

Ristiriitainen soft law – liian paljon vai liian vähän soft law'ta?

Lakimies
7–8/2020
s. 1081–1103

HAKUSANAT: ihmisoikeudet, lääkärin etiikka, journalistin ohjeet, oikeuslähde, normihierarkia

1. Johdanto

Soft law'sta on kirjoitettu Suomessa viime vuosina melko paljon, joskin melko hajanaisesti.¹ Pisimpään soft law on ollut esillä ihmisoikeuksien ja yleisesti kansainvälisen oikeuden yhteydessä. Kansainvälisen oikeuden tutkijat kävivät asiasta vilkasta keskustelua jo 1990-luvulla, etenkin normihierarkian näkökulmasta. Osa suhtautui myönteisesti ”kansainvälisen oikeuden uusiin lähteisiin”, kun taas toiset näkivät kansainvälisen oikeuden fragmentoitumisen ”oikeudellisenä viidakkona” joka voi johtaa kansainvälisen oikeuden profiloitumiseen, johon taas sisältyy riski siitä, että ei-oikeudellinen aines saa liikaa tilaa.²

Soft law yhdistetään yhä usein nimenomaan kansainväliseen oikeuteen, mutta se liittyy enenevässä määrin myös EU-oikeuteen. Tähän on olemassa myös historiallisia syitä. Soft law'sta oli kyse, kun YK:ssa hyväksyttiin vuonna 1948 ihmisoikeuksien yleismaailmallinen julistus sen jälkeen, kun oli tullut selväksi,

* Liisa Nieminen, OTT, dosentti, yliopistonlehtori, Helsingin yliopisto. Kiitän Emilia Korkea-ahoa asiantuntevista kommentteista. Niiden seurauksena rajasin artikkelia niin, että EU-oikeus jäi lähes kokonaan pois. Tähän ratkaisuun päädyin lähinnä työekonomisista syistä. – Sidonnaisuudet: Sosiaali- ja terveysministeriön asettaman elämän loppuvaiheen hoitoa, itsemääräämisoikeutta, saattohoitoa ja eutanasiaa koskevan lainsäädäntötarpeen asiantuntijaryhmän jäsen (2018–2021), Tutkimuseettisen neuvottelukunnan pääsihteerinä laatimassa Ihmistieteiden eettisen ennakoarvioinnin ohjetta (2008–2009).

1. Ainakin Emilia Korkea-aho ja Tapio Määttä soft law'sta jo aiemmin kirjoittaneiden Allan Rosasin ja Teuvo Pohjolaisen ohella. Lisäksi ks. Sakari Huovinen, Yhteissääntely ja itsesääntely – julkisen vallan tehtäviä muuttavat sääntelykeinot. Lakimies 2006, s. 1206–1224 ja Jyrki Tala, Lakien laadinta ja vaikutukset. Edita Publishing 2005, s. 6–22, jotka tarkastelevat asiaa taas vähän eri näkökulmasta.
2. Ks. keskustelusta esim. Jaye Ellis, *Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law*. Leiden Journal of International Law 2012, s. 313–334. Ks. myös J. H. H. Weiler – Andreas Paulus, *The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?*, European Journal of International Law 1997, s. 545–565 ja Martti Koskenniemi, *Hierarchy in International Law: A Sketch*. European Journal of International Law 1997, s. 566–582.

että oikeudellisesti sitovaa ihmisoikeuksien suojaa koskevaa maailmanlaajuisista asiakirjaa ei saataisi aikaan ehkä vielä pitkään aikaan.³ Vastaavalla tavalla EU:n perusoikeuskirja hyväksyttiin aluksi vuonna 2000 vain juhlallisena julistuksena. Mainitut asiakirjat edustavat keskeistä soft law -tyyppiä. Kyse on YK:n yleiskokouksen tai EU:n korkeimman päättävän elimen, Eurooppa-neuvoston, hyväksymästä ihmisoikeusasiakirjasta. Kummassakin tapauksessa julistukseksi tarkoitettu ihmisoikeusasiakirja sai käytännössä suuren merkityksen, ikään kuin se olisi ollut oikeudellisesti sitova. Ne johtivatkin aikaa myöten myös oikeudellisesti sitovaan asiakirjaan: YK:ssa hyväksyttiin vuonna 1966 kansainvälisiä oikeuksia ja poliittisia koskeva kansainvälinen yleissopimus (KP-sopimus) ja taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (TSS-sopimus), ja EU:n perusoikeuskirjasta tuli oikeudellisesti sitova Amsterdamin sopimuksen voimaantulon myötä joulukuussa 2009. Etenkin jälkimmäisen osalta siirtyä ei ollut enää käytännössä kovin suuri, sillä perusoikeuskirjaan vedottiin jo tuolloin myös unionin tuomioistuimessa, lähinnä julkisasiamiesten ratkaisuehdotuksissa.⁴

Sen jälkeen kun YK:n muutkin ”suuret” ihmisoikeussopimukset oli hyväksytty (muun muassa naisten, lasten ja vammaisten henkilöiden oikeuksia koskevat sopimukset vuoden 1966 yleissopimusten lisäksi), YK:ssa ei ole enää juuri hyväksytty oikeudellisesti sitovia laaja-alaisia ihmisoikeussopimuksia, mutta sitäkin enemmän YK:ssa tai sen alajärjestöissä, esimerkiksi Unescossa, on hyväksytty erilaisia julistuksia, suosituksia ja periaatteita (esimerkiksi Ihmisen geeniperimää ja ihmisoikeuksia koskeva yleismaailmallinen julistus, Universal Declaration on Human Genome and Human Rights, 11.11.1997).

Sama pitää paikkansa myös Euroopan neuvoston suhteen; siellä on laadittu erilaisia muuttuvan yhteiskunnan ja tieteen kehityksen vaatimia suosituksia ja julistuksia (esimerkiksi Recommendation 1512 (2001) on the protection of the human genome by the Council of Europe). Soft law on toisinaan täyttämässä puutetta, kun jostain asiasta ei ole oikeudellisesti sitovaa sopimusta. Esimerkiksi naisiin kohdistuva väkivalta on alettu nähdä ihmisoikeusloukkaukseksi soft law’n kehittymisen myötä. Sen sijaan naisten oikeuksia koskeva vuodelta 1979 oleva YK:n CEDAW-sopimus (67/1986) ei vielä tunnista asiaa ainakaan nimenomaisesti.

Soft law mahdollistaa joustavan, muuttuneen tilanteen vaatiman tulkinnan, mikä ei ole välttämättä pelkästään positiivinen asia. Toisinaan soft law’sta on saattanut muodostua jotain ihmisoikeussopimusta koskevien ”tulkintaerimieli-

3. Ks. Liisa Nieminen, Ihmisoikeuksien historiaa, s. 11–34 teoksessa Marjut Helminen – K.J. Lång (toim.), Kainsainväliset ihmisoikeudet. 2. painos. Lakimiesliiton Kustannus 1988, s. 18–26.

4. Ks. esim. Tuomas Ojanen, EU-oikeuden perusteita. Edita 2016, s. 147–148. YK:n ihmisoikeuksien julistukseen ei ole menettänyt merkitystään kokonaan, sillä unionin tuomioistuin kiitti siihen joissakin tapauksissa silloin, kun sillä ei vielä ollut omaa perusoikeuskirjaa. Näin Allan Rosas – Lorna Armati, EU Constitutional Law. Hart Publishing 2010, s. 152.

syyksien” taistelukenttä. Tästä voidaan mainita hyvänä esimerkkinä Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen hyväksymä Resolution 1763(2000) on the right to conscientious objection in lawful medical care. Kun vuodelta 1950 olevaa Euroopan ihmisoikeussopimusta on muutoinkin tulkittu hyvin joustavasti, syntyy eettisesti arkaluontoisissa asioissa helposti erimielisyyksiä, ja edellä mainitunlaiset suositukset ja julkilausumat vain lisäävät niitä.⁵ Nämä ristiriidat nousevat monelta osin esiin tässä tutkimuksessa.⁶

Myöhemmin myös ihmisoikeussopimusten noudattamista valvovien YK:n komiteoiden (YK:n ihmisoikeuskomitea, naisten oikeuksien komitea, lapsen oikeuksien komitea, TSS-komitea) antamat niin sanotut yleiskommentit ovat saaneet merkittävän aseman käytännössä, vaikka ne eivät ole oikeuslähteenä yhtä vahvassa asemassa kuin varsinaiset sopimustekstit tai ihmisoikeustuomioistuinten päätökset. Yleiskommenteissa ei oteta kantaa yksittäistapauksiin, vaan kyse on yleisen tason tulkintasuosituksista. Esimerkkinä voidaan mainita YK:n lapsen oikeuksien komitean yleiskommentti n:o 12 (lapsen oikeus tulla kuulluksi), johon Suomessakin korkein oikeus on viitannut (KKO 2019:50).

Soft law'ta tutkiessani keskityn nimenomaan ihmisoikeuksiin, mutta soft law'lla on myös toinen vähintään yhtä tärkeä käyttöala. Tällä viittaa itsesääntelyn kautta syntyneisiin ammattieettisiin ohjeistuksiin, kuten lääkärin ammattieettisiin ohjeisiin tai journalistin ohjeisiin.⁷ Niillä on yhteistä ihmisoikeuksia koskevan soft law'n kanssa lähinnä se, että nekin eivät ole lainsäätäjän hyväksymiä, mutta käytännössä niitä pidetään – ainakin sen ammattiryhmän keskuudessa, joita ne koskevat – velvoittavuudeltaan lähes lakiin rinnastuvina.⁸ Otan tässä tarkastelun kohteeksi lääkärin eettiset ohjeet ja journalistin ohjeet. Niissä on paljon yhteistä, mutta myös merkittäviä eroja muun muassa ohjeiden valvonnan suhteen. Journalistin ohjeiden noudattamista valvoo oma elin, Julkisen sanan neuvosto. Journalistin ohjeilla ei ole samanlaista pitkä historiaa kuin

5. Ks. StVM 9/2015 vp – kansalaisaloite 2/2015 vp (terveydenhuollon henkilökunnalle lakisäänteinen oikeus kieltäytyä elämän lopettamisesta vakaumuksellisista syistä). Ruotsin osalta ks. ihmisoikeustuomioistuimen 12.3.2020 antamat tuomiot *Grimmark v. Ruotsi* ja *Steen v. Ruotsi*. Vrt. Kavot Zillén, Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet. Uppsala Universitet 2016, s. 119–182. Ks. myös Liisa Nieminen, *Legalisation of Euthanasia in Finland*. *European Journal of Health Law* 2018, s. 407–425.

