

Juha Karhu
OTT, velvoiteoikeuden professori, Lapin yliopisto

TILANNEKOHTAINEN OIKEUDELLINEN HARKINTA JA OIKEUSLÄHDEOPPI



Artikkeli
Marraskuu 2005

Julkaistu Edilexissä 3.1.2007
www.edilex.fi/lakikirjasto/4181

Julkaistu aiemmin teoksessa Oikeus – kulttuuria ja teoriaa
Juhlakirja Hannu Tolonen 2005
toim. Jyrki Tala ja Kauko Wikström
Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta 2005

TURUN YLIOPISTON
OIKEUSTIETEELLISEN TIEDEKUNNAN JULKAISUJA

A. JUHLAJULKAISUT N:o 16

OIKEUS
– KULTTUURIA JA TEORIAA

Juhlakirja
Hannu Tolonen
2005

Toimittajat

Jyrki Tala ja Kauko Wikström

Turun yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta
2005

Tilannekohtainen oikeudellinen harkinta ja oikeuslähdeoppi

1. Oikeuslähdeoppi uudelleen ajateltuna

Pohjoismaisessa oikeusajattelussa oikeuslähdeopilla on perinteisesti ollut keskeinen asema. Erityisesti tämä pitää paikkansa ”Länsi-Skandinavian” maissa eli Norjassa ja Tanskassa. Yhtenä ensimmäisistä oikeuslähteiden idean muotoilijoista oli tanskalainen *Anders Sandoe Ørsted* 1800-luvulla. Oikeuden systematiikasta kiinnostuneen Ørstedin perusajatuksia oli saada juridiseen ajatteluun johdonmukaisuutta erityisen oikeuslähdeopin avulla. Tällöin voitiin osoittaa, millaisia eroja puuttuva ”lainvoima” aiheutti tavanomaisen oikeuden ja prejudiikaattien oikeuslähdekäytössä suhteessa lainsäädäntöön.¹ 1900-luvun tärkeimpiä teoksia puolestaan oli norjalaisen *Torstein Eckhoffin* *Rettskildelaere*². Eckhoff haki vaikutteita skandinaavisesta realismista, erityisesti siihen kytkeytyvästä vaatimuksesta avoimesta argumentaatiosta. Oikeudellinen sääntely oli aina ymmärrettävä yhteiskunnallisten tavoitteidensa valossa, ja oikeuslähdeopin oli mukauduttava tähän taustaansa.

Ruotsissa ja Suomessa oikeuslähdeopilla ei ole ollut yhtä keskeistä asemaa koko juridisen ajattelun kentässä kuin Tanskassa ja Norjassa. Ruotsissa ja Suomessa oikeuslähdeoppi sai vahvemman aseman lainopin teoreettisessa hahmottamisessa oikeastaan vasta Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin kehittelyjen ansiosta³. Myös tämän kehittelyn yhtenä taustana oli argumentaatioteoria, mutta nyt erityisesti ns. uuden retoriikan innostamana. Uudessa retoriikassa puhetilanteen ehtoja tarkasteltiin suhteessa siihen yleisöön, jolle väitteet kohdistettiin ja joka oli tarkoitus saada vakuuttuneeksi väitteen paikkansapitävyydestä. Suomalaisista 1900-luvun alkupuolen juridiikkaa hallitsi legalistisuus. Oikeudenkäymiskaa-

1. Ks. esim. *Lars Björne*, *Patrioter och institutionalister*. Lund 1995, varhaisen Ørstedin ideoista.
2. Oslo 2001. Ensimmäinen painos 1971.
3. Ks. kokoavasti *Aulis Aarnio*, *Laintulkinnan teoria*. Helsinki 1989.

ren silloisen säännöksen mukaista ratkaisu oli perustettava ”syihin ja lakiin eikä mielivaltaan”. Teorialle, jolla olisi hahmotettu lakia laajempaa oikeuslähteistöä ei ollut minkäänlaista ”sosiaalis-juridista tilausta”.

2. Oheisen kirjoituksen taustat

Käsillä olevalla pohdinnalla on oikeastaan kolme juurta ja yksi etäinen rinnakkaistilanne. Tilannekohtaisen oikeudellisen harkinnan oikeuslähteopista puhumisessa on osaltaan kysymys siitä, että poleemisen vastustajan, lakilähtöisen ja lakiuskollisen oikeudellisen harkinnan ydinolottuvuus koetetaan kehittää vastakkaisen näkemyksen palvelukseen. Selvin polemiikki oikeuslähteoppia kohtaan olisi perustella siitä kokonaan luopumista. Tällaisen perustavan kritiikin aineksia sisältyy kirjoitukseeni Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi⁴. Tässä kirjoituksessa pyrin kehittämään toisenlaista yleislinjausta, ja pohdiskelemaan, miten oikeuslähteopin tapainen lähestymistapa voitaisiin kenties säilyttää mutta sovittaa se tilannekohtaisuuden lähtökohtaan. Pyrkimyksessä sisällyttää itselle vieraan alueen perustavin asia oman oikeusteorian avainasioihin näen etäistä rinnakkaisuutta ”kypsän” Aarnion tapaan ottaa sivilistinä laintulkinnan teoriansa yhdeksi avainideaksi julkisoikeuden ydinasia, nimittäin oikeusturva. Aarniolla oikeusturvaodotus muodostaa yhden osan kolmiyhteyttä, jolla hän hahmottelee tuomarin asemaa ratkaisuvallan ja ratkaisupakon kannattelemana. Liitettynä kansalaisten oikeusturvaodotukseen saadaan kehitettyä yksi tärkeimmistä modernia juridiikkaa luonnehtivista vaatimuksista, ratkaisujen oikeudellisesti kestäväälle pohjalle rakentuva perusteltavuus ja avoin perusteleminen.⁵ Tässä kirjoituksessa puolestaan yritetään osoittaa, miten normi- ja sääntölähtöisen oikeuslähteopin sisältämästä kehikosta nimenomaan ideaa metodisesti jäsennetystä ja vaiheistetusta tarkastelutavasta voitaisiin sävyttää tilannekohtaisesti.

