

Juha Karhu



Lakimies
7-8/2020
s. 1017-1034

Kohti 2000-luvun oikeuslähdeoppia

HAKUSANAT: oikeuslähdeoppi, oikeudellinen pluralismi, perusoikeudet, itsemääräämisoikeus

1. Tausta 2000-luvun oikeuslähdeopille

Oikeuslähdeoppi on ammatillisen identiteetin ilmaus ja ylläpitäjä. Juristista tekee juuri juristin se, että hän omaksuu oikeudellisen näkökulman. Oikeudellinen näkökulma muodostuu siitä, että harkinnassa käytetään oikeudellisia argumentteja. Tämä edellyttää oikeudellisen erottamista ”ei-oikeudellisesta”. Argumenttien oikeudellisuus tulee siitä, että ne saavat ”pääsylipun” oikeudellisuuden vaatimusta kontrolloivalta ”portinvartijalta”, oikeuslähdeopilta. Juristi toimii osaavan ja taitavan juristin tavoin vain siten, että hän argumentoi oikeuslähdeopilta saamallaan valtakirjalla ja oikeuslähdeopin asettamissa puitteissa. Uudet ajatukset voivat olla juridisesti merkittäviä jo voimassa olevan oikeuden kannalta eli *de lege lata* eivätkä pelkkiä muutosehdotuksia säädettävää lakia varten eli *de lege ferenda* vain, jos uusille ajatuksille on riittävä tuki oikeuslähteissä. Toisaalta sen jälkeen, kun menetettiin usko siihen, että kirjoitettu laki voisi täysin hallita kaikkea oikeudellista, oikeuslähdeopin ammatillinen funktio ei ole ollut pelkästään rajaava (juristit eivät ole enää pelkkiä ”lainlukijoita”) vaan myös mahdollisuuksia avaava (tuomari pystyy tekemään oikeudellista harkintaa myös normin puuttuessa).

Oikeuslähdeopeilla on aina yhteys yhteiskunnan poliittiseen järjestelmään, kuten *Kaarlo Tuori* on eri yhteyksissä korostanut.¹ Laki ja oikeus ovat (julkisen ja yksityisen) vallankäytön välineitä, jolloin oikeuslähdeoppi näiden välineiden ”käyttösääntöinä” on yhteydessä kulloisiinkin yhteiskunnallisen vallankäytön muotoihin ja tapoihin. Kirjoitetun lain ensisijaistaminen vahvimmin velvoittavaksi auktoriteettilähteeksi oikeuslähdeopissa on yhteensopiva parlamentaarisen demokratian kanssa – mutta myös lakeja hallintonsa ohjausvälineinä käyttävän yksinvaltaisen hallintojärjestelmän kanssa. Oikeuslähdeopin poliittinen tausta ilmenee siinäkin, että varsinkin muodollisesti velvoittavammilta oikeuslähteiltä

* Juha Karhu, OTT, VT, professori emeritus.

1. Ks. esim. Kaarlo Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas. Alma Talent 2008 s. 241 ja s. 288. Ks. myös Hannu Tolonen, Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: oikeuden, politiikan ja moraalin suhteista. Oikeustiede – Jurisprudentia XXII. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1989, s. 333–384.

(kuten laeilta ja prejudikaateilta) on tapana edellyttää jonkinlaista institutionaalisesti tuettua asemaa oikeusjärjestyksessä. Instituutioilla turvataan poliittisessa mielessä tietynlaista hallinnan tapaa (*”governance”*). Vaikka tuomioistuimet olisi valtiosäännössä asetettu riippumattomiksi tuomiovallan käyttäjiksi, lain-säädännön ja tuomioistuinratkaisujen väliset suhteet oikeuslähdeopissa kuvastavat politiikan ja oikeuden jatkuvaa rajankäyntiä. Oikeuslähdeoppi voi siten olla suoraankin osa vallanjako-oppiin perustuvia poliittisia järjestelmiä esimerkiksi silloin, kun oikeuslähdeopin avulla varmistetaan sitä, ettei tuomioistuinten riippumattomuus johda itsevaltaisiin tai mielivaltaisiin tuomioihin.²

Poliittisen teorian näkökulmasta 1900-luvun jälkipuolella vahvistunut siirtyminen postkoloniaaliseen maailmaan on johtanut luopumaan niin länsimaisen oikeuden esikuvanomaisesta roolista kuin siihen kytkeytyvästä ajatuksesta oikeuslähdeopin kehittymisen yksisuuntaisuudesta kohti demokraattisen oikeusvaltion oikeuslähdeoppia. Oikeudellisen pluralismin mukaisesti tunnustetaan, että länsimaisen oikeuden ohella muut oikeudelliset perinteet sisältävät toisenlaisia kestäviä tapoja myös oikeuden ja yhteiskunnan välisissä suhteissa.³ Olisi impivaaralaista ”antipluralismia” ylenkatsoa oikeuslähdeopissa näitä ikään kuin testattuja muita mahdollisuuksia. Sen sijaan oikeuskulttuurien yhdenvertainen erilaisuus on syytä ottaa myös omaa oikeuslähdeoppiamme rikastavaksi asiaksi. Tämä on yksi peruste sisällyttää 2000-luvun oikeuslähdeoppeihin oikeudellinen kokemus uudeksi (synkronointi)lähteeksi. Lisäksi kulttuurin asema sallittuna sisällöllisenä oikeuslähteenä tekee mahdolliseksi työstää siihen liittyvää juridiikkaa, esimerkiksi kulttuuristen näkökohtien merkitystä muutoin kielletyn toiminnan sallittuisuuden arvioinneissa (ns. kulttuurinen puolustus).

Yhtenäinen (kansallis)valtiollinen suvereniteetti on järkkynyt. On muodostunut jaetun tai paremminkin lohjenneen suvereniteetin alueita, näkyvimmin EU-oikeudessa mutta myös ihmisoikeusregiimissä ja esimerkiksi alkuperäiskansaoikeudessa. Yhtenäisen valtiollisen suvereniteetin lohkeamiset tarkoittavat oikeuslähdeopissa haastetta valtiosisäiset lait ylimmäksi auktoriteetiksi asettaville oikeuslähdeopeille. Jaettu tai lohjennut suvereniteetti näkyy nimittäin juuri siinä, että vahvimmin velvoittavan auktoriteettilähteen asemasta kilpailee kansallisten parlamenttilakien ohella useita normistoja. Ajatus ”kansallisesta liikkumavarasta” on yksi tämän jännitteen yleisiä kuvaustapoja: valtiosisäisellä lailla voidaan säätää tarkemmin vain kansainvälisen normiston asettamissa puitteis-

2. Aikanaan hyvin vaikutusvaltainen siviilioikeuden kodifikaatio Code Napoléon (1804) noudatti jo Montesquieun (teoksessa *De l'esprit des lois*) esittämää vaatimusta, että tuomarit ovat vain lain sisällön lausuvia suita: ”Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.” Ks. myös nykyinen keskustelu ns. tuomarivaltiota, esim. Tuori, *emt.*, luku IX (s. 249 ss).

3. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford University Press 2014 kuvastaa tällaista siirtymää oikeusvertailun tutkimuksessa.

sa.⁴ On selvää, että suvereenisuutta koskevien muutosten on tultava näkyviin myös oikeuslähteopissa. Oma tärkeä kysymyksensä on, onko myös yksityisten toimijoiden itsemääräämisen kautta muodostetuille järjestelyille perusteita antaa lakiin rinnastuva oikeuslähdestatus. Pitäisikö lausuma ”sopimus on laki osapuolten välillä” alkaa ottaa kirjaimellisesti?⁵

Myös parlamentaariseen demokratiaan on asettunut haasteita, jotka näkyvät poliittisina polarisaatioina sekä esimerkiksi lisääntyneinä suoran intressivaikutuksen (lobbaus) ja kansalaistottelemattomuuden ilmiöinä. Poliittisen liberalismin voi nähdä olevan vaikeuksissa siksi, että sen tukena ei enää ole kansalaisten keskuudessa laajasti hyväksyttyä yhtenäistä arvojärjestelmää.⁶ Tästä syystä muodollisen auktoriteettiasemansa takia velvoittaville oikeuslähteille on perusteltua asettaa myös niiden sisältöä koskevia lisäkriteereitä. Kuuluminen osana oikeusjärjestyksen perusteisiin (*ordre public* -normeihin) vahventaa jo muutoinkin vahvasti velvoittavan oikeuslähteen merkitystä. Muodollisesti heikosti velvoittavien oikeuslähteiden (kuten lain esitöiden ja prejudikaattien) sitovuuden lisäkriteeriksi onkin jo alettu asettaa niissä käytettyjen perustelujen pätevyys.⁷ Arvopohjan sirpaloitumisen vuoksi oikeudellisen hallintajärjestelmän legitimitettiin (hyväksyttävyyden) tarkemmille tunnusmerkeille kuten oikeudelliselle kokemukselle on myös syytä antaa näkyvämpi asema oikeuslähteopissa.

