

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XXXVIII

2005

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Pekka Vihervuori, puheenjohtaja

Antti Jokela

Matti Ilmari Niemi

Pekka Timonen

Toimittaja

Leena Halila

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2005 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN 0355-8215

ISBN 951-855-246-0

ISBN 978-951-855-733-6 (verkkokirja)

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005

Tapio Määttä

**SOFT LAW KANSALLISEN
OIKEUDEN OIKEUSLÄHTEENÄ.
TUTKIMUS OIKEUDELLISEN
RATKAISUN NORMIPREMISSIN
MUODOSTAMISEN PERUSTEISTA
YMPÄRISTÖOIKEUDESSA.**

Sisällys

1	JOHDANTO JA KYSYMYKSENASETTELU	341
2	ESIMERKKEJÄ SOFT LAW’STA YMPÄRISTÖPÄÄTÖKSENTEOSSA	348
2.1	Strategiat, julistukset ja toimintaohjelmat	348
2.2	Suunnitelmat ja ohjelmat	351
2.3	Luonnontieteelliset inventoinnit ja selvitykset	356
2.4	Hallinnolliset ohjeet, suositukset, oppaat ja muistiot	361
2.5	Eurooppaoikeudellinen soft law	370
2.6	Standardisointi	372
2.7	Itsesääntely	374
2.8	Hyvä tapa -normit	378
3	ARVIOINTIA	381
3.1	Soft law’n oikeudellisen velvoittavuuden luonne ja perusta ...	381
3.1.1	Sallittu vai heikosti velvoittava oikeuslähde?	381
3.1.2	Hyväksyttävyyys ja tosiasiallinen tehokkuus velvoittavuuden perustana	385
3.1.3	Normatiiviset reitit soft law’n perustana	393
3.1.4	Soft law’n oikeusnormiluonne	397
3.2	Soft law’n oikeuslähdeopillisen paikantamisen mahdollisuuksia	401
3.2.1	Modernia tavanomaista oikeutta?	401
3.2.2	Vakiintunut hallintokäytäntö?	406
3.2.3	Hallinnon virallislähde?	408
3.2.4	Argumentaatio- vai normilähde?	411
3.2.5	Inventointiaineistojen erityislaatuisuus oikeuslähteenä ...	414
3.2.6	Kontekstuaalinen tilanneherkkä oikeusajattelu	418
3.3	Soft law perustuslaillisena ongelmana	430
3.4	Soft law joustavien normien kiinteytys- ja konkretisointimekanismina	439

4 YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ	446
4.1 Soft law'n monimuotoisuus	446
4.2 Deskriptiivisen oikeuslähdeopin tärkeys	448
4.3 "Antropologisia kenttätutkimuksia" vieraassa kulttuurissa	449
LÄHTEET	452
OIKEUSTAPAUKSET	457
LYHENNELUETTELO	458
SOFT LAW AS A SOURCE OF LAW IN NATIONAL LEGAL DECISION-MAKING: A STUDY ON FORMULATING THE NORM PREMISE IN ENVIRONMENTAL LEGAL DECISION-MAKING	459

Soft law kansallisen oikeuden oikeuslähteenä.

Tutkimus oikeudellisen ratkaisun normipremissin muodostamisen perusteista ympäristöoikeudessa

1 JOHDANTO JA KYSYMYKSENASETELU

Eri oikeudenaloilla ei yleensä ajatella olevan omaa oikeuslähteoppiaan. Oikeuslähteopin katsotaan muodostavan ainakin jossakin määrin yhteisen lähtökohdan eri oikeudenalojen normistoihin tukeutuvalle oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle ja juridiselle harkinnalle. Oikeudellisen ratkaisun teoriaan, normiteoriaan ja oikeudelliseen argumentaatioon painottuvan yleisen oikeusteorian perustavanlaatuinen asema kaikille opiskelijoille pakollisena oppiaineena juristikoulutuksessa pohjautuu osaltaan juuri tähän oletukseen juridista harkintaa suuntaavasta yleisestä, eri oikeudenaloille yhteisestä oikeuslähteopista. Oikeuslähteitä käytetään eri oikeudenaloilla ja niiden sisälläkin eri sääntelyalueilla kuitenkin jossakin määrin eri tavoin. Eri oikeudenalat voivat esimerkiksi oikeuslähteiden keskinäisen painoarvon, sallittujen oikeuslähteiden joukon ja oikeuslähteiden käyttösääntöjen osalta poiketa toisistaan ehkä enemmän kuin oikeusteorian yleisesitysten perusteella voisi olettaa.¹

Tämä ei tarkoita, että eri oikeudenaloja tulisi pyrkiä hahmottamaan toisistaan aiempaa eriytyneemmiksi. Oikeuslähteopin oikeudenalakohtai-

¹ Ks. esim. *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym. (Ympäristöoikeus) 2001*, s. 169: ”Ympäristöoikeudella ei tietenkään ole omaa oikeuslähteoppiaan, mutta painotukset voivat poiketa vaikkapa rikosoikeudesta ja vahingonkorvausoikeudesta.” Ks. myös *Lötjönen (2004, s. 43)*, joka korostaa yhteisen oikeuslähteopillisen pohjan merkitystä oikeustieteen tieteellisyyden perustana: ”oikeuslähteopin sisällöllisiä eroja oikeudenalojen välillä on vaikea hyväksyä, koska oikeustiede tarvitsee yhtenäisen pohjan säilyttääkseen koherenttiutensa.” Hän toteaa eri oikeudenalojen välillä olevan kuitenkin eroa muun muassa tulkinnallisten painotusten ja oikeusperiaatteiden sisällön osalta. – Artikkelin liittyy Suomen Akatemian Ympäristö ja oikeus -tutkimusohjelman (2005–2008, ks. www.aka.fi/envlaw) tieteellisen koordinaation yhteydessä tehtävään tutkimukseen ympäristöoikeuden yleisten oppien rakenteesta.

set erityispiirteet ovat mielestäni päinvastoin eräs peruste oikeudenalajaratjallavalle *yhteyshakuiselle* tutkimusotteelle. Tällainen ympäristöoikeuden ulkopuolelle avautuva yhteyshakuinen tutkimusstrategia on tämänkin esityksen lähtökohtana. Oikeuslähdeopin mahdolliset oikeudenalakohtaiset erityispiirteet on tärkeää suhteuttaa ”yleistä” oikeuslähdeoppia koskevaan oikeusteoreettiseen keskusteluun ja muiden oikeudenalojen doktriineihin.² Vaikka nykyaikainen ympäristöoikeus on osa julkisoikeutta ja yhteydet erityisesti hallinto-oikeuteen ovat yhä keskeisemmät, myös esimerkiksi esine-, vahingonkorvaus-, sopimus-, rikos-, prosessi- ja EU-oikeus voivat olla olennaisia ympäristöasioita koskevan lainsoveltamisen näkökulmasta. Ympäristöoikeuden omasta oikeuslähdeopista puhuminen on mahdotonta myös ympäristöoikeuden *prosessuaalisen monimuotoisuuden* vuoksi: ympäristöasioita käsitellään hallinto-, siviili- ja rikosprosesseissa sekä vielä erityisissä toimitusmenettelyissä. Tässä esityksessä huomion kohteena on lähinnä hallintoprosessi.

Arvioin tässä esityksessä ympäristöoikeuden oikeuslähdeopin erityispiirteitä käyttäen vertailukohtana oikeuslähdeopin muutosta koskevaa ajankohtaista teoreettista keskustelua eri oikeudenaloilla. Esityksen näkökulmaa jäsentäväksi lähtökohdaksi olen omaksunut soft law -käsitteen erityiseksi oikeuslähdekategoriaksi ymmärrettynä. Osoitan tässä artikkelissa, että soft law -tyyppistä aineistoa hyödynnetään tosiasiallisesti hyvin merkittävänä oikeuslähteenä ympäristöasioita koskevassa kansallisessa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa sekä viranomaisten että tuomioistuinten päätöksenteossa. Perustelen teesiä, että muodollisesti ei-velvoittava soft law olisi tunnistettava ainakin ympäristöoikeuden alueella omaksi erityiseksi oikeuslähteeksi alan yleisissä opeissa.

Soft law mainitaan usein kansainvälisen oikeuden erääksi oikeuslähteeksi.³ Soft law -tyyppinen ohjaus on pitkään ollut osa myös EY-oikeutta, käytännössä EY:n perustamissopimuksen 249 artiklassa ei-sitoviksi luonnehdittuja *suosituksia* ja *lausuntoja* laajemmassakin merkityksessä. Viime aikoina soft law -ohjaus on eurooppaoikeudessa saanut yhä enemmän huomiota, ja myös soft law -käsitteeseen viitataan yhä laajemmin.⁴ Soft law’n

² Korostus on ympäristöoikeuden yleisiä oppeja koskevassa keskustelussa jo klassinen, ks. esim. *Vihervuori* 1989b, s. 48: ”ympäristöoikeuden teorianmuodostuksen tulee liittyä saumattomasti koko oikeusjärjestykseen (korostus poist.). Yleiset opitkin olisivat näin koko oikeusjärjestyksen omaisuutta – –. Ympäristöoikeus mielestäni osoittaa myös oikeusjärjestyksen ykseyden merkityksen.”

³ Ks. kansainvälisen ympäristöoikeuden näkökulmasta soft law’sta oikeuslähteenä kansainvälisessä oikeudessa esim. *Ebbesson* 1996, s. 19–23 ja *Birmie – Boyle* 2002, s. 17, 24–27. Ks. erilaisista kansainvälisistä soft law -asiakirjoista myös *Rosas* 1993, s. 70–72.

⁴ Ks. *Senden* 2004 passim, soft law -käsitteen käytöstä eurooppaoikeudessa esim. s. 4–5,

merkityssisältö eurooppaoikeudessa ei ole kuitenkaan vielä vakiintunut.⁵ EY-oikeudellisen soft law'n systemaattisessa kokonaisesityksessä ”Soft Law in European Community Law” (2004) *Senden* arvioi soft law -sääntelyä toisaalta keinona parantaa yhteisön toimien vaikuttavuutta, legitimitettä ja läpinäkyvyyttä. Toisaalta hän laajalti analysoi soft law -tyyppisten asiakirjojen oikeudellista luonnetta, vaikutuksia ja velvoittavuutta. Teoksessa soft law'na tarkastellaan lähinnä komission ja neuvoston yksipuolisesti tuottamia, muodollisesti ei-velvoittavia instrumentteja.⁶ Teoksen lähtökohdaksi esitetään seuraava soft law'n määritelmä, joka osittain kuvaa myös käsillä olevassa tutkimuksessa soft law'lle annettavaa merkityssisältöä:

”rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects.”⁷

Viime aikoina soft law -käsitettä on alettu käyttää lisääntyvässä määrin eri oikeudenaloilla myös kansallisen oikeuden yhteydessä, yleensä kuvaamaan juuri oikeudellisen ratkaisutoiminnan normiperustan laajentumista ja oikeuslähdeopin monimuotoistumista. Edustavaksi esimerkiksi käsitteen yleistyneestä käyttötavasta käynee *Viljasen* vahingonkorvausoikeuden teoreettista perustaa luotaava tuore artikkeli. Hän osoittaa, että vahingonkorvausoikeudessa käytetään lisääntyvässä määrin tuottamusarvioinnin mitapuuna artikkelissa ”puoliviralliseksi soft law'ksi” ja ”puolisäädännäiseksi, ei-viralliseksi oikeudeksi” kutsuttua aineistoa. Viljanen tarkoittaa tällä aineistolla muun muassa viranomaisten antamia ohjeita ja suosituksia, jotka ”eivät ole normaalin oikeuslähdeopin mukaan oikeudellisesti velvoittavia normeja”, mutta joita käytetään vahingonkorvausoikeudessa ”sekä indikoimaan edellytettävän huolellisuuden tasoa että defenssiperusteina, kun pyritään puolustautumaan huolimattomuusväitteitä vastaan”.⁸

Viljasenkin tarkastelussa korostuu oikeuslähdeopillinen näkökulma. Hänen mukaansa lainsäädännön (kirjoitetun oikeuden) ja prejudikaat-

25, 109, 113–115, 453. Ks. soft law'n ajankohtaisuudesta eurooppaoikeudessa myös aiheita käsittelevä tuore *Electronic Journal Of Comparative Law* -julkaisun teemanumero (vol 9.1, January 2005) <http://www.ejcl.org/91/issue91.html> (19.6.2005).

⁵ *Senden* 2004, s. 111–117.

⁶ Mts. 113.

⁷ Mts. 3, 111–113.

⁸ *Viljanen* LM 2005, s. 438–440.

tien avulla ei voida ratkaista kaikkia oikeudellisia ongelmia, vaan tuottamusarvioinnin normipohjaa on täydennettävä myös muulla aineistolla. Puolivirallisen soft law'n ohella Viljanen mainitsee tuottamusarvioinnin uudentyyppisenä materiaalina myös yksityisten tahojen tuottamat ohjeet, yritysten sisäiset säännöt, best practices -kokoelmat sekä erilaisten asiantuntijakoneistojen tuottamat tai asiantuntijoiden avulla tunnistettavat tavat ja käytännöt, jotka eivät ole formaalisti koottuina kirjoitetuissa lähteissä.⁹ – Tässä esityksessä käytän soft law -käsitettä Viljasta laveammassa merkityksessä kuvaamaan väljästi kaikkea sellaista oikeudellisessa päätöksenteossa hyödynnettävää kirjallisessa muodossa olevaa aineistoa, jonka oikeudellinen velvoittavuus ei ole luonteeltaan muodollista.

Aiemmin soft law -tyyppisen aineiston merkitykseen on kiinnitetty huomiota kansallisen oikeuden näkökulmasta kotimaisessa keskustelussa ennen kaikkea kuluttajaoikeuden piirissä. Soft law'sta eri yhteyksissä jo 1980-luvulla kirjoittanut *Tala* tunnistaa kuluttajansuojan näkökulmasta useita sellaisia soft law -tyyppisiä ohjausmuotoja, joiden ajatellaan toimivan oikeussääntöjen tavoin, mutta jotka eivät muodollisesti ole velvoittavia.¹⁰

Soft law'n merkitykseen erityisenä kansallisen oikeuden oikeuslähteenä ovat yleisemmin kiinnittäneet huomiota *Pohjolainen* ja *Tuori*. Tuori pitää ympäristöoikeutta yhtenä esimerkkinä sellaisesta *polysentriseen oikeuslähteistöön* perustuvasta uudesta oikeudenalasta, jossa ei enää sitouduta kansallisvaltion suvereenin lainsäätäjän monosentriseen näkökulmaan. Hänen mukaansa soft law -tyyppisellä aineistolla, kuten kansainvälisten ja kansallisten järjestöjen suosituksilla tai käytännesäännöillä, on tärkeä sija monien uusien oikeudenalojen, kuten ympäristöoikeuden itseymmärryksessä.¹¹

Myös Pohjolanen lähtökohtana on oikeuslähdeopin tosiasiallinen monimuotoisuus, kiistanalaisuus, ristiriitaisuus ja muuttuvaisuus. Ympäris-

⁹ *Ib.*

¹⁰ *Tala* JFT 1986, s. 127–128, 138. Hän tarkastelee lähemmin seuraavia soft law -tyyppisiä ohjauskeinoja: ”1) ett avtals- och förhandlingssystem enligt kollektivavtalsmodell, 2) utfärdande av riktlinjer och förhållningsregler under samverkan av statsmakten och marknadsparterna, 3) särskilda former för marknadsparternas deltagande i övervakningen av konsumentskyddets genomförande eller i lösningen av enskilda tvister.” Ks. soft law'sta erityisenä EU:n kuluttajaoikeuden sääntelytekniikkana ja tähän sääntelymalliin liittyvistä ongelmista *Howells – Wilhelmsson* 1997, esim. s. 19, 84, 213, 327–331. Soft law'na teoksessa käsitellään elinkeinonharjoittajien vapaaehtoiseen (usein EU-aloitteiseen) itsesääntelyyn perustuvaa ja EU:n (lähinnä komission) ei-sitovien suositusten muodossa annettavaa normitusta. Kuluttaja- ja ympäristöoikeudella näyttäisi olevan muutoinkin kiinnostavia yhteyksiä uusina oikeudenaloina, ks. myös *de Sadeleer* 2002, s. 249.

¹¹ *Tuori* LM 2004, s. 1213 ja *sama* Niin & näin 2005, s. 85.

töoikeus on hänenkin esityksessään eräs soft law'n tyypillinen sovellus-alue. Pohjolainen osoittaa soft law'n määrittämisen negatiivisesti juridisesti ei-velvoittavaksi tai ei-sitovaksi olevan ongelmallista. Hänen mukaansa soft law'n merkityksen ymmärtämiseksi tulisi pikemminkin pyrkiä induktiivisesti kuvaamaan soft law'n tyyppiomaisuuksia ja kertomaan jotain ilmiön keskeisimmästä olemuksesta. Hän luonnehtii soft law'n olevan pohjimmiltaan tietoisesti luotu normisto. Lähtökohtainen pyrkimys ohjauvan säännösten luomiseen merkitsee hänen mukaansa, että soft law ei siten *sisällöllisesti* välttämättä ole ”pehmeää” oikeutta, vaikka muodollisen velvoittavuuden osalta tällainen luonnehdinta voitaisiin ehkä esittää.¹²

Kotimaisessa ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa soft law -tyyppisen aineiston merkitys ympäristöasioita koskevassa päätöksenteossa on jo klassinen teema, rajautuen kuitenkin lähinnä hallinnolliseen ohjaukseen (jäljempänä ilmenee, että hallinnollinen ohjaus on vain yksi ympäristöoikeudellisen soft law'n muoto). Viime aikoina aihepiiri näyttää alan väitöskirjoissa jääneen muun muassa perusoikeus- ja periaatekeskustelun vuoksi vähemmälle huomiolle. Näkökulma on ollut aiemmin usein oikeuslähteopillinen, vaikka soft law -käsitettä ei aivan viime vuosia lukuun ottamatta ympäristöoikeuden alueella juuri ole käytetty. Jo *Hollo* kirjoittaa väitöskirjassaan ”Pilaamiskiellon sisältö vesilain mukaan” (1976) suosituksenomaisten ”vesistönormien” – vesien laatuluokitusten ja kuormitusrajoja määrittävien standardien – merkityksestä vesioikeudellisessa päätöksenteossa.¹³ *Tarukannel* osoittaa väitöskirjassaan ”Terveystieteellinen sijoituslupa” (1990) silloisilla lääkintöhallituksen ohjekirjeillä olleen sijoituslupapäätöksenteossa suuren käytännön merkityksen. Hän arvioi hallinnollisen ohjauksen oikeuslähteopillisen paikantamisen olevan vaikeaa ja päätyy siihen, että kyse on lähinnä reaalisista argumenteista.¹⁴ Samoin *Kuusiniemi* kiinnittää väitöskirjassaan ”Ympäristönsuojelu ja immissioajattelu” (1992) laajasti huomiota hallinnollista tietä annettuihin ohjeisiin ympäristönsuojelullisissa tulkintatilanteissa. Hän luonnehtii hallinnollista normiohjausta ei-sitovaksi sallitaksi oikeuslähteeksi ja eräänlaiseksi asiaargumentiksi, mutta osoittaa ohjeilla käytännössä olevan huomattava merkitys käytännön päätöksenteossa.¹⁵

Myös ympäristöoikeuden perusoppikirjoissa soft law -tyyppisen aineiston merkitys tulee yleensä mainituksi, mutta kovin laajaa periaatteellista huo-

¹² *Pohjolainen* JFT 1998, s. 438–443.

¹³ *Hollo* 1976, s. 180–186.

¹⁴ *Tarukannel* 1990, s. 174–179.

¹⁵ *Kuusiniemi* 1992, s. 132, 355.

miota oikeuslähdeopin näkökulmasta siihen ei kiinnitetä. Alan kattavassa perusteoksessa ”Ympäristöoikeus” (2001) viitataan ympäristöasioita koskevan harkinnan helpottamiseen antamalla yleisiä raja- tai ohjearvoja. Soft law -piirteeseen viitataan luonnehdinnalla, että tällainen ohje ”ei tietenkään oikeudellisesti sido asian ratkaisijaa, mutta käytännössä niillä on usein merkittävä vaikutus asian ratkaisemiseen”.¹⁶ Alan perusoppikirjoissa mainitaan yleisesti myös viranomaisten ohjeet ja erilaiset ohjelmat erityisenä ympäristöoikeudellisessa ratkaisutoiminnassa huomioonotettavana aineistona. Niitä ei kuitenkaan yleensä pyritä käsitteellistämään erilliseksi oikeuslähdekategoriaksi.¹⁷

Kansainvälisessä ympäristöoikeuskirjallisuudessa soft law -käsite kytetään yleensä kansainväliseen (ympäristö)oikeuteen, mutta sitä näytetään käytettävän lisääntyvässä määrin myös yleisemmin kuvaamaan ympäristöoikeudellisen sääntelyn muuttumista. Osaltaan tämä johtuu kansainvälisen, EU- ja kansallisen oikeuden yhä tiiviimmästä kytkeytymisestä toisiinsa ympäristöoikeuden alueella.¹⁸ Soft law -käsite esiintyy teoreettisessa ympäristöoikeuskirjallisuudessa yleensä sellaisissa yhteyksissä, joissa kuvataan perinteisen hierarkkisen ja suljetun oikeudellisen ajattelun avautumista ja monipuolistumista.¹⁹ Ympäristöoikeudelle katsotaan olevan tyyppillistä muun muassa yhä epämääräisemmän velvoittavuuden asteen muodollisestikin velvoittavassa lainsäädännössä, mikä suhteellistaa perinteisten normatiivisten kategorioiden merkitystä²⁰.

Kansainvälisessä soft law -kirjallisuudessa lähestymistapa näyttää usein olevan *sääntelyteoreettinen*. Painotus on usein erilaisten yhteiskunnalli-

¹⁶ *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym. (Ympäristöoikeus) 2001*, s. 55. Soft law -käsitettä ei tässä yhteydessä tai muutoinkaan kansallisen ympäristöoikeuden yhteydessä teoksessa käytetä. Käsite on esillä vain kansainvälisen ympäristöoikeuden oikeuslähteenä (s. 201).

¹⁷ Ks. esim. *Palokangas – Tarukannel – Nuuja 1993*, s. 43–I.

¹⁸ Ks. myös *Kumpulainen* (2004, s. 236), joka toteaa perinteisen kansainvälisen ja kansallisen erottelun liudentumisen, sääntelyn hajautumisen ja koordinaation puuttumisen kansainvälisellä, alueellisella ja paikallisella tasolla johtavan väistämättä päällekkäisyyksiin ja epä johdonmukaisuuksiin: jälkiteollinen ”ympäristöoikeudellinen sääntely ei muodosta yhtenäistä, johdonmukaista järjestelmää”.

¹⁹ Ks. esim. *de Sadeleer 2002*, s. 247, 249.

²⁰ *de Sadeleer* (2002, s. 257) viittaa ”hard law’n” ja ”soft law’n” rajalinjan hämärtymiseen sekä kansainvälisessä että EU-ympäristöoikeudessa: ”Some EC directives have become so precise and binding that they resemble regulations, while other directives are so vague in nature that they are essentially no more than statements of intent.” Hän luonnehtii (s. 259) myös ympäristöoikeuden oikeusperiaatteiden (esimerkiksi varovaisuusperiaatteen) ilmentävän hard – soft law -rajalinjan hämärtymistä. Hard – soft law -erottelulla on keskeinen merkitys myös *Verschuurenin* (2003) ympäristöoikeuden oikeusperiaatteiden kehittymistä ja niiden oikeudellista merkitystä analysoivassa tutkimuksessa, ks. esim. s. 106.

sen ohjauksen muotojen vertailussa ja niiden vaikutusten arvioinnissa. Arviointi-, vaikutus- ja ohjauskeino tutkimuksen välineistöllä analysoidaan soft law'n tarvetta ja sen etuja suhteessa muodollisesti velvoittavaan oikeudelliseen sääntelyyn uusien, aikaisempaa haastavampien globaalien ongelmien hallinnassa.²¹ Myös ajankohtaisessa eurooppaoikeudellista soft law'ta koskevassa keskustelussa on sääntelyteoreettisia painotuksia: soft law'ta näytetään tarkasteltavan myös sitovalle lainsäädännölle vaihtoehtoisena sääntelytapana. Keskustelun soft law'sta lainsäädännölle vaihtoehtoisena sääntelymuotona voitaneen katsoa käynnistyneen komission vuonna 2001 antamasta uutta eurooppalaista hallintotapaa koskevasta valkoisesta kirjasta ”European Governance”.²² Taustalla on EY-ohjauksen kriisiytyminen muun muassa väitetyn ylisääntelyn, tehottomuuden ja ohjauksen legitimititeetti ongelmien vuoksi.²³

Tällä esityksellä ei ole sääntelyteoreettisia tavoitteita, vaan esityksen näkökulma on *kansallisen lainsoveltajan*: minkälaista aineistoa ympäristöviranomaiset ja tuomioistuimet hyödyntävät ympäristöasioita koskevassa oikeusharkintaisessa päätöksenteossa? Tämän vuoksi tässä esityksessä tulevat vain viitteellisesti (systematisointitarkoituksessa) mainitaksi useat ajankohtaisessa ympäristöpolitiikan ohjauskeinoja koskevassa tutkimuksessa painottuvat, usein soft law -tyyppisiksi luonnehditut ohjausmuodot (esimerkiksi sertifiointi- ja ympäristöjohtamisjärjestelmät). Kiinnitän esityksessä huomiota erityisesti siihen, minkälaiseen aineistoon ympäristöoikeudellisessa päätöksenteossa *tosiasiallisesti* tukeudutaan. Kattavaa ympäristöoikeuden oikeuslähteopin kuvausta ei tavoitella. Ympäristöoikeuden oikeuslähteoppia lähestytään vain eräältä, yleensä normatiivisessa oikeuslähteopissa vähälle huomiolle tai täysin noteeraamatta jäävältä kulmaltaan eli kiinnitetään huomiota erityisesti muodollisesti ei-velvoittaviin oikeudellisen ratkaisun perusteisiin. Ympäristöviranomaisten ja tuomioistuinten lainsoveltamistehtävän tai argumentaation mahdollisiin eroihin en tässä juurikaan kiinnitä huomiota, vaan katson oikeusharkintaisen

²¹ Sääntelyteoreettinen lähestymistapa korostuu esimerkiksi teoksen ”Hard Choices, Soft Law” (2004) useissa artikkeleissa. Ks. *Kirton – Trebilcock* (2004, s. 4–6, 11–13), jossa korostetaan (s. 13) soft law -regiimin tarkastelun perustavana kysymyksenä sen tehokkuuden arviointia: ”whether soft law is as effective as its hard law equivalent in meeting the need or solving the problem for which it was designed and introduced.” Ks. soft law -mallin eduista ja ongelmista myös *Tala JFT* 1986, s. 139–140.

²² Ks. *COM (2001) 428 final*, s. 13, 20–23 ja sen seurantaraportti *Komission kertomus eurooppalaisesta hallintotavasta* 2003, s. 23–24, joissa lainsäädännölle vaihtoehtoisina sääntelytapoina tarkastellaan yhteissääntelyä (co-regulation), itsesääntelyä (self-regulation) ja ns. avointa koordinoitimenettelyä (the open method of co-ordination). Näitä ei tarkastella vain vaihtoehtoisina vaan monilta osin myös lainsäädäntöä täydentävinä instrumentteina.

²³ *Senden* 2004, s. 9–15, 453.

lupa- ja muun vastaavan viranomaispäätöksenteon rinnastuvan oikeudellisesti tuomioistuinten oikeusnormien soveltamistehtävään²⁴.

Jaksossa 2 esitän kattavuuteen pyrkimättä joitakin konkreettisia esimerkkejä soft law -tyyppisestä aineistosta ympäristöoikeuden eri alueilta. Jaksossa painottuu deskriptiivisen oikeuslähdeopin näkökulma. Jaksolla on myös systematisoivia tavoitteita. Tämän vuoksi esillä on viitteenomaisesti jossain määrin myös muodollisesti velvoittavaa oikeudellista aineistoa ja aineistoa, jolla ei ole käytännössä juurikaan merkitystä oikeuslähteenä. Kun aineiston kovin yksityiskohtainen luokittelu ei mielestäni ole oikeudellisesti kiinnostavaa, jakson jäsentely on varsin karkeapiirteinen.²⁵

Jakson 3 tavoitteena on paikantaa jaksossa 2 esiteltyä aineistoa eri oikeudenalojen yleisiä oppeja ja oikeuslähdeopin muutosta koskevan oikeusteoreettisen keskustelun näkökulmasta. Jaksossa myös analysoidaan soft law'n käytön normatiivisia rajoja sekä arvioidaan soft law'n tarvetta ympäristöoikeuden alueella. Olen tavoitellut jaksossa sellaista yhteyshakuisesti muiden oikeudenalojen suuntaan avautuvaa analyysiä, joka voisi tehdä ymmärrettäväksi ympäristöoikeudellisen sääntelyn ja ympäristöasioita koskevan oikeudellisen ratkaisutoiminnan erityispiirteitä myös ympäristöoikeuteen vähemmän paneutuneelle.

2 ESIMERKKEJÄ SOFT LAW'STA YMPÄRISTÖPÄÄTÖKSENTEOSSA

2.1 Strategiat, julistukset ja toimintaohjelmat

Ympäristöalalla ovat yleisiä sellaiset asiakirjat, joita ei ole alunperin laadittu ensisijaisesti yksittäisiä oikeudellisia ratkaisutilanteita ajatellen. Jois-

²⁴ Samoin Pohjolainen ja Tarukannel (1990, s. 279) katsovat, ettei hallintomenettelyssä ja hallintolainkäytössä tapahtuvassa normien soveltamisessa ole suuria rakenteellisia eroja. Ks. *oikeusharkintaisia* viranomaistehtäviä hoitavan ympäristöhallinnon rinnastamisesta tuomioistuimiin verrattaviin lainsoveltajiin myös Määttä 2004b, s. 139–140. Ks. myös Vihervuori 2004, s. 495–496, 508, jossa muun muassa vesioikeudellisen lupaharkinnan osalta todetaan harkinnan olevan ”laadultaan aivan samaa sekä lupaviranomaisessa että tuomioistuinvaiheessa”. Eri asiaryhmät kuitenkin poikkeavat tältä osin toisistaan. Vihervuori (s. 499–500) kiinnittää huomiota esimerkiksi maankäyttö- ja rakennuslain mukaiseen kaavoitukseen, johon liittyvään kuntien päätöksentekoon sisältyy myös sellaista ”omaa harkintavaltaa, jossa ei ole kysymys edes joustavien oikeusnormien soveltamisesta”.

²⁵ Ks. myös Pohjolanen (1998, s. 448–449) esimerkinomainen ryhmittely kansallisen oikeuden soft law -lähteistä.

sakin tilanteissa tällaisella aineistolla voi olla kuitenkin myös oikeudelliseen ratkaisutoimintaan heijastuvia vaikutuksia. Erilaiset julistukset, strategiat ja toimintaohjelmat ovat erityisesti kansainvälisessä ja EU-ympäristöpolitiikassa keskeisiä. Ne ovat lähinnä poliittisia asiakirjoja. Oikeudellisen päätöksenteon kannalta niiden normatiivinen merkitys on yleensä varsin vähäinen.

Ympäristöoikeuden piirissä viitataan vakiintuneesti erityisesti YK:n Tukholman vuoden 1972 ja Rion vuoden 1992 ympäristökokouksissa hyväksytyihin julistuksiin myös oikeudellisesti merkityksellisinä soft law -asiakirjoina.²⁶ Teoreettisessa ympäristöoikeuskirjallisuudessa erityisesti luonnon mahdollista itseisarvoista oikeudellista suojaa koskevan keskustelun yhteydessä usein viitattu keskeinen kansainvälinen soft law -asiakirja on myös *Luonnon peruskirja* (World Charter for Nature).²⁷ Se ei ole oikeudellisesti velvoittava, mutta soft law -tyyppisenäkin sen on tulkittu ilmentävän kansainvälisen ympäristöoikeuden kehityksen suuntaa ja keskeisiä lähtökohtia. Sen johdannossa korostetaan muun muassa jokaisen elämänmuodon ainutlaatuisuutta ja sivilisaation luontoperusteisuutta.²⁸ Vastaavanlaisia, alaltaan rajoitetumpia esimerkkejä oikeudellistakin merkitystä omaavista julistuksista ja suosituksista voitaisiin osoittaa eri ympäristösopimusjärjestelmien piiristä runsaasti. Viranomaispäätöksenteossa voidaan tukeutua myös erilaiseen *kansainväliseen tutkimus- ja selvitystietoon* silloin, kun kansallista aineistoa ei ole saatavilla.

Ympäristöpoliittisissa julistuksissa ja kansainvälisten sopimusjärjestelmien piirissä syntyneissä suosituksissa muotoillaan usein ajan myötä myös formaalin oikeudellisen muodon saavia uusia lähestymistapoja, käsitteitä ja periaatteita.²⁹ Esimerkiksi parhaan käyttökelpoisen tekniikan periaate (Best Available Technology, BAT) esiintyi aluksi poliittisissa julistuksissa ja suosituksissa ennen kuin se kirjattiin muodollisestikin kansainvälisiin ympäristösopimuksiin ja kansalliseen lainsäädäntöön. Vastaavasti nykyi-

²⁶ Ks. Tukholman julistuksen keskeisestä merkityksestä erityisesti ihmisoikeuksien ja ympäristönsuojelun yhteyden luomisessa *Kumpula* 2004, s. 61–62 ja Rion julistuksesta mts. 65–67. Ks. julistuksista ja niiden oikeudellisesta merkityksestä myös *Alder – Wilkinson* 1999, s. 112–115.

²⁷ Oikeudelliselta statukseltaan se on YK:n yleiskokouksen hyväksymä päätöslauselma (A/RES/37/7 9 November 1982). Julkaistu: 23 ILM (1989), s. 455.

²⁸ *Kumpula* (2004, s. 62–63) katsoo peruskirjan olevan ”edelleen ainutlaatuinen lähtökohdiltaan ja tavoitteiltaan”. Hänen mukaansa asiakirjan erityislaatuisuus on siinä, että ”se sisältää eettiset perustelut ympäristön ihmisten välittömistä tarpeista riippumattomalle ja ympäristön itseisarvoon perustuvalla huomioon ottamiselle”.

²⁹ Soft law’n merkitystä ”hard law’n” perustana korostaa mm. *de Sadeleer* 2002, s. 313, ks. myös *Verschuuren* 2003, s. 52.

sin lainsäädäntöön kirjatun aiheuttamisperiaatteen sisältö muotoutui ja täsmentyi alun perin lähinnä OECD:n suositusten kautta 1970-luvulta alkaen.³⁰

Kansainvälisten sopimusjärjestelmien piirissä syntynyt ohjeistus on usein perustana kansallisten soft law -tyyppisten oppaiden tai ohjeiden laatimiselle. Esimerkiksi ympäristöministeriön ”Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje” (2004) laadittaessa otettiin huomioon sekä Itämeren merellisen ympäristön suojelusopimuksen (SopS 2/2000) nojalla annettu suositus ja ohje ruoppausmassan läjityksestä mereen että Koillis-Atlantin sopimukseen (OSPAR, SopS 51/1998) liittyvä ohje läjityksestä.³¹

EU:n ympäristöpolitiikassa hyvin keskeisiä ovat yleensä viisivuotiskausiksi laaditut ympäristöpolitiikan toimintaohjelmat. Ensimmäinen ympäristöohjelma laadittiin vuonna 1972, viimeisin, yhteisön kuudes ympäristöä koskeva toimintaohjelma (Euroopan parlamentin ja neuvoston päätös 1600/2002/EY) on laadittu vuosille 2002–2011. Nykyisin ympäristöohjelmat hyväksytään neuvoston ja parlamentin yhteispäätösmenettelyssä. Ympäristöohjelmia on aiemmin pidetty oikeudellisesti ei-velvoittavina, mutta niiden oikeudellinen merkitys on vahvistunut siten, että ohjelmat voivat sisältää myös oikeudellisesti velvoittavia määräyksiä.³²

Varsinkin vasta kehittymässä olevilla ympäristöpolitiikan alueilla poliittisten strategia-asiakirjojen laatiminen voi olla hyvin laajamittaista. Viimeisen kymmenen vuoden aikana tämä on näkynyt erityisesti biologisen monimuotoisuuden (biodiversiteetin) turvaamiseen tähtäävissä toimissa ja ilmastopolitiikassa. *Kokon* biodiversiteettioikeudellisessa väitöskirjassa ”Biodiversiteettiä turvaavat oikeudelliset periaatteet ja mekanismit” (2003) strategioita pidetään eräänä keskeisenä biodiversiteettiä turvaavana mekanismina, jolla on myös oikeudellista relevanssia. Hän luonnehtii strategioita ”lain laadinta- tai tulkintaohjelmiksi, joilla pyritään sovittamaan tietyt ympäristölliset, taloudelliset ja muut poliittiset vaatimukset osaksi oikeusjärjestystä”.³³ Hän katsoo biodiversiteettioikeuden strategioiden voivan myös

³⁰ Ks. aiheuttamisperiaatteen muotoutumisesta esim. *Tuomainen* 2001, s. 14–16 ja *de Sadeleer* 2002, s. 23–33.

³¹ *Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje* 2004, s. 7, 57–58. Ks. ulkomaisista vaikutteista ohjearvojen muodostumisen perustana luonnontieteellisen tiedon oikeudellisen merkityksen arvioimisen näkökulmasta myös *Herler* 2004, s. 63–64, jossa tarkastellaan myös pilaantuneita maa-alueita koskevaa SAMASE-raporttia. Yleisemmin kansainvälisen soft law -normituksen välittymistä kansalliseen oikeuteen tarkastelee *Pohjolainen* JFT 1998, s. 447–448.

³² Ks. *Krämer* 2000, s. 43–44. Ks. ympäristöohjelmien soft law -luonteesta myös *de Sadeleer* 2002, s. 319–320 ja ohjelmista (action programme) yleisemmin eurooppaoikeudellisenä soft law’na *Senden* 2004, s. 128–132.

³³ *Kokko* 2003, s. 122–124, 283–284.

ohjata oikeudellista päätöksentekoa, ”vaikka niillä ei ole edes normiperustaa”.³⁴ Biodiversiteettioikeudellisina strategioina tutkimuksessa käsitellään erityisesti EY:n biodiversiteettistrategiaa³⁵ ja Suomen biologista monimuotoisuutta koskevaa kansallista toimintaohjelmaa (1997–2005).³⁶

Ilmastonmuutoksen torjuntaan liittyen on laadittu uuvuttava määrä erilaisia poliittisia ohjelmia ja strategioita sekä EU:ssa että eri jäsenvaltioissa. Kansallisesti keskeisin asiakirja on keväällä 2001 eduskunnassa käsitelty kansallinen ilmastostrategia.³⁷ Ilmastopolitiikka on hyvä esimerkki poliittisten ohjelmien ja strategioiden oikeudellisista heijastumista. Ilmastopolitiikassa ja sen eräässä konkreettisemmässä ilmentymässä, energiaoikeudessa, on vaikea osoittaa, milloin politiikka lakkaa ja oikeus alkaa. Soft law -käsite on politiikan ja oikeuden rajalinjan epämääräisyyden osoittamiseksi tässä yhteydessä havainnollinen. Ilmastopoliittiset strategiat ovat mielestäni myös oikeudellisesti relevantteja, vaikka niitä ei formaalisti ole puettu sitovaksi tarkoitettuun oikeudelliseen muotoon.³⁸ Oikeus on muutenkin kuin yksiselitteisten sääntöjen muodossa annettuja käskyjä, kieltoja ja velvoitteita. Ilmastopolitiikka on esimerkki siitä, että oikeudellisesti merkityksellinen normatiivisuus alkaa jo ennen kuin yhtään velvoittavaa sääntöä on voimassa.³⁹

2.2 Suunnitelmat ja ohjelmat

Lainsoveltamisessa strategioita, julistuksia ja toimintaohjelmia yleensä joko muodollisesti velvoittavampia tai ainakin tosiasiallisesti merkityksellisempiä

³⁴ Kokko 2003, s. 219, alav. 174.

³⁵ Komission tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille biologista monimuotoisuutta koskevasta Euroopan yhteisön strategiasta. KOM (1998) 42.

³⁶ Näiden strategioiden laatiminen on perustunut biodiversiteettisopimuksen (SopS 78/1994) 6 artiklaan, jossa sopimusvaltioita kehoitetaan mm. laatimaan kansallisia biologisen monimuotoisuuden suojelun ja kestäväen käytön strategioita, suunnitelmia ja ohjelmia.

³⁷ Kansallinen ilmastostrategia. Valtioneuvoston selonteko Eduskunnalle. VNS 1/2001 vp.

³⁸ Kiinnostava – ajallisestikin ilmastokysymykseen pitkälti rinnastuva – vertailukohta on biodiversiteetin turvaamistavoitteen kehittyminen osaksi voimassa olevaa oikeutta. Oikeudellisesti biodiversiteetin suojelu ei ole enää vain poliittinen tavoite vaan osa voimassa olevaa oikeutta (esimerkiksi biodiversiteetin suojelun velvoittavana oikeusperiaatteena). Näkökulman oikeudellista kehittyneisyyttä ilmastokysymykseen verrattuna kuvastaa se, että biodiversiteettioikeuden käsite on alkanut näkyä ympäristöoikeudellisessa kielenkäytössä. Ilmasto-oikeudesta ei toistaiseksi puhuta.

³⁹ Ks. ilmastopolitiikan muuttumisesta velvoittavaksi oikeudeksi laajemmin *Määttä* 2004a, s. 162–172.

ovat ympäristöpolitiikan välineenä yleistyneet erilaiset suunnitelmat ja ohjelmat. Niiden oikeudellinen luonne ja velvoittavuus vaihtelevat huomattavasti. Joidenkin ohjelmien tai suunnitelmien normatiivinen velvoittavuus on heikkoa ja tapauskohtaista, joillekin ohjelmille tai suunnitelmille on laissa säädetty nimenomaisia, joskus myös yksilön oikeusasemaan ulottuvia välittömiä oikeusvaikutuksia. Ohjelmien ja suunnitelmien laissa säännellyt oikeusvaikutukset vaihtelevat huomattavasti eri säädöksissä. Erityyppiset suunnitelmat ja ohjelmat voivat olla julkisen vallan ohjauskeinoja, mutta myös yksityisen tekemiin suunnitelmiin voi liittyä oikeusvaikutuksia. Käsitteistä ”ohjelma” tai ”suunnitelma” ei voida tehdä mitään johtopäätöksiä kyseessä olevan asiakirjan oikeudellisesta velvoittavuudesta tai oikeusvaikutuksista.⁴⁰

Yksityisten tekemät suunnitelmat ovat usein viranomaismenettelyä varten laadittuja yksityisen subjektin ”tahdonilmaisuja”, jotka saavat oikeudellisen sitovuutensa lupa- tai muun viranomaisratkaisun myötä.⁴¹ Esimerkiksi yksittäisten vesioikeudellisten hankkeiden yhteydessä hakemukseen liitettävät hankekohtaiset suunnitelmat muodostavat keskeisen perustan lupa-asian käsittelylle.⁴² Tässä esillä olevan soft law -teeman kannalta nämä yksittäistä toimintaa koskevat suunnitelmat eivät sellaisenaan ole kiinnostavia: niitä ei voida luonnehtia oikeuslähteiksi, joita sovellettaisiin useammassa kuin yhtä toimintaa koskevassa päätöksentekotilanteessa. Suunnitelmia koskevat eri lakien säännökset ovat sitä vastoin teeman kannalta tärkeitä. Suunnitelmissa edellytetään tyypillisesti selvittämään hankkeen vaikutuksia, mikä osaltaan avaa oikeudellisen päätöksenteon erilaiselle soft law -tyyppiselle selvitys-, inventointi- ja viiteaineistolle. Lupaharkinnan perustaksi tehtävien suunnitelmien sisältövaatimukset saattavat myös määrittäen osaltaan soft law -tyyppisen aineiston, esimerkiksi erilaisen ohjeistuksen tai malliprosessien kuvaamisen perusteella.

Suunnitelma voi oikeudelliselta luonteeltaan olla tosiasiallisesti myös tietyyppisen ympäristönkäytön mahdollistava *lupapäätös*, kuten esimerkiksi yleisistä teistä annetun lain (243/1954), jatkossa maantielain (503/2005) mukainen tiesuunnitelma. Oman suunnitelmien erityisryhmänsä muodostavat maankäyttö- ja rakennuslain (132/1999, MRL)

⁴⁰ Ks. myös *Vihervuori* (1989a, s. 38–39), joka korostaa, ”että moninaisten ’suunnitelmien’ tarkastelu yhtenäisenä analysoimattomana ryhmänä ei voi johtaa positiivisiin tuloksiin”.

⁴¹ *Vihervuori* 1989a, s. 38.

⁴² Ks. *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 799. Hankekohtaisista suunnitelmista on yksityiskohtaisia säännöksiä vesiasetuksen (282/1962) 42–70 §:ssä.

mukaiset *kaavat*, joiden oikeusvaikutuksista säädetään yksityiskohtaisesti laissa.⁴³

Aiemmin laissa sääntelemättömiä suunnittelu- ja ohjelmainstrumentteja näytetään ympäristöoikeuden eri osa-alueilla oikeudellistettavan säätämällä laissa suunnitelmien laatimismenettelyistä ja oikeusvaikutuksista. Tämä näkyy muun muassa luonnonsuojeluoikeudessa. Aiemmin oikeudellisesti ongelmallisia olivat valtioneuvoston hyväksymät *luonnonsuojeluohjelmat*.⁴⁴ Niiden laatimisesta ei ollut säännöksiä laissa, eikä niillä siksi katsottu muodollisesti olevan välittömiä oikeusvaikutuksia. Vaikka ne muodollisesti olivatkin oikeudelliselta luonteeltaan vain hallinnon sisäisiä suunnitelmia, sisällöllisen painoarvonsa kautta suojeluohjelmat tosiasiallisesti vaikuttivat oikeudelliseen päätöksentekoon. Oikeustila on luonnonsuojeluohjelmien osalta uuden luonnonsuojelulain (1096/1996, LSL) myötä muuttunut. LSL 8–9 §:ssä säädetään uusien luonnonsuojeluohjelmien laatimisesta ja niiden oikeusvaikutuksista (uuden lain mukaisia luonnonsuojeluohjelmia ei toistaiseksi ole hyväksytty). Myös ennen uutta luonnonsuojelulakia laadittujen suojeluohjelmien asema on LSL 77 §:ssä legalisoitu. Tämä ei tarkoita uuden lain soveltamista vanhoihin ohjelmiin,⁴⁵ eikä muualla lainsäädännössä olevien luonnonsuojelulakia koskevien viittaussäännösten kohdistumista vanhoihin suojeluohjelmiin⁴⁶.

⁴³ Soft law -teeman kannalta oikeusvaikutteiset kaavat eivät laissa säädettyjen oikeusvaikutustensa vuoksi ole kiinnostavia (kaavoitusoikeudelliseen soft law -aineistosta esitän esimerkkejä jäljempänä). Kaavojen oikeudelliseen luonteeseen hallintopäätöksinä ja/tai yleisinä normeina liittyy kyllä pitkä keskusteluperinne, jossa on myös oikeuslähdeopillisia vivahteita, ks. keskustelusta *Syrjänen 1999*, s. 132–135 viitteineen.

⁴⁴ Vanhoihin luonnonsuojeluohjelmiin liittyvistä oikeudellista ongelmista kirjoitettiin aikanaan laajalti. Ks. esim. rantojensuojeluohjelmaa koskeva laaja *Länsinevan (1995)* analyysi, jonka johtopäätös (s. 291) on, että ohjelma ”sopii sängen huonosti yhteen oikeusvaltiollisen sääntelyn perusideoiden kanssa” ja ettei ”tällaista lakiin perustumatonta periaatepäätöstä yksinkertaisesti voida pitää asianmukaisena välineenä yksilöityjen ranta-alueiden suojelemiseksi”.

⁴⁵ Vanhoja luonnonsuojeluohjelmia koskevat tosin niiden toteuttamisen kannalta tärkeät LSL 24.3 § (luonnonsuojelualueen perustaminen yksityisen maalle myös ilman maanomistajan suostumusta) ja LSL 52.2 § (ympäristöministeriön lunastuslupatoimivalta ilman valtioneuvoston lunastuslupaa).

⁴⁶ Muualla lainsäädännössä vanhoille luonnonsuojeluohjelmille on luotu oikeusvaikutuksia MRL 28.3 §:ssä, jonka mukaan myös vanhojen luonnonsuojeluohjelmien tulee olla ohjeena maakuntakaavaa laadittaessa. Maankäyttö- ja rakennusasetuksen (895/1999) 60.1 §:n 1 kohdan mukaan kunnan on pyydettävä rakennuslupahakemuksesta lausunto alueelliselta ympäristökeskukselta myös silloin, kun lupaa haetaan vanhoihin luonnonsuojeluohjelmiin kuuluvalla alueella.

Kysymys luonnonsuojelulain 77 §:ssä tarkoitettujen vanhojen luonnonsuojeluohjelmien normatiivisesta merkityksestä voi niiden muodollisesta legalisoinnista huolimatta olla edelleen epäselvä. Esimerkiksi ratkaisussa *KHO 30.1.2004 t. 163 (LRS)* arvioitiin, mikä merkitys on yleiskaavoituksessa annettava sille, että rantojensuojeluohjelma on ollut tarkoitus ottaa huomioon maankäyttö- ja rakennuslain nojalla hyväksyttävässä yleiskaavassa ensisijaisesti maakuntakaavan välityksellä. Ratkaisussa *KHO* linjasi, että tästä sääntelystä huolimatta rantojensuojeluohjelmaan sisältyvien alueiden luonnonarvot tulee maankäyttö- ja rakennuslain 39.2 §:n 8 kohdan ja 73.1 §:n nojalla kuitenkin ottaa myös välittömästi huomioon osana yleiskaavan sisältövaatimuksia.

