

Ari Hirvonen



Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriaista rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan

Lakimies
7–8/2020
s. 954–971

HAKUSANAT: oikeuslähdeoppi, oikeusteoria, strukturalismi, realismi

1. Miksi oikeuslähdeoppi?

Oikeus on yhteiskunnallinen instituutio, joka ei palaudu yksilöihin tai yhteisölliseen olemukseen, saati sitten teologisiin tai metafysiisiin olettamuksiin. Modernilla oikeudella ei ole universaaleja ajasta ja paikasta riippumattomia oikeuslähteitä.

Oikeuslähteet ovat informaatiota voimassa olevasta oikeudesta, mutta niiden normatiivinen merkitys ja vaikutus ovat merkittävämpiä. Ne muodostavat oikeuden pätevät ja velvoittavat ratkaisuperusteet. Oikeuslähteet ovat normiväitteitä oikeussäännön pätevydestä asettaen samalla kriteerit oikeus- ja moraalinormien rajanvedolle. Ne takaavat oikeuden legaalisuuden ja legitimitetin toimimalla oikeudellisen ratkaisutoiminnan kontekstuaalisena ja systeemisena oikeuttajana. Samalla ne tuottavat oikeuden koherenssia ja konsistenssia sekä oikeudellisten käytäntöjen ryhdikkyyttä.¹ Tuomioistuinratkaisut ovat oikeutettuja, silloin kun ne ovat oikeusjärjestyksen sisällä perustellussa suhteessa oikeuslähteisiin. Samalla kun oikeuslähteet asettavat puitteet oikeudellisille käytännöille, käytännöt uusintavat oikeuslähteitä.²

Oikeuslähdeargumentit oikeuttavat oikeudellisen päätöksenteon osoittamalla, että sen perustana on sääntö, periaate, ratkaisu tai arvo, joka on identifioitavissa oikeuslähteeseen.³ Oikeuskysymyksen ratkaisun on perustuttava oikeuslähteisiin ja ne on perusteltava samaisilla lähteillä.⁴ Oikeuslähteet asettavat näin rajat tuomarin henkilökohtaisen vakaumuksen tai yleisen edun käsitteen

* Ari Hirvonen, OTT, dosentti, yliopistonlehtori, Helsingin yliopisto.

1. Ks. Aleksander Peczenik, *Juridikens metodproblem: Rättskällelära och lagtolkning*. Norstedts juridik 1980.

2. Ks. Hanna Lukkari, *Law, Politics and Paradox. Orientations in Legal Formalism*. Faculty of Law, University of Helsinki. Doctoral Dissertation 2020, s. 18.

3. John Bell, *Sources of Law*. Cambridge Law Journal 1/2018, s. 40–71.

4. Mika Huovila, *Oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteissa*, s. 13–99 teoksessa Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala, *Rikostuomion perustelemine*n. Helsingin hovioikeus 2005, s. 20.

Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriaasta rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan

käytölle ratkaisuperusteena. Oikeuslähdeoppi määrittää tuomarin tai oikeustieteilijän normivalintoja sekä myös tulkintakannanottoja. Samalla kummatkin tekevät oikeuslähdeopillisia valintoja omista oikeudellisista tulokulmistaan. Toisin kuin oikeustieteilijän tuomarin on jossain vaiheessa katkaistava oikeuslähteisiin perustuva argumentaatio.⁵

Jos tuomarin näkökulma painottaa oikeuslähteiden institutionaalista auktoriteettia ja niiden käyttöä oikeusturvan takaajana (empiria), oikeustieteen näkökulmana on oikeuslähteiden systemaattinen koostaminen (teoria). Oikeuslähdeoppi ei jännity vain oikeuden empiiriseen ja teoreettiseen vuoropuheluun. Se koostuu yhteiskunnan normatiivisesta ympäristöstä.

Oma tulokulmani oikeuslähteisiin on oikeusteoreettinen. Rakennan konkreettista oikeuslähdeoppia, jonka taustana on strukturalismi, joskaan en seuraa sitä ”ohjelmallisesti”. Puhun konkreettisesta oikeuslähdeopista, vaikka lähtökohdani on teoreettinen. Ilman normatiivisen aineiston (materia) analyysia (teoria) ei ole oikeuslähdeoppia. Paradoksaalinen määritelmäni strukturaalisesta ja konkreettisesta oikeuslähdeopista täsmentyy kirjoituksen myötä. Tarkoitukseni on osoittaa, että paradoksin sijaan esittämäni oikeuslähdeoppiin sisältyy normatiivinen materia ja käsitteellinen analyysi välttämättömänä vuoropuheluna. Pyrin myös osoittamaan, että tämä oikeuslähdeoppi on uusrealistista oikeusteoriaa.

Oikeuslähteiden yleistä kuvausta oikeuslähdeopin muotoilussa seuraa pääsääntöisesti kysymys oikeuslähteistä: *mitkä ovat oikeusjärjestyksen oikeuslähteet?* Tämä ei kuitenkaan ole kysymykseni. Sen sijaan kysyn: *miksi oikeuslähdeoppi?* Vastaamalla tähän vastaan myös kysymykseen konkreettisesta oikeuslähdeopista ja sen merkityksestä oikeudellisissa teorioissa ja käytännöissä.

2. Niin sanotut oikeuslähteet⁶

Tarvitsemmeko ylipäättänsä oikeuslähteen käsitettä? *Hans Kelsen* väittää, että moniselitteisyytensä takia ”termi ’oikeuslähde’ näyttää jokseenkin käyttökeltotomalta”.⁷ Hänen mukaansa käsite johtaa harhaan viitatessaan yhtä hyvin lainsäädännön yleisnormeihin kuin tuomioistuinaratkaisujen yksittäisnormeihin, yhtä hyvin sitoviin positiivisoikeudellisiin lähteisiin kuin oikeuden luomiseen ja soveltamiseen tosiasiallisesti vaikuttaviin oikeudellisesti velvoittamattomiin

5. Aulis Aarnio, Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. *Juridica* 1982, s. 120.

6. Hans Kelsen, Puhdas oikeusoppi. Suomennos Olli Nikkola. WSOY 1968, s. 250.

7. Kelsen, Puhdas oikeusoppi, s. 251.

mielteisiin (moraaliset periaatteet, politiikat ja oikeusoppineiden tulkintakananotot).⁸ Kelsen tuskin olisi hyväksynyt oikeuslähdeopin perustajan *Friedrich Carl von Savigny*n käsitystä siitä, että oikeuslähteet oikeuden luomisen lähteinä ja tunnistamisen perusteina palautuivat kansanhenkeen.⁹

Oikeuslähteiden kirjo on laaja. *Aleksander Peczenik* pitää kaikkia tekstejä, käytäntöjä ja muuta vastaavaa aineistoa, joita juristi asettaa (täytyä, saada, voida) auktoriteettiperusteiksi oikeuslähteiksi.¹⁰ Muodolliset oikeuslähteet (*de facto, lex, imperium*) velvoittavat tuomareita, mutta samalla aineellisilla lähteillä (*de jure, jus, commune*) on systemaattinen vaikutus ja ne voivat antaa ”hyviä perusteita” päätöksille.¹¹ *Otto Brusiin* painottaa taloudellisiin ja yhteiskunnallisiin olosuhteisiin perustuvia oikeuslähteitä.¹² *Eugen Ehrlich* nostaa tuomioistuinten sopimusriitojen ratkaisussa käyttämien muodollisten oikeuslähteiden rinnalle elävän oikeuden. Sitä sovelletaan normaaleissa olosuhteissa, kuten sopimusprosessissa, vaikkei se perustuisi säädännäiseen oikeuteen.¹³ *Karl Olivecronalle* oikeuslähteet palautuvat psyykkisiin rakenteisiin ja tiedostamattomaan. Oikeus on symbolinen ilmaisu tosiasialle, että ihmismieli vastaa määrättyllä tavalla sosiaaliseen paineeseen. Oikeusnormi on itsenäinen imperatiivi, jonka lähteenä ei ole mikään yksilöitävä suvereeni.¹⁴ *Joseph Raz* jakaa oikeuslähteet auktoriteettien akteihin perustuviin muodollisiin lähteisiin ja tulkintalähteisiin, joka kattaa kaiken relevantin tulkinta-aineiston.¹⁵ *Allessandro Pizzorusso* näkee oikeuslähteet päätöslähteinä (tekolähteet, *fonti atti*), kuten lait ja tuomioistuinratkaisut, ja prosessilähteinä (tosiasialähteet, *fonti fatti*), kuten oikeusperiaatteet tai oikeusyhteisön konsensus.¹⁶

