

## Oikeuslähdeoppia suomalaiseseen tapaan

### 1. ”Vila vid denna källa...”: miksi oikeuslähdeoppi?

Oikeuslähdeoppi on oikeustieteen klassisia kestoaiheita. Puhe oikeuslähteestä on jo itsessään kiinnostava metafora. Oikeutta ammennetaan lähteistä. *Niklas Luhmann* kiinnittää huomiota siihen, että vaikka puhe oikeuslähteistä juontaa jo antiikista, vasta uuden ajan alun rationalistisissa luonnonoikeusteorioissa (*Grotius*, *Hobbes*) oikeuslähde terminä sai nykyisen merkityksensä: oikeuslähde kuvaa abstraktien oikeusnormien perusteltua pätevyyttä, josta voitaisiin puhua myös voimassaolona.<sup>1</sup> Puhumalla oikeuslähteistä voidaan tunnistaa pätevä ja velvoittava oikeus ilman, että joudumme vastaamaan perimmäisiin kysymyksiin oikeusnormien luonteesta tai olemuksesta tai pohtimaan sitä, miten oikeus eroaa tavoista tai moraalista.

Jo nämä huomiot auttavat meitä paikantamaan sen, miksi oikeuslähteen käsite on käytännössä välttämätön positiivisen oikeuden teoretisoinnissa. On välttämätöntä tunnistaa yleiset pätevät oikeusnormit irrotettuina niistä konkreettisten oikeustapausten tosiasiakuvauksista, joihin oikeusnormeja voitaisiin soveltaa. Tämä erottelu oikeusnormeihin ja faktoihin mahdollistaa sen, että oikeustapaukset voidaan ratkaista oikeusnormien perusteella. Oikeuslähteen käsite auttaa välttämään sellaisen vahvemman metafysiikan, jossa oikeuden perusta oli luonnossa ja olemusajattelussa.

Oikeuslähdeoppi on tarpeen myös, jotta voimme erottaa oikeuden ja ei-oikeuden. Vaikka tämä huomio on sinänsä triviaali, väittäisin, että oikeudelliseen kokemukseen kuuluu meidän aikanamme se, että voimme tehdä tällaisen erottelun. Mikään ei toki estä meitä ajautumista hankaluuksiin rajapinnoilla. Esimerkiksi rikosten sovittelu on olennaisesti vapaamuotoisempaa menettelyä kuin rikosprosessi. Silti rikosten sovittelusta on sääntelyä, eikä aihealue ole kokonaan oikeuden ulkopuolella. Sovittelun tulosta ei ainakaan kokonaan ole mieltä tarkastella samaan tapaan kuin esimerkiksi rangaistuksen mittaamista tuomioistuimessa, eikä samanlaisista pikkurikoksista aina seuraa samanlaisia seuraamuksia, koska ajatuksena juuri on tarkastella sovittelussa asiaa laajemmin ja etsiä yhteistä näkemystä sen suhteen, kuinka tulisi toimia. Sovittelija ei selvästikään ole perinteisessä tuomarin roolissa.

\* *Kimmo Nuotio*, OTT, professori, Helsingin yliopisto.

1. *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp 1993, s. 523–524.

Sovittelutoiminta on voitu nähdä suorastaan yritykseksi ottaa etäisyyttä julkisen vallan tapaan käsitellä kysymystä. Toisaalta sovittelullekin voidaan asettaa vähintään jonkinlaisia vaatimuksia. Sen tulee olla reilua, tasapuolista ja sen tulisi olla keino toteuttaa siihen osallistuvien intressejä. Sen tulisi soveltua konfliktin ratkaisuun. Yksityisoikeudellisessa ja kaupallisessa sovittelussa keskeiseksi tulee prosessin reiluus ja se, että menettely palvelee osapuolten itsemääräämisoikeuden toteutumista. Siten, vaikka vaihtoehtosovittelut ottavat etäisyyttä oikeuteen, on samalla tarve varmistaa myös tällaisten menettelyiden oikeudenmukaisuutta.<sup>2</sup>

On hyödyllinen piirre, että oikeuslähteet auttavat meitä määrittämään rajoja oikeuden ja ei-oikeuden välille. Kun tulemme säädännäisen oikeuden alueelle, meille avautuu mahdollisuuksia säännellä asiaa toisin. Voimme päättää tietoisesti vaikkapa oikeudellistaa kysymyksen käsittelyn tai vahventaa sitä, tai päinvastoin päättää purkaa oikeudellisen sääntelyn. Moraalin tai etiikan normien suhteen meillä ei ole vastaavaa mahdollisuutta. Voimme järkeillä moraalinnormien sisältöä ja voimme tuntea sen, miten jossakin yhteiskunnassa ajatellaan hyvän ja arvokkaan kysymyksistä. Tarkkaa asiantilaa on kuitenkin mahdotonta määrittää, ja eettinenkin normistomme kehittyy lähinnä keskustelun ja käytännön kautta. *H. L. A. Hartin* termein: näiltä alueilta puuttuu yhtä hyvin tunnistamissääntö kuin säätämisen- ja soveltamisenmenettelyitä koskevat säännöt. *Neil MacCormick* sanoisi, että tällöin puuttuu instituutioita, instituutio-toimijoita.<sup>3</sup>

Termi oikeuslähteet itsessään kuitenkin kantaa kauniisti jotakin siitä, miten oikeus suorastaan kumpuaa jostakin näkymättömästä. Voi aistia tiettyä epämu-kavuutta ja varovaisuutta, kun oikeusteoreetikot koskettelevat oikeuslähteiden teemaa. Oikeuslähteet liittyvät oikeudelliseen argumentaatioon, mutta siinä on jotain erityislaatuista. Oikeudellinen argumentaatio puolestaan on yleisen moraalisen argumentaation erityistapaus, jos seuraamme *Robert Alexy*ä.<sup>4</sup>

## 2. Argumentaatioteorian vahvistuminen

1970-luvulta alkaen vilkastunut kiinnostus argumentaatioteoriaan on muuttanut olennaisesti sen, miten lain tulkinnasta ja lainsoveltamisesta ajatellaan. *Aulis Aarnion* tuotannon merkitys on ollut tässä kotimaisittain hyvin tärkeä. Kyse on ollut yleisemmästä eurooppalaisesta suuntauksesta, kuten voi havaita siitä,

2. Ks. esim. Petra Hietanen-Kunwald, *Mediation and the Legal System. Extracting the Legal Principles of Civil and Commercial Mediation*. Dissertation, Faculty of Law, University of Helsinki 2018.

