, oikeustilaa jähmentäen ja pysyttäen sitä paikallaan tai jopa *regressiivisesti*, palautuen menneeseen aikaan.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin korostaa tulkintojensa dynaamis-evolutiivista luonnetta.⁵¹⁰ Ihmisoikeustuomioistuin ei oman käsityksensä mukaan ole autoritaarinen ihmisoikeussopimuksen tulkitsija ja kehittäjä, vaan dynaamis-evolutiivinen toimija, jolla on kykyä arvioida uudestaan asioita myös valtiosisäiseltä tuomioistuintasolta tulevan palautteen seurauksena.⁵¹¹ Hyvä esimerkki ihmisoikeustuomioistuimen dynaamis-evolutiivisesta vuoropuhelusta, joka itse asiassa muuttui matkan varrella on tapaus *Case of Lautsi v. Italia*. Tapauksessa suomalainen Italiassa asuva Soile Lautsi vastusti valtion koulujen seinillä pidettäviä krusifikseja. Lautsi katsoi, että krusifiksien esilläpito valtion kouluissa rikkoi uskonnonvapautta. Kyseessä olevassa ratkaisussa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin katsoi ensin krusifiksit ongelmallisiksi uskonnonvapauden näkökulmasta ja kehotti Italian valtiota poistamaan krusifiksit valtion kouluista. Ihmisoikeustuomioistuin korosti valtion kouluissa annettavan opetuksen tasapuolisuutta uskontoon liittyvissä kysymyksissä ja lasten vanhempien oikeutta kasvattaa lapsensa oman uskonnollisen vakaumuksensa mukaisesti. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenee, että valtion koulujen pitää opetuksessaan turvata uskonnollisten kysymysten neutraalisuus. Krusifiksi voi häiritä oppilaita ja saada heidät tuntemaan, että heitä opetetaan tietyn uskonpuoleisuuden mukaisesti.⁵¹²

⁵⁰⁹ Pellonpää, "Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaa koskevasta vuoropuhelusta", s. 71. Euroopan ihmisoikeussopimuksesta yleisesti esim. Pellonpää, *Euroopan ihmisoikeussopimus, passim*.

⁵¹⁰ Pekkanen, "Euroopan ihmisoikeussopimuksen evolutiivisesta tulkinnasta", s. 353–365. Raimo Pekkanen toimi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ensimmäisenä suomalaistuomarina vuosien 1990–1998 aikana. Ks. myös Rautiainen, "Moninaisuudessaan yhtenäinen Eurooppa. Konsensusperiaate ja valtion harkintamarginaalioppi", s. 1169, jossa Rautiainen peilaa valtion harkintamarginaalioppia suhteessa ihmisoikeustuomioistuimen dynaamis-evolutiiviseen tulkintaan.

⁵¹¹ Pellonpää, "Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaa koskevasta vuoropuhelusta", s. 90.

⁵¹² *Case of Lautsi v. Italy* 3.11.2009, kohta 55 ja 56.

Ihmisoikeustuomioistuimen edellä selostettu ratkaisu krusifiksien seinällä-pitokiellosta valtion koulussa aiheutti voimakasta kansallista keskustelua. Asia eteni lopulta ihmisoikeustuomioistuimen suuren jaoston käsiteltäväksi, joka maaliskuussa 2011 katsoi, että valtion kouluilla on oikeus pitää krusifiksia seinillään. Krusifiksi muuttuu passiiviseksi symboliksi, joka edustaa Italian valtion valtauskontoa, mutta sen tarkoituksena ei ole juurruttaa katolilaisuutta eikä ihmisoikeustuomioistuimelle ole esitetty näyttöä siitä, että uskollisten symbolien näytteillä pitäminen voisi vaikuttaa oppilaisiin.⁵¹³ Ihmisoikeustuomioistuin ei rakenna oikeudellisten tekstien labyrinttiin uutta reittiä, vaan tosiasiaa pakittaa taaksepäin. *Dynaamis-evolutiivinen* tulkinta muuttuu suuressa jaostossa *dynaamis-regressiiviseksi*, taaksepäin meneväksi ja menneeseen aikaan palaavaksi.⁵¹⁴

Tuomioistuimen institutionaalinen rooli vaihtelee prejudikaattituomioistuinten instanssijärjestyksen mukaan alempiin tuomioistuihin. Rooli vaihtelee lainsoveltajasta eli *laintulkitsijasta* lainsäätäjään rinnastuvaan erityisasiantuntijaan. Tuomari Olavi Heinonen on erinomaisesti todennut tuomioistuimen monista rooleista:

”Suomalaisella tuomioistuimella on tänä päivänä kolmoisrooli. Ensinnäkin se soveltaa puhtaasti kansallista lainsäädäntöä. Toiseksi se huolehtii Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja muiden ihmisoikeussopimusten toteuttamisesta Suomen oikeuskäytännössä. Kolmanneksi se huolehtii EU-oikeuden noudattamisesta asioissa, joilla on kosketuspintoja EU-oikeuteen. Vielä vuoden 1990 alkukuukausina suomalainen tuomari oli lähinnä vain kansallinen tuomari. Nyt hän on tämän lisäksi ihmisoikeustuomari ja EU-tuomari. – Kaikissa rooleissaan hän joutuu soveltamaan säännöstöjä, jotka jättävät hänelle runsaasti harkintavaltaa. Tämän harkintavallan käyttö hänen on pystyttävä sitomaan ratkaistavaa kysymystä koskettavaan oikeusperiaatteisiin, joiden sisältöä hän joutuu selvittämään paitsi kotimaisista lähteistä myös esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EY-tuomioistuimen käytännöstä.”⁵¹⁵

Kaikissa tuomari Heinosen nimeämässä kolmessa eri roolissa tuomioistuin on lainsoveltaja. Kyse on intertekstuaalisuudesta kansallisen tuomioistuimen, EU-tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen välillä, jossa myöhemmän tuomioistuimen tehtävänä on yrittää hakea aiemmasta tuomioistuinratkaisusta se oikeusohje, jonka aikaisempi tuomioistuin on ratkaisussaan tarkoittanut antaa. Kyse on ratkaisussa piilevän *ratio decidendi* erottamisesta ratkaisun muusta kerronnallisesta logiikasta.

Tapio Määttä käsittelee artikkelissaan ”Dialoginen oikeus ja korkeimman oikeuden ympäristövahinkoja koskeva oikeuskäytäntö” oikeuden vuoropuhelua

⁵¹³ *Case of Lautsi and others v. Italy* 18.3.2011, kohta 72.

⁵¹⁴ Evolutiivinen ja regressiivinen kertoo aina liikkeen suunnan eli sen, minne päin ollaan menossa. Staattinen ja dynaaminen kertoo, onko ylipäätään mitään liikettä havaittavissa.

⁵¹⁵ Heinonen, ”Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio”, s. 79. Haastattelussa tuomari Heinonen vastasi kysymykseen: ”Mitä yleisesti voisit sanoa tuomioistuimen roolista nyky-Suomessa?”

eli dialogisuutta. Oikeuden dialogisuuden Määttä hahmottaa eri oikeudenalojen välisenä vuorovaikutuksena seitsemän korkeimman oikeuden tapauksen kautta. Määttä käsittelee artikkelissaan muun muassa korkeimman oikeuden tapausta KKO 2004/87 ja toteaa dialogisen vuorovaikutuksen näkyvän kolmella eri tavalla: Ensiksi ennakkoratkaisuluonteinen prosessilinjaus perustui toimitus- ja käräjäoikeusprosessien funktioiden systemaattiseen arviointiin, toiseksi ympäristövahinkolakia sovellettiin ratkaisussa kaivoslakia täydentävästi sekä maise-mavahinkojen osalta keskeistä oli alueen kaavoitustilanteen arviointi.⁵¹⁶

Määttällä oikeuden dialogisuus tai oikeammin oikeuden intertekstuaalisuus sekoittuu siihen, mitä tässä tutkimuksessa on nimetty *interferenssiksi* ja *oikeudelliseksi metamorfoosiksi*. Kyse ei ole kahden institutionaalisen päätöksentekijän välisestä dialogista, vaan kyse on konstruktioista ja niiden käyttämisestä oikeudellisessa päätöksenteossa yhdessä normien kanssa siten, että konstruktioilla ja normeilla saadaan aikaan *perlokutionaarisia* lauseita eli konkreettisia oikeusvaikutuksia. Kyse on oikeudellisesta ratkaisutilanteesta, tarkemmin sanoen konstruktioiden ja normien liikelaeista eli *oikeudellisesta kinetiikasta*, jossa konstruktioit tarjoavat tulkintakehyksen normeille.

9.3 TUOMARIN PREJUDIKAATTI-IDEOLOGIAT

Tuomarin prejudikaatti-ideologiassa kyse on metatasolla näyttäytyvästä mallista, jonka avulla tuomari hahmottaa prejudikaattien sitovuutta ja vaikuttavuutta oikeudellisessa ajattelussaan ja osana oikeudellista ratkaisuaan. Tuomarin pitää olla sitoutunut johonkin prejudikaatti-ideologiaan tai eri ideologioiden fragmentteihin, jotta prejudikaateilla ylipäätään voi tehdä asioita eli, että tuomari voi prejudikaatteja käyttämällä esimerkiksi pysyttää ennallaan, vahventaa tai jopa muuttaa vallitsevaa ratkaisulinjaa.⁵¹⁷ Tuomarin sitoutuminen prejudikaatti-ideologiaan on enemmän tai vähemmän tiedostettua metatason toimintaa, mutta kyse on kuitenkin valinnasta eri prejudikaatti-ideologioiden ja/tai ideologioiden fragmenttien välillä, jota tuomari ei voi välttää. Prejudikaatti-ideologia on sisäänrakennettuna elementtinä oikeudellisessa argumentaatiossa. Niin kuin tuomioistuin käyttää konstruktioita yhdessä normien kanssa enemmän tiedostamatta kuin tiedostaen konstruktioiden käyttämisen osana oikeudellista ratkaisua, samalla tavoin prejudikaatti-ideologia on konstruktio, joka ohjaa tuomarin ajattelua ja prejudikaattien käyttämistä.

Väitöskirjassaan *A Theory of Precedent* Raimo Siltala on hahmottanut tuomarin prejudikaatti-ideologiaa kuuden rekonstruoidun mallin avulla, joista ensimmäinen on oikeudellinen takaisinviittaamis-ideologia, *juridical reference*, jossa ennakkoratkaisun asettanut tuomioistuin pidättää itsellään eksklusiivisen tulkintaoikeuden myöhemmissä ratkaisutilanteissa. Toinen Siltalan hahmottamis-

⁵¹⁶ Määttä, ”Dialoginen oikeus ja korkeimman oikeuden ympäristövahinkoja koskeva oikeuskäytäntö”, s. 234.

⁵¹⁷ Kyse on menneisyyden tapahtumien rekonstruoinnista ja nykyisyyden, lähitulevaisuuden ja ehkä myös kaukausemman tulevaisuuden asioiden vaikuttamisesta ja muuttamisesta.

ta prejudikaatti-ideologioista jäljittelee lainsäädäntöä, *juridical legislation*. Tällöin ennakkopäätöksessä on valmiiksi erotettu velvoittava oikeusohje *ratio decidendi*, ei-velvoittavasta perusteluosasta *obiter dicta*. Siltalan mukaan korkeimman oikeuden kannattama *otsikkopositivismi* oli malliesimerkki lainsäädäntöä jäljittelevästä prejudikaatti-ideologiasta. Ratkaisussa velvoittava *ratio decidendi* ilmoitettiin jo tapauksen otsikkotasolla. Otsikkopositivismissa tuomari vaihtaa lainsoveltajan roolista lainsäätäjän rooliin. Vaarana on oikeussäännön kanoisoituminen, kun periaatteessa vain ennakkopäätöksen alunperin antaneella tuomioistuimella on valta myöhemmin poiketa annetusta prejudikaatista tai asettaa annetun prejudikaatin tilalle toinen prejudikaatti.⁵¹⁸ Lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia vahvistaa näin ollen *ratio scripta*.

Kolmas prejudikaatti-ideologia on oikeudellinen eksegeesi, *juridical exegesis*, jossa myöhempi tuomioistuin regressiivisesti rekonstruoii mahdollisimman alkuperäisesti ja aidosti prejudikaatin antaneen tuomioistuimen tarkoituksen ja tavoitteen. Ratkaisun *ratio decidendi* päätellään ennakkoratkaisun asettaneen tuomioistuimen ratkaisusta eli yritetään lukea auki ratkaisun perusteluketjusta.⁵¹⁹ Neljäs prejudikaatti-ideologia on ennakkoratkaisun analoginen soveltaminen, *juridical analogy*, jossa tapausten samankaltaisuutta ja eroavaisuutta verrataan keskenään. Kyse on aikaisemman tapauksen ja myöhemmän tapauksen faktojen samankaltaisuuden taulukoinnista, jossa uusi tapaus luokitellaan enemmän tai vähemmän aiemmassa ratkaisussa annetun prejudikaattinormin alaisuuteen. Viides prejudikaatti-ideologia korostaa oikeuden sisäisesti koherentin systeemin ideaa. Siltalan mukaan tässä prejudikaatti-ideologiassa kyse on oikeuskäytännön vahvasti konstruktivisesta ja koherenssisidonnaisesta tulkinnasta.⁵²⁰ Viimeinen prejudikaatti-ideologia, *juridical reevaluation*, korostaa aikaisemman tuomioistuimen antaman prejudikaatin perusteellista uudelleen arviointia myöhemmän tapauksen tosiseikaston valossa. Kyse on siitä, että alkuperäinen ennakkoratkaisu muodostaa myöhemmälle tuomioistuimelle vain oikeudellisen päättelyn lähtökohdan, josta myöhempi tuomioistuin voi kohtaisen vapaasti poiketa uusien tosiseikkojen ja yhteiskunnassa muuttuneiden olosuhteiden niin vaatiessa.⁵²¹

Tuomarin prejudikaatti-ideologiat ja niiden fragmentit muodostavat analyytisen työkalun, jonka avulla prejudikaattien velvoittavuutta voidaan jäsentää. Siltalan mukaan Suomessa vallitsevaa prejudikaatti-oppia voi luonnehtia lähinnä pyrkimykseksi formaalisesti heikon oikeudellisen eksegeesin toteuttamiseen. Tällöin ratkaisun myöhempää tuomaria velvoittava *ratio decidendi* lähinnä päätellään aikaisemman tuomioistuimen ratkaisusta.⁵²²

Siltala toteaa, että käytännössä tuomarin ratkaisuharkintaan voi kuulua fragmentteja useista eri prejudikaatti-ideologioista. Käytännössä ratkaisuharkinta saattaa edetä tiukan regressiivisestä eksegeesistä, oikeuden syvätason

⁵¹⁸ Tuomarin prejudikaatti-ideologiat Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, s. 109–110 ja 137–141 ja 146.

⁵¹⁹ Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, s. 109–110 ja 146.

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² Siltala, "Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta", s. 683.

merkitysten konstruktioon ja relevantin analogia-avaimen hakemiseen. Jollei tämä tuota tyydyttävää ratkaisua, tuomari voi lopulta päätyä ei-formaaliin oikeudelliseen seuraamusharkintaan.⁵²³ Näin ollen edellä kuvatut siirtymät eivät ole sattumanvaraisia hyppyjä ideologioista toiseen. Kunnianosoituksena Aleksander Peczenikille Siltala puhuu oikeudelliseen päättelyyn sisältyvistä ei-deduktiivista loikista, hypyistä, jotka Siltala nimeää *grasshopper technique of legal argumentation*, eli oikeudellisen argumentaation heinäsiirkkahyppyteknikaksi.⁵²⁴ Siltala hahmottaa prejudikaattien soveltamista hyönteismetaforan avulla. Englantilainen formaali prejudikaatti-ideologia, *juridical exegesis*, muistuttaa lähinnä mehiläispesää formaalina geometrisena muotona, jossa jokaisen prejudikaatin paikka ja painoarvo on ennalta tarkoin määrätty. Toisaalta italialainen prejudikaatti-ideologia muistuttaa lähinnä muuraispesää, ja formaaliudessaan se asettuu asteikon toiseen ääripäähän, jossa prejudikaattituomioistuinten ratkaisut ovat kuin muurahaispesän rakennustarvikkeet, jotka pinotaan limittäin osin päällekkäin toistensa lomaan ilman ennakkollista systeemistä jäsennyttä tai edes selkeää käsitystä yksittäisen prejudikaatin painoarvosta italialaisen oikeus-systeemin osana.⁵²⁵

Yksittäisen prejudikaatin tulkinta- ja argumentaatiomenetelmät oikeudellisen takaisinviittaamisideologia, lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia, oikeudellinen eksegeesi, ennakkoratkaisun analoginen soveltaminen, ennakkoratkaisun lukeminen oikeusjärjestystä vasten oikeusjärjestyksen koherenttiutta tukevana ratkaisuna dworkinlaisittain ja prejudikaatin tarvittaessa perinpohjainen uudelleenarviointi ovat konstruktioita.⁵²⁶ Kyse on siitä, että tuomari käyttää fragmentteja eri prejudikaatti-ideologioista tai näiden yhdistelmistä tulkitessaan annettuja prejudikaatteja. *Interferenssin* ja *oikeudellisen metamorfosisin* seurauksena ratkaisuharkinta voi edetä taaksepäin katsovasta eksegeesistä relevantin analogia-avaimen hakemiseen. Kyse on kuitenkin haasteesta, jossa keskeistä on saada velvoittava *ratio decidendi* näkyviin muusta tekstin kerronnallisesta logiikasta eli ei-velvoittavasta *obiter dictata*, koska tuomioistuinratkaisut muistuttavat selkeydessään pikemminkin aarsethlaista monireittistä labyrinttiä, jossa tullaan jostain ja mennään jonnekin kuin että kyse olisi selkeästä kertomuksesta, josta *ratio decidendi* on vaivattomasti luettavissa irti. Myöhemmän tuomioistuinten kannalta kyse on yrityksestä operationaaliseen väliintuloon aikaisemman tuomioistuinten ratkaisussa.

⁵²³ Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, s. 147–148.

⁵²⁴ *Ibid.*, s. 148.

⁵²⁵ *Ibid.*, s. 148.

⁵²⁶ Dworkin puhuu *the best constructive interpretation of past legal decisions*. Dworkin, *Law's Empire*, s. 243, 255, 262.

9.4 PREJUDIKAATTIEN LUKUTAITO SAMANKALTAISUUDEN KUVITTELUNA

Prejudikaattien lukutaito voidaan hahmottaa risteymänä. Ensinnäkin se muodostuu tapauksen mahdollisimman tarkasta rekonstruoinnista eli löyhän kuvasuhteen (isomorfian) rakentamisesta, jossa myöhempi tuomioistuin tarkastelee ja rakentaa vastaavaa todellisuutta siihen, mitä oikeusohjeen antanut tuomioistuin on tarkoittanut. Keskiössä on historiallinen eksegeesi, tapauksen taannehtiva *rekonstruktio*, mutta ei puhtaan isomorfian merkityksessä, jossa vallitsee kuvasuhde todellisessa reaalielämässä tapahtuneiden tosiseikkojen ja oikeusnormilauseessa kirjoitettujen tosiseikkojen välillä. Täydellinen kuvasuhde saa aikaan tilanteen, jossa sovellettava oikeusnormi voidaan välittömästi tunnistaa tapaukseen soveltuvaksi, ja jossa oikeudellinen ratkaisu johdetaan suoraan oikeusnormeista loogisella ajatusoperaatiolla *loogis-deduktiivisen* päättelymallin avulla.⁵²⁷ Prejudikaattien lukemisessa täydellistä kuvasuhdetta eli isomorfiatilannetta ei ole jos kyse ei ole rutiiniratkaisusta.⁵²⁸ Kyse ei ole isomorfian rakentamisesta historiallisen eksegeesin kautta, vaan myöhempi tuomioistuin joutuu turvautumaan varsinaiseen oikeudelliseen tulkintaan etsiessään velvoittavaa *ratio decidendiä* aikaisemman tuomioistuinten ratkaisutekstistä.

Esimerkkinä selvästä kuvasuhteesta Kaarle Makkonen viittaa väitöskirjaan *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia* korkeimman oikeuden tapaukseen KKO 1961 II 15, jossa A oli myynyt erään osakeyhtiön osakkeita B:lle, joka ei ennestään ollut yhtiön osakas. Yhtiöjärjestyksen mukaan yhtiön osakkaalla oli oikeus, kun osake myytiin yhtiön ulkopuolella olevalle henkilölle, lunastaa se myyntihinnasta. Osakas C ilmoitti B:lle haluavansa käyttää lunastusoikeuttaan. Silloisen osakeyhtiölain 32 §:n 2 momentin mukaan sanotunlainen ehto on pätevä edellyttäen, että se on osakekirjaan merkitty. RO hylkäsi C:n osakkeiden lunastusta koskevan kanteen mm. sillä perusteella, ettei po. ehtoa oltu merkitty osakekirjoihin. HO jätti mainitun lainkohdan perusteella RO:n päätöksen lopputuloksen pysyväksi. KKO epäsi C:ltä muutoksenhakuluvan, joten HO:n tuomio jäi pysyväksi. Kyseisessä tapauksessa kuvasuhde vallitsee annettujen tosiseikkojen ja osakeyhtiölaissa kuvattujen oikeustositseikkojen välillä. Osakeyhtiölain mukaan vain yksi ainoa ratkaisu on mahdollinen. Koska lunastusehtoa ei ole merkitty osakekirjaan, ei ehto ole pätevä.⁵²⁹ Edellä kuvattu selvä kuvasuhde on rakennettu *loogis-deduktiiviseen* muotoon. Isomorfiatilanteita on Makkosen mukaan yllä kuvatun lisäksi tilanne, jossa oikeusnormista seuraa useita oikeusseuraamuksia tyyppiesimerkkinä rikoslain säännökset, jotka käyttävät

⁵²⁷ Päättelimestä ja argumentaatiosta yleisesti Ks. Makkonen, *Luentoja yleisestä oikeustieteestä*, s. 105–111. Siltala huomauttaa artikkelissaan ”Kaarle Makkonen ja Ludwig Wittgenstein: Oikeudellinen isomorfia Wittgensteinin Tractatus Logico-Philosophicus -teoksen valossa arvioituna” sivulla 394, että Makkosen käyttämällä isomorfialla, kuvasuhteella on selvä rakenneyhtäläisyys Wittgensteinin hahmottelemaan kielen kuvateoriaan. Wittgenstein esitti kuvateorian teoksessaan Tractatus Logico-Philosophicus jo vuonna 1921.

⁵²⁸ Rutiiniratkaisun ei pitäisi saada edes valituslupaa korkeimpaan oikeuteen.

⁵²⁹ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 102.

rangaistusasteikkoa. Kolmas Makkosen luokittelu isomorfiatilanne on myös havaittavissa oikeusnormien välisestä ristiriitatilanteesta.

Risteymän toinen osa muodostuu oikeudellisesta analogiasta, jossa myöhempi tuomioistuin vertaa ratkaistavan tapauksen tosiseikastoa aikaisempaan ennakkoratkaisuun. Kyse on kahden eri tapauksen vertaamisesta keskenään samanlaisuuksien ja eroavaisuuksien merkityksessä. Kyse on siitä, milloin nämä ratkaisut ovat oikeudellisesti riittävän samankaltaisia, jolloin analogia työvälineenä on relevantti. Kyse on kuvitellun samankaltaisuudesta erilaisten tapausten valossa tai niin kuin Edward H. Levi asian ilmaisee: "The finding of similarity or difference is the key step in the legal process."⁵³⁰ Kyse on niistä tosiseikoista, jotka ovat riittävän samankaltaisia tarkasteltavien tapausten välillä.⁵³¹

Levi kysyy teoksessaan *An Introduction to Legal Reasoning*, milloin erilaiset tapaukset ovat riittävän samankaltaisia, jotta niiden välinen samankaltaisuus voidaan havaita?⁵³² Levillä samankaltaisuus näyttäytyy tapauksien faktojen, tosiseikastojen samankaltaisuuden vaikutelmana ja niiden poissuljennan vaihtelusta. Keskeistä on kysyä, onko tapaus X riittävän samankaltainen suhteessa myöhempään tapaukseen vai ei? Levi puhuu avainsamankaltaisuuksien etsimisestä, *key similarities*.⁵³³ Tapausta verrataan muihin samanlaisiin tapauksiin ja tapauksista etsitään avainsamankaltaisuuksia. Levi esittää samankaltaisuuksien ja eroavaisuuksien luokittelusta esimerkin, jossa vaaralliset ja ei-vaaralliset esineet luokitellaan omiin ryhmiin. Kyse on luokittelusta, jonka myöhempi tuomari tekee joka kerta uudelleen. Mutta tekeekö tapauksien faktojen eli tapahtumaketjujen tarkastelu kaksi mennyttä vaikutelmaa toisiinsa nähden samankaltaisiksi ja läsnäoleviksi? Kyse on vähintään kahden narratiivin vertaamisesta toisiinsa samankaltaisuuksien ja eroavaisuuksien merkityksessä. Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2006/99 korkein oikeus teki oikeusanalogian magneetikortilla hotellihuoneeseen tunkeutumisen ja 2,5 -metrisen varastoaidan ylittämisen välillä. Mutta onko vaikutelma romuliikkeeseen menosta ylittämällä 2,5 -metrinen aita riittävän samankaltainen, kun arvioidaan magneetikortilla hotellihuoneen oven avaamista ja huoneeseen menoa? Onko näissä kahdessa tapahtumaketjuissa havaittavissa keskenään samankaltaisuutta?

"Kuvaan jollekin huoneen ja annan hänen tehtäväkseen sitten maalata tämän kuvauksen perusteella *impressionistisen* kuvan merkiksi siitä, että hän on ymmärtänyt kuvaukseni. – Hän maalaa tuolit, jotka olivat kuvauksessani vihreitä, tummanpunaisiksi; sen, mitä sanoin >>keltaiseksi>>, hän maalaa siniseksi. – Tämä on vaikutelma, jonka hän on saanut tästä huoneesta. Nyt sanon: >>Aivan oikein, tältä se näyttää.>>"⁵³⁴

⁵³⁰ Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, s. 11.

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² *Ibid.*, s. 12.

⁵³³ Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, s. 11–12.

⁵³⁴ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 187, kohta 368.

Tapausten välistä samankaltaisuutta voidaan verrata myös ratkaisun perusosien tarkemmin sanoen tapaukseen liittyvien konstruktoiden kautta. Tapaus ja sen tosiseikasto voidaan yhdistää eri tapahtumakulkuihin ja verrata narratiivien sarjaa tapauksien välillä. Tämän jälkeen riittävän samankaltaiset tapaukset voidaan järjestää samankaltaisuuksien taulukkoon. Michel Foucault puhuu samankaltaisuuksista sanojen ja asioiden yhteydessä. Foucault toteaa teoksessaan *Sanat ja asiat*: "Representaatio voidaan tuntea juuri samankaltaisuuden ansiosta, toisin sanoen sitä voidaan verrata muihin, mahdollisesti samankaltaisiin representaatioihin. Se voidaan eritellä perusosiin (jotka ovat sille ja muille representaatioille yhteisiä), ja se voidaan yhdistää osittaisia identiteettejä sisältäviin representaatioihin ja sijoittaa lopulta järjestettyyn taulukkoon."⁵³⁵

Samankaltaisuuden taksonomia eriytyy faktojen samankaltaisuuteen ja rangaistusarvon samankaltaisuuteen. Faktojen samankaltaisuudessa, jota itseasiassa Levi tekee, kyse on tapausten sarjan tapahtumaketjujen vertaamisesta keskenään. Kyse on kyvystä palauttaa mieleen oikeudellisesti merkitykselliset faktat, joihin on liitetty rangaistusvaikutuksia. Toisaalta kyse on samankaltaisuuden kuvittelusta rangaistusasteikon sisällä yksittäisessä rangaistusarvossa. Kyse on samankaltaisuuden kuvittelusta, joka näkyy erityisesti rutiinitapauksissa tuomioistuimien käytössä olevissa rangaistustaulukoissa. Rattijuopumustapauksissa samankaltaisuus on niin ilmeistä, että maalikkokin havaitsee sen. Rattijuopumustaulukoissa samankaltaisuus näkyy esimerkiksi siten, että taulukoissa on todetaan, että 0,22 milligramman hengitysilman alkoholipitoisuudesta tuomitaan X päiväsakkoa. Rangaistustaulukoissa tapausten samankaltaisuuden representaatio, rangaistusasteikolla oleva arvo, on järjestetty samankaltaisuuksien taulukkoon. Tai esimerkiksi *Vaasan hovioikeuden seuraamus-suositustaulukossa* rattijuopumusrikoksissa veren alkoholipitoisuuden ollessa 0,50 promillea vastaava rangaistusarvo on 30 päiväsakkoa 2 kuukauden ajokiellolla, jos kyse ei ole rattijuopumusrikoksen uusijasta, kun taas Kuopion käräjäoikeuden vastaavassa ohjeellisessa liikennejuopumusrikosten seuraamustaulukossa 0,50 promillen rattijuopumuksesta saa 25 päiväsakkoa ajokiellon ollessa 3 kuukautta.

Tyyppitapausten rangaistusarvojen taulukoinnin samankaltaisuus ei koske pelkästään liikennejuopumusrikoksia. Vastaavia taulukoita on esimerkiksi *Valtakunnansyyttäjänviraston taulukko huumausaineiden käyttörikoksista*. Vastaavanlaisia taulukoita on myös Helsingin hovioikeuspiirin laatuhankeen toimesta laadittu *Huumausainerikosten rangaistussuositustaulukko* tai rangaistustaulukotyöryhmän taulukko *Ohjeelliset taulukot rangaistuksen mittaamiseen tai rangaistussuositusnimikkeistö muista kuin tieliikenne rikoksista*. Oikeudellisesti riittävän samankaltaisen määrittely on tekstien välisyyttä aikaisemman pre-judikaattinormin antaneen tuomioistuimen ja myöhemmän tapauksen ratkaisun tuomioistuimen välillä. Kyse on mielikuvista ratkaistavan tapauksen ja ratkaistavaan tapaukseen verrattavan toisen tapauksen välillä. Tapauksessa

⁵³⁵ Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 82.

Murtautuminen rikoslaissa käytettynä käsitteenä samankaltaisuus näyttäytyy toisin. Tarvitaan oikeudellista päättelyä, että magneetikortilla hotellihuoneeseen luvaton tunkeutuminen ja romuvaraston aidan ylittäminen ovat samanlaisia. Juridisten konstruktioiden avulla juridiikassa rinnastetaan hyvinkin erilaisia asioita samanlaisiksi.

Riittävän samankaltaisen arviointi on kuvittelua. Se on vaikutelma, muistina, muistin ja koko tahdosta riippumattoman taustan analyysi, joka vastaa eräänlaista mielikuvien mekaniikkaa ajassa. Foucault'n mukaan kyse on kekseliäisyyden, *mielikuvituksen analytiikasta*.⁵³⁶ Ratkaistavat tapaukset eivät koskaan voi olla samankaltaisia. Näin on kahden tapauksen samankaltaisuudenkin kanssa. Wittgenstein on huomauttanut oivallisesti olioiden identtisuudesta: "Sanoa kahdesta oliosta, että se ovat identtisiä, on mieletöntä. Sanoa yhdestä oliosta, että se on itsensä kanssa identtinen, ei sano yhtään mitään."⁵³⁷

Se, mikä on oikeudellisesti riittävän samankaltaista tai riittävän erilaista on konstruktiivinen tosiasia ja samankaltaisuuden mielikuva vaatii kuvittelua. Foucault toteaa erinomaisesti asioiden ja niiden samankaltaisuudesta: "Asioiden välistä samankaltaisuutta ei olisi olemassa ilman kuvittelua."⁵³⁸ Kun tapahtumaa kuvitellaan, siitä muodostuu mielikuva. Mielikuvaa verrataan nyt ratkaistavaan tapaukseen. Kyse on tuomarin kyvystä kuvitella menneisyyden tapahtumia ja rekonstruoida kaksi vaikutelmaa niin, että ne ovat *oikeudellisesti* riittävän samankaltaisia. Kyse on siitä, miten tuomari käyttää mielikuvitusta nyt ratkaistavana olevaan tapaukseen.

Kahta erilaisia tapahtumaketjua verrataan toisiinsa tosiasioiden samankaltaisuuden merkityksessä tai samankaltaisuus näkyy rangaistusarvojen yhdenmukaisuutena. Samankaltaisuuden konstruktiivisuuden vuoksi vain juristit kykenevät määrittämään sen, mikä on riittävän samantyyppistä ja mikä on riittävästi erilainen. Oikeudellisten samanlaisuuksien konstruktio eriytyy ja lykkääntyy. Konstruktio jää liikkeeseen. Se, mikä ryhmitellään oikeudellisesti riittävän samankaltaiseksi suhteessa toiseen tapaukseen, määritellään joka kerta uudelleen myöhemmän tuomioistuimen toimesta. Disseminaatio on koko ajan läsnä. Samankaltauuksien hahmottaminen on kuin prejudikaattipeli, jonka sääntöjä muutetaan pelin kuluessa, joka kerta uudelleen myöhemmän tuomioistuimen toimesta.

"Ja eikö ole olemassa tapaus, jolloin pelaamme ja -` muodostamme sääntöjä pelin kuluessa`? Jopa tapaus, jolloin muutamme niitä pelin edistyessä."⁵³⁹

⁵³⁶ Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 83.

⁵³⁷ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, s. 62, kohta 5.5303.

⁵³⁸ Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 83.

⁵³⁹ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 75, kohta 83.

9.5 ESIYMMÄRRYS JURIDISTEN KONSTRUKTIOIDEN LUKUTAIDOSSA

Lon L Fuller huomauttaa teoksessaan *Legal Fictions*, että saksalainen oikeusopinnot Rudolf von Ihering on kutsunut fiktioita oikeuden valkoisiksi valheiksi. Fuller määrittelee fiktion sellaiseksi asiaksi, jolla ei ole varsinaisesti tarkoitettu harhauttaa tai pettää ketään. Yleisesti fiktioina on pidetty jotain sellaista, josta oikeuden pitäisi olla häpeissään ja vielä jotakin sellaista, jota oikeus ei vielä voi antaa.⁵⁴⁰

Oikeuskirjallisuudessa juridisia konstruktioita on käsitelty fiktioina. Juha Pöyhönen (nyk. Karhu) esittää väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimuksen sovittelu* juridiset konstruktioit fiktiivisinä. Pöyhönen kuvaa sopimusmallia kolmen entiteetin kautta: Peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden. Pöyhösen mukaan peruskäsitteet muodostavat sopimusmallin reunaehdot, joiden sisälle sijoittuu sopimuksen käsite. *Peruskäsitteiksi* Pöyhönen nimeää tahdon, toiminnan, luottamuksen, oikeustoimen ja tahdonilmaisun. *Dogmeiksi* Pöyhönen nimeää tahtojen konsensuksen tahtomallissa ja vilpittömän mielen suojan luottamusmallissa. Dogmit ovat mekanismeja, joiden avulla saadaan erotettua kahdesta säännöstä pääsääntö ja poikkeus sekä se, millaisiin seikkoihin pitää analogiaratkaisussa kiinnittää huomiota. Tämän lisäksi dogmit auttavat oikean normiympäristön valinnassa. Pöyhösen mukaan *juridiset konstruktioit* täyttävät niitä kohtia systeemissä, jotka sopimusmallin avulla tehty normin tarkastelu jättää avoimeksi. Konstruktioilla vähennetään näin ollen lainsäätäjän oikullisuuden merkitystä, kun oikulliset normit palautetaan systeemiin konstruktioiden avulla.⁵⁴¹

Pöyhönen katsoo, että konstruktioit ovat keino paikata tai korjata alkuperäisen normiston ja sopimusmallin välille syntynyttä jännitettä.⁵⁴² Konstruktioiden avulla myös laajennetaan dogmien ja sopimusmallin soveltamisalaa uhalla, että laajentamisesta seuraa *anomalialia* eli tilanne, jonka pitäisi ratketa sopimusmallin avulla kuvatulla normistolla, mutta johon ei saada ratkaisua tai ratkaisu on muutoin epäonnistunut. Esimerkkeinä konstruktioista Pöyhönen nimeää hiljaisen tahdon, murto-osaisen yhteisomistuksen ja perusoikeusvaikutuksen.⁵⁴³

Pöyhönen määrittelee sopimusmallissaan konstruktioit yhtä hyvin kuin dogmit juridisiksi fiktioiksi, mutta tästä fiktiivisyyden luonteesta huolimatta niillä on vastine reaali maailmassa.⁵⁴⁴ Pöyhönen viittaa fiktiivisyyden ongelmaan laajemmin ja esittää väitöskirjansa alaviitteessä nro. 234 Lon L Fullerin kirjan *Legal*

⁵⁴⁰ Fuller, *Legal Fictions*, s. 2 ja erityisesti sivut 5–6.

