
Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro (toim.)

Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen

Ihmisoikeuksien murroksesta
kansainväliseen vuorovaikutukseen

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

Kannen kuva: John Gillmoure/Corbis/SKOY

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISSN-L 1458-0446

ISBN 978-951-855-321-5

Hansaprint Oy, Vantaa 2012

Sisällys

<i>Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro</i> Suomen oikeuden eurooppalaistuminen ja valtiosääntöistymisen 1990–2012	7
<i>Riitta-Leena Paunio</i> Perusoikeudet ihmisten arjessa – eduskunnan oikeusasiamiehen rooli ja sen muutokset	29
<i>Kimmo Sasi</i> Eurooppalaistuminen perustuslakivaliokunnassa	59
<i>Matti Pellonpää</i> Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintaa koskevasta vuoropuhelusta	69
<i>Pauliine Koskelo</i> Perusoikeusjärjestelmän ongelmakohtia kansallisen lainkäyttäjän näkökulmasta	95
<i>Martin Scheinin</i> Perusoikeuskonfliktit	125
<i>Juha Lavapuro</i> Perusoikeusargumentaation kontrolloitavuudesta	143
<i>Tuuli Heinonen</i> Valtiosääntöoikeus ja oikeuslähdeoppi	179
<i>Tuuli Heinonen</i> Konstitutionaalinen konflikti Suomessa	201
<i>Tuomas Ojanen</i> Räppänä raollaan Eurooppaan – Euroopan unionin perusoikeudet Suomen oikeudessa	241
<i>Mikko Puumalainen</i> Mitä Euroopan unionin perusoikeudet merkitsevät laillisuusvalvonnalle?	265
<i>Janne Salminen</i> Kansallinen valtiosääntöidentiteetti Euroopan unionin oikeusjärjestyksessä	295
Kirjoittajat	333

Valtiosääntöoikeus ja oikeuslähdeoppi

1 JOHDANTO: OIKOPOLKU OHI VALTIOSÄÄNTÖOIKEUDEN?

Suomen liittyttyä Euroopan unionin jäseneksi tammikuussa 1995 ensimmäiset kysymykset yleisessä oikeustieteessä koskivat oikeuslähdeoppia. Olisiko Aarnion 1980-luvulla esittämä oikeuslähdeoppi helposti päivitettävissä vastaamaan eurooppalaistumiskehityksen mukanaan tuomia muutoksia vai oliko niin, että liittyminen osaksi laajempaa eurooppalaista oikeusyhteisöä oli kerralla tehnyt sen päivittämisestä mahdotonta? Itse asiassa kaikki vuosien 1990–2000 merkittävät valtiosääntöuudistukset – liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen vuonna 1990, EU-jäsenyys vuonna 1995, perusoikeusuudistus vielä myöhemmin samana vuonna ja uuden perustuslain voimaantulo vuonna 2000 – merkitsivät uusia kysymyksiä myös perinteisen tuomioistuimen näkökulmasta jäsenetyn oikeuslähdeopin kannalta. 17 vuotta EU-jäsenyyden voimaantulon jälkeen on kuitenkin edelleen osittain epäselvää, kuinka näiden uusien normistojen keskinäistä suhdetta olisi hahmotettava tuomioistuimen näkökulmasta ja mitä vaikutuksia tällä on tuomioistuimen näkökulmasta jäsenetyn oikeuslähdeopin kannalta.

Tässä kirjoituksessa tarkoitukseni on palata perinteistä oikeuslähdeoppia koskevaan keskusteluun sekä ottaa siinä esitettyjä argumentteja uudelleen arvioitavaksi siitä näkökulmasta, missä määrin ne pystyvät ottamaan huomioon vuosien 1990–2000 uudistuksilla luodut oikeusjärjestysten keskinäiset yhteydet, niiden päällekkäisyyden, limittymisen ja keskinäisen vuorovaikutuksen ja missä määrin ne lopulta johtavat tuomioistuimen kannalta mahdollisiin tulkintasuosituksiin. Kirjoitus kuuluu samaan temaattiseen kokonaisuuteen kuin toinen tähän teokseen sisältyvä kirjoitukseni, Konstitutionaalinen konflikti Suomessa. Molemmissa kirjoituksissa painopiste on kansallisen perusoikeusjärjestelmän ja unionin oikeuden suhteessa ja siinä mahdollisesti syntyvää konstitutionaalista konfliktia koskevassa ongelmassa. Kirjoituksia yhdistää myös tavoitteeni osoittaa, että nämä kaksi keskustelua – ”supernormistojen”

keskinäissuhteita koskeva teoreettinen keskustelu ja valtiosääntökeskustelu – kuuluvat tähänastisesta erillisyydestään huolimatta kiinteästi yhteen.

Kirjoituksen ensimmäisenä lähtökohtana on EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden suhteessa vallitseva valtiosääntöpluralismi. Vaikka teemasta esitetään edelleen uusia variaatioita, tässä yhteydessä on riittävää viitata Neil MacCormickin klassiseen teesiin, joka toimii pitkälti alustuksena myöhemmälle keskustelulle. MacCormickin mukaan kansallisen oikeuden ja EU-oikeuden suhdetta on hahmotettava siten, että molemmat valtiosäännöt tunnustavat toistensa pätevyuden mutta eri perusteilla siten, ettei kumpikaan voi tunnustaa toista oman velvoittavuutensa perustaksi.¹ Kansallisen perustuslain muuttamista koskevat säännökset saattavat kyllä sallia perustuslain muuttamisen jopa niin pitkälle, että perustuslain säännökset alistetaan – siinä määrin kuin perustuslain muutos tämän nimenomaisesti sallii – EU-oikeudelle oikeuslähteiden hierarkiassa. Jäsenvaltion oikeusjärjestyksen näkökulmasta ei kuitenkaan olisi järkevää väittää, että liittyminen EU:hun merkitsisi valtion perustuslain alistamista kokonaisuutena EU-oikeudelle, koska tällainen hierarkkinen suhde merkitsisi, että kansallinen perustuslaki saisi velvoittavuutensa yksinomaan EU-oikeuden välityksellä, mikä on nykyisten sopimusten valossa mahdoton johtopäätös. Toisaalta yhtä perusteeton olisi se päinvastainen päätelmä, että EU-oikeus saisi velvoittavuutensa ainoastaan kansallisen oikeuden välityksellä.²

Pluralismista seuraa myös, että kummankin järjestelmän näkökulmasta ylintä tulkintavaltaa käyttävät sen omat organit: EU-oikeuden osalta EU:n tuomioistuin ja kansallisen perustuslain osalta ylin kansallinen perustuslakia tulkitseva elin, joka tällöin samalla lausuu myös EU-oikeuden suhteesta valtion ylimpiin normistoihin, mikä johtaa konstitutionaalisen konfliktin mahdollisuuteen.³ Kyse ei siis ole siitä, ettei tiettyyn oikeudelliseen ongelmaan olisi olemassa vastausta, vaan siitä, että niitä on liian monia. Ongelma ei ole niinkään looginen, sillä kyse on yksinkertaisesti kahden eri järjestelmän näkökulmasta. Sen sijaan konflikti muodostaa ongelman käytännölliseltä kannalta katsottuna, sillä samojen henkilöiden tai yritysten näkökulmasta voidaan nyt sanoa, että he samalla ovat ja eivät ole tiettyjen oikeuksien haltijoita.⁴

¹ Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and Practical Reason*, Oxford University Press 1999, s. 104.

² *Ibid.*, s. 116–117.

³ *Ibid.*, s. 118.

⁴ *Ibid.*, s. 119.

Kun eurooppalaista pluralismia koskevassa tarkastelussa on pitäydytty ennen muuta kahden oikeusjärjestyksen välisen suhteen tutkimiseen, suomalaisen keskustelun erityispiirteenä on ollut voimakas keskittyminen oikeuslähdeopin tarkasteluun, ja oikeusjärjestysten suhteita on usein käsitelty ylimpien normistojen keskinäisiä suhteita koskevana oikeuslähdeopin ongelmina. Toisin kuin yleensä eurooppalaisissa keskusteluissa, ongelma on tällöin usein esitetty pelkän EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden suhteen tarkastelun sijasta kolmen ylimmän normiston – kansallisen perustuslain, EU-oikeuden ja kansainvälisten ihmisoikeusnormien, erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen – keskinäistä suhdetta koskevana ongelmana.

Ottaessaan yksityiskohtaisesti kantaa ylimpien normistojen välisiin suhteisiin Suomen oikeuden kannalta teoria ei toistaiseksi ole juurikaan ollut kiinnostunut valtiosääntöoikeudesta. Jos oikeusjärjestysten suhteessa kuitenkin on kyse pluralismista, ei ole helppoa löytää ”oikopolkua ohi valtiosääntöoikeuden”. Suomessa kysymys oikeuden valtiosääntöistymisen vaikutuksesta oikeuslähdeoppiin voidaan lisäksi nostaa esiin myös eurooppalaistumiskehityksestä erillisenä omana kysymyksenään.