3. Neil MacCormick, *Institution of Law. An Essay in Legal Theory*. OUP 2007, s. 35.

4. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*. Suhrkamp 1978.

että vastaavantyyppinen painotus on ollut nähtävissä muiden muassa Robert Alexyn, *Alexander Pezzenikin* ja Neil MacCormickin tieteellisessä tuotannossa. Voi hyvin perustein olettaa, ainakin Suomessa ja Pohjoismaissa, ettei kyse ole ollut yksinomaan teoreettisesta harrastuksesta, vaan myös käytännön ratkaisutoiminnassa on kehitetty ratkaisuja perustelevaa argumentaatiota. Korkeimman oikeuden muuttuminen ennakkopäättötuomioistuimeksi 1980-luvulla oli merkittävä muutos tässä suhteessa. Argumentaatio on entistä avoimempaa ja hienosyisempää, minkä voi jokainen havaita katsomalla korkeimman oikeuden ratkaisujen perustelutavan muutosta viime vuosikymmeninä.

Argumentaation merkityksen korostaminen liittyy siihen, ettei ratkaisun antajan muodollinen auktoriteettiasema ole enää riittävä, vaan odotamme ratkaisun olevan myös aineellisesti vakuuttavasti perusteltu. Tuomioistuinten on joka päivä lunastettava kansalaisten odotus siitä, että ne soveltavat lakia viisaasti ja ansaitsevat oikeusyhteisön arvostuksen ja luottamuksen myös silloin, kun yksittäisessä tapauksessa joudumme pettymään odotuksissamme. Lainsäädäntöönkin suhtaudutaan toisin kuin joskus aikanaan: jos lakia ei pidetä hyvänä, ei aikaakaan niin esitetään sen muuttamista.

Kansalaisaloitteen ottaminen käytäntöön on avannut kansalaisyhteiskunnasta suoran reitin lainsäädäntötyöhön, ja vastoin monien ennakkoluuloja kansalaisaloitetta kohtaan tehdyt aloitteet ovat toisinaan johtaneet tai johtamassa merkittäviinkin lainmuutoksiin.<sup>5</sup> Tämä kanava toimii jonkinlaisena vastapainona sille tendenssille, että lainsäädäntötyön perusteista sovitaan yhä tarkemmin poliittisesti hallitusohjelmassa, jota sitten pitkälle seurataan. Perinteisestä komiteavalmistelusta on paljolti luovuttu, ja lainvalmistelussa ministeriöiden tehtävänannot ovat entistä tarkemmin rajatut. Usein suorastaan lainvalmistelun lopputulos on tiedossa siinä vaiheessa, kun valmisteluun ryhdytään.

Yllä suurella pensselillä kuvattu oikeuskulttuurinen muutos ei ole jäänyt ai-noaksi. Perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen korostuminen, joka osin liittyy Suomen geopoliittisen aseman muutokseen, samoin kuin EU-jäsenyys, ovat muokanneet argumentaation tapoja ja mahdollisuuksia sekä lisänneet oikeuslähteiden moninaisuutta. Tulkitaisin argumentaatiolle asetettujen uusien vaatimusten auttaneen siinä, että monipuolisessa argumentaatiossa on ollut tilaa ottaa huomioon yhä useampia normeja samassa ratkaisutilanteessa ilman, että välttämättä on tarvetta jäsentää ja täsmentää kokonaan uudelleen oikeusnormien keskinäisiä muodollis-juridisia suhteita ja hierarkioita. Samalla on kuitenkin korostunut tarve paitsi ymmärtää, myös tehdä näkyväksi se, mitä oikeuslähteellä nykyisin tarkoitetaan ja myös, miten niitä tulisi ryhmitellä tai luokitella.

Olen kahdessa aikaisemmassa artikkelissani tarkastellut oikeuslähdeopin kysymyksiä. Ensimmäisessä niistä oli kyse yleisten oppien sääntelyyn liittyvästä

5. Tasa-arvoisesta avioliitosta säädettiin kansalaisaloitteen pohjalta.

oikeuslähdeopillisesta problematiikasta.<sup>6</sup> Toisessa puolestaan otin esille erityisesti oikeuslähdeopin ja argumentaation suhteen pitäen erityisesti silmällä perus- ja ihmisoikeuksien tuleamista kuvaan.<sup>7</sup> Tässä artikkelissa otan puolestaan esille oikeuslähdeopin käytännön tilan pyrkien tekemään huomioita siitä, missä tällä hetkellä ollaan. Näkökulma on käytännöllinen. Nähdäkseni on tarpeen koettaa havainnoida viime aikojen muutostrendejä, jotka teoreettisessa tarkastelussa helposti jäävät havaitsematta, vaikka ne sinänsä muuten tunnistetaan. Vähäisetkin muutokset voivat olla kiinnostavia. En voi tässä yhteydessä ryhtyä varsinaiseen empiiriseen tutkimukseen, joten se jää tuonemmaksi. Oikeuslähteiden keskinäissuhteita ja niiden suhteiden painotuksia olisi sinänsä kiinnostavaa tutkia myös empiirisesti.

