Jaakko Husa

Tuomioistuinratkaisut oikeuslähteenä – oikeuslähdeoppi ja oikeusyhteisön kulttuurinen identiteetti

Lakimies
7–8/2020
s. 972–992

HAKUSANAT: ennakkotapaus, stare decisis, oikeusvertailu, oikeuskulttuuri, identiteetti

1. Johdanto

Moderni oikeus nojaa ajatukseen siitä, että se perustuu johonkin oikeudenkäyttäjän ulkopuoliseen lähteeseen. On tärkeää, että tuomioistuin kykenee tunnistamaan lähteen ja sen antajasta riippuvan painoarvon oikein, jotta oikeudellinen ratkaisutoiminta olisi myös ”oikeaa”. Kun tunnistaminen tapahtuu oikein, niin on luonnollista, että esimerkiksi kunnallisen hallintosäännön painoarvo on matalampi kuin eduskunnan säätämän lain. Oikeuslähteen painoarvo määräytyy pitkälti säädännäisen oikeuden perusteella, kuten esimerkiksi Suomessa perustuslain pohjalta.[1] Kaikkea oikeuslähteitä ja niiden käyttöä koskevaa ohjeistusta ei kuitenkaan kyetä tyhjentävästi ilmaisemaan säädännäisessä oikeudessa. Tätä varten oikeustieteessä (tarkoittaen tässä lähinnä lainoppia) on kehitetty erityinen oppirakennelma eli oikeuslähdeoppi, joka ohjaa oikeuslähteiden käyttöä.[2]

Kaikissa kehittyneissä oikeusjärjestyksissä on tällaisia oppirakennelmia, jotka ikään kuin täydentävät oikeusjärjestystä. Nämä opit ovat kulttuurisidonnaisia sen suhteen, miten opin sisäistänyt lainkäyttäjä tai tutkija mieltävät niiden ilmaiseman oikeuslähteiden sitovuuden.[3] Eri oikeuskulttuureissa on kehitetty toi-

* *Jaakko Husa*, HTT, professori, Helsingin yliopisto.

1. Perustuslain 106 § (731/1999) säätää lain säännöksen ja perustuslain säännöksen välisestä suhteesta ilmeisessä ristiriitatilanteessa ja 107 § rajoittaa soveltamista tilanteessa, jossa asetuksen tai muun lakia alemman asteisen säädöksen säännös on ristiriidassa perustuslain tai muun lain kanssa.
2. Käsitteenä oikeuslähdeoppi ei liene kaikkein otollisin, mutta tässä sitä käytetään suomalaisessa oikeustieteessä vakiintuneella tavalla, vaikka Wikströmin kritiikki onkin sinänsä kohdallaan: ”Oikeuslähteet eivät ole mitään oikeudellisen aineiston noutovarastoja, joista oikeusnormeja tilataan”, Kauko Wikström, Kuka tarvitsee oikeuslähdeoppia? s. 271–286 teoksessa Jyrki Tala – Kauko Wikström (toim.), Oikeus – kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen. Turun yliopisto 2005, s. 266.
3. Vrt. Aulis Aarnio, Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY 2006, s. 283–286.

sistaan poikkeavia oppirakennelmia, joissa pyritään mahdollisimman kattavasti määrittelemään, mitä oikeuslähteitä on käytettävä tai on sallittua käyttää.[4] Keskeinen osa oikeuslähdeoppia on jäsennelty käsitys siitä, millainen on kunkin oikeuslähteen painoarvo ja keskinäinen etusijajärjestys ristiriitatilanteessa. Tärkein oikeudellinen funktio oikeuslähdeoppia hyödyntävällä ratkaisuargumentaatiolla on, että se oikeuttaa ratkaisun (tai ratkaisun perusteena olevan tulkinnan) osoittamalle sille ratkaisijan itsensä ulkopuolella olevan auktoritatiivisen ratkaiseperustan.[5] Common law'n piiristä peräisin oleva tunnettu maksiimi on "rule of law not rule of men", jonka tarkkaa historiallista alkuperää emme tunne, mutta johon monesti viitataan, tiivistää ajatuksen ratkaisijan ulkopuolisesta auktoritatiivisesta lähteestä. Tuomiovallan käyttö perustuu oikeuteen, ei sitä käyttävään ihmiseen.

Oikeuslähdeopit ovat länsimaisessa oikeuskulttuurissa nykyään aika samankaltaiset, vaikka edelleen lähdetään siitä, että common law'ssa ja mannereurooppalaisessa oikeudessa on ainakin yksi keskeinen poikkeavuus. Eroavaisuus kulminoituu siihen, millainen oikeuslähdearvo tai auktoriteettiasema tuomioistuinratkaisulla myönnetään olevan tai halutaan katsoa olevan. Oikeusvertailuteorian ydinosaa on, että common law'n nähdään rakentuvan ennakkoratkaisuopin (doctrine of precedent) varaan, kun taas Manner-Euroopan oikeuden katsotaan perustuvan ensisijaisesti säädännäiseen oikeuteen. Vaikka tämä erottelu on perustavaa oikeuskulttuurista laatua, sen on jo pitkään myönnetty olevan varsin joustava eikä aukottomasti paikkansa pitävä.[6] Oikeusajattelu elää oman aikansa mukana, eikä oikeuslähdeoppi ole tässä suhteessa poikkeus.

Oikeusajattelussa tapahtuneiden muutosten kannalta 1900-luku oli merkittävä vuosisata juuri ennakkotapauksia koskevan ajattelun osalta. Vuonna 1916 amerikkalaisen Virginia Law Schoolin ensimmäinen dekaani *William M. Lile* esitti totuutena, että ennakkotapausopilla "ei ole olemassaolon sijaa Manner-Euroopan oikeudessa".[7] Dekaani ei ollut oikeusvertailun asiantuntija, mutta sito-

4. Oikeuskulttuuri on joustava tapa nimetä ja hahmottaa erilaisen oikeushistoriallisen polun kulkeneita järjestelmiä siten, että niiden keskeiset piirteet hahmotetaan toisistaan erottuvina. Ks. oikeuskulttuurin tällaisesta käyttötavasta Jaakko Husa, A New Introduction to Comparative Law. Hart 2015, s. 3–5 ja s. 229–231. Tällä tavalla käytettynä oikeuskulttuuri ei ole makrotason käsite, kuten esimerkiksi oikeusperhe, vaan erityinen tapa jolla arvot, käytännöt ja käsitteet ovat integroitu oikeusinstituutioihin ja oikeudellisten tekstien tulkintaan, John Bell, English Law and French Law – Not so Different? Current Legal Problems 48(2) 1995, s. 63–101, s. 70.
5. Ks. tarkemmin John Bell, Sources of Law, Cambridge Law Journal 77(1) 2018, s. 40–71.
6. Jo 1960-luvun puolivälissä myönnettiin, että peruseroista huolimatta samankaltaiset yhteiskunnalliset tarpeet ja taloudelliset olosuhteet olivat tasanneet eroja huomattavasti, vaikka lähtökohtana edelleen olikin säädännäisen oikeuden ja ennakkoratkaisuoikeuden eroavaisuus. Joseph Dainow, The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. American Journal of Comparative Law 15(3) 1966–1967, s. 419–435, 434. Dainowin teksti edustaa suuntausta, jossa korostetaan sitä, että eroista huolimatta common law'n ja mannereurooppalaisen oikeuden materiaaliset ratkaisut ovat peruseroista huolimatta sittenkin kovin samankaltaisia.
7. W. M. Lile, Some Views on the Rule of Stare Decisis. Virginia Law Review 4(2) 1916, s. 95–113, 96.

via ennakkotapauksia koskeneessa esityksessään hän toi ilmi perustavaa laatua olevan eroavaisuuden, joka common law'n ja romaanis-germaanisen oikeuden välillä on nähty ja edelleen nähdään.[8] Lile ei tietenkään ollut käsityksineen yksin, sillä vielä 34 vuotta myöhemmin saksalainen *Ernst Rabel*, eittämättä yksi 1900-luvun suurista oikeusvertailijoista, totesi ettei romaanis-germaaninen oikeus "ole koskaan tuntenut saati tarvinnut stare decisistä".[9] Nykyään tilanne ei enää ole noin yksiselitteinen.

Tässä artikkelissa tarkastellaan, miten oikeusvertailussa ja mannereurooppalaisessa oikeudessa esitetään tuomioistuinratkaisujen asema oikeuslähdeopissa. Tavoitteena on selittää, mistä johtuu, että mannereurooppalaisessa oikeuskulttuurissa on tavanomaista kertoa, etteivät tuomioistuinratkaisut ole varsinaisia oikeuslähteitä, "mutta". Miksi ensin sanotaan, etteivät ennakkoratkaisut sido, mutta sitten perään esitetään varaus, joka näyttää tekevän tyhjäksi ensin kerrotun. Oikeuslähdeoppeja järjestelmien rajojen ylitse tarkastelevalle oikeustutkimukselle paradoksi on pulmallinen. Se paljastaa doktriinin ja oikeuskäytännön välisen eron tavalla, joka vaatii selitystä.[10] Kyseinen paradoksi aiheutuu siitä, että normatiivinen oikeuslähdeoppi kertoo tuomioistuinratkaisujen olevan vähemmän tärkeitä oikeuslähteitä. Deskriptiivinen oikeuslähdeoppi pakottaa lisäämään varauksen, joka esiintyy tyypillisesti muodossa "mutta".[11]

Artikkelissa tarkastellaan ensiksi oikeusvertailevia kuvauksia mannereurooppalaisesta oikeudesta ja sen erosta common law'hon. Seuraavaksi näitä kuvauksia arvioidaan kriittisessä valossa pohtien oikeuslähdeoppien erilaisuuden vähittäistä häviämistä. Tämän jälkeen tuodaan esiin oikeuskulttuurin ja