Edelleen oikeuslähteet voidaan jakaa rakenteellisiin (velvoittavien normien kriteerit) ja operationaalisiin (normien tulkintaperiaatteet) lähteisiin. Oikeuslähteiden perusteella tuomioistuin muodostaa tapauskohtaisen oikeusnormin, joka on yksittäisen päätöksen legitimoiva oikeuslähde. Tästäkin avautuu kaksi vaihtoehtoa: oikeuslähteistä voidaan puhua ratkaisun syntyperusteina tai sen oikeuttamisperusteina. Oikeuslähteet voivat viitata myös instituutioihin (kansalliset, transnationaaliset, kansainväliset ja globaalit normiauktoriteetit), ins-

8. Kelsen, *Puhdas oikeusoppi*, s. 250–251 ja s. 272–273.

9. *Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Buch I. Veit 1840*, s. 11–18; Kelsen, *Puhdas oikeusoppi*, s. 244–245.

10. *Aleksander Peczenik, On Law and Reason*. Springer 1989, s. 318.

11. *H. L. A. Hart, The Concept of Law*. 2nd Edition. Clarendon Press 1994, s. 247.

12. *Otto Brusiin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1938.

13. *Eugen Ehrlich, Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Käännös W. L. Moss. Harvard University Press 1936, s. 493.

14. *Karl Olivecrona, Law as Fact*. Oxford University Press 1939.

15. *Joseph Raz, The Authority of Law*. 2nd Edition. Oxford University Press 2009, s. 47–48.

16. *Allessandro Pizzorusso, The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity*, s. 1–87 teoksessa *Allessandro Pizzorusso (ed), Law in the Making: A Comparative Survey*. Springer 1988, s. 18.

Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriaasta rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan

titutioiden tuotteisiin (lait, asetukset, sopimukset, ohjeistukset), oikeudellisiin ja poliittisiin käytäntöihin (normien tuottamisen prosessit), tapauskohtaisiin oikeussääntöihin (tuomioistuimet, oikeussubjektien väliset sopimukset) ja arvoihin (yhteiskuntatodellisuus tai moraalikäsitteet).

Oikeuslähteiden erittelyjä voisi yhä jatkaa. Kohtaamme oikeuslähteiden toisiinsa kytkeytyvän moninaisen ja monitasoisen verkoston.¹⁷ Oikeuslähteiden teoreettinen analyysi on yhteydessä rakenteistavaan ja käsitteellistävään teoreettiseen lainoppiin. Käytännöllisen lainopin tulkintarelativismiin ylittään se kurottautuu modernin oikeuden todellisuuteen, joka ei palaudu, kuten sanottu, luonnonlakeihin tai luonnonoikeudellisiin periaatteisiin.

3. Oikeuslähdeoppi

Oikeuslähteet eivät itsessään muodosta oikeuslähdeoppia, mutta niiden systematisointi edellyttää teoreettista oikeuslähdeoppia. Oikeuslähdeoppi muodostaa normatiivisen esiyymmärryksen pohjalta oikeudellisesti velvoittavien normien rakenteellisia muotoja ja malleja, suhteita ja etusijajärjestyksiä. Niiden sisällölliset ainesosat ovat puolestaan oikeudellisissa käytännöissä velvoittavia normielementtejä. Toisaalta normatiivinen materiaali on aina jo jäsennetty yhteiskunnan normatiivisessa ja symbolisessa ympäristössä. Avaan tätä käsitystä kirjoituksen myötä.

Kiteytän oikeuslähdeopin tarkoituksen kahdeksaan kohtaan. Oikeuslähdeoppi 1) on osa modernin oikeuden itseymmärrystä määrittämällä legitimiin vallankäytön kriteerit, 2) tuottaa oikeuden teoreettisen systematisoinnin ja pragmaattisen koordinaation puitteet sekä kuvaa tältä pohjalta pätevät ratkaisuperusteet, 3) määrittää velvoittavat oikeuslähteet ja systematisoi niiden etusijajärjestyksen, 4) kartoittaa sitä tosiasiallista ja normatiivista tilaa, jossa oikeudellinen tiedontuotanto muodostuu ja ratkaisutoiminta aktualisoituu, 5) muodostaa yleisen kehikon, teoreettisen ja käsitteellisen mallin, joka yhdistää eri oikeudenalojen elementit toisiinsa, 6) kirjaa oikeuslähteiden käyttöohjeet luoden ennakoitavuutta, 7) antaa perusteet legaalille ja legitimiille oikeudelliselle argumentaatiolle sekä 8) nivoo yhteen oikeuden perustavat rakenteet, lainopin ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan.

Teoreettisena oikeudellisena käytäntönä oikeuslähdeoppi systematisoi ja käsitteellistää oikeudellisten käytäntöjen ratkaisuperusteita muodostaen niistä oikeuslähteiden rakenteellisia malleja. On tiedostettava, systematisoidaanko

17. Ks. François Ost – Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Presses de l'Université Saint-Louis 2019.

oikeuslähdeoppia deskriptiivisenä (kuvaus oikeuslähteiden tosiasiallisesta käytöstä) vai normatiivisena (säännöt ja ohjeet oikeuslähteiden käytöstä) tai näiden sekoituksena.¹⁸

Teoria oikeuslähteistä – olipa se deskriptiivinen tai normatiivinen – on sidoksissa aikaansa. Episteemi, aikakauden tiedollinen järjestelmä, asettaa oikeudellisen tiedon ja taidon mahdollisuusehdot.¹⁹ Oikeuslähdeopin normatiiviset, käsitteelliset ja tosiasialliset elementit ovat sidoksissa yhteiskuntajärjestyksen rakenteiden ja vallankäytön muotoihin. On hyödytöntä analysoida oikeuslähteitä ottamatta huomioon yleistä tiedon ja vallan järjestelmää.²⁰

Ajallisuus kytkee oikeuslähdeopin valtaan. Oppi on vallankäyttöä sekä oikeustieteessä (yleisemmin juristikunnan suppeassa oikeusyhteisössä) että yhteiskunnassa (laajassa oikeusyhteisössä). Ensiksi se on oikeudellisten käytäntöjen kentällä vaikuttava kiista vallitsevasta oikeuslähdeopista; erimielisyys siitä, kuinka tuotetaan kategoriat ja käsitteistöt, jotka mahdollistavat oikeudellisten käytäntöjen teoreettisen yhdentämisen ja ideologisen jäsentämisen. Toiseksi oikeuslähdeoppi on yhteiskunnallista vallankäyttöä. Sellaisena se on myös osa ideologisia valtiokoneistoja, jotka tuottavat legitimaatiota oikeudelliselle pakkojärjestykselle.²¹ Tällaisena se kutsuu niin suppean kuin laajan oikeusyhteisön subjekteja osallistumaan oikeuskoneistoon ja jakamaan yhteiset lähteet.²² Kolmanneksi oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa oikeuslähdeopin systematisoimat oikeuslähteet ”tuottavat” sekä ratkaisun että sen perustelut tuomarin toimiessa lähteiden ja ratkaisun välittäjänä.