Väitteeni siis on, että jos halutaan tietää enemmän ylimpien normistojen suhteista kansallisessa kontekstissa, valtiosääntöoikeudellisten kysymysten ratkaiseminen asettaa yhden keskeisen edellytyksen teoreettisen kysymyksen ratkaisemiselle. Vasta jos ensin voidaan vastata tyydyttävästi valtiosääntöoikeudellisiin kysymyksiin, voidaan esittää teoreettisia jatkokysymyksiä koskien ylimpien normistojen suhdetta, esimerkiksi asettaa perinteinen kysymys suomalaisen tuomarin oikeuslähdeopista. Keskustelua ”supernormistojen” keskinäisestä suhteesta ei tulisi enää käydä valtiosääntöoikeudesta eristettynä.

2 ”SUPERNORMISTOT” JA OIKEUSLÄHDEOPIN PÄIVITYSYRITYKSET

Aarnion esittämää oikeuslähdeoppia oli kritisoitu aikaisemminkin, mutta vasta eurooppalaistumisen aiheuttamien muutosten sanottiin varsinaisesti hajottavan perinteisen oikeuslähdeopin rakennelman. Kritiikki ei kohdistunut ainoastaan siihen, ettei Aarnion 1980-luvulla esittämä oikeuslähdeoppi ymmärrettävästi enää vastannut 1990-luvun puolivälin jälkeistä tilannetta, vaan kyseenalaiseksi asettui perinteinen tapa jäsentää oikeuslähdeoppia kokonaisuudessaan. Kritiikkien ainoa yhteinen nimittäjä ja oikeastaan myös

ainoa kiistaton johtopäätös on toistaiseksi ollut oikeuslähdeopin muuttuvuuden ymmärtäminen. Oikeuslähdeoppi on tullut entistä lyhytikäisemmäksi, yksittäisten lähteiden painoarvon on havaittu vaihtelevan eri tilanteissa.⁵ Oikeuslähdeoppia on usein myös sanottu voitavan hahmottaa enää ainoastaan kontekstuaalisesti tai tilannesidonnaisesti.⁶ Ainoa tällä hetkellä olemassa oleva ei-aarniolainen oikeuslähdeopin kokonaisuus, Hannu Tolosen oikeuslähdeoppi, on sekini omalla tavallaan kiinnostunut muutoksesta ja itse asiassa lähinnä vain siitä.⁷

Uudemmassa kritiikissä on uutta myös se, että ylimpien normistojen suhdetta ja niiden vaikutuksia koskeva kysymys on siinä yksilöitynyt omaksi kysymyksekseen. Toisin kuin 1980-luvulla alkunsa saaneet kritiikit, jotka tähtäsivät ennen muuta oikeuslähdeoppien eriytymisen havaitsemiseen,⁸ eurooppalaistumiskehityksen synnyttämät ylimpiä normistoja koskevat kysymykset kaikessa ongelmallisuudessaan pikemminkin yhdistävät kuin erottavat eri oikeudenaloja. Ylimpien normistojen suhteeseen annetut vastaukset koskevat kaikkia oikeuslähdeoppeja ja heijastuvat myös niiden alemmille tasoille riippumatta siitä, miten paljon tai vähän ne muistuttavat toisiaan oikeuden eri lohkoilla. Ongelmat ovat myös aikaisempaa perustavampia siinä mielessä, että ne koskevat velvoittavuusasteikolla ylimmäksi sijoituvia virallislähteitä, eikä asiaa ainakaan paranna se, että vaikka kyse on mitä suurimmassa määrin teorian ongelmista, osittain ongelmat ovat myös aitoja normatiivisia ongelmia, joiden ratkaisu ei ylipäätään välttämättä ole selvä.

Oikeuslähdeopin kontekstuaalisuuden ja tilannesidonnaisuuden korostamisessa onkin osin ollut kyse pyrkimyksestä uusiin deskriptioihin ja

⁵ Raimo Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, Vammala 2003, s. 286–300 ja Jussi Syrjänen, Arvioita Siltalan oikeuslähdeopista, teoksessa Esa Kolehmäinen (toim.), *Oikeus ja kritiikki I*. Raimo Siltalan Oikeustieteen tieteenteoria. Helsinki 2009, s. 220–245.

⁶ Esim. Juha Karhu, *Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi*, Lakimies 2003, s. 789–807.

⁷ Tolonen ei varsinaisesti integroi ylimpiin normistoihin ja oikeusjärjestysten suhteisiin liittyviä kysymyksiä oman oikeuslähdeopin mallinsa tarkasteluun, vaan kuittaa asian yhdellä kappaleella. Tolosen mukaan yhteisön oikeuden etusijaa ei pidä eikä myöskään voi tarkastella ainoastaan yhteisön kannalta. Yhteisö on myös prosessi ja sellaisena taipuu ja muuttuu olosuhteiden mukana. Hän viittaa erityisesti Saksan perustuslakituomioistuimen (Bundesverfassungsgericht) Brummer-ratkaisuun vuodelta 1993, jossa tuomioistuin totesi ”perustuslain ytimen” (Verfassungskern), johon luetaan muun muassa kysymykset demokradiasta ja ihmisoikeuksista, olevan loukkaamaton myös yhteisön tuomioistuimeen nähden. Hannu Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*, Vantaa 2003, s. 115.

⁸ Henrik Zahle, *The Polycentricity of the Law or the Importance of Legal Pluralism for Legal Dogmatics*, teoksessa Hanne Petersen – Henrik Zahle (toim.), *Legal Polycentricity, Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot 1995, s. 185–200 ja Raija Huhtanen, *Toimeentulotuen myöntäminen*, Jyväskylä 1994, s. 259.

eron tekemisestä perinteiseen liian jäykkänä pidettyyn oikeuslähteoppiin, mutta osittain siinä on ollut kyse myös siitä, ettei aidosti tiedetä – tai osin edes katsota voitavan tietää – miten kysymykset kaikissa tilanteissa tulisi ratkaista. Ehkä voimakkaimmin oikeuslähteopin uudistamisen puolesta on toistaiseksi ottanut kantaa Karhu, joka alun perin katsoi, ettei Aarnion oikeuslähteoppia voida enää lainkaan päivittää muun muassa siksi, ettei näiden uusien ”supernormistojen” keskinäisiä suhteita hänen mukaansa voida ylipäätään ennakolta lyödä lukkoon.⁹

Tuori sen sijaan on tarkastellut oikeusjärjestyksen eurooppalaistumisen ja valtiosääntöistymisen sekä muiden oikeuslähteiden polysentriaan tai pluralismiin liittyvien ilmiöiden jälkeensä jättämää ”oikeuslähteopin käymistilaa” erityisesti yhteydessä laajempiin oikeusjärjestelmien suhteita koskeviin kysymyksiin.¹⁰ Vaikka myöskään Tuori ei tee asiassa kovin montaa johtopäätöstä, hänen mukaansa on kuitenkin selvää, ettei tuomioistuimen noudattamaa oikeuslähteoppia enää voida perustaa kansallisen lainsäätäjän suvereniteetin varaan, vaan eurooppalaistumiskehitys merkitsee väistämättä myös hierarkian loppua oikeuslähteopissa.¹¹ Yleisellä tasolla tämä ei välttämättä kuitenkaan ole ongelma, koska Tuori sijoittaa oikeuslähteopin nimenomaan oikeuskulttuurin tason metodologiseksi ainesosaksi.¹²

Tuorin mukaan *valtion sisäinen itsesääntely ja oikeuslähteiden polysentria* – oikeuslähteiden moninaistuminen ja hierarkkisen oikeuslähteopin problematisoituminen – eivät väistämättä katkaise oikeuden yhteyttä kansallisvaltioon, sillä normatiivinen oikeuslähteoppi omaksuu aina jonkun oikeudellisen toimijan, yleensä tuomarin, näkökulman. Kun polysentria-ilmiot jäsennetään tuomarin näkökulmasta muodostettuun oikeuslähteoppiin, valtiosidosta ei vielä kokonaan pureta, sillä myös tuomarin näkökulma on valtion näkökulma. Polysentria ei siis tällöin vielä ulotu oikeuden soveltamiseen, eikä pluralismi vielä ole oikeusjärjestelmien pluralismia.¹³

Oikeusjärjestelmien pluralismista, ei enää pelkästä oikeuslähteiden polysentriasta, voidaan Tuorin mukaan puhua vasta silloin, jos valtiollinen oikeus menettää monopoli asemansa myös oikeusnormien soveltamisessa.

⁹ Karhu 2003. Ks. kuitenkin myös Karhu, Tilannekohtainen oikeudellinen harkinta ja oikeuslähteoppi, teoksessa Jyrki Tala – Kauko Wikström (toim.), Oikeus – kulttuuria ja teoriaa, Juhlakirja Hannu Tolonen 2005, Vammala 2005, s. 25–38.

¹⁰ Kaarlo Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas, Helsinki 2007, s. 263 ja alav. 95.

¹¹ Ibid., s. 310–131. Ks. myös Tuori, Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota, Lakimies 2004, s. 1211.