⁵⁴¹ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimuksen sovittelu*, s. 82–87. Tämän tutkimuksen teema-aiikkaa soveltaen Pöyhösen hahmottamat konstruktioit ovat erityisiä oikeudellisia transformereita.

Ibid., s. 86. Tässä ei seurata Juha Pöyhösen hahmottelemaa mallia normeista, dogmeista ja konstruktioista. Tässä tutkimuksessa on seurattu Raimo Siltalan mallia, jossa on luovuttu dogmeista ja jossa konstruktioit on määritelty Pöyhöstä laajemmin. Siltala, *Oikeustieteen lait, Tutkijan aapiskirja* (ilmestyy)

⁵⁴² Jos Pöyhösen terminologiaa sovelletaan tähän tutkimukseen konstruktioit ovat pelkästään vain oikeudellisia transformereita.

⁵⁴³ Tiivistetysti Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimuksen sovittelu*, s. 82–87.

⁵⁴⁴ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimuksen sovittelu*, s. 86.

Fictions. Fuller esittää edellä mainitussa kirjassaan useita eri esimerkkejä juridisista fiktioista. Esittelen esimerkkinä yhden niistä. Fuller toteaa: " Oletetaan, että P kertoo X:lle, että hän on valtuuttanut A:n myymään hevosensa, ja antanut A:lle luvan päättää hevosen hinnan. P kertoo A:lle, siis hänen asiamiehelleen, ettei hän saa myydä hevosta alle sadan dollarin hintaan. X ostaa hevosen A:lta viidelläkymppillä. Sitooko teko P:ta? Viranomaisten mukaan kyllä: A:lla oli 'asemavaltuus', jonka perusteella hän sai päättää hevosen hinnan. Onko tämä 'valtuutus' fiktiota? Jos ja kun sanomme, että A:lla on valtuutus, tarkoituksemme on uskotella, jotta oikeus toteutuisi, että P sanoi A:lle, että tämä voi myydä P:n hevosen siihen hintaan minkä hän katsoi sopivaksi, on olemassa oikeudellinen fiktio. Mutta jos tarkoitamme, että faktoihin perustuen A:lla on laillinen valtuutus myydä hevonen ja sitoa P (tähän myyntitapahtumaan) niin fiktiota ei ole."⁵⁴⁵

Kyse ei kuitenkaan voi olla juridisista fiktioista, kuten Fuller edellä väittää, vaan konstruktioista ja tässä tapauksessa toimeksiantovaltuutuksesta eli hevosen myymisestä tiettyyn kauppahintaan, joka perustuu valtuutettajan tiedoksiantoon valtuutetulle ja valtuutetun ja kolmannen väliseen hevosen kauppatapahtumaan, jonka seurauksena valtuuttajan ja kolmannen välille syntyy oikeustoimi toimeksiantovaltuutuksen ehtojen niin täyttyessä. Kyse on toimeksiantovaltuutuskonstruktioista, jolla yhdessä normien kanssa saadaan aikaan konkreettisia oikeusvaikutuksia. Juridiset konstruktiot eivät ole fiktioita, vaan ne toimivat tulkintakehyksinä normeille. Näin ollen ne eivät myöskään ole *hyödyllisiä fiktioita* saksalaisen Hans Vaihingerin tarkoittamassa merkityksessä.⁵⁴⁶

Wittgenstein toteaa teoksessa *Filosofisia tutkimuksia*: "Henkilön on jo tiedettävä (tai osattava) jotakin voidakseen kysyä..."⁵⁴⁷ Edellä mainitusta Wittgensteinin lauseesta ilmenee erinomaisesti se oivallus, että osatakseen kysyä jotain, on jo tiedettävä jotain *esi- eli metatasolla*. Konstruktioiden lukutaidossa tämä esitietäminen tarkoittaa enemmän tai vähemmän tiedostettua metatason toimintaa siitä, mikä katsotaan kuuluvaksi oikeuteen ja mikä on luettavissa ei-oikeuden alle. Tuomioistuimen ratkaisun perustelulauseet rakentuvat konstruktiiivisista entiteeteistä. Nämä konstruktiiiviset elementit muodostavat yhdessä normien kanssa dynaamisen toimintakokonaisuuden. Konstruktiiivisten entiteettien lukutaitoa eli sitä, miten tuomari käyttää konstruktioita yhdessä normien kanssa, edeltää tuomarin esiyymmärrys eli tuomarin sisäinen näkökulma oikeuteen normi/fakta, oikeus/ei-oikeus ja pätevä/tehokas -konstellaatioiden merkityksessä. Tuomarin omaava konstruktioiden lukutaito on enemmän tai vähemmän tiedostettua metatason toimintaa, mutta kyse on kuitenkin toiminnasta, jonka käyttöä tuomari ei voi välttää kirjoittaessaan oikeudellista ratkaisua. Tällöin konstruktioiden lukutaidossa vaadittava esiyymmärrys eli se, mikä edeltää konstruktioiden lukutaitoa on sisäänrakennettuna entiteettinä oikeudellisessa argumentaatiossa.

⁵⁴⁵ Fuller, *Legal Fictions*, s. 31. (käännös SMK).

⁵⁴⁶ Myös Fullerin kirjassa näkyy saksalaisen Hans Vaihingerin hyödyllisten fiktioiden ajattelumalli. Fullerilla legal fiction on ikään kuin olemassa Hans Vaihingerin tarkoittamassa merkityksessä. Vertaa Vaihingerin teos *Philosophie des Als Ob "ikään kuin -filosofia"*.

⁵⁴⁷ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 41, kohta 30.

Tuomarin sisäinen näkökulma oikeuteen on palautettavissa H.L.A Hartin *The Concept of Law* teoksessa tekemään jaotteluun oikeussääntöjen velvoittavuuteen sitoutuneen tuomarin sisäisestä näkökulmasta ja toisaalta ulkopuolisen tarkkailijan näkökulmasta oikeuteen.⁵⁴⁸ Tuomarin sisäinen näkökulma ja toisaalta ulkopuolisen tarkkailijan näkökulma muodostavat kaksi erilaista pelitilannetta. Kyse on siitä, että tuomarin näkökulmassa oikeuden lauseet toimivat normatiivisen koodin tavoin, jota tuomari seuraa. Ulkoisessa näkökulmassa oikeuden lauseet eivät muodosta normatiivista koodia, jota on seurattava.⁵⁴⁹ Aulis Aarnio toteaa teoksessa *Laintulkinnan teoria*, että sosiologi tehdessään empiiristä tutkimusta oikeusjärjestyksestä on ulkopuolisen tarkkailijan roolissa. Oikeussosiologi ei ole kiinnostunut sääntöjärjestelmän sisällöstä, vaan huomio tutkimuksessa kohdistuu käyttäytymisen säännönmukaisuuksiin.⁵⁵⁰ Aarnio tekee myös eron lainopin tutkijan ja oikeussosiologin kesken. Hänen mukaansa yhteiskuntatieteen harjoittajakaan ei voi olla puhtaasti ulkoisen näkökulman edustaja. Oikeustieteen tutkija toimii Aarnion mukaan ulkoisen ja sisäisen näkökulman välimaastossa. Lainopin tutkijalla kiinnostus kohdistuu oikeussääntöihin ja siihen, mikä on voimassa olevaa oikeutta, mutta hän ei ole sidottu tuomarin tavoin siihen, mitkä oikeussäännöt velvoittavat tuomaria kyseisen ongelman ratkaisussa. Lainopin tutkija eroaa tuomarista myös ratkaisupakon suhteen. Aarnio rinnastaa lainopin tutkijan tarkkailijaksi, jossa tutkijalla ei ole ratkaisupakkoa eikä hänellä ole samanlaista vastuuta kuin tuomarilla. Tuomarin näkökulma oikeuteen on operationaalisesti ja episteemisesti järjestelmän sisäinen. Lainsoveltaja toimii osana oikeusjärjestelmää. Lainopin tutkijan näkökulma on operationaalisesti ulkoinen, mutta episteemisesti sisäinen. Tämä tarkoittaa sitä, että tutkija ei ole osa järjestelmää, mutta tutkijalla kuin tuomarillakin on yhteinen tulkintakehys, joka ohjaa toimintaa.⁵⁵¹ Aulis Aarnion yllä esitetty näkemys on yhdensuuntainen oikeusfilosofi Joseph Razin kanssa. Razin mukaan lainopin tutkijan näkökulma oikeuteen on oikeuden sisäinen. Se rinnastuu tuomarin sisäiseen näkökulmaan oikeudesta, sillä erotuksella, että lainopin tutkijalla ei ole ratkaisupakkoa kuten tuomarilla on.⁵⁵²

Oikeuden sisäinen ja ulkoinen näkökulma muodostavat kaksi eri kielipeliä, jossa oikeus/ei -oikeus ja normi/fakta -konstellatiot hahmotetaan. Tuomari käy keskustelua oikeussääntöjen sitovuuteen sitoutuneen lainsoveltajan roolissa. Tuomari on osa järjestelmää ja tuomarin lauseet oikeudesta ovat performatiivisia eli perlokutionaarisia lauseita. Ne sisältävät ohjausvaikutuksen normin

⁵⁴⁸ Hart, *The Concept of Law*, s. 99.

⁵⁴⁹ *Ibid.* Hart toteaa ulkoisesta näkökulmasta: "[W]ithout himself accepting its rule of recognition, states the fact that others accept it."

⁵⁵⁰ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 54–55.

⁵⁵¹ *Ibid.*, s. 57–58.

⁵⁵² Razin tulkinnan hyväksyi H.L.A. Hart. Ks. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, s. 154–155. Ks myös Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 123–129, 146–148, 162–177. Vertaa myös Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 234–238. Vertaa myös McCormick, *H.L.A Hart*, s. 29.

mukaisesta käyttäytymisestä tai nuhtelun, jos normia ei noudateta.⁵⁵³ Hart toteaa: " Puhetta 'oikeudesta' tuottavat tuomarien ohella myös oikeusjärjestyksen alaisuuteen kuuluvat tavalliset kansalaiset silloin, kun he tunnistavat, että jokin oikeussääntö kuuluu tuohon oikeusjärjestykseen. Tämä kielenkäyttötapa, aivan kuten erilaisiin peleihin liittyvät ilmaisut 'ulkona' tai 'maali', liittyy tilanteeseen, jossa jotain toimintaa arvioidaan yhteisesti hyväksytyjen sääntöjen ja niissä asetettujen tavoitteiden valossa. Tämä sääntöjen yhteiseen hyväksyntään perustuva asenne voidaan asettaa vasten sitä tilannetta, jossa joku ulkopuolinen havainnoija saattaa todeta, että tuo ryhmä on kollektiivisesti hyväksynyt tietyt säännöt mutta joihin sanottu tarkkailija ei itse ole sitoutunut.⁵⁵⁴ Keskeistä on se, mitä lainsäätäjä säätää ja tuomari käy keskustelua suhteessa lainsäätäjään.⁵⁵⁵

Hartin oma luokittelun ei vastaa kysymykseen oikeuden viimekätisestä luokittelukriteeristä, joka erottaa oikeuden ei-oikeudesta ja normit faktoista. Hart mieltää tämän itsekin teoksessa *The Concept of Law*.⁵⁵⁶ Hart lähtee olettamuksesta, jossa voimassa olevat oikeussäännöt tunnistetaan päteviksi oikeussäännöiksi oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön, *ultimate rule of recognition*, avulla. Hartin mallissa oikeus on kaksitasoinen systeemi. Ensimmäisen tason muodostavat primaarit velvoitenormit, *primary rules of obligation*, jotka käsittävät yksityisille kansalaisille osoitetut säännöt suhteessa julkiseen valtaan ja toisiin kansalaisiin. Toisella tasolla ovat sekundaarinormit eli täytäntöönpano- ja toimivaltanormit, *rules of adjudication* ja *rules of change*. Toisen asteen sääntöjen tehtävänä on määrittää, miten ensiasteen sääntöjä voidaan pätevällä tavalla luoda, kumota ja muuttaa. Toisen asteen säännöt määrittävät, miten oikeussäännöt on pantavissa tehokkaasti täytäntöön tuomioistuimen tai muiden viranomaisten toimesta. Toiselle tasolle Hart sijoittaa myös oikeuden *viimekätisen* tunnistamissäännön.⁵⁵⁷ Hartin kahden tason malli oikeussäännöistä ei itsessään vastaa kysymykseen oikeuden viimekätisestä erotteluteesistä, joten Hart esittää kolmannen vaihtoehdon. Hän toteaa: " Toiset vastaavat sinnikkäästi, että oikeusjärjestyksen perustana on jotain, mikä on 'ei-oikeutta', 'esi-oikeutta' tai 'meta-oikeutta', tai joka vain on 'poliittinen fakta'..."⁵⁵⁸

Hart palauttaa oikeuden viimekätisen paradigman jollakin tavoin esioikeudelliseksi ja metaoikeudelliseksi kysymykseksi tai poliittiseksi faktaksi. Oikeuden takana, Hartille *oikeussääntöjen* takana, on jotain esioikeudellista, jota

⁵⁵³ Hart ei käytä luokittelua performatiivinen/perlokutionaarinen lause, vaikka hän tutkikin oikeutta myös lingvistisenä ilmiönä esim core/prenubra -luokittelussa. Ks. esim. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, "Positivism and Separation of Law and Morals", s. 63. Hartin tuotannossa näkyy perehtyneisyys Ludwig Wittgensteinin kielifilosofiaan. Lauseiden luokittelu lokutionaarinen/illokutionaarinen ja perlokutionaarinen eli performatiivinen on John Austinin keskeisoivallus, jonka hän esittää teoksessaan *How to Do Things with Words*. Austinin kielifilosofiaa jatkoi John R Searle, joka esimerkiksi jakoi Austinin esittämän luokittelun vielä pienempiin ryhmiin: lokutionaariset aktit 3 eri alaryhmään ja illokutionaariset aktit 5 eri alaryhmään. Ks. Searle, *Making The Social Word*, s. 16.

⁵⁵⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 99. (käännös SMK).

⁵⁵⁵ *Ibid.* Hart toteaa: " whatever the Queen of Parliament enacts"

⁵⁵⁶ *Ibid.*, s. 107. Sanatarkasti Hart toteaa: "The first difficulty is that of classification: for the rule which, an the last resort, is used to identify the law escapes the conventional categories used for describing a legal system."

⁵⁵⁷ *Ibid.*, s. 107–113.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, s. 108.

oikeuden sisäisillä premisseillä ei pysty eksplikoimaan. Hart ei kuitenkaan jatka metaoikeuden tai esioikeuden kehittelyä eteenpäin. Oikeussääntöjen takana piilevät premissit jäävät näin ollen selvittämättä. Hartille oikeus on sitä, mitä lainsäätäjät säätää.⁵⁵⁹ Ongelma oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön luokittelussa tulee vastaan viimeistään silloin, kun oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö yhtenä ainoana hierarkkisesti ylimpänä sääntönä määritellään viittaamalla aina vain hierarkkisesti korkeampiin tunnistamissääntöihin. Premissit loppuivat jossain vaiheessa, jolloin aina vain korkeampiin tunnistamissääntöihin viittamisesta muodostuu päättymätön regressi. Korkeammat tunnistamissääntöt eivät määrittele, miten oikeuden viimeinen tunnistamissääntö pitäisi itse tunnistaa.⁵⁶⁰ Hartin esittämässä kolmannessa vaihtoehdossa ainoa asia, mitä Hart tekee on itse asiassa kielipelin vaihtaminen *ontologisesta* kysymyksenasettelusta, mikä erottaa oikeuden ei-oikeudesta ja normit faktoista *epistemologiseen* eli tieto-opilliseen kysymyksenasetteluun. Wittgensteinin alla mainittua esimerkkiä lainaten Hartilla lapio osuu kalliioon, kun oikeuden viimekätistä tunnistamissääntöä yritetään määritellä aina vain korkeammilla tunnistamissäännöillä. Premissit loppuvat jossain vaiheessa.

">>Miten voi seurata sääntöä?>> – ellei tämä ole syitä koskeva kysymys, se on kysymys, joka koskee oikeutusta, että toimin säännön mukaan *tällä tavalla*.

Jos olen tyhjentänyt perustelut, olen päätenyt kovaan kalliopohjaan ja lapioni taipuu taaksepäin. Olen taipuvainen silloin sanomaan: >>Juuri näin toimin.>>⁵⁶¹

Hartilla jonkinlainen tietoisuus metaoikeudesta tai esioikeudesta vaikuttaa enemmän tai vähemmän tietoisesti ja Hart toteaa *The Concept of Law* teoksessa: "Meidän tulee tosiaan muistaa, että viimekätistä oikeuden tunnistamissääntöä voi tarkastella kahdesta eri näkökulmasta: yhtäältä se voi ilmetä osana oikeuden ulkoista tosiasiaväitettä, jonka mukaan tuo sääntö ilmenee siinä, miten oikeusjärjestys tosiasiallisesti toimii, ja toisaalta oikeuden sisäisenä pätevyysväitteenä, johon ne ovat sitoutuneet, jotka sitä hyödyntävät voimassa olevan oikeuden sääntöjen tunnistamisessa."⁵⁶²

Hartin näkemys oikeuden viimekätisestä tunnistamissäännöstä muistuttaa läheisesti saksalaisen oikeusteoreetikon Hans Kelsenin ajatusta transsendentaalislogisesta perusnormista, *Grundnorm*, jonka avulla oikeus erotetaan ei-oikeudesta. Kelsenillä perusnormi on fiktiivinen saksalaisen filosofi Hans Vaihingerin tarkoittamassa merkityksessä. Perusnormi on ikään kuin olemas-

⁵⁵⁹ Hart, *The Concept of Law*, s. 99. Hart toteaa: "In England they recognize as law... whatever the Queen in Parliament enacts..."

⁵⁶⁰ Siltala on huomauttanut, että jos Kelsenin tai Hartin oikeuden viimekätiset erotteluteesit Kelsenillä perusnormi ja Hartilla viimekätinen tunnistamissääntö luokitellaan joko päteväksi säännöksi tai tosiasialliseksi säännönmukaisuudeksi, joudutaan kiellettyyn kehään tai päättymättömään regressioon: tunnistamissääntöä joudutaan soveltamaan paradoksaalisesti tunnistamissääntöön itseensä. Ks. Siltala, "Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamattomasta ongelmasta", s. 686.

⁵⁶¹ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 141, kohta 217.

⁵⁶² Hart, *The Concept of Law*, s. 108. (käännös SMK).

sa.⁵⁶³ Kelsenille transsendentaalislooginen perusnormi on fiktiivinen. Tämän fiktiivisyyden ongelman Hart pyrki omassa mallissaan väistämään. *The Concept of Law* -teoksen lopussa alaviitteessa nro. 97 Hart käy keskustelua Kelsenin kanssa. Hartin mukaan tunnistamisääntö on tosiasiana olemassa.⁵⁶⁴ Tunnistamisääntö on viranomaisten ja yksittäisten kansalaisten käytännöissä ja tavassa tunnistaa oikeus ei-oikeudesta. Hartin, kuten Kelseninkin teoria oikeudesta perustuu ajatukselle suljetusta systeemistä, jossa oikeus/ei-oikeus, normi/fakta -erottelu tehdään oikeuspositivististen premissien kautta.⁵⁶⁵ Kysymystä, miten oikeuden viimekätinen tunnistamisääntö itse tunnistetaan, ei kuitenkaan ratkea oikeuspositivististen premissien kautta, vaan tarkastelukulmaa pitää muuttaa oikeuden ulkopuoliseksi metaoikeudelliseksi tai esioikeudelliseksi.⁵⁶⁶ Wittgenstein oivallus ihmisen ajattelun rajallisuudesta sopii erinomaisesti kuvaamaan edellä kuvatun tilanteen pulmallisuutta. Wittgenstein toteaa: ”Filosofisten sairauksien pääsyy – yksipuolinen ruokavalio: Ihminen ruokkii ajatteluun vain yhdenlaisilla esimerkeillä.”⁵⁶⁷

Väitöskirjassaan *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law* Raimo Siltala huomattaa oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin luokittelun normi/fakta, oikeus/ei-oikeus, pätevyys/tehokkuus-merkityksen ratkeamattomuudesta.⁵⁶⁸ Tunnustamisääntö on samalla kertaa *sekä-että* ja *ei-eikä* suhteessa normi/fakta jaotteluun. Jacques Derridan ajattelun lainalaisuuksia seuraten Siltala rinnastaa Kelsenin transsendentaalisloogisen perusnormin ja Hartin viimekätisen oikeuden tunnistamisäännön ontologiselta statukseltaan Platonin kirjoituksessa ”Timaios” esitettyyn edellytettyyn astiaan *khôraan*.⁵⁶⁹ *Khôra* on säiliö, jossa olemassaolo saadaan ja joka tekee mahdolliseksi sen mikä on *khôra* on tila, jossa kaikki on ja tapahtuu.⁵⁷⁰ Siltala huomauttaa, että

⁵⁶³ Perusnormi ei ole hypoteesi, vaan se on fiktio saksalaisen filosofin Hans Vaihingerin tarkoittamassa merkityksessä. Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 256.

⁵⁶⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 245.

⁵⁶⁵ Hartin teoriassa esimerkiksi luonnonoikeuden universaalit moraaliset premissit rajautuvat käytännössä teorian ulkopuolelle. Hartilla luonnonoikeuden moraalista premissistä muodostuu luonnonoikeuden vähimmäissisältö, *minimum content of natural law*. Niiden merkitys on toimia lähinnä lainsäätäjälle ohjenuorana ilman, että Hartin teoriassa olisi enempää yhtäläisyyttä luonnonoikeuteen. Hart, *The Concept of Law, Second Edition*, s. 193–200.

⁵⁶⁶ Siltala huomauttaa suljettuisuuden idean palautuvan Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* vaatimukseen: oikeusnormin pätevyys voi perustua vain toiseen, yhtä lailla pätevään ja hierakkisesti ylempiasteiseen normiin. Jos voimassa oleva oikeus määrittää kyseisen systeemin oman metafysiikalla kyllästetyn käsitteistön avulla, kysymys tuon systeemin ulommaisista rajoista tai viimekätisestä perustasta käy mahdolliseksi. Ks. Siltala, ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma”, s. 686–687.

⁵⁶⁷ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 245, kohta 593.

⁵⁶⁸ Oikeuden viimekätinen tunnistamisääntö aivan kuin Pariisin perusmetri on konventionaalinen tosiasia. Pariisin perusmetri on tasan yksi metri. Vertaa Neil MacCormick, joka vuonna 1981 teoksessa H.L.A.Hart, hyväksyi Wittgensteinin kannan Pariisin perusmetrin ratkeamattomuudesta. Ks. MacCormick, H.L.A.Hart, s. 109. Myöhemmin MacCormick muutti kuitenkin kantaansa ja totesi Raimo Siltalan virallisena vastaväittäjänä vastaväittäjän lausunnossaan, että Pariisin perusmetri on tasan metrin mittainen. Kyse on konventiosta, josta MacCormick totesi: ”If anything is ‘a metre long’ the metre bar is... it is so by institution, not by imitation.” Ks. MacCormick, ”Raimo Siltala, A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law, Opponent’s Review”, s. 430.

⁵⁶⁹ *Khôra* Ks. Platon ”Timaios”, s. 193, kohta 49a ja s. 196–197 kohdat 52a-d.

⁵⁷⁰ Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, s. 230–231. Ks. myös Derrida, joka kuvailee teoksessa *On the Name* Platonin *khôra*: ”The *khôra*, which is neither ‘sensible’ nor ‘intelligible,’ belongs to a ‘third genus’ (*triton genos*...). One cannot even say of it that it is *neither this nor that* or that it is *both this and that*.” Derrida, *On the Name*, s. 89.

kun kyse on filosofisesta pulmasta, joka toteutuu missä tahansa suljetun luokittelujärjestelmän ulommaisilla reunoilla, käsillä ei ole vapaata käsitteistöä, jonka avulla viimekätiset kriteerit voidaan luokitella.⁵⁷¹ Reunakriteereitä pitää voida katsoa kolmannesta kategoriasta *triton genoksesta*, joka on normi/fakta, oikeus/ei-oikeus luokittelun ulottumattomissa. Siltala huomauttaa: "Oikeuden perimmäiset, infrastruktuuritason premissit ovat perinteisen kaksiarvologiikan tavoittamattomissa: niitä ei voi käsitteellistää eli tuoda metafysiikalla kyllästetyn kielen piiriin ilman, että niiden funktio oikeus/ei-oikeus tai normi/fakta -kahtijaon edellytyksenä mitätöityy. Sen vuoksi oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin *rekonstruktio* merkitsee samalla oikeuden *dekonstruktio* sen infrastruktuuritason premissien ratkeamattomuuden merkityksessä."⁵⁷²

9.6 JURIDISTEN KONSTRUKTIOIDEN LUKUTAITO

Juridiset konstruktiot ovat juristin työvälineitä. Konstruktiolla yhdessä normien kanssa luodaan oikeudellista todellisuutta. Tanskalainen oikeustieteilijä Alf Ross esitti vuonna 1953 ilmestyneessä teoksessaan *Om ret og retfærdighed* erinomaisen oivalluksen tuomarikuntaa ohjaavasta yhteisestä tulkintakehyksestä. Ross toteaa: "Retsvidenskaben beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren."⁵⁷³ Konstruktioiden lukutaito Rossin tuomari-ideologiaa soveltaen ohjaa tuomarin ratkaisuharkintaa, jonka tuomari on sisäistänyt itseään velvoittavaksi tuomari-ideologiaksi.

Tuomari-ideologia toimii tulkintakehyksenä oikeudellisessa päätöksenteossa. Rossin tuomari-ideologiassa oikeus näyttäytyy kollektiivisesta lainsoveltajien ideologiasta käsin. Kyse on tuomariyhteisön yhteisestä asiasta, jolloin tuomarin omat henkilökohtaiset uskomukset ja käsitykset rajautuvat ideologian ulkopuolelle. Tällöin esimerkiksi tuomarin henkilökohtaisella vakaumuksella tai henkilökohtaisilla arvoilla ei ole merkitystä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Raimo Siltala huomauttaa teoksessa *Oikeudellisen ajattelun perusteet*, että Rossin tuomari-ideologiaan sisältyy murtuma. Tuomari-ideologia ei sisällä mitään ennalta vakioitua mekanismia, joka erittelisi ja sulkisi pois, milloin oikeudellinen ratkaisutoiminta pelaa puhtaasti yhteisöllisestä tuomari-ideologiasta käsin ja milloin ratkaisutoimintaan vaikuttavat tuomarin henkilökohtaiset näkemykset ja mieltymykset.⁵⁷⁴

Rossin tuomari-ideologia näyttäytyy kahtalaisena. Toisaalta kyse on tuomarikunnalle yhteisestä tulkintakehyksestä, jonka tarkoitus on ohjata tuomaria oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Toisaalta tuomari-ideologia näyttäytyy oikeustieteessä. Rossin mukaan nimenomaan oikeustieteen tehtävänä on laatia ennusteita tuomioistuimien tulevista ratkaisuista. Tuomareiden ja muiden lain-

⁵⁷¹ Siltala, "Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma", s. 687.

⁵⁷² *Ibid.*, s. 688.

⁵⁷³ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56. Huomionarvoista on, että Ross ei kehitellyt tuomari-ideologiaa eteenpäin siitä, miten tuomari-ideologia ohjaa tuomarin ratkaisuharkintaa.

⁵⁷⁴ Ks. Siltala, *Oikeudellisen ajattelun perusteet*, s. 118.

soveltajien ratkaisutoiminnan ja oikeustieteen välillä on siten yhdistävä linkki. Ennusteiden laatiminen on mahdollista, kun tuomareilla ja muilla lainsoveltajilla on yhtenäinen kollektiivisesti omaksuttu tulkintakehys eli vallitseva tuomari-ideologia. Kyse on tuomarin sisäisestä näkökulmasta oikeuteen, jota Ross on kuvannut shakkipeliesimerkillä. Teoksessa *On the Law and Justice* Ross kuvaa tilannetta seuraavasti: "Kuvitellaan, että kaksi henkilöä pelaavat shakkia, kun kolmas seuraa peliä sivusta. Sivustakatsoja ei tiedä mitään shakista. Hän ei voi ymmärtää, mitä pelissä tapahtuu. Koska hän tuntee muitakin pelejä, hän voi tulla siihen tulokseen, että kyseessä on peli, mutta hän ei pysty ymmärtämään yksittäisiä siirtoja tai niiden yhteyttä toisiinsa. Ja hän tietää vielä vähemmän niistä ongelmista, jotka liittyvät yksittäisten pelinappuloiden paikkaan pelialustalla."⁵⁷⁵

Shakkipeliesimerkillä Ross kuvaa tuomarin sisäistä näkökulmaa erotukse-
na ulkoisen tarkkailijan näkökulmasta. Ulkopuolinen tarkkailija, joka ei tunne shakkipelin sääntöjä, ei voi tehdä luotettavia havaintoja ja johtopäätöksiä pelin säännöistä, sen ideasta sekä siitä, millaisia pelaamisen strategioita pelaajat käyttävät. Rossin mukaan ulkopuolinen tarkkailija tekee pelkästään empiirisiä havaintoja näkemästään ilman, että ymmärtäisi ideaa kielletyistä ja sallituista siirroista tavoittamatta pelin sisäistä näkökulmaa. Pelaajina toimivat tuomarit, jotka tuomari-ideologiaan perustuvan tulkinkehityksen kautta arvioivat, voidaanko pelissä oleva siirto tehdä vai ei, ja onko siirto voimassa olevan oikeuden sallimaa vai ei, ja noudattaako se shakkipelin sääntöjä? Ross toteaa: "On selvää, että tämä ideologia on havaittavissa vain tavassa, jolla tuomarit tosiasiallisesti käyttäytyvät, ja se on samalla perusta, jonka avulla on mahdollista tehdä lainopillisia ennusteita tuomareiden tulevasta ratkaisukäyttäytymisestä."⁵⁷⁶

H.L.A Hart sisäinen näkökulma oikeuteen, *internal statement*, muistuttaa läheisesti edellä kuvattua Rossin tuomari-ideologiaa. Kyse on yhteisestä tulkin-
takehuksesta, joka muodostaa käyttäytymisen normatiivisen mittapuun. Toisin kuin Hartilla, Rossin tuomari-ideologia sisältää myös oikeustieteen eli lainopin tutkijat. Rossin mukaan tuomari-ideologia ohjaa tuomareita, mutta myös oikeustieteen tutkijoita. Tulkintakehys näillä molemmilla tuomareilla ja oikeustieteen tutkijoilla yhteinen. Tällöin ajattelun perustana on ennakoitavissa oleva koodisto, ajatuskaavio, joka ohjaa oikeudellista ajattelua.

Hartilla sisäinen näkökulma oikeuteen korostaa oikeuden pragmaattista merkitystä. Oikeudelliset lauseet ovat osa empiiristä todellisuutta. Ne velvoittavat tuomaria toimimaan normin mukaisella tavalla. Kyse on säännön mukaisesta käyttäytymisodotuksesta. Sisäinen näkökulma perustaa sääntöjen koodiston, jota tuomari toiminnassaan seuraa. Hartilla oikeuden sisäisen näkökulman toimijoiden joukko on itse asiassa laajempi kuin tuomioistuimen tuomarit. Joukkoon sisältyvät muut viranomaiset sekä myös riidan osapuoleksi joutunut yksittäinen kansalainen. Tällöin kyse on oikeudellisista toimijoista, jotka hake-

⁵⁷⁵ Ross, *On the Law and Justice*, s. 11. Myös Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 22. (käännös SMK). Vertaa myös Hart, *The Concept of Law* (Third Edition), s. 89.

⁵⁷⁶ Ross, *On the Law and Justice*, s. 76. (käännös SMK).

vat vaateilleen oikeussuojaa. Näiden kaikkien toimijoiden toimintaa arvioidaan voimassa olevan oikeuden kautta. Sisäisen näkökulman lauseet sisältävät koodin normin mukaisesta käyttäytymisestä tai sanktiouhan, jos käyttäymiskoodia ei noudateta.⁵⁷⁷

Tuomareille ja lainopin tutkijoille yhteinen tuomari-ideologia eli yhteinen tulkintakehys sisäinen näkökulma oikeuteen on ennakkollinen ajattelua ohjaava kehys. Kehyksen avulla myös voimassa oleva oikeus ja ei-oikeus on tunnistettavissa sekä sen avulla normit on erottavissa faktoista. Yhteinen tulkintakehys määrittelee oikeudellisen ratkaisun perustelemisen taidon eli konstruktioiden ja normien käyttämisen osana oikeudellista ratkaisua. Tulkintakehys muotoaa myös yleiset opit: oikeudelliset käsitteet, teoriat ja näiden välisen syntaksin. Kyse on konstruktioiden käytöstä ja juristille ominaisesta muualta tulleiden käsitteiden juridisoinnin taidosta osana oikeudellista päätöksentekoa. Tulkintakehys muodostaa myös reunaehdot yhteisesti hyväksytyistä oikeuslähteistä ja niiden välisestä systematiikasta. Se muodostaa reunaehdot oikeusnormien, sääntöjen ja oikeusperiaatteiden tulkintaan ja soveltamiseen. Tämä oikeudellista ajattelua ja päätöksentekoa ohjaava yhteinen tulkintakehys on kuin Wittgensteinin toteama ennakkollinen ajatuskaavio, joka toimii enemmän tai vähemmän tiedostamatta oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.

Wittgenstein toteaa *Filosofisissa tutkimuksissa* metatasolla toimivasta ennakkollisesta ajatusta ohjaavasta mallista: "Kuten hyvää englantia puhuvan saksalaisen puheeseen pujahtaa saksalaisuuksia, vaikka hän ei muodostakaan ensin saksalaista ilmaisuja ja käänneä sitä sitten englanniksi; kuten hän siis puhuu englantia ikään kuin hän kääntäisi 'tiedostamattomasti' saksasta, – samoin ajattelemme usein ikään kuin ajattelumme perustana olisi jokin ajatuskaavio. Ikään kuin kääntäisimme alkeellisemmasta ajattelutavasta omaamme."⁵⁷⁸

9.7 PALUU CARNAPIN SEMANTIikkaan

Konstruktiot toimivat tulkintakehyksinä normeille eli konstruktioita käytetään juridisinä apuvälineinä asioiden oikeudellistamisessa. Viimeksi mainitussa tällöin kyse on *interferenssistä* ja *oikeudellisesti onnistuneesta metamorfoosista*, jossa esimerkiksi muualta tieteenalalta tullut käsite saatetaan juridiseksi käsitteeksi.

