



<https://helda.helsinki.fi>

Oikeustiede ajassa

Nuotio, Kimmo

2020

Nuotio , K 2020 , ' Oikeustiede ajassa ' , Oikeus , Vuosikerta. 49 , Nro 4 , Sivut 509-519 .

<http://hdl.handle.net/10138/352139>

unspecified

acceptedVersion

Downloaded from Helda, University of Helsinki institutional repository.

This is an electronic reprint of the original article.

This reprint may differ from the original in pagination and typographic detail.

Please cite the original version.

Oikeustiede ajassa

Kimmo Nuotio

Yhteiskunnallisen muutoksen tahti on nopeutunut ja oikeustieteeseen kohdistuu sen myötä yhä uudentyyppisiä haasteita ja odotuksia. Oikeustiede toki uudistuu myös omista lähtökohdistaan. Digitalisaatio ja teknologinen murros tuottavat uudenlaisia oikeudellisia kysymyksiä. Ne eivät ainoastaan tuota uudenlaisia sääntelyn kohteita, vaan myös muuttavat oikeudellisen ratkaisutoiminnan käytänteitä, kun oikeudellisessa päätöksenteossa hyödynnetään automaatiota tai kun riidanratkaisua siirretään sähköisille alustoille. Juristien työtavat muuttuvat, kun uudet työvälineet tarjoavat apua ja mahdollistavat aikaisemmin tehdyn työn paremman hyödyntämisen. Rutiiniasiat jatkavat katoamistaan juristien pöydiltä. Sääntelyiden laajempi ymmärtäminen tulee vastaavasti yhtä tärkeämmäksi.

Lainopillisenkin tutkimuksen haasteet ja merkitykset muuttuvat. Jo 1970-luvulta alkaen, osin jo tätä ennen, oikeustieteellisen tutkimuksen traditiot murtuivat, kun humanistis-yhteiskuntatieteelliset vaikutteet uusine tutkimusmenetelmineen tulivat kuvaan mukaan. Lainsäädännön uudistukset ruokkivat oikeuspoliittista tutkimusotetta. Lainopillinen tutkimus sai haastajia ja kilpailijoita.

Aulis Aarnio on maininnut, että kun hän aloitti akatemiaprofessorina kauttaan vuonna 1974, tutkimusaiheena oli kehitellä teoriaa oikeustieteen muutoksesta. Aarnion käsitys vaikuttaa olevan, että vaikka oikeustiede käy läpi muutoksia, se ei perusteiltaan muutu. Matriisi, perustavat käsitykset, pysyvät samoina, vaikka sen tulkinnat muuttuvat.¹ Oikeustieteen ydintä on tämän mukaan lainopillinen tutkimus, eikä se oikeastaan voisi muuksi muuttuakaan.

Tässä ei ole tarpeen ottaa kantaa sinänsä oikeustieteen muutospotentialiin. On ilmeistä, että perusoletukset siitä, mitä oikeustiede voi olla, vaikuttavat siihenkin, kuinka syvällisiä muutoksia pidetään mahdollisina. Joka tapauksessa 1970-luvulta alkaen kotimainen oikeustiede on merkittävästi kansainvälistynyt ja monipuolistunut, jopa siinä määrin, että on tullut mahdottomaksi vetää rajaa siihen, missä oikeustiede tarkkaan ottaen päättyy ja missä siirrytään muun tieteen alueelle.

¹ Ks. Aulis Aarnio, Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY 2006, s. 360-376.

Olemme jälleen siinä tilanteessa, että on reflektoitava oikeustieteen muutosta. Lainopillisen tutkimuksen olisi yhtä aikaa säilytettävä jotain perinteisestä ominaisuuteestaan, samalla kun lainopin tarjoamaa perustaa on entisestään rikastettava muilla vaikutteilla.² Vaikka tutkitaan uusia ilmiöitä, lainopillinen tutkimusote ei silti ole välttämättä vanhentunut. Esimerkiksi tekoälyn hyödyntämistä koskeneessa selvityshankkeessa käytettiin olennaisesti lainopillista lähestymistapaa, joskin sitä täydennettiin muilla menetelmillä.³

Jos 1970-luvulla tietoinen oikeuspolitiikka vahvistui, kun toteutettiin hyvinvointivaltiota edistäviä uudistuksia, nyt yhteiskunnan murros ravistelee myös noita hyvinvointivaltion rakenteita.

Digitalisaatio ja teknologinen murros ulottuvat laajalle, ja niiden oikeustieteeseen kohdistuvat ulottuvuudet ovat ainoastaan pieni osa kokonaisuudesta. Tiedon ja datan merkitys korostuu, kun tiedon käsittelyyn on aikaisempaan verrattuna lähes rajattomat mahdollisuudet. Vastaavasti yksityisyyden suojaan ja tiedon väärinkäyttöön liittyvät kysymykset nostavat päätään. Myös esimerkiksi olennaisesti uusien digitaalisten välineiden hyödyntämiseen perustuva jakamistalous tuottaa uudentyyppisiä oikeudellisia ongelmia,⁴ samoin digitaalisten palveluiden sääntely.⁵

Esimerkiksi tiedustelutoimintaa säännellä yhä tarkemmin, mikä oikeudellistaa tiedusteluun liittyviä kysymyksiä uudella tavalla ja antaa syyn julkaista asiaa koskevaa tutkimusta.⁶

Tietoon liittyvät kysymykset nostavat päätään monilla oikeudenaloilla, kun tiedosta tulee sääntelyn kohde. Oikeustiede edustaa kuitenkin myös itse yhtä tiedon aluetta, eivätkä tässäkään tiedolliset muutokset rajoitu oikeuden ja oikeustieteellisen tutkimuksen kohteen alueelle, vaan ulottavat vaikutuksensa itse tuohon oikeustieteelliseen tietoon. Lainopillisessa roolissaan oikeustiede on

² Panu Minkkinen on esittänyt, että oikeustieteen tulisi suuntautua pois kapeasti ymmärretystä lainopista aidosti oikeus- ja yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen suuntaan. Jan Smits puolestaan on esittänyt, että monitieteisyyden korostuessa tämä ei sinänsä pakota luopumaan lainopista, vaan suorastaan edellyttää myös lainopin antamaa tietoa oikeudesta. Panu Minkkinen, Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? Lakimies 7–8/2017s. 908–923; Jan M. Smits, What Is Legal Doctrine? On The Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. Teoksessa Rob van Gestel (ed), Rethinking Legal Scholarship. A Transnational Dialogue. Cambridge University Press 2017, s. 207–228.

³ Riikka Koulu ym., Algoritmi päätöksentekijänä. Tekoälyn hyödyntämisen mahdollisuudet ja haasteet kansallisessa sääntely-ympäristössä. VN-TEAS 2019:44, s. 23.

⁴ Jenna Päläs – Kalle Määttä (toim.), Jakamistalousjuridiikan käsikirja. Helsinki 2019.