6. Vrt. Euroopan neuvoston ministerikomitean suositus No. 5 (2000) 7 koskien journalistien oikeutta olla paljastamatta tietolähteitään. Tämä vahvistaa Suomen lainsäädännön lähtökohtia. Ristiriitaa ei ole.

7. Myös Allan Rosas, ”Soft law” ihmisoikeuksien lähteenä, s. 66–75 teoksessa Allan Rosas (toim.), *Oikeus, demokratia, informaatio*. Lakimiesliiton Kustannus 1993, s. 71, lukee mm. ammattiryhmien eettiset säännöt soft law -asiakirjoihin. Aina ei itsesääntelyyn perustuvaa normistoa edes mainita soft law'n yhteydessä.

8. Laajemmin ammattieettisistä ohjeista ks. Liisa Nieminen, *Ammattieettiset ohjeet juristin haasteena*, s. 18–44 teoksessa *Viestintäoikeuden vuosikirja 2017*. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2018.

lääkärin eettisillä ohjeilla. Ehkä juuri pitkä historia on synnä siihen, että lääkäriin eettiset ohjeet asettuvat mielellään myös lain yläpuolelle.

Lääkärin eettisillä ohjeilla on ollut suuri merkitys terveydenhuollossa aina antiikin Kreikan ajoista alkaen, ja etenkin toisen maailmansodan jälkeen on laadittu erilaisia eettisiä ohjeita ja julistuksia sekä maailmanlaajuisesti että myös kansallisesti. Toisen maailmansodan jälkeen vuonna 1947 vahvistettiin myös niin sanottu Nürnbergin säännöstö, joka sisälsi 10 normia, joita lääkäreiden tuli noudattaa suorittaessaan lääketieteellisiä kokeita ihmisillä. Sitä seurasi Maailman lääkäriiliiton (WMA) laatima Helsingin julistus vuonna 1964. Sen lisäksi Maailman lääkäriiliitto hyväksyi vuonna 1949 lääkäriin valan sisältävän Geneven julistuksen, jota on uudistettu viimeksi vuonna 2017.⁹ Vastaavasti potilaiden oikeuksista on säädetty lailla varsin myöhään, Suomessa vuodesta 1992 lähtien. Aiemmin lähdettiin paternalismista: lääkäri tiesi aina, mikä on potilaalle parasta ja myös suojeli häntä sairautta koskevalta tiedolta.¹⁰

Monet muutkin ammattikunnat ovat alkaneet laatia vastaavia ohjeistuksia. Niiden oikeuslähdeopillinen asema on usein kiistanlainen. Osin ammattieettiset ohjeet ovat toimineet mallina lainsäädännölle samaan tapaan kuin esimerkiksi ihmisoikeuksien julistus, mutta toisaalta niiden katsotaan toisinaan asettuvan itsestään selvästi lain yläpuolelle. Näin asia esitetään Suomen lääkäriiliiton julkaisussa ”Lääkäriin Etiikka” (s. 14). Samalla kun ihmisoikeudet ovat toisaalta vahvistaneet potilaiden oikeudellista asemaa, ne ovat vieneet osin lääkäreiden ammattietiikkaan pohjautuvaa valtaa.¹¹ On myös epäselvää, voiko tuomioistuimien viitata ammattieettisiin ohjeisiin päätöksensä perusteluissa. Eri ammattikunnilla on tästäkin erilaisia käsityksiä. Esimerkiksi journalistien esittämän kannan mukaan journalistien ohjeisiin ei tule viitata tuomioistuimissa.¹²

Kolmannen soft law -ryhmän muodostavat erilaiset hallinnolliset ohjeet, suunnitelmat, toimintaohjelmat, suositukset ja vastaavat, jotka ovat tulleet lainsäätäjän hyväksymän lain sijaan tai sen rinnalle helpon ”säättämisen” menettelyn vuoksi. Menettely on saanut kritiikkiä osakseen sekä EU:ssa että sen jäsenvaltioissa. Vaikka tavoitteena olisi sääntelyn määrän vähentämi-

9. Niistä ks. esim. Salla Lötjönen, Oikeus ja lääketiede – oikea resepti?, s. 235–254 teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.), Oikeuden tuolla puolen. Kauppakaari 2002.

10. Potilaslain myötä tunnustettiin ensimmäisen kerran lain tasolla, että potilaallakin on sananvaltaa hoitonsa suhteen. Ks. lain 6 § (potilaan itsemääräämisoikeus). Ks. myös useat artikkelit kirjassa Amos Pasternack – Raimo Puustinen (toim.), Lääkäriprofessioni, Professionaalisuus lääkäriin työssä. Duodecim 2019.

11. Kehityksestä ks. Salla Lötjönen, Loukatun suostumuksesta potilaan itsemääräämisoikeuteen. Lakimies 2004, s. 1398–1420, 1402–1409.

12. Ks. Julkisen sanan neuvoston lausuma lain ja eettisten ohjeiden suhdetta koskevassa asiassa, JSN 3206/L/02. Neuvoston mukaan journalistin ohjeita on aiheellista soveltaa vain tiedotusvälineiden itsesääntelyssä ja arvioitaessa hyvän journalistisen tavan sisältöä julkisen sanan neuvoston päätöksiin. Ohjeet eivät sen sijaan ole käytettävissä syytteen tai tuomion perusteena. Tästä ks. myös Päivi Tiilikka, Sananvapaus ja yksilön suoja. WSOYpro 2007, s. 259–266.

nen, sen määrä tosiasiallisesti kasvaa, jos niin sanottua pehmeää sääntelyä käytetään täydentämään muuta lainsäädäntöä.¹³ Tähän liittyy ongelmia myös demokraattisen päätöksenteon kannalta.¹⁴ EU:ta tai sen oikeutta en kuitenkaan tässä kirjoituksessa tarkastele.¹⁵

2. Mitä soft law on?

2.1. Määrittelyn vaikeus

Jo tässä vaiheessa näyttää siltä, että soft law on varsin ristiriitainen käsite. Sillä voi olla eri tilanteissa täysin eri merkitys. Soft law'n määrittäminen yleisellä tasolla on vaikeaa. Se pystytään esittelemään paremmin edellä mainituin tavoin käytännön esimerkein. Ei ole olemassa yhtä kaikki tilanteet kattavaa määritelmää. Vaikeudesta kertoo sekin, että soft law -sanalle ei ole edes keksitty käypää suomenkielistä vastinetta. Aluksi puhuttiin niin sanotusta pehmeästä sääntelystä, mutta ilmaisu ei ole käytännössä vakiintunut. Ilmaisulla tarkoitettiin kaikkea sääntelyä, joka ei ole kovaa sääntelyä (hard law).¹⁶ Tämä ei kuitenkaan riitä,

13. Emilia Korkea-aho, Pehmeä sääntely sääntelytutkimuksen ja oikeusjärjestyksen haasteena, s. 69–83 teoksessa Heidi Lindfors (toim.), Lainsäädäntöä vai muuta oikeudellista ohjailua? Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2005, s. 73–74. Ks. myös Tapio Määttä, Soft Law kansallisen oikeuden oikeuslähteenä. Oikeustiede – Jurisprudentia XXXVIII:2005, s. 337–460.

14. Euroopan unionin ottaminen vertailukohteeksi on aina vaikeaa, kun lähtökohdat on rakennettu kansallisvaltioiden olosuhteista. Tämä koskee myös soft law'ta, vaikka ensi vaikutelma onkin, että EU:ssa laaditun soft law'n kohdalla demokratiavaje on kaikkein ilmeisin ainakin niissä tapauksissa, kun soft law on kokonaan tai osaksi yritysten ja vastaavien yksityisen sektorin orgaanien laatim3aa. Euroopan unioniin yleisemmin kohdistetun kritiikin rinnalla tämä on ehkä niin vähäinen asia, ettei siihen ole kiinnitetty sen enempää huomiota. Myös EU:n legitimitisyys herättää usein vaikeita kysymyksiä. Kokevatko kansalaiset sen omakseen? Käsitteiden ongelmallisuudesta EU:ta koskevassa keskustelussa ks. Joseph Weiler, Epilogue: Living in a Glass House. Europe, Democracy and the Rule of Law, s. 313–326 teoksessa Carlos Closa – Dimitri Kochenov (eds), Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union. Cambridge University Press 2016.

15. EU-oikeuden alaan kuuluvan soft law'n jätän käsittelemättä vähäisiä kommentteja ja vertailua lukuunottamatta. Ks. laajemmin Emilia Korkea-aho, EU Soft Law in Domestic Legal Systems: Flexibility and Diversity Guaranteed? Maastricht Journal of European and Comparative Law 2009, s. 271–290, 289 ja sama, National Courts and European Soft Law: is Grimaldi Still Good Law? Yearbook of European Law 2018, s. 470–495. Kritiikistä soft law'ta kohtaan ks. Jan Klabbers, The Undesirability of Soft Law. Nordic Journal of International Law 1998, s. 381–391.

16. Korkea-aho 2005, s. 74–75. Ks. myös Jan Klabbers, The Redundancy of Soft Law, Nordic Journal of International Law 1996, s. 167–182, joka esittelee soft law'n erilaisia määritelmiä. Joillekin se tarkoittaa vain poliittisesti ja moraalisesti sitovia sopimuksia, jotka eivät kuitenkaan ole soft law'ta.

vaan huomiota pitää kiinnittää myös siihen, onko säännöt annettu pätevästi ja voidaanko niiden noudattamista vaatia. Tällöin tarvitaan oikeuslähdeoppia. Edes kansainvälisessä oikeudessa, jossa soft law'lla on pisimmät perinteet, sille ei ole onnistuttu keksimään kaiken kattavaa nimitystä.

Soft law on usein määritelty negatiivisesti, mihin voi kuitenkin liittyä se riski, että samalla menetetään ihmisoikeudet perinteisessä mielessä.¹⁷ Niitten rajoja saatetaan rikkoa soft law'n avulla.¹⁸ Pohjolainen puolestaan arvostelee soft law'n määrittelemistä negatiivisesti, sillä soft law on kuitenkin tietoisesti luotu normisto. Soft law ei ole sisällön puolesta välttämättä ”pehmeää” oikeutta.¹⁹

Korkea-aho on jakanut soft law'n neljään kategoriaan sen mukaan, missä kohdin oikeusjärjestystä soft law ilmenee.²⁰ Ensimmäiseen ryhmään hän lukee niin sanotun täydentävän pehmeän sääntelyn, jolla hän tarkoittaa esimerkiksi eri viranomaisten antamia suosituksia. Ne voidaan ottaa huomioon lain tulkinnessa. Tällainen soft law voi johtaa myöhemmin lainsäädännön muutoksiin, jolloin pehmeä sääntely korvautuu eduskunnan säätämällä lailla.