8. Saksalainen Oxfordissa oikeusvertailun professorina toiminut tutkija toteaa, että "the fact that the common law systems acknowledge precedent as a binding source of law was long taken to be the essential difference between the common law and the civil law", Stefan Vogenauer, Sources of Law and Legal Method in Comparative Law, s. 878–901 teoksessa Mathias Reimann – Reinhard Zimmermann (eds), The Oxford Handbook of Comparative Law. 2nd Edition. Oxford University Press 2019, s. 899.
9. "The civil law has never known the principle of stare decisis nor needed it", Ernst Rabel, Private Laws of Western Civilization: Part IV. Civil Law and Common Law. Louisiana Law Review 10(4) 1950, s. 431–460, 434.
10. "Theoretisch bleef wel het probleem hoe deze praktijk met de officiële leer van de rechtsbronnen te rijmen", Ewoud Hondius, Rechtsvorming: een blik over de grenzen. Ars Aequi 55(5) 2006, s. 327–332, 331.
11. Erottelu normatiiviseen ja deskriptiiviseen oikeuslähdeoppiin pohjautuu Siltalan kehittelyyn, jossa deskriptiivinen oikeuslähdeoppi perustuu lainkäyttäjien soveltamaan ja kollektiivisesti sisäistämään oppirakennelmaan, kun taas normatiivinen oikeuslähdeoppi enemmänkin perustelee parasta mahdollista oikeuslähdeoppia. Ks. Raimo Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 195. Aulis Aarnion hahmottelemaa oikeusoppia, johon kuuluu vahvasti ja heikosti velvoittavia sekä sallittuja oikeuslähteitä, voi kuvata tyypillisemmin normatiiviseksi. Aulis Aarnio, Laintulkinnan teoria. WSOY 1989, s. 220. Tässä artikkelissa näiden erilaisten oppien eroja ei käsitellä, vaan hyödynnetään niitä erilaisina tulokulmina oikeuslähteisiin.

erityisesti oikeudellisen itseidentifikaation merkitys näille kuvauksille. Artikkelin keskeisimmät havainnot ja johtopäätökset esitetään tiivistetysti johtopäätöksissä. Eurooppaoikeudellinen ulottuvuus on pitkälti rajattu ulos tarkastelusta, koska se muodostaa oman teemansa, eikä sen täysimittainen huomioiminen ole mahdollista tämän artikkelin puitteissa työekonomiankaan puolesta.[12] Tarkastelunäkökulma on vertailevan oikeustieteen, eikä artikkelissa pyritä arvioimaan ennakkotapausoppia oikeusteoreettisesti tahi oikeuspoliittisesti.[13] Pyrkimyksenä on selittää oikeuslähdeoppien kuvausta koskevaa mannereurooppalaista käytäntöä, eikä esittää normatiivisia kannanottoja oikeuslähdeopin sisällöstä.

2. Common law, Manner-Euroopan oikeus ja ennakkotapausoppi

Mistä eri maiden oikeustieteilijät puhuvat, kun he puhuvat ennakkotapauksista? Vastaus kysymykseen ei ole niin yksinkertainen kuin ehkä haluaisimme sen olevan. Tapamme käyttää ilmaisuja mannereurooppalainen oikeus (civil law englanninkielisessä kirjallisuudessa) ja common law ovat vakiintuneet osaksi oikeustieteellisten tekstien käyttöä, eikä niitä käyttävät useimmiten ole juurikaan tekemisissä oikeusvertailun kanssa.[14] Tästä huolimatta tällaisten yleisen tason makrokäsitteiden käyttäminen on peräisin vertailevasta oikeustieteestä.[15] Makrovertailussa vertailu tapahtuu kokonaisten oikeusperheiden kesken.[16]

Makrovertailussa ei keskitytä yksittäisiin oikeussääntöihin tai konkreettisiin ongelmiin ja tapoihin ratkaista ne. Vertailtavien kohteiden abstraktiotaso on hyvin korkea. Oikeusperheiden, tai vaihtoehtoisesti oikeuskulttuurien tai oikeustraditioiden, perusideana on jäsentää maailman oikeus niille ominaisten

12. Teemaan liittyvästä keskustelusta ks. esim. J. H. H. Weiler, The political and legal culture of European integration: An exploratory essay. International Journal of Constitutional Law 9(3–4) 2011, s. 678–694 ja Åse Grødeland – William Miller, European Legal Cultures in Transition. Cambridge University Press 2015.
13. Oikeusteoreettinen analyysi ennakkotapausopista on esim. Raimo Siltala, Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law. Oxford University Press 2000. Kriittinen common law'n sisäinen analyysi on esim. Charles W. Collier, Precedent and Legal Authority: A Critical History. Wisconsin Law Review 1988, s. 771–825.
14. Mathias Siems, Comparative Law. 2nd Edition. Cambridge University Press 2018, s. 50–83 (sijoittaa jaottelun otsikon "traditionaalinen oikeusvertailu" alle).
15. Ks. Siems 2018, s. 52–53.
16. Oikeusperhe käsitteen käyttö ei ole enää ainoa mahdollinen valinta makro-oikeusvertailussa. Nykyään käytetään yhä enenevässä määrin oikeuskulttuurin ja oikeustradition käsitteitä. Tässä artikkelissa käytetään oikeusperheen käsitettä siksi, että puhuttaessa common law'sta ja mannereurooppalaisesta oikeudesta on olemassa tiettyjä perusteita puhua "perheistä". Ks. tarkemmin Jaakko Husa, Macro-Comparative Law – Reloaded. Tidsskrift for rettsvitenskap 131(4) 2018, s. 410–447.

oikeuskulttuuristen piirteiden perusteella. Makrovertailun käsitteistön perustavat osat ovat common law ja mannereurooppalainen oikeus.[17] Muitakin oikeusperheitä käsitellään, mutta kirjallisuudesta on helppo huomata, että common law ja romaanis-germaaninen oikeus ovat jäsennysten perusosia.[18] Nykyaikaisessa oikeusvertailussa ollaan yhä selvemmin tietoisia siitä, ettei näin rajallinen tarkastelunäkökulma ole tyydyttävä. Siitä huolimatta on helppo nähdä että nämä kaksi oikeusperhettä ovat hallitsevassa asemassa muiden oikeusperheiden tai suurten oikeuskulttuurien jäädessä sivuosaan.[19]

Eräs terminologinen täsmennys on tässä kohtaa hyödyllinen. Oikeusvertailun kielenkäytössä common law ei viittaa historiallisesti englantilaislähtöisen oikeuden sisäiseen historialliseen systematiikkaan, vaan kohteena on koko common law perhe.[20] Kyse on oikeudesta, joka palautuu historiallisilta juuriltaan keskiaikaiseen Englantiin, vaikka common law levisikin siirtomaavallan välityksellä entisiin alusmaihin. Common law'ta ei voi resipioida, koska se ei perustu ydinosiltaan säädettyyn oikeuteen, vaan oikeuskäytäntöön. Kyseessä on ennakkotapausten asemaa painottava oikeus, jota noudatetaan Englannin lisäksi muun muassa Yhdysvalloissa, Kanadassa, Australiassa ja Uudessa Seelannissa.[21] Oikeusperheeseen nämä maat kuuluvat sikäli, että ne eroavat oikeuskulttuureiltaan mannermaisesta romaanis-germaanisesta oikeudesta. Oikeushistoria

17. Ks. Konrad Zweigert – Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law. 2nd Edition. Oxford University Press 1998, s. 4–5, Husa 2015, s. 100–104 ja Gilles Cuniberti, Grands systèmes de droit contemporains. 4th Edition. LGDJ 2019, s. 1–2.
18. Ks. tarkemmin Jaakko Husa, The Future of Legal Families, Oxford Handbooks Online, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199935352.013.26
19. Olisi toki liioittelua väittää, etteikö yrityksiä tasapainoiseen tarkasteluun olisi olemassa. Italialaisen oikeusvertailun piiristä löytyy hyvä esimerkki tasapainoiseen tarkasteluun pyrkivästä otteesta, ks. Rodolfo Sacco ja Antonio Gambaro, Sistemi giuridici comparati. 3. edizioni. UTET 2008. Vaikka oikeusperheiden (tätä makrokäsitettä ei teoksessa käytetä) tarkastelu lähtee liikkeelle perinteisesti (l'opposizione tra common law e civil law, s. 31) mukana on läntisten järjestelmien lisäksi islamilainen oikeus, Intian oikeus, aasialainen oikeus (il diritto nell'asia orientale) sekä Saharan alapuolinen Afrikka (pohjoinen Afrikka on mukana islamilaisen oikeuden osiossa).
20. Ks. esim. Husa 2015, s. 211 ja Siems 2018, s. 50–51.
21. Olisi laajemman oikeusteoreettisen keskustelun paikka, mitä itse asiassa tarkoitamme kussakin oikeuskielessä ilmaisulla "ennakkotapaus". Tässä kirjoituksessa käsitettä käytetään yleisessä oikeusvertailevassa mielessä, vaikka hyvin tiedetään että "precedent" on monimutkainen käsite. Ks. tiivistetysti "precedent" käsitteen erilaisista merkityksistä Marc Jacob, Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice: Unfinished Business. Cambridge University Press 2014, s. 10–12. Suomessa ennakkoratkaisuilla, joita myös prejudikaateiksi kutsumme, "on oikeuslähteenä pääosin lainsäädäntöä täydentävä merkitys. Prejudikaatit ovat ohjeena lain tulkinnasta ja soveltamisesta sekä tuomarin harkintavallan käytöstä yksittäisissä oikeustapauksissa. Mutta prejudikaattien merkitys ei rajoitu tähän. Niillä luodaan oikeutta lailla sääntelemättömissä tilanteissa (esim. ankara vastuu vahingonkorvausoikeudessa) ja kehitetään sitä olosuhteiden muuttuessa", Mikko Tulokas, Korkeimman oikeuden tuomioiden prejudikaattimerkitys ja tuomioiden perustelut (https://korkeinoikeus.fi/fi/index/muutoksenhakijalle/korkeimmanoikeudentuomioidenprejudikaattimerkitysjatuomioidenperustelut.html).