⁵ Tomi Voutilainen, Digitaalisten palveluiden sääntely. Alma Talent 2020.

⁶ Ks. esim. Mikael Lohse, Sharing national security information in Finland, Information & Communications Technology Law 2020, VOL. 29, No. 3, s. 279–290; Sama, Underrättelserätt, teoksessa Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 18/4 2019, toim. Dan Frände ym., Forum Juris 2019, s. 298–311.

lähellä oikeudellisia käytäntöjä ja suorastaan osa niitä, samalla kun oikeustiede arvioi ja tarkkailee näitä käytäntöjä.

Myös tieteen edistyminen sinänsä tuottaa tarvetta uudelleenarviointeihin oikeustieteessä, kuten havaitaan esimerkiksi psykologian ja kognitiotieteen kohdalla. Oikeustiedettä harjoitetaan väistämättä monitieteisessä ja tieteidenvälisessä ympäristössä.

Oikeustieteen ymmärrys oikeudesta

Oikeustieteessä laajemmin ja myös kotimaisessa oikeustieteessä on tapana ajatella oikeudesta, että se on asetettua, ihmisen luomaa ja siksi sisällöltään muuttuvaista. Oikeustieteessä tunnetusti lähdetään oletuksesta, että (kansallisen) oikeuden katsotaan muodostavan järjestelmän. Vaikka oikeuden systemaattisuus ei tietenkään välttämättä ole täyttä totta, siihen pyritään, ja niin lainsäätäjä kuin tuomioistuimet ja viranomaiset pyrkivät edistämään sitä. Oikeudenmukaisuus itsessään sisältää lupauksen yhdenvertaisuudesta lain edessä, ja vastaavasti oikeudenmukaisuuden toinen puoli nostaa esiin tarpeen tunnistaa merkitykselliset erot. Samanlainen samalla tavalla, erilainen eri tavalla. Oikeustieteen yksi tehtävä on tukea tätä työtä. Jossain mielessä oikeustieteen erityisiin vahvuuksiin kuuluu juuri laajempien ympyröiden tarkastelu, koska yhtä hyvin lainsäätäjä kuin lainsoveltaja toimivat selvästi sidotummassa ja rajatummassa roolissa. Joskus oikeustiede on antanut suoraankin mallit lainsäädäntöön.⁷

Valistusaikana nousseet ideaalit ovat muovanneet käsitystämme. Oikeus ei enää saa oikeutustaan jumalallisesta järjestyksestä eikä edes inhimillisen järjen takaamista periaatteista, vaan oikeutus voi seurata ainoastaan laajemmista yhtäältä demokratiaan ja politiikkaan, toisaalta kielelliseen kommunikaatioon perustuvista näkökohdista, oikeuden sisäisiä arvoja unohtamatta. Oikeus on ihmisten säätämää, tietynlainen itsehallinnon väline, jolla on myös itseisarvoa, sillä lainsäädäntö vahvistaa yksilön oikeudet. Yhdeltä kannalta kelseniläinen muodollista pätevyyttä ja normien voimassaoloa painottava näkökulma on edelleen totta. Perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen vahvistumisen myötä kuitenkin sisällölliset näkökohdat ovat vahvistuneet. Yksilön oikeuksista säädetään laeilla, ja ihmis- ja perusoikeustarkastelut kytkevät lakien hyväksyttävyyden tarkastelun

⁷ Esimerkkinä Saksan Bürgerliches Gesetzbuch, joka perustui tieteen tuloksiin. Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*, 2002, s. 137.

moraalisiin ja eettisiin kysymyksiin. Oikeusperiaatteita koskenut keskustelu tuli ryminällä oikeustieteeseemme 1980-luvulla. Oikeus ilmentää yhteisönsä arvoja, käsityksiä hyvästä.

Kaarlo Tuorin luonnostelema kriittisen oikeuspositivismin teoria ilmaisee hyvin tapaamme ajatella oikeudesta. Oikeudella on kahdet kasvot, sillä kyse on yhtä aikaa normatiivisesta oikeusjärjestyksestä ja yhteiskunnallisesta oikeudellista käytännöstä. Nämä kaksi puolta ovat toisistaan riippuvaisia. Oikeudessa symbolis-normatiivisena järjestyksenä voidaan myös erottaa eri tasoja. Vaikka oikeus on pintatasollaan hyvin muuttuvaista, kun edetään oikeuden syvemmille tasoille, muutos hidastuu ja saattaa vaikuttaa kokonaan pysähtyneenkin. Oikeuskulttuurin tasolla tulkitsemme oikeutta tavalla, joka tavoittaa pintailmiöiden olennaiset piirteet. Kriittisen oikeuspositivismin teoriassa kiinnitetään huomiota siihen, että oikeudessa on kyse myös vallasta, minkä vuoksi se tarvitsee oikeutuksen.⁸ Tuorin kriittisen oikeuspositivismin teoria tunnistaa myös oikeustieteeseen välittyvät yhteiskuntateoreettiset ainesosat, jota erityisesti oikeudelliset käsitteet välittävät. Oikeuden syvätaaso edustaa jotakin sellaista vaikeammin tulkittavaa ja ilmaistavaa, joka tekee oikeuden mahdolliseksi. Tuori seuraa erityisesti Jürgen Habermasia siinä, että syvätasolle sijoittuvat esimerkiksi kysymys yhtäläisten oikeuksien tunnustamisesta toinen toiselle ja oikeusvaltioperiaate.⁹

Mitä sitten ovat ne trendit, jotka joko suorastaan tuottavat vaikutuksia tapaamme jäsentää oikeutta ja oikeustiedettä tai vähintään haastavat pohtimaan mahdollisia muutoksia? Jos tekoäly pystyy päätöksiin, onko se enää ihmisen toimintaa. Kuka sitä oikeastaan vastaa? Jopa siitä voidaan keskustella, voisiko ja pitäisikö tekoälyä ajatella oikeussubjektina.

Visa Kurki on kehittänyt perinteiseen oikeussubjektikäsitteeseen verrattuna joustavampaa teoriaa siitä, miten oikeussubjektius tulisi ymmärtää, ja sellaisen teorian valossa olisi mahdollista ajatella, että ainakin kehittyneimmillä tekoälyillä voisi olla jonkinlainen oikeussubjektius.¹⁰

Oikeussubjektius olisi puolestaan Kaarlo Tuorin mallinnuksessa lähinnä oikeuden syvätasoon paikantuva ilmiö, joten tuolla tasolla tapahtuisi muutoksia, tällä voisi olla kauaskantoisia muutoksia siihen, kuinka oikeuden ylipäätään ymmärrämme. Voimmeko enää pitää kiinni valistuksen ihanteisiin palautuvasta ymmärryksestä yksilön oikeuksista, demokratiasta ja demokraattisesta oikeusvaltiosta?

