

# Lainopin merkitys ratkaisun keksimisessä ja perustelemisessa – muistikuvia työstäni korkeimmassa oikeudessa

## 1. Aluksi

Kun luin sen, mitä tulin näille sivuille kirjoittaneeksi, tuli tuttuuden tunne. Olen kuunnellut tällaisia puheita aikaisemminkin, viimeksi 2000-luvun alussa silloisen kollegani Per Lindholmin suusta, kun korkeimman oikeuden samoille piireille järjestämässä tilaisuudessa puhuttiin samasta aiheesta. Luotan runoilijaan, joka väittää: ”Kun kaikki on sanottu, on aika sanoa kaikki uudelleen, ja sitä paitsi yleisöhän vaihtuu.”<sup>1</sup>

## 2. Ratkaisun keksiminen

Kuten hyvin tiedetään, ratkaisun tekemisessä erotellaan ratkaisun keksiminen ja ratkaisun oikeuttaminen eli oikeaksi todistaminen.<sup>2</sup> Ensin tuomari keksii tai oivaltaa ratkaisunsa samalla tavalla kuin tiedemies keksii tieteellisen havainnon tai keksinnön. Tämä vaihe voi kestää pitkäänkin, ja usein siihen kuuluu monipolvisia harhailuja vääräksi osoittautuvilla sivupoluilla. Joskus keksiminen syntyy vasta monen uuden yrityksen jälkeen. Keksimisen vaihetta voi olla mahdotonta luotettavasti jälkikäteen sanoin kuvailla.<sup>3</sup> Tästä huolimatta yritän seuraavassa

\* *Pertti Välimäki* †, OTT, oli siviilioikeuden dosentti Helsingin yliopistossa sekä korkeimman oikeuden oikeusneuvos 2000–2016. Hän oli uransa aikana pitkään asianajajana ja sen jälkeen tutkijana ja opettajana yliopistolla ennen siirtymistään korkeimpaan oikeuteen. Kirjoitus perustuu esitykseen korkeimpien oikeuksien ja yliopistotutkijoiden korkeimmassa hallinto-oikeudessa 14.2.2020 pidetyssä Oikeuskäytäntö oikeustieteessä, oikeustiede oikeuskäytännössä -seminaarissa. Kirjoituksen postuumista julkaisemisesta on sovittu Pertti Välimäen lähiomaisten kanssa.

1. Ks. Aki Salmela, Eläimen varjo. Tammi 2019, s. 63–64.

2. Jyrki Virolainen – Petri Martikainen, Tuomion perustelemisen. Talentum 2010, s. 11 ss. ja sivuilla viitatus lähteet. Ks. myös Ilkka Niiniluoto, Tieteellinen päättely ja selittäminen. Otava 1983, s. 9, 118 ss., 142 ss.

3. Jos sitä yrittää kirjoittamalla kuvailla, tuloksena voi olla mielenkiinnottomia tajunnanvirtaa, lukukelvotonta roskaa. Siksi sellaista päiväkirjatekstia ei pidä perusteluihin kirjoittaa.

hahmottaa keksimisvaiheesta jotain yleistä. Mielessäni on vaikean siviilijutun ratkaiseminen.

Keksimisvaihetta Lindholm kuvasi niin, että siinä ajattelu toimii kuin separaattori.<sup>4</sup> Vertaus osuu kohdalleen. Ajatteluseparaattorin käytön kuvailussa erottelun kaksi vaihetta. Ensimmäisessä otin jutun haltuun, millä tarkoitan sen separoimista eli erittelemistä tai selvittämistä – mikä oli itse juttu ja miltä osin se oli korkeimman oikeuden pöydällä. Tässä ensimmäisessä vaiheessa oikeusnormeista olivat mukana prosessisäännöt erottelemassa sitä kysymystä, mitä voidaan käsitellä ja mitä ei. Ensimmäisen separointikierroksen tuloksena syntyi jutun käsiteltävä osa, puhtaampi polttoaine.

Sitten aloitin toisen separointikierroksen. Siinä syötin separaattoriin ensimmäisen erottelun tuloksen, puhtaamman polttoaineen ja materiaalsen oikeuden aineiston. Tämän toisen kierroksen tuloksena oli tarkoitus erotella jutun sellainen ratkaisu, joka voitiin julkaista prejudikaattina. Nyt ajatteluseparaattorissa pyörivät ensimmäisen kierroksen tulokset, kysymyksenasettelu ja materiaalsen oikeuden lähdeaineisto.

## I Juttu haltuun:

- Muutoksenhakemus
- Vastaus
- HO:n ratkaisu
- KäO:n ratkaisu
- Kanne ja vastaus
- Faktat
- Prosessisäännöt

## II Prejudikaatin jalostus:

- Haltuun otetun jutun puhtaampi polttoaine
- Oikeudellinen kysymyksenasettelu
- Materiaalsen oikeuden säännöt ja muut oikeuslähteet

Miten ohjelmoin separaattorin niin, että tästä toisen kierroksen sekamelskasta saatiin esiin – keksittiin – hyväksyttävä ratkaisu?

Ratkaisevaa oli kysymyksenasettelu, jonka pohjalta aloin puhutella kaikkea muuta joskus ristiriitaistakin aineistoa ja ennen kaikkea materiaalsen oikeuden lähteitä.