Oheisen kirjoituksen kolmesta varsinaisesta juuresta kaksi liittyy suomalaisen oikeusteoreettisen keskustelun linjauksiin. Ensinnäkin erityisesti Hannu Tapani Klami korosti oikeuden dualistisuutta, ja tarkemmin sitä, että oikeus on aina sekä sääntöjä että käyttäytymistä. Perinteistä juridiikanäkemyksestä ajatellen tästä voidaan luontevasti johtaa ajatus, että juristi on sääntöjen ammattilainen. Juridisen ajattelun tausta on normatiivista merkityksessä sääntöihin perustuva, ja normatiivisuus kehkeytyy sääntöjen ominaisuudesta olla käskyjä, kieltoja,

4. *Juha Karhu*, Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi, Lakimies 2003 s. 789–807.

5. Ks. *Aarnio* 1989.

lupia ja kelpuutuksia. Oikeustieteelle on ominaista erityinen normatiivinen näkökulma oikeuteen. Juridiikan liittymä todellisuuteen on normittava ja luokitettava, ei kuvaileva ja selittävä. Hans Kelsenin kehittänyt ”Puhdas oikeusoppi” on tällaisen ajattelutavan tunnetuimpia muotoja. Oikeuslähdeoppia tarvitsee tuomari ja kuka tahansa muu asioihin tuomarin tavoin suuntautuva. Siksi on oikeastaan selvää, että pelkkä normatiivinen näkökulma ei riitä kaikkeen. Laeilla on jokin sisältö ja tarkoitus, ja ne sisältävät aina eräänlaisen todellisuuden tulkintaskaeman tai kiinnekohdat ratkaisutilanteessa tarpeellisille tosiasioille. Dualistiseen peruslinjaukseen sopii hyvin täydentävä ajatus siitä, että todellisuuden analyysi kuuluu taas muille kuin juridiselle näkökulmalle. Ihmisten ja toimijoiden käyttäytymisen erittely psykologian tai sosiologian menetelmillä tuottaa tarpeellista tietoa todellisuudesta, jotta juridinen näkökulma asioihin ja ennen muuta ratkaistavana olevaan tapaukseen saa riittävän relevanssin. Jos myös tilannekohtaisella oikeudellisella harkinnalla olisi oikeuslähdeoppi, voisi se olla yksi vastaus kritiikkiin siitä, että tilannekohtaisuudessa säännöille tärkeä asema oikeudessa jää ”alikehittyneeksi”.⁶ Palaan tähän ongelmaan kirjoituksen lopussa.

Tähän näkökulmien välisen työnjaon ajatukseen liittyy oheisen kirjoituksen toinen juuri. Erilaiset ”law and ...” -suuntaukset ovat jo pitempään yrittäneet, ainakin osaksi, yhdistää juristin normatiivisen näkökulman vahvaan vuorovaikutukseen todellisuuden jäsentämisen tapaan. Ehkä siirtymää tässä suhteessa voisi luonnehtia samoin kuin eroa tieteidenvälisyyden ja monitieteisyyden välillä. Tieteidenvälisessä tutkimuksessa samaa asiaa, vaikkapa ihmisen geneettistä perimää, tarkastellaan kahden tai useamman tieteen keinoin, esimerkiksi biologian ja lääketieteen. Tavoitteena on yhdistää eri tieteiden tuottamien osittaiskuvien pohjalta kokonaiskuva asiasta. Monitieteinen tutkimus puolestaan pyrkii rakentamaan jo itse analyysivälineet useamman tieteenalan aineksista, ja tuottamaan näin kokonaan uudentyypistä tietoa todellisuudesta. Monesti onnistuneesta monitieteisyydestä voi olla seurauksena uuden tieteenalan synty. Biolääketieteellä on suhteellinen itsenäisyytensä sekä biologiasta että lääketieteestä.

Oikeustutkimuksen piirissä monitieteisyys ilmenee esimerkiksi klassisissa oikeussosiologian tutkimuksissa (*Henry Maine, Max Weber*), joissa pyrittiin hakemaan juridisen toiminnan ymmärtämiselle sekä juridiikalle (sisäisesti) ominaisia että yleisesti yhteiskuntakehitystä luonnehtivia käsitteitä. Tärkeimpiä niistä oli järkipärisuus eli rationaalisuus. Vastaavasti uudemman kehityksen

6. Ks. erit. *Päivi Paasto*, Analyttinen vai perusoikeusrakenteinen varallisuus oikeus?, teoksessa Juhlakirja Leena Kartiolle. Turku 2004.

ajalta voi esittää oikeustaloustieteen lähtökohdat. Niille on ominaista pyrkiä löytämään vuorovaikutus taloudellisen toiminnan analyysin ja juridisen lähestymistavan välille. Oikeustaloustiedettä kritisoidaan monesti liian suppeiden mikroekonomisten menetelmien käytöstä. Tämäntapainen kritiikki kääntyy monesti esittäjänsä vastaan siksi, että yleistävässä kritiikissä ei ole tunnistettu suuntauksen erilaisia variaatioita eikä havaittu ns. neoinstitutionalismiin puhtaammin rationaalisen valinnan teoriat rakentuvia käsitystapoja tasapainottavaa ja rikastavaa vaikutusta. Monitieteisyyden idea toteutuu onnistuneimmillaan silloin kun voi sanoa, että juridiikkaa ei muuteta joksikin muuksi tieteenksi vaan juuri juristin juridiikka onnistutaan liittämään *sisältöpäin* muihin näkökulmiin. Yhtenä keinona on tällöin kehitellä ja muuntaa juridiikan omia ydinideoita siten, että niistä tulee yhteensopivia tai kelpollisia toimimaan joidenkin muiden tieteenalojen perustassa. Esimerkkinä tällaisesta monitieteisyydelle rakentuvasta kehittämisyrityksestä voi mainita pyrkimyksen muodostaa oikeustaloustieteen mallin mukaisesti oikeusteknologian alue, jossa teknologian kehittymiselle ja ns. uudelle taloudelle tyypillisiä pürteitä analysoidaisiin yhdistämällä teknologiset, taloudelliset ja oikeudelliset kerrostumat. Monitieteisyys on samalla avain tilannekohtaisuuteen, ja näin kestävä oikeudellinen systematiikka voisi, yllättäen, perustua tilannekohtaisuudelle eikä yleistettävyydelle.