Konstruktioiden lukutaito on edellytys sille, että myöhempi tuomioistuin pystyy erottamaan velvoittavan prejudikaattinormin eli *ratio decidendin* ei-velvoittavasta *obiter dictasta*. Jos konstruktioiden lukutaito on puutteellinen, hankaloituu *ratio decidendin* erottaminen ei-velvoittavasta perusteluosasta. Konstruktioiden lukutaitoa voidaan tarkastella päättelyketjujen sisäisen perustelurakenteen eli narratiivin *koherenssin* avulla, jossa oikeudellinen ratkaisutilanne hahmotetaan ulkoapäin tarkastelemalla niitä rakenteita, joita on käytetty perusteluketjujen osana ja toisaalta tarkastelemalla niitä rakenteita, jotka vaikuttavat epäharmoni-

⁵⁷⁷ Hart, *The Concept of Law*, s. 99.

⁵⁷⁸ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 246, kohta 597.

nisesti lausejoukon sisäiseen symmetriaan. Kyse on juridisten konstruktioiden sarjasta ja niiden käytöstä asioiden tekemiseen, *to perform actions*.⁵⁷⁹

Michel Foucault on todennut diskurssista oivallisesti teoksessa *Sanat ja asiat*: "Siltä kysytään nyt, miten se toimii: mitä representaatioita se ilmaisee, mitä elementtejä se irrottaa ja ottaa talteen, miten se erittelee ja sommittelee, millainen korvikkeiden leikki sallii sen hoitaa representaatiroolinsa."⁵⁸⁰ Vain juristi pystyy sanomaan, milloin tuomioistuimen ratkaisun perustelut ovat riittävät. Kyse on viime kädessä perustelujen *ekstensiosta* ja *intensiosta* eli perustelujen kohdentuvuudesta ja riittävästä syvyydestä. Kyse on siitä, että tuomioistuimen ratkaisun perustelulauseilla tavoitetaan se oikeudellinen ongelma, mistä tapauksessa oli kyse. Tämän lisäksi ratkaistavana oleva oikeudellinen ongelma otetaan riittäväällä intensiteetillä haltuun.⁵⁸¹ Kyse ei ole kvantitatiivisesta, määrällisestä kvalifioinnista, vaan laadullisesta argumentaatioketjujen konstruktiiivisten elementtien välisten suhteiden tarkastelusta, perustelun *dynamiikasta* eli tuomioistuimen ratkaisussa käytettyjen perustelulauseiden konstruktiiivisten elementtien välisistä suhteista.⁵⁸²

Aleksander Peczenikillä ja Robert Alexyllä täydellinen perustelurakenne saavutetaan määrällisen kvantifioinnin avulla.⁵⁸³ Aluperin Peczenikin esittämässä määritelmässä teorian koherenttius on sidoksissa teorian täydelliseen perustelurakenteeseen. Idea on seuraava: Mitä täydellisempi perustelurakenne on, sitä koherentimpi on teoria.⁵⁸⁴

Argumentaatioketjujen konstruktiiivisten elementtien välisten suhteiden hahmottaminen on edellytys prejudikaattien lukutaidolle. Kyse on siitä, että tuomioistuinratkaisun perustelut fokusoidaan *avainkonstruktioiden* varaan varoen *ylimääräisiä* konstruktiiivisiä elementtejä ja samalla huomioidaan perustelulauseista mahdollisesti puuttuvat elementit. Jokaista premissiä eli *avainpremissiä*, *hukkapremissiä*, *puuttuvaa premissiä* ja *piillevää premissiä* koetellaan erikseen. Kyse on arvioinnista, mikä muuttuu, jos kyseinen premissi eli valittu konstruk-

⁵⁷⁹ Austin perusteli kirjassaan väitteen siitä, että kielen avulla sanotaan asioita, mutta myös tehdään asioita. "...performing of an action –it is not normally thought of as just saying something." Austin, *How to Do Things with Words*, s. 6-7. Myöhemmin kirjassa Austin esitteli jaottelun sanoihin, jotka aktuaalisesti sanotaan, sanojen takana olevaan merkityssisältöön ja vaikutukseen, joka sanojen merkityssisällöllä on lukijaan. Austin, *How to Do Things with Words* erityisesti sivut 94–120. Onnistunut puheakti on konventionaalinen. Puheakti pitää toimittaa kokonaan ja ilman virheitä.

⁵⁸⁰ Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 92–93.

⁵⁸¹ Siltala on liittänyt Carnapin ekstension ja intension oikeudellisessa kontekstissa nimenomaan perustelujen kohdentuvuuteen ja syvyyteen. Siltala, *Oikeustieteen lait. Tutkijan aapiskirja*, (ilmestyy).

⁵⁸² Perustelulauseiden määrällistämistä Ks. esim. Peczenik ja Alexy yhteiskirjoitus "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality." Määrällisyys näkyy teoriassa esimerkiksi seuraavien lauseiden kautta: *Ceteris paribus*, sitä koherentimpi on teoria, mitä enemmän se sisältää perustelutuja lauseita. *Ceteris paribus*, sitä koherentimpi on teoria, mitä pidempiä teorian sisältämät perustelujen ketjut ovat. *Ceteris paribus*, sitä koherentimpi on teoria, mitä enemmän teoria sisältää vahvasti perustelutuja lauseita. Kyseinen teoria sisältää näitä edellä esitettyjä alakohtia yhteensä 16 kappaletta. Ks. Alexy – Peczenik, "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality", s. 131–143. Ks. myös Petzenik, *On Law and Reason*, s. 133–144.

⁵⁸³ Peczenik, "Legal Collision Norms and Moral Considerations", s. 183. Mutta miten Alexyn ja Peczenikin teoria vastaa siihen, jos tuomioistuimen ratkaisun perusteluketjuja on pitkittetty hukkapremiseillä. Onko tässäkin tapauksessa perustelut koherentit?

⁵⁸⁴ *Ibid.*, s. 183.

tio tai normi jätetään ratkaisusta pois tai otetaan osaksi ratkaisun perusteluja. Käsitteiden juridisoinnissa arkikielisiä käsitteitä juridisoidaan vain tarpeellises- sa määrin. Ylikonstruktointia vältetään.

Lauseiden välillä vallitsevaa sidosta kunnioitetaan, jolloin estetään perus- teluketjujen yllättävä katkeaminen ja loikat kertomuksesta toiseen. Näin teks- tin sisäinen logiikka saadaan turvattua. *Erityisen oikeudellisen transformerin* käyttö harkitaan joka kerta erikseen. Tämä tarkoittaa sitä, että jos ratkaisun premisseistä ei tosiasiallisesti seuraa sitä, mitä tuomioistuimien sanoo niistä seuraav- van, erityisen oikeudellisen transformerin käyttöä tulee välttää. Sen sijaan huomio on kiinnitettävä muihin tapauksessa ilmeneviin premisseihin, ja tä- män lisäksi mietittävä mahdollisten perustelulauseista puuttuvien premissien mahdollisuutta. Ratkaisun perustelut eivät saa mennä ohi siitä oikeudellisesta ongelmasta, mistä tapauksessa oikeudellisesti on kysymys ja ratkaisu on pe- rusteltava riittävän syvällisesti. Toisaalta kyse on myös kokeilemisesta, miten annettava prejudikaatti tulisi toimimaan eli millainen oikeuskäytännön oh- jausvaikutus annetulla prejudikaatilla tulisi olemaan. Kyse on tuomioistuimien ratkaisun *reparatiivisesta tulkinnasta*.

9.8 MISTÄ TULLAAN JA MINNE MENNÄÄN: AVAIN- PREMISSIT, HUKKAPREMISSIT, PUUTTUVAT PREMISSIT JA ERITYINEN OIKEUDELLINEN TRANSFORMERI

Juridiset konstruktiot toimivat yhdessä normien kanssa tuomioistuinratkai- sun premisseinä ja ne perustelevat tietyn tulkintalauseen eli tulkinnan tulok- sen. Konstruktiot ovat näin ollen välttämättömiä edellytyksiä ja ehtoja normien tulkintaan. Konstruktiot muuntavat arkikielen oikeudelliseksi kieleksi, jolloin todellinen tapahtumakulku on konstelloitavissa normien kielelle: Vastaako ta- pahtunut normissa kuvattua asiantilaa, jolloin normi soveltuu tapaukseen X vai onko tapahtumakulku soveltumaton normissa kuvattuun tosiseikastoon Y. Kyse on juridisoinnista, joka tuomioistuimen on tehtävä.

Ranskalainen filosofi Michel Foucault on todennut: "Kaikki representaa- tiot kytkeytyvät toisiinsa merkkien tavoin, ne muodostavat yhdessä jotakin suunnattoman verkoston kaltaista."⁵⁸⁵ Näin tekevät myös korkeimman oikeu- den prejudikaatit. Ne liittyvät toisiinsa muodostaen pikemminkin *labyrintin* kaltaisia sokkeloita kuin että ratkaisut olisivat koherentteja ketjuromaaneja.⁵⁸⁶ Illuusio prejudikaattien sarjasta eli katkeamattomasta ketjuromaanista mur- tuu. Jäljelle jää vain hajanainen prejudikaattien sarja, joka lähtee jostain ja pää- tyy jonnekin.

⁵⁸⁵ Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 80.

⁵⁸⁶ Ketjuromaani-ideassa ratkaisua kirjoittava tuomari on yksi ketjuromaanin kirjoittajista. Hän lisää prejudikaattien sarjaan uuden ratkaisun. Prejudikaateista muodostuu jatkokertomusten sarja. Dworkinilla ketjuromaanin on sisäänrakennettuna oikeudellisen koherenttiuden, eheyden idea. Prejudi- kaatin on sovittava yhteen aikaisempien prejudikaattien kanssa. Tuomarilla on velvollisuus tulkita oikeussääntöjä ja oikeusperiaatteita ikään kuin ne muodostaisivat koherentin kokonaisuuden. Ks. Dworkin, *Laws' Empire*, s. 228, 232 ja 239.

Yksittäinen prejudikaatti sisältää ratkaisun perusteluketjut, narratiivin, joka näyttäytyy yhteen punoutuneina, päälletystin, rinnakkain ja osin sekaisin menevänä säiettäisenä verkostona, joka reflektoi ulospäin. Reflektio ulottuu yhteiskuntaan ja kansalaisiin. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2013/6 kansalaisten on kyettävä itse päättämään, missä roolissa henkilö poliisimerkkiä näyttää: onko kyse *jo-poliisista*, *ei-vielä-mutta-kohta-jo-poliisista* vai *ei-vielä-mutta-ehkä-joskus-poliisista*. Myöhemmän tuomioistuimen tehtävänä on määrittää, miten se prejudikaattia soveltaa, miten vahvaksi tai heikoksi se prejudikaatin mieltää, ja miten se onnistuu erottamaan velvoittavan *ratio decidendi* perusteluketjujen kudelmasta.⁵⁸⁷

Argumentaatioketjujen perustava järjestys voi olla myös hämärtynyt. *Avainnarratiivi*, jonka tarkoitus on johtaa ilmeisimpään mahdolliseen lopputulokseen eli ratkaisuun, jossa ratkaisun kohdentuvuus ja syvyys ovat optimaalisesti paikoillaan, häivytetään vähempimerkityksellisempien säikeiden alle. *Avainkonstruktioiden* tarkoitus on rakentaa avainnarratiivia, mutta jos perusteluihin kytetään *hukkapremissejä*: harhaanjohtavia tai tarpeettomia ylimääräisiä premissejä, jotka johtavat harhaan sokkelikossa, rakentuu tosiasiaassa ratkaisuun *hukkanarratiivi*.

Oikeudellisten perusteluketjujen osana konstruktioit vievät narratiivia eteenpäin ja tarjoavat tulkintakehyksen normeille. Relevantit asiaan olennaisesti liittyvät ja vaikuttavat *avainpremissit* fokusoivat oikeudellisen ongelman kohdentuvuuden ja syvyyden. Ratkaisu otetaan *avainpremissien* avulla oikeudellisesti riittävällä tarkkuudella haltuun. Tuomioistuimen ratkaisussa avainpremissit ovat konstruktioita, jotka kohdentuvat oikeudelliseen ongelmaan eli siihen, mistä tapauksessa oli kyse eli perustelulauseen *ekstensioon*. Avainkonstruktioiden avulla oikeudellinen ongelma otetaan myös riittävällä syvyydellä haltuun eli kyse on perustelulauseen *intensiosta*. Oikeudelliseen perusteluketjuun voi tulla mukaan myös tarpeetonta ainesta, *hukkapremissejä* eli normeja tai konstruktioita, jotka vaikuttavat haitallisesti tulkintaan.

Hukkakonstruktio on *harhaanjohtava* konstruktio tai *ylimääräinen* konstruktio. Ylimääräinen hukkakonstruktio ei vaikuta haitallisesti perustelulauseessa, mutta se on lopputuloksen kannalta tarpeeton eli sen käyttö ei lisää perustelulauseen syvyyttä eikä paranna ratkaisun kohdentuvuutta. Hukkakonstruktioit vaikuttavat heikentävästi ratkaisun kohdentuvuuteen ja/tai perustelujen syvyyteen. Hukkakonstruktioilla rakennetaan perusteluketjuun harhapolkuja eli tehdään ylimääräisiä mutkia sokkeloon. Perusteluketjujen rakenteesta voidaan erottaa vielä *puuttuvia premissejä*: torjuttuja premissejä ja kokonaan puuttuvia perustelulauseita, normeja tai konstruktioita, joita olisi ollut mahdollista käyttää osana ratkaisun perusteluja, mutta joita ei jostain syystä ole käytetty. *Torjuttu premissi* on kirjoitettu näkyviin perustelulauseeseen, mutta se on siirretty sivummalle ja sen käyttö on estetty. *Latentti premissi* on monitulkintainen. Toisaalta sitä ei ole kirjoitettu näkyviin perustelulauseeseen, mutta kuitenkin se vaikuttaa jollain tavoin piilevästi ratkaisussa. *Kokonaan puuttuvaa* premissiä olisi voitu ja sitä olisi

⁵⁸⁷ Kudelmasta vrt. Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 91.

pitänyt käyttää perustelulauseessa, mutta se puuttuu perusteluista täysin.⁵⁸⁸

Konstruktioissa ei ole kyse totuusarvosta, väittämistä tai kysymyksistä, vaan toiminnoista, *performatiiveista*, jotka vaikuttavat osana ratkaisun perusteluketjuja. Perusteluketjuihin voi liittyä myös *erityisiä oikeudellisia transformereita*.⁵⁸⁹ Kyse on tilanteesta, jolloin narratiivissa on epäjatkuvuuskohta ja siitä pitää päästä yli. Tuomioistuin käyttää erityistä oikeudellista transformeria, jollaisena voi olla esimerkiksi ”selvää sinänsä on”, ”objektiivisesti arvioiden”, ”kokonaisuutena arvioiden” tai ”kokonaihasharkinnan perusteella.”⁵⁹⁰ Erityinen oikeudellinen transformeri voi olla perustelulauseessa myös piilevänä. Tällöin perustelujen rakenne on sellainen, että transformeri vaikuttaa, mutta sitä ei ole vain kirjoitettu näkyviin. Perustelut toimivat ikään kuin erityinen oikeudellinen transformeri olisi siellä edellytettynä.

Erityisellä oikeudellisella transformerilla tuomioistuin rakentaa menotien katkeavien perustelulauseiden välille. Erityinen oikeudellinen transformeri toimii joko *funktionaalisesti* vahvistaen ratkaisun ekstensiota ja intensiota tai *dysfunktionaalisesti* ratkaisun ekstensiota ja intensiota heikentäen. Oikeudellisessa ratkaisussa käytettävien premissien valinta on pakollinen toimenpide, joka tuomarin on tehtävä kirjoittaessaan oikeudellista ratkaisua. Kyse on siitä, mitkä premissit tuomari valikoi ratkaisunsa avainpremissiksi ja mitä muuta konstruktivistista materiaalia tuomari ratkaisunsa sisällyttää.

Amerikkalainen tuomari Oliver Wendel Holmes muistutti 1897 ilmestyneessä artikkelissaan *The Path of the Law* tuomarista yhteiskunnan osana. Tuomari ei ole kirjaviisas ja kirjoitetun tekstin ulkopuolisen todellisuuden hylkääjä, vaan että kirjoitetun tekstin ulkopuolella on ympäröivä yhteiskunta eri toimintoihin.⁵⁹¹ Samaa aihetta sivusi myös Otto Brusiin vuonna 1938 ilmestyneessä väitöskirjassaan *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, kun hän muistutti tuomarille tarpeellisesta kyvystä asennoitua sosiologin, valtio-oppineen tai taloustieteilijän rooliin.⁵⁹² Brusiinin ajatusta tuomarin asennoitumisesta eri rooleihin voidaan laajentaa. Ratkaisuharkinnassaan tuomari käyttää hyväkseen oikeuden ulkopuolista tietoa esimerkiksi sitä, mitä lääketiede, yhteiskuntatieteet tai biologia tuottavat.⁵⁹³ Esimerkiksi arvioidessaan lääketieteellisesti sallitun tunnustelututkimuksen palpoinnin ja kielletyn seksuaalisen puristelun välistä rajanvetoa,

⁵⁸⁸ Vaikka tässä puhutaankin premissistä, on tutkimuksen painopiste konstruktioissa. Premissi viittaa myös päättelyn rakenteeseen. Sama pätee myös *mutatis mutandis* myös oikeusnormeihin ratkaisun premissienä.

⁵⁸⁹ Transformers tunnetaan myös TV -sarjasta ja elokuvakankaalta, jossa autobotit esimerkiksi Optimus Prime, Bumblebee, Arcee, Ratchet, Bulkhead, Wheeljack ja Smokescreen taistelevat toisia transformereita pahoja decepticoneja vastaan. Tässä kyse ei ole autoboteista eikä decepticoneista, vaikka erityinen oikeudellinen transformeri toimiikin joko funktionaalisesti tai dysfunktionaalisesti oikeudellisessa perustelulauseessa.

⁵⁹⁰ Erityisiä oikeudellisia transformereita on toki muitakin ja korkein oikeus voi aina keksiä niitä lisää.

⁵⁹¹ Holmes, ”The Path of the Law”, s. 1001. Holmes toteaa: ”For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and master of economics.”

⁵⁹² Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, s. 222, 223 ja 226.

⁵⁹³ Biologian tuottaman tiedon hyödyntämiseen rikosoikeudessa törmäsin itse notaarina ollessani. Silloin käräjäoikeudessa ratkaistavaksi tuli metsästysrikos, jossa kyse oli karhun erauspennun ampuemisesta. Biologian oppikirjan avulla selvitettiin aluksi, mitä karhun *erauspentu* tarkoitti.

tuomari samaistuu lääkärin rooliin. Tähän tutkimuksessa tätä prosessia kutsutaan *interferenssiksi*, jossa lääketieteellisen termin palpoinnin oikeudellistaminen aloitetaan, ja jossa se voidaan sulauttaa osaksi juridisia konstruktioita *seksuaalista tekoa* ja seksuaalista *hyväksikäyttöä*.

Interferenssi tarkoittaa vähintään kahden konstruktion välillä tapahtuvaa liikettä. *Oikeudellinen metamorfoosi* tarkoittaa, että *interferenssi* johtaa oikeudellisesti arvioiden funktionaaliseen muodonmuutokseen eli *polymorfiseen konstruktion*, jolla yhdessä normien kanssa saadaan aikaan konkreettisia oikeusvaikutuksia. Jos oikeudellinen metamorfoosi ei onnistu eli lopputuloksena ei synny oikeudellisesti arvioiden toimivaa polymorfista konstruktioita, kyse on *oikeudellisesta deformaatiosta*, jossa toimiva konstruktio hajotetaan ja siirretään toisen tieteenalan yhteydessä arvioitavaksi. Siirretyn konstruktion toimintaa arvioidaan ja konstruktion toimintaa testataan uudelleen muun tieteenalan tai arkikokemuksen ja arkikielenkäytön toimesta, jossa konstruktio voi johtaa siitä näkökulmasta katsottuna onnistuneeseen metamorfoosiin.

Ratkaisussa KKO 2011/1 konstruktioiden välinen *interferenssi* palpoinnintä-palpointi-kouriminen päättyi juridisesti *onnistuneeseen metamorfoosiin*. Lääkärin suorittama avantgardistinen rintojen tunnustelutapa katsottiin seksuaaliseksi hyväksikäytöksi, vaikka seksuaalista tekoa ei tapauksessa pystytty näyttämään toteen. Käräjäoikeushan aikaisemmin katsoi, että lääkäri ei ollut käyttänyt potilasta seksuaalisesti hyväkseen.⁵⁹⁴ Korkein oikeus käytti tässä tapauksessa *erityistä oikeudellista transformeria*, jonka avulla polymorfinen konstruktio saatiin aikaan.

Tapauksessa KKO 2006/99 prejudikaattiin olivat valikoituneet väärät konstruktiot. Kyseisessä ratkaisussa korkeimman oikeuden olisi pitänyt samaistua 2000-luvun lukitusteknikon rooliin, mutta korkein oikeus tukeutui historiallisiin premisseihin arvioidessaan teon törkeysastetta. Kyse oli siitä, että autonomian ajan lukitsemisvälineet eivät vastaa 2000-luvun lukitsemisvälineitä. Antti Pihlajamäen oivallinen huomautus siitä, että toiselle kuuluvan salasanan käyttäminen suojattuun tietojärjestelmään tunkeuduttaessa, rinnastuu itse asiassa hyvin anastetun avaimen käyttämiseen tunkeuduttaessa lukittuun huoneistoon. Tämän prejudikaatin yhteydessä 2000-luvun lukitusteknologia olisi ollut osuvampi lainanalogiaavalinta kuin historiallinen eksegeesi. Brusiinin oivallinen huomautus tuomarin kyvystä asennoitua eri rooleihin tilanteessa, jossa voimassa olevan oikeuden normit eivät anna suoranaista tukea ratkaisuharkintaan, unohtuu, vaikka kohdassa 4 korkein oikeus itse toteaa: "Voimassa olevassa laissa tai sen esitöissä (HE 66/1988 vp) ei määritellä, mitä murtautumisella tarkoitetaan."⁵⁹⁵

⁵⁹⁴ Korkein oikeus KKO 2011/1, käräjäoikeuden tuomio 20.5.2008.

⁵⁹⁵ Korkein oikeus KKO 2006/99 kohta 4.

9.8.1 Oikeudellinen deformaatio ja disseminaatio

Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2013/6 poliisin virkamerkki eli tunniste, että henkilö on ja toimii virkatehtävissä virkamerkin esittäessään, muuttuu kerronnan edetessä. Virkamerkin *ekstensio* pysyy paikallaan, mutta narratiivin kohdatessa eriytymisen, *différencen*, virkamerkin semanttinen merkityssisältö irtoaa kannattamiltaan ja virkamerkki muuttuu *de facto* tilannesidonnaiseksi. Virkamerkistä tulee virka ja merkki. Varsinaisen prejudikaattinormin *ratio decidendi intensio disseminoituu* muuttaen muotoaan ja etsien alati uusia erilaisia merkityssisältöjä. Poliisin virkamerkki muuttuu Ludwig Wittgensteinin kuvamalla tavalla Pariisin perusmetrin kaltaiseksi esineeksi, josta koskaan ei voi tietää, onko se metrin mittainen vai eikö se sitä ole.⁵⁹⁶ Pariisin perusmetri on esine, jonka intensio on jäänyt pysyvästi liikkeeseen. Näin kävi myös poliisin virkamerkille, josta tavallinen kansalainen ei voi koskaan tietää, onko henkilö merkin näytettyään *jo-poliisi*, *ei-vielä-poliisi* tai *ei-nyt-mutta-ehkä-kohta-poliisi*.

Korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2013/6 *ratio decidendi* on: On olemassa vain *yksi* esine, josta ei voi väittää, että se on poliisin virkamerkki eikä, että se ei ole poliisin virkamerkki. Tämä esine on henkilöllä hallussaan oleva virkamerkki. Poliisin virkamerkki on samalla kertaa *sekä-että* ja *ei-eikä*. Vaikka poliisin eettisellä ohjeella ja näin ollen poliisin ”omalla” näkemyksellä virkamerkin käytöstä ei ole oikeuslähdeopillista arvoa, annettu prejudikaatti välittyy poliisin omaankin ammatilliseen käsitykseen.⁵⁹⁷ Prejudikaatin oikeusohje *ratio decidendi* suodattuu poliisin toimintaan.

”On olemassa vain *yksi* esine, josta ei voi väittää, että se on 1 metrin pituinen, eikä, että se ei ole 1 metrin pituinen: Tämä esine on Pariisissa säilytettävä perusmetri. – Näin sanoessamme emme tietenkään ole liittäneet tähän esineeseen mitään merkillistä ominaisuutta, vaan ainoastaan luonnehtineet sen omalaatuista roolia metrimitala tapahtuvassa mittaamisen pelissä.”⁵⁹⁸

Virkamerkki ei ole enää vain virkamerkki, vaan se on ”virkamerkki.” Kyse on virasta ja merkistä bonuskorttina, kerhon jäsenkorttina tai alennuskorttina, jonka semanttinen merkitys *de facto* on jäänyt liikkeeseen. Kyse ei ole enää vain poliisin virkamerkistä, joka yksilöi tietyn henkilön poliisin ammattikuntaan kuuluvaksi poliisimieheksi, joka juuri tällä hetkellä ja myös lähitulevaisuudessa on poliisi toimien poliisin valtuuksin ja käyttäen julkista valtaa. Virkamerkki ei ole enää vain *poliisikortti*, vaan jokin muu kortti, joka ehkä tulevaisuudessa tai kaukaisemmassa tulevaisuudessa voi olla tai voi olla olematta poliisikortti. Virkamerkin semanttinen merkityssisältö jää lukitsematta varsinaiseksi poliisikortiksi, joka osoittaa henkilön olevan poliisi juuri *tällä hetkellä* ja myös *lähitulevaisuudessa*.⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ Pariisin perusmetrin ”metrin mitan” ratkeamattomuuden ongelmasta Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 55, kohta 50.

⁵⁹⁷ Oikeuslähteiden velvoittavuudesta Ks. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220–221; Aarnio, *Tulkinnan taito*, s. 291–306.

⁵⁹⁸ Wittgenstein, *Filosofia tutkimuksia*, s. 55, kohta 50.

⁵⁹⁹ Temporaalirakenteesta vrt. Repo, *Oikeudesta uittaa puutavaraa* s. 140–141, 146.

Kysymys sivuutetaan, milloin henkilö toimii poliisina varsinaisissa virkatehtävissä ja virkavastuulla ja milloin kyse on henkilöstä, joka enää ei ole poliisi. Poliisilain 9 c §:stä tulee *torjuttu premissi*, johon syyttäjä on vedonnut ja korkein oikeus on viitannut, mutta ei ole sitä ratkaisun perusteluissa soveltanut. Virkamerkki muuttuu tilannesidonnaiseksi.

Tuomioistuin tekee kielen avulla asioita. *Lokuutio* eli sanat, jotka virkamerkistä sanotaan “[s]elvää sinänsä on, että poliisimiehen ammatti ja sen osoitukseksi esitetty virkamerkki ovat saaneet B:n luottamaan A:han. Tämän luottamuksen perusteena ei kuitenkaan edellä todettu huomioon ottaen voida katsoa olleen sen, että A olisi toiminut sillä hetkellä virkatehtävässään, vaan sen, että poliisimiehiä ja poliisin ammattikuntaa kohtaan yleensä tunnetaan luottamusta” ja lauseen *perlokuutio* vaikutus, jonka lause kuulijassaan saa aikaan *diffusoiuu*. Kyseisessä ratkaisussa “selvää sinänsä” on että, virkamerkin merkitys ja käyttötarkoitus muuttuu harvinaisen epäselväksi.⁶⁰⁰ “Selvää sinänsä” on vain se, että virkamerkin käyttötarkoitus *de facto*, on jäänyt liikkeeseen. Vasta jälkikäteen voimme sanoa, missä tarkoituksessa henkilö virkamerkkiään käytti. Korkein oikeus käyttää ratkaisussaan *erityistä oikeudellista transformeria* “selvää sinänsä on” narratiivissa olevan epäjatkuvuuden ylitykseen. Vaikka erityistä oikeudellista transformeria on käytetty, prejudikaatin antama oikeusohje jää harvinaisen epäselväksi: onko merkki kansalaiselle osoitus ja varoitus julkisesta vallan käytöstä poliisimerkin käyttötarkoituksessa vai onko merkki osoitus jostain muusta. Ihmiset eivät enää ymmärrä, missä tarkoituksessa henkilö virkamerkkiä näyttää. Erityinen oikeudellinen transformeri toimii *dysfunktionaalisesti* heikentäen ratkaisun kohdentuvuutta ja perustelujen syvyyttä. Virkamerkin alkavaa *disseminaatiota* ei ole hidastettu, vaikka ratkaisun prejudikaattiluonteen vuoksi semanttinen merkityssisältö vaatii vakioimista tavalla, joka täyttää oikeusvarmuuden kriteerit. Korkein oikeus määrittelee itse tärkeimmäksi tehtäväkseen prejudikaattien antamisen ja tärkein tehtävä saa myös vahvaa institutionaalista tukea lainsäädännöstä. Kansalaisten pitää pystyä erottamaan, milloin korttia näyttävä henkilö on poliisi, joka juuri *sillä hetkellä* toimii poliisin virkatehtävissä ja on sitä myös *lähitulevaisuudessa*.

Korkein oikeus eriyttää kaksi konstruktiota toisistaan, *virkamerkkikonstruktion* ja *poliisin tehtävät* -konstruktion. Eriyttäminen tehdään seuraavien kohtien kautta. Kohdassa 12 korkein oikeus toteaa: “Poliisin virkamerkin esittäminen liittyy yleensä tilanteeseen, jossa poliisimies toimii virkatehtävässä ja käyttää julkista valtaa.” Virkamerkki toimii indikaattorina julkisesta vallasta ja selventää kansalaisille, missä roolissa henkilö toimii. Kohdassa 13 korkein oikeus eriyttää poliisin virkamerkin esittämisen ja vapaa-ajan toisistaan. Korkein oikeus toteaa: “Pelkästään se, että poliisiviran haltija vapaa-aikanaan esittää virkamerkin, ei kuitenkaan merkitse, että hän sillä hetkellä ilmoittaa toimivansa ja toimii virkatehtävässä. Virkamerkin esittämiselle voi olla myös muita syitä.” Virkamerkkikonstruktiota alkaa irrota poliisin tehtävät -konstruktiosta.

⁶⁰⁰ Kielen avulla paitsi sanotaan asioita, *to make statements*, myös tehdään niitä, *to perform actions*. Austin, *How to Do Things with Words*, *passim*.

Virkamerkin esittämiselle on myös muita käyttökohteita kuin indikaattorina poliisin virkatehtävien aloittamisesta. Kohdassa 18 korkein oikeus avaa virkamerkkikonstruktion kokonaan poliisin tehtävät konstruktiosta ja siirtää virkamerkkikonstruktion toiseen kontekstiin. Korkein oikeus toteaa: "Selvää sinänsä on, että poliisimiehen ammatti ja sen osoitukseksi esitetty virkamerkki ovat saaneet B:n luottamaan A:han. Tämän luottamuksen perusteena ei kuitenkaan edellä todettu huomioon ottaen voida katsoa olleen sen, että A olisi toiminut virkatehtävässään, vaan sen, että poliisimiehiä ja poliisin ammattikuntaa kohtaan yleensä tunnetaan luottamusta." Virkamerkki on siirretty toiseen kontekstiin. Virkamerkki ei toimi enää vain indikaattorina poliisin tehtävien aloittamisesta, vaan siitä, että poliisimiehiä kohtaan yleensä tunnetaan luottamusta. Kyse on sanan virkamerkki muiden käyttötapojen avaamisesta.

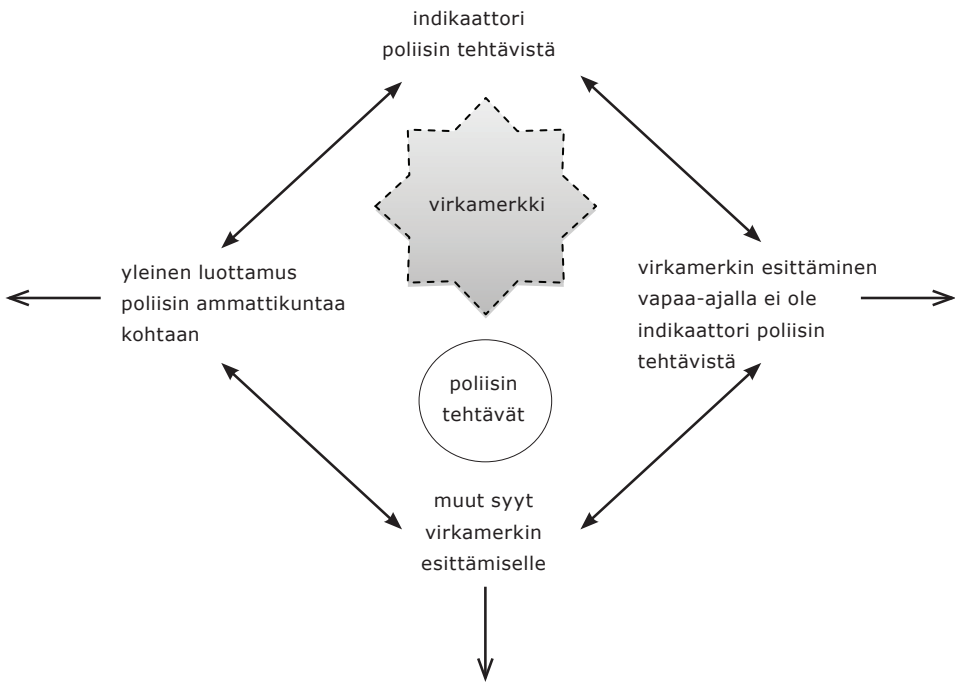
"Käytetäänkö tätä sanaa sitten siinä kielessä, jossa sen kotipaikka on, todella koskaan tällä tavalla? – *Me* palautamme sanat niiden metafysisestä käytöstä takaisin niiden jokapäiväiseen käyttötapaan."⁶⁰¹

Kyiseisessä ratkaisussa onnistunutta oikeudellista metamorfoosia ei tapahdu. Tapauksessa kyse ei ollut virkarikoksesta RL 40 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan, koska poliisimies ei ollut virkatehtävissä, vaan hän vapaa-ajallaan näytti virkamerkkiään. Kyse on *juridisesta deformaatiosta* eli prosessista, joka ei johda toimivaan juridiseen konstruktion, vaan on *juridiselle metamorfoosille* käänteinen ilmiö. Virkamerkkikonstruktiota arvioidaan toisen tieteenalan yhteydessä: "poliisitieteissä", sosiologiassa tai muun tieteenalan konstruktiosta käsin.