### 3. Oikeuslähteiden rikastuminen

1990-luvun voi nähdä nopean muutoksen aikakautena. Lainsäädäntötasolla muutos oli suurin, mutta varsin pian myös oikeuskäytännöstä saattoi havaita maailmamme muuttuneen. Esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä on havaittavissa, että ihmisoikeuksia koskettavia ratkaisuja alkoi esiintyä tietyissä asiaryhmissä,<sup>8</sup> ja sittemmin myös EU-oikeudelliset näkökohdat tulivat kuvaan mukaan.<sup>9</sup> Oikeudelliset muutokset vaativat mittavaa osaamisen kehittämistä, kun tuomioistuimissa tuli huomioon otettavaksi kokonaan uudentyyppistä oikeutta.

Tuossa vaiheessa oli erittäin hyödyllistä, että jo edeltävässä vaiheessa oli ryhtytty kehittämään ratkaisujen perusteluita. Näin ollen oikeuslähdeopin rikastuminen uudenaikaisella aineksella kyettiin ottamaan huomioon yksinkertaisesti lisäämällä argumentteja. Kehitys olisi voinut olla hyvin toisentyyppinen, jos edelleen olisi tukeuduttu suhteellisen muodollisiin päättelytapoihin ja jos vasta tuossa vaiheessa olisi samalla havaittu tarvetta vahventaa ratkaisuja tukevaa argumentaatiota. Lain esitöiden kehittäminen puolestaan antoi hyvän kanavan selvittää kotimaiselle oikeusyhteisölle, kuinka uudenaikainen oikeus kutoutui osaksi kansallista järjestelmäämme. Eurooppaoikeus, erityisesti EU-oikeus, lienee ollut kotimaiselle lakimieskunnalle haastava siinä, että Unionilla, johon liityimme, oli jo valmiiksi oma oikeusjärjestyksensä, mikä tuli eräässä mielessä murtamaan

6. Kimmo Nuotio, Oikeuslähteet ja yleiset opit. Lakimies 7–8/2004, s. 1267–1291.

7. Kimmo Nuotio, Oikeuslähteet, ”supernormistot” ja ratkaisujen perustelu, teoksessa Jyrki Tala – Kauko Wikström (toim.), Oikeus – kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen. Turun yliopisto 2005, s. 127–152.

8. Finlexistä saa KKO:n ennakkopäätöksistä 65 osumaa hakusanalla ”ihmisoikeussopimus”.

9. Finlexistä saa KKO:n ennakkopäätöksistä 21 osumaa hakusanalla ”eurooppaoikeus”.

perinteistä dualistista ajatteluamme siitä, että kansallinen oikeutemme voidaan jäsentää pääpiirteissään kansainvälisestä oikeudesta erillisenä.

Korkeimman oikeuden entistä sisällöllisemmät perustelutavat mahdollistivat sen, että korkein oikeus saattoi edistää pedagogistakin tehtävää osoittaessaan muille tuomioistuimille ja koko oikeusyhteisölle, kuinka uudentyyppiset normit otetaan päätöksenteossa huomioon. Esimerkiksi rikosoikeuden alueella EU-rikosoikeuden vaikutustapojen ymmärtämisen kannalta korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö, jota saatiin erityisesti vuodesta 2005 lähtien, oli hyödyllistä.<sup>10</sup>

Vastaavantapaista argumentaation vahventumista voidaan havaita kautta linjan. Jos vielä 1960-luvulla hallituksen esityksissä saatettiin lähes sellaisenaan toistaa esitettyjen lainkohtien sanamuodot toisin sanoin, nyttemmin on perustelujaksoja laajennettu merkittävästi. Pohjoismaisena erityisyytenä oleva lain esitöiden hyödyntäminen laintulkinnassa ja lainsoveltamisessa sai näin selvästi lisää painoa, kun esityölausumiin voitiin tukeutua sen vuoksi, että niissä oli jo ennakoitu erilaisia soveltamistilanteita. Hallituksen esityksissä saatettiin välittää oikeuskäytäntöön tietoa muistakin sellaisista merkityksellisistä lähteistä, jotka vastaavasti olisi otettava huomioon lakia sovellettaessa.

Esimerkiksi ihmisoikeuksien läpimurto käytännön lainsoveltamiseen lienee edellyttänyt, että tutussa ja arvostetussa oikeuslähteessä, hallituksen esityksessä, alettiin tehdä selkoa ihmisoikeuksia koskevasta oikeuskäytännöstä. Myös esimerkiksi kansainvälisten vertailujen vahvistuminen avarsi juridista ajattelua erilaisten vaihtoehtojen suuntaan, vaikkei sillä liene ollut niinkään merkittävää vaikutusta kotimaisten tuomioistuinten ratkaisargumentaatioon. Siten, vaikka virallisten oikeuslähteiden merkitys korostui, niitä voitiin samalla käyttää myös avartamaan ja kehittämään ajattelua. Näiden oikeuslähteiden painoarvo nousi osaksi juuri sen vuoksi, että ne sisälsivät merkityksellistä tietoa siitä, mitä keskeisimmäksi nousseella oikeuslähteellä, lailla, tarkoitettiin. Virallislähteiden painoarvo nousi sen myötä, että ne tukivat toistensa merkityksen vahvistumista. Oikeuslähteet verkottuivat.

#### 4. Oikeuspositivismin, jopa lakipositivismin vahvistuminen

Sisällöllisen argumentaation vahventuminen liittyy kiinnostavasti myös tietynlaiseen oikeuden edelleenpositivoitumiseen. Tarkoitatan sitä, että muodollisissa oikeuslähteissä, kuten hallituksen esityksissä tai eduskunnan valiokuntien lausunnoissa ja mietinnöissä, viitataan tavattoman harvoin esimerkiksi oikeustie-

10. Ensimmäisenä KKO 2005:27.

teellisiin kannanottoihin. Myös korkeimman oikeuden lainkäytössä muodollisten oikeuslähteiden asema on vahva, joskin tiettyjä merkkejä nimenomaan korkeimman oikeuden ratkaisujen perusteluissa on siitä, että myös oikeustieteellisiin ja muihin tieteellisiin kannanottoihin voidaan viitata.