Kutsun *Aulis Aarnion* kehittämää oikeuslähdeoppia perinteiseksi oikeuslähdeopiksi. Se on saanut suomalaisessa oikeusyhteisössä hegemonisen aseman. Peczenikin²³ tavoin Aarnio muotoilee oikeuslähteet niiden velvoittavuuden perusteella jakaen ne vahvasti velvoittaviin (laki ja maantapa), heikosti velvoittaviin (lainsäätäjän tarkoitus ja tuomioistuinratkaisut) ja sallittuihin (arvot ja arvostelmat, reaaliset argumentit, yleiset oikeusperiaatteet, oikeusvertailu ja oikeustiede).²⁴ Se vastaa useisiin edellä mainittuihin oikeuslähdeopin tarkoitukseen. Pistemäinen ja hierarkkinen oikeuslähdeoppi asettaa oikeuslähteet selkeisiin uurteisiin ja kiinnittää oikeudelliset käytännöt vakiintuneisiin solmukohtiin. Luomalla vakautta hierarkkinen ja staattinen oikeuslähdeoppi vastaa oikeus-

18. Kaarlo Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi. WSOY 2000, s. 174.

19. Michel Foucault, Sanat ja asiat. Suomennos Mika Määttänen. Gaudeamus 2010, s. 19.

20. Foucault, Sanat ja asiat, s. 164.

21. Kelsen, Puhdas oikeusoppi, s. 38.

22. Louis Althusser, Ideologiset valtiokoneistot. Suomennos Leevi Lehto ja Hannu Sivenius. Vastapaino 1984, s. 102; Kelsen, Puhdas oikeusoppi, s. 38. Louis Althusser, Sur la reproduction. Gallimard 1995, s. 101–110.

23. Peczenik, On Law and Reason. 1989, s. 313.

24. Aulis Aarnio, Laintulkinnan teoria: yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY 1989, s. 220–221; Aulis Aarnio, Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta. Forum Iuris 2010, s. 66; 65–89; Peczenik, On Law and Reason, s. 313.

Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriaasta rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan

turvaodotuksiin. Samalla se on jaottelussaan ja käsitteistössään selkeä teoria oikeuslähteistä, johon sisältyy myös kriittinen potentiaali.

Poikkeusoloissa oikeustiede voi joutua ajattelemaan oikeuslähteitä muulla tavoin ”kuin se oli ajatellut ja alkaa ajatella jotakin muuta ja toisin”.²⁵ Koronaepidemian aikana viranomaiset ovat käyttäneet bio- ja terveysturvallisuuden nimissä perusoikeuksiin vaikuttavia hallintainstrumentteja, jotka eivät ole välttämättä palautettavissa velvoittaviin oikeuslähteisiin.²⁶ Yleisen turvallisuuden ja väestön terveyden normeja saatetaan pitää sallittuina tai mahdollisina oikeuslähteinä. Aarnionkaan oikeuslähdeoppi ei ole pelkkä kuvaus vallitsevista oikeuslähteistä vaan myös kriittinen ja normatiivinen teoria oikeuden lähteistä. Sen perusteella voidaan kyseenalaistaa oikeuden sisäisestä näkökulmasta siirtymää laista ja tuomioistuinratkaisusta turvallisuus- ja kontrollihakuisten lähteiden merkityksen arviointiin.

4. Liikevoimainen oikeuslähdeoppi

Juha Karhun esittämä oikeuslähdeoppi vastaa vielä purevammin teoreettisella ja käytännöllisellä tasolla oikeutta ravisteleviin ajankohtaisiin kysymyksiin (koronaepidemia, ilmastonmuutos, taluskriisi, pakolaispolitiikka sekä myös tilaneherkkä sopimusoikeus). Hänen mukaansa perinteinen suomalainen oikeuslähdeoppi ei ole tunnistanut perus- ja ihmisoikeuksien vahvistumista. Oikeuslähdeopillinen keskustelu on jäänyt toistamaan samoja normatiivisia oletuksia. Karhun mukaan vahvistunut perus- ja ihmisoikeusmyönteinen oikeudellinen argumentaatio asettaa kysymyksen erityisen oikeuslähdeopin tarpeesta.²⁷

Tulisiko siis oikeuslähdeopilliset teoriat ja sitoumukset korvata perus- ja ihmisoikeusnormistoilla sekä niihin perustuvilla argumentaatioilla ja ratkaisuilla? Perus- ja ihmisoikeudet saattavat hallita oikeuden fragmentaatiota ja/tai vaalia oikeuden koherenssia perinteistä oikeuslähdeoppia tehokkaammin.²⁸ *Kaarlo Tuorin* mukaan ihmisoikeudet demokratia- ja oikeusvaltioperiaatteen ohella konstituivat oikeudellisia käytäntöjä sekä toimivat oikeuden sisäisinä kriittisinä pätevyyskriteereinä, jotka eivät ole vain muodollisia vaan myös sisällöllisiä.²⁹ Ovatko ihmisoikeudet, demokratia- ja oikeusvaltioperiaate ja muut

25. Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 66.

26. Giorgio Agamben, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*. Quodlibet 2020, s. 23 ja s. 40.

27. Juha Karhu, *Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi*, *Lakimies* 5/2003, s. 789–807.

28. Ks. Riku Neuvonen – Pasi Rautiainen, *Perusoikeuksien tunnistaminen ja niiden sisällön määrittäminen Suomen perusoikeusjärjestelmässä*. *Lakimies* 1/2015, s. 28–53, 52.

29. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 295–297 ja s. 325–331.

supernormistot tai syvärakenteen elementit tehneet teoreettisesta oikeuslähteopista tarpeettoman?³⁰

Kyllä ja ei. Auktoritatiivisia lähteitä painottava oikeuslähteoppi näkee oikeusturvan ennen kaikkea muodollisena oikeusturvana (oikeusvarmuus, ennakoitavuus ja yhdenvertaisuus lain edessä). EU:n lainsäädäntö ja EU-tuomioistuimen ratkaisut sekä Euroopan ihmisoikeussopimus ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut ovat horjuttaneet kansallisvaltiollisperäistä institutionaalista oikeuslähteoppia. Päivittämiselläkään se ei vastaa nykyiseen oikeudelliseen todellisuuteen, jossa EU-oikeudella on etusija.

Hierarkkinen ja staattinen oikeuslähteoppi ei vastaa tyydyttävästi nykyisessä oikeudellisessa todellisuudessa *miksi*-kysymykseen. Velvoittavuuden perusteella luokitellut oikeuslähtepisteet ovat hyytyneitä ja jähmettyneitä normatiivisia positioita, jotka eivät kohtaa normatiivisen materian monimuotoistumista. Oikeuslähteet ovat karanneet perinteisestä sääntöformalistisesta kiinteästä oikeuslähteopista.