⁸ Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*, 2002.

⁹ Kaarlo Tuori, *mt.*, s. 190.

¹⁰ Visa Kurki, *A Theory of Legal Personhood*. OUP 2019, s. 175-189.

Jürgen Habermas on ottanut esille sen, että kysymys geeniteknologian soveltamisesta ihmisen itsensä parantamiseen luo asetelman, jossa tulevat sukupolvet eivät enää välttämättä miellä itseään sellaisiksi persooniksi, joita koskevien oletusten varaan oikeuskäsityksemme kuitenkin rakentuu. Kohdehenkilöiden moraalinen itseymmärrys voisi muuttua toiseksi, jos he olisivat tietoisia siitä, että ovat olleet tietoisien geneettisen interventioita kohteena. Pelissä on persoonaan kuuluva itsemääräävyys, sikäli kuin olemme olleet geneettisen ulkoapäin määräytyvän puuttumisen kohteena.¹¹ Miten tunnustamme oikeuksia toinen toisillemme, jollemme tiedä keitä olemme?

Oikeuskäsitystämme horjuttavat tai vähintään siihen epävarmuutta tuovat kysymyksenasettelut tuntuvat olevan usein yhteydessä tieteen kehitykseen. Tiede avaa uusia mahdollisia, mutta samalla siihen tukeutuvat käytännöt kykenevät ulottamaan vaikutuksensa oikeuskäsityksemme kannalta perustaviin oletuksiin ihmisestä ja ihmislunnosta. Kiinnostavalla tavalla tämä pätee jopa yhteiskuntateoreettisesti perusteltuihin käsityksiin demokraattisesta oikeusvaltiosta ja sen mukaisesta oikeuksien järjestelmästä.

Valistusajalta periytyvä käsitys oikeuden ja demokratian yhteydestä edellyttää yhtä lailla oikeudellisen kuin poliittisen subjektin itsemääräävyyttä ja kykyä omaan tahdonmuodostukseen ilman toisen vallasta riippuvia interventioita. Vaikka tällainen käsitys on aina ollut jossain määrin illuusio, nyt näemme tapoja, joilla tuollaiset oletukset ovat horjutettavissa. Ihminen ei olisikaan enää yksin oikeuden keskiössä. On ryhdytty puhumaan tätä tarkoittaen ihmisen jälkeisestä oikeudesta, jälkihumaanista (*posthuman*) oikeudesta.¹² Jälkihumaanina aikana olisi pohdittava uudestaan myös mitä tarkoittavat esimerkiksi kansalaisuus ja kansalaisyhteiskunta.¹³

Tarkastelen seuraavaksi tuttua ja vähemmän radikaalia esimerkkiä, nimittäin rangaistuksen mittaamista ja sitä, miten digitalisaatio ja tieteen edistyminen voisivat siihen heijastua.

Rangaistuskäytäntöä kuvaava tieto

Otetaan siis esimerkiksi rikosoikeuden alalta rangaistuskäytännön seuraamisen vakauttava ja ennakoitavuutta ja oikeudenmukaisuutta lisäävä vaikutus tuomitsemistoiminnassa. Yksittäisen tuomarin kokemusmaailmassa usein esiintyvistä tapausasetelmista muodostuu karkeita

¹¹ Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Suhrkamp, 2002. Ks erityisesti postscriptum.

¹² Sandra Braman, *Posthuman Law. Information Policy and the Machinic World*. Teoksessa *Global Currents. Media and Technology Now*. Tasha G. Oren – Patrice Petro (toim.), Rutgers 2004, s. 136-156.

¹³ Ks. esim. Jouni Häkli, *The Subject of Citizenship. Can there be a posthuman civil society?* *Political Geography*, 67 (2018), s. 166-175.

suuntaviivoja. On puhuttu myös eri rikoksista seuraavasta normaalirangaistuksesta, tyyppirangaistuksesta. Oikeuskäytäntöä on voitu lähestyä oikeustilastojen näkökulmasta. Näin tuomari on voinut tietää esimerkiksi, että tietysti rikoksesta tuomitaan yleensä joko ehdollista vankeutta ja mahdollisesti ehdollista vankeutta ja oheisseuraamus tai sitten ehdotonta vankeutta. Tuomarin tehtäväksi on tullut harkita sitä, miten käsillä oleva yksittäistapaus suhteutuu tähän tilastoista oman kokemuksen kautta määrittävään yleiseen linjaan. Rangaistuskäytäntö on vastaavasti uusiutunut, kun jokainen uusi tuomio osaltaan vaikuttaa tilastollisessa tiedossa.

1970-luvulla uudistettiin rangaistuksen mittaamista koskevaa sääntöä oikeusvaltiollisuutta ja teko-suhteellisuutta vahvistavaan suuntaan. Rangaistuksen mittaamisen doktriini ei ollut vielä kovin kehittyntä, ja myös rangaistuslajivalikoima tahdottiin pitää suppeana.¹⁴ Myöhemmin esimerkiksi yhdyskuntaseuraamusten tulo mukaan kuvaan monimutkaisti rangaistuksen määrittämistä, kun eri seuraamuslajien ankaruusvertailu ei enää ollut täysin läpinäkyvää. Tuohon aikaan, ennen kuin valituslupajärjestelmä otettiin käyttöön, korkeimman oikeuden rooli ennakkopäätöstuomioistuimena oli ylipäättään heikko, ja rangaistuskäytännön ohjaamisessa se lienee rajoittunut siihen, että korkein oikeus julkaistuissa ratkaisuisaan kuitenkin aina päätyi johonkin mittaamisratkaisuun, jolloin ratkaisu antoi myös tässä suhteessa jonkinlaisen viestin ja toimi mallina. Yksittäisen alioikeustuomarin näkökulmasta tarpeellinen tiedon kerääminen ja kokemuksen kartuttaminen antoi tiedolliset puitteet vastata siihen, mitä oikeusjärjestys odotti ratkaisuilta.

Kun rangaistuskäytännön analyysiin tulee mukaan hienostuneempia tilastollisia työkaluja ja jopa tekoäly, voidaan rangaistuskäytännöstä saada selville huomattavasti enemmän. Oikeushallinnon alalla viedään eteenpäin AIPA-hanketta, jossa kehitetään merkittävästi tietojärjestelmiä niin, että myös alioikeuksien ratkaisut saadaan samaan järjestelmään. Kun hankkeen pian valmistuessa oikeuskäytännöstä on saatavissa yhdenmukaisesti tuotettua ja tallennettua dataa, päästään ainakin periaatteessa hyödyntämään myös moderneja työkaluja niiden tutkimuksessa. Eri tilanteet voidaan käsitellä eritellysti siten, että rangaistuskäytäntöä kuvaillaan huomattavasti aikaisempaa tarkemmin. Ymmärtääkseni tämä kuitenkin edellyttäisi vielä muun muassa sitä, että tuomioistuimet laatisivat tuomionsa perustelut selvemmin tiettyjen sabluunojen mukaan. Vielä ei olla kovin pitkällä.