Vesiasioissa ohjelma- ja suunnittelutyön merkitys vahvistuu normatiivisesti EY:n vesipuitedirektiivin (2000/60/EY) kansalliseen täytäntöönpanoon liittyvän vesienhoidon järjestämisestä annetun lain (1299/2004, vesienhoitolaki) seurauksena. Valtioneuvosto hyväksyy alueellisten ympäristökeskusten vesienhoitoalueille laatimat *vesienhoitosuunnitelmat* ja *toimenpideohjelmat*. Uuden suunnittelujärjestelmän oikeudellinen sitovuus ja yksityisiä koskevat oikeusvaikutukset herättivät jo direktiivin valmisteluvaiheessa Suomessa keskustelua.⁴⁷ Vesienhoitolakiin omaksuttiin järjestelmä, jonka mukaan suunnitelmilla ei ole suoraa velvoittavaa vaikutusta, vaan suunnitelman ympäristötavoitteet saavat oikeudellista merkitystä viranomaisten erilaisten toimien kautta. Vesienhoitolain 28 §:n mukaan valtion ja kuntien viranomaisten on soveltuvin osin toiminnassaan otettava huomioon vesienhoitosuunnitelmat.⁴⁸ Perustuslakivaliokunta korosti lakiehdotuksesta antamassaan lausunnossa, että vesienhoitosuunnitelmat voivat vaikuttaa lupaviranomaisen lakiin perustuvaan harkintaan ”vain liitännäisaineistona”.⁴⁹ Suunnitelmiin sisältyvät tavoitteet saavat oikeudellista merkitystä muun lainsäädännön, lupapäätösten ja mahdollisesti annettavien paikallisten ympäristönsuojelumääräysten kautta. *Seppälän* mukaan vesienhoitosuunnitelman oikeudellista vaikutusta kuvaavaksi termiksi valittiin ”huomioon ottaminen”, koska se mielletään ”ympäristönsuojelulainsäädännön kontekstissa vähemmän velvoittavaksi kuin suora noudattaminen”.⁵⁰

⁴⁷ Ks. keskustelussa esillä olleista argumenteista *Seppälä* YJ 2004, s. 92.

⁴⁸ Erikseen on ympäristönsuojelulain (86/2000, YSL) 50.2 §:ssä (1300/2004) ja vesilain 2:11a §:ssä (1301/2004) säädetty, että vesienhoitosuunnitelmat on otettava huomioon näiden lakien mukaisessa lupaharkinnassa. Näiden lakien mukaisessa päätöksenteossa on vesienhoitosuunnitelmalle tarkoitettu antaa muuta lainsäädäntöä ”syvämmämpi” merkitys, ks. *Seppälä* YJ 2004, s. 98.

⁴⁹ *PeVL 45/2004 vp*, s. 3.

⁵⁰ *Seppälä* YJ 2004, s. 97.

EY-säätelyn edellyttämiin suunnitelmiin ja ohjelmiin liittyy usein muuta suunnitteluohjausta välittömämpiä oikeusvaikutuksia. Esimerkiksi YSL 50.1 §:ssä säädetään EY-direktiiveihin perustuvien valtioneuvoston hyväksymien suunnitelmien ja ohjelmien osalta, ettei toiminta saa olla ristiriidassa näihin suunnitelmiin ja ohjelmiin mahdollisesti sisältyvien, toiminnanharjoittajaa sitovien velvoitteiden kanssa. Välittömästi valtioneuvoston päätöksestä johtuvia oikeusvaikutuksia liittyy myös LSL:n 64 §:n mukaiseen *Natura 2000 -verkostoon* (verkoston oikeusvaikutuksista säädetään LSL 65–66 §:ssä).

EY-oikeuden edellyttäminä suunnitelmina ja ohjelmina voidaan lisäksi mainita myös jätelain (1072/1993) 7 luvun edellyttämä *valtakunnallinen ja alueellinen jätesuunnitelma* sekä valtioneuvosto hyväksymä ”Ilmansuojeluohjelma 2010”⁵¹. Suunnitteluohjauksen EY-perusteisesta laajentumisesta esimerkiksi käy myös ympäristönsuojelulain 25 a § (459/2004), jonka mukaan muun muassa yli 100 000 asukkaan kaupunkimaisista väestökeskittymistä on laadittava *meluselvitys* ja tehtävä *meluntorjunnan toimintasuunnitelma*.⁵² Meluselvityksessä kuvataan melun tunnuslukuja käyttäen muun muassa alueen nykyinen ja tuleva melutilanne. Meluntorjunnan toimintasuunnitelmalla pyritään torjumaan melua ja sen vaikutuksia sekä ehkäisemään melun lisääntymistä hiljaisilla alueilla.

Valtioneuvosto on hyväksynyt myös joukon sellaisia ympäristöasioihin liittyviä ohjelmia, joiden oikeusvaikutukset ovat yleensä edellä mainittuja ohjelmia vähäisempiä. Tämä voi johtua joko ohjelmien tavoitteellisuudesta (korkeasta abstraktioasteesta) tai ohjelmia konkretisoivien lupa- tai muiden menettelyjen puuttumisesta. Valtioneuvosto on tehnyt esimerkiksi vuonna 2002 periaatepäätöksen toimista Itämeren suojelemiseksi. ”Suomen Itämeren suojeleohjelmassa” asetettiin tavoitteet Itämeren suojelulle ja määritettiin toimenpidealueet ja toimet, joilla tavoitteisiin pyritään. Siihen rinnastuvat eräiltä osin myös aiemmat valtioneuvoston hyväksymät valtakunnalliset *vesiensuojelun tavoiteohjelmat* (viimeisin on vuodelta 1998).⁵³ Näilläkin ohjelmilla on kuitenkin soft law -tyyppisesti ollut oikeusvaikutuksia muun muassa lupaharkinnassa.

⁵¹ Ohjelman tavoitteena on toteuttaa tiettyjen ilman epäpuhtauksien kansallisista päästörajoista annetun direktiivin (2001/81/EY) mukaiset velvoitteet. Ohjelma oli laadittava direktiivin 6 artiklan velvoittamana.

⁵² Säännös perustuu ympäristömelun arvioinnista ja hallinnasta annettuun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2002/49/EY.

⁵³ Ympäristöministeriö on lisäksi hyväksynyt vuonna 2000 tavoiteohjelmaa täsmentävän vesiensuojelun toimenpideohjelman vuoteen 2005.

Eriasteisesti oikeusvaikutuksia saavaa suunnittelutyötä tehdään ympäristöasioissa laajalti myös alueellisesti. Esimerkiksi metsälain (1093/1996) 4 §:n mukaan metsäkeskukset laativat *metsätalouden alueelliset tavoiteohjelmat*. Alueellisen metsäohjelman on luonnehdittu palvelevan metsäsuunnittelua, samalla kun on korostettu, että ”se ei ole oikeudellisesti sitova”.⁵⁴

Alueellista suunnittelua on tehty myös ilman säädännäistä perustaa. Esimerkiksi vesienkäytössä erilaiset lakiin perustumattomat, osin viranomaislähtöiset alueelliset suunnitteluhankkeet ovat viime aikoina yleistyneet (nykyisin suunnittelusta säädetään vesienhoitolaissa). Kyse on usein ollut inventointityyppisestä tärkeiden kohteiden tunnistamisesta ja kohteiden erityispiirteiden arvioimisesta. Esimerkiksi kuntien ja alueellisten ympäristökeskusten yhteistyönä noin 500 pohjavesialueelle laaditut *pohjavesien suojelusuunnitelmat* ovat käsittäneet pohjavesialueen hydrogeologisen kartoituksen ohella riskinarviointia ja toimenpidesuosittelun laatimista. Nämä suojelusuunnitelmat eivät oikeudellisesti ole muodollisesti velvoittavia, niillä ei ole yksilöityä oikeudellista perustaa, eikä niiden laatimisesta siis ole myöskään menettelysäännöksiä. Niitä on kuitenkin käytetty soft law -tyyppisenä aineistona viranomaisvalvonnassa, maankäytön suunnittelussa sekä ympäristö- ja maa-aineslupia ratkaistaessa.⁵⁵

2.3 Luonnontieteelliset inventoinnit ja selvitykset

Erilaiset luonnontieteelliset *luokitukset, inventoinnit, kartoitukset* ja *ennusteet* ovat ympäristöasioita koskevassa päätöksenteossa keskeisiä. Tähtäkin osin ympäristöpäätöksenteossa tosiasiallisesti hyödynnettävä aineisto on luonteeltaan hyvin monimuotoista, eikä ole syytä yrittää tavoitella yleispäteviä luonnehdintoja. Ero edellä käsiteltyihin *ohjelmiin* ja *suunnitelmiin* on suhteellinen: esimerkiksi suojeluohjelmille ja -suunnitelmille on luonteenomaista luonnontieteellisten faktojen ja niihin kytkeytyvien arvojen inventointi.⁵⁶

Esimerkkinä luonnontieteellisten inventointien merkityksestä ympäristöpäätöksenteossa voi mainita tärkeät pohjavesialueet. YSL 8 §:ssä säädetään pohjavesien pilaamiskiellosta. Säännöksen mukaan ainetta tai ener-

⁵⁴ *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 559. Ks. alueellisista metsäohjelmista laajemmin: <http://www.metsavastaa.net/> (12.6.2005).

⁵⁵ Ks. *HE 120/2004 vp*, jakso 2.1.4.

⁵⁶ Ks. myös *Vihervuori* 1989a, s. 40–41.

giaa ei saa panna tai johtaa sellaiseen paikkaan tai käsitellä siten, että tärkeällä tai muulla vedenhankintakäyttöön soveltuvalla pohjavesialueella pohjavesi voi käydä terveydelle vaaralliseksi tai sen laatu muutoin olenaisesti huonontua. Tärkeä tai muu vedenhankintakäyttöön soveltuva pohjavesiesiintymä on myös pohjaveden muuttamiskieltoa koskevien luvan- tarvekynnyks- ja luvanedellytysäännösten vesilain (264/1961, VL) 1:18.1:n ja 9:8.2:n (88/2000) keskeinen soveltamiskriteeri. Maa-aineslain (555/1981, MAL) 3.1 §:n 4 kohdan (463/1997) mukaan maa-aineksia ei saa ottaa niin, että siitä aiheutuu tärkeän tai muun vedenhankintakäyttöön soveltuvan pohjavesialueen veden laadun tai antoisuuden vaarantuminen, jollei siihen ole saatu vesilain mukaista lupaa.⁵⁷

Näiden säännösten soveltaminen edellyttää, että *tärkeä tai muu vedenhankintakäyttöön soveltuva pohjavesiesiintymä tai -alue* täytyy tunnistaa ja erottaa sellaisista pohjavesiesiintymistä, jotka eivät ole tärkeitä tai vedenhankintakäyttöön soveltuvia. Käsitettä ei ole laissa erikseen määritellyt, eikä laissa ole aiemmin ollut säännöstä, jonka perusteella voitaisiin antaa täsmentävää sääntelyä siitä, mitä tärkeillä pohjavesialueilla tarkoitetaan tai miten ne määritellään.⁵⁸ Tärkeiden pohjavesialueiden identifioinnissa käytettävien kriteerien on yhdenvertaisuusvaatimuksen vuoksi oltava jollakin tavalla johdonmukaisia ja ennakoitavissa. Geohydrologisia pohjavesialueiden kartoituksia on Suomessa tehty jo 30 vuoden ajan. Kartoituksia ja luokituksia on viimeisen kymmenen vuoden ajan tarkennettu pääosin ympäristöhallinnon virkatyönä.⁵⁹ Kyse on luonnontieteellisiin kriteereihin perustuvasta tieteellisestä inventoinnista, joka ei siis perustu laissa osoitettuun yksilöityyn toimivaltaan.⁶⁰ Pohjavesialueiden inventointi ei näin

⁵⁷ Tärkeää tai muuta vedenhankintakäyttöön soveltuvaa pohjavesialuetta käytetään myös muualla lainsäädännössä kriteerinä esimerkiksi tuotantolaitosten sijoittamiseen liittyvässä harkinnassa, ks. esimerkiksi vaarallisten kemikaalien teollisesta käsittelystä ja varastoinnista annetun asetuksen (59/1999) 7.3 §.

⁵⁸ Oikeustila on muuttunut 31.12.2004 voimaantulleen EY:n vesipuidedirektiivin täytäntöönpanemiseksi säädetyin vesienhoitolain seurauksena. Laissa säädetään muun muassa vesienhoidon järjestämiseen liittyvästä selvitystyöstä. Laki edellyttää muun muassa vesien ominaispiirteitä ja tilaa koskevien luokittelujen laatimista. Lain perusteella tullaan määrittämään pohjavesien osalta muun muassa tärkeiden ja muiden vedenhankintakäyttöön soveltuvien pohjavesialueiden sijainti ja rajat (7 §). Valtioneuvoston asetuksella säädetään tarkemmin pohjavesien ominaispiirteiden tarkastelusta (10 §). Tarkastelut tehdään vesienhoitoaluekohtaisissa vesienhoitosuunnitelmissa, joiden on oltava ensimmäisen kerran valmiita 22.12.2009 mennessä.

⁵⁹ Ks. pohjavesialueiden kartoituksesta ja luokituksesta ja sen historiasta www.ymparisto.fi/ (3.4.2005).

⁶⁰ Suomessa on kartoitettuja ja luokiteltuja pohjavesialueita yhteensä 7 141. Näistä 2 226 (31 %) on tärkeitä pohjavesialueita. Ks. *Kumpula* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristö-oikeus) 2001, s. 1133.

ollen voi olla luonteeltaan muodollisesti velvoittava oikeuslähde. Näille inventoinneille on vakiintuneesti annettu viranomaispäätöksenteossa ”huomattava ohjeellinen merkitys”.⁶¹ Voimassa olevan oikeuden sisältöä voitaneen kuvata väitteellä, että päätöksentekijän pitää ottaa pohjavesikartoitukset huomioon päätöksenteossaan esimerkiksi mainittuja YSL:n, VL:n ja MAL:n säännöksiä soveltaessaan.

Luonnontieteellinen inventointityö on voitu lainsäädännössä oikeudellistaa siten, että lopputuloksena on valtioneuvoston hyväksymä, oikeusvaikutuksellinen ohjelma tai suunnitelma. Tämä on tyypillistä luonnonsuojeluoikeudessa. Valtioneuvoston hyväksymiä inventointityyppejä ohjelmia on hyväksytty myös ilman yksilöityä lakivaltuutta ja ilman, että ohjelmille olisi säädetty muodollisia oikeusvaikutuksia. Esimerkkinä tällaisesta ohjelmasta voi mainita valtioneuvoston hyväksymän *valtakunnallisen harjajensuojeluohjelman* (valtioneuvoston päätös 3.5.1984). Kyse ei ole (silloisesta) valtioneuvoston päätös -nimisestä säädöstyypistä, vaan valtioneuvoston yleistoimivaltansa perusteella antamasta *periaatepäätöksestä*.⁶²

Harjajensuojeluohjelman muodolliset oikeusvaikutukset poikkeavat luonnonsuojelulain mukaisista luonnonsuojeluohjelmista. Ohjelmassa on lähinnä geologisin perustein osoitettu valtakunnallisesti merkittävimmät harjajalueet, jotka on tarkoitettu suojeltaviksi. Alueista ei kuitenkaan ole tarkoitettu perustaa suojelualueita, vaan ohjelman on tarkoitettu vaikuttavan maa-aineslain mukaisessa päätöksenteossa.⁶³ Ohjelmalle ei ole säädetty muodollisia oikeusvaikutuksia, eikä sillä ole muodollista lakisääteistä statusta. Valtakunnallisten suojeluarvojen systemaattisena inventointina se on kuitenkin keskeinen apuväline MAL 3.1 §:n maa-aineslupan myöntämisen esteiden soveltumista harkittaessa. Kirjallisuudessa ohjelman on luonnehdittu olevan melkoisen vahva näyttöpresumptio MAL 3 §:n soveltumisesta (maa-aineslupaa ei saa myöntää). Tämä lähtökohta oletus voidaan vasta-argumentaatiolla kumota.⁶⁴ Harjajensuojeluohjelma heijastuu

⁶¹ *Vihervuori* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 809.

⁶² Sama koskee valtioneuvoston päätöstä rantojensuojeluohjelmasta ja maisema-alueista. Hallinto- ja valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa korostetaan, etteivät tällaiset valtioneuvoston organisatorisen asemansa perusteella ilman yksilöityä valtuussäännöstä antamat päätökset kuulu lainsäädäntövallan käytön piiriin vaan niissä on kyse toimeenpanovallan käyttämisestä. Ks. esim. *Länsineva* 1995, s. 263–265.

⁶³ Ks. harjajensuojeluohjelman laatimisen taustasta ja ohjelman toteuttamisesta *Vihervuori* 1989a, s. 41–48.

⁶⁴ Ks. harjajensuojeluohjelmasta oikeuslähteenä MAL:n mukaisessa päätöksenteossa *Vihervuori* 1989a, s. 196–206.

myös kaavoitukseen, vaikka maankäyttö- ja rakennuslaissa ei säädetä nimenomaisesti ohjelman oikeusvaikutuksista⁶⁵.

Muodolliselta statukseltaan harjijensuojeluohjelmaan rinnastuu myös esimerkiksi valtioneuvoston periaatepäätös valtakunnallisesti arvokkaista *maisema-alueista* ja maisemanhoidon kehittämisestä (valtioneuvoston päätös 5.1.1995). Oikeudellista merkitystä myös tällä laissa sääntelemättömällä kartoituksella on ennen kaikkea alueiden käytön suunnittelussa⁶⁶, mutta maisema-alueinventoinneilla voi olla merkitystä myös ympäristölupapäätöksenteossa.⁶⁷ Samalla tavoin laissa muodollisesti sääntelemättömät valtakunnallisesti merkittävien *kulttuurihistoriallisten ympäristöjen inventoinnit* toimivat kriteeristönä arvioitaessa MRL:ssä edellytetyn maiseman ja kulttuuriperinnön vaalimisen toteutumista kaavoituksessa. Esimerkiksi vähittäiskaupan suuryksikön rakentamisen mahdollistaneen maakuntakaavan aluevarausmerkinnän vahvistamatta jättämiseen johtaneessa ratkaisussa *KHO 2003:60* korkein hallinto-oikeus mainitsee yhtenä kyseessä olevaa aluevarausta koskevana selvityksenä Museoviraston julkaisun ”Rakennettu kulttuuriympäristö. Valtakunnallisesti merkittävät kulttuurihistorialliset ympäristöt”. Kun kyseinen aluevaraus sijoittui valtakunnallisesti merkittäväksi ja kulttuurihistoriallisesti arvokkaaksi ympäristöksi luokitellulle alueelle, kaavassa ei ollut ratkaisun perustelujen mukaan otettu riittävästi huomioon MRL 28.3 §:n 6 kohdan vaatimusta erityisen huomion kiinnittämisestä maiseman ja kulttuuriperinnön vaalimiseen (vuosikirjaotsikossa on kyse muista vahvistamatta jättämisen perusteista).

⁶⁵ Harjijensuojeluohjelma otettaneen *Ekroosin* ja *Majamaan* (2000, s. 145) mukaan huomioon maakuntakaavoituksessa lähes samalla tavoin kuin MRL 28.2 §:ssä mainitut ohjelmat. Harjijensuojeluohjelman merkitys maakuntakaavoituksessa voidaan perustaa MRL 28.3 §:n 6 kohtaan, jonka mukaan maakuntakaavaa laadittaessa on kiinnitettävä erityistä huomiota maiseman, luonnonarvojen ja kulttuuriperinnön vaalimiseen.

⁶⁶ Esimerkiksi maakuntakaavoituksessa ohjelman merkitys rinnastuu harjijensuojeluohjelmaan, ks. *Ekroos – Majamaa* 2000, s. 145. Ks. periaatepäätöksen valmistelusta, sen tosiasiallisesta merkityksestä MRL:n järjestelmässä ja maisemansuojelusuunnittelusta ”sääntelemättömänä suunnitteluna” myös *Ekroos* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 1096–1098.

⁶⁷ Esimerkiksi kaivoksen ympäristölupahakemuksen hylkäämiseen johtaneessa Länsi-Suomen ympäristölupaviraston päätöksessä Dnro LSY-2004-Y-55 (26.1.2005) yhtenä argumenttina viitataan siihen, että suunniteltu avolouhos (kaivospiirin koko oli 8 hehtaaria) sijaitsee alueella, joka on valtakunnallisesti arvokas maisema-alue. Tältä osin päätöksessä viitataan ympäristöministeriön mietintöön 66/1992. Asiassa olennaisempaa tältä osin oli se, että alue oli osoitettu merkittäväksi kulttuurimaisemaksi myös osayleiskaavassa. – Koska tässä esityksessä käytän viranomaispäätöksiä vain esimerkkinä lupaviranomaisten tavasta argumentoida ympäristöpäätöksenteossa soft law -lähteisiin tukeutuen, en ole nähnyt tarpeelliseksi päätösten lainvoimaisuuden tarkistamista.

Hiukan erityyppisenä esimerkkinä lakiin suoranaisesti perustumattomasta inventointityöstä voidaan mainita metsälain 10 §:n mukaisten erityisen tärkeiden elinympäristöjen (esimerkiksi puronvarsien) säilymisen turvaamiseksi tehdyt kartoitukset. Näitä alueita ei rajata viranomaispäätöksiin, vaan ominaispiirteiden säilyttämisvelvoite on voimassa suoraan lain nojalla. Metsäkeskukset ovat valtakunnallisesti maa- ja metsätalousministeriön ohjauksessa kuitenkin kartoittaneet kohteita.⁶⁸ Kartoitustyö on perustunut metsälain hyväksymisen yhteydessä kirjattuun eduskunnan ponteen.⁶⁹ Kartoituksella ei ole muodollisia oikeusvaikutuksia metsälain 10 §:n velvoitteiden tulkinnessa tai soveltamisessa, mutta tosiasiaa nämä kartoitukset ja niissä käytetyt kriteerit muodostavat erään perustan viranomaisharkinnalle, kun ominaispiirteiden säilyttämisvelvoitteen toteutumista arvioidaan metsäkäyttöilmoitusten tutkimisen yhteydessä metsäkeskuksissa. Maanomistaja saa metsäkeskukselta myös halutessaan ennakkotiedon siitä, millainen metsänkäyttö kohteella on sallittu (metsälain 14c §, 552/2004).

Erityisesti luonnonsuojeluasioissa myös tuomioistuinpäätöksissä on tyyppillistä viitata erilaiseen inventointiaineistoon tai luonnontieteellisiin määrittämissäntekijöihin. Esimerkiksi Natura-alueiden valintaa koskevassa ratkaisussa *KHO 2000:42* jopa *vuosikirjaotsikossa* esiintyy tällainen opasviittaus: ”Kun otettiin huomioon Natura 2000 -luontotyyppioppaassa (Airaksinen – Karttunen, 1998) erityisesti Suomen luonnontieteilijöiden silmällä pitäen selostetut luontodirektiivissä tarkoitettujen dyynialueiden luontotyyppiä koskevat määritykset ja edustavuuden arviointiin vaikuttavat seikat sekä asiassa saatu selvitys Vattajanniemen alueen luontoarvoista, korkein hallinto-oikeus katsoi, että kohteen FI1000017, Vattajanniemi, alueen rajojen määrittäminen ei ollut dyynialueiden osalta perustunut luontodirektiivin 4 (1) artiklan edellyttämien tavoitteen mukaisesti luonnontieteellisiin perusteisiin ja asianmukaiseen tieteelliseen tietämykseen.”

⁶⁸ Kartoitus kattoi sen loppuraportin mukaan 97 % maan yksityismetsien alasta. Erityisen tärkeitä elinympäristöjä löytyi yhteensä noin 60 000 hehtaaria. Yhteenlaskettu pinta-ala jakautuu yhteensä noin 95 000 erilliselle kuviolle. Kartoituksessa on arvioitu löytyneen noin 80 % kyseessä olevien elinympäristöjen pinta-alasta. Ks. kartoituksen loppuraportti *Metsien erityisen tärkeät elinympäristöt 2004*, s. 23, 26, 51. Loppuraportissa on myös kuvattu kartoituksen taustaa ja toteuttamismenetelmiä.

⁶⁹ Ks. *EV 209/1996 vp*: ”Eduskunta edellyttää, että metsälain 10 §:ssä tarkoitettujen erityisen tärkeiden elinympäristöjen kartoitetaan viipymättä lain voimaantulon jälkeen ja niiden elinympäristöjen määrittelyssä noudatetaan tiukasti hallituksen esityksen perusteluja.”

2.4 Hallinnolliset ohjeet, suositukset, oppaat ja muistiot

Alemmanasteiset säädökset sekä erilaiset hallinnolliset ohjeet, suositukset ja säädösten soveltamista helpottavat viranomaisten tuottamat oppaat ovat ympäristönkäyttöä koskevissa asioissa hyvin yleisiä.⁷⁰ Erimuotoisen hallinnollisen ohjauksen ja lakia täsmentävän alemmanasteisen sääntelyn tarve kytetään ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa usein alalle tyypillisiin joustaviin normeihin ja monitieteisen teknis-luonnontieteellisen asiantuntemuksen vaatimukseen joustavia normeja sovellettaessa.⁷¹

Ympäristöpolitiikan ohjauskeinoja koskevan keskustelun näkökulmasta lienee tarpeen tehdä käsitteellinen täsmennys, että käytän tässä esityksessä *hallinnollista ohjausta* hallinto- ja valtiosääntöoikeudesta vaikutteita saaneessa merkityksessä. Tarkoitin hallinnollisella ohjauksella tässä siis hallintokoneiston sisäisiä hallintopäätösten sisältöä määrittäviä erilaisia toimenpiteitä. Käsitteellä ei tässä esityksessä ole ohjauskeinoluokitteluihin liittyvää merkityssisältöä, sillä ei siis viitata oikeudellis-hallinnollisiin ohjauskeinoihin erotuksena esimerkiksi taloudellisesta tai informatiivisesta ohjauksesta. Ohjauskeinokeskustelussa kaikkea oikeudellista ohjausta kutsutaan usein hallinnolliseksi ohjaukseksi.⁷²

Kansallisesti erityisesti ympäristönsuojelu- sekä kaavoitus- ja rakennus oikeudessa lakia alemmanasteinen (lakiin perustuva) norminanto on laajaa. Nykyisin usein EY-direktiiveihin perustuvissa, yleensä asetustasoisissa säädöksissä annetaan erilaisia numeroin tai sanallisesti ilmaistuja vaatimuksia ja tavoitteita esimerkiksi päästöjen tasosta, ympäristön laadusta tai tuotteiden (esimerkiksi polttoaineiden) koostumuksesta. Alemmanasteinen norminanto on sisällöltään ja velvoittavuudeltaan hyvin monimuotoista. Ympäristönsuojeluoikeudellisessa kirjallisuudessa on tapana erottaa toisistaan muun muassa raja-arvot, tavoitearvot, kynnysarvot, ohjearvot ja vertailuarvot, mutta alemmanasteisen sääntelyn normityypit eivät tyhjenny näihin luonnehdintoihin. Osa lakia alemmanasteisesta sääntelystä on tarkoitettu luonteeltaan sitovaksi ja sellaisenaan velvoittavaksi (eri-

⁷⁰ Aiemmin hallinnon sisäisen ohjauksen keskeisyyttä ympäristöpäätöksenteossa kuvasti 1.3.1995 asti voimassa olleen vesi- ja ympäristöhallinnosta annetun lain (24/1986) 4 §, jonka mukaan vesi- ja ympäristöhallinnon ”on päätöksenteossaan ja toiminnassaan noudatettava ympäristöministeriön tai maa- ja metsätalousministeriön antamia yleisiä ohjeita”. Säännös oli jo aikanaan poikkeuksellinen, kun siinä velvoitettiin noudattamaan ministeriöiden ei-sitovia ohjeita.

⁷¹ Ks. esim. *Kuusiniemi* 1992, s. 131–133 ja *Kumpula* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 1148.

⁷² Ks. tästä käsitteellisestä rinnastuksesta esim. *Kokko* 2003, s. 92, 150.

tyisesti raja-arvot), mutta asetuksiin sisältyy runsaasti myös vain ohjeelliseksi tarkoitettua, viranomaispäätösten kautta oikeusvaikutuksia saavaa normitusta (erityisesti ohjearvot). Vaikka kirjallisuudessa on tapana korostaa, etteivät ohjearvot ole muodollisesti sitovia (raja-arvojen tavoin), ne voivat vakiintuneen soveltamiskäytännön kautta saada ohjeluonteisuutta vahvemman normatiivisen merkityksen päätöksenteossa. Sovellettavan säännöksen luonnehdinnasta esimerkiksi akselilla määräys/ohje tai ohje-/raja-arvo ei olekaan syytä tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä niiden tosiasiallisesta merkityksestä päätöksenteossa.⁷³

Ohjearvoja käytetään ennen kaikkea ilmansuojelussa⁷⁴ ja meluntorjunnassa. Ohjearvoilla on merkitystä eri säädösten mukaisessa suunnittelussa, mutta ne vaikuttavat myös esimerkiksi ympäristölupien päästöjä koskevien lupamääräysten muotoiluun tai toimintojen sijoittamisharkintaan. Esimerkiksi kumotun meluntorjuntalain (382/1987) 9 §:n nojalla valtioneuvosto on antanut edelleen voimassa olevat päätökset melutason ohjearvoista (993/1992) ja ampumaratojen aiheuttaman melutason ohjearvoista (53/1997). Päätösten mukaiset ohjearvot ovat saaneet merkitystä ympäristöluvituksessa, kaavoituksessa ja rakennuslupapäätöksenteossa. Ohjearvoihin viitataan huomioonotettavana oikeuslähteenä myös tuomioistuintäytäntössä.⁷⁵

Tuoreena esimerkkinä ympäristönsuojelun alueella annetuista, muodollisesti lakiperusteisesta ohjeistuksesta voi mainita ympäristöministeriön YSL 95.2 §:n ja VL 21:1:n (88/2000) nojalla antaman ”Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohjeen”. Säännöksissä ministeriö valtuutetaan antamaan ”valvontaviranomaisille yleisiä ohjeita” lain noudattamisen valvonnasta. Ohje on julkaistu ministeriön julkaisusarjassa. Ohjeessa esitetään muun muassa ruoppausmassojen läjityskelpoisuuden arvioinnin avuksi laaditut haitallisten aineiden ohjeelliset laatuksiteerit ruoppausmassojen läjittämiseksi.⁷⁶ Ohjeessa korostetaan, ettei kriteereitä ole tarkoitettu käytettäväksi normi-

⁷³ Ks. *Vihervuori* 1998, s. 222–228 ja *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 67 ja 1148–1165.

⁷⁴ Ks. ilmansuojelulain (67/1982, kumottu) nojalla annetuista ohjeista, niiden oikeusvaikutuksista ja soveltamiskäytännöstä aiemmin *Kuusiniemi* 1992, s. 370–375, 390–392, 419–422. Ympäristönsuojelulainsäädännön voimaannapantosta annetun lain (113/2000) 3 §:n mukaan ilmansuojelulain nojalla annetut, valtioneuvoston päätöksiin sisältyvät ohjeet jäävät voimaan, kunnes toisin säädetään.

⁷⁵ Esimerkiksi ratkaisussa *KHO 2004:72* todetaan, että louhintatoiminnasta aiheutuvien melupäästöjen rajoittamistarvetta arvioitaessa on ”muun ohella otettava huomioon” valtioneuvoston päätöksen 993/1992 mukaiset ohjearvot.

⁷⁶ *Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje* 2004, s. 22–25.

luonteisesti.⁷⁷ Vaikka ohje on annettu lain noudattamisen valvontaa ajatellen, käytännössä ohjeeseen sisältyvillä numeerisilla laatuksenteoreilla on keskeinen merkitys myös lupapäätöksenteossa. Esimerkiksi ympäristölupavirastot näyttävät viittaavan ohjeeseen myös lupapäätöstensä eräänä perusteena⁷⁸.

Myös kaavoitus- ja rakentamisoikeuden alueella ministeriö antaa laajasti lakia ja asetusta täydentäviä *rakennusteknisiä määräyksiä ja ohjeita*. Ne muodostavat Suomen rakentamismääräyskokoelman. MRL 13.2 §:n mukaan määräykset ovat velvoittavia. Säännöksen mukaan ohjeet eivät ole velvoittavia, ”vaan muitakin kuin niissä esitettyjä ratkaisuja voidaan käyttää, jos ne täyttävät rakentamiselle asetetut vaatimukset.”

YSL:n ja MRL:n yksilöityihin valtuussäännöksiin perustuva ohjeistus on muodollis-juridisesti ongelmatonta (sikäli kuin muodolliseen normihierarkiaan katsotaan voivan sisältyä ohjeellisia oikeusnormeja). Haaste on vain tällaisten ohjeiden ei-velvoittavan luonteen tunnistaminen yksittäisessä soveltamistilanteessa. Soft law -teeman kannalta on syytä kiinnittää huomiota erikseen sellaiseen ministeriöiden tai muiden viranomaisten tuottamaan aineistoon, jota ei ole tarkoitettu sovellettavaksi norminluonteisesti, mutta jolla tosiasiallisesti voi olla viranomaispäätöksentekoon ja ainakin välillisesti myös yksityisten oikeudelliseen asemaan ulottuvia vaikutuksia.

Kiinnitän tässä huomiota sellaiseen ohjeistuksen luonteeseen ja vastaavaan aineistoon, joka sisältää tosiasiallisesti luonteeltaan lainsäädäntövallan alaan kuuluvaa sääntelyä. Kiinnostuksen kohteena eivät ole toimeenpanovallan alaan kuuluvat hallinnolliset määräykset esimerkiksi säädösten täytäntöönpanosta tai asioiden teknisestä käsittelystä. Lainsäädäntö- ja toimeenpanovallan alaan kuuluvan ohjauksen erottaminen toisistaan ei kuitenkaan aina ole käytännössä mahdollista.⁷⁹

⁷⁷ *Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje* 2004, s. 7.

⁷⁸ Ks. esimerkiksi Länsi-Suomen ympäristölupaviraston VL:n mukaisen lupapäätöksen Dnro LSY-2004-Y-67 (29.3.2005) perusteluita. Päätöksessä oli kyse Loviisan väylän ja satamaltaan ruoppauksesta ja ruoppausmassojen läjittämisestä mereen.

⁷⁹ Ks. myös *Länsineva* (1995, s. 282–283), jossa ei-sitovan, lakiin perustumattoman rantojen suojeleuohjelman katsotaan sijoittuvan ”kokonaisuudessaan toimeenpanovallan piiriin”, koska ohjelma ”ei sisällä määräyksiä, joita olisi aihetta pitää sitovina oikeusnormeina. Kysymys on hallinnollisen ohjauksen kategoriaan kuuluvasta päätöksestä, jonka valtioneuvosto on antanut hallinnollisen yleistöimivaltansa perusteella.” En tässä esityksessä seuraa Länsinevan oikeusvaltiollisiin lähtökohtiin perustuvaa, sinällään hyväksyttävää korostusta. Tämä tarkoittaa vain sitä, ettei toimeenpano-/lainsäädäntövalta -erottelu toimi tässä esityksessä tarkastelun kiintopisteenä. Jos toimeenpanovallan piiriin muodollisesti kuuluvalla hallinnollisella ohjauksella tosiasiallisesti on normatiivista merkitystä, *lainsovelta-*

Tuoreena esimerkkinä hallinnon soveltamiskäytäntöjen yhtenäistämiseen ja kehittämiseen tähtäävästä hallinnon sisäisestä ohjauksesta opasmuodossa voi mainita ympäristöministeriössä laaditun oppaan ”Rantojen maankäytön suunnittelu” (2005).⁸⁰ Oppaan tavoitteena ei ole antaa yksityiskohtaisia kaavoitusohjeita, vaan ”tietoa suunnittelun lähtökohdista, mahdollisuuksista ja reunaehdoista.”⁸¹ Kun oppaan tavoite on kuitenkin parantaa kaavoituskäytäntöjä, sillä on normatiivisia tavoitteita, vaikka suunnittelussa suoraan sovellettavaksi tarkoitettuja normeja tai määräyksiä ei suoranaisesti anneta. Tämän tyyppisiin oppaisiin sisältyy tyypillisesti myös sellaisia kuvauksia hallinto- ja tuomioistuinkäytännöstä, jotka saattavat muodostua tulevaa käytäntöä ohjaaviksi. Esimerkkinä tällaisesta hallintokäytännön kuvauksesta voi mainita rantaoppaaseen sisältyvän luonnehdinnan, että hallintokäytännössä MRL 72.1 §:n rantavyöhykkeen vähimmäislevytenä on pidetty 50 metriä.⁸² Myös oppaan mitoitusperiaatteita koskevassa jaksossa esitetään tulkintoja ja esimerkkejä hallintokäytännöstä tavalla, joka on omiaan ohjaamaan myös tulevia soveltamiskäytäntöjä. Oppaassa esitetään konkreettiset esimerkit hyvistä soveltamiskäytänteistä muun muassa hallinto- ja tuomioistuinkäytännössä muotoutuneiden, oikeudellisesti jo vakiintuneiden ns. muunnetun rantaviivan periaatteen ja emättilaperiaatteen soveltamisesta.⁸³ Rantaopasta ei oikeudellisesti voida sivuuttaa vain toteamalla sen olevan oikeudellisesti sitomaton (mitä se ilman muuta on). Käytännössä opas voi muun muassa hyviä soveltamiskäytänteitä esimerkiksi nomaisesti esittelemällä saada hallintokäytännössä merkitystä soft law -tyyppisenä lähteenä.

Maankäyttö- ja rakennuslain voimaantulon 1.1.2000 jälkeen ympäristöministeriö on julkaissut laskujeni mukaan ainakin 25 erilaista opasta.⁸⁴

misen näkökulmasta tällaisen ohjauksen ei-lainsäädännölliseen luonteen korostaminen jää helposti teoretisoinniksi, vaikka tällaisella olemusluokittelulla pyrittäisiinkin esimerkiksi oikeusvaltiollisista lähtökohdista osoittamaan hallinnollisen ohjauksen hyödyntämisen normatiivisia rajoitteita. Hallinnolliseen ohjaukseen liittyviä perustuslaillisia ongelmia arvioidaan jäljempänä jaksossa 3.3. Myös Länsinevan esityksessä rantojen suojeleuohjelmalla katsotaan ohjelman muodollisesta luonteesta huolimatta olevan osin varsin velvoittavakin normatiivinen merkitys, myös yksityisten oikeudellisen aseman kannalta, ks. jäljempänä jakso 3.1.1.

⁸⁰ Oppaan oikeudellisenä perustana voidaan katsoa olevan MRL 17.1 §:ssä ympäristöministeriölle osoitettu alueiden käytön suunnittelun yleinen ohjaustehtävä.

⁸¹ *Rantojen maankäytön suunnittelu* 2005, s. 3.

⁸² *Rantojen maankäytön suunnittelu* 2005, s. 22.

⁸³ *Rantojen maankäytön suunnittelu* 2005, s. 98–101.

⁸⁴ Oppaat julkaistaan ympäristöministeriön Ympäristöopas- tai Maankäyttö ja rakennuslaki 2000 -sarjoissa ja ne ovat pääsääntöisesti saatavissa sähköisinä versioina ministeriön internetsivuilta, ks. <http://www.ymparisto.fi/> (2.4.2005).

Osa oppaista on julkilausutusti luonteeltaan yleisohjetyyppisiä. Esimerkiksi opas ”Kerrosalan laskeminen” antaa ohjeen muun muassa MRL 115 §:n kerrosalasäännöksen tulkinnasta. Oppaita on laadittu myös väljemmin ohjaustavoittein helpottamaan MRL:n säännösten tulkintaa ja yhdenmukaistamaan soveltamiskäytäntöjä.⁸⁵ Osassa oppaista on tarkoituksena teknisemmin kuvata ministeriön asetuksen mukaisten kaavamerkintöjen ja kaavamääräysten käyttömahdollisuuksia ja antaa esimerkkejä soveltamistilanteista.

Ympäristöministeriön eri osastoilla näyttäisi olevan erilaisia ohjausstrategioita, riippuen ilmeisesti siitä, miten uudesta perustuslaista (731/1999) ministeriöohjaukselle seuraavat uudet vaatimukset on sisäistetty. Kun MRL:n osalta soveltamiskäytäntöjen yhtenäistäminen näytetään hoidettavan lähinnä ministeriön julkaisemien oppaiden avulla, YSL:n osalta ministeriö näyttää käyttävän edelleen samassa tarkoituksessa myös nykyisin kyseenalaista ohjeformaattia. Ympäristöministeriö on antanut lainsäädännön tulkinnan yhtenäistämiseksi muun muassa kotieläinsuojien ympäristöluvitusta koskeneen kirjeen⁸⁶, ”Hevostallien ympäristönsuojeluohjeen 4.11.2003” (Ympäristöministeriön moniste 121) ja ”Turvetuotannon ympäristönsuojeluohjeen 19.9.2003” (Ympäristöministeriön moniste 117). Sisällöllisesti monistheet näyttäisivät olevan sellaisia, että ne olisi hyvin voitu nimetä oppaiksi, mikä nykyajattelun mukaan kuvastaisi paremmin niiden oikeudellista luonnetta. Kotieläinsuojien ympäristölupaa koskevaa kirjettä ei ole julkaistu ministeriön määräyskokoelmassa, eikä sitä ole saatavissa ministeriön internetsivuilta. Tämä on oikeusturvaongelma, kun kirjettä käytännössä käytetään ympäristölupapäätöksenteossa keskeisenä oikeuslähteenä (ks. jakso 3.2.6). Oikeudellisesti asianmukaisena opasohjauksena mainittakoon ympäristönsuojelun puolelta tuore ”Jätealan ympäristöluvat ja taloudellinen vakuus” -julkaisu, jonka tarkoituksena on yhtenäistää jätteen hyödyntämistä tai käsittelyä koskevan ympäristöluvan myöntämisen yhteydessä sovellettavan YSL:n 42.3 §:n vakuussäännöksen soveltamista ja tul-

⁸⁵ Esimerkiksi *Katja Kontion* ja *Tuomas Santasalonen* laatima ja heidän nimissään julkaistu ”Suositus paljon tilaa vaativan erikoistavaran kaupan tulkinnasta” (Maankäyttö- ja rakennuslaki 2000. Opas 2, 2000) on julkilausutusti tarkoitettu helpottamaan maankäyttö- ja rakennuslain kauppaa koskevien säännösten tulkintaa sekä yhdenmukaistamaan käytäntöjä lupa- ja kaavoitusmenettelyssä sekä valvonnassa eri puolilla maata. Oppaassa korostetaan asianmukaisesti (s. 4), ettei suositus sido lain tai asetuksen tapaan päätöksentekoa, vaan tarjoaa vain tietoa ja perusteluja lain tulkinnalle.

⁸⁶ Ympäristöministeriön kirje 18.3.2002 (YM 4/401/2002) kotieläinsuojia koskevasta ympäristöluvasta. Kirje on laadittu kotieläintuotannon ympäristöluvitusta selvittäneen työryhmän työn perusteella. Nykyisen hallinto-oikeudellisen doktriinin ja perustuslain mukaista olisi ollut tyytyä julkaisemaan vain kyseisen työryhmän mietintö.

kintaa, ja edistää näin osaltaan toiminnanharjoittajien tasapuolista kohtelua.⁸⁷ Kyseessä luonnehditaan olevan ympäristölupaviranomaisille ja toiminnanharjoittajille suunnatun ”selvityksen”⁸⁸.

Ohjaustavoite voidaan siis toteuttaa myös ministeriön tilaamalla ja mahdollisesti julkaisemalla *selvityksellä* tai *tutkimuksella*. Saastuneiden maa-alueiden selvitys- ja kunnostusprojektin (SAMASE) loppuraportti (1994) on edellä mainitun vakuusselvityksen ohella esimerkki ministeriöjohtoisen *selvitysprojektin* raportin muodostumisesta soft law -oikeuslähteeksi. Raportin tulokset on julkaistu ympäristöministeriön julkaisuna. Projektissa kartoitettiin pilaantuneiksi epäiltyjä alueita, jotka jaettiin riskiluokkiin. Tietoja on sittemmin päivitetty ja nykyisin pilaantuneiden alueiden kokonaismäärän arvioidaan olevan yli 20 000. Projektin loppuraportissa esitetään myös ohje- ja raja-arvot pilaantuneiden alueiden riskinarvioinnin perustaksi.⁸⁹ Tarkoitus on virallistaa projektissa laaditut kriteeristöt valtioneuvoston asetuksella, jota ei kuitenkaan vielä ole annettu. SAMASE-arvot ovat erityisesti viranomaispäätöksenteossa hyvin keskeisiä.⁹⁰ Kansalaisten ja toiminnanharjoittajien oikeusturvan kannalta onkin ongelmallista, ettei SAMASE-raporttia ole saatavissa sähköisessä muodossa.

Myös ministeriön tilaama ja julkaisema selvitys säädösten soveltamiskäytännöistä voi olla tietoisesti käytettävä keino ohjata lain soveltamista yhdenmukaisemmaksi. Esimerkkinä tällaisen välillisen ohjausfunktion sisältävästä selvityksestä voi mainita *Susanna Wähän* laatiman selvityksen ”Maankäyttö- ja rakennuslain soveltaminen hallintotuomioistuimissa 2001–2003”, jossa muun muassa tulee esille kuntien tekemien poikkeamispäätösten oikeudelliseen laatuun liittyviä ongelmia.

⁸⁷ Opas on ilmestynyt Ympäristöopas-sarjassa sen tekijöiden Jussi Kauppilan ja Marja-Leena Kosolan nimissä Suomen ympäristökeskuksen julkaisemana. Ks. oppaan tavoitteista tiivistelmää s. 58.

⁸⁸ *Kauppila – Kosola* 2005, s. 9.

⁸⁹ Ks. raportista esim. *Tuomainen* 2000, s. 4–8.

⁹⁰ Ks. myös tuomioistuinten osalta esimerkiksi ratkaisusta *KHO 2004:37* ilmeneviä Vaasan hallinto-oikeuden perusteluja (kohta 2.2), joissa tukeudutaan varsin suoraviivaisesti SAMASE-raporttiin: ”Vaikka maamassojen sisältämien haitta-aineiden mediaanipitoisuudet eivät hakemuksen mukaan tulisi ylittämään nk. SAMASE-raportissa esitettyjä raja-arvoja, haitta-aineiden kokonaismäärä on suuri ja koostumus erilainen verrattuna esimerkiksi Kehä I:n liikenteestä maaperään kohdistuviin päästöihin. Tämän vuoksi ja kun maamassojen korkeimmat haitta-ainepitoisuudet saattavat joltain osin ylittää raportin ohje-arvot, massojen hakemuksen mukaisesta sijoittamisesta aiheutuu muun ohessa jätelain 4 §:ssä ja 6 §:n 4 kohdassa tarkoitettua vaaraa ympäristölle.” *KHO* ei ratkaisussaan viittaa SAMASE-arvoihin (asia ratkesi lähinnä selvitysten riittävyyden arvioinnin kautta). *KHO* ei ole julkaistussa käytännössään muutoinkaan suoranaisesti tukeutunut SAMASE-arvoihin. Raportin ohje- ja raja-arvojen *ohjeellisuuteen* on otettu kantaa julkaisemattomassa ratkaisussa *KHO 29.12.2000 t. 3383*.

Ympäristöhallinnossa näytettäisiin suhtauduttavan yksityiskohtaiseen norminluonteiseen ohjeistukseen jossakin määrin aiempaa pidättyvämmiin⁹¹, kuten nykyinen hallinto-oikeudellinen doktriini ja perustuslaki edellyttävät. Ympäristönkäyttölainsäädännössä näyttää kuitenkin edelleen olevan yleistä, että uutta lakia tai lainmuutosta täsmennetään ilman erillistä, nimenomaista yksilöityä lain valtuussäännöstä *ministeriön kirjeellä tai ohjeella* nykyisen hallinto-oikeudellisen doktriinin ja perustuslain vastaisesti. Esimerkiksi kun metsälakia ja luonnonsuojelulakia täydennettiin 1.7.2004 liito-oravasäännöksillä, ympäristö- sekä maa- ja metsätalousministeriö antoivat yhteisen ohjeen lainmuutosten soveltamisesta.⁹² Ohjeessa esitetään yksityiskohtaisia tulkintoja LSL 49 §:stä. Ohjeessa muun muassa todetaan, että hakkuissa LSL 49 §:n mukaisen hävittämis- ja heikentämiskiellon huomioonottava rajausta ”voitaisiin esimerkiksi tehdä siten, että koskematta jätetään liito-oravan lisääntymiseen tai levähtämiseen käyttämästä puusta 10–15 m säteeltään oleva vyöhyke. Lisääntymis- ja levähdyspaikan koko olisi tällöin 300–700 neliometriä”. Tilannekohtaiselle soveltamisharkinnalle tilaa jättävästä väljästä sanamuodostaan huolimatta tällaiset täsmälliset luvut muodostuvat viranomaiskäytännöissä helposti päätöksenteon lähtökohdaksi. Juuri lisääntymis- ja levähdyspaikan koon kautta määrittyy, millaisia velvoitteita kyseessä olevasta säännöksestä seuraa yksityiselle maanomistajalle. Ohjetta ei ainakaan tältä osin voida luonnehtia vaikutuksiltaan vain hallinnon sisäiseksi tai vain viranomaisiin kohdistuvaksi. Oikeuskirjallisuudessa *Laakso* on osoittanut ohjeen olevan eräiltä osin luontodirektiivin (92/43/ETY), lain esitöiden ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännön vastaisen⁹³.

Varsinkin maa- ja metsätalousministeriö näyttää edelleen suosivan kirjemuotoista hallinnon sisäistä ohjausta jopa yksittäisissä, viime kädessä tuomioistuinten ratkaistaviksi kuuluvissa laintulkinnallisissa kysymyksissä. Vuoden 2001 ja 2002 myrskyjen jälkeen nousi käytännössä esille laintulkinnallinen ongelma, onko maanomistajalla velvollisuus korjata metsän hyönteis- ja sienituhojen torjunnasta annetun lain (263/1991) 5 §:n mukaisesti myrskyssä tuhoutunut puusto pois myös metsälain 10.2 ja 10.3 §:n mukaisilta erityisen tärkeiltä elinympäristöiltä, joiden ominaispiirteet on säilytettävä. Maa- ja metsätalousministeriö ohjeisti metsäkeskuksia

⁹¹ *Sahivirta ym.* YJ 2003, s. 143.

⁹² Liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikkojen määrittäminen ja turvaaminen metsien käytössä. Ohje MMM Dnro 3713/430/2003, YM Dnro YM4/501/2003. Ohjetta on myöhemmin täsmennetty allekirjoittamattomassa muistiossa YM/LUO/HSK 31.1.2005, joka on otsikoitu ”Täsmennyksiä liito-oravapäätöksiä koskevaan ohjeeseen”.