Oikeuslähteopit sisältävät myös käsityksen siitä, mikä on lain ja oikeuden yhteys ja suhde yhteiskunnan muihin normijärjestelmiin. Selkeimmillään ongelmat näissä suhteissa ovat näkyneet kiivaissakin keskusteluissa moraalien ja moraalisten arvojen asemasta oikeuslähteenä. Luonnonoikeutta on tapana luonnehtia niin, että siinä, toisin kuin lakipositivismissa, lakien (ja kaiken oikeuden) pätevyydelle asetuvat viime kädessä sisällölliset kriteerit, ”*lex iniusta non est lex*”. Uskonnollisen moraalien ohella nämä kriteerit voivat olla sekulaarisen moraalien ilmentymiä. Viime vuosikymmeninä perus- ja ihmisoikeuksien vahvistunut asema ja merkitys lainkäytössä on herättänyt samantapaisia kysymyksiä oikeuslähteopissa kuin aikanaan luonnonoikeus, ei vähiten siksi, että vaikka perus- ja

4. Sakari Melander onkin kirjoittanut lainsäätäjän oikeuslähteopista, jonka osana ovat tällaiset kansainväliset normistot. Sakari Melander, *Kriminalisointiteoria: Rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008. Jos käytetään ilmaisua tuomarin lainsäätäjän työn jatkajana, on selvää, että tuomarin oikeuslähteopin tulisi sisältää myös tällainen lainsäätäjän oikeuslähteoppi, jotta tuomari voisi kestävästi jatkaa lainsäätäjän työtä.
5. Kimmo Nuotio, *Oikeuslähteet, ”supernormistot” ja ratkaisujen perustelu*, teoksessa Jyrki Tala – Kauko Wikström (toim.), *Oikeus – kulttuuria ja teoriaa*. Turun yliopisto 2005, s. 149, jossa Nuotio kuvaa Niklas Luhmannin suppeaa oikeuslähteoppia. Siinä varsinaisia oikeuslähteitä voivat olla vain sellaiset yhteiskunnan elementit, jotka, kuten laki ja sopimus, voivat yksin synnyttää tai kumota oikeuksia (viitauksin Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* 1993, s. 338).
6. Ks. esim. John Rawls, *Political Liberalism*. Columbia University Press 2005.
7. Ks. esim. Mika Huovila, *Oikeuslähteoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa* (<https://oikeus.fi/hovioikeudet/helsinginhovioikeus/fi/index/julkaisut/rikostuomionperusteleminen.html>), s. 41–42.

ihmisoikeuksille onkin annettu muodollinen säädännäinen asema, niihin sisältyvillä normeilla on näkyvä ja merkityksellinen yhteys moraaliarvoihin. Tässä voi viitata vaikkapa ihmisarvon loukkaamattomuuteen (perustuslain (731/1999) 1.2 §). Ihmisarvon oikeudellinen sitovuus ja sen asettuminen loukkaamattomuuskieltonsa ansiosta nykyisin vahvasti velvoittavaksi oikeuslähteeksi johtuu juuri sen moraalista sisällöstä. Ihmisarvoa ei voi juridisoida tavoilla, joissa sen moraalinen sisältö sammutettaisiin tai sitä edes vaimennettaisiin. Ihmisarvoa ei ylipäänsä voi käyttää oikeudellisessa argumentaatiossa ilman että sen moraalinen sisältö aktivoituu. Sama koskee kaikkia perus- ja ihmisoikeuksia. Oikeuslähteopissa tästä johtuva muutostarve näkyy laajemminkin tarpeena ylipäänsä vahvistaa substanssilähteiden asemaa ja merkitystä suhteessa auktoriteettilähteisiin, ja konkreettisesti perus- ja ihmisoikeuksien asettumisena (myös) vahvasti velvoittaviksi substanssilähteiksi.

Moraalilla on lain ja oikeuden tapaan käyttäytymistä ohjaava funktio. Itse asiassa kuitenkin kaikki toimintajärjestelmät asettavat vakiintuessaan puitteisaa tapahtuvalle toiminnalle suuntaviivat ja käytännöt. Tämä tapahtuu siten, että normaliteetista tulee tavanomaisen ja poikkeavan mittari.⁸ Toimintajärjestelmien vakiintuneisiin käytäntöihin perustuvat normistot omalta osaltaan mahdollistavat, lain ja oikeuden tapaan, yhteisöllisen kanssakäymisen. Myös oikeuslähteopeilla on näin yhteys kaikkiin yhteiskunnan erilaisiin toimintoihin (toimintajärjestelmiin). Keskustelussa näistä yhteyksistä ovat ehkä eniten huomiota saaneet oikeuden ja talouden suhteet, jolloin tarkastelun keskiöön ovat asettuneet erilaiset hyödyke-markkinat ja niiden oikeudellinen sääntely. Tällöin lähtökohtaisesti ”ei-oikeudellisenä” sisällöllisenä kriteerinä on korostettu tehokkuutta taloudellisten toimintojen sisäsyntyisenä ominaisuutena ja toimintaan itseensä (”toiminnan omaan logiikkaan”) perustuvana sisäisenä normina. Yksityisautonomiset järjestelyt ansaitsevat oman logiikkansa heijastumisen oikeuslähteissä, ja tämä näkyy konkreettisesti itsemääräämisoikeutta käyttäen tehtyjen yksityisten järjestelyjen asemassa. Tälläkin kannalta voidaan puoltaa sopimuksen ja sopimuksentapaisten järjestelyjen asettamista lakiin rinnastuviksi oikeuslähteiksi osapuolten välisissä suhteissa. Tällainen vahvasti velvoittavan oikeuslähteen asema sopimukselle olisi merkittävä ja näkyvä muutos vallitsevaan oikeuslähteoppiin, jossa sopimusta ei ole lainkaan mainittu oikeuslähteenä.⁹

8. Ida Koivisto, *Laki ja normi – normatiivisuuden kaksi muotoa*. Oikeus 2008, s. 5–22 käsittelee oikeuden ja sosiaalisten normien välistä suhdetta sekä normalisoivaa valtaa erityisesti Michel Foucault’in teorioiden pohjalta. Koiviston mukaan normaliteetin kautta käyttäytymistä ohjaavassa normissa on sekä empiirinen että pitämiselementti, laissa vain pitämiselementti (Koivisto emk., tiivistelmä). Tämä korostaa lain soveltamisen edellyttämää juridista rationaliteettia, jonka yksi ilmentymä on oikeuslähteoppi.

9. Mainittakoon, että Tanskassa ja Norjassa on jo tapana hyväksyä sopimus oikeuslähteeksi (retskilde) sopimuspuolten välisissä suhteissa (<https://denstoredanske.lex.dk>). Ruotsissa sopimusta on

Monet esittämäni muutokset näyttäisivät liittyvän kehityssuuntaan, jota on kutsuttu lain ja oikeuden pluralisoitumiseksi. Elämme oikeudellisen pluralismin aikakautta. Mutta miten tällaisen pluralismin takia polysentriseksi muodostuvasta oikeuslähdeopista kuitenkin saadaan riittävän yhtenäinen, jotta se voi toimia tämän kirjoituksen alussa esitetyllä tavalla ammatillisen identiteetin pohjana?¹⁰ Mistä oikeudellisuuden ”portinvartija” enää tietää, mikä käy ja mikä ei käy oikeudellisesta argumentista? Polysentrisen tilkkutäkkimäisyyden hyväksymisen sijasta myös 2000-luvun oikeuslähdeoppi edellyttää sisäistä johdonmukaisuutta eli koherenssia. Koherenssin avulla taataan kaiken oikeuden ja lainkäytön oikeudenmukaisuutta yhdenvertaisuutena. Poliittisen järjestelmän ja muiden oikeudellisen sääntelyn taustatekijöiden tuottaman formaalin koherenssin heikentyminen korvataan 2000-luvun oikeuslähdeopissa perus- ja ihmisoikeuksien oikeuslähdeaseman vahvistumisella eli substantiaalisella koherenssilla. Perus- ja ihmisoikeudet ilmentävät sekä yksittäisinä normeina että järjestelmänä kaiken oikeudellisen sääntelyn viimekätisiä arvoja ja tavoitteita. Nämä arvot ja tavoitteet muodostavat yleisen lähtökohdan tunnistaa ja arvioida sisällöllisten näkökohtien merkitystä kaikessa oikeudessa.