Normatiivisen oikeustieteen näkökulmasta kiinnostavaksi tulee, että jo yksinomaan tällainen kuvaileva tieto voisi vaikuttaa takaisin oikeuskäytäntöön ja osaltaan vahvistaa sen periaatteellista pätevyyttä normatiivisessa mielessä. Tuomioistuinten kykyä suuntautua rangaistuskäytännön

¹⁴ Raimo Lahti, Rikoslain kokonaisuudistus ja seuraamusjärjestelmän kehittämislinja, teoksessa R. Lahti (toim.), Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa: Omistettu Inkeri Anttilalle 29.11.1996, Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos, s. 134-143.

mukaisesti nimittäin heikentää se, ettei rangaistuskäytännöstä ole saatavilla riittävästi sovellettavaa tietoa.¹⁵

Rangaistuksen määrääminen ei ole konemaista, ja myös tuomareiden asenteet voivat vaihdella. Joku tuomari voi olla muita ankarampi ja tietoisestikin tuomita muita kovempia rangaistuksia.

Rangaistuskäytännön tarkka kuvaileva tieto toisi selvemmin näkyville tämäntapaisia poikkeamia, joilla ei välttämättä edes ole oikeudellisesti hyväksyttävää perustetta. Oikeuskäytännön mukaan suuntautuminen vahvistaisi oikeuden ei-mielivaltaisuutta.

Rangaistuskäytäntöä koskevan tiedon edistymisen merkitsisi realismin ja empirismin vahvistumista. Konkreettiset tuomittavat rangaistuksen ovat realiteetti, ja niitä koskeva tieto on empiiristä. On luonteva lähtökohta jokaiselle tuomarille, tai ainakin useimmille, orientoitua tavanomaisen rangaistuskäytännön mukaisesti. Rangaistuskäytännön yhtenäisyys on myös rikoslain 6 luvun säännösten mukaan otettava huomioon rangaistusta määrättäessä. Tämän normatiivisen ohjeen perustana on yhdenvertaisuus ja viime kädessä ennakoitavuuden arvo ja merkitys oikeusperiaatteena.

Rangaistuksen määräämisessä on sovitettava yhteen säännönmukaisuuden vaatimus ja tapauksen erityispiirteiden huomioon ottaminen. Rangaistus on rikoslain yleisperiaatteen mukaisesti mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttimiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen.

Oikeudenmukaisuuden vaatimus on selvästi luonteeltaan normatiivinen, ja se on ilmaistu rikoksen ja rangaistuksen suhteena: rangaistuksen tulee olla oikeudenmukaisessa suhteessa rikokseen.¹⁶

Normaalirangaistusajattelun mukaan määrättävät rangaistukset toteuttavat perimmältään tätä samaa oikeasuhtaisuutta. Yksittäistapauksessa on siten tavoiteltava oikeudenmukaista rangaistusta seuraamalla rikoslaissa vahvistettuja rangaistuksen määräämisen ja mittaamisen perusteita.

Perinteisesti on ajateltu, että rangaistusasteikon puitteissa on niin sanottu normaalirangaistusvyöhyke, jonka tuntumaan rangaistuskäytäntö asettuu ja jonne sen myös tulisi asettua.

Rangaistuksen määräämisessä korostuu tapauskohtainen oikeasuhtaisuusharkinta silloin, jos rangaistuskäytännöstä ei ole selvyyttä. Tämän vuoksi tavanomaisissa rikoksissa rangaistuskäytäntö

¹⁵ Uudemmassa empiirisestä tutkimuksen ks. esimerkkinä Mika Sutela, Rangaistusten jakautuminen rangaistusasteikkojen rajoissa oikeuskäytännössä. Defensor Legis N:o 2/2020, s. 215-229.

¹⁶ Kimmo Nuotio, Mitä törkeämpi rikos, sen ankarampi rangaistus – suhteellisuusperiaatteesta rikosoikeudessa. Oikeus 2005 (34): 2, 178–184.

on kohtalaisen vakiintunutta, kun taas harvemmin eteen tulevissa rikoksissa tuomioistuimet joutuvat selvemmin luomaan oikeutta.

Oikeuslähdeopillisesti rangaistuskäytäntö ja oikeasuhtainen tuomittava rangaistus kietoutuvat toisiinsa kiinnostavalla tavalla. Tuomioistuimella on aina mahdollisuus poiketakin aikaisemmasta rangaistuskäytännöstä, jos rangaistuksen määräämistä ohjaavat normit tätä oikeudenmukaisuussyistä edellyttävät. Samalla kuitenkin rangaistuskäytännön seuraaminen on hyvästä ja oikeudenmukaista, koska rangaistuskäytännön yhtenäisyys on arvokasta ja tavoiteltavaa. Jokaisella ratkaisulla on tapauskohtaisuuden ohella myös eräänlainen sääntöulottuvuus, koska se sisältää ajatuksen siitä, että samankaltaisissa tapauksissa tulisi rangaistus määrätä samoin.

Rangaistuksen määräämisen järjestelmä edustaa kiinnostavasti sellaista järjestystä, jossa ei oikeastaan enää ole mitään viittaavuutta itsensä ulkopuolelle. Esimerkiksi puhe normaalirangaistuksesta antaa ymmärtää, että olisi norminmukaisia, tyyppitapauksia varten ajateltuja rangaistuksia, ja erityisempiä, tyyppitapauksesta poikkeavia tilanteita, joissa poiketaan näistä periaatteista. Tietenkin sekä normaali että normaalista poikkeava asettuvat kuitenkin toistensa yhteyteen, ja erottelu on korkeintaan jonkinlainen ajattelun apuväline. Eri ratkaisut käytännössä muodostavat toisilleen referenssin. Voidaan puhua oikeasuhtaisuuden perusteella määräytyvästä rikoksen rangaistusarvosta. Konkreettiset rangaistukset jakautuvat käytännössä asteikolle, joka seuraa lain yleisistä määrityksistä.