Pidän tätä havaintoa kiinnostavana myös siitä syystä, että muodollisten oikeuslähteiden keskinäisillä viittauskäytännöillä on voinut olla merkittävääkin vaikutusta oikeuspositivistisen ja lakipositivistisenkin ajatustavan syvenemiseen ja vahvistumiseen. Olisi oman tutkimuksensa aihe selvittää tämän kehityskulun tarkempia erityispiirteitä. Voi nimittäin olla, että tämä on vain osatotuus.

Esimerkiksi eduskunnan valiokunnissa kuullut asiantuntijat välittävät oikeustieteellistä osaamista ja näkemystä valiokuntien kantoihin, mutta valiokuntien lausunnoissa ja mietinnöissä ei yleensä viitata näihin muuta kuin yleisluontoisesti. Nyttemmin valiokunnille annettujen asiantuntijalausuntojen status on sikäli muuttunut, että ne julkaistaan eduskunnan verkkosivuilla, jolloin tulee mahdolliseksi tarkastella sitä, missä määrin asiantuntijoiden kannat ovat lopputulokseen heijastuneet. Valiokunnat kuulevat myös muita asiantuntijoita, kuten lakimiesjärjestöjen, kansalaisjärjestöjen ja muiden intressiryhmien edustajia. Lainvalmistelu ja lainsäädäntötyö eivät olekaan pelkkää juridiikkaa, vaan myös politiikkaa.

Myös esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöön voi oikeustiede vaikuttaa useita reittejä. Jutun osapuolet ovat voineet hankkia oikeuskysymyksestä asiantuntijalausuntoja, jotka on liitetty jutun asiakirjoihin. On tunnettu seikka, että esittelijän taustamuistiossa, jota ei liitetä jutun julkisiin asiakirjoihin, tyypillisesti myös selvitetään lainopissa asiasta esitettyä.

Olisi myös yliampuvaa väittää, että oikeustieteen merkitys oikeusjärjestelmään kanavoituisi ainoastaan tällaisten ilmeisten tunnusmerkkien kautta. Ministeriöiden lainvalmistelijat ovat hyviä juridisia asiantuntijoita ja lainvalmistelutyön huippuasiantuntijoita, jotka jo itsenäisesti tuottavat laatua lainvalmisteluun. Eduskunnan lainsäädäntötyössä valiokuntaneuvokset käytännössä laativat tekstit valiokunnan keskusteluun, joten heidän osaamisensa näkyy myös lopputuloksessa.

Varmasti esimerkiksi perustuslakivaliokunnan ja lakivaliokunnan lausuntokäytännössä korostuu tarve huolehtia oman valiokunnan kannanottojen linjakuudesta, jolloin on luonnollista, että nimenomaan omaan käytäntöön myös eniten viitataan. Aivan samalla tavalla esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisuisa voi aistia tarpeen johdonmukaisuuteen suhteessa aikaisempaan käytäntöön, ja vastaavasti pyrkimyksen ilmaista selvästi se, että jokin linja muuttuu.

Tämänkaltaisille instituutioille on tunnusomaista, että ensisijainen huoli ja kiinnostuksen kohde on oman käytännön kehittäminen. Esimerkiksi valiokuntien kuulemien asiantuntijoidenkin oikeudellinen havaintomaailma kääntyy tämän suuntaiseksi: jos on asiantuntijana valmistelemaan lausuntoa vaikkapa lakivaliokuntaan, usein on hyödyllistä ja tarpeellista perehtyä nimenomaan va-

liokunnan aikaisempaan käytäntöön, jotta puolestaan voi olla avuksi valiokunnan laatiessa omaa kannanottoaan. Tätä reittiä myös valiokuntien kehittämät tulkinnat ja periaatteet saavat huomiota oikeustieteellisessä tutkimuksessa, koska tutkijat toki välittävät näitä tuloksia ja havaintoja julkaistuun tutkimukseen.

Esitän vielä yhden havainnon, joka sekin on juristeille tuttu, mutta jota harvoin lausutaan ääneen. Oikeuslähdeoppi nimittäin viittaa yleensä oikeuden tunnustamiseen, ja vähintään hiljaisena oletuksena on, että puhutaan asiasta juuri lainsoveltajan näkökulmasta. Tuomioistuin tunnistaa ja tarkentaa ratkaistavaan kysymykseen tarvittavien oikeusnormien pohjan, ja rajaa siten oikeudellisen kysymyksen juuri siihen tilanteeseen ja tapaukseen sopivaksi. Tuomioistuimen ratkaisu on siten eränlainen pysäytyskuva oikeudesta tietyllä hetkellä. Tuomioistuimiratkaisun ilmentämät oikeuslähdeopilliset sitoumukset ovat puolestaan teoreetikoiden tulkittavissa. Alf Ross puhui tuomarinideologiasta,<sup>11</sup> Juha Karhu oikeudellisesta kokemuksesta.<sup>12</sup>

Kiinnostava piirre tässä pysäytyskuvassa on, että siinä tukeudutaan oikeudelliseen materiaaliin, kuten hallituksen esitykseen, täysin toisessa asetelmassa kuin missä hallituksen esitys syntyi. Hallituksen esitys on syntynyt osana reaalista lainsäädäntöprosessia, joka on jatkunut eduskunnan käsiteltäviä asioita. Hallituksen esitystä annettaessa ei ole vielä mitään varmuutta siitä, miten asian käsittely eduskunnassa tulee tapahtumaan. Reaaliprosessi on aivan toisenlainen kuin jälkikäteinen säännösten soveltamisprosessi.

Reaaliprosessissa voi tapahtua yllätyksiä. Esityksen sisältö voi muuttua eduskunnassa, jolloin lainsoveltajan olisi oltava tietoinen tästä muutoksesta ja otettava se asianmukaisesti huomioon. Lainvalmistelija siten aidosti perustelee säädettävää lakia, ja eduskunta jatkaa sitä työtä. Laatuongelmat lakiesityksen edustamassa juridiikassa voivat kompastuttaa tarpeellisenkin uudistuksen. Lainvalmisteluprosessissa poliittinen ulottuvuus on olennainen, ja toteutuakseen esitys tarvitsee myös poliittisen tuen.

