

## TARVITSEMMEKO OIKEUSLÄHDEOPPEJA?

### 1. Mitä ovat oikeuslähteet?

Perinteisesti oikeuslähdeopissa on selvitetty niitä lähteitä, joista lainsoveltajat saavat lainmukaisen perustan ratkaisuilleen. Oikeusjärjestystä ja oikeusvaltiota on vaikea ajatella ilman oikeuslähteitä. Oikeuslähteiden välityksellä tuomioistuimet, hallintoviranomaiset ja kansalaiset myös tunnistavat sen, mikä on oikeutta. Oikeuslähteitä hyödyntämällä tai ainakin kantansa niihin perustamalla pitäisi olla mahdollista vastata kysymykseen, mikä on voimassa olevan oikeuden mukainen kanta johonkin tulkintaongelmaan.

Oikeuslähteitä koskeva keskustelu on ollut hyvin laajaa ja monipuolista. Se on koskenut muun muassa oikeuslähteen käsitettä ja oikeuslähdeluetteloita, eri oikeuslähteitä koskevia käyttösääntöjä, oikeuslähteiden polysentriaa ja oikeuslähteiden roolia erilaisissa tulkintatilanteissa.<sup>1</sup>

Keskustelu on monin tavoin tuonut tärkeää lisävalaistusta tähän oikeustieteen ikuisuus-temaan, mutta sitä on syytä jatkaa. Syynä on se, että sinänsä tärkeä oikeuslähteitä koskeva keskustelu on saattanut olla jossain määrin yksipuolista. Käsitökseni on se, että oikeudellinen ratkaisutoiminta on pitkälti samanlaista kuin muukin inhimillinen toiminta ja että juridisen ratkaisutoiminnan erityispiirteitä on tarpeettomasti ylikorostettu.

Seuraavassa tarkoitukseni on aluksi suppeasti tarkastella muutamia tätä keskustelua koskevia rajoitteita, minkä jälkeen keskityn itse ratkaisutapahtuman pohtimiseen.<sup>2</sup>

### 2. Oikeuslähdeoppien rajoitteet

Oikeuskirjallisuutta tarkastelemalla huomaa hyvin nopeasti, että yhtä yhtenäistä käsitystä oikeuslähteistä ei ole olemassa. Eri kirjoittajien käsitykset oikeuslähteistä ovat erilaisia ja jopa saman kirjoittajan käsitykset eri aikoina poikkeavat toisistaan. Kirjoittajilla on omat oikeuslähdeoppinsa. Toisaalta on selvää, että nämä jo asian luonteesta johtuen muistuttavat toisiinsa.

Näillä opeilla on kuitenkin hyvin merkittävät rajoitteensa. Olettamuksena on nimittäin hyvin usein se, että oikeudellisen päätöksen tekijänä on ollut ”tuomari”. Kuka hän oikeastaan on? Kuitenkin me tiedämme, että oikeudellisista päätöksistä vain pieni murto-osa on yksijäsenisen tuomioistuimen tekemiä. Tilanne on merkittävästi erilainen, jos ratkaisun tekee yksi henkilö verrattuna tilanteeseen, jossa ratkaisun tekemiseen osallistuu useampia henkilöitä. Sosiaalinen vuorovaikutus vaikuttaa henkilöiden käyttäytymiseen. Asian merkitystä korostaa se, että ennakkopäätökset tehdään useampijäsenisessä tuomioistuimessa.<sup>3</sup>

Merkittävä seikka on myös se, että suurin osa oikeudellisista ratkaisuista tehdään muualla kuin tuomioistuimissa (mm. sosiaalisektorilla). Päätöksentekijänä on tällöin todennäköisesti muu kuin juridisen koulutuksen saanut henkilö. On varsin oletettavaa, että juridinen ratkaisu ei välttämättä synny aivan samantyyppisen ajatusketjun kautta kuin vaikkapa käräjäoikeudessa. Tämä toki voi johtua myös joidenkin alojen massamenettelyluonteesta. Olen-