Kolmannella juurella on edellisistä poiketen varsin henkilökohtainen sävy. Suomessa käytiin 1980-luvun alussa siviilioikeuden piirissä keskustelua siitä, millä tavoin juridiikka täyttää parhaiten käytäntöä palvelevan tehtävänsä. Tällöin esiin otettiin väittämä siitä, että varallisuus oikeuden alueella osa kirjoittajista pyrki täsmällisiin ja yksiselitteisiin, siviilioikeuden järjestelmää linjaaviin vastauksiin toisten taas siirtyessä liian nopeasti antamaan erilaisten ratkaisutilanteiden tapauskohtaisille pürteille olennaisen merkityksen. Keskustelu kärjistyi lähes samanaikaisesti ilmestyneiden, irtaimen kaupan yhteydessä annettujen takuu-lausumien merkitystä eritelleiden tutkimusten arviointiin.⁷ Arvottavassa tarkoituksessa tehtiin ero ”keskustelevaan suomenruotsalaiseen juridiikkaan” ja ”metodihakuiseen juridiikkaan”⁸. Tuohon aikaan oma väitöskirjatyöni sopimusten sovittelusäännöksestä oli ”herkässä vaiheessa”. Leirin valitseminen oli siksi ylipäänsä pulmallista. Mutta koin myös olevani kirjoittamassa metodihakuista mutta samalla keskustelevaa juridiikkaa. Tuolta ajalta on jäänyt vaivaamaan ajatus siitä, että keskustelussa laadun nimikkeen alle sijoitettiin itse

7. Ks. tältä osin keskustelupuheenvuorot kokoavasti *Erkki Aurejärvi*, Takuuopin sisällöstä ja vääristelystä, *Lakimies* 1984 s. 287 ss.

8. *Eero Rontamo*, Takuutiedettä irtaimen kaupasta, *Defensor Legis* 1982 s. 226–231.

asiassa juridiikan luonnetta ja lähtökohtia koskevia syvempiä erimielisyyksiä, kuten erityisesti Klami puheenvuorossaan huomautti⁹. Kehittämällä tilannekohtaisen juridisen harkinnan oikeuslähteoppia voidaan samalla osoittaa, missä ovat perinteisen sääntölähtöisen ja tuloksiltaan sääntöhakuisen tarkastelutavan rajat ja murtumakohdat.

3. Perinteisen oikeuslähteopin murtumia ja yrityksiä vastata haasteisiin

Aarnion ja Peczenikin kehittämän oikeuslähteopin perustana on siirtyminen laajaan oikeuslähteiden luetteloon mutta samanaikaisesti oikeuslähteiden välisten suhteiden täsmentäminen. Oikeuslähteiksi hyväksytään lain ja maantavan ohella lainvalmistelutyöt, tuomioistuinratkaisut, lainopin tulokset, yleiset oikeusperiaatteet, moraalialueita kuvastavat arvot ja arvostukset sekä käytännön reaaliset argumentit, erityisesti teleologiset näkökohdat (seurausargumentit). Laajuuden vastapainoksi oikeuslähteiden keskinäisiä suhteita täsmennetään jakamalla ne vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja (vain) sallittuihin oikeuslähteisiin. Kun laki jää vahvasti velvoittavaksi muiden lähteiden sijoituessa vähemmän velvoittaviin, säilyy yhteys perinteiseen oikeuslähteajatteluun. Oikeuslähteet jaetaan vielä velvoittavuusulottuvuutensa perusteella auktoriteetilähteisiin ja asialähteisiin. Edelliset saavat asemansa antajansa yhteiskunnallisen auktoriteetin pohjalta, jälkimmäiset puolestaan argumenttinsa sisällöllisen vakuuttavuuden ja käytännöllisyyden pohjalta. Tällaisella oikeuslähteopilla pyritään realistisesti kuvaamaan niitä menettelytapoja, joita pitkälti jo noudatetaan hyvässä ratkaisukäytännössä. Tähän tarkoitukseen Aarnion ja Peczenikin malli sopiikin siinä mielessä, että siinä on oma paikkansa hyvin monenlaiselle juridiselle aineistolle. Sen sijaan ongelmia näyttäisi aiheuttavan oikeuslähteiden velvoittavuuden asteelle pohjautuva luokittelu.