Oikeuslähteoppia tarvitaan kuitenkin. Vaikka oikeuslähteiden institutionaalisen hierarkian tai sääntöperäisten auktoriteettien pohjalta muodostetun oikeuslähteopin aika on ohi, se ei merkitse sellaisten dynaamisten ja jännitteisten oikeuslähteoppien tarpeettomuutta, joissa muodollinen ja sisällöllinen, institutionaalinen ja arvoperusteinen velvoittavuus kietoutuvat toisiinsa.³¹

Jukka Mähösen mukaan perinteisessä oikeuslähteopissa sisällöllinen vaikeuttavuus sivuutetaan lähteiden muodollisen aseman kustannuksella. Oikeuslähteopin tulisi ymmärtää oikeuslähteet sellaisten dynaamisten ja jännitteisten oikeuslähteoppien tarpeettomuutta, joissa muodollinen ja sisällöllinen, institutionaalinen ja arvoperusteinen velvoittavuus kietoutuvat toisiinsa.³²

Oikeuslähteet voivat olla niin staattisia ratkaisuperusteita (ratkaisuarvo on systemaattisesti vakioitavissa, ennakoitavissa ja yleistettävissä) kuin tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavia omavoimaisia ratkaisuperusteita (ratkaisuarvo määrittyy tilannekohtaisesti).³³

Oikeuslähteopin on oltava entistä avoimempi eritasoisten normatiivisten lähteiden ja moninaisten normien virroille ja moninaisten normatiivisten liikkeiden jäljille. Oikeuslähteopin on siirryttävä oikeuslähteen institutionaaliseen auktoriteettiin tukeutuvasta painoarvosta (legalisuus tai oikeuden solmukohdat) lähteiden sisältöauktoireettiin (arvot, tavoitteet ja oikeudenmukaisuus)

30. Vrt. Karhu, Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi, s. 789; Kristiina Koivukari, *The Crumbling Narrative of Modern European Criminal Justice*. Doctoral dissertation. University of Helsinki, Faculty of Law 2020, s. 6; Kaarlo Tuori, *From Pluralism to Perspectivism*, teoksessa Gareth Davies – Matej Avbelj (eds), *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*. Edward Elgar 2018, s. 39–56, 40.

31. Samuli Hurri, *Supernormit ja sisältö*. Lakimies 1/2004, s. 109–115.

32. Jukka Mähönen, *Taloustiede lain tulkinnassa*. Lakimies 1/2004, s. 49–64.

33. Raimo Siltala, *Oikeudellinen tulkintateoria*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, s. 394–432.

Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriaasta rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan

perustuvaan painoarvoon (legitimiteetti tai oikeuden tuleminen) – ja samalla takaisin institutionaaliseen auktoriteettiin.

Tällaiset dynaamiset oikeuslähdeopit esittävät joustavampia teoreettisia pätevyysedellytyksiä oikeudellisten konfliktien ratkaisuperusteiksi. Ne perustuvat oikeudellisen ratkaisutoiminnan tilanneherkkyyden tunnistamiseen, normatiivisen aineiston tavoite- ja tarkoituksiperien havaitsemiseen sekä myös tapauskohtaisen kohtuuden ja oikeudenmukaisuuden huomioon ottamiseen. Oikeuslähteitä ei enää pakoteta ennalta asetettuun institutionaalisen velvoittavuuden kaavaan.

Hannu Tolosen toimintateoreettisen oikeuslähdeopin mukaan oikeuslähdeopissa aiempi oikeudellinen aineisto kerrostuu nykyisten ja tulevien ratkaisujen lähtökohdiksi. Muodolliset (demokratiaperiaatteeseen perustuva lainsäädäntö), arvosisällölliset (tuomioistuinratkaisut, oikeustieteen kannanotot ja oikeusperiaatteet) ja reaaliset (sääntelyn tavoiterationaalisuus ja lain tarkoitus) oikeuslähteet muodostavat toisiinsa kietoutuvien oikeuslähteiden kokonaisuuden.³⁴

Karhun tilanneherkkä oikeuslähdeoppi puolestaan painottaa toimintaympäristöä, jossa haetaan tapaukseen ja tilanteeseen soveltuvia oikeusnormeja. Liikutaan lainsäädännön ja ratkaisutoiminnan välissä. Abstraktien oikeusnormien soveltaminen nimittäin edellyttää tilanneherkkyyttä. Supernormeissa (ihmisoi-keudet, kansalliset ja eurooppalaiset perusoikeudet, EU-oikeuden periaatteet) muodollinen normiauktoriteetti ja aineellinen sisältö yhdistyvät niin, että yhteiskunnan perustavat arvot otetaan huomioon. Oikeussäännöt ja supernormit ovat tilannekohtaisten ratkaisujen normatiivista aineistoa, jotka palauttavat tilanneherkkyyden moninaisuuden oikeuslähdeopin piiriin.³⁵ Vaikka Aarnio kritisoi perusoikeuksien systeemirajat ylittävää joustoa (oikeusnormien sovel-luskonteksti on aina oikeudenalakohtainen), perus- ja ihmisoi-keudet läpäisevät kaikki oikeudenalat toimien niiden tulkintakontekstina.³⁶

Dynaamisen oikeuslähdeopin ohella nostaisin esiin *Alf Rossin* oikeusrealismin, joka erkaantuu niin luonnonoikeudellisesta metafysiikasta kuin oikeuspositiivisesta normi-idealismista. Tieteenfilosofiseen realismiin perustuvan oikeuslähdeopin keskeinen käsite on tuomarinideologia. Oikeuslähteet koostuvat tuomareiden mielissä vaikuttavista merkitysten ja motivaatioiden kokonaisuudesta, jonka taustalla vaikuttavat oikeussäännöt, ennakkoratkaisut ja muu relevantti normatiivinen aineisto. Oikeudellisten käytäntöjen analyysin kautta on mahdollista saada tietoa oikeuslähteistä eli kollektiivisesta ja normatiivisesta tuomarinideologiasta. Tämä mahdollistaa tuomioistuinratkaisujen ennustamisen. Ennuste ei ole varsinainen oikeussääntö vaan tuomaria motivoivan säännön

34. Hannu Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*. WSOY 2003, s. 97–101.

35. Ks. Karhu, *Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi*; Hurri, *Supernormit ja sisältö*; Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*, s. 111; Peczenik, *On Law and Reason*, s. 156–157.

36. Aulis Aarnio, *Tulkinnan taito*. Sanoma Pro 2006, s. 307–316 ja s. 332.

ilmaus. Oikeuslähdeoppi on Rossille kuvaus tuomarikunnan ja muiden viranomaisten sisäistämästä oikeuslähdeopista.³⁷ Vaikkei se aseta arvoarvostelmia tai oikeudenmukaisuuskriteereitä oikeuden lähteiksi, niin tällaista realistista ja institutionaalista teoriaa voidaan pitää oikeuden sisäisenä kriittisenä oppina oikeuden lähteistä ja arvoista.³⁸

Toiminta- ja tilanneteorian sekä realistisen oikeuslähdeopin perusteella katson, että oikeuslähdeopin tulee jäljittää oikeusjärjestyksen muodostumisen kokonaisuutta, joka koostuu oikeuden rakenteista sekä lainsäädännön ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan kontingenteista tapahtumista ja tuotteista. Oikeuslähdeoppi on teoreettinen prosessi, joka kartoittaa oikeuden rakenteelliset elementit sekä määrittää normatiiviset käsitteet. Se toimii oikeudellisen tiedon ja ratkaisutoiminnan ”positiivisena tiedostamattomana”, joka systematisoi normien moninaisuuden määrittelemällä niiden suhteet sekä mahdollisuus- ja pätevyyssehdot.³⁹ Oikeuslähdeopin järjestävässä tilassa tieto normien pätevyysperusteista muodostuu. Samalla oikeuslähdeoppi on tasapainoa hakeva pysyvä epätasapaino, jossa velvoittavat ratkaisu- ja tulkintaperusteet koostuvat epäsuhdasta menneen ja tulevan, säädännäisen ja sovelletun oikeuden välillä.⁴⁰

Normatiivinen materiaalisuus muokkaa, uusintaa ja murtaa rihmastollisena puumaista oikeuslähdeoppia. Samalla kun normatiivinen materia on jatkuvien muodonmuutosten kohde, materia käy läpi oikeuslähdeopin teoreettisen ja käsitteellisen kartoittamisen prosesseja. Oikeuslähteet ovat materiaalisuuden, kartoittamisen ja tuleminen kierron tilassa tai teorian, realismin ja toiminnan vuorovaikutuksissa. Normimateriaali (aineisto) antaa perusteet rakenteelliselle mallille (oikeuslähdeoppi), joka puolestaan jäsentää oikeudellisia käytäntöjä (eroihin ja yhtäläisyyksiin perustuva ratkaisutoiminta). Normit (materia), systematisointi (teoria) ja tuleminen (käytäntö) muodostavat epäsymmetrisen kolmiyhteyden. Reitit materian, teorian ja käytännön välillä eivät kuitenkaan ole vastavuoroisia. Systematisointi tunnistaa normien moneuden, ratkaisutoiminta palauttaa teoreettisesti välitetyyn normatiivisen aineiston oikeuslähdeopin materiaksi.