François Ewald puhuu normista yhteisen mittapuun käytäntönä. Sivuhuomautuksena sanottakoon, että tämä viittaussuhde järjestelmän kokonaisuuteen merkitsee sitä, että rangaistuksen määräämistä voi tarkastella sellaisena läpiyhteiskunnallisena käytäntönä, jossa norminmukaisen ja siitä poikkeavan raja hälvenee ja jossa yhteiskunta itse määrittelee arvioinnin mittapuut ja jossa ei oikeastaan ole enää mitään yhtä selkeää ulkoista auktoriteettia, joka edustaisi normin lähdettä.¹⁷

Tapio Lappi-Seppälän mukaan normaalirangaistuksen sitovuutta voidaan katsoa kahdella eri tavalla. Kumpikin tulee esille silloin, kun harkitaan normaalirangaistuksesta poikkeamista. Sisäinen sitovuus viittaa siihen, että normaalirangaistuksesta poiketaan, jos rikos sitä edellyttää. Silloin rikos itsessään on poikkeama. Vastaavasti ulkoisesta näkökulmasta poikkeaminen merkitsee kannanottoa siihen, ettei normaalirangaistus ole oikeudenmukainen; silloin haastetaan oikeudenmukaisuussyillä itse vyöhyke. Lappi-Seppälän mukaan jälkimmäinen asetelma on hankalampi, sillä tällaisissa linjanmuutoksissa olisi huolehdittava siitä, ettei ennakoitavuutta loukata, mikä edellyttää muutoksen

¹⁷ François Ewald, Normi yhteisen mittapuun käytäntönä. Suom. Marjut Salokannel ja Kaarlo Tuori. Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2003, esim. s. 23.

tapahtumista riittävän korkealla tasolla, jotta muutos saa vaikutusta eri pisteissä samanaikaisesti ja samansisältöisenä.¹⁸

Tuomioistuimen haaste päätyä oikeasuhtaiseen rangaistukseen seuraa siis osin siitä, ettei rangaistuskäytäntöä useinkaan ole mahdollista tuntea sillä tarkkuudella, että yksinomaan sitä seuraamalla voisi päätyä oikeudenmukaiseen rangaistukseen, vaikka tähän pyrkisi. Lisäksi tuomioistuimen on aina uudestaan itsenäisesti myös tavoiteltava tapauskohtaista oikeudenmukaista rangaistusta, mikä tuo asiaan rinnalle toisen normatiivisen ulottuvuuden.

Normaalirangaistusajattelu helpottaa psykologisesti niin ratkaisun heuristiikkaa, sen löytämistä, samoin kuin myös oikeuttamista silloin, kun ratkotaan tyyppitapauksia. Normaalirangaistusajattelun rinnalla voi nähdä toisenkin heuristisen psykologisen työkalun, nimittäin vertailun toisiin yksittäistapauksiin ja niistä annettuihin tuomioihin. Tällaista vertailua harvemmin kirjoitetaan julki tuomion perusteluihin. Voi silti hyvin ajatella, että tapausvertailu kuuluu tavanomaisiin tuomarin työtapoihin. On helpointa edistää oman toiminnan johdonmukaisuutta suhteuttamalla ratkaisu omaan aikaisempaan käytäntöön. Onko tämä rikos näissä olosuhteissa tehtynä vakavampi kuin tuo toinen. Miten näistä rikoksista tuomittavien rangaistusten tulisi suhteutua toisiinsa?

Sanotulla on merkitystä myös sen suhteen, että tiedollisesti paremmat ja syvällisemmät tavat kuvata rangaistuksen määräämistä heijastuisivat juuri tähän itseviittaavuuteen ja korostaisivat sitä entisestään. Nykytilanteessa, kun tuomioistuimen ei ole mahdollista tuntea rangaistuskäytäntöä kovinkaan tarkasti, rangaistusarvotarkastelu johtaa helposti siihen, että tuomari vertailee intuitiivisesti eri rikoksia ja niistä määrättäviä rangaistuksia ja testaa sillä tavoin lopputuloksen oikeasuhtaisuutta.

Viime vuosina on keskusteltu varsin paljon myös oikeustajun vaatimuksen huomioon ottamisesta rangaistusarvoja määrättäessä. Tällaisilla vaatimuksilla tyyppillisesti perustellaan rangaistustasojen muuttamista, yleensä ankarammiksi. Oikeustaju sisältää sekä tiedollisia elementtejä että normatiivisia kannanottoja, jotka ovat vielä keskenään yhteydessä. Oikeustajunkin näkökulmasta on tarpeen tuntea olemassaoleva käytäntö ja erottaa siitä normatiivinen, arvottava komponentti.¹⁹

Perinteisesti korkein oikeus on keskittänyt päähuomion ennakkopäätösten antamiseen muista kysymyksistä kuin rangaistuksen oikeasta määrästä. Korkeimman oikeuden uudemmassa

¹⁸ Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. SLY 1987, s. 111-112.

¹⁹ Ks. kysymyksestä ja aihepiiristä yleisemmin Tapio Lappi-Seppälä, "Rangaistukset vastaavat yleistä oikeustajua" – pohdintoja oikeustajun merkityksestä rangaistustason asettelussa, teoksessa Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 18/4 2019, toim. Dan Frände ym., Forum Luris 2019, s. 222-248.

ratkaisukäytännössä on korostettu KKO:n ratkaisujen ennakkopäätösarvoa oikeuskäytännön ohjaajana perinteisemmän normaalirangaistusajattelun sijaan.²⁰ Korkein oikeus on tietoisesti heikentänyt normaalirangaistusajattelun voimaa ja haastanut sitä siitä ulkoisesta näkökulmasta, jonka Lappi-Seppälä edellä mainitsi. Uuden tien avaavassa ratkaisussa KKO 2011:102 perusteltiin seuraavasti:

18. Rikoslain 6 luvun 3 §:n mukaan rangaistusta määrättäessä on otettava huomioon kaikki lain mukaan rangaistuksen määrään ja lajiin vaikuttavat perusteet sekä rangaistuskäytännön yhtenäisyys. Rangaistuskäytännön yhtenäisyyden huomioon ottamisella pyritään takaamaan yhdenvertaisuusperiaatteen toteutuminen myös rangaistuksen mittaamisessa. Rangaistuskäytännön yhtenäisyyttä mittaamisperiaatteena onkin korostettu rikosoikeuden yleisten oppien säätämiseen johtaneessa hallituksen esityksessä (HE 44/2002 vp s. 186 - 187). Rangaistuksen mittaamisen yleisperiaate ilmaistaan rikoslain 6 luvun 4 §:ssä. Sen mukaan rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttimiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen.

19. Korkein oikeus toteaa, että rangaistuksen määrääminen perustuu edellä mainitut periaatteet huomioon ottamalla asianomaista rikosta koskevassa säännöksessä säädettyyn rangaistusasteikkoon. Sen pohjalta tapahtuvassa mittaamisharkinnassa ovat keskeisessä asemassa kysymyksessä olevaa rikosta koskevat rangaistuksen mittaamista ohjaavat Korkeimman oikeuden ennakkoratkaisut. Jos sellaisia ei ole, huomioon voidaan ottaa myös muut samaa rikosta koskevat Korkeimman oikeuden ratkaisut, joissa Korkeimmassa oikeudessa on ollut kysymys myös rangaistuksen mittaamisesta. Jos Korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä ei ole jonkin rikoksen osalta laisinkaan tai jos se on niukkaa, huomiota voidaan kiinnittää myös rangaistuskäytäntöä kuvaaviin tilastollisiin tai muihin selvityksiin, mikäli niistä ilmenevää rangaistustasoa voidaan pitää edellä mainitut rangaistuksen mittaamisperusteet huomioon ottaen oikeudenmukaisena.