Materiaalsen oikeuden aineksia latasin separaattoriin pienissä erissä, sitä mukaa kuin ymmärsin tai luulin niillä olevan merkitystä: lainvalmistelutöitä, aikaisempia prejudikaatteja ja lainoppia. Tällaisesta materiaalsen oikeuden käsitteystä syntyi siivilä tai ohjelma, jolla aineistosta alkoivat viimeisetkin epäpuhtaudet poistua ja ratkaisu alkoi hahmottua. Jos tulos näytti jonkin ajan kuluttua aivan kummalliselta, silloin oli aloitettava alusta, siis ladattava separaattoriin uudelleen samat perusaineet mutta jollakin toisella lainopillisella näkökulmalla.

4. Separaattori on erottelulaite: esimerkiksi meijerissä kerma erotetaan maidosta separaattorilla. Laivoissa on separaattoreita, joilla polttoaineesta erotetaan vettä ja epäpuhtauksia.

Sitten tai joskus vielä uudelleen ladattuna ratkaisu alkoi tulla esiin, ensin epä-määräisesti kuin usvan takaa ja sitten vähitellen kirkastuen.

Mikä oli lainopin merkitys? Luulen, että sillä on keksimisessä aivan ratkai-seva rooli. Lainopin työvälineillä järjestyi ennen kaikkea jokainen oikeudellinen kysymyksenasettelu. Millaista lainoppia ja lainopin työvälineitä tarkoitat? Kun kyse on oikeudellisesti vaikeista ja monimutkaisista jutuista ja niihin kuuluvista kysymyksenasettelusta ja ongelman ymmärtämisestä, kyse on konstruktii-visesta tai systematisoivasta, yleisiä oppeja ja periaatteita luovasta ja niitä kyseenalais-tavasta sekä kehittelevästä lainopista. Kyse on siis sellaisesta lainopista, jota on kirjoitettu hitaasti ajan kanssa pohdiskellen ja jossa ei ole kaihdettu seuraavia vaikeita kysymyksiä: ovatko tämän alan yleiset opit ja periaatteet ajan tasalla vai pitäisikö niistä sanoa jotain toisin ja viedä niitä toiseen suuntaan?<sup>5</sup>

Vanhastaan tällaista lainoppia syntyi kypsissä väitöskirjoissa ja muissa mo-nografoissa, joissa systematiikan taju ja taito ymmärtää ongelman paikka oi-keusjärjestyksessä olivat itsestään selvä tavoite. Tällainen oikeustutkimus on nykyisessä yliopistopolitiikassa vaarassa.<sup>6</sup> Seuraavassa kaksi esimerkkiä:

- Klassikoita ovat analyttisen oikeustieteen oikeusasema- ja suhde-käsitteet. Omalta alaltani jäämistöoikeudesta esimerkiksi käy tilanne, jossa perittävä on tehnyt kaksi testamenttia, joista ensimmäisen testamentin rintaperillensä A:n hyväksi. Testamentista johtuu, että A on kaksoisrootissa, sillä hän on sekä perilli-nen että testamentinsaaja. Tämä on tärkeä erottelu tilanteessa, jossa perittävä on tehnyt toisenkin testamentin, nyt toisen rintaperillisen B:n hyväksi. Jos A katsoo jälkimmäisen testamentin loukkaavan oikeuksiaan, hänen on pitänyt ratkaista, mitä asemaa jälkimmäinen testamentti loukkaa: hänen perillisasemaansa vai hänen testamentinsaajan asemaansa. Tämä on pitänyt ratkaista, minkä oikeus-keinon ja oikeustien hänen on tullut valita (pesänjakajan toimitusmenettelyssä esitetty vaatimus vai käräjäoikeudessa nostettu testamentin moitekanne; se myös ratkaisee, mitä korkein oikeus voi asiassa tehdä).<sup>7</sup> Se, että osaa asettaa tällaisia kysymyksiä, edellyttää, että on jossain vaiheessa opiskellut näitä kysymyksiä kä-sittelevää lainoppia. Jos tarkkoja ollaan, perusteita tällaiselle ajattelulle voidaan löytää vanhastakin filosofiasta, esimerkiksi René Descartesin metodin esityksestä.<sup>8</sup>

5. Houstonin yliopiston sosiaalipsykologian professori Paul F. Secord asetti eräässä suomalaista yliopistovirkaa koskevassa viranhakulusunnossaan korkealaatuiselle yhteiskuntatieteelle kolme kriteeriä: (1) terävä kriittinen ajattelu, (2) omaperäisyys ja luovuus (siis ei jauheta tutkimus tutkimuksen perään latteuksia latteuksien perään) ja (3) syvä ymmärrys (siis korkean tason teoretisointi ja käsitteellistäminen), ks. Antti Eskola, Mikä henki meitä kannattelee. Tammi 2009, s. 225. Nämä sopivat myös kivikovan lainopin tavoitteiksi. Ks. myös Kaarlo Tuori, Oikeustieteen laatukriteerit. LM 6/2019, s. 787, jonka mukaan oikeustieteen laatukriteereitä tulee hakea tie-teellisen tutkimuksen yleisistä laatukriteereistä, joita oikeustieteen ominaispiirteet täsmäntävät.
6. Ks. Pekka Vihervuori, Oikeustieteen laatu käyttäjän näkökulmasta. LM 6/2019, s. 796–797.
7. Ks. esim. KKO 1987:48 ja 1991:19, joissa ongelmana oli se, oliko kyse testamentin moitteesta vai testamentin saajien välisestä oikeudenkäynnistä. Ks. myös Pertti Välimäki, Pesänjakaja. Alma Talent 2021, s. 24–58.
8. Ks. esim. Ilkka Niiniluoto, Johdatus tieteenfilosofiaan. Otava 1980, s. 77–78.