yhdistää common law maiden oikeusjärjestelmiä. Oikeusvertailussa keskeisimmäksi yhdistäväksi tekijäksi mainitaan usein, englanninkielisyyden lisäksi, prejudikaattioppi ja erityisesti sen oikeuskulttuurisesti omintakeinen osa stare decisis -oppi.[22]

Black's Law Dictionaryn määritelmän mukaan stare decisis tarkoittaa pysymistä päätetyissä tapauksissa, ennakkoratkaisujen ylläpitämistä, pitäytymistä aiemmissa tuomioissa.[23] Stare decisis on siis doktriini ennakkotapauksista ja sen mukaan alempi tuomioistuin on sidottu korkeampien tuomioistuinten aiemmin antamiin ratkaisuihin asioissa, joiden tosiseikastojen keskeiset piirteet vastaavat toisiaan.[24] Siinä missä "precedent" voidaan kääntää kohtuullisen onnistuneesti ennakkotapaukseksi, niin stare decisis on parempi jättää kääntämättä, sillä sen sisältö on niin voimakkaasti oikeuskulttuurin sävyttämää. Tässä yhteydessä jätänkin sitovuusdoktriinin kääntämättä, koska sen yhteys common law'n evoluutioon ja sisäiseen oikeudelliseen arkkitehtuuriin on niin elimellinen, ettei kääntäminen suomeen tuo mitään lisäarvoa.[25] Tärkeä osa common law'n itseymmärrystä stare decisis kuitenkin on. Englantilainen ylin tuomioistuin tyypillisesti kuvaa stare decisis opin olevan "oikeusjärjestyksemme kulmakivi".[26] Tutkija saattaa puolestaan todeta, että stare decisis on "tiivisti kudottu osaksi common law'n kangasta".[27]

Common law'n ennakkotapausoppi eroaa mannereurooppalaisesta oikeusperheestä siten, että ennakkotapaus on alempaa tuomioistuinta sitova.[28]

22. Tosin oppien kesken on eroja common law maiden kesken. Ehkä selkeimmät erot löytyvät englantilaisen ja yhdysvaltalaisen opin välillä, ks. Cuniberti 2019, s. 89–98 (Englanti) ja s. 153–158 (Yhdysvallat).
23. Black's Law Dictionary, 2. edition. West Publishing 1910 ("To stand by decided cases; to uphold precedents; to maintain former adjudications", s. 1105). Joskus periaatteeseen viitataan sen pidemmässä latinakielisessä muodossa: "stare decisis et non quieta movere" eli pitäytyä jo päätetyssä eikä häiritä sitä mikä on jo (vakiintuneesti) päätetty.
24. On tärkeää huomata, että mitkä tahansa menneisyyden ratkaisut eivät ole sitovia. "A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action. Not all past events are precedents. Much of what we did in the past quickly fades into insignificance (or is best forgotten) and does not guide future action at all", Neil Duxbury, The Nature and Authority of Precedent. Cambridge University Press 2011, s. 1.
25. Oikeudellisten käsitteiden kiinteästä yhteydestä oikeuskulttuuriin ks. esim. Barbara Pozzo, English as Lingua Franca in the EU, s. 183–202 teoksessa C.J.W. Baaij (ed), The Role of Legal Translation in Legal Harmonization. Kluwer, 2012, s. 186–188.
26. Ks. [2006] United Kingdom House of Lords (UKHL) 10, ratkaisun kohta 42 (kirjoittajana Lordi Bingham, "a cornerstone of our legal system").
27. B.V. Harris, Final appellate courts overruling their own "wrong" precedents: the ongoing search for principle. Law Quarterly Review 118 2002, 408–427, 412 ("woven into the essential fabric of the common law").
28. Huomautettakoon, ettei kyse ole samanlaisesta sitovuudesta kuin romaanis-germaanisessa oikeudessa, jossa ennakkoratkaisut ovat ikään kuin "sääntöjä", sillä common law'ssa kyse on siitä, että käsillä olevassa tapauksessa on materiaalisesti samankaltaiset tosiasiat kuin aiemmassa ylemmän tuomioistuimen ratkaisemassa asiassa. Kyse on siitä, että käsillä olevan tapauksen

Ennakkoratkaisujen sitovuus ei tietenkään tarkoita sitä, etteikö säädännäisellä oikeudella olisi merkitystä. Vaikka lainsäädäntö onkin ratkaisujen kokonaisuudessa paljon käytetympi oikeuslähde, niin ennakkotapauksilla on periaatteellinen tärkeysasema.[29] Common law -maissa onkin ihan yhtä paljon lainsäädäntöä kuin romaanis-germaanisissa maissa. Common law'n ennakkotapausoppi kuitenkin tiivistää eräitä oikeuskulttuurisesti keskeisiä asioita. Käytännössä tämä tarkoittaa, että oikeusjärjestyksen ajatellaan tavallaan perustuvan ennakkotapauksiin.[30] Säädännäinen oikeus on tärkeää, mutta saa varsinaisen sisältönsä vasta tuomioistuinten soveltaessa sitä.[31] Ennakkoratkaisu on tosiasioiltaan riittävästi vastaavien myöhempien ratkaisujen soveltamisen perustana. Ratkaisun ratio decidendi (ratkaisuperuste) sitoo myöhempää oikeuskäytäntöä, kuten myös ennakkoratkaisun tehnyttä tuomioistuinta itseään, ellei se nimenomaisesti irtaudu aiemmasta ennakkotapauksesta.[32] Yksinkertaisesti ilmaistuna ratio decidendi sisältää kirjoitetun ratkaisun sitovan osan, eikä se ole ikään kuin sivun mennen lausuttua osaa ratkaisusta.[33]

Ennakkoratkaisujen oikeuskulttuuriseen keskeisyyteen liittyy myös eräitä seurannaisvaikutuksia, kuten esimerkiksi se, että oikeustieteen rooli on pienempi kuin romaanis-germaanisessa oikeudessa.[34] Oikeustieteen opetuksessa niin ikään annetaan opetusta oikeustapausten kautta, argumenttien ja vasta-argumenttien verkostona, ei romaanis-germaaniseen tapaan systemaattisesti jäsennettynä

tosiasiat ovat riittävän samankaltaiset aiemman ratkaisun ratio dictan kanssa – aiempi ratkaisu ei siis sellaisenaan sido, vaan vain sen ratio on sitovaa. Ks. Geoffrey Samuel, Common Law, s. 169–190 teoksessa Jan Smits (ed), Elgar Encyclopedia of Comparative Law. 2nd Edition. Edward Elgar 2012, s. 176–177.

29. Geoffrey Samuel, A Short Introduction to Common Law. Edward Elgar 2013, s. 2 ("of primary importance").
30. Cuniberti (2019, s. 90) ilmaisee tämän siten, että common law'ssa ennakkoratkaisut ovat periaatteessa tavanomainen oikeuslähde ja säädetty laki muodostaa ikään kuin poikkeuksen tuohon pääsääntöön.
31. Siemsin (2018, s. 55) sanoin "court decisions are a means to develop the law from the below".
32. Oppi ei ole ehdoton. Englannin common law'ssa todettiin jo vuonna 1966, että korkein tuomioistuin (nykyään the Supreme Court of the United Kingdom) voi poiketa ennakkoratkaisuistaan: "Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so", The Practice Statement [1966] 3 All ER 77. Overruling-käytännöistä Yhdysvaltain korkeimman oikeuden käytännössä, ks. Thomas R. Lee, Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court. Vanderbilt Law Review 52(3) 1999, s. 645–735.
33. Erottelu sitovaan ja ei-sitovaan ratkaisun osaan on keskeinen osa common law'n tuomioistuinratkaisuja koskevaa oikeuslähdeopillista ajattelua. Ks. esim. Ian McLeod, Legal Method. MacMillan 1996, s. 137–152.
34. Samuel 2012, s. 187–188 (ei ylipäänsä vastaavaa käsitettä kuin romaanis-germaaninen "oikeustiede") ja Siems 2018, s. 57.

yleisiä oppeja sisältävänä kokonaisuutena.[35] Tämä on oikeusvertailevasti tärkeä huomio. Kyse ei ole tietyn tieteenalan (tai tutkimusalojen kokonaisuuden) opetuksesta, vaan myös oikeuskulttuurisen identiteetin rakentamisesta oikeustieteellisen koulutuksen kautta.[36] Oikeustieteellinen koulutus sosiaalistaa oikeuden kieleen ja oikeudelliseen ajatteluun, jolloin tapa, jolla oikeutta opetetaan, on keskeinen osa juristi-identiteetin rakentamista ja rakentumista.[37]

Edellä on käytetty ilmaisuja romaanis-germaaninen ja mannereurooppalainen oikeus, jotka viittaavat tietenkin samaan asiaan. Ilmaisu romaanis-germaaninen viittaa siihen, että oikeuden kehittymiseen ovat vaikuttaneet ratkaisevasti sekä romaaniset maat (keskiajalla Italia, sittemmin Ranska) että germaaniset maat (eritoten Saksa). Romaanis-germaaninen oikeus paikantuu oikeushistoriallisesti Manner-Eurooppaan.[38] Oikeusvertailussa tämä civil law -oikeusperhe yhä useammin niputetaan yhteen ja viitataan roomalaisen oikeuden perinnöstä runsaasti vaikutteita saaneeseen oikeuskulttuuriin, joka on levinnyt myös Etelä-Amerikkaan ja Aasiaan sekä osin myös Afrikkaan.[39] Romaanis-germaaninen oikeus rakentuu roomalaisen oikeuden keskiajalla läntisessä Manner-Euroopassa tapahtuneen reseption varaan, jolloin roomalaisesta oikeudesta tuli aluksi oppineiden oikeutta.[40] Niputus on ehkä oikeushistoriallisesti turhan kattava, mutta jos ja kun romaanis-germaaninen oikeus hahmotetaan primääristi common law'n vastapoolina, niputtaminen on ymmärrettävää syistä jotka ilmenevät jäljempää.