Soveltamiskurssissa lailla tavoiteltuja päämääriä ja lainsäätäjän intentioita tarkastellaan aivan toisenlaisen prisman läpi. Hallituksen esityksessä annetut esimerkit tarkoitetuista soveltamistilanteista antavat arvokkaita vihjeitä siitä, kuinka lain sisältö on turvallista ymmärtää. Tuomioistuin kuitenkin rekonstruoi soveltamistilanteen paljon monipuolisemmin ja testaa esityölausumien pitävyyden ja viisauden myös muuta oikeudellista aineistoa vasten. Tuomioistuimen tarkastelussa reaaliprosessin poliittisuus on pitkälle häivytetty, mikä juuri on oikeuspositivistisen näkemyksen vahvuus. Lain pätevyys on muodollinen kysymys, joka on ratkaistu lainsäädäntöaktilla, eikä kannanottoa lain pätevyyyteen ole enää tarpeen perustaa niihin syihin, joiden vuoksi laki säädettiin.

11. Alf Ross, *Om ret og retfærdighet*, 1966.

12. Juha Karhu, *Oikeudellinen kokemus oikeuslähteenä*. *Lakimies* 7–8/2019, s. 1068–1075.

## 5. Vahvasti velvoittavat oikeuslähteet

Virallismateriaalien painottuminen oikeuslähteissä on osa oikeuspositivismin vahvistumista ja ei-säädännäisen oikeusaineksen merkityksen vähentymistä. On kiinnostavaa, että samalla oikeuden pintatason eriytyminen ja sirpaleisuus korostuu. Oikeuden historiallisuus saa uuden muodon, kun oikeus ei enää edusta pysyvää ja muuttumatonta, vaan nimenomaan muuttuvaista. Vielä perinteisessä aarniolais-pezcenikläisessä oikeuslähdeopissa vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin luettiin laki ja maantapa, jos ei se ollut kohtuuton. Muotoilu vastasi pitkälle ikaikaista oikeudenkäymiskaaren 1:11:n säännöstä, joten sen myötä oikeuslähdeopin ydin oli itsessään lakiin ankkuroitu.<sup>13</sup> Vuoden 1734 lain lakikäsitys oli toki hyvin erilainen kuin se, mitä nykyään edustamme. Oikeudenkäymiskaari oli esimodernin yhteiskunnan laki, jolla ei vielä tavoiteltu tietoisesti yhteiskunnallisia vaikutuksia, vaan pikemmin kirjattiin yhteiseksi omaisuudeksi se, mihin uskottiin.

On tietysti helppo huomata, että oikeuslähdeopin kannalta laissa säätämässä on tietty paradoksi, joka muistuttaa paroni *von Münchhausenia*, joka kertoi nostaneensa itsensä suosta tukasta vetämällä. Oikeudenkäymiskaaren syntyai-kaan paradoksi ei vielä näyttäytynyt, koska edellä mainittu säännös ei pyrkinyt määrittelemään abstraktisti oikeuslähdeopin rakenteita, vaan suuntasi sanansa oikeudenhoidosta vastuussa olevalle tuomarille.<sup>14</sup>

Meillä lainsäätäjä aivan vaivihkaa, asiaan huomiota kiinnittämättä, kumosi tuon historiallisen säännöksen,<sup>15</sup> minkä vuoksi enää ei vastaavaa ohjaavaa säännöstä laintasolla ole, jollei sellaiseksi katsota paljon teknisuontoisempaa säännöstä, joka velvoittaa tuomarin noudattamaan lakia.<sup>16</sup> Tuomioistuinlain 9:1.1:n mukaan: ”Tuomari käyttää tuomiovaltaa itsenäisesti ja tässä toiminnassaan häntä

13. Aulis Aarnio, Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY 1989, s. 220. Aarnio käsittelee samassa yhteydessä myös vanhaa OK 24:4:n säännöstä tuomioiden perustamisesta ”syihin ja lakiin eikä mielivaltaan”. Tuokin säännös on jo ehditty kumota; nykyisin puhutaan enää perusteluvollisuudesta.

14. Kuriositeettina mainittakoon, että KKO:n ratkaisussa 2011:102 esitetään varsin vahva kanta siitä, että tuomioistuinten olisi seurattava nimenomaan KKO:n ennakkopäätöksissä syntynyttä käytäntöä rangaistuksen mittaamisessa. Ks. perustelukappale 19.

15. Pekka Vihervuori esittää vastaavanlaisesta ”uudistamisesta” toisenkin esimerkin: hallintolainkäytön alaa määrittänyt ja oikeustieteessäkin paljon huomiota saanut oikeudenkäymiskaaren säännös kumottiin, kun sitä ajateltiin pelkästään foorumsäännöksenä. Pekka Vihervuori, Förvaltningsprocessuella likheter och olikheter mellan Sverige och Finland – axplock från historia och nutid, teoksessa Thomas Bull – Henrik Jermsten – Sara Uhrbom (red.), Vänbok till Mats Melin. Iustus Förlag 2018, s. 451–461, 460.

16. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle tuomioistuinlaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi 7/2016 vp., s. 143: ”11 §. Pykälässä säädetään tuomarin velvollisuudesta noudattaa lakia. Tämä alkuperäinen oikeudenkäymiskaaren säännös ehdotetaan kumottavaksi tarpeettomana. Tuomarin velvollisuuksista säädettäisiin tuomioistuinlain 9 luvussa.”



sitoo vain laki.” Eduskuntakäsittelyssä OK 1:11:n kumoaminen toteutui ilman mitään mainintaa sen paremmin lakivaliokunnan kuin perustuslakivaliokunnakaan taholta.