- Sitovan sopimuksen syntyminen on ainainen ongelma, johon Juha Karhun sopimus prosessina<sup>9</sup> ja Kurt Grönforsin avtalsgrundande rättsfakta<sup>10</sup> ovat tuoneet stimuloivia näkökulmia.

Kun kyse on vaikeista jutuista ja oikean kysymyksenasettelun keksimisestä, apua ei yleensä ole sellaisesta nopeasti kirjoitetusta tulkintajuridiikasta, jossa toistellaan sanasta sanaan lainvalmistelutöitä ja aikaisempien prejudikaattien perusteluja, yhtään työlästä jatkokysymystä esittämättä. Tällaisessa kirjoittelussa ohjenuorana voivat olla seuraavat ohjeet:

- Älä tee synteisiä, se on keinotekoista, se johtaa harhaan, se on synteisiä.
- Asiat ovat niin kuin ne ovat, ja sinä keskityt siihen, sinä istut rannalla katselemassa horisonttiin tyhjin silmin.<sup>11</sup>

Apteekin hyllyltä valmiita vastauksia -periaatteella kirjoitettu käsikirjamainen tulkintalainoppi ei ole tarpeetonta tai hyödytöntä. Sitäkin kirjoitetaan monella tavalla, monenlaisella taidolla ja kunnianhimmolla. Hyödyllisintä tulkintalainoppia on sellainen, johon sisältyy perusuonteisia pysähdyksiä ja kysymyksiä siitä, mitä yleisemmän kysymyksen osaa tulkittava lainkohta sääntelee ja mitä se ei koske. Hyvää käsikirjaa lukemalla pääsee aihepiiriin sisään, mutta välitöntä merkitystä vaikean jutun ratkaisun keksimisessä sillä oli ylen harvoin.

Ratkaisujen keksimisessä kaikkein hyödyllisintä minulle on ollut konstruktiiivinen eli systematisoiva, yleisiä oppeja ja periaatteita kehittänyt lainoppi. Sitä olen oppinut osaksi jo opiskellessani ja osaksi myöhemmin erityisesti jatko-opinnoissa ja sitten ammattitöissäni, kun olen pyrkinyt pitämään itseni ajan tasalla. Vain systemaattiset rakenteet, yleiset opit ja periaatteet ovat se, mikä mielessäni on pysynyt. Yksittäiset tulkintaongelmat ja niiden ratkaisut karisivat matkasta yleensä muutamassa viikossa. Kuten Pekka Timonen on asian hiljakkoin tiivistänyt: ”Järjestelmän jäsentäminen elää kauas yli yksittäisten tulkintojen.”<sup>12</sup> Kyseessä voi sanoa olevan vuosien varrella karttunut tiedollinen ammattitaito tai -kokemus.<sup>13</sup>

9. Ks. Juha Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988, s. 211 ss. ja Juha Pöyhönen, Uusi varallisuus oikeus. Kauppakaari 2000, s. 144 ss.

10. Kurt Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta. Nerenius & Santérus Förlag 1993.

11. Ks. Salmela 2019, s. 63.

12. Pekka Timonen, Oikeustieteen laadusta – kommentteja professori Kaarlo Tuorin puheenvuoroon. LM 6/2019, s. 793.

13. Juha Karhun uuden oikeuslähdeopin mukaan oikeuslähteisiin tarvitaan uusi oikeuslähde, oikeudellinen kokemus. Sillä Karhu tarkoittaa esimerkiksi tuomarinkokemusta siitä, että tietty tapa ratkaista saattaa vastaisuudessa johtaa lisääntyviin riitoihin. Karhun mukaan hänen tarkoittamaansa kokemusta kuvaa saksan sana ”die Erfahrung”, ei elämys, ”die Erlebnis”. Minun tässä tarkoittamani kokemuksen kohteena ovat juridiset tiedot. En ole varma saksan vivahteiden tajustani, mutta mielessäni käy, että tällaisesta kokemuksesta puhuttaessa lähempänä voisi olla saksan ”die Erkenntnis” (durich geistige Verarbeitung von Eindrücken und Erfahrungen

### 3. Ratkaisun perusteleminen

Ratkaisun keksimisen jälkeen seurasi sen perustelujen kirjoittaminen eli todistaminen oikeaksi ja lainmukaiseksi, ohjenuorana OK 24:4 (oikeudenkäymiskaari 1734/4, OK). Sen mukaan perusteluissa tulee ilmoittaa, mihin seikkoihin ja oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu. Vaikka faktakysymysten ja oikeudellisten kysymysten erillään pitäminen on lainkäytössä tunnetusti vaikeaa, perustelujen kirjoittamisessa ne on pidettävä erillään.<sup>14</sup> Sitä näyttää vaativan myös OK 24:4. Minun aikani ratkaisun perusrakenne oli looginen syllogismi – tai se voidaan ratkaisun rakenteesta rekonstruoida. Looginen syllogismi on ratkaisun kontrolloinnin kannalta edelleen paras muoto. Vaikka siis vaikean jutun ratkaisua ei keksitä loogisen syllogismin opeilla, sen todistamiseen syllogismi kuuluu.