Manner-Euroopasta lähtöisin olevalle oikeuskulttuurille tyypillisiä piirteitä ovat massiiviset siviilioikeuden kodifikaatiot, jotka yleensä noudattavat joko saksalaista tai ranskalaista esikuvaa.[41] Roomalaisesta siviilioikeudesta (*ius civile*) juontuu myös romaanis-germaanisen oikeuden englanninkielinen muoto *civil law*, joka on kaksimerkityksinen voiden tarkoittaa paitsi oikeusperhettä niin myös siviilioikeutta oikeudenalana.[42] Oleellista on, että romaanis-germaaninen ja common law oikeus esitetään kaavamaisesti toistensa vastakohtina. Kyse on

35. Ks. myös Cuniberti 2019, s. 116–117.
36. Vrt. Vincenzo Zeno-Zencovich, Comparative Legal Systems. Roma 2019, s. 81–82.
37. Kirjoittelu teemasta "learning to think like a lawyer" on laajaa ja moniulotteista, ks. esim. Elizabeth Mertz, The Language of Law School: Learning to "Think Like a Lawyer". Oxford University Press 2007.
38. Erottelusta romaanisten ja germaanisten järjestelmien kesken, ks. Zweigert ja Kötz 1998, s. 132–133. Monet vertailijat kuitenkin nykyään niputtavat, nimenomaan englanninkielisessä kirjallisuudessa, romaaniset ja germaaniset järjestelmät käsitteen "civil law" alle, ks. esim. Glenn 2010, luku 5. Ks. myös Cuniberti 2019, s. 33–34.
39. Ks. esim. Husa 2015, s. 213–215.
40. Ks. tarkemmin Manlio Bellomo, The Common Legal Past of Europe, 1000–1800. Catholic University Press 1995, s. 112–125.
41. Siviilikoodit vertailussa ks. esim. Imre Zajtay, Rechtsvergleichende Bemerkungen über den Code civil und das Bürgerliche Gesetzbuch. Archiv für die civilistische Praxis 157(5/6) 1958, s. 479–494.
42. Ius civilen ja common law'n suhteesta, ks. James Gordley, The Jurists – a Critical History. Oxford University Press, 2013, s. 21–27.

eräänlaisesta narratiivista eli kerronnallisesta keinosta esittää oikeusperheiden ero tavalla, joka vakiinnuttaa oikeusperheiden välisen järjestyksen ja suhteen, asettaen ne oikeusvertailevaan jatkumoon. Keskeinen erottava piirre liittyy säädännäisen oikeuden eräänlaiseen kaiken kattavuuteen. Periaatteellisesti keskeinen ajatus on, että kaikkia oikeudellisia ongelmatilanteita varten tulisi olla olemassa positiivisen oikeuden säännös, jota soveltamalla oikeudellinen ongelma on mahdollista ratkaista. Oikeuden sisältö, viime kädessä ratkaisuohje, etsitään ja löydetään säädännäisestä oikeudesta. Toisin sanoa tuomioistuimet *soveltavat* oikeutta, eivät – ainakaan periaatteessa – aktiivisesti luo sitä kuten common law'ssa.[43] Jos ylempien tuomioistuinten ratkaisut ovatkin jonkinlaisia ennakkoratkaisuja, niin kyse on siitä että ratkaisun oikeudellinen periaate sitoo, kun taas common law'ssa painopiste on ennakkoratkaisun ratio dictan ja käsillä olevan jutun tosiasioiden analogisessa samankaltaisuudessa.[44]

Kantavana oikeuskulttuurisena ideana Manner-Euroopassa syntyneessä oikeuskulttuurissa on, että tuomioistuinten oikeutta luova rooli halutaan nähdä mahdollisimman suppeana. Ajattelutavan äärimuoto kiteytyy tunnettuun *Montesquieu*-sitaattiin, jonka mukaan tuomari on vain suu, joka robottimaisesti lausuu lain tarkoituksen.[45] Tuomioistuinten ajatellaan siis ratkovan yksittäistapauksia, eikä ratkaisuilla lähtökohtaisesti ole tarkoitus luoda ennakkotapauksia myöhempää ratkaisutoimintaa varten. Tosin erityisesti nykyaikaiset valtiosääntötuomioistuimet poikkeavat tästä peruslinjasta, mutta tässä ei ole mahdollista käsitellä tätä teemaa syvemmin.[46] Mitä tulee oikeuslähdeoppiin, mannereurooppalainen oikeus hahmotetaan siis yksinkertaistavasti common law'n periaatteellisena vastakohtana.[47]

Vastakohtaisuus kiteytyy nimenomaan siihen, että ennakkotapauksista riippumatta kirjoitettu laki on *periaatteellisesti* arvokkain oikeuslähde. Tässä on kuitenkin syytä huomauttaa, että harva mannereurooppalainen juristi väittää,

43. Romaanis-germaanisen oikeuden kahtena keskeisenä näkyvänä tunnuspiirteenä on pidetty, 1900 –luvulta alkaen, laajoja kodifikaatioita ja lainkäytön kautta tapahtuvan lain luomisen kieltoa. Ks. H. Patrick Glenn, Legal Traditions of the World, 4. edition. Oxford University Press 2010, s. 145 ja s. 260–261.
44. Siems 2018, s. 56.
45. "Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur", Charles-Louis de Secondat Montesquieu, De l'Esprit des lois, 1748, livre Xi, chapitre VI.
46. Tuore tutkimus teemasta Monika Florczak-Wątor, Judicial Law-Making in European Constitutional Courts. Routledge 2020.
47. Tyyppiesimerkki on seuraava kuvaus: "The role of precedents is different in legal systems from the common law tradition and systems from the civil law tradition. The former systems employ the rule of stare decisis, which implies that some precedents are binding, while the latter do not, with as a consequence that precedents have at best persuasive force", Jaap Hage, Legal Reasoning, s. 521–537 teoksessa Jan Smits (ed), Elgar Encyclopedia of Comparative Law. 2nd Edition. Edward Elgar 2012, s. 528.

etteikö ylimpien tuomioistuinten ratkaisuilla olisi merkitystä jonkinlaisena oikeuslähteenä. Merkitys kuitenkin esitetään, ikään kuin perinteen voiman pakottamana, sekundäärisenä oikeuslähteenä. Kyseessä on eräänlainen hyödyllinen fiktio, joka tiedetään vähintäänkin epätarkaksi mutta joka siitä huolimatta koetaan tärkeänä esittää.

Kuten edellä todettiin, erot kahden keskeisimmän oikeusperheen kesken eivät ole niin radikaaleja kuin aiemmin ajateltiin. Tästä huolimatta oikeusvertailevassa kirjallisuudessa edelleen esitetään common law ja romaanis-germaaninen oikeus toisilleen vastakkaisina.[48] Lukijalle välittyvä kuva on mahdollisesti esitettävistä varauksista ja poikkeuksista huolimatta se, että mannereurooppalaiseen oikeuskulttuurin mukaan juristin ajatellaan hahmottavan oikeutta säädännäisen oikeuden muodostaman prisman lävitse. Common law -juristin ajatellaan hahmottavan oikeutta oikeustapausten muodostaman ratio decidendien prisman lävitse.[49] Kyse on viime kädessä oikeusyhteisön epistemologiasta eli normatiivisista sitoumuksista jotka liittyvät oikeuslähdetiedon tai tietämisen ehtoihin, mahdollisuuksiin ja pätevyyteen. Vaikka oikeusvertailevassa kirjallisuudessa ei enää olekaan tapana alleviivata tätä eroa, niin sitä pidetään edelleen oikeuskulttuurisesti tärkeänä.[50] Useimmat tutkijat varoittelevat, ettei dikotomiaa pidettäisi liian annettuna tai itsestään selvänä.[51] Ennakkoratkaisujen näkökulmasta ero ei ole silti vielä täysin merkityksetön, mikäli katsotaan oikeuden pintaa syvemmälle.[52]

48. Ks. kokoavasti Mariana Pargendler, The Rise and Decline of Legal Families. American Journal of Comparative Law 60(4) 2012, s. 1043–1074. Varhaisemmasta keskustelusta ks. esim. Åke Malmström, The System of Legal Systems: Notes on a Problem of Classification in Comparative Law. Scandinavian Studies in Law 13 1969, s. 127–149.
49. "Stare decisis is an age-old tradition. In civil law systems the courts are but the "bouche de la loi." Although in civil law jurisdictions, case-law plays an increasing role in the process of Rechtsfortbildung", Ewoud Hondius, Precedent in East and West. Penn State International Law Review 23(3) 2005, s. 521–533, 522.
50. Eräitä poikkeuksia on, kuten Pierre Legrand joka on voimakkaasti korostanut common law'n ja mannereurooppalaisen oikeuden periaatteellisia ja jopa yhteen sovittamattomia eroja. Ks. esim. Pierre Legrand, European Legal Systems Are Not Converging. International and Comparative Law Quarterly 45(1) 1996, s. 52–81 ja Pierre Legrand, Against a European Civil Code, Modern Law Review 60(1) 1997, s. 44–63.
51. Ks. esim. Geoffrey Samuel, An Introduction to the Comparative Law Theory and Method. Hart 2014, s. 50–53.
52. Stare decisis opin voidaan katsoa muodostavan englantilaisen oikeuden selkärangan, jota ei edelleenkään ole lyöty lukkoon lainsäädännöllä, Michael Bogdan, Komparativ rättskunskap. 2. upplagan. Norstedts juridik 2003, s. 133.