Yksi tulkinta historiallisen painolastin kevenemisestä ja siirtymisestä entistä puhtaampaan oikeuspositivismiin ja lakipositivismiinkin on, että maan tavan kaltaisella oikeuslähteellä ei yksinkertaisesti ole enää merkitystä. Lainsäätäjä olisi siis reagoinut kysymyksiin nostamalla säädösten ne kysymykset, joista sääntelyä kaivataan, jolloin maan tapa normatiivisena oikeuslähteenä joutaakin historian romukoppaan.

Myös toinen tulkinta on mahdollinen. Sen mukaan oikeudessamme on läsnä aineksia, jotka ovat kerrostuneet siihen mukaan pikku hiljaa ja jotka osaltaan takaavat oikeusjärjestelmämme hyväksyttävyyttä. Yhtenä esimerkkinä tällaisesti voi ajatella jokamiehen oikeuksia, vai pitäisikö nykyisin sanoa, *jokaisen oikeuksia*. Jokamiehen oikeus perustuu meillä tapaoikeuteen ja rikosoikeuden sääntelyyn.<sup>17</sup>

Kun perusoikeuksia koskevaa sääntelyämme vuonna 1995 uudistettiin, nousi kysymys, tulisiko jokamiehen oikeuksista ottaa maininta perusoikeuksien luetteloon, olihan kiistatta kysymys vakiintuneista oikeuksista. Siihen kuitenkin päädyttiin, ettei mainintaa otettu. Perusteena oli ilmeisesti lähinnä se, että oikeustilaa pidettiin suhteellisen vakiintuneena, eikä siihen tavoiteltu muutosta. Jokaisen oikeudet olivat tähänkin saakka eläneet tavanomaisessa oikeudessa vailla sen suurempia ongelmia. Ruotsin perustuslaissa sitä vastoin on oma säännöksensä jokamiehen oikeuksista.<sup>18</sup>

Jokaisen oikeudet eivät toki olleet kokonaan sääntelemättä, ajatellaanpa vaikka oikeutta ottaa käpyjä toisen maalta. Rikoslain varkausrikoksia koskevaan lukuun oli otettu asiasta oma, menettelyn salliva säännöksensä. Pakkokeinolain jokamiehen kiinniotto-oikeus oli laintasoisesti säännelty. Hätävarjelu-oikeuttakin voi tietyllä tapaa pitää jokaisen oikeutena.

Jokaisen oikeuden sääntelykin olisi sinänsä mahdollista. Ympäristöoikeuden piirissä olisi luontevaa puhua yleiskäyttöoikeudesta, joka rajoittaa maanomistajan määräysvaltaa. Toistaiseksi kuitenkin tuota yleiskäyttöoikeutta ei ole tarkemmin säännelty.

On kiinnostavaa, että jokaisen oikeudet ovat niin selvät ja koskevat myös varsin pieniä asioita, ettei niitä koskevia ennakkopäätöksiäkään ole juuri osoittaa.<sup>19</sup> Lakipositivisti päättelisi tästä sen, että nuo oikeudet ovat menettäneet merkityksensä. Yhtä hyvin voidaan kuitenkin ajatella, että ne toimivat edelleen vel-

17. Tapio Määttä, Maanomistusoikeus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1999, s. 325.

18. Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform, 15.4 §, ”Alla ska ha tillgång till naturen enligt allemansrätten oberoende av vad som föreskrivits ovan.”

19. Sadan vuoden takaa osuu silmään kuitenkin mainio kiista, jossa katsottiin, ettei maanomistajalla ollut ollut oikeutta ottaa toiselta pois tämän metsästä poimimia ”puoloja”. KKO 1920 II 114.

voittavina normeina ja ohjaavat toimintaamme siinä määrin, että niiden avulla osaamme joustavasti suuntautua ja sopiakin pienet konfliktimme.

Mitä oikeuslähteisiin ja lakipositivismiin tulee, Saksan perustuslain 20 artiklassa muuten säädetään, että lainsäädäntö ”on sidottu perustuslailliseen järjestykseen ja toimeenpanovalta ja lainkäyttö ovat sidottuja lakiin ja oikeuteen”.<sup>20</sup> Lainsäädäntö sidotaan siinä valtiosäännön mukaiseen järjestykseen, ja vastaavasti täytäntöönpaneva valta samoin kuin lainkäyttö lakiin ja oikeuteen. Lakia ja oikeutta ei samaisteta.

Jokaisen oikeudet osoittavat sitä, että normatiivinen oikeus voi toimia hyödyllisenä viittauskohtana, kun jokainen suunnilleen tietää ja hyväksyy saman. Jokaisen oikeudet ovat yhtäältä säilyttäneet itsestään jotain olennaista halki vuosisatojen, mutta myös asettuneet aina uuteen asiayhteyteen.

Jokaisen oikeudet edustavat jotain meille yleispätevää. Tämä on myös perusoikeus- ja ihmisoikeus-normien yleisempi piirre. Esimerkiksi sananvapauskaan ei oikeastaan ole oikeus, joka sanan varsinaisessa mielessä saa alkunsa sitä koskevista artikloista ja säännöksistä. Toisaalta sananvapaus asettuu säädännäisen oikeuden osaksi, kun siitä on säännöksiä ja säännöksistä soveltamiskäytäntöä.

## 6. Yksilön oikeuksien vahvistuminen ja tuomioistuinten tulo oikeussuojan antajaksi

Kotimaisessa oikeudessa systematisointiajatus on perinteisesti ollut vahva. Parhaiten perustellun päätöksen kriteerinä on ollut, että se ilmentää parhaiten oikeusjärjestykseen sisältyviä sitoumuksia. Oikeussäännön voimassaoloa koskevat ristiriitatilanteet ratkaistaan toteamalla, ettei toinen säännöistä ole voimassa. Tätäkään ei nähdä varsinaisena oikeussääntöjen voimassaolokamppailuina, vaan pikemmin suhteellisen neutraalina oikeuslähteiden käyttöperiaatteiden soveluksina. Tuomioistuinten roolinakin on ollut soveltaa oikeutta systemaattisesti käsitettynä, mikä on eräässä mielessä tehnyt tuomioistuinten valtiokoneiston varsin neutraaleja toimijoita. Tähän on sopinut se, että perus- ja ihmisoikeudet otetaan huomioon lainsoveltamisessa, mutta niiden nähdään jo saaneen sijansa lakeja säädettäessä.