Onko lainoppi perusteluissa mukana? Ilman muuta on. Mutta miksi se ei siten näy, miksi perusteluissa viitataan lainoppiin niin harvoin? Tätä ovat lainopin harjoittajat kritisoineet. Tunnetuimpia kritikoita ovat olleet Jyrki Virolainen<sup>15</sup> ja viimeksi Markku Helin<sup>16</sup>.

Jos oikein ymmärrän, Virolaisen kritiikin pääperuste on se, että kun korkein oikeus ei käytä perusteluissa kirjallisuusviitteitä, se hylkää avoimuuden ja julkisuuden periaatteet. Se kertoo sisäänlämpiävistä ja keskustelua kaihtavasta tuomioistuin- ja oikeuskulttuurista.<sup>17</sup> Helinin kritiikki perustuu siihen, että jättämällä kirjallisuusviitteet käyttämättä korkein oikeus jättää käyttämättä oivan tilaisuuden osallistua oikeudelliseen keskusteluun lainopin harjoittajien kanssa ja samalla laiminlyö mahdollisuuden parantaa ratkaisujensa perustelujen tasoa ja lisätä avoimuutta.<sup>18</sup>

Virolainen toteaa, että 1990-luvulla lupaavasti alkanut lainoppiin viittaaminen lopahti 2000-luvulle tultaessa, ja epäilee, että taantumisen syynä on ”tehty periaatepäätös siitä, että ratkaisujen perusteluissa ei yksityiskohtaisesti viitata oikeuskirjallisuuteen”.<sup>19</sup> Tämän Virolaisen epäilyn Helin toistaa.<sup>20</sup>

gewonnene Einsicht; Duden Deutsches Universalwörterbuch, Dudenverlag 1989). Ks. Juha Karhu, Oikeudellinen kokemus oikeuslähteenä. LM 7–8/2019, s. 1070.

14. Ks. Virolainen – Martikainen 2010, s. 21.

15. Jyrki Virolainen, Oikeuskirjallisuus oikeuslähteenä ja tuomion perusteluissa. LM 1/2012, s. 3–32.

16. Markku Helin, Oikeuskirjallisuus korkeimman oikeuden perusteluissa, s. 45–58 teoksessa Juhana Riekkinen (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä ja täytäntöönpanosta. Juhlajulkaisu Tuula Linna 1957 – 25/9 – 2017. Alma Talent 2017.

17. Ks. Virolainen 2012, s. 31–32.

18. Ks. Helin 2017, s. 56.

19. Virolainen 2012, s. 22.

20. Ks. Helin 2017, s. 48.

Olin korkeimmassa oikeudessa töissä 1.8.1999–31.12.2016 ensin viisi kuukautta esittelijänä ja sitten 16 vuotta jäsenenä, siis juuri sen ajan, johon Virolaisen ja Helinin kritiikki kohdistuu. Tämän tiedän:

- Itse en ole ollut tekemässä periaatepäätöstä, jonka mukaan kirjallisuuteen viittaamista ei pitäisi ratkaisujen perusteluissa käyttää tai että viittaamista pitäisi supistaa.
- En ole koskaan kuullut tai muuten tullut tietämään, että jotkut muut olisivat tällaisen päätöksen tehneet. Väitän, että olisin tullut tällaisesta muiden tekemästä periaatepäätöksestä tietämään. Se olisi tullut esille, kun viittauksista keskusteltiin joko yleisaiheena kahvipöytäkeskusteluissa tai konkreettisenä kysymyksenä perustelujen hionnassa, kun esillä oli oma ehdotukseni tai esittelijän taikka toisen jäsenen ehdotus kirjallisuusviitteen käyttämisestä.

Ainoat perusteluihin liittyvät ratkaisuja koskevat periaatepäätökset, joista tiedän, koskevat muodollisia seikkoja. Leif Sevónin presidenttinä ollessa päätettiin perustelukappaleiden numeroinnista ja aivan viime vuosina siitä, että alempien oikeuksien ratkaisuja voidaan jättää erikseen selostamatta, jos niiden olennainen osa tulee selostetuksi korkeimman oikeuden ratkaisun perusteluissa. Minun ymmärrykseni mukaan selityksiä pitäisi siis hakea muualta kuin periaatepäätöksellä sinetöidystä salaliitosta: mitähän ne ovat nyt juonineet...

On väitetty, että ihmisen elämään vaikuttavat seuraavat yleiset kategoriat: sattuma, sovinnastavat ja päätökset.<sup>21</sup>

Kun olen sulkenut päätökset pois eikä sattuma oikein satu, jäljelle jää sovinnastapa, jonka itse hyväksyn selitykseksi. Miksi minä olen mukautunut tällaiseen sovinnastapaan?

Perustelujen selittämiseen sopii sama kuin ratkaisujen selittelyyn: hyvä perustelu ei selittelyä kaipaakaan, eikä huono selittämällä parane. Tästä ohjeesta piittaamatta annan seuraavassa muutaman hyvin arkipäiväisen selityksen. Aloitan numeroilla:

Jäin eläkkeelle korkeimman oikeuden jäsenen virasta 1.1.2017. Kun vuoden 2016 jälkipuoliskolla istuin oikeastaan enää valituslupia, jäi vuosi 2015 viimeiseksi normaaliksi työvuodekseni. Vuoden 2015 julkaistujen 105 ratkaisun perusteluissa viitattiin muihin lähteisiin kuin tavallisiin lakeihin seuraavasti<sup>22</sup>:

- |                  |    |
|------------------|----|
| – lain esityöt   | 78 |
| – KKO:n käytäntö | 69 |
| – EIT-käytäntö   | 21 |
| – EUT-käytäntö   | 18 |
| – perustuslaki   | 18 |

21. Ks. Erik Allardt, *Suunnistuksia ja kulttuurisokkeja*. Otava 1995, s. 11 (alkuteos *Bondtur och kulturschocker*, suom. Jaana Koistinen). Kirja on Allardtin omaelämäkerta. Sattuma–sovinnastavat–päätökset ei siis ole sosiologinen käyttäytymisen selitysmalli, mutta oman elämän selittämiseen se sopii. Siitä tässä minunkin kirjoituksessani on kyse.