²⁰ Sakari Melander, Rangaistuskäytäntö ja sen muuttaminen rikosoikeudellisena erityiskysymyksenä, teoksessa Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 18/4 2019 (toim. Dan Frände ym.), Forum Iuris, s. 342-370, 357 ss.

Selitetty uusi periaate nostaa korkeimman oikeuden prejudikaatit erityisasemaan, sillä tämän mukaan nimenomaan korkeimman oikeuden ratkaisut antavat mallin sille, mikä rangaistus on oikeudenmukainen, ja vasta siinä tapauksessa, kun harkintaa ei voida perustaa korkeimman oikeuden ennakkopäätökseen, arvioinnissa voidaan tukeutua rangaistuskäytäntöä koskeviin selvityksiin, ja niihinkin ainoastaan siinä tapauksessa, että ne edustavat oikeudenmukaisuutta.

Korkeimman oikeuden omaksuma uusi oppi antaa viitteen siitä, että tuomioistuimet olisivat saattaneet suuntautua rangaistuskäytännön mukaan jopa liiaksi, jolloin rangaistuksen määräämisestä on saattanut tulla liian kaavamaisista. Vaikka tämä ei suoraan KKO:n ratkaisukäytännöstä ilmenekään, taustalla voi nähdä myös sen, että erityisesti huumausainerikoksissa tuomioistuimet olivat korkeimman oikeuden näkemyksen mukaan tukeutuneet liiaksi niin sanottuihin rangaistustaulukoihin, joita vuorostaan oli työstetty hovioikeuspiirien laatuhankeissa koettaen siten ratkaista rangaistuskäytännön epäyhtenäisyyden ongelmaa.

Tällainen tulkinta saa vahvistuksen Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2017:9:

11. Oikeuskäytännössä rangaistus huumausainerikoksesta määräytyy usein melko kaavamaisesti aineen määrän ja laadun perusteella. Tämä edistää rangaistusten mittaamisessa rangaistuskäytännön yhtenäisyyttä ja ennakoitavuutta. Toisaalta huumausainerikokset ovat kohdistuneet yhä suurempiin määriin huumausainetta ja niiden kohteeksi on tullut lukuisia uusia erittäin vaarallisina pidettäviä huumausaineita. Tämä on yhdessä edellä mainitun kaavamaisen mittaamistavan kanssa johtanut törkeistä huumausainerikoksista tuomittavien rangaistusten kohoamiseen lähelle enimmäisrangaistusta myös sellaisista teoista, jotka eivät tekotavoiltaan ole kaikkein vahingollisimpia, vaarallisimpia ja suurinta syyllisyyttä osoittavia. Ankarimmat rangaistukset eivät siten kohdistu vain kaikkein törkeimpiin huumausainerikoksiin eivätkä tekojen rangaistusarvot ole riittävästi erotettavissa toisistaan. Samalla törkeiden huumausainerikosten rangaistuskäytäntö on erkaantunut muun tyyppisistä rikoksista, joissa on sama rangaistusasteikko.

Näin ollen kaavamainen lähestymistapa rangaistuksen mittaamisessa on johtanut siihen ongelmaan, ettei rangaistuskäytäntö olekaan enää ollut oikeudenmukaisuusperiaatteen edellyttämällä tavalla oikeasuhtaista, vaan se on rikkonut tätä vaatimusta vastaan. Korkein oikeus on siten ensin ikään kuin ottanut itselleen tilaa ohjata rangaistuskäytäntöä korostamalla oman oikeuskäytäntönsä merkitystä, mikä vastaavasti on sitten tehnyt mahdolliseksi myös korjata törkeiden

huumausainerikosten rangaistustasoja alaspäin, jotta tuomittavat rangaistukset edustavat oikealla tavalla punnittuja rangaistusarvoja.

Korkeimmalla oikeudella on mahdollisuuksia käyttää aktivoimaansa asemaa haluamallaan tavalla. Säännön antamisen näkökulmasta on kiinnostavaa, että sääntöulottuvuuden korostamiseksi on ollut tarvetta sekä priorisoida korkeimman oikeuden oma rangaistuskäytäntö muuhun tuomioistuinkäytäntöön nähden että myös viitata ongelmiin liiassa kaavamaisuudessa. Empiirisen rangaistuskäytännön mukaan suuntautuminenhan ei olisi siinä tapauksessa mikään ongelma, jos siinä olisi päädytty järjestelmänmukaisiin oikeasuhtaisuusarvioihin. Sääntöjen antaminen ennakkopäätöksiin sisältääkin korjaavan elementin.

Korkeimman oikeuden omaksuma lähestymistapa voi kuitenkin tuottaa myös ongelmia rangaistuskäytännön muodostumisessa. Esittämällä, että alempien tuomioistuinten omaksumalla rangaistuskäytännöllä ei ole velvoittavuutta eikä sitä kuvaavia selvityksiä tulisi käyttää kuin viimesijaisesti oikeusohjeena, heikennetään juuri sen oikeuskäytännön ohjaavaa vaikutusta, joka on tuomioistuimia lähinnä. Lisäksi nousee kysymyksiä siitä, miten hyvin korkein oikeus voi omassa käytännössään ottaa huomioon oikeuskäytännön yhtenäisyyden vaatimuksen, sillä myös korkeimman oikeuden tulisi ohjata rangaistuskäytäntöä tältä pohjalta. Ja korkeimman oikeudenkin ratkaisukäytäntö on nimenomaan oikeuskäytäntöä.

Miten korkein oikeus sitten tämän tekee? Korkeimman oikeuden olisi mahdollista sisällyttää rangaistuksen määräämistä koskeviin ratkaisuihin viittauksia niihin oikeuskäytäntöä kuvaaviin selvityksiin, joiden oikeuslähdeopillista asemaa uudella käytännöllä heikennetään. Voidaan muistaa, että eräissä tilanteissa Korkein oikeus on nimenomaan halunnut välittää ratkaisukäytännöllään oikeusjärjestelmän toimijoille tieteellisesti perusteltuja tietoja. Ajattelen erityisesti hiv:n tartuttamiseen liittyviä rikosjuttuja, joissa on tehty selkoa tilastollisista tartuntatodennäköisyyksistä erilaisissa seksiasetelmissa. Ks. näistä KKO 2015:83 ja KKO 2015:84. Oli selvää, että oikeuskäytännössä oli arvioitu osin sattumanvaraisesti näitä riskejä, sillä varmastikaan jokaisessa rikosprosessissa ei ollut voitu perustaa arviota tartuntavaarasta riittävästi tilastolliseen tietoon.