Muita soft law'n muotoja Korkea-ahon mukaan ovat sopeuttava pehmeä sääntely ja kilpaileva pehmeä sääntely. Lisäksi on olemassa korvaavaa pehmeää sääntelyä. Sillä korvataan kovan sääntelyn puutetta, mistä Korkea-aho mainitsee esimerkkinä lääketiedettä ja lääketieteellistä tutkimusta koskevan sääntelyn.²¹ Se oli pitkään paljolti soft law'ta, mutta on nyttemmin monelta osin korvattu eduskunnan säätämällä laeilla.

2.2. Demokratian toteutuminen jaottelun lähtökohtana

Käyttämäni jaottelu on jonkin verran erilainen kuin edellä esitetty. Käsittelen soft law'ta enemmän sisällön mukaan, joskin myös sen suhde eduskunnan (demokraattisesti valitun kansanedustuslaitoksen) säätämiin lakeihin tulee esille ja sitä kautta myös oikeuslähdeasema. Soft law voi olla viranomaispohjaista, mutta myös kansalaisista itsestään lähtevää jälkimmäisen ollessa itse asiassa oikeudellisesti paljon kiinnostavampaa. Itsesääntelyyn pohjautuvat ammattieettiset

17. Ehdotuksia soft law'n määritelmäksi ks. Thomas Gammeltoft-Hansen – Stéphanie Lagoutte – John Cerone, Introduction. Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights, s. 1–13 teoksessa Thomas Gammeltoft-Hansen – Stéphanie Lagoutte – John Cerone (eds), Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights. Oxford University Press 2016, s. 1–3.

18. Tässä on kyse kääntäen samasta asiasta, mihin viittasin edellä kertoessani lääkärin kielteisestä suhtautumisesta ihmisoikeussuojaan. Ihmisoikeuksien vahvistuneen roolin myötä lääkärin etiikan painoarvo on vähentynyt.

19. Teuvo Pohjolainen, Soft law in public law – hard regulation? JFT 1998, s. 437–461, 438–443.

20. Korkea-aho 2005, s. 73–79.

21. Siitä ks. Sirpa Soini, Geenitestausta ja lakien henki, Tutkimus geenitestiä sääntelystä. Helsingin yliopisto 2020, s. 66–83.

ohjeet kuuluvat tähän ryhmään. Joskus soft law'lla tarkoitetaan etenkin sellaisia normistoja, jotka ovat syntyneet kokonaan ilman julkisen vallan toimia.

Kansainvälisen oikeuden tutkijat määrittelevät soft law'n tietyiltä osin paljon suppeammin. Useimmat tutkijat katsovat, että soft law'lle ei ole mahdollista antaa yhtä, kaikkiin tapauksiin sopivaa määritelmää. Itse hyväksyn sen näkemyksen, että soft law'ssa on kyse säännöistä, jotka ovat *"in the process of becoming, though not ultimately, become, binding rules of international law in the form of any of the established sources of international law – customary law, general principles of international law, or as a binding interpretation of a rule of a treaty law"*.²² Tuota ei voida kuitenkaan pitää soft law'n kaikilta osin kattavana määritelmänä, mutta etenkin ihmisoikeuksiin se sopii hyvin. Soft law on osa laajempaa *lex ferenda*-käsitettä. Soft law -instrumentteja on hyvin paljon: alkaen YK:n yleiskokouksen hyväksymästä julistuksesta hallitusten välisten elinten laatimiin julistuksiin, päätöslauselmiin, suuntaviivoihin, asiantuntijoiden mielipiteisiin, ja eri kansainvälisillä sopimuksilla luotujen elinten oikeudellisiin kannanottoihin mukaan lukien yleiskommentit, suositukset ym.²³ Kyse on kansainvälisen oikeuden toimijoiden, valtioiden, toimista, ja vain niiden hyväksyntä voi johtaa siihen, että soft law'sta tulee hard law'ta.

Keskityn tässä artikkelissa pääosin soft law'n muodossa tapahtuvaan ihmisoikeuksien turvaamiseen ja itsesääntelyyn pohjautuviin ammattieettisiin säännöstöihin. Kumpikin sai alkunsa pääosin heti toisen maailmansodan jälkeisenä aikana. Ne saattavat joutua ristiriitaan keskenään. Ihmisoikeudet kuuluvat kaikille ihmisille (tai vastaavasti esimerkiksi naisten oikeuksien sopimuksessa turvatut kaikille naisille), kun taas ammattieettiset ohjeet koskevat vain tiettyä ammattikuntaa. Kun viimeksi mainitut eivät ole demokraattisesti valitun lainsäädäntöelimen hyväksymiä, niiden laajempaan soveltamisalaan on syytä suhtautua lähtökohtaisesti hyvin varovasti – puhumattakaan siitä, että tuomioistuimet ryhtyisivät niihin viittaamaan. Tähän johtopäätökseen päädytään ainakin perinteisestä valtiosääntöoikeudellisesta näkökulmasta asiaa tarkasteltaessa.

Lähtökohtani on lähinnä valtiosääntöoikeudellinen. Jos oikeudellista sääntelyä tapahtuu muutoin kuin perustuslain säätämin muodoin, miten tätä on tarkasteltava valtiosääntöoikeuden peruseriaatteiden (demokratia, oikeusvaltio) kannalta? Toisaalta perusoikeuksien turvaamisvelvollisuus kuuluu muillekin kuin eduskunnalle lainsäätäjänä, joten tästä näkökulmasta on positiivista, jos ihmisoikeuksien suojan tarpeeseen kiinnitetään huomiota myös muualla. Tämän tulee kuitenkin täyttää keskeiset yhdenvertaisen kohtelun vaatimukset. Jos yhden

22. John Cerone, A Taxonomy of Soft Law: Stipulating a Definition, s. 15–24 teoksessa Thomas Gammeltoft-Hansen – Stéphanie Lagoutte – John Cerone (eds), *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*. Oxford University Press 2016, s. 18.

23. Cerone 2016, s. 22–23.

ryhmän oikeuksia säännellään itsesääntelymenettelyn kautta, perustuslailla ja ihmisoikeussopimuksin kaikille turvattuja oikeuksia ei saa loukata.

Millainen oikeuslähdeoppi sopii soft law'n yhteyteen vai riippuko se aina yksittäisestä tilanteesta? Soft law'ta on niin erilaista, enkä käsittele sitä yhtenäisenä ryhmänä, joten tuskin oikeuslähdeoppikysymyskään niin yksiselitteinen on. Oikeuslähdeoppi varmistaa sen, että ratkaisu on oikeudellinen. Jos viitataan soft law'hon luettavaan suositukseen, eettisiin ohjeisiin tai vastaaviin, on ymmärrettävä niiden asema vallitsevan oikeuslähdeopin mukaan.

Valtiosääntöoikeudessa tärkeä normihierarkia osoittaa myös oikeuslähdeopin asetelmat. Tärkein oikeuslähde on perustuslaki, minkä jälkeen tulevat lait ja tasavallan presidentin, valtioneuvoston ja ministeriön asetukset. Lain kanssa sama hierarkkinen asema on myös lainsäädäntöteitse valtionsisäisesti voimaan saatetuilla kansainvälisillä sopimuksilla, joista tässä yhteydessä mainittakoon Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus ja Euroopan unionin perussopimus.²⁴ Ihmisoikeustuomioistuimen antamilla tuomioilla on myös vahva asema oikeuslähteenä, mutta ihmisoikeusvalvontaelinten antamilla yleiskommenteilla ei samanlaista asemaa ole. Ne ovat suosituksia ja kuuluvat soft law'hon. Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen hyväksymät päätöslauselmat eivät nekään kuulu velvoittaviin oikeuslähteisiin.

Oikeuslähdeopin erityiskysymyksenä voidaan *Raimo Siltalan* jaottelun mukaan mainita ainakin ammattiryhmien oikeudellinen itsesääntely, joka luetaan sallittuihin oikeuslähteisiin sen ohjatessa lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa. Sen yhteiskunnallinen legitimitetti voi osoittautua ongelmalliseksi, koska ammattiryhmät eivät ole toiminnassaan pyyteettömiä. Niillä on omat etunsa ja intressinsä puolustettavina. Niiden toiminta perustuu lainsäätäjän passiivisuuteen, siten joko tietoiseen tai hiljaiseen hyväksyntään.

Tilanne muuttuu tietenkin, jos oikeutta tarkasteltaessa lähdetään pluralistisesta käsityksestä. Sen katsotaan vastaavan paremmin modernin, monen tason kansallisvaltion ulkopuolisten normistojen hallintaa. Sen mukaan oikeus ei ole enää ainakaan yksinomaisesti palautettavissa institutionaalisten toimijoiden eli lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemiin virallispäätöksiin. Kyse on sen sijaan yhteisöllisestä, moniarvoisesta ja ylikansallisesta oikeudesta. Perinteisen staattisen oikeuslähdeopin sijaan voidaan tässä yhteydessä puhua dynaamisesta oikeuslähdeopista, joka arvioi oikeudellisen ratkaisuperusteen arvon aina tilannekohtaisesti.²⁵

24. Tarkemmin ks. Raimo Siltala, Oikeudellisen ajattelun perusteet. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2010, s. 145–196 ja laajemmin ks. sama, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 247–323.

25. Ks. Juha Karhu, Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. Lakimies 5/2003, s. 789–807, 803–807 ja sama, Oikeudellinen kokemus oikeuslähteenä. Lakimies 7–8/2019, s. 1068–1075, 1073–1075. Vrt. pluralismin ongelmista, Soini 2020, s. 117–129.

3. Ihmisoikeudet soft law'n vahvistamina

Edellä esittelemäni tutkimustehtävän mukaisesti etenen siten, että seuraavaksi käsittelen kahta soft law'n keskeistä esiintymisaluetta: ihmisoikeussuojaa ja ammattieettistä itsesääntelyä. Ensimmäiseen ryhmään luen ihmisoikeussopimuksen ennakoinnin julistuksella ja ihmisoikeussopimukseen laaditut yleiskommentit. Nämä molemmat helpottavat vaikeasti muutettavien kansainvälisten sopimusten mukautumista muuttuvan yhteiskunnan uusiin vaatimuksiin. Sen jälkeen käsittelen itsesääntelynä laadittuja ammattieettisiä ohjeistuksia ja etenkin niiden suhdetta ihmisoikeuksiin.

