

## *Artikkelikokoelma perheoikeuden filosofisista perusteista*

Lakimies  
1/2021  
s. 125–130

Philosophical Foundations of Children's and Family Law  
Edited by Elisabeth Brake and Lucinda Ferguson. Oxford University Press  
2018. XXIV + 339 sivua.

Turun oikeustieteellisen tiedekunnan syventäviin opintoihin kuului kauan sitten teoreettinen kurssi, jolla oikeusteorian opettaja luennoi kyseisen oikeudenalan filosofisista kysymyksistä. Perheoikeuden kurssin harteilleen saanut apulaisprofessori *Hannu Tolonen* väitti joskus puolileikillään ja minua provosoidakseen, että perheoikeudesta on vaikea löytää filosofisia kysymyksiä.

Arvioitava teos tähtää otsikkonsa mukaan samaan kuin Hannu Tolonen kursillaan. Yhtä ja toista löytyykin. Lukija, joka odottaa teokselta sellaista yleistä teoriaa, joka selittäisi perheoikeudellisten instituutioiden saamaa sisältöä tai kehitystä, joutuu kuitenkin pettymään. Teos on artikkelikokoelma, jonka kirjoituksista vain kaksi koskee perheoikeutta kokonaisuudessaan. Muut koskevat erityiskysymyksiä, kuten hoivatyön merkitystä, avoliittojen varallisuuskysymyksiä, lasten ja vanhempien oikeuksia, polyamoriaa, perhekeskeistä maahanmuuttoa, lasten kasvatusta monikulttuurisessa yhteiskunnassa, sopimusten merkitystä perheoikeudessa ja uusien lisääntymisteknologioiden aiheuttamia käsitteellisiä ongelmia. Filosofia tulee kirjoituksiin mukaan siten, että sen erilaisia tarvekaluja käytetään laajasti joko tutkimusongelman jäsentämiseen tai siihen vastaamiseen.

Teoksen artikkelit eivät muodosta kovin yhtenäistä kokonaisuutta. Kirjan toimittajilla on ollut kova työ kirjoittaessaan pitkäkökö johdantoa, jossa teemoja yritetään nivota yhteen. Yritys ei kaikilta osin ole onnistunut ilman liiallista korkealentoisuutta ja näennäissyvällistä akateemista jargonia. Ehkä teos olisi seisonut jaloillaan ilman johdantoakin hyvien artikkelien varassa.

Perheoikeutta yleisesti käsittelevistä artikkeleista toinen on *John Eekelaarin* ”Family Law and Legal Theory”. Kirjoittaja suhtautuu epäilevästi ajatukseen, että perheoikeudesta voitaisiin esittää yksi yleinen teoria. Mutta hän korostaa, että koko perheoikeudelle on ominaista oikeusnormien ja sosiaalisten normien yhteispeli. Perheoikeuden normit eivät voi toimia ajatellusti ilman sosiaalisten normien tukea. Viimeksi mainitut saavat puolestaan voimaa ja täsmällisyyttä oikeusnormeista, mikä parantaa ennustettavuutta ja luo turvallisuutta ihmisille heidän intiimeissä suhteissaan. Oikeusnormien ja sosiaalisten normien yhteispelin tarkan kuvaamisen tulisi Eekelaarin mukaan olla työn keskiössä rakennettaessa teoriaa perheoikeudesta. Mahdollinen vastaväite voi koskea näin saadun teorian yleisyyttä. Voidaan kysyä, eikö tuloksena ole sosiologinen teoria, jolloin kysymys normien sisällöstä ja yhteisistä tai kenties ristiriitaisista filosofis-moraalisista oletuksista niiden taustalla jää sivuun. Eekelaarin ajatus perheoikeuden ja

moraalinormien suhteesta on samankaltainen kuin mitä jo *von Savigny* tavoitteli kirjoittaessaan perheoikeuden siveellisestä luonteesta.

Toinen koko perheoikeuden kattavista kirjoituksista koskee perheen käsitteen määrittelyä tilanteessa, jossa ydinperheen oheen on syntynyt monenlaisten perhemuotojen kaleidoskooppi. Kirjoituksessaan ”Family and Family Law: Concepts and norms” *David Archard* katsoo, että perheen määrittelyminen ei ole perhemuotojen moninaistumisen vuoksi vaikeutunut, vaikka toisin usein väitetään. ”Perhe” on samanlainen käsite kuin ”auto”. Autoja on nykyisin monenlaisia: on sähköautoja, polttomoottorilla käyviä, dieselitä ja hybridejä. Tästä ei kuitenkaan ole seurannut, että auton määrittely esimerkiksi funktioidensa perusteella olisi käynyt sen vaikeammaksi.