22. Olen kerännyt luvut pääosin käsin, joten ne tuskin ovat tarkkoja, mutta suunnan ne antavat.

– oikeuskirjallisuus	4 <sup>23</sup> (+ 4 <i>votumissa</i> <sup>24</sup> )
– KHO:n käytäntö	3
– högsta domstolen (Ruotsi)	3
– TN	2
– YK:n KP-sopimus	1.

Kirjallisuusviittaukset tarkoittavat yksilöityjä viittauksia. Anonyymejä viittauksia löysin kahden ratkaisun perusteluista.

## 4. Tarkemmin ratkaisun perustelemisesta

### 4.1. Lyhyen karun kirjoittamisen perinne

Aina 1980-luvulle saakka korkeimman oikeuden ratkaisujen kirjoittamistyyliä voi sanoa lyhyeksi ja karuksi: lyhyestä virsi kaunis. Vaikka prejudikaattien kirjoittamistyyli muuttui viimeistään 1990-luvulla laveammaksi ja monisanaiseksi, lyhyen kirjoittamisen perinne vaikuttaa taustalla vielä nykyäänkin erityisesti jutuissa, joita ei julkaista.

Tuomioistuinten toimintaan kuuluu stabiilius, siis vakaus ja poukkoilematomuus. Jos asioita, kuten perustelutyyplejä, muutetaan, se tehdään yleensä äkkiliikkeitä välttäen.<sup>25</sup>

### 4.2. Kirjallisuus on sekundäärilähde

Legalistiseen perinteeseemme kuuluu, että ratkaisu pyritään perustelemaan aina, jos mahdollista, lainsäännöksellä tai siihen välittömästi liittyvillä muilla lähteillä, kuten lain esitöillä. Tämä näkyy edellä mainitsemissani luvuissa, joissa lain esitöillä on ehdoton ja kova kärkipaikka. Tärkeällä sijalla on myös oman käytännön johdonmukaisuus ja stabiilius. Sillä selitty omaan praksikseen viittaamisen toinen sija lain esitöiden jälkeen vuoden 2015 luvuissa. Oikeuskirjallisuus on edelleen harvoin viitattu lähde.

Kirjallisuuden harvinaisuuden pääsyyksi hyväksyisin sen aseman sekundäärilähteenä, siis toissijaisena lähteenä. Tarkoitan sillä sitä, ettei perusteluihin tavallisesti oteta enää kirjallisuusviitettä, jos kysymyksen katsotaan olevan selvä

23. KKO 2015:17; KKO 2015:28; KKO 2015:30; KKO 2015:34.

24. KKO 2015:2; KKO 2015:3; KKO 2015:41; KKO 2015:103.

25. Ks. Olavi Heinsonen, Det är skäl att fortsätta diskussionen om motiveringen av dom. JFT 1994, s. 157, 159.

jo esimerkiksi lain esitöiden ja korkeimman oikeuden oman aikaisemman käytännön pohjalta.<sup>26</sup>

Tässä suhteessa ero lainoppiin on selvä. Tieteellisen kirjoittamisen käytäntöön kuuluu ottaa perusteluiksi kaikki mahdollinen argumentaatioarsenaali, vaikka se ei enää toisikaan mitään uutta vaan toistaa jonkin toisen lähteen tiedon.

Sekundäärisyyteen liittyy toinenkin näkökulma. Edellä korostin konstruktivisen ja systematisoivan lainopin merkitystä ratkaisun kysymyksenasettelun hahmottamisessa ja keksimisessä. Kun tällaisen lainopin tulokset ovat usein melko yleisiä ja abstrakteja ja kun niiden merkitys liittyy tavallisimmin jutun perusteluiden taustalla oleviin eli metatason kysymyksiin, perusteluissa niihin viittaaminen ei hevin luonnistu, ellei haluta suistua keskusteluun juridisista teorioista.<sup>27</sup>

### 4.3. Yleensä ratkaisun yleisönä on ensisijaisesti muu kuin tutkijayhteisö

Kun kirjoitin prejudikaattina julkaistavan ratkaisun perusteluja, kenelle sitä kirjoitin? Ensiksikin asianosaisille – heidän asiastaan oli kysymys. Seuraavaksi ajattelin prejudikaattiohjauksen kohdetta eli jutusta riippuen kärjätuomaria, hovioikeudenneuvosta, vakuutus oikeustuomaria tai kihlakunnanvoutia taikka asianajajaa, syyttäjää, edunvalvojaa, pesänjakajaa, toimitusinsinööriä. Jos kirjallisuusviittauksia olin kirjoittamassa, mielessäni olivat nämä tavallisimmat prejudikaattiohjauksen kohteet, joten viittauksia tehtiin alan standarditeoksiin.<sup>28</sup> Vasta näiden kohteiden jälkeen saatoin ajatella, että ratkaisu voi kiinnostaa muitakin eli tutkijayhteisöä, jos kyse oli jostain merkittävästä linjauksesta. Tällöin kirjallisuusviittaukset saattoivat olla laajempiakin.<sup>29</sup> Prejudikaattiohjauksen kannalta vuoden 2015 ratkaisuksista voidaan erotella kolmenlaisia ratkaisuja:

1. Yliopistolta tulleen minulle oli yllätys, mille oikeuselämän tahoille prejudikaattiohjaus suuntautui. Suuret periaatteelliset ja laajalle vaikuttavat ratkaisut olivat harvinaisia. Vuoden 2015 ratkaisuksista, joissa kuuluiin ratkaisukokoonpanoon, tällainen saattoi olla osakeyhtiöoikeudellinen samastamisjuttu 2015:17.
2. Usein oli kyse omaa aikaisempaa prejudikaattia täsmentävästä ratkaisusta. Esimerkiksi ratkaisulla KKO 2015:57 osoitettiin vanhemman ratkaisun KKO 1988:43 so-

26. ”Sekundäärisen lähteen” termi ei ole tarkoitettu halventavaksi. Se peräisin Norjasta, jossa oikeuskirjallisuuteen viittaaminen on erittäin yleistä, ks. Gunnar Aasland, Noen synspunkter på høyesteretts bruk av rettslitteraturen. TFR 2007, s. 671.

27. Käsitykseni konstruktivisen ja systematisoivan lainopin asemasta sopinee Juha Karhun kehittämään 2000-luvun oikeuslähdeoppiin 1.0, jossa oikeustiede on luokiteltu sallitaksi synkronointilähteeksi. Ks. Juha Karhu, Kohti 2000-luvun oikeuslähdeoppiin. LM 7–8/2020, s. 1022 ss.

28. Ks. KKO 2015:28, kohta 11 ja 2015:34, kohta 15.

29. Ks. KKO 2015:17, kohta 27, jossa mukana on myös Eva Tammi-Salmisen väitöskirja.



veltamisala. Poliisin virassaan tuottamuksellisesti aiheuttamasta vahingosta vastaa sekä valtio isännänvastuunsa että poliisi tuottamuksensa perusteella, mutta niin sanotun vastuun kanavoinnin takia poliisi vastaa vain siltä osin kuin valtiolta ei korvausta saada perityksi. Vuoden 1988 tapauksessa alioikeudessa tuomittuun korvaukseen haki muutosta vain valtio. Kun hovioikeus alensi valtion ensisijaista korvausvelvollisuutta, ratkaisussa katsottiin kanavoinnin takia perustelluksi, että se sai alentaa myös poliisin toissijaista korvausvelvollisuutta. Vuoden 2015 ratkaisussa oli kyse tahallisella virkarikoksella aiheutetusta vahingosta. Sellaisessa tapauksessa vanhan ratkaisun kanavointiin perustuva oikeusohje ei soveltunut. Sen että kanavointi ei sovellu tahallisen teon tapauksissa, voi päätellä suoraan laista (VahL 6:2 *in fine* ja 4:1.2), jos sitä lukee huolellisesti. Tämän prejudikaatin yleisönä olivat asianosaisten lisäksi alemmat oikeudet, joilta laista ilmenevä kanavoinnin soveltamisala oli unohtunut.

3. Joskus prejudikaattiohjausta tarvitaan nopeaan reagointiin, kun jokin lainmuutos tai maailman muuttuminen on aiheuttanut epäyhtenäistä käytäntöä tai muuta epätietoisuutta. Huumaus- tai lääkeainejutuissa korkein oikeus toimii tavallaan standardisointilaitoksena. Kun huume- tai lääkeainemarkkinoille tulee uusi aine, epäyhtenäinen käytäntö voi vaatia pikaisen kannanoton. Tästä oli kyse melatoniinia koskevassa ratkaisussa KKO 2015:66. Tällaiseen ongelmaan ei lainopissa ole edes tapana ottaa kantaa eikä ehdittäisikään ottaa kantaa ennen kuin asia on korkeimman oikeuden pöydällä.<sup>30</sup> Lainoppia tällaiset ratkaisut eivät ylipäätään kiinnosta, eikä se ole ratkaisun yleisönä.

#### 4.4. Kolmas tasavertainen keskustelukumppani

Entäpä Helinin ajatus siitä, että korkein oikeus laiminlyö osallistumisen keskusteluun siitä, mitä oikeus on? Kaarlo Tuorin mukaan oikeus syntyy lainsäätäjän, oikeuskäytännön ja oikeustieteen vuorovaikutuksessa. Tämän rinnastuksen mukaan oikeuden kehittämiskeskustelussa oikeuskäytännön tekijät olisivat näin ollen tasavertainen keskustelukumppani lainsäätäjän ja oikeustieteen kanssa.

Tasavertaiseksi rinnastaminen tuntuu liioitellulta. ”Keskustelun” puheenvuorot jaetaan tavallisesti seuraavasti: Ensin lainsäätäjät kirjoittavat ja puhuvat ehkä vuosia. Sitten tutkijat kirjoittavat ja puhuvat niin pitkään kuin haluavat. Ja joskus aikanaan, jos keskustelunaiheen mukainen riita syntyy sekä läpäisee sovinnon, jatkokäsittelyluvan ja valitusluvan seulan, korkein oikeus voi päästä lausumaan jutun rajojen mukaisen suppean sanasen. Tämän jälkeen tutkijat puhuvat taas kuinka laajasti ja kauan tahansa sekä lopuksi määrättä uudelleen ja uudelleen. Korkein oikeus ei voi pyytää oma-aloitteisesti puheenvuoroa vaan joutuu odottamaan, syntyykö uusi riita, joka päättyisi korkeimman oikeuden ratkaistavaksi.