3.1. Vaiheittain eteneminen

Ihmisoikeuksien julistuksen soft law -luonne on määritelty vasta myöhemmin, mutta tänä päivänä kun uuden ihmisoikeussopimuksen tai muunkin kansainvälisen valtiosopimuksen aikaan saaminen on vaikeaa, prosessin vaihteellisuus on tietoinen valinta. Siinä on aina sama kaava. Edetään ensin soft law'lla, josta tulee ehkä myöhemmin hard law'ta. Ihmisoikeuksia koskevaa soft law'ta luo esimerkiksi Euroopan neuvoston ministerikomitealta, joka on antanut lukuisia suosituksia, päätöslauselmia ja vastaavia esimerkiksi naisiin kohdistuvan väkivallan torjumiseksi. Niiden pohjalta Euroopan neuvostossa saatiin vuonna 2011 aikaan naisiin kohdistuvaa väkivaltaa koskeva Istanbulin sopimus, johon Suomikin on sitoutunut (53/2015).²⁶

Tuo prosessinomaisuus näkyy myös sopimuksen johdanto-osassa:

”palauttavat mieliin seuraavat ministerikomitean suositukset Euroopan neuvoston jäsenvaltioille: suositus Rec(2002)5 naisten suojelemiseksi väkivallalta, suositus Rec(2007)17 sukupuolten tasa-arvoa koskevista vaatimuksista ja rakenteista, suositus Rec(2010)10 naisten ja miesten rooleista konfliktien estämisessä ja ratkaisemisessa sekä rauhanrakentamisessa, ja muut asiaan liittyvät suositukset;

ottavat huomioon sen lisääntyvän oikeuskäytännön, jolla Euroopan ihmisoikeustuomioistuin asettaa merkittäviä naisiin kohdistuvaan väkivaltaan liittyviä vaatimuksia;

26. Ks. myös Ekaterina Yahyaoui Krivenko, The Role and Impact of Soft Law on the Emergence of the Prohibition of Violence against Women within the Context of the CEDAW, s. 47–67 teoksessa Thomas Gammeltoft-Hansen – Stéphanie Lagoutte – John Cerone (eds), Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights. Oxford University Press 2016.

ottavat huomioon Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussäännön (2002);

palauttavat mieliin kansainvälisen humanitaarisen oikeuden peruseriaatteen.”

3.2. Yleiskommentit soft law’na

Lisäksi ihmisoikeuksia koskevaa soft law’ta syntyy myös ihmisoikeussopimusten valvontaa varten perustettujen komiteoiden antamista yleiskommenteista ja suosituksista. Kansalliset tuomioistuimet vetoavat niihin viitattaessaan ihmisoikeussopimuksiin. Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on esimerkiksi tapauksessa *Neulinger ja Shurik v. Sveitsi* (6.7.2010) vedonnut muista ihmisoikeussopimuksista annettuihin yleiskommentteihin ja kansallisten tuomioistuinten käytäntöihin koskien lapsen edun tulkintaa perustellakseen, että kyse oli eurooppalaisesta vakiintuneesta käytännöstä. Euroopan ihmisoikeussopimus kun ei turvaa lapsen etua nimenomaisesti.²⁷

YK:n vuoden 1966 TSS-sopimuksesta annetut yleiskommentit ovat soft law’n kehityksen kannalta erityisen tärkeitä.²⁸ TSS-sopimuksen merkitys oli pitkään vaatimatonta, eikä siihen juuri viitattu tuomioistuinten päätöksissä. Jopa TSS-komitea arvosteli viittaamattomuutta vastatessaan Suomen maaraporttiin. Tämä voi ainakin osin johtua siitä, että TSS-sopimuksen sisällöstä ei ole olemassa Suomea eikä juuri muitakaan valtioita koskevia yksityiskohtaisia ratkaisuja. On vaikea saada juuri mitään irti hyvin yleisluontoisista TSS-sopimuksen artikloista. Tilanne helpottui jossain määrin sen jälkeen, kun sopimukseen liitetty yksilövalitusmahdollisuus tuli voimaan toukokuussa 2013.²⁹

Sopimuksen noudattamista valvomaan perustettiin TSS-komitea vuonna 1985, ja se on antanut 25 yleiskommenttia sopimuksen tulkinnasta vuodesta 1990 alkaen. Kun yleiskommentit otettiin käyttöön, niiden tehtäväksi nähtiin sopimusvaltioiden ja sopimusorganien välinen kommunikaatio ja yhteistyö. Juuri sopimuksen artikloiden yleisluonteisuudesta johtuen yleiskommentit ovat olleet omiaan vahvistamaan TSS-sopimuksen merkitystä käytännössä. Siinä yleiskommenttien sisältö ”vangitaan” normatiivisin käsittein ja periaattein pro-

27. Ks. myös Randi Sigurdson, Den rettskildemessige betydning av Barnekomiteens generelle Kommentarer. Retfard 2014, s. 43–59.

28. Ks. Urfan Khaliq – Robin Churchill, The protection of economic and social rights: a particular challenge?, s. 199–260 teoksessa Helen Keller – Geir Ulfstein (eds), UN Human Rights Treaty Bodies. Cambridge University Press 2012.

29. Ks. Sanna Hyttinen, Sosiaaliset ihmisoikeudet ja suomalaiset tuomioistuimet – otetaanko sosiaaliset ihmisoikeudet vakavasti? Oikeus 2012, s. 496–515 ja sama, Kauan odotettu valitusmahdollisuus taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevaan yleissopimukseen. Oikeus 2009, s. 207–212.

fessionaaliseen oikeudelliseen diskurssiin. Tämän sopimuksen kohdalla koettu menestys voi vaikuttaa muihinkin kansainvälisiin ihmisoikeuseliimiin, ihmisoikeustutkimukseen ja ihmisoikeusaktivismiin.

Tällaisen soft law'n merkitystä ei tule väheksyä, sillä kuten Bódig toteaa (s. 88): "Soft law can play the leading role in elaborating principles and conceptual constructs capable of setting the course for the development of hard law." Tietenkin suunnan muutos voi tapahtua toiseenkin suuntaan eli TSS-oikeuksia huonontavaan suuntaan tätä metodia noudatettaessa.

Yleiskommenttien merkitys on kasvanut etenkin sen jälkeen, kun TSS-sopimukseen luotu yksilövalitusmahdollisuus tuli voimaan. Koska ratkaistuja valituksia on vielä niin vähän, ei voida sanoa suoraan, miten yleiskommentteja käytetään yksilövalituksiin annetuissa päätöksissä. Etenkin yleiskommentti n:o 3, joka koskee sopimuksen valtioille asettamia minimivelvollisuuksia, on tärkeä. Se on johtanut kolmiosaiseen luonnehdintaan valtion velvollisuuksista (respect, protect, fulfil eli kunnioittaa, suojata ja toteuttaa) sosiaalisten oikeuksien turvaamisessa. Kyse on hyvin kunnianhimoisesta ja laajasta tulkinnasta valtion velvollisuuksien vahvistamiseksi.³⁰

Kolmijako oli alun perin tutkijoiden 1980-luvulla luoma malli, jonka TSS-komitea otti myöhemmin yleiskommenttiensa lähtökohdaksi. Ensimmäisen kerran näin tehtiin vuonna 1999 yleiskommentissa n:o 12: Right to Adequate Food. Näin halutaan osoittaa, että ero KP-oikeuksiin ei ole niin suuri kuin aiemmin oletettiin. KP-oikeuksista tärkein ehkä on "kunnioittaminen/respect", kun taas TSS-oikeuksien kohdalla viimeinen eli velvollisuus toteuttaa ("fulfil") on tärkein. Tällä ei kuitenkaan tarkoiteta sitä, että TSS-oikeudet olisivat hierarkiassa muita alempana.³¹

Yleiskommenttien saama rooli ei ole mitenkään poikkeuksellista kansainvälisen oikeuden näkökulmasta, sillä myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinna on hyvin "evolutive" ja ihmisoikeussopimus on elävä instrumentti ("living instrument"). On myös huomautettu, että valtioiden "minimivelvollisuuksista" puhuminen on ongelmallista. Ne eivät voi kaikissa tilanteissa olla samat esimerkiksi Suomelle ja Nigerialle.

30. Tarkemmin ks. Mátyás Bódig, Soft Law, Doctrinal Development, and the General Comments of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, s. 72–84 teoksessa Thomas Gammeltoft-Hansen – Stéphanie Lagoutte – John Cerone (eds), Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights. Oxford University Press 2016.

31. Ks. myös Liisa Nieminen, Ihmisoikeuksien jakamattomuusperiaate. Defensor Legis 1/2005, s. 44–58, 46–47 ja laajemmin Ida Elisabeth Koch, Human Rights as Indivisible Rights. Martinus Nijhoff 2009, s. 13–28.

4. Ammattieettinen itsesääntely soft law’na

Ammattieettistä itsesääntelyä koskeva soft law on paljon monimutkaisempi kysymys kuin YK:n ihmisoikeuksien julistus soft law’na, vaikka niillä on myös paljon yhteistä. Eettiset ohjeet eivät ole lakeja, vaan ne on tarkoitettu noudatettaviksi eettisistä syistä. Oikeudellista velvollisuutta ohjeiden noudattamiseen siihen ole. Kyse on vain tietyn ammattiryhmän itselleen hyväksymästä asiakirjasta. Tosin esimerkiksi lääkärin eettiset ohjeet koskevat ainakin osaa muitakin ihmisiä, lääkäreihin potilassuhteessa olevia ihmisiä.