¹² Tuori 2007, s. 22 ja 133.

¹³ Ibid., s. 286–291.

Vakavimmat uhat oikeuden ja valtion perinteiselle kytkennälle eivät Tuorin mukaan nousekaan kansallisvaltion sisäisestä vaan valtion rajat ylittävästä oikeuskehityksestä. Erityisesti ne voidaan liittää kansainvälisoikeudellisesta perustastaan irtautuneisiin ylikansallisiin järjestelmiin, kuten juuri EU:n oikeuteen ja Euroopan ihmisoikeussopimusjärjestelmään. Vaikka myös ylikansallinen oikeus on horjuttanut kansallisvaltion lainsäätäjän asemaa oikeusnormien asettamisessa, sekään ei ole samalla tavalla uhannut kansallisvaltioiden tuomioistuinten asemaa, joka on keskeinen sekä ihmisoikeuksien valvonnassa että EU-oikeuden soveltamisessa.¹⁴

Kansallisvaltion tuomarin oikeuslähdeopin näkökulmasta vaikeimmin hahmotettavia eivät olekaan puhtaasti kansalliset normistot eivätkä (mahdolliset) puhtaasti ylikansalliset normistot, jotka ohittavat kansallisvaltion tuomioistuimen, vaan vaikeus koskee erityisesti sellaisia normistoja, kuten EU-oikeus ja Euroopan ihmisoikeussopimusjärjestelmä, joilla on sekä ylikansallisia että kansallisia liityntöjä ja jotka läpäisevät kansallisvaltion tilan ottamatta sitä kuitenkaan kokonaan haltuunsa. Nykyistä oikeudellista tilannetta voidaankin Tuorin mukaan luonnehtia Santosia seuraten interlegaliteetiksi, jossa useat oikeudelliset tilat leikkaavat toisiaan ja sekoittuvat keskenään muodostaen oikeudellisten suhteiden verkoston, joka pakottaa myös oikeudelliset toimijat jatkuvaan liikkeeseen näiden välillä.¹⁵

Vaikka sanotusta on ehkä tehtävissä muitakin johtopäätöksiä, tässä yhteydessä olennaisinta on huomata, että Tuorin luonnehdinta muuttaa oikeuslähdeoppia koskevaa kysymystä siitä, millaisena se on yleensä suomalaisessa keskustelussa esitetty. Jos seurataan Tuorin analyysia, ainoa mahdollinen kysymys on: miten oikeuslähdeoppi voidaan kuvata interlegaliteetti huomioon ottaen siten, ettei se ainakaan vääristä minkään normiston valtiosisäisiä vaikutuksia tai niiden suhteita toisiinsa. Kuten seuraavasta käy ilmi, tämä tehtävä on osoittautunut hyvin vaikeaksi.

Seikka, jota oikeuslähdeoppia koskevassa keskustelussa on toistaiseksi käsitelty vähemmän, on kysymys siitä, miten kotimaisten valtiosääntöuudistusten mukanaan tuoma kansallisten perusoikeuksien vahvistuminen vaikuttaa tapaamme hahmottaa oikeuslähdeoppia. Perustuslain uudistusten vaikutus voi ensisilmäyksellä vaikuttaa oikeuslähdeopin kannalta helposti sisäistettävältä verrattuna eurooppalaistumisen mukanaan tuomiin mullistuksiin. Ainakaan niillä ei ole potentiaalia sekoittaa kansallisen oikeuden

¹⁴ Ibid., s. 295–300.

¹⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, London 2002, s. 437 ja Tuori 2007, s. 302.

normihierarkiaa, pikemminkin päinvastoin. Kuten seuraavassa jaksossa pyrin osoittamaan, myös perusoikeuksien tuleminen osaksi tuomioistuinten normaalia oikeudenkäyttöä tuo kuitenkin näkyviin sellaisia perinteisen mallin rajoitteita, jotka pakottavat tarkastelemaan oikeuslähdeoppia uudella tavalla.

Ilmestyessään ensimmäistä kertaa vuonna 1982 uutta Aarnion ajattelussa ei ollut relevanttien lähteiden nimeäminen, vaan itse kysymys. Kuten tunnettua, Aarnion pyrkimyksenä oli määrittää eri oikeuslähteiden painoarvo ja järjestää ne velvoittavuusnäkökulmasta suhteessa toisiinsa.¹⁶ Lähteet tuli Aarnion mukaan järjestää kolmeen kategoriaan: vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin. Vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä olivat laki ja maantapa, heikosti velvoittavia lainvalmistelutyöt ja tuomioistuinratkaisut ja sallittuja oikeusvertailevat ja oikeushistorialliset argumentit, lainoppi, moraali ja reaaliset argumentit. Esimerkiksi vuoden 1982 versiossa Aarnio mainitsee erikseen sallittuna oikeuslähteenä myös yleiset oikeusperiaatteet.¹⁷

Toisessa ulottuvuudessa oikeuslähteet voitiin Aarnion mukaan jakaa auktoritatiivisiin ja aineellisiin, jolloin auktoriteettiperusteella vahvasti velvoittava oikeuslähde on laki ja heikosti velvoittavia tyypillisesti tuomioistuinratkaisut. Sisällöllisin perustein velvoittavia sallittuja oikeuslähteitä ovat esimerkiksi moraaliset näkökohdat ja teleologiset argumentit. Jo vuodelta 1989 peräisin olevassa versiossa Aarnio itse huomauttaa, että erityisesti maantavan ja oikeustieteen sijoittaminen jaotteluun on hankalaa.¹⁸ Itse asiassa kaikkien muiden lähteiden paitsi lain asema tai sijainti kehikossa on kirjallisuudessa tullut yksitellen kyseenalaistetuksi. Sen sijaan tapa ajatella oikeuslähdeoppia juuri kuusikohtaisena kenttänä oli itsessään pitkään dominoiva.

Vuonna 2006 julkaisemassaan oikeuslähdeopin uudistetussa versiossa Aarnio kertoo kantanaan, ettei uusien lähteiden sijoittaminen sitovuuspohjaiseen kolmijakoon ole erityisen vaikeaa. Hän yksinkertaisesti asettaa

¹⁶ Ks. myös Tolonen 2003, s. 22–23. Viimeinen versio on vuodelta 1989. Peczenikin ensimmäinen esikuvallinen teos on julkaistu vuonna 1974. Aulis Aarnio, Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Helsinki 1982; Aarnio, Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Porvoo 1989; Aleksander Peczenik, Juridikens metodproblem: Rättskällelära och lagtolkning. Stockholm 1974.

¹⁷ Aarnio 1982, s. 97.

¹⁸ Aarnion mukaan jaolla asialähteisiin ja auktoriteettilähteisiin ei olisikaan merkitystä lähteiden käytössä, vaan kyse olisi vain esitysteknisestä tehtävästä. Aarnio 1989, s. 218–221. Vrt. Aarnio 1982, s. 96–97.

EU-oikeuden ja ihmisoikeudet sitovuusasteikon ylimmälle kohdalle.¹⁹ Tässä hän viittaa erityisesti Timosen muilta osin kriittisävyiseen esitykseen, jonka mukaan kotimainen normihierarkia on ylhäältä alas saakka alisteinen EU-oikeuden ensisijaisuudelle. Tämä merkitsee Timosen mukaan edelleen, että EU-säädökset sijoittuvat, oman normihierarkiensa mukaisesti, kaikkien kotimaisten säännösten yläpuolelle.²⁰ Hierarkiat voitaisiin siis yhdistää luomalla linkki ylimmästä kansallisesta normistosta EU-oikeuden normihierarkiaan ja vieläpä nimenomaan kaikkein alimpaan EU-säädösten kategoriaan.

Laajimmin Aarnion oikeuslähdeopin ”päivittämisen” mahdollisuutta on kuitenkin pohtinut Siltala. Myös Aarnion vuonna 2006 julkaisema oikeuslähdeopin uudistettu versio noudattaa käytännössä suureksi osaksi Siltalan esitystä.²¹ Siltalan mukaan Aarnion ja Peczenickin hierarkkinen ja staattinen oikeuslähdeoppi voidaan ongelmitta sovittaa yhteen Hans Kelsenin formaalin normipyramidin kanssa.²² Perinteistä oikeuslähdeopin mallia olisikin Siltalan mukaan mahdollista jatkaa ylöspäin siten, että se käsittäisi EU-lainsäädännön kansallista lainsäädäntöä hierarkkisesti ylempänä normikokonaisuutena Kelsenin normihierarkian tarkoittamassa merkityksessä.²³

Kaksi merkittävää poikkeusta on Siltalan mukaan tullut kuitenkin 1990-luvun oikeuskehityksen myötä uhmaamaan niin Kelsenin puhtaan oikeusopin suljetun normihierarkian ideaa kuin Aarnion ja Peczenickin staattista oikeuslähdeoppiakin. Nämä ovat yhtäältä oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ja toisaalta Euroopan unionin tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisista ilmenivät yleiset oikeusohjeet. Euroopan unionin tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö eivät ole sijoitettavissa Kelsenin oikeuslähdehierarkiaan ennalta vakioitavissa olevalla tavalla. Poikkeuksena tästä ovat Siltalan mukaan vahvasti rakenteistuneet ja oikeussääntöön rin-

¹⁹ Aarnio, Tulkinnan taito – Ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta, Helsinki 2006, s. 295. Esitys on viimeksi julkaistu artikkelissa On the Sources of Law, teoksessa Kimmo Nuotio – Sakari Melander – Merita Huomo-Kettunen (toim.), Introduction to Finnish Law and Legal Culture, Helsinki 2012, s. 51–60.