3. Normatiivinen vs. deskriptiivinen: periaatteessa ei mutta käytännössä kyllä

Common law'n ennakkotapausopissa korostuu tosiasiaseikastojen rinnastettavuus, joka poikkeaa mannereurooppalaisen oikeusperheen sääntökeskeisyydestä. Tämä kuva on kuitenkin yksinkertaistus ja voidaan myös väittää, että kuva common law ajattelun etenemisestä analogisesti tosiseikastokuvausten varassa olisikin itse asiassa klisee.[53] Verrattaessa esimerkiksi Saksan liittovaltion valtiosääntötuomioistuinta ja Yhdysvaltojen korkeinta oikeutta voidaan todeta, että molemmat seuraavat varsin tarkasti omia ennakkoratkaisujaan. Siinä missä Yhdysvaltain korkein oikeus noudattaa nykyaikaista stare decisis oppia, Saksan liittovaltion valtiosääntötuomioistuin seuraa omia ennakkoratkaisujaan muista syistä, joita ovat muun muassa tapausten yhdenvertainen kohtelu, lainkäytön ennustettavuus ja lainkäytön tehokkuus.[54] Oikeusperheiden periaatteellista samankaltaisuutta puoltavat tutkijat ovatkin jo pitkään katsoneet, ettei erottelu olisi enää täysin mielekäs.[55] Tälle näkemykselle on helppo löytää perusteita. Aivan ilmeistä on, että sekä common law'ssa että romaanis-germaanisessa oikeudessa on ennakkoratkaisuja, joita sekä alemmat tuomioistuimet että oikeustieteilijät ottavat huomioon.

Jos kyse ei ole siitä, etteikö kummassakin oikeusperheessä olisi ennakkoratkaisuja, mistä erottelussa sitten on kyse? Ydin tiivistyy siihen, millainen täsmällisempi painoarvo ennakkoratkaisuilla on osana tulevaa ratkaisutoimintaa. Miten menneet ratkaisut sitovat tulevia? Kyse on siitä, miten velvoittava oikeuslähdeopillinen painoarvo ennakkoratkaisuilla on. Ovatko ne sitovia oikeuslähteitä kuten stare decisis oppi näyttää vaativan, vaiko vain suostuttelevia kuten romaanis-germaaninen oikeus näyttää edellyttävän. Mahdollista lähentymistä arvioitaessa on siis kyse myös oikeusperheiden yhdenmukaistumisesta sen suhteen, millainen sitovuusaste ennakkoratkaisuilla on.

Oikeusvertailevassa tutkimuksessa on muun muassa väitetty, että oikeusperheiden välille olisi syntynyt eräänlainen *oikeuskulttuurinen välialue,* jota kohti molemmat oikeusperheet ovat pikkuhiljaa siirtyneet.[56] Niinpä ei olekaan yllätys,

53. Thomas Lundmark, Charting the Divide between Common and Civil Law. Oxford University Press 2012, s. 290.
54. Vrt. Lundmark 2012, s. 410.
55. Ks. Zweigert ja Kötz 1998, s. 262.
56. "Today the House of Lords has freed itself of the absurd duty to obey its own wrong or obsolete precedents, and the lower French judges now have to follow the renvoi of the Cassation. This is a sound middle ground, incrementally reached, between irreasonable, ideologically motivated policy extremes", Ugo Mattei – Luca G. Pes, Civil Law and Common Law: Toward Convergence?, s. 267–280 teoksessa Gregory A. Caldeira – R. Daniel Kelemen – Keith E. Whittington (eds), The Oxford Handbook of Law and Politics. Oxford University Press 2008, s. 270.

että common law'n ja romaanis-germaanisen oikeuden ennakkotapausoppien erojen ei enää katsota olevan *perustavaa* laatua olevia.[57] Yhtenä syynä oikeuskulttuuriseen yhdentymiseen voidaan katsoa olevan Euroopan integraatio, mutta Brexitin jälkeen ei ole enää ihan varmaa, mitä oikeuskulttuurisesta yhdentymisestä voidaan sanoa.[58] Brexitistä huolimatta voidaan ennustaa, että EU-oikeus tulee vielä vaikuttamaan englantilaiseen oikeuteen vielä vuosikymmeniä.[59] Sama toimii toisinpäin; EU-oikeudessa tulee vielä pitkään näkymään common law'n vaikutus jo siksikin, että Irlanti ja Kypros edelleen jatkavat EU:n jäseninä. Brexitin oikeuskulttuurinen vaikutus liittyy laajemmin Eurooppaan siinä mielessä, että se voi merkitä oikeuslähdeoppien loitontumista vuosikymmenten lähentymisen jälkeen.

Siitä huolimatta, että oikeuslähdeoppien on katsottu erityisesti Euroopassa yhdentyneen ja että oikeusvertailijat varoittelevat liian jyrkästä erottelusta, oikeustieteilijät edelleen kuvailevat oikeuslähdeoppejaan perinteisesti. Oikeustieteilijät ikään kuin uusintavat perinteisen vastakohtaiserottelun mukaista oikeuskulttuurista kuvaa. Usein mukana on "mutta"-tyyppinen varaus. Esimerkiksi *Helge Dedek* ja *Martin Schermaier* kirjoittavat Elgar Encyclopedia of Comparative Law'n toisen painoksen Saksan oikeutta koskevassa tekstissään seuraavaa:

> "Tuomiot eivät teknisesti sido alempia tuomioistuimia, ja tuomioistuimet eivät ole sidottuja stare decisis periaatteeseen. Siitä huolimatta olisi kuitenkin väärinkäsitys olettaa, että alemmat tuomioistuimet ratkaisivat tapauksia vain 'auktoriteetin perusteella'– – tosiasiassa ylempien tuomioistuinten ratkaisuilla on sitova vaikutus."[60]

Narratiivinen muoto kertoo paljon. Ensin tuodaan esille normatiivinen lähtökohta, jota sitten välittömästi pehmennetään "siitä huolimatta" - ja "tosiasias-

57. "The common understanding of the concept is that it obligates judges in common law countries to follow precedent, while judges in civil or statute law countries are not bound by precedent and instead are free to decide each case on its own – – both understandings are wrong and that, in fact, there is little difference, if any, these days between countries supposedly subject to stare decisis and others that supposedly are not", Frank Emmert, Stare Decisis: A Universally Misunderstood Idea. Legisprudence 6(2) 2012, s. 207–227, 213.
58. Varhaisesta keskustelusta, jossa katsottiin stare decisisin valtaavan alaa myös Manner-Euroopasta integraation myötä, ks. T. Koopmans, Stare Decisis in European Law, s. 11–27 teoksessa D. O'Keeffe – H. G. Schermers (eds), Essays in European Law and Integration. Kluwer 1982.
59. Vrt. Sir David Lloyd Jones, Brexit and the future of English law. Victoria University of Wellington Law Review 49(1) 2018, s. 1–23. Oleellista on, että kyse oli oikeuskulttuurien lähentymisestä juuri ennakkoratkaisuopin kohdalla: "The system of 'precedent' in EU law developed by the Court of Justice also bears a greater similarity to the common law, which relies on reasoning by analogy from case to case, than to civil law systems which are focused on abstract rules – –", s. 22.
60. Helge Dedek – Martin Schermaier, German Law, s. 349–370 teoksessa Jan Smits (ed), Elgar Encyclopedia of Comparative Law. 2nd Edition. Edward Elgar 2012, s. 262. Englanninkielisessä alkutekstissä käytetään "however" muotoilua, jonka voi tässä asiayhteydessä kääntää muotoon "mutta" tai "siitä huolimatta".

sa”-ilmauksin, jotka heikentävät aluksi ilmaistua normatiivista ja näennäisen vahvaa lähtökohtaa. Saman teoksen Ranskaa koskevassa tekstissä todetaan puolestaan – samaan tapaan – seuraavasti:

> ”Oikeuskäytäntöä ei katsota pääasialliseksi oikeuslähteeksi, ja säädännäinen oikeus nähdään kansan tahdon ilmauksena. Tästä huolimatta, monilla oikeudenaloilla… korkeimman oikeuden (Cour de Cassation) tuomioilla on suuri auktoriteetti ja joskus sen tuomiot ovat jopa avoimesti siviililain (Code Civil) vastaisia.”[61]

Kyse ei ole tietenkään vain Saksan ja Ranskan oikeuskulttuureista. Meidän ei ole itse asiassa tarpeen mennä Pohjoismaita kauemmaksi, kun törmäämme samaan normatiivisen ja tosiasiallisen väliseen jännitteeseen. Korkeimpien oikeuksien ratkaisujen asemaa oikeuslähdeopissa kuvataan saman perusjännitteen mukaisella tavalla myös pohjoismaisen oikeuden kohdalla, vaikka pohjoismaisen oikeuden voi katsoa muodostavan oman mannereurooppalaisen oikeuden alaryhmänsä. *Anna Nylund* ja *Jørn Øyrehagen Sunde* kuvaavat pohjoismaista ennakkotapausoppia seuraavasti:

> ”Pohjoismaissa korkeimmat tuomioistuimet toimivat ennakkotapaustuomioistuimina. Vaikka niiden ratkaisut eivät muodollisesti sido alempia tuomioistuimia, korkeimpien oikeuksien ratkaisuilla on de facto sitova vaikutus alemmissa tuomioistuimissa.”[62]

Ilmaisun muoto on sikäli sama kuin Saksan ja Ranskan kohdalla. Ennakkotapausten opillinen ja tosiasiallinen painoarvo erotetaan toistaan varauslausuman avulla: ”tästä huolimatta” muuntuu samaa tarkoittavaan muotoon ”de facto”. Mistä tässä on kysymys?