⁹³ *Laakso, T.* DL 2004, s. 1083–1084.

normiristiriidan ratkaisussa kirjeellään ”Suositus myrskytuhojen huomioon ottamisesta metsälain tarkoittamissa erityiskohteissa”.⁹⁴ Ministeriön osastopäällikön allekirjoittamassa suosituksessa ei mainita mitään lain säännöstä, johon valtuus suosituksen antamiseen perustuisi. *Laakso* onkin kiinnittänyt huomiota siihen, ettei ministeriön antamalla suosituksella voida ratkaista lainsäätönormien ristiriitaa, vaan tämä edellyttäisi eduskunnan päätöstä lainmuutoksesta.⁹⁵ Hän on myös perusteellisesti argumentoiden osoittanut suosituksessa esitetyn laintulkinnan, joka velvoittaa puiden poistamiseen myös metsälain mukaisilta erityisen tärkeiltä elinympäristöiltä, olevan lainvastainen. Toisin kuin ministeriö suosituksessaan tulkitsee, myrskyn jälkeinen tuhopuusto tulee jättää metsälain mukaiseen elinympäristöön metsälain 10.3 §:n mukaisesti.⁹⁶ Metsälainsäädännön rakenteesta johtuen normiristiriidan ratkaisemiseksi esitettyjä erilaisia tulkintoja ei ole testattu oikeuskäytännössä. Metsäkeskukset lienevät noudattaneet ministeriön suositusta.

Ohjeiden, oppaiden, kirjeiden ja suositusten ohella ohjaustavoitetta näytetään hoidettavan myös ministeriöiden virkamiesten laatimilla *muistioilla*. Ne voivat sisältää yksityiskohtaisia kannanottoja siitä, miten lakia tulisi soveltaa. Tällaisena muistio-formaatissa levitettävänä ohjeena voi esimerkiksi mainita ympäristöministeriön luonnonsuojeluosastolla laaditun allekirjoittamattoman ja julkaisemattoman paperin ”Liito-oravakorvaukset” (YM/LUO/Totry, 14.9.2004). Paperi on levinnyt laajalti hallintoon, ja käytännössä sitä sovelletaan ministeriön antamana ohjeena. Muistiosta esitetään hyvin pitkälle meneviä ja yksilöityjä tulkintoja siitä, miten LSL 53.1 §:ssä säädettyä merkityksellisen haitan korvauskynnystä olisi tulkittava. Paperissa korostetaan kynnyksen tulevan ”aina määriteltäväksi tapauskohtaisesti”, mutta toisaalta todetaan haitan, joka on 5–8 % käyttöyksikön arvosta, olevan merkityksellistä. Paperissa todetaan myös, että jos ”haitan määrä on 4000–5000 euroa tai sitä suurempi, voidaan sitä pitää merkityksellisenä, vaikka se olisikin alle 5 % käyttöyksikön arvosta”.⁹⁷

On selvää, että *liito-oravaohje*, *liito-oravakorvausmuistio* tai *myrskytuho-suositus* eivät ole oikeudellisesti ympäristö- tai metsäviranomaisia velvoittavia. Ohjeissa esitettyjen tulkintojen oikeuslähdeopillinen merkitys

⁹⁴ Maa- ja metsätalousministeriö, metsäosasto, 8.2.2002, Dnro 594/621/2002.

⁹⁵ *Laakso*, T. Edilex 2003, s. 11.

⁹⁶ *Laakso*, T. Edilex 2003 passim ja *sama* YJ 2003, erit. s. 110–112.

⁹⁷ Ks. muistiosta myös *Suvantola* (YJ 2005, s. 65–66), jonka mukaan ”[m]uistiolla ei ole oikeudellista asemaa, eikä ilman laissa olevaa valtuutusta merkityksellisen haitan määräämistä voida antaa määräyksiä tai ohjeita”.

on korkeintaan sama kuin oikeuskirjallisuudessa esitettyjen argumenttien. Esimerkiksi liito-oravapykälien tulkinnan osalta ministeriöiden antamalla ohjeella tai ministeriön muistiolla on muodollisesti sama oikeudellinen velvoittavuus kuin edellä mainituilla Laakson tutkijana oikeuskirjallisuudessa esittämällä, ohjeesta poikkeavilla tulkinnoilla.

Korkein hallinto-oikeus viittaa ratkaisujensa perusteluissa hyvin pidettyväisesti muodollisen normihierarkian ulkopuoliseen, hallinnollisen ohjauksen muodossa annettuun soft law -aineistoon. Hallinnolliseksi ohjaukseksi luonnehdittavan aineiston oikeuslähdeopillinen merkitys poikkeaa edellä käsitellyistä luonnontieteellisistä ja muista inventoinneista, joihin myös KHO usein suoraan viittaa päätöksenteossa huomioonotettavana selvitysaineistona (ks. edellä jaksossa 2.3 esitettyjä esimerkkejä tuomioistuinkäytännöstä). Hallinnollisella ohjeistuksella voi kyllä tosiasiallisesti olla myös tuomioistuinpäätöksenteossa merkitystä, vaikka ohjeisiin ei viitattaisikaan ratkaisujen perusteena. Toisaalta uuden perustuslain jälkeisel-täkään ajalta ei juuri näytä olevan sellaisia julkaistuja KHO:n linjaratkaisuja, joissa hallinnollisen ohjauksen muodossa annetun aineiston ohjeellisuutta ja ei-sitovuutta olisi erikseen korostettu. Tätä voi pitää ehkä hiukan yllättävänä, kun muodollisesti ei-velvoittavaa hallinnollista ohjeistusta hyödynnetään viranomaispäätöksenteossa laajalti oikeuslähteenä varsin kaavamaisesti ja muodollisesti (ks. tarkemmin jakso 3.2.6).

Yhden tuoreen esimerkin ohjeiden ei-sitovaa luonnetta korostavasta KHO:n ennakkopäätöksestä voi kuitenkin esittää. Viehekalastusmaksujen jakoa koskeneessa ratkaisussa *KHO 2005:34* arvioitiin myös vuosikirjaotsikon tasolla, mikä oikeudellinen merkitys on annettava maa- ja metsätalousministeriön TE-keskusten kalatalousyksiköille osoittamalle, ohjeeksi nimetylle kirjeelle (ks. myös *KHO 7.6.2005 t. 1364 LRS*). Kirjeen mukaan TE-keskusten tulee jakaa siinä mainitut määrärahat kalastusalueittain kirjeeseen liitetyn Riista- ja kalatalouden tutkimuslaitoksen (RKTL) ”Kuinka Suomi kalastaa 2001” -tutkimuksen perusteella. KHO korostaa perusteluissaan, että maa- ja metsätalousministeriön ohjeella varojen jaon perusteita kalastusalueiden kesken *ei ole voitua sitoa* yksinomaan mainittuun selvitykseen. Varojen jaon perusteista säädetään kalastuslaissa (286/1986). Kalastuslain 89.1 a §:n (1045/1996) mukaan viehekalastusmaksuina kertyneet varat jaetaan, valtiolle maksun kannosta ja varojen jakamisesta aiheutuneilla kuluilla vähennettynä, kalenterivuositain jälkikäteen kalavesien omistajille korvauksena heidän omistamiensa kalavesien käyttämisestä viehekalastukseen. Pykälän 4 momentin mukaan viehekalastusmaksuina kertyneitä varoja kalavesien omistajille jaettaessa on otettava huomioon vesialueeseen kohdistuva viehekalastusrasitus. Vaikka KHO ei perusta päätöstään ministeriön ohjeeseen, RKTL:n mainittu selvitys otetaan ratkaisussa pää-

töksenteon erääksi lähtökohdaksi. Oikeudellisesti olennaista on, että KHO arvioi selvityksen riittävyttä laadullisesti kalastuslain 89 a §:ssä säädettyjen jakokriteerien näkökulmasta. Asian voi ilmaista myös siten, että selvitys otetaan lainsäädäntöön perustuvan aineellisen ja laadullisen hyväksyttävyyssarvioinnin kohteeksi. Johtopäätöksenään KHO toteaa tältä osin: ”Sellaisia seikkoja ei kuitenkaan ole ilmennyt, joiden perusteella selvityksen luotettavuutta olisi syytä epäillä tai sen tarkkuutta olisi syytä pitää riittämättömänä, kun otetaan huomioon jakamispäätöksen tarkoitus ja luonne.” RKT:n selvitykseen ja ministeriön ohjeeseen suoraan perustuva TE-keskuksen varojen jakopäätös katsotaan ratkaisussa kalastuslain mukaiseksi. Ratkaisun perusteluissa annetaan kuitenkin tärkeä viesti siitä, että TE-keskuksen päätöksen perustelut olivat ministeriön ohjeeseen tukeutumisen osalta oikeudellisesti kestävämmät: viranomaispäätöksiä ei voida perustaa suoraan tällaisiin ministeriöiden ohjeisiin tai asiassa hyödynnettyyn lakiin perustumattomaan selvitykseen ilman tällaisen aineiston sisällöllistä riittävyys- ja hyväksyttävyyssarviointia sovellettavien säännösten näkökulmasta.

2.5 Eurooppaoikeudellinen soft law

Kansallisen oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta eurooppaoikeudellinen soft law -aineisto on yhä tärkeämpää. Kotimaisessa ympäristöoikeustutkimuksessa eurooppaoikeudellisen soft law’n oikeuslähteopillista asemaa ja merkitystä ei ole vielä kovin laajalti tunnistettu⁹⁸, vaikka soft law -tyyppisiin EU-aineistoihin vakiintuneesti jo viitataan sekä oikeuskirjallisuudessa että tuomioistuinkäytännössä.

Direktiivejä täsmentävä ohjeistus on esimerkki ympäristöoikeudellisessa laintulkinnassa yhä laajemmin käytettävästä eurooppaoikeudellisesta soft law’sta. Komissio on antanut esimerkiksi tulkintaohjeen luontodirektiivin 6 artiklan tulkinnasta.⁹⁹ Kirjallisuudessa tulkintaohjetta käytetään vakiintuneesti oikeuslähteenä.¹⁰⁰ Myös korkein hallinto-oikeus viittaa suoraan komission antamiin erilaisiin direktiivien tulkintaohjeisiin ratkaisujensa perusteluissa, toki korostaen niiden ei-sitovaa luonnetta. Esimerkiksi Natura 2000 -verkoston heikentämiskieltoa koskevassa ratkaisussa KHO

⁹⁸ Ks. kuitenkin *Herler* DL 2003, s. 868–870, jossa soft law -käsitettä hyödyntäen arvioidaan komission valtioneuvoston liittyvien suuntaviivojen (guidelines) oikeudellista luonnetta pilaantuneiden maa-alueiden julkisin varoin tapahtuvaan puhdistamiseen liittyvässä yhteydessä.

⁹⁹ Natura 2000 -alueiden suojelu ja käyttö – Luontodirektiivin 92/43/ETY 6 artiklan säännökset. Luxemburg 2000.

¹⁰⁰ Ks. esim. *Suvantola* 2003, s. 38–63 useissa kohdissa.

2002:48 viitataan muun muassa mainittuun luontodirektiivin 6 artiklan tulkintaohjeeseen asiassa lakien ja direktiivin ohella sovellettuna oikeusohjeena (ohjeisiin viitataan ratkaisun kohdassa 8.2.2, joka on otsikoitu ”Luonnonsuojelulain sekä luonto- ja lintudirektiivien säännökset”). Perusteluissa todetaan, että ratkaisussa hyödynnetyt komission ohjeet ”kuvastavat vain komission yksiköiden mielipidettä, eivätkä ne ole luonteeltaan sitovia”.

Juridisen harkinnan apuvälineinä käytettäviksi tarkoitetut tulkinnalliset soft law -instrumentit (interpretative and decisional instruments) ovat eurooppaoikeudessa olleet käytössä jo 1960-luvulta alkaen. *Senden* systematsoi eurooppaoikeudellista soft law’ta koskevassa tutkimuksessaan lainsoveltamisen kannalta relevantit soft law -instrumentit seuraaviin ryhmiin: ”administrative rules”, ”interpretative communications and notices”, ”decisional notices and communications” ja ”decisional guidelines, codes and frameworks”.¹⁰¹ Myös tutkimuksessa ohjausinstrumenteiksi (steering instruments) luonnehdituilla soft law -asiakirjoilla, kuten komission tai neuvoston suosituksilla (recommendations) voi olla laintulkinnallista merkitystä.¹⁰²

Myös ympäristöoikeuden alueella lähinnä komissio on tuottanut laajasti erilaisia ohjeita, suosituksia, suuntaviivoja, oppaita ja manuaaleja direktiivien ja asetusten soveltamisen apuvälineiksi. EY-oikeuteen perustuvilla ympäristöoikeuden osa-alueilla tällainen aineisto voi käytännössä olla myös kansallisessa ympäristöpäätöksenteossa hyvin tärkeää. Esimerkiksi ympäristövaikutusten arviointimenettelyn eri vaiheiden käytännön toteuttamisessa käytetään vakiintuneesti komission oppaita ja tarkistuslistoja.¹⁰³

Eurooppaoikeudellinen soft law kattaa kuitenkin, jos käsite ymmärretään laajasti, paljon myös sellaista aineistoa, jolla ei tässä esityksessä huomion kohteena olevassa kansallisessa lainsoveltamisessa ole juurikaan merkitystä. Edellä on jo (jaksossa 2.2) mainittu EU:n ympäristöohjelmat ja jäljempänä (jakso 2.7) itsesääntelyn käsittelyn yhteydessä tulee vielä esille eräitä EU-instrumentteja (muun muassa ympäristösopimukset). *Senden* korostaa eurooppaoikeudellisen soft law’n koostuvan hyvin epäyhdenäisestä, suorastaan sekavasta joukosta muodollisesti ei-velvoittavaa aineistoa.¹⁰⁴ Ju-

¹⁰¹ *Senden* 2004, s. 138–155.

¹⁰² Mts. 155–218, ks. eurooppaoikeudellisen soft law’n merkityksestä jäsenvaltioiden kansallisessa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa kootusti s. 404–407, 436–449.

¹⁰³ Komissio on tuottanut YVA-direktiivin (85/337/EY) soveltamisen apuvälineeksi neljä dokumenttia, ks. <http://www.europa.eu.int/comm/environment/eia/eia-support.htm> (18.6.2005). Ks. komission ohjeistuksesta myös *Pölonen* 2004, s. 96–97.

¹⁰⁴ *Senden* 2004, s. 23, 499–501.

ridisessa harkinnassa käytettävistä tulkinnallisista soft law -instrumenteista voidaan erottaa esimerkiksi lainsäädännön valmisteluasiakirjat ja poliittiset ohjelma-asiakirjat.¹⁰⁵

2.6 Standardisointi

Olen tässä esityksessä tietoisesti välttänyt standardi-käsitteen käyttöä sen monitulkintaisuuden vuoksi. Käsitteellä tarkoitetaan yleensä ympäristö-oikeuden alueella joustavien normien konkretisoinnissa ja soveltamiskäytäntöjen yhtenäistämiseksi käytettäviä, luonnontieteellisiä ja teknisiä normeja, jotka annetaan lakia alemmanasteisissa säädöksissä.¹⁰⁶ Käsitteellä viitataan erityisesti erilaisiin mitattaviin suureisiin ja yksilöityihin tekniisiin vaatimuksiin.¹⁰⁷ Standardit voivat olla oikeudellisesti joko velvoittavia (raja-arvot) tai vain ohjeellisia.

Standardi on hankala käsite ympäristöoikeuden oikeuslähdeopin kannalta, koska sillä on yleisessä oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa aivan toisenlainen merkityssisältö kuin ympäristöoikeuden piirissä. Oikeusteorian perusoppikirjoissa viitataan usein tulkintastandardeihin, joilla tarkoitetaan lakitekstien merkityssisällön selvittämisessä hyödynnettävää menetelmällistä välineistöä.¹⁰⁸ Standardeilla voidaan myös viitata oikeusnormien välisten loogisten ristiriitojen ratkaisuperusteisiin.¹⁰⁹ Standardeilla voidaan myös tarkoittaa väljiä ja tulkinnanvaraisia oikeusohjeita ja oikeusperiaatteita.¹¹⁰ Käsitteistö ei näytä vakiintuneelta. Parasta olisi siis ehkä pyrkiä välttämään koko käsitettä ympäristöoikeuden oikeuslähdeopista puhuttaessa. Käytän käsitettä tässä suppeasti tarkoittamaan konkreettista standardisoimistoimintaa.

¹⁰⁵ Mts. 118–119.

¹⁰⁶ Tässä merkityksessä standardi -käsitettä käyttää esimerkiksi *Kumpul* teoksessa *Kuusi-niemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 1148–1149. Ks. standardi-käsitteen käyttöyhteyksistä ja sen monitulkintaisuudesta laajasti *Vihervuori* 1998. Ks. standardeista laajasti myös *Kokko* 2003, s. 94, 147–150, 283–285, jossa standardeja tarkastellaan (strategioiden ja instrumenttien ohella) biodiversiteettioikeudellisen ohjauksen keskeisenä välineenä. Myös *Kokolla* standardikäsitteen lähtökohtana on käsitteen ympäristönsuojeluoikeudellinen merkityssisältö. Hänen mukaansa (s. 284) standardeja voidaan käyttää myös biologisten luonnonvarojen suojelun ja kestäväen käytön ohjauksessa. Tämä edellyttää kuitenkin ensin luonnon ”standardisointia” (ks. myös s. 149).

¹⁰⁷ *Vihervuori* 1998, s. 221.

¹⁰⁸ Ks. esim. *Tuori* 2003, s. 43, 50–55.

¹⁰⁹ *Tuori* 2003, s. 43, 55–59.

¹¹⁰ *Tolonen* 2003, s. 3, 49.

Esillä olevan soft law -teeman kannalta kiinnostavaa on erityisesti sellainen standardien tuottamistoiminta, joka tapahtuu julkisen norminasettamisvallan ulkopuolella. Sekä yksityisten standardisointiorganisaatioiden että julkisten asiantuntijaorganisaatioiden tuottama, hyvin yksityiskohtainen, yleensä alakohtainen tekninen standardointi on oikeudellisesti yhä tärkeämpi soft law -aineistojen muotoutumisen perusta.¹¹¹ Tällaisilla normihierarkian ulkopuolisilla standardeilla voi olla merkitystä myös viranomais- tai tuomioistuinpäätöksenteossa sovellettavana aineistona, vaikka muodollisesti olisikin kyse puhtaiksi ”yksityisiksi” normeiksi (private norm)¹¹² luonnehdittavasta aineistosta.

Erilaisia mittaus-, määrittämis-, analyysi- ja näytteenottomenetelmiä koskevilla standardeilla on läheinen yhteys ympäristösäädösten ja -päätösten valvontaan ja tarkkailuun, jopa siten, että laissa annetaan valtioneuvostolle tai ministeriölle toimivalta määrätä käytettävästä menetelmästandardista.¹¹³ Ympäristöministeriö voi esimerkiksi YSL 108 §:n mukaan asetuksella säätää muun muassa mittaus- ja testausmenetelmistä, standardeista ja laskentamalleista, joita on käytettävä YSL:n ja sen nojalla annettujen säännösten soveltamisessa.¹¹⁴ Lakia alemmanasteisissa säädöksissä voidaan siis (lakiin perustuvan valtuutuksen nojalla) antaa normatiivista merkitystä esimerkiksi standardisoimistoimintaa harjoittavien itsenäisten järjestöjen laatimalle aineistolle, esimerkiksi standardisoimisjärjestö ISO:n standardeille.¹¹⁵ Erilaisten järjestöjen tuottamilla standardeilla on lakiperusteisesti suuri merkitys myös tuotesääntelyssä, esimerkiksi rakentamiseen käytettävien tuotteiden vaatimustenmukaisuuden osoittamisessa.¹¹⁶

¹¹¹ Ks. standardien erilaisista tuottamisprosesseista *Vihervuori* 1998, s. 222, 229–233.

¹¹² Käsitettä käyttää *Rehbinder* 1996, s. 255.

¹¹³ *Vihervuori* 1998, s. 231, 233.

¹¹⁴ Ks. myös jätelain 75 §, jonka mukaan ympäristöministeriö voi muun muassa määrätä tai hyväksyä jätelain ja sen nojalla annettujen säännösten ja määräysten soveltamiseksi tarvittavat standardit.

¹¹⁵ Ks. esimerkiksi valtioneuvoston asetus (801/2004) Euroopan yhteisön edellyttämistä meluselvityksistä ja meluntorjunnan toimintasuunnitelmista. Asetuksen 3 §:ssä melun yleistä häiritsevyyttä kuvaavan tunnusluvun laskemisessa tarvittavat keskiäänitasot edellytetään määritettävän säännöksessä yksilöidyn ISO-standardin mukaisesti. Ks. myös valtioneuvoston asetus (621/2001) ulkona käytettävien laitteiden melupäästöistä, jonka 2 §:ssä ääniteho-taso määritellään viitaten yksilöityihin EN ISO -standardeihin.

¹¹⁶ Ks. laki rakennustuotteiden hyväksynnästä (230/2003). Lain 3 §:n mukaan valmistaja osoittaa tuotteeseen kiinnitettävällä CE-merkinnällä sen, että tuote täyttää esimerkiksi CENin (Comité Européen de Normalisation) tai CENELECin (Comité Européen de Normalisation Electrotechnique) EY-komission toimeksiannosta laatiman ja hyväksymän rakennustuotetta koskevan standardin tekniset vaatimukset tai että tuotteelle on myönnetty eurooppalainen tekninen hyväksyntä. EY-oikeuteen perustuva sääntely liittyy läheisesti maankäyttö- ja rakennuslakiin. Ks. myös *Vihervuori* 1998, s. 231.

2.7 Itsesääntely

Ei-suvereenien norminasettajien tuottamalla aineistolla on erityisesti uusilla sääntelyalueilla, kuten geenitekniikkaa hyödynnettäessä, ollut suuri merkitys ennen sitovien oikeudellisten normien asettamista ja sittemmin niiden rinnalla. Tällaista aineistoa syntyy paitsi kansainvälisessä yhteistyössä erilaisten sopimusjärjestelmien piirissä myös kansainvälisesti ja kansallisesti alakohtaisessa toimijoiden yhteistoiminnassa. Itsesääntelynä (self-regulation) syntyneet normistot ovat tyyppillistä soft law -aineistoa.¹¹⁷

Kansainvälisessä kirjallisuudessa soft law näytetään (kun halutaan korostaa eroa muodollisesti velvoittavaan hard law:n) joskus määriteltävän suppeasti siten, että sillä tarkoitetaan erityisesti sellaisia normistoja, joiden syntymiseen julkinen valta ei osallistu.¹¹⁸ Ympäristöoikeudellisesti näin suppea soft law -käsite ja vapaaehtoisuuden korostaminen soft law'n yhteydessä olisi ongelmallista, varsinkin jos soft law'ta tarkastellaan oikeudellisen ratkaisun tekemisen näkökulmasta. Ympäristöoikeudellista itsesääntelyä koskevassa kirjallisuudessa korostetaan, että sellainen ”puhdas” yksityinen itsesääntely, jossa viranomaiset tai hallinto eivät lainkaan olisi mukana, on varsin harvinaista. Julkinen valta on yleensä jollakin tavalla kannustamassa tai luomassa puitteita alakohtaiselle itsesääntelylle ja muille vapaaehtoisuuteen perustuville ympäristöohjauksen muodoille.¹¹⁹ Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa ilmiötä kutsutaan *ohjatuksi itsesääntelyksi*. Puhtaan itsesääntelyn ohella julkisen vallan mukanaolon intensiiviteetin perusteella kirjallisuudessa erotetaan säännelty itsesääntely ja itse-sääntely julkisoikeudellisen sääntelyn puitteissa.¹²⁰

¹¹⁷ Ks. myös *Howells – Wilhelmsson* 1997, s. 327, jossa ei-sitovina (non-binding) normeina tarkastellaan soft law -käsitettä hyödyntäen lähinnä alakohtaisia kuluttajaoikeudellisia itsesääntelynormistoja.

¹¹⁸ Vapaaehtoisuus ja julkisen vallan puuttumattomuus korostuu esim. *Kirtonin – Trebilcockin* (2004, s. 9) esityksessä: ”in a soft law regime, the formal legal, regulatory authority of governments is not relied upon and may not even be contained in the institutional design and operation.” Toisaalta he kyllä toteavat voivan olla hyödyllistä ”to conceive of the hard law–soft law duality as a continuum rather than a dichotomy”. Kyseisessä esityksessä soft law nähdään tarpeelliseksi kuitenkin määritellä täsmällisemmin ja suppeammin. Tästä huolimatta heidänkin esityksessään soft law määrittyy varsin monimuotoiseksi, ja myös julkisen vallan myötävaikutusta arvioidaan teoksessa lähimmin analysoitavien vapaaehtoisten standardien (voluntary standards) luomisessa ja epämuodollisten instituutioiden (informal institutions) toiminnassa.

¹¹⁹ Ks. kuluttajaoikeudellisen soft law'n kannalta myös *Tala* JFT 1986, s. 127–128, 138, jossa samoin korostetaan viranomaisten mukanaoloa soft law'n muotoutumisessa ja eroa varsinaisiin ei-oikeudellisiin kuluttajapolitiikan keinoihin.

¹²⁰ Ks. *Rehbinder* 1996, s. 241–244, *Gunningam – Grabosky* 1998, s. 50–56 ja *Kumpula* 2002, s. 179–182.

Esimerkiksi *Gunningham* ja *Grabosky* tarkastelevat keskeisessä teoksessaan ”Smart Regulation” (1998) ympäristöohjauksen muotona itsesääntelyn (self-regulation) ohella erikseen muun muassa (pakottomaan) vapaaehtoisuuteen perustuvaa voluntarismia (joka sekin usein perustuu julkisen vallan talouteellisuuteen ja koordinointiin) erilaisia vapaaehtoisesti käyttöön otettavia informaatio-ohjauksen muotoja (esimerkiksi ympäristömerkit tai ympäristöraportointi). Kaikissa näissä (kuten myös taloudellisessa ohjauksessa) julkinen valta on yleensä jollakin tavalla osallisena. Julkisen vallan roolin minimoimiseen perustuvaa ympäristöohjauksen mallia he tarkastelevat ”free market environmentalism”-suuntauksen kautta.¹²¹ Sen merkitys on varsinkin Euroopassa jäänyt käytännössä hyvin vähäiseksi, vaikka poliittisessa keskustelussa ajateltavan piirteitä onkin nähtävissä.

Ympäristöpolitiikan ohjaukskeinoja koskevassa kirjallisuudessa itsesääntelynä käsitellään vaihtelevaa joukkoa erilaisia ympäristöohjauksen muotoja. Käsite ei ole sisällöltään vakiintunut. Itsesääntely tulee usein mainituksi ympäristöpolitiikan ohjaukskeinoja koskevassa tutkimuksessa yleistä perusjaottelua oikeudellis-hallinnollisiin, taloudellisiin ja informatiivisiin ohjaukskeinoihin täydentävänä eräänlaisena jäännöseränä.¹²² Monilta osin itsesääntely on luonteeltaan informaatio-ohjausta, mikä käsitteellisesti suuntaa tällaisen aineiston merkityksen lähtökohtaisesti muille yhteiskunnallisen ja yksilöiden toiminnan areenoille kuin tässä esillä olevaan oikeudelliseen ratkaisutoimintaan.

Itsesääntely erotetaan EU-asiakirjoissa *yhteissääntelystä* (co-regulation), kun halutaan tehdä selvä ero niiden instrumenttien välillä, joissa EU (käytännössä komissio) on muodollisesti jollakin tavoin osallisena verrattuna instrumentteihin, joiden muotoutumiseen se ei muodollisesti osallistu.¹²³ Erottelu ei ohjaukskeinokirjallisuudessa ole kovin laajalti käytössä. Eurooppaoikeudessa erottelu on merkityksellinen yhteisön kompetenssin kannalta. EU:n oikeusjärjestyksen erityispiirteiden vuoksi käsite ei sellaisenaan välttämättä ole siirrettävissä kansalliselle tasolle.¹²⁴ Poliittisessa keskustelussa ympäristöpolitiikan ohjaukskeinojen kehittämisen painopiste näyttäisi olevan EU:ssa siirtymässä julkisen ja yksityisen sääntelyn te-

¹²¹ *Gunningham – Grabosky* 1998, s. 50–69, 83–88.

¹²² Ks. ohjaukskeinokäsitteistöä ympäristöoikeuden yleisten oppien keskeisenä rakenneosana *Määttä* 2004a. Ks. systematisoivasti itsesääntelystä esim. *Rehbinder* 1996, s. 245–266, jossa ovat esillä tekstissä mainittujen ohjausmallien ohella muun muassa ympäristömerkit ja elinkaarianalyysit.

¹²³ Ks. esim. KOM (2002) 412 final, s. 7–9 ja *Komission kertomus eurooppalaisesta hallintotavasta* 2003, s. 23–24.

¹²⁴ Tähän kiinnittää huomiota myös *Eijlander* EJCL 2005, s. 7.

hokkaaseen yhdistämiseen sääntelyn vähentämispyrkimysten ja vapaaehtoisuuskorostuksen sijasta¹²⁵.

Yhteissäätelyksi on katsottu muun muassa komission suositusten (recommendations) muodossa institutionalisoidut sopimukset autoteollisuuden kanssa henkilöautojen energiatehokkuudesta. Sopimuksilla euroopalaiset, japanilaiset ja korealaiset autonvalmistajat sitoutuivat 2000-luvun alussa vähentämään CO₂-päästöjä uusissa autoissa 25 prosentilla seuraavan kymmenen vuoden aikana.¹²⁶ Tällaisen yksittäistä kansalaista tai toiminnanharjoittajaa laajemman *sopimusohjauksen* katsotaan usein soveltuvan erityisen hyvin ympäristöpolitiikan keinovalikoimaan, ja määrällisesti tällaisia sopimuksia voidaan kansalliselta tasolta Euroopastakin osoittaa sadoittain.¹²⁷ Toistaiseksi sopimusohjauksen merkitys on varsinkin EU-tasolla käytännössä kuitenkin jäänyt varsin vähäiseksi¹²⁸.

Kaikilla muodollisen normihierarkian ulkopuolella muotoutuvilla, esimerkiksi itsensäätelyksi kirjallisuudessa luonnehdituilla ympäristöohjauksen malleilla ei siis ole kovin suurta merkitystä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Lainsoveltamisessa hyödynnettävänä lähteistönä ei juurikaan ole merkitystä esimerkiksi *metsäsertifiointijärjestelmillä* (FSC, FFCS/PEFC), vaikka niillä metsäalan toimintojen ohjauksena lieneekin yhä suurempi merkitys. Myös metsäsertifiointijärjestelmiä on tapana luonnehtia *sof law* -käsitteistöä hyödyntäen¹²⁹, mutta näkökulma on tällöin yleensä enemmän sääntelyteoreettinen kuin oikeuslähdeoppiin liittyvä.

Myös vapaaehtoisten *ympäristöjohtamisjärjestelmien* (ennen kaikkea EMAS ja ISO 14001) suoranainen oikeuslähdeopillinen merkitys lainsoveltamisessa hyödynnettävänä tulkinta-aineistona on suhteellisen vähäinen, vaikka nämäkin järjestelmät yrityksen näkökulmasta monella tavoin linkittyvät myös muodollisen sääntelyn edellyttämiin toimintoihin, esimerkiksi ympäristöluvitukseen.¹³⁰ Vapaaehtoinen ympäristöasioiden hal-

¹²⁵ Ks. *van Gestel* EJCL 2005, s. 1–2.

¹²⁶ Ks. autoteollisuuden kanssa tehdyistä kolmesta vapaaehtoisesta sopimuksesta laajemmin http://europa.eu.int/comm/environment/co2/co2_agreements.htm (18.6.2005).

¹²⁷ Ks. *KOM (2002) 412 lopull.*, s. 4.

¹²⁸ Ympäristösopimusten käytön laajentamista koskevassa komission tiedonannossa *KOM (2002) 412 lopull.*, s. 13–14 komission arvioidaan toimikaudellaan käsittelevän todennäköisesti enintään 4–6 ympäristösopimusta. Sopiviksi alueiksi mainitaan ennen kaikkea PVC-strategia ja yhdennetty tuotepolitiikka.

¹²⁹ Ks. esim. *Bernstein – Cashore* 2004, s. 37.

¹³⁰ Ks. ympäristöjohtamisjärjestelmistä ja niiden yhteyksistä muodollisesti velvoittavaan ympäristölainsäädäntöön esim. *Gunningham – Grabosky* 1998, s. 172–266 ja *Kumpula* 2002, s. 193–200. Ks. EMAS-järjestelmän merkityksestä ympäristöohjauksen muotona sääntelyteoreettisesta näkökulmasta myös *van Gestel* EJCL 2005, s. 2–25.

linto- ja johtamisjärjestelmä EMAS on myös lainsäädännöllisesti linkitetty osaksi ympäristönsuojelulainsäädäntöä. Järjestelmä perustuu EY-asetukseen (761/2001/EY)¹³¹, jonka 10 artiklan 2 kohdan mukaan jäsenvaltioiden olisi harkittava, miten EMAS-järjestelmään rekisteröinti voidaan ottaa huomioon ympäristölainsäädännön täytäntöönpanossa ja noudattamisessa, jotta vältettäisiin sekä organisaatioiden että viranomaisten työskentelyn tarpeeton päällekkäisyys. Kansallisessa lainsäädännössä tämä linkitys on toteutettu ympäristönsuojeluasetuksen (169/2000, YSA) 9.2 §:n 11 kohdassa ja 19.3 §:ssä, joiden voi tulkita mahdollistavan yrityksen käytössä olevien ympäristöjärjestelmien huomioon ottamisen myös ympäristölupaharkinnassa.

Itsesääntelyyn liittyviä ulottuvuuksia on myös ympäristönsuojeluoikeudessa keskeisillä BREF-asiakirjoilla (BAT reference document). BAT-kuvaukset poikkeavat sanallisesti ilmaistuna ohjauksena ilmiänsuultaan esimerkiksi numeerisista tai muutoin eksaktisti kuvatuista ohjeellisista säännöksistä¹³², joita on edellä käsitelty hallinnollisen ohjauksen yhteydessä. BREF-asiakirjojen tapaista teknistä materiaalia sisältyy kuitenkin myös useisiin edellä esillä olleisiin aineistotyyppeihin, esimerkiksi erilaisiin oppaisiin ja ohjeisiin. Olen tässä esityksessä omaksumassani jäsentelyssä ymmärtänyt BREF-asiakirjat lähinnä itsesääntelynormeihin rinnastuviksi, koska ne muotoutuvat pitkälti alan toimijoiden toimesta.

Oikeudellisesti BREF-menettely on kiinnostava oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa merkitystä saavien soft law -aineistojen tuottamisen tapa, koska prosessi on lainsäädännöllisesti institutionalisoitu. BREF-asiakirjojen syntyprosessi on legalisoitu IPPC-direktiivissä¹³³, jonka mukaan EY:n komissio organisoii tiedonvaihtoa jäsenvaltioiden kesken parhaasta käytettävissä olevasta tekniikasta ja sen kehityksestä sekä siihen liittyvästä tarkkailusta. Tietojenvaihtoon osallistuu toimialakohtaisesti virkamiehiä, etuja ja kansalaisjärjestöjen edustajia, tutkijoita ja alan yritysten edustajia. Tuloksena syntyy toimialakohtainen kuvaus alan parhaista käytettävissä olevista teknisistä ratkaisuista. BREF-asiakirjat ja niiden laatimisprosessin yhteydessä syntyvät kansalliset BAT-asiakirjat eivät ole normeja tai stan-

¹³¹ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (761/2001/EY) organisaatioiden vapaaehtoisesta osallistumisesta yhteisön ympäristöasioiden hallinta- ja auditointijärjestelmään. Alun perin järjestelmä luotiin neuvoston asetuksella (1836/93) teollisuusyritysten vapaaehtoisesta osallistumisesta yhteisön ympäristöasioiden hallinta- ja auditointijärjestelmään.

¹³² Ks. myös *Vihervuori* 1998, s. 228.

¹³³ Direktiivi 96/61/EY ympäristön pilaantumisen ehkäisemisen ja vähentämisen yhtenäistämiseksi.

dardeja, mutta ne toimivat yhtenä argumenttina ja arvioinnin vertailukoh- tana ympäristölupapäätöksenteossa.¹³⁴ Normatiivinen perusta BREF-asia- kirjojen huomioonottamiselle on YSL 43.3 §:ssä, jonka mukaan päästöjen ehkäisemistä ja rajoittamista koskevien toimien tulee perustua parhaaseen käyttökelpoiseen tekniikkaan. YSA 37 §:n mukaan parhaan käyttökelpoi- sen tekniikan sisältöä arvioitaessa on otettava huomioon muun muassa EY:n komission tai kansainvälisten toimielinten julkaisemat tiedot parhaasta käyttökelpoisesta tekniikasta.

Kansainvälisesti ehkä merkittävimpana esimerkkinä BREF-asiakirjoja ja EMAS-järjestelmää ”puhtaammasta” itsesääntelystä voi vielä mainita kemianteollisuuden vuonna 1985 käynnistyneen *Responsible Care* -ohjel- man, joka lienee laajin teollisuuden vapaaehtoinen ympäristöohjelma maa- ilmassa. Nykyisin ohjelmaa toteutetaan 52 maassa, ja sen väitetään katta- van valtaosan maailman kemianteollisuuden tuotannosta.¹³⁵ Ohjelma on ohjauskeinokirjallisuudessa luokiteltu itsesääntelyn muotona käytänneseen- nöksi (codes of conduct/practice).¹³⁶ Ympäristöoikeudessa tällaisten suh- teellisen ”puhdasta” itsesääntelyä edustavien käytänneseen- nön merkitys oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta on varsin vähäinen.

2.8 Hyvä tapa -normit

Alakohtaisesti muotoutuneilla itsesääntelynormistoilla ja käytänteillä on usein institutionaalinen perusta laissa. Lainsäädäntöön kirjatut hyvä tapa -normit¹³⁷ ovat muodollisesti avoimia säännöksiä. Alakohtaisen hyvän ta- van sisällön edellytetään yleensä määrittyvän jotenkin muutoin kuin vel- voittavan norminannon kautta. Esimerkkinä tässä tarkoittamastani normi-

¹³⁴ BREF-asiakirjojen ja muiden BAT-asiakirjojen merkitystä haastattelujen avulla tutki- neen *Similän* (YJ 2003, s. 132–133) mukaan BAT-kehittämistyö ei vielä ole suoranaisesti vaikuttanut lupapäätösten muotoutumiseen niilläkään aloilla, joilla asiakirjoja on käytettä- vissä. Hänen mukaansa eri osapuolet kuitenkin käyttävät BAT-asiakirjoja argumenttina ympäristölupaprosessissa.

¹³⁵ Suomessa ohjelma kattaa sitä koordinoivan Kemianteollisuus r.y:n mukaan yli 80 % Suomen kemianteollisuuden tuotannosta. Maailmanlaajuisesti ohjelmaa koordinoi kansain- välinen kemianteollisuuden yhteistyöjärjestö ICCA (International Council of Chemical Associations). Ks. http://www.chemind.fi/responsible_care (12.6.2005). Ks. ohjelmasta myös *Gunningam – Grabosky* 1998, s. 154–172, 187–266, jossa laajasti analysoidaan ohjauskei- notutkimuksen välineistöllä ohjelman etuja ja rajoitteita ympäristöpolitiikan ohjauskeino- na.

¹³⁶ *Rehbinder* 1996, s. 256.

¹³⁷ Käsitteen hyvä tapa -normi olen omaksunut *Lötjöseltä* 2004, s. 30.

tuksesta voidaan mainita hyvä liiketapa¹³⁸, kirjanpitotapa¹³⁹, perintätapa¹⁴⁰, (kiinteistön)välitystapa¹⁴¹ ja tiedonhallintatapa¹⁴².

Näiden alakohtaisten hyvien tapojen täsmentymismekanismit ovat sää-döskohtaisia, eikä niitä voi kuvata yhdellä mallilla. Joidenkin säädösten osalta hyvä tapa täsmentyy vain alakohtaisten, kirjoittamattomien käytän-teiden kautta, joiltakin osin säännöksiä muotoiltaessa on voitu pitää sil-mällä myös kirjallisen muodon saaneita itsesääntely- tai muita normistoja. Säännöksillä voi olla eroa riippuen siitä, onko kyse lainsäätäjän valvon-nassa olevasta lakiin perustuvasta itsesääntelystä¹⁴³ vai epämääräisemmästä viittauksesta yleisesti noudatettuun käytäntöön. Olennaista on, että tulkin-nallisesta avoimuudesta huolimatta hyvällä tavalla on alakohtaisesti yleensä varsin vakiintunut, alan toimijoiden hyvin hallitsema normatiivinen si-sältö.

Legalisoituja hyvä tapa -normeja on ympäristöoikeuden alueella vähän. Esimerkiksi käy lähinnä *hyvä rakennustapa* eräänä MRL 117, 120, 149 §:ssä rakentamiselle, rakennuksen suunnittelulle ja rakennustyölle asetettuna vaa-timuksena. MRL:n kommentaariteoksessa hyvän rakennustavan luonnehdi-taan olevan ”velvoittavuudeltaan suhteellisen heikko oikeusnormi, joka ei suuresti eroa tavoitteellisesta säännöksestä.”¹⁴⁴ Luonnehdinta menee mie-lestäni turhan pitkälle normin oikeudellista merkitystä vähätellessään.

Lainsäädännössä legalisoituja hyvä tapa -normeja ei ole syytä luonneh-tia sellaisenaan (lakien säännöksinä) soft law -normeiksi. Esimerkiksi hy-vää rakennustapaa ei voida luonnehtia soft law -tyyppiseksi vain siksi, että säännös näyttää tulkinallisesti avoimelta. Soft law -teeman kannalta täl-laiset lakiin kirjatut hyvä tapa -normit ovat kuitenkin kiinnostavia, koska ne *edellyttävät* velvoittavan norminannon ulkopuolisen soft law -aineiston tai kriteeristön olemassaoloa ja antavat tällaiselle aineistolle tai kirjoitta-mattomille käytänteille normatiivista merkitystä. Tämä lähtökohta tode-

¹³⁸ Sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain (1061/1978) 1 §:n mukaan elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää hyvän liiketavan vastaista menettelyä.

¹³⁹ Kirjanpitolain (1336/1997) 1:3 §:n mukaan kirjanpitovelvollisen on noudatettava hy-vää kirjanpitotapaa.

¹⁴⁰ Saatavien perinnästä annetun lain (513/1999) 4 §:n mukaan perinnässä ei saa käyttää hyvän perintätavan vastaista menettelyä.

¹⁴¹ Kiinteistönvälitysliikkeistä ja vuokrahuoneiston välitysliikkeistä annetun lain (1075/2000) 4 §:n mukaan välitystoiminnassa on noudatettava hyvää välitystapaa.

¹⁴² Hyvää tiedonhallintatapaa edellytetään noudatettavaksi viranomaisten toiminnan julki-suudesta annetun lain (621/1999) 3 ja 18 §:ssä.

¹⁴³ Käsitettä käyttää *Mähönen* (LM 2004, s. 51) hyvän kirjanpitotavan yhteydessä.

¹⁴⁴ *Ekroos – Majamaa* 2000, s. 458.

taan myös hyvään rakennustapaan viittaavien MRL:n säännösten esitöissä. Hallituksen esityksen mukaan hyvällä rakennustavalla viitataan ”sitovan norminannon ulkopuoliseen hyvää rakentamista koskevaan tietopohjaan ja käytäntöön. – – Säännöksellä olisi yleinen rakentamisen ammatillisesta kokemuspohjasta, hallinnon informaatio-ohjauksesta sekä vakiintuneista käytännöistä johtuva perustansa.”¹⁴⁵

Ympäristöoikeuden alueella hyvä tapa -normistoja muotoutuu osin myös lainsäädännöstä riippumatta (kuten muillakin oikeudenaloilla). Tässä tehty erottelu standardisointiin, itsesääntelyyn ja hyvä tapa -normeihin on hyvin suhteellinen ja vain esitystekninen. Käytännössä näillä ryhmillä on paljon päällekkäisyyksiä.

”*Hyvän metsänhoidon suositukset*” on esimerkki lainsäädäntöön suoranaisesti perustumattomasta, puolivirallisena itsesääntelynä syntyneestä hyvä tapa -normistosta. Asiaa koskevassa julkaisussa esitellään menetelmiä, joita julkisoikeudelliseksi yhdistykseksi luonnehdittava Metsätalouden kehittämiskeskus Tapio¹⁴⁶ suosittelee käytettäväksi metsänkasvatuksen eri vaiheissa.¹⁴⁷ Metsänhoitosuosituksen tarkoituksena on kannustaa hyvään metsänhoitoon. Viimeisimmät metsänhoitosuositukset julkaistiin vuonna 2001. Niiden tarkistaminen on parhaillaan käynnissä. *Kiviniemen* muotoilua siteeraten ”suositukset eivät velvoita ketään, mutta lain tulkintakäytöksissä niistä voi olla apua”.¹⁴⁸

Käytännön metsäammattilaisten piirissä metsänhoitosuositukset ymmärretään usein velvoittavuudeltaan lähes lakiin rinnastuvaksi aineistoksi, eikä suositusten vastaisia, lainmukaisia ratkaisuja metsänhoidossa välttämättä hyväksytä. Metsänhoitosuositusten kaavamaisien soveltamiskäytänteiden taustalla on Tapion aiempien metsien käsittelyohjeiden keskeinen asema metsäalan käytännöissä. Ohjeita tulkittiin 1970- ja 1980-luvulla ”ikään kuin ne olisivat määrittäneet yksityismetsälain vähimmäisvaatimuksen”. Vaikka metsänhoitosuositukset ja metsälain valvontaan liittyvä, nykyisin asetustasoinen sääntely on selkeästi eriytetty, metsäalan ammatillaiset pitäytyvät edelleen kaavamaisesti suosituksissa esitellyissä menetelmissä, kun suosituksissa ei avoimesti tuoda esille erilaisia lain mahdollistamia metsänkäsittelytapoja.¹⁴⁹

¹⁴⁵ HE 101/1998 vp, s. 97.

¹⁴⁶ Ks. Tapion asemasta ja tehtävistä *Kiviniemi* 2004, s. 611–612.

¹⁴⁷ Julkaisua ei ole saatavissa sähköisenä. Tiivistelmiä julkaisusta on saatavissa osoitteesta <http://www.metsavastaa.net/> (12.6.2005).

¹⁴⁸ *Kiviniemi* 2004, s. 259.

¹⁴⁹ *Tahvonen ym.* 2004, s. 39, 49.

Tapion metsänhoitosuosituksilla on käytännössä keskeinen merkitys ennen kaikkea kestävän metsätalouden rahoituksesta annetun lain (1094/1996, KEMERAL) mukaisen rahoituksen myöntämisessä. Tällä on säädännäinen perustansa, tosin perustuslain vastaiseksi katsottavan subdelegaation muodossa. Maa- ja metsätalousministeriön asetus kestävän metsätalouden rahoituksesta annetun lain nojalla puuntuotannon kestävyuden turvaamiseksi tehtävistä töistä (44/2001) nimittäin edellyttää rahoitettavien työmenetelmien perustuvan (eräin poikkeuksin) ”yleisesti yksityismetsätaloudessa käytettäviin metsänhoitosuosituksiin” (asetuksen 1.4 §). Asetus on annettu KEMERAL:n 6.2 ja 7.2 §:n nojalla. Säännöksissä maa- ja metsätalousministeriö valtuutetaan antamaan tarkempia määräyksiä rahoitettavien ”työlajien rajauksesta ja sisällöstä” sekä töiden ”yleisistä vaatimuksista”. KEMERAL:n mukaisesti rahoitettavien töiden kohdevalinta perustuu siis lain säännösten sijasta hyvin pitkälti Tapion metsänhoitosuosituksiin.¹⁵⁰ Kun kyse on yksityisten ihmisten etuihin liittyvästä päätöksenteosta, sääntelytapaa voidaan oikeusvaltiollisesta näkökulmasta arvostella. KEMERAL:n mainitut valtuussäännökset ja asetuksessa toteutettu subdelegatio eivät vastaa nykyisen perustuslain 80 §:n vaatimusta, että yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista on säädettävä lailla.¹⁵¹ Järjestelmä on muutenkin oikeudellisesti hyvin monimutkainen.¹⁵²

3 ARVIOINTIA

3.1 Soft law’n oikeudellisen velvoittavuuden luonne ja perusta

3.1.1 Sallittu vai heikosti velvoittava oikeuslähde?

Kun soft law’n korostetaan tässä esityksessä olevan oikeuslähde, halutaan painottaa, että soft law -tyyppisellä aineistolla voi tosiasiallisesti olla oi-

¹⁵⁰ Ks. järjestelmästä myös *Kiviniemi* 2004, s. 386–387.

¹⁵¹ Ks. esim. öljysuojarahastoa koskevaan lakiin liittyvä *PeVL 31/2004 vp*, jossa katsottiin, ettei perustuslain 80 §:n vaatimusten kannalta ole mahdollista säätää valtioneuvoston asetuksella, mitä torjunta- ja ennallistamistoimenpiteistä aiheutuvia kustannuksia on pidettävä korvauksen saantiin oikeuttavina hyväksyttävänä kustannuksina. Kyseisen lain säätäminen tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä edellytti lausunnon mukaan asetukseen suunniteltujen säännösten siirtämistä lakiin.

¹⁵² Ks. myös *Rainio* 2005, passim. Myös hän pitää päättelyketjua laista alemmanasteisiin normeihin ja suosituksiin monelta osin turhan pitkänä ja vaikeasti hahmotettavana (ks. esim. s. 22).

keudellisia vaikutuksia, vaikka aineisto ei olisikaan muodollisesti oikeudellisesti velvoittavaa.¹⁵³ Teoreettiselta kannalta tällainen luonnehdinta jää vielä hyvin väljäksi ja täsmentymättömäksi. Jos aineistolla on oikeudellisia vaikutuksia, sillä täytynee jossakin merkityksessä ajatella olevan oikeudellista velvoittavuutta, toisin sanoen tällaisen aineiston on kuuluakseen oikeusjärjestykseen täytettävä joltakin kannalta normeille määritellyt oikeudelliset pätevyyskriteerit.