4.1. Miksi ammattieettiset ohjeet ovat tarpeen?

Kaikki ammatit herättävät eettisiä kysymyksiä, mutta jotkut kuitenkin muita selvästi enemmän. Juha Räikän mukaan ammatin eettiseen herkkyyteen vaikuttaa se, miten paljon itsenäisiä valintoja ja valtaa ammattiin liittyy. Toinen seikka, joka tekee ammatista eettisesti herkän, on sen etäisyys arkipäivän moraalista. Etäisyys on suuri, jos ammatissa joutuu tekemään asioita, jotka muiden tekemänä eivät ole hyväksyttviä. Tästä on kyse lääkärin ammatissa, sillä lääkärillä on esimerkiksi oikeus tehdä raskauden keskeytys ja leikata ihmistä. Ammatin eettiseen herkkyyteen myös vaikuttaa, miten tunneperäisesti ammatinharjoittajan työtuloksiin suhtaudutaan. Esimerkiksi lääkärin, kättilön ja sosiaalityöntekijän työhön reagoidaan helposti tunnepitoisesti. Syntymä, terveys ja kuolema ovat vakavia asioita, ja niiden kanssa tekemisiin joutuvat ammatit synnyttävät eettisiä ongelmia muita ammatteja helpommin.³²

Toimittajan työhön eettisen herkkyyden taas tuo sen julkisuus. Tiedotusvälineen laaja levinneisyys lisää toimittajan valtaa. Tuomarilla on myös paljon valtaa, mutta tuomioistuimen toiminta, prosessi, on säännelty lailla niin tarkasti, että tuomarin eettiset periaatteet eivät tuo asiaan paljon lisää. Lähinnä esille nousee eettisten periaatteiden neljäs osa, joka liittyy oikeudenkäynnin julkisuuteen, tuomioistuimen ratkaisun laatimiseen ja tuomarin osallistumiseen julkiseen keskusteluun.³³

Juha Räikkää edelleen lainaten ammattieettisten ohjeiden merkitystä voidaan arvioida kolmella eri tavalla.³⁴ Yksi tapa on tulkita ne apukeinoiksi, joita voidaan käyttää eettisessä harkinnassa. Ne eivät ratkaise kokonaan eettisiä ongelmatilan-

32. Näin Juha Räikkä, Ammattietiikan merkitys, s. 82–91 teoksessa Sakari Karjalainen – Veikko Launis – Risto Pelkonen – Juhani Pietarinen (toim.), Tutkijan eettiset valinnat. Gaudeamus 2002, s. 82.

33. Tuomarin eettisistä ohjeista ks. Riikka Koulu – Risto Koulu – Sanna Koulu, Tuomarin roolit tuomioistuimissa. Alma Talent 2019, s. 97–104.

34. Räikkä 2002, s. 86–87.

teita, koska niissä ei anneta tarkkoja ohjeita.³⁵ Ne voivat kuitenkin olla avuksi pohdittaessa ammattia määrittäviä arvoja ja velvoitteita ja niiden keskinäistä järjestystä. Eettisten ohjeiden avulla luodaan perusta, jonka avulla voidaan pohtia, mikä on oikein ja mikä väärin ammattia harjoitettaessa. Tämä pitää paikkansa etenkin lääkärin eettisten ohjeiden suhteen (”onko oikein toteuttaa eutanasia, jos laki sen sallii, mutta lääkäriellä ei ole lain mukaan velvollisuutta ryhtyä siihen?”).

Eettiset ohjeet voidaan myös ymmärtää ammattia määrittäviksi periaatteiksi. Eettiset ohjeet kertovat ammatinharjoittajalle, mikä hänen ammatinsa tarkoitus pohjimmiltaan on. Ammatinharjoittaja voi eettisten ohjeiden perusteella arvioida, onko hänen ammatinsa arvoperusta sopiva hänen muiden näkemystensä kanssa. Papin ammattietiikka -ohjeistus kuuluu selvimmin tähän ryhmään.³⁶ Eettisillä ohjeilla voi olla myös poliittinen tarkoitus, millä tarkoitetaan, että ne pyrkivät oikeuttamaan tietyn ammatin. Kun ammatti on eettisesti hyväksytty, se pystyy paremmin kilpailemaan muiden ammattien kanssa palkan suuruudesta ja muista eduista. Esimerkiksi sosiaalityöntekijöiden ja psykologien ammattieettisillä ohjeilla on ollut tällainen tarkoitus.

4.2. Lääkärin eettiset ohjeet³⁷

Lääkärin eettinen ohjeistus lähtee yhä paljolti lääkärin omasta intressistä, vaikka nykyään potilaan oikeudetkin – potilaan autonomia – on turvattu lailla. Potilaslain (1992/785) 6 § turvaa potilaan itsemääräämisoikeuden, mutta itsemääräämisoikeus ei ole ehdotonta. Potilas ei voi itse päättää, miten häntä hoidetaan. Potilaslaissa turvattu itsemääräämisoikeus tarkoittaa, että potilasta on hoidettava yhteisymmärryksessä hänen kanssaan. Jos potilas kieltäytyy tietystä hoidosta tai hoitotoimenpiteestä, häntä on mahdollisuuksien mukaan hoidettava yhteisymmärryksessä hänen kanssaan muulla lääketieteellisesti hyväksyttävällä tavalla. Kuten Launis toteaa, ajatus terveydestä oikeutena sai uudenlaisen sisällön. Lääkärin ja potilaan välinen luottamus perustui tästä lähtien tietoon perustuvaan – ja monessa tapauksessa kirjalliseen – suostumukseen.³⁸

Samalla terveydenhuollon etiikka on muuttunut antipaternalistiseksi. Sen vastakohtana ollut paternalismi merkitsi, että kaikkia potilaita oli kohdeltava

35. Journalistin ohjeet yksityiskohtaisuudessaan poikkeaa muista eettisistä ohjeista (ks. esim. kohta ”Yksityinen ja julkinen”).

36. Ks. <https://www.akiliitot.fi/00010184-papin-ammattietiikka>. (viitattu 23.9.2020)

37. Ks. <http://www.laakariliitto.fi/laakarin-tietopankki/kuinka-toimin-laakarina/eettiset-ohjeet/> (viitattu 24.9.2020)

38. Veikko Launis, Potilaan autonomia ja lääkärin työ, s. 67–78 teoksessa Amos Pasternack – Raimo Puustinen (toim.), Lääkäriprofessio, Professionaalisuus lääkärin työssä. Duodecim 2019, s. 68.

hyvää tarkoittavalla tavalla. Potilaan sairauden yksityiskohdat saatettiin salata häneltä itseltään hänen oman etunsa varjelemiseksi.

Viime aikoina potilaan autonomia on saanut taas paljon uudenlaisen sisällön, ja samalla lääkärin rooli on muuttunut. Vallalle on päässyt potilaan asemaa ja valinnanvapautta korostava, kaupallisen ajattelun värittämä konsumerismi, jossa potilas nähdään kuluttajana, joka valitsee haluamansa lääkkeet ”terveyspalvelujen valintamyymälästä”. On jopa väitetty, että lääkäri on lähinnä tuotteita ja palveluja esittelevä konsulentti.³⁹ Lääkäriliiton perustama Medikalisaatiotyöryhmä esitti ratkaisuna tähän muun muassa terveyspalveluiden markkinoinnin valvonnan tiukentamista vastaavalla tavalla kuin lääkkeiden markkinointia säädellään.⁴⁰

Nämä muutokset on otettu huomioon myös lääkärin etiikassa ja lääkärikunnalle hyväksytyissä eettisissä ohjeissa. Voimassa olevat eettiset ohjeet on hyväksytty vuonna 2014. Alkuperäisten, vuonna 1988 hyväksyttyjen eettisten ohjeiden IV kohdan mukaan ”lääkäri älköön käyttäkö arvoaltaansa siten, että potilaan oikeus määrätä itsestään joutuu uhanalaiseksi. Silloinkin kun potilas ei pysty ilmaisemaan tahtoaan, on lääkärin velvollisuutena toimia potilaan parhaaksi. Jos lääkäri joutuu tutkimus- tai hoitopäätöksissään toimimaan potilaan tahdosta riippumatta, on päätösten aina perustuttava lääketieteellisiin syihin.” Uudistetussa versiossa sama teksti kuuluu: ”lääkärin tulee kunnioittaa potilaan itsemääräämisoikeutta ja tukea potilasta osallistumaan hoitoaan koskevaan päätöksentekoon. Itsemääräämisoikeuden toteutumista on mahdollisuuksien mukaan tuettava silloinkin, kun lääkäri joutuu toimimaan potilaan tahdosta riippumatta.”

Kehitystä voidaan hahmottaa *Veikko Launiksen* tapaan erottamalla autonomian muodollinen ja sisällöllinen tulkinta. Autonomian sisällöllinen tulkinta merkitsee, että autonomian periaate ei suojaa kaikkia, vaan ainoastaan joitakin toimintapäätöksiä ja tahdonilmaisuja. Sisällöllinen tulkinta taas merkitsee esimerkiksi sitä, että esimerkiksi päihderaskaus ei voi olla koskaan autonomisen tahdon ilmaisu, koska syntymättömän elämän tietoinen tuhoaminen ei voi olla kenenkään todellisten halujen mukaista. Sen sijaan autonomian muodollinen tulkinta lähtee siitä, että päätösten sisällöllä ei ole merkitystä. Myös päihderaskauden jatkaminen – ja mikä tahansa ratkaisu – voi olla autonominen, kunhan se on oikealla tavalla tehty. On kuitenkin vaikea sanoa, mitä autonomian sisällölliseen tulkintaan kuuluu ja kuka arvioi sitä. Tämä johtaa helposti paternalismiin. Muodollinen autonomia on taas ongelmallinen siitä syystä, että on vaikea arvioida, milloin yksilö on tarpeeksi kypsä päättämään omista asioistaan.⁴¹

39. Veikko Launis – Pekka Louhiala, Keskustelu autonomiasta. Lääkärilehti 2008, s. 978–979.

40. Medikalisaatiotyöryhmän loppuraportti, 18.11.2019.

41. Launis 2019, s. 75 ja sama, Itsemääräämisoikeus ja paternalismi terveydenhuollossa. Sosiaalilääketieteellinen aikakauslehti 2010, s. 136–149.