Oikeusvertailijat tunnistavat ja tunnustavat nykyään jyrkän erottelun pulmallisuuden. Tästä huolimatta yllä olevat tekstit kertovat omaa kieltään sikäli, että oikeustieteilijät kuvaavat maidensa tai oikeusperheensä oikeuslähdeoppeja ”periaatteessa ei, mutta käytännössä kyllä” -rakenteen avulla. Miksi tämä rakenne toistuu, vaikka kirjoittajat itsekin hyvin tietävät, että oikeustodellisuus on toinen kuin mitä he kuvaavat?

61. Bénédicte Fauvarque-Cosson – Alice Fournier, France, s. 344–348 teoksessa Jan Smits (ed), Elgar Encyclopedia of Comparative Law. 2nd Edition. Edward Elgar 2012, s. 346. Kirjoittajat käyttävät samaa englanninkielistä “however” konstruktiota ilmaistessaan oikeuslähdeopin ja oikeuskäytännön välistä eroa sen suhteen, miten ylimpien tuomioistuinten tuomioihin suhtaudutaan oikeuslähdeopillisesti.
62. Anna Nylund ja Jørn Øyrehagen Sunde, Courts and Court Proceedings, s. 201–213 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Ditlev Tamm – Bent Ole Gram (eds), Nordic Law in European Context. Springer 2019, s. 210 (kuvaavat ennakkotapausten sitovuutta ilmaisulla ”quasi-stare decisis principle”). Järin kaukana eivät ole Nylundin ja Øyrehagen Sundin näkemykset perinteisestä pohjoismaisesta oikeuslähdeopista, jossa ennakkotapauksille on perinteisesti myönnetty heikosti velvoittavan oikeuslähteen status (ks. Aarnio 2006, s. 299). Aste-ero kuitenkin on havaittavissa siten, että ennakkotapausten arvo oikeuslähteenä näyttää vahvistuneen.

On tietenkin mahdollista hahmottaa tätä ristiriitaa normatiivisen ja kuvailevan oikeuslähdeopin välisellä erolla. Tämä kätevä analyyttinen tapa jäsentää ongelma pois ei vastaa siihen, miksi tällainen ”ei mutta kyllä” -paradoksi on ylipäänsä olemassa. Ensimmäinen ongelma on jo siinä, ettei paradoksin olemassaoloa tavallisesti edes huomata, koska se on niin tiiviissä yhteydessä oman oikeuskulttuuriin tapaan hahmottaa identiteettinsä. Oikeusvertailu, joka tarkastelee kohteitaan ulkopuolelta käsin, kykenee sen sijaan kohtuullisen hyvin paljastamaan tällaisia oikeuskulttuurisen identifikaation aineksia. Tästä näkökulmasta käsin erittely normatiiviseen ja deskriptiiviseen on epäilyksittä teoreettisesti relevantti jäsennys, muttei pureudu ”ei mutta kyllä” paradoksin oikeuskulttuurisiin syihin.

Vaikka paradoksin olemassaolo ei olekaan mikään salaisuus, sen nimenomainen tunnistaminen on harvinaista. *Maurice Adams* kuitenkin tunnistaa hyvin sen, että jotain kummallista tapahtuu, kun mannereurooppalaiseen oikeusperheeseen kuuluva juristi kuvaa oman järjestelmänsä oikeuslähdeoppia ja oikeustapausten asemaa siinä:

> ”Jotain paradoksaalista tapahtuu kun ”civil law” -juristit puhuvat tuomioistuinratkaisujen statuksesta. Vaikkakaan monessa maassa, Belgia mukaan luettuna, ne eivät nauti muodollisen oikeuslähteen asemasta, monet oikeusalan ammattilaiset, akateemiset oikeustieteilijät mukaan luettuna, viittaavat tuomioistuinratkaisuihin muodollisesti sitovia oikeusnormeja muodostavana toimintana.”[63]

Adamsin ratkaisu paradoksaalisen jännitteen purkamiseen on yksinkertainen: tulee erottaa erilaisia sitovuusasteita ennakkoratkaisuissa. Common law’n stare decisis opin puutteessa, ylimpien tuomioistuinten ennakkoratkaisujen oikeudellinen de facto sitovuus voidaan johtaa muista tekijöistä, joita ovat lainkäytön johdonmukaisuus, oikeusvarmuus, prosessiekonomia ja luotettavuus.[64] Nämä tekijät voivat painaa lainkäytön arkipäivässä yhtä paljon tai enemmänkin kuin muodollinen oppi ennakkoratkaisujen sitovuudesta. Deskriptiivisten oikeuslähdeoppien samankaltaisuus on seikka, jota oikeusperheiden yhtäläisyyksiä korostavat vertailijat mielellään alleviivaavat.[65] Samankaltaisuuksien painottaminen kuitenkin estää näkemästä syvempää oikeuskulttuurista ulottuvuutta,

63. Maurice Adams, Precedent versus gravitational force of courts decisions: between theory, law and facts, s. 149–176 teoksessa Ewoud Hondius (ed), Precedent and the law. Bruylant 2008, s. 149.
64. Adams 2007, s. 174–175.
65. Vaikka oikeusperheiden lähentymistä puolustavia tutkijoita onkin runsaasti, on syytä huomata, että myös kriittisesti yhdentymiseen suhtautuvia tutkijoita on paljon. Kriittisistä äänenpainoista ks. esim. Luke Nottagen tiivis mutta perusargumentit hyvin esittävä artikkeli Comment on Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal. Victoria University of Wellington Law Review 32(3) 2001, s. 843–851.

josta oikeudellisen ajattelutavan erilaisuus viime kädessä kumpuaa.[66] Olisi liian helppoa vain todeta, että kyllä ne oikeuskulttuuriset erot tasoittuvat, kunhan vain aika kuluu. Toisaalta olisi yhtäläisesti liian helppoa väittää, etteivät erot koskaan katoa, koska ne ovat liiaksi sisään rakentuneita. Yksi tapa tarkastella jännitettä on katsoa sitä oikeuskulttuurisen identiteetin näkökulmasta.

4. Oikeuskulttuurisen itseidentifikaation merkitys

Mistä oikeuskulttuurisessa itseidentifikaatiossa on oikein kyse? Itseidentifikaatiossa ei pohjimmiltaan ole kyse objektiivisesti todennettavissa olevasta tosiasioiden tilasta, vaan siitä että henkilö mieltää itsensä kuuluvan johonkin ryhmään. Kyse voi olla vaikkapa siitä, että henkilö mieltää itsensä – riippumatta siitä, onko tämä totta vai ei – alkuperäiskansan jäseneksi.[67] Myös oikeuden piirissä esiintyy samanlaista itseidentifikaatiota. Esimerkiksi Suomessa esiintyy hyvin vahvana ajatus siitä, että oikeusjärjestyksemme kuuluu pohjoismaiseen oikeusperheeseen. Kyse ei ole niinkään siitä, että väittäisimme voimassa olevan oikeuden olevan täsmällisessä juridisessa mielessä pohjoismaista, vaan pikemmin siitä, että suomalainen oikeusajattelu ja lainsäädäntö hahmotetaan yleiseltä luonteeltaan pohjoismaiseksi.[68] Se on oikeusperhe, jonka perheenjäsen suomalainen oikeusyhteisö kokee olevansa.

Oikeuskulttuurisen itseidentifikaation yksi keskeinen funktio on osoittaa erotteluja suhteessa toisiin oikeuskulttuureihin ja sitä kautta toisintaa vallitsevia käsityksiä oman oikeuskulttuurin identiteetistä suhteessa toisiin. Kyse on siitä, että oikeusperheiden jäsenet eivät ole toisistaan erityksissä – eivät tietenkään ole koskaan olleetkaan. Eri oikeusperheisiin kuuluvien järjestelmien oikeusyhteisöt ovat keskenään kontakteissa, joiden vuoksi myös syntyy myös oikeuskulttuurisen identiteetin tarve – tarve selittää ja samalla oikeuttaa oma oikeutensa suhteessa

66. Legrand (1996, s. 55–56) viittaa oikeusajattelun kognitiivisiin rakenteisiin. Ks. myös Samuel 2014, s. 118–120 ja Husa 2015, s. 160–163.
67. Itseidentifikaatiosta on esiintynyt erimielisyyttä sen suhteen, mikä on sen rooli saamelaisuutta koskevassa kriteeristössä. Tässä yhteydessä itseidentifikaatio tarkoittaa subjektiiviseen arvioon perustuvaa samaistumista. Oikeuskäytännöstä ks. aiempia ratkaisuja kokoava ja puolustava korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu purkuhakemukseen KHO 2019:90.
68. Ks. esim. Pia Letto-Vanamo – Ditlev Tamm, Nordic Law in European Context, s. 1–19 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Ditlev Tamm – Bent Ole Gram Mortensen (eds), Nordic Law in European Context. Springer 2019, s. 1–19.

muiden oikeuteen.[69] Mikä tekee meistä meitä ja noista toisista heitä?[70] Se, miten tähän kysymykseen vastataan, heijastuu myös oikeuslähdeoppiin.