Modernille maailmalle tyypillinen globalisoituminen luonnehtii myös oikeuden maailmaa. Tämä näkyy erityisesti ihmis- ja perusoikeuksien vahvistuneena asemana myös kansallisen oikeuden kehityksessä. Suomen jäsenyys Euroopan Unionissa merkitsee sidonnaisuutta ey-oikeuden instrumentteihin, eurooppalakeihin (ey-asetukset) ja eurooppapuitelakeihin (direktiivit). Globalisoituminen tuo kansainväliset vaikutteet oikeusjärjestelmään monenvahvuisia. Yllä kuvatun oikeuslähteopin näkökulmasta hankalimmat normit ovat sellaisia,

9. Hannu Tapani Klami, ”Kuluttajansuojasta” oikeustieteessä, *Defensor Legis* 1982 s. 467–481.

joilla on kansallisen oikeuden tavallisia lakeja vahvempi velvoittavuus. Niitä varten pitäisi siis muodostaa uusi ”ylivahvasti” velvoittavan oikeuslähteen luokka tällä muodollisella perusteella. Samanaikaisesti näille uusille supernormistoille on kuitenkin ominaista vahva sidos sisällöllisiin asioihin kuten oikeusperiaatteisiin, moraliin ja joihinkin käytännön näkökohtiinkin. Ylivahvan auktoriteettiaseman tarkoitus on varmistaa näiden sisällöllisten näkökohtien läpilyönti koko oikeuteen. Siksi supernormistoilla on myös vahva yhteys aineellisesti velvoittaviin oikeuslähteisiin. Tätä kautta ne haastavat nimenomaan tavallisen kansallisen lain auktoriteettivelvoittavuuteen perustuvan aseman oikeuslähteopissa.

Oikeuden muutokset edellyttävät muutoksia myös oikeusajattelun teoriassa. Lakien asemaa korostavassa oikeuspositivistisessä ajattelussa on Suomen oikeutta ajatellen kaksi mielenkiintoista kehittämää. Matti Ilmari Niemi on kehittänyt presumtiivisen positivismin ideaa.¹⁰ Siinä tilannekohtaisuuden vaatimukselle annetaan merkitystä, mutta aina vasta sen jälkeen kun on käytetty ”normaalia” oikeuslähteistöä, ja ennen muuta lakia. Lainsäädännön edellyttämästä normaalista lopputuloksesta voidaan poikkeuksellisesti poiketa, jos tilanteen kokonaisuus harkinta välttämättä edellyttää sitä jotta ratkaisu olisi sisällöllisesti hyväksyttävä.

Kaarlo Tuorin kriittisen oikeuspositivismin hahmotelmaan sisältyy mielenkiintoinen ajatus oikeusperiaatteiden kaksinaisuudesta.¹¹ Toisaalta oikeusperiaatteet ovat oikeussääntöjen ohella toinen oikeusnormien laji tai tyyppi. Oikeusnormeina niille on löydettävä tuki oikeuslähteistöä. Toisaalta oikeusperiaatteet ovat, edellä jo mainitulla tavalla, yksi perinteisestä laajennetun oikeuslähteistön osa. Miten on mahdollista, että oikeusperiaatteet voivat olla sekä oikeusnormeja että oikeuslähteitä? Tuorin vastaus tähän on, että oikeusperiaatteilla on tällainen kaksinainen luonne, joka selittyy sillä, että niiden funktio on erilainen. Pohdittaessa oikeusnormien tunnistamista oikeusperiaatteet ovat mukana diskursiivisesti täsmentyvinä oikeudellisen pintatason normeina. Oikeuslähteintä taas oikeusperiaatteiden ulottuvuuksista kiinnostuksen kohteena on oikeusperiaatteen normatiivinen elementti oikeudellista pintatasoa syvempien kerrosten ainesosana.¹²

Sekä Niemi että Tuori säilyttävät tarkastelujensa painopisteen modernin oikeuden positiivisuudessa. Lainsäädäntö on molemmille oikeuden keskeisin

10. *Matti Ilmari Niemi*, Päämäärien valtakunta. Vammala 1996, s. 340 ss.

11. *Kaarlo Tuori*, *Critical Legal Positivism*. Aldershot 2002.

12. *Tuori* 2002, s. 178–179.

elementti. Tilannekohtaisempi tarkastelu saa sijaa eri tavoin. Niemen kehittyessä jää avoimeksi, pystyykö tilannekohtaisuus sittenkään aidosti toteutumaan, jos itse tilanteiden tunnistaminen tapahtuu normiston ja ennen muuta lainsäädännön ehdoilla. Tuorin tunnistamisessa oikeusperiaatteiden eri ulottuvuuksissa näyttäisi olennaisemmalta oikeusperiaatteiden pinnanalaisten vaikutusmekanismien tarkempi tunnistaminen. Näihin mekanismeihin kuuluu myös vahvempi tilannekohtaisuus, tai ainakin mahdollisuus vahvempaan tilannekohtaisuuteen.

4. Tilannekohtaisuus yksityisoikeudellisin esimerkein

Vaatimuksella tilannekohtaisesta juridiikasta on jatkuvasti ollut oma osansa oikeudellisen ajattelun perinteessä. Viimeaikaisessa suomalaisessa keskustelussa vaatimus on puettu topiikan ja tyyppitapausajattelun muotoon. Sen sisältönä on idea siitä, että normiston ja sääntelykohteen välinen vuorovaikutus synnyttää eräänlaisia tiivistymiä tai ongelmaryypäitä. Näihin ryppäisiin keräytyy sellaista erityisyyttä, johon sisältyy jäsenysvoimaa. Tooppisuuden ajatukseen voidaan yhdistää myös idea siitä, että juridiikassa sitoudutaan eri aikoina vaihtelevaan todellisuuskäsitykseen, joka pitää ikään kuin jatkuvasti rakentaa uudelleen.¹³ Ehkä luontevin tapa lähestyä tyyppitapausten muodostumista on käyttää esimerkkejä.