Kuvio 9 kuvaa *oikeudelliselle metamorfoosille* käänteistä ilmiötä eli *oikeudellista deformaatiota*. Kuviossa keskellä on virkamerkkikonstruktion eli tähti ja poliisintehtävät-konstruktion eli ovaali. Poliisintehtävät-konstruktion ja virkamerkkikonstruktion toimivat yhdessä. Virkamerkkikonstruktion irrotetaan poliisintehtävät-konstruktiosta, jolloin jäljelle jää vain poliisintehtävät-konstruktion. Virkamerkki siirtyy toisen tieteenalan yhteyteen, jossa virkamerkki määritellään uudelleen kyseessä olevan tieteenalan konstruktiota vasten, nuolet ulospäin. Ulkokehällä on kirjoitettu näkyviin deformaation vaiheet. Ylhäällä on kuvattu alkutilanne, jossa virkamerkkikonstruktion toimii yhdessä poliisin tehtävät konstruktion kanssa. Virkamerkki on indikaattori poliisin tehtävien aloittamisesta, nuoli sisäänpäin kohti virkamerkkiä ja poliisin tehtävät konstruktiota. Deformaatioprosessi lähtee liikkeelle. Virkamerkki ei ole enää indikaattori poliisin tehtävien aloittamisesta, vaan henkilön ollessa vapaa-ajalla, virkamerkkiä voi käyttää muussakin käyttötarkoituksessa, kuvion alalaita. Vaikka A oli luottanut B:hen hänen esitettyä virkamerkkinsä, tämä tarkoittaa, että poliisin ammattikuntaa kohtaa yleensä tunnetaan luottamusta. Deformaation seurauksena virkamerkkikonstruktion ei ole oikeustieteellinen konstruktion, vaan se on usealle eri tieteenalalle hajaantunut konstruktion.

⁶⁰¹ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 89, kohta 116.

Oikeudellinen deformaatioprosessi



Kuvio 9. Oikeudellinen deformaatio

Korkein oikeus muotoaa poliisin käyttäytymisvelvoitteen ja virkatehtävien välistä suhdetta. Tapauksen *avainkonstruktiot* ovat poliisin-tehtävät -konstruktio, virkamerkkikonstruktio ja poliisin käyttäytymiskonstruktio, joka koskee myös poliisin käyttäytymistä vapaa-ajalla. Tapauksessa korkeimman oikeuden olisi pitänyt perustella poliisin käyttäytymiskonstruktion torjuminen, kun se nyt vain siirrettiin syrjään. Tapauksessa nousi keskeiseksi se, miten lainsäätäjä on määritellyt poliisin virkatehtävät poliisilain 9.3 §:n ja 11 §:n kautta. Poliisilaissa säännellyihin virkatehtäviin ei kuulu nuoren tytön raiskausta, vaikka poliisimies virkamerkkinsä tytölle esitti ja kertoi olevansa poliisi.

Tammikuun 1. päivänä 2014 voimaan tulleen uuden poliisilain (872/2011) 8 §:n mukaan poliisimiehen on tarvittaessa ilmaistava toimenpiteen kohteena olevalle henkilölle olevansa poliisimies ja pyynnöstä esitettävä virkamerkkinsä, jos ilmaiseminen tai esittäminen on mahdollista toimenpiteen suorittamista vaaranantamatta. Poliisin on huolehdittava myös siitä, että virkatoimen suorittanut poliisimies on tarvittaessa yksilöitävissä. Lainsäätäjän kanta edelleen on, että virkamerkki on poliisilla mukana ja se on tarvittaessa myös esitettävä. Virkamerkki toimii siten tunnisteena kansalaisille, että henkilö, joka merkin esittää, on poliisi ja toimii virkavastuulla. Samaisen poliisilain 1 §:n 2 momentti säätelee, että poliisi

suorittaa lupahallintoon liittyvät ja muut sille laissa erikseen säädettyt tehtävät sekä antaa jokaiselle tehtäväpiiriinsä kuuluvaa apua. Poliisin tehtävät määritellään lakitasolla ja poliisilain 5 §:n mukaan poliisi saa käyttää toimivaltuuttaan vain laissa säädettyyn tarkoitukseen. Tämän lisäksi poliisilain 11 §:n mukaan poliisimiehellä on laissa säädettyä toimivaltuutta käyttäessään oikeus yksittäistapauksessa antaa jokaista velvoittavia tarpeellisia käskyjä ja kieltoja.

Nykyiset poliisilain säännökset osoittavat, että lainsäätäjän ei ole tarkoitus erottaa toisistaan poliisintehtävät-konstruktioita ja virkamerkkikonstruktioita. Virkamerkin esittämistä muussa tarkoituksessa kuin poliisin tehtävien aloittamiseksi ei ole edelleenkaan tarpeen *de lege ferenda* säätää rangaistavaksi, koska virkamerkkikonstruktio on jo osana poliisin tehtävissä. Virkamerkki on edelleen sidoksissa poliisitehtävien aloittamiseen siinä merkityksessä, kun poliisimies poliisilain 11 §:n nojalla antaa kieltoa ja käskyjä ja näin toimimalla käyttää julkista valtaa. Jos tavallinen kansalainen ei voi enää olla varma, missä käyttötarkoituksessa poliisi virkamerkin esittää, mistä tavallinen kansalainen voi tietää, että poliisi käytti toimivaltuuttaan ja antoi poliisilain 11§:n mukaisen velvoittavan käskyn tai kiellon? Voidaanko kansalaista syyttää niskoittelusta poliisimiestä vastaan RL 16 luvun 4 §:n mukaan, jos kansalainen jättää noudattamatta hänelle osoitetun käskyn tai kiellon? Aarnion ajatus oikeudenkäytön mielivaltaisuudesta eli oikeudenkäytön satunnaisuudesta ja epävarmuudesta on mahdollinen.⁶⁰²

9.8.2 Oikeudellinen metamorfoosi ja polymorfinen konstruktio

Tapauksessa KKO 2011/1 lääketieteestä tullut termi *palpointi* juridisoitiin ja saatettiin juristien konstruktioiden maailmaan. Palpointi koki *interferenssin* eli sekoittumisen yleiskielisten käpälöinnin ja kourimisen kanssa. Interferenssi päättyi *erityisen oikeudellisen transformerin* ”kokonaisharkinnan perusteella” avulla oikeudellisesti *onnistuneeseen metamorfoosiin*, joka johti oikeudellisesti arvioiden toimivaan *polymorfiseen konstruktioon*. Seksuaalista hyväksikäyttöä on se, jos lääkäri kaksin käsin kouraotteella kourii potilaan rintoja edestä ja takaa ja myös maistaa potilaan nänniä. Kyse ei ole lääketieteellisesti hyväksytystä palpoinnista, vaan seksuaalisesta hyväksikäytöstä rikoslain 20 luvun 5 §:n 1 momentin mukaisesti. Ratkaisun avainkonstruktio oli seksuaalisen hyväksikäytön konstruktio. Ratkaisu on ilmeinen ja kyseisen tapauksen ennakkoratkaisuarvo on arvostelulle altis, vaikka ratkaisun perustelulauseet rakentuvat avainkonstruktioiden varaan. Miksi korkein oikeus julkaisi tapauksen prejudikaattina eikä toisessa sarjassaan? Ratkaisu kertoo, että yhtä aikaa kaksin käsin tapahtuva potilaan rintojen pyörittely ja puristelu edestä ja takaa on kiellettyä kourimista, ei lääketieteellisesti sallittua rintojen palpointia. Mutta entä jos osa tapauksen tunnusmerkistökiteijöistä olisi puuttunut? Täyttääkö *yhdellä* kädellä potilaan rintojen kouriminen palpoinnin tunnusmerkistön? Entäpä jos lääkäri kourii potilasta, mutta ei kehu potilaan rintoja kauniiksi ja hyvinmuodostuneiksi tai jos lääkäri pyörittelee kouraotteella potilaan rintoja vain edestäpäin ja ei maista potilaan

⁶⁰² Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 186.

nänniä. Kertooko prejudikaatti juuri kaksin käsin kouraotteella edestä ja takaa samalla potilaan nänniä maistaen olevan kiellettyä seksuaalista hyväksikäyttöä? Jääkö ratkaisussa prejudikaatin tarkkuus eli ratkaisun intensio puutteelliseksi?

Kyseisessä tapauksessa seksuaalinen teko on *latenttina premissinä* kaiken aikaa läsnä. Latentti premissi vaikuttaa tekstin sisäisessä rakenteessa, mutta sitä ei lausuta julki. Tapauksessa lääkärin katsottiin syyllistyneen seksuaaliseen hyväksikäyttöön, vaikka tekijän seksuaalisen kiihottumisen tavoittelu jäi toteennäyttämättä. Toisin käräjäoikeus, joka valitsi ratkaisunsa *avainpremissiksi* seksuaalisen teon ja loukatun suostumuksen, mutta seksuaalinen teko jäi tapauksessa näyttämättä toteen ja potilas oli antanut luvan nännin imemiseen. Näin ollen lääkäri ei ollut syyllistynyt seksuaalisen hyväksikäyttöön ja korkeimman oikeuden käyttämää *erityistä oikeudellista transformeria* ei tarvittu.

Korkeimmassa oikeudessa seksuaalista tekoa ei ratkaisun perusteluissa julki lausuttu, vaan se häivyttiin kerronnalliseen narratiiviin. Jos tekijä ei myönnä tavoitelleensa seksuaalista kiihottumista, seksuaalista tekoa ei käytännössä pysty näyttämään toteen. Konstruktion häivytyksen jälkeen korkein oikeus ottaa käyttöön *erityisen oikeudellisen transformerin*. Seksuaalinen hyväksikäyttö katsottiin kokonai-sharkinnan perusteella toteennäytetyksi. Kohdassa 8 korkein oikeus toteaa: ”Se, että A on poikennut suositelluista lääketieteellisistä tutkimustavoista, ei vielä riitä osoittamaan menettelyn seksuaalista luonnetta. Kokonaisuutena arvioiden A:n menettely on kuitenkin ollut sen laatuista, että se vahvasti viittaa seksuaalisen kiihotuksen tai tyydytyksen tavoitteluun.” Vaikka tekijän seksuaalisen kiihotuksen ja tyydytyksen tavoittelu jäi epävarmaksi, narratiivi jatkaa matkaa siinä olevasta epäjatkuvuuskohdasta huolimatta yli ”kokonaisuutena arvioiden” -konstruktion avulla. Tässä tapauksessa tämä *erityinen oikeudellinen transformeri* johti perustelluimpaan mahdolliseen lopputulokseen siihen, että lääkärin kourissa potilasta ensin edestä ja sitten takaa samalla maistaen potilaan rintaa, kyse on seksuaalisesta hyväksikäytöstä, vaikka potilas oli antanut nännin maistamiseen luvan. Loukatun-suostumus -konstruktio vaikuttaa narratiivissa, mutta korkein oikeus torjuu sen. Loukatun-suostumus -konstruktio on korkeimmassa oikeudessa *torjuttu premissi*. Kyseinen konstruktio toimi käräjäoikeudessa avainpremissin roolissa. Se oli puoltava seikka sille, että lääkäri ei ollut käyttänyt potilasta seksuaalisesti hyväkseen. Olihan lääkäri saanut luvan potilaan nännin imemiseen. Toisin oli tapauksessa KKO 2013/6, jossa *erityinen oikeudellinen transformeri* ”selvää sinänsä” toimi *dysfunktionaalisesti* tehden virkamerkin käyttötarkoituksen häilyväksi. Tässä tapauksessa KKO 2011/1 erityinen oikeudellinen transformeri toimi *funktionaalisesti* tilanteessa, jossa olisi ollut kestänytöntä katsoa, että lääkärin toiminta olisi ollut lääketieteellisesti sallittua palpointia tai, että kyseinen toiminta ei olisi ollut juridisesti seksuaalista hyväksikäyttöä. Erityisellä oikeudellisella transformerilla korkein oikeus pääsi narratiivissa olevasta epäjatkuvuuskohdasta yli, jonka seksuaalisen teon konstruktio aiheutti. Sokkelikossa oleva epäjatkuvuuskohta ylittiin erityisen oikeudellisen transformerin avulla. Vaikka lääkärin seksuaalisen kiihottumisen tavoittelua ei oltu näytetty, katsottiin teon siitä huolimatta täyttävän seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistön.

Ratkaisun KKO 2011/1 lopussa korkein oikeus arvioi vahingonkorvauskysymystä ja käytti argumentaationsa mallina Virolaisen ja Martikaisen luonnehtimaa argumentaatiomallia *pro & contraa*. Korkein oikeus toteaa kohdassa 22: "Korvausta korottavaan suuntaan vaikuttaa se, että loukkaus on tehty luottamusta edellyttävässä lääkäri-potilas-suhteessa, että loukkaus on kohdistunut terveydestään vakavasti huolestuneeseen potilaaseen ja että A:n menettely on ollut B:lle näistäkin syistä nöyryyttävää." Kyse on *pro*-argumentista, jonka käyttäminen puoltaa vahingonkorvauksen määräämistä. *Contra*-argumenttina korkein oikeus toteaa: "Toiseen suuntaan puolestaan vaikuttaa se, että teko on kohdistunut täysi-ikäiseen henkilöön, jonka riippuvuussuhde tekijään on ollut hetkellinen." Vahingonkorvauskysymyksen ratkaisemisessa näkyy *pro-contra* argumentaation rakenne *pro*-argumenttien osuessa kohdalleen ja fokusoituen oikeudelliseen ongelmaan, mutta onko vahingonkorvauksen määrää alentava seikka se, että hoitava lääkäri kourii kaksin käsin kouraotteella ensin edestä ja sitten takaa potilaan rintoja ja kehuu niitä kauniiksi ja hyvin muodostuneiksi potilaan ollessa täysi-ikäinen ja riippuvuussuhteen ollessa lääkäriin hetkellinen? Eikö potilas-lääkärisuhde ole luottamussuhde ja kourimisen kestolla ei ole mitään merkitystä vahingonkorvauksen määrää alentavana seikkana. Jäivätkö *contra*-argumentit tapauksessa vain artefakteiksi.⁶⁰³

Seksuaalisen teon konstruktio eräissä muissa korkeimman oikeuden ratkaisuissa

Matti Tolvanen on kiinnittänyt tarkkanäköisesti huomiota seksuaalisen kiihotuksen näyttökynnykseen mahdottomuuteen kysyessään ratkaisun KKO 2011/1 kommentaarissa: "Miten näytetään seksuaalisen kiihotuksen tai tyydytyksen tavoittelu? Epäilty yleensä kiistää tavoitteleensa tunnusmerkistössä kuvattua tyydytystä tai kiihotusta."⁶⁰⁴ Jos epäilty ei myönnä seksuaalista kiihottuneisuuttaan näyttökynnys nousee ylitsepääsemättömän korkealle. Seksuaalisen teon konstruktioista, joka on seksuaalisen hyväksikäytön osakonstruktio on *in abstracto* tullut *hukkapremissi* seksuaalisen kiihotuksen tavoittelun toteennäyttämisen mahdottomuuden vuoksi, mutta *in concreto* kyseisen konstruktion toiminta perustelulauseessa määrää sen, minkälaisen roolin konstruktio tosiasiaassa voi saada ratkaisussa. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2011/1 seksuaalinen teko on *avainpremissinä*, joskin vaikeasti toteennäytettävissä.⁶⁰⁵

Seksuaalisen teon motiivi oli sisänrakennettuna seksuaalisen teon määritelmään vuoden 2011 saakka, kunnes se 20.5.2011 voimaantulleella lakimuutoksella poistettiin. Lainsäätäjät siten muokkasi seksuaalisen teon konstruktiota uudelleen ja *hukkapremissi in abstracto* poistui.

⁶⁰³ Huomionarvoista on, että Virolaisen ja Martikaisen *Pro & Contra* -kirja tai myöhempi teos *Tuomion perusteleminen* eivät esitä mitään analyttistä mallia tai käsitteellisiä reunaehtoja, joiden varaan *pro/ contra* argumentaatio voidaan viime kädessä palauttaa tai kiinnittää.

⁶⁰⁴ Tolvanen, "Seksuaalinen hyväksikäyttö ja lääkärintutkimus, KKO 2011:1", s. 16.

⁶⁰⁵ Vrt. myös korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2012/66, jossa olosuhdetahallisuus muodostui *in concreto* tapauksen *hukkapremissiksi*. Tapauksessa kyse oli seksuaalipalvelusta, jonka X oli ostanut A:lta. X kiisti tietäneensä, että A oli seksikaupan kohde. Tapauksessa X:n tahallisuus nousee mahdottomaksi näyttää toteen, jos X ei myönnä tietäneensä, että A oli parituksen kohteena.

Seksuaalisen teon konstruktio vaikuttaa *avainpremissinä* esimerkiksi myös tapauksessa KKO 2005/93, jossa kyse oli lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä. Tapauksessa lapsien isä oli toistuvasti antanut kielisuudelmia lapsilleen, joihin oli liittynyt suun ympäristön nuoleskelua ja vartalon hyväilyjä. Isä kiisti lasten seksuaalisen hyväksikäytön ja sen itselleen tuoman seksuaalisen kiihotuksen. Kyseisen tapauksen kohdassa 9 korkein oikeus toteaa: "Näyttöä ei ole esitetty myöskään siitä, että A olisi ollut seksuaalisesti kiihottunut ollessaan tekemisissä lasten kanssa." Näyttöä ei ollut siitä, että isässä olisi tapahtunut fysiologisia seksuaalisen kiihottumisen tai tyydytyksen tavoittelun merkkejä. Vaikka asiassa esitetyn lastenpsykiatrisen poliklinikan lausunnon mukaan lasten suulle suuteleminen ja vartalon hyväily ovat lasten rajoja rikkovaa ja kehityksen kannalta vahingollista, tämä ei vielä riitä osoittamaan, että tekijä olisi tehnyt seksuaalisen teon. Korkein oikeus toteaa kyseisen tapauksen kohdassa 11: "Pelkästään siitä seikasta, että A:n menettely on todettu lasten kehityksen kannalta vahingolliseksi, ei vielä voida hovioikeuden tavoin päätellä, että kysymyksessä olisi myös ollut rikoslain 20 luvun 10 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla "seksuaalinen" teko. Kun syyte koskee nimenomaan lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä, teon rangaistavuus edellyttää, että teolla on ollut viimeksi mainitun kaltainen luonne. A:n menettelyn ei siten ole näytetty täyttäneen rikoslain 20 luvun 6 §:n 1 momentissa säädettyä rikostunnusmerkistöä."

Lasten vartalon hyväilystä ja suulle suutelemisen vahingollisuudesta annettu asiantuntijalausunto muuttuu *torjutuksi premissiksi*. Korkein oikeus toteaa kohdassa 11: "Lausunnossa ei kuitenkaan oteta kantaa siihen, ovatko siinä mainitut "isän tarpeet" olleet luonteeltaan seksuaalisia vai eivät. Pelkästään siitä seikasta, että A:n menettely on todettu lasten kehityksen kannalta vahingolliseksi, ei vielä voida hovioikeuden tavoin päätellä, että kysymyksessä olisi myös ollut rikoslain 20 luvun 10 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla "seksuaalinen" teko." Miksi korkein oikeus esittää "seksuaalisen teon" ja "isän tarpeet" lainausmerkeissä? Lastenpsykiatrian poliklinikan lausunnon tarkoitus on tuoda selvyyttä isän menettelyn vahingollisuudesta *lastensa* kasvulle ja kehitykselle, ei kuvaamaan isän tarpeiden tyydyttymistä. Brusiinin jo 1930-luvulla esittämä aiheellinen huomautus tuomarin asennoitumista sosiologin, taloustieteilijän, yhteiskuntatieteilijän rooliin sivuutetaan. Kyse on tuomarin roolista ja lastenpsykiatrin rooliin asennoitumisesta. Menettelyn seksuaalista luonnetta ei riitä osoittamaan edes isän toistuva ja pitkäkestoinen läheinen lasten koskettelu. Kohdassa 8 korkein oikeus toteaa: "Esille ei ole tullut sellaisia seikkoja, jotka viittaisivat A:lla olleen taipumusta käyttää lapsia seksuaalisesti hyväkseen. Huomiota on kiinnitettävä myös siihen, ettei A ole mitenkään pyrkinyt salaamaan tai peittelemään hyväilyjään."

Ratkaisun narratiivin alun kielteinen *intensio* muuttuu perusteluketjujen saatuttaessa puolivälin. Korkein oikeus tekee etnologisen kansallisten kulttuurien *ekskursion*, opintoretken kulttuurisidonnaisiin tervehtimis- ja hellyydenosoitus-tapoihin. Kohdassa 7 korkein oikeus toteaa: "Vanhempien ja pienten lasten välisissä suhteissa suutelut ja hyväilyt ovat tavanomaisia hellyyden ja yhteisyyden osoittamisen muotoja, joskin käytäntö vaihtelee eri yhteisöissä ja kulttuureissa.

Se seikka, että osa todistajista on nyt esillä olevassa tapauksessa pitänyt A:n menettelyä tavallisesta poikkeavana, ei vielä osoita sen seksuaalista luonnetta.”

Korkeimman oikeuden suorittama opintoretki on epäolennainen ja ylimääräinen *hukkakonstruktio*, joka ilmestyy mukaan narratiiviin, mutta ei sotkien, vaan pitkittäen perusteluketjuja. Perustelujen sokkelikkoon rakennetaan tarpeeton harhapolku. Korkein oikeus toteaa kohdassa 8: ”Asiassa on suoritettu verraten laajoja selvityksiä ja muun ohessa kuultu A:ta hyvin tuntevia henkilöitä. Esille ei ole tullut sellaisia seikkoja, jotka viittaisivat A:lla olleen taipumusta käyttää lapsia seksuaalisesti hyväkseen.” Isä nuoleskeli alaikäisiä poikiaan toistuvasti suulle ja hyväili heidän vartalojaan. Isän kaverit eivät nähneet isän toiminnassa mitään huomauttamista, vaikka ”osa todistajista on nyt esillä olevassa tapauksessa pitänyt A:n menettelyä tavallisesta poikkeavana.”⁶⁰⁶

Menettelyn toistuvuudesta ja pitkäkestoisuudesta tulee toinen *torjuttu premissi* ja isän ystävät ovat tapauksen *hukkapremissi*. Kohdassa 9 korkein toteaa: ”Tilaisuuksia tehdä havaintoja A:sta hänen ollessaan lastensa kanssa läheisessäkin kosketuksessa on ollut runsaasti.”⁶⁰⁷ Tapauksessa ei ollut siten näytetty, että isä olisi tavoitellut seksuaalista kiihottumista tai tyydyttymistä nuoleskeltuaan pienten poikiensa suun ympäröiksi ja hyväillessä heidän vartalojaan. *Ratio decidendi* erotetaan *obiter dictata*. Kun ei ollut näytetty, että isä olisi tavoitellut omien seksuaalisten tarpeidensa tyydytystä, isän toiminta ei ole ollut seksuaalista hyväksikäyttöä. Pitkäkestoiset ja toistuvat kielisuudelmat ovat sallittuja, kun ne tekee avoimesti! Kyseisessä tapauksessa ei otettu kantaa lasten erityiseen emotionaaliseen riippuvuussuhteen väärinkäytön mahdollisuuteen. Vanhempien lapsiinsa kohdistamat seksuaaliset teot ovat aina lapsille vahingollisia. Lapset ovat vanhempiinsa nähden alisteisessa asemassa ja eivät kykene objektiivisesti arvioimaan vanhemman tarkoitusperiä ja menettelyn luonnetta. Vastuu teon riskeistä on aina vanhemmalla, ei lapsella. Erityinen riippuvuus on tapauksen *puuttuva premissi*.

Miksi lasten emotionaalille ja taloudelliselle riippuvuussuhteelle isästään ei tapauksessa annettu merkitystä arvioitaessa isän menettelyn vahingollisuutta lapsiansa kohtaan, vaikka isä oli syytteen mukaan noin 5 vuotta (1.1.1996–30.3.2001) antanut kielisuudelmia alaikäisille pojilleen poikien ollessa aluksi 3 ja yksi vuotiaita jatkaen toimintaansa poikien saavuttaessa kouluiän? Kun fysiologisia kiihottumisen merkkejä ei oltu näytetty, syyte lasten seksuaalisesta hyväksikäytöstä hylättiin, vaikka isä oli toistuvasti ja pitkäkestoisesti jatkanut toimintaansa ja lasten riippuvuussuhde isäänsä oli erityisen merkittävä.

Toisin tapauksessa KKO 2010/1, jossa yhtiön toimitusjohtaja oli kosketellut neljää täysi-ikäistä vastavalmistunutta naispuolista työntekijäänsä.⁶⁰⁸ Yhtiön toimitusjohtaja kielsi tavoitelleensa teollaan seksuaalista kiihotusta ja tyydy-

⁶⁰⁶ Korkein oikeus KKO 2005/93 kohta 7.

⁶⁰⁷ Lapsiin kohdistuvista seksuaalirikoksista Ks. Hirvelä, *Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa, passim*.

⁶⁰⁸ Tapauksissa KKO 2005/93 ja KKO 2010/1 oli voimassa sama seksuaalisen teon määritelmä RL 20 luvun 10 §:n 2 momentti, jonka mukaan seksuaalisella teolla tarkoitetaan tekoa, jolla tekijä tavoittelee itselleen seksuaalista kiihotusta tai tyydytystä ja joka tekijä ja kohteena oleva henkilö sekä tekoolosuhteet huomioon ottaen on seksuaalisesti olennainen.

tystä. Kohdassa 8 korkein oikeus toteaa: "A on kiistänyt syytteen katsoen, etteivät hänen tekonsa olleet olleet olennaisesti seksuaalisia. Hän ei ollut taivutellut asianomistajia alistumaan teon kohteeksi, vaan oli totellut heti asianomistajien kieltoa, kun nämä olivat sellaisen ilmaisseet. Asianomistajat eivät myöskään olleet hänestä erityisen riippuvaisia." Vaikka vastaaja kielsi tekonsa seksuaalisen luonteen, katsoi korkein oikeus rikoslain 20 luvun 5 §:n 1 momentin 4 kohdassa kriminalisoidun seksuaalisen hyväksikäytön toteennäytetyksi.

Kohdassa 9 korkein oikeus kuvaa tapahtumakulkua: "... A on hieronut tai kosketellut asianomistajia hartioilta samoin kuin intiimeiltä alueilta..., A on yrittänyt riisua ainakin joidenkin asianomistajien yltä vaatekappaleita..." Riisuminen riittää osoittamaan A tavoitelleen teollaan seksuaalista kiihotusta ja tyydystä ilman, että A:n fysiologisessa tilassa tapahtuneista muutoksista saadaan varmuutta. Korkein oikeus katsoi myös, että erityinen riippuvuussuhde oli olemassa. Kohdassa 11 korkein oikeus toteaa: "A on selvästi heitä kutakin vanhempi ja lisäksi hän on... heihin nähden hallitsevassa asemassa..., Korkein oikeus katsoo, ettei A:n ryhtyminen tekoon ole pohjautunut osapuolten kannalta tasavertaiseen tilanteeseen." Epätasa-arvoisen tilanteen sinetöi A:n asema yhtiön toimitusjohtajana ja hallituksen puheenjohtajana. Kohdissa 12-13 korkein oikeus toteaa: "...Erityisen riippuvainen toisesta on esimerkiksi henkilö, jonka työsuhteen jatkuvuus on toisen päätettävissä...A on edellä todetuin tavoin ollut asianomistajien esimies, ottanut heidät työhön ja päättänyt muun muassa heidän työvuoroistaan. Asemansa perusteella A on voinut vaikuttaa myös asianomistajien työsuhteiden jatkumiseen."

Erityisen riippuvuussuhteen mittapuuna korkein oikeus käyttää emotionaalisen riippuvuussuhteen sijasta taloudellista riippuvuussuhdetta. Merkityksellistä on asianomistajien taloudellinen tilanne, säännöllinen palkkatulo työstään. Se, että vastavalmistuneiden nuorten tulot riittävät välttämättömiin jokapäiväisiin menoihin. Alkaa liike, *interferenssi*, joka päättyy juridisesti *onnistuneeseen metamorfoosiin*.

Korkein oikeus toteaa kohdassa 13: "Mainituista syistä A:n ja asianomistajien välillä on vallinnut hovioikeudenkin toteama taloudellinen riippuvuussuhde, jonka merkitys asianomistajille on ollut tärkeä...Korkein oikeus katsoo, että asianomistajat ovat näissä olosuhteissa olleet rikoslain 20 luvun 5 §:n 1 momentissa tarkoitettu tavoin erityisen riippuvaisia A:sta. Sillä A:n vetoamalla seikalla, että alalla vallitsi hyvä työllisyys ja asianomistajien olisi ollut helppo työllistyä muunkin työnantajan palveluksessa, ei ole tässä arvioinnissa merkitystä." Korkein oikeus käyttää *erityistä oikeudellista transformeria* "korkein oikeus katsoo" perustelulauseessa olevan epäjatkuvuuden ylittämiseen, koska seksuaalinen teko on valittu tapaukseen *avainpremissiksi* yhdessä seksuaalisen hyväksikäytön kanssa ja seksuaalisen teon toteennäyttäminen on vaikeaa. Miksi työntekijät olisivat olleet erityisen riippuvaisia A:sta, vaikka A heidän esimies olikin? Työntekijät olivat koaejalla ja he olivat vasta aloittaneet kyseissä tehtävissään ja alalla vallitsi muutoinkin hyvä työllistystilanne. Tapauksen premisseistä ei seuraa todennäköisintä mahdollista johtopäätöstä, vaan korkein oikeus loikkaa narratiivissa ole-

van epäjatkuvuuden yli. Tapauksen *ratio decidendi* on, että työntekijöiden reisien päällä istuminen, käsien vaatteiden alle laittaminen, rintaliivien aukaiseminen ja vallitsevan taloudellisen riippuvuussuhteen olemassaolo täyttää seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistön, vaikka täyttä varmuutta tekijän seksuaalisesta kiihottumisesta tai tyydytyksen tavoittelusta ei ole.⁶⁰⁹ Seksuaalinen teko, jossa on sisäänrakennettuna tekijän tavoittelema seksuaalinen kiihottumisen ja tyydyttymisen tavoittelu on *in concreto* tapauksen avainpremissi, mutta *in abstracto* tapauksen *hukkakonstruktio*.

9.8.3 Ylijuridisointi ja ylimääräiset premissit

Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2005/137 ratkaisun *avainkonstruktio* olivat kunnianloukkaus -konstruktio ja kaksoisrangaistavuudenkielto -konstruktio. Tapauksessa korkein oikeus arvioi yleiskielistä ilmaisua *saatanan huora* kunnianloukkauksen tunnusmerkistöä vasten. Miesohjastajan huudahduksesta alkanut *interferenssi* johti yleiskielisen ilmaisun juridisointiin *yleisesti tunnetuksi naista halventavaksi ilmaukseksi*. Tapauksessa naiseen kohdistuva kunnianloukkaus häivyttiin ja puhuttiin yleisesti tunnetusta naista halventavasta ilmauksesta. Kyse on *hukkakonstruktioista* eli harhaanjohtavasta premissistä, joka sysää *disseminaat*ion liikkeelle ja irrottaa kunnianloukkauksen sille ominaisesta kielipelistä ja rikosoikeudellisesta traditiosta, joissa kunnianloukkausta on tapana arvioida. Huomionarvoista on, että käräjäoikeuden ei tarvinnut kyseisessä tapauksessa juridisoida miesohjastajan huutoa niin pitkälle kuin mitä korkein oikeus ratkaisussaan teki.

Tapauksessa on samaa kuin tapauksessa KKO 2013/6, jossa poliisin virkamerkkiä näyttävän henkilön toiminta häivytetään ja todetaan, että poliisin ammattikuntaa kohtaan yleensä tunnetaan luottamusta. Niin tapauksessa KKO 2013/6 kuin tapauksessa KKO 2005/137 *disseminatio* lähtee liikkeelle. Ratkaisussa KKO 2005/137 kiihtyvän disseminaation aiheuttaa hukkakonstruktion käyttäminen ”naista yleisesti halventava ilmaisu.” Nyt arvioidaan raviohjastajanaisen *arvoa* ja *mainetta* naisena. Tapauksessa yleiskielisen ilmaisun eli *saatanan huoran* juridisointi menee liian pitkälle. Harhaanjohtava premissi saa aikaan kielipelin muutoksen. Naisen arvon ja maineen arviointi kuuluu seksuaalimoraaliin kuuluvaan kielipeliin, ei kunnianloukkauksen, josta tapauksessa oli oikeudellisesti kysymys. Ratkaisun kohdentuvuus oikeudelliseen ongelmaan eli siihen, mistä tapauksessa oli kyse heikkenee. Enää ei tiedetä, pitikö tapauksessa arvioida naisen seksuaalimoraalia ystävänaisena, naisystävänä, prostituoituna vai jonain muuna naistyyppinä, vai oliko kyse kunnianloukkauksesta, jossa tarkoitus oli arvioida henkilön eli miesohjastaja A:n loukkaamistarkoituksessa sanottua ilmaisua *saatanan huora!*

⁶⁰⁹ Jussi Matikkala toteaa tapauksen KKO 2010:1 kommentaarissa ”Työntekijöiden lähentely seksuaali- ja työrikoksena”, s. 15, että rikoslain 20:5.1:n 4 kohdan tunnusmerkistö sisältää tulkinnanvaraista käsitteistöä, mistä syystä prejudikaatti on tarpeellinen. Matikkala huomauttaa, että ”KKO:n ”kielisuudelmaratkaisun” 2005:93 on saatettu katsoa asettavan riman tunnusmerkin toteuttamisessa korkealle, ja RL 20:10.2:n teon tavoitteita koskevia kriteerejä on saatettu pitää näytöllisesti ongelmallisena.”

Korkein oikeus toteaa kohdassa 8: "A:n käyttämä ilmaisu halventaa kuitenkin B:tä henkilönä ja naisena tavalla, jolla ei ole välitöntä yhteyttä tämän ajo-suoritukseen. A oli käyttänyt B:tä kohtaan ilmaisua, jossa halveksunta kohdistui B:n arvoon ja maineeseen naisena eikä raviohjastajana. Sen vuoksi se, että ravikilpailuissa ohjastajien välinen karkea kielenkäyttö oli ehkä tavanomaista, ei tee hyväksyttäväksi sellaista kielenkäyttöä, joka sisältönsä puolesta täyttää kunnianloukkausrikoksen tunnusmerkistön eikä kielenkäyttö miltään osin sisällä kilpakumppanin urheilusuorituksen arviointia." Jos arvosteluun sisältyy kilpakumppanin urheilusuorituksen arviointia, voidaanko sitä pitää sallittuna kielenkäyttönä? Voidaanko esimerkiksi nimityksiä *hyväänen-aika-mikä-kuski* ja *ei-hyvää-päivää-mikä-ohjastaja* pitää sallittuina ilmauksina, koska niihin on sisäänrakennettuna kilpakumppanin urheilusuorituksen arviointia kohdistumatta arvostelua henkilön seksuaalisen suuntautumiseen tai persoonaan? Onko kyse tällöin halventamistarkoituksessa esitetystä ilmauksesta, vaiko sallitusta kielenkäytöstä, joka kohdistuu henkilön kilpailusuoritukseen?