Periaateluontoisempienkin oikeusnormien kohdalla lähestymistapa on ollut systeemistä koherenssia korostava. Robert Alexyn tunnetussa mallissa oikeus-

20. Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

periaatteet ymmärretään optimointikäskyiksi.<sup>21</sup> Paras tulkinta ja paras sovellus toteuttavat niitä niin pitkälle kuin mahdollista.

Kotimaisessa oikeuskulttuurissa useat eri näkökohdat ovat johtaneet siihen, että systematisoinnin ja systeemistä yhtenäisyyttä ja koherenssia korostavat tulkintatavat ovat olleet vahvoilla. Tuomioistuimet on mielletty nimenomaan osaksi valtion virkakoneistoa, jolloin luontevaa, että tuomioistuinten tehtävänä on soveltaa oikeutta ja jatkaa sitä työtä, jonka lainsäätäjä on aloittanut.

Perus- ja ihmisoikeuksien vahvistuminen oikeuskulttuurissamme olisi voinut saada aikaan myös toisensuuntaista kehitystä, jossa yksilöoikeuksien nähtäisiin olevan myös vaateita valtiota vastaan. *Ronald Dworkin* puhui tätä tarkoittaen siitä, että oikeudet ovat valttikortteja.

On tiettyjä merkkejä siitä, että yksinomaan systematisointia painottava oikeuskäsitys ainakin jossain määrin kuormittuu, kun joudutaan ratkomaan sellaisia hankalia oikeusjuttuja, joissa on perimmältään kyse perusoikeuksiin pohjaavasta oikeuspujan antamisesta. Otan esimerkiksi Helsingin hovioikeuden ratkaisun aseistakieltäytyjää koskevassa tapauksessa.<sup>22</sup>

Jo 1960-luvun lopulla oli presidentti *Urho Kekkonen* kiinnittänyt huomiota siihen epäkohtaan, että aseistakieltäytyjien joukossa oli runsaasti Jehovan todistajia, joita tuomittiin vankeuteen. Ongelma ratkaistiin säätämällä vuonna 1987 erillinen laki, jonka nojalla Jehovan todistajat voitiin vapauttaa vakaumuksensa nojalla niin asepalveluksesta kuin siviilipalveluksesta.

Tässä tapauksessa rangaistukseen kärjääoikeudessa tuomittu vastaaja valitti hovioikeuteen sillä perusteella, että Jehovan todistajia varten säädetty vapautuslaki antoi heille vapautuksen myös siviilipalveluksesta, mitä hän vastaavan muun vakaumuksen omaavana ei kuitenkaan ollut saanut osakseen. Tällainen tulkinta loukkasi hänen perustuslakiin nojaavaa oikeuttaan yhdenvertaiseen kohteluun lain edessä ja oli siten kiellettyä syrjintää.

Asetelma oli kiinnostavalla tavalla jännitteinen, sillä poikkeuslakina säädetty Jehovan todistajien vapautuslaki oli tullut voimaan jo vuonna 1987, eikä sitä siten ollut alkuaan arvioitu ihmisoikeusvelvoitteiden näkökulmasta. Myös perusoikeuksia koskeva sääntely perustuslaissa oli uudistettu tämän jälkeen. Yhdenvertaisuutta lain edessä korostava oikeusnormi oli sinänsä sisältynyt jo hallitusmuotoon, mutta vasta perusoikeusuudistuksen yhteydessä samaan yhteyteen lisättiin nimenomainen syrjintäkielto. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännössä oikeus omantunnonvapauteen perustuvaan aseistakieltäytymiseen samoin kuin syrjintäkielto olivat hovioikeuden toteamin tavoin vahvistuneet.

Hovioikeus äänesti ratkaisusta. Hovioikeus katsoi, että vastaajan tuomitseminen rangaistukseen olisi merkinnyt kiellettyä syrjintää, koska ei ollut hyväksyttävää perustetta asettaa häntä erilaiseen asemaan. Syyte hylättiin.

21. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp 1985, s. 75–76.

22. Helsingin hovioikeus HelHO 2018:4.

Vähemmistö olisi pysyttänyt käräjäoikeuden ratkaisun. Myös vähemmistö tunnisti Jehovan todistajien vapautuslain ongelmallisuuden muiden vastaavan tasoisten vakaumuksien suojan kannalta, mutta katsoi, että ”mahdollinen ristiriita ihmisoikeusveloitteiden kanssa ratkaistaan pysyvällä ja kestäväällä tavalla lainsäädännöllisin keinoin”. Samassa yhteydessä vähemmistö totesi, että lain rangaistussäännöksen jättäminen huomiotta ”yksittäistapauksittain tehtävällä tuomioistuimen ratkaisulla voi johtaa oikeudellisen epäselvyyden vuoksi uusiin ja vaikeasti ratkaistaviin yhdenvertaisuusongelmiin.”<sup>23</sup>

Hovioikeus siten päätyi antamaan yksilölle oikeussuojaa, vaikka oli tiedossa, että ratkaisu loi joksikin aikaa huomattavaa epävarmuutta oikeustilasta. Korkein oikeus ei myöntänyt asiassa valituslupaa, ja lyhyellä aikataululla valmisteltiin vapautuslain kumoaminen.

Esimerkkimme osoittaa, että jännite ihmis- ja perusoikeuksien suojan ja muodollisesti täysin pätevästi säädetyn lain välillä voi kasvaa sellaiseksi, että jännitteen purkamista lainsäädännöllisin keinoin ei voida jäädä odottamaan. Jotain kertoo myös se, ettei oikeussuojan antamista ole haluttu myöskään sitoa sellaisiin punnintoihin, joissa otettaisiin huomioon ratkaisun laajempia heijastusvaikutuksia. Oikeuksiin palautuva harkinta on perustavasti deontologista luonteeltaan.