Periaatteellisesti merkittävä on myös muutos siinä, että yksityisten toimijoiden itsemääräämisoikeuteen pohjautuvat järjestelyt (kuten sopimukset) saavat tähän yksityisautonomiseen lähtökohtaansa perustuvan itsenäisen oikeutuksen oikeuslähteenä eikä vasta ja ainoastaan valtion suvereenisuuteensa tekemän itserajoituksen kautta. Tämä muutos mahdollistaa laajamittaisen oikeuden pirstaloitumisen. Siksi tarvitaan perus- ja ihmisoikeuksien vahvistuvaa merkitystä myös yksityisten oikeussubjektien välisissä suhteissa (ns. horisontaalivaikutus) turvaamaan oikeuden sisäistä koherenssia ja tätä kautta oikeudenmukaisuutta.

Vihdoin on vielä huomautettava siitä, että tässä kirjoituksessa hahmoteltavan 2000-luvun oikeuslähdeopin ei ole tarkoitus ”tyhjentää oikeusteoreettista pankkia”. Konkreettisesti on kysymys oikeuslähdeopin alan suhteesta tulkintateoriaan ja argumentaatioteoriaan. Kuten esimerkiksi *Kimmo Nuotio* sekä *Tapio Määttä* ja *Niko Soinen* huomauttavat, oikeuslähdeoppi muodostaa mielekkään kokonaisuuden vasta yhdessä tulkintasääntöjen ja tulkintaperiaatteiden sekä argumentaatioteorian kanssa.¹¹ Suppein käsitys oikeuslähdeopin alasta olisi, että nimenomaan (vasta) laintulkintaoppi sisältää lain säännösten sisällön määrittämisen ja (vasta) argumentaatioteoria tuottaa oikeuslähteiden käyttösääntöjä. Näin ajatellen oikeuslähdeoppi sisältäisi (vain) luettelon siitä, mitkä ovat oikeuslähteitä. Edes perinteisessä

kutsuttu ”yksityiseksi” oikeuslähteeksi (”privat” rättskälla). Sopimuskäytäntöä on myös pitkään pidetty yhtenä tavanomaisen oikeuden muotona ja siten oikeuslähteenä.

10. Ks. oikeuden pluralismia ja oikeuslähteiden polysentriaa koskevasta keskustelusta esim. Tuori, emt., s. 286 ss.

11. Nuotio, emk., s. 134; Tapio Määttä – Niko Soinen, Ympäristöoikeudellisen ratkaisun teorian rakenneosat ja ominaispiirteet. Lakimies 7–8/2016, s. 1028–1053, erit. s. 1028–1030. Ks. myös Tuori, emt., s. 271.

oikeuslähdeopissa ei ole tyydytty näin suppeaan rajaukseen, vaan esimerkiksi erotelulla vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin on seurauksia oikeuslähteiden suhteille niiden ristiriitatilanteissa (esimerkiksi että vahvempi sivuuttaa heikomman) – siis käytösääntöjä. Myös se kriteeri, jolla ilmiö tunnustetaan ja tunnustetaan oikeuslähteeksi, vaikuttaa niihin tapoihin, joilla oikeuslähde voi ja tulee hyödyntää oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Relevantiksi tunnistetun oikeuslähteen vaikutus voi vaimentua ei vain hierarkkisesti ylemmän asteisen vastakkaisensuuntaisen lähteen takia vaan myös siksi, että oikeuslähde ei synkronoidu tilannekohtaisessa kokonaisharkinnassa muista lähteistä muodostuvaan kokonaisuuteen. Kun siirrytään kohti 2000-luvun tilannekohtaisempaa oikeuslähdeoppia, tarvittavien käytösääntöjen määrä ja luonne pitää ottaa tarkemman tarkastelun kohteeksi. Siksi on luontevaa, että oikeuslähdeoppi sisältää myös suuntaviivoja oikeuslähteiden synkronoinnista (”virittämistä”).

2. 2000-luvun oikeuslähdeoppi 1.0.

Näiden taustapohdintojen jälkeen on aika tuoda esiin oma ehdotukseni eli 2000-luvun oikeuslähdeoppi 1.0.¹² Olen pyrkinyt esittämään ehdotukseni siten, että siirtymät ja muutokset *Aulis Aarnion* yhdessä *Aleksander Peczenikin* kanssa kehittämään laajasti tunnettuun ja keskusteltuun, Suomessa varsin vallitsevaksi muodostuneeseen oikeuslähdeoppiin ovat helposti havaittavissa. Parempi rakennekuva tarkoittamastani oikeuslähdeopista olisi kuitenkin hämähäkinseitti, jossa kokonaisuuden kestävyys perustuu sisäiseen eri oikeuslähteiden keskinäiseen vuorovaikutukseen.

12. Numero 1.0 viittaa siihen, että tässä esitetty versio on ensimmäinen kokonaisvaltainen prototyyppi. Ks. alustavasta hahmotelmasta Juha Karhu, Oikeudellinen kokemus oikeuslähteenä. *Lakimies* 7–8/2019, s. 1068–1075, jossa s. 1073 luonnosteltuun kuvioon (”Karhun oikeuslähdeoppi”) on tehty olennaisia laajentavia muutoksia muun muassa perus- ja ihmisoikeuksien, yksityisten toimijoiden itsemääräämiseen perustuvien järjestelyjen, oikeuspolitiikan ja kulttuurin osalta.

	Vahvasti velvoittavat	Heikosti velvoittavat	Sallitut
Auktoriteetti-lähteet (muodolliset perusteet)	PERUSOIKEUDET, IHMISOIKEUDET (mukaan lukien EIT:n käytäntö), EU-OIKEUS (mukaan lukien EUT:n käytäntö), LAKI, ITSEMÄÄRÄÄMINEN	LAINVALMISTELUTYÖT, TUOMIOISTUIN-RATKAISUT (KKO:n ja KHO:n prejudikaatit sekä alueellisesti toimivaltaisen hovioikeustason tuomioistuimen linjaratkaisut)	TUOMIOISTUIN-RATKAISUT (vallitseva oikeuskäytäntö, muu yhtenäistävä ohjeistus)
Asialähteet (aineelliset perusteet)	PERUS- JA IHMISOIKEUDET, ITSEMÄÄRÄÄMINEN (yksityisautonomia) LAKI (ordre public)	YLEISET OIKEUS-PERIAATTEET, ITSESÄÄNTELY, PREJUDIKAATIT	MORAALI, ETIIKKA, OIKEUSPOLITIikka (public policy), KULTTUURI
Synkronointi-lähteet (yhteensovittamis-perusteet)	PERUS- JA IHMISOIKEUDET, ASIAN LUONTO (konteksti), REAALISET (käytännön) NÄKÖKOHDAT, LAKI (ordre public)	YLEISET OIKEUS-PERIAATTEET, OIKEUDELLINEN KOKEMUS	OIKEUSTIEDE

Kuvio 1. 2000-luvun oikeuslähdeoppi 1.0.

Muutama tarkentava huomautus 2000-luvun oikeuslähdeopin tiivistävään kuvioon 1.¹³

Kuviossa oikeuslähdeoppia tarkastellaan vain tuomarin tai muun lainkäyttö-päätöstä tekevän taikka sellaista ennakoivan juristin näkökulmasta. Kuvio mallintaa tuomarin roolin omaksuvan juristin lähestymistapaa. Oikeuslähdeopin laajempi asema ja merkitys koko oikeuskulttuurissa riippuu monista tekijöistä, ja nämä ulottuvuudet jäävät tässä kirjoituksessa tarkastelun ulkopuolelle.