Oikeusnormien velvoittavuutta voidaan jäsentää joko velvoittavuuden *luonteen ja asteen* tai velvoittavuuden *perustan* kannalta. Edellä tarkastelun aineiston velvoittavuuden luonteen ja asteen tarkastelun välineistöksi riittää tässä yhteydessä perinteinen peczenikiläis-aarniolainen erittely vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin.¹⁵⁴ Erittely on nykyisin jo kiistanalainen¹⁵⁵, mutta pedagogisesti se on nähdäkseni edelleen käyttökelpoinen ja selkeä. Keskeinen kysymys tätä erittelyä hyödynnettäessä koskee sitä, onko yleistäen mahdollista määritellä edellä tarkasteltu aineisto, jonka ominaispiirteenä voidaan pitää muodollista velvoittamattomuutta, aina *vain sallituksi oikeuslähteeksi*?

Soft law -käsitteen käytön keskeinen tavoite oikeuslähdeopillisissa yhteyksissä on kyseenalaistaa velvoittava/ei-velvoittava -dikotomia; samalla pyritään osoittamaan oikeudellisesti merkitykselliseksi eräänlainen harmaa välimaasto oikeuden ja politiikan/moraalin välillä.¹⁵⁶ Esimerkiksi *Pohjola* huomauttaa, että ”The obligation or non-obligation is a poor characteristic when analyzing the source of law”. Hänen mukaansa on vaikea ymmärtää, miksi (minkään) soft law -aineiston huomioonottamiseen ei voisi (milloinkaan) liittyä edes heikkoa velvoittavuutta.¹⁵⁷ Soft law -aineistojen oikeuslähdeopillisen paikantamisen kannalta vahvasti ja heikosti velvoitta-

¹⁵³ Ks. myös *Senden* (2004, s. 25), joka toteaa soft law -instrumenttien saaneen oikeudellista merkitystä myös EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä: ”In particular, it has become clear that ‘no legally binding force’ is not be equated to ‘no legal effect at all’.”

¹⁵⁴ *Aarnio* 1989, s. 220–221.

¹⁵⁵ Esim. *Timonen* on eri yhteyksissä kritisoinut oikeuslähteiden velvoittavuusperusteista kolmijakoa. *Timosen* (1997, s. 122) mukaan ”[o]ikeuslähteiden luokittelu niiden velvoittavuuden perusteella on lainopin metodiohjeena hylättävä”. Ks. erittelyä ja sen tulkintoja kohtaan viime aikoina esitetystä kritiikistä myös *Karhu* LM 2003, erit. s. 797, *Siltala* 2003, s. 200–204 ja *Mähönen* LM 2004, s. 50–51 viitteineen. Tiivis ja kattava katsaus ajankohdittaiseen kotimaiseen oikeuslähdeoppia koskevaan keskusteluun sisältyy mm. *Lötjösen* (2004, s. 12–13, 33–44) väitöskirjaan. Hän tiivistää (s. 42) katsauksensa: ”Näyttää siis todella siltä, että perinteisen skandinaavisen [peczenikiläis-aarniolaisen] oikeuslähdeopin aika on Suomessa ohi.”

¹⁵⁶ Ks. esim. *Senden* 2004, s. 110–111.

¹⁵⁷ *Pohjola* JFT 1998, s. 439–440.

vien oikeuslähteiden erottelu näyttäisi olennaisemmalta kuin huomion kiinnittäminen vahvasti velvoittavien ja sallittujen oikeuslähteiden väliseen eroon.¹⁵⁸ Perinteistä staattista normatiivista oikeuslähteoppiä hyödyntäen sallitun oikeuslähteen sivuuttamista ei tarvitse erikseen perustella, mutta jos oikeudellisessa ratkaisussa ilman perusteluja sivuutetaan heikosti velvoittava oikeuslähde, ratkaisua voidaan oikeudellisesti arvostella ja tällainen sivuuttaminen voi johtaa päätöksen muuttumiseen valitusasteessa¹⁵⁹.

Vaikka ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa usein tyydytään vain korostamaan edellä käsitellyn soft law -tyyppisen aineiston ei-sitovaa luonnetta, myös ympäristöoikeuden alueella on tunnistettu mahdollisuus, että soft law -aineistolla voi olla sallittua asia-argumenttia velvoittavampi merkitys päätöksenteossa. Vaikka soft law -aineistolla ei olisikaan lakiin perustuvia muodollisia oikeusvaikutuksia, tästä ei välttämättä siis seuraa, että aineiston normatiivinen merkitys olisi kuvattavissa vain sallittuun oikeuslähteeseen viittaavilla ilmaisuilla (saadaan ottaa huomioon). Kirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota esimerkiksi siihen, että erilaisiin inventointeihin, suunnitelmiin ja ohjelmiin voi sisältyä sellaista tietystä lupaharkintatilanteessa relevanttia aineistoa, että sen sivuuttaminen lupaharkinnassa voi tehdä ratkaisusta oikeudenvastaisen.¹⁶⁰ Jos esimerkiksi pohjavesikartoituksia ja -luokituksia ei ympäristölupa- tai maa-aineslupapäätöksenteossa oteta lainkaan huomioon, lupaviranomaisen tekemä päätös voi tulla mahdollisen valituksen johdosta tuomioistuimessa kumotuksi esimerkiksi asian puutteellisen selvittämisen perusteella.

Myös muodollisesti ei-sitovaa, hyväksymisajankohtanaan lakiin perustumatonta rantojen suojeleohjelmaa analysoiva *Länsineva* tulkitsee ohjelman normatiivisen merkityksen sallittua oikeuslähdeksi vahvemmaksi – ohjelmaa kohtaan esittämästään oikeusvaltiollisesta kritiikistä huolimatta. Vaikka hän ei näyttäisi käsitteisiin suoraan viittaavan, hänen tulkintaansa voinee luonnehtia siten, että hän katsoo ohjelmalla eräiltä osin voivan olla vähintäänkin heikkoa velvoittavuutta.¹⁶¹ Hän ottaa julkilausutusti etäisyyttä

¹⁵⁸ Rajanveto vahvasti ja heikosti velvoittavien oikeuslähteiden välillä on esim. *Tuorin* (2004, s. 144–148) käyttämä välineistö toimeentuloturvan viranomaisnormien analyysissä. Hän luonnehtii useiden arvioimiensa ministeriön tai kansaneläkelaitoksen antamien ohjeiden olevan ”enintään heikosti velvoittavia oikeuslähteitä”.

¹⁵⁹ Ks. perinteisen oikeuslähteopin mukaisesta oikeuslähteiden keskinäisistä suhteista tältä osin esim. *Karhu* LM 2003, s. 792 ja *Tolonen* 2003, s. 24–25.

¹⁶⁰ *Vihervuori* 1989a, s. 196.

¹⁶¹ Tähän viittaa esimerkiksi luonnehdinta: ”Jos ohjelman määräykset – – mahtuvat selvästi lainsäädännön puitteisiin, voidaan viranomaisten ainakin edellyttävän perustelevan huolella, mikäli ne poikkeavat” valtioneuvoston periaatepäätöksenä hyväksytyyn rantojen suojeleohjelman edellyttämältä linjalta. *Länsineva* 1995, s. 287, ks. myös s. 270, 284.

perinteiseen ”kategoriseen” lähtökohtaan, jonka mukaan tällaisten lakiin perustumattomien ohjelmien ”sitovuus viranomaisten ratkaisutoiminnan kannalta voisi olla laadultaan ainoastaan *tosiasiallista*, mutta ei *oikeudellista*”.¹⁶² Keskushallinnon ohjauksen tosiasiallisesti merkittävän ohjausvaikutuksen vuoksi on hänen mukaansa käytännössä vaikeaa ”vetää rajaa oikeudellisesti sitovan ja suositusluonteisen ohjeistuksen välille”.¹⁶³ Länsinevan mukaan ”olisi perusteetonta väittää”, ettei rantojen suojeleuohjelman ”konkreettisilla määräyksillä voisi lainkaan olla normatiivista merkitystä viranomaisten päätöksenteon kannalta”.¹⁶⁴ Ohjelman eri kohtien yksityiskohtaisessa arvioinnissa hän dokumentoi usein konkreettisin esimerkein ohjelman normatiivisen merkityksen. Esimerkiksi rakennuslupa-asioita käsittelevän viranomaisen ”*tulee* (kurs. tässä) ottaa ohjelma huomioon ja sovittaa yleinen ratkaisulinjansa sen suuntaiseksi. Vaikkei ohjelmaa voikaan – – käyttää päätösten yksinomaisena perusteena, *tulee* (kurs. tässä) sille päätöksenteossa antaa painoarvoa muiden argumenttien rinnalla.”¹⁶⁵ Vähintään heikkoon velvoittavuuteen viittaavaa normatiivista merkitystä Länsineva perustelee parlamentaarisella vastuulla ja valtion hallinto-organisaation hierarkkisella rakenteella. Niiden näkökulmasta olisi ”vaikea perustella kantaa, jonka mukaan viranomaiset olisivat harkintavaltaansa käyttäessään oikeutettuja systemaattisesti ja totaalisesti sivuuttamaan tällaisen valtion hallintokoneiston korkeimmalta tasolta lähtöisin olevan ohjauksen”.¹⁶⁶

Vaikka ilman valtuutussäännöksiä annettuihin hallinnon ohjekirjeisiin tulisi suhtautua korkeintaan sallittuina oikeuslähteinä, nekin voivat muodostua velvoittavuudeltaan sallittua oikeuslähdettä vahvemmiksi. Ohjeet voivat – *Kuusiniemen* esitystä seuraten – olla ”presumptio lopullisesta ratkaisusta. – – Asia ratkaistaan presumption pohjalta, ellei huomionarvoisia vastasyitä ole.”¹⁶⁷ Hänen mielestään ”[o]hjeellisuuden korostaminen tuntuu tekopyhältä” sellaisten ohjeiden osalta, joita seurataan sekä hallinnossa että tuomioistuimissa vakiintuneesti ja ehkä jopa kaavamaisesti.¹⁶⁸ Jos

¹⁶² Mts. 290–291.

¹⁶³ Mts. 268.

¹⁶⁴ Mts. 287.

¹⁶⁵ Mts. 289.

¹⁶⁶ Mts. 270.

¹⁶⁷ *Kuusiniemi* 1992, s. 143, alav. 67.

¹⁶⁸ *Kuusiniemi* 1992, s. 356. Teoksen edetessä argumentti näyttäisi edelleen terävöityvän, ks. esim. s. 635: ”Vaikka ohjeet [tässä yhteydessä ilmansuojelulliset päästöohjeet] eivät ole sitovia, niistä ei ilmansuojeluvollisuutta määritettäessä voida poiketa ilman perusteltua syytä.”

hallinnolliseen ohjekirjeeseen sisältyvä normisuositus (esimerkiksi etäisyys häiriölähteen ja häiriytyvän kohteen välillä) muodostuu päätöksenteossa presumptioluonteiseksi, ohjeen luonnehtiminen vain sallitaksi oikeuslähteeksi ei ole enää kovin havainnollista. Samoin *Pohjolainen* kysyy, mitä arvoa on enää väitteellä tiettyjen normien heikosta juridisesta statuksesta, jos empiirisen tutkimuksen kautta niiden tosiasiallinen merkitys on osoitettu suureksi.¹⁶⁹

3.1.2 Hyväksyttävyyys ja tosiasiallinen tehokkuus velvoittavuuden perustana

Miten muodollisesti velvoittamattoman aineiston luonne usein heikosti velvoittavina oikeuslähteinä voidaan perustella? Mihin siis soft law -tyyppisen aineiston edellä dokumentoitu normatiivinen merkitys perustuu? Normien velvoittavuuden *perustaa* tarkastellaan yleensä normien muodollisen pätevyyden, arvoperusteisen hyväksyttävyyden ja tosiasiallisen tehokkuuden näkökulmasta.¹⁷⁰ Erittelyn lähtökohta on normien voimassaoloa koskeva analyysi. Oikeuslähteopin kannalta tarkastelun avulla voidaan havainnollisesti korostaa, että osa oikeuslähteistä saa oikeudellisen merkityksensä muodollisen pätevyyden, osa hyväksyttävyyden ja osa tosiasiallisen tehokkuuden perusteella.¹⁷¹ Jos soft law -aineiston ominaispiirteenä pidetään muodollisten oikeusvaikutusten puuttumista, tällaisen aineiston normatiivinen merkitys on näin ollen perustettava joko hyväksyttävyyteen tai realistis-empiirisiin seikkoihin (tehokkuuteen).¹⁷²

¹⁶⁹ *Pohjolainen* JFT 1998, s. 440. Ks. myös *Verschuuren* (2003, s. 52), joka huomauttaa, ettei soft law -käsite merkitse velvoittamattomuutta: ”although of a ‘soft’ nature, they [rules in declarations, guidelines, etc.] remain ‘law’”. Hän korostaa, että ”even soft law is often observed”.

¹⁷⁰ Ks. esim. *Aarnio* 1989, s. 83–98, *Timonen* LM 1989, s. 672–675 ja *Laakso*, S. 1990, s. 31–37.

¹⁷¹ Tätä korostaa *Timonen* LM 1989, s. 674.

¹⁷² Ks. muodollisen velvoittavuuden rajoitetusta merkityksestä hiukan eri näkökulmasta kansainvälisen oikeuden osalta laajasti *Koivurova* (2002, s. 95–127), jossa pyritään osoittamaan myös muodollisesti velvoittamattomien kansainvälisessä yhteistyössä syntyneiden asiakirjojen voivan olla lähtökohtaisesti kansainvälisoikeudellisesti sitovia, ks. esim. s. 112: ”It can be concluded that all the informal instruments studied in this thesis are presumptively binding in international law unless the contrary can be shown.” *Koivurova* (s. 79, 126–127) pitää soft law -käsitettä ongelmallisena juuri sen velvoittamattomuuteen viittaavan merkityssisällön vuoksi ja ehdottaa sen sijaan käytettäväksi ilmaisua ”informal arrangements”. Aidosti ei-velvoittavista asiakirjoista hän käyttää (s. 125) ilmaisua ”legally relevant documents”.

Tolonen korostaa, että normien voimassaoloa koskeva ongelma perustuu pohjimmiltaan kysymykseen siitä, mitä oikeus on, kun oikeuslähdeopissa on kysymys oikeudellisen aineiston jäsentämisestä ja oikeudellisen ratkaisun lähtökohtien määrittämisestä.¹⁷³ Oikeuslähdeopilla ja normien voimassaoloa koskevilla jäsennyksillä on kuitenkin yhteyksiä, mikä ilmenee Tolosenkin oikeuslähteiden yhdistelmäteoriassa.¹⁷⁴

Edellä esimerkinomaisesti esitellyille aineistoille on tyypillistä, että ne saavat oikeudellisessa päätöksenteossa mahdollista merkitystä ennen kaikkea *sisällöllisen hyväksyttävyytensä* perusteella. Esimerkiksi luonnontieteellisten selvitysten, ohjelmien tai inventointien mahdollinen oikeudellinen velvoittavuus perustuu aineiston hyväksyttävyyteen: aineisto on sisällöllisesti merkityksellistä päätöksenteossa sovellettavien säännösten määrittämässä harkintatilanteessa. Muodollisesti ei-velvoittavan lähdeaineiston hyödyntämisen vaihtoehto olisi usein se, että päätöksentekijä perustaisi ratkaisunsa vain omaan tietoonsa ja arvostuksiinsa, mikä taas voisi lisätä päätösten sattumanvaraisuutta.¹⁷⁵

Toiseksi edellä käsitellyn aineiston oikeudellinen velvoittavuus voi olla luonteeltaan myös *empiiris-realistista*: esimerkiksi pohjavesi-inventoinneille annetaan soveltamiskäytännössä vakiintuvalla tavalla merkitystä siten, että myös tulevilla ratkaisuissa päätöksentekijän on turvauduttava samaan aineistoon. Velvoittavuuden perusta on tällöin *yhdenvertaisuusvaatimus*: samassa tilanteessa olevia on kohdeltava samalla tavoin.¹⁷⁶ Voi olla mahdollista, että viranomaisen tai tuomioistuin on velvollinen *arvioimaan* vakiintuneesti hallintokäytännössä huomioonotetun aineiston (esimerkiksi ministeriön ohjekirjeen) merkitystä ratkaistavassa asiassa, mutta toiseen suuntaan johtavat muut argumentit voivat aiheuttaa jossakin aiemmassa tapauksessa painoarvoa saaneen aineiston syrjäytymisen.

Kun soft law -aineiston mahdollinen oikeudellinen painoarvo yksittäisessä päätöksentekotilanteessa perustuu joko hyväksyttävyyteen tai vakiintuneiden soveltamiskäytäntöjen kautta muotoutuvaan tehokkuuteen (tai näihin molempiin, kuten yleensä lienee tilanne), tästä myös seuraa, että

¹⁷³ *Tolonen* 2003, s. 1–2.

¹⁷⁴ Tolosen oikeuslähteiden yhdistelmäteoriassa oikeuslähteet jaetaan kolmeen ryhmään vaikutusalueittain, joita ovat – normien voimassaolojäsennyksiin pitkälti rinnastuvalla tavalla – formaalinen, materiaalinen ja reaalinen vaikutusalue, ks. *Tolonen* 2003, s. 99–100.

¹⁷⁵ Ks. myös *Vihervuori* 1989a, s. 196, 198.

¹⁷⁶ Yhdenvertaisuus liittyy ympäristöpäätöksenteossa yleensä luonnon- ja ympäristöolosuhteisiin. Asian toinen puoli on se, että tästä voi seurata, että *muutoin* samassa asemassa olevia toiminnanharjoittajia tai maanomistajia kohdellaan eri tavoin. Ks. aihepiiristä esim. *Vihervuori* 1989a, s. 277.

aineiston muodolliseen statukseen liittyvillä näkökohdilla ei lähteen oikeudellisen painoarvon kannalta välttämättä ole aina kovin suurta merkitystä. Esimerkiksi ministeriön ohje tai asetusteitse annettavaksi suunniteltu ohjearvo voi oikeudellisesti olla merkityksellinen riippumatta siitä, onko ohjetta tai asetusta lopulta tai vielä annettu vai onko sitä vain *valmisteltu*. Ministeriön johdolla vuorovaikutteisesti alan toimijoiden kanssa valmisteltavassa soveltamisohjeessa tai ohjearvossa voi hyvinkin olla lainsoveltamisen kannalta hyödyllisiä, sisällöllisen hyväksyttävyytensä vuoksi painoarvoa saavia, lakia täsmentäviä tulkintasuuntaviivoja ja -kriteerejä. Intressiryhmien painostuksen vuoksi tai asian normitukseen ehkä liittyvän luonnontieteellisen epävarmuuden vuoksi kaikkia valmisteltuja asetuksia tai ohjeita ei kuitenkaan aina anneta.¹⁷⁷ Tämä ei siis kuitenkaan välttämättä tarkoita, että valmistelussa asetuksessa tai ohjeessa esitetyjä tulkintoja *ei saisi* viranomais- tai tuomioistuinpäätöksenteossa ottaa huomioon. Asetus tai ohje, jota ei anneta, ei siis aina automaattisesti saa eräänlaista negatiivista tulkintavaikutusta¹⁷⁸.

Kun valtioneuvosto ei ole vielä antanut YSL 14 §:n mukaista asetusta muun muassa maaperässä olevien haitallisten aineiden suurimmista sallituista pitoisuuksista, ympäristölupakäytännössä näytetään sovellettavan edellä mainittujen SAMASE-projektin ohjearvojen ohella myös muuta ympäristöministeriössä ja Suomen ympäristökeskuksessa tuotettua asetuksen valmisteluaineistoa. Esimerkiksi Uudenmaan ympäristökeskuksen YSL 78 §:n mukaisessa pilaantuneen maaperän käsittelyä koskevassa päätöksessä 14.7.2004 No YS 777 (Dnro UUS-2002-Y-517-18) päätöksenteon kriteerejä muun muassa eri aineiden sallittujen pitoisuuksien arvioimisen osalta etsitään ympäristöministeriön ympäristönsuojeluosaston muistiossa 5/1994 *ehdotetuista* ohje- ja raja-arvoista. Päätöksen eräänä perusteena mainitaan myös ”Selvitys ja ehdotuksia ympäristövaarallisten aineiden pitoisuuksien ohjearvoista maaperässä, tiedolliset perusteet, määrittelyperiaatteet, soveltaminen, kehittäminen. Timo Assmuth. Suomen ympäristö-keskuksen moniste 92/1997” -julkaisu. En näe tällaiseen soft law -aineiston mainit-

¹⁷⁷ Poliittiset vaikeudet säättää velvoittavaa oikeutta ovat hallinnollista ohjausta laajemminkin soft law -aineistojen muotoutumisen taustalla. Ks. esimerkiksi kansainvälisten metsäsertifiointijärjestelmien osalta *Bernstein – Cashore* 2004, s. 33, 46–47, jossa FSC-järjestelmän perustaksi nähdään pitkälti se, että neuvottelut sitovasta kansainvälisestä metsäsopimuksesta eivät ole johtaneet tulokseen.

¹⁷⁸ Oikeuslähteiden hierarkian ja normien muodollisten voimassaoloedellytysten näkökulmasta valmistellun asetuksen tai ohjeen antamatta jättämiselle voidaan – ja pitääkin – luonnollisesti antaa merkitystä. Tarkoitan tässä vain sitä, etteivät antamatta jättämisenkään normatiiviset vaikutukset ole kuvattavissa vain muodollisesti ja rutiininomaisesti, vaan tältäkin osin on tilaa myös aineelliselle hyväksyttävyyssargumentaatiolle.

semistä viranomaispäätöksen eräänä perusteena oikeudellisesti mitenkään ongelmallisena. Jos viranomaisen tosiasiallisesti joutuu hyödyntämään päätöksenteossa tämänkaltaista aineistoa, päätöksenteon kontrolloitavuuden kannalta on päinvastoin tärkeää, että todelliset päätöspremissit tulevat kaikilta osin päätöksessä julkilausutuksi. Tätä edellyttää myös päätösten perustelemista koskeva hallintolain (434/2003) 45 §.

Toisena esimerkkinä valmistellun ohjeen mahdollisesta soft law -tyyppisestä merkityksestä voi esittää metsälain 10 §:n tulkinnan yhdenmukais-
tamiseksi annetun, sittemmin pikaisesti käytöstä poistetun suosituksen. Metsäkeskusten viranomaispäälliköt laativat yhteistyössä 8.4.2004 päivä-
tyn ”sisäisen suosituksen” metsälain 10 §:n tulkinnasta. MTK ja metsä-
teollisuus kritisoiivat voimakkaasti suositusta ja edellyttivät maa- ja metsä-
talousministeriön ryhtyvän toimiin sen alaisessa hallinnossa syntyneen suo-
situksen poisvetämiseksi. Näin tapahtuikin 25.10.2004 ministeriössä pi-
detyssä intressiryhmien ja ministeriön yhteispalaverissa, jonka johtopää-
töksenä ministeriön apulaisosastopäällikkö totesi, että ”laadittua suositus-
ta ei käytetä metsälain 10 §:n tulkinnassa ja se poistetaan käytöstä.” Suosi-
tus on kuitenkin laajalti levinnyt alan toimijoiden keskuuteen.¹⁷⁹ Soft law
-oikeuslähteille tyyppillisesti ”käytöstä poistettu sisäinen suositus”, jota ei
oikeastaan ole olemassa voi kuitenkin mahdollisen sisällöllisen painoar-
vonsa perusteella vaikuttaa lainsoveltamiseen. Mainitussa suosituksessa
esitetyt laintulkinnat *voivat* olla lainmukaisia.

Ratkaisussa *KHO 1983 A II 126* harkinnan lähtökohdaksi otettiin silloin-
nen maa- ja metsätalousministeriön suunnitelma myöhemmin valtio-
neuvoston päätöksenä annetuksi valtakunnalliseksi harjajensuojelu-
ohjelmaksi. Vaikka kyseessä ollut kohde ei sisällynyt ohjelmaluonnok-
seen, KHO katsoi, että harjajalue kuitenkin edusti maa-aineslain 3.1 §:ssä
tarkoitettuja luonnon merkittäviä kauneusarvoja ja oli lainkohdassa tar-
koitettu erikoinen luonnonesiintymä. Koska aiottu soranotto siten ai-
heutti sanotussa lainkohdassa tarkoitettuja seurauksia, maa-aineslupa-
hakemus hylättiin.

Myös muodollisesti *kumottu ohje* voi saada oikeudellisessa päätöksenteossa
merkitystä, jos se sisältää päätösharkinnan kannalta edelleen hyväksyttä-
viä ja hyödyllisiä tulkintakriteerejä, joita ei muodollisesti velvoittavista

¹⁷⁹ Esimerkiksi Metsäkeskus Pohjois-Karjala tiedotti aluksi laajalti suosituksesta mm. useilla
koulutuspäivillä. 27.10.2004 metsäkeskus lähetti tiedotteen: ”Metsäviranomaisen tiedot-
taa: Metsälain 10 §:n viranomaistoiminnon sisäisen suosituksen poistaminen käytöstä.”
Tiedotteen liitteenä on metsäkeskusten viranomaistyöryhmän puheenjohtajan päiväämä-
tön muistio suosituksen käytöstä poistamiseen johtaneista tapahtumista. Tekstissä oleva
lainaus on kyseisestä muistiosta.

oikeuslähteistä ole johdettavissa. Kun hallinnollista yleisohjausta rajoittamaan tarkoitettujen viranomaisten määräyksiä ja ohjeita koskevista toimenpiteistä annetun lain (573/1989, normilaki) seurauksena monet silloisen lääkintöhallituksen antamat terveydensuojelulliset yleis- ja ohjekirjeet kumottiin antamatta tilalle uusia ohjeita, kumottuja kirjeitä on tästä huolimatta käytetty edelleen päätösten perusteena sikäli kuin niiden on katsottu yhä vastaavan tarkoitustaan. Ohjeiden kumoaminen ei muuttanut ratkaisujen perusteita, sikäli kuin kumotuissa ohjeissa esitetyt ratkaisumallit eivät muista syistä edellyttäneet muutoksia¹⁸⁰.

Edelleenkin viranomaispäätöksenteossa otetaan huomioon terveydenhoitolain nojalla annetun, kumotun lääkintöhallituksen yleiskirjeen (21/1987) mukaiset melutaso-ohjearvot sikäli kuin valtioneuvoston päätöksiä melutason ohjearvoista (993/1992 tai 53/1997) ei sovelleta. Tämä ilmenee esimerkiksi ratkaisussa *KHO 2004:100* selostetusta ympäristölautakunnan ratkaisusta. Lautakunta oli tukeutunut kirjeen 21/1987 mukaisiin ulkona esiintyvän ympäristömelun ekvivalenttisen äänitason ohjearvoihin arvioidessaan moottoriradan terveydellisiä haittoja ja eräistä naapuruussuhteista annetun lain (26/1920, naapuruussuhdelaki) mukaisia haittoja ympäristölupapäätöksenteossa.¹⁸¹ KHO ei myönteisen lupapäätöksen kumoamiseen johtaneessa ratkaisussaan viittaa suoraan kumottuihin ohjearvoihin. Joihinkin ratkaisussa julkilausumatta jääneisiin soft law -lähteisiin korkeimman hallinto-oikeudenkin on ollut kuitenkin tukeuduttava, kun se on arvioinut, mikä oikeudellinen merkitys on sillä, että ”[h]akijan toimesta laadittujen meluselvitysten mukaan ainakin kuusi radan läheisyydessä sijaitsevaa asuinrakennusta tai niiden välittömään läheisyyteen kuuluvia alueita jäisi 60 dB:n maksimimelikäyrän sisään tai sen rajalle tilanteessa, jossa radalla olisi yli 10 moottoritulavuudeltaan 500 ccm:n motocrosspyörää ja jossa lupapäätöksessä edellytetty meluvalli olisi rakennettu.”¹⁸² KHO:n

¹⁸⁰ *Kuusiniemi* 1992, s. 356 alav. 310.

¹⁸¹ Valtioneuvoston päätöstä 993/1992 ei sovelleta moottoriurheiluratojen aiheuttamaan meluun.

¹⁸² Kirjeessä 21/1987 asuntoalueiden ekvivalenttisen äänitason (dBA) päiväohjearvo (klo 07–22) on 55. Valtioneuvoston päätöksen 993/1992 mukaan muun muassa asumiseen käytettävillä alueilla ohjeena on, että melutaso ei saa ylittää ulkona melun A-painotetun ekvivalenttitason (LAeq) päiväohjearvoa (klo 7–22) 55 dB. Valtioneuvoston päätöksessä (53/1997) ampumaratojen aiheuttaman melutason ohjearvoista puolestaan ohjeeksi asetetaan, että ampumaradan melutaso ei saa ylittää asumiseen käytettävillä alueilla A-painotettuna enimmäistasona impulssiaikavakiolla (L AImax) määritettynä ohjearvoa 65 dB. – Mainitussa ratkaisussa KHO korostaa, että kun ajotoiminnasta aiheutuva melu on häiritsevää ja toiminnan luonteesta johtuen vaihtelevaa, ”kysymyksessä olevan radan meluhaittoja arvioitaessa on otettava huomioon ajomelun ja muun toiminnan aiheuttaman melun keskiääni- eli ekvivalenttitason (LAeq) lisäksi ajomelusta aiheutuva enimmäismelu (Amax).”

mukaan haettu toiminta kysymyksessä olevassa paikassa ympäristölautakunnan päätöksellä asetettujen ja hallinto-oikeuden päätöksellä tarkistettujen lupamääräysten mukaisesti toteutettunakaan ei täyttänyt terveyshaitan ja kohtuuttoman rasituksen ehkäisemiseksi asetettavia vaatimuksia¹⁸³.

Jos soft law -aineistojen oikeudellinen velvoittavuus perustetaan ennen kaikkea hyväksyttävyyteen, aineistojen normatiivinen merkittävyys päätöksenteossa ei ole suoraviivaisesti riippuvainen vain niiden *tuottajasta*. Kun aineisto saa merkitystä sisältönsä, ei muodollisen statuksensa perusteella, kovin suurta merkitystä ei välttämättä ole sillä, onko aineiston tuottanut joku virallisorganisaatio, tutkimuslaitos vai kansalaisjärjestö. Tämä koskee esimerkiksi luonnontieteellisiä selvityksiä ja inventointeja, joita tuottavat oikeudellisen ratkaisutoiminnan perustaksi myös muut tahot kuin virallisorganisaatiot. Inventointien laatimistapa, argumentoinnin avoimuus sekä tieteellinen laatu ja merkittävyys kyseisessä päätöksentekotilanteessa ovat niiden normatiivisen merkityksen kannalta olennaisempia kuin vain aineiston tuottaneen tahon muodollisen status.¹⁸⁴ Myös korkein hallinto-oikeus on muun muassa Natura-ratkaisuissaan (esim. *KHO 2000:40*) korostanut, että vaatimukselle päätöksenteon perustumisesta tieteelliseen tietämykseen ”on annettava päätöksenteon lainmukaisuutta ratkaistaessa myös todellista merkitystä ja kiinnitettävä huomiota esitetyn selvityksen laatuun ja luotettavuuteen.”

Esimerkiksi BirdLife -järjestön arvostetut linnustoinventoinnit ovat saaneet lintudirektiivin tulkinnassa merkitystä EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä ja KHO:n päätöksenteossa. EY-tuomioistuimen ratkaisussa C-3/96 (Komissio v. Alankomaat 19.5.1998) todettiin, että muun ornitologisen dokumentaation puuttuessa IBA 89 luettelo osoittaa, että Alankomaat eivät olleet nimenneet riittävästi SPA-alueita. BirdLife Internationalin maailmanlaajuisessa Important Bird Areas (IBA) -hankkeessa on karotoitettu myös Suomen kansainvälisesti ja kansallisesti (FINIBA) merkittävät lintu-alueet. Hankkeen tavoitteena on ollut tuottaa tietoa lintualueista muun muassa luonnonsuojelun toteuttamiseen ja maankäytön suunnitteluun perustaksi. Vastaavasti vesioikeudellisessa päätöksenteossa on vakiintuneesti voitu ottaa huomioon hankkeen vaikutusalueella toimivien vesien suojeluyhdistysten tutkimukset ja yhdistysten laatimat alueelliset vesitösuunnitelmat, vaikka yhdistyksellä ei olisikaan päätöksenteossa asian-

¹⁸³ Asiassa kielteiseen lupapäätökseen johtivat lopulta myös eräät muut argumentit.

¹⁸⁴ Ks. myös *Vihervuori* 1989a, s. 207–208, jossa tarkastellaan kunnallisia maisemaselvityksiä MAL:n mukaisessa päätöksenteossa huomioonotettavana aineistona ja tällaisten selvitysten suhdetta valtakunnalliseen harjunsuojeluohjelmaan.

osaisen asemaa ja vaikka yhdistysten laatimille suunnitelmille ei ole laissa annettu normatiivista velvoittavuutta.¹⁸⁵ Nykyisin luontoharrastajat ovat tärkeä tiedontuottaja myös liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikoista, joiden hävittäminen ja heikentäminen on luonnonsuojelulain 49.1 §:n mukaan kielletty.

Kiinnostavaa on, että ympäristöasioissa kansalaislähtöinen aktivismi näyttäisi olevan muuttumassa yhä professionaalisemmaksi ja sitä kautta oikeudellisesti yhä merkityksellisemmäksi. Taustana kehitykselle on ollut erilaisten osallistumis- ja vuorovaikutusprosessien merkityksen lisääntyminen ympäristölainsäädännössä.¹⁸⁶ Tämä ilmenee – *Kumpulaa* seuraten – pyrkimyksenä ”luoda keskusteluyhteys, jossa jyrkkä kolmijako faktatietoa tuottaviin asiantuntijoihin, arvokannanottoja edustaviin maallikoihin ja yleistä etua ajaviin viranomaisiin liudentuu”.¹⁸⁷ ”Tela- ketju”-aktivismin ohella ja sijasta ympäristöasioihin vaikutetaan yhä enemmän tuottamalla esimerkiksi ammattimaista inventointi- tai muuta tutkimustietoa. Hakkuutyömaiden ohella ja sijasta osallistutaan ammatillisesti oikeusprosesseihin¹⁸⁸ ja kantelemalla EU-komissiolle. Tämä ei tietenkään koske vain ympäristöjärjestöjä, vaan samalla tavalla laajemminkin kansalaisaktivismia, jolla pyritään vaikuttamaan ympäristöpäätöksentekoon. Viime aikoina kaikkein aktiivisimmin tuomioistuimiin ja muihin oikeudellisiin menettelyihin kansalaisaktivismin välineenä ovat Suomessa turvautuneet maanomistajajärjestöt yrittäessään vaikuttaa Natura 2000 -ohjelmaa koskevaan päätöksentekoon. Ilmiötä voitaneen luonnehtia *Wilhelmssonin* hahmottaman mikropolitiikan¹⁸⁹ erääksi strategiaksi.

Vielä on velvoittavuuden perustan näkökulmasta syytä kiinnittää huomiota siihen, että muodollisesti velvoittaviin oikeuslähteisiin sisältyy myös

¹⁸⁵ Ks. *Hollo* 1976, s. 118–120, 298–299, 531.

¹⁸⁶ Ks. kansalaisosallistumisen merkityksen vahvistumisesta luonnontieteellisen ja teknisen tiedon määrittämisen areenana, kansalaisten tunnustamisesta maallikkoasiantuntijoiksi ja hyväksymisestä tiedon tuottajiksi asiantuntijoiden rinnalle ympäristöpäätöksenteossa *Kumpula* 1997, s. 143–153.

¹⁸⁷ *Kumpula* 1997, s. 150.

¹⁸⁸ Ks. myös *Saaristo* 2000, s. 91–93, jossa kiinnitetään huomiota siihen, että riittämättömän lainsäädännön kritiikkiin perustuvan (juridisesti laittoman) kansalaistotelemattomuuden ohella ympäristöliikkeet ovat alkaneet yhä enemmän toimia myös oikeudellisen ”vasta-asiantuntijuuden” tuottajina. Toiminnassa tähdätään tällöin Saariston esimerkin (s. 91) mukaisesti siihen, että viranomaiset noudattaisivat lakia. – Ymmärtääkseni ”vaihtoehto-oikeutta” tuottava kansalaislähtöinen vasta-asiantuntijuus alkaa olla oikeudellisesti arvioden Saariston varovaista esitystä (ks. myös s. 99) jo laajempi ja merkittävämpi ilmiö.

¹⁸⁹ *Wilhelmsson* 2001, s. 134–144, jossa esimerkkinä käytetään mm. ympäristöliikettä. Mikropolitiikalle on tyypillistä (s. 140–142) mm. se, että toiminta ei välttämättä edellytä muodollista organisoitumista ja se, että toiminta usein ylittää kansallisvaltioiden rajat.

normeja, joiden velvoittavuus sisällöllisesti rinnastuu soft law -oikeuslähteisiin. Muodollisen normihierarkian ja normatiivisen oikeuslähteopin näkökulmasta on jossakin määrin hämmäntävää, että muodollisesti velvoittavat oikeuslähteet voivat sisältää myös velvoittavuudeltaan *ohjeellisia normeja*. Esimerkiksi ympäristönsuojeluoikeudessa yleiset asetustasoiset ohjearvot on säädetty muodollisesti velvoittavissa oikeuslähteissä, mutta sisällöllisesti asetusten ohjearvojen tai rakennusmääräyskokoelmassa julkaistujen ohjeiden luonne rinnastuu pitkälti muodollisesti ei-velvoittavaan aineistoon (esimerkiksi oppaisiin) sisältyvään ohjeistukseen.¹⁹⁰

Ohjeellisuuteen viittaavan käsitteistön käyttäminen laissa ei aina kuitenkaan tarkoita, että kysymys olisi ei-velvoittavasta (ohjeellisesta) normista. Toisin sanoen lain säännösten ohjeellisuus voi olla (hämmästyttävää kyllä) ei-velvoittavaa ohjeellisuutta tai velvoittavaa ohjeellisuutta riippuen siitä systemaattisesta yhteydestä, jossa ohjeellisuuteen lainsäädännössä viitataan. Tämän oivaltamiseksi normiformulaation ja oikeusnormin erottaminen on hyödyllistä. Vaikka normiformulaation (lain sanamuodon) tasolla näyttäisi olevan kysymys vain ohjeellisyydestä, säännöksen tulkinnan kautta voidaan hyvin päätyä oikeusnormiin, joka onkin velvoittava. Ohjeellisuuteen viitataan MRL:ssa esimerkiksi maakuntakaavojen ja yleiskaavojen oikeusvaikutusten yhteydessä. MRL 32 §:n mukaan maakuntakaava on *ohjeena* laadittaessa ja muutettaessa yleis- ja asemakaavaa. Vastaavasti yleiskaava on MRL 42 §:n mukaan *ohjeena* laadittaessa ja muutettaessa asemakaavaa. Näissä ja muissa vastavissa MRL:n säännöksissä mainitun ohjeellisuuden ei tule ymmärtää tarkoittavan ei-velvoittavuutta esimerkiksi rakennusmääräyskokoelman ohjeita koskevaan MRL 13.2 §:ssä määriteltyyn ei-velvoittavaan ohjeellisuuden rinnastuvalla tavalla. Kaavojen ohjausvaikutuksen velvoittavuus ilmenee esimerkiksi siinä, että ohjeena olevasta yleispiirteisemmästä kaavasta poikkeaminen tulisi yleis- tai asemakaavoituksessa perustella.¹⁹¹ Säännökset ovat tyypillisiä ympäristöoikeudellisia joustavia normeja, joiden normatiivinen sisältö täsmentyy muun muassa useiden muiden MRL:n säännösten ja lain systematiikan kautta. Säännöksissä mainitun ohjeellisuuden toteutumista arvioidaan tuomioistuimissa oikeusharkintaisesti samalla tavalla kuin muitakin vastaavia joustavia normeja tulkitaan. Tällaista ohjeellisuuden toteutumisen riittävyysarviointi-

¹⁹⁰ Määräyksen ja ohjeen ero voi käytännössä kuitenkin olla suhteellinen, ks. *Vihervuori* 1998, s. 222–223.

¹⁹¹ Ks. maakunta- ja yleiskaavan ohjausvaikutuksesta *Ekroos* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 382–383, 397–398, 410, 430–431. Myös Ekroosin mukaan (s. 431) ”ohjeena oleminen” tarkoittaa ”sitovampaa noudattamisvelvollisuutta kuin sanamuodosta voisi päätellä”. Kyseisessä kohdassa tarkastellaan MRL 54.1 §:ää. Kaavoituksen luonne huomioonottaen kyse ei ole kuitenkaan – Ekroosin ilmaisuja käyttäen – ”täysin sidotusta” (esim. s. 397) tai ”täysin ehdottomasta” (esim. s. 431) ohjeellisyydestä.

tia tehtiin esimerkiksi ratkaisussa *KHO 2005:4*, jossa oli kysymys asemakaavan muutoksesta muun muassa 10 hehtaarin suuruiselle alueelle suunnitellun golfkentän rakentamisen mahdollistamiseksi. Asemakaavan muutospäätöksen kumoamiseen johtaneessa ratkaisussa korkein hallinto-oikeus esittää yhtenä perusteena myös sen, että alueella voimassa olevat rakennuslain mukaiset seutukaavat eivät ole olleet kaavamuutosta laadittaessa ”riittävästi ohjeena” (kohta 2.2.3; ratkaisun vuosikirjaluonne perustuu muihin argumentteihin).

Muodolliseen normihierarkiaan sisältyvien säädösten ohjeavot ja myös ministeriön tuottama opas- tai ohjeluonteinen aineisto voivat *institutionaalisen perustansa* vuoksi olla normatiivisesti merkityksellisempiä kuin samantyyppinen yksityisten tuottama aineisto. Tämä voi olla perusteltua viranomaisjohtoisesti tuotettavan aineiston usein yksityisesti tuotettuja aineistoja perusteellisemmän ja nykyisin yhä yleisemmän myös avoimeman valmistelun vuoksi. Perinteisessä normatiivisessa oikeuslähdeopissa institutionaaliseen perustaan on tapana kiinnittää huomiota erottamalla auktoriteettilähteet aineellisista asialähteistä.¹⁹² Jos soft law -tyyppisen aineiston institutionaalille perustalle halutaan antaa merkitystä, aineisto voidaan jäsentää seuraaviin ryhmiin:

- 1) muodollisesti velvoittaviin auktoriteettilähteisiin sisältyvät ohjeelliset normit (*aineelliset asialähteet auktoriteettilähteissä*),
- 2) parlamentaarisen kontrollin piirissä olevien toimijoiden tuottamat muodollisesti ei-velvoittavat auktoriteettilähteet (*auktoritatiiviset asialähteet*),
- 3) parlamentaarisen kontrollin ulkopuolisten toimijoiden tuottama normitus (*aidot aineelliset asialähteet*).

3.1.3 Normatiiviset reitit soft law'n perustana

Hyväksyttävyyys ja tosiasiallinen tehokkuus eivät ole ainoita perusteita, joihin soft law -tyyppisen aineiston oikeudellinen velvoittavuus voidaan kiinnittää. Tällaisen aineiston normatiivinen merkitys näyttää usein joko välittömästi tai ainakin välillisesti perustuvan kirjoitettuun lainsäädäntöön. Vaikka laissa ei muodollisesti ja eksplisiittisesti viitattaisikaan soft law -tyyppiseen aineistoon, ympäristölainsäädäntö perustuu monin osin oletukseen väljien ja joustavien normien tulkintaa kiinteyttävän soft law -tyyppisen aineiston olemassaolosta. Kirjoitettu laki sisältää erilaisia *normatiivisia reittejä*, joiden kautta soft law -tyyppinen aineisto välittyy osaksi oikeu-

¹⁹² Ks. esim. *Karhun* (LM 2003, s. 792–793) tiivistelmä perinteisestä oikeuslähdeopista.

dellista päätöksentekoa. Nämä normatiiviset reitit myös määrittävät soft law -aineiston käyttöä oikeudellisessa argumentaatiossa.

Kirjoitettuun lakiin sisältyviä, myös muodollisesti velvoittavia perusteita muodollisesti ei-velvoittavan aineiston huomioonottamiseen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa voidaan osoittaa paitsi ympäristölainsäädännöstä myös yleishallinto-oikeudellisesta lainsäädännöstä. Nykyisin hallintolain 31 §:ssä säädetty viranomaisen selvittämisvelvollisuus on keskeinen tällainen lakiin kirjattu muodollisestikin velvoittava normatiivinen reitti, jonka pohjalta soft law -tyyppisen aineiston merkitys oikeuslähteenä muotoutuu. Viranomaisen selvittämisvelvollisuus *edellyttää* ratkaistavaan asiaan rinnastuvissa aiemmissä samantyyppisissä ratkaisutilanteissa johdonmukaisesti huomioon otetun soft law -tyyppisenkin aineiston merkityksen arvioimista päätöksenteossa.¹⁹³ Hallintolain 45 §:ssä säädetystä perusteluvollisuudesta taas seuraa, että harkintaan tosiasiallisesti vaikuttaneet seikat, niiden velvoittavuuden luonteesta tai perustasta riippumatta, on tuotava päätöksessä esille.¹⁹⁴

Edellä soft law -aineistojen olemassaoloa edellyttäväksi kirjoitettuun lainsäädäntöön sisältyviksi normatiivisiksi reiteiksi on jo tunnistettu muun muassa lakiin *kirjatut hyvä tapa -normistot*. Jaksossa 2.8 esimerkkinä mainittiin hyvä rakennustapa MRL:n useissa säännöksissä ja KEMERAL:n sääntelymallissa keskeiset metsänhoitosuositukset. Soft law -aineistojen olemassaoloa edellyttävänä kirjoitettuun lakiin sisältyvänä normatiivisena reittinä tuli edellä esille myös *parhaan käyttökelpoisen tekniikan periaate*, jonka täsmentämisen lainsäätäjät on ajatellut osin tapahtuvan muodollisen normihierarkian ulkopuolisissa menettelyissä (ks. jakso 2.7). Formaalisti tulkiten avoimilta näyttävien hyvä tapa -normistojen ja esimerkiksi parhaan käyttökelpoisen tekniikan periaatteen kirjaaminen lakiin perustuu lainsäätäjän tietoon näitä normeja täsmentävien menettelyjen tai käytänteiden olemassaolosta. Kyse ei tosiasiallisesti siis välttämättä ole lainkaan normatiivisesti avoimista normeista, vaikka pelkästään lainsäädännön tasolla siltä voisi vaikuttaa.

Ympäristöoikeudellisen sääntelyn lähtökohtana voi siis olla lainsäätäjän käytettävissä oleva tieto lainsäädännön tasolla avoimeksi jääviä normeja täsmentävän soft law -aineiston tai menettelyjen olemassaolosta, minkä

¹⁹³ Ks. myös *Tarukannel* 1990, s. 176, jossa silloisen hallintomenettelylain (598/1982) 17 §:n todetaan edellyttävän, että ”viranomaisen ottaa päätöksenteossaan huomioon hallinnollisen ohjauksen ja esim. muiden viranomaisten antamat lausunnot, mikäli se voi vaikuttaa päätöksen sisältöön”.

¹⁹⁴ Tähän kiinnittävät hallinnollisen ohjauksen ongelmallisuutta arvioidessaan huomiota myös *Tarukannel* 1990, s. 175–176 ja *Mäenpää* 1992, s. 184–185.

vuoksi esimerkiksi muodollisesti velvoittavaa lakia alemmanasteista sääntelyä ei välttämättä nähdä tarpeelliseksi. Näin voinee sanoa esimerkiksi useisiin säädöksiin kirjatun tärkeä tai muu vedenhankintakäyttöön soveltuva pohjavesiesiintymä tai -alue -käsitteen osalta. Sitä ei ole alemmanasteisissa säädöksissä täsmennetty, vaan käsitteen on oletettu täsmentyvän luonnontieteellisen inventointiaineiston kautta (ks. jakso 2.3). Lakia säädettäessä voidaan myös käynnistää uusia muodollisen normihierarkian ulkopuolisia joustavan normin täsmentämisprosesseja, kuten luonnontieteellisiä inventointeja. Näin meneteltiin esimerkiksi säädettäessä metsälakiin säännös erityisen tärkeistä elinympäristöistä (ks. jakso 2.3). Tämän tyyppinen, ympäristöoikeudessa jo klassinen sääntelytekniikka jättää harmitusti ja tarkoituksella tilaa tekniikan kehityksen ja luonnontieteellisen tiedon lisääntymisen huomioonottamiselle lainsoveltamisessa.

Myös nykyaikaisen ympäristöoikeuden erästä keskeistä lähtökohtaa, *velvollisuutta olla selvillä toiminnan ympäristövaikutuksista*, voidaan luonnehtia normatiiviseksi reitiksi, jota kautta soft law -aineisto välittyy päätöksentekoon. Kirjoitetussa laissa selvilläolovelvollisuus tai vaatimus riittävistä luonnontieteellisistä ja muista tarvittavista selvityksistä ennen päätöksentekoa on kirjattu muun muassa MRL 9 §:ään, YSL 5 §:ään, MAL 5 §:ään, ympäristövaikutusten arviointimenettelystä annetun lain (468/1994, YVAL) 10 ja 25 §:iin, geenitekniikkalain (377/1995) 9 §:ään, jätelain 51 §:ään ja kemikaalilain (744/1989) 16 §:ään (1412/1992). Alemmanasteisissa säädöksissä päätöksenteossa vaadittavaa luonnontieteellistä selvityksineistä tyyppillisesti yksilöidään tarkemmin.¹⁹⁵ Ympäristöpäätöksenteossa on usein hyödynnettävä erilaista soft law -aineistoa, jotta riittävien selvitysten vaatimuksen tai selvilläolovelvollisuuksien täyttymistä voitaisiin arvioida. Yleensä toiminnan tai hankkeen vaikutusten arvioiminen on toiminnanharjoittajan tehtävänä, joka esimerkiksi lupahakemukseen sisältyvässä suunnitelmassa toimittaa päätöksenteossa tarvittavaa selvityksineistä. Viranomaisen ja tuomioistuimen päätöksenteossa taas tarvitaan toiminnanharjoittajan toimittaman aineiston ulkopuolisia kriteerejä, joiden perusteella toisaalta selvitysten riittävyttä, toisaalta niistä ilmenevien vaikutusten sallittavuutta voitaisiin arvioida.