Tällainen jaottelu sopii hyvin esimerkiksi eutanasiaa koskevaan keskusteluun. Noista lähtökohdista katsottuna elämän tietoinen lopettaminen ei voi olla autonomisen tahdon ilmaisu, jos kyseessä on sisällöllinen autonomia. Muodollisen autonomian lähtökohdista sille ei ole estettä, kunhan tekijä on täysivaltainen (lapset ja dementoituneet eivät voi eutanasiaa pätevästi haluta). Eutanasian on kuitenkin toisaalta tulkittu olevan kaikissa tilanteissa lääkärin etiikan vastaista, vaikka se muodollisesti näyttää potilaan autonomiaa kunnioittavalta ja eettisesti hyväksyttävältä toimelta. Tätä perustellaan sillä, että elämän kunnioittaminen on lääkärin eettisten ohjeiden mukaan lääkärin ensisijainen tehtävä.⁴²

Juristit hahmottavat asian hieman toisin. *Salla Silvola* muistuttaa, että terveydenhuolto ja lääketiedettä koskeva aineellinen lainsäädäntö koostuu usein oikeudellisiksi normeiksi muunnetuista eettisistä periaatteista. Oikeuden ja etiikan välinen suhde terveydenhuollon alueella on siten hyvin läheinen. Demokraattista päätöksentekomenettelyä noudattaen säädetyt lait eivät kuitenkaan toteuta yhtä ainoaa eettistä järjestelmää, vaan ne ovat kompromisseja erilaisista periaatteista tai eettisistä järjestelmistä, kuten autonomia (itseäärääminen) ja paternalismi (holhousperiaate).⁴³

Koska terveydenhuollon alueella yksittäistapauksellisen eettisen harkinnan tarve on suuri, Suomessa on pyritty tekemään varsin väljiä oikeudellisia säännöksiä. Kansainväliset sitoumukset luovat paineita varsin yksityiskohtaiselle sääntelylle. Tällöin on mahdollista, että laki ja etiikka joutuvat ristiriitaan keskenään. Tuttu esimerkki tällaisesta tilanteesta on abortti. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on lähtenyt siitä, että oikeus aborttiin on ihmisoikeus⁴⁴. Lääkärit voivat sen sijaan kokea, että aborttilainsäädäntö ei ole sopusoinnussa heidän elämän kunnioittamista korostavan etiikkansa kanssa.⁴⁵ Sama koskee eutanasiaa.

Lääkärit saattavat tuollaisessa ristiriitatilanteessa vedota sekä etiikkaan että perustuslain 11 §:n turvaamaan omantunnon ja uskonnon vapauteen. Jo vuonna 1977 korkein hallinto-oikeus katsoi, että lautakunta ei ollut ylittänyt toimivaltansa irtisanoessaan kaupunginsairaalan synnytys- ja naistentautien osaston apulaislääkärin tämän kieltäytyessä suorittamasta abortteja sosiaalisin perustein ja perusteli tätä uskonnollisella vakaumuksella ja eettisellä näkemyksellä (KHO 17.1.1977 T 107).⁴⁶

42. Amos Pasternack, Lääkäriprofessio ja professionalismismi lääkärin työssä – ihanne ja ongelmat, s. 9–26 teoksessa Amos Pasternack – Raimo Puustinen (toim.), Lääkäriprofessio, Professionaalisuus lääkärin työssä. Duodecim 2019, s. 22–23.

43. Salla Silvola, Etiikka, eettiset julistukset ja laki, s. 34–37 teoksessa Lääkärin etiikka. Lääkäriliitto 2013.

44. Liisa Nieminen, Perus- ja ihmisoikeudet ja perhe. Alma Talent 2013, s. 211–227.

45. Oikeudellisesti elämä alkaa vasta syntymästä. Tämä on lähtökohtana Suomen perustuslaissa, vaikka asiasta ei otettu perustuslakiin mainintaa. Ks. hallituksen esitys 309/1993 vp Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta, s. 24.

46. Ks. myös Seppo Koskinen – Heikki Kulla, Virkamiesoikeuden perusteet. Alma Talent 2019, s. 400.

Heti toisen maailmansodan jälkeinen tilanne oli vielä täysin toinen kuin tänä päivänä. Lääkärien eettiset ohjeet syntyivät paljon vastapainoksi sodan aikana Saksassa tehdyille ihmiskokeille, jotka eivät täyttäneet mitään eettisiä kriteerejä. Riitti, että noudatettiin lakia. Lain sisällöllä ei ollut merkitystä (muodollinen oikeusvaltio).⁴⁷ Vastapainona lääkärit hyväksyivät sodan jälkeen omia eettisiä ohjeitaan, joiden he katsoivat menevän ristiriitatilanteessa lainkin edelle. Kansainvälisen ihmisoikeussuojan alku sijoittuu myös samaan ajankohtaan (1948), ja sen myötä tilanne on merkittävästi muuttunut.⁴⁸ Enää ei ole kyse muodollisesta oikeusvaltiosta vaan sisällöllisestä oikeusvaltiosta. Lain on kunnioitettava kansainvälisiä ihmisoikeussopimuksia (aineellinen oikeusvaltio).⁴⁹ Tässä tilanteessa lääkärit kokevat joutuvansa kamppailemaan etiikastaan lainsäätäjää vastaan. Esimerkiksi *Helen Askitopoulou* ja *Antonis N. Vgontzas* ovat todenneet, että: ”We are living at a time of a paradigm shift in the fields of medical care and medical ethics. This is the time when the medical profession tries to uphold its moral and normative integrity against transformations caused by legal and socio-economic concerns”.⁵⁰

Suomessa lääkärin etiikka on törmännyt lainsäädäntöön lähinnä eduskunnassa, tuomioistuimissa sen sijaan ei juurikaan. Suomessa abortista ei ole muodostunut samanlaista perustuslaillista kysymystä kuin esimerkiksi Yhdysvalloissa.⁵¹ Yksittäiset lääkärikansanedustajat ovat vedonneet lääkärin etiikkaan esimerkiksi käsiteltäessä kansalaisaloitetta, joka koski oikeutta kieltäytyä raskauden keskeytysten suorittamisesta (KAA 2/2015 vp) ja myöhemmin eutanasian laillistamista koskevasta kansalaisaloitteesta (KAA 2/2017 vp) eduskunnassa keskusteltaessa monet lääkärikansanedustajat olivat erityisen aktiivisia, toiset puolesta ja toiset vastaan.⁵²

Kaikki lääkärit eivät ajattele samalla tavoin, vaan monet heistä tukevat eutanasian laillistamista. Lääkärin etiikka ei siten ole tuolta osin yksiselitteinen,

47. Lyhyesti myös Susanna Lindroos-Hovineimo, Oikeuden rajoilla. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2014, s. 35.

48. Ks. myös Juhana Salojärvi, *Human Rights Redefining Legal Thought*. Springer 2020, s. 69–110.

49. Ks. kehityksestä myös Juha Raitio, *Oikeusvaltion ääriviivat*. Alma Talent 2017, s. 17–24.

50. Helen Askitopoulou – Antonis N. Vgontzas, The relevance of the Hippocratic Oath to the ethical and moral values of contemporary medicine. Part II: interpretation of the Hippocratic Oath—today’s perspective. *European Spine Journal* 2018, s. 1488–1489. Ks. myös Liisa Nieminen, From the Hippocratic Oath to the Modern Physician’s Pledge. *Hippocrates* 2019, s. 41–62.

51. Ks. esim. Eva R. Rubin, *The Supreme Court and the American Family*. Greenwood Press 1986, s. 55–76. Laajemmin ja tuoreemmin ks. Mary Ziegler, *After Roe. The Lost History of the Abortion Debate*. Harvard University Press 2015.

52. Ks. Liisa Nieminen, Kuka saa päättää sinun elämäsi lopusta? Eduskuntakeskustelun analyysi. *Oikeus* 2018, s. 391–415.

eikä eettisiä ohjeita voida tulkita vain eutanasian vastustajien eduksi. Ristiriidan vuoksi lääkariliitto on päättänyt selvittää jäsentensä suhtautumista eutanasiaan.⁵³

4.3. Journalistin ohjeet⁵⁴

Otan toisen merkittävän eettisen ohjeistuksen, Journalistin ohjeet, vertailukohdeksi lääkärin eettisille periaatteille. Journalistin ohjeet kuuluvat siihen ryhmään soft law'ta, joka on myöhemmin tietyiltä osin johtanut samaa asiaa koskevaan lainsäädäntöön. Nykyiset Journalistin ohjeet tulivat voimaan 1.1.2014, mutta niiden historia juontaa aina vuoteen 1958. Ohjeita valvova Julkisen sanan neuvosto on perustettu jo vuonna 1968.

Journalistin ohjeet koostuu johdannon lisäksi viidestä eri luvusta: 1) Ammatillinen asema, 2) Tietojen hankkiminen ja julkaiseminen, 3) Haastattelijan oikeudet, 4) Virheen korjaus ja oma kannanotto, ja 5) Yksityinen ja julkinen. Johdannon mukaan sananvapaus on demokraattisen yhteiskunnan perusta. Hyvä journalistinen tapa perustuu jokaisen oikeuteen vastaanottaa tietoja ja mielipiteitä. Ohjeiden tavoitteena on tukea sananvapauden vastuullista käyttämistä joukkoviestimissä ja edistää ammattieettistä keskustelua.

Ammatillisen aseman osalta ohjeissa todetaan aluksi, että journalisti on vastuussa ennen kaikkea lukijoilleen, kuulijoilleen ja katselijoilleen. Heillä on oikeus tietää, mitä yhteiskunnassa tapahtuu. Journalistin ohjeiden 5. kohdan mukaan journalistilla on mahdollisuus kieltäytyä tehtävistä, jotka ovat ristiriidassa lain, henkilökohtaisen vakaumuksen tai ammattietiikan kanssa. Kyse on mahdollisuudesta, ei sen sijaan oikeudesta tai velvollisuudesta. Tarkasti ottaen tuon periaatteen mukaisesti journalisti siis saa rikkoa lakia tehtävänsä hoitaessaan. Tosin hänellä on mahdollisuus kieltäytyä tehtävästä. Eri asia on, mitä laki sanoo asiasta. Siihen ei tässä yhteydessä kiinnitetä lainkaan huomiota. Tietojen hankkimista ja julkaisemista koskeva journalistin ohjeiden jakso lähtee siitä (8. kohta), että journalistin velvollisuus on pyrkiä totuudenmukaiseen tiedonvälitykseen. Jaksoon sisältyy myös lähdesuojaa koskeva 14. kohta.

Kiinnostavin on journalistin ohjeiden yksityistä ja julkista koskeva jakso. Ensimmäiseksi (26. kohta) jaksossa todetaan, että jokaisen ihmisarvoa on kunnioitettava. Etnistä alkuperää, kansallisuutta, sukupuolta, seksuaalista suuntautumista, vakaumusta tai näihin verrattavaa ominaisuutta ei pidä tuoda esiin asiaankuulumattomasti tai halventavasti. Edelleen ohjeiden 27. kohdan mukaan yksityiselämään kuuluvia erityisen arkaluonteisia seikkoja voi julkaista vain

53. Ks. <https://www.laakariliitto.fi/uutiset/jasenuutiset/eutanasiasta-kysely-jasenille/> (viitattu 22.9.2020). Ks. myös Kati Myllymäki – Marjo Parkkila-Harju, Eutanasia ja lääkäriavusteinen itsemurha: Lääkäriliiton kanta jäsenten arvioitavana. Lääkärilehti 2020, s. 1893.