Oikeuslähdeopin peruskuvio luonnehtii tilannetta ”ensikatsomalta” (*prima facie*). Kun oikeudellinen harkinta etenee, myös oikeuslähdeopin peruskuvio voi muuttua. Esimerkiksi heikosti velvoittava oikeuslähde saattaa jossakin argumenttitilanteessa (argumenttikonstellatiossa) muodostua ratkaisevaksi, jos harkintatilanne ei muiden oikeuslähteiden valossa ole selvä. Esimerkiksi muiden oikeuslähteiden puuttuessa ratkaisu voidaan perustaa yleisten oikeusperiaatteiden varaan, vaikka ne ovat (vain) heikosti velvoittavia substanssilähteitä. Heikosti velvoittavina synkronointilähteinä yleiset oikeusperiaatteet taas voivat olla olennaisena osana lopulliseen ratkaisuun johtavaa päättelyketjua täsmentämällä tai tarkentamalla varsinaista ratkaisunormia tai ohjaamalla siihen.

Uutena oikeuslähdetyyppinä 2000-luvun oikeuslähdeopissa ovat synkronointilähteet. Ne ovat argumentaatiota suuntaavia rakennenneumeja. Synkronointilähteet ikään kuin pohjustavat ja virittävät myöhemmin varsinaisilla näkökohdilla tapahtuvaa *pro et contra* -argumentaatiota. Synkronointilähteet vastaavat ase-

13. Aarnion oikeuslähdeoppiin tehdyistä täydennyksistä ja kehittämisistä ks. myös Huovila, emk. ja Raimo Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003.

maltaan *Hannu Tolosen* ideaa oikeuslähteistä jatkuvana hermeneuttisena prosessina, jossa tuomarit ovat yhtäältä vahvasti sidottuja muodollisesti pätevään tunnusmerkistöön mutta samalla tosiasiaassa määrittävät, miten tämä pätevyys tulee ymmärtää.¹⁴

Oikeuslähteiden väliset rajat ovat liukuvia. Perus- ja ihmisoikeudet ovat vahvasti velvoittavia auktoriteettilähteitä juuri sisältönsä takia.¹⁵ Auktoriteettilähteinä käytettynä perusoikeudet voivat perustuslain 106 §:n tunnusmerkistön täytyessä yksittäistapauksessa sivuuttaa lain säännökset. Vahvasti velvoittavina synkronointilähteinä perus- ja ihmisoikeudet pohjustavat vaatimusta perus- ja ihmisoikeusmyönteisestä laintulkinnasta.

Vahvasti velvoittavat auktoriteettilähteet. Perusoikeuksien auktoritatiivisen oikeuslähdeaseman kannalta keskeinen on perustuslain 106 §. Sen mukaan jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle. Ihmisoikeuksien asema määrittyy Suomen kansainvälisoikeudellisten sitoumusten ja perustuslain 1 §:n pohjalta. Perusoikeudet ovat kansallisia, ihmisoikeudet kansainvälisiä. Perus- ja ihmisoikeusjärjestelmä ovat normijärjestelmiä, jossa yhtään perus- tai ihmisoikeutta ei ole yleisesti nostettu toisen yläpuolelle.

EU-oikeus on vahvasti velvoittavan ns. transnationaalisen oikeuden paradigmaattinen tapaus. EU-oikeudella on puolestaan omat pätevyyskriteerinsä. Oikeuslähdenäkökulmasta on tärkeää, että EU-oikeus on osa Suomen oikeutta, ei ulkoista tai ”normaalialia” kansainvälistä oikeutta. EU-oikeuden ja (jäsenvaltioiden kansallisten) perusoikeuksien suhde on toki kaikkea muuta kuin yksiulotteinen.¹⁶

Oikeuslähteinä Euroopan Unionin tuomioistuimen (EUT) ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisut (prejudikaatit) ovat vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä. Tässä on näkyvä ero KKO:n ja KHO:n prejudikaatteihin, sillä kun esimerkiksi EUT on antanut ennakkoratkaisunsa EU-oikeuden sisällöstä, rinnastuu se velvoittavuudeltaan säädännäiseen EU-oikeuteen ja ratkaisun lopputulos on Suomen tuomioistuimia sitova. Tämä näkyy havainnollisesti niiden kansallisten ratkaisujen perusteluissa, joissa ennakkoratkaisua suoraan sovelletaan. Eri asia on se, että myös Suomen tuomioistuimet voivat joutua tulkitsemaan

14. Ks. Hannu Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*. Sanoma Pro Oy 2003.

15. Valtiosääntöistymisen on kokoava nimitys tälle keskustelulle. Tässäkin keskustelussa tarkastelun näkökulmia ovat sekä auktoriteettiasetelma että sisältöasetelma. Ks. Jaakko Husa – Juha Karhu, *The Constitutionalisation of Contract Law in Finland*, teoksessa Luca Siliquini-Cinelli – Andrew Hutchison (eds), *More Constitutional Dimensions of Contract Law*. Springer 2019, s. 15–39.

16. Ks. tästä tunnetut Saksan liittotasavallan perustuslakituomioistuimen antamat ns. Solange-ratkaisut *Internationale Handelsgesellschaft* (1974), 2 CMLR 511 ja *Wünsche Handelsgesellschaft* (1987), 3 CMLR 225. Ks. myös Weiss 493/17.

EUT:n ja EIS:n ratkaisuja. Oikeuslähteopillisena lähtökohtana on, että tällainen tilanne rinnastuu lain tulkintaan.¹⁷

Juttukohtaisesti edelleen tavallisin vahvasti velvoittava auktoriteetilähde on laki. Oikeusvaltiossa tämä ei ole yllättävää, sillä monilla oikeudenaloilla, kuten rikos-, hallinto- ja vero-oikeudessa, legaliteettiperiaatteen mukainen lähtökohta on yksi oikeudenalan perusteista. Myös perustuslain 80 § edellyttää, että yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista säädetään lailla. Lakien vahvasti velvoittava auktoriteetiluuonne oikeuslähteenä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö lainsäädännön luonteen muuttuminen ja asema monilla erityisesti yksityisoikeuden aloilla vaikuta siihen, miten tiukasti laki raamittaa ratkaisuja. Monet lait ovat luonteeltaan fasilitoivia, vain toiminnan puitteet asettavia. Lisäksi lakeja on yhä useammin mukautettava soveltamistilanteen edellyttämällä tavalla (presumptiivinen kontekstualismi).¹⁸ Oikeudenalojen erot näyttäisivät siten johduvan enemmänkin perusoikeuspohjaisista oikeusperiaatteista kuin erilaisista oikeuslähteopeista.

Itsemäärääminen käsittää niin yksityisoikeuden yleisen yksityisautonomian kuin ”julkisoikeudellisen” itsemääräämisen kuten alkuperäiskansojen itsemääräämisoikeuden. Esimerkiksi sopimusoikeudessa sopimus on vahvasti velvoittava itsemääräämisoikeuteen perustuva oikeuslähte. Saamelaisten itsemääräämisoikeutensa pohjalta tekemät päätökset koskevat heitä samalla ”oikeuslähdevoimalla” kuin lainsäädäntö.¹⁹ On tärkeää tunnistaa ja tunnustaa yksityisautonomia jaetun (lohjenneen) suvereenisuuden alueeksi. Tätä suvereenisuutta ei siis enää alisteta riippuvaiseksi valtion lähtökohtaisesti rajattomaan valtaansa tekemänä itserajoituksena. Ajatus yksityisautonomian perustumisesta valtion itserajoitukseen lienee selitys sille, miksi vallitsevassa oikeuslähteopissa sopimusta ei ole tunnustettu itsenäiseksi oikeuslähteeksi (vaan sitä on pidetty vain riitajutun oikeustositseikkana). Ilmaisua ”dispositiivinen oikeus” (”välipuhe rikkoo lain”) kuvastaa kuitenkin sitä, että auktoriteettimielessä laki ja siis pakottava laki saattaa edelleenkin sivuuttaa sopimuksen soveltamistilanteissa. Mutta normaalitilanteessa sopimus tai muu yksityisautonominen määräämistoimi on oikeudellisten velvollisuuksien ja niitä vastaavien oikeuksien perusta. *Pacta sunt servanda* on tässä mielessä 2000-luvun oikeuslähteopissa vahvasti velvoittava auktoriteet-

17. Korkeimmassa oikeudessa on tosin jopa ilmeisesti äänestetty siitä, miten julkilausutusti EIT:n tuomioihin pitää perusteluissa viitata, jos jo pelkästään Suomen oikeuden säännöksiä soveltaen päädyttäisiin samaan ratkaisuun (oikeusneuvos Pertti Välimäen eriyvä mielipide KKO 2011:30).