Myös ympäristöpäätöksenteossa yleiset *legalisoidut asiantuntijaviranomaisten lausunnot* ovat muodollisesti velvoittaviin oikeuslähteisiin sisältyvä normatiivinen reitti, jonka kautta soft law -aineisto välittyy päätöksentekoon. Eri ympäristösäädöksissä edellytetään tyyppillisesti erilaisten

¹⁹⁵ Ks. esim. ympäristölupaa edellyttävien hankkeiden osalta YSA 9 § ja ympäristövaikutusten arviointimenettelystä annetun asetuksen (268/1999) 12 §.

lausuntojen pyytämistä muilta viranomaisilta.¹⁹⁶ Tällaiset lausunnot eivät oikeudellisesti yleensä ole muodollisesti toista viranomaista sitovia, mutta käytännössä niillä voi olla keskeinen merkitys esimerkiksi lupaharkinnassa lausuntojen antajan erityisen teknis-luonnontieteellisen asiantunteumuksen vuoksi.¹⁹⁷ Joidenkin säännösten soveltamiskäytännöissä viranomaisen lausunnot ovat saaneet niin vahvan tosiasiallisen merkityksen, etteivät tuomioistuimet käytännössä poikkea lausunnoista. Tällainen tosiasiallinen asema näyttää muodostuneen esimerkiksi YVAL 12 §:n (267/1999) mukaiselle yhteysviranomaisen (yleensä alueellinen ympäristökeskus) lausunnolle ympäristövaikutusten arviointiselostuksesta ja sen riittävydestä.

Lausunnot ovat sellaisinaan yksittäistapauksellisia eli ne eivät ole yleisemmin sovellettavia oikeuslähteitä tai normeja. Lausuntojen taustalla voi olla hallinnon sisäistä ohjeistusta tai tekniseen ja luonnontieteelliseen osamiseen perustuvia, käytännössä muotoutuneita kriteeristöjä ja käytäntöjä, joilla luodaan ennakoitavuutta ja johdonmukaisuutta. Lausuntojen merkitys on usein juuri jonkun soft law -tyyppisen aineiston tulkinta yksittäisessä ratkaisutilanteessa.¹⁹⁸ Ongelmana voi olla lausuntomenettelyn muodostuminen rutiininomaiseksi, mihin voi liittyä esimerkiksi ei-sitovan ohjeistuksen kaavamaista ja liian muodollista soveltamista. Kun asiantuntijaviranomaisen lausunto ei oikeudellisesti ole päätöksentekijää sitova, laadultaan ja tietopohjaltaan samantasoinen (esimerkiksi toiminnanharjoittajan) hankkima vastaava asiantuntijakannanotto voi syrjäyttää lakiperusteisen asiantuntijalausunnon.¹⁹⁹ Lakiin perustuvakin asiantuntijalausunto ja sen mahdolliset yleistettävät soft law -tyyppiset lähtökohdat ovat näin ollen aina alistettavissa hyväksyttävyyksikontrollille.

¹⁹⁶ Esimerkiksi YSL 36 §, MRL 133 ja 173 §, maankäyttö- ja rakennusasetuksen (895/1999) 20, 28 ja 60 §, LSL 65 § ja MAL 7 §.

¹⁹⁷ Myös *Laakso, S.* (1990, s. 258) kiinnittää huomiota lausuntomenettelyn huomattavaan ratkaisua aineellisesti ohjaavaan merkitykseen erityisesti sellaisilla sääntelyalueilla, joilla päätöksenteko vaatii erityisasiantuntemusta. Hänen mukaansa "[l]ausunnot eivät yleensä ole oikeudellisesti mutta kylläkin tosiasiallisesti sitovia." Hän viittaa useisiin ympäristöpäätöksentekoa koskeviin esimerkkeihin (mikään esimerkkeinä käytetyistä säännöksistä ei tosin enää ole voimassa).

¹⁹⁸ Hallinnollisen ohjeistuksen ja asiantuntijalausuntojen yhteys on esillä esim. *Kuusiniemen* (1992, s. 132–133) esityksessä. Ks. lausuntojen merkityksestä myös *Sahivirta ym.* YJ 2003, s. 142, jossa lausunnoilla katsotaan ympäristönsuojelulain soveltamisessa olevan suuri painoarvo.

¹⁹⁹ Ks. asiantuntijaviranomaisen lausuntojen ja niiden taustalla olevan ohjeistuksen aiheuttamista haasteista lupaharkinnassa *Vihervuori* 1989a, s. 522–523.

3.1.4 *Soft law*'n oikeusnormiluonne

Kun edellä on mielestäni tullut osoitetuksi, että soft law -tyyppisellä aineistolla voi oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa olla tosiasiallisesti merkitystä usein heikostikin velvoittavana oikeuslähteenä, jaksossa 2 esimerkinnomaisesti esitelty aineisto siis ilmeisesti voi sisältää oikeusnormeiksi luonnehdittavia säännöksiä. Tällainen johtopäätös ei ole ongelmaton. Esimerkiksi *Aarnio* katsoo, että "[e]räitä tavanomaisoikeudellisia normeja lukuun ottamatta ei voida ajatella, että jokin ei-muodollisesti voimassa oleva normi olisi oikeusnormi".²⁰⁰ Samansuuntaisesti ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa on katsottu, että lakia alemmanasteisiin säädöksiin sisältyviä ohjeita, joilla ei ole muodollisesti velvoittavaa vaikutusta, ei voida pitää oikeusnormeina.²⁰¹

Ympäristöoikeudellisiin soft law -oikeuslähteisiin sisältyvien muodollisesti ei-velvoittavien, mutta tosiasiallisesti normatiivista merkitystä saavien käyttäytymisohjeiden normiluonne edellyttäisi ympäristöoikeuden normiteorian kehittelyä, mutta se täytyy jättää toiseen yhteyteen. Tämän esityksen tarpeiden kannalta on kuitenkin tunnustettava soft law -tyyppisen oikeusnormin olemassaolon mahdollisuus, vaikka samalla on jätettävä jossakin määrin avoimeksi, mitä oikeusnormilla tässä yhteydessä oikeastaan tarkoitetaan.

Kotimaisen ympäristöoikeuden piirissä ei ole itsenäisen normiteoreettisen tutkimuksen perinnettä (lukuun ottamatta erityiskysymystä kaavojen oikeusnormiluonteesta). Laajasti tutkittuja joustavia normeja lähestytään yleensä oikeudellisen ratkaisun teorian ja oikeudellisen argumentaation näkökulmasta, ei analysoiden niitä normiteorian näkökulmasta erityislaatuksena normityyppinä. Ympäristöoikeuden yleisesityksissä tukeudutaan yleensä yleisen oikeusteorian perusjaotteluihin oikeusnormeista, ehkä samalla niiden rajoittuneisuus mainiten.²⁰² Soft law -teemaa sivuavana poikkeuksena normiteoreettisen tutkimuksen puuttumisesta voi mainita *Seppälän* (1988) julkaistun tutkielman, jossa on ym-

²⁰⁰ *Aarnio* 1989, s. 98.

²⁰¹ Näin näyttäisi ajattelevan *Vihervuori* 1998, s. 223. Toisaalta hän kyllä korostaa (s. 227), että ohjearvot "kuitenkin vaikuttavat omalla suhteellisella painollaan erilaisissa päätöksentekotilanteissa, joten sitovan vaikutuksen puuttuminenkin on lopulta suhteellinen kysymys".

²⁰² Ks. esim. *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym. (Ympäristöoikeus) 2001*, s. 158–159, jossa esitellään perinteinen normijaottelu ja samalla todetaan, että "[o]ikeusteoreetikot eivät useinkaan ota kantaa uusien normityyppien tuomiin laintulkinnallisiin ongelmiin, saati ympäristöoikeuden erityisongelmiin".

päristösääntelyyn kytkeytyviä, itsenäistä kontribuutiota sisältäviä yleisiä normiteoreettisia osuuksia.²⁰³

Oikeusnormeista puhuttaessa olisi tärkeätä erottaa kielellisesti muotoiltu *normiformulaatio* (tässä yhteydessä normeja ilmaisevia lauseita sisältävä soft law -aineisto, esimerkiksi ministeriön julkaisema opas) varsinaisesta *normista* (tulkinnan tuloksesta eli soft law -aineistolle annetusta merkityksestä). Sama voidaan ilmaista puhumalla soft law -aineistojen sisältämistä *oikeusnormilauseista*, joiden *merkityssisältönä* on tulkinnan kautta tavoitettava oikeusnormi.²⁰⁴ Soft law -ominaisuus on selvää normiformulaation tasolla, mutta ilmeisesti täytyy myös ajatella, että varsinainen tulkinnan tuloksena muotoiltavissa oleva oikeusnormi, jota ratkaisutilanteessa vasta sovelletaan, voi olla soft law -tyyppinen.²⁰⁵

Soft law -oikeusnormin käsitteen käyttäminen edellyttää myös, että tällaisen käsitteen suhde vakiintuneeseen sääntö/periaate-normijaotteluun täsmennetään. Ymmärtääkseni soft law -oikeusnormit eivät muodosta suhteessa sääntö/periaate -jaotteluun mitään uutta kategoriaa, vaan soft law -oikeusnormit ovat luonteeltaan joko sääntöjä tai periaatteita. Ympäristö-oikeuden alueella soft law -aineistot näyttävät sisältävän usein lähinnä sääntötyyppisiä soft law -oikeusnormeja.

Esimerkkinä sääntötyyppisestä soft law -oikeusnormista voidaan tarkastella seuraavaa tekstiä: ”Käsittelemätöntä puhdistamolietettä *ei saa luovuttaa* (kurs. tässä) maatalouteen, vaan liete *on käsiteltävä* (kurs. tässä) KTTK:n hyväksymällä menetelmällä. Hyväksytyjä menetelmiä ovat termofiilinen mädätys (mesofiilinen ei yksinään ole riittävä käsittely), kalkkistabilointi (pH 12), kompostointi ja terminen kuivaus.” Näissä kahdessa virkkeessä on ilmaistu varsin yksiselitteisesti muotoiltu yleinen sääntö,

²⁰³ *Seppälä* 1988, esim. s. 10–14, 26–40. Hallinnollista ohjausta tutkiva Seppälä ottaa (s. 11–14) kriittistä etäisyyttä muodolliseen oikeusnormikäsitteeseen ja luonnehtii oikeusnormeiksi mm. ministeriöiden hyväksymiä suunnitelmia sekä niiden antamia ohjeita ja suosituksia.

²⁰⁴ Kirjallisuudessa tosin oikeusnormilauseetta käytetään toisessakin merkityksessä ilmaisemaan deskriptiivistä lausetta, jolla kuvataan voimassa olevan oikeuden preskriptiivistä sisältöä (esimerkiksi esittämällä tulkinta lain säännöksen sisältämästä normista).

²⁰⁵ Normien, normiformulaatioiden, tulkintalauseiden, normilauseiden, normipropositioiden (jne.) maailma on kuitenkin sen verran sekava (myös tulkinta-soveltaminen -erottelu edellisessä lauseessa kuvatussa muodossa voidaan hyvin perustein kyseenalaistaa), etten ole tästä aivan varma, ks. teemasta kootusti *Heinilä Oikeus* 2005. En osaa tässä juurikaan täsmentää, mitä soft law -ominaisuus oikeusnormin (normin merkityssisällön tasolla) tarkoittaa – tai mitä tarkoittaisi päinvastainen johtopäätös, että soft law -ominaisuus liittyy vain normiformulaation, mutta ei oikeusnormin tasolle.

jota kuvattujen tosiasioiden täytyessä jokaisen ajatellaan noudattavan. Sääntötyyppisyyttä vahvistaa se, että samassa lähteessä on myös otsikon ”Puhdistamolietteen käsittelyyn soveltumattomat menetelmät” alla kuvattu kolme ei-hyväksyttävää lietteen käsittelymenetelmää.²⁰⁶ Soft law -oikeusnormin käsite on tämän puhdistamolietteen käsittelyä koskevan säännön soveltamisen yhteydessä tärkeä, koska tätä sinällään yksiselitteistä sääntöä ei välttämättä ole aina noudatettava (tai toisin muotoiltuna: siteeratuissa virkkeissä ilmaistua sääntöä ei aina saa noudattaa). Lainaukset ovat nimittäin soft law -tyyppisestä asiakirjasta ”Maa- ja metsätalousministeriön ja Kasvintuotannon tarkastuskeskuksen ohje maataloudessa käytettävälle puhdistamolietteelle”.²⁰⁷ Asiakirjassa ei mainita säännöstä, jonka perusteella ministeriöllä olisi oikeus antaa kyseinen ohje, siinä ei yksilöidä niitä lakien tai asetusten säännöksiä, joihin ohjeessa ilmaistut säännöt mahdollisesti perustuvat eikä asiakirjasta myöskään ilmene sen otsikkoa lukuun ottamatta, että kyseessä on muodollisesti ei-velvoittava oikeuslähde. Oikeusvaltiollisten vaatimusten näkökulmasta laadultaan kehon ja kelvottoman välimaastoon sijoittuvan asiakirjan lopussa mainitaan ”viitteet” (!), pykälää yksilöimättä muun muassa lannoitelaki (232/1993)²⁰⁸ sekä jätelain nojalla annettu valtioneuvoston päätös puhdistamolietteen käytöstä maanviljelyssä (282/1994). Ohje näyttäisi sisältävän mainittua asetusta (valtioneuvoston päätös) yksityiskohtaisempaa sääntelyä ja paikoin se näyttää olevan ristiriidassa asetuksen kanssa. Ristiriitatilanteessa asetusta on tietysti noudatettava.²⁰⁹ Perustuslain 80 §:n näkökulmasta kyseessä oleva ministeriön ohje näyttää hyvin kyseenalaiselta, koska se sisältää hyvin yksityiskohtaista yksilöiden oikeuksiin ja velvollisuuksiin liittyvää sääntelyä ohi sen, mitä laissa ja lain nojalla annetussa asetuksessa kyseessä olevista asioista säädetään (kyse ei ole vain lain sisällön informatiivisesta selostamisesta). Esimerkiksi ohjeen lähtökohta, että Kasvintuotannon tarkastuskeskus (KTTK) hyväksyy puhdistamolietteen käsittelymenetelmät, ei näytä perustuvan lakiin. KTTK:lla ei ole sitä koskevien lain

²⁰⁶ Ei-hyväksyttävinä menetelminä mainitaan ”Tiivistys ja kuivaus”, ”Seostaminen turpeen, hakkeen tms. seosaineen kanssa” ja ”Mesofiilinen mädätys”.

²⁰⁷ Maa- ja metsätalousministeriö, elintarvike- ja terveysosasto, 17.6.2005 Dnro MMMELO 2915/835/2005. Ohje on saatavissa: <http://www.kttk.fi/> (kohdasta ohje & määräys, 1.8.2005).

²⁰⁸ Lannoitelaisissa on ministeriölle annettu useita määräyksenantovaltuuksia, mutta mikään niistä ei nähdäkseni koske perustuslaissa edellytettävällä tavalla yksilöidysti kyseessä olevassa ohjeessa normeerattua asiaa.

²⁰⁹ Kyseessä olevassa asiassa lannoite- ja jätelain suhde on tosin jossakin määrin tulkinanvarainen, mikä vaikeuttaa säädösten tulkintaa ja niiden suhteen yleistä kuvaamista.

säännösten mukaan mitään norminantovaltaa, toisin kuin ohjeen otsikosta ja siinä lausutuista säännöistä voisi päätellä.

Oikeusnormiluonteen kiistäminen tällaisilta ei-velvoittavissa lähteissä ilmaistuilta yksiselitteisiltä säännöiltä olisi mielestäni kuitenkin ongelmallista. Kun edellä mainittua sääntöä luonnehditaan soft law -oikeusnormiksi, voidaan sitä vastoin havainnollisesti korostaa niitä erityisiä *soveltamisedellytyksiä*, joita tällaisen soft law -säännön käyttämiseen oikeudellisen ratkaisun premissinä liittyy. Puhdistamolietteenkäsittelyohjeen osalta nämä soveltamisedellytykset johtavat mitä ilmeisimmin eräiden ohjeessa lausuttujen sääntöjen soveltamatta jättämiseen, kun ohjeessa ilmaistut säännöt näyttävät osin olevan perustuslain, lain tai asetuksen vastaisia. Säännön tai periaatteen luonnehtiminen soft law -tyyppiseksi oikeusnormiksi näyttäisi näin ollen merkitsevän ennen kaikkea viittausta kyseisen normin käyttöön liittyviin erityisiin argumentaatio-opillisiin vaatimuksiin.

Mainituista ongelmista ja tässä vielä avoimeksi jäävistä kysymyksistä huolimatta on siis mielestäni ajateltava, että soft law -tyyppinen aineisto voi sisältää sellaisia normiformulaatioita, jotka ovat luonteeltaan oikeusnormeja. Mielestäni luonnehdinta, että ohjeellinen säännös ei ole oikeusnormi, ei ole kovin havainnollinen tai hyödyllinen, jos tällainen ohje tosiasiallisesti toimii oikeudellisen ratkaisun yleisenä premissinä. Jos vaikkapa ohjearvoa käytetään sallittuna tai heikosti velvoittavana oikeuslähteenä, onko mielekäästä korostaa, ettei kyseessä kuitenkaan oikeastaan ole ”oikea” oikeusnormi? Tästä seuraa kuitenkin seuraava haaste: oikeudellisen ratkaisun perusteena toimivat oikeusnormit on pystyttävä jollakin tavoin oikeuslähdeopillisesti paikantamaan. Miten olisi siis kuvattavissa muodollisesti ei-velvoittavien, vain hyväksyttävyytensä tai tosiasiallisen tehokkuutensa kautta ratkaisutoiminnassa merkitystä saavien oikeusnormien *oikeuslähdeopillinen asema*? Ymmärrän kysymyksen viittaavan laajalti erilaisiin tulkinta- ja argumentaatiopillisiin sitoumuksiin ja ajattelutapoihin. Edellä käsitellyn aineiston oikeuslähdeopillinen luonnehdinta merkitsee samalla nähdäkseni kannanottoa siihen, millä tavoin tällaista aineistoa pitää tai saa käyttää oikeudellisen ratkaisun premissinä.

3.2 Soft law'n oikeuslähdeopillisen paikantamisen mahdollisuuksia

3.2.1 *Modernia tavanomaista oikeutta?*

Eri oikeudenaloilla näyttää olevan useitakin erilaisia oikeuslähdeopillisiä jäsenystapoja, joista voi olla hyötyä soft law -tyyppisen aineiston tulkintaopillisen merkityksen tunnistamisessa ja käsitteellistämässä. Arvioin aluksi lyhyesti neljää eri oikeudenalojen oikeuslähdeopillisessa keskustelussa esiintyvää oikeuslähde- tai tulkintakategoriaa mahdollisuutena paikantaa soft law -tyyppisen aineiston oikeudellista merkitystä lainsoveltamisen näkökulmasta:

- 1) maantapa/tavanomainen oikeus/moderni tavanomainen oikeus
- 2) vakiintunut hallintokäytäntö
- 3) hallinnon virallislähteet
- 4) argumentaatiolähteet (vrt. normilähteet).

Oikeuslähdeopillisessa keskustelussa maantapaan oikeuslähteenä näytetään suhtauduttavan nykyisin yhä kriittisemmin. Esimerkiksi *Mähönen* katsoo, ettei maantapaa voida enää rinnastaa lakiin. Hänen mukaansa, jos ”sillä on jokin asema oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa, tuo asema on saavutettava aineellisilla perusteilla”.²¹⁰ Samoin *Tuori* on kyseenalaistanut maantavan aseman itsenäisenä oikeuslähteenä. Hänen mukaansa se, mitä aikaisemmin on luonnehdittu maantavaksi (Tuori käyttää ilmaisua tapaoikeus), ”vaikuttaa paljolti sellaisten kirjallisten oikeuslähteiden kuin oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden välityksellä”.²¹¹

Näkemykset ovat varmasti oikeansuuntaisia, mutta laajasti ymmärretyn ympäristöoikeuden kannalta en ole vielä kuitenkaan valmis kategorisesti unohtamaan perinteistä maantapaa vahvasti velvoittavana oikeuslähteenä. Velvoittavuudeltaan lakiin rinnastuvat, vain ylimuistoiseen maantapaan perustuvat, lain puuttuessa sovellettavat normit lienevät yhä harvinaisempia, mutta eivät kuitenkaan täydellisesti hävinneitä ja merkityksettömiä. Ympäristöoikeuden perusopetuksessa olen käyttänyt esimerkkinä maan-

²¹⁰ *Mähönen* LM 2004, s. 51–52, jossa näkemystä perustellaan erityisesti vedoten uskonnonvapauslain säätämiseen liittyvään perustuslakivaliokunnan mietintöön PeVM 10/2002 vp (HE 170/2002 vp). Ks. perinteisen tavanomaisen oikeuden vähenevästä merkityksestä oikeuslähteenä myös *Siltala* 2003, s. 272–273, 299 sekä maan tavasta alkuperäisessä merkityksessä jopa ”kuolleena kirjaimena” *Hurskainen* 2003, s. 151–153. Ks. myös *Timonen* 1987, s. 134.

²¹¹ *Tuori* 2003, s. 45.

tavasta jokamiehenoikeutta. Sen eri elementit ovat nykyisin yhä laajemmin kirjoitetussa laissa säädelyjä, mutta ainakin jokamiehenoikeuden erääksi rakenneosaksi ymmärrettävä *oikeus leiriytyä* muutamaksi päiväksi toisen kiinteistölle perustuu edelleen vain historialliseen maantapaan.²¹² Nähdäkseni esimerkiksi tältä osin maantavan lakiin rinnastuva velvoittavuus ja ylimuistoinen luonne on edelleen tarpeen tunnistaa.

Pidän Mähösen ja Tuorin viestiä kyllä sikäli tärkeänä, että maantavaksi tulisi luonnehtia vain velvoittavuudeltaan lakiin rinnastuvia ylimuistoiseen käytäntöön perustuvia normistoja tilanteissa, joissa kirjoitettua lakia ei ole. Selvää on, että esillä olevaa soft law -tyyppistä aineistoa ei voida luonnehtia (perinteiseksi) tavanomaiseksi oikeudeksi maantavan merkityksessä.

Toisaalta tavanomainen oikeus näyttäisi olevan ilmestymässä oikeuslähteeksi uudessa, modernissa merkityksessä. Tavalla, tapaoikeudella tai tavanomaisella oikeudella oikeuslähteenä näytetään tarkoitettavan nykyisin yhä useammin ainakin osin myös muuta kuin mitä aiemmin velvoittavuudeltaan lakiin rinnastuvalla maantavalla tai tavanomaisella oikeudella on tarkoitettu. Keskustelussa voidaan erottaa kaksi pääsuuntausta:

- 1) vanhaan maantapaan etäisyyttä ottava, siitä olennaisesti poikkeavan ”(post)modernin tavanomaisen oikeuden” konstruointi ja
- 2) vanhan maantavan käsitteistöön edelleen sisällyttävä, mutta aikaisempaa selvästi laaja-alaisemman merkityssisällön luominen tavanomaiselle oikeudelle.

Ensiksi mainitussa merkityksessä tavanomaisen oikeuden käsitettä on käytäntynyt muun muassa *Tuori*. Hän luonnehtii kehittyvillä uusilla oikeudenaloilla, kuten bio- tai informaatio-oikeudessa, muotoutuneita alan käytäntöjä eräänlaiseksi ”myöhäismodernin ajan tavanomaiseksi oikeudeksi”. Tällä ilmaisulla viitataan nimenomaan soft law -tyyppiseen aineistoon.²¹³ Myös *Siltala* luonnehtii – soft law -ilmaisua käyttämättä – ”riittävän oikeudenalakohtaisen yleisyyden ja vakiintuneisuuden” saavuttaneita yhteisöllisiä käytäntöjä moderniksi tavanomaiseksi oikeudeksi. Informaatioteknologian ohella hän viittaa nopeasti kehittyviin rahoitus- ja sijoitusinstrumentteihin.²¹⁴

²¹² Ks. maantavasta jokamiehenoikeuden edelleen merkityksellisenä perustana myös *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 63, 696.

²¹³ *Tuori* LM 2004, s. 1213. Tuori korostaa toisaalla (Niin & näin 2005, s. 82), että ”[t]avanomainen oikeus ei enää koostu ikimuistoisista tavoista tai yhteisöllisistä käytännöistä”.

²¹⁴ *Siltala* 2003, s. 272, 299.

Esimerkkinä jälkimmäisestä tavasta käyttää tavanomaisen oikeuden käsitettä voidaan tarkastella *Timosen* ja *Tolosen* esityksiä. Timosen mukaan nykyisin olisi maantavan sijasta puhuttava tavanomaisesta oikeudesta, jonka hän katsoo olevan maantapaa sisällöllisesti selvästi laajempi käsite. Hänen mukaansa tavanomaista oikeutta – tarkoittamassaan maan tavasta poikkeavassa laajassa merkityksessä – voi syntyä joko oikeuskäytännössä ilmaistujen oikeusohjeiden tai sopimuskäytäntöjen (esimerkiksi kauppatavat) vakiintumisen kautta.²¹⁵ Myös Tolosen oikeuslähdeopin kokonaisuudessa tapaoikeutena käsitellään hyvin laajaa joukkoa erilaisia sosiaalisia käytäntöjä, joissa syntyy ”oikeussubjektien perusteltuihin odotuksiin” ja käyttäytymisen ”ennakoitavuuden tarpeeseen” perustuvaa velvoittavuutta. Tolosen tapaoikeuden käsite pitää sisällään perinteisen maantavan OK 1:11:n merkityksessä, mutta hän viittaa sillä myös muun muassa legalisoituihin tapanormistoihin (kuten oikeustoimilain tai kauppalain kauppatapaan), alakohtaisiin eettisiin säännöstöihin (esimerkiksi asianajajien eettisiin sääntöihin) ja erilaista kohtuullista ennakoituvuutta luoviin yleisesti noudatettuihin käytäntöihin. Näin laaja-alaisesti ymmärrettyä, tosiasiaa noudatettuun, vakiintuneeseen käytäntöön perustuvaa tapaoikeutta voi hänen mukaansa syntyä myös hallinto-oikeuden eri alueilla tai yleisessä hallintomenettelyssä.²¹⁶

Nykyaikaisen, uuden merkityssisällön vakiinnuttaminen tavanomaiselle oikeudelle oikeuslähteenä vaatii nähdäkseni vielä kehittelyä. Keskustelu tapaoikeudesta, tavanomaisesta oikeudesta, maan tavasta ja alakohtaisista vakiintuneista käytännöistä normatiivisesti merkityksellisenä tapana kaipaasi uudenlaista jäsentyneisyyttä.²¹⁷ Puhuttaessa tavanomaisesta oikeudesta oikeuslähteenä olisi tämänhetkisessä keskusteluilmapiiirissä ainakin määriteltävä, tarkoitetaanko sillä suppeasti vain perinteistä OK 1:11:ään perustuvaa maan tapaa vai onko sille tarkoitettu antaa jokin laajempi ja modernimpi merkityssisältö, joka kattaa myös esimerkiksi alakohtaisesti muodostuvat käytännesäännöt. Ainakaan legalisoituja hyvä tapa -normistoja, kuten hyvää kirjanpito-, perintä- tai rakennustapaa (ks. edellä jakso 2.8) ei ole mielekästä luonnehtia tavanomaiseksi oikeudeksi.²¹⁸ Enemmän

²¹⁵ *Timonen* 1987, s. 134–135.

²¹⁶ *Tolonen* 2003, s. 144–152.

²¹⁷ Tapaoikeus on aiemminkin ollut oikeuslähdeoppia koskevien esitysten ongelmallinen kohta, ks. *Tolonen* 2003, s. 26, 75, jossa arvioidaan kriittisesti Aarnion ja Kelsenin esityksiä tapaoikeudesta.

²¹⁸ Samoin *Mähönen* (LM 2004, s. 51), jonka mukaan esimerkiksi kirjanpitolain 1:3:n hyvässä kirjanpitotavassa ”ei ole kysymys varsinaisesta tapaoikeudesta (kurs. tässä) vaan lainsäätäjän tarkkaan valvomasta ja valtion alaisen organin, kirjanpitolautakunnan, kautta

epäselvyyttä kuin selvyyttä voi seurata myös siitä, että vakiintuneita tuomioistuini- tai hallintokäytäntöjä tai alakohtaisia, yleisesti noudatettuja käytänteitä luonnehditaan oikeuslähdeopillisesti tapaoikeudeksi tai tavanomaiseksi oikeudeksi. Esimerkiksi sopimusoikeudessa alakohtaisina, vakiintuneina käytäntöinä ilmenevä, normatiivisesti merkitykselliseksi ilman lainsäätäjän tahdonilmaisujakin ymmärrettävä tapa oikeuslähteenä on jotakin muuta kuin maantapa, mutta mitenkään välttämätöntä ei liene sen luonnehtiminen myöskään tavanomaiseksi oikeudeksi.²¹⁹

Ympäristöoikeuden näkökulmasta tavanomaisen oikeuden merkityssisältö voidaan mielestäni rajata tarkoittamaan vain ylimuistoista maantapaa (niissä harvoissa tilanteissa, joissa sillä on edelleen merkitystä).²²⁰ Samalla kehitäisiin uutta käsitteistöä nykyajan ilmiöille; tässä esityksessä sellaiseksi ehdotetaan ympäristöoikeuden osalta soft law'ta myös kansallisen oikeuden oikeuslähdekategoriaksi tunnistettuna. Erottaisin ympäristöoikeuden näkökulmasta erillisiksi oikeuslähdekategorioiksi siis seuraavat tavanomaista oikeutta koskevassa keskustelussa toisiinsa ajoin mielestäni ongelmallisella tavalla sekoittuvat kategoriat:

- 1) ylimuistoinen maantapa (tavanomainen oikeus suppeassa merkityksessä),
- 2) legalisoidut hyvä tapa -normistot (laissa institutionalisoitu itsesääntely),
- 3) alakohtaiset käytännösäännöt (yleisesti noudatetut, normatiivisesti merkitykselliseksi muodostuneet käytännöt)²²¹ ja
- 4) vakiintunut tuomioistuin- ja hallintokäytäntö.

suodattavasta lakiin perustuvasta itsesääntelystä". Ks. teemasta myös *Hurskainen* 2003, s. 152: "Tapaoikeus (esim. hyvä kirjanpitolapa, hyvä kauppatapa) positiiviseen oikeuteen säädetyksi sisällytettynä oikeudellisena terminä on muuta kuin maan tapa OK 1:11:n merkityksessä."

²¹⁹ Ks. alakohtaisista tavoista oikeuslähteenä sopimus- ja vakuutus-oikeudessa *Häyhä* (2000, s. 22–24). Häyhä ei näyttäisi suhteuttavan alakohtaisissa käytännöissä rakenteistunutta tapaa oikeuslähteenä perinteiseen maantapaan. Esityksessä näytetään tultavan toimeen myös ilman tavanomaiseen oikeuteen kiinnittyvää käsitteistöä. Hän kuvaa (s. 23) Taxelliin tukeutuen tavan normatiivista merkitystä seuraavasti: "Jotta tapa voisi ylipäätään saada oikeudellisesti velvoittavan merkityksen, sen tulee kirjallisuuden mukaan perustua tosiasialliseen käytäntöön, käytännön tulee olla jatkunut riittävän kauan, tavan tulee olla riittävän laajalti hyväksytty asianomaisen alan edustajien keskuudessa, sen tulee olla tunnettu minkä lisäksi tavan tulee olla kohtuullinen." Tutkimuksessaan Häyhä perustelee *tradition mekanismiksi* kutsumastaan lähtökohdasta käsin laajalti vakiintuneen käytännön synnyttämiä normatiivisia odotuksia eli sitä, miten (s. 25) "vakiintuneet tavat tehdä sopimuksia (kurs. poist) vaikuttavat siihen, miten ja minkälaisia sopimuksia kyseisissä tilanteissa pitää tehdä (kurs. poist)".

²²⁰ Samoin *Tuori* (2003, s. 45) tarkoittaa oikeusteorian perusoppikirjassaan tavanomaisella oikeudella ja tapaoikeudella suppeasti vain perinteistä maantapaa.

²²¹ Kategorian merkitys julkisoikeudellisesti painottuvassa ympäristöoikeudessa lienee vähäinen. Esimerkkinä voi mainita lähinnä edellä jaksossa 2.8 mainitut metsänhoitosuosikukset; niidenkin asema on lainsäädännössä välillisesti institutionalisoitu.

Tässä maantavan ja tavanomaisen oikeuden samaistamiseen perustuvassa jäsentelyssä tavanomaiselle oikeudelle ei näyttäisi jäävän erillistä lokeroa esimerkiksi siinä merkityksessä, jossa tapaoikeus esiintyy hyvin keskeisenä oikeuslähteenä kansainvälisessä oikeudessa ja tärkeänä oikeuslähteenä myös muun muassa työoikeudessa (niin sanottuna sopimuksenveroisena käytäntönä). Valinta on tarkoituksellinen, mutta ei poikkeuksellinen: useiden oikeudenalojen perusoppikirjojen oikeuslähteoppia koskevia esityksiä lukiessa voi havaita, ettei niissä puhuta mitään tavanomaisesta oikeudesta kyseisten oikeudenalojen oikeuslähteenä.²²² Tapaoikeus/tavanomainen oikeus lieneekin oikeuslähteenä sellainen, että yritys sen oikeudenalaneutraaliksi yleiseksi luonnehtimiseksi (esimerkiksi Tolosen esityksen tavoin) voi osoittautua ongelmalliseksi.

Esillä olevan soft law -teeman kannalta tavanomainen oikeus näyttää myös modernissa merkityksessä olevan rajoittunut oikeuslähteopillinen kategoria. Edellä käsitellyn aineiston kattava luonnehtiminen (moderniksi) tavanomaiseksi oikeudeksi ei tunnu perustellulta. Edellä ympäristöoikeuden soft law -oikeuslähteiksi on tunnistettu etupäässä muuntuyppistä aineistoa kuin mitä moderniksi tavanomaiseksi oikeudeksi tyypillisesti luonnehdituilla käytännesäännöillä tarkoitetaan. Merkittävä osa ympäristöoikeuden soft law -oikeuslähteistä on viranomaisorganisaatioiden tuottamaa tai jollakin tavoin kirjoitetun lainsäädännön erilaisiin normatiivisiin reitteihin (ks. jakso 3.1.3) institutionaalisesti perustuvaa. Tavanomaiseen oikeuteen viittaava käsitteistö olisi ristiriitainen myös sen kannalta, että ympäristöoikeudellinen soft law -aineisto on lähes poikkeuksetta kirjallisessa muodossa²²³ (sama koskee soft law'ta myös eurooppa- ja kansainvälisessä oikeudessa²²⁴). Ympäristöoikeudellisen soft law'n voi sanoa

²²² Esimerkiksi ympäristöoikeuden kattavassa perusesityksessä ”Ympäristöoikeus” (*Kuusiniemi ym.* 2001) *tapaoikeus* mainitaan vain kansainvälisen oikeuden oikeuslähteenä (ks. s. 200). *Tavanomaista oikeutta* näytetään käytettävän jokamiehenoikeuksien käsittelyn yhteydessä (s. 696) maantavan kanssa rinnakkaisena käsitteenä.

²²³ *Tuori* (Niin & näin 2005, s. 82) ei tosin rajaa tavanomaisen oikeuden ”uuden nousun” analyysiaän ei-kirjalliseen muotoon. Hän päinvastoin korostaa, että modernia tavanomaista oikeutta edustavat alakohtaiset käytännesäännöt on voitu vahvistaa ”asianomaisen alan kansallisen tai kansainvälisen järjestön nimenomaisella päätöksellä”. Hänen mukaansa tästä seuraakin paradoksaalisesti, että ”voimme puhua *tavanomaisen oikeuden positivoitumisesta* (kurs. tässä)!” Sitä vastoin *Siltalan* (2003, s. 272–274) tavanomaiseksi oikeudeksi luonnehtimia vakiintuneita alakohtaisia yhteisöllisiä käytäntöjä ”tavallisesti ei ole kodi-fioitu kirjalliseen muotoon”.

²²⁴ Ks. kansainvälisen oikeuden osalta myös *Rosas* 1993, s. 67, jossa korostetaan varsinaisia oikeusnormeja ”vähemmän velvoittavan” soft law'n eroa tapaoikeuteen kansainvälisen oikeuden oikeuslähteenä.

olevan pääsääntöisesti *tietoisesti luotua, asetettua oikeutta*.²²⁵

Kun moderniin tavanomaisen oikeuteen viittaava käsitteistö näytetään perustettavan erityisesti *käytännėsääntöihin* ja niiden merkityksen lisääntymiseen, ympäristöoikeuden osalta on syytä vielä kiinnittää huomiota siihen, että käsitettä käytetään ympäristöohjausta koskevassa keskustelussa varsin harvoin. Käytännėsääntöihin (codes of conduct/practice) viitataan suhteellisen vähän ympäristöpolitiikan ohjauskeinoja koskevassa kansainvälisessä kirjallisuudessa silloinkin, kun näkökulma on lainsoveltamista yleisempi. Ohjauskeinotutkimuksessa, jonka käsitteistö on siirtynyt myös oikeudelliseen käyttöön, samassa tarkoituksessa käytetään osin muita ilmaisuja. Taustalla on osaltaan ympäristöohjausta koskevan itsesääntelyn keinovalikoiman monimuotoisuus, joka siis edellyttää eriytyneempää käsittejärjestelmää, mutta luullakseni myös varsinaisten käytännėsääntöjen lopulta suhteellisen vähäinen merkitys ympäristöohjauksessa (ks. myös jakso 2.8). Esimerkiksi itsesääntelyä systematisoivassa *Rehbinderin* artikkelissa ”codes of conduct” mainitaan yhtenä esityksessä tarkasteltavista yhdeksästä itsesääntelyn tyypistä, mutta asia kuitataan vajaalla puolella sivulla.²²⁶ Ohjauskeinotutkimuksen keskeisteoksessa ”Smart regulation” (1998) ”codes of conduct” -tyyppistä ohjausmallia ei systematisoinnin tasolla mainita lainkaan erillisenä ympäristöohjauksen muotona²²⁷, vaikka teoksen keskeinen tutkimuskohde on ehkä merkittävimmäksi ympäristöalan käytännėsäännöksi luonnehdittava kemianteollisuuden *Responsible Care* -ohjelma.²²⁸

3.2.2 Vakiintunut hallintokäytäntö?

Julkisoikeuden näkökulmasta tavanomaiseen oikeuteen erillisenä oikeuslähteenä on suhtauduttu perinteisestikin epäilevästi. Hallinto-oikeudellisessa doktriinissa yksityisoikeuden alueen tavanomaiseen oikeuteen rinnastuu osittain *vakiintunut hallintokäytäntö*. Kirjallisuudessa on jonkin verran pohdittu näiden suhdetta. Varsin vakiintunut lienee kanta, ettei vakiintuneita hallinnon soveltamiskäytäntöjä voida luonnehtia niiden tosi-

²²⁵ Samoin myös *Pohjolainen* (JFT 1998, s. 443) luonnehtii, eräin varauksin, soft law’n olevan tietoisesti luotu normisto. Hänen mukaansa tämä ”usually distinguishes soft law from customary practice and principles”.

²²⁶ *Rehbinder* 1996, s. 244, 256.

²²⁷ Ks. *Gunningham – Grabosky* 1998, s. 38–91.

²²⁸ Teoksen käsitteistössä teollisuuden toimintoja ohjaamaan tarkoitettut käytännėsäännöt (Codes of Practice) eli toimintaa ohjaavat standardit hahmotetaan erääksi alakohteisena itsesääntelynä muotoutuneen Responsible Care -ohjelman elementiksi (sen keskeiseksi toimintamekanismiksi), ks. mt., esim. s. 156–158. Ks. myös hakusana ”code of practice”.

asiallisesta merkityksestä huolimatta tavanomaiseksi oikeudeksi.²²⁹ Tavanomaisella oikeudella viitattaneen tällöin yleensä käsitteen suppeaan merkitysisältöön eli sillä tarkoitetaan ymmärtääkseni samaa kuin perinteisellä maantavalla. Esimerkiksi asiaa hallinnollisen ohjauksen näkökulmasta arvioiva *Tarukannel* toteaa, että hallinnolliselle ohjaukselle ”ei voida hallinnossa antaa helposti tavanomaisen oikeuden asemaa, koska hallinnossa on yleensäkin problemaattista konstruoida tavanomaisen oikeuden syntymistä, ohjeet ovat jo valtiosääntöoikeudellisesti lähtökohtaisesti sitomattomia, ja tämä ohjaus on itsessään muuttuvaa.”²³⁰

Olisiko tässä esityksessä käsitellyn aineiston oikeuslähdeopillinen merkitys sitten ymmärrettävissä vakiintuneen hallintokäytännön kautta? Julkisoikeuden perusoppikirjassa *Husa* ja *Pohjolainen* perustelevat vakiintuneen viranomais- ja hallintokäytännön merkitystä oikeuslähteenä seuraavasti: ”viranomaisen pitkään noudattaman ratkaisulinjan ennustamattomat ja perustelemattomat muutokset voivat loukata hallinnon kanssa asioivien yhdenvertaisuutta sekä eräissä tapauksissa myös hallintokoneistoon kohdistuvaa luottamuksensuojaa.” Heidän esityksessään vakiintunut hallintokäytäntö ymmärretään sallituksi oikeuslähteeksi ja sen velvoittavuuden katsotaan olevan viranomaisen *sisäistä* (johtuvan aiemmin harjoitetusta tulkintalinjasta).²³¹

Tässä esillä olevien aineistojen – esimerkiksi pohjavesikartoitusten – osalta kysymys lienee hiukan erilaisesta oikeuslähdeopillisesta asetelmasta kuin mitä hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa vakiintuneella hallinto- tai viranomaiskäytännöllä tarkoitetaan. Ensiksikin vakiintunut viranomaiskäytäntö on tällaisten aineistojen osalta niiden oikeuslähdeopillisen statuksen *peruste*, ei sellaisenaan (käytäntönä) oikeuslähde. Jotakin eroa lienee siinä, katsotaanko oikeuslähteeksi pohjavesi-inventointi vai se vakiintunut hallintokäytäntö, jonka kautta inventoinnin merkitys oikeudellisen ratkaisutoiminnan eräänä premissinä vahvistuu ja vakiintuu. Ympäristöoikeuden kannalta mielestäni on tarpeen tunnistaa oikeuslähteeksi nimenomaan pohjavesi-inventointi tai sedimenttien ruoppaus- ja läjitys-ohje (ei vain sitä viranomaiskäytäntöä, jonka kautta kartoituksen tai oh-

²²⁹ Vrt. *Tolonen* (2003, s. 144–152), jonka hyvin laajasta tapaoikeudelle antamasta merkitysisällöstä seuraa, että tapaoikeutta voidaan ongelmitta luonnehtia myös hallintomenetelyissä esiintyväksi hallinto-oikeuden oikeuslähteeksi, ks. s. 145.

²³⁰ *Tarukannel* 1990, s. 176.

²³¹ *Husa – Pohjolainen* 2002, s. 15. Ks. vakiintuneesta hallintokäytännöstä oikeuslähteenä myös *Hurskainen* 2003, s. 152–153 ja *Mäenpää* 2003, s. 179. Ks. johdonmukaisuuden vaatimuksesta myös hallinnon oikeusperiaatteita koskevan hallintolain 6 §:n perusteluita HE 72/2002 vp.

jeen normatiivinen merkitys muotoutuu). Juuri tässä tunnistamistehtävässä soft law -käsite saattaisi olla havainnollinen. Verrattuna hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa vakiintuneelle hallintokäytännölle perinteisesti annettavaan merkitykseen erona tässä esillä olevien tilanteiden osalta voi olla myös sallittua oikeuslähdeä suurempi velvoittavuus.

3.2.3 Hallinnon virallislähde?

Hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa hallinnon tuottamaa muuta aineistoa kuin velvoittavat oikeuslähteet luonnehditaan *hallinnon virallislähteiksi* tai *hallintonormeiksi*. Niillä tarkoitetaan muun muassa hallintoviranomaisten antamia ohjeita ja muita normeja, joiden vaikutukset ovat ainoastaan hallinnon sisäisiä. Virallislähteiden korostetaan olevan epäitsenäisiä oikeuslähteitä. Ne eivät välittömästi ja itsenäisesti vaikuta hallinnon ulkopuolisten oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Virallislähteitä ei voida käyttää itsenäisinä oikeuslähteinä. Niihin voidaan tukeutua vain velvoittavien oikeuslähteiden puitteissa ja rinnalla.²³²

Ympäristöpäätöksenteossa hyvin yleinen hallinnollinen ohjaus voidaan oikeudellisesti osin paikantaa hallinnon virallislähteitä koskevan doktriinin avulla. Paikannus toki kattaa tällöin vain osan edellä esimerkinomaisesti käsitellystä aineistosta. Luonnehtimalla keskushallinnon tuottamaa aineistoa hallinnon virallislähteiksi voidaan painottaa tällaisen aineiston toissijaisuutta ennen kaikkea suhteessa lakiin. Hallinnollisen ohjauksen muodossa syntynyt soft law -aineisto ei voi olla oikeudellisen ratkaisun yksinomaisen peruste.

Kaikilta osin luonnehdinta soft law -aineistoista hallinnon virallislähteinä ei kuitenkaan ole ongelmaton. Hallinnon virallislähteitä koskevan doktriinin peruslähtökohta – virallislähteiden kohdistuminen toisille viranomaisille ja vaikutusten rajoittuminen hallinnon sisäisiksi – voi estää tunnistamasta hallinnon tuottaman aineiston tosiasiallista merkitystä yksityisten oikeuksista ja velvollisuuksista päätettäessä. Hallinnollisen ohjauksenkin osalta tässä paikannuksessa jää helposti huomiotta hallinnon tuottaman aineiston tosiasiallisesti hyvin keskeinen merkitys ympäristöasioita koskevan päätöksenteon *oikeuslähteenä* ja tällaisen aineiston mahdolli-

²³² Hallintotoiminnan kannalta merkityksellisen oikeudellisen aineiston jaottelu hallinnon oikeuslähteisiin ja hallinnon virallislähteisiin on hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa yleinen, ks. esim. *Länsineva* 1995, s. 273, *Husa – Pohjolainen* 2002, s. 16, *Mäenpää* 2003, s. 135–136, 179–184 ja *Tuori* 2004, s. 128–148. Ks. hallinnon erityisistä oikeuslähteistä myös *Pohjolainen – Tarukannel* 1990, s. 288–295.

nen luonne *oikeusnormeina*. Julkisoikeudellisessa kirjallisuudessa korostetaan *virallislähteiden* eroavan varsinaisista *oikeuslähteistä* ja *hallintonormien* varsinaisista *oikeusnormeista*.²³³

Huomioonottaen ympäristöasioita viranomaisasteessa tyypillisesti ratkaisevien vähäinen oikeudellinen koulutus, hallinnon virallislähteitä koskevan opin normatiivinen päämäärä hallintokoneiston tuottaman aineiston oikeudellisesta toissijaisuudesta ja sitomattomuudesta tuskin voidaan saavuttaa tätä käsitettä hyödyntämällä. Oikeuslähdekin on osalle ympäristöpäätöksiä tekevistä aivan tuntematon käsite (vaikka he luonnollisesti tekevät päätöksiä erilaisten oikeuslähteiden perusteella).

Oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta on mielestäni perustellumpaa tarkastella myös hallinnollisen ohjauksen muodossa syntyntä aineistoa oikeudellisen ratkaisun normipremissin muodostamisessa käytettävänä *erityisenä oikeuslähteenä*, jonka hyödyntäminen on vain joiltakin osin perustavanlaatuisesti erilaista kuin esimerkiksi lain käyttö oikeuslähteenä. Ympäristöoikeuden kannalta pidän pedagogisesti mielekkäämpänä luonnehtia kaikkea oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa hyödynnettävää oikeudellista aineistoa lähtökohtaisesti oikeuslähteiksi kuin luonnehtia osaa päätöksentekoon vaikuttavasta aineistosta hallinnon virallislähteiksi. Ympäristöoikeudessa on samalla tärkeää korostaa, että erilaisia oikeuslähteitä tulkitaan ja sovelletaan eri tavoin erilaisissa tilanteissa ja erityyppisissä prosesseissa (tulkintaperiaatteita eri tavoin käyttäen, erilaisen painoarvon erilaisille lähteille antaen jne.).

Ympäristöoikeuden oikeuslähdeopin erityinen haaste on se, että ympäristöoikeus on tunnetusti tiiviisti yhteyksissä laajalti muihin oikeudenaloihin. Ympäristöoikeuden oikeuslähdeopin näkökulmasta kiinnittyminen vain hallinto-oikeudellisiin oppeihin ei ole mahdollista, vaan virikkeitä on ammennettava laajalti myös muualta. Hallinnon virallislähde -doktriinia ei hallinto-oikeuden ulkopuolella, esimerkiksi oikeusteoreettisissa oikeuslähdeopin yleisesityksissä ole omaksuttu, eikä juuri noteerattukaan. Mielestäni tämän doktriinin omaksuminen ympäristöoikeudelliseen käyttöön ei olisi hyödyllistä.

Yleisessä oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa muun muassa *Siltala* on kiinnittänyt huomiota muiden viranomaisten kuin tuomioistuinten antamien ratkaisujen, ratkaisusuositusten, lausuntojen ja yleisten lainsoveltamisohjeiden merkitykseen myöhempää oikeudellista ratkaisuharkintaa ja oikeudenkäyttöä yhtenäistävänä tekijänä. Hän kutsuu oikeuslähdejäsenten-

²³³ Oppi hallinnon virallislähteistä kattaa laajalti myös muuta kuin lainsoveltamisratkaisuissa hyödynnettävää aineistoa (esimerkiksi määrärahapäätökset ja tavoite- ja tulosohjauksen).

lyyssään näitä *muiksi oikeudenkäyttöä yhtenäistäviksi viranomaispäätöksiksi*. Hänen tarkastelussaan on yhteyksiä hallinto-oikeudelliseen doktriiniin hallinnon virallislähteistä ja vakiintuneesta hallintokäytännöstä, mutta aivan identtisestä asiasta ei näyttäisi olevan kysymys. Siltalan huomion kohteena ovat erityisesti ylimpien laillisuusvalvojen (oikeuskansleri ja eduskunnan oikeusasiamies) sekä muiden oikeudenkäyttöä yhtenäistävien viranomaisten (esimerkiksi tietosuojavaltuutettu, kuluttaja-asiamies sekä erilaiset lautakunnat) ratkaisut ja soveltamisohjeet.²³⁴

Siltala korostaa, ettei hänen tarkastelemaansa päätöksiä ja ohjeita voi yhtenäisesti luokitella oikeuslähdeopillisesti, koska osa niistä on vain suositusluonteisia, osalla taas voi olla myös oikeudellista sitovuutta. Hänen mukaansa on mahdollista, että viranomaisen esittämät oikeudelliset tulokset rakenteistuvat osaksi Suomen voimassa olevaa oikeutta siten, että ratkaisut, ratkaisusuositukset, lausunnot tai soveltamisohjeet rinnastuvat oikeuslähdeopillisesti vallitsevaan tuomioistuinkäytäntöön. Lainsoveltajien ratkaisuharkintaa ohjaaviksi ne muuttuvat Siltalan mukaan ”siinä vaiheessa, kun kyse on tavanomaisesti noudatetuista, riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeudellisista ratkaisuperusteista”.²³⁵

Siltalan analyysillä ”muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset” -oikeuslähdekategoriasta näyttäisi olevan kiinnostavia yhtäläisyyksiä esillä olevan soft law -teemaan. Siltalankin esityksessä korostuu yhteisöllinen hyväksyttävyyys ja vakiintuneet, tavanomaiset soveltamiskäytännöt (ja niihin liittyvä yhdenvertaisuusvaatimus) hänen tarkastelemiensä päätösten tulevaa ratkaisuharkintaa ohjaavan vaikutuksen perustana. Useimpia Siltalan tarkastelemista esimerkeistä voitaneen kuvata tässä käytönotettua käsitteistöä hyödyntäen myös soft law -oikeuslähteiksi. Toisaalta hänen viranomaisten tuottamaan aineistoon tältä osin rajautuva jäsenyksensä ei kata kaikkea sitä aineistoa, joka ympäristöoikeuden alueella olisi tunnistettava soft law -tyyppiseksi oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta.