Kirjoitus olisi ollut hyödyllistä luettavaa Suomen perustuslain valmistelijoille. Kuten tiedetään, perhe-elämän suoja jäi perusoikeussäännöksistä pois, koska perhe-elämän määrittelyä pidettiin hallituksen esityksen perustelujen mukaan liian vaikeana. Yksityiselämän suojan katsottiin riittävän ja kattavan myös perhe-elämän. Perustelu on vaivaannuttava. Yksityiselämää suojattaessa suojan objektina on yksilö. Suojattaessa perhe-elämää suojataan yksilöiden ohella myös perheyksikköä niiden hyvien palveluiden vuoksi, joita se tyypillisesti, vaikka ei aina, tekee sekä yksilöille että yhteiskunnalle. Perusoikeusjärjestelmän normatiiviset seuraukset voivat tämän vuoksi riippua siitä, suojataanko perhe-elämää vai ainoastaan yksityiselämää.

Perheen määritelmä, johon *Archard* lopulta päätyy, on hyvin suppea. Kenties juuri pelko siitä, että käsitettä tulkittaisiin ahtaasti ja poissulkevasti, oli todellinen syy perustuslainsäätäjän ratkaisulle. *Arhard* puolustautuu vetoamalla siihen, että käsitteet ja normit tulee erottaa toisistaan. Käsitteisiin ei tule ympätä normatiivista sisältöä. Se, että perheeksi katsotaan vain yksiköt, jotka tarjoavat lapsille huoltoon ja elatukseen liittyviä palveluja, ei tarkoita, että muut yksiköt olisivat jotenkin huonompia tai sääntelyn kohteeksi kelpaamattomia.

Ajatus, jonka mukaan käsitteet tulee puhdistaa normatiivisista sisällöistä, on suomalaisittain hyvin tuttu analyttisestä oikeustieteestä ja esimerkiksi *Simo Zittingin* esittämästä puhtaan oikeusajattelun vaatimuksesta. Paljon pohdiskelua kaipaasi se, missä määrin lainoppinut ja muu oikeudellisen kentän toimija, joka on historiallisten oikeuslähteiden sitoma, voi tällaista puhdistustyötä harjoittaa ja missä määrin oikeustiede ylipäättään tulee toimeen ilman arvopitoisia käsitteitä.

Tarkoitukseni ei ole esitellä jokaista kirjan neljästätoista artikkelista, mutta poimin mieltykseni pohjalta muutamia.

Avosuhteiden varallisuuskysymykset ovat aiheena *Robert Leckeyn* kirjoituksessa ”Cohabitants, Choice and the Public Interest”. Kysymys, tulisiko avopuolisoiden omaisuus suhteen päätyttyä jollakin tavoin jakaa, on noussut perheoikeudessa keskeiseksi sen jälkeen, kun avosuhteesta on tullut avioliiton kanssa tasapäisesti kilpaileva perhemuoto. Klassisen näkemyksen mukaan avosuhteen seuraukset on pidettävä minimaalisina, koska avopuolisot ovat valin-

neet suhteelleen muodon, johon ei liity oikeusseuraamuksia. Yksilönvapauden kunnioittaminen on siis tämän näkemyksen mukaan tärkein arvo. Kirjoittaja puoltaa monenlaisin argumentein kantaansa, jonka mukaan klassinen näkemys on yksipuolinen. Avoliitto olisi nähtävä perhesuhteena ja tuotava se sopivalla tavalla perhelainsäädännön piiriin. Valinnan ja yksilönvapauden lähtökohtaa ei tarvitse unohtaa, mutta sitä olisi tasapainotettava muilla näkökohdilla, joita ovat heikomman suojeleminen, perheessä annetun hoivatyön korvaaminen ja julkinen intressi siihen, ettei puoliso jää yhteiskunnan tuen varaan esimerkiksi tilanteessa, jossa haavoittuvaan taloudelliseen asemaan joutuminen on johtunut avoliitosta.