18. Ks. näistä muutoksista tarkemmin Juha Karhu, Fasilitointi, mukauttaminen ja oikeudellinen kokemus kontekstuaalisen oikeussysteemin kiinnekohtina, teoksessa Antti Kolehmainen – Emmi Muhonen (toim.), Matti Ilmari Niemi – Esineoikeuden järjestelmän rakentaja. Alma Talent 2018, s. 1–13.

19. Ks. Juha Guttorm, Saamelaisten itsehallinto Suomessa – dynaaminen vai staattinen? Acta Universitatis Lapponiensis 2018.

tilähde eikä vain heikosti velvoittava tai sallittu oikeuslähde sopimusoikeuden oikeusperiaatteena kuten perinteisessä oikeuslähdeopissa. Itse asiassa juuri sen vuoksi, että sopimus on auktoriteettilähde, tarvitaan sopimuksen aseman selventämistä suhteessa sopimusta koskeviin lainsäännöksiin, ja tämä selvennys tehdään erottelulla pakottaviin ja tahdonvaltaisiin lainsäännöksiin.

Heikosti velvoittavat auktoriteettilähteet. Lainvalmisteluaineisto sisältyy heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin. Tällöin on kysymys erityisesti hallituksen esityksistä mutta yhä useammin eduskunnan mietintövaliokunnan ja myös lausuntovaliokuntien lausunnoista. Lainvalmistelun tapa ja luonne vaikuttavat (sisältönäkökohtina) siihen, missä määrin myös eduskuntakäsittelyä edeltäville asiakirjoille voidaan antaa merkitystä oikeuslähteinä.

Tuomioistuinkäytännön merkitys oikeuslähteenä näyttäisi vahvistuneen. Tärkein syy on se, että tuomioistuinratkaisut ovat nykyisin avoimesti argumentoituja ja perusteluiltaan jäsenneltyjä. Korkeimpien oikeuksien prejudikaatit ovat lisäksi vaivatta saatavissa sähköisistä tietokannoista. Perustelujen vahvistuminen on myös johtanut mielenkiintoiseen jatkokeskusteluun siitä, mikä prejudikaateissa sitoo. Vaikka korkeimpien tuomioistuinten ennakkoratkaisut sitovat auktoriteettilähteinä, on niiden suhteen alettu korostaa myös sitovuutta perustelujen kautta.²⁰

Tuomioistuinkäytännön sitovuus auktoriteettilähteenä on myös yhteydessä oikeusastejärjestelmään ja tuomioistuinhallintoon. Siten esimerkiksi alueellisesti toimivaltaisten hovioikeustason tuomioistuinten linjaratkaisut ovat auktoriteettilähteitä tuomiopiirin alioikeustason lainkäyttöelimissä, vaikka tämä ”oikeuslähdesitovuus” onkin asetettava tuomarin riippumattomuuden perspektiiviin. Keskinäisessä suhteessa korkeimpien oikeuksien prejudikaattien ”heikko sitovuus” oikeuslähteenä on kuitenkin vahvempaa kuin hovioikeustason tuomioistuinten linjaratkaisujen.

Sallitut auktoriteettilähteet. Sallittujen auktoriteettilähteiden luokkaan voidaan sijoittaa erilaista tosiasiallista ohjeistusta toimivaltaiselta auktoriteetilta. Tällaisen ohjeistuksen taustana on usein tavoite yhdenmukaistaa menettelytapoja ja näin vahvistaa oikeusturvan toteutumista. Esimerkiksi viime vuosikymmeninä yleistyneet hovioikeustason laatuhankkeet ovat pehmeä (ei-velvoittava) ohjauskeino, ja siksi ne sijoittuvat sallittuihin auktoriteettilähteisiin. Henkilövahinkoasiain neuvottelukunnan antamia suosituksia henkilövahinkojen korvausmääristä voidaan pitää tyypillisenä esimerkkinä sallitusta auktoriteettilähteestä. On myös oikeuslähdenäkökulmasta mielenkiintoista seurata, millaisen tosiasiallisen roolin Tuomioistuinvirasto omaksuu lainkäytön ohjaamisessa.

Vahvasti velvoittavat asialähteet. Perus- ja ihmisoikeudet ovat tässäkin oikeuslähdekategoriassa keskeisiä, nyt (suoraan) sisältönsä pohjalta. Sisältölähteinä niille on tärkeää, ettei perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien välille aineellisia

20. Ks. myös Huovila, emk. s. 24.

oikeuslähteinä tehdä keinotekoisia eroja.²¹ Molemmat koostuvat monista normilähteistä ja normin sisältö muodostuu näitä eri taustoja yhdistellen ja tarkentaen. Perus- ja ihmisoikeuksien keskeinen merkitys on konkretisoida (sisällöllistä) oikeudenmukaisuutta. Myös koko perusoikeusjärjestelmää leimaava yhdenvertaisuus on tässä hyvä esimerkki. Yhdenvertaisuus on menettelyllisen ulottuvuutensa ohella ennen muuta sisällöllistä: oikeudellisesti samanlaisia on kohdeltava samalla tavalla, oikeudellisesti erilaisia eri tavalla. Kaikilla on oikeus nauttia perusoikeuksista kulloisenkin yksilöllisen tilanteensa mukaisesti, ja juuri tätä takaa perusoikeusjärjestelmä. Tavallisen lain säännökset sisällöllisinä normeina ovat keinoja tämän tavoitteen saavuttamiseksi. Siten perustuslain 106 § tarkoituksen voi nähdä niin, että sen avulla ikään kuin palautetaan tapauskohtaisesti epäonnistuneesti soveltuvan tavallisen lain taustalta kaiken lainsäädännön perustarkeisuus velvoittamalla ratkaisija siirtymään suoraan soveltamaan perusoikeuksia lainsäädäntöön sisältyvän tilanteeseen soveltuvan säännön sijasta.

Itsemääräämisen perusteella vahvasti velvoittavien sisältölähteiden oikeuslähdevoima kytkeytyy toisaalta toiminnan syntyehtoihin ja toisaalta kestäviin toimintatapoihin. Sisällöllisinä syntyehtoina näyttäisi vahvistuvan lähtökohta, että itsemääräämisen oikeudellista merkitystä saavan käytön tulee perustua etukäteen annettuun sekä oikeisiin ja riittäviin tietoihin pohjautuvaan vapaahoitoiseen suostumukseen (*free prior informed consent* eli ns. FPIC-periaate). Toiminnallisesti itsemääräämisessä taas on kysymys kestävistä käytännöistä, ja tämä riippuu kulloisestakin toimintaympäristöstä ja siellä omaksutuista järjestelyistä. Esimerkiksi taloudellisen toiminnan oikeudellisessa arvioinnissa on korostettu tehokkuuden tärkeyttä ja jopa ensisijaisuutta.²² Kestävien toimintatapojen saamassa merkityksessä voi nähdä jatkuvuutta aiempaan tavanomaisen oikeuden vahvaan oikeuslähdeasemaan, sillä se liitettiin nimenomaan kauppatapoihin. Oletan, että liittämisen taustalla oli sama itsemääräämisoikeuden (yksityisautonomian) kunnioittamisen näkökohta jo ennen perusoikeusuudistusta.²³

Myös joillakin tavallisilla laeilla voi olla vahvasti velvoittavan sisältölähteen asema. Viittaaan tällöin esimerkiksi *ordre public* -normeihin eli Suomen oikeusjärjestyksen perusteisiin kuuluviin lähtökohtiin.²⁴ Tällainen on esimerkiksi oikeustoimilain 36 §:ssä säädetty sopimusten sovittelumahdollisuus. Ruotsissa

21. Perustuslain 1.3 §.

22. Jukka Mähönen, Taloustiede lain tulkinnaassa. Lakimies 1/2004, s. 55–56. Mähönen itse korostaa kuitenkin sitä, että taloustiede ei saa sivuuttaa oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle relevantteja seikkoja kuten oikeudenmukaisuutta ja systematiikkaa (koherenssia).