²⁰ Pekka Timonen, Määräysvalta, hinta ja markkinavoima: Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely, Helsinki 1997, s. 115. EU-oikeuden ”normihierarkiasta” ks. esim. Heikki Kanninen, Euroopan yhteisön oikeuden normihierarkia ja kansallinen lainsoveltaja, teoksessa Kanninen, Heikki et al. (toim.), Puhuri käy, Muuttuva suomalainen ja eurooppalainen valtiosääntömme, Heikki Karapuu 30.12.1944–15.6.2006, Helsinki 2009, s. 179–186.

²¹ Aarnio 2006, s. 291–296.

²² Siltala 2003, s. 285.

²³ Ibid., s. 286.

nastuvan, formaalin ratkaisuperusteen aseman saaneet yleiset oikeusohjeet, jotka olisi sijoitettava hierarkkisesti kansallisen perustuslain yläpuolelle yllä kuvatulla tavalla. Tällaisia ovat Siltalan mukaan esimerkiksi ratkaisut Van Gend en Loos (26/62), Costa v. ENEL (6/64), Francovich (C-6 & 9/90) ja Simmenthal II (106/77).²⁴

Tavallisimmin näiden tuomioistuinten oikeuskäytännössä on kyse dynaamisesta eli oikeuslähteopilliselta ratkaisuarvoltaan ei-vakioidusta, tilannekohtaisesti muuttuvasta oikeuslähteestä, jonka oikeudellinen ratkaisuarvo ja velvoittavuus voivat Siltalan mukaan merkittävästi vaihdella kyseisen ratkaisun aineellisesta sisällöstä ja kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten hyväksyvistä tai torjuvasta suhtautumisesta riippuen.²⁵ Oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan painavimmat ratkaisut rinnastuvat kansalliseen perustuslakiin ja saattavat normikollisiotilanteessa jopa sivuuttaa sen yksittäiset määräykset. Tällaisia ovat Siltalan mukaan tavallisimmin valtiosääntöoikeuden toimivaltakysymyksiä ja perustavimpia ihmisoikeuksia tai merkitykseltään niihin verrattavissa olevia kysymyksiä käsittelevät ratkaisut.²⁶

Euroopan unionin tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet voivat saada varsin erilaisen ratkaisuarvon riippuen siitä, millainen on niiden rakenteistuneisuuden aste eli millaista institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää ne nauttivat eurooppalaisessa oikeuskäytännössä ja Suomen oikeudessa. Ne saattavat sivuuttaa kansallisen perustuslain, mutta jos ne koetaan räikeällä tavalla Suomen oikeuden ja yhteiskunnan keskeistä arvoperustaa loukkaaviksi, niiden saattaa olla käytännössä mahdotonta syrjäyttää edes kansallista lakia tai asetusta. Jos oikeusohje on vahvasti rakenteistunut eurooppalaiseen yhteinäiseen ja vakiintuneeseen tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntöön, kyse on yleiseurooppalaisesta tulkintakäytännöstä, joka voi saada merkitystä myös suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa.²⁷

Siltalan mukaan eurooppalaistumiskehitys ei siis merkitse jäähyväisiä Kelsenille sen paremmin kuin Aarnion ja Peczenickin oikeuslähteopil-

²⁴ Ibid., s. 286.

²⁵ Ibid., s. 286–287.

²⁶ Euroopan unionin tuomioistuimen ja myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön sisältyy Siltalan mukaan myös merkitykseltään ”keveämpiä” ratkaisuja, joita on pidettävä vain ohjeellisina ratkaisuperusteina ja jotka rinnastuvat lähinnä kansallisiin prejudikaatteihin. Lisäksi on vielä olemassa joukko vanhentuneita, Suomen kansallisen oikeuden kysymykset sivuuttavia tai muutoin merkitykseltään vähäisiä ratkaisuja, jotka saattavat jäädä jopa täysin vaille suomalaisen tuomarin tai muun lain soveltajan ratkaisuharkintaa ohjaavaa vaikutusta. Ibid., s. 292–293.

²⁷ Ibid., s. 309–310.

lekaan. Tätä staattista ulottuvuutta on nyt ainoastaan täydennettävä dynaamisella ulottuvuudella, jonka osalta oikeudellinen ratkaisuharkinta on mallinnettavissa vain aidosti tilannesidonnaisella tavalla.²⁸

Ajatus on yksinkertaisuudessaan houkutteleva. Kun kaikki muut EU-oikeuden osat prejudikaatteja lukuun ottamatta perussopimuksista alkaen²⁹ sijoitetaan hierarkkisesti perustuslain yläpuolelle ja ainoastaan oikeuskäytännön velvoittavuuden osalta joudutaan arvioimaan sen rakenteistuneisuuden astetta, päästään konfliktien käsittelystä miltei kokonaan eroon. Epämukava kalkyylä perustuslain ja EU-oikeuden ristiriitatilanteessa jää niin ikään varsin marginaaliseen osaan, kun monimutkaisessakin tilanteessa voidaan keskittyä ainoastaan sen seikan arvioimiseen, kuinka rakenteistunut yksittäisen prejudikaatin ilmaisema oikeusohje on. Kun huomio olisi prejudikaattien rakenteistuneisuuden asteen arvioinnissa, tuomarin ei tavallaan tarvitsisi myöskään asian varsinaisessa merkityksessä koskaan antaa kansalliselle perustuslaille *etusjaa* EU-oikeuteen nähden.

Kelsen kuvaa normihierarkian kuitenkin seuraavasti:

”Koska normi, oikeuden dynaamisen luonteen mukaisesti, on voimassa siksi että ja sikäli kun se on luotu määrätyllä, nimittäin toisen normin määrämällä tavalla, tämä jälkimmäinen normi on edellisen voimassaolon välitön peruste. Toisen normin luomista säännöstävän ja määrätävällä luodun normin välinen suhde voidaan esittää ylempi- ja alempiasteisuutta koskevan avaruuskuvan avulla. Luomista säännöstävä on korkeampi, määrätävällä luotu on alempi normi. Oikeusjärjestys ei ole tasa-arvoisten, rinnakkaisten oikeusnormien järjestelmä, vaan eri normikerroksista koostuva hierarkia. Sen tekee ykseydeksi normien yhteenkuuluvuus, joka ilmenee siinä, että sellaisen normin voimassaolo, joka on luotu toisen normin mukaisesti, perustuu tähän toiseen normiin, jonka luominen on vuorostaan määräytynyt kolmannen normin mukaisesti; regressi, joka lopulta päättyy – edellytettyyn – perusnormiin.”³⁰

Eurooppalaistumiskehitys ei tietenkään siinä merkityksessä uhkaa kansallisen oikeuden ”kelseniläistä” normihierarkiaa, että laki johtaa velvoittavuutensa perustuslaista, asetus laista jne., kuten Siltala kirjoittaa.³¹ Kuitenkin EU-oikeuden lisääminen perustuslain yläpuolelle Kelsenin tarkoittamassa mielessä merkitsisi edelleen, että kansallinen perustuslaki johtaisi velvoit-

²⁸ Ibid., s. 299–300.

²⁹ Ibid., s. 297–298.

³⁰ Hans Kelsen, Puhdas oikeusoppi (suom. Olli Nikkola), Porvoo 1968, s. 239.

³¹ Siltala 2003, s. 256–257. Siltala ei itse allekirjoita ajatusta perusnormista, Ibid., s. 285 alav. 134.

tavuutensa EU-oikeudesta, toisin sanoen EU-oikeus olisi perustuslain voimassaolon ”välitön peruste” ja samalla säännöstäisi sen syntymistä. Ajatus johtaa tarkalleen siihen jo MacCormickin esittämään vaihtoehtoon, jossa kansallinen perustuslaki kokonaisuutena alistetaan EU-oikeudelle ja se saa velvoittavuutensa ainoastaan EU-oikeuden välityksellä, mikä on mahdoton positio.

EU-oikeuden etusija ei merkitse samaa kuin se, että kansallinen perustuslaki johtaisi velvoittavuutensa EU-oikeudesta, ei edes silloin jos päädyttäisiin kannattamaan sen kategorista etusijaa myös suhteessa perustuslakiin. EU-oikeus voidaan kuitenkin asettaa oikeuslähdeopillisesti perustuslain yläpuolelle myös sisällyttämättä tähän ajatusta yhdestä kelseniläisestä regressistä. Tällöin ongelmaksi muodostuu, kuinka pitkälti perustamissovimukset ja muu EU-lainsäädäntö voidaan erottaa niiden suhteen ylintä tulkintavaltaa käyttävän tuomioistuimen käytännöstä.