Palataan siihen ratkaisuun, josta kaikki alkoi: KKO 2011:102. Juttu koski lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä. Tämän aihealueen jutut olivat olleet varsin paljon julkisen keskustelun kohteena, koska rangaistuskäytäntöä pidettiin usein lievänä. Toisaalta oli tiedossa, että rangaistussäännöksen samoin kuin sen törkeän tekemuodon alle mahtui hyvin monentyyppisiä tilanteita, mikä vaikeutti yhtenäisten linjojen syntymistä oikeuskäytännössä.

Ratkaisun perusteluissa KKO punoo taidokkaasti tarkasteluun yhtä hyvin omaa aikaisempaa oikeuskäytäntöään kuin myös mittaamiskäytännöstä olevaa tutkimustietoa. Näin ollen ei voi sanoa, että korkein oikeus olisi sivuuttanut oikeuskäytännön, vaan se on siitä tietoinen ja pyrkii välittämään siitä keskeisiä havaintoja. Ilmeisesti asian luonteeseen liittyen harkinnassa painottuu kuitenkin tietynlainen konkreettisten tilanteiden ja niissä mitattujen rangaistusten vertailu.

24. A:n syyksi luettu teko sisältää lapsen rintojen ja sukuelimen alueille tapahtuneita kosketteluja, jotka ovat tapahtuneet sekä vaatteiden päältä että alta. Teossa on siten samankaltaisia piirteitä kuin ratkaisuista KKO 2005:53 ja KKO 2010:52 ilmenevissä teoissa. Korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2010:52 tuominnut selvästi ankaramman rangaistuksen kuin ratkaisussaan KKO 2005:53. Korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2010:52 osoittaa rangaistuskäytännössä tapahtunutta ankaroitumista. Nyt kysymyksessä olevan rikoksen ja ratkaisussa KKO 2010:52 syyksiluetun rikoksen ilmenemismuotojen samankaltaisuus ja myös edellä rangaistuskäytännöstä esitetty selvitys puoltaisivat sitä, että tässäkin tapauksessa tuomitaan saman tasoinen rangaistus kuin ratkaisussa KKO 2010:52. Toisaalta tätäkin ankarampi rangaistus nyt syyksiluetusta rikoksesta on perusteltu sen vuoksi, että rikosta voidaan pitää tekotapansa sekä luottamus- ja riippuvuussuhteen loukkaamisen vuoksi vahingollisempana kuin ratkaisun KKO 2010:52 tekoa. Korkein oikeus päätyykin siihen, että oikeudenmukainen rangaistus tässä tapauksessa on yksi vuosi neljä kuukautta vankeutta.

Omaksuttua käsittelytapaa voi pitää siinä mielessä onnistuneena, että oman edeltävän mittaamiskäytännön tarkastelu ja tulkinta ottaen huomioon myös asiasta saatavissa olevat selvitykset yhdistää näin myös tilastotietoa oikeuskäytännön empiriasta yksitaitapauksellisiin rangaistusarvopohdintoihin. Etuna on dynaamisuus, sillä korkein oikeus antaa myös viestin siitä, että rikoksen rangaistusarvo tulisi määrätä korkeammaksi kuin mitä oikeuskäytäntö yleisesti ottaen olisi edellyttänyt.

Samalla joudutaan kuitenkin eräänlaiseen nuorallatanssiin, koska tästä alkaen korkeimman oikeuden kaikkia ratkaisuja luetaan tästä näkökulmasta. Ratkaisujen sääntöulottuvuus korostuu, mutta nyt ongelmaksi saattaa tulla säännön liian suuri vaikutus sen sijaan, että se toimisi ainoastaan esimerkkinä. Psykologisessa tutkimuksessa puhutaan ankkureista, joihin kiinnitämme ohjaavaa huomiota.²¹ Yliohjaava vaikutus voi toteutua useaa kautta. Se voi yksinkertaisesti ohjata

²¹ Ks. kysymyksestä Mika Sutela, Rangaistusten jakautuminen (viitteessä 15 mainittu kirjoitus), s. 222.

intuitiivisesti. Lisäksi muiden tuomioistuinten on luotettava siihen, miten korkein oikeus on kokonaisuutta tulkinnut, sillä niillä ei useinkaan ole mahdollisuuksia yhtä perusteelliseen asian selvittelyyn kuin mihin korkeimmassa oikeudessa on mahdollisuuksia. Myös sillä on merkitystä, kuinka korkein oikeus tilastollisia selvityksiä referoi. Lopputuloksen tasapainoisuuden kannalta voi pitää edullisena sitä, että korkein oikeus avaa perusteluissa sitä, mitä keskeisiä asiaan vaikuttavia tietoja selvityksistä on ollut saatavissa.

Heikki Kempainen on analysoinut ansiokkaasti korkeimman oikeuden muuttunutta roolia rangaistuksen mittaamisessa.²² Hän kiinnittää huomiota siihen, että korkeimman oikeuden yleislinja on ollut kohtalaisen varovainen, eikä ratkaisuissa ole yleensä tähdätty merkittäviin linjanmuutoksiin. Tässä suhteessa edellä mainittu törkeää huumausainerikosta koskeva ratkaisu KKO 2017:9 edustaa kiinnostavaa poikkeusta. Siinä alennettiin tuntuvasti huumausainekuriirille tuomittavaa rangaistusta sen vuoksi, ettei hänen osuutensa rikoksen kokonaisuudessa ollut keskeinen. Kaavamainen huumausaineen laatuun ja määrään perustuva mittaamisharkinta oli johtanut oikeuskäytäntöä harhaan tavalla, jonka korkein oikeus katsoi edellyttävän muutosta. Ratkaisu tehtiin vahvennetussa jaostossa, mikä korosti sen ennakkopäätösarvoa.

Jo edellä tehty pintapuolinen tarkastelu osoittaa sitä, että oikeuskäytännön yhtenäisyydestä huolehtiminen ja samalla rikosten rangaistusarvojen ajankohtainen päivittäminen ovat tehtäviä, joihin kietoutuu tavalla tai toisella empiiristä tietoa verrattomasti yli sen, mitä puhdas yksittäistapauksellisuus tai yksittäistapausten vertailu toisiinsa merkitsisi.

Onkin kiinnostavaa todeta, että rangaistusten määrääminen huumausainerikoksissa on pysynyt hankalana asiana, mikä on saanut Helsingin ja Rovaniemen hovioikeuspiirien laatuhankeen työstämään laajan asiakirjan aiheesta.²³ Tällä kertaa työssä ei anneta rangaistussuosituksia. Työssä otetaan viisaasti vertailukohdaksi Ruotsissa laadittu vastaava selvitystyö, jota tekee tuomareista koostuva *Drogpraxisgruppen*. Asiakirjan laatiminen itsessään kertoo tiedon tarpeista, ja on oikeastaan ihailtavaa, että tällaista yksityiskohtaista rangaistuskäytäntöä refleктоivaa tietoa pystytään tuottamaan tuomioistuinlaitoksen omin voimin.