Onko tapauksen prejudikaattiarvo sen määrittelemisessä, millaista kielenkäyttöä tai millaisia sanavalintoja raviradalla on lupa pitää sallittuina? Jos kielenkäytön kohteena ovat toisen ohjastajan kilpailusuoritukset, ovatko roimatkin sanavalinnat ovat sallittuja? Jos sanavalinta assosioituu henkilöön kohdistuviin loukkaavassa tarkoituksessa ilmaistuihin sekstitisiin lausumiin tai ilmauksella viitataan tiettyyn elämäntapaan, onko lausumia on pidettävä kiellettyinä? Siinä missä jossain muissa ratkaisuisissa premissejä jäi puuttumaan (KKO 2013/6 ratkaisussa poliisin vapaa-ajan käyttäytymisvelvoite), (KKO 2006/99 ratkaisussa 2000-luvun lukitusteknologia) ja (KKO 2008/94 ratkaisussa oikeusvaltio), on tapauksessa KKO 2005/137 premissejä yllin kyllin ja ylimääräisiä.

Hovioikeus toteaa: "Ottaen huomioon, että A:lle on määrätty teosta kilpailukiello, muun rangaistuksen tuomitsemista oli pidettävä tarkoituksettomana. Näillä perusteilla hovioikeus jätti A:n rikoslain 6 luvun 12 §:n nojalla rangaistukseen tuomitsematta ja vapautti hänet käräjäoikeuden tuomitsemasta rangaistuksesta." A:lle määrätty yksityisoikeudellinen kilpailukiello ja julkisoikeudellinen seuraamus kunnianloukkauksesta rinnastetaan toisiinsa. Korkein oikeus toteaa kohdassa 14: " A ei ole esittänyt selvitystä kilpailun tuomariston langettaman kilpailukiellon taloudellisesta tai muusta merkityksestä hänelle. Kilpailukiello on ollut kestoltaan melko lyhyt. Tämän vuoksi ei ole perusteita arvioida, että A:n tuomitseminen rikosoikeudellisena seuraamuksena sakkorangaistukseen merkitsisi sitä, että hänelle menettelystään aiheutuvat seuraamukset kokonaisuutena arvioiden muodostuisivat kohtuuttomiksi." Kysymys on yksityisoikeudesta eli tässä tilanteessa urheiluoikeuden alasta ja nimenomaan ravikilpailusääntöjen rikkomisesta eli sisäisestä kurinpitomenettelystä, jonka riittävyden arviointi on keskeistä. Kyse on *hukkakonstruktioista*, harhaanjohtavasta ja väärin valitusta konstruktioista, joka harhaanjohtaa kerrontaa eikä tue lopputulosta, johon ratkaisussa on päädytty.

Yksityisoikeudelliset kilpailusäännöt, joita ravikilpailuissa noudatetaan määrittelee Suomen hippos ry. Ravikilpailusäännöissä on määritelty rangaistukset

niissä tapauksissa, jos kilpailusääntöjä ei noudateta. Pienestä rikkeestä selviää yleensä huomautuksella ja /tai puhuttelulla. Varsinaisia rangaistuksia annetaan vasta silloin, kun teko aiheuttaa etua tai haittaa toiselle kilpailijalle tai järjestäjälle tai joka kohdistuu hevoseen.⁶¹⁰ Ravikilpailusääntöjen mukaan kilpailussa on tarkoitus ohjastaa hevosta siten, että ohjastamisella ei häiritä toisen ajosuoritusta. Jos näin tapahtuu, käytettävissä olevia rangaistuksia ovat: varoitus, sakko, ajokielto ja kilpailukiello. Kilpailutuomariston langettamat rangaistukset ovat muutoksenhakukelpoisia poislukien pienet rikkeet. Muutoksenhakuinstanssina toimii Suomen hippos ry.⁶¹¹

Korkein oikeus sovelsi tekoaikana voimassa ollutta rikoslain (466/1976) 6 luvun 1:n 1 momenttia, jonka mukaan rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen, vaarallisuuteen ja rikoksesta ilmenevään tekijän syyllisyyteen. Rangaistusta mitattaessa on huomioitava myös kaikki asiaan vaikuttavat rangaistusta koventavat ja lieventävät perusteet ja otettava huomioon rangaistuskäytännön yhtenäisyys. Rikoslain (1060/1996) 3 luvun 5 §:n 3 momentin 1–3 kohtien mukaan rangaistus voidaan jättää tuomitsematta, silloin kun rikoksen haitallisuus tai siitä ilmenevä tekijän syyllisyys huomioon ottaen on pidettävä vähäisenä. Rangaistus voidaan jättää myös tuomitsematta silloin, jos rikosta on tekoon tai tekijään liittyvistä syistä pidettävä anteeksiannettavana tai kun rangaistusta on pidettävä kohtuuttomana tai tarkoituksettomana ottaen huomioon muun muassa tekijälle aiheutuvat muut seuraukset.

A:lle oli määrätty ravikilpailun kilpailutuomariston toimesta kahden viikon kilpailukiello. Kilpailukiello oli määrätty ennen korkeimman oikeuden ratkaisua ja kielto oli yksityisoikeudellisen seuran langettama. Korkeimman oikeuden enemmistö katsoi äänin 3-2, ettei edellytyksiä A:n rangaistukseen tuomitsematta jättämiselle ollut ja tuomitsi A:n kunnianloukkauksrikoksesta rangaistukseen. Vähemmistöön jääneet katsoivat, että hovioikeuden tavoin A olisi pitänyt jättää rangaistukseen tuomitsematta. Vaikka vähemmistöön jääneet oikeusneuvokset katsoivat rikoslain olevan ensisijainen sopimus pohjaisiin kurinpitäjärjestelmiin nähden, he kuitenkin totesivat, että “[j]os kuitenkin kurinpidollinen seuraamus on ehditty määrätä ennen rangaistuksen tuomitsemista, tuomioistuimella on rikoksen tekoaikana voimassa olleista rikoslain 3 luvun 5 §:n 3 momentista (1060/1996) ja 6 luvun 4 §:stä (466/1976) ilmenevän periaatteen mukaisesti oikeus tapauskohtaisesti näin harkitessaan ottaa tämä seuraamus rangaistusharkinnassaan huomioon.”⁶¹² Erimieltä olevat oikeusneuvokset katsoivat A:lle määrätyn kurinpidollisen kilpailukiellon ja maksettavaksi tuomitun vahingonkorvauksen riittävänä kokonaisseuraamuksena A:n teosta.

Pekka Viljanen toteaa kommentaarissaan “Voitiinko kunnianloukkauksesta jättää rangaistukseen tuomitsematta”, että “[p]arasta olisi, että oikeuslaitosta ei rasitettaisi tällaisilla jutuilla lainkaan.” Viljanen jatkaa, että A:n teko oli sekä

⁶¹⁰ Suomen Hippos ry:n ravikilpailusäännöt ja poniravikilpailusäännöt 1.1.2013 alkaen osoitteessa [http://www.hippos.fi/files/5666/ravikilpailusaannot_2013.pdf], s. 65, viitattu 17.12.2013

⁶¹¹ *Ibid.*, s. 67.

⁶¹² Korkein oikeus KKO 2005/137 Oikeusneuvosten Rajalahden ja Suhosen erimieltä oleva lausunto.

kokonaisuutena arvostellen vähäinen että tilanne huomioon ottaen anteeksiannettava. Teon vähäisyys ja tilanteen anteeksiannettavuus olisivat riittäneet, eikä näin ollen olisi ollut tarpeen turvautua sanktiokumulaatioon.⁶¹³ Asia, johon Viljanen ei ota kantaa on se, että tapauksessa korkein oikeus valitsee kuitenkin väärän yksityisoikeuteen kuuluvan sanktiokumulaatiokonstruktion. Sanktiokumulaatiossa eli kaksinkertaisessa rangaistuksessa pitäisi kuitenkin valita *ne bis in idem* -konstruktio, joka kuuluu prosessioikeuden alaisuuteen. Kaksinkertaisissa rangaistuksissa kyse on julkisoikeudellisista rangaistuksista, joiden ei pitä olla päällekkäisiä. Ei samaa tekoa kahdesti. Kyse on kaksoisrangaistavuuden kiellosta, *ne bis in idem* -konstruktiosta, joka on rikosprosessioikeudellinen ja joka kieltää syyttämisen ja tuomitsemisen kahdesti samassa asiassa.⁶¹⁴

Sanktiokumulaatiossa kyse on määrättyjen rangaistusten peräkkäisyydestä eli siitä, että aikaisempi rangaistus on ehditty määrätä *ennen* tapauksen rikosoikeudellista arviointia, *ennen* rangaistuksen tuomitsemista. Sanktiokumulaatiokonstruktio on väärin kohdennettu. Siitä tulee tosiasiasa tapauksen *hukkapremissi*. Pekka Viljanen toteaa kommentaarissa ”Voitiinko kunnianloukkauksesta jättää rangaistukseen tuomitsematta”, että ”kiistatonta on myös se, että A:n teosta on hänelle jo aiheutunut kielteinen seuraus, kurinpidollinen kilpailukiello. Sellainen voi olla taloudellisesti merkittäväkin. Eikö sen jättäminen huomioita rikosoikeudellista rangaistusta määrättäessä loukkaa myös yhdenvertaisuutta, koska silloin A:n kokonaisseuraamus muodostuu ankarammaksi? Oliko sotilaille sotilaskurinpitomenettelyssä määrätyn, jo suoritettuna kurinpidorangaistuksen tai -ojennuksen vähentämistä tuomiostuimessa tuomittavasta rangaistuksesta luovuttava yhdenvertaisuutta loukkaavana, jollei asiasta olisi RL 6:16:ssa nimenomaista säännöstä?”⁶¹⁵ *Hukkakonstruktio* urheiluoikeus vaikuttaa perustelulauseessa. Se peittää alleen *ne bis in idem* -konstruktion.

Samanlaisuuksien ja eroavaisuuksien kriteeristöä on rajattava. Turun hippos ei ole julkisyhteisö eikä kilpailutuomariston A:lle langettama rangaistusseuraamus ole julkisen vallan käyttöä, vaan kyse on sopimusperusteisesta menettelystä. Esimerkiksi jos raviyhjastajana on asianajaja, avaa se kolmannen seuraamusjärjestelmäkontekstin hyvän asianajajatavan valossa, ja jos asianajaja käyttää yleisesti halventavaa naista koskevaa ilmausta, hän saa kurinpidollisen rangaistuksen kilpailutuomaristolta. Riippuen ilmauksen luonteesta, kurinpidollinen seuraamus vaihtelee huomautuksesta ja/tai varoituksesta sakkoon ja jopa kilpailukielloon saakka.

⁶¹³ Viljanen, ”Voitiinko kunnianloukkauksesta jättää rangaistukseen tuomitsematta, KKO 2005:137”, s. 456.

⁶¹⁴ Kaksoisrangaistavuuden kiellosta saa institutionaalista tukea Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 lisäpöytäkirjan 4 artiklasta, YK:n kansainvälisen oikeuden yleissopimuksen 14 artiklan 7 kappaleesta, Schengen -sopimuksen soveltamisesta tehdyn yleissopimuksen 54 artiklasta ja Euroopan Unionin perusoikeuskirjan 50 artiklasta.

⁶¹⁵ Viljanen, ”Voitiinko kunnianloukkauksesta jättää rangaistukseen tuomitsematta, KKO 2005:137”, s. 457.

Kyse on urheiluseuran langettamasta yksityisoikeudellisesta sanktiosta, raviurheilukilpailun sisäisten sääntöjen rikkomisesta. Kurinpidollinen kilpailukiello voi muodostua taloudellisesti merkittäväksi riippuen kilpailukiellon pituudesta, jos ohjastettava hevonen on erityisen voitokas ja kilpailukiello estää taloudellisesti merkittäviin kilpailuihin osallistumisen. Urheiluseuran langettaman sanktion lisäksi raviohjastajana toimiva asianajaja joutuu kertomaan vastoin itsekriminointikieltoa käyttäneensä ravikilpailutilanteessa kiellettyä naista halventavaa ilmausta. Tämän jälkeen on mahdollista, että raviohjastajana toimiva asianajaja tuomitaan rangaistukseen kunnianloukkauksesta. Samoin jos asianajaja epäillään rattijuopumuksesta, hänen pitää kertoa juopumuksestaan ja autolla ajamisestaan totuudenmukaisesti asianajajaliiton valvontalautakunnalle vastoin *itsekriminointikieltoa*. Asianajajien kohdalla *ne bis in idem* muuntuu. Kyse on kolmesti samassa asiassa, *ter in idem*. Jos yksityisoikeudelliset sanktiot rajataan konstruktion ulkopuolelle, tällöin konstruktio muuttuu *sed bis in idem, ne ter in idem* -konstruktioksi eli kyllä kahdesti, mutta ei kolmesti samassa asiassa.

Rikosoikeudellinen sanktiokumulaatio haitallisten rangaistusten kasautumisesta on rajattava julkisyhteisöihin. Vapaaehtoiset yksityisoikeudelliset sidonnaisuudet on syytä rajata konstruktion ulkopuolelle.

Asianajajien valvontalautakunta on elin, jota ei kokonaan voida luokitella julkisyhteisöksi. Julkisyhteisön asianajajaliitosta tekee se, että se on lailla perustettu yhteisö ja sillä on lakimääräisiä tehtäviä. Asianajajien valvontalautakunta on institutionaalinen päätöksentekijä, jonka toimintaa valvoo valtioneuvoston oikeuskansteri. Valvontalautakunnan langettamista sanktiosta on valitusoikeus hovioikeuteen. Asianajajien valvontajärjestelmä perustuu lakiin. Ongelmalliseksi tilanne muuttuu silloin, kun asianajaja kertoo rikkeistään asianajajaliiton valvontalautakunnalle. Kyse on arvioinnista, onko asianajaja noudattanut hyvää asianajotapaa koskevia ohjeita eli asianajajaliiton eettistä koodistoa.

Ne bis in idem eli kaksoisrangaistavuudenkielto-konstruktio pohjaa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön. Kyse on ns. *Engel*-kriteereistä, jotka määrittelevät kaksoisrangaistavuuden kieltoa. Kriteerien tarkoituksena on estää haitallisten seuraamusten kasautuminen. *Ensimmäinen* kriteeri koskee teon luonnetta arvioitaessa sitä kansallisen oikeuden mukaan. Tapauksessa *Case of Jussila v. Suomi* (23.11.2006) ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että vaikka Suomen kansallisen oikeuden mukaan veronkorotusta ei luokitella rikosoikeudelliseksi seuraamukseksi, vaan kyse on rahavaroja koskevasta fiskaalisesta kaikkia suomalaisia koskettavasta järjestelmästä, se ei kuitenkaan ollut ratkaiseva tekijä arvioitaessa tekijälle seuraamusten kasautumista. Ratkaisevaa merkitystä ei siten ole sillä, millaiseksi tekijän menettely on luokiteltu kansallisessa lainsäädännössä. Näin myös tapauksessa *Case of Ruotsalainen v. Suomi* (16.9.2009), jossa haitallisten seuraamusten kasautumisen arvioinnissa ratkaiseva tekijä ei ollut se, että polttoainemaksu on määrätty hallintomenettelyssä ja siten rikosoikeudellinen seuraamus voitaisiin langettaa.⁶¹⁶

⁶¹⁶ *Case of Ruotsalainen v. Finland* 16.9.2006.

Engel-kriteereistä *toinen* kriteeri koskee teon luonnetta ja *kolmas* kriteeri rangaistuksen ankaruutta. Tapauksessa *Case of Jussila v. Suomi* harkinnassa oli otettava huomioon, että veronkorotus ei ollut seurausta vahingosta, vaan sitä sovelletaan kaikkiin veronmaksajiin, ja korotuksella on punitiivinen tarkoitus.⁶¹⁷

Ne bis in idem -konstruktion vaikutus näkyy erinomaisesti myös korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2010/45, jossa kyse oli veronkorotuksen ja veropetosasian välisestä yhteydestä. Tapauksessa A:lle oli määrätty jälkiveroja yli 100 000 euroa. A oli tehnyt veronkorotuksista oikaisuvaatimuksen, mutta oli myöhemmin perunut sen ja maksanut määrättyt verot ja veronkorotukset. Tämän jälkeen virallinen syyttäjä vaati A:lle rangaistusta törkeästä veropetoksesta samasta veronkorotuksen aiheuttaneesta A:n menettelystä. A:n kohdalla tämä olisi tarkoittanut jo suoritettuja jälkiveroja ja syytettä törkeästä veropetoksesta, kun taustalla oli sama teko. Korkein oikeus viittasi tapauksessa edellä selostettuihin ihmisoikeustuomioistuimen *Engel*-kriteereihin. Veropetoksen rikostutkintaa ei voida aloittaa, koska veronkorotuspäätökset ovat tulleet lopullisiksi ennen syytteen vireilletuloa.

Matti Pellonpää ja Monika Gullans ovat todenneet artikkelissaan ”Zolotukhin-linjaus kansallisten tuomioistuinten koetinkivenä”, että käsitteellä ”sama asia” on ratkaiseva merkitys, harkittaessa kysymystä, onko kyse kahteen kertaan syyttämisestä ja rankaisemisesta.⁶¹⁸ Pellonpää ja Gullans huomauttavat, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on oikeuskäytännössään vähitellen siirtynyt *Gradinger v. Itävalta* (23.10.1995) tapauksen jälkeen arvioimaan käyttäytymisen samankaltaisuutta kahden rikoksen eri tunnusmerkistön täyttymisen samankaltaisuutena ei ”saman käyttäytymisen” painottamisena. *Gradinger* -tapauksessa ongelmallista oli se, että valittajalle tuomitut rangaistukset perustuivat ”samaa käyttäytymiseen.” Ongelmallista oli myös se, että valittaja oli rikosprosessissa tuomittu kuolemantuottamuksesta. Samassa prosessissa syyte rattijuopumuksesta oli hylätty. Myöhemmin valittaja tuomittiin hallinnollisessa menettelyssä alkoholin vaikutuksen alaisena ajamisesta. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että *ne bis in idem* -kaksoisrangaistavuuden kieltoa oli loukattu. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi tapauksessa *Göktan v. Ranska* (2.7.2002), että *ne bis in idem* ei ollut loukattu, koska ”sama käyttäytyminen” täytti kahden eri rikoksen tunnusmerkistön. *Göktan v. Ranska* (2.7.2002) tapauksessa kyse oli laittomasti maahantuodun huumausaineen välittämisestä ja tullirikoksesta.⁶¹⁹ Tapahtuu *interferenssi* ja *ne bis in idem*

⁶¹⁷ Ks. kohdat 32 ja 36 *Case of Jussila v. Finland* (23.11.2006). Ks. myös *Case of Ruotsalainen v. Finland* (16.9.2006) erityisesti kohta 46. Kyseisessä tapauksessa ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että toinen kriteeri, jossa kyse on teon luonteesta, on tärkeämpi kuin ensimmäinen. Harkinnassa on otettava huomioon myös se, että polttoainemaksua koskevat säännökset koskettavat kaikkia kansalaisia. Näin ollen Ruotsalainen on maksuvelvollinen omistaessaan ajoneuvon sen omistajana tai käyttäjänä. Suomen hallituksen väite polttoainemaksun vahingonkorvausluonteesta jäi näyttämättä toteen. Sinällään asetettu polttoainemaksu saattoi vastata aiheutunutta vahinkoa eli valtiolle veronmenetystä. Kolmas *Engel*-kriteeri näkyy tapauksessa polttoainemaksun perimisessä ja siinä, että se oli peritty Ruotsalaiselta kolminkertaisena. Ihmisoikeustuomioistuin katsoi, että tämäntyyppistä menettelyä on pidettävä rangaistuksena, jolla on rikoksia ennaltaehkäisevä ja myös rangaistusluonteinen tarkoitus.

⁶¹⁸ Pellonpää – Gullans, ”Zolotukhin-linjaus kansallisten tuomioistuinten koetinkivenä”, s. 413.

⁶¹⁹ *Ibid.*

-konstruktion sisään menee arviointi siitä, onko prosesseissa kyse identtisistä tai olennaisesti samoista tosiseikoista. Kysymys on tekoon liittyvien tosiseikkojen samankaltaisuuden arvioinnista, ei teon oikeudellisen luonnehdinnan samankaltaisuudesta. Ihmisoikeustuomiostuin on rinnastanut kahdeksi (bis) myös sellaiset hallinnolliset seuraamukset, jotka ovat yleisesti sovellettavia, kaikkia kansalaisia koskevia ja joilla on ennalta ehkäisevä sekä punitiivinen vaikutus.

Korkein oikeus katsoi ratkaisussaan KKO 2010/45, että *ne bis in idem* koskee toisiaan välittömästi seuraavia menettelyitä. Vaikka tapauksen KKO 2010/46 kysymyksen asettelu on samankaltainen tapauksen KKO 2010/45 kanssa, katsoi korkein oikeus, että veropetosta koskevaa syytettä voida tutkia, sillä veronkorotuspäätökset eivät olleet lopullisia (lainvoimaisia) syytteen vireilletullessa. Näin ollen *ne bis in idem* ei estä veropetossyytteen nostamista. Tapauksessa KKO 2013/59 korkein oikeus tarkoittaa edelleen *ne bis in idem* -konstruktiota. Veropetossyytettä ei voida tutkia, jos veronkoronkorotus on määrätty tai se on jätetty se määräämättä.

Ne bis in idem -konstruktiosta muodostui ylijuridisoinnin seurauksena *in abstracto hukkakonstruktio*, jolloin konstruktio ei toiminut kaikilta osin enää tyydyttävällä tavalla. Lopulta lainsäätäjän oli puututtava *ne bis in idem* -konstruktion juridisointiin ja se muokkasi sitä uudelleen. Marraskuussa 2013 säädettiin laki erillisellä päätöksellä määrättävästä veron- ja tullinkorotuksesta, jonka 3-5 §:ien mukaan veronkorotuspäätöksen määräämisen jälkeen saa samasta asiasta tehdä rikosilmoituksen vain, jos tapauksessa on saatu uutta näyttöä tai veronkorotuksen määräämisen jälkeen on ilmaantunut sellaisia tosiseikkoja, joiden perusteella veronkorotusta ei olisi alunperinkään määrätty, vaan asia olisi siirretty rikosprosessissa käsiteltäväksi. Lisäedellytyksenä on, että uuden näytön huomioimatta jääminen ei ole johtunut viranomaisen syytä. Jos esitutkinta on lopetettu, se on jätetty toimittamatta, tai syyttäjä on tehnyt syyttämättäjättämispäätöksen tai peruuttanut syytteen, voidaan veronkorotus määrätä 90 päivän kuluessa päätöksen tiedoksisaannista. Kun asia siirtyy rikosprosessiin, poistetaan aiemmin määrätty veronkorotuspäätös viimeistään ennen syytteen vireillepanoa. Jos tuomioistuin on hylännyt syytteen tai antanut syyksilukevan tuomion, ei samassa asiassa saa määrätä veronkorotusta. Samoin jos asiasta on nostettu syyte, tai se käsitellään muutoin rikosasioista säädetyssä järjestyksessä, ei veronkorotusta saa määrätä, jollei syytettä tai säädetyssä järjestyksessä käsiteltävää rikosasiaa ole myöhemmin peruutettu. *Ne bis in idem* -konstruktio on saanut rinnalleen normin. Hallinnollisessa menettelyssä määrätty veronkorotus ja rikosasian käsittelyn samankaltaisuus säädetään erillisellä lailla määrättävästä veron- ja tullinkorotuksesta. *Sanktiokumulaatiokonstruktio* ja *ne bis in idem* kuuluvat samaan kielipeliin. Ne ovat perheyhtäläisiä.⁶²⁰

⁶²⁰ Sanojen sukulaisuudesta esim. Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, s. 143 kohta 224.

9.8.4 Historiallisen eksegeesin liike

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2006/99 *avainkonstruktio* oli murtautumisen konstruktio. Tapauksessa korkein oikeus arvioi historiallisen eksegeesin kautta kielellistä ilmaisua murtautuminen. Historiallisen eksegeesin liike oli niin voimakas, että sen avulla ylitettiin ylivertainen sanaraja-konstruktio. Keskeistä on, kuten korkein oikeus sanoo sen itse ratkaisun otsikossa: "Murtautuminen rikoslaissa käytettynä käsitteenä." Korkeimman oikeuden päättelyketju katsoo regressiivisesti taaksepäin Suomen suurruhtinaskunnan aikaan, mutta samalla 2000-luvun sähkölukitus jää tapauksessa *kokonaan puuttuvaksi premissiksi*.

Raskas historiallinen eksegeesi vaikuttaa ratkaisun oikeudellisen ongelman kohdentuvuuteen eli siihen, mistä tapauksessa oli kyse. Ratkaisussa oli selvää, että henkilö oli mennyt sisään hotellihuoneisiin sähköisellä avaimella. Keskiössä olisi pitänyt olla teon törkeysarviointi nykyajan toimintana, toisin kuin ratkaisussa nyt painottunut historiallinen tarkastelutapa. Ratkaisun *ratio decidendi* kertoo avainkortilla hotellihuoneeseen menon täyttävän törkeän varkauden tunnusmerkistön, vaikka kyse ei ole väkivallan käytöstä ilmaisun murtautumisen yleiskielisessä merkityksessä. Tapauksessa ei käydä läpi, mitä on magneettikortilla murtautuminen hotellihuoneeseen tarkoittaa.

Kohdassa 6 korkein oikeus toteaa: "Mainittuun lainsäädäntöön pohjautuvassa ratkaisussa KKO 1958 II 26 törkeäksi varkaudeksi katsottiin romuliikkeen varastoon kohdistunut anastus, kun varastoon oli tunkeuduttu kiipeämällä varastoaluetta ympäröivän 2,5 metrin korkuisen aidan yli." Korkein oikeus käy keskustelua itse itsensä kanssa viittamalla vuonna 1958 antamaansa prejudikaattiin. Menneisyyden tekstifragmentti istutetaan perustelulauseiden ketjuun, jossa kyse on avainkortilla murtautumisesta. Ratkaisussa tekstifragmentit ohittavat toisensa. *Tuomioistuimien avaa labyrinttiin uuden tien*. Kyse on polusta, jossa arvioidaan, onko 2000-luvun lukkojen "murtaminen" 2000-luvun tyyliin hotellin omalla yleisavainkortilla riittävän samankaltainen tapaukseen, jossa kiivettään romuvarastoon ylittämällä 2,5 -metrinen varastoaita? Tapauksessa *sanaraja*-konstruktio tai *in dubio pro reo*-konstruktio eivät tulleet *puuttuvina premissinä* vastaan. Historiallisen eksegeesin taaksepäin suuntautuva liike on vahvempi kuin sanaraja-konstruktio. Korkein oikeus tekee sen itse. Ratkaisuun valikoitunut 1950-luvun prejudikaatti kuvaa varsin hyvin sitä toimintaa, miten korkein oikeus tapauksessa sanarajan ylittää. Romuliikkeen varastoon pääsee kiipeämällä 2,5 metrin varastoaita. Niin pitää tehdä tässäkin tapauksessa tehdä eli ylittää sanaraja historiallisen eksegeesin avulla.

9.8.5 Ylivertainen sanaraja-konstruktio

Korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2008/94 korkein oikeus valitsi *avainpremissiksi* sanarajaperiaatteen. Sanarajaperiaatteessa on sisäänrakennettuna konstruktioelementti. Kyse ei ole oikeusperiaatteesta, jota käytetään juridisena työvälineenä punnittaessa tai optimoitaessa, vaan kyse on juridisesta

konstruktiosta, jolloin vain juristit tietävät, milloin sanaraja tulee vastaan.⁶²¹ Sanarajaperiaate tarkoittaa, että sotasyllisyysslaissa ei ollut normia, jossa korkeimmalle oikeudelle olisi osoitettu yksiselitteinen toimivaltasäännös, jonka perusteella korkein oikeus olisi ollut toimivaltainen käsittelemään tuomionpurkuhakemuksen. Myöskään valtakunnanoikeudesta annatussa laissa ei ollut säädetty korkeimmalle oikeudelle kuuluvasta tuomionpurkuvallasta. Tämän lisäksi myöskään oikeuskirjallisuudessa ei ollut vakiintunut kantaa, jossa korkein oikeus olisi katsottu toimivaltaiseksi käsittelemään valtakunnanoikeuden langettamat tuomiot.

Kohdassa 6 korkein oikeus toteaa: "Silloin, kun jonkin erityistuomioistuimen ratkaisuun voidaan ylimääräisin muutoksenhakukeinoin hakea muutosta Korkeimmalta oikeudelta, on tästä säädetty nimenomaisesti asianomaista erityistuomioistuinta koskevassa laissa." Narratiiviin otetaan mukaan *hukkapremissejä*. Korkein oikeus jatkaa kohdassa 6: "Siten esimerkiksi työtuomioistuimesta... Eräiden markkinaoikeudellisten asioiden käsittelystä... Vakuutuslainsäädännön 19..." Alkanut *interferenssi* tukehtuu *hukkapremisseihin*, jotka vaikuttavat kielteisesti ratkaisun perustelujen kohdentuvuuteen ja perustelujen polkujen joukkoon alkaa rakentumaan hukkanarratiivia. Hukkakonstruktioiden eli markkina-oikeuden, työtuomioistuimen ja vakuutuslainsäädännön vaikutuksesta sotasyllisyysoikeus rinnastuu muihin yhteiskunnalliselta vaikutukseltaan valtiosääntöoikeudellisesti vähemmän keskeisiin erityistuomioistuihin. Lopulta kohdassa 7 korkein oikeus toteaa: "Sotasyllisyysoikeus on ollut siten lailla perustettu erityistuomioistuin, jonka osalta mainitussa laissa ei ole säännöstä siitä, että sen tuomion purkamista voitaisiin hakea Korkeimmalta oikeudelta. Tämä seikka puoltaa käsitystä, jonka mukaan sotasyllisyysoikeuden tuomion purkamista koskevan hakemuksen käsitteleminen ei kuulu Korkeimman oikeuden toimivaltaan." Korkein oikeus palaa lähtöpisteeseensä eli sanarajaan. Korkein oikeus yrittää rakentaa tekstien labyrinttiin uusia polkuja, mutta rakennusaineiksi valikoituu hukkapremissejä, jotka sanaraja palauttaa muodoltaan lopulta *yksireittiseksi labyrintiksi*. Hukkakonstruktiot työtuomio-, markkinaoikeudellisten ja vakuutuslainsäädännön asioiden käsittelystä päätyvät sanarajaan eli tekstien labyrintissa umpikujaan. Oikeudellisen argumentaatiossa esiintyvä pääsääntöisesti moni-

⁶²¹ Oikeusperiaatteet liitetään vakiintuneesti saksalaiseen Robert Alexyyn ja amerikkalaiseen Ronald Dworkiniin. Saksalainen Robert Alexyn jaottelussa oikeusperiaatteet on jaettavissa arvo- ja tavoiteperiaatteisiin. Periaatteiden ristiriitatilanteesta jokaista niistä on pyrittävä noudattamaan niin pitkälle kuin mahdollista. Alexy näkee oikeusperiaatteet *optimointikäskyinä*. Ks. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 47–48. Alexy määrittelee periaatteet: "The decisive point in distinguishing rules from principles is that *principles* are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities." Oikeussäännöt Alexy määrittelee: "*rules* are norms which are always either fulfilled or not... Every norm is either a rule or a principle." Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 47–48. Periaatteiden kollisiossa painoarvoltaan tärkeämmäksi katsottu periaate ohittaa vähemmän merkityksellisen periaatteen kuitenkin niin, että vähemmän merkityksellinen periaate ei lakkaa olemasta voimassa. Se väistyy joko kokonaan tai osaksi painoarvoltaan tärkeemmän periaatteen tieltä. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, s. 50–51. Ero yhdysvaltalaiseen oikeusfilosofi Ronald Dworkiniin on siinä, että Dworkin ei puhu optimointikäskyistä, vaan oikeusperiaatteisiin on sisäänrakennettuna *a dimension of weight*, painoarvon ulottuvuus. Dworkin toteaa *The Model of Rules I* artikkelissaan: "This first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 43.

reittinen labyrintti on tässä rajatapauksessa yksireittinen. Koska ratkaisun avainpremissiksi on valittu sanaraja-konstruktio, vain yksi ainoa polku sokkelikossa, jota tuomioistuin rakentaa, vie haluttuun päämäärään. Sanaraja tarkoittaa, että sotasyllisyysslaissa ei ole nimenomaisesta säännöstä, jossa korkeimmalle oikeudelle olisi säädetty valta purkaa sotasyllisyysoikeuden antama tuomio. Interferenssi yritetään saada vauhtiin hukkakonstruktioiden avulla, mutta se katkeaa sanarajaan alkamisensa jälkeen. *Oikeudellista metamorfoosia* ei saateta päätökseen. *Polymorfista konstruktioita* ei synny. Korkein oikeus ei käsittele sotasyllisyysoikeuden aikanaan langettamaa tuomiota. Sotasyllisyysoikeus ad hoc erityistuomioistuimena voi vain itse purkaa omat tuomionsa. Ylivertainen sanarajakonstruktio tukkii labyrintin muut reitit ja muuttaa *labyrintin yksireittiseksi*.

Sanaraja -konstruktion sijaan korkeimman oikeuden olisi ollut mahdollista valita ratkaisun *avainpremissiksi* oikeusvaltiokonstruktion ja korkeimman oikeuden yleistoimivaltakonstruktion. Jo toimiessaan lainsäätäjän roolissa ja antaessaan 28.8.1945 lausunnon eduskunnan perustuslakivaliokunnalle, korkein oikeus itse totesi sotasyllisyysslain ongelmallisuuden nimenomaan oikeusvaltiollisista lähtökohdista katsottuna. Kohdassa 8 korkein oikeus toteaa: "Eduskunnan perustuslakivaliokunnalle 28.8.1945 antamassaan lausunnossa Korkein oikeus päätyi esittämään, että "ehdotettu laki, joka tosin on tarkoitettu säädettäväksi valtiopäiväjärjestyksen 67 §:ssä määrättyssä järjestyksessä, sisältää niin monia ja perustavaa laatua olevia poikkeuksia hallitusmuodosta ja yleisesti hyväksytyistä oikeusperiaatteista, ettei lakia oikeudelliselta kannalta voida pitää valtiojärjestykseemme soveltuvana." Kyse on intertekstuaalisuudesta, jossa neuvoa-antavan lainsäätäjän rooli ja tapausta ratkaisevan lainsoveltajan rooli vaihtelevat, mutta korkeimmalta oikeudelta unohtuu se, mitä korkein oikeus lainsäätäjän roolissa aikanaan lausui. Kyse on fragmentoituneesta *intertekstuaalisuudesta*, jossa tekstikatkelmat ohittavat toisensa. Kyse on puheesta lainsäätäjän roolissa, joka ei tavoita korkeimman oikeuden puhetta lainsoveltajan roolissa. Muodostuu *tekstien labyrintti*, joka sisältää menneisyyden, mutta ei tulevaisuutta, koska polku katkeaa ja umpikujan muodostaa sanaraja. Samalla "tuomarin harkinta normin puuttuessa" on tapauksen *puuttuva premissi*. Kyse on premissistä, joka puuttuu kokonaan perustelulauseista, mutta joka olisi pitänyt olla siellä oikeusjärjestyksessä olevan aukkotilanteen vuoksi. Tuomioistuin ei osannut asennoitua valtiosääntöoikeusjuristin rooliin, jotta se olisi pystynyt arvioimaan tapausta oikeusvaltiollisista premissistä käsin. Näin oikeusvaltio jää tapauksessa *torjutuksi premissiksi*. Kohdassa 9 korkein oikeus toteaa: "Sotaan syyllisten rankaisemista koskevan lain hyväksyminen perustuslain säätämisenjärjestyksessä osoittaa, että eduskunnan huomattava enemmistö katsoi sotasyllisyysskysymyksen hoitamisen välirauhansopimuksen täyttämiseksi niin tärkeäksi, että se oli vällinneissa oloissa tehtävä, vaikka samalla päädyttiin loukkaamaan useita oikeusjärjestyksen keskeisiä periaatteita." Myös korkeimman oikeuden yleistoimivalta purkaa mikä tahansa tuomioistuimen ratkaisu suljetaan pois. Kyse on *torjutusta premissistä*, johon hakija on purkuhakemuksensa tueksi vedonnut, mut-

ta sitä ei enää näy tekstin sisäisessä kerronnassa.⁶²²

Tuomioistuinmenettely rikkoi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin perimmäisiä kriteerejä: tuomioistuimen jäseniä painostettiin, tuomioistuimen jäsenistä osa oli jäävejä ja oikeudenkäynnissä sovellettiin taannehtivaa rikoslakia. Oikeusvaltiokonstruktion muodostavat osakonstruktiot eli *fair trial* -oppirakennelman osatekijät sivuutetaan. Yliverlainen sanarajakonstruktio lopettaa orastavan *interferenssin*. Puuttuvalla premissillä ”tuomarin harkinnalla normin puuttuessa” sanaraja-konstruktio olisi ollut mahdollista ylittää ja arvioida purkuhakemusta uudelleen oikeusvaltiollisista premisseistä käsin.