Kuten jo on todettu, oikeuslähteiden rakenneoppi ei väistä ajallisuutta. Sen on teoretisoitava normatiivisen materiaalin rakenteistumista ja käsitteellisten konstruktioiden muodostumista yhteiskunnallisessa tilassa ja ajassa. Normit muodostuvat ajallisessa ja paikallisessa merkityksenmuodostumisen prosesseissa. Toisaalta samalla kun oikeuslähdeoppi perustuu menneeseen ja nykyisyyteen, se suuntaa kohti tulevaa oikeutta.

37. Alf Ross, *Om ret og retfaerdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. Hans Reizel 2013.

38. Ks. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, F. Deuticke 1929; Siltala, *Oikeudellinen tulkintateoria*, s. 394–432.

39. Foucault, *Sanat ja asiat*, s. 9.

40. Ks. Claude Lévi-Strauss, *L'homme nu. Mythologiques IV*. Pion 1971, s. 539.

Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriasta rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan

Vastaukseksi *miksi*-kysymykseen ei riitä sopimusperusteinen oikeuslähdeoppi, jossa lähteiden, rajojen ja legitimitietin sijasta painotetaan joustavuutta, tilannekohtaisuutta ja seuraamustulkintoja. Myöskin tuomariniideologia on ongelmallinen oikeuslähdeopin perusteena. On otettava huomioon tuomarikunnan tiedostamattomat vaikutteet sekä luokka-asemiin kytkeytyvät intressit ja intentionaalisuudet, joilla ei voi olla olematta vaikutusta kollektiiviseen tuomariniideologiaan.

5. Konkreettinen oikeuslähdeoppi

Edellä kuvatut dynaamiset ja realistiset oikeuslähdeopit ovat teoreettisina lähtökohtinani. Konkreettinen oikeuslähdeoppi kytkee oikeuden materian, rakenteet ja käytännöt yhteen. Sivuuttamatta muodollista oikeusturvaa (oikeudenmukaisuusvarmuus rakenteiden ja käytäntöjen tasolla) se ottaa vakavasti oikeuden aikaan ja paikkaan sidottujen arvo- ja tavoiteperusteiden turvaamisen.

Sen taustalla vaikuttaa lisäksi kolme modernia oikeutta määrittävää sääntöä. 1) Epistemologinen sääntö määrittää oikeuden itserajoitteisena, positiivisena ja muodollisrationaalisena oikeutena. 2) Refleksiivinen arvostelmasääntö edellyttää oikeuden itsekritiikkiä, pätevyysperusteiden arviointia ja tavoiterationaalisuutta. 3) Oikeudenmukaisuussääntö ilmenee yhtäältä tapauskohtaisessa ratkaisutoiminnassa ja oikeudellisten käytäntöjen tilanneherkkyydessä sekä toisaalta oikeusperiaatteisiin ja yhteiskunnan perusarvoihin sisältyvänä kontekstuaalisena elementtinä.

On tullut jo ilmi, että oikeuslähteet oikeuden rakenne-elementtinä sekä oikeuslähteiden väliset erot ja vuorovaikutussuhteet ovat lähtökohtani. Sen sijaan intentionaaliset oikeudelliset toimijat – lainsäätäjän tarkoitus, tuomarikunnan ideologia tai oikeustieteilijöiden pätevyys- ja tulkintakannanotot – tai oikeudellisten käytäntöjen tarkoitusperät ovat toissijaisia.

Intentioiden sijasta oikeuden materia ja rakenteet ovat edellytyksiä oikeudellisten suhteiden asianmukaiselle hahmottamiselle sekä legitimiille tilannekohtaiselle arvioinnille. Tuomarin on tunnistettava tilanne, tilanteen subjektien erot ja vuorovaikutussuhteet sekä tilanteita ja subjekteja määrittävät käsitteet, kategoriat ja rakenteet. Vasta sen jälkeen kysymys sovellettavista normeista nousee esiin. Oikeuslähdeoppi rakenteiden järjestelmänä ei perustu ensisijaisesti normiauktoriteetteihin, desisionismiin tai intentionaalisuuteen, joskaan subjektia ei pidä häivyttää ankaraan formalismiin.

Oikeuslähteiden rakenteiden yleinen järjestelmä on kokonaisuus, jossa oikeus aktualisoituu ratkaisutoiminnassa ja muissa oikeudellisissa käytännöissä.⁴¹ Konkreettinen oikeuslähdeoppi on puolestaan tätä näkemystä vastaava teoreettinen käytäntö. Se asettaa oikeuden systeemin rakenteelliset konstruktiot, jotka määrittävät oikeudellisten käytäntöjen ennakkoehdot.

Konkreettinen oikeuslähdeoppi on käsitteellinen. Se ei ole empiiristä tutkimusta, vaan oikeuden epistemologiaa, oikeudellisten diskurssien historiaa ja teoriaa sekä oikeudellisen kieliopin ja kielenkäytön analyysia, joka formalisoi oikeuslähteet rakenteellisena kokonaisuutena. Se muodostaa yleisen kehikon tai kysymyksenasettelutavan, jonka raameissa oikeudelliset ongelmat voidaan ratkaista. Kuvattaessaan oikeuden rakenteellisen muodon, joka antaa perusteet rationaaliselle oikeudelliselle diskurssille, oikeuslähdeoppi takaa oikeuden legitimitettä.

Oikeuslähdeoppi on teorian sisäpuolen ja käytännön ulkopuolen vuorovaiikutusta, jossa teoria on yhtäältä edellytys tapahtuman oikeudelliselle mielelle ja jossa toisaalta tapahtuman normatiivinen merkitys on oikeuden materiaalia (ajallis-tilallisesti pätevä ja potentiaalisesti velvoittava legaalinen ja legitimi aineisto). Oikeuslähdeoppi rakentaa oikeuslähteitä ja legitimoii niitä oikeuslähteinä. Lähteiden käsitelmäärityksessä se legitimoii oikeuden lähteet ja legitimoii dessaan kuvaa niitä.