Siltala tuntuu olettavan, että koska EU-oikeuden etusija on muotoiltu EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä, myös kaikki konfliktit, joita tämän etusijaperiaatteen nojalle voi syntyä, syntyisivät EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön johdosta. Kuitenkin kun EU-oikeuden etusijaperiaate on tunnustettu, voi konflikteja sen johdosta syntyä minkä tahansa EU-säännöksen perusteella, mikä on havaittu myös käytännössä. Tämä merkitsisi edelleen, että esimerkiksi jonkin perusoikeussäännöksen kanssa ristiriidassa oleva EU-säännös ohittaisi sanotun perustuslain säännöksen kategorisesti, normihierarkian perusteella, kuten Siltala esittää, kun taas EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä muotoiltuna vastaava oikeusohje olisi asetettava ”rakenteistuneisuustestiin”.³²

Yhden hierarkian ajatukseen liittyy vielä eräs erikoinen seikka. Jos sekä EU-oikeus että Euroopan ihmisoikeussopimus asetetaan pääosaltaan hierarkkisesti perustuslain yläpuolelle, se merkitsee, että Suomen perustuslaki johtaa velvoittavuutensa itse asiassa samanaikaisesti *kahdesta toisistaan erillisestä, mutta rinnakkaisesta* normistosta, mikä on kelseniläisessä katsannossa mahdoton johtopäätös. Mikä sitten on näiden suhde toisiinsa, jää niin ikään avoimeksi. Lisäksi sama paloittelun ongelma kuin EU-oikeuden kohdalla koskee myös Euroopan ihmisoikeussopimusta ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytäntöä. Tuomioistuimen tulkintakäytäntöä on

³² Epäselvää on myös, miksi juuri keskeisimmät etusijaratkaisut on asetettava hierarkkisesti perustuslain yläpuolelle, vaikka juuri ne tulevat konfliktissa osittain kyseenalaistetuiksi, ja miksi ihmisoikeuksia ja valtiosääntöoikeudellisia toimivaltakysymyksiä koskevat ratkaisut tulevat EU-oikeuden puolelta kyseenalaistamaan kansallisen perustuslain velvoittavuuden, vaikka realisoituvan konfliktin tilanteessa asetelma on normaalisti täysin vastakkainen.

luontevampaa ja käsittääkseni myös välttämätöntä käsitellä osana sopimusta, sillä väljän sopimustekstin sisältö määrittyy käytännössä pitkälti tuomioistuimen käytännön kautta.

Myös rakenteistuneisuuden arvioinnin kohdentuminen on ongelmallista. Kun on kyse ylimpien normistojen suhteista, joissa myös valtiosääntöiset konfliktit ovat mahdollisia, ei rakenteistuneisuutta voida käsitellä suhteessa Suomen oikeusjärjestykseen *yleisesti*, vaan sitä tulee tarkastella nimenomaan suhteessa perustuslakien. Tällöin ei yleensä kuitenkaan ole mielekästä puhua rakenteistuneisuuden arvioimisesta Siltalan tarkoittamassa mielessä, vaan kyse on yksinkertaisesti perustuslain sisällöstä ja sen tulkinnasta. Samoin on epäselvää, miten pitkälti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EU:n tuomioistuimen ratkaisut voidaan rinnastaa toisiinsa, sillä ihmisoikeussopimuksen ja EU-oikeuden valtiosisäinen asema ja niiden vaikutukset eroavat toisistaan merkittävästi.

Siltalan esitys pitää siis nähdäkseni sisällään kolme pääasiallista ongelmaa suhteessa eurooppalaisten normistojen vaikutuksiin. Ensinnäkin se sisältää väitteen siitä, että kansallisen oikeuden suhde ylikansallisiin normistoihin perustuu kelseniläiseen hierarkiaan. Tämä on myös väite, joka ei enää esiinny sellaisenaan missään eurooppalaisessa kirjallisuudessa. Vaikka kelseniläisen analyysin kautta ei vielä mielestäni saada esille kaikkea olennaista, sikäli kun Kelsenin voidaan käyttää eurooppaoikeudessa, analyysi johtaa pluralismiin.³³ Toiseksi Siltalan esitys sisältää väitteen siitä, että se mitä Siltala kutsuu EU-oikeuden ”dynaamisuudeksi”, voidaan paikantaa ainoastaan ennakkoratkaisuihin ja kolmanneksi, että tämä EU-oikeutta koskeva malli voidaan edelleen samaistaa koskemaan myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöä.

Syrjänen katsoo Siltalan oikeuslähdeopin kritiikissään eurooppalaisen oikeuskäytännön osalta, ettei oikeuslähdeoppia ole syytä kutsua dynaamiseksi vain sillä perusteella, että se mahdollistaa satunnaisuuden tai perustuu siihen, vaan kyse on tällöin pikemminkin epävakaudesta. Syrjänen onkin mielestäni kiinnittänyt huomiota aivan oikeaan asiaan sikäli, ettei sen kaltainen ”dynaamisuus”, jota Siltala esittää, ole tyydyttävä ratkaisu EU-oikeuden vaikutusten kuvaamiseen. Pikemminkin EU-oikeuden ”painoarvon vaihtelun” havaitsemisen tulisi tältä osin olla vasta oikeuslähdeopin kehittämisen lähtökohta, kuten Syrjänen esittää.³⁴

³³ Ks. MacCormick 1999, s. 116–121.

³⁴ Syrjänen 2009, s. 226. Ks. myös Syrjänen, Oikeudellisen ratkaisun perusteista, Jyväskylä 2008, s. 190–205.

Syrjänen kiinnittää myös teorian kannalta huomiota siihen, että Siltalan oikeuslähdeoppi on väistämättä normatiivisempi kuin millaisena hän itse sen esittää.³⁵ Syrjänen ei kuitenkaan pyri kyseenalaistamaan Siltalan varsinaisia tulkintakannanottoja, vaan seuraa Siltalan esitystä kaikissa eurooppalaisen oikeuskäytännön vaikutuksia ja sen velvoittavuutta koskevilla analyyseilla. Hän myös asettaa Siltalan luonnehdinnat tulevan jatkokehittelynsä pohjaksi, mikä johtaa hänet etsimään näiden ”kelluvien” kategorioiden arvioinnille ”yleispäteviä” ja ”ajatuksellisia” välineitä³⁶ sekä empiiristä tarkastelua.³⁷

Se, ettei Siltala kirjoittaessaan vuonna 2003 onnistu deskriptiivisyyteen pyrkivässä oikeuslähdeopissaan tarkemmin kuvaamaan sitä tapaa, jolla tuomioistuimet todellisuudessa toimivat, ei kuitenkaan ole mikään ihme. Pikemminkin on vakavasti asioiden edelle menemistä pyrkiä kuvailemaan sellaista ratkaisukäytäntöä, jota ei edelleenkään ole olemassa sen paremmin suhteessa EU-tuomioistuimen kuin ihmisoikeustuomioistuimenkaan käytäntöön³⁸ ja vieläpä sellaisissa kysymyksissä, jotka edelleen ovat osittain hyvin epäselviä.

Se, että oikeuslähdeopin ”päivittäminen” on osoittautunut niin vaikeaksi, johtuu pitkälti myös siitä, että eri lähteitä on yritetty järjestellä ikään kuin valtiosääntöistymistä, denationalisaatiota ja pluralismia ei koskaan olisi tullutkaan. Mallia on vaikea suoraan päivittää ottamaan huomioon ylikansallisten normistojen vaikutuksia juuri siitä syystä, että se itsessään on kehitetty vastaamaan tilannetta ennen denationalisaatiota. Lähteitä voi pyrkiä asettamaan vierekkäin tai hierarkisesti peräkkäin, mutta vierekkäin asettelu ei kerro mitään lähteiden suhteesta, kun hierarkisointi taas johtaa harhaan siitä riippumatta, miten se konkreettisesti tehdään. Sanottu ei tältä osin tietenkään koske yksinomaan Aarnion ja Siltalan esityksiä, vaan samat perustavimmat ”supernormistoihin” liittyvät ongelmat seuraavat mukana myös esimerkiksi silloin, jos oikeuslähdeoppien pluralismille halutaan antaa myöten, kuten Aarniokin vuoden 2006 esityksessään tekee,³⁹ laatimalla

³⁵ Ks. tästä Siltala 2003, s. 195.

³⁶ Syrjänen 2009, s. 220–226.

³⁷ Syrjänen 2008, s. 203. Syrjänen kritisoi Siltalan analyyttis-deskriptiivistä ja mahdollisimman autenttiseksi tarkoitettua oikeuslähdeoppia siitä, ettei se lainkaan perustu empiiriseen tarkasteluun.

³⁸ Kansallisten valtiosääntötoimijoiden ja EIT:n välisistä dialogeista ks. Matti Pellonpään artikkeli tässä teoksessa. Pyrkimyksestä dialogiin EIT:n kanssa ks. myös Pauliine Koskelon eriyvä mielipide isyyslakia koskevassa ratkaisussa KKO 2012:11.