²³⁴ Siltala 2003, s. 250, 269–272, 301.

²³⁵ Siltala 2003, s. 269, 271–272. Siltalan kehittämässä jäsentelyssä – velvoittavat, ohjeelliset, mahdolliset oikeuslähteet – oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset rinnastuvat mm. lainvalmisteluaineistoon ja prejudikaatteihin ohjeellisina oikeuslähteinä, ks. s. 306, 322.

3.2.4 Argumentaatio- vai normilähde?

Kiinnostavalta vaikuttava mahdollisuus avata soft law -aineistoille tilaa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ja paikantaa tällaisen aineiston oikeuslähteopillinen asema on erottaa *argumentaatiolähteet* *normilähteistä*. Tällaista erottelua ehdottaa Nuotio: ”Vaikka hyväksyisimme vain tietyn tyyppiset oikeuslähteet, kuten lain, *normilähteinä* (kurs. tässä) (rikos)oikeudellisen lainsoveltamisen lähtökohdiksi, voi tulkintavaihtoehtojen valinnassa tarvittavan ja sallitun *tulkinta-argumentaation* (kurs. tässä) silti edellyttää olevan huomattavan laajaa.”²³⁶ Nuotion jäsennyksen perusidean voi perusoikeus- ja oikeusperiaatekeskusteluun liittyvässä asiayhteydessään tulkita olevan avata oikeudellista argumentaatiota: lakipositivistinen tai formaali käsitys oikeuslähteistä ei välttämättä edellytä positivistista tai formaalia laintulkintaa.

Toisaalta Nuotion erottelun taustalla voi nähdä rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta seuraavan lakitekstin korostuneen aseman rikosoikeudellisessa tulkinnassa.²³⁷ Rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa rikosoikeuden tulkintaoppien arvioidaankin tämän vuoksi eroavan sekä siviilioikeuden tulkintadoktriinista että muiden julkishallinnon alueiden tulkintaopeista.²³⁸

Samantyyppiseen erotteluun näyttäisi tukeutuvan hallinto-oikeudellisessa väitöskirjassaan myös *Hurskainen*. Hän korostaa, että ”[o]ikeuslähde (oikeusohje) ei ole sama kuin sen tulkintalähde”. Hän esittää oikeuslähteopillisen tarkastelunsa yhteenvetona mallin, jossa keskeistä on jäsentely: (1) oikeusohjeet (ennen kaikkea eurooppaoikeudellinen lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö sekä kansallinen lainsäädäntö), (2) oikeusohjeen tulkintaohjeet (mm. esityöt, ennakkopäätökset, oikeustiede ja yleiset oikeusperiaatteet) sekä (3) muut (perifeeriset) tulkintaohjeet (esimerkiksi reaaliset argumentit).²³⁹ Sekä Nuotion että Hurskaisen jäsennyksillä voitaneen nähdä yhteyksiä perinteisen normatiivisen oikeuslähteopin keskeiserotteluun auktoriteettilähteisiin ja aineellisiin (substantiaalisiin) oikeuslähteisiin. Erottelussa aineellisten lähteiden keskeismerkitys on täsmentää auktoriteettilähteiden (ennen kaikkea lain) sisältöä²⁴⁰.

²³⁶ Nuotio LM 2004, s. 1270.

²³⁷ Ks. myös *Frände* 2005, s. 50, jossa muodollisen lain todetaan olevan ”rikosoikeuden eksklusiivinen oikeuslähde”, jonka tulkinnassa sitä vastoin ”otetaan käyttöön myös muita tekijöitä, muun muassa lain esityöt ja käypä oikeuskäytäntö”.

²³⁸ Rikosoikeuden tulkintaoppien erityislaatuisuutta korostaa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen näkökulmasta mm. *Frände* 2005, s. 34–35, 50.

²³⁹ *Hurskainen* 2003, s. 183–184.

²⁴⁰ Ks. esim. *Timonen* 1987, s. 131–132.

Näitä erotteluja hyödynnettäessä soft law -aineistot on helppo luonnehtia argumentaatiolähteiksi, joita käytetään varsinaisten normilähteiden (ennen kaikkea kirjoitetut säädökset) tulkinnan apuvälineenä. Tällaisella erotteulla voi olla käyttöä kuvattaessa soft law -tyyppisen aineiston oikeuslähteopillista asemaa oikeudellisen ratkaisun mahdollisena premissinä. Erottelun kautta voidaan havainnollisesti korostaa, ettei soft law -tyyppinen aineisto kelpaa oikeudellisen ratkaisun *yksinomaiseksi* perusteeksi, vaan päätökset on aina perustettava voimassa olevaan lainsäädäntöön.²⁴¹ Tämänsuuntainen vivahde voidaan nähdä ympäristöoikeuden alueella yleisessä tavassa luonnehtia muodollisesti ei-velvoittavaa argumentaatiomateriaalia ratkaisutoiminnassa hyödynnetyksi *selvitysaineistoksi* (ilmaisua käyttää muun muassa korkein hallinto-oikeus perusteluissaan) tai päätöksenteon *liitännäisaineistoksi*.

En ole ympäristöoikeuden näkökulmasta kuitenkaan täysin vakuuttunut argumentaatio-/normilähde -erottelun käytännöllisesti hyödyllisyydestä ja teoreettisesta onnistuneisuudesta soft law -tyyppisten aineistojen oikeudellisessa paikantamisessa. Erottelu kaipaisi vielä jatkokehittelyä. Käsitteellisesti erottelu näyttäisi ensiksikin johtavan uusiin teoreettisiin ongelmiin muun muassa normin käsitteen (lakitekstin ja normin erottaminen toisistaan) osalta. Toiseksi vierastan ympäristöoikeuden kannalta myös tähän erotteluun sisältyvää (varsinkin Hurskaisen esityksessä näkyvää) lain asemaa korostavaa positivistista ulottuvuutta (joka taas on ymmärrettävä erityisesti rikosoikeudessa). Kolmanneksi erottelun ongelma ympäristöoikeuden kannalta on myös sama kuin hallinto-oikeudellisen hallintonormikäsitteen: argumentaatiolähteenä soft law -tyyppinen aineisto paikantuu helposti marginaaliseksi ja oikeudelliselta velvoittavuudeltaan aina kuitenkin toissijaiseksi ja täydentäväksi.²⁴² Kaikissa tilanteissa tällainen korostus ei ehkä antaisi asianmukaista kuvaa soft law -aineistojen oikeuslähteopillisesta asemasta: tällaisen aineiston oikeudellista ratkaisua suuntaava merkitys voi joskus olla käytännössä hyvinkin keskeinen.

Vaikka ilmeisesti onkin syytä ajatella, ettei soft law -tyyppinen aineisto voi olla oikeudellisen päätöksenteon yksinomainen peruste, tästä ei välttämättä tarvitse johtaa argumentaatiolähteen ideaan sisältyvää ajatusta tällaisen aineiston asemasta vain *lain tulkinnan apuvälineenä*. Eihän näin

²⁴¹ Tätä korostaa esimerkiksi *Länsineva* (1995, s. 283) tarkastellessaan muodollisesti ei-velvoittavan, lakiin perustumattoman rantojen suojeleuhjelman normatiivista merkitystä.

²⁴² Argumentaatio-/normilähteet -erottelussa ei tosin ymmärtääkseni suoranaisesti oteta kantaa argumentaatiolähteiden velvoittavuuden asteeseen: argumentaatiolähteinäkin soft law -aineistoihin voi perinteisellä käsitteistöllä ilmaista ehkä liittyä sallittua oikeuslähdettä vahvempaa velvoittavuutta.

yleensä kuvata (rikosoikeuden ulkopuolella) myöskään esimerkiksi perinteisessä normatiivisessa oikeuslähdeopissa heikosti velvoittaviksi ymmärrettyjen esitöiden tai ennakkotapausten asemaa oikeuslähteenä. Niitäkin on soveltamistilanteessa *tulkittava* samoin kuin lakia (toki eri oikeuslähteiden tulkinnassa on painotettava osin erilaisia tulkintaperiaatteita). Sekä esitöistä, ennakkotapauksista että joissakin tilanteissa myös tässä arvioitava soft law -tyyppisistä oikeuslähteistä voidaan johtaa myös sellaisia argumentteja, jotka itsenäisesti ja aidosti täydentävät lain osoittamia ratkaisun suuntaviivoja, esimerkiksi itsenäisesti rajaavat lain tulkinnan jälkeen suhteellisen avoimeksi jäävää harkintamarginaalia. Kun oikeudellisen ratkaisun perusteita etsitään tukeutuen muihin lähteisiin kuin lakiin *lain osoittaman harkintamarginaalin sisällä*, voi olla harhaanjohtavaa puhua enää tältä osin *lain tulkinnasta*. Pikemminkin kai on kyse lain tulkinnan kautta paikannetun harkintamarginaalin täsmentämisessä käytettävien *muiden lähteiden tulkinnasta*. Oikeudellinen ratkaisu nojautuu tällöinkin toki voimassa olevaan lakiin. Juuri tällaisessa asetelmassa soft law -tyyppistä aineistoa tyypillisesti käytetään.

Teemaa voidaan myös lähestyä puhumalla *kahden vaiheen tai kahden asteen* juridisesta harkinnasta. *Pöyhönen* (nyk. Karhu) tarkastelee juridista harkintaa kaksivaiheisena tapahtumana sopimusoikeuden yleislausekkeiden näkökulmasta. Oikeusperiaatteiden merkitystä toisen vaiheen harkinnassa painottava esitys on mielestäni hyödyllinen myös soft law -aineistojen oikeuslähdeopillisen aseman paikantamisen kannalta. Soft law -teeman kannalta erityisen kiinnostava on Pöyhösen esitys niistä vaihtoehtoista, joiden avulla toisen asteen juridinen harkinta voidaan jäsentää rationaalisesti osaksi oikeudellisen päätöksenteon kokonaisuutta. Ensimmäisen toisen asteen harkintaa voidaan hänen mukaansa pitää ei-juridisena, ei-oikeudellisiin argumentteihin perustuvana. Hallinto- ja ympäristöoikeudessa voidaan puhua myös vapaasta harkinnasta. Tämä on yksi mahdollisuus soft law -aineistojen oikeuslähdeopilliseksi paikantamiseksi: kun tällaista aineistoa käytetään, kyse ei ole oikeudellisesta argumentaatiosta. Toiseksi Pöyhösen mukaan toisen asteen harkintaa voidaan pitää yleisiin tunnusmerkeihin perustuvasta ensimmäisen asteen harkinnasta poiketen täysin tapauskohtaisena, vain kunkin tapauksen erityispiirteisiin kiinnittyvänä *in casu* -harkintana. Tämä on myös yksi ympäristöoikeudellisessa keskustelussa esillä ollut mahdollisuus soft law -tyyppisten aineistojen oikeuslähdeopilliseksi paikantamiseksi (asiaa käsitellään jaksossa 3.2.6). Kolmanneksi Pöyhösen mukaan myös toisen asteen harkintaa saatetaan pitää ”oikeudellisena ja katsoa, että siinä nojaututaan samoihin perusteisiin kuin ensimmäisen asteen harkinnassa”. Sopimusoikeudellisten yleis-

lausekkeiden osalta Pöyhönen päätyy kolmanteen vaihtoehtoon.²⁴³ Samoin voidaan mielestäni luonnehtia lain osoittaman harkintamarginaalin sisällä hyödynnettävää soft law -aineistoa: senkin käyttö oikeudellisen ratkaisun perusteena on juridista ja edellyttää samojen oikeudellisten tulkintaperiaatteiden käyttöä kuin lain tulkinta.²⁴⁴

Ympäristöoikeuden näkökulmasta on soft law -teorian puolustamisen yhteydessä tärkeätä siis korostaa, että myös soft law -tyyppisen aineiston käyttäminen oikeudellisen ratkaisun perusteena edellyttää paitsi lain myös kaiken muun ratkaisun perusteena käytettävän lähdemateriaalin tulkintaa ja soveltamista, toisin sanoen tällaisen aineiston normatiivisen merkityksen sisällöllis-aineellista arviointia kyseisessä yksittäisessä ratkaisutilanteessa. Argumentaatio-/normilähde -erottelu voi olla siihen sisäänrakentuneen ”lain tulkinnan apuväline” -korostuksen vuoksi omiaan hämärtämään oikeudellisen ratkaisun perusteena käytettävän muun aineiston kuin lain tilannekohtaisen tulkinnan ja tietoisin soveltamisen keskeisyyttä. Nähdäkseni voidaan siis myös sitoutumatta argumentaatio-/normilähde-erotteluun pitää soft law ’ta sellaisena oikeuslähteenä, joka ei voi olla oikeudellisen ratkaisun yksinomaisena perusteena.

Oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta tärkeästä korostuksesta, ettei soft law voi olla yksinomainen oikeuslähde, ei tule tehdä johtopäätöstä, että soft law ’ta jostain toisesta näkökulmasta tarkastellen ei voitaisi lähestyä kirjoitetulle lainsäädännölle *vaihtoehtoisena*. Kun sääntelyteoreettisesti arvioidaan esimerkiksi ohjauskeinojen valinnan kannalta erilaisia tapoja vaikuttaa kansalaisten ja yritysten käyttäytymiseen, soft law ’ta voidaan luonnollisesti esimerkiksi ohjauksen vaikuttavuuden näkökulmasta puolustaa velvoittavaa lainsäädäntöä parempana ja sille vaihtoehtoisena ohjausmuotona. Tältä kannalta soft law on ajankohtainen erityisesti EY-oikeudessa.²⁴⁵

3.2.5 Inventointiaineistojen erityislaatuisuus oikeuslähteenä

Oikeudellisen ratkaisun perusteena käytettävään inventointityyppiseen aineistoon näyttää liittyvän omia erityispiirteitään verrattuna muuhun edellä

²⁴³ Pöyhönen 1988, s. 152–154.

²⁴⁴ Ajatus kahden vaiheen juridisesta harkinnasta on samantyyppinen oikeudellisen ratkaisun tekemistä kuvaava malli kuin oikeudellinen syllogismi (ks. jakso 3.2.5) sikäli, että nämä harkinnan vaiheet ovat erotettavissa vasta *jälkeenpäin*. Ratkaisutilanteessa vaiheet sekoittuvat ja vaikuttavat toisiinsa kehämäisesti: lain harkintamarginaali määrittyy osaltaan sitä kautta, miten ja minkälaisen aineiston kautta sen ajatellaan voivan täsmentyä.

²⁴⁵ Ks. *Senden* 2004, s. 4, 9–15.

esiteltyyn soft law -materiaaliin. Luonnontieteelliset inventoinnit ja karitukset näyttäisivät liittyvän ennen kaikkea ratkaistavan asian tosiasia-puolen selvittämiseen. Tästä näkökulmasta voisi ajatella, että esimerkiksi pohjavesi-inventointeja ei voida luonnehtia oikeudellisessa ratkaisussa *sovellettavaksi* oikeuslähteeksi.

Tällaisen ajatuksen arvioinnin perustaksi voidaan ottaa *Vihervuoren* ja *Hollon* esitykset subsumptiologiikasta ja oikeudellisesta syllogismista ympäristöoikeudellisen lainsoveltamisen kuvaamiseen soveltuvina malleina. Viime aikoina Vihervuori on kiinnittänyt huomiota prosessioikeudellisen todistelu- ja näyttökäsitteistön ja yleisemminkin fakta- ja normipremis-sien subsumptiokaavan ongelmallisuuteen hallintomenettelyssä ja -lainkäytössä. Sikäli kuin ratkaisun tosiasia- ja normipremissi voidaan ylipäänsä erottaa, samat tosiasiat voivat olla merkityksellisiä molempien osalta. Ympäristöoikeudellisessa päätöksenteossa hyödynnettävää tieteellistä ja muuta selvitysaineistoa ei hänen mukaansa voida kuvata esimerkiksi todisteluksi, koska tällaisessa tyypillisesti tulevaisuuteen ankkuroituvassa selvitysaineistossa ei ole ollenkaan kyse totuudesta tai epätotuudesta siiviili- tai rikosprosessissa tarkoitettavassa merkityksessä.²⁴⁶

Samansuuntaisesti jo Hollo nosti väitöskirjassaan ”Pilaamiskiellon sisältö vesilain mukaan” (1976) esille tämän ympäristöoikeudellisen ratkaisutoiminnan erityispiirteen muun muassa todetessaan, että ”[p]ilaamislupamenettelyssä ilmenee erityisen selvästi ylä- ja alalauseen heikko yhteys”.²⁴⁷ Hollon tärkeä ja edelleen kiinnostava, teoksen useissa kohdin toistuva tulkintateoreettinen viesti on, ettei vesioikeudellista lupaharkintaa voida kuvata perinteisenä oikeudellisena syllogismina vesioikeudellisten ”joustavien oikeusharkintaisten”²⁴⁸ normien monimuotoisuuden ja erityispiirteiden vuoksi. Hänen mukaansa vesilain ”käyttäytymismallit [eivät] yleensä ole sellaisia, että edes muodollinen syllogismi olisi mahdollinen”.²⁴⁹ Teoksessa myös torjutaan ”deduktiivinen argumentointitapa” vesioikeudellisissa lupa-asioissa.²⁵⁰

Jos käytetään Hollon tekstiä vesioikeudellisen tradition edustavana kuvauksena, tästä näkökulmasta esimerkiksi *Husan* luonnehdintaa KHO:n

²⁴⁶ *Vihervuori* 2004, s. 499, 500, 506–507.

²⁴⁷ *Hollo* 1976, s. 298.

²⁴⁸ Luonnehdinta mts. 260.

²⁴⁹ Mts. 28. Ks. myös *Vihervuori* 2004, s. 496, jossa vesioikeutta yleisemmässä analyysissä arvioidaan, ettei hallintopäätös yleensä seuraa ”fakta- ja normipremissin subsumptio-kaavaa eli klassista loogista syllogismia”.

²⁵⁰ *Hollo* 1976, s. 259.

Vuotos-ratkaisusta *KHO 2002:86* (ään. 6–1) – ”[k]äsitys siitä, että kyseessä olisi *normaali* oikeusharkinta, koskien joustavan oikeusnormin *soveltamista*, ei vaikuta juuri tässä tapauksessa kovinkaan kirkkaalta” – ei tarvinne pitää ympäristöoikeuden kannalta kovin radikaalina (tai ongelmallisena). Kokonaan eri asia on sitten se, ettei vesioikeudellisen tulkinnan erityispiirteistä kuitenkaan suinkaan seuraa Husan väittämällä tavalla ratkaisun perustuminen muihin kuin ”oikeuden sisäisiin perusteisiin”.²⁵¹ Vuotos-ratkaisua oikeudellisen ratkaisun teorian näkökulmasta analyttisemmin arvioiva *Kuusiniemi* osoittaa joustavien normien tulkintavaihtoehtojen täsmentämisen Vuotos-ratkaisunkin tapaisissa tilanteissa tapahtuvan institutionaalista tukea nauttivan oikeudellisen aineiston ja luotettavien faktaselvitysten perusteella systemaattis-teleologista tulkintaa ja periaatesuuntautunutta tulkintametodia hyödyntäen.²⁵² – Syllogismiteeman keskeisyyttä ympäristöoikeudessa osoittaa se, että Kuusiniemen artikkelissakin on itse asiassa kyse oikeudellisen syllogismin premissistä ja subsumptiosta (vaikkei hän itse tähän näkökulmaan suoranaisesti viittaakaan). Artikkelin keskeisenä lähtökohtana olevan jäsennyksen eettisiin *luontoarvoihin* ja ekologisiin *luonnonarvoihin*²⁵³ voidaan tulkita osittain ja osaltaan (ei kattavasti) kuvastavan ympäristöoikeudellisen ratkaisun normi- ja faktapremissejä, joiden muodostamisen perusteita artikkelissa siis näin tulkiten arvioidaan.

Vihervuoren ja Hollon esitykset subsumptiologiikan ja syllogismin ongelmallisuudesta ympäristöoikeudessa eivät kovin vahvasti kiinnity dokumentaatioltaan oikeusteoreettiseen keskusteluun. En ole aivan vakuuttunut siitä, etteikö myös ympäristöoikeudessa yleensä *jälkikäteisesti* voitaisi kuvata tehtyjä ratkaisuja syllogismina erottaen niiden normi- ja faktapremissit. Mainittujen esitysten keskeisviestin voi ymmärtää olevan korostaa päätösheuristiikan tasolla näiden premissien muodostamisen yhteenkietoutuneisuutta yksittäisessä päätöksentekotilanteessa *premissien muotoilemisen* (ulkoisen justifikaation) näkökulmasta.²⁵⁴ Tältä kannalta teemaa käsitellään myös oikeudellisen päätöksenteon rakennetta ja oikeuttamista koskevassa teoreettisessa kirjallisuudessa, jossa syllogismin rajoitteet on pit-

²⁵¹ Husa 2004, s. 127.

²⁵² Kuusiniemi 2003, s. 67–78.

²⁵³ Kuusiniemi 2003, s. 64.

²⁵⁴ Tuorein kotimainen puheenvuoro syllogismin puolesta lienee *Sajaman* (2004) oikeudellisen argumentaation perusteita luotaava esitys. Sajaman esityksessä keskeistä on *Aarnioon* tukeutuva erottelu (syllogismin) *sisäiseen* perusteluun ja (syllogismin premissien valintaan liittyvään) *ulkoiseen* perusteluun. Hän korostaa (s. 34, 43) oikeudellisen ratkaisun keksimisen ja syllogismin sisäisen perustelemisen eroa: ”Kukaan syllogismimallin puolustaja ei liene koskaan väittänyt, että joku olisi *keksinyt* jonkin ratkaisun syllogismin avulla. – – Syllogismia ei tarvitse pelätä, mutta ei pidä myöskään kuvitella, että sillä voitaisiin *ratkaista* yhtään tapausta. Se ei ole ratkaisujen keksimisen väline vaan jo löydetyn ratkaisun [sisäisen] perustelemisen väline.”

kään tunnistettu. Joka tapauksessa kysymys ympäristöoikeuden mahdollisesta erityislaatuisuudesta tässäkin suhteessa on kiinnostava, ja se haastaa jatkotutkimukseen osana alan yleisten oppien kehittämistä.

Esillä olevan soft law -teeman kannalta Vihervuoren ja Hollon esitysten perusteella voidaan tehdä joka tapauksessa johtopäätös, että inventointiaineistoja ei voida luonnehtia aina vain ratkaistavan asian tosiasiapuolen selvittämiseen liittyväksi ei-oikeuslähdeopilliseksi, ”ei oikeastaan oikeudellisesti sovellettavaksi” kategoriaksi. Esimerkiksi selvilläolovelvollisuuksien kautta oikeudellisessa päätöksenteossa huomioonotettavaa kaikkea luonnontieteellistä aineistoa ei voida aina luonnehtia vain oikeudellisen harkinnan tosiasiapuolen selvittämiseksi (faktapremissin muodostamisen merkityksessä). Esimerkiksi pohjavesi-inventointien osalta kyse ei ole vain tosiasioden empiirisestä selvittämisestä näytön hankkimisen tai todistelun merkityksessä, vaan keskeisesti myös ratkaisussa sovellettavan lain säännöksen merkityssisällön täsmentämisestä ja konkretisoimisesta yksittäistapauksessa. Myös tätä aineistoa on muun asiassa hyödynnettävän materiaalin (esimerkiksi säädösten) tavoin *tulkittava ja sovellettava* yksittäisen ratkaisutilanteen erityispiirteet (asian tosiasiat) huomioon ottaen.

Vaikka inventointiaineistojen merkityksen katsottaisiin liittyvän enemmän ratkaisun fakta- kuin normipremissin muodostamiseen, tästä ei vielä seuraa, että kyse ei voisi olla oikeuslähteestä. Inventointityyppinen aineisto toimii päätöksenteossa yksittäisen ratkaisun empiiristen tosiasioden arvioinnissa käytettävänä *kriteeristönä*. Tällaisia kriteeristöjä tarvitaan oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa, jotta ratkaistavana olevan tapauksen faktoja voidaan verrata mahdollisten aiempien ratkaisujen faktoihin. Kun ympäristöoikeudessa yhdenvertaisuusvaatimus kohdistuu erityisesti ympäristö- ja luonnonolosuhteisiin, kontrolloitavissa olevan yleistettävän kriteeristön olemassaolo tapauskohtaisten faktojen arvioinnin perustana on aivan olennaista.

Oikeuslähteitä käytetään siis sekä ratkaisun normi- että faktapremissin muodostamisessa. Ratkaisun faktapremissi on – tapauskohtaisten tosiasioden selvittämisen ohella – myös *oikeuslähteitä hyödyntäen tulkittu, kvalifioitu tosiasia*.²⁵⁵ Oikeuslähteiksi ymmärrettyjen inventointiaineistojen voi myös sanoa liittyvän erityisesti normien ja faktojen välisen subsumptiosuhteen täsmentämiseen: kuten *Klami* on korostanut, oikeudellisen päätöksenteon epävarmuuden lähteenä on yleensä nimenomaan *faktojen ja*

²⁵⁵ Ks. oikeus- ja tosiasiakysymysten kietoutumisesta toisiinsa myös *Aarnio* 1989, s. 174–180.

*normien suhde.*²⁵⁶ Myös *Tuori* viittaa ymmärtääkseni tähän puhuessaan *lainkäytön hermeneuttisesta kehästä*. Hän korostaa oikeusnormin valinnan ja muotoilemisen sekä jutun tosiasioiden arvioimisen ja kuvaamisen riippuvuutta toisistaan.²⁵⁷

3.2.6 Kontekstuaalinen tilanneherkkä oikeusajattelu

Mielestäni edellä esimerkinomaisesti esiteltyjen aineistojen oikeuslähdeopillista asemaa ei voida riittävästi tai kattavasti tavoittaa luonnehtimalla tätä aineistoa tavanomaiseksi oikeudeksi, moderniksi tavanomaiseksi oikeudeksi, hallinnon virallislähteeksi tai tarkastelemalla aineistoa vakiintuneena hallintokäytäntönä tai argumentaatiolähteenä, jota käytetään varsinaisten normilähteiden tulkinnan apuna. Aineistoilla on monelta osin toki yhtäläisyyksiä näihin kategorioihin, ja joiltakin osin nämä luokittelut voivat auttaa soft law -aineistojen oikeudellisessa paikantamisessa. Havainnollisempaan pitäisin kuitenkin tunnistaa normatiiviselta velvoittavuudeltaan ja sisällöltään epämääräinen ja monimuotoinen soft law -kategoria myös kansallisen oikeuden erääksi erityiseksi oikeuslähdeksi. Soft law'n oikeuslähdeopillisen merkityksen määrittäminen näyttäisikin edellyttävän samantyyppistä perinteisen normatiivisen oikeuslähdeopin kyseenalaistamista kuin taloustieteellisen argumentaation roolin paikantaminen oikeudellisessa tulkinnassa²⁵⁸.

Jos kaikkea jaksossa 2 esimerkinomaisesti kuvattua, lainsoveltamisen kannalta relevanttia aineistoa pyritään luonnehtimaan kattavalla soft law -käsitteellä, sen merkityssisältö muodostuu tällöin hyvin laajaksi ja epätasmalliseksi.²⁵⁹ Perustellusti voidaan epäillä, onko tällaisella laaja-alaisella ja epätasmallisella käsitteellä käyttöä oikeudellisen harkinnan ja argumentaation premissien kuvaamisessa ja oikeuslähdeopillisessa keskustelussa. Onko velvoittavan/sitovan oikeuden ja politiikan/moraalin väliin ylipäänsä tarpeen luoda mitään harmaana vyöhykkeenä näyttäytyvää oi-

²⁵⁶ *Klami* 1980, s. 17.

²⁵⁷ Ks. oikeusteorian perusoppikirjan tasolla *Tuori* 2003, s. 21: ”Yhtäältä siis jutussa sovellettava oikeusnormi voidaan valita ja täsmentää vain jutun tosiasioiden pohjalta, mutta toisaalta se, mitkä ovat jutun tosiasioita oikeudellisessa mielessä, voidaan päätellä vain jutussa sovellettavan oikeusnormin perusteella.”

²⁵⁸ Taloustieteen roolia modernissa tulkinnassa valottava *Mähönen* (LM 2004, s. 49) korostaa, ettei hän ”millään muotoa tarkoita taloustieteellisellä argumentaatiolla samaa, kuin mitä perinteisessä oikeuslähdeopissa on reaalisilla argumenteilla tarkoitettu.”

²⁵⁹ Soft law -käsitteelle on yleisemminkin leimallista tietynasteinen epämääräisyys ja täsmentymättömyys, ks. myös *Tala* JFT 1986, s. 124–125.

keudellisesti epämääräistä välimaastoa? Myös kansainvälisessä oikeudessa, jossa soft law -teoriolla on pitkä perinne, se on edelleen kiistanalainen ja monelta suunnalta kritisoitu.²⁶⁰

Osin perustelluistakin epäilyistä huolimatta pidän soft law -käsitettä oikeuslähdeopillisesti hyödyllisenä. Soft law'n tunnistaminen myös kansallisen oikeuden oikeuslähteeksi palvelee ennen kaikkea oikeudellisen tulkinnan lähdeaineiston laaja-alaistumisen kuvaamisessa. Samassa tarkoituksessa voidaan käyttää toki monia muitakin ilmaisuja, esimerkiksi ajatusta *oikeuslähteiden polysentriasta* tai *oikeuslähdeopin dynaamisuudesta*. Tuori viittaa oikeuslähteiden polysentrialla siihen, että ”oikeudellisten ongelmatilanteiden ratkaisunormi” voidaan muodostaa hyvin erityyppisistä oikeuslähteistä peräisin olevan normiaineistoon tukeutuen. Hänen mukaansa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa käytettävä normiaineisto ei ole ”enää järjestettävissä sellaisella oikeuslähdeopilla, joka rakentuu kansallisen lainsäätäjän suvereniteetin varaan”.²⁶¹ Staattisen (lainsäädäntökeskeisen ja eri oikeuslähteiden oikeussysteemisen painoarvon vakioivan) oikeuslähdeopin täydentyminen dynaamisilla oikeuslähteillä taas on eräs *Siltalan* oikeuslähdeopin keskeisteesi.²⁶² Dynaamisten oikeuslähteiden hän kuvaa olevan tilannekohtaisesti muuttuvia ja systeemisesti ”kelluvia” eli oikeuslähdeopilliselta ratkaisuarvoltaan ei-vakioituja ratkaisuperusteita.²⁶³

Soft law on näihin ilmaisuihin verrattuna nähdäkseni sikäli havainnollisempi, että se ainakin väljästi osoittaa, millaiseen aineistoon oikeudellisen ratkaisutoiminnan laaja-alaistumisella viitataan.²⁶⁴ Mielestäni soft law

²⁶⁰ Ks. kriittisesti soft law'n ”pehmeästä velvoittavuudesta” ja käsitteestä yleisestikin *Koivurova* 2002, s. 76–79, 97–99, 126–127. Kansainvälisen oikeuden piirissä myös *Klabbers* on suhtautunut kriittisesti soft law -teesiin. Hänen mukaansa sille ei löydy tukea sen kummemmin valtio- kuin tuomioistuinkäytännöstäkään, eikä sitä voida teoreettisesti perustella eikä oikeuttaa. Soft law'n soveltaminen johtaa käytännössä hänen mukaansa tosiasiasa juuri siihen binaariseen vastakkainasetteluun (laiton/laillinen), joka on perinteiselle ”kovalle” oikeudelle ominainen ja josta soft law väitetyesti pääsee eroon, ks. esim. *Klabbers* 1996, 157–164. Ks. soft law -käsitteen kritiikistä ja toisaalta sen eduista ympäristönäkökulmasta myös esim. *Alder – Wilkinson* 1999, s. 107.

²⁶¹ *Tuori* LM 2004, s. 1223.

²⁶² *Siltala* 2003, s. 199–204, 284–300. Dynaamista ulottuvuutta *Siltalan* mallissa edustavat ennen kaikkea oikeusperiaatteet sekä EY-tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut. Ks. tarpeesta ymmärtää oikeuslähdeoppi dynaamiseksi myös esim. *Mähönen* LM 2004, s. 63–64. Hänen mukaansa ”[o]ikeudellisia informaatiolähteitä ei voi kategorisoida ja priorisoida toisiinsa nähden.”

²⁶³ *Siltala* 2003, esim. s. 287.

²⁶⁴ Ks. myös *Senden* (2004, s. 110–111), joka mainitsee soft law'lle vaihtoehtoisina, osin samassa tarkoituksessa käytettyinä käsitteinä seuraavat: ”informal instruments” ”pseudo- or quasi-legislation” ja ”administrative rules”. Hän ei pidä näitä kuitenkaan esityksensä kannalta tyydyttävänä vaan osoittaa soft law'n käyttökelpoisemmaksi.

-käsitteestä on hyötyä, kun halutaan korostaa, että ympäristöasioita koskevassa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa hyödynnetään – ja *pitää* hyödyntää – muutakin aineistoa kuin lakeja, muita kirjoitettuja säädöksiä, niiden esitöitä ja ennakkotapauksia.²⁶⁵ Soft law on käyttökelpoinen kattokäsite täsmentymättömälle ja muuttuvalle joukolle sellaisia muodollisesti ei-velvoittavia instrumentteja, joiden oikeudellinen luonne on joltakin kannalta epäselvä tai epämääräinen²⁶⁶.

Oikeuslähteeksi ymmärrettävän soft law -aineiston velvoittavuus voi olla perinteisellä käsitteistöllä ilmaistuna kolmentyyppistä. Soft law -aineisto voi olla oikeuslähdeopillisesti sellaista, että lainsoveltamisessa aineisto *saadaan* ottaa huomioon. Soft law -aineisto voi yksittäisessä soveltamistilanteessa kuitenkin olla perinteisellä käsitteistöllä kuvatun sellaista, että oikeudellista ratkaisua tekevän *pitää* ottaa aineisto huomioon ratkaisuharkinnassa, vaikka aineistolla ei olisikaan lakiin perustuvia muodollisia oikeusvaikutuksia. Kolmanneksi on mahdollista, että soft law -tyyppiseltä näyttävää aineistoa *ei saa* ottaa huomioon: kaikella asian käsittelyssä ehkä esitetyllä aineistolla ei välttämättä ole oikeudellista relevanssia.

Perinteisen normatiivisen oikeuslähdeopin kannalta haastavaa on, että normatiivinen velvoittavuus akselilla pitää – saa – ei saa ottaa huomioon on usein kuvattavissa vasta jälkeensä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että aineiston velvoittavuuteen ei ole tarpeen kiinnittää huomiota.²⁶⁷ Lainsoveltajan on päätöstä tehdessään tunnistettava ja pystyttävä määrittelemään, millaisen aineiston varassa ja millainen normatiivinen painoarvo aineistolle antaen ratkaisuun on päädytty. Näyttäisi olevan tärkeätä korostaa vailla muodollisia oikeusvaikutuksia olevan erillisen soft law -kategorian *tunnistamisen tärkeyttä* ja rajankäyntiä niihin oikeuslähteisiin, joiden velvoittavuus perustuu muodolliseen velvoittavuuteen. Syytä on myös kiinnittää huomiota siihen, että erityyppinen soft law -aineisto voi saada oikeudellisen ratkaisun perusteena erilaisen painoarvon. Esimerkiksi luonnontieteelliseen ja muuhun inventointiaineistoon viittaaminen päätöksenteossa huo-

²⁶⁵ Asia voidaan ilmaista myös – *de Sadeleeria* (2002, s. 247–249, 252) mukaillen – siten, että lain ja ei-lain (”law and non-law”) välinen jyrkkä erottelu on suhteellistunut, kun oikeus on muuttunut yhä avoimemmaksi muille normatiivisille järjestelmille. Tämän suhteellistumisen kuvaamisessa ja tavoittamisessa soft law -käsite on mielestäni hyödyllinen.

²⁶⁶ Ks. myös *Senden* 2004, s. 113.

²⁶⁷ Ks. myös *Palokangas – Tarukannel – Nuuja* 1993, s. 36–I, jossa ympäristöoikeuden kannalta korostetaan, että ”oikeuslähteiden velvoittavuutta koskevaan oppiin on syytä suhtautua varauksella”. He eivät kuitenkaan väitä, että velvoittavuuskategorioilla ei olisi mitään merkitystä. Velvoittavuuskategoriat ovat päättelyn lähtökohtia, jotka voivat konkreettisissa tulkintatilanteissa modifioitua.

mioonotettavana selvitysaineistona on eri tavalla normatiivisesti määritettyä kuin vaikkapa perustuslaillisesti ongelmallisiin, lakiin perustuttomiin ministeriöiden ohjeisiin, suosituksiin ja muistioihin tukeutuminen. Tämä ero inventointiaineiston ja hallinnollista tietä syntyneen aineiston välillä näkyy selvästi korkeimman hallinto-oikeuden perustelutavoissa.

Soft law -aineiston normatiivinen velvoittavuus ja oikeusvaikutukset ovat *soveltamistilannekohtaisia*: oikeusvaikutukset vaihtelevat aineistotyypeittäin ja riippuvat samankin aineiston osalta sovellettavasta lainsäädännöstä ja kyseessä olevasta harkintatilanteesta. Soft law -oikeuslähteiden yleistävään luokitteluun tai yksittäisenkään aineistotyyppin normatiivisen velvoittavuuden yleistävään kuvaamiseen ei kannata ryhtyä. Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa esimerkiksi *Vihervuori* korostaa (suojelusuunnitelmiin liittyen), että kysymys oikeusvaikutuksista ”on ratkaistavissa vain kunkin lupajärjestelmän ja harkintatilanteen yhteydessä erikseen”.²⁶⁸ Tilannekohtaisuuteen yleisemmin – sekä tietyssä tulkintatilanteessa käytettävien oikeuslähteiden ja niiden keskinäisen painoarvon että päätöksenteossa tarvittavan ”terveyshaittoja koskevan faktisen tiedon” osalta – kiinnittää huomiota ympäristöpäätöksenteossa myös *Tarukannel*.²⁶⁹ Myös aiemmin soft law -tyyppiseksi luonnehdittavan rantojen suojeluohjelman normatiivista merkitystä – ympäristölainsäädännön asiantuntevasti huomioonottaen – analysoiva *Länsineva* painottaa ohjelman normatiivisen merkityksen liukuvalla asteikolla ”täydestä sitovuudesta sitomattomaan” ratkeavan vasta konkreettisisä päätöksentekotilanteissa. Hänen mukaansa ohjelmalle ”kulloinkin annettava argumentatiivinen painoarvo riippuu – – ratkaisevasti päätöksentekokontekstista”. Ohjelman normatiivisen merkityksen määrittämiseksi on ”tunnettava tarkkaan, minkälaista päätöstä, minkälaisissa olosuhteissa ja minkälaisessa lainsäädännöllisessä kehyksessä kulloinkin ollaan tekemässä”.²⁷⁰

Ympäristöoikeudellisten soft law -oikeuslähteiden tunnistaminen näyttää olevan kiinnostavasti yhteyksissä ajankohtaiseen keskusteluun oikeuslähdeopin *dynaamisuudesta* ja *kontekstualismista*²⁷¹ oikeudellisen päätöksenteon mallina. Esimerkiksi *Pöyhösen* (nyk. Karhu) muotoileman *tilan-*

²⁶⁸ *Vihervuori* 1989a, s. 196.

²⁶⁹ *Tarukannel* 1990, s. 163, 174.

²⁷⁰ *Länsineva* 1995, s. 290.

²⁷¹ Ks. kontekstualismista esim. *Niemi LM* 1998, s. 352–359, *Pöyhönen* 2000 passim, *Länsineva* 2002, s. 16–17, *Niemi* 2002, s. 195–197 ja *Niemi* 2004, s. 17–18. Ks. myös *Häyhä* 2000, esim. s. 20, 64–67. Oikeuslähdeopin dynaamisuuden korostamisella tavoiteltaneen ainakin osin samaa kuin ratkaisutoiminnan kontekstuaalisuuden painottamisella. Tähän yhteyteen viittaa esim. *Siltala* 2003, s. 300.

neherkän oikeusajattelun peruslähtökohdat näyttäisivät soveltuvan perinteisiä oikeuslähdekategorioita (esimerkiksi tavanomaista oikeutta ja vaikiintunutta hallintokäytäntöä) paremmin soft law -tyyppisen aineiston tunnistamiseen ja aineiston käytön kontrolloijaksi. Kontekstualistinen tilanneherkkä oikeusajattelu avaa oikeudellista harkintaa soft law -aineistolle. Pöyhönen painottaa ”ongelmakeskeistä soveltamistilanteen tunnistamista ja juridista tilannetajua normilähtöisen, normin yleisten soveltumisedellytysten täyttymiseen keskittyvän tarkastelun sijasta”. Vaikka jokaisen yksittäistapauksen ratkaisemisen lähtökohtana ovat hänen mallissaan sen juridisesti tyypilliset piirteet, ratkaisuharkinnan lähtökohta ei ole normien muodollisesta pätevydestä seuraava velvoittavuus.²⁷²

Kontekstualistinen tilanneherkkä oikeusajattelu on ympäristöoikeuden alueella erityisen hyödyllinen lähestymistapa, koska ympäristöasioita koskevan oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelma ei ole liian dynaaminen, joustava tai vapaamielinen oikeuslähteiden tulkinta ja soveltaminen, vaan päinvastoin – varsinkin viranomaispäätöksenteossa – edellä käsiteltyjen soft law -tyyppisten aineistojen liian kaavamainen ja joustamaton soveltamistapa. Oikeudelliseen päätöksentekoon tyypillisesti oikeuslähdeopin muodossa sisältyvä auktoriteettiä ilmentävä ympäristöpäätöksenteossa ylimuodollisena suhtautumisena erityisesti luonnontieteelliseen ja tekniseen materiaaliin.²⁷³ Taustalla on tältä osin myös vanha hokema siitä, että juristit voivat luottaa luonnontieteellisiin faktoihin sellaisina kuin ne heille esitetään (tämä ei pidä lainsoveltamisen näkökulmasta tietenkään paikkaansa). Kun varsinkin keskushallinnon antaman ohjeistuksen oikeudellinen sitovuus voi olla epäselvää ja tulkinnanvaraista, yleisten sääntöjen seuraamiseen tottuneet viranomaiset ovat taipuvaisia noudattamaan varsin muodollisesti myös suositusluonteista ohjausta²⁷⁴.

Osin kaavamaiset soveltamiskäytännöt johtuvat oikeusnormeja ympäristöhallinnossa tyypillisesti juristien sijasta tai ohella soveltavien biologien, metsänhoitajien, maantieteilijöiden, ympäristötieteilijöiden ja diplomaatininsinöörin puutteellisesta oikeudellisesta koulutuksesta. Ympäristöasioissa viranomaisasteessa päätöksiä tekevien ei-juridinen koulutustausta ilmenee muiden ympäristötieteiden rationaliteetin heijastumisena oikeudelliseen ratkaisutoimintaan. Ministeriön ohjeet ja muu viranomaisten tuottama soveltamiskäytäntöjen yhdenmukaistamiseen tähtäävä aineisto sisältää tyypillisesti lakia ja usein myös asetuksia konkreettisempia päätöksen-

²⁷² Pöyhönen 2000, s. 186, 199.

²⁷³ Tähän kiinnittää huomiota Herler 2004, s. 60–61.

²⁷⁴ Länsineva 1995, s. 268.

teon kriteerejä, esimerkiksi erilaisia numeerisia peukalosääntöjä. Ymmärrettävästi ne muiden ympäristötieteiden rationaliteetin näkökulmasta tunnut paljon ”omemmilta” kuin esimerkiksi diplomi-insinöörin silmin epämääräisenä ”humanismina” näyttäytyvät, ympäristöoikeudellisessa lainsoveltamisessa keskeiset periaatelähtöinen, perusoikeusmyönteinen tai teologinen tulkinta. Lain joustavien säännösten jättäessä tilaa harkinnalle on työekonomisestikin ymmärrettävästi houkuttelevaa tukeutua selkeisiin ja helposti sovellettaviin ohjeista löytyviin konkreettisiin viitearvoihin. Normatiivisen oikeuslähdeopin näkökulmasta esimerkiksi erilaiseen soft law -aineistoon perustuvat ohjearovot näyttävät usein saavan viranomaispäätöksenteossa *liian vahvan oikeuslähteen* statuksen.

Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa on laajalti dokumentoitu erityisesti hallinnollisen ohjauksen muodossa syntyneen aineiston kaavamaisia soveltamiskäytäntöjä viranomais- ja osin myös tuomioistuinikäytännössä.²⁷⁵ Sallitun oikeuslähteen statusta suurempaan hallinnollisen ohjeistuksen tosiasialliseen merkitykseen ympäristöpäätöksenteossa on kiinnittänyt huomiota aiemmin muun muassa *Kuusiniemi* (1992). Vaikka tuomioistuimet eivät kovin laajasti yleensä viittaa muihin kuin vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin, muodollisesti ei-sitovalla hallinnollisella ohjeistuksella oli hänen mukaansa myös lainkäyttöön ulottuvaa tulkinnallista merkitystä. Hän osoitti silloisen terveydenhoitolain (469/1965) osalta, että hallinnollista tietä annetuista, muodollisesti sitomattomista ohjearvoista poikkeavia ratkaisuja tehtiin oikeuskäytännössäkin harvoin. Hän tiivistää: ”Suuntaviihoksi tarkoitettu ohje on käytännössä jäykistynyt terveydellisen sietokynnyksen formulaatioksi (kurs. poist.)”²⁷⁶ Hallinnollisen ohjeistuksen kaavamaisiin soveltamiskäytäntöihin on aiemmin kiinnittänyt huomiota myös *Tarukannel* (1990), joka osoitti silloisilla lääkintöhallituksen ei-sitovilla ohjekirjeillä olleen terveydenhoitoviranomaisten sijoituslupapäätöksenteossa suuren käytännön merkityksen.²⁷⁷

²⁷⁵ Ks. yhtenäisten soveltamiskäytäntöjen aikaansaamiseen tähtäävän, suosituksen luontaisen yleisohjeistuksen tosiasiallisesta sitovuudesta viranomaispäätöksenteossa myös *Laakso*, S. 1990, s. 91. Hän luonnehtii ohjeita oikeuslähdeopilliselta statukseltaan sallituiksi lähteiksi eli asia-argumenteiksi.

²⁷⁶ *Kuusiniemi* 1992, s. 132–133, 296–358, 837–842, sit. s. 356. Terveydenhoidollisiin ohjearvoihin oli tutkimuksen mukaan (s. 274) paljon tukeuduttu myös naapurussuhdelakia yleisissä tuomioistuimissa sovellettaessa.

²⁷⁷ *Tarukannel* 1990, s. 174–179. – Ympäristöoikeuden ulkopuolelta on syytä mainita erityisesti *Huhtasen* (1994) toimeentulotuen myöntämiseen liittyviä soveltamiskäytäntöjä koskeva tutkimus. Hän osoittaa (s. 296–302) sosiaalihuollituksen soveltamisohjeita sovelletun sosiaalilautakuntien päätöksenteossa tuenhakijoiden oikeusturvaa heikentäneellä tavalla hyvin kirjaimellisesti ja kaavamaisesti.

Useissa Kuusiniemen ja Tarukanteleen tutkimusta tuoreemm issakin lupapäättösten tai tuomioistuinratkaisujen empiiriseen analyysiin perustuvissa ympäristöoikeudellisissa tutkimuksissa toistuvat samansuuntaiset johtopäätökset. *Kettusen* tuoreessa tutkimuksessa alueellisten ympäristökeskusten eläinsuojien ympäristöluvista²⁷⁸ edellä (jaksossa 2.4) mainitun ympäristöministeriön kirjeen kotieläinsuojien ympäristöluvasta osoitetaan olevan käytännössä keskeinen ympäristökeskusten päätöksenteossa käytettävä oikeuslähde. Lupapäätöksissä ohjeisiin viitataan vakiintuneesti ja siis perustellaan lupapäätöksiä ohjetta oikeuslähteenä käyttäen.²⁷⁹ *Ruuska* osoittaa alueellisten ympäristökeskusten ja KHO:n vanhojen pilaantuneiden maa-alueiden kunnostamista koskevan päätösaineiston²⁸⁰ perusteella, että pilaantuneiden maa-alueiden riskinarviointi perustuu pääsääntöisesti ja suhteellisen kaavamaisesti SAMASE-projektissa laadittuihin ohje- ja raja-arvoihin.²⁸¹ *Matilainen* kiinnittää huomiota viranomaisohjeistuksen keskeiseen merkitykseen kivenmurskaamoiden ympäristöluvituksessa. Melua koskevan ohjeistuksen ohella hän mainitsee tielaitoksen ympäristönsuojeluohjeet, jotka ovat hallinto- ja oikeuskäytännössä toimineet kiinnekohtana arvioitaessa riittävää suojaetäisyyttä häiriintyviin kohteisiin. Ohjeiden mukaisten suojaetäisyyksien noudattamisen on hänen mukaansa useimmiten tulkittu turvaavan terveyshaittojen torjumisen ja mahdollistaneen luvansaannin.²⁸²

Päätösten perustaminen kaavamaisesti ja rutiininomaisesti esimerkiksi ministeriön tuottamiin oppaisiin tai ohjekirjeisiin on oikeudellisesti ongelmallista. Kontekstuaalinen tilanneherkkä oikeusajattelu voisi olla mahdollisuus näiden ongelmien hallitsemiseen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Kontekstuaalismi on yksi tapa painottaa erilaisten tilanteiden erityispiirteistä seuraavien, tyyppitapauksista poikkeavien ratkaisujen mahdollisuuden jatkuvaa olemassaoloa.²⁸³ Tilanneherkkä oikeusajattelu näyttäisi käyttökelpoiselta tavalta korostaa soft law -tyyppisen aineiston käyttöön liittyvän *soveltamistilannekohtaisen sisällöllisen harkinnan kes-*

²⁷⁸ Aineisto sisälsi 76 lupapäätöstä.