Tuomioistuimen harkinta rangaistuksen määräämisessä edustaa oikeastaan vaativan oikeudellisen harkinnan perustilannetta. Tuomarin kehittyminen ja oppiminen edellyttävät kykyä prosessoida oikeuskäytännöstä olevaa tietoa ja mallintaa hyvää harkintaa. Uudempi kognitiopsykologinen

²² Heikki Kempainen, Korkeimman oikeuden ennakkopäätökset rangaistuksen määräämisen oikeuslähteinä. Defensor Legis 6/2018, s. 869-890.

²³ Rangaistuksen määrääminen huumausaine-, lääke- ja dopingrikoksissa. Helsingin ja Rovaniemen hovioikeuspiirien laatuhanke 2019. [LAATUHANKE RAPORTTI 2019.pdf \(oikeus.fi\)](#)

tutkimus tapaa erottaa tällaisessa harkinnassa intuitiivisen ja rationaalisen harkinnan puolen. Jos tuomarin kokemus kasvattaa hänen itsevarmuuttaan, hän saattaa luottaa intuitioonsa jo liiaksikin, jolloin erilaiset virhelähteet korostuvat. Olennaista on myös, millaisia ankkureita, oletusarvoja harkinnassa käytetään. Ville Saarinen on todennut nykytilanteessa erityiseksi heikkoudeksi sen, että tuomarin saama palaute työstään on vähäinen.²⁴

Positiivisen oikeuden aikakaudella tarvitaan sekä sääntöjen antamista että niiden tulkintaa ja soveltamista. Korkeimman oikeuden rooli ennakkopäätöstuomioistuimena korottaa sen osaltaan säännön antajan asemaan. Sen tulee paitsi ratkaista viisaasti ne jutut, jotka se ottaa käsiteltäväkseen, myös tuntea ne vaikutukset, joita sen ratkaisuilla on tuomioistuinten lainsoveltamiseen, jotta ne voivat toteuttaa oikeusjärjestelmän perusarvoja. Arvojen ilmaisemisen ja normatiivisen rangaistuskäytännön suhde oikeuskäytäntöön tulee pysymään mielenkiinnon kohteena pitkälle tulevaisuuteen. Erityisen kiinnostavaa on nähdä, miten empiirisen oikeuskäytännön tutkimuksen menetelmät kehittyvät ja miten tietoa oikeuskäytännön reaali maailmasta voidaan tarjota järjestelmän eri toimijoiden käyttöön. Tuomiolaitoksen piirissä tehtyjen selvitysten ohella Kriminologian ja kriminaalipolitiikan instituutin kaltaiset toimijat ovat jatkossa entistä tärkeämpiä.

Rangaistuksen määräämisessä kohdataan myös sellaisia kysymyksiä, joissa todellisuudessa arvioidaan riskiä, eikä niinkään mennyttä toimintaa. Rikoksen uusimisriskin arviointi on tällainen. Esimerkiksi yhdistelmä rangaistusta määrättäessä samoin kuin elinkautisvankien vapautumisessa joudutaan osin tällaiseen vaarallisuusarviointiin. Juuri tällaisissa kohdissa voi arvella *big datan* tulevan ensimmäiseksi vastaan rikosoikeudessa.²⁵

Poliisitoiminnan alueelta tunnetaan *predictive policing*, jolla tarkoitetaan vastaavasti teknologisia välineitä optimoida poliisitoiminnan tehokkuutta, jopa siten, että rikos voidaan ehkäistä ennen kuin se on edes tehty. Tästäkin käydään kriittistä keskustelua.²⁶

Lopuksi

²⁴ Ville A. Saarinen, Tuomari päätöksenteko ja vankeusrangaistuksen perusteleminen. OTM-tutkielma. Helsingin yliopisto. Marraskuu 2015.

https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/158912/gradu_saarinen.pdf?sequence=2&isAllowed=y

²⁵ Kriittistä keskustelua esim. Caryn Devins – Teppo Felin - Stuart Kauffman – Roger Koppl, The Law and Big Data. Cornell Journal of Law and Public Policy. 2017, 2, 357-413.

²⁶ Ks. kysymyksestä esim. Andrew Guthrie Ferguson, Policing Predictive Policing (April 15, 2016). Washington University Law Review, Vol. 94, No. 5, 2017, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2765525>

Havaitsemme, että yhtä hyvin digitalisaatio kuin psykologisen kognitiotutkimuksen edistyminen vaikuttavat siihen, kuinka tuomarin toimintaa rangaistuksen määräämisessä tulisi ohjata ja kuinka se tulisi ymmärtää. Kognitiotutkimuksella on annettavaa suorastaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan teoriaan. Oikeudellisen argumentaation teoria on kohdentanut päähuomionsa oikeudellisen ratkaisun oikeuttamisen kysymykseen, kun taas ratkaisuheuristiikkaa on pidetty vähemmän kiinnostavana. Kognitiivinen psykologia on kuitenkin osoittanut, että heuristiikka on mielenkiintoista ja että siinäkin tehtäviä virheitä ja vinoumia voidaan korjata. Oikeudellista päätöksentekoa pitkään tutkinut Minna Gräns on todennut, että heuristiset menetelmät saattavatkin olla tehokkaampia kuin aritmeettiset, ilman että niiden rationaalisuuden aste olisi paljonkaan heikompi.²⁷

Kriittisessä oikeustieteessä on aina läsnä tavalla tai toisella oikeudenmukaisuuden tema. Tunnistamme kehittämistarpeita, kun havaitsemme, että jokin on väärin ja epäoikeudenmukaista. Käytämme tässä arviossamme oikeudellista aineistoa. Edellä mainittu aihe mahdollisesta siirtymisestäämme posthumaaniin oikeuteen antaa epämiellyttävän tunteen, koska miten enää osaamme ajatella oikeudesta ja oikeudenmukaisuudesta, jos emme enää aseta tuon arvion mittapuita?

Samalla tavalla voimme kiistää myös vaikkapa psykologisen tiedon merkityksen toteamalla, että oikeustieteessä rekonstruoiimme normatiivisesti hyvää harkintaa, eikä siinä tehtävässä tarvitse kiinnittää huomiota siihen, kuinka hyvin todellisuudessa osaamme näitä ideaaleja toteuttaa. Vaikka tämä vastaväite saattaa olla sinänsä ymmärrettävä ja perusteltukin, joka tapauksessa tällaiset asetelmat pakottavat miettimään, miten näihin uusiin kysymyksiin tulisi oikeustieteessä vastata. Pidän erinomaisena, että tuomioistuineläimissä seurataan tarkasti maailman muutosta ja reagoidaan siihen kehittämällä omia toimintatapoja. Näin säilytään muutoksenkin keskellä aktiivisina toimijoina eikä jouduta virran vietäväksi.

²⁷ Minna Gräns, *Decisio Juris*. Iustus förlag, 2013, s. 205.