54. Ks. https://www.jsn.fi/journalistin_ohjeet/ (viitattu 20.9.2020)

asianomaisen suostumuksella tai jos niillä on poikkeuksellista yhteiskunnallista merkitystä. Ohjeiden 30. kohdassa todetaan, että julkistakin aineistoa julkais- taessa pitää ottaa huomioon yksityiselämän suoja. Kaikki julkinen ei välttämättä ole julkaistavissa. Erityistä varovaisuutta on noudatettava silloin, kun käsitellään alaikäisiä koskevia asioita.⁵⁵

Journalistin ohjeita voidaan kuvata siten, että niissä luodaan yhdelle ammat- ti-identiteetille pohja, ikään kuin mitään lainsäädäntöä ei olisikaan. Journalistin tulee kuitenkin ymmärtää, että toimintaa ei voi laskea pelkästään journalistin ohjeiden varaan, vaikka ne hyvin yksityiskohtaiset ovatkin. Laki saattaa asettaa hänelle muitakin vaatimuksia (ks. esim. lähdesuojaa koskeva 14. kohta, joka voidaan murtaa lain erikseen määrittelemissä tilanteissa).

Toisaalta journalistin ohjeet antavat tilaa myös toimittajan omalle harkin- nalle. Kuten *Sakari Huovinen* toteaa, ”journalistin ohjeiden takana on tietty eettinen käsitys toimittajan työstä. Ohjeet ovat kuitenkin kompromissi ja ne jättävät toimittajan omalle harkinnalle tilaa. Kukin työssä oleva toimittaja joutuu kysymään itseltään, mitä hänen tulee tehdä. Tämä on eri kysymys kuin se, mikä on toimittajan kollegoiden suositus. Ammattikunnan ohjeita voi aina kehittää, mutta itselle tehtävä kysymys jää aina jäljelle.”⁵⁶

Puhtaasti oikeudellisesti tarkastellen journalistin ohjeet ovat ongelmalliset etenkin siltä osin, kuin niiden 5. kohdan mukaan journalistilla on mahdollisuus kieltäytyä tehtävistä, jotka ovat ristiriidassa lain, henkilökohtaisen vakaumuksen tai ammattietiikan kanssa. Hänen ei ole kuitenkaan pakko kieltäytyä, vaikka tehtävä olisi lain vastainen. Tämä on eettisten ohjeiden lähtökohta, mutta miten tilannetta tulee tarkastella oikeudellisesti. Missä tapauksessa tuollainen tilanne voisi tulla kyseeseen? Voiko esimies, lehden päätoimittaja, antaa toimittajalle tehtäväksi laatia juttu esimerkiksi Helsingissä käytävästä seksikaupasta siten, että hän asettuu ostajan rooliin ilmoittamatta omaa ammattiaan. Periaatteessa tämä ei ole täysin sopusoinnussa journalistin ohjeiden 9. kohdan kanssa. Sen mukaan työtä tehdessään journalistin on suositeltavaa ilmoittaa ammattinsa, mutta jos yhteiskunnallisesti merkittäviä seikkoja ei voida muutoin selvittää, journalisti voi tehdä haastatteluja ja hankkia tietoja myös tavallisuudesta poikkeavalla tavalla.

Seksin ostaminen ei sinänsä ole Suomen lain mukaan rikos, muutoin kuin jos seksuaalipalveluja ostetaan alaikäiseltä taikka parituksen tai ihmiskaupan uhrilta (RL 20:8, 8a, 9 ja 9a). Voiko toimittaja kieltäytyä tällaisesta tehtävästä journalistin ohjeiden perusteella? Mielestäni se on selvää silloin, kun kyse on lainvastaisesta toiminnasta ja muutoinkin toimittaja voi kieltäytyä, jos katsoo

55. Tästä ks. *Sakari Huovinen*, *Journalistien itsesääntely*, Jokela ja oikeuden muuttuvuus, s. 1–26 teoksessa *Viestintäoikeuden vuosikirja 2007*. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja 2008, s. 17–18.

56. *Huovinen* 2008, s. 18.

tehtävässä olevan kyse ammattietiikan vastaisesta toiminnasta (esim. ammatin ilmoittamatta jättämisen vuoksi).

Oikeudellisesti asiaa on tarkasteltava työntajan direktio-oikeuden kannalta (TSL 3:1). Työnantaja ei voi velvoittaa työntekijää lainvastaiseen tehtävään, eikä työntekijän kieltäytyminen sellaisesta voi johtaa työnantajan käytettävissä oleviin sanktioihin, viime kädessä irtisanomiseen.

Jos toimittaja ottaa kuitenkin tehtävän vastaan ja jää kiinni rikoksesta, hän ei voi puolustella asiaa työnantajan määräyksellä. Hän toimii täysin omalla vastuulla. Hän ei voi vedota siihen, että tiesi lainvastaisuudesta, mutta ei uskaltanut kieltäytyä kielteisten seuraamusten pelossa. Esimiehen käsky voi olla perusteena sille, että muutoin rangaistavan teon tehnyt ei rangaista, vain sotilasolosuhteissa.⁵⁷

Julkisen sanan neuvosto laati vuonna 2018 kannanoton journalistin ohjeiden ja lainsäädännön suhteesta (JSN 6736/L/17). Lähtökohtana kannanotossa on, että journalistin ohjeet eivät ole ristiriidassa lainsäädännön kanssa. Lisäksi todetaan, että journalistin ohjeet ovat yleisesti yksityiskohtaisemmat ja vaativammat kuin laki. Ne edellyttävät journalisteilta esimerkiksi laajempaa virheiden korjaamista ja kritiikin kohteeksi joutuvan henkilön tai yhteisön kuulemista kuin sananvapauslaki. Journalistin ohjeet ovat siksi edellä mainitun kannanoton mukaan verrattavissa esimerkiksi lääkärinvalaan siinä, että niissä on vahva itsenäinen eettinen ulottuvuus. Niissä ei kuitenkaan ole samalla tavoin yhtenä keskeisenä kysymyksenä eettisten ohjeiden suhde lainsäädäntöön eikä oteta kantaa mahdolliseen ristiriitatilanteeseen. Kuten ihmisoikeustuomioistuinkin on korostanut, journalistin sananvapauteen kuuluu myös eettisten ohjeiden huomioon ottaminen (ks. Ruokanen ym. v. Suomi, 6.4.2010).

Julkisen sanan neuvosto toteaa vielä kannanoton lopuksi, että joissakin poikkeustapauksissa yleisön tiedonsaantioikeuden varmistaminen saattaa edellyttää journalistilta toimintaa, joka voi olla tulkittavissa lainvastaiseksi. Tämä voi tulla kyseeseen erityisesti kahdessa tilanteessa: joko lähdesuojan turvaamiseksi poikkeustilanteissa tai kun kyse on yhteiskunnallisesti merkittävän tiedon julkaisemisesta. Loppupäätelmä on, että Suomen perusoikeusmyönteisessä oikeuskäytännössäkin sananvapauden käyttäminen voi tällaisissa tilanteissa oikeuttaa toiminnan, joka voisi muutoin olla tulkittavissa lainvastaiseksi. Mahdollinen lakien rikkominen tällaisessa tilanteessa tulkitaan kuitenkin vasta oikeudessa, mutta tällaista oikeuskäytäntöä ei ainakaan toistaiseksi ole.

57. Tästä ja muista oikeuttamisperusteista ks. Pekka Koskinen, Rikosoikeuden perusteet. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja 2008, s. 43–57.

4.4. Itsesääntelyn edut

Yhteiskunnan muuttuessa tarvitaan myös itsesääntelyssä muutoksia. Eettisten ohjeiden sisältökään ei voi pysyä muuttumattomana yhteiskunnan muuttuessa. Niiden uudistaminen käy yleensä joustavasti noudattamalla kyseisen organisaation säännöissä määriteltyjä päätöksentekotapoja. Toisinaan saattaa käydä niin, että itsesääntelyn pohjalta luotu järjestelmä virallistetaan myöhemmin tekemällä siitä lakisääteistä. Niin on osin käynyt ainakin asianajajien kohdalla.⁵⁸ Tämä on sinänsä ymmärrettävää, koska asianajajilla on virallinen rooli oikeudenkäynnissä tuomareiden ja syyttäjien ohella.

Julkisen sanan neuvosto perustettiin tilanteessa, kun skandaalilehdet alkoi-
vat rantautua Suomeen. Eduskunnassa keskusteltiin samaan aikaan, pitäisikö
lehdistön toimintaa säännellä. Kustantajien ja journalistien järjestöjen mielestä
heidän oma ammattietiikkaa valvova elimensä riitti. Itsesääntely ei kuitenkaan
riittänyt aikaa myöten. Kuten Riku Neuvonen on todennut, journalistin ohjeet
ja JSN eivät monien mielestä kyenneet tarpeeksi muuttamaan toimintatapoja,
joten asiaa pohtimaan asetettiin painovapauskomitea. Painovapaustoimikunnan
mietinnön perusteella rikoslakiin lisättiin vuonna 1974 pykälä (RL 27:3 a), jossa
kriminalisoitiin yksityiselämää loukkaava tiedon levittäminen (ns. Lex Hymy).⁵⁹

Vastuullisen median itsesääntelykään ei ole itsestään selvyys, vaan se toimii
vain niin kauan kuin se koetaan legitimeksi ja esimerkiksi JSN:n päätöksiä nou-
datetaan. Jos toisin käy, seuraamukset saattavat olla vakavia. Esimerkkinä tästä
mainitsen tapauksen vuodelta 2017, jolloin Ylen sai JSN:lta langettavia päätöksiä
(JSN 6398/YLE/16 ja 6401/YLE/16).⁶⁰ Ylen silloinen päätoimittaja vihjasi lehti-
haastattelussa, että Yle saattaa irtaantua Julkisen sanan neuvoston toiminnasta.
Päätoimittaja joutui kuitenkin itse eroamaan tehtävästään pian tämän jälkeen.⁶¹

Sama koskee muitakin itsesääntelyn pohjalle perustuvia järjestelmiä on
ihmistieteiden eettinen ennakoarviointijärjestelmä, joka perustuu tiedeyhteisön
itsesääntelyyn.⁶² Esimerkiksi Ruotsissa vastaava toiminta on ollut vuodesta 2004
alkaen lakisääteistä (Lag om etikprövning av forskning på människor). Suomes-
sakin on ollut esillä eettistä ennakoarviointia koskevan lain säätäminen, mutta
ainakin toistaiseksi on tyydytty tiedeyhteisön itsensä laatimaan ohjeistukseen,
jonka noudattamiseen kaikki yliopistot ja ammattikorkeakoulut samoin kuin

58. Nieminen 2018, s. 25.

59. Riku Neuvonen, Lex Hymy: yksityiselämän loukkaamisesta tuli rikos. <https://sanavapauteen.fi/artikkeli/913#>. (viitattu 24.9.2020).