Ratkaisun *ratio decidendi* kertoo sotasyällisysoikeuden langettamien tuomioiden tuomionpurkuhakemusten laatimisen olevan kannattamatonta. Laillista purkuinstanssia sotasyällisysoikeuden langettamille tuomioille ei ole olemassa, joten sotasyällisysoikeuden langettamat tuomiot jäänevät voimaan. Hakija Ilkka Tanner on valittanut päätöksestä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen.

Yksireittinen labyrinti⁶²³



Kuvio 10. Yksireittinen labyrinti, jossa vain yksi mahdollinen reitti vie haluttuun päämäärään.

⁶²² Ote Ilkka Tannerin purkuhakemuksesta: ”Vuoden 1734 lain oikeudenkäymiskaaren 31 luvun lainvoimaisen tuomion purkamista koskevat säännökset antoivat kuninkaalle vallan purkaa väärät tuomiot. Tämä kuninkaan oikeus on sittemmin siirtynyt korkeimmalle oikeudelle, jolla on edellä mainittu yleistoimivalta. Nykyisin korkeimmasta oikeudesta annetun lain 2 §:n mukaan (26.8.2005/665) korkein oikeus käsittelee ylimääräistä muutoksenhakua koskevat asiat, tässä laissa korkeimman oikeuden valtuutta purkaa tuomioita ei ole rajattu yleisiin tuomioistuihin.” Silventoinen Kari, Sotasyällisyys-tuomio, Ilkka Tannerin purkuhakemus, osoitteessa [<http://www.silvennoinen.fi/16>], viitattu 27.1.2014.

⁶²³ Yksireittisen labyrinrin idea esimerkiksi osoitteessa [<http://fi.wikipedia.org/wiki/Labyrintti>], viitattu 1.8.2014

Tuomioistuimen perustelut noudattavat pääsääntöisesti monireittisen labyrintin ideaa. Tässä kuvassa labyrintti on piirretty yksireittisenä. Ratkaisussa avainremissiksi oli valittu sanarajakonstruktio. Sanaraja-konstruktio rakentaa seinät, jolloin labyrintissä on mahdollista kulkea vain yhtä ainoaa reittiä. Tässä tapauksessa ylivertainen sanaraja-konstruktio muuttaa monireittisen labyrintin yksireittiseksi.

10 Yhteenvedo

Tämän yhteenvedon pitäisi oikeastaan olla käyttöohje niin kuin ranskalaisfilosofi Michel Foucault toteaa *Sanat ja asiat* teoksen englanninkielisen laitoksen esipuheessa. Foucault miettii: ”Mikä oikeus minulla sitten on ehdottaa tätä kirjaa käytettäväksi mieluummin yhdellä kuin toisella tavalla? Kun kirjoitin sen, moni seikka oli minulle epäselvä. Eräät niistä vaikuttivat liian ilmeisiltä, toiset liian hämäriltä. Niinpä sanoin itselleni: jos pyrkimykseni olisivat olleet selvemmat ja projektini muodoltaan valmiimpi, ihanteellinen lukijani olisi lähestynyt kirjaani näin.”⁶²⁴ Edellä kuvattu Foucault’n antama käyttöohje liittyy tematiikkaan, jossa ranskalaisfilosofi tutki sitä, kuinka sanat ja asiat liittyvät toisiinsa kullekin aikakaudelle tyypillisten rakenteellisten reunaehtojen mukaisesti.

Tämän tutkimuksen kysymyksenasettelu on toinen, mutta tämäkin kirja tarvitsee käyttöohjeen. Ei siksi, etteikö oikeustapausanalyysijä olisi oikeustieteellisessä tutkimuksessa tehty riittävän kauan, eikä siksi, että epäilisin juristien ammattitaidon puutteellisuutta oikeustapausten analysoinnissa, vaan siksi, että tutkittava aihe on täysin uusi ja valitsemani työn rakenne ja esitystapa on oikeustieteellisessä väitöstutkimuksessa poikkeuksellinen. Michel Foucault sijoitti laatimansa *Sanat ja asiat* kirjan käyttöohjeen edellä mainitun teoksen alkuun. Tämän käyttöohjeen paikka on kirjan lopussa. Olisin mielissäni, jos lukija sukeltaisi tähän kirjaan ilman ennakollisia ja etukäteen syötettyjä ajatuskeemoja ja kokisi itse sen oivaltamisen riemun, jonka koin kirjoittaessani tätä kirjaa. Tämän vuoksi kirja alkaa oikeustapausanalyysillä, joissa kuvaan ja selitän käytännössä *oikeudellisen kinetiikan idean* ja oikeudellisten tekstien jatkuvasti *muuttuvan labyrinttiluonteen*.

Olen käyttänyt oikeustapauksia analysoidessani kahta eri lähestymistapaa, *ratio scriptaa* ja *dekonstruktivistista* lukutapaa. Markku Helin toteamus siitä, että “[s]uuri osa lainopillisten esitysten sisällöstä onkin sen toistamista, mitä muut ovat aiemmin sanoneet, ja niin täytyy ollakin. Tradition päälle voi sitten rakentaa vähän omaa” sopii erinomaisen hyvin *ratio scriptan* määritelmäksi.⁶²⁵ Lukutapana *ratio scripta* ei kuitenkaan tuota tyydyttävää tulosta, kun tarkoituksena on tarkastella tuomioistuimen ratkaisun perustelujen rakennetta alati muuttuvassa labyrintissa. Tämän vuoksi oikeustapausten tarkastelutapa vaihtuu dekonstruktivistiseksi lähiluvuksi, joka tässä tutkimuksessa on mielletty *hyperaktiivisena* lähestymistapana.

Tutkin oikeudellista kinetiikkaa, tarkemmin sanoen oikeudellisten konstruktoiden liikelakeja eli sitä, miten tuomioistuin käyttää ratkaisunsa perustelulauseissa konstruktioita ja normeja ja miten näiden edellä mainittujen yhdistelmillä

⁶²⁴ Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 7.

⁶²⁵ Helin, ”Kieli oikeustodellisuuden rakentajana”, s. 1035.

saadaan aikaan konkreettisia oikeusvaikutuksia. Mielenkiintoni kohdistuu erityisesti ensiksi mainittuihin eli konstruktioihin ja näiden yhdistelmiin. Tässä tutkimuksessa juridiset konstruktioit mielletään siten, kun Raimo Siltala on ne määritellyt. Siltalan kehitteillä olevassa teoriassa juridinen konstruktio on oppirakennelma, yhteisöllinen konventio, joka määrittelee kielen ulkoista todellisuutta ja johon on liitetty oikeusnormeihin yhdistyneenä oikeusvaikutuksia.⁶²⁶

Tämän tutkimuksen keskeisenä innoituksen lähteenä toimi Aleksander Peczenikin jo väitöskirjassaan *The Basis of Legal Justification* esittelemät oikeudelliset "loikat". Tässä tutkimuksessa kyse on tarkemmin sanoen Peczenikin kuvaaman kolmannen argumentatiivisen loikan sisällön tarkemmasta tutkimisesta eli hypystä tietystä fakta/normipremissi-yhdistelmästä oikeudelliseen tulkintalauseeseen. Miten tuomioistuin tämän loikan tekee, kun selvillä ovat jutun faktat ja ratkaisuun sovellettavat oikeusohjeet? Peczenik ei kerro, mitä yksittäisen loikan sisällä on tai mitä loikan sisällä tapahtuu, eikä tätä tematiikkaa ole yksityiskohtaisesti kuvattu oikeuskirjallisuudessakaan. Yksinkertaistaen kyse on siitä, mitä tapahtuu, kun mennään pisteestä A pisteeseen B. Tämä "ylimeno" saa aikaan liikettä, jota kutsun nimellä oikeudellinen kinetiikka. Kyse on konstruktoiden dynamiikasta, joka ilmenee tuomioistuinratkaisun perustelulauseissa.

Dynamiikan kuvaamiseksi otan käyttöön *avainpremissin, hukkapremissin, torjutun premissin ja erityisen oikeudellisen transformerin* -käsitteet. Kyse on tuomioistuinratkaisun perusteluista. Avainpremissillä tarkoitan sellaisia normeja ja konstruktioita, joiden avulla oikeudellinen ongelma otetaan riittävällä tarkkuudella ja intensiteetillä haltuun. Avainpremissi kohdentuu ja tarkentuu ratkaistavana olevaan oikeuskysymykseen. Kyse on perustelujen oikeasta kohdentuvuudesta eli sen perustelemisesta, mistä tapauksessa oikeudellisesti on kyse ja ratkaisujen perustelujen riittävydestä eli siitä, millaisella yksityiskohtaisuudella ja intensiteetillä tuomioistuin perustelee antamansa ratkaisun. Carnaplaisittain kyse on tuomioistuinratkaisun *ekstensiosta* ja *intensiosta* eli Siltalan termein perustelujen kohdentuvuudesta ja syvyydestä.

Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2011/1 luvussa *Kaksin käsin kouraotteella* ratkaisun avainpremissinä olivat seksuaalisen teon konstruktio, joka vaikutti piilevästi ratkaisun perustelurakenteessa, kunnes se tuotiin julki erityisen oikeudellisen transformerin avulla ja toisena avainpremissinä seksuaalisen hyväksikäytön konstruktio. Tapauksessa lääkäri oli lääketieteellisen palpoinnin sijasta kourinut potilaan rintoja kaksin käsin kouraotteella edestä ja takaa. Vaikka lääkärin ei ollut näytetty teollaan tavoitelleen seksuaalista kiihottumista tai tyydyttymistä, mitä seksuaalinen teko olisi vaatinut, katsottiin teon tästä huolimatta täyttävän seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistön. Myös tapaus KKO 2005/93 on seksuaalirikos ja avainpremissinä olivat seksuaalisen teon konstruktio ja lasten seksuaalisen hyväksikäytön konstruktio. Tapauksessa lasten isä oli toistuvasti antanut kielisuudelmia alaikäisille pojilleen ja hyväillyt poikien vartaloita. Tässä tapauksessa tuomioistuin ratkaisi tapauksen toisin kuin edellä selostetussa tapauksessa *Kaksin käsin kouraotteella*. Isän ei katsottu syyllistyneen

⁶²⁶ Siltala, *Oikeustieteen lait. Tutkijan aapiskirja*, (ilmestyy)

lasten seksuaaliseen hyväksikäyttöön, koska seksuaalinen teko jäi tapauksessa toteennäyttämättä. Näyttöä ei ollut siitä, että isä olisi kielisuudelmia antaessaan ja lasten vartaloita hyväillessään tavoitellut seksuaalista kiihottumista tai tyydyttymistä.

Tapauksessa KKO 2008/94 luvussa *Onko sanoilla rajat* avainpremissinä korkein oikeus käyttää ylivertaista sanaraja-konstruktioita. Tapauksessa korkein oikeus katsoi, että se ei voinut käsitellä tuomionpurkuhakemusta sotasyylisyysoikeuden aikanaan langettamaan tuomioon laissa olevan toimivaltanormipuutteen vuoksi. Korkein oikeus törmäsi sanarajaan. Sanaraja-konstruktio perusteella ratkesi myös esimerkiksi tapaus 2008/86, jossa korkein oikeus katsoi, että tekstiviestin lähettäminen ei ollut kotirauhan rikkomista, kun kyse ei ollut rikoslain 24 luvun 1 §:n 2 kohdassa nimenomaisesti mainitusta metelöinnistä, esineiden heittämisestä tai puheluiden soittamisesta. Edellä mainitut ratkaisut osoittavat sanaraja-konstruktioita toiminnan ylivertaisuuden ratkaisun avainpremissinä, jos tähän premissiin halutaan tukeutua. Ratkaisu KKO 2006/99 luku *Murtautuminen rikoslaissa käytettynä käsitteenä* taas osoittaa, että ylivertainen ja muuta konstruktivista materiaalia hylkivä sanaraja-konstruktio on mahdollista siirtää syrjään. Tapauksessa korkein oikeus ohitti ylivertaisen sanaraja-konstruktioita tukeutuen sen sijaan historialliseen eksegeesiin. Jos tapauksen avainpremissinä nyt käytetyn murtautumisen konstruktioita sijaan olisi käytetty sanaraja-konstruktioita, olisi tapaus ratkennut samaan tapaan kuin miten käräjäoikeus sen ratkaisi. Murtautumista ei tällöin olisi katsottu törkeäksi, koska henkilö oli mennyt hotellihuoneisiin hotellin omalla magneetikortilla eikä väkivaltaista voimaa tai esimerkiksi väärää avainta käyttäen.

Hukkapremissi on avainpremissin kääntöpuoli. Jos hukkapremissi poistetaan perusteluketjusta, perustelujen rakenne jämähköytyy ja selkiytyy. Hukkapremissit vaikuttavat joko harhaanjohtavasti perustelulauseissa tai muutoin vain tarpeettomasti raskauttavat perustelujen rakennetta. Hukkapremissi vaikuttaa heikentävästi sekä perustelujen kohdentuvuuteen että perustelujen syvyyteen. Hukkapremissien vaikutusta argumentaatioon arvioin erityisesti tapauksessa KKO 2005/137 luvussa *Hepat laukkaa, hepat painii*, jossa hukkapremisseinä vaikuttivat esimerkiksi toiseen raviohjastajaan kohdistettu haukkumasanan ylioikeudellistaminen, urheilu-oikeuden yleisten oppien pohtiminen ja hevosurheilun rinnastaminen kamppailulajeihin ja väärin kohdennettu sanktiokumulaatio-konstruktio. Tapauksessa KKO 2006/99 luvussa *Murtautuminen rikoslaissa käytettynä käsitteenä* hukkakonstruktiona oli väärin valittu prejudikaatti eli korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 1958 II 26, jossa henkilö oli ylittänyt 2,5 -metrisen aidan päästäkseen romuvarastoon. Korkein oikeus teki ratkaisussa *non sequitur*-tyyppisen virhepäätelmän, sillä romulaariin hyppääminen ei ole samanlaista kuin että mentäisiin suljettuun hotellihuoneeseen, vaikka romuvaraston ympärillä aita olikin. Michel Foucault on todennut teoksessa *Sanat ja asiat* asioiden välisestä samankaltaisuudesta, että se vaatii mielikuvitusta.⁶²⁷ On jokseenkin mahdotonta kuvitella yhtäläisyyttä sähköisen lukituksen avaamisen ja avoimen

⁶²⁷ Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 83.

aidalla ympäröidyn romuvaraston välillä. Hukkapremissien vaikutusta analysoin esimerkiksi tapauksessa KKO 2008/94 luvussa *Onko sanoilla rajat*, jossa korkeimman oikeuden pohdinnat markkinaoikeudesta, työtuomioistuimesta ja vakuutus-oikeudesta ovat tosiasiaa tapauksessa vaikuttavia hukkapremissejä. Hukkapremissien vuoksi tapauksen ekstensio heikkenee ja sotasyllisyysoikeus alkaa rinnastua muihin ehkä yhteiskunnalliselta vaikutukseltaan vähäpätöisempiin erityistuomioistuimiin. Hukkapremissejä on käsitelty esimerkiksi myös tapauksessa KKO 2005/93, jossa korkein oikeus pohtii erilaisia yhteisö- ja kulttuurisidonnaisia vanhempien ja lasten välisiä hellyydenosoitustapoja arvioi-
dessaan sitä, oliko lasten isä käyttänyt lapsia seksuaalisesti hyväkseen.

Torjuttu premissi tarkoittaa premissiä, joka on kirjoitettu näkyviin ratkaisun perusteluihin, mutta tuomioistuin on estänyt sen käytön. Torjuttua premissiä ei pidä sekoittaa kokonaan puuttuvaan premissiin. Torjuttu premissi puuttuu perusteluista vasta sen syrjään siirtämisen jälkeen. Syrjään panolla torjuttu premissi poistetaan tulevasta argumentaatiosta. Analysoin torjuttua premissiä esimerkiksi tapauksissa 2011/1 luvussa *Kaksin käsin kouraoitteella*, jossa loukatun suostumus on torjuttu konstruktio. Tapauksessa potilas oli antanut luvan lääkärille nännin imemiseen, mutta lääkäri kuitenkin tuomittiin seksuaalisesta hyväksikäytöstä loukatun eli potilaan suostumuksesta huolimatta. Torjuttu premissi näkyy esimerkiksi myös tapauksessa KKO 2005/93, jossa korkein oikeus torjui lastenpsykiatrian poliklinikan asiantuntijalausunnon siitä, että isän menettely hänen antaessaan kielisuudelmia alaikäisille lapsilleen oli vahingollista lasten kasvun ja kehityksen kannalta. Asiantuntijalausunto on näkyvissä perustelujen rakenteessa, mutta koska lausunto kohdistui isän menettelyn vahingollisuuden arviointiin lastensa kasvuun ja kehitykselle, ei isän tarpeiden tyydyttämisen toteennäyttämiseen, siirsi korkein oikeus lausunnon syrjään.

Torjuttu premissi tulee esille esimerkiksi myös tapauksessa KKO 2013/6 luvussa *Virka ja merkki*, jossa loppujen lopuksi poliisin käyttäytymisvelvoite vapaa-ajalla muodostui korkeimmalle oikeudelle torjutuksi premissiksi. Torjuttua premissiä on käsitelty myös esimerkiksi tapauksessa KKO 2008/94 luvussa *Onko sanoilla rajat?* Tapauksen perusteluissa korkein oikeus viittasi jo 1945 antamaansa lausuntoon, jossa se katsoi, että säädetty sotasyllisyyyslaki oli valtiojärjestyk-
seemme soveltumaton. Nyt tuomion perusta, johon purkua haetaan, on oikeudellisesti ongelmallinen. Tuomioistuinmenettelyn pulmallisuudesta huolimatta korkein oikeus ratkaisi tapauksen sanaraja-konstruktion avulla ja torjui oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin eli *fair trial*-konstruktion ja viime kädessä oikeusvaltion.

Edellä mainittujen premissien lisäksi olen erottanut tuomioistuimen ratkaisun perustelulauseista sellaiset ylimenokeinot, joiden avulla tuomioistuin on mennyt narratiivissa olevan epäjatkuvuuskohdan yli. Kutsun näitä ylimenokeinoja *erityisiksi oikeudellisiksi transformereiksi*, joita voivat esimerkiksi olla seuraavat lauseen osat: "selvää sinänsä on", "jo edellä lausutun perusteella on selvää", "korkein oikeus katsoo", "kokonaisharkinnan perusteella" tai "objektiivisesti arvioiden". Tuomioistuin sijoittaa erityisen oikeudellisen transformerin sellaiseen

kohtaan perustelulauseessa, joka sisältää jonkinlaisen epäjatkuvuuskohdan: sortuman, murtuman tai muun heikkouden.

Erityisen oikeudellisen transformerin avulla narratiivi jatkaa matkaa epäjatkuvuuskohdasta huolimatta. Erityisen oikeudellisen transformerin käyttö vaikuttaa perustelulauseessa kahdella eri tapaa: joko funktionaalisesti ratkaisun kohdentuvuutta ja syvyyttä vahvistaen tai dysfunktionaalisesti epätarkentaen ja heikentäen ratkaisun kohdentuvuutta ja syvyyttä. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2011/1 luvussa *Kaksin käsin kouraoitteella* erityinen oikeudellinen transformeri oli muotoa ”kokonaisuutena arvioiden”, mitä käyttäen piilevästi ratkaisussa vaikuttavasta seksuaalisen teon konstruktioista päästiin yli ja se tuotiin näkyväksi narratiiviin. Tapauksessa KKO 2013/6 luvussa *Virka ja merkki* erityinen oikeudellinen transformeri ”selvää sinänsä on”, teki virkamerkkikonstruktion merkityksen harvinaisen epäselväksi. Edellä mainitut esimerkin osoittavat erityisen oikeudellisen transformerin toiminnan. Ensiksi mainitussa esimerkissä erityinen oikeudellinen transformeri toimi funktionaalisesti, mutta jälkimmäisessä toiminta oli epätarkoituksenmukaista eli dysfunktionaalista. Myös tapauksessa KKO 2010/1, korkein oikeus käytti erityistä oikeudellista transformeria perustelulauseessa olevan epäjatkuvuuskohdan ylitykseen. Tapauksessa yhtiön toimitusjohtaja oli kosketellut neljää naispuolista työntekijäänsä hartioilta ja intiimeiltä alueilta. Seksuaalinen teko oli tapauksen avainpremissi, mutta käytännössä sen toteennäyttäminen olisi vaatinut sen, että tekijä eli tässä tapauksessa yhtiön toimitusjohtaja, olisi nimenomaisesti tunnustanut tavoitelleensa teollaan seksuaalista kiihottumista tai tyydytystä. Koska näin ei ollut, tarvitsi perustelulause erityisen oikeudellisen transformerin apua, jotta yhtiön toimitusjohtajan alaisiinsa kohdistuma hyväily voitiin syyksilukea seksuaaliseksi hyväksikäytöksi. Tapauksessa käytetty erityinen oikeudellinen transformeri oli muotoa ”korkein oikeus katsoo”, mutta se olisi voinut olla jokin muukin.

Perusteluketjuihin voi liittyä myös *puuttuvia* ja piileviä eli *latentteja* premissejä. Premissijaottelu puuttuvasta premissistä ja piilevästä premissistä ei ole omaa käsitteistöäni, vaan perustuu Raimo Siltalan *Tutkijan aapiskirja. Oikeustieteen lait-teoksessa* esitettyyn premissijaotteluun (joka ilmestyy). Puuttuvalla premissillä Siltala tarkoittaa ratkaisun perustelurakenteesta kokonaan puuttuvaa premissiä ja piilevällä sellaista premissiä, jota ei ole kirjoitettu näkyviin perustelulauseeseen, mutta se vaikuttaa jollain tavoin latentisti ratkaisussa. Latenttia premissiä analysoin tarkemmin tapauksessa KKO 2011/1 luvussa *Kaksin käsin kouraoitteella*.

Kokonaan puuttuvaa premissiä tuomioistuin olisi voinut käyttää ja sitä olisi pitänyt käyttää osana perustelurakennetta, mutta premissi puuttuu täysin perusteluista. Jos kokonaan puuttuva premissi olisi otettu osaksi perusteluista, olisi siitä tullut yksi ratkaisun avainpremissistä. Kokonaan puuttuvaa premissiä analysoin esimerkiksi tapauksessa KKO 2006/99 luvussa *Murtautuminen rikoslaisissa käytettynä käsitteenä*. Tapauksessa henkilö oli mennyt luvatta hotellihuoneisiin käyttämällä hotellin omaa yleisavainta, joka oli sähköinen avainkortti. Tapauksessa kokonaan puuttuvana premissinä, jota tapauksessa olisi pitänyt arvioida, mutta jota ei ollut arvioitu, oli 2000-luvun sähköinen lukitustekno-

logia. Magneetikortti ei vastaa autonomian ajan lukitusvälineistöä, jonka perusteella korkein oikeus murtautumista arvioi. Kokonaan puuttuva premissi näkyy myös esimerkiksi tapauksessa KKO 2008/94 luvussa *Onko sanoilla rajat*, jossa korkeimman oikeuden olisi pitänyt samaistua Otto Brusinin ajattelua seuraten valtiosääntöoikeusjuristin rooliin, mutta joka tuossa tapauksessa jäi tekemättä. Kokonaan puuttuva premissi näkyy myös esimerkiksi tapauksessa KKO 2005/137 luvussa *Hepat laukkaa, hepat painii*, jossa kaksoisrangaistavuutta olisi pitänyt arvioida *ne bis in idem* -konstruktion avulla, mutta jota tapauksessa ei ollut tehty.

Oikeudellisen kinetiikan tuloksena voi syntyä oikeudellisesti toimiva eli funktionaalinen konstruktio. Otan käyttöön uuden termin ja kutsun tätä nimellä *polymorfinen oikeudellinen konstruktio*. Polymorfinen konstruktio syntyy vähintään kahden tai useamman konstruktion vuorovaikutuksen tuloksena. Kutsun tätä konstruktioiden välillä tapahtuvaa kanssakäymistä nimellä *interferenssi*. Kyse on tarkemmin sanoen prosessista, jossa konstruktiot ovat keskenään interaktiossa ja polymorfinen konstruktio muodostuu siten, että muualta tieteenalalta, arkikokemuksesta tai käytännöstä tullut termi saatetaan oikeudelliselle kielelle eli otetaan osaksi juridista kielipeliä. Kuvaan polymorfinen konstruktion muotoutumista luvussa *Kaksin käsin kouraoitteella* tapauksen KKO 2011/1 avulla. Tapauksessa lääkäri oli kosketellut potilaan rintoja lääketieteellisesti poikkeavalla tavalla. Muualta tieteenalalta, tässä tapauksessa lääketieteestä tullut termi palpointi muotoutui interferenssin seurauksena ensin rintojen sormeiluksi, sen jälkeen niiden puristeluksi ja lopuksi rintojen kourinnaksi. Lääketieteellinen tunnustelututkimus eli palpointi oli kokenut muodonmuutoksen ja oikeudellinen kinetiikka johti tässä tapauksessa *onnistuneeseen oikeudelliseen metamorfoosiin*, jonka tuloksena syntyi *polymorfinen konstruktio*.

Oikeudellisesti onnistunut metamorfoosi ei kuitenkaan ole ainoa vaihtoehto, johon oikeudellinen *dynamiikka* voi johtaa. Konstruktioiden kinetiikka voi päättyä myös *toimivan polymorfinen konstruktion hajottamiseen*, joka kutsun nimellä *oikeudellinen deformaatio*. Oikeudellista deformaatiota kuvaan tapauksen KKO 2013/6 avulla luvussa *Virka ja merkki*. Kyseisessä tapauksessa korkein oikeus katsoi, että poliisin virkamerkkiä voi käyttää myös muulloin kuin silloin, kun poliisi on virkatehtävissä. Poliisi voi käyttää virkamerkkiä myös vapaa-ajallaan ja se toimii myös muussa käyttötarkoituksessa kuin osoituksena siitä toimivallasta, joka poliisiin tehtäviin liittyy. Tapaus on erinomainen esimerkki oikeudellisesta deformaatiosta, koska tapauksessa korkein oikeus hajotti oikeudellisesti toimivan virkamerkkikonstruktion ja siirsi sen arvioitavaksi toiseen asiayhteyteen. Näin ollen virkamerkkikonstruktio ei ole enää oikeustieteellinen konstruktio, vaan usealle eri tieteenalalle, arkikäytäntöön ja kokemukseen hajautunut konstruktio.

Deformaatio on prosessi, jossa konstruktio ei-oikeudellistetaan. Oikeudellisen deformaation lisäksi edellä mainitussa tapauksessa näkyy erinomaisesti virkamerkin semanttisen merkityksen liike. Jacques Derridan termin kyse on semanttisen merkityksen eriytymisestä eli *différance*sta ja hajautumisesta eli *disseminaatiosta*. Koska virkamerkillä on myös muita käyttökohteita kuin osoi-

tuksena poliisitehtävien aloittamisesta, virkamerkki voi olla esimerkiksi *alekortti*, *bonuskortti*, *kerhokortti* tai mikä muu tahansa tilanteeseen sopiva kortti. Disseminaatiota kuvaan myös luvussa *Hepat laukkaa, hepat painii* tapauksen KKO 2005/137 avulla. Kyseisessä tapauksessa korkein oikeus oikeudellisesti yleiskielestä tulleen haukkumasanan saatanan huora juridiseksi konstruktioksi. Tapaus kuvaa erinomaisesti *polymorfisen konstruktion muotoamista*, mutta tässä tapauksessa tapahtui *ylijuridisointia*. Yleiskielestä tullut haukkumasana saatana huora ylioikeudellistettiin hukkakonstruktioksi, joka sysäsi disseminaation liikkeelle. *Disseminaation* vuoksi alun perin naiseen kohdistuvan haukkumasanan semanttinen merkitys jää liikkeeseen ja eriytyy ja hajautuu erilaisiin naistyyppeihin. Enää ei tiedetä, pitikö tapauksessa arvioida miesohjastajan ravikilpailutilanteessa esittämää karkeaa huudahdusta naisohjastajalle kunnianloukkauksena, vai oliko kyse sen arvioinnista, viettäkö naisohjastaja yleensäkin huikentelevaa elämää. Tässä tapauksessa ylijuridisointi vaikutti heikentävästi ratkaisun kohdentuvuuteen.

Oikeudellinen kinetiikka voi päätyä myös siihen, että konstruktioiden välinen liike jää kesken. Kutsun tätä prosessia *vaillinaiseksi interferenssiksi* ja *toteutumattomaksi metamorfoosiksi*. Käsittelen vaillinaista interferenssiä ja toteutumattomaa metamorfoosia tapauksessa KKO 2008/94 luvussa *Onko sanoilla rajat*. Tapauksessa korkein oikeus arvioi sotasyyllisyysoikeuden vuonna 1946 langettaman sotasyyllisyystuomion purkamisen edellytyksiä. Korkein oikeus päätyi kantaan, että purkuhakemusta ei pystytä käsittelemään laissa olevan toimivaltanormipuutteen vuoksi. Tapauksessa vaikuttava ylivertainen sanaraja-konstruktio lopetti konstruktioiden välillä alkaneen *interferenssin* eikä *oikeudellisesti onnistunutta metamorfoosia tapahtunut*. Purkuhakemusta ei käsitelty oikeusvaltiollisista premissistä käsin, vaan tuomionpurkuhakemus palasi takaisin lähtöpisteeseensä. Sitä ei otettu käsiteltäväksi.

Oikeudellisen kinetiikan lisäksi perustelen väitteen, – toisin kuin Ronald Dworkin asian esittää – tuomioistuimen ratkaisut eivät ole sarjallisia ketjuomaaneja ja koherentteja kertomuksia, vaan kyse on jatkuvasti muuttuvasta labyrinthista eli tekstien kudelmasta, joka pääsääntöisesti esiintyy monipolkuisena poislukien rajatapaukset, joissa labyrinthi on yksipolkuinen. Idea oikeudellisten tekstien sokkelikosta tulee esille kaikissa käsittelemissäni tapauksissa oikeudellisen kinetiikan yhteydessä, mutta vahvennan tätä ideaa muuttuvasta sokkelikosta vielä kahden tapauksen KHO 2012/75 ja HAO 18.1.2013 avulla luvussa *Oikeudellisten tekstien labyrinthi*. Oikeudellisten tekstien sokkelikossa tuomioistuimen ratkaisun perustelulauseet tulevat jostain ja menevät jonnekin. Sokkelikko kuvaa tuomioistuimen ratkaisujen perustelurakennetta, koska ratkaisun perusteluketju eli argumenttien rakenne muistuttaa sokkeloista verkostoa. Ratkaisussa käytetyt perustelulauseet voivat päätyä myös umpikujaan tai vaihtoehtoisesti etsiä uusia reittejä erityisen oikeudellisen transformerin avulla, vaikka perustelulauseiden labyrinthi sisältää murtumia, sortumia tai muunlaisia halkeamia. *Erityinen oikeudellinen transformeri* on keino ylittää narratiivissa oleva murtuma, sortuma, halkeama tai muu epäjatkuvuuskohta. Ratkaisun perustelut

voivat kulkea monireittisessä sokkelikossa myös yhtä kuin useampaa reittiä yhtä aikaa, osin päällekkäin ja ristikkäin. Sokkelikko on alttiina jatkuvalla muuttumiselle. Uusi tuomioistuinratkaisu rakentaa ja muovaa labyrinttiä aina uudelleen.

Otan käyttöön erityisesti kyberteksteistä tunnetun ja Espen Aarsethiin liitetyn *ergodisen luennan* käsitteen. Perustelen kannan, jonka mukaan oikeudelliset tekstit ovat *jatkuvasti muuttuvia labyrinttejä*, jotka rakentuvat wittgensteinlaisittain kuvattuna perustelulauseiden ristikkäisestä ja päällekkäisestä verkostosta. Koska kyse on jatkuvasti muuttuvasta sokkelikosta, vaatii tällaisten tekstien analysointi lukijalta erityistä ahkeruutta ja ponnisteluja eli *ergodista luentaa*. Kutsun tätä tekstin luku- ja analysointitapaa ergodiseksi lähestymistavaksi, joka on saanut vahvoja vaikutteita Espen Aarsethin teoksesta *Cybertext* ja Jacques Derridan dekonstruktiosta. Derridasta poiketen perustelen kannan, jonka mukaan käyttämäni dekonstruktiivinen lukutapa *ei ole passiivinen*, vaan kyse on *aktiivisesta* eli tutkijan omaa erittäin vahvaa panosta vaativasta lähestymistavasta.

Eräänlaisena kunnianosoituksena Kaarle Makkoselle tässä tutkimuksessa kyse on rakenneanalyysistä, jonka kohteena ovat tuomioistuinratkaisun perustelut. Makkosesta poiketen kyse on *rakenneanalyysistä*, joka ei pelkästään ole aktiivista toimintaa, vaan se on *ergodista* eli intensiivistä, syväluotaavaa ja hyperaktiivista toimintaa.

11 Summary

This abstract should perhaps be headed "Directions for Use", in the image of what the late French philosopher Michel Foucault wrote in the *Foreword to the English Edition* of his major work *Les Mots et les choses*, i.e. *The Order of Things*. Foucault wrote:⁶²⁸ "What right have I, then, to suggest that it should be used in one way rather than another? When I was writing it there were many things that were not clear to me: some of these seemed too obvious, other too obscure. So I said to myself: this is how my ideal reader would have approached my book if my intentions had been clearer and my project more ready to take form." Foucault's directions for use for the puzzled reader were anchored on how words, or linguistic terms, and *things*, or phenomena in the world, are attached to one another under a given *épistémè*, i.e. the epistemic and conceptual frame adopted in a certain period of time.