4.1. Vapaaehtoiset eläkevakuutukset

Ihmisten huoli toimeentulosta eläkevuosinaan on taustana vapaaehtoisten ns. eläkevakuutusten suosiolle. Vapaaehtoiset yksilölliset eläkevakuutukset syntyvät vakuutusyhtiön ja vakuutuksenottajan solmimalla eläkevakuutus sopimuksella. Vakuutusyhtiö tarjoaa rahoituspalveluyrityksenä asiakkailleen säästöhyödykkeen. Valtio on eri tavoin tukenut vapaaehtoisia eläkevakuutuksia muun muassa verolainsäädännöllä, jossa eläkemaksut olivat tietyn ehdoin vähennyskelpoisia ansiotulosta ja myöhempää eläketuloa aiemmin verotettiin ansiotulona eikä pääomatulona. Vuoden 2006 alusta vapaaehtoisten eläkevakuutusten verotuksellinen kohtelu kuitenkin muuttuu. Oikeudellista harkintaa edellyttävä

13. Samantyyppinen idea sisältyy ymmärtääkseni *Hannu Tolonen*, Oikeuslähdeoppi, Helsinki 2003 s. 65 ja *Kimmo Nuotio*, Teko, vaara, seuraus. Vammala 1996. Topiikasta ks. *Ari-Matti Nuutila*, Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki 1996.

tilanne syntyy siitä, millä tavoin on arvioitava tähän muutokseen johtavaa lainsäädäntöä, erityisesti suhteessa kysymykseen taannehtivuudesta.

TaannehtivuuSpohdinta voidaan tehdä keStävimmIn perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta. Silti perusoikeuksien soveltaminen oikeusnormeina ei ole suoraan ja sellaisenaan mahdollista, vaan kysymys on olennaisesti myös siitä, millä tavoin syntynyt tilanne tunnistetaan. Perusoikeuksien merkittävyyden eli painon ulottuvuus saadaan näkyviin tilanneanalyseilla. Vapaaehtoisin eläkevakuutuksiin liittyvän tilanteen tunnistamisessa on mahdollista omaksua ainakin neljä erilaista tapaa, jotka johtavat osaltaan erilaisiin jatkokysymyksiin. Ensinnäkin tilanne voidaan nähdä kysymyksenä taannehtivasta verolaista siltä osin kuin muutos vaikuttaa voimassa olevien vapaaehtoisten eläkevakuutusten maksujen vähennykelpoisuuteen. Toiseksi tilanteessa voidaan korostaa eläkeluottuvuutta, ja näin nähdä rinnastuksia yleisempään kysymykseen eläke-etuuksien omaisuudensuojasta. Näin tulisi tarkemmaksi kysymykseksi ongelma lisäeläketurvaa koskevien järjestelyjen suojasta suhteessa siihen eläketilanteen kehitymisasteen porrastukselle perustuvaan käytäntöön, joka on omaksuttu julkisen eläketurvan muutoksen arvioinnissa. Kolmanneksi verokohtelun muutoksessa voidaan nähdä aineksia taannehtivasta puuttumisesta vakuutuksenottajan ja vakuutusyhtiön väliseen sopimukseen. Vaikka osapuolet eivät voi sopia verotuksesta, rakentuivat vapaaehtoiset eläkevakuutukset osaltaan luottamukselle eläkkeen verokohtelusta omaksutuille linjauksille. Neljänneksi tilanne voidaan ymmärtää elinkeinovapauden näkökulmasta rahoitusmarkkinoilla tapahtuvaksi kilpailuksi omaehtoista eläkesäästämistä harkitsevista asiakkaista tai työnantajista.

Perustuslakivaliokunnan asiantuntijakuulemisessa esitettiin ponnekkaita kannanottoja siitä, mikä olisi edellä esitetyistä oikea tapa jäsentää tilanne. Vero-oikeuden ja veropolitiikan asiantuntijana kuultu Kari S. Tikka analysoi kysymystä taannehtivan verolain asetelmassa, ja painotti voimakkaasti demokraattisen ohjailun mahdollisuuksia. Tikka ei siksi nähnyt asiassa tarvetta perustuslainsäätämisyjärjestyksen käyttämiseen. Tikan valitsemalle näkökulmalle voitaisiin esittää vaihtoehdoksi mikä tahansa edellä kuvatuista kolmesta muusta asetelmasta. Yhden näkökulman valinnasta tulee muut näkökulmat poissulkeva, jos painotetaan kulloinkin valittavan säännösten soveltamista. Poissulkevuus on sidoksissa siihen, että tarkastelu on sääntö- eikä tilannelähtöistä. Vastaavasti tilannelähtöisyys tekee mahdolliseksi sovittaa yhteen ja antaa samanaikaisesti merkitystä eri näkökulmista tehtäville perusoikeusarvioinneille. Näin tilannelähtöisyys antaa paremmat mahdollisuudet ottaa huomioon eri suunnista tehdyt linjaukset ja niiden taustana olevat sisällölliset näkökohdat.

Oikeudenmukaisuus yhdenvertaisena kohteluna toteutuu paremmin inklusiivisella kuin eksklusiivisella tarkastelutavalla.¹⁴

Uusi tyyppi haetaan ja haravoidaan jo tunnistettujen ja oikeudellisesti arvioitujen tyyppien pohjalta.

4.2. Biopankit

Biopankeilla tarkoitetaan tietovarantoja, joihin on kerätty tai joista pystytään tunnistamaan ihmisen ominaispiirteitä biologisena olentona. Tyypilliset ominaisuudet liittyvät esimerkiksi ihmisen geneettiseen perimään ja erilaisiin sairauksiin ja tautihistorioihin. Biopankeissa olevalla tiedolla on arvoa harkittaessa erilaisia kansanterveyttä edistäviä toimintatapoja ja kehitettäessä uusia lääkkeitä.

Biopankit ovat tekijänoikeussuojan näkökulmasta (vähintään) tietokantoja. Niihin on kerätty ja järjestetty suuri määrä tietoja. Siksi biopankkiin sisältyvän informaation kaupalliseen hyödyntämiseen näyttäisivät lähtökohtaisesti soveltuvan tietokantojen hyödyntämiseen käytetyt sopimus- ja muut järjestelyt, kuten lisensiointi. Tekijänoikeudessa vallitsevaksi väitetyn näkemyksen mukaan informaation sisältö ei vaikuta tekijänoikeudelliseen arviointiin. Esimerkiksi ns. teoskynnyksen harkinnassa itsenäisyys ja omaperäisyys toimivat kriteereinä riippumatta syntyneen teoksen taiteellisesta tai tieteellisestä laadusta. Sama sisällöstä riippumattomuuden idea näyttäisi oikeuttavan sen, että myös biopankkiin sisältyvän informaation laadulla ei ole vaikutusta tietokannan valmistajan tekijänoikeudellisesti saaman juridisen suojan suhteen.