23. Esim. Siltala emt. s. 272–274 ja 361–362; jo David Nehrman ja Matthias Calonius näkivät maantavalla ja tapaoikeudella olevan merkitystä erityisesti taloudellisissa asioissa, ks. Iisa Vepsä, Lain ja asian luonteen mukaan – oikeuslähteet 1700-luvulla. Lakimies 4/2012, s. 515, joka mainitsee samassa yhteydessä myös *lex mercatorian*.

24. Ks. Suomen liittyttyä ns. Rooman yleissopimukseen sopimusvelvoitteisiin sovellettavasta laista nyttemmin jo kumottu Laki kansainvälisluonteisiin sopimuksiin sovellettavasta laista (466/1988) 11 §.

vastaavaan asemaan on asetettu se, ettei avioeron tuomitseminen tapahdu syyllisyysperusteella. Rikosoikeuden legaliteettiperiaate on vahvistettu sekä perusoikeutena että rikoslaisissa. Rikoslaisissa vahvistettua normia (rikoslain 3 luvun 1 §) voi pitää tällaisena oikeusjärjestyksen perusteisiin sisältönsä puolesta kuuluvana normina, mikä tietysti seuraa nyttemmin jo perustuslain 8 §:stä.

Heikosti velvoittavat asialähteet. Heikosti velvoittavista asialähteistä eniten huomiota ovat saaneet yleiset oikeusperiaatteet. Asialähteinä yleiset oikeusperiaatteet saavat merkitystä sisällöllisinä normeina, mutta myöhemmin esitettävällä tavalla niillä voi merkitystä myös synkronoinnissa. Yleisten oikeusperiaatteiden aseman korostaminen 2000-luvun oikeuslähdeopissa on tärkeää oikeudellisen pluralismin takia. Yleisiin oikeusperiaatteisiin kiteytyy sellaisia toimintalinjoja, jotka voivat olla elementtejä monissa perustavanlaatuisesti erilaisille arvojärjestelmille rakentuvissa yhteisöissä. Esimerkiksi luottamusperiaate sopimusoikeudessa on tällainen kuten myös velvollisuus vahinkojen minimoimiseen (ns. mitigaatiovelvollisuus) vahingonkorvausoikeudessa. Kohtuusperiaate on hyvä esimerkki pohjoismaisissa hyvinvointivaltioissa ja monilla oikeudenaloilla vahvistuneesta yleisestä periaatteesta. Kohtuusperiaatteen sisällön asema pääsääntöisenä normina näkyy siinä, että sen katsotaan olevan voimassa silloinkin, kun sitä ei ole laissa mainittu (kuten vaikkapa perusteettoman edun palautuksessa). Näen myös EU-oikeuden neljä perusvapautta (ihmisten, tavaroiden, palvelujen ja pääomien vapaa liikkuvuus) sellaisina periaatteina, joilla on jäsenvaltioissa (vähintään) heikosti velvoittavan asialähteen asema jäsenvaltion lojaliteettivelvollisuuden perustalta.

Itsesääntely ja yhteissääntely²⁵ ovat itsemääräämiseen pohjautuvia heikosti velvoittavia oikeuslähteitä. Esimerkiksi monien ammattialojen ohjeistukset hyvistä tavoistaan ovat tällaisia. Pidän myös tämänkaltaisena aineksena yritysten antamia niin sanottuja *compliance*-ohjelmia eli omaa itsemääräämistään rajoittavia toimenpideohjelmia. Niiden nostaminen oikeuslähteiksi tukee esimerkiksi sellaista yritysten yhteiskuntavastuun ratkaisulinjoja, joissa näille toimintaohjelmille annetaan yritystä itseään velvoittava sisältö.²⁶

Prejudikaatit heikosti velvoittavina asialähteinä tarkoittavat yksinkertaisesti sitä, että prejudikaateilla on merkitystä myös esikuvanomaisina lainkäyttöpäätöksinä perustelujensa kestävyuden ja eheyden vuoksi.

Sallitut asialähteet. Sallituissa substanssilähteissä moraali viittaa hyvää yhteiskuntaa (yhteiselämää) koskeviin perusteltuihin käsityksiin, etiikka taas hyvää (yksilöllistä) elämää koskeviin käsityksiin. Oikeuslähdenäkökulmasta tuota sävyeroa ei kuitenkaan ole syytä ylikorostaa. Moraalin ja etiikan raja on liukuva.

25. Ks. niistä Sakari Huovinen, Yhteissääntely ja itsesääntely – julkisen vallan tehtäviä muuttavat sääntelykeinot, Lakimies 7–8/2006, s. 1206–1224.

26. Ks. Juha Karhu, Yhteiskuntavastuu varallisuus oikeuden järjestelmässä. Defensor Legis 4/2019, s. 419–429.

Rajan liukuvuus näkyy havainnollisesti pohdittaessa perusoikeuksien rajoituk-silta edellytettäviä tärkeitä yhteiskunnallisia tavoitteita. Tasa-arvo on tästä hyvä esimerkki, se on tavoite ja päämäärä mutta myös arvo. Lisäksi tasa-arvolla on sekä moraalinen että eettinen sisältö. Tarve etiikan ja moraalin käyttämiseen arg-umentaatioissa on sekin sidoksissa perus- ja ihmisoikeuksiin: siinä määrin kuin eettinen tai moraalinen arvo sisältyy perus- ja ihmisoikeuksiin, ei sen erillinen käyttäminen argumenttina ole tarpeen.

Politiikalla sallittuna asialähteenä tarkoitan sellaisia oikeuspoliittisia linjauk-sia (*public policy, ordre public*), jotka näkyvät muussa kuin nimenomaan sovel-lettavaksi osoitetussa lainsäädännössä. Jos oikeuspoliittiset linjaukset nimittäin sisältyvät sovellettavaksi osoitettuun lainsäädäntöön, ne ovat lainvalmisteluai-neistona heikosti velvoittavia auktoriteetilähteitä. Oikeuspoliittiset linjaukset saattavat myös tulla näkyviin muissa prejudikaateissa kuin suoraan ratkaistavaan tapaukseen sovellettavaksi tulevilla ennakkoratkaisuissa. Esimerkkinä on vaikkapa oikeuspoliittinen linjaus siitä, että lainsäädännössä eri laeissa käytetylle samalle ilmaisulle on annettava sama sisältö, ellei ole syytä toisenlaiseen ratkai-suun juuri sovellettavan lain erityisluonteen takia.²⁷ Vastuuoikeudessa yhtenä kantava oikeuspoliittisena linjauksena on se, että vastuu kohdennetaan sille, joka pystyy parhaiten estämään samanlaisten vahinkojen aiheutumisen tulevaisuu-
dessa. Sopimusten asemaa vahvasti velvoittavina sisältölähteinä tarkentaa se, että tärkeillä oikeuspoliittisilla linjauksilla näyttäisi jo nyt olevan käytännön merki-tystä esimerkiksi (erityisesti ulkomaisten) välitystuomioiden tunnustamisessa, tai oikeuspluralismin aikakautena paremminkin tunnustamatta jättämisessä.²⁸

Olen sisällyttänyt myös kulttuurin sallittuihin asialähteisiin. Kulttuuristen argumenttien käytön tarve riippuu vahvemmin velvoittavien oikeuslähteiden tilanteesta – esimerkiksi alkuperäiskansan kulttuuri nauttii vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden suojaa (perustuslain 17.3 § ja jaettu suvereniteetti eli alkuperäis-kansan itsemääräämisoikeus). Jo yhdenvertaisuus edellyttää vähemmistökulttuu-rien yleistä positiivista erityiskohtelua. Kulttuurin asemaa oikeuslähteenä ilmen-tää vaikkapa niin sanotulle kulttuuriselle puolustukselle annettava merkitys.²⁹

Vahvasti velvoittavat synkronointilähteet. Asian luonto viittaa yksinkertaisesti siihen, miten asiat ovat. Toimintajärjestelmien ominaisuus vakiinnuttaa tarkem-mat käytäntönsä on yksi ilmaus asian luonnosta. Myös jotkin sinänsä muutet-tavissa olevat reunaehdot voivat olla osa asian luontoa, esimerkkinä vaikkapa

27. Ks. KKO 2004:46, kohta 9.

28. Ks. New Yorkin yleissopimus ulkomaisten välitystuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöön-panosta (8/1962) artikla V(2)(b). Sen mukaan valtio voi kieltäytyä toimeenpanemasta välitys-tuomiota, jos se olisi maan oikeusjärjestyksen perusteiden (”public policy”) vastaista.