1 Näitä on kotimaisessakin oikeuskirjallisuudessa selvitetty perusteellisesti eri yhteyksissä. Ks. esim. *Kaarle Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia (1981); *Aulis Aarnio*, Laintulkinnan teoria (1989); *Hannu Tolonen*, Oikeuslähdeoppi (2003) ja *Raimo Siltala*, Oikeudellinen tulkintateoria (2004). Keskustelua on valaistu monipuolisesti *Jussi Syrjäsen* väitöskirjassa Oikeudellisen ratkaisun perusteista (2008), jossa oikeuslähdeoppi on asetettu myös kriittisen tarkastelun kohteeksi.

2 Näitä teemoja olen jo aikaisemmin kosketellut, ks. mm. Ohjaavatko tunteet oikeudellista päätöksentekoa? *Oikeus* 2004, s. 337 ss.

3 Peliteorian ja sen sovellutusten hyödyntäminen näissä tapauksissa olisi tarpeen. Vuonna 1994 taloustieteen Nobel myönnettiin kolmelle peliteorian uranuurtajalle John Nashille, John Harsanyille ja Reinhard Seltenille.

naista kuitenkin on se, että suurin osa päätöksentekijöistä ei ole lainkaan tietoinen erilaisista oikeuslähteistä.

Asiaan vaikuttaa myös se, onko ”tuomari” aloittelija vai kokenut päätöksentekijä. Kokeneet päätöksentekijät saattavat tehdä päätöksensä intuitiivisesti, sillä heillä on kokemusta niin suuresta määrästä tilanteita, että he osaavat sen mukaisesti ratkaista jutun. He ehkä eivät ”ratkaise” ongelmia vaan ”näkevät”, mitä asiassa on tehtävä. Aloittelija sen sijaan ratkaisee ongelmia etsimällä niiden peruspiirteet ja noudattamalla tiukkoja sääntöjä. Lienee selvää, että lopputulokset eivät ole aina samantaisia. Mitä enemmän tietoja ihmisellä on muistipankissaan, ja mitä tottuneempi hän on yhdistelemään näitä tietoja, sitä helpommin oivallukset syntyvät.

Ratkaisutilanteessa oikeuslähteet myös vaikuttavat usein toisiinsa. Mitään jyrkkää rajanvetoa eri oikeuslähteiden välille ei olekaan syytä tehdä. Ratkaisutilanteet ovat hyvin erilaisia ja niissä eri oikeuslähteillä on erilainen rooli. Tulkintaprosessi on monivivahteinen ja kokonaisvaltainen tapahtuma. Yksiselitteisesti ei aina voida todeta, että nyt on noudatettu lakia, nyt taas esimerkiksi oikeuskäytäntöä. Oikeuslähteet menevät ”sekaisin”. Niistä ilmeneviä tekstejä luetaan toistensa yhteydessä, ne vaikuttavat toisiinsa ja mukana tässä toiminnassa on tulkitsijan aikaisempi kokemus.

Usein ratkaistavan asian oikeudellinen puoli ei ole epäselvä. Epäselvyys liittyy faktoihin, ja nimenomaan relevantteihin faktoihin. Mutta mitkä ovat relevantteja faktoja? Jutun tosiasioita ei näin tarkastella oikeudellisesta materiaalista irrallisina vaan ne ”nähdään” tämän materiaalin lävitse. Toisaalta faktat määräävät sitä, mistä asiassa oikeudellisessa mielessä on kysymys. Oikeuslähteet ja relevantit faktat ovat näin toisiinsa ”sidotut”.