Sääntölähtöinen tarkastelu on tässä tehtävissä loppuun saakka ilman, että tilanteen, tässä tapauksessa tietokannan informaatioisällön, erityispiirteille tarvitsee antaa merkitystä. Biopankkia voitaisiin arvioida täysin samoin kysymyksen kuin vaikkapa tietosanakirjaa, hakuteosta tai asiakasrekisteriä. Sisältöneutraalisuuden dogmi johtaa kuitenkin oikeudellisesti kestävämpään loppupäätelmään. Tekijänoikeussuoja voi ajankohtaistua tekijänoikeusjuridisesti täysimääräisesti, ja vastuu ja velvollisuudet tietojen käyttämisestä voivat seurata vain muusta lainsäädännöstä. Sääntölähtöinen tarkastelu rakentaa oman erityisalueensa, jolla se eristyy muista aloista saavuttaen mahdollisuuden erityisanalyysin toteuttamiseen yhdenmukaisin ja selkein kriteerein.

14. Ks. esimerkistä myös *Juha Karhu*, Muuttuvat olosuhteet ja sopimuksen sitovuus, *Lakimies* 2004 s. 1449–1463.

Eriyttävässä tarkastelussa on kyllä omat yleiset rajoitukset. Ne aiheutuvat eriytetyn säännösten omasta tarkoituksesta, lain ratiosta. Tekijänoikeudellisesti ei kuitenkaan suojata mitään sellaista, mikä ei täytä tekijänoikeussääntelyn tarkoitusta tekijöiden panoksen, innovaatiotoiminnan ja kulttuurin edistämisen suhteessa. Analogisesti voidaan viitata korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2005:64, jossa sovelletun lainsäädännön ration pohjalta pystyttiin puuttumaan muodollisesti täysin korrektiin päätökseen:

KKO 2005:64. Mies oli ottanut avopuolisonsa alaikäisen tyttären ottolapsekseen. Tästä kuitenkin seurasi ottolapsisuhdetta koskevien lainsäädännösten vuoksi, että lapsen äidin huoltajuus lakkasi. Lapseksiottaminen oli perustunut lain sisältöä koskevaan erehdykseen. Kun lapseksiottaminen ei ollut lapsen edun mukainen, sen vahvistamista koskeva päätös purettiin.

Eriyttävälle tarkastelulle asettuu kuitenkin myös toisentyypisiä rajoja. Näiden taustana ovat oikeusjärjestelmän yleiset tarkoitukset. Voidaan puhua eräänlaisesta oikeuden ratiosta. Biopankkeihin sisältyvän informaation suojaan vaikuttaa myös yleinen oikeudellinen lähtökohta ihmisarvosta ja sen edistämisestä. Ihmisarvo ilmenee erityisesti terveydenhuollon alueella siten, että biopankki-tyyppisen informaation keräämisessä on asetettu korostettu vaatimus riittävään tietoon perustuvasta, etukäteisestä ja vapaaehtoisesta suostumuksesta.¹⁵ Tiedon riittävyden vaatimus sisältää myös kysymykset tiedon käyttämisen eri tavoista ja erityisesti käytön kaupallisista ulottuvuuksista. Oikeusjärjestelmän kokonaisu-toimivuuden näkökulmasta olisi epä johdonmukaista antaa tekijänoikeustyyppi-sen tietokantasuojan muodostua täysimääräisenä silloinkin kun aineiston käytettävyyden sääntelyssä on keskeistä noudattaa oikeuden perustavanlaatuisia vaatimusta ihmisarvon kunnioittamisesta ja edistämisestä.¹⁶

4.3. Media ja yksityisyys

Ihmisten kiinnostus toisistaan on osaltaan saanut aikaan sen, että mediassa on eräänlaisia jatkuvasti toistuvia uutisoinnin tapoja tai formaatteja nykyaikaiselle juoruilulle. Muiden ihmisten yksityisasioiden uutisarvoa sen vuoksi, että asiakkaat eli ns. suuri yleisö on niistä kiinnostunut. Kun lehdet pyrkivät liikeyri-tyksinä palvelemaan asiakkaitaan, aiheutuu tästä jatkuva jännite yksityiselämää

15. Ks. esim. *Salla Lötjönen*, *Lääketeieteelliset kokeet ihmisillä*. Vammala 2004.

16. Ks. samantapaista erittelyäni tekijänoikeudesta teoksessa *Juha Pöyhönen*, *Uusi varallisuus-oikeus*, Helsinki 2003 s. 98–99.

koskevien tietojen julkaisemisen ja yksilöiden yksityisyyden piirin turvaamisen välillä. Tätä jännitettä koskevaa sääntelyä sisältyy rikoslain 24 luvun 8 §:ään, jossa säännellään yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämistä.