Kirjoittajan mukaan common law -maiden tuomarit ovat liikkuneet heikomman suojelemaan suuntaan tulkitsemalla perusteettoman edun palautusta (unjust enrichment) koskevia oppeja laajentavasti siten, että myös perheen hyväksi tehty hoivatyö voi tuottaa toiselle perheen jäsenelle perusteettoman edun, tai ”katsomalla” osapuolten sopineen omaisuuden jaosta, vaikka näyttö sopimuksen olemassaolosta on minimaalinen. Kirjoittajan mukaan olisi tarpeen mennä pitemmälle ja avoimesti hyväksyä se, että puolisoitten tahdonilmaisu tai sen puuttuminen ei ole ainoa suhteen oikeusvaikutuksia määrittävä seikka. Hän pohdiskelee, voisiko tämä toteutua tuomariaktiivismin keinoin tilanteessa, jossa näyttää selvältä, että lainsäätäjät pysyvät passiivisena. Kirjoitus liittyy tiiviisti common law -oikeusjärjestelmään, mutta sen peruskysymykset ovat ajankohtaisia muuallakin.

Artikkelissa ”Parental Control Rights” *Scott Altman* pohtii sitä, voidaanko vanhemman oikeutta kasvattaa lapsensa ja siihen liittyvää oikeutta päättää lapsen asioista perustella vanhemman omiin intresseihin vedoten. Kysymys on hänen mukaansa tärkeä. Perustelut, joissa vanhemman kasvatusoikeutta puolustetaan vain lapsen tai yhteiskunnan edulla, esimerkiksi vetoamalla siihen, että vanhemmilla on lapsensa parhaiten tuntevana parhaat edellytykset tehdä lapsen taipumukset huomioon ottavia ratkaisuja, ovat vanhemman kannalta katsottuna heikkoja. Ne jättävät hänet turvattomaksi tilanteissa, joissa se, jolla on valta tulkita lapsen tai yhteiskunnan etua, katsoo, että tuo etu voidaan parhaiten turvata siirtämällä kasvatusoikeus toisaalle.

Kirjoittaja päätyy siihen, että vanhemmilla on kasvatusoikeutta koskevia itsenäisiä intressejä, jotka eivät palaudu lapsen tai yhteiskunnan etuun ja joita yhteiskunnan tulee suojella. Vanhemmilla on ensinnäkin oikeus toteuttaa omaa kohtuullista elämänsuunnitelmaansa, vaikka se vaikuttaa lapseen. Vanhempien tulee esimerkiksi voida muuttaa lapsineen syrjäseudulle monen mielestä alkeellisiin oloihin, vaikka yhteiskunnassa olisi vallalla urbanismi, jonka mukaan lapsen etu on asua rautatieaseman päälle rakennetussa pilvenpiirtäjässä tai ainakin kävelymatkan päässä päiväkodista. Tärkeimpänä suojaa tarvitsevana intressinä kirjoittaja pitää kuitenkin intressiä kasvattaa lapsensa hyvään elämään sellaisena kuin itse sen näkee, ja intressiä päättää oman harkintansa mukaan eli autenttisesti arjen lukemattomissa tilanteissa, millä tavoin päämäärään pyritään.

Kirjoittaja ei väitä, että vanhempien intressi on aina asetettava lapsen tai yhteiskunnan etujen edelle. Hän väittää vain, että vanhemmilla on asiassa suojanarvoinen itsenäinen intressi ja siten oma paikkansa pöydässä, jossa eri tahojen etuja punnitaan. Eri intressien painoarvo ei myöskään ole vakio vaan tilannekohtainen; mitä enemmän autenttisuuteen aiotaan kajota, sitä voimakkaampia lapsen tai yhteiskunnan etuun liittyviä syitä vaaditaan. Kirjoitus tuo monipuolisuutta keskusteluun, jossa kaikki huomio tahtoo nykyisin keskittyä lapsen etuun ja sillä argumentointiin. Kirjoituksen käytännön relevanssi on ilmeinen. Esimerkiksi keskustelu Al-Holin leirillä olevien suomalaisperheiden kotiuttamisesta olisi saanut toisen sävyn, jos keskusteluun osallistuneet olisivat lähteneet siitä, että äideilläkin on oikeuksia.