³⁹ Aarnio 2006, s. 289.

useita rinnakkaisia esimerkiksi oikeudenalakohtaista oikeuslähdeoppia koskevia esityksiä. ”Supernormistoja” ja niiden suhteita koskevat ongelmat näkyvät samanlaisina kaikissa perinteisen mallin mukaisissa velvoittavuusnäkökulmasta järjestetyissä oikeuslähdeopin esityksissä juuri siksi, että ne ovat ”supernormistoja”.

Siltalan ajattelussa on kuitenkin jo itsessään hyvin mielenkiintoista se, että hän pitää selvänä, että tuomioistuimilla on ainakin osittain valta ratkoa valtiosääntöisiä konflikteja. Samalla kannalla on ymmärtääkseni myös Aarnio.⁴⁰ Vaikka Siltala toteaa yleisesti, etteivät kansalliset tuomioistuimet välttämättä hyväksy kaikkea EU-oikeutta (oikeuskäytäntöä), hän ei tarkemmin eritele sitä, miksi näin mahdollisesti tapahtuisi ja mitä kriteereitä tuomioistuimet käyttäisivät tai niiden tulisi käyttää arvioidessaan EU-oikeuden hyväksyttävyyttä.

Siltala ei myöskään käsittele kysymystä siitä, millä edellytyksillä tuomioistuimilla on mahdollisuus käsitellä konflikteja ja mikä olisi tällaisessa tilanteessa tuomioistuinten suhde perustuslakia lakien perustuslainmukaisuuden ennakkokontrollissa tulkitsevaan perustuslakivaliokuntaan. Lukemalla tähänastisia päivitysehdotuksia voi helposti jäädä siihen käsitykseen, että juuri tuomioistuimet olisivat se paikka, johon valtiosääntökonfliktit ensisijaisesti tulevat ja joissa niitä ratkotaan. Ylivoimaisesti suurinta osaa näistä mahdollisista konflikteista käsitellään Suomessa kuitenkin ensin perustuslakivaliokunnassa ja myös ylimmät lainvalvojat voivat joutua ottamaan niihin kantaa. Jos siis tuomioistuimilla on oma roolinsa konfliktien käsittelyssä, on ensin myös otettava kantaa siihen, miten tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten toimijoiden välisen dialogin tulisi tällaisissa tapauksissa toteutua. Seikka, jota Siltala ei yleisemminkään ota ylimpien normistojen suhteen esille, on asian valtiosääntöoikeudellinen ulottuvuus.

3 OIKEUSLÄHDEOPPI KOHTAA VALTIOSÄÄNTÖOIKEUDEN TUOMIOISTUIMESSA

Se, että Siltala sivuuttaa tarkastelussaan valtiosääntöoikeudelliset kysymykset, ei ehkä ole yllättävää sitä taustaa vasten, että valtiosääntöoikeudelliset näkökohdat loistivat pitkälti poissaolollaan siinä ympäristössä, jossa Aarnio kirjoitti. Toisin kuin Peczenik, joka viittasi lakien sitovuuden tueksi myös

⁴⁰ Aarnio 2006, s. 292 ja 295.

Ruotsin hallitusmuodon 1. luvun 1 §:n säännökseen, jonka mukaan ”Den offentliga makten utövas under lagarna”,⁴¹ Aarnio ei koskaan kytkenyt ajatteluaan edes muodollisesti perustuslakien säännöksiin, vaikka vastaava lakisidonnaisuussäännös olisi meilläkin ollut tarjolla hallitusmuodon 92 §:ssä.⁴² Sama hiljaisuus hallitusmuodon säännöksistä koski suomalaista oikeusteoriaa laajemminkin eivätkä myöskään valtiosääntötutkijat tarjoilleet tätä näkökohtaa teoreetikoille kovin innokkaasti siitä huolimatta, että hallitusmuodon säännöksistä olisi osaltaan voinut löytää johtoa niin oikeusperiaatteita, oikeusaukkoa kuin tulkintaoppiakin koskevissa kysymyksissä.⁴³ Jälkikäteen arvioituna näyttää selvältä, että oikeusteorian perinteinen keskittyminen yleisissä tuomioistuimissa sovellettavaan oikeuteen ja valtiosääntöoikeudessa vallalla ollut käsitys, jonka mukaan lakien suhde perustuslakiin voitiin arvioida vain lainsäätämisyvaiheessa, muodostivat yhtälön, jonka tuloksena oikeuslähdeopilla ja valtiosääntöoikeudella ei ollut juurikaan kosketuspintoja toisiinsa.

Kuten Viljanen on huomauttanut, kun eduskunnan säätämään lakiin puuttuminen nähtiin demokratiaperiaatteen kannalta kyseenalaisena ja tämä yleistettiin koskemaan perusoikeuksien käyttämistä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ylipäätään, oli selvää, ettei muilla oikeudenaloilla kuin valtiosääntöoikeudessa ollut oikeastaan mitään syytäkään olla kiinnostunut perusoikeuksista. Oikeuslähdeoppia ei pyrittykään ankkuroimaan normatiivisesti valtiosääntöön, vaan esimerkiksi oikeusteorian oppikirjoissa, kuten juuri Aarnion vuoden 1989 esityksessä, lain ja maantavan oikeuslähdeopillinen asema vahvasti velvoittavana oikeuslähteenä perusteltiin

⁴¹ Esim. Aleksander Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Göteborg 1995, s. 227.

⁴² Tässä yhteydessä ei ole mahdollista syventyä Aarnion nykyiseen perusoikeusajatteluun laajemmin. Mainittakoon kuitenkin, että pidän perusoikeusperiaatteiden ja muiden oikeusperiaatteiden välillä vallitsevaa jännitettä Aarnion esittämässä muodossa laajalti keinotekoisena. Aarnio esim. näkee perusoikeusjärjestelmän ulkoisina kirjoittamattomina periaatteina itse korostamansa oikeusvaltioperiaatteen sekä yksityisomistuksen periaatteen, jotka kuitenkin on turvattu perustuslain 2 ja 15 pykälissä. Aarnio, *Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta*, Helsinki 2011, s. 84. Myös PL 8 §:ssä säädetty rikosoikeudellinen laillisuusperiaate on Aarniolle yhä oikeudenalakohtainen periaate, jota ”ei voida korvata yleisillä perusoikeuksista johdettavilla periaatteilla, olivatpa ne miten ’hyväksyttäviä’ tahansa”. Aarnio 2006, s. 39. Ongelmallinen on myös ajatus erityisistä perusoikeusneutraaleista oikeudenaloista, joihin kuuluu ainakin testamenttioikeus. Aarnio 2011, s. 84. Vastakkaisesta käytännöstä ks. KKO 2012:11.

⁴³ Ainoa tuntemani huomautus löytyy Kastarin alaviitteestä vuodelta 1956, jossa kritiikki kohdistuu Aatos Alasen ajatteluun. Paavo Kastari, *Valtiosääntöoikeuden ja sen tutkimisen erikoisluonteesta*, Lakimies 1956, s. 785–786 alav. 12.

viittaamalla vuoden 1734 oikeudenkäymiskaaren vanhoihin säännöksiin.⁴⁴

Oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 §:n mukaan:

”Tuomarin pitää tarkoin tutkia lain oikeata tarkoitusta ja perustusta sekä tuomita sen mukaan, mutta ei vastoin sitä, oman mielensä mukaan. Maan tapa, jos se ei ole kohtuuton, olkoon hänellä myös ohjeena tuomitessansa, kun säädettyä lakia ei ole.”

Vertailun vuoksi voimassa olleen vuoden 1919 hallitusmuodon 92 § kuului:

”Kaikessa virkatoiminnassa on laillisen seuraamuksen uhalla tarkoin lakia noudatettava.

Jos asetuksessa oleva säännös on ristiriidassa perustuslain tai muun lain kanssa, älköön tuomari tai muu virkamies sitä sovelluttako.”

Koska suurta osaa valtiosääntöoikeudellisista kysymyksistä ei koskaan käsitellä tuomioistuimessa ja varsinainen perustuslakikontrolli oli ainoastaan ennakkokontrollia, valtiosääntötutkija saattoi puolestaan monesti hyvin perustein sivuuttaa varsinaisen tuomioistuinnäkökulman kokonaan. Vaikka Aarnio itse yleisti tuomioistuinnäkökulman koskemaan myös kaikkea lainopillista tutkimusta, on selvää, ettei Aarnion oikeuslähteoppi näin ollen palvellut myöskään valtiosääntöoikeuden tutkijan näkökulmaa; oikeudenkäymiskaaresta ei ollut apua lain säätämiskysymyksiä harkittaessa ja se muun muassa jätti huomiotta perustuslakivaliokunnan kannanottojen keskeisen aseman.