### 3. Onko ihminen pelästään ns. järkiolento?

Oikeuslähteitä on myös saatettu tarkastella josain määrin ikään kuin ihmisistä ja heidän yhteiskunnastaan ja ratkaisutilanteistakin ”irralisina” asioina. Tämän vuoksi se, mitä todella tapahtuu, on sen vuoksi voinut jäädä vähemmälle huomiolle.<sup>4</sup>

Oikeudenkäyntijärjestelmät ovat jo kauan perustuneet pitkälti sidotun ratkaisun periaatteen pohjalta kehitettyihin maksimeihin, joita ovat muun muassa vaatimus päätösten perustelemisesta lakiin ja vaatimus ratkaisujen ennustettavuudesta samoin kuin käsitykseen siitä, että päätösten tulee olla objektiivisia ja vapaita henkilökohtaisista tunteista. Taustalla ovat perinteiset käsitykset oikeuslähteistä ja juridisen ratkaisun syntymisestä sekä usko ajattelun ja toiminnan täydellisen rationaalisen luonteesta.

Onko asia aina ja kaikissa tapauksissa näin? Tuskin. Toisaalta on selvää, että juridinen ratkaisukäyttäytyminen pyritään esittämään rationaalisenä, mikä ilmenee muun muassa päätösten perusteluina ja perusteluissa. Tunteista irrallista toimintaa ja tietämistä ei kuitenkaan ole olemassa.

Uudempi aivotutkimus on tuonut uusia näkemyksiä ja tietoa ihmisen toiminnasta. Esimerkiksi neurotieteilijä *Antonio Damasio*<sup>5</sup> on kehittänyt aivotutkimuksen pohjalta kokonaan uudentyypistä ihmiskuvaa. Hänen mukaansa mielen eri liikkeistä tunteet tunnetaan huonoinen. Keskeisenä tekijänä on ollut behavioristinen psykologia, joka keskittyi ihmisen ulkoisen käyttäytymisen selittämiseen.<sup>6</sup> Tunteet vaikuttavat kuitenkin *kaikissa* mieleemme toiminnissa. Tämä on olennaista.

Muutoinkin aivotutkimus on edennyt suurin harppauksin. Mitä enemmän tutkimus etenee, sitä ilmeisemmäksi on käynyt, että tunteet löytyvät kaikkien päätösten takaa. Emootiot ja

4 Kuten *Syrjänenkin* on huomauttanut (2008, s. 215), ”oikeuslähteoppi ei kuitenkaan pysty antamaan vastauksia siihen, miten valinnat viimekädessä tehdään”. Tähän on aikanaan kiinnittänyt huomiota myös *Alf Ross*. Toisaalta juuri tämän voisi olettaa olevan se mielenkiintoinen kysymys.

5 Ks. mm. teokset *Tapahtumisen tunne* (suom. 2000), *Descartesin virhe* (suom. 2001) ja *Spinozaa etsimässä – ilo, suru ja tuntevat aivot* (suom. 2003).

6 Oma kysymyksensä on sitten se, miksi ihmisillä ylipäänsä on erilaisia tunteita. Tähän ei ole syytä puuttua tässä yhteydessä. Syytä voi lähteä etsimään mm. evoluutiopsykologiasta.

kognitiot kietoutuvat toisiinsa kuten keho ja mieli. Vaikka toiminta saakin rationaalisen selityksen, merkittävä osa toimintaa motivoivasta voimasta tulee piilotajunnasta ja sieltä kumpuavista tunteista. Tietoisuuden ikkuna saattaa yhdellä kertaa olla yllättävän pieni.

Loogisten operaatioiden tietoa tuottavaa voimaa ja sen merkitystä päätöksenteossa on saatettu yliarvioida. Otetaan esimerkki. Eivätkö hyvät ja perustellut ratkaisut ole oikeudenmukaisia – voidaanko oikeudenmukaisuuden (kohtuuden) tunne erottaa tehokkaasti oikeudenmukaisuuden (teknisistä) kriteereistä? Entä onko kysymys luottamuksesta vain tiedon asia? Yksilöiden toiminta on myös tietoista ja tiedostamatonta. Nämä aspektit eivät ole samalla tasolla vaan ne pyörivät eri akselistoissa. Ei tule unohtaa myöskään sitä, että ihminen on biologinen olento (mm. vaistot), eivätkä tunteet ja moraali ole tästä asiantilasta riippumattomia asioita. Ihmisellä on kuitenkin mahdollisuus tulla tietoiseksi biologisesta taustastaan ja kuvainnollisesti ”astua siitä ulos”.<sup>7</sup>

Oikeusjärjestys kokonaisuudessaankin edellyttää tietynlaista uskoa, erilaiset velvollisuudet velvollisuuden kokemista tai oikeuslähteiden ”velvoittavuus” velvoittavuuden kokemista.