Oikeuskulttuuriin itseidentifikaatio liittyy sen vuoksi, että oikeusjärjestelmien erottaminen toisistaan tarkoittaa samalla oikeusyhteisöjen ja niiden oikeuskulttuurien erottamista toisistaan.[71] Erojen ja yhtäläisyyksien havainnointi ei ole vain oikeusvertailua tai vieraan oikeuden tarkastelua, vaan myös sen hahmottamista mikä omassa oikeudessa on oleellista ja mikä omalle oikeuskulttuurille on – todesti tai kuvitellusti – ominaista. Juuri tämän takia oikeusvertailun yksi keskeinen funktio on ollut, paradoksaalisesti ehkä, lisätä ymmärrystä omasta oikeudesta tarkastelemalla vierasta oikeutta.[72]

Käytännössä tämä tarkoittaa esimerkiksi Suomen kohdalla sitä, että miellämme oman järjestelmämme erilaiseksi kuin Venäjän oikeuden ja erilaiseksi kuin common law -oikeuden, mutta hyväksymme oikeuskulttuurisen läheisyytemme mannereurooppalaisen oikeuskulttuurin kanssa.[73]

Oikeuskulttuurinen itseidentifikaatio ei tietenkään ole täysin vapaa tosiasioista, esittämään mitä tahansa.[74] Kyse on myös siitä, millaisena kunkin oikeusjärjestyksen piirissä toimivat oikeusalan ammattilaiset oman oikeuskulttuurisen sijaintinsa maailman oikeusperheiden kartalla näkevät.

Tällainen identiteettiin perustuva ”oikeusperheytyminen” johtaa ehkä jopa väistämättä karikatyyrimaiseen kuvaan, joka yksinkertaistaa tosiasioita mutta siitä huolimatta puhuu tunnistettavasti oman oikeusjärjestyksen juristeille. Common law’n ja romaanis-germaanien oikeuden välillä ero piirtyy oikeuslähdeopin osalta sellaisena, että karikatyyrinen saksalainen tuomari tuomitsee jokaisen jutun erikseen ilman minkäänlaista huomiota ennakkoratkaisuihin ja päättää

69. Tällaisesta oikeuskulttuurisesta identiteetistä tarkemmin ks. Glenn 2010, s. 34–39 (Glenn tosin käyttää johdonmukaisesti oikeustradition käsitettä tässä yhteydessä).
70. Kyse ei ole oikeusvertailijoiden näkemyksistä, sillä kuvaa on pidetty yllä perinteisesti myös opiskelijoille suunnatussa auktoritatiivisessa oppimateriaalissa, jossa nostetaan esiin ennakkotapausopin merkitys: ”This characteristic of the common law contrasts, again, with the European civil law”, Peter Shears ja Graham, James’ Introduction to English Law. 13th Edition. Butterworths 1996, s. 15.
71. Mark Van Hoecke ja Mark Warrington, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law, International and Comparative Law Quarterly 47(3) 1998, s. 495–536, 497.
72. Tämä käsitys toistuu usein oikeusvertailijoiden teksteissä. Kanoninen muotoilu tästä oikeusvertailun tehtävän kaksinaisuudesta on seuraava: “Just as comparative law promotes greater insight into one’s own legal system, it also contributes to the better understanding of the foreign system or systems of law embraced in the study”, W.J. Kamba, Comparative Law: A Theoretical Framework. International and Comparative Law Quarterly 23(3) 1974, s. 485–519, 493. Vrt. Husa 2015, s. 20.
73. Vrt. Letto-Vanamo ja Tamm 2019, s. 5–8. Ks. myös Zweigert ja Kötz 1998, s. 276–285 (”it would be right to attribute the Nordic laws to the Civil Law”, s. 277).
74. Kyse on samalla – tietenkin – myös oman oikeuskulttuurisen identiteetin suojelusta, ks. Glenn 2010, s. 40–41.

asiasta joka kerta tuoreeltaan. Brittiläisen tuomarin karikatyyri on taas sellainen, että hän seuraa miltei orjallisesti jokaista ennakkoratkaisua lainsäädännöstä piittaamatta.[75]

Tunnistamme tuollaiset tuomarikuvat nykyään karikatyyreiksi tai ainakin liioitelluiksi, samalla kun niissä tuntuu piilevän jonkinlainen totuuden siemen. Niinpä kanadalaisen muutoksenhakutuomarin toteamus vuodelta 2020, jonka mukaan ”Vaikeissa tapauksissa, minun ratkaisuni tekee uuden lain”, ei edelleenkään sopisi kovin hyvin Manner-Eurooppalaisen korkeimman oikeuden tuomarin suuhun.[76] Kyse onkin myös oikeuden kielestä, erityisestä *juristikielestä*, joka luo ammatti-identiteettiä ja ilmentää ammattikunnan arvoihin ja perinteisiin sitoutumista.[77]

Myös romaanis-germaanisen oikeusperheen sisäisiä painotuseroja on. Oikeusvertailevassa kirjallisuudessa voidaan havaita tietty ero Ranskan ja Saksan kesken. Kyse on siitä, että saksalaisessa näkemyksessä eroa ei enää korosteta samaan tapaan kuin ennen.[78] Ranskalainen oikeusvertailija taasen esittää helpommin eron oikeustapausten painoarvosta oikeuslähteenä jyrkemmin, ikään kuin fundamentaalisena perusteena oikeusperheiden erottelulle.[79] Toisaalta tässä on myös huomautettava siitä, että vaikka sekä Saksa että Ranska kuuluvat mannereurooppalaiseen oikeuteen, maiden tuomioistuinten perustelukäytäntö on erilainen. Saksalainen runsas perustelutapa on jo lähtökohtaisesti lähempänä niin ikään runsasta common law’n perustelutapaa, kun taas ranskalainen traditio on suosinut äärimmäisen niukkaa tyyliä mihin tahansa oikeuslähteeseen viitattaessa.[80] Tätä romaanisen ja germaanisen oikeuden eroavaa taustaa silmällä pitäen

75. Vrt. Konrad Schiemann, Vom Richter des Common Law zum Richter des Europäischen Rechts. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität 2005, s. 8.
76. “In hard cases, my decision will make new law”, Robert J. Sharpe, How Judges Decide, s. 91–111 teoksessa Rabeea Assy – Andrew Higgins (eds), Principles, Procedure, and Justice: Essays in honour of Adrian Zuckerman. Oxford University Press 2020, s. 98.
77. Ks. Heikki E.S. Mattila, Vertaileva oikeuslingvistiikka. 2. painos. Alma Talent, s. 79–80.
78. ”No one can deny that differences exist on this matter, but they have generally been exaggerated” katsovat Zweigert ja Kötz (1998, s. 71) oikeuslähdeopin merkityksestä oikeusperhejaottelusta kirjoittaessaan. Toisaalta Zweigertin ja Kötzin näkemyksen taustalla on oikeusideologinen näkemys siitä, että kehittyneet länsimaiset järjestelmät ovat kaikki pohjimmiltaan varsin samanlaisia. Tämän näkemykseen mukaan oikeuslähteiden löytämisen ja käyttämisen erot eivät ole merkittäviä koska common law tuomioistuimet ja mannereurooppalaiset tuomioistuimet ”generally lead to same results” (s. 263.) Tätä näkemystä on kritisoitu voimakkaasti Legrandin toimesta (ks. edellä alaviitteessä 50 viitatut lähteet).
79. Ks. Cuniberti 2019, s. 29 (”les traditions juridique continentale et de *Common law* divergent radicalement en raison du statut conféré à la jurisprudence dans les deux traditions: source d’exception dans la première, source de principe dans la seconde”).
80. Bénédicte Fauvarque-Cosson, Development of Comparative Law in France, s. 32–53 teoksessa Mathias Reimann – Reinhard Zimmermann (eds), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. edition. Oxford University Press 2019 (“traditional and elliptic style of opinion writing prohibits judges from openly relying on, or even mentioning, inspiring sources (such as precedents, academic writings, or foreign rules), for the considerable bulk of cases”, s. 47).

on ymmärrettävää, että ranskalainen itseidentifikaatio ylläpitää tarkempaa rajaa suhteessa – laveammin lainkäytössään kommunikoivaan – common law'hon.

Oikeuskulttuuriseen identiteettiin ja oikeusvertailuun liittyy myös ilmeinen tiedollinen riski, jota voidaan kutsua epistemologiseksi imperialismiksi.[81] Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että common law juristi näkee myös Manner-Euroopassa johtavien tapausten muodostamia oikeustapausten sarjoja, kun taas mannereurooppalainen juristi tiivistää common law'n johtavat oikeustapaukset joukoksi ennakkotapausten muodostamia oikeussääntöjä. Makro-oikeusvertailussa ei voida mitenkään välttää yleistyksiä, mutta tietty sensitiivisyys on silti tarpeen, koska makrovertailun kategoriat ovat korkean abstraktiotason karkeistuksia.[82] Makrovertailu on yksinkertaistavaa, koska sen ydintehtävänä nimenomaan on yksinkertaistaen kiteyttää. Samasta syystä oikeusperheet ovat yksinkertaistettuja ja karkeistavia yleistyksiä, vaikka ne kykenevätkin vangitsemaan jotain olennaista kunkin järjestelmän keskeisestä olemuksesta.[83]

Kun luemme kuvauksia eri oikeusperheisiin kuuluvien oikeusjärjestysten oikeuslähdeopeista ja erityisesti sitä, miten ne hahmottavat ylimpien tuomioistuinten ratkaisukäytännön merkityksen muille tuomioistuimille, on tarpeen muistaa kriittinen mieli. Kirjoittajat paitsi kuvaavat omaa oikeuttaan myös sitä, millaisena he oman oikeutensa oikeuslähdeopin hahmottavat suhteessa toisten oikeusperheiden oikeusjärjestyksiin.[84] Tässä suhteessa on hyvin vaikea käytännössä erottaa oikeuskulttuurin sisäinen ja oikeuskulttuurin ulkoinen ulottuvuus, sillä ne sekoittuvat kuvattaessa oikeutta – rajat ylittävällä oikeustieteellisellä viestinnällä on sekä sisäisiä että ulkoisia ulottuvuuksia.[85] Ilmeisen yleisönsä lisäksi oikeustieteilijöiden tekstit puhuvat myös heille itselleen vahvistaen juristi-identiteetin kollektiivisia elementtejä.