Timonen on kritisoinut Aarnion ajattelua tutkijan näkökulman sivuuttamisesta erityisesti sillä perusteella, että se jättää huomiotta toisaalta tuomarin ratkaisupakon ja toisaalta oikeustieteelle ominaisen systemaattisuuden.⁴⁵ Aarnion mallin voi kuitenkin nähdä pyrkimyksenä kodifoida sellaisen lainopin noudattamaa oikeuslähteoppia, joka tavoittelee tuomioistuimissa mahdollisimman kestäväää lopputulosta, sillä kuten Syrjänen on huomauttanut, tulkintasuosituksia antavan lainopin on väistämättä käytettävä samaa oikeuslähteoppia kuin tuomarinkin.⁴⁶ Se, mitä malli sen sijaan ei lainkaan

⁴⁴ Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeudet eri oikeudenaloja yhdistävinä tekijöinä, teoksessa Veli-Pekka Viljanen (toim.), Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus, Turku 2002, s. 28.

⁴⁵ Pekka Timonen, Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä, Helsinki 1987 ja Timonen, Tutkijan ja tuomarin oikeuslähteoppi: oikeuslähteopin eräiden lähtökohtien tarkastelua. Lakimies 1989, s. 666–688. Ks. keskustelusta kuitenkin myös esim. Tolonen 2003, s. 27–28.

⁴⁶ Syrjänen 2008, s. 181.

tavoita, on sellainen lainopillinen tutkimus, joka ei ylipäättään suuntaudu tuomioistuimiin.⁴⁷

Kun erityisesti 1970- ja 1980-luvuilta alkaen suora viittaaminen perusoikeussäännöksiin yleistyi myös korkeimpien oikeuksien käytännössä⁴⁸ ja viranomaisten velvollisuus perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan tuli sekin ilmaistuksi perustuslakivaliokunnan käytännössä jo 1980-luvulla⁴⁹ ja kun tuomioistuimilla oli jo tuolloin myös velvollisuus jättää lakia alemmanasteisempi normi soveltamatta sen ollessa ristiriidassa perustuslain perusoikeussäännöksen kanssa, aarniolaista oikeuslähdeoppia olisikin ollut mahdollista kritisoida jo 1980-luvun näkökulmasta. Aarnion kirjoittaessa se, missä määrin tuomioistuimet sovelsivat valtiosääntöoikeutta, oli silti edelleen melko marginaalista.

Vaikka Aarnion oikeuslähdeoppi ei siis ollut omiaan vauhdittamaan perusoikeuksien tulemistä osaksi normaalia oikeudenkäyttöä, tiettyssä mielessä sen kohtaamattomuus valtiosääntöoikeuden kanssa ei muodostanut mallille itselleen suurta ongelmaa ennen kuin vuoden 2000 perustuslain kokonaisuudistuksen yhteydessä perustuslakiin sisällytettiin uusi 106 § säännös perustuslain etusijasta. Kun valtiosääntöoikeus sitten toden teolla tuli tuomioistuinten oikeudenkäytön piiriin 2000-luvulla ja valtiosääntöoikeutta oli vakavasti alettava tarkastella tuomioistuin näkökulmasta, sen ottaminen haltuun oikeuslähdeopilla, jonka hahmottamisen lähtökohtana on käytetty vuoden 1734 oikeudenkäymiskaarta, kävi yhä vaikeammaksi.

Oikeuslähdeopin päivitysehdoituksissa perustuslaki on kyllä lisätty lain yläpuolelle ”uudeksi” oikeuslähteeksi, mutta muilta osin niissä ei ole pyritty

⁴⁷ Vaikka perinteinen valtiosääntöoikeus muodostaa mallin kannalta ehkä suurimman katvealueen, mallin kohtaanto julkisoikeuden kanssa on myös yleisesti ottaen huonompi kun yksityisoikeuden, samoin rikosoikeudessa suurin osa Aarnion mainitsemista mahdollisista oikeuslähteistä sulkeutuu pois rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen takia. *Muiden oikeudenalojen valtiosääntöistyminen* muokkaa nykyisin sekin osaltaan tutkijan näkökulmaa. Esimerkkinä lainopillisesta tutkimuksesta, joka on jo melko etäällä Aarnion olettamasta tutkijan positiosta, voi mainita vaikkapa Sakari Melanderin kriminalisoimisen edellytyksiä koskevan tutkimuksen, jossa yhdistyy elementtejä sekä perinteisestä rikosoikeudesta että valtiosääntöoikeudesta ja jonka ensisijainen kohde on lainsäätämisen menettely. Sakari Melander, *Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*, Vammala 2008.

⁴⁸ Martin Scheinin, *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*, Jyväskylä 1991, s. 215–266. Kirjallisuudessa on jo aiemmin korostettu tuomioistuinten ja muiden viranomaisten velvollisuutta ottaa perusoikeudet huomioon ratkaisuisaan. Varhaisista kirjoituksista ks. oikeusneuvos Voitto Saarion kirjoitus, joka käsittelee tuoreeltaan myös KP- ja TSS-sopimusta. Saario, *Oikeuslaitoksen merkitys ihmisen perusoikeuksien ja -vapauksien turvaajana*, Lakimies 1968, s. 965–976 sekä Antero Jyränki, *Näkökohtia Suomen perusoikeusjärjestelmästä*, Lakimies 1968, s. 977–1002.

⁴⁹ Esim. PeVL 6/1988 vp.

purkamaan Aarnion esikuvan lakikeskeistä lähestymistapaa, mikä osaltaan selittää sitä, minkä vuoksi niiden avulla ei ole helppoa tarkastella ylimpiin normistoihin liittyviä kysymyksiä laajemmin. Ongelmallista päivitysehdotuksissa ei ole ainoastaan se, ettei niissä ole voitu onnistuneesti esittää eurooppalaistumiskehityksen mukanaan tuomia monitahoisia ja osittain ristiriitaisiakin vaatimuksia, vaan jo se, että oikeuslähteoppia on pyritty päivittämään ainoastaan alhaalta ylöspäin.

Nykyisin valtiosääntöoikeudellisten näkökohtien huomioonottamisella voisi olla vaikutuksia myös oikeuslähteopin alemmilla tasoilla. Oikeudenkäymiskaaren asema oikeuslähteopin fundamenttina selittänee muun ohella myös sitä, miksi *maantapa* on niin sitkeästi pitänyt keskeisen paikkansa oikeuslähteopin kuvauksissa siitä huolimatta, ettei yksikään kirjoittajista liitä siihen kovin suurta merkitystä ja lisäksi jokainen antaa sille hiukan toisistaan poikkeavan sisällön.⁵⁰ Maantapaa tuskin on sovellettu tuomioistuimissa ainakaan sen useammin kuin perustuslakia ennen vuotta 2000, joten syy sille annetulle keskeiselle asemalle ei ole ensisijaisesti käytännöllinen.

Tapaoikeuden huomioon ottamiselle oikeuslähteopissa voisi mahdollisesti nykyisin olla uusi tilaus esimerkiksi kansallisen ja ylikansallisen itsesääntelyn kohdalla,⁵¹ mutta tällöin sen velvoittavuutta tuskin voitaisiin palauttaa vuoden 1734 lakiin eikä sitä liiemmin voitaisi asettaa samalle paikalle, johon Aarnio 1980-luvulla sijoitti maantavan. Kriitikissään pisimmälle menee ehkä Tuori, joka kutsuu maantapaa esimoderniksi jäänteeksi ajalta, jolloin oikeuden positivoituminen tuskin oli edes alkanut. Tuorin mukaan maantavan asema itsenäisenä oikeuslähteenä voidaankin oikeudenkäymiskaaren säännöksen muodollisesta voimassaolosta huolimatta asettaa koko-

⁵⁰ Esim. Aarnio itse katsoo, että nykyisin maantapa voisi muodostua vain ylimpien tuomioistuinten käytännön kautta. Aarnio viittaa Aatos Alasen käsitykseen, jonka mukaan virallinen oikeuskoneisto saa tätä kautta mahdollisuuden kontrolloida tavan kohtuullisuutta. Aarnio 1989, s. 225. Ehdotus kuulostaa sinänsä järkevältä, mutta sen soveltaminen johtaa Aarnion oikeuslähteopin kannalta joihinkin vaikeuksiin. Erityisesti tällaisen oikeuskäytännön erottaminen ”tavallista” laintulkintaa koskevasta oikeuskäytännöstä, jonka oikeuslähteopillinen arvo on Aarnion mukaan heikosti velvoittava, on vaikeaa. Olisiko maantavan perustava oikeuskäytäntö oma kategoriansa, joka olisi painoarvoltaan vahvasti velvoittava toisin kuin lain tulkintaan perustuva oikeuskäytäntö? Tällöin tapaoikeudelliseen ainekseen perustuva käytäntö olisi vahvemmin velvoittavaa kuin säädännäiseen oikeuteen perustuva käytäntö. Kun on epätodennäköistä, että tapauksen ratkaisu perustuisi pelkkään maantapaan, olisiko maantavan konstruoivat lausumat tällöin poimittava tuomiosta erilleen? Tällöin sama tuomioistuinratkaisu sisältäisi sekä vahvasti että heikosti velvoittavia ainesosia.