Jos oikeuslähdeoppi systematisoisi jo päteväksi todetun oikeudellisen aineiston oikeuden perustaksi, niin oikeus muodostuisi itseriittoiseksi totaliteetiksi. *Hanna Lukkarin* mukaan oikeusjärjestys ei kuitenkaan kykene legitimoimaan olemassaoloaan ja identiteettiään muutoin kuin hakemalla perusteita sen omien resurssien ulkopuolelta.⁴²

Konkreettiselle oikeuslähdeopille ulkopuoli ja sisäpuoli vaihtavat yhtenäin paikkaansa, sillä oikeuden sisäinen ja ulkoinen normatiivisuus muodostaa oikeuden materian. Materiaan kuuluu laki ja ihmisoikeudet, tuomioistunratkaisut ja oikeustieteen kannanotot, viranomaisten ja kansalaisjärjestöjen tuottamat normit, oikeussubjektien väliset sopimukset ja arjen käytännöt, poliittisten subjektien vuorovaikutuksen ja demokraattisten tapahtumien luomat normatiiviset kannanotot, yksilöiden asemat erojen symbolisessa järjestelmässä ja heidän imaginaariset sitoumuksensa, ruumiiden ajallis-tilallinen normeeraaminen ja väestön terveyskäyttäytymisen ohjaaminen, yleisen turvallisuuden ja eri väestönsien turvaamismormistot ... ja niin edespäin. Oikeuslähteet eivät ole siten

41. Alain Badiou, *Theory from Structure to Subject. An Interview with Alain Badiou*, teoksessa Peter Hallward – Knox Peden (eds), *Concept and Form vol. 2. Interviews and Essays on the Cahiers pour l'analyse*. Verso 2012, 2012, s. 294–312, 300.

42. Lukkari. *Law, Politics and Paradox*, s. 262–263.

Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriaista rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan

pelkkiä ideoita oikeudesta, kriittisiä mittatikkuja tai ideaalisia oikeuttamisperusteita vaan normatiivista ”raaka-ainetta”.⁴³

Materia on kieltä ja kielen määrittämiä suhteita, mutta materia voi tunkeutua myös reaalisesta suoraan normatiivisuuteen. Tieteellinen tosiasia voi nimittäin muuttua normatiiviseksi tosiasiaksi ilman lainsäädäntöä. Ilmastomuutos on lähtökohtaisesti oikeuden ulkopuolella. Siitä tulee kuitenkin normatiivista materiaa sen tosiasiallisen painearvon perusteella. Ilmastomuutos ei siten ole institutionaalinen tosiasia vaan faktuaalinen tosiasia, joka ilmiönä asettaa normatiivisen vaatimuksen toimien siten oikeuslähteenä. Se ei ole luonnonoikeudellinen periaate vaan objektiivinen tosiasia. Se tunkeutuu ”pitämisen” maailmaan paineena, joka tekee siitä materiaa oikeuslähdeopille. Vastaavasti voimme ajatella pakolaisia paineena, joka muodostuu tosiasiallisuudesta normatiiviseksi materiaksi, joka siten vaikuttaa oikeuslähdeoppiin.

6. Rihmastot ja puut

Nyt voimme palata konkreettisen oikeuslähdeopin suhteeseen dynaamisiin ja realistisiin teorioihin. Materian, teorian ja ratkaisutoiminnan yhteen kytkevä konkreettinen oikeuslähdeoppi on uusrealistinen oikeusteoria. Uusrealismilla tarkoitan normien materiaalista todellisuutta ilman, että normit olisivat ylipsitiivisiä ja järkiperusteisia periaatteita tai intentionaalisia aikomuksia.⁴⁴ Kyse on normatiivisesta tosiasiallisuudesta.⁴⁵

Normatiivinen materia (asia) edeltää oikeuslähdeoppia, mutta oikeuslähteen (asia) pätevyys on lopputulos, joka ei ole suoranainen seuraus oikeuslähteen (asia) olemassaolosta. Velvoittava oikeuslähde muodostuu oikeuslähdeopin myötä tai pikemminkin rinnakkain sen kanssa. Kuten sanottu, oikeuslähteet voivat ratkaisutoiminnassa olla niin ratkaisun luomisen kuin sen oikeuttamisen perusteina. Oikeuslähdeoppi esittää teoreettiset puitteet, joiden perusteella ratkaisun muodostamisen ja sen oikeuttamisen perusteet aktualisoituvat ja saavat

43. Etnografinen lähestymistapa ottaa transnationaalisten verkostojen ja kansalaisjärjestöjen sekä monikansallisten yritysten sopimuskäytäntöjen lisäksi huomioon yksilölliset oikeudelliset toimijat ja niistä muodostuvat verkostot. Ks. Emilia Korkea-aho – Panu Minkkinen, *People Matter: Some Methodological Remarks on the Study of Transnational Law*. Helsinki Socio-Legal Initiative Blog 11.3.2020; Natasha Affolder, *Transnational Environmental Law’s Missing People*. *Transnational Environmental Law* 3/2019, s. 463–488.

44. Ks. Maurizio Ferraris, *Manifesto of New Realism*. Käännös Sarah De Sanctis. SUNY 2014; Maurizio Ferraris, *Realismo positivo*. Rosenberg & Sellier 2013.

45. Vrt. Georg Henrik von Wright, *Norm and Action: A Logical Enquiry*. Routledge and Kegan Paul 1963.

pätevyytensä. Se yhdistää normatiivisen materiaalin muodostamalla oikeudellisia rakenteita ja käsitteistöjä, jotka puolestaan suuntaavat ratkaisutoimintaa ja muita oikeudellisia käytäntöjä.

Gilles Deleuzen ja Félix Guattarin terminologiaa käyttäen konkreettinen oikeuslähdeoppi on puumainen rakenteellinen järjestys juurineen ja oksistoineen.⁴⁶ Oikeuslähdeoppi jäsentää aktiivisen ja passiivisen materian elementtejä havainnoiden normatiivisen aineiston eroja muodostaen sitä kautta oikeuden ratkaisuperusteita ja oikeusjärjestystä.

Monivivahteinen ja tilanneherkkä oikeudellinen ratkaisutoiminta puolestaan on tulkintojen, sovellutusten ja ratkaisujen moneuksina rihmasto, joka karkaa oikeuslähdeopillisesta puusta. Esimerkkinä Euroopan keskuspankin eurovaltioiden joukkolainojen osto-ohjelman, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen, Euroopan unionin tuomioistuimen, Saksan perustuslain ja liittovaltion perustuslakituomioistuimen normatiivinen rihmasto, joka ei sovittaudu ongelmitta oikeuslähdeoppiin.⁴⁷

Perinteinen oikeuslähdeoppi on perustunut hierarkiaan, taksonomiaan ja evoluutiomalliin. Ratkaisuperusteet ovat rakentuneet puuksi, jossa instituutionaaliset juuret ja lakirunko ovat määränneet oksastojen ja lehtien vaikutuksen. Oikeuslähdeoppi ei voi kuitenkaan täysin hylätä puumallia. Ilman sitä relevantit normit pirstaloituisivat rihmastollisiin pakoviivoihin.⁴⁸ Ratkaisujen tavoite- tai oikeudenmukaisuusherkkyyks hävittäisivät oikeusturvaodotukset. Oikeusvaltion ja oikeusvarmuuden periaatteet murtuisivat tilannekohtaisten pakoviivojen myötä.⁴⁹

Konkreettinen oikeuslähdeoppi tunnustaessaan pakoviivat – materian ja ratkaisutoiminnan rihmastollisuuden – systematisoi puumaista oikeusjärjestystä, kuvaten muodon, joka antaa takeita rationaaliselle oikeudelliselle argumentaatiolle.

Puumalli edellyttää kuitenkin rihmasto aivan kuten puut, kasvit ja sienet elävät symbioosissa. Oikeuslähdeopin rakenteelliset ja käsitteelliset konstruktiot antavat mahdollisuusehdot oikeuden singulaarisuuksien (tulkinnat, konfliktit, oikeussubjektit) ilmentymiselle oikeudellisten käytäntöjen rihmastoissa. Oikeuslähdeopin puu jäsentää rihmastoja samalla kun rihmastot elävöittävät puuta. Oikeudellinen puu ja rihmasto elävät siten vuorovaikutuksessa, mikä vastaa dynaamisen oikeuslähdeopin käsitystä.