Samanlaista henkeä on myös tietyissä EU-tuomioistuimen uudemmissa ratkaisuissa, joissa on ollut kyse rikoksentekijän luovuttamisesta oikeudenkäyntiä varten. Esimerkiksi ratkaisussa LM v. Irlanti EUTI oli ennakkoratkaisupyynn- töasiana kyse siitä, miten irlantilaisen tuomioistuimen tuli suhtautua siihen, että eurooppalaisen pidätysmääräyksen nojalla luovutettava henkilö ei ehkä saisi Puolassa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä, koska oikeuslaitoksen riippumattomuus ei ollut turvattu.

EUTI ohjeisti tuomioistuinta arvioimaan harkinnassaan konkreettisen riskin suuruutta. Omaksuttu ratkaisulinja korostaa luovutuksesta päättävän tuomioistuimen vastuuta lopputuloksesta. Siten, vaikka eurooppalainen pidätysmääräys perustuu vastavuoroiseen tunnustamiseen ja myös jäsenvaltioiden ja niiden viranomaisten keskinäiseen luottamukseen, tämä luottamus ei ole sokeaa, vaan tuomioistuimen tulee nimenomaan antaa tarvittaessa oikeussuojaa mahdollisia loukkauksia vastaan. Tämä edellyttää tuomioistuimilta rohkeutta selvittää näitä riskejä ja olla valmis tekemään päätöksiä perus- ja ihmisoikeuksien suojaamiseksi.<sup>24</sup>

On eurooppalaisittainkin erittäin tärkeää, että tuomioistuimet ottavat itsenäisen roolin oikeuksien turvaajina. Juuri näissä asetelmissä mitataan se, kuinka rikosprosessuaaliset käytännöt ja valtiosääntöisesti taatut perus- ja ihmisoikeu-

23. HelHO 2013:4, perustelukappale 87.

24. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 25 July 2018, LM, Case C-216/18 PPU.

det toteutuvat todellisuudessa.<sup>25</sup> Tästä näkökulmasta voi sanoa, ettei ongelmana olekaan tuomarivaltio, jossa valtaa liukuu tuomioistuimille, vaan sellainen valtio, jossa tuomioistuimet ovat liian heikkoja antamaan tehokasta suojaa yksilön oikeuksille.

## 7. Lopuksi

Murrosaikoina on hyödyllistä keskustella oikeusajattelumme peruslähtökohdista. Vaikka ne ovat tuttuja, niistä tehdään jatkuvasti uusia havaintoja. Eri toimijat myös omalla toiminnallaan muovaavat käytännössä koko ajan näitä keskeisiä instituutioita. Jo sellaiset valinnat kuin mihin lähteisiin viitataan muokkaavat oikeuslähteiden todellisuutta.

Olen edellä kiinnittänyt huomiota siihen, että virallisten oikeuslähteiden asema on vahvistunut ja lain asema keskeisenä oikeuslähteenä tuntuu entistä ilmeisemmältä. Perus- ja ihmisoikeuksien vahvistuminen ilmenee entistä haastavampina ratkaisutilanteina, jotka voivat toisinaan järkyttää totuttuja perusoletuksia.

Jäin miettimään sitä, miksi Saksan perustuslaissa puhutaan siitä, että tuomioistuimet ja viranomaiset ovat sidottuja yhtä hyvin lakiin kuin oikeuteen. Ehkä meidänkin olisi muistettava, ettei oikeus typisty lakiin. Esimerkkinne jokamiehen oikeuksista siitä jo muistutti. Ihmis- ja perusoikeudet edustavat nekin oikeuden ideaalista tasoa, ja antavat mittapuita hyväksyttävälle lainsäädännölle. Tarvitsemme tulkittua ja ymmärrettyä oikeutta, jossa myös oikeustieteellä on edelleen tehtävää. Oikeustieteen tehtäviin kuuluu muistuttaa, ettei oikeus typisty pintatasoonsa. Oikeustieteellinen tutkimus valaisee oikeutta kontekstissaan, on sitten kyse yhteiskunnallisesta, taloudellisesta tai historiallisesta kontekstista. Siinä kontekstissa oikeus elää ja koetaan. Ehkä voimme palauttaa mieliin *Olaus Petrin* sanat: ”Mikä ei ole oikeus ja kohtuus, se ei saata olla lakikaan; sen kohtuuden tähden, joka laissa on, se hyväksytään.” Tästä syystä oikeuslähteoppikaan ei voi supistua liiaksi. Eri aikoina eri elementit kantavat oikeudessamme tätä oikeudenmukaisuuden teemaa, joka viime kädessä palautuu myös oikeusvaltion ja demokratian suuriin kysymyksiin.

Viime aikojen keskustelu oikeusvaltiosta Euroopassa ja muualla on muistutuksena siitä, ettei oikeus toteudu itsestään. Demokraattinen oikeusvaltio tarvitsee vahvat rakenteet. Vastaavasti näiden rakenteiden heikkous heikentää kansalaisten oikeusasemaa suhteessa valtioon. Kun korkein oikeus päätti,

25. Ks. esim. Ester Herlin-Karnell, *The Power of Comparative Constitutional Law Reasoning in European Criminal Law Procedure*- Vienna ICL Journal 13(1) 2019, s. 1–27.

että Pohjoismainen vastarintaliike voitii lakkauttaa, se viittasi Euroopan ihmisoikeussopimuksesta tuttuun oikeuksien väärinkäytön kieltoon.<sup>26</sup> Tällaista normia ei perustuslakiimme sisälly. Oikeuksien väärinkäytön kiellon keskeisenä soveltamisalueena ovat illiberaalit pyrkimykset kaventaa eri ryhmien demokraattisia oikeuksia ja viime kädessä korvata demokraattinen oikeusvaltio muunlaisella hallintomallilla. Tuomioistuimet voivat tässä mielessä joutua turvaamaan suorastaan oikeusvaltion ja demokratian perusteita.

26. KKO 2020:68.