29. Tarkoitan vaikkapa kulttuurisista syistä tehtävää poikien ympärileikkausta, ks. KKO 2008:93, KKO 2016:24 ja KKO 2016:25. Tätä kirjoitettaessa on KKO:ssa vireillä luvatonta kalastusta koskeva asia, jossa ajankohtaistuu kysymys siitä, mikä oikeudellinen merkitys on sillä, että kalastus Tenojoessa on osa saamelaiskulttuuria (VL:2019-83).

inhimillisten kontaktien merkitys hoivatyössä. Reaaliset käytännön näkökohdat taas ovat ytimeltään seurausharkintaa ja ne tunnustetaan ja tunnetaan hyvin pohjoismaisesta oikeudesta, ehkä selvimmin yksityisoikeudesta mutta muun muassa *Torstein Eckhoffin* oikeuslähdeopin pohjalta myös laajemmin.³⁰ Seurausharkinta edellyttää sellaista ratkaisua, että ratkaisun seuraukset eivät muodostu epätarkoituksenmukaisiksi, esimerkiksi helposti johda uusiin riitoihin.

Asian luonto ja reaaliset näkökohdat edellyttävät ratkaistavan tapauksen kontekstin huomioon ottamista. Kimmo Nuotio huomauttaa samaan aihepiiriin liittyen siitä, miten ajallisesti vanhan oikeuslähteen vanhentumisessa ei ole niinkään kysymys ajallisesta mitasta vaan kontekstin muutoksen tuottamasta vieraudesta³¹. Se, että asian luonto ja reaaliset näkökohdat ovat vahvoja synkronointilähteitä tarkoittaa sitä, että oikeudellista ratkaisua ei saa antaa ilman, että ratkaisija on aina tietoinen jutun kontekstista (*der Sinn für Angemessenheit*)³². Ratkaisija pystyy tällöin arvioimaan ratkaisunsa laajempia vaikutuksia – mikä on monesti juuri yksi muoto oikeudellista ammattikokemuksta. Asianosaisten oikeudelliset kokemukset ovat myös osa ratkaistavan tapauksen kontekstia – oikeuslähteiden väliset rajat on tässäkin liukuva.

Perus- ja ihmisoikeudet ovat mukana myös tässä kolmannessa oikeuslähteiden tyyppissä eli synkronointilähteissä. Perusoikeusmyönteinen laintulkinta on usein muiden oikeuslähteiden synkronointia perus- ja ihmisoikeuksiin. Perus- ja ihmisoikeudet voivat myös liittää toisiinsa sellaisia normistoja, jotka muutoin olisivat oikeudenalarajojen tms. vuoksi ”epäanalogiakelpoisia” – esimerkiksi lapsen perusoikeudet vahvistavat sitä, että alaikäisen suostumus huostaanotossa liitetään FPIC-periaatteeseen³³ tai velvoiteoikeudellinen kohtuuttomuusperiaate julkisoikeudellisen sosiaaliedun takaisinperintätalanteeseen³⁴.

Heikosti velvoittavat synkronointilähteet. Oikeusperiaatteet synkronointilähteinä sisältävät tunnetut ensisijanormit kuten *lex specialis*, *lex posterior* ja *lex superior* -säännöt. Yleisten oikeusperiaatteiden synkronointifunktio liittyy niiden asemaan oikeudenalojen systematisoinneissa³⁵. Yleiset oikeusperiaatteet ovat keskeinen osa oikeudenalojen yleisiä oppeja.

30. Torstein Eckhoff – Jan Helgesen, Retskildelaere. Universitetsforlaget 2007.

31. Nuotio, emk., s. 145.

32. Klaus Günther, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht. Suhrkamp 1988.

33. Ks. Raija Huhtanen, Suostumus huostaanottoon. Lakimies 3–4/2020, s. 300–323.

34. Joonas Norr osoittaa artikkeleissaan, että OikTL 36 § on jäsennettävissä perusoikeuksien kautta. Ks. Norr, Perusoikeudet, kohtuus, hyvä tapa ja sopimusoikeudellisen kokonaisharkinnan kontrolloitavuus. Lakimies 2/2018, s. 177–199 ja sama, Perusoikeuksien horisontaalivaikutus sopimusoikeudellisen kohtuuden ja hyvän tavan tulkinnessa. Lakimies 3–4/2019, s. 363–386.

35. Tuori emt., s. 149–157 on perusteellisesti kiinnittänyt huomiota tähän oikeusperiaatteiden kaksinaiseen luonteeseen sekä oikeusnormeina että oikeuslähteinä.

Oikeudellista kokemusta on erityyppistä.³⁶ Ensinnäkin on olemassa juristin ammattikokemusta – esimerkiksi tuomarin kokemus siitä, että tietty tapa ratkaista asia saattaa tulevaisuudessa johtaa lisääntyviin riitaisuuksiin.³⁷ Toiseksi on olemassa oikeusjutun asianosaiskokemusta – esimerkiksi kysymys siitä, synnyttikö tuomio oikeudenmukaisuuden kokemuksen vai ei. Tällainen asianosaiskokemus voi saada merkitystä pohdittaessa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artikla edellyttää oikeudenmukaiselta oikeudenkäynniltä ei pelkästään sitä, että ”*justice is done*” vaan myös sitä, että ”*justice is seen to be done*”. Siten pettymys siitä, että häviää jutun, saattaa saada oikeudellista merkitystä. Vaikka asianosaisen pettymys yksittäisessä asiassa on enemmänkin hetkellinen elämys kuin pysyvämpi kokemus, jatkuvista pettymyksistä voi tulla kokemus, erityisesti milloin asianosainen kuuluu johonkin erityisryhmään. Toisinaan asianosaiskokemukset siitä, onko vallitseva ratkaisulinja oikeudenmukainen, voivat saada välitöntä merkitystä kuten esimerkiksi Ruotsissa, jossa kärsimyksestä tuomittavien korvausten edellytetään olevan oikeudenmukaiseksi koettuja.³⁸ Kolmanneksi on myös yleisempää yhteiskunnallista kokemusta. Tällöin kokemukset nähdään samaan tapaan yhteisöllisesti jaettuina kuin vaikkapa kieli ja perusarvot. Kokemus on kulttuurinen ilmiö, jota voidaan tutkia myös oikeudellisena ilmiönä.³⁹

Sallitut synkronointilähteet. Oikeustieteen tutkijoihin ei kohdistu yleistä vaatimusta yhteiskunnallisesta vastuusta samaan tapaan kuin heidän on noudatettava vaikkapa tutkimusetiikkaa. Oikeustieteelle ei siten ole perusteita antaa auktoriteettilähteen asemaa. Tutkijoiden kannanotot laista ja oikeudesta eivät myöskään ilmennä itsenäisesti muodostuneita sisältölinjauksia, vaikka ne usein esitetään tulkintasuosituksina. Siten oikeustiedettä ei voida pitää substanssilähteenäkään. Sen sijaan oikeustieteelle tai paremminkin oikeustutkimuksen tuloksille on syytä antaa sallitun synkronointilähteen asema. Oikeustieteen tapa lähestyä ongelmia voi olla hyödyllinen silloin kun kartoitetaan tilanteeseen sopivaa oikeuslähteistöä. Oikeustutkimus voi helpottaa ratkaisijaa löytämään tärkeitä

36. Oikeudellisen kokemuksen asema synkronointilähteenä vastaa ymmärtääkseni ainakin joiltain osin niihin vaatimuksiin, jotka Hannu Tolonen esittää teoksessaan ”Oikeuslähteoppi”, erityisesti ns. reaalisen ulottuvuuden merkityksestä. Ks. samansuuntaisesti yhteisössä vallitsevasta oikeusvakaumuksesta Otto Brusin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1938.