Vaikka kaikessa käyttäytymisessä tunteilla on hyvin suuri merkitys, eri asia sitten on se, tiedostetaanko asiantila ja halutaanko tämä myöntää (torjunta). Tunteet eivät suinkaan aina ole tiedostettuja, asia on pikemminkin päinvastoin. Jos tunteita ei tiedosteta, ratkaisut voivat saada epärationaalisen luonteen, koska päätöksentekijä ei tällöin ole perillä siitä, mitä hän on tekemässä ja miksi.<sup>8</sup>

Mielenkiintoista ratkaisukäyttäytymisen tutkimisessa on esimerkiksi se, minkälaisissa asioissa koko oikeusjärjestyksen kentässä tunteiden rooli voi olla korostunut juridisessa päätöksenteossa, ts. mitkä oikeudenalat ja oikeus-

kysymykset ovat luonteeltaan enemmän sensitiivisiä, mitkä taas vähemmän ja mikä rooli ja merkitys tunteilla voi ratkaisukäyttäytymisessä olla.

Keskeistä on se, voidaanko oikeudellista ratkaisua koskevia realistisia teorioita rakentaa sellaisten inhimillistä käyttäytymistä koskevien oletusten varaan, jotka liittyvät ainoastaan asioiden tiedolliseen ja rationaaliseen puoleen. Onko itse asiassa kysymys teorioista termin vahvassa merkityksessä vai tosiasiasa vain jonkinlaisista hypoteeseista tai hyvistä uskomuksista? Toisaalta on toki syytä myös kysyä, miten mielekäs oikeustieteellinen keskustelu näistä asioista on mahdollista. Perinteisillä metodisilla välineillä se ei ainakaan onnistu. Suurempi merkitys saattaa todellisuudessa olla käytännössä sisäistetyllä oikeudellisella omallatunnolla.

Jos tunteet otetaan vakavasti, se voi kyllä horjuttaa tietynlaista rationaalisuuskäsitystä, mutta lisää ymmärrystämme. Tunteet ohjaavat joka tapauksessa olennaisella tavalla kaikkea käyttäytymistä, myös ajattelua. Rationaalisuuden ylikorostaminen voi tarpeettomasti peittää ihmisen irrationaalista puolta ja avuja kuten kokemukselle rakentuvaa intuitiota, innovatiivisuutta ja kaikenlaista luovuutta, joka myös juridisessa ratkaisukäyttäytymisessä on hyvin merkittävää. Tämä pätee erityisesti tehtäessä prejudikaatteja. Oletamus vain järjellä operoivasta ratkaisijasta ei yksinkertaisesti vastaa realistista ihmiskuvaa.<sup>9</sup> Tämän voinee jokainen todeta jo arkikokemuksensakin pohjalta.

#### 4. Oikeudellinen ratkaisutoiminta on käyttäytymistä<sup>10</sup>

Mistä siis oikeuslähteissä on oikeastaan kysymys ja mikä on niiden merkitys juridisessa

7 Ks. esim. *Jussi Viitala*: Inhimillinen eläin, eläimellinen ihminen. Sosiaalisen käyttäytymisen avaimet (2004) ja *Jared Diamond*: Kolmas simpanssi. Ihmiseläimen evoluutio ja tulevaisuus (suom. Kimmo Pietiläinen (2007).

8 Oikeusjärjestyksen eri puolilla on runsaasti säännöksiä, joiden nojalla asiat pyritään ratkaisemaan siten, että ratkaisija ei samalla joudu ristiriitaan tunteittensa kanssa. Tyypillisiä ovat esteellisyssäännökset.