Altmanin kanssa päinvastaisilla linjoilla on *James G. Dwyer* kirjoituksessaan ”Regulating Child Rearing in a Culturally Diverse Society”. Perusteluilla, joiden vakuuttavuus jää lukijan arvioitavaksi, Dwyer kiistää sen, että vanhemmilla olisi omia oikeuksia kasvattajina. Vanhempien rooli on hänen mukaansa samanlainen kuin opettajalla, fidusiaarilla ja toimintarajoitteiselle määrättyllä edunvalvojana; kaikkien näiden tulee toimia päämiehensä edun mukaisesti sekoittamatta asiaan omia intressejään. Vanhempien intresseillä voi kuitenkin olla välillistä merkitystä. Jos vähemmistökulttuurin piiriin kuuluva vanhempi saa kasvattaa lasta omilla ehdoillaan, se lisää hänen onnellisuuttaan, mikä voi tehdä hänestä paremman vanhemman. Yhteiskunnan on kuitenkin *parens patriae* –opin mukaisesti valvottava, että poikkeavasta kasvatustavasta lapselle aiheutuvat hyödyt ovat haittoja suurempia. Sen, missä laajuudessa monikulttuurisuus on lasten kasvatuksessa hyväksyttävää, ratkaisee kuitenkin ensisijaisesti lapsen etu. Vähemmistökulttuuri, jonka lapsi ehkä pienestä pitäen on imenyt itseensä, voi olla lapselle arvokas, koska se luo yhteenkuuluvuutta, turvallisuutta ja identiteettiä sekä antaa elämälle erityistä merkitystä. Näitä hyötyjä on hyväksyttävyyssarviossa punnittava niitä haittoja vasten, jota poikkeavasta kasvatuksesta voi seurata. Punnusten painon määrää tällöin yhteiskunta.

Altmanin ja Dwyerin esiin nostamiin teemoihin liittyy läheisesti myös *Lucinda Fergusonin* artikkeli ”An Argument for Treating Children as a Special Case”. Kirjoittaja pohtii siinä, onko lapsen etu ymmärrettävä yhdeksi tärkeäksi ratkaisuperusteeksi muiden joukossa, kuten lapsen oikeuksien sopimuksen sanamuoto antaa ymmärtää, vai ylimmäksi periaatteeksi, kuten lapsen oikeuksien komitea on sitä tulkinnut. Oikeuskirjallisuus on kirjoittajan mukaan asettunut laajasti kannattamaan ensiksi mainittua kantaa. Sen mukaan lapsen intressit eivät voi monestakaan syystä jyrätä muiden intressejä. Sellainen loukkaisi kaikkien ihmisten yhdenvertaisuutta. Lapset eivät ole ainoa haavoittuvassa asemassa oleva ryhmä, ja lisäksi perheen autonomia edellyttää sitä, että kaikkien intressit otetaan huomioon. Kirjoittaja sitä vastoin katsoo, että lapset ovat erikoistapaus ja että heidän intresseilleen on annettava etusija. Hän pyrkii todistelemaan kantaansa epäsuorasti etsimällä heikkouksia toisella kannalla olevien perusteluista.

Lukijan arvioitavaksi jää, miten Ferguson todistelussaan onnistuu. Kirjoituksen heikkouksiin kuuluu, että kirjoittaja ei täsmennä, mitä ovat ne ”kaikki lasta koskevat asiat”, joissa lapsen edun periaatteen tulee saada etusija. Kuten tiedetään, oikeusjärjestykseen sisältyy alueita, joilla oikeussubjektin ikä ei ole lainkaan tai on vain poikkeuksellisesti merkityksellinen seikka. Jos tuomari sopimuksen tulkintaa koskevassa siviilioikeudellisessa riidassa asettuu alaikäisen puolelle lapsen etua edistääkseen, hän tekee väärin. Rita on ratkaistava sopimuksen tulkintaa koskevien periaatteiden eikä lapsen edun periaatteen pohjalta. Tässä tapauksessa lapsen edun huomiotta jättämistä voidaan perustella paitsi muutoin myös lasten kollektiivisella edulla; jos leviää käsitys, että lapsi aina voittaa sopimuksen tulkintariidat, kukaan ei enää uskaltaudu tekemään sopimuksia, joissa lapsi on osapuolena, mikä ei ole lasten etu. Useimmiten, esimerkiksi varallisuus- tai vero-oikeudessa, lasten edulla ei kuitenkaan voida puolustaa sitä, että lapset eivät saa erityiskohtelua. Onko lainsäädäntömme siis ristiriidassa lapsen oikeuksien sopimuksen kanssa, vai onko se näiltä osin lapsen edun periaatteen soveltamisalan ulkopuolella?