Rikoslain säännösten tapaan sääntölähtöisen lähestymistapa edellyttää myös yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämistä koskevan rangaistussäännöstä sovellettaessa laillisuusperiaatteesta johtuvien vaatimusten noudattamista. Säännösten kriteeristön täyttyminen harkitaan pitäen erityisesti silmällä rangaistavuuden edellytysten toteutumista. Siksi loukkaavan tiedon on koskettava loukattavan yksityiselämää. Lisäksi tiedon levittämisen on oltava oikeudeton eikä levittämiseen siten ole ollut esimerkiksi loukatun nimenomaista tai hiljaista suostumusta. Harkinnanvaraisin tunnusmerkki on vaatimus vahingon tai kärsimyksen aiheutumisesta. Tässä on käytetty nykyaikaisessa rikosoikeudessa sääntelyssä yleistynyttä ”on omiaan” -ilmaisua. Tällekkin kriteerille on kuitenkin annettava objektiivinen tulkinta ja rangaistavaa on sellainen tiedon levittäminen, jonka voidaan olettaa olevan omiaan aiheuttamaan kärsimystä suurelle osalle ihmisistä. Halveksunnan osalta harkinnassa on taas vahvemmin subjektiivinen sävy, ja sen osalta voidaan ottaa huomioon loukatun asema ja mahdollisesti menetetyr arvonannon merkitys loukatulle.

Rikosoikeudellisen harkinnan yleisten puitteiden edellyttämällä tavalla säännöksestä on tehty poikkeuksia. Esimerkkinä tällaisesta on 2 momentin säännös siitä, ettei yksityiselämää loukkaavan tiedon levittämisenä pidetä sellaisen tiedon esittämistä, jos tieto koskee politiikassa, elinkeinoelämässä tai julkisessa virassa tai tehtävässä taikka näihin rinnastettavassa tehtävässä toimivaa henkilöä ja voi vaikuttaa tämän toiminnan arviointiin mainitussa tehtävässä.

Tilannelähtöisen harkinnan erot yllä kuvattuun ovat selviä. Tilanteet muodostuvat tiedotusvälineissä omaksuttujen toimintatapojen pohjalta. Tilannekohtaisessa harkinnassa keskeisen merkityksen saavat journalistiliiton ohjeet ja tapa soveltaa niitä harkinnan kohteena olevassa tilanteessa. Ammattialan ohjeiden soveltamisessa tilanteiden tunnistamiseen ei ole samaa pulmaa kuin silloin kun niillä tuetaan rangaistusvastuun asettavaa harkintaa suoranaisesti tai välittömästi. Tilanteen tunnistamisen elementtinä tällaiset ammattikunnan ohjeet auttavat hahmottamaan sitä, millaisesta toiminnasta on tarkemmin ollut kysymys ja mitkä ovat ao. tyyppisen toiminnan tavanomaisia menettelytapoja. Tätä kautta voidaan hakea perusteltua linjausta siinä suhteessa, millä tavoin toteutuu se, että toisten henkilöiden on siedettävä huomattavasti laajempaa julkisuutta kuin toisten. Tähän liittyy Julkisen sanan neuvottelukunnan tekemä erottelu kolmeen ryhmään, joiden oikeus yksityisyyteen vaihtelee: merkittävät vallankäyttäjät, tunnetut ja julkisuudessa esiintyvät henkilöt sekä tavalliset

kansalaiset. Tällaisesta tilanteita jäsentävästä eriyttämisestä riippumatta toiminnan rangaistavuus ratkeaa aina kuitenkin vasta soveltuvaksi arvioidun säännösten pohjalta.

Mikään normi ei voi tyhjentävästi säännellä omia soveltamisehtojaan. Soveltaminen riippuu koko normijärjestelmästä – ja tämän kirjoituksen teemasta, kulloisestakin tilanteesta. Jälleen voi viitata aiemmin esiteltyyn adoptioratkaisuun KKO 2005:64. Alioikeuden ratkaisussa ei ollut puutteita tai virheitä, mutta se oli kuitenkin *kokonaisuutena* sellainen, jossa tuomionpurun edellytykset täyttyivät.

5. Yhteenveto

Päivi Paasto on kriittisessä arviossaan analyttisen ja perusoikeusrakenteisen varallisuus oikeuden vertailussa kiinnittänyt perustellusti huomiota siihen, että ”(o)ikeudellisen sääntelyn ohjausmerkityksen kannalta olennainen on ... sääntöjen ennalta-asettaminen ja käyttäytymisen arvioiminen asetettujen sääntöjen mukaan”¹⁷. Ohjausmerkitys on modernin oikeuden olennainen ulottuvuus, joka liittyy modernin yhteiskunnan organisoitumisen demokraattiseen asettamismenettelyyn ja sen mukaiseen argojen punnintaan. Näin asetetut säännöt saavuttavat legitimitetin eli ovat kaikkien hyväksyttävissä.¹⁸ Sen sijaan jos ”kussakin yksittäisessä konfliktitilanteessa arvioidaan erikseen sitä, millaisesta tilanteesta on kysymys tahoineen ja riskeineen ja vastuineen ja millaista ratkaisua siinä tilanteessa voidaan kaikki asianhaarat punniten pitää kohtuullisena, ollaan muunlaisessa järjestelmässä”¹⁹. Tulkitsen Paaston kritiikin siten, että tämä muunlaisuus johtaisi siihen, että lainsäätäjän asettamia sääntöjä ei otettaisi riittävän vakavasti.²⁰ Paasto näyttäisi korostavan nimenomaan sitä, että etukäteen demokraattisessa menettelyssä asetetut säännöt ovat modernin oikeuden eräänlainen ”punainen lanka”. Samalla myös oikeudenmukaisuuden edellyttämät yhdenvertainen kohtelu ja ennakoitavuus toteutuvat asianmukaisella tavalla.

Tilannekohtaisen oikeudellisen harkinnan lähtökohta on käyttäytymisessä, ei säännöissä. Tältä osin Paasto on kritiikissään tunnistanut olennaisen piirteen tilannekohtaisuudessa. Tilannekohtainen oikeudellinen harkinta ei kuitenkaan

17. Paasto 2004, s. 143.

18. Paasto 2004, s. 142.

19. Paasto 2004, s. 143.

20. Ks. myös *Aulis Aarnio*, Ottakaamme oikeussäännöt vakavasti, *Oikeus* 1989 s. 112–122.

ole sääntölähtöisen juridiikan poissulkeva vaihtoehto. Sääntölähtöisen juridiikan kehittämällä tarkastelutavoilla, niin perinteisen juridiikan kuin analyttisen oikeustieteenkin, on tärkeä asema *sen jälkeen kun* tilanne on tunnistettu ja sääntöjen soveltamiskelpoisuus varmistettu.