⁵¹ Ks. keskustelusta Suomessa esim. Tapio Määttä, *Soft law kansallisen oikeuden oikeuslähteenä*. Tutkimus oikeudellisen ratkaisun normipremissin muodostamisen perusteista ympäristöoikeudessa. *Oikeustiede–Jurisprudentia XXXVIII:2005*, s. 336–460 ja Riku Neuvonen: *Tapaoikeus oikeuslähteopissa*, *Lakimies 2006*, s. 405–432.

naan kyseenalaiseksi.⁵² Ilmeistä on, että nykyisin perustuslain säännökset, esimerkiksi PL 80.1 §, jonka mukaan yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista on säädettävä lailla – ei ainoastaan oikeudenkäymiskaaren 1:11 §:ssä asetettu kohtuullisuusvaatimus – asettavat ne puitteet, joissa maantapaa ylipäätään voidaan käyttää oikeuslähteenä.

Myös Mähönen katsoo, ettei maantapaa voida enää lainkaan rinnastaa lakiin. Hän viittaa kantansa tueksi perustuslakivaliokunnan mietintöön PeVM 10/2002 vp, jossa valiokunta piti kestävämmänä käsitystä, että perustuslain 57 §:n yksiselitteisestä sanamuodosta huolimatta voisi olla voimassa vuosisatoja vanhaan käytäntöön perustuvaa lain veroista tapaoikeutta.⁵³ Asiassa ei kuitenkaan ollut kyse tapaoikeuden asemasta yleisesti vaan ainoastaan siitä, etteivät presidentin tehtävät voi nykyisen perustuslain valossa perustua käytäntöön pohjautuvaan tapaoikeuteen, kun 57 §:n mukaan presidentti hoitaa hänelle ”perustuslaissa tai muussa laissa erikseen säädetyt tehtävät”.⁵⁴ Silti Mähösen mainitsema esimerkki kuvastaa sitä, miten perustuslain uudistus trivialisoi maantavan asemaa entisestään. Määttä sen sijaan mainitsee harvinaisena esimerkkinä edelleen voimassa olevasta ylimuistoisesta maantavasta jokamiehenoikeuteen kuuluvan *oikeuden leiriytyä* muutamaksi päiväksi toisen kiinteistölle.⁵⁵

Valtiosääntöoikeus asettaa siis haasteen perinteiselle oikeuslähteopille kahdella toisiinsa kiinteästi liittyvällä tavalla: toisaalta suoraan perustuslain uudistusten mukanaan tuoman kansallisten perusoikeuksien merkityksen vahvistumisen kautta ja toisaalta välillisesti sitä kautta, että valtiosääntö välittää ja säännöstää ylimpien normistojen välisiä suhteita. Samalla kyse on niistä konkreettisista valtiosääntöoikeudellisista ratkaisuksista, jotka lopulta pitkälti määrittävät kansallisten tuomioistuinten liikkumavaran ja myös merkittävässä määrin sen, kuinka tuomioistuinten lopulta potentiaalisen ristiriidan tilanteessa tulee menetellä.

⁵² Kaarlo Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi, Vantaa 2000, s. 175. Yleisesti käytettynä oikeuslähteenä tavanomainen oikeus kuuluu pikemminkin 1600-luvulle kuin edes 1700-luvulle. Keskustelusta, joka on nykyisenkin oikeusteorian kannalta hyvin tuttua ks. viimeksi Iisa Vepsä, Lain ja asian luonteen mukaan – oikeuslähteet 1700-luvulla, Lakimies 2012, s. 513–514.

⁵³ Jukka Mähönen, Taloustiede lain tulkinna, Lakimies 2004, s. 52.

⁵⁴ Rukouspäiväjulistuksen antamista koskevassa asiassa valiokunnan kanta erosi oikeuskanslerin aiemmin uskonnonvapauskomitean mietinnöstä antamasta lausunnosta, jossa oikeuskansleri oli katsonut, että julistuksen antamisen perusteena oleva vuosisatainen tapaoikeus muodostaa perustuslain 57 §:ssä edellytettyyn lakiin rinnastuvan oikeusperusteen. PeVM 10/2002 vp, s. 5.

⁵⁵ Määttä 2005, s. 402.

Tähän teokseen sisältyvän toisen kirjoitukseni aiheena on tuomioistuinten aseman selkiyttäminen tilanteessa, jossa se joutuu ottamaan kantaa kansallisen oikeuden ja unionin oikeuden välille mahdollisesti syntyvään valtiosääntökonfliktiin. Tässä kirjoituksessa kokoan oikeuslähdeoppia koskevat johtopäätökseni yhteen toteamalla, ettei sen paremmin alkuperäinen kuin päivitettykään aarniolainen oikeuslähdeoppi ole hyvä väline sellaisen kysymyksen tarkastelemiseen, jossa on valtiosääntöoikeudellinen ulottuvuus. Vaikka oikeuslähdeoppia tuskin voidaan koskaan enää hahmottaa vain kansallisesta valtiosäännöstä käsin siten kuin oikeuspositivismin klassikot Kelsen ja Hart esittivät, yksi eurooppalaistumisen ja valtiosääntöistymisen keskeisistä opetuksista kuitenkin on, ettei ylimpiä normistoja koskevia kysymyksiä myöskään voida käsitellä kattavasti silloin, jos valtiosääntöoikeudellinen ulottuvuus jätetään huomiotta.

Kysymystä ”supernormistojen” suhteesta ei siis voida yrittää ratkaista lähestymällä kysymystä ainoastaan oikeuslähdeopin kautta, vaan on aloitettava kauempaa. Yhden keskeisen osan tehtävää, joka liittyy oikeuden kontekstuaalisuuden ja tilannesidonnaisuuden synnyttämään haasteeseen vastaamiseen, täytyy nähdäkseni yksinkertaisesti olla pyrkimys niiden kontekstien erittelemiseen, joissa tämä kontekstuaalisuus tapahtuu. Jos oikeuslähdeopin uudelleen kodifioimisen mahdollisuus vielä halutaan pitää avoinna, on ennen lopullisten johtopäätösten tekemistä syytä siirtyä kontekstuaalisuuden havaitsemisesta kontekstien analysoimiseen. Nykyisellään tähän ei oikeastaan ole tarjolla muuta keinoa kuin avoin normatiivinen argumentaatio ja sen testaaminen. Puhdas deskriptio sen paremmin kuin esimerkiksi empiriakaan eivät tule kyseeseen sellaisten tilanteiden osalta, joita koskevaa oikeuskäytäntöä ei vielä ole ja joiden osalta ei välttämättä ole odotettavissa, että oikeustila vakiintuisi aivan pian, vaikka oikeuskäytäntöä saataisiin.

Se, että juuri oikeuslähdeoppia koskeva kysymys nostettiin esiin ensimmäisenä EU-jäsenyyden voimaantumisen jälkeen, ei välttämättä johdu siitä, että se olisi olennaisin oikeusjärjestysten keskinäisten suhteiden hahmottamiseen tähtäävistä kysymyksistä, eikä siitä, että se olisi tässä suhteessa riittävä kysymys, kuten alkuaikoina usein esitettiin. Pikemminkin on kyse siitä, että oikeuslähdeopilla on pitkään ollut erityinen paikkansa suomalaisessa ja pohjoismaisessa oikeusteoriassa. Se oli luonnollinen kysymys esitettäväksi ensimmäiseksi siinä ympäristössä, jossa se 1990-luvun puolivälissä nostettiin esiin.

Aarnion alkuperäinen oikeuslähdeoppi ei siis nähdäkseni muodosta mielekästä perustaa nykyisen pluralismin ja interlegaliteetin hahmottamiseksi

oikeuslähdeopissa. Toisaalta siitä, ettei Aarnion 1980-luvulla esittämää mallia enää voida suoraan päivittää vastaamaan nykytilannetta, ei tietenkään vielä itsessään seuraa, että aarniolainen ajattelu sinänsä olisi hylättävä yhtenä oikeuslähdeopin inspiraation lähteistä. Itse en myöskään näe esteitä sille, etteikö keskustelua oikeusjärjestysten suhteista jatkettaisi myös oikeuslähdeopin osalta. Suhtaudun kuitenkin hieman epäilevästi siihen, onko kaikkiin niihin kysymyksiin, jotka ovat avoinna nykyisessä oikeuslähdeopin hämmennyksen ja mahdollisen uudelleenmuotoutumisen vaiheessa, enää mielekästä pyrkiä vastaamaan sellaisin yhden kirjoittajan kokonaiskodifikaatioin, jollaista Aarnio vielä 1980-luvulla saattoi ehdottaa. Sen sijaan pidän lupaavampana sellaista Syrjäsen open source -menetelmäksi⁵⁶ nimeämää lähestymistapaa, joka perustuu oikeudenalat ylittävään keskusteluun ja vastavuoroiseen täydentämiseen ja josta valtiosääntöoikeuden ja oikeusteorian vuorovaikutus muodostaa vain yhden esimerkin.

⁵⁶ Syrjänen 2008, s. 208.