37. Esimerkiksi KKO 2018:5, kohta 12.

38. Karl Dahstrand, Kränkning och upprättelse. En rättssociologisk studie av kränkningersättning till brottsoffer. Media-Tryck 2012. Mainittakoon, että tämän väitöskirjana julkaistun tutkimuksen tulokset johtivat nostamaan Ruotsissa vallinnutta kärsimyskorvausten korvaustasoa kolmanneksella!

39. Ks. esim. Tapio Lappi-Seppälä, ”Rangaistukset vastaavat yleistä oikeustajua”: pohdintoja oikeustajun merkityksestä rangaistustason asettelussa, teoksessa Dan Frände – Dan Helenius – Heli Korkka – Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä – Sakari Melander (toim.), Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2019, s. 222–248.

oikeuslähteitä. Oikeustieteessä esitetty perusteltu kanta voi auttaa ratkaisijaa oikeuttamaan jonkin oikeuslähteen käytön, vaikka ao. oikeuslähteellä ei ensikatsomalta näyttänytkään olevan merkitystä. Oikeustiede voi myös toimia eräänlaisena ”unilukkarina” ja huolehtia siitä, että lainkäytössä pysytään ajan tasalla. Ja oikeustieteessä esitettyjen *de lege ferenda* -ehdotusten kautta tuetaan lainsäätäjän ja sopimustoimijoiden työtä uudenlaisten toimintapuitteiden asettamisessa.⁴⁰

3. Loppupohdintoja

Tässä kirjoituksessa olen pohtinut lähtökohtia ja alustavaa sisältöä 2000-luvun oikeuslähdeopille. Tämän pohdinnan taustana ovat yhteiskuntien ja globalisoituneen maailman muutokset. Muutoksia kokoavana avainsanana on pluralismi, ja oikeuslähdeoppia ajatellen siis oikeudellinen pluralismi. Pluralismi on ilmaisuna toki monia tarkennuksia vaativa.⁴¹ Tässä kirjoituksessa tarkennettiin pluralismin vaikutuksia nimenomaan oikeuslähdeopille. Oikeuslähdeoppia on uudistettava siksi, että pluralismi on muuttanut poliittisia hallintatapoja (*governance*), tehnyt jälleen ajankohtaiseksi oikeuden ja moraalien suhteen sekä vahventanut itsemääräämisoikeuteen pohjautuvien toimintajärjestelmien asemaa.

Kimmo Nuotio huomauttaa tuomarin ratkaisutilannetta ajatellen, että

”oikeuslähdeopin dilemma kai sitten olisi, että tuomarilla on varsin monia erilaisia lähteitä, joiden velvoittavuus ja ilmentämä oikeudenmukaisuus eroavat toisistaan.”⁴²

Esittämäni 2000-luvun oikeuslähdeoppi 1.0 ei ole vapaa tuosta dilemmasta. Itse asiassa voi ajatella, että juuri tuo dilemma luonnehtii koko ehdotustani. Olen vakuuttunut siitä, että tuon dilemman juuret ovat muuttuneessa todellisudessa. Muuttunut todellisuus edellyttää jatkuvaa rajankäyntiä oikeudellisen ja ei-oikeudellisen välillä, 2000-luvun oikeuslähdeopissa sitä, että arvopohjaiset, kulttuuriset ja muut yhteiskunnan yhteisölliset ainesosat pääsevät aikaisempaa laajemmin ja rikkaammin mukaan oikeuslähteistöön. Samalla 2000-luvun juristin ammatillinen identiteetti laajenee ja monipuolistuu. Juuri siinä on minusta juristin huominen!

40. Vrt. Tuori *emt.*, s. 92–94, joka korostaa oikeustieteen kaksoiskansalaisuutta tieteenä ja samalla yhtenä oikeudellisista käytännöistä.

41. Ks. pluralismin eri merkityksistä oikeusvertailevan tutkimuksen piirissä ja laajemminkin Jaako Husa, *The Truth is Out There? Legal Pluralism and Language Game*. Ashgate 2014 ja sama, *Advanced Introduction to Law and Globalization*. Edward Elgar Publishing Ltd 2018.

42. Nuotio, *emk.*, s. 146.

Haluan päättää tämän kirjoituksen tuoreeseen esimerkkiin, jossa nykyajan haasteet pystyttiin kohtaamaan ammattitaitoisesti hyvän juristin tavoin huolimatta vaikeasta oikeuslähdetilanteesta:

Kysymys oli ulkomaalaistaustaisesta naisesta, joka saapui Suomeen turvapaikanhakijana kahden lapsen kanssa. Jostain syystä vain toinen lapsista merkittiin väestötietojärjestelmään hänen lapsekseen. Nainen pyysi, että maistraatti merkitsisi myös toisen lapsen hänen lapsekseen. Maistraatti ei tehnyt merkintää, koska se ei saanut luotettavaa selvitystä vanhemman ja lapsen välisestä suhteesta. Tämä johtui kyseisen lapsen syntymäpäivämerkintöjä koskevista ristiriitaisuuksista. Nainen vaati käräjäoikeudessa itsensä ja lapsensa määräämistä oikeusgeneettiseen tutkimukseen ja että käräjäoikeus vahvistaa lapsen olevan hänen lapsensa. Käräjäoikeus hylkäsi kanteen, koska asiassa ei voitu soveltaa äitiyslakia eikä myöskään isyyslakia ja määrätä tutkimusta tehtäväksi. Koska naisen äitiyttä ei ollut ole vahvistettu ja lapsen isä oli kuollut, alaikäisellä lapsella ei ollut lainkaan virallista huoltajaa. Nainen valitti käräjäoikeuden ratkaisusta hovioikeuteen. Hovioikeus totesi, ettei tutkimusta voida määrätä suoraan äitiyslain, isyyslain tai oikeusgeneettisestä tutkimuksesta annetun lain nojalla. Päätöstä tehtäessä tuli kuitenkin ottaa huomioon myös perus- ja ihmisoikeuskysymykset. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö edellyttää, että nainen saa mahdollisuuden selvittää äitiytensä tuomioistuinkäsittelyssä. Suomen laista puuttui säännös äityiden selvittämisestä ja vahvistamisesta. Tämä puute loukkasi perustuslaissa turvattua yksityiselämän suojaa ja ihmisten yhdenvertaisuutta. Lainsäädännöllisen aukon ja perustuslain välillä vallitsi ilmeinen ristiriita. Sen vuoksi hovioikeus sovelsi isyyslakia ja geneettisestä isyystutkimuksesta annetun lain säännöksiä äityiden selvittämiseen ja sen vahvistamiseen. Hovioikeus määräsi geneettisen tutkimuksen tehtäväksi ja palautti jutun käräjäoikeuteen.⁴³

43. Lapin Kansa 2.10.2020 uutinen, toimittaja Susanna Kemppainen.

A doctrine of sources of law for the 21st Century

JUHA KARHU, LL.D., Professor emeritus

The doctrine of sources of law expresses and maintains professional identity. What makes a lawyer a lawyer is that she takes a legal perspective. The legal perspective requires a distinction between “non-judicial” and “judicial”. The legitimacy of arguments comes from the fact that they receive a “pass” from the “gatekeeper”, the source of law, which controls the requirement of legality. A lawyer acts like a knowledgeable and skilled professional only by making use of the authority she receives from the sources of law doctrine, within the framework set by that doctrine.

The article considers the starting points and preliminary content of the sources of law doctrine of the 21st Century. Changes in society and in the globalised world form the background to the analysis. The key word for change is pluralism, and for the doctrine of sources of law, legal pluralism. The doctrine of sources of law needs to be reformed, since pluralism has changed the political governance, made the relationship between justice and morality relevant again, and strengthened the role of systems based on sovereignty.

In the article, the five main changes to the prevailing doctrine of sources of law are:

- The strengthened role of fundamental rights and human rights as both sources of authority and sources of substance, as well as strongly binding sources of synchronisation in influencing the overall composition of sources of law in a dispute situation;
- The status given to autonomous arrangements, such as treaties and the sovereignty of indigenous peoples, as strongly binding sources of substance;
- As a new type of source of law, synchronisation sources, which include the nature of the case (*Natur der Sache*) and real practical arguments (*reella hänsyn*), as well as legal experience;
- The open recognition of moral-ethical, cultural, and legal aspects as independent sources of law; and
- The role of jurisprudence as one source of synchronisation.