Tilannekohtaisuutta tarvitaan itse asiassa osaksi juuri samasta syystä kuin millä Paasto perustelee sääntölähtöisyyden tarvetta: modernin oikeuden ohjausvaikutuksella. Oikeuden ohjausvaikutuksella on omia ”logistisia” rajojaan, joista oikeudellistumiskehitykseksi ja normitulvaksi kutsutut ilmiöt ovat tuoneet näkyvimmin esiin sääntöjen määrällisen rajan. Ennakoimattomuutta voi aiheutua, paitsi silloin kun sääntöjä ei ole lainkaan tai vain muutama satunnainen erityissääntö, myös silloin kun samaa tilannetta koskevia oikeussääntöjä on hyvin runsaasti. Modernille oikeudelle ovat tyypillisiä päällekkäisongelmat, jolloin samaa tilannetta koskevat useat erilaisiin säännöstämis- ja ohjaustilanteisiin ja -tarpeisiin perustuvat säännöt. Oikeussääntöjen välisten ristiriitojen muodolliset ratkaisuperiaatteet, kuten *lex specialis* ja *lex posterior* normit, eivät runsastuvan sääntelyn oloissa voi enää toimia kestävien linjausten pohjana. Toisaalta deregulaatio tai säännöstöjen kumoaminen eivät pura sitä juridista logiikkaa, joka aiheutuu kokonaiskehityksestä, ei yksittäisistä lainsäädäntötoimista. Vastavoimaksi tarvitaan jotakin juridiikan sisäistä ”vasta-asentoa”. Sellaiseksi on tässä kirjoituksessa tarjottu tilannekohtaisuutta. Toinen mahdollinen vasta-asento, jota erityisesti Hannu Tolonen on viime aikaisissa kirjoituksissaan kehitellyt, on oikeusinstituutioiden ja yhteiskunnallisten instituutioiden merkityksen korostaminen.²¹

Tilannekohtaisuuden ydinkysymys on, miten tilanne tunnistetaan. Tässä tunnistamisessa on olennainen merkitys kolmella oikeudellisen ajattelun ulottuvuudella: juridiikan narratiivisuudella, juridiikan hermeneuttisuudella ja juridiikan normatiivisuudella. Juridiikan narratiivisuus sisältää ajatuksen lain ja oikeuden aina välttämättä sisältämästä kertomuksellisuudesta. Kertomuksellisuus saadaan näkyviin peilaamalla juridiikkaa aikakautensa kulttuuriin ja kulttuuriseen itseymmärrykseen. Hienona esimerkkinä tutkimuksesta, jota voi lukea myös juridiikan kertomuksellisuuden analyysina, on *Ari Hirvosen* ”Oikeuden käynti”.²² Siinä eritellään sitä vuorovaikutusta, joka kreikkalaisessa ajattelussa rakentui lain ja oikeuden idean ja tragedian muodon välille. Tilanne on aina henkilöihahmoja ja heidän välisään suhteita kuvastava vaihe jonkin kertomuksen kulussa.

21. Tolonen 2003.

22. Helsinki 2000.

Juridiikan hermeneuttisuus tukee tilannekohtaisuutta. Juridisen hermeneutiikan kehittämää ymmärtämistä tarvitaan juuri siksi, että tärkeitä ja vahvoja tekstejä pystytään soveltamaan muuttuvissa olosuhteissa. Juridinen hermeneutiikka avaa myös vaikkapa analyttisestä oikeustieteestä poikkeavalla tavalla näkökulman juridiikan historiallisuuteen, kielellisyyteen ja valtaolottuuteen. Samalla myös kysymys oikeudenmukaisuudesta voidaan asettaa uudella tavalla, kuten *Jarkko Tontti* on tutkimuksissaan osoittanut.²³

Lopulta tilannekohtaisuudenkin on tukeuduttava juridiikan normatiivisuuteen. Toimintojen ohjailu voi toteutua vain käskyin, kielloin, luvun ja kelpuutuksin. Normatiivisuus ei kuitenkaan tyhjenny lainsäätämisenmenettelyssä muodostuneiden sääntöjen sisältöön, jota esimerkiksi Paasto näyttäisi korostavan.²⁴ Normatiivisuus on ikään kuin enemmän houkuteltava esiin säännöstön ja normiston kokonaisuudesta ja järjestelmästä kuin suoraan luettava lakitekstistä. Siviilioikeudessa tavanomainen siirtymä puuttuvista tai aukollisista säännöistä reaalisten käytännön näkökohtien käyttämiseen ei ole vaihtoehto lainsäätäjän toiminnalle vaan lainsäätäjän työn jatkamista saman normatiivisuuden idean pohjalta. Sen sijaan vaihtoehto olisi pohtia normatiivisuutta sääntöjen välittömän materiaalsen sisällön sijasta tuon normatiivisuuden muodostavien ulottuuksien tunnistamisella. Tässä on sijansa suuntauksella, jota voidaan kutsua kriittiseksi oikeusfenomenologiaksi. Sellaisen aineksia sisältyy esimerkiksi eräisiin jaksoihin *Panu Minckisen* tutkimukseen ”Thinking Without Desire”²⁵ ja *Alexander Carnera Ljungströmin* väitöskirjaan ”Rettens alkymi”²⁶.

23. *Jarkko Tontti*, Right and Prejudice. Helsinki 2002.

24. *Paasto* 2004, s. 142.

25. Thinking Without Desire. A First Philosophy of Law. Oxford 1999.

26. København 1998.