Kyseessä on kunkin oikeusyhteisön vallitsevan oikeusideologian enemmän tai vähemmän jaettu ja kollektiivinen kuva oman oikeuden keskeisistä piirteistä ja siitä miten oma oikeus eroaa muiden oikeudesta. Vaikka tällainen oikeuskulttuurinen itseidentifikaatio onkin luonnollinen osa sitä tapaa, jolla oikeusyhteisö mieltää itsensä suhteessa muihin, se ei tietenkään ole ongelmaton.[86] Edellä sanotusta huolimatta on vaikea olla päättelemättä, etteikö juuri

81. Ks. Samuel 2014, s. 176.
82. Samuelin (2013, s. 79) esittämä varaus onkin paikallaan: "there is no theory of precedent as such in the civil law". Samuel ei siis väitä, etteikö mannereurooppalaisessa oikeudessa olisi ennakkotapauksia vaan, ettei siellä ole common law oppia suoraan vastaavaa teoriaa.
83. Ks. tarkemmin Jaakko Husa, Family Affair – Comparative Law's Never Ending Story?, s. 21–48 teoksessa Annuario di diritto comparato e di studi legislativi. Edizione Scientifici Italiane, s. 32–37.
84. Tässä pitää muistaa, että oikeuslähdeoppi on osa kunkin oikeuskulttuurin ja oikeusyhteisön jaettua ainesta, vrt. Van Hoecke ja Warrington 1998, s. 514.
85. Vrt. Grødeland – Miller 2015, s. 18–19.
86. Juuri tällaista erottelevaa tapaa kritisoi H. Patrik Glenn, Legal Cultures and Legal Traditions, s. 7–20 teoksessa Mark Van Hoecke (ed), Epistemology and Methodology of Comparative Law.

oikeuskulttuurinen ja toisista oikeuskulttuureista pesäeroa tekevä normatiivinen oikeuslähdeoppi olisi yksi keskeinen syy eräällä tapaa jopa metaforiselle puhetavalle, jota romaanis-germaanisen oikeusperheen oikeustieteilijät käyttävät puhuessaan ennakkoratkaisuista oikeuslähteenä.[87] Säädännäisen oikeuden symbolinen ensisijaisuus tekee meistä meitä, ennakkoratkaisujen symbolinen ensisijaisuus common law juristeista heitä.

5. Johtopäätökset

Sekä common law'ssa että romaanis-germaanisessa oikeudessa turvaudutaan nykyään ennakkoratkaisuihin, joten ero näiden kahden keskeisen oikeusperheen välillä ei näyttäisi olevan niin suuri kuin mitä kirjallisuudessa perinteisesti on esitetty. Tosin on tärkeää huomata, että se, mitä ennakkoratkaisulla näissä oikeusperheissä tarkoitetaan, ei ole sama asia.[88] Lisäksi on sanottava, että vaikka eroja ei ole enää syytä kohtuuttomasti paisutella, eroja on edelleenkin olemassa.[89] Manner-Euroopassa ratkaisut tavallisesti tiivistetään niin, että vain tapauksen oikeudellinen ydin esitetään. Oleellista on myös, että esimerkiksi Saksassa tuomioistuin paljastaa – ratkaisutekstin määrällisestä runsaudesta huolimatta – varsinaista juridista päättelyään varsin niukasti. Ratkaisu puristetaan oikeudelliseen ydinmuotoon tuomion tekstin päättävässä osassa. Englannissa, Walesissa ja Yhdysvalloissa on mukana huomattavasti enemmän tosiseikastoon liittyvää ainesta ja ratkaisun aineellisia perusteluja, kuten myös policy-perusteita.[90]

Johdannossa todettiin, että nykyaikainen oikeus pohjautuu ajatukseen, että se perustuu johonkin oikeudenkäyttäjän ulkopuoliseen lähteeseen. Jotta oikeudellinen ratkaisutoiminta olisi juridisessa mielessä oikeaa, on tärkeää, että tunnistamme oikeuslähteet oikein ja suomme niille oikean painoarvon ratkaisutoiminnassa. Kun luemme erilaisista oikeuslähdeopeista, niiden yhtäläisyyk-

Hart 2004.

87. Kuvattaessa oikeuslähdeoppia "periaatteessa ei mutta käytännössä kyllä" kyse on myös metaforisesta kielestä sikäli, että stare decisis oppi on kuvailevaa oikeuskieltä, jonka tarkoituksena on tiivistää oikeuskulttuurin keskeinen osa iskulauseen omaiseen muotoon. Tätä voidaan kutsua makrovertailuun kuuluvaksi episteemiseksi yksinkertaistamiseksi, ks. Jaakko Husa, Hybrid Law and Culinary Metaphor, s. 171–182 teoksessa Seán Patrick Donlan – Jane Mair (eds), Comparative Law: Mixes, Movements, and Metaphors. Routledge 2019, s. 179.
88. Vrt. Siems 2018, s. 67–68.
89. Tuoreemmasta eroihin maltillisesti suhtautuvasta kirjoittelusta, ks. esim. Karl Riesenhuber, English common law versus German Systemdenken? Internal versus external approaches. Utrecht Law Review 7(1) 2011, s. 117–130 ("– – the common law tradition and the continental legal systems differ substantially with regard to the sources of the law", s. 130).
90. Ks. Lundmark 2012, s. 409.

sistä ja eroista, on syytä huomata, että oikeuslähdeoppeja koskevat kuvaukset sekoittavat normatiivisen ja deskriptiivisen ulottuvuuden. Ei olisi mitenkään erityisen vaikeaa antaa suoraan oikeuskäytännön todellisuutta vastaavaa kuvausta, mutta koska oikeuslähdeopeilla on myös niiden normatiivinen ulottuvuutensa, kuvauksista tulee ”periaatteessa ei mutta käytännössä kyllä” -tyyppisiä mannereurooppalaisessa oikeusperheessä.[91] Yksi, mutta ei tietenkään ainoa syy, tälle paradoksaaliselle kuvaustavalle on oikeuskulttuurisen identiteetin ylläpito – erottelu – suhteessa toisiin oikeuskulttuureihin.

Eri oikeusperheisiin kuuluvien järjestelmien oikeuslähdeopit heijastavat myös oikeusyhteisöjen sisäistä kuvaa oman oikeuden keskeisistä piirteistä ja siitä, miten oma oikeus eroaa muiden oikeudesta. Vaikka tämä havainto ei ehkä auta käytännön ratkaisijaa sen suhteen, millainen painoarvo ylimmän tuomioistuimen ennakkotapauksille on mahdollista tai pitää antaa, tämä havainto auttaa näkemään oikeuslähdeoppien järjestelmäsidonnaisen luonteen. Se, miten vallitseva juridinen oppi sijoittaa ennakkotapaukset suhteessa säädännäiseen oikeuteen, ei ehkä kerro, miten järjestelmä todellisuudessa toimii, eikä ehkä edes sitä, miten sen pitäisi toimia. Asiaa näin tarkastellen oikeuslähdeoppi kertoo omaa tarinansa siitä, miten oikeusyhteisö mieltää järjestelmänsä perusluonteen suhteessa toisten oikeuteen. Miten oikeusyhteisö kertoo sekä itselleen että muihin oikeusjärjestyksiin kiinnittyneille oikeusyhteisöille kuka se on ja mikä sen viime kädessä erottaa muista. Oikeusperheilläkin on identiteettinsä, joiden mukaan tuomioistuinratkaisujen arvo ja asema oikeuslähteenä osaltaan määräytyy.

Judgments as a source of law – The doctrine of sources of law and the cultural identity of a legal community

JAAKKO HUSA, D.Sc. (Admin.), Professor, University of Helsinki

The article examines judgments as a source of law from a general comparative law point of view by highlighting the significance of legal-cultural identity. In internationally oriented legal scholarship, common law is paradigmatically described as a legal culture based on the doctrine of precedent, while continental

91. Tämä piirre liittyy toki myös yleisemmin toimimiseen tuomarina, johon liittyy tiettyjä idealistisia elementtejä: “I think that it is important for judges to focus on the noble dream, the ideals and aspirations of law, not on our shortcomings and human failings”, Sharpe 2020, s. 98. Oikeuslähdeoppia koskevat kuvaukset saattavat myös heijastaa tätä elementtiä, jossa tärkeää on myös (normatiivinen) ihanne, ei vain oikeustodellisuus.

European law (civil law) is described as based primarily on legislation. Although the disparity is fundamental, today many comparative law scholars conceive it as flexible as to its nature. The article discusses how established continental European legal scholars habitually construe the status of judgments in their domestic legal systems. The article elucidates why in the civil law legal culture it is persistently maintained that judgments by superior courts are not strictly speaking actual sources of law, albeit that they have a de facto position as a source of law. First, the author looks at scholarly descriptions of the doctrine of sources of law in civil law and how it is explained to differ from common law. Next, these descriptions are critically analysed, after which the importance of legal-cultural self-identification is addressed. The author argues that one key reason for the paradoxical way of describing the civil law doctrine of sources of law – de jure versus de facto – is the maintenance of legal cultural segregation between common law and civil law. Moreover, the author claims that this maintenance has to do with one's legal cultural identity in relation to foreign legal cultures. To put it simply, a contrasting doctrine of sources of law is what makes us "us" and different from "them" common law jurists.