9 Useat filosofit *Platonista* lähtien (mm. *Descartes*) ovat erottaneet järjen ja tunteet jyrkästi toisistaan. Kaikkien filosofien osalta näin ei kuitenkaan ole ollut asianlaista (mm. *Aristoteles*).

10 Tämä sinänsä ei ole uusi asia, päinvastoin. Filosofian ohessa tai jopa sijasta olisi hyvä tätä hieman ”arkipäiväistää” ja hyödyntää eri tieteenalojen uusimpia tutkimustuloksia. Esim. taloustieteissä psykologia on jo kauan

tulkinnassa? Tarvitsemme oikeuslähdeoppeja? Kyllä niitä tarvitaan; niissä on kuitenkin pitkälti kysymys ”sollen-maailman” ilmiöistä. Sen lisäksi me tarvitsemme realistista tietoa siitä, mitä kaikkea oikeudellisen päätöksenteon yhteydessä oikeasti ja varsinaisesti tapahtuu. Tähän kysymykseen ei tule lisäselvyyttä kehittelemällä yhä hienojakoisempia oikeuslähdeoppeja ja jatkamalla asiaa koskevaa keskustelua perinteiseltä pohjalta. Pelkät oikeuslähdeopit ovat ikään kuin taloja, joissa vain yläkertaa on pyritty sementoimaan.

Oikeudellisen ratkaisukäyttämisen realistinen tutkiminen ei onnistu vain perinteisen oikeustieteen välinein, vaan mukana täytyy olla myös muiden tieteenalojen näkemyksiä ratkaisukäyttämisestä ja näidenkin takana olevia fundamentaalisia tekijöitä. Asia on luonteeltaan vanha; mikä on ihminen ja mitkä ovat hänen käyttäytymisensä takana olevat liikkeelle panevat voimat.<sup>11</sup>

Jos esimerkiksi tunteita ei käsitellä osana oikeudellisen päätöksenteon selittämistä, voi olla suuri vaara, että jotain olennaista jää havaitsematta, jos tavoitteena on realistinen käsitys juridisesta päätöksenteosta.<sup>12</sup> On sitten eri asia, että perinteinen juristin koulutus ei tämältyyppisen tarkasteluun anna eväitä. Oikeudellista ratkaisukäyttämistä ja sen selittämistä ei yksinkertaisesti voi kuitenkaan ”eristää” muusta käyttäytymisestä ja sen tutkimisesta. Kysymys on vain tietyistä lisäpiirteistä, joita juridinen ratkaisu tuo mukanaan. Kaikkea ei ole vielä sanottu – eikä ilmeisesti tulla sano- maankaan.

Onko kysymys enää sitten juridiikasta? Vastaus riippuu siitä, kuinka laajasti tai rajatusti oikeustieteen tutkimuskohde määritellään.<sup>13</sup> Jos kuitenkin muita tieteenaloja (kuten esim. filosofiaa, taloustieteitä) on jo kauan hyödynnetty juridiikan kentässä ja mielekäs keskustelu on ollut mahdollista, ei ole mitään syy-

tä sille, miksi muidenkin tieteenalojen uusimmat tulokset eivät voisi olla merkityksellisiä myös modernin oikeustieteellisen tutkimuksen kanalta.

---

otettu vakavasti. Esim. vuonna 2002 *Daniel Kahnemann* sai taloustieteen Nobelin psykologiaa ja taloustiedettä yhdistävästä tutkimustyöstään.

11 Tärkeää keskustelua ovat aikanaan käyneet mm. *Oliver Wendell Holmes* ja *Karl Llewellyn* ”Decision first, rationalization follow” -pohjalta.

12 Muun muassa tämän kysymyksen osalta naisten ja miesten erot olisi mielenkiintoinen tutkimuksen kohde.

13 Kun tunteet vaikuttavat siihen, mitä me havaitsemme ja muistamme, asialla on olennainen merkitys mm. erilaisissa oikeudenkäynneissä.