60. Ks. myös lausuma JSN 6450/4/17 (sanavapauden rajoittaminen, vastaaja: Juha Sipilä), 23.3.2017

61. Helsingin Sanomat, 29.5.2017: ”Päätoimittaja Atte Jääskeläinen lähtee Ylestä – Edellytyksiä tehtävän menestykselliseen hoitamiseen ei enää ollut”.

62. Ks. https://tenk.fi/sites/tenk.fi/files/Ihmistieteiden_eettisen_ennakoarvioinnin_ohje_2019.pdf (viitattu 23.9.2020)

merkittävät tutkimuslaitokset ovat sitoutuneet. Laki tulisi kyseeseen, jos vapaaehtoisuuteen perustuva järjestelmä ei enää toimisi. Kansainvälinen tutkijayhteisö ja kustannustoiminta edellyttävät jonkinlaista eettistä ennakoarviointia joka tapauksessa.⁶³

5. Kritiikki: oikeuslähdeoppi tuo esiin ongelmia vai tuoko?

Soft law'ta voidaan tarkastella monelta eri kannalta. Jos sitä tarkastellaan vain muodollisen normihierarkian näkökulmasta, on helppo sanoa, että ristiriitatilanteessa laki (hard law) menee sen edelle. Näin on asianlaita etenkin, jos kyse on vain tiettyä ammattiryhmää koskevasta itsesääntelystä. Tätä voidaan perustella jo perustuslain 80.1 §:llä, jonka mukaan lailla on säädettävä yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista ja asioista, jotka muuten kuuluvat lain alaan.⁶⁴ Tämä tarkoittaa, että jos laki tuntee abortin, lääkärin eettisillä ohjeilla ei sitä voida rajoittaa niin, että lääkäri voisi kieltäytyä sen suorittamisesta, koska se saattaisi joissakin tapauksissa johtaa tuon oikeuden toteutumattomuuteen. Jotta kieltäytyminen olisi mahdollista, asiasta pitäisi säätää lailla, jossa huolehdittaisiin sekä potilaiden että lääkärin oikeuksien toteutumisesta.

On myös demokratian ja legitimitetin kannalta ongelmallista, jos laajemmin yksilöiden oikeuksia koskevaa sääntelyä voitaisiin toteuttaa yhden ammattiryhmän sisäisin keinoin. Toisaalta kansalaisten tulee hyväksyä myös kansanedustuslaitoksen säätämät lait. Jos niitä ei koeta legitimeiksi, soft law saattaa saada suuremman merkityksen, etenkin tulkinnanvaraisten lakien kohdalla ja eettisesti arkaluontoisissa asioissa. Toisaalta eduskunta voi aina lainsäädäntöteitse sivuuttaa soft law'na hyväksytyn sääntelyn. Samoin valtiot voivat ottaa kantaa julistukseen virallisen sopimusjärjestelmän kautta muuttamalla sopimustekstiä. Pelkällä suosituksella se ei tapahdu.⁶⁵ Jos kansallinen lainsäätäjä tai kansainvälinen yhteisö (YK tai Euroopan neuvosto) eivät toimi ja sen sijaan pluralismi

63. Asian taustasta ks. Jaana Hallamaa ym. (toim.), *Etiikkaa ihmistieteille*. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura 2006.

64. Tapio Määttä arvostelee hallinnollista ohjausta, joka toteutetaan lakiin perustumattoman soft law'n muodossa. Se on hänen mielestään ongelmallista demokratian näkökulmasta. Tarkemmin ks. Tapio Määttä, *Havaintoja KHO:n sosiaali- ja terveydenhuoltoasioita koskevien vuosikirjapäätösten perusteluista*, s. 391–411 teoksessa Matti Tolvanen – Tarmo Miettinen – Matti Muukkonen (toim.), *Juhlakirja Pentti Arajärvi 1948 – 2/6 – 2008*. Joensuun yliopisto 2008, s. 346.

65. Ks. Siltala 2010, s. 189–196.

pääsee vallalle, kyse on paljolti vahvimman vallasta, mikä ei ole ihmisoikeuksien suojan kannalta erityisen positiivista kehitystä.⁶⁶

Etenkin heti toisen maailmansodan jälkeen muodollisen oikeusvaltion osoit-tauduttua ongelmalliseksi, kun laille ei asetettu sisällöllisiä vaatimuksia, soft law'n merkitys kasvoi sekä ihmisoikeuksien suojaamisessa (YK:n ihmisoikeuksien julistus vuonna 1948⁶⁷) että ammattieettisten ohjeiden osalta (Maailman lääkäri-liiton julistukset⁶⁸ ym.). Tämän hetken sisällöllinen, demokraattinen oikeusvaltio tuntuu takaavan hard law'n (lain) ja soft law'n tasapainon, mutta tämäkään ei välttämättä ole muuttumaton tilanne. Laille sisällöllisiä vaatimuksia asettavia ihmisoikeussopimuksia ja perustuslakien perusoikeussäännöksiä voidaan tulkita monin eri tavoin.⁶⁹ Soft law'ta voidaan käyttää myös yleisen ihmisoikeussuo-jan heikentämiseen ihmisoikeusjärjestelmän sisältä annettavilla julistuksilla tai vastaavilla. Myös ammattieettiset ohjeistukset voivat vaikuttaa samalla tavoin. Vaikka nyt pidämme ihmisoikeusvalvontaelinten antamia yleiskommentteja positiivisena asiana, niitä antavien elinten kokoonpanot voivat muuttua esi-merkiksi poliittisista syistä, joten myös kommenttien sisällöt voivat muuttua. Ammattieettinen itsesääntely voi taas johtaa muiden ihmisten ihmisoikeuksien heikennykseen. Tästä olisi kyse, jos lääkärin etiikka (”elämän suojeleminen on lääkärin ensisijainen tehtävä”) estäisi eutanasiaa koskevan lain hyväksymisen. Yhden vahvan ammattiryhmän etu menisi muiden ihmisten oikeuksien edelle.

Valtiot eivät kuitenkaan ole ainakaan vielä menettämässä legitimizeettään ihmisoikeusasioissa. Kun se oli uhattuna, Euroopan neuvoston ministerikomi-tea hyväksyi vuonna 2012 yksimielisesti niin sanotun Brightonin julistuksen⁷⁰, jossa se korosti, että ihmisoikeustuomioistuimen on otettava huomioon valtioille kuuluva harkintamarginaali. Täysin vapaiden käsien antaminen valtioille hei-kentäisi kuitenkin Euroopan neuvoston ihmisoikeusjärjestelmän uskottavuutta. Julistuksella haluttiin sanoa, että ihmisoikeustuomioistuin päättää lopullisesti harkintamarginaalista. Ristiriitatilanne hoidettiin kuntoon soft law'n avulla

66. Pluralismista ks. Karhu 2003, s. 803–807 ja Risto Koulumäki, Pehmeän sääntelyn paradoksi: toisen paratiisi on toisen painajainen, s. 117–135 teoksessa Esa Kolehmainen (toim.), Oikeus ja krii-tiikki 1. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2009.

67. Ks. Asbjørn Eide ym. (ed.), The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary. Scandinavian University Press 1992.

68. Ks. <https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/> (viitattu 25.9.2020) WMA:n merkitys käy ilmi myös toisessa artikkelissani: Nieminen 2020, s. 41–62.

69. Ks. myös Raitio 2017, s. 9–24 ja Paul Tiensu, Oikeuksien ja demokraattisen kamppailun suhteesta, s. 172–185 teoksessa Maija Aalto-Setälä – Visa Kurki (toim.), Mitä oikeudet ovat? Gaudeamus 2019.

70. Ks. [https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?docu-mentId=0900001680593071](https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680593071) (viitattu 24.9.2020). Laajemmin harkintamarginaaliin liittyvästä problematiikasta ks. useat artikkelit kirjassa Oddný Mjöll Arnardóttir – Antoine Buyse (eds), Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection, Rethinking Relations between the ECHR, EU, and National Legal Orders. Routledge 2020.

(julistuksella), sillä ihmisoikeussopimuksen täydentäminen uudella lisäpöytäkirjalla ei ollut mahdollista ainakaan nopealla aikataululla. Jos julistus ei johda toivottuun lopputulokseen, valtioiden tulee ryhtyä muuttamaan tai täydentämään sopimusta.

Tämän kirjoituksen otsikossa esitettyyn kysymykseen voin vasta, että soft law'ta on juuri sen verran kuin vallassa olevat sallivat/suvaitsevat – joko liian paljon tai liian vähän katsojan näkökulmasta riippuen.⁷¹

Controversial soft law: Is there too much or too little of soft law?

LIISA NIEMINEN, LL.D., University Lecturer, University of Helsinki

The article deals with soft law. It is somewhat difficult to explain what soft law is, but it is clearly not enough to say that it is not hard law. There are at least four different kinds of soft law.

First, soft law is norm-filling in areas where there are already legally binding human rights standards. Then soft law formulates and reformulates the hard law of human rights treaties in the application of this law to specific states and cases. Second, soft law is norm-creating in areas where there not yet are any binding human rights standards (e.g. prohibition of violence against women). Soft law will often develop into hard law. Third, in EU law soft law plays a particularly important role. This is problematic from the point of view of democracy. The article, however, deals with EU soft law only in passing. Finally, ethical codes of various professions form the fourth kind of soft law. The article discusses the Code of Medical Ethics and the Guidelines for Journalists. There are some differences between these two sets of ethical guidelines. The Code of Medical Ethics emphasises the ethical basis of the Code more than the Guidelines for Journalists; it also emphasises ethics over possible conflict with the law.

Besides problems relating to deficient democratic decision-making, there are other problems in soft law. Where to put soft law in the norm hierarchy, or do we need such hierarchy at all? Are the courts allowed to refer to soft law in the same way as they refer to hard law?

71. Koulu 2009, s. 117, puhuu samasta asiasta otsikoidessaan artikkelin: ”Pehmeän sääntelyn paradoksi: toisen paratiisi on toisen painajainen”.