The topic of this research is of course a very different one, but this book, too, might gain some profit from benign directions for use for the reader. Not because he or she were not familiar with the standard case law analysis that has been going on in legal research for a very long time, nor because I had any doubts of his or her skills in successfully conducting such analysis, but because the topic of the current research is an entirely novel one, and because the composition and style of presentation are perhaps somewhat uncommon for a doctoral dissertation. Michel Foucault placed the directions for use he wrote for the reader of his book at the very beginning of *The Order of Things*. The proper place of the directions for the reader of *this* book is, however, at the very end of it. I would be happy if the reader were immersed in the flow of its texture without any prior, predetermined patterns of thought, thinking that "it must be so-or-so", so that he or she would rather experience – to make use of Roland Barthes' innovative terminology – the *jouissance* of textual insight, having perhaps some similarity to the original inspiration and, indeed, passion that I myself experienced when writing the text. It is therefore that the book starts with some concrete examples of case law analysis with the help of which I seek to elucidate the practice of legal *kinetics* and the constantly evolving, *labyrinthine* character of the subject matter of such an endeavor.

In analyzing the precedents issued by the Finnish Supreme Court of Justice I have utilized two different angles of approach: the mainstream-oriented *ratio scripta* account of the law, on the one hand, and philosophical *deconstruction*, as suggested by Jacques Derrida, on the other. Markku Helin's portrayal of the mainstream-spirited legal doctrine, to the effect that "[a] great deal of the legal

⁶²⁸ Foucault, *The Order of Things. An Archaeology of the Human Sciences*, p. IX.

doctrine consists of merely restating what has been said before by other legal scholars, and so it must be, too. On top of that scholarly tradition, one may then add some of one's own",⁶²⁹ counts as an excellent definition of the *ratio scripta* approach to the law. Yet, the *ratio scripta* type of reading the law fails to produce satisfactory results, when the focus of enquiry is on the structure of reasons given for some individual judicial decision within the constantly unfolding and ever-changing labyrinth of such reasons. Therefore, the angle of approach is eventually changed, with decisive preference given to a *deconstructive close-reading* of such material. But, unlike the philosophical stance taken by the original architect of deconstruction, Jacques Derrida,⁶³⁰ the idea of deconstruction is now taken in the *methodological* sense of an active or, to be more precise, *hyperactive* involvement and engagement with the text by the attentive reader, and with the realm of meanings the text may reveal when subjected to such an endeavor.

The present focus is on *legal kinetics*, i.e. on how courts employ the combination of legal norms and legal constructions in the reasoning premises of precedents and other judicial decisions, and on how concrete legal outcomes are brought into effect thereby. The inherent movement of legal constructions (and legal norms) is, in other words, captured by the notion of legal kinetics. The focal point of the treatise is on the *constructive* side of the issue, and not on the interpretation of legal norms in isolation, or detached from the set of *legal constructions* that are also required in judicial decision-making. The concept of a legal construction is defined with reference to Raimo Siltala's (forthcoming) treatise on the issue, i.e. a scholarly device, or convention, adopted in a legal community, by means of which some phenomena in the world are given a legal quality, and, when placed in the context of legal norms, tangible legal outcomes are brought into effect.⁶³¹

One of the key sources of inspiration for the present treatise is Aleksander Peczenik's idea of the role of the *jumps*, or *transformations*, in legal reasoning, as introduced in his doctoral thesis *The Basis of Legal Justification*. What is at stake here is Peczenik's third jump, i.e. the transition in legal argumentation from the combination of a material facts premise and a legal norm premise to a legal conclusion. How does the court perform that jump in an individual case? Peczenik did not give a precise enough account of what actually takes place inside such a jump of legal argumentation, as performed by a judge or a legal scholar. Nor have any other legal authors given a satisfactory account of the *dynamics* of legal reasoning in such a situation. To put the issue in simple terms, it concerns the effected transition from the point A to the point B in legal reasoning, as captured by the notion of legal kinetics in the present treatise. The proper functioning of such *legal kinetics* can best be seen in the argumentative moves given in support of precedents and other judicial decisions.

To give a more thorough picture of the dynamics of legal norms and constructions in legal reasoning, I introduce the novel notions of a *key premise*, a *trash prem-*

⁶²⁹ Helin, "Kieli oikeustodellisuuden rakentajana", p. 1035.

⁶³⁰ Cf.: "Deconstruction is not a method and cannot be transformed into one." Derrida, "Letter to A Japanese Friend", p. 3.

⁶³¹ Siltala, *Oikeustieteen lait. Tutkijan aapiskirja* (forthcoming).

ise, a blocked premise, and a specific legal transformer, as well. They are all aligned with the structure of legal reasons given in support of a judicial decision. A key premise is the combination of pertinent legal norms and legal constructions, with the help of which the legal issue at hand is duly apprehended, i.e. captured with adequate semantic exactness and intensity. A key premise is, for the first, rightly focused on the legal issue under scrutiny, being the legal issue upon which the court is expected to give an authoritative ruling, and, for the second, the reasons given in its support should be adequate as to their semantic intensity, i.e. their comprehensiveness and duly – but not excessively – detailed characteristics. To phrase the issue in the terminology of Rudolf Carnap's semantics, the issue concerns the extension and intension of the reasons given in support of a precedent. Based on Carnap's model, Raimo Siltala has made use of the two terms, i.e. the focus and the depth of the reasoning grounds for a precedent, with reference to a given combination of legal norms and constructions in a case.

Thus, in the Supreme Court decision KKO 2011/1, analyzed above under the heading *With a Firm Two-Hand Grab of Her Breasts*, there were two key premises or key constructions involved, the one as expressly stated in the reasons given in it, viz. the legal construction of the *sexual abuse of a woman*, and the other as no more than latently operative until brought into open daylight by a specific legal transformer, viz. the legal construction of a *sexual act*, or the sexually laden and motivated quality of a person's behavior. Instead of following the standard medical procedure of *palpation* in the examination of the female patient's breasts so as to rule out the doubt of breast cancer, the male doctor had taken "a firm two-hand grab of her breasts, squeezing and rolling them by hand, both from behind and from in front of her".⁶³² During the breast examination procedure, the male doctor had, moreover, made a comment on the "nice and well-formed appearance" of her breasts, and, having asked for permission to do so, had sucked her nipple so as to gain a sample of excretion from it. Although there was not sufficient evidence presented in the court proceedings of the doctor's motive of having aspired sexual excitement or sexual satisfaction, as was then required by the Criminal Law definition of a sexual act, the criteria of sexual abuse were still deemed to have been present in the occasion, according to the Supreme Court's judgment on the issue.

Similarly, the Supreme Court decision KKO 2005/95 concerns a sexual crime, as its key premises were those of a sexual act and the *sexual abuse of a child*. In the case, the father had quite openly and on a frequent basis given intimate kisses to his two underage sons, to the extent of pushing his tongue into their mouth, and had caressed their bodies by hand. Now, the Supreme Court's ruling was based on quite different premises than in the (later) breast examination case, i.e. KKO 2011/1. The criminal charges against the father of the sexual abuse of the two

⁶³² The phrase "with a firm two-hand grab of her breasts" is a direct quotation from the Supreme Court's reasoning in KKO 2011/1, to the effect that "[p]alpation is not instructed [in the standard medical handbooks] to be performed with a firm two-hand grab of the female patient's breasts, by squeezing and rolling them by hand, both from behind and from in front of her, as [the male doctor] A is depicted to have done."

children were dismissed by the Supreme Court, since the father denied having had any sexual intentions when kissing and caressing his sons, and the allegedly sexual character of his deeds could not be proven in court. In other words, no convincing evidence had been presented in court to substantiate the criminal charge that the father had aspired sexual excitement or sexual satisfaction in giving such intimate kisses to his sons and in fondling their bodies by hand.

In the Supreme Court decision KKO 2008/94 (*Do Words Have Fixed Boundaries?*), the legal construction that deals with the allegedly *preset linguistic boundaries of law* that constrain the judge in his or her act of applying the law, proved to have pre-eminence over the contending legal construction of a state based on the *rule of law* ideology (*Rechtsstaat*). In that case, the Supreme Court came to the conclusion that it did not have legal competence to take into consideration a petition to annul a decision given by the *ad hoc* War Crime Court in 1946. The petition was based on the grave shortcomings in the establishment, composition, and (retroactive) legal grounds of the War Crime Court and, correspondingly, the legally blameworthy character of the prison sentences it had passed on the wartime top-level Finnish politicians who had been accused of having maliciously brought the state of war on Finland and its eastern neighbor, the Soviet Union. The Supreme Court, however, ran into the linguistic boundaries of law in its preliminary consideration of the case. Thus, Supreme Court came to the conclusion that it lacked the required legal competence to investigate the petition for the annulment of the decisions given by the War Crime Court, since there was no express authorization to the said effect in the (repelled) *Law on Punishing Those Guilty of Inducing War on Finland* that would have identified the Supreme Court as the right legal forum for the petition.

The legal construction of the *fixed linguistic boundaries of law*, in connection with the *principle of legality* and as contrasted with the prohibition of analogical reasoning, was deemed to be decisive in the Supreme Court decision KKO 2008/86, dealing with the disturbance of domestic peace by the accused. In it, the Supreme Court gave a ruling to the effect that the act of sending obtrusive text messages in a very large volume to one's ex-girlfriend did not qualify as the disturbance of domestic peace, since the sending of text messages was not mentioned in the fact-description of the Criminal Law provision in question. It was only the making of obtrusive noises, the throwing of objects into someone's apartment, and the making of obtrusive phone calls to someone that were given as examples of committing the disturbance of domestic peace in it. The two Supreme Court decisions mentioned above, viz. KKO 2008/94 and KKO 2008/86, provide strong support to my claim that the legalism-enhancing legal construction dealing with the allegedly *predetermined linguistic boundaries of law* functions as the pre-eminent legal construction if – but only if – the Court so wishes to decide.

The Supreme Court decision KKO 2006/99 (*Breaking and Entering As a Criminal Law Concept*), on the other hand, proves that the allegedly irrefutable pre-eminence of the *fixed linguistic boundaries of law* can indeed be challenged, if only the Court wishes to do so. In that case, the Court chose to ignore the linguistic constraints

of law in the Criminal Law provision on breaking and entering, and, instead, adhered to the method of *historical exegesis* in applying the Criminal Law provision in question. If the construction of the preset linguistic boundaries of law had been given pre-eminence, as in the Supreme Court ruling in KKO 2008/94, instead of the backward-looking historical exegesis that was now adopted, the end result would have been the same as at the court of first instance in which the charges for grave larceny had been dismissed. In other words, the act of breaking and entering would not have been regarded as grave larceny, since it had been committed by using a stolen magnetic card key and not by using physical force or a picklock.

A *trash premise* is the reverse phenomenon of a key premise. If a trash premise is removed from the chain of judicial reasoning, the structure and composition of the court's reasoning becomes clearer and more relevant as to the issue to be ruled upon. A trash premises has the effect of making the legal issue at hand more confused and perplexed or, at the very least, it needlessly complicates it by disclosing arguments that are quite irrelevant for it. A trash premise weakens the structure and composition of legal reasoning both as to the focus (*extension*) and the depth (*intension*) of arguments given in support of a legal outcome. The misguiding impact of such trash premises can be seen in e.g. the Supreme Court decision KKO 2005/137. In it, an inexperienced female driver had caused an accident at the horse races, as outlined above in the Chapter *Horses Galloping, Horses Wrestling*. In the Supreme Court's ruling on the case, several trash premises were considered, viz. an over-juridification of the profane word of abuse with which the female driver had been called by one of the other drivers ("*you f-ing whore!*"); useless reflection on the general doctrines of the sports law in the rather mundane collision situation at the horse races; the misleading parallel drawn between the horse races and the combat arts; and the mistakenly outlined construction of a sanction accumulation in the case, leaving the more pertinent legal doctrine of the *ne bis in idem* construction totally out of consideration.

In the Supreme Court decision KKO 2006/99, a mistakenly chosen precedent functioned as a trash premise for the outcome of the case, viz. KKO 1958 II 26. In it, the Supreme Court committed a false, misleading act of reasoning of a *non sequitur kind*, since the two situations of, firstly, illegally entering a hotel room by means of a stolen magnetic master key (KKO 2006/99), and secondly, climbing over a 2,5 meter high fence in the open air so as to gain access to the junkyard goods of a recycling firm, are hardly similar enough to warrant such a conclusion. As Michel Foucault argued in *The Order of Things*, the affirmation of similarity between A and B by necessity requires the use of imagination.⁶³³ Still, resort to imagination should not be overextended so as to obscure any plausible order of things in the legal sphere, and the parallel now drawn between two very different legal situations – the one dealing with electro-magnetic locking devices of the 21st century, and the other dealing with a 2,5 meter high fence surrounding an open-air pile of junk – would seem to have less-than-happy consequences on the lawyers' worldview.

⁶³³ Foucault, *The Order of Things*, p. 69.

The influence of trash premises on legal reasoning is tackled in *Do Words Have Fixed Boundaries?* (KKO 2008/94), too, where the Supreme Court's reference to the legal provisions concerning the Market Court, the Labor Court, and the Insurance Court have the unfortunate effect of obscuring the very focus of the ruling given. The focal point of the case should have been on the constitutional issues of the rule of law ideology and its impact on the *ad hoc* War Crime Court, the jurisdiction of which was based on retroactive criminal law legislation and the legal discretion of which was subject to the external pressure exerted by the Soviet-influenced Control Commission in the turmoil of the postwar period, and not on the more mundane issues handled by the Market Court, the Labor Court, or the Insurance Court in the relatively more tranquil times. The impact of obvious trash premises are identified in KKO 2005/93, too, where the Court reflects upon the various means of showing parental affection to children in different social and cultural settings, while the context of judicial decision-making in that case required an evaluation of whether the father of the two underage sons was guilty of sexual abuse of the children.

A *blocked premise*, or *blocked construction*, is a premise that was initially included in the reasoning structure of a case but was subsequently removed from among the operative reasons of the case and, accordingly, was not allowed to exert influence on the final outcome in it. A blocked premise must not be confused with a (*completely*) missing premise. A blocked premise is removed from among the court's reasons in the midst of the argumentation process, while a (*completely*) missing premise is not allowed to enter the chain of judicial reasoning in the first place. The role of blocked premises in judicial reasoning are analyzed in the Chapter *With a Firm Two-Hand Grab of Her Breasts* (KKO 2011/1), in which the *consent of the victim* to the crime was blocked out from among the reasoning premises of the case, even though it had been referred to in the court's citation of the material facts of the case. Thus, the female victim, when asked by the male doctor for permission to do so, had given her consent to him to suck her nipple so as to get a specimen of excretion from it for the purpose of medical breast investigation. Despite the presence of a consensual element in the case, the doctor was convicted of sexual abuse of the woman, and the premise dealing with the victim's approval of the act was silently dropped from the court's reasoning. In the Supreme Court decision KKO 2005/93, the Court blocked out the expert opinion given a specialist in child psychiatry on the detrimental effects on the children's future development and growth of their father's frequent habit of giving them intimate kisses onto their mouth and fondling their bodies by hand. The content of the expert opinion can be seen in the court's line of reasoning, but – since it dealt with the harmful effects of the father's behavior on the children's later development and growth, and not with the evidence of the father's possible satisfaction of his own sexual needs – the Supreme Court put the expert opinion aside when it gave its final conclusion in the case.

A *blocked premise* can be detected in the Supreme Court decision KKO 2013/6, as analyzed in the Chapter *The Badge and the Office*. In it, the Court eventually

blocked out the legal premise that defines a police officer's general duty of conduct while off-duty. Similarly in the Chapter *Do Words Have Fixed Boundaries?* (KKO 2008/94), a premise was first taken into consideration, to be blocked out of consideration a moment later. There, the Supreme Court first made reference to an official opinion rendered by itself (or rather its predecessor) in 1945, to the effect of finding the legislative enacting procedure of the War Crime Law highly problematic from the constitutional point of view. The legal ground for judgment passed by the War Crime Court on one of the members of the wartime Finnish Council of State, Mr. Väinö Tanner, upon which the petition for the annulment of the judgment given by the War Crime Court in 1946 was made to the Supreme Court, is accordingly subject to severe legal criticism. Despite there being grave defects in the composition, legal ground, and the conduct of legal proceedings of the War Crime Court, the Supreme Court now adhered to the legal construction that legal concepts do have fixed boundaries that cannot be transgressed, blocking out the competing legal construction of a *fair trial* and, as effective at the back of it, the pre-eminent constitutional construction of a state based on the *rule of law* ideology.

Besides investigating legal constructions, I introduce the notion of *specific legal transformers*. It is by means of such transitional devices in legal argumentation that the court 'jumps', or crosses over, the points of discontinuity in the chain of legal reasoning. The impact of the specific legal transformers may be detected in, e.g., the following kind of semantically hollow phrases that are frequently embedded in the reasoning structure of a judicial decision: "the issue quite self-evidently being (so-and-so), the Supreme Court gives the following ruling in the case . . .", "based on what was stated above, it is obvious that . . .", "the Supreme Court deems it fit to give the following ruling on the issue . . .", "judging the issue as a whole, the Supreme Court deems it to be (so-and-so) . . .", or "from an objective point of view, the issue must be judged (so-and-so) . . .". A specific legal transformer is adopted in order to bridge a gap or, in more general terms, a point of discontinuity in the court's chain of reasons, whether it be a rupture, a fracture, a crack, or some other kind of weakness in the court's line of argumentation. By means of a specific legal transformer, the court is then able to continue the legal narrative in a seemingly unbroken manner, despite the crack or rupture in its chain of reasoning.

A specific legal transformer may have an either *functional* or a *dysfunctional* impact on the court's reasoning in a case, i.e. either strengthening or weakening the focus and the depth of the reasons given for the particular outcome in the case. In *With a Firm Two-Hand Grab of Her Breasts* (KKO 2011/1), the specific legal transformer of the type, "judging the issue as a whole, the Supreme Court deems it to be (so-and-so) . . .", was adopted by the Court, in turning into open daylight the legal construction of a sexual act that had so far been no more than silently, or latently, operative in its line of reasoning. In *The Badge and the Office* (KKO 2013/6), the specific legal transformer of the type, "the issue self-evidently being (so-and-so) . . .", was adopted, having the effect of totally confusing the proper functioning of the legal construction of a police officer's badge, making it quite inoperative as

a criterion for judging whether a police officer, who presents the badge to someone, really is in that situation on-duty or off-duty. That is so because the Supreme Court put forth the argument that there may be other reasons for presenting the badge than that of identifying oneself as being a police officer on-duty, with all the legal authority and legal duties entailed. What those “other reasons” for presenting the badge might be was, however, not revealed by the Court. In the first case mentioned (KKO 2011/1), the specific legal transformer adopted had a *functional* effect since it strengthened the court’s line of argumentation; while in the latter case (KKO 2013/6), the corresponding specific legal transformer had a *dysfunctional* effect, weakening the court’s line of reasoning, as it significantly impaired the use of that decision as a guideline for future legal adjudication and the police field work.

In the Supreme Court decision KKO 2010/1, the Court made use of the specific legal transformer of the type, “the Supreme Court deems it fit to give the following ruling on the issue . . .”. In it, the managing director of an ambulance firm had been touching and fingering the breasts and other intimate areas of the four female employees of the firm. The key premise in the case was obviously the legal construction of a sexual act, but proving its presence in the case would have required a confession made by the suspected male transgressor, to the effect of his pleading himself guilty of having sought sexual excitement and/or sexual satisfaction through his action. Since no such confession was available, but the accused had firmly denied having had any sexual motives for his action, the specific legal transformer of the type, “the Supreme Court deems it fit to give the following ruling on the issue . . .”, was needed to impute the crime of sexual abuse to the accused, instead of seeing it as an instance of, say, mere non-sexual fondling and caressing of the bodies of the ladies concerned. Some other type of a specific legal transformer may of course have been adopted here, as well as in the other cases cited above.

In addition to the set of *key premises*, *trash premises*, *blocked premises*, and specific legal transformers already considered, the chain of reasoning for a judicial decision may also entail premises that are entirely absent or missing, on the one hand, or fully concealed or hidden, on the other. The idea that there may also be entirely absent and concealed premises in legal reasoning, too, is based on Raimo Siltala’s theory of law, as outlined in his (forthcoming) book *Tutkijan aapiskirja. Oikeustieteen lait (= An A-B-C Book for A Legal Researcher. The Laws of the Science of Law)*. An entirely absent premise is an argument that could – and, in fact, should – be entailed in the court’s line of reasoning, because, had it been duly incorporated in it, it would have functioned as a crucial and imperative argument, i.e. a key premise, for the outcome reached. A fully concealed, or hidden, premise, on the other hand, is an argument that plainly has exerted some influence on court’s legal reasoning in the case but that is not expressly acknowledged in the court’s reasoning for the outcome in the case.

The legal construction of a sexual act was utilized as a *fully concealed*, or entirely hidden, premise in the Supreme Court decision KKO 2011/1, as analyzed

under the heading *With a Firm Two-Hand Grab of Her Breasts*. Though the sexually tinted character of the male doctor's rather unusual methods of conducting the female patient's breast examination could not be proven beyond reasonable doubt in the case, the legal construction of a sexual act was nevertheless acknowledged by the Court as a concealed, hidden premise, since it was allowed to have a decisive impact on the legal outcome in the case. The functioning of an *entirely absent*, or wholly missing, premise, on the other hand, can be seen in KKO 2006/99, as analyzed above under the heading *Breaking and Entering As a Criminal Law Concept*. In it, the accused was indicted of aggravated larceny since he had illegally entered several hotel rooms with the help of a stolen magnetic master key card, looking for valuables to steal in the hotel rooms. The entirely absent premise that should have been taken into account by the Court, but which was wholly ignored by it, is equal to the modern electro-magnetic locking technology of the 21st century. Instead, the Court made a lengthy excursus to the reconstructed will the parliamentary legislator of the late 19th century, dealing with a very different kind of locking devices in year 1889.

The place reserved for an entirely absent premise in the reasoning structure of the Court can be seen in KKO 2008/94 (*Do Words Have Fixed Boundaries?*), too, where it should have fully adopted the point of view of a constitutional lawyer vis-à-vis the law, applying and extending Otto Brusiin's original idea that in a legal gap situation the judge ought to have resort to the stance of a sociologist, an economist, or a political scientist as to the law. Instead of taking such a constitutional stance, based on the rule of law ideology and the requirement of a fair trial, the Court rejected the petition for the annulment of the sentence passed by the War Crime Court on purely formal grounds. The place reserved for an absent premise can also be seen in KKO 2005/137 (*Horses Galloping, Horses Wrestling*), in which the legal construction *ne bis in idem* ought to have been taken into consideration by the Court, instead of its profound reflections on the general doctrines of sports law, the common linguistic usages at the horse races, and other similar issues now taken up by the Court.

The functioning of legal kinetics may give birth of a novel legal construction that duly satisfies the legal expectations placed upon it. I introduce the term *polymorphic construction* with reference to such a successful construction, born out of the interference, or mutual interaction, between the two or more constructions involved in its creation. Such a process of interference may involve constructions originated in the various branches of science or scholarly activities, i.e. the social and human sciences, medicine, philosophy, engineering, or, alternatively, in the common, everyday conceptions and experiences of life. In the interference between the legal and non-legal constructions involved, some initially non-legal constructive device is inserted into a distinctively legal context. For instance, in the Supreme Court case analyzed under the heading *With a Firm Two-Hand Grab of Her Breasts* (KKO 2011/1), the mutual interplay between the various legal and non-legal constructions is neatly illustrated. In it, the male doctor had been touching and fingering the female patient's breasts in a manner that self-evidently

deviated from the standard medical procedure. In the process of interference with the medical construction of palpation, the key constructive element in the legal reasoning of the Supreme Court was transformed, first, into *touching* and *fingering* the female patient's breasts, then, into *squeezing* and *rolling* them by the doctor's hand, and, finally, into the doctor's having taken a *firm two-hand grab of her breasts*, both from behind and from in front of her. In the course of the process of interference, the medical construction of palpation had gone through a multi-phased *metamorphosis*, giving birth to a *polymorphic* legal construction that successfully incorporates constructive elements from medicine and from other fields of life, as well.

A legally successful metamorphosis is, nevertheless, not the only type of end result that such legal kinetics may give birth to. A less-than-fully successful process of interference may result in the dismantling and disassembling of a formerly successful polymorphic legal construction. I name such a process of interference the *deformation* of a (formerly) legal construction. In *The Badge and the Office* (KKO 2013/6), the Supreme Court deliberately dismantled the legal construction that defines the legal functions of a police officer's badge or, to be more precise, the act of presenting the badge to another person. Now, according to the Supreme Court's ruling, the badge may well have other functions than that of identifying the person who presents it to someone as a police officer who is currently on-duty, assigned with the legal powers and legal duties assigned to that office. What those "other functions" might be was, however, not specified by the Supreme Court. Still, the former connection between the badge and the legal consequences attached to the act of presenting it to someone, in the sense that the person presenting the badge identifies him- or herself as a police officer who is at that moment on-duty, was decisively broken, by force of the *deformation* of that (formerly) legal construction by the Supreme Court. Now, in light of the Supreme Court's ruling in KKO 2013/6, the act of presenting the police officer's badge to someone may or may not have the legal functions assigned to it by the law, but the outsider to whom the badge is being presented has no means of knowing whether the person who presents the badge is or is not endowed with police authority at that moment. The legal construction of the *police officer's badge*, in other words, became dismantled into the badge and the office, with a line of division drawn between the two by the Supreme Court.

Deformation refers to a process of interference in which a legal construction is *dismantled* and *disassembled*, in the sense of removing the legal status of a formerly legal construction and (re)turning it into a non-legal construction that belongs to the field of some other science or that of everyday life and experience. As such, deformation is the reverse process as compared to legal metamorphosis. Besides demonstrating the functioning of legal deformation, the semantic movement of the linguistic meaning assigned to the police officer's badge can be seen in Chapter *The Badge and the Office*, with reference to the Supreme Court decision KKO 2013/6. Rephrasing the issue in Jacques Derrida's innovative terminology, the process of deformation entails the element of *différance*, or the *differing/deferral*

movement of the semantic meaning attached to a sign, i.e. the badge, and *dissemination*, or the diverging and scattering of meaning into dispersion and division. Since the police officer's badge proved to have other possible uses than that of identifying the person who carries it and presents it to someone as being a police officer on-duty, the badge might also function as a bonus card, a discount card, a club membership card, or other kind of card endowed with some fringe benefits, having no inherent connection to the legal authority and legal duties assigned to a police officer anymore.

The dissemination of legal meaning can be seen in KKO 2005/137, too (*Horses Galloping, Horses Wrestling*). In it, the Supreme Court transformed a common word of abuse ("you f-ing whore!") into a distinctive legal construction. The case is a kind of textbook example of how to form a polymorphic legal construction from a common linguistic phrase, but the process of juridification seems to have gone too far. As a consequence, the profane word of abuse with which the female driver had been called by one of her male colleagues in the collision situation was over-juridified and turned into a *trash construction* that had the effect of thrusting the dissemination of meaning on the move. Because of it, the common profane word of abuse is diversified, now having reference to the various types of women and the looseness or austerity of their personal sexual morality. As a consequence, we no longer know whether the profane expression should be taken as an instance of mere defamation and disrespect for the female driver, or whether it should be taken to refer to the allegedly frivolous and loose sexual morality of the lady concerned. The over-juridification of the legal construction weakens the semantic focus of the precedent.

Sometimes the process of interference between the two or more legal and non-legal constructions involved is not fully completed but, instead, ends up in an *imperfect interference* and *unfinished metamorphosis*. Such an incomplete outcome for legal kinetics is tackled with in Chapter *Do Words Have Fixed Boundaries?*, focusing on the Supreme Court decision KKO 2008/94. In it, the Court took into deliberation whether it had legal power to investigate and possibly cancel the verdict passed by the War Crime Court in 1946 in which the Court had convicted the members of the wartime Finnish Council of State into prison sentences. The Supreme Court, however, came to the conclusion that it did not have the legal power to investigate the petition for the annulment of the sentences, since there was no explicit provision to the said effect in the (repelled) Law on Punishing Those Guilty of Inducing War on Finland. A reference to the legal construction that is aligned with the *preset linguistic boundaries* of law, in other words, put an end to the process of interference that had started between the two constructions, i.e. the one dealing with the linguistic boundaries of the law and the other with a state based on the rule of law ideology, but no successful metamorphosis was ever achieved. Thus, the petition for reopening and reconsidering the legality of the prison sentence passed on Mr. Tanner, a wartime member of the Finnish Council of State, by the War Crime Court in 1946 was firstly reflected upon from the point of view of a state based on the rule of law ideology, but the petition was

then rejected on the basis of the linguistic boundaries of law, as found in the Law on Punishing Those Guilty of Inducing War on Finland.

Besides unfolding the general laws of legal kinetics, I put forth the bold argument to the effect that – and contrary to what Ronald Dworkin has stated in his theory of legal integrity – the series of precedents given by, e.g., the Supreme Court of Finland, do not make up a coherent whole, or a *chain novel*, of judicial decisions. Rather, they make up an *ever-changing labyrinth* of the criss-crossing and overlapping legal texts, in the sense of a texture of legal decisions that will continue to *diverge* and *digress* with the addition of novel decisions to the series of precedents. The idea of judicial decisions as a constantly changing labyrinth of texts is reflected upon in the context of all the Supreme Court decisions I analyze above, but I seek to substantiate and strengthen my thesis with two additional judicial decisions taken from the case load of the administrative courts, viz. KHO 2012/75 and HAO 18.1.2013. They are analyzed under the heading *The Labyrinth of Legal Texts*. In such a legal maze, the justificatory sentences that make up the reasoning grounds for a judicial decision merely “come from somewhere” and “go somewhere else”, without ever forming a coherent whole or a chain novel in the image of Dworkin’s key metaphor. As I see it, the notion of a *labyrinth*, or *maze*, better captures the inherent structure of a series of precedents and the justificatory reasons given in their support. Such legal reasons may eventually end up in a blind alley, or, alternatively, the court may find its way out of the predicament by adopting a *specific legal transformer*, by means of it may then cross over the cracks and cleavages encountered. Moreover, the reasons for a court’s decision may well occupy several paths within the maze at the same time, constantly criss-crossing and overlapping with each other. The maze, in other words, is constantly changing in its shape, as each novel judicial decision is prone to give it a novel structure and composition.

Inspired by Espen Aarseth’s book *Cybertext. Perspectives on Ergodic Literature*, I introduce the term ergodic reading for the analysis of precedents. I put forth the argument that legal texts, such as a series of precedents given by the Finnish Supreme Court of Justice, make up an ever-changing labyrinth of texts. To phrase the issue in the Wittgensteinian terms,⁶³⁴ the reasons given for (a series of) precedents make up a constantly changing maze of criss-crossing and overlapping texts. As a consequence, they necessitate an *ergodic method* of reading, in the sense of demanding great effort, endeavor, and diligence from the reader in her task of unveiling the inner structure of the text(ure) and the meanings entailed in it. Moreover, Jacques Derrida’s original idea of *deconstruction* is adopted and utilized here, but – unlike Derrida himself – deconstruction is not taken as a merely passive act of reading where the text itself takes care of deconstruction. Instead, deconstruction is taken in the sense of an active, or even *hyperactive*, reading of the text that stands in need of an ergodic method from the reader.

⁶³⁴ “Language is a labyrinth of paths. You approach from *one* side and know your way about; you approach the same place from another side and no longer know your way about.” Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen – Philosophical Investigations*, § 203 (p. 82/82’).

As a homage to Kaarle Makkonen,⁶³⁵ the subtitle of this research refers a *structural analysis* of precedents. Makkonen himself strongly emphasized the active role of the judge in his or her task of law-application. The act of legal interpretation, according to him, is a highly active process, equal to the *assignment of meaning* to the linguistic expressions adopted in legislation and other official sources of law. Here, the idea of a structural analysis of law is raised to the even higher level of an *ergodic* reading of the law, i.e. a highly intensive, deep-reaching, and *hyperactive* reading of precedents and of the legal construction involved.

⁶³⁵ Kaarle Makkonen's main work in legal theory is titled *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie* (1965).

Lähteet

KIRJALLISUUS JA SÄHKÖISET LÄHTEET

- Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1989.
- Aarnio, Aulis: "Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta", teoksessa Häyhä, Juha, toim. Minun metodini. Porvoo: Werner Söderström Lakitieto Oy, 1997, s. 35-56.
- Aarnio, Aulis: "Pitäisikö tuomiot perustellakin?", teoksessa Risto Nuolimaa, Juha Tolonen & Kauko Wikström, toim. Juhlajulkaisu Pertti Juhani Muukkonen 1927- 6/8-1987. Turku: Turun yliopisto, 1987, s. 7-18.
- Aarnio, Aulis: Retoriikan jalanjäljillä. Lectio Honoraria 8.2.2001. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta: Pohjois-Suomen tuomarikoulun julkaisuja 1-2/2001.
- Aarnio, Aulis: The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokio: D. Reidel Publishing Company, 1987.
- Aarnio, Aulis: Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. Vantaa: Dark Oy, 2006.
- Aarseth, Espen John: Cybertext. Perspectives on Ergodic Literature. Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1997.
- Alexy, Robert: A Theory of Constitutional Rights. Translated by Julian Rivers. Oxford-New York, Oxford University Press, 2002.
- Alexy, Robert: Begriff und Geltung des Rechts. München: Verlag Karl Alber Freiburg, 1992.
- Alexy, Robert & Peczenik, Aleksander: "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality", 3 Ratio Juris, 1990, s. 130-147.
- Anttila, Inkeri: Loukatun suostumus, oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena: Rikosoikeudellinen tutkimus. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 1946.
- Aristoteles teokset VII. Nikomakhoksen etiikka. Suomentanut ja selitykset laatinut Simo Knuuttila. Helsinki: Gaudeamus, 2012.
- Austin, John L: How to Do Things with Words. The William James Lectures delivered in Harvard University in 1955. Second Edition, edited by J. O. Urmson and Marina Sbisa. Oxford-New York: Oxford University Press, 1976.
- Borges, Jorge Luis: Collected Fictions. Translated Andrew Hurley. New York: Penguin, 1998.
- Borges, Jorge Luis: Haarautuvien polkujen puutarha. Esseitä, juttuja ja tarinoita. Suomentanut Matti Rossi. Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1993.
- Bossuyt, Marc: "Mensenrechtenhof gaat boeje te buiten in asielzaken", osoitteessa [<http://www.gva.be/nieuws/experts/johndewit/bossuyt-mensenrechtenhof-gaat-boeje-te-buiten.aspx>] Gazet van Antwerpen, 11.5.2010, viitattu 5.5.2013.