Siksi oikeuslähdeopin jäsentämät oikeuslähderakenteet eivät ole pelkästään staattisia elementtejä verrattuna joustavampiin oikeudellisiin käytäntöihin. Ne

46. Gilles Deleuze – Félix Guattari, *Mille plateaux: capitalisme et schizophrénie 2*. Les Éditions de Minuit 1980, s. 9–37.

47. Euroopan unionin tuomioistuin, C-493/17, Weiss, 11.12.2018; BVerfG, Anleihen-kaufprogramm der EZB, 2-BvR 859/15, 05.05.2020.

48. Félix Guattari, *Lignes de fuite. Pour un autre monde de possibles*. Aube 2011.

49. Deleuze – Guattari, *Mille Plateaux*, s. 13, s. 31 ja s. 253–283.

Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriaasta rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan

muodostavat vertikaalisten (hierarkia) ja horisontaalisten (dialektisuus) verkostojen suhteita, jotka ovat ekstensiivisiä ennakoedellytyksiä normatiivisia eroja tuottavalle juridiikalle.

Tapauskohtaiset ratkaisuperusteet muodostuvat normatiivisen materian keräilystä ja koostamisesta (*bricoleur*) sekä systematisoinnista.⁵⁰ Konkreettisen oikeuslähdeopin on kytkettävä oikeuden lähteet ja niiden systematisointi oikeudellisiin käytäntöihin (ratkaisutoiminta, joka sisältää yhtä hyvin ratkaisun tosiasiallisen luomisen ja sen oikeuttamisen).

Radikalisoidessaan oikeustiedettä *Kaarle Makkonen* osoitti oikeusnormien mekaanisen soveltamisen ja yhden ainoan ratkaisun periaatteen virheellisiksi. Hän panosti oikeudellisen ratkaisutoiminnan rakenteen tarkasteluun tunnistaa oikeudelliseen päätöksentekoon sisältyvät arvottavat elementit.⁵¹ Vaikka hänen taustateorianaan oli analyttinen kielifilosofia, kun taas omana lähtökohtanani on strukturalismi teoreettisena käytäntönä, teorian ja ratkaisutoiminnan yhdistämisessä olen velkaa hänelle.

Oikeusjärjestys on konsonanssin ja dissonanssin, puiden ja rihmastojen kokonaisuus, jossa materia ja rakenteet aktualisoituvat oikeudellisissa käytännöissä. Nämä on yhdistettävä, jotta päästään oikeudelliseen ratkaisutoimintaan.

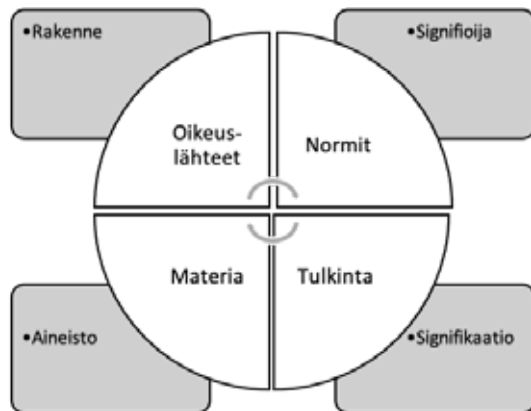
Oikeuslähdeopillisessa ”kaksoisartikulaatiossa”⁵² oikeudellinen ratkaisutoiminta toteutuu oikeuslähteiden rakenteiden tai oikeuden arkkitehtuurin ja normatiiviseen materiaan perustuvien mahdollisuuksien moninaisuuksien hillityn toistamisen tai hillitsemättömän kaaoksen vuorovaikutuksessa.

Tapauskohtaiset oikeussäännöt muodostuvat kaksoisartikulaation myötä, jossa ensimmäisen artikulaatio koostuu oikeuslähdeopin rakenteistamasta materiaasta ja toinen oikeuslähteiden ja oikeudellisten kategorioiden ennakoehtojen määrittämien oikeusnormien soveltamisesta ja tulkinnasta. Oikeudellisten käytäntöjen tuottamat normien merkityssisällöt palautuvat oikeuden materiaan.

50. Claude Lévi-Strauss, *La pensée sauvage*. Plon 1962, s. 28–32.

51. Kaarle Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*. Lainopillinen ylioppilastiedekunta 1981.

52. Deleuze – Guattari, *Mille Plateaux*, s. 53–94.



Kuva 1: Konkreettinen kaksoisartikulaatio.

Kaksoisartikulaatio toteutuu tai kiertää tässä kuviossa. Suhteita osien välillä määrittää jatkuvuus ja jatkumon katkokset, joista ja joiden jännitteistä muodostuu oikeuden ajallisen ja tilallisen konkretisoitumisen kehä. Seuraan tässä Peczenikin oikeusmetoditeoksen alaotsikkoa, *rättskällelära och lagtolkning*: oikeuslähdeoppi ja laintulkinta kulkevat yhdessä. Oikeuslähteet ovat siten oikeuslähdeopin rakentama varanto oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle, jota ratkaisutoiminta puolestaan uusintaa omalla tuotannollaan.⁵³

Kaavio voidaan lukea myös kolmella kahdensuuntaisella tavalla. Ensinnäkin se 1) kaivaa esiin legaalit ja legitiimit normit sekä 2) määrittää oikeudelliset toimijat oikeuden ontologisten ja epistemologisten prosessien päätepisteinä. Toiseksi se 1) teoretisoi ja käsitteellistää normatiivista materiaalia sekä 2) rakentaa, systematisoi ja legitimoii oikeuden ratkaisu- ja tulkintaperusteita. Kolmanneksi se on 1) intensiivinen, rihmastomainen ja sileä normatiivinen materia (sääntöjen liukuva velvoittavuus) sekä 2) ekstensiivinen, puumainen ja urauttava duaalisuus (pätevä sääntö/ei-pätevä sääntö).⁵⁴ Nämä jaottelut ja erottelut eivät ole toisiaan poissulkevia, vaan ne edellyttävät toisiaan vastavuorottaisesti.

7. Oikeusaukko

Oikeustieteilijöille ja tuomareille oikeusaukko on perin tuttu käsite. Oikeuslähdeopin perusteella ei löydy oikeusnormia, jonka perusteella tapaus voitaisiin

53. Gilles Deleuze – Félix Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie?* Minuit: 1991, s. 147.

54. Ks. Deleuze – Guattari, *Mille Plateaux*, s. 31.

Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriaasta rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan

ratkaista. Aukkoa kuitenkin vieroksutaan ja sen reaalisuus halutaan peittää tulkinallisilla, oikeuslähdeopillisilla tai oikeusdogmaattisilla argumenteilla.

Oikeusaukko on olennainen käsite uusrealistisessa konkreettisessa oikeuslähdeopissa. Olen osoittanut, kuinka normatiivinen materia jäsennetään oikeuslähdeopiksi, joka puolestaan konkretisoituu oikeudellisissa käytännöissä tuottaen uutta erojen materiaalia. Tämä johtaa meidät kysymykseen oikeusaukosta. Konkreettinen oikeuslähdeoppi nimittäin lähtee eroihin perustuvasta kielellisestä ja symbolisesta aineistosta.

Yhteiskunnalliset ja normatiiviset järjestykset – kuten oikeus, moraalitai kieli – eivät ole saumattomia totaliteetteja. Niiden olemukseen kuuluu epätäydellisyys ja murtumat. Oikeusaukko on perustavammalla tasolla ymmärrettävä Jacques Lacanin puutteen (*manque*) käsitteenä.⁵⁵ Lacanille puute on symbolisen järjestyksen konstitutiivinen osa, joka avaa subjektin vapauden potentiaalin: emme ole täysin määrittyneitä. Näin myös oikeudessa.