30. Ks. Vihervuori 2019, s. 796.

Korkeimman oikeuden jäsenenä ollessani saatoin pitää itseäni tasavertaisena keskustelukumppanina lainopin kanssa vain silloin, kun vaihdoin roolia ja sonnustauduin siviilioikeuden dosentin kuosiin. Silloin minua eivät sitoneet jutun faktat, puutteelliset vaatimukset eivätkä ikävät menettelysäännökset. Dosenttia ei myöskään käsenyt kielto luoda yleistä laajavaikutteista normia vastaisten toisenlaisten tyyppitapauksien varalle.

#### 4.5. Kirjallisuusviittausten pohdinta käytännössä

Alaluvut 4.1.–4.5. selittävät, miksi kirjallisuusviittaukset eivät olleet perustelujen kirjoittamiseen kuulunut rutiinikysymys. Ne tulivat keskustelunaiheeksi joko esittelijän mietinnön pohjalta tai kun joku jäsen niitä ehdotti. Kirjallisuusviittaukset kuuluivat minun aikapanoni ratkaisukokoonpanossa (jaostossa) niin sanottuihin kirjoittamiskysymyksiin, joista lopulta päätti puheenjohtaja, koska kukaan ei lähtenyt äänestämään kirjallisuusviittauksen tarpeellisuudesta: ”Olen muuten korkeimman oikeuden ratkaisun perustelujen kannalla, mutta lisäksi totean, että oikeuskirjallisuudessa – –.” Mahdollistahan tämä olisi ollut, mutta itse en tällaista äänestyslausemaa koskaan kirjoittanut. Selvää oli, että oikeuskirjallisuutta koskevien perusteluiden tarpeellisuudesta eli niiden poistamisesta tai niiden lisäämisestä keskusteltiin kaikkien jäsenien kanssa, jos joku niitä ehdotti.

Jäsenten suhtautuminen viittauksiin oli kirjavaa. Suopeimmin niihin suhtautuivat ne, jotka suhtautuivat kaikenlaisiin tapoihin, kaavoihin ja traditioihin avarasti ja muuttuvina asioina. Toisaalta joustavuuden takia heistä ei tullut myöskään viittaususkollisia tai -orjia. Kyse oli perustelutemperamentista tai kirjoittamistyylistä eikä aikaisemmasta työtaustasta tai oppineisuudesta. Lakonisen tyylin kannattajilta viittausehdotuksia ei yleensä tullut, laveaan kirjoittamiseen mieltyneiltä niiden ehdottaminen kävi luontevasti. Paljon oppia hankkineet saattoivat olla kovin kriittisiä sen suhteen, riittikö viitattun kirjallisuuslähteen taso. Tämä saattoi johtaa pidättyvään linjaan.

Itselläni pidättyvyyttä aiheutti ennen muuta pohdinta viittauksen hyödyistä perustelujen kannalta: mitä tämä auttaa, mitä tämä valaisee tai selventää, olenko rikastamassa vai dekoroinnassa. Luulen, että omaa kirjoittamistyyliäni leimasi aikaisemmista ammasteista peräisin oleva laveus ja monisanaisuus, jota kuitenkin yritin karsia pyrkien karuun iskevyyteen. Mielessäni oli Per Olof Ekelöfin ohje: jos asia on yksinkertainen ja selvä, kirjoita vähän jos ollenkaan, mutta jos asia on mutkikas ja siinä on tilaa erilaisille vaihtoehdoille, kirjoita perinpohjaisesti.<sup>31</sup> Koristelua kaihdettiin, vaikka EIT-ratkaisuihin viittaamisessa siitä saattoi olla

31. Ks. Per Olof Ekelöf – Henrik Edelstam – Mikael Pauli, Rättegång, femte häftet, åttonde upplagan. Norstedts 2018, s. 276. Ekelöf on kehittänyt ohjeen erään tuomarin itsekriittisestä huomioista: ”Vi skriver mycket då vi är säkra på vår sak, annars skriver vi så litet som möjligt.”

oireita. Monista perusteluista kirjallisuusviittaukset jätettiin tästä syystä, siis koristelun välttämiseksi, pois. Esimerkiksi edellä viittaamassani vahingonkorvausjutussa KKO 2015:57 saattaisin näin jälkikäteen uudelleen pohtia viittausta vahingonkorvausoikeuden perusoppikirjoihin<sup>32</sup> sen vahvistamiseksi, että kanavointi ei sovellu, jos poliisi on aiheuttanut vahingon tahallisesti. Mutta edelleen päätyisin viittauksen pois jättämiseen, kun se ei tuottaisi mitään lisää siihen, minkä voi lukea laista.

## 5. Kirjallisuusviittausten vaihtoehdot

Kuten edellä olevasta selviää, en ymmärrä katua sitä, että olen ollut osaltani mukana viittaamassa niukasti oikeuskirjallisuuteen ratkaisujen perusteluissa.