²⁷⁹ *Kettunen* YJ 2004, s. 49, 60.

²⁸⁰ Aineisto sisälsi 191 alueellisten ympäristökeskusten päätöstä ja 7 KHO:n päätöstä.

²⁸¹ *Ruuska* YJ 2000, s. 53–56. Myös *Tuomaisen* (2001, s. 4) mukaan SAMASE-loppuraportissa esitetyt ohje- ja raja-arvot ”ovat käytännössä ohjanneet voimakkaasti ympäristöhallinnon toimintaa ja vaikuttaneet erityisesti toteutettujen puhdistamishankkeiden lupapäätöksiin.”

²⁸² *Matilainen* YJ 2000, s. 30–31, 34.

²⁸³ *Niemi* 2002, s. 196–197.

keisyyttä.²⁸⁴ Tilanneherkkyys on oikeudellisen ratkaisijan kykyä tunnistaa ja havaita eri tilanteiden erityispiirteitä.²⁸⁵

Kontekstualismin kautta avautuvan oikeudellisen päättelyn perustavanlaatuisen epävarmuuden avulla voidaan painottaa päättelyn *avoimuutta ja kontrolloitavuutta*.²⁸⁶ Esillä olevan teeman kannalta tämä tarkoittaa konkreettisemmin päätösten tosiasiallisten perusteiden aukikirjoittamista ja hyödynnetylle soft law -tyyppiselle aineistolle annetun oikeudellisen painoarvon perustelemista. Vaikka kontekstualismi toisaalta edellyttää, että juridisessa harkinnassa otetaan huomioon kunkin tapauksen relevantit erityispiirteet, toisaalta tilannesidonnaisuuden keskeinen piirre on samalla myös ennakoitavuuden, systemaattisuuden ja johdonmukaisuuden vaatimus. Kun oikeutta lähestytään kontekstisidonnaisena ilmiönä, systemaattisuuden vaatimus kohdistuu – *Länsinevaa* seuraten – ”erityisesti oikeusnormien soveltamiseen konkreettisissa päätöksentekotilanteissa eikä niinkään oikeusnormeihin ja normijärjestelmään sellaisenaan”.²⁸⁷

Tapauskohtaisten erityispiirteiden ja oikeudessa keskeisen ennakoitavuuden yhteensovittaminen on oikeudellisen ajattelun klassisia teemoja, johon jatkuvasti palataan uusin sanankääntein ja muotoiluvin. Usein tämä klassinen sisällön (materiaalisen oikeudenmukaisuuden) ja muodon (oikeudellisen formalismin) dialektisen suhteen käsittely kytkeytyy tavalla tai toisella kontekstualistisiin painotuksiin. Tuoreista kotimaisista muotoiluista voi mainita esimerkiksi *Tolosen* korostuksen *normivaateen* ja *asianmukaisuusvaateen* keskinäisen yhteensovittamisen ja tasapainottamisen keskeisyydestä oikeudellisessa harkinnassa. Kumpaakaan ei voida sulkea pois, mutta joka kerta on erikseen arvioitava, miten näitä kahta puolta on painotettava: ”Jos tuomitsemme pelkän normivaateen mukaan, toimintamme on kaavamaisista rutiinia. Jos taas unohdamme sen ja painotamme yksinomaan konkreettista olosuhdetta ja joustavuutta (asianmukaisuusvaadetta), hävitämme oikeusvarmuuden ja ennakoitavuuden.”²⁸⁸ Kriittisen oikeusteorian näkökulmasta *Petman* painottaa tuomarin jatkuvan kriittisen itsetutkiskelun merkitystä tuomarin-kulttuurin keskeisenä ainesosana oikeuden laueamattomien jännitystilojen äärellä. Kun sekä formalismi (rutiininomainen ja passiivinen nojautuminen vain kirjoitettuun lakiin) että antiformalismi (ratkaisijan preferensseistä riippumattomaan moraaliin ja arvoihin nojautuminen)

²⁸⁴ Ks. myös *Niemi* (LM 1998, s. 354, 358), joka korostaa kontekstisidonnaisuudesta seuraavan todellisen aineellisen harkinnan keskeisyyttä oikeudellisessa tulkinnaassa.

²⁸⁵ *Karhu* LM 2003, s. 803. Ks. lainsoveltajan itsenäisen ja riippumattoman harkinnan keskeisyydestä myös jo *Haataja* 1940, s. 135.

²⁸⁶ Ks. myös *Niemi* 2004, s. 19.

²⁸⁷ *Länsineva* 2002, s. 16.

²⁸⁸ *Tolonen* 2003, s. 121.

ovat kestävämpiä, tarvitaan Petmanin kaksinaissitoutumiseksi kutsuttua orientoitumista: ”tuomarin on sekä pidettävä yllä järjestystä – – että toteutettava oikeudenmukaisuutta – –. Näiden kahden vastakkaisen sitoumuksen vaatimukset voivat olla vain tapauskohtaisia: tuomarin on ne itse asetettava.”²⁸⁹ *Häyhä* (monien muiden tutkijoiden tavoin) painottaa tapauskohtaisuuden ja ennakoitavuuden välisen jännitteen hallinnassa oikeusperiaatteiden merkitystä, jotta ”päättelyä ei olisi tarvetta kytkeä yksin ratkaistavan tapauksen erityispiirteisiin”.²⁹⁰ Myös Häyhän tutkimuksessa kontekstuaalisella toimintaympäristön idealla – tutkimuksen kohteena olevan jälleenvakuutustoiminnan erityispiirteiden tunnistamisen ja analysoimisen merkityksessä – on keskeinen merkitys.

Tilanneherkkyyden unohtamisesta seuraavana vaarana on, että lainsoveltaja jättää harkinnassaan ottamatta huomioon joitakin sellaisia näkökohtia, argumentteja tai tapauksen erityispiirteitä, joihin sovellettava joustava säännös antaisi mahdollisuuden ja velvoittaisi.²⁹¹ Jos tilanneherkkyys unohdetaan, erilaiset tapaukset voivat tulla kohdelluksi yhdellä ja samalla tavalla.²⁹² On mahdollista, että toiminnanharjoittajalta vaaditaan tällöin enemmän kuin ympäristön kannalta ja sovellettavien säädösten tavoitteiden saavuttamiseksi olisi tarpeen.²⁹³

Kontekstuaalisen tilanneherkän oikeusajattelun näkökulmasta voidaan ymmärtää poikkeukselliseksi tulkittu ratkaisu *KHO 1992 A 1*, jossa muodollisesti ei-sitovaa lakiin perustumatonta valtakunnallista rantojen suoje-luohjelmaa koskeva valtioneuvoston periaatepäätös katsottiin valituskel-poiseksi päätökseksi, koska ohjelmalla tulkittiin tosiasiallisesti olevan vaikutuksia maanomistajien asemaan. Sisällöltään ohjelman luonnehdittiin ratkaisussa olevan valtakunnantason selvitys, joka voi toimia kaavoituksessa lähinnä vain selvitysaineistona. *Länsineva* katsoo ratkaisun ”ainakin jossakin määrin” poikenneen KHO:n aiemmasta linjasta, jossa sitomattomia suunnitelmia ei ole yleensä pidetty valituskelpoisina hallintopäätöksinä, ellei niillä ole lopullisesti ja sitovasti ratkaistu asianosaista koskevaa kysymystä.²⁹⁴ Ratkaisu ilmentää kontekstuaalisuutta sikäli, että se

²⁸⁹ Petman 2002, s. 88–89.

²⁹⁰ *Häyhä* 2000, s. 62–68. Hänen mukaansa oikeusperiaatteet ovat ”kysymyksessä olevan sääntelyalueen olosuhteiden erityisiä piirteitä edellyttäviä, kuvaavia ja muotoavia normeja. Niiden sisältö määräytyy merkittävässä määrin sopimusoikeuden yleisten periaatteiden ja asianomaisen toiminnan – – erityisvaatimusten ristipaineissa.”

²⁹¹ Ks. myös *Länsineva* 1995, s. 268.

²⁹² Ks. myös Niemi LM 1998, s. 358.

²⁹³ Tähän vaaraan kiinnittää huomiota *Vihervuori* 1998, s. 221, jossa kaavamaisuuteen liittyviä ongelmia tarkastellaan erityisesti päästöjä koskevien kiinteiden arvojen soveltamisen näkökulmasta.

²⁹⁴ *Länsineva* 1995, s. 292.

osoittaa tilanneherkkyyttä tunnistaa ratkaisutilanteen normatiivisia, prosessuaalisia ja tosiasiallisia erityispiirteitä. Jos soft law -käsitettä hyödynnetään esimerkiksi kuvaamaan laissa säädettyjen muodollisten oikeusvaikutusten puuttumista joltakin asiakirjalta tai aineistolta, tästä luonnehdinnasta ei pidä siis päätellä mitään esimerkiksi asiakirjan hyväksymistä koskevan päätöksen valituskelpoisuudesta. Soft law -tyyppisen aineiston hyväksymispäätöksen valituskelpoisuudesta ei toisaalta voi tehdä johtopäätöstä, että ohjelma olisi muodollisesti velvoittava. Ei-sitovan ohjelman hyväksymispäätöksen valituskelpoisuus ei toisin sanoen luo sille uusia muodollisia oikeusvaikutuksia. Valituskelpoisuus voi toki ilmentää ohjelman tosiasiallista normatiivista merkitystä (siihenhän valituskelpoisuus juuri perustuu) ja osaltaan luoda institutionaalista perustaa ohjelman painoarvolle oikeudellisen ratkaisutoiminnan premissinä.

Kontekstuaalisen tilanneherkän oikeusajattelun näkökulmasta voidaan myös painottaa mahdollisuutta, että vailla muodollisia oikeusvaikutuksia olevalle soft law -tyyppiselle aineistolle *ei saa* kyseisen normiston soveltamisessa kyseessä olevassa yksittäistilanteessa antaa merkitystä. Esimerkiksi luonnontieteellisten inventointien ja selvitysten mahdollinen oikeudellinen relevanssi ratkeaa sovellettavan normiston kautta. Kaikki asiaan toiminnallisesti ehkä sinällään liittyvä aineisto ei välttämättä ole oikeudellisesti relevanttia, jos esimerkiksi lupaharkinnassa tietynlaisille näkökohdille ei voida sovellettavan normiston mukaan antaa merkitystä. Esimerkiksi MAL 3 §:n mukainen luparatkaisu on tehtävä pelkästään laissa mainittujen maisemallisten ja ekologisten seikkojen perusteella. Kyseessä ei ole intressivertailusäänös, joka mahdollistaisi hankkeen etujen ja haittojen välisen punninnan. *Vihervuori* korostaakin, että maa-ainesluvan myöntämistä faktisesti puoltavia tekijöitä ja tähän liittyvää aineistoa ei lupaharkinnassa saa punnita tai ottaa huomioon. Esimerkiksi maa-ainesten saataavuutta tai kiviainekulutuksen kehittymistä koskevat selvitykset, suunnitelmat ja ennusteet ovat toiminnallisesti olennaisia, mutta eivät lupaharkinnassa relevanttia aineistoa.²⁹⁵

Erityisesti luonnontieteellisen tai muun vastaavan inventointiaineiston hyödyntämisessä on olennaista arvioida inventointityön kattavuutta. Tällaisen arvioinnin välttämättömyys korostuu kontekstuaalisessa tilanneherkässä oikeusajattelussa. Kohteen puuttuminen inventointiaineistosta ei tällaisiin aineistoihin tyypillisesti liittyvien epävarmuustekijöiden, suoranaisten puutteellisuuksien ja aineistojen vanhentumisen vuoksi välttämättä tarkoita,

²⁹⁵ *Vihervuori* 1989a, s. 278–279, ks. myös s. 209.

ettei kohdetta voitaisi päätöksenteossa rinnastaa inventoinneissa tunnistettuihin kohteisiin. *Tuomainen* kiinnittää tähän huomiota pilaantuneiden maa-alueiden kartoituksen (SAMASE) osalta: ”Luetteloa käytettäessä on kuitenkin tullut ottaa huomioon, että kaikki siinä mainitut kohteet eivät ole pilaantuneita ja toisaalta siitä puuttuu paljon pilaantuneita alueita.” Luettelon puutteet johtuvat hänen mukaansa muun muassa sen luonteesta ja sitä laadittaessa käytetystä, jo olemassa olevien tietojen keräämiseen perustuneesta metodista.²⁹⁶

Lienee syytä painotetusti korostaa, etten kontekstuaalisella tilanneherkällä oikeusajattelulla missään tapauksessa tarkoita sellaista radikaalia *ad hoc* -perusteista ratkaisuharkintaa, jossa katsottaisiin vain käsillä olevan asian ainutkertaiseen tosiseikastoon soveltuvien tulkinta- ja ratkaisuperusteiden olevan lainsoveltamisen lähtökohtana. Jokainen tapaus olisi tällöin tapauskohtaisesti räätälöity ja aina erilainen.²⁹⁷ Ympäristöoikeudessa on oma samansuuntainen keskusteluperinteensä, jossa on korostettu vaihtelevista ympäristöolosuhteista johtuvan radikaalin tilannesidonnaisuuden olevan tyypillistä ympäristöasioita koskeville päätöksille. Tällä perusteella on väitetty, ettei ympäristöoikeudessa oikeastaan voi olla lainkaan yleistettäviä ennakkopäätöksiä.²⁹⁸ Keskustelu on ollut oikeusteoreettisesti jäsentymätöntä, eivätkä keskustelussa esitetyt luonnehdinnat ratkaisujen yleistettävyyden puuttumisesta ole mielestäni osuneet kohdalleen. Tässä myönteisessä sävyssä arvioitavana olevalla kontekstuaalisella tilanneherkällä oikeusajattelulla ei siis ole mitään yhteyksiä ympäristöoikeuden alueella esitettyihin – mielestäni kestävämmiin – ajatuksiin yleistettävien ennakkoratkaisujen mahdottomuudesta ympäristöoikeuden alueella. Painottaisin itse myös ympäristöoikeuden kannalta pikemminkin *Siltalan* muotoilemaa lähtökohtaa: ”onko ylipäätään tuomioistuinten tai viranomaisten tekemiä ratkaisuja, joilla ei ole eikä edes voi olla minkäänlaista, edes heikkoa ennakkoratkaisu- eli prejudikaattiarvoa suhteessa myöhempään ratkaisukäytäntöön?” Hänen mukaansa puhtaasti yksittäistapaukselliset, ei-yleistettävät kohtuullisuusratkaisut ovat äärimmäisen harvinaisia (esimerkiksi armahdukset). Hänen mukaansa kaikkien tuomioistuinten ja viranomais-

²⁹⁶ *Tuomainen* 2001, s. 5.

²⁹⁷ Ks. radikaalisti tilannesidonnaisesta oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta *Siltala* 2004, s. 283–297, jossa arvioidaan mm. *Koskenniemen* ja *Pöyhösen* ajattelua. Omassa tulkinnassani *Uuden varallisuusoikeuden* (2000) ratkaisuharkinnasta painottuvat ehkä *Siltalan* tulkintaa enemmän myös malliin sisältyvät harkintaa suuntaavat elementit (esimerkiksi toimintaympäristön idea).

²⁹⁸ Ks. keskustelusta *Määttä* 1999, s. 232–233, 457–459.

ten ratkaisut tarjoavat yleensä ”vähintäänkin heikon normatiivisen perustan myös myöhemmille ratkaisuille”.²⁹⁹

Näkemyksistä yleistettävien ennakkoratkaisujen mahdottomuudesta ympäristöoikeudessa voidaan osoittaa kestävämmäksi myös hyödyntämällä Tolosen ajatusta oikeudesta *jatkuvasti kehittyvänä prosessina*. Tolosen myös hermeneuttiseksi jatkumoksi kutsuman mallin perusidea on korostaa oikeudellisen toiminnan ja oikeudellisen käytännön suhdetta: ”Käytäntö muuttuu toiminnassa ja muodostaa seuraavan toiminnan lähtökohdan tai osan siitä.” Myös hän korostaa, että ”[p]eriaatteessa jokainen ratkaisu vaikuttaa jollain tavalla seuraaviin ratkaisuihin”. Jokaista tuomioistuimenkin ”toiminnan tulosta voi siksi tarkastella myös seuraavan toiminnan lähtökohtana (tai osana lähtökohtaa)”.³⁰⁰

Tolosen esityksen näkökulmasta voidaan suhteellistaa *Tarukanteleen* soft law -aineistojen hyödyntämiseen liittyvä varovainen luonnehdinta, että ”ei voida sanoa ainakaan suoraviivaisesti, että suosituksiin viittaaminen hallintopäätöksissä tai hallintolainkäytössä olisi muuttanut suositusten oikeudellista statusta”.³⁰¹ Näin varmasti muodolliselta kannalta osin voidaan sanoa: soft law -aineistoon viittaaminen viranomaisten tai tuomioistuinten päätöksissä ei mitenkään välittömästi luo tällaiselle aineistolla yleistettäviä, aineistolta alunperin puuttuneita oikeusvaikutuksia. Toisaalta ei voida sanoa niinkään, että soft law -aineistoon viittaamisella jossakin yksittäisessä ratkaisussa ei olisi *mitään* tuleviin ratkaisuihin heijastuvaa oikeudellista merkitystä. Aineistojen käyttäminen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa juuri luo sitä institutionaalista perustaa, jonka pohjalta tällaisen aineiston merkitys oikeuslähteenä syntyy ja vahvistuu.

Samanlainen normatiivinen mekanismi liittyy myös kaikkeen hallinnon tuottamaan aineistoon, ajateltiinpa sen alun perin olevan kuinka ”viaton” tahansa. Se, että ministeriön julkaisemassa asiakirjassa (esimerkiksi edellä jaksossa 2.4 esillä olleessa ympäristöministeriön julkaisemassa ”Rantojen maankäytön suunnittelu” (2005) -oppaassa) annetaan esimerkkejä hyvistä käytänteistä tai vain toistetaan oikeuskäytännön tulkintoja, ei voi olla normatiivisesti merkityksetöntä. Tällaiset hyvien käytänteiden tai perusteltujen pidettävien tulkintojen kirjaukset hallinnon tuottamaan ma-

²⁹⁹ Siltala 2003, s. 268. Ks. yleisemmin myös Pöyhönen (1988, s. 154), jonka mukaan ”yhdenvertaisen kohtelun vaatimus näyttää vaativan, ettei yhtään tapausta ratkaista tavalla, josta ei voitaisi (joltain pohjalta) yleistää yleistä sääntöä” ja Häyhä (2000, s. 65), joka korostaa, että ”oikeudellisessa ajattelussa ei voi olla kysymys puhtaasta tapauskohtaisesta arvioinnista”.

³⁰⁰ Tolonen 2003, s. 5–11.

³⁰¹ Tarukannel 1990, s. 176.

teriaaliin luovat osaltaan sitä institutionaalista perustaa, jonka kautta soft law -aineiston tosiasiallinen oikeudellinen merkitys muotoutuu. Tämä tulee esille ympäristöhallinnon alemmanasteista norminantoa (lähinnä silloisia yleiskirjeitä) tutkineen *Seppälän* havainnollisessa kahdeksankohtaisessa ”normiluonnesarjassa”. Hän toteaa yleiskirjeiden sisältävän joskus myös tautologista tai referoivaa tiedotusta, jossa vain toistetaan tai tiivistäen kuvataan ylempää normia. Näitä hän ei pidä oikeusnormeina. Normiluonne alkaa hänen jäsentelyssään vasta silloin, kun hallinnollisen ohjauksen muodossa annettu materiaali sisältää esimerkiksi tarkoitettua yleistä tiedotusta. Samoin hän mainitsee normiluonteisena muun muassa KHO:n tulkintojen tai oikeuskirjallisuuden tulkintasuositusten toistamisen ministeriön tuottamassa materiaalissa.³⁰²

3.3 Soft law perustuslaillisenä ongelmana

Valtiosääntöoikeudellisesti ja hallinto-oikeudellisen doktriinin näkökulmasta soft law -tyyppisen aineiston tunnistaminen oikeuslähteeksi voi olla josakin määrin ongelmallista. Soft law -aineistoja ei välttämättä valmistella yhtä perusteellisesti ja avoimessa vuorovaikutuksessa kansalaisten ja alan toimijoiden kanssa kuin lakeja tai lakien nojalla annettuja asetuksia.³⁰³ Demokratiaperiaatteen näkökulmasta soft law’n legitimitetti voidaan perustellusti kyseenalaistaa. Parlamentaarisen vallankäytön ulottumattomissa oleviin normistoihin, joita syntyy oikeudellisen normihierarkian ulkopuolisissa normintuottamisjärjestelmissä ja yksityisten standardisointiorganisaatioiden piirissä, liittyy erityisiä valtiosääntöoikeudellisia ongelmia: tekninen standardisointikaan ei ole vain tekniikkaa, vaan se edellyttää usein myös poliittisten arvovalintojen tekemistä.³⁰⁴

Perustuslailliselta kannalta lähempään tarkasteluun voidaan ottaa edellä jaksossa 2.4 ympäristöalalla laajaksi osoitettu viranomaisten antama hallinnollinen ohjaus. Hallinto-oikeudellisessa ajattelussa hallinnon ulkopuolisten asemaan vaikuttavaan hallinnolliseen ohjaukseen suhtaudutaan yleisesti hyvin pidättyvästi.³⁰⁵ Suomalainen hallinto-oikeudellinen doktriini ei tunne oikeudellisesti sitovaa, lainsäädäntöön perustumatonta, vain

³⁰² *Seppälä* 1988, s. 21.

³⁰³ Ks. myös *Kuusiniemi* 1992, s. 356–358 ja *Lötjönen* 2004, s. 69–70.

³⁰⁴ *Rehbinder* 1996, s. 255 ja *Vihervuori* 1998, s. 222.

³⁰⁵ Ks. esim. *Pohjolainen – Tarukannel* 1990, s. 295–296, *Tarukannel* 1990, s. 175, *Mäenpää* 1992, s. 183–185 ja *Mäenpää* 2003, s. 182–184.

viranomaisen organisatoriseen asemaan (yleistoimivaltaan) pohjautuvaa keskushallinnon hallinnollista ohjausta, jolla olisi *hallintokoneiston ulkopuolelle* ulottuvia vaikutuksia yksittäisissä päätöksentekotilanteissa.³⁰⁶

Kiinnostavaa on, että nykyäsittein ilmaistun hallinnollisen ohjauksen ongelmallisuus on esillä jo ympäristöoikeutta edeltävässä maa- ja vesi-oikeudellisessa kirjallisuudessa. Aikanaan jo *Haataja* piti lainsoveltajan riippumattoman harkinnan kannalta ongelmallisena pyrkiä ohjaamaan lainsoveltamista hallinnon antamilla toimeenpanosäännöksillä. Hän arvioi asutustoiminnan järjestämisen näkökulmasta laajalti, missä muodossa ja laajuudessa ”hallinnollisessa asetuksessa” voidaan ohjata toimeenpanoviranomaisten lain tulkintaa ja soveltamista yksittäistapauksissa.³⁰⁷ Hänen johtopäätöksensä ovat edelleen yllättävän ajankohtaisia. Ensiksikin hän toteaa, että ”säännökset, jotka asiallis-oikeudellisesti puuttuvat yksityisten kansalaisten oikeuksiin ja heidän asemaansa maansa omistajina, ovat säädettävät lailla eikä hallinnollisella asetuksella”.³⁰⁸ Hallinnolliseen asetukseen ei saa hänen mukaansa myöskään ottaa ilman asianmukaista yksilöityä lain delegointisäännöstä sellaista toimenpanoviranomaista auktoritatiivisesti velvoittavaa lakia selittävää säännöstä, ”joka määrää laille jonkin edeltäpäin kerta kaikkiaan määrätyn oikeudellisen sisällyksen”.³⁰⁹

Hallinto-oikeudessa erotetaan perinteisesti hallinnon *sisäinen* ja *ulkoinen* ohjaus. Oikeudellisesti ongelmattomalla sisäisellä ohjauksella tarkoitetaan ohjausta, jonka vaikutukset rajoittuvat hallintokoneiston sisälle.³¹⁰ Kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä tästä erottelusta ei ole syytä tehdä.³¹¹ Kun

³⁰⁶ Ks. aiheesta laajasti *Suviranta* 1996, s. 110–121, jossa suhtaudutaan kriittisesti (erit. s. 115–116) lainopin vallitsevana käsityksenä esitettyyn tulkintaan, ”jonka mukaan hallinnon oikeudelliseen ohjausjärjestelmään ei meillä lainkaan kuulu hallinnon sisäistä hallintopäätösten sisältöä määrättävää ohjausta”. Ks. myös *Syrjänen* 1999, s. 115, jossa tähän hallinto-oikeudelliseen doktriiniin suhtaudutaan kaavoitus- ja rakentamisoikeuden näkökulmasta ”varauksellisesti”. Doktriinia rantojensuojeluohjelman analyysin yhteydessä arvioiva *Länsineva* (1995, s. 267–268) kiinnittää huomiota vakiintuneen doktriinin lähtökohtien suhteellisuuteen, jos sitä pyritään hyödyntämään kovin abstraktilla tasolla esimerkiksi yksittäisen valtioneuvoston periaatepäätöksen oikeudellisessa luonnehtimisessa.

³⁰⁷ *Haataja* 1940, s. 132–140.

³⁰⁸ Mts. 134.

³⁰⁹ Mts. 136. Hänen mukaansa (mts. 135) ”Suomen oikeudessa on vanhastaan ollut voimassa periaate, että *hyvä ja viisas tuomari on parempi kuin hyvä laki* (kurs. tässä), ja tämä periaate on oikeuselämässä tunnustettu. Jos hallinnollisella asetuksella ryhdytään tätä viranomaisen vapaata harkintamahdollisuutta rajoittamaan, tietäisi se sellaisen periaatteen omaksumista, että hyvä ja viisas hallitus on parempi kuin hyvä laki, jota meillä ei ole oikeaksi tunnustettu”.

³¹⁰ Ks. esim. *Laakso*, S. 1990, s. 89–90.

³¹¹ Ks. erottelun suhteellisuudesta myös *Länsineva* 1995, s. 267–268.

edellä jaksossa 2 esitellyllä aineistolla on tosiasiallisesti vaikutuksia yksityisen asemaan vaikuttavassa päätöksenteossa, tällaiseen aineistoon liittyviä oikeusvaltiollisia vaatimuksia ei voida kiertää selittämällä kysymyksessä olevan ”oikeastaan vain” hallinnon sisäisen ohjauksen. Konstruktio ohjauksesta, joka muodollisesti on merkityksellistä vain hallinnon sisäisesti ja vain tosiasiallisesti vaikuttaa hallinnon ulkopuolisten asemaan olisi mielestäni hyvin ongelmallinen³¹².

Hallintoviranomaisten antamia ohjeita pyrittiin vähentämään ns. normilailla (laki 573/1989 viranomaisten määräyksiä ja ohjeita koskevista toimenpiteistä³¹³). Tavoitteena oli luopua ohjeista korvaamalla ne *suosituksilla, oppailla ja tiedotteilla*.³¹⁴ Nykyisin keskeisin asiaa koskeva säännös on perustuslain 80 §, jossa edellytetään, että yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista säädetään lailla. Asetusten antaminen edellyttää laissa säädettyä yksilöityä valtuutta. Muu viranomaisen kuin ministeriö voidaan lailla valtuuttaa antamaan oikeussääntöjä määräytyistä asioista vain erityisistä syistä. Tällaisen, vain poikkeuksellisesti käytettäväksi tarkoitetun valtuuden tulee olla soveltamisalaltaan täsmällisesti rajattu.

Perustuslakivaliokunnan aivan viimeaikaisessa käytännössä vaatimus valtuussäännöksiä täsmällisyydestä ja tarkkarajaisuudesta näyttää olevan tiukentumassa. Tiukentunut linja ilmenee esimerkiksi maa-aineslain muutosesitystä koskevassa lausunnossa *PeVL 5/2005 vp*, jossa valiokunta tekee lain säätämisyjärjestykseen vaikuttavan huomautuksen viidestä lakiesityksen säännöksestä. Näistä kolme koskee liian avoimia ja väljiä valtuussäännöksiä.³¹⁵ Myös tuottajavastuusäännöksiä koskevaan jätelain muutosesitykseen liittyvässä lausunnossa *PeVL 1/2004 vp* lakiesityksen lukuja

³¹² Ajatuksen taustalla on *Seppälän* (1988, s. 26) hiukan eri ongelmaan liittyvä muotoilu: ”Normi, joka on hallintoa sitova ja samanaikaisesti ulkopuolisille ohje, ei voi olla mahdollinen. Oikeusnormilla on kaikille tahoille sama merkitys samassa tilanteessa. Välillisesti sitovat normitkaan eivät tässä suhteessa tee poikkeusta.”

³¹³ Laki oli alun perin voimassa vuoden 1996 loppuun. Lailla 1036/1996 voimassaoloa jatkettiin 29.2.2000 asti. Normilain on korvannut laki (189/2000) ministeriöiden ja valtion muiden viranomaisten määräyskokoelmista (jälj. määräyskokoelmalaki) sekä perustuslain 80 §, jossa lainsäädäntövallan delegoinnin edellytyksiä selkeytettiin.

³¹⁴ Ks. *HE 7/1989 vp*, s. 11. Myös uuden perustuslain jälkeen annettun määräyskokoelmalain esitöissä korostetaan, että ministeriön ja muun viranomaisen pysyvämmiksi tarkoittamat neuvot ja ohjeet tulisi pyrkiä ohjeiden sijasta antamaan oppaina ja tiedotteina. Oppaan tai tiedotteen muotoon laadittuja neuvoja ja ohjeita ei julkaista säädös- tai määräyskokoelmassa, vaan ne julkistetaan ja pidetään saatavilla muulla tavoin. Ks. *HE 174/1999 vp*, 4 §:n yksityiskohtaiset perustelut.

³¹⁵ Lakiesitys oli annettu MAL:n vanhentuneiden valtuussäännösten saattamiseksi uuden perustuslain mukaisiksi!

valtuussäännöksiä pidetään osin perustuslain kannalta liian avoimina tai laajoina. Valtuussäätelyä esitetään monin osin täsmennettäväksi (kahdella valiokunnan valtuussäännöksiin liittyvällä huomautuksella oli vaikutusta säätämisyjärjestyksen kannalta). Pallas-Yllästunturin kansallispuiston perustamista tarkoittavasta laista annetussa lausunnossa *PeVL 29/2004 vp* edellytetään valtioneuvoston ryhtyvän pikaisesti toimiin kansallis- ja luonnonpuistoja koskevan lainsäädännön saattamiseksi perustuslain 80 §:n vaatimuksia vastaavaksi.³¹⁶ Valiokunta katsoo lausunnossa täysin avoimeksi luonnehditun LSL 16 §:n valtuussäännöksen olevan perustuslain vastaisen.³¹⁷ Perustuslain 80 §:ään perustuvasta valtuussäätelyn täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimuksesta johtuu valiokunnan mukaan (esim. *PeVL 29/2004 vp*), että lakien täytäntöönpanoon oikeuttavaa valtuutusta on tulkittava supistavasti. Tällaisen valtuuden nojalla ei ole mahdollista asetuksella antaa säännöksiä mistä tahansa lain alaan kuuluvasta asiasta.

Aiemmin ympäristölainsäädännössä keskeisen säädösvallan delegoinnin perustuslaillisia vaatimuksia on perustuslakivaliokunnassa arvioitu laajalti erityisesti YSL:n säätämisen yhteydessä. Lausunnossaan *PeVL 11/1999 vp* perustuslakivaliokunta piti osaa YSL:n lukuisista valtuussäännöksistä yleisluonteisina ja laajoina. Vaikka valtuussäännöksiä pidettiin osin näennäisen avoimia, niiden katsottiin lausunnossa valtiosäännön kannalta kuitenkin riittävästi täsmentyvän muun muassa lain yleiseen systematiikkaan pohjautuvien kiinnekohtien perusteella. Lausunnossa esitettiin kahta valtuussäännöstä koskeva lain säätämisyjärjestykseen vaikuttava huomautus.

Ympäristönkäyttöön liittyvien lakien soveltamisessa vanhastaan joillakin säätelyalueilla käytössä oleva yksilöityihin lain valtuutussäännöksiin perustumaton *ohjeistuskulttuuri* on nykyisin valtiosäätö- ja hallinto-oikeuden kannalta yhä ongelmallisempi ilmiö.³¹⁸ Muodollisesti ohjeistuksen – joka voi edellä osoitetulla tavalla esiintyä myös esimerkiksi muistion muodossa – ilmeisesti katsotaan yleensä olevan luonteeltaan vain hallinnon sisäistä ja perustuvan eri säädöksissä ministeriöille säädettyyn yleiseen

³¹⁶ Vastaavia huomautuksia voitaisiin tehdä runsaasti erityisesti metsälainsäädännön osalta.

³¹⁷ Kansallispuiston ja luonnonpuiston LSL 13–15 §:ssä säädetyistä rauhoitussäännöksistä voidaan LSL 16 §:n nojalla asetuksella säätää säännöksen sanamuodon mukaan periaatteessa mitä tahansa poikkeuksia, jos ne eivät vaaranna alueen perustamistarkoitusta.

³¹⁸ Ks. hallinnollisesta ohjauksesta ympäristöministeriön hallinnonalalla ennen normilakia *Seppälä* 1988, jossa on jo esillä myös tuolloin käynnistyneen normiperkauksen aiheuttama haaste vanhalle ohjeistuskulttuurille.

kehittämisen- ja ohjaustehtävään³¹⁹ tai ministeriöille säädettyyn yleiseen tehtävään ohjata alaisensa hallinnon toimintaa. Esimerkiksi edellä esillä olleen maa- ja metsätalousministeriön ja ympäristöministeriön yhteisen liito-oravaohjeen valtuutussäännöksiä mainitaan metsäkeskuksista ja metsätalouden kehittämiskeskuksesta annetun lain (1474/1995) 4 § ja ympäristöhallinnosta annetun lain (55/1995) 2 §, joissa säädetään ministeriöiden yleisestä ohjaustehtävästä. Perustuslaillisesta näkökulmasta säännöksissä ei ole kyse sellaisesta yksilöidystä valtuutussäännöksestä, joihin ohjeen antaminen olisi voitu perustaa. Kun ohjeessa esimerkinomaisesti esitetään tulkintoja muun muassa liito-oravan lisääntymis- ja levähdyspaikan koosta, ohjeella on hyvin välittömästi yksilöiden oikeusasemaan ulottuvia vaikutuksia. Ohjetta ei voi luonnehtia vain hallinnon sisäiseksi. Asiallisesti ohjeen perustana on kuitenkin eduskunnan nimenomainen tahdonilmaus: eduskunta edellytti viranomaismenettelyjen ohjeistamista liito-oravasäännösten hyväksymisen yhteydessä.³²⁰ Asianmukaista olisi ollut järjestää hallintomenettelyjen yhdenmukaistaminen eduskunnan ponteen perustuvan ministeriöiden ei-sitovan ohjeistuksen sijasta lain yksilöityyn valtuutussäännökseen perustuvalla asetuksella.

Viime aikoina ympäristöalalla näyttäisi olleen yleistymässä tapa kiertää ohjeiden antamiseen liittyviä toimivaltaongelmia laatimalla *muistio* lain tulkinnan täsmentämiseksi. Tällaiset ministeriöiden tuottamat, joskus jopa allekirjoittamattomat ja luonteeltaan ehkä yksilöimättömät muistiot voivat olla oikeudellisesti ohjeita ongelmallisempia. Niitä ei yleensä ole julkaistu, mutta niitä kuitenkin käytetään hallinnossa tosiasiallisina oikeuslähteinä. Kansalaisten oikeusturvan kannalta hyvin ongelmallisena voi pitää esimerkiksi LSL 53.1 §:n merkityksellisen haitan korvauskynnyksestä ministeriön laatimassa julkaisemattomassa ja luonteeltaan yksilöimättömässä paperissa annettuja euro- ja prosenttimääräisiä tulkintasuosituksia. Otsikolla ”Liito-oravakorvaukset” varustetussa, laajalti alan toimijoiden keskuuteen levinneessä paperissa on mainittu tunnistetiedot ”YM/LUO/Totry, 14.9.2004”, mikä esimerkiksi ympäristöhallinnon lainsoveltajien kannalta identifioi paperin selkeästi ministeriön kannanotoksi ja luo vai-

³¹⁹ Esimerkiksi LSL 6.1 §:ssä säädetään, että luonnonsuojelun ylin ohjaus ja valvonta kuuluu ympäristöministeriölle. Perustuslain 80 §:n kannalta tämänkaltaiseen säännökseen ei missään tapauksessa voida perustaa mitään lakia täsmentävää, yksilöiden asemaan vaikuttavaa norminantoa.

³²⁰ Ks. *EV 50/2004 vp*, lausuma 2: ”Eduskunta edellyttää hallituksen huolehtivan selkeän viranomaismenettelyn ohjeistamisesta liito-oravan suojeluun liittyvien kysymysten käsittelyyn siten, että tarvittavat viranomaispäätökset saadaan aikaan joutuisasti ja metsänomistajien tasavertainen kohtelu sekä liito-oravan asianmukainen suojele turvaten.”

kutelman, että kyse olisi oikeudellisesti ehkä merkityksellisestä asiakirjasta. Lakiin perustumaton paperi ei oikeudellisesti tietenkään velvoita lainsoveltajia. Oikeudellisesti ongelmallista on erityisesti se, ettei muistiota ole julkaistu ja ettei paperista mitenkään ilmene, mikä on sen oikeudellinen luonne ja merkitys tulkintaohjeena. Asianmukaisempaa olisi ollut julkaista muistio esimerkiksi painettuna oppaana, jossa olisi perusteellisemmin kartoitettu korvaussäännöksen erilaisia tulkintavaihtoehtoja ja selkeästi korostettu oppaan oikeudellisesti ei-velvoittavaa luonnetta. Jos merkityksellisen haitan korvauskynnyksen soveltaminen käytännössä todella edellyttää euro- tai prosenttimääräisiä peukalosääntöjä, ne tulisi antaa asianmukaiseen lain valtuussäännökseen perustuen asetuksella. Kansalaisten oikeudellisen aseman kannalta aivan keskeisten korvaussäännösten soveltaminen ei voi oikeusvaltiossa olla ministeriön tuottamien epämääräisten muistioiden varassa.

Metsälainsäädännössä – jonka korvausjärjestelmä tosin poikkeaa LSL:n järjestelmästä, koska mahdollinen taloudellinen menetys korvataan maanomistajalle ympäristötuen muodossa – LSL:ia vastaavaa korvauskynnystä on täsmennetty asetuksessa annetuilla prosentti- ja euroarvoilla. Metsien monimuotoisuuden kannalta erityisen tärkeiden elinympäristöjen suojeluun liittyvä, metsälain 11 §:ssä säädetty vähäisen haitan korvauskynnys ylittyy, kun kohteena olevan metsän hakkuuarvo on yli 4 000 euroa tai yli neljä prosenttia hakijan saman kunnan alueella omistamien kaikkien metsien hakkuuarvosta. Asiasta säädetään metsätalouden ympäristötuesta annetun maa- ja metsätalousministeriön päätöksen (144/2000) 3 §:ssä (muutettu viimeksi ministeriön asetuksella 1252/2003). Päätös on alun perin annettu KEMERAL:n 19.3 §:n (1286/1997) nojalla. Säännöksessä ministeriö valtuutetaan antamaan tarkempia säännöksiä ympäristötuesta, ei siis yksilöidysti täsmentämään vähäisen haitan sisältöä (varsinkaan metsälain 11 §:n osalta). – Perustuslain 80 §:n näkökulmasta järjestelmä on oikeudellisesti hiukan kestävämmällä pohjalla kuin liito-oravakorvauksia koskeva ministeriöiden muistio-ohjaus. Näin konkreettisesti yksilön oikeusasemaan vaikuttavan asian sääntely ministeriön asetuksella ilman yksilöityä laissa olevaa valtuutusta ei ole perustuslailliselta kannalta kuitenkaan hyväksyttävää.³²¹

Oikeuskansleri on tuoreessa kanteluasiaan liittyvässä päätöksessään 23.5.2005 Dnro 1055/1/03 arvioinut maa- ja metsätalousministeriön muistio-ohjausta hyvän hallinnon näkökulmasta. Asiassa oli kyse metsäkeskusten

³²¹ Ks. metsälain korvausjärjestelmästä ja sen arviointia perustuslain 80 §:n näkökulmasta myös *Suvantola YJ* 2005, s. 65. Myös hän arvioi, että perustuslain voimaantulon jälkeen kyseisen maa- ja metsätalousministeriön päätöksen perustuslainmukaisuutta ei ”voida pitää selvänä”.

hallussa olevien asiakirjojen julkisuudesta. Vaikeaksi oikeudelliseksi ongelmaksi on muodostunut metsäkeskuksille tehtyihin metsänkäyttöilmoituksiin tai tilakohtaisiin metsäsuunnitelmiin sisältyvien, metsälain 10 §:n erityisen tärkeitä elinympäristöjä koskevien tietojen julkisuus. Erinäisten valmisteluvaiheiden jälkeen asia ohjeistettiin maa- ja metsätalousministeriössä laaditulla, yksilöityjä laintulkintasuosituksia sisältävällä muistiolla ”Metsäkeskuksen hallussa olevien asiakirjojen julkisuus”.³²² Muistio lähetettiin metsäkeskuksille ministerin (!) allekirjoittamalla lähetekirjeellä. Muistiossa päädytään siihen, että muun muassa erityisen tärkeiden elinympäristöjen inventointitiedoista ei tulisi antaa tietoa ilman erityistä perustetta. Metsäkeskukset eivät ministeriön muistioon vedoten luovuta näitä tietoja edes ympäristökeskuksille.³²³ Oikeuskansleri kiinnittää päätöksessään huomiota muistiossa esitetyn tulkinnan huomattavaan käytännölliseen merkitykseen. Johtopäätöksensä hän toteaa: ”Mielestäni tällaista suositusta, jos sen soveltaminen johtaa – kuten oli tapahtunut – siihen, ettei tietoja anneta, on vaikea pitää hyvän hallinnon mukaisena (kurs. tässä). Suositukset on annettu ministeriön nimissä ja ministeriö niistä myös vastaa.” Päätöksessä korostetaan myös, etteivät ministeriön suositukset ole sitovia, mutta niillä on ”kuitenkin epäilemättä suuri merkitys käytännössä”.

Ohjeistuskulttuuri kaipaisi edelleen ilmeisesti ainakin sekä ympäristöettä maa- ja metsätalousministeriön hallinnonaloilla perustuslain 80 §:n näkökulmasta uudelleenarviointeja. Myös muodollisesti ei-sitoviksi tarkoitettujen ohjeiden antamisvaltuudet tulisi lähtökohtaisesti pyrkiä määrittelemään yksilöidysti laissa.³²⁴ Ohjeista ja suosituksista tulisi aina ilme-

³²² Muistio 19.9.2001. Kansilehden mukaan muistion on laatinut maa- ja metsätalousministeriön ylitarkastaja Pentti Lähteenoja.

³²³ Ympäristökeskuksen oikeutta saada metsäkeskuksen keräämiä erityisen tärkeiden elinympäristöjen inventointitietoja on laajemmin arvioitu oikeuskanslerin aiemmassa kanteluasiaan liittyvässä päätöksessä 17.6.2003 Dnro 20/21/01. Päätöksessä pidetään tulkinnanvaraisena sitä, onko inventointitietojen kerääminen metsätalouden edistämiseen liittyvä neuvonnallinen toimenpide (jolloin inventointitiedot voidaan jättää luovuttamatta) vai julkisen vallan käyttöä osana metsäkeskusten suorittamaa metsälain valvontaa. Päätöksessä asian ratkaisemisen katsotaan kuuluvan tuomioistuimelle. – Toistaiseksi kysymys ei tietääkseni ole tullut tuomioistuimissa arvioitavaksi.

³²⁴ Jossakin määrin tällaista sääntelyteknikkaa onkin käytetty, ks. esimerkiksi edellä mainitut MRL 13.2 §, YSL 95.1 § ja VL 21:1, joissa yksilöidysti säädetään ministeriölle *valtuus myös yleisten ohjeiden antamiseen*. Ks. myös jätelain 51.4 §, jossa ympäristöministeriölle säädetään valtuus antaa ohjeita siitä, miten kyseisessä pykälässä säädettyä selvilläolo- ja kirjanpitovelvollisuus on täytettävä. Ks. muille viranomaisille delegoidusta ohjeidenantovaltuudesta esimerkiksi geenitekniikkalain (377/1995) 8.4 §, jonka mukaan geeni-

tä, mihin säännökseen perustuu valtuus niiden antamiseen. Ohjeistuksen oikeudelliseen luonteeseen, likiarvoisuuteen ja lähtökohtapremissien mahdolliseen tulkinnanvaraisuuteen tulisi myös ilmeisesti edelleen kiinnittää huomiota.³²⁵ Pysyviksi tarkoitetut ohjeet ja neuvot tulisi julkaista oppaina ja tiedotteina sekä Finlex-säädöstietopankin viranomaisnormien tietokannassa.³²⁶

Selvyiden vuoksi lienee syytä todeta, että myös ympäristö- sekä maa- ja metsätalousministeriössä on toki arvioitu ministeriöiden toimintakulttuuria ja hallinnonalan lainsäädännön perustuslainmukaisuutta uuden perustuslain voimaantulon jälkeen. Alemmanasteisten normien perustuslainmukaisuutta arvioitiin hallinnonalan lakien norminantovaltuuksien näkökulmasta systemaattisesti esimerkiksi maataloushallinnon lakien osalta *Maatalouslainsäädännön perustuslakityöryhmässä* (2001). Vastaavaa systemaattista arviointia ei tietääkseni ole tehty metsälainsäädännön osalta, vaikka myös metsäalan ohjauksessa alemmanasteinen norminanto on hyvin laajaa ja monimutkaista – ja osin selvästi perustuslain vastaista. Kirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota muun muassa siihen, että asetustason sääntely ei metsäasioissa kaikilta osin pysy lain valtuussäännösten rajoissa ja että asetuksiin sisältyy myös sellaista sääntelyä, joka nykyäsitäytksen mukaan kuuluisi laintasolle³²⁷.

Ohjeistuskulttuuri ei tietenkään ole vain ympäristö- tai maa- ja metsätalousministeriön toimintatapa. Toiminnan laajamittaisuudessa ja toteutustavassa lienee kuitenkin hallinnonalakohtaisia eroja. Esimerkiksi oikeusministeriön hallinnonalalla on toki samanlaisia soveltamiskäytäntöjen yhtenäistämistarpeita, mutta ne näytetään hoidettavan muulla tavoin kuin lakiin perustumattomalla ministeriölähtöisellä ohjeistuksella. Esimerkiksi käräjäoikeuksien kirjaamiskäytäntöjen yhtenäistämiseksi on julkaistu kolmen tuomarin laatima ”Lainhuudatus, erityisen oikeuden kirjaaminen ja kiinnitys” -niminen epävirallinen ohjekansio (2002), joka on aivan keskeinen

tekniikkalautakunta voi antaa tarkempia ohjeita 8.1 §:ssä säädetyn huolellisuusveloitteen täyttämistä. *Salilan* (1999, s. 269) mukaan ”[m] muodollis-juridisesti gltk:n ohjeet eivät sido välittömästi toiminnanharjoittajaa, mutta käytännössä niitä noudatettaneen poikkeuksetta”. Geenitekniikan lautakunnan antamat suosituksukset ja periaatepäätökset ovat saatavissa lautakunnan internetsivulta: <http://www.geenitekniikanlautakunta.fi> (2.4.2005).

³²⁵ Ks. myös *Kuusiniemen* (1992, s. 357–358) edelleen ajankohtaiset ehdotukset ohjeistuskulttuurin kehittämiseksi.

³²⁶ Ohjeiden julkaisemiseen kiinnittää huomiota *Siitari-Vanne* teoksessa *Kuusiniemi (toim.)* (Uusi ympäristönsuojelulainsäädäntö) 2001, s. 95.

³²⁷ Ks. *Tahvonen ym.* 2004, s. 17, 44–45. Ks. myös jaksossa 2.8 KEMERAL:sta esitettyä.

kirjaamiskäytäntöihin vaikuttanut ja vaikuttava lähde.³²⁸ Ympäristöministeriössä tällainen aineisto olisi oletettavasti julkaistu ministeriön oppaana tai jopa ohjeena. Maa- ja metsätalousministeriön nykykäytännössä se olisi arvatakseni lähetetty viranomaisille ministerin allekirjoittamalla lähete-kirjeellä ministeriön virkamiehen laatiman, julkaisemattomaksi jäävän muistion muodossa. Ohjaukulttuurien eroja ja erilaista suhtautumista perustuslain 80 §:ään osoittaa se, ettei oikeusministeriö ole julkaissut tätä ohjekansiota, eikä ministeriön rooli ole mitenkään näkyvillä ohjekansiossa, vaikka se on syntynyt oikeusministeriön myötävaikutuksella. Kansion on julkaissut Tampereen yliopiston täydennyskoulutuskeskus, jonka yhdessä oikeusministeriön kanssa järjestämään käräjäoikeuksien kiinteistöasioita hoitavan henkilöstön koulutusaineistoon se perustuu. Kansion nimilehdellä se nimetään ”Opetusmateriaaliksi”, eli epäselvyyttä aineiston oikeudellisesta luonteesta ei voi olla.