Oikeuslähdeopissa oikeusaukko puutteena merkitsee, että oikeuslähdeoppi on väistämättömästi kykenemätön sulkeutumaan totaaliseksi järjestelmäksi vailla puutteita. Teoreettinen lainoppi, oikeusteoria tai oikeudellinen ratkaisutoiminta voivat pyrkiä paikkaamaan oikeuden rakenteellisia ja systeeminsisäisiä aukkoja ja murtumia, mutta perustava puute tai aukko on olennainen osa oikeuslähteitä ja teoreettista oppia niistä. Samoin ne ovat juridiikan arkea.

Oikeuslähdeopin ei tule edes pyrkiä kuroma umpeen oikeuden rakenteeseen kuuluvia aukkoja. Oikeuden perusteita leikkaava puute ei merkitse oikeuden heikkoutta. Pikemmin aukollinen oikeuslähdeoppi estää totalitaristista tai nationalistista oikeuslähdeoppia. Viitataan vain *Elieser Kailan* vastaväittäjän lausuntoon koskien Otto Brusiinin oikeuden aukon ja puutteen nerokkaasti oivaltanutta väitöskirjaa ”Tuomarin harkinta normin puuttuessa”.⁵⁶ Kaila ei voinut sietää aukkoa: ”Saksalainen ja myös kansallissosialistinen käsitys on, että tuomari ei luo oikeutta edes aukkotapauksissa, hän löytää sen kansakunnan oikeustajunnasta.”⁵⁷

Oikeuslähdeopilla on käytössään vain ja ainoistaan materia puutteineen, merkitykset eroineen ja systematisoinnit vailla totaliteettia. Metafyysiset periaatteet tai yleinen turvallisuus, järkioikeus tai oikeuspositivistiset perusnormit paikkaavat yhtä vähän aukkoja ja puutteita kuin kansanhenki. On syytä muistuttaa Claude Lévi-Straussin kuumaa ja kylmää yhteiskunnan erottelusta. Moderni oikeus historiallisena, muutosalttiina ja diakronisena on kuuma eroten kylmästä tapaoikeudesta, johon aika ei näytä koskettavan.⁵⁸

55. Jacques Lacan, *Le Séminaire. Livre IV. La relation d'objet, 1956–1957*. Seuil 1991.

56. Otto Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*.

57. Elieser Kaila, *Otto Brusiin: Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Vastaväittäjän lausunto. *Lakimies* 2/1938.

58. Claude Lévi-Strauss, *Tropiikin kasvat*. Suomennos Ville Keynäs. *Loki-kirjat* 2009; Lévi-Strauss, *La pensée sauvage*, s. 30; Claude Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*. Plon 1958.

Realismi edellyttää, että ei ole oikeuden viimekätisiä lähteitä, jotka kuroisivat umpeen oikeuden rakenteisiin ja käytäntöihin sisältyvän perustavan oikeusaukon. Myöskään ihmisoikeudet eivät kykene siihen ilman, että ne muuttuvat ideologiseksi peiliksi, joka heijastaa meille takaisin oikeuden aukottoman systeemin. Oikeudellisen aukon tai puutteen tunnustaminen mahdollistaa sen, että oikeuslähdeoppi on avoin teoria, joka tunnistaa ratkaisutoiminnan rihmastot uusiutuvina oikeuden mahdollisuuksina ja pakoviivoina. Toki oikeuslähdeopin rakenteelliset ja käsitteelliset konstruktiot pyrkivät asettamaan näitä potentiaalisuuksia oksastoihin.

8. Lopuksi

Konkreettinen oikeuslähdeoppi – rakenteineen ja puutteineen – on vastaukseni perustavaan kysymykseen *miksi oikeuslähdeoppi?* Oikeuslähdeoppi on teoreettinen käsitejärjestelmä ontologisessa ja epistemologisessa ajallisessa ja tilallisessa kentässä.⁵⁹

Sitä tarvitaan teoriana oikeuden lähteistä, joka tieteellisesti jäsentää normatiivisen tiedon lähteet ja niiden vaikuttavuuden. Sellaisena se on perustava osa modernia oikeutta, jonka tehtävänä on osoittaa oikeus rationaalisen asetelmana ja systemaattisena kokonaisuutena häivyttäen oikeudellista epävarmuutta ja ja moninaisuutta. Samalla konkreettinen oikeuslähdeoppi tunnistaa ja tuo esiin modernin oikeuden perustavan epävarmuuden ja moninaisuuden.

Mitkä konkreettisen oikeuslähdeopin oikeuslähteet ovat? En ole käsitellyt oikeuslähdeopin ainesosia tai ratkaisuperusteita. Sen sijaan olen kehittänyt oikeuslähdeopin metateoriaa sekä oikeuslähdeopin ennako- ja mahdollisuusehtoja ottaen etäisyyttä oikeuslähteiden institutionaalisista perusteista niitä kuitenkin unohtamatta. Puut ja rihmastot tarjoavat vaihtoehdon kivettyneille normiauktoriteeteille ja hierakkisille oikeuslähteille. Konkreettinen oikeuslähdeoppi konkretisoituu puumaisena teoriana yhteistoiminnassa normimateriaalin ja ratkaisutoiminnan rihmastojen kanssa.

Oikeudellinen todellisuus muodostuu normatiivisesta materiasta ja sen määrittämistä symbolisesta järjestyksestä, jossa kukin meistä elää kielen ja normien subjekteina. Normatiivinen materia on mielletävä osana maailmaa muodostavana materiana. Oikeuslähdeoppi on realistinen teoria jäljittäessään, kuvatessaan ja jäsentäessään normatiivista materiaa erojen ja suhteiden järjestelmänä ilman palautumista olemuksiin. Se törmää kahteen ”todellisuuteen”. Ensinnäkin normatiivinen materia vastustaa moninaisuudessaan oikeuslähdeopin käsitteellistä

59. Foucault, Sanat ja asiat, s. 9 ja s. 164; vrt. Lévi-Strauss, La pensée sauvage, s. 30.

Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriaasta rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan

ajattelua ja kategorisointeja. Toiseksi materia luo opeista ja oikeusjärjestyksestä piittaamatta subjektien identiteettejä, oikeudellisia positioita sekä subjektiivisia intressi- ja halutaipumuksia. Materian vastarinta ei romahduta oikeuslähdeoppia, vaan on sen mahdollisuusehto. Konkreettinen oikeuslähdeoppi on normatiivisen materian systeemistä ja rakenteellista analyysia.

A concrete theory of sources of law: From normative materiality to structures and judicial decision-making

ARI HIRVONEN, LL.D., University Lecturer, University of Helsinki

Sources of law are considered as the origins of valid law and principles for adjudication. They underlie legal practice, dogmatic studies of law and jurisprudence. In modern law, there are no transcendental sources (such as natural law or reason). In contrast, sources are immanent normative elements (positive legal order), even though they may be related to ethical and moral issues. Instead of asking what sources of law are in modern law, the author addresses a more fundamental question: Why sources of law? Could we do without the traditional hierarchical and stable theory of sources of law? Perhaps, in the contemporary situation of globalisation, transnationalisation and digitalisation of the law, the relative coherency and consistency, as well as legitimacy, of the law ought to be or could be based on human rights, fundamental freedoms and the principles of democracy and rule of law. That said, the author considers that we should go beyond the traditional theory and insists that we do need a new theory of sources of law. The author elaborates a more dynamic theory, that is, a concrete theory of sources of law, based on the multiplicity of normative materiality and structural analysis. At the same time, the proposed theory is connected to a rethinking of legal realism.