- Brusiin, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 1938.
- Carnap, Rudolph: Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic. Second edition. Chicago, IL & London: The University of Chicago Press, 1988.
- Chaitow, Leon: Palpation and Assessment Skills. Assessment and Diagnosis Through Touch. Second Edition. Edinburgh: Churchill Livingstone, 2003.
- Costa, Pietro: "A History Introduction", teoksessa *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. With the co-operation of Emilio Santoro. The Netherlands: Springer, 2007, s. 73-152.
- Derrida, Jacques: "A Letter to A Japanese Friend", edited by David Wood & Robert Bernasconi *Derrida and Différance*, Evanston, IL: Northwestern University Press, 1988, s. 1-5.
- Derrida Jacques: *Deconstruction and The Possibility of Justice*. Edited by Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David Gray Carlson. New York-London: Routledge, 1992.
- Derrida, Jacques and Caputo J.D: *Deconstruction in a Nutshell: A Conversation with Jacques Derrida*. New York: Fordham University Press, 1997.
- Derrida, Jacques: "Différance", teoksessa *Platonin apteekki ja muita kirjoituksia*. Teemu Ikonen ja Janne Porttikivi, toim. Helsinki: Gaudeamus, 2003, s. 246-273.
- Derrida, Jacques: "Kirje japanilaiselle ystävälle", teoksessa *Platonin apteekki ja muita kirjoituksia*. Teemu Ikonen ja Janne Porttikivi, toim. Helsinki: Gaudeamus, 2003, s. 21-26.
- Derrida, Jacques: *On the Name*. Edited by Thomas Dutoit. Translated by David Wood, John S Leavey, Jr, and Ian McLeond. Stanford, California: Stanford University Press, 1995.
- Derrida Jacques: *Points... Interviews, 1974-1994*. Edited by Elisabeth Weber. Translated by Peggy Kamuf & others. Stanford California: Stanford University Press, 1995.
- Derrida, Jacques: *Positioita: Keskusteluja Henri Ronsen, Julia Kristevan, Jean-Louis Houdebinnen ja Guy Scarpettan kanssa*. Suomentanut Outi Pasanen. Philosophica-sarja. Helsinki: Gaudeamus, 1988.
- Derrida, Jacques: "Vaarallinen täydennys", teoksessa *Platonin apteekki ja muita kirjoituksia*. Teemu Ikonen ja Janne Porttikivi, toim. Helsinki: Gaudeamus, 2003, s. 27-57.
- Dickstein, Morris: "Introduction: Pragmatism Then and Now", teoksessa *Dickstein Morris ed: The Revival of Pragmatism. New Essays on Social Thought Law and Culture*. Durham NC: Duke University Press, 1998, s. 1-18.
- Doob, Penelope Reed: *The Idea of the Labyrinth. From Classical Antiquity Trought a Middle Ages*. Ithaca-London: Conrell University Press, 1990.
- Dworkin, Ronald: *A Matter of Principle*. Oxford-New York: Oxford Clarendon Press, 1986.
- Dworkin, Ronald: *Law's Empire*. London: Fontana Masterguides, 1986.
- Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*. Bloomsbury Academic: Chennai India, 2013.
- Ervasti, Kaius. Tieteen termipankki 30.12.2013: Oikeustiede: oikeudellistaminen, osoitteessa [<http://www.tieteentermipankki.fi/wiki/Oikeustiede:oikeudellistaminen.ei>], viitattu 30.11.2013.

- Eränkö, Tiina & Kolehmainen, Seppo & Kuha, Sauli: Puheenvuoroja poliisin ammattietikasta. Poliisin ylijohdon julkaisusarja 3/2008. Sisäasianministeriö 2008, osoitteessa [[https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/ExternalFiles/Puheenvuoroja_20poliisin_20ammattietikasta/\\$file/Puheenvuoroja_20poliisin_20ammattietikasta.pdf](https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/ExternalFiles/Puheenvuoroja_20poliisin_20ammattietikasta/$file/Puheenvuoroja_20poliisin_20ammattietikasta.pdf)], viitattu 1.8.2013.
- Eskelinen, Markku: *Cybertext Poetics. The Critical Landscape of New Media Literaty Theory*. London-New York: Continuum, 2012.
- Eskelinen, Markku: *Kybertekstien narratologia. Digitaalisen kerronnan alkeet*. Nykykulttuurin tutkimuskeskuksen julkaisuja 75. Jyväskylä: Jyväskylän yliopisto, 2002.
- Eurobarometri 74, kansalaismielipide Euroopan unionissa. Syksy 2010, osoitteessa [http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb74/eb74_fi_fi_nat.pdf], viitattu 3.6.2013.
- Foucault, Michel: *Sanat ja asiat. Eräs ihmistieteiden arkeologia*. Suom. Mika Määttänen. Helsinki: Gaudeamus, 2010.
- Foucault, Michel: *Tiedon arkeologia*. Suom. Tapani Kilpeläinen. Tampere: Vastapaino, 2005.
- Frege, Gottlob: "On Sense and Reference" In *Analytic Philosophy: An Anthology*", edited by A.P. Martinich, and David Sosa, pp 7-18. Blackwell Philosophy Anthologies. Oxford: Blackwell, 2001.
- Frände, Dan: *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*. Juridiska föreningens I Finland publikationsseri N:o 52. Ekenäs: Ekenäs Tryckeri Ab Ekenäs, 1989.
- Frände, Dan & Wahlberg, Markus & Tolvanen, Matti & Tapani, Jussi & Viljanen, Pekka: "Törkeä varkaus", teoksessa Frände, Dan & Matikkala, Jussi & Tapani, Jussi & Tolvanen, Matti & Viljanen, Pekka & Wahlberg, Markus: *Keskeiset rikokset*. Helsinki: Edita Prima Oy, 2010. s. 363-365.
- Frände, Dan & Wahlberg, Markus & Matikkala, Jussi: "Yksityisyys, rauha, kunnia ja vapaus", teoksessa Frände, Dan & Matikkala, Jussi & Tapani, Jussi & Tolvanen, Matti & Viljanen, Pekka & Wahlberg, Markus: *Keskeiset rikokset*. Helsinki: Edita Prima Oy, 2010, s. 259-352.
- Frände, Dan: *Yleinen rikosoikeus*. Helsinki: Edita, 2005.
- Fuller, Lon. L: *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven, CT and London: Yale University Press, 1969.
- Fuller, Lon. L: "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart." *Harward Law Review* 71 (1958), s. 630-672.
- Fuller, Lon. L: *Legal Fictions*. Stanford, California: Stanford University Press, 1967.
- Gallie, W.B: "Essentially Contested Concepts", Meeting of the Aristotelian Society. BedfordSquare London, W.C.1, on March 12th, 1956, at 7.30 p.m., osoitteessa [<http://commonsenseatheism.com/wp-content/uploads/2011/05/Gallie-Essentially-Contested-Concepts.pdf>], viitattu 7.1.2014.
- Halila, Leena: *Hallintolainkäytön oikeusturvatakeista*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 224. Helsinki 2000.
- Hallberg, Pekka: *Oikeudenmukainen oikeudenkäynti 2000-luvulla*. Helsinki 2001.
- Hallberg, Pekka: *The Rule Of Law*. Helsinki: Edita Prima Oy, 2004.

- Hart, H.L.A: *Essays on Bentham. Judisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- Hart, H.L.A: *Essays in Jurisprudence and Philosophy: Essay 16, "Lon L. Fuller: The Morality of Law"*. Oxford-New York: Clarendon Press, 1985, s. 343-364.
- Hart, H.L.A: *Essays in Jurisprudence and Philosophy: "Positivism and the Separation of Law and Morals"*. Oxford-New York: Clarendon Press, 1985, s. 49-87.
- Hart, H.L.A: *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- Hart, H.L.A: *The Concept of Law, Third Edition. With an Introduction by Leslie Green*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Heinonen, Olavi: "Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio", *Lakimies* 2002/1, s. 73-86.
- Helin, Markku: "Kieli oikeustodellisuuden rakentajana", *Lakimies* 6-7/1998, s. 1027-1036.
- Helin, Markku: *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksista Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920-1960*. Helsinki: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1988.
- Henley Kenneth: hakusana "Rule of Law", teoksessa: Christopher B. Gray, toim. *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. II*. New York & Lontoo: Garland Publishing, 1999, s. 765-767.
- Hirvelä, Päivi: *Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa*, Vantaa: Dark, 2006.
- Hirvonen, Ari: *Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17*. Helsinki 2011, osoitteessa [http://www.helsinki.fi/oikeustiede/tutkimus_ja_julkaisut/julkaisut/yleinen_oikeustiede/hirvonen_mitka_metodit.pdf], viitattu 10.3.2014.
- Holmes, Oliver Wendell, Jr: "The Path of the Law" 110 *Harvard Law Review* (1997), s. 991-1009.
- Häyhä, Juha: "Johdanto", teoksessa Häyhä, Juha, toim. *Minun metodini*. Porvoo: Werner Söderström Lakitieto Oy, 1997, s. 15-34.
- James, William: "Pragmatism's Conception of Truth". *The Journal of Philosophy Psychology and Scientific Methods* IV (6) (1907), Reprinted in: Horwich, Paul, ed *Theories of Truth*. Aldershot and Brookfield, WI: Dartmouth, 1994, s. 17-31.
- James, William: *Pragmatism*. Mineola. N.Y: Courier Dover Publications, 1995.
- Jareborg, Nils: *Allmän Kriminalrätt*. Göteborg: Iustus Förlag, 2002.
- Jyränki, Antero: "Oikeusvaltio ja demokratia", teoksessa Aulis Aarnio ja Timo Uusitupa, toim. *Oikeusvaltio*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 13-26.
- Jyränki, Antero: *Valta ja vapaus*. Helsinki: Talentum, 2003.
- Jääskinen, Niilo: *Eurooppalaistuvan oikeuden oikeusteoreettisia ongelmia*. Helsinki: Yliopistopaino, 2008.
- Kamppailulajit Suomessa: *Martial Acts. Lajikuvaukset, liitot, seurat, kaupat, linkit*, osoitteessa [<http://www.kamppailulajit.net/lajit/index.html>], viitattu 15.8.2013.
- Kaseva, Ville: *Localization and Time Synchronization Services for Resource Contrained Wireless Sensor Networks*. Tampere University of Technology. Tampere: Suomen yliopistopaino, 2012.

- Kelsen, Hans: *Der Soziologische und der juristische Staatbegriff, Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*. 2. Neudruck der 2. Auflage Tübingen. Aalen: Scientia Verlag, 1981.
- Kelsen, Hans: *General Theory of Norms*: Translated by Michael Hartney. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das problem der Gerechtigkeit*. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960
- Kelsen, Hans: *The Pure Theory of Law*. Translation from the Second Revised and Enlarged German edition by Max Knight. Berkeley-Los Angeles-California: University of California Press, 1989.
- Klami, Hannu Tapani: "Nulla poena sine lege. Mietteitä rikosoikeudellisesta tyyppipakosta", *Lakimies* 1969, s. 178-188.
- Koivisto, Ida & Tuomela, Anni: "Lainoppineita vai oikeustieteilijöitä? Näkökulmia perustutkinnon metodiopetuksen kehittämiseen Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa", *Oikeus* 3/2012, s. 410-432.
- Korkein hallinto-oikeus: Etusivu, osoitteessa [<http://www.kho.fi/fi/>], viitattu 11.1.2014.
- Korkein oikeus: Ennakkopäätökset, osoitteessa [<http://www.kko.fi/27083.htm>], viitattu 5.12.2013.
- Korkein oikeus: Ennakkopäätösten julkaiseminen, osoitteessa [<http://korkeinoikeus.fi/fi/index/ennakkopaatokset/ennakkopaatokstenjulkaiseminen.html>], viitattu 10.1.2013.
- Korkein oikeus: Tehtävät, osoitteessa [<http://www.kko.fi/27078.html>], viitattu 5.12.2013.
- Koskenniemi, Martti: *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Reissue with a new Epilogue. Cambridge-New York: Cambridge University Press, 2006.
- Koskenniemi, Martti: "Tyyli metodina", teoksessa Häyhä, Juha, toim. *Minun metodini*. Porvoo: Werner Söderström Lakitieto Oy, 1997, s. 173-188.
- Koulu, Risto: "Eurooppalaistuuko vai kansainvälistyykö prosessioikeuden tutkimus?", *Defensor Legis* N:o 4/2012, s. 482-497.
- Kultalahti, Jukka: *Omaisuuksensuoja ympäristösuojelussa*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja, Nro 200. Jyväskylä: Finnpublisher Oy, 1990.
- Lager, Irma: "Eriyistäuomioistuimen tuomion purkaminen KKO 2008:94", teoksessa *KKO:n ratkaisut kommentein II 2008*. Pekka Timonen, toim. Helsinki: Talentum, 2009, s. 153-157.
- Lappalainen, Juha & Frände, Dan & Koulu, Risto: "Tuomion käsite, sisältö ja antamismenettely", teoksessa *Prosessioikeus. Oikeuden perusteokset*. Helsinki: Sanoma Pro Oy, 2013, s. 709-735.
- Laukkanen, Sakari: *Tuomarin rooli. Prosessioikeudellinen tutkimus tuomarin roolista dispositiivisen riita-asian valmistelussa silmällä pitäen riidan kohteen selvittämistä*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A- sarja N:o 204. Vammala: Vammalan kirjapaino Oy, 1995.

- Lavapuro, Juha: "Perusoikeusargumentaation kontrolloitavuudesta", teoksessa Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen – ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen. Tuuli Heinonen & Juha Lavapuro, toim. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja E-sarja Nro 23. Vantaa: Hansaprint Oy, 2012, s. 143-177.
- Lavapuro, Juha: Uusi perustuslakikontrolli. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja Nro 301. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 2010.
- Levi, Edward. H. An Introduction to Legal Reasoning. Chicago: The University of Chicago Press, 1949.
- Lindstedt, Jukka & Löytömäki, Stiina: Sotasyllisyysoikeudenkäynti. Oikeusministeriö selvityksiä ja ohjeita 22/2010. Oikeusministeriö Helsinki 2010, osoitteessa [http://oikeusministerio.fi/fi/index/julkaisu/julkaisuarkisto/222010sotasyllisyysoikeuden_kaynti/Files/22_2010_Sotasyllisyysoikeudenkaynti_102_s..pdf], viitattu 27.1.2014.
- Lübbe-Wolff, Gertrude: "How can the European Court of Human Rights reinforce the role of national courts in the Convention system", European Cour of Human Rights, Seminar: How to ensure greater involvement of national courts in the Convention system. Strassbourg, 27. January, 2013, s. 12-12.
- MacCormick, Neil: H.L.A Hart. Stanford California: Stanford University Press, 1981.
- MacCormick, Neil: "Raimo Siltala, A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law, Opponent's Review", Oikeus 1998/4, s. 424-432.
- Makkonen, Kaarle: Luentoja yleisestä oikeustieteestä. Helsinki: Yliopistopaino, 1998.
- Makkonen, Kaarle: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakennanalyttinen tutkimus. Helsinki: Lainopillisen ylioppilastiedekunnan kustannustoimikunta, 1981.
- Matikkala, Jussi: Tahallisuudesta rikosoikeudessa. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2005.
- Matikkala, Jussi: "Työntekijöiden lähentely seksuaali- ja työrikkokseksi KKO 2010/1", teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein 1/2010. Helsinki: Talentum, 2010, s. 13-27.
- Melander, Sakari: Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja. N:o 288. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 2008.
- Melander, Sakari: Rikosoikeuden luennot. Luentosarja, rikosoikeuden peruskysymyksiä – vastuuppi. Helsingin yliopisto. 2010.
- Määttä, Tapio: "Dialoginen oikeus ja korkeimman oikeuden ympäristövahinkoja koskeva oikeuskäytäntö", teoksessa Oikeuden Avantgarde, Juhlajulkaisu Juha Karhu. Jaakko Husa, Petri Keskitalo, Tuula Linna, Eva Tammi-Salminen, toim. Helsinki: Talentum, 2013. s. 223-238.
- Määttä, Tapio: "Empiirisesti orientoituneen ympäristöoikeuden nykysuuntaukset ja menetelmät", teoksessa Empiirisen oikeustutkimuksen kokemukset, haasteet ja tulevaisuus. Anssi Keinänen, Mia Kilpeläinen ja Ulla Vääänen, toim. Itä-Suomen yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, nro 26. Joensuu: Itä-Suomen Yliopisto, 2000, s. 189-221.
- Nieminen, Liisa: Eurooppalaistuva valtiosääntöoikeus – valtiosääntöistyyvä Eurooppa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja. N:o 259. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 2004.

- Niiniluoto, Ilkka: Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus. Helsinki: Otava, 1997.
- Omid Dhalili: Football Referee, osoitteessa [<http://www.youtube.com/watch?v=WnUrnNEBJJE>], viitattu 14.6.2013.
- Peczenik, Aleksander: "Legal Collision Norms and Moral Considerations", julkaisussa *Coherence and Conflict in Law. Proceedings of the 3rd Benelux-Skandinavian Symposium in Legal Theory*. Amsterdam, January 3-5, 1991. Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, s. 177-197.
- Peczenik, Aleksander: *The Basis of Legal Justification*, Sverige: Lund, 1983.
- Peczenik, Aleksander: "The Foundation of Legal Reasoning", julkaisussa *Rechtstheorie Band 12, Het 4*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, s. 133-158, 257-448.
- Peczenik, Aleksander: *On Law and Reason*. Preface by Jaap C. Hage. Law and Philosophy Library 8. New York: Springer, 2009.
- Peczenik, Aleksander: *On Law and Reason*. Law and Philosophy Library. Dordrecht-Boston-London: Kluwer, 1989.
- Peczenik, Aleksander: *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritzes Förlag AB, 1995.
- Pekkanen, Raimo: "Euroopan ihmisoikeussopimuksen evolutiivisesta tulkinnasta", *Lakimies* 1991/4, s. 353-365.
- Pellonpää, Matti: *Euroopan ihmisoikeussopimus*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2012.
- Pellonpää, Matti: "Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaa koskevasta vuoropuhelusta", teoksessa *Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen – ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen*. Tuuli Heinonen & Juha Lavapuro, toim. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja E- sarja Nro 23. Vantaa: Hansaprint Oy, 2012, s. 69-94.
- Pellonpää, Matti: "Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate, (PL 8§)", teoksessa *Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset* Hallberg, Pekka & Karapuu, Heikki & Ojanen Tuomas & Scheinin Martin & Tuori Kaarlo & Veli-Pekka Viljanen. Helsinki: WSOYpro, 2011, s. 303-315.
- Pellonpää, Matti: "Some Thoughts on the Principle of Subsidiarity and Margin of Appreciation in the Context of Freedom of Expression", teoksessa *Freedom of Expression - Essays in Honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights*. Oisterwijk, The Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2012, s. 519-540.
- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica: "Zolotukhin-linjaus kansallisten tuomioistuinten koetinkivenä", *Defensor Legis* N:o 4/2011, s. 412-430.
- Perelman Chaïm: *Retoriikan valtakunta*. Tampere: Vastapaino, 1996.
- Pihlajamäki, Antti: "Onko yleisavain murtoväline? KKO 2006:99", teoksessa *KKO:n ratkaisut kommentein II 2006*. Pekka Timonen, toim. Helsinki: Talentum, 2007, s. 302-306.
- Poliisibarometri 2012: *Kansalaisten käsitykset poliisin toiminnasta ja sisäisen turvallisuuden tilasta*. Sisäasianministeriön julkaisu 47/2012. Helsinki 2013, osoitteessa [<http://www.intermin.fi/julkaisu/472012?docID=39657>], viitattu 30.11.2013.

- Poliisi: Eettinen vala, osoitteessa [<https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/pages/8513B97634BF2D8C2256BC7002C3C44?opendocument>], viitattu 30.12.2013.
- Poliisi: Toiminnan yleiset periaatteet, osoitteessa [<https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/pages/B6DC36174143322FC2256B8700461094?opendocument>], viitattu 30.12.2013.
- Poliisi: Virkamerkki, osoitteessa [<https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/pages/CE2FC8B441FFEE5C22577D8002DA789?opendocument>], viitattu 30.12.2013.
- Poliisi: Voimakeinojen käyttö, osoitteessa [<https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/Pages/086F908A07BB9A82C2256BC900418902?opendocument>], viitattu 30.12.2013.
- Platon: "Timaios", Teokset V. Helsinki: Otava 1982, s. 157-245.
- Pöyhönen, Juha: "Filosofia –minun metodini", teoksessa Häyhä, Juha, toim. Minun metodini. Porvoo: Werner Söderström Lakitieto Oy, 1997, s. 245-260.
- Pöyhönen, Juha: Juridisista teorioista. Tutkimus lainopillisen teorian käsitteestä. Helsinki: Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus: julkaisuja, Nro. 3,1981.
- Pöyhönen, Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimuksen sovittelu. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A- sarja. N:o 179. Vammala: Vammalan kirjapaino Oy, 1988.
- Pöyhönen, Juha: Uusi varallisuus oikeus. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000.
- Rautiainen, Pauli: "Moninaisuudessaan yhtenäinen Eurooppa. Konsensusperiaate ja valtion harkintamarginaalioppi", Lakimies 6/2011, s. 1152-1171.
- Raz, Joseph: Practical Reason and Norms. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Raz, Joseph: The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of the Legal System. Second edition. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Reichenbach, Hans: Experience and Prediction: An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge. Chicago, Illinois: The University of Chicago Press, 1938.
- Repo, Matti. V: Oikeudesta uittaa puutavaraa. Oikeusdogmaattinen tutkimus puutavaran uitosta kolmessa Pohjoismaassa. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys ry, 1990.
- Rieppula, Esko: Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana. Valtiosääntötutkimus eduskunnan perustuslakivaliokunnasta perustuslakikontrollia ja perustuslakien tulkintaa harjoittavana toimielimenä vv:n 1907-1972 valtiopäivillä. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1973.
- Ross, Alf: Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. København: Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck. S.L. Møllers Bogtrykkeri, 1953.
- Schütz, Alfred: Sosiaalisen maailman merkityksenkäs rakentuminen. Suomentanut Veikko Pietilä. Tampere: Vastapaino, 2007.
- Searle, John, R: Making The Social World. The Structure of Human Civilization. United States of America: Oxford University Press, 2010.
- Searle, John. R: Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language. New York: Cambridge University Press. 2008.
- Searle, John, R: The Construction of Social Reality. England: Penguin Books, 1996.
- Silventoinen Kari: Sotasyyllisyystuomio, Ilkka Tannerin purkuhakemus, osoitteessa [<http://www.silvennoinen.fi/16/>], viitattu 27.1.2014.
- Siltala, Raimo: A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law. Oxford-Portland-Oregon: Hart Publishing, 2000.

- Siltala, Raimo: "Kaarle Makkonen ja Ludwig Wittgenstein: Oikeudellinen isomorfia Wittgensteinin Tractatus Logico-Philosophicus-teoksen valossa arvioituna", teoksessa Kaavoitus, rakentaminen, varallisuus -juhlaulkaisu Vesa Majamaa, Tapani Lohi, toim. Helsinki: Edita Publishing Oy, 2005, s. 389-412.
- Siltala, Raimo: "Keisarin vanhat ja uudet vaatteet", *Oikeus* 99/1, s. 80-82.
- Siltala, Raimo: "Kirja-arvosteluja. Tuomion perusteleva Jyrki Virolainen & Petri Martikainen", Helsinki: Talentum, 2010. *Defensor Legis* 1/2011 XIII + 632s, s. 114-117.
- Siltala, Raimo: *Law, Truth, and Reason. A Treatise on Legal Argumentation. Law and Philosophy Library. Vol. 97. Heidelberg-London-New York: Springer Dordrecht, 2011.*
- Siltala, Raimo: *Oikeudellisen ajattelun perusteet. Pääsykoekirja 2/2010. Turku: Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, 2010.*
- Siltala, Raimo: "Oikeustieteen lait", *Lakimies* 1/2010, s. 90-93.
- Siltala, Raimo: *Oikeustieteen tieteenteoria. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 2003.*
- Siltala, Raimo: "Oikeustieteen tutkijan itseymmärryksestä". *Lakimies* 1/2002, s. 95-100.
- Siltala, Raimo: "Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma. Onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia", *Lakimies* 5/2000, s. 671-689.
- Siltala, Raimo: "Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta", *Lakimies* 5/1999, s. 674-691.
- Siltala, Raimo: "Ronald Dworkin, juristi ja filosofi" *Oikeus* 2/2008, s. 260-265.
- Silventoinen, Kari: *Sotasyllisyystuomio, Ilkka Tannerin purkuhakemus. Asianajotoimisto Kari Silventoinen osoitteessa [http://www.silvennoinen.fi/16], viitattu 27.1.2014.*
- Sisäasianministeriön poliisiosasto 2009: *Lähipoliisitoiminta on yhteistyötä -esite, osoitteessa [https://www.poliisi.fi/poliisi/home.nsf/ExternalFiles/lahipoliisi_2009/\$file/lahipoliisi_2009.pdf], viitattu 30.12.2013.*
- Solaas Leonardo: *Unikuvat, osoitteessa [http://solaas.com.ar/dreamlines/], viitattu 28.11.2013.*
- Suomen asianajajaliitto: *Tapaohjeet, osoitteessa [http://www.asianajajaliitto.fi/saantely/asianajajan_tapaohjeet/perusarvot], viitattu 3.12.2013.*
- Suomen asianajajaliitto: *Valvontalautakunta, osoitteessa [http://www.valvontalautakunta.fi/valvontalautakunta(kanteluprosessin)], viitattu 3.12.2013.*
- Suomen asianajajaliitto: *Tapaohjeiden kommentaari 31.1.2011, osoitteessa [http://www.asianajajaliitto.fi/files/1327/Tapaohjeiden_kommentaari_31.1.2011.pdf], viitattu 3.12.2013.*
- Suomen Hippos ry: *Ravikilpailusäännöt ja poniravikilpailusäännöt 1.1.2013 alkaen osoitteessa [http://www.hippos.fi/files/5666/ravikilpailusaannot_2013.pdf], viitattu 17.12.2013.*
- Suomen Hippos ry: *Ravikilpailusäännöt ja ponikilpailusäännöt osoitteessa [http://www.hippos.fi/files/5666/ravikilpailusaannot_2013.pdf], viitattu 20.1.2014.*
- Suomen lääkäriliitto: *Lääkärin eettinen vala, osoitteessa [http://www.laakariliitto.fi/liitto/etiikka/laakarivala/], viitattu 18.1.2014.*
- Summers, Robert S: *Lon L Fuller. Stanford California: Stanford University Press, 1984.*

- Tapani, Jussi & Tolvanen, Matti: Rikosoikeuden yleinen osa - Vastuuoppi. Helsinki: Talentum, 2013.
- Tiitinen, Aila: Kyhmy rinnassa 17.9.2012. Duodecim terveyskirjasto osoitteessa [http://www.terveyskirjasto.fi/terveyskirjasto/tk.koti?p_artikkeli=dlk00150], viitattu 15.6.2013.
- Tolvanen, Matti, "Empiirisen tutkimuksen hyödyntäminen rikoslainkäytössä", teoksessa Empiirisen oikeustutkimuksen kokemukset, haasteet ja tulevaisuus. Anssi Keinänen, Mia Kilpeläinen ja Ulla Väättänen, toim. Itä-Suomen yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja, nro 26. Joensuu. Itä-Suomen Yliopisto, 2000, s. 83-95.
- Tolvanen, Matti: "Seksuaalinen hyväksikäyttö ja lääkärintutkimus KKO 2011:1". Korkeimman oikeuden ratkaisut kommentein 1/2011. Pekka Timonen, toim. Helsinki: Talentum, 2011, s. 14-20.
- Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. Helsinki: WSLT, 2000.
- Tuori, Kaarlo: hakusana "Oikeusvaltio", teoksessa: Mattila, Heikki E. S. et alia, toim. Encyclopædia Iuridica Fennica – Suomalainen oikeustietosanakirja, osa VII: Oikeuden yleistieteet, 1999, s. 932–936 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Unger, Roberto. Mangabeira: The Critical Legal Studies Movement. Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press, 1982.
- Viljanen, Pekka: "Virka-aseman väärinkäyttö ja virkatehtävässä toiminen. KKO 2013:6", teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein I 2013. Pekka Timonen, toim. Helsinki: Talentum, 2013, s. 53-59.
- Viljanen, Pekka: "Virkarikokset", teoksessa Frände, Dan & Matikkala, Jussi & Tapani, Jussi & Tolvanen, Matti & Viljanen, Pekka & Wahlberg, Markus: Keskeiset rikokset. Helsinki: Edita Prima Oy, 2010, s. 573-631.
- Viljanen, Pekka: "Voitiinko kunnianloukkauksesta jättää rangaistukseen tuomitsematta KKO 2005:137", teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein II/2005. Pekka Timonen, toim. Helsinki, Talentum 2006, s. 454-462.
- Virolainen, Jyrki & Martikainen, Petri: Pro & Contra. Tuomion perustelemisen keskeisiä kysymyksiä. Helsinki: Talentum, 2003.
- Virolainen, Jyrki & Martikainen, Petri. Tuomion perusteleminen. Helsinki: Talentum, 2010.
- Weber, Max: Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology. Edited by Guenther Roth and Claus Wittich. Berkeley California: University of California Press, 1978.
- Wihuri, Antti-Juhani: "Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta." Oikeustiede - Jurisprudentia XXIII (1990), s. 339-403.
- Wittgenstein, Ludwig: Filosofisia tutkimuksia. Suomentanut Heikki Nyman. Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1981.
- Wittgenstein, Ludwig: Notebooks 1914-1916. 2nd edition. Edited by G.H. von Wright and G.E.M. Anscombe. With an English Translation by G.E.M. Anscombe. Chicago: the University of Chicago Press, 1979, s. 4e.
- Wittgenstein, Ludwig: Philosophical Investigations-Philosophische Untersuchungen. Zweite Auflage. Second Edition. Translated by G.E.M. Anscombe. Oxford-Massachusetts: Blackwell Publishers, 1997.

- Wittgenstein, Ludwig: *Tractatus Logico-Philosophicus* eli Loogis-filosofinen tutkielma. Suomentanut Heikki Nyman. Porvoo-Helsinki-Juva: WSOY, 1984.
- Wittgenstein, Ludwig: *Varmuudesta*. Suomentanut Heikki Nyman. Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1999.
- von Wright, Georg Henrik: *Explanation and Understanding*. International Library of Philosophy and Scientific Method. Lontoo: Routledge & Kegan Paul, 1971.
- Zitting, Simo: "Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, II", *Lakimies*, s. 530-531.
- Zolo, Danilo: "A Critical Reappraisal", teoksessa, *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. With the co-operation of Emilio Santoro. The Netherlands: Springer. 2007, s. 3-72.

VIRALLISLÄHTEET

Lainvalmisteluaineisto

- HE 58/1988 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle virkarikoslainsäädännön uudistamisesta.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 184/1999 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle yksityisyyden, rauhan ja kunnian loukkaamista koskevien rangaistussäännösten uudistamiseksi.
- HE 44/2002, vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 266/2004 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi poliisilain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeksi.
- HaVM 10/2005 vp. Hallintovaliokunnan mietintö. Hallituksen esitys laiksi poliisilain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 199/2013 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi mielenterveyslain muuttamisesta.

Valtioneuvoston oikeuskanslerin ja apulaisoikeuskanslerin päätökset

- OKA 904/1/90 (27.11.1992) Valtioneuvoston oikeuskanslerin päätös. Sotasyyllisyys-oikeudenkäynti, toimivalta, tuomion purkaminen.
- AOK 34/31/2006 (22.10.2008). Apulaisoikeuskanslerin päätös hovioikeuden tuomion antamisesta määräajassa.
- AOK 754/1/2008 (31.1.2011) Apulaisoikeuskanslerin päätös oikeudenkäynnin julkisuudesta.

Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös

AOA 1439/4/03 (4.7.2003) Apulaisoikeusasiamiehen päätös 4.7.2003 kanteluun poliisiviranomaisen menettelystä ajoneuvon pysäyttämisessä ja tarkastamisessa.

Ministeriön tiedote ja menettelytapaohje

Sosiaali- ja terveysministeriön menettelytapaohje mielenterveyslain soveltamiseksi. Kuntainfo 11/2012, 18.12.2012, osoitteessa [<http://www.stm.fi/tiedotteet/kuntainfot/kuntainfo/-/view/1846600#fi>], viitattu 1.2.2014.

Sosiaali- ja terveysministeriön tiedote 18.12.2012 nro 225/2012; Tahdosta riippumattoman hoidon jatkamiseen tarvitaan ulkopuolisen lääkärin arvio, osoitteessa [<http://www.stm.fi/tiedotteet/tiedote/-/view/1846545>], viitattu 1.2.2014.

OIKEUSTAPAUKSET

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Case Luberti v. Italia. Application number 9019/80. Court Chamber, 23.2.1984.

Case of Ruotsalainen v. Finland. Application number 13079/03. Fourth Section, 16.9.2006.

Case of Jussila v. Finland. Application number 73053/01. Grand Chamber, 23.11.2006.

Case of Sergey Zolotukhin v. Russia. Application number 14939/03. Grand Chamber, 10.2.2009.

Case of Lautsi v. Italy. Application number 30814/06. Second Section, 3.11.2009.

Case of Lautsi and others v. Italy. Application number 30814/06. Grand Chamber, 18.3.2011.

Case of X v. Finland. Application number 34806/04. Fourth Section, 19.11.2012.

Korkein oikeus

Korkein oikeus 2005:93, R2004/799

Korkein oikeus 2005:137, R2004/1101

Korkein oikeus 2006:99, R2005/895

Korkein oikeus 2007:77, R2007/285

Korkein oikeus 2008:72, R2007/1057

Korkein oikeus 2008:86, R2007/1060

Korkein oikeus 2008:94, H2007/266

Korkein oikeus 2010:1, R2007/1036

Korkein oikeus 2010:45, R2010/304

Korkein oikeus 2010:46, R2010/323

Korkein oikeus 2011:1, R2009/1049

Korkein oikeus 2012:66, R2010/224

Korkein oikeus 2013:6, R2011/319

Korkein oikeus 2013:47, S2011/589
Korkein oikeus 2013:50, R2012/124
Korkein oikeus 2013:55, R2011/253
Korkein oikeus 2013:59, R2012/447
Korkein oikeus 2013:66, R2012/418

Korkein hallinto-oikeus ja hallinto-oikeus

Korkein hallinto-oikeus 2012:75, nro 3288/2/11
Korkein hallinto-oikeus 18.2.2013, nro 13/0017/7

HAASTATTELU

Valtioneuvoston oikeuskansleri Jaakko Jonkka haastattelu 19.8.2013.

TAULUKOT

Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke: Huumausainerikosten rangaistussuositus.
4.12.2006.
Kuopion kärjäoikeus: Ohjeellinen liikennejuopumusten seuraamustaulukko. 1.6.2007.
Rangaistusmääräysnimikkeistö: Sakkotaulukko. Muut kuin tieliikenne rikokset.
Rangaistustaulukotyöryhmä: Ohjeelliset taulukot rangaistuksen mittaamiseen. 28.9.2007.
Vaasan hovioikeus: Seuraamussuositus rattijuopumusrikoksissa. 25.5.2007.
Valtionsyyttäjä: Rangaistustaulukko huumausaineiden käyttörikoksiin. 11/2006.

SANNA-MARIA KLEMETTI
*Oikeudellisten
konstruktioiden kinetiikka*

Oikeudellisten konstruktioiden kinetiikka.
Rakenneanalyttinen tutkimus pitäisi oikeas-
taan toimia juttua ratkaisevalle tuomarille
ratkaisun perustelujen kirjoittamisohjeena
samaan tapaan kuin mitä ranskalaisfilosofi
Michel Foucault pohti teoksen *Sanat ja asiat*
englanninkielisen laitoksen esipuheessa
kirjoittaessaan käyttöohjetta kirjansa tule-
valle lukijakunnalle. Tämä prosessiteoreet-
tinen tutkimus keskittyy tarkastelemaan
oikeudellisia konstruktiota ja konstruk-
tioiden välisiä suhteita, joita käyttämällä
yhdessä normien kanssa juttua ratkaiseva
tuomari kirjoittaa ratkaisunsa perustelut
sitien, että ratkaisu kohdentuu siihen oikeu-
delliseen ongelmaan, josta tapauksessa on
kyse ja ratkaisun perustelut ovat riittävän
yksityiskohtaisia ja tarkkoja.



UNIVERSITY OF
EASTERN FINLAND

PUBLICATIONS OF THE UNIVERSITY OF EASTERN FINLAND
Dissertations in Social Sciences and Business Studies

ISBN: 978-952-61-1612-9

ISSN 1798-5749