Kun kirjallisuusviittauksia aletaan käyttää entistä enemmän, voidaan ajatella ainakin kahta mallia. Ensimmäisessä mallissa tavoitteena on saman tyyppinen laeva kirjoittaminen kuin lainopillisessa kirjallisuudessa<sup>33</sup>, ja toinen on lyhyisiin viittauksiin tyytyvä malli. Tätä kirjoittaessani työpöytäni toisella laidalla on Ruotsin HD:n ratkaisu NJA 2019 s. 23, jossa on kysymys avoliiton purkautumiseen liittyvästä velkomuksesta. Siinä kantaja ajoi kannettaan suomalaista perusteetonta etua muistuttavilla perusteilla. Tähän oppiin Ruotsissa on vanhastaan suhtauduttu nuivasti. Jos juttua olisi ajettu Suomessa, kanteeseen olisi ilmeisesti voitu soveltaa avopuolisoiden yhteistalouden purkamisesta annetun lain (26/2011, AvoL) 8 §:n mukaisia hyvityssäännöksiä, jotka perustuvat perusteetoman edun palauttamista koskeville periaatteille. Ruotsin sambolag (2003:376) ei vastaaventyypistä hyvitysjärjestelmää tunne, mutta siellä yhteiseen käyttöön hankittu asunto ja asuntoirtain voidaan jakaa avoeron jälkeen samaan tapaan kuin avioeron jälkeisessä osituksessa (bodelning). Perusteluissa hahmottuu kaksi perustelumallia:

- Suppean viittaamisen malli. Enemmistö torjuu perusteluissaan perusteetoman edun ja viittaa neljään yksilöityyn lainopilliseen lähteeseen samaan tapaan kuin Suomessa joskus tehdään.

32. Ks. Mika Hemmo, Vahingonkorvausoikeus. WSOYpro 2006, s. 60 ja Juha Karhu – Pauli Ståhlberg, Suomen vahingonkorvausoikeus. 6. uud. p. Talentum 2013, s. 277. Vrt. myös jälkimmäisen lähteen 7. uudistettu painos 2020, s. 317, 322.

33. Ks. Virolainen 2012, s. 31, jonka mukaan ennakkoratkaisun perustelujen kirjoittamisessa voitaisiin noudattaa oikeustieteellistä metodia, kun kyse on esimerkiksi kysymyksenasettelun selkeydestä, perustelujen seikkaperäisyydestä, *pro et contra* -tyyppisestä argumentoinnista sekä perusteluissa esitettävän ratkaisu- tai oikeusohjeen yleistettävyydestä.

- Lavea esseemalli. Eri mieltä olevat kaksi jäsentä (Lars Edlund ja Malin Bonthron) ovat kirjoittaneet hyvin laajan ja perinpohjaisen neljän painosivun äänestyslauseuman. Sen perustelut täyttävät minusta moitteettoman lainopillisen pienoisar-tikkelin tai esseen vaatimukset. Perustelujen aluksi eritellään ongelma ja eri ratkaisuvaihtoehtoja. Sitten käydään läpi ulkomaista sääntelyä ja oikeuskäytäntöä, ja erityisen huomion saavat muun muassa muut Pohjoismaat mukaan lukien Suomen AvoL ja korkeimman oikeuden kolme ratkaisua 1980- ja 1990-luvulta. Sitten vähemmistö pyrki perustelevaan sitä, että Ruotsissa pitäisi vanhaa kantaa muuttaa ja hyväksyä perusteettoman edun palautusta koskeva oppi. Ruotsalaisia kirjallisuuslähteitä laskin 11.

Laajemmassa katsannossa Edlundin ja Bonthronin *votumin* ongelmana voi nähdä sen, että perustelut eivät eroa lainopillisesta tutkimuksesta millään tavalla. Ne ovat lainopillista tutkimusta, myös siinä mielessä, että niissä oikeutta kehitetään yhtä vapaasti kuin lainopissa on tapana. *Votumissa* tavoitteena näyttää olevan sellainen oppi perusteettoman edun palautuksesta, jonka sovellusala olisi ainakin avoliiton purkautumistapauksissa yleinen. Mielessäni jään aprikoimaan sitä, miltä ratkaisu olisi näyttänyt, jos Edlundin ja Bonthronin kanta olisi tullut enemmistön kannaksi ja sen perustelut HD:n perusteluiksi – olisiko ne kirjoitettu eri tavalla?

Laveaa esseemallia voi kritisoida sillä perusteella, että se ei ole tarkoituksenmukainen tuomareiden voimavarojen käytön kannalta.<sup>34</sup> En vaatisi tuomareilta tutkijan koulutusta. Tutkijan taidot ja kyvyt eivät ole koskaan pahitteeksi tuomarille, mutta tuomarin tehtäviin kuuluu muutakin, johon ei synnytä ja joka ei suju itsestään. Tuomarin töihin pitää opetella ja kasvaa koko uran ajan.

Ja lainoppikin on oma lajinsa, jolle pitää antaa ja jättää oma tieteen vapautteen perustuva tilansa.

34. Ks. Helin 2017, s. 57. Helin ei artikkelissaan pelkästään kritisoi korkeimman oikeuden vähäistä kirjallisuusviitteiden käyttöä, vaan hän myös pohtii sitä, millaisissa jutuissa ja miten kirjallisuusviitteitä pitäisi käyttää. Tämä aihe vaatisi laajempaa pohdintaa eikä kuulu tämän lyhyen puheenvuoroni alaan. Totean kuitenkin, että Helinin pohdinnat näyttävät osuvan pääosin oikeaan. Ks. Helin 2017, s. 56–58.