Lapsen edun periaatteen asiallisesta soveltamisalasta on kirjoitettu kovin vähän. Kirjoituksessaan ”The Role of the Best Interests Principle in Decisions Affecting Children and Decisions about Children” (International Journal of Children’s Rights 2015 s. 3–26) John Eekelaar on kuitenkin pyrkinyt osoittamaan, että periaatteen merkitys vaihtelee tapauksittain riippuen. Hän jakaa lasta koskevat asiat kahtia, suoraan ja epäsuorasti lasta koskeviin. Ensiksi mainittuun ryhmään kuuluu tapauksissa lainkäyttäjän on pyrittävä löytämään lapsen kannalta paras ratkaisu. Jälkimmäiseen ryhmään kuuluu tapauksissa sitä vastoin on pyrittävä löytämään paras ratkaisu ratkaistavana olevaan asiaan, jolloin lapsen etu vaikuttaa vain yhtenä tekijänä muiden joukossa. Jaottelu on selvä, vaikka raja suoraan ja epäsuorasti lasta koskevien asioiden välillä ei ole terävä. Kuten Ferguson, myöskään Eekelaar ei kerro, kattaako epäsuorasti lasta koskevien asioiden kategoria kaikki asiat, joilla on merkitystä kyseisen lapsen kannalta, vai onko olemassa jokin lisärajoite. Kaikki hänen esimerkinsä ovat ratkaisutilanteista, joissa ratkaisun vaikutus koskettaa lapsen henkilöä, kuten terveydentilaa tai lapsen mahdollisuutta pitää yhteyttä vanhempaansa. Pitäisikö tästä päätellä, että lapsen edun periaate ei ulotu riitoihin, joissa on kyse varallisuudesta? Onko asia näin siinäkin tapauksessa, että ratkaisun välilliset vaikutukset ulottuvat lapsen hyvinvointiin esimerkiksi niin, että lapsi köyhtyy tai menettää jotakin, joka on ollut hänelle tärkeää? Kysymykset osoittavat, että lapsioikeudella riittää yhä perkaamista kukkapenkissään.

Esiteltävä teos sopisi erinomaisesti lukupiirissä opiskeltavaksi. Monet perheoikeuden suurista kysymyksistä voidaan ottaa käsittelyyn kirjoitusten tarjoamien virikkeiden avulla. Argumentointi kirjoituksissa on yleensä monipuolista ja argumenttien analyysi huolellista. Se, että kirjoittajien joukossa on oikeustieteilijöiden lisäksi myös filosofejä ja muutama yhteiskuntatieteilijä, tuo asioiden

käsittelyyn vaihtelua ja monipuolisuutta. Muutamien kirjoitusten vahva sidonnaisuus common law – järjestelmään ei haittaa, sillä perusluonteiset kysymykset ovat yhteisiä oikeusjärjestelmästä riippumatta.

Kuten edellä kävi ilmi, kirjoittajat eivät suinkaan ole yksimielisiä keskenään. Jonkinasteinen liberalismi on kuitenkin vallitseva näkemys. Liberalismilla tarkoitetaan paitsi suvaitsevaa perusasennetta erilaisuutta kohtaan myös näkemystä, jonka mukaan valtion puuttumiselle perheen asioihin on rajansa.

Erimielisyydet perusasioista kuuluvat perheoikeuden toiminta- ja kehityslogiikkaan. Perheoikeudessa ei ensisijassa ole kyse rahasta eikä vallasta, vaan hyvästä elämästä ja sen oikeudellisista ehdoista. Niin kauan kuin hyvän elämän sisällöstä, ei ole yksimielisyyttä, on vaikea saavuttaa yksituumaisuutta myöskään sääntelystä, jolla hyvälle elämälle luodaan kasvuperää. Teos tarjoaa paitsi argumentteja käytäviin debatteihin myös esimerkkejä siitä, miten filosofian työkaluja voidaan käyttää sen selvittämiseen, mihin erimielisyys pohjimmiltaan palautuu. Näin ymmärrys ja suhteellisuuden taju ehkä lisääntyvät, vaikka erimielisyys ei katoaisikaan.

*Markku Helin*