Perustuslaissa tai muussa lainsäädännössä ei kielletä ministeriöitä antamasta yleisesti sovellettavia ohjeita. Yleisesti sovellettavaksi tarkoitettujen, erityisesti muiden kuin hallinnon sisäisten ohjeiden antamiseen liittyvä aiempaan oikeustilaan verrattuna kuitenkin uudenlaisia vaatimuksia. Myös uuden perustuslain jälkeen annetussa määräyskokoelmalaissa tunnustetaan edelleen myös ohjeiden olemassaolo. Lain 4.2 ja 10 §:ssä säädetään merkitykseltään *yleisten ohjeiden* julkaisemisesta määräyskokoelmassa. Esitöiden mukaan ohje on ymmärrettävä yleiskielen tarkoittamalla tavalla johonkin menettelyyn tai toimintaan opastavaksi *lausumaksi*, *neuvoksi* tai *kehotukseksi*.³²⁹ Silloin kun ministeriö tai muu viranomainen antaa neuvoja esimerkiksi yleisohjeen muodossa, yleisiksi tarkoitettujen ohjeiden tulisi julkaista määräyskokoelmassa. Esitöiden mukaan ”[o]hjeet ovat merkitykseltään yleisiä, jollei niitä ole annettu vain tiettyä tilannetta tai tapausta varten ja jos ne eivät ole pelkästään hallinnon sisäisiä”.³³⁰

³²⁸ Ks. tämän kansion merkityksestä yhtenäisten kirjaamiskäytäntöjen näkökulmasta *Jokela – Kartio – Ojanen* 2004, s. 245, jossa ohjekansion todetaan olevan ”jokapäiväisessä käytössä kaikissa kirjaamisviranomaisissa”, vaikka siinä ”esitetyt kannat ja suositukset eivät luonnollisestikaan ole tuomioistuinta sitovia ohjeita”.

³²⁹ HE 174/1999 vp, 3 §:n yksityiskohtaiset perustelut.

³³⁰ HE 174/1999 vp, 4 §:n yksityiskohtaiset perustelut.

3.4 Soft law joustavien normien kiinteytys- ja konkretisointimekanismina

Perustuslaillisista ongelmista huolimatta soft law -sääntelyyn liittyy myös ilmeisiä vahvuuksia.³³¹ Ympäristölainsäädännön osalta on hyvin tyypillistä kritisoida lainsoveltajia epäyhtenäisistä laintulkinnosta.³³² Soft law -tyyppisten aineistojen avulla voidaan *yhtenäistää* soveltamiskäytäntöjä ja parantaa päätösten *ennustettavuutta*.³³³ Kun ympäristöpäätöksenteko tyypillisesti edellyttää monitieteistä teknistä ja luonnontieteellistä arviointia ja toiminnan reunaehtojen määrittämistä, alan toimijat kaipaavat toimintansa tueksi lain joustavia normeja konkreettisempia työkaluja.³³⁴ Esimerkiksi ympäristönsuojelulain soveltamista tutkittaessa on havaittu lupapäätöksiä tekevien viranomaisten kaipaavan keskushallinnolta runsaampaa ohjeistusta lain tulkinnan perustaksi.³³⁵ Varsinkin silloin, kun joustavien normien täsmentämiseksi tarvittava informaatio on teknisluonteista tai edellyttää riskinarvioinnissa käytettävien prosessien kuvausta, säädöksiä tai määräyskokoelmat eivät aina ole oikeita paikkoja normituksen antamiselle.³³⁶ Silloinkin, kun säädöstenantovaltuudet on muodollis-juridisesti järjestetty laintasoisesti asianmukaisesti, asetuksentasoista sääntelyä ei aina esimerkiksi tiedollisen epävarmuuden vuoksi ole mielekäästä tai mahdollista antaa. Tällöin voi olla perusteltua edetä aluksi väljemmän opasmuotoisen ohjeistuksen kautta, kuten sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohjeen osalta on toimittu.³³⁷

³³¹ Ks. erityisesti hallinnollisen ohjauksen muodossa annettavan soft law -aineiston tarpeesta ympäristöoikeudessa myös *Määttä* 2005a.

³³² Epäyhtenäiset soveltamiskäytännöt ovat yleisemminkin tyypillisiä yleisluontoiselle, joustavalle sääntelylle, ks. *Tala* 2001, s. 192.

³³³ Ks. yhdenmukaisiin soveltamiskäytäntöihin ja ennakoitavuuteen liittyvistä odotuksista ja näiden odotusten suhteesta tapauskohtaiseen lupaharkintaan *Sahivirta ym.* YJ 2003, s. 138–146, 169–172. Ks. myös *Laakso*, S. 1990, s. 260–261, *Tarukannel* 1990, s. 177, *Kuusiniemi* 1992, s. 357 ja *Syrjänen* 1999, s. 115.

³³⁴ Ks. myös *Matilainen* YJ 2000, s. 36, jossa kaivataan kivenmurskaamoiden ympäristösääntelyyn ympäristöhallinnon antamaa konkreettista suunnitteluohjetta. Hänen mukaansa mahdollisesti laadittavaa asetusta (jota ei ole vielä annettu) ”täsmentävässä ja täydentävässä suunnitteluohjeessa voitaisiin ennalta säännellä mahdollisimman pitkälle tarvittavista konkreettien ympäristönsuojelutoimenpiteiden puitteista sekä toiminnan suunnittelusta”.

³³⁵ *Sahivirta ym.* YJ 2003, s. 145.

³³⁶ Tähän viittaa geeniteknikkalain osalta *Salila* 1999, s. 269.

³³⁷ *Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohjeessa* (2004, s. 7) todetaan, että lisäselvitysten ja -kokemusten jälkeen ruoppausmassan sisältämiä haitallisia aineita koskevasta arviointi-

Lötjönen perustelee lääkintäoikeuden näkökulmasta samansuuntaisesti soft law -sääntelyn tarvetta siihen liittyvistä oikeudellisista ongelmista huolimatta. Hänen mukaansa soft law -aineiston merkitys lääkintäoikeudessa perustuu säänneltävän alueen monimuotoisuuteen, nopeaan muuttumiseen ja erikoisasiantuntemuksen tarpeeseen. Hän korostaa, että erityistietämystä edellyttävillä aloilla jo sääntelyä edellyttävien ongelmialueiden hahmottaminen edellyttää usein, että ”kysymys identifioidaan ensin ammattikunnan omassa keskuudessa, jonka jälkeen se tuodaan monitieteiseen ja eri intressiryhmien väliseen keskusteluun”.³³⁸ Luonnehdinta sopii myös ympäristöoikeuteen sikäli, että soft law -aineistoja tuottavat ympäristöalallakin tyypillisesti yleensä muut kuin juristit.

Joustavien normien yleisyys ympäristösääntelyssä on tärkeä syy soft law -aineistojen keskeiselle merkitykselle juuri ympäristöasioita koskevassa päätöksenteossa.³³⁹ Joustavien normien voi toisaalta sanoa *avaavan* oikeudellisen harkinnan erilaisille soft law -aineistoille, toisaalta ne myös *edellyttävät* soft law -aineistojen olemassaoloa ja niiden käyttämistä juridisessa harkinnassa. Joustavien normien soveltamisen katsotaan ympäristöoikeudessa vaativan ”myös muun kuin oikeudellisen tiedon hankintaa ja sen merkityksen analyysiä”³⁴⁰, millä yleensä viitataan ympäristöpäätöksenteossa tarpeellisen monitieteisen aineiston (esimerkiksi luonnontieteellisen ja teknisen aineiston) hyödyntämiseen.³⁴¹ Edellä esimerkinomaisesti käsitelty soft law -aineisto sisältää monilta osin esimerkiksi teknistä mallinnusta tai muodollisesti velvoittavia oikeuslähteitä täsmällisempiä biologisia kriteeristöjä. Eri-laiset soft law -aineistot ovat keskeisiä reittejä, joiden kautta muu kuin oikeudellinen tieto välittyy oikeudelliseen päätösharkintaan.³⁴²

perusteista ja raja-arvoista on tarkoitus säätää erikseen annettavalla ympäristöministeriön asetuksella. Ohjeessa esitettiin kriteereihin todetaan liittyvän vielä epävarmuustekijöitä. Esimerkiksi orgaanisten tinayhdisteiden osalta tiedot rannikkoalueiden pitoisuuksista ja aineen vaikutuksista Itämeren eliöihin ovat ohjeen mukaan vielä puutteellisia ja ongelman suuruus on vasta hahmottumassa.

³³⁸ *Lötjönen* 2004, s. 70–71.

³³⁹ Ks. kuluttajaoikeudellisen soft law’n näkökulmasta myös *Tala* JFT 1998, s. 126, jossa kuluttajansuojalainsäädännön yleislausekkeita pidetään eräänä muodollisesti velvoittamatoman soft law -tyyppisten aineiston muodostumisen perustana.

³⁴⁰ *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 55.

³⁴¹ Ks. myös *Kumpul* (1997, s. 123–126), jonka mukaan ”[j]oustavat normit toimivat tekniselle kehitykselle ja tiedolle vastaanottavaisina, avoimina normeina”, jotka edellyttävät niiden sisältöä täsmäntäviä mekanismeja, kuten alemmanasteista norminantoa ja ulko-oikeudellisen asiantuntemuksen käyttöä joustavien normien konkretisointiprosessissa.

³⁴² Ks. myös *Kuusiniemen* (1992, s. 143) väitöskirjan keskeistä lähtökohtaa ilmentävää havainnollista kuviota, jossa hänelle keskeiset ”suuntaviivat” välittävät juuri faktoja pää-

Soft law'ta voidaan joustavia normeja koskevan keskustelun näkökulmasta luonnehtia keskeiseksi *joustavien normien tulkintojen kiinteytys-, täsmentämis- ja konkretisointimekanismiksi*. Viime aikoina muun muassa *Kuusiniemi* on useassa yhteydessä korostanut perustuslaista lähtevän arvokontrollin sekä oikeusperiaatteiden punninnan ja soveltamisen merkitystä keinona kiinteyttää ympäristöoikeudelle tyyppillisten joustavien normien tulkintoja.³⁴³ Edellä tarkasteltu soft law -aineisto toimii joustavien normien tulkintojen kiinteyttämisen välineenä perusoikeuksien ja oikeusperiaatteiden rinnalla. Nämä erilaiset joustavien normien tulkintojen kiinteytysmekanismit täydentävät toisiaan.³⁴⁴ Perusoikeusmyönteinen ja periaatelähtöinen tulkinta toimii osaltaan soft law -aineiston hyödyntämisen kontrolloijana esimerkiksi liian muodollisesti ja kaavamaisesti teknis-luonnontieteellisiin faktoihin tukeutuvaa soveltamisasennetta vastaan.³⁴⁵

Soft law -aineistolla oikeuslähteenä näyttäisikin olevan kiinnostavia yhtäläisyyksiä oikeusperiaatteisiin tukeutuvan argumentaation kanssa. Oikeudellisen ajattelun perusteiden tasolla myös soft law -aineiston ottaminen vakavasti edellyttää formalistis-positivistisen tulkinta-asenteen laimentamista. Tältä osin ajatus soft law'ta erityisenä oikeuslähdekategoriana perustuu pitkälti samantyyppisiin teoreettisiin lähtökohtiin kuin useat muutkin tuoret oikeuslähdeoppia koskevat puheenvuorot.³⁴⁶ Kovin muo-

töksentekoon. Suuntaviiva voi olla mm. ”asiantuntemukseen vetoavaan auktoriteettiargumenttiin pohjautuva presumptio (esim. hallinnollisen ohjeen ratkaisumalli)” eli tässä esityksessä soft law -aineistoksi kutsumissani ratkaisuperusteissa muotoutuva tulkintakriteeri.

³⁴³ Ks. esim. *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym. (Ympäristöoikeus) 2001*, s. 172–173. Ks. ympäristöoikeudellisten oikeusperiaatteiden päätöksentekoa kiinteyttävästä, päätöksenteon ennustettavuutta ja legitimiisyyttä vahvistavasta merkityksestä joustavien normien soveltamisen yhteydessä myös *de Sadeleer 2002*, s. 270–275 ja *Verschuuren 2003*, s. 131–132, 147. Ks. myös *Kumpula (2004)*, s. 239), joka tiivistää de Sadeleerin ja Verschuurenin periaatetutkimusten analyysinsä (s. 235–239) tulkintaan, että molempia esityksiä yhdistää käsitys periaatteista eräänä keinona ”vastata sääntelyn epävarmuudesta, fragmentoituneisuudesta ja sektoraalisuudesta nouseviin ongelmiin” ja turvata ”sääntelyn kadotettua koherenssia”.

³⁴⁴ Ks. soft law -sääntelyn kytkennöistä periaateajatteluun myös *Pohjolainen JFT 1998*, s. 440–442.

³⁴⁵ Ks. myös *Kuusiniemi* (teoksessa *Kuusiniemi ym. (Ympäristöoikeus) 2001*, s. 56), joka korostaa yhteiskunnallisen hyväksyttävyyden ja eettisen perusteltavuuden tärkeyttä ympäristölainsäädännön soveltamisessa: ”Ympäristölainsäädännön tulkintaa eivät suuntaa vain eksaktit luonnontieteet tai kovat tekniset ja taloudelliset tieteet, vaan yhteydet yhteiskuntatieteelliseen ympäristöntutkimukseen ovat läheiset.”

³⁴⁶ Ks. *Nuotton (LM 2004)*, s. 1269) tiivistys keskustelusta: ”Voinee väittää, että kaikille uudemmille kotimaisille puheenvuoroille [oikeuslähdeopista] on yhteistä pyrkimys torjua lakipositivismin ja avartaa oikeuslähdekäsitystä siinä tarkoituksessa, että käytännön ratkaisutoiminnalle olisi tarjota realistinen malli siitä, kuinka olisi päästävissä sekä ennakoitaviin että hyväksyttäviin ratkaisuihin.”

dollisesti ja positivistisesti oikeuteen suhtauduttaessa on helppo päätyä siihen, että tässä esillä oleva aineisto ei oikeudellisesti ole normatiivisesti relevanttia, kun sille ei laissa ole säädetty muodollisia oikeusvaikutuksia. Samanlaisia epäilyksiä lakiin kirjaamattomien oikeusperiaatteiden oikeudellisesta velvoittavuudesta näyttää ympäristöoikeuden alueella esiintyvän edelleen.³⁴⁷ Tällainen johtopäätös ja asenne olisi sekä soft law -aineiston että oikeusperiaatteiden osalta oikeudellisesti yhtä ongelmallinen.

Tässä formalistis-positivistisen tulkinta-asenteen kritiikin yhteydessä lienee selvyyden vuoksi syytä korostaa, ettei muodollisesti velvoittavaan säädökseen sisältyvä väljä tai avoin normi tee siitä soft law -tyyppistä.³⁴⁸ On selvää, että ympäristöoikeudessa yleisiä joustavia normeja ei voida luonnehtia soft law -tyyppisiksi. Säännöksen avoimuudesta tai epätäsmällisyydestä ei seuraa, että kyseinen säännös olisi ei-velvoittava. Siltä osin kuin edellä (jakso 3.1.2) on luonnehdittu muodollisesti velvoittaviin säädöksiin sisältyviä normeja soft law -tyyppisiksi, olen tarkoittanut hyvin rajatusti vain sellaisia kirjoitettuihin säädöksiin sisältyviä normeja, joille lainsäätäjän nimenomaisesti antanut vain ei-velvoittavan ohjeellisen luonteen ja joiden osalta velvoittavuutta ei voida perustella myöskään esimerkiksi systemaattisilla argumenteilla (esimerkiksi rakennusmääräyskokoelman ohjeet tai ympäristönsuojelu-oikeuden asetustasoiset ohjeet).

Yhteys soft law'n ja periaatehakuisen argumentaation välillä on kiinnostavasti esillä *Kuusiniemen* väitöskirjaa ”Ympäristönsuojelu ja immissioajattelu” (1992) leimaavassa suuntaviiva-mallissa, jossa joustavien normien tulkinta-argumentaatiossa huomioonotettavia ”apusääntöjä” (suuntaviivoja) kehitetään samanaikaisesti sekä oikeusperiaateajattelusta että soft law -tyyppisestä asiantuntija-argumentaatiosta käsin.³⁴⁹ Tässä voinee tunnistaa, etten ole ennen tämän esityksen kirjoittamista ymmärtänyt Kuusiniemen suuntaviivamallia, kun olen arvioinut sitä vain oikeusperiaatekeskustelun näkökulmasta. Hänen mallissaan ja tutkimuksessaan oikeusperiaatteiden ohella vähintään yhtä keskeinen merkitys on soft law -aineistojen (vaikka hän ei käsitettä käytä) avulla ja laajan oikeustapausaineiston analyysin kautta tapahtuvalla tulkintakriteerien täsmäntämisellä. Jos suuntaviivamallia tai tutkimusta laajemminkin arvioi vain periaatelinnsien läpi,

³⁴⁷ Ks. esim. *Hollo* 2004, s. 41, jossa parhaan käyttökelpoisen tekniikan vaatimukseen viitaten sen todetaan kyllä lainsäädännön kehittämisen tasolla voivan vaikuttaa varsin monenlaiseen lainsäädäntöön, ”mutta silti sen soveltaminen ympäristölainsäädännössä voi jäädä riippumaan siitä, onko sen käyttö *säädetty sallituksi vai ei* (kurs. tässä)”.

³⁴⁸ Tätä korostaa kansainvälisen oikeuden näkökulmasta myös *Rosas* 1993, s. 67.

³⁴⁹ *Kuusiniemi* 1992, s. 142–148, erit. s. 143.

esityksestä saa aivan vääristyneen kuvan. Tässä tuleekin havainnollisesti esille yleisten oppien tasoisen käsitteistön merkitys oikeudellisessa ajattelussa: ilman soft law -käsitettä ja sen oikeudellisen merkityksen oivaltamista en ole voinut tavoittaa Kuusiniemen tutkimuksen kaikkia piirteitä.

Jos soft law -aineistoja tarkastellaan joustaviin normeihin liittyvänä ilmiönä, voidaanko soft law’ta näin ollen myös tarkastella osana väitettyä oikeudellisen sääntelyn *joustavuuden lisääntymiskehitystä*? Voidaanko soft law -aineistojen merkityksen vahvistuminen ympäristöoikeudessa nähdä yhdeksi esimerkiksi väitetyistä joustavuuden lisääntymisestä? Ympäristöoikeuttahan pidetään usein esimerkkinä sellaisesta materiaalisesta hyvinvointioikeudellisesta oikeusmallista, jolle on tyypillistä muun muassa joustava tavoiteohjaus.

Ympäristöoikeuden näkökulmasta kovin yleiset ja ajallisesti yksilöimättömät joustavuuden lisääntymisväitteet ovat mielestäni ongelmallisia ja jopa harhaanjohtavia. On ongelmallista väittää yleistäen, että ympäristösääntely olisi muuttumassa *aikaisempaa joustavammaksi* (ja ehkä nähdä tässä valtiosääntöoikeudellisia vallanjako-ongelmia). Esimerkiksi seuraavaa luonnehdintaa on syytä pitää epäonnistuneena: ”Ympäristöoikeudellista sääntelyä kuvaa hyvin väite, että viranomaisten harkintavaltaa ohjataan joustavin normein *yhä* (kurs. tässä) ylimalkaisemmin ja puiteluonteisemmin.”³⁵⁰ Epäonnistuneisuutta ei muuta toiseksi se, että tuon lauseen on muotoillut tämän tekstin kirjoittaja.³⁵¹ Tarkemmin asiaan paneuduttuani olen sitä mieltä, että luonnehdinta ei pidä paikkaansa eikä siis kuvaa ympäristösääntelyn kehitystä.³⁵² Ympäristöoikeuden näkökulmasta tuntuu perustellummalta ajatus, että tietynasteinen joustavuus ja väljyys lainsäädännön tasolla on alunperinkin ollut sekä nykyaikaisen että vanhemman ympäristösääntelyn peruspiirre.³⁵³ Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa on myös jo varhain tunnistettu tilannekohtaisen päätöksenteon väljän sääntelyn vallaanjoolliset erityispiirteet.³⁵⁴ Jos viimeaikaisen kehityksen suun-

³⁵⁰ *Määttä* 1999, s. 116.

³⁵¹ Lause nousi uuden kriittisen arvioinnin kohteeksi, kun huomasin, että mm. ohjaamissani pro gradu -tutkielmassa viitataan erityisesti juuri tähän kohtaan väitöskirjassani havainnollisena tiivistyksenä ympäristösääntelyn ominaispiirteistä.

³⁵² Ks. aiheesta laajemmin *Määttä* 2005b.

³⁵³ Ks. myös *Tarukannel* (1990, s. 172–173), joka silloiseen hallinto-oikeudellisen päätöksenteon muutoskeskusteluun liittyen huomauttaa sijoituslupa-asioihin jo historiallisesti liittyneistä erityispiirteistä.

³⁵⁴ Ks. esim. *Hollo* 1976, s. 114–116, jossa hän vesioikeudelliseen päätöksentekoon liittyvää viranomaisten ja tuomioistuinten ”aineellista konkretisointioikeutta” käsitellessään toteaa vesilain pilaantumissääntelyn olevan ”sikäli erikoinen, että vesien pilaamiskielto toteutuu tavalla, joka ei vastaa perinteisen vallan kolmijaon oppia”.

taa haluaa hahmottaa, voisi pikemminkin väittää ympäristösääntelyn ainakin joillakin alueilla olevan muuttumassa *aiempaa yksityiskohtaisemmaksi ja täsmällisemmäksi*. Tähän johtaa ennen kaikkea EY-sääntelyn seurauksena huomattavasti lisääntynyt lakia alemmanasteinen sääntely.³⁵⁵ Toisaalta sääntelyn yleispiirteisyyden, toisaalta sen täsmällisyyden lisääntymistä ei ehkä tarvitse joka suhteessa nähdä keskenään ristiriitaisina tendensseinä, vaan nämä sääntelyn väitetyt kehityspiirteet voivat ehkä olla myös samanaikaisia ja toisiaan täydentäviä.³⁵⁶

Miten edellä käsitellyt soft law -aineistot sitten suhteutuvat sääntelyn joustavuuden lisääntymisteesiin? Edellä olevasta abstraktista tarkastelusta ei voida vielä tehdä mitään johtopäätöksiä ympäristöoikeudellisten soft law -aineistojen suhteesta väitettyyn sääntelyn lisääntyneeseen joustavuuteen. Vaikka ympäristöoikeuden alueella ei yleisesti voitaisi sanoa joustavuuden lisääntyneen, ehkä soft law kävisi kuitenkin erääksi esimerkiksi tällaisesta kehityksestä?

Tällainen luonnehdinta kieltämättä osuu osittain kohdalleen. Sikäli kuin kyse on vaikkapa *Luonnon peruskirjaan* rinnastuvista eettisluonteisista julistuksista tai EU:n ympäristöohjelmien tapaisista strategia-asiakirjoista (ks. jakso 2.1), niitä voi käyttää esimerkkinä aidosti joustavasta ympäristöohjauksesta. Tällaisten julistusten ja strategioiden määränkin voi hyvin perustein väittää lisääntyneen.

Pelkästään strategioiden, julistusten ja toimintaohjelmien perusteella ei vielä ole kuitenkaan syytä päätellä, että tässä esityksessä tarkasteltu soft law -aineisto laajemmin osoittaisi sääntelyn joustavuuden olevan lisääntymässä. Kuten edellä jaksossa 2 jo tuli ilmi, mainittujen asiakirjojen merkitys oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa on suhteellisen vähäinen verrattuna muuhun soft law -aineistoon. Pääosaa tässä esityksessä oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta soft law -luonteisiksi ymmärretystä aineistosta ei voi luonnehtia sisällöltään joustaviksi. Useinhan nämä aineistot sisältävät päinvastoin eksakteja luonnontieteellisiä viitearvoja, teknistä mallinnusta tai yksityiskohtaista inventointitietoa. Myöskään ohjelmien tai suunnitelmien merkityksen lisääntyminen ympäristöohjauksen muotona (ks. jakso 2.2) ei välttämättä ole merkki ympäristösääntelyn joustavuuden lisääntymisestä. Usein ympäristöoikeudellista suunnitelmaohjausta voidaan sisällöllisesti päinvastoin luonnehtia hyvinkin täsmälliseksi (oh-

³⁵⁵ Ks. EY-oikeudellisten yleisnormien aiheuttamasta ajattelutavan muutoksesta Suomessa *Vihervuori* 1998, s. 234–240.

³⁵⁶ *Tala* 2001, s. 193. Ks. teemasta ympäristöoikeuden näkökulmasta myös *Kaupilla Oikeus* 2005, s. 10–11.

jelmissä on tyypillisesti kyse arvokkaiden luonnonkohteiden luokittelusta ja inventoinnista).

Joustavuuskeskustelussa keskeisestä vallanjaollisesta näkökulmasta tärkeätä on korostaa edellä soft law'ta koskevien normatiivisten reittien (jakso 3.1.3) tunnistamisen yhteydessä käsiteltyä joustavien normien suhteellista avoimuutta. *Lainsäädännön tasolla joustavilta normeilta vaikuttavat säännökset* eivät usein lainkaan ole *normatiivisesti avoimia*, jos niitä tarkastellaan näiden normien soveltamistilanteiden näkökulmasta ottaen lain ohella huomioon myös niiden tulkinnassa *jo lainsäätämisaikana* käytettäväksi ajateltu muu argumentaatioaineisto.³⁵⁷ Normiteorian käyttökelpoista keskeiserottelua hyödyntäen asian voi ilmaista sanomalla, että *joustavat normiformulaatiot* eivät välttämättä ole *tulkittuina oikeusnormeina* lainkaan joustavia tai avoimia. Ympäristöoikeudellisten joustavien normien säätäminen perustuu edellä osoitetulla tavalla joko lainsäätäjän tietoon näitä normeja täsmentävän soft law -aineiston olemassaolosta tai joustavia normeja konkretisoivien aineistojen tuottamisprosessien käynnistämiseen lain voimaantulon yhteydessä. Ilmiö lienee ympäristöoikeutta yleisempi. Jos lainsäätäjä esimerkiksi viittaa tarkoituksella alakohtaisiin hyviin tapoihin hyvin tietoisena niiden täsmentämismekanismista, vain siitä, että tällaisia hyvä tapa -normeja yhä enemmän kirjataan lakiin, ei tule siis päätellä, että oikeudellisen sääntelyn joustavuus olisi lisääntymässä. Hyvä tapa -normien kirjaamisesta lakiin voidaan joissakin tapauksissa tehdä päinvastainen johtopäätös, varsinkin jos kyse on aiemmin laissa sääntelemättömästä alueesta.

Soft law'n hahmottaminen osaksi väitettyä oikeudellisen sääntelyn lisääntymiskehitystä olisi ongelmallista myös sen vuoksi, että alun perin oikeudellisen sääntelyn ulkopuolella muotoutuneita aineistoja ja viranomaisten toimesta laadittua ohjeistusta näytetään myös ympäristöoikeuden alueella usein ajan myötä saatettavan myös muodollisesti velvoittavan oikeudellisen sääntelyn piiriin. Tätä voitaneen pitää eräänä usua ”soft law -oikeudenaloja”³⁵⁸ yhdistävänä piirteenä, vaikka muutoin soft law on näillä

³⁵⁷ Tuomioistuimen ratkaisutoiminnan rakenteelliseen sidottuisuuteen myös joustavien säännösten soveltamisen yhteydessä kiinnittää huomiota samansuuntaisesti *Kaisto* 2005, s. 156: ”on täysin mahdollista, ettei tuomioistuimella yksittäistapauksessa ole harkintavaltaa säännöksen joustavuudesta huolimatta. On syytä korostaa, että ratkaisua tehtäessä on kiinnitettävä huomiota muihinkin seikkoihin kuin yhteen joustavaan säännökseen. Loppu tulemana voi kaiken kaikkiaan olla se, että tuomioistuimen on sovellettava joustavaa säännöstä määrätävällä tavalla.”

³⁵⁸ Ympäristöoikeuden ohella *Tuori* (LM 2004, s. 1213) mainitsee lääkintä- ja bio-oikeuden, informaatio-oikeuden ja urheilu-oikeuden esimerkkeinä oikeudenaloista, jotka liittyvät yhteen perinteisten oikeudenalojen normistoja, horjuttavat yksityis- ja julkisoikeuden erottelua ja todistavat oikeuslähteiden polysentriasta.

oikeudenaloilla osin varsin erityyppistä. Voidaan ehkä väittää, että samalla kun erilainen muodollisesti ei-velvoittava soft law -aineisto ympäristöpäätöksenteossa ilmeisesti on lisääntymässä, toisaalta tällaista aineistoa samalla myös koko ajan otetaan muodollisesti velvoittavan oikeudellisen sääntelyn piiriin.³⁵⁹ Toisaalta laintasaisen sääntelyn lisääntyminen uusilla sääntelyalueilla (esimerkiksi geenitekniikassa) ei välttämättä tee olemassa olevista alakohtaisista käytännesäännöistä tai itsesääntelynormeista merkityksettömiä.³⁶⁰

Soft law'n oikeudellistumiskehityksestä voi esimerkkinä mainita edellä mainitut kuntien ja alueellisten ympäristökeskusten aiemmin ilman yksilöityä lakiperustaa laatimat pohjavesien suojelusuunnitelmat. Ne ovat sisältäneet samantyyppisten asioiden selvittämistä, joita nyt edellytetään vesiputedirektiivin ja vesienhoitolain tarkoittamissa pohjavesimuodostuman ominaispiirteiden tarkasteluissa.³⁶¹ Julkilausutusti ja tietoisesti tällainen ”ensin soft law -ohjeistusta, joskus myöhemmin muodollisesti velvoittavia oikeusnormeja” -etenemisstrategia on otettu käyttöön edellä käsitellyssä ympäristöministeriön antamassa ”Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohjeessa” (2004). Ohje pohjustaa myöhemmin annettavaksi ajateltua asetusta. Sen antamiseen ei vielä ole katsottu olleen edellytyksiä, koska olemassaolevan tieteellisen tiedon valossa ruoppausmassan sisältämiä haitallisia aineita koskeviin arviointiperusteisiin ja raja-arvoihin liittyy vielä epävarmuustekijöitä.³⁶²

4 YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

4.1 Soft law'n monimuotoisuus

Vaikka soft law'ta voi eräiltä osin (esimerkiksi hallinnollisen ohjauksen osalta) luonnehtia jo ympäristöoikeuden historialliseksi erityispiirteeksi, soft law -oikeuslähteiden merkitys lienee myös ympäristöoikeuden alueella

³⁵⁹ Soft law'n esi-lainsäädännölliseen (pre-droit) merkitykseen erityisesti ympäristökysymyksissä kiinnittää huomiota mm. *Pohjolainen* JFT 1998, s. 458. Ks. lääkintäoikeuden näkökulmasta soft law'n oikeudellistumisesta *Lötjönen* 2004, s. 14, 72. Hän kiinnittää myös huomiota siihen, että sitovan lääketieteellistä tutkimusta koskevan normituksen lisääntyessä ”eettisten ohjeistojen ja suositusten lukumäärä ei vähene, vaan päinvastoin.” Teema on laajalti esillä kansainvälisessä soft law -kirjallisuudessa, ks. esim. *Kirton – Trebilcock* 2004, s. 12.

³⁶⁰ Esimerkiksi geenitekniikkalain (377/1995) mukaisen huolellisuusvelvoitteen sisältöä voidaan edelleen täsmentää hyödyntäen alan kansainvälisten järjestöjen suosituksia. Ks. *Salila* 1999, s. 269.

³⁶¹ *HE 120/2004 vp.*

³⁶² *Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje* 2004, s. 7.

lisääntymässä.³⁶³ Eri asia on, että ympäristöoikeuden alueella ei voida yleis-
täten väittää soft law -aineistojen lisääntymisen tapahtuvan muodollisesti
velvoittavan oikeudellisen sääntelyn kustannuksella.³⁶⁴

Soft law -käsitteen piiriin on syytä sijoittaa hyvin monimuotoista ja toi-
sistaan poikkeavaakin oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa hyödynnettä-
vää aineistoa. Jos soft law -käsitettä hyödynnetään oikeuslähteiden poly-
sentrin kuvaamisessa, on pidettävä mielessä myös soft law -oikeuslähteiden
sisäinen monimuotoisuus. Tätä monimuotoisuutta ei tule pyrkiä peit-
tämään esimerkiksi tavoittelemalla kaikenkattavaa määritelmää tai norma-
tiivista luonnehdintaa soft law 'sta. Samoin *Pohjolainen* on nähnyt soft law
-käsitteen käytölle olleen alun perin tyypillistä vain kuvata varsin hetero-
geenisten normien joukkoa ilman, että käsitteestä tehtäisiin päätelmiä esi-
merkiksi sääntelyn velvoittavuudesta.³⁶⁵

Tämän oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmaan kiinnittyneen tut-
kimuksen keskeiset havainnot voidaan yhteenvedonomaaisesti, tavoittele-
matta mitään määritelmää, tiivistää seuraaviksi *ympäristöoikeuden soft law*
-oikeuslähteiden ominaispiirteiksi:

- 1) soft law on muodollisesti ei-velvoittavaa, pääsääntöisesti³⁶⁶ kirjalli-
sessa muodossa esiintyvää, tietoisesti tuotettua, asetettua oikeutta,
- 2) soft law saa hyväksyttävyytensä ja/tai soveltamiskäytännöissä vakiin-
tuneen tehokkuutensa perusteella normatiivista merkitystä oikeudel-
lisen ratkaisun perusteena,
- 3) soft law on joko heikosti velvoittava tai sallittu oikeuslähde,
- 4) soft law ei voi olla oikeudellisen ratkaisun yksinomainen peruste,
- 5) soft law voi toimia ratkaisun normi- ja/tai faktapremissin muodosta-
misessa käytettävänä oikeuslähteenä,
- 6) soft law'n käytössä oikeuslähteenä korostuu ratkaistavan tapauksen
erityispiirteet huomioonottava tapauskohtainen sisällöllinen hyväk-
sytävyyssarviointi,
- 7) jos soft law'ta käytetään oikeudellisen ratkaisun perusteena, ratkai-
sun perusteluissa on yksilöiden viitattava käytettyyn aineistoon.

³⁶³ Ks. soft law'n merkityksen lisääntymisestä yleisemmin *Tala* (1999, s. 23): ”Hypoteesi-
na voisikin esittää, että oikeussääntelyn tulevaisuuden kehityksessä erilaisen ei-sitovan,
ei-virallisen sääntelyn määrä ja merkitys saattavat kasvaa, samoin niiden ja virallisen sää-
dännäisen oikeuden vuorovaikutus.”

³⁶⁴ Ks. myös *Kumpula* 2002, s. 182, jossa itsesääntelyn arvioidaan vahvistaneen oikeudel-
lis-hallinnollisten ohjauskeinojen asemaa ja merkinneen pikemminkin reregulaatiota kuin
perinteisen oikeudellisen ohjauksen purkamista.

³⁶⁵ *Pohjolainen* JFT 1998, s. 437. Ks. myös *Rosas* 1993, s. 71–74.

³⁶⁶ Tässä tutkimuksessa ei ole tullut esille yhtään muussa kuin kirjallisessa muodossa olevaa
ympäristöoikeuden soft law -oikeuslähdetä. En ole keksinyt yhtään esimerkkiä sellaisesta.

Niillä kotimaisen oikeuden oikeudenaloilla, joilla soft law on tavanomais- ta merkittävämpi oikeuslähde kyse voi olla hyvin erityyppisestä aineistos- ta. Verrattuna esimerkiksi lääkintäoikeuteen nykyaikaisen ympäristöoikeuden kehittyneimmillä osa-alueilla – ympäristönsuojeluoikeudessa, kaavoitus- ja rakentamisoikeudessa sekä luonnonsuojelu- ja luonnonvaraoikeudessa – ammattieettisillä koodistoilla, kansainvälisten järjestöjen suosituksilla ja alakohtaisilla käytännesäännöillä³⁶⁷ on suhteellisen vähäinen merkitys verrattuna esimerkiksi (yleensä kansallisiin) luonnontieteellisiin inventoin- teihin, ohjearvoihin tai erimuotoiseen hallinnolliseen ohjeistukseen. Vaik- ka ympäristöoikeudessakin kansainvälisellä ei-sitovalla soft law -aineis- tolla – kuten julistuksilla, sopimusjärjestelmien piirissä syntyneillä suosi- tuksilla ja toimintaohjelmilla – on keskeinen poliittinen merkitys, ne eivät *kansallisen lainsoveltamisen* kannalta ole samalla tavalla merkityksellisiä kuin soft law -tyyppiset ihmisoikeusasiakirjat ovat esimerkiksi erityisten ihmisryhmien (lapsien, vammaisten tai dementoituneiden vanhusten) oi- keudelliseen asemaan vaikuttavassa päätöksenteossa.³⁶⁸ Ympäristöoikeu- dellisia soft law -aineistoja ei voida kovinkaan laajalti lähestyä *Lötjösen* lääkintäoikeudellisen tutkimuksen tavoin ihmisoikeuslähtöistä eettispai- notteista menetelmää käyttäen³⁶⁹, kun kyse näyttäisi ympäristöoikeuden alueella olevan oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta yleensä tekni- sestä tai luonnontieteellisestä (usein numeerisesti ilmaistusta) normituk- sesta.

4.2 Deskriptiivisen oikeuslähdeopin tärkeys

Kun oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa on perinteisesti oltu kiinnostu- neita *normatiivisesta* oikeuslähdeopista, tässä esityksessä esillä olevan ai- neiston merkitys oikeuslähteenä jää helposti näkymättömiin. Kun lain- soveltaminen ja lainoppi oikeustieteen tärkeimpänä alueena ovat keskei-

³⁶⁷ Ks. ammatilliseettisistä koodistoista ja kansainvälisistä suosituksista lääkintä- ja bio- oikeuden oikeuslähteenä *Lötjönen* 2004, s. 14, 43, 67–71 ja kansainvälisistä ohjeista ja suosituksista geenitekniikan keskeisenä sääntelymuotona *Meincke* 2001, s. 11–14.

³⁶⁸ *Mäki-Petäjä-Leinonen* (2003, s. 43) arvioi, että kansainvälisillä soft law -asiakirjoilla saattaa heikkojen erityisryhmien kannalta olla suurempi merkitys kuin sitovilla kansainvä- lisillä sopimuksilla. Hän arvioi erityisryhmien ihmisoikeuksiin liittyvillä soft law -asiakir- joilla olevan merkitystä myös kansallisten lakien tulkinta-aineistona, ks. näistä asiakirjois- ta hänen tutkimusteemansa (dementoituvan henkilön oikeusaseman) kannalta s. 43–49.

³⁶⁹ *Lötjönen* 2004, s. 13–14, 29–30, 44–55. *Lötjönen* (s. 13) katsoo eettisten argumenttien käytön olevan ”tyypillistä erityisesti lääkintäoikeudelle”.

sesti oikeuslähteiden käytön ja oikeudellisen argumentaation *taitoa*³⁷⁰, jos-akin määrin aina teoretisoinniksi jäävän normatiivisen oikeuslähdeopin ohella olisi syytä kiinnittää enemmän huomiota myös siihen, minkälaiseen aineistoon turvautuen ja miten lainsoveltajat tosiasiallisesti oikeudellisia ongelmia ratkaisevat. Aina väistämättä oikeudenalakohtainen *deskriptiivinen* oikeuslähdeoppi (luonnollisesti suhteutettuna eri oikeudenaloja yhdistävään ”yleiseen” oikeuslähdeoppiin) on erityisen tärkeä oikeustieteen pedagogiikan kannalta: kun juridinen koulutus tähtää oikeuslähteiden *käyttöön* harjaantumiseen, ammatillisen osaamisen karttuminen edellyttää tietoa paitsi siitä, miten oikeuslähteitä pitäisi yleisesti ottaen käyttää, myös tietoa siitä, miten niitä kullakin oikeudenalalla tosiasiallisesti käytetään.

Deskriptiivisen oikeuslähdeopin näkökulma on siinäkin mielessä tärkeä, että aukikirjoitettu ja julkilausuttu tieto lainsoveltajien tosiasiallisista soveltamisstrategioista ja -käytänteistä muodostaa aina perustan esittää normatiivisia kannanottoja lainsoveltamisen kehittämiseksi. Kun lainopin tehtävänä on esittää tulkintasuosituksia lainsoveltajien työn perustaksi, vaikkapa ministeriön laintulkinnallisia ohjeita sisältävää kirjettä ei voida sivuttaa vain toteamalla sen olevan ei-velvoittava, jos alan toimijoiden tiedetään kuitenkin ottavan tämäntyyppisen aineiston huomioon päätöksenteossaan jopa lakiin rinnastuvana lähteenä. Normatiivisen oikeuslähdeopin kanssa ristiriitaistenkin soveltamiskäytänteiden tunnistamiseen ja julkilausumiseen perustuvat tulkintasuositukset tavoittaisivat paremmin kohdeauditorion kuin soft law -aineistolta muodollis-juridisin perustein silmänsä sulkevaan tulkinta-asenteeseen perustuvat kannanotot. Tosiasiallisten soveltamiskäytänteiden tunnistaminen olisi mielekkäämpi perusta myös teoreettiselle oikeuslähdeoppia koskevalle keskustelulle kuin käytännöstä irrallisten ideaalimallien kehittäminen.

4.3 ”Antropologisia kenttätutkimuksia” vieraassa kulttuurissa

On mahdollista, että soft law -aineistojen tosiasiallisen merkityksen tavoittaminen edellyttää myös perinteisen lainopillisen tutkimusvälineistön laajentamista. Soft law -aineistojen merkityksen dokumentointi ja siten myös niiden kriittinen arviointi saattaa edellyttää empiirisen oikeustutkimuksen menetelmien yhdistämistä lainopilliseen tutkimukseen. Soft law ’n

³⁷⁰ Lainopin määrittelee *käytännölliseksi tulkintataidoksi* myös Niemi (LM 1998, s. 363), jonka mukaan tämä taito ”sisältää paitsi tiedon soveltuvasta lähdemateriaalista myös kyvyn käyttää sitä oikealla tavalla ja oikeassa tarkoituksessa.”

ottaminen vakavasti voi myös olla peruste muista kuin lainopillisista tiedonintresseistä käsin tehtäville systemaattisille empiirisille tutkimuksille esimerkiksi viranomaisten ja itsesääntelyelimien ratkaisukäytännöistä.³⁷¹

Tässä artikkelissa tarkasteltujen aineistojen oikeudellisen merkityksen tunnistaminen voi edellyttää sellaista monitieteistä oikeudellista tutkimusta, jossa oikeustieteen tutkija tekee ”*antropologisia kenttätutkimuksia*” vieraassa kulttuurissa. Tarkoitan tällä kielikuvalla sellaisia oikeustieteelliseen tutkimukseen yhdistettäviä lähestymistapoja, joissa tutkija pyrkii omakohtaisin havainnoin ymmärtämään niitä professionaalaisia ajattelutapoja ja rationaliteetteja, jotka tarkastelun kohteena olevalla sääntelyalueella johtavat soft law -aineistoihin tukeutumiseen normatiivista oikeuslähdeoppia ehkä muodollisemmassa ja velvoittavammassa merkityksessä.³⁷² Esimerkiksi hallinnon sisäisen ohjeen tai vailla muodollista normistatusta olevan inventoinnin tosiasiallista merkitystä ratkaisutoiminnassa ei välttämättä tavoiteta tutustumalla vain ylimpien tuomioistuinten ratkaisuihin. Alakohtaisesti tosiasiallisesti noudatettavien tulkintakäytänteiden tunnistaminen voi tapahtua esimerkiksi professiososiologista³⁷³ tutkimusotetta hyödyntäen. Käyttökelpoinen tutkimusstrategia on myös osallistuminen tutkittavan alan ammatillisiin koulutus- ja ohjaustilaisuuksiin, joissa soft law -tyyppisen aineiston käyttötavat (ja joskus myös niiden sisältö) tyypillisesti muotoutuvat. Esimerkiksi jäteoikeutta tutkivan ympäristöoikeuden tutkijan on välttämätöntä osallistua jätealan toimijoiden koulutus- ja kehittämispäiviin (esimerkiksi vuosittaisille jätehuoltopäiville) tavoittaakseen tekniikan alan ajattelutapoihin sitoutuneita alan professionaalaisia ajattelutapoja, jotka heijastuvat osaltaan siihen, miten alan oikeu-

³⁷¹ Empiirisen tutkimuksen tarpeeseen soft law -sääntelyn tunnistamiseksi kiinnittää huomiota myös *Pohjolainen JFT* 1998, s. 443, 458.

³⁷² Tämäkään tutkimus ei olisi ollut mahdollinen ilman ”antropologisia kenttätutkimuksia” vieraassa kulttuurissa -tutkimusstrategiaa. Olen omalta osaltani toteuttanut tätä tutkimusstrategiaa muun muassa ympäristöalan ammattilaisten täydennyskoulutusohjelmien suunnittelun ja toteutuksen yhteydessä, alustamalla metsä- ja ympäristöalan asiantuntijatilaisuuksissa sekä opettamalla ympäristöoikeutta sivuaineena eri ympäristötieteiden opiskelijoille eri yliopistoissa. Moneen soft law -esimerkkeihin olen saanut virikkeen paitsi opinnäytetöiden ohjauksen yhteydessä myös käytännön ammattilaisten usein oikeudellisesti hyvin kiinnostavista ja haastavista kysymyksistä erilaisissa koulutus- ja muissa tilaisuuksissa.

³⁷³ Esimerkkinä tällaisesta tutkimusotteesta voi mainita *Saariston* väitöskirjan ”Avoin asiantuntijuus” (2000). Teoksessa on myös kiinnostava jakso (s. 78–99) ”Laillistettu asiantuntija”, jossa arvioidaan, miten lainsäädäntö on määrittelemässä, rajaamassa ja takaamassa kunnallisten ympäristövirkamiesten asiantuntijuutta.

dellisessä päätöksenteossa erilaisia oikeudellisia lähteitä hyödynnetään ja tulkitaan.³⁷⁴ Näin tavoitettavaa alan hiljaista tekijän tietoa ei oikeudellisessa tutkimuksessa aina edes tarvitse kovin laajasti dokumentoida, mutta näin tavoitettava ymmärrys alan käytäntöjä ohjaavista sitoumuksista voi olla oikeudellisesti erittäin hyödyllistä.

Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa tässä esityksessä analysoitua kysymyksiä on jo aiemmin laajalti tunnistettu oikeudenalan erityispiirteiksi, mutta teemoja ei yleensä ole kytketty oikeuslähdeopillisiin tarkasteluihin. Ympäristöoikeuden perusoppikirjoihin ei yleensä sisälly erillistä oikeuslähdeopillista jaksoa. Ympäristöoikeuden alueella yleisiin oikeusteoreettisiin oikeuslähdetarkasteluihin on ehkä suhtauduttu liian kriittikötömästi, vaikka niiden puutteet olisikin havaittu ympäristöoikeuden erityispiirteiden tunnistamisen yhteydessä. Ympäristöoikeuden näkökulmasta on perustellusti kiinnitetty huomiota esimerkiksi siihen, etteivät oikeusteoretikot riittävästi ole havainneet ympäristöoikeuden uudenlaisten normityyppien esillenostamia laintulkinnallisia haasteita³⁷⁵.

Ympäristöoikeudellisessa kirjallisuudessa on myös painotettu sitä, että paljolti siviilioikeuden ja yleisten tuomioistuinten näkökulmasta kirjoitettu perinteinen ”yleinen” oikeuslähdeoppi ei aina ”parhaalla mahdollisella tavalla sovellu julkisoikeudellisten normityyppien ja hallintolainkäytön tarkasteluun”.³⁷⁶ Tämä ei ole vain ympäristöoikeuden, vaan laajemminkin julkisoikeuden ja julkisoikeudellisesti painottuvien oikeudenalojen haaste. Esimerkiksi hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa vakiintuneesti tarkasteltavia hallinto-oikeudellisen oikeuslähdeopin erityispiirteitä (esimerkiksi niin sanottuja hallinnon virallislähteitä) ei oikeusteorian näkökulmasta kirjoitettavassa ”yleisessä” oikeuslähdeopissa näytetä juuri noteerattavan. Lainsoveltajina tarkastellaan tyypillisesti (yleisiä) tuomioistuinta, eikä kansalaisten kannalta käytännössä paljon merkityksellisempään ja määrällisestikin laaja-alaisempaan oikeusharkintaisessa viranomaispäätöksenteossa tapahtuvaan lainsoveltamiseen ja sen erityispiirteisiin juuriin kiinnitetä huomiota.

³⁷⁴ Myös esimerkiksi *Herlerin* (2004) kehittelemässä oikeustoksikologian (rättstoxikologi) ideassa on nähtävissä piirteitä ”antropologisia kenttätutkimuksia” vieraassa kulttuurisissa -tutkimusstrategian avaamista uusista näkökulmista ja oikeudellisista kysymyksenasetteluista.

³⁷⁵ *Kuusiniemi* teoksessa *Kuusiniemi ym.* (Ympäristöoikeus) 2001, s. 159. Kuusiniemi viittaa *Aarnion* esitykseen, jossa hyvinvointivaltiollisten punninta-, tavoite- ja resurssinormien soveltamisen ei katsota olevan oikeudellisen ajattelun ydinkysymyksiä.

³⁷⁶ *Kuusiniemi* 2003, s. 65. Ks. myös *Kokko* 2003, s. 219, alav. 174, jossa Aarnion oikeuslähde-esityksen todetaan olevan kyseisen tutkimuksen kannalta riittämätön.

Ympäristöoikeudessa oikeuslähdeopilliselle tutkimukselle luo toisaalta hyvän pohjan oikeudenalan vahva alan erityispiirteisiin kiinnittyvä *oikeudellisen ratkaisun teoriaa ja oikeudellista argumentaatiota* koskeva tutkimusperinne.³⁷⁷ Huomiota on kiinnitetty muun muassa joustaviin normeihin ympäristöoikeudellista argumentaatiota, harkintaa ja perustelutapoja leimaavana piirteenä. Eri oikeudenaloilla vilkastunut keskustelu perinteisen oikeuslähdeopin murtumisesta luo uusia edellytyksiä myös ympäristöoikeuden oikeuslähdeoppia koskevan tutkimuksen syventämiselle ja alan oikeuslähdeopin erityispiirteiden tunnistamiselle.

LÄHTEET

- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Juva 1989.
- Alder, John – Wilkinson, David*: Environmental Law and Ethics. Macmillan Press Ltd. 1999.
- Bernstein, Steven – Cashore, Benjamin*: Non-state Global Governance: Is Forest Certification a Legitimate Alternative to a Global Forest Convention? Teoksessa John J. Kirton and Michael J. Trebilcock (ed. by): Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance. Ashgate 2004, s. 33–63.
- Birnie, Patricia – Boyle, Alan*: International Law and the Environment. Second Edition. Oxford University Press 2002.
- COM (2001) 428 final*: European Governance. A White Paper. Commission of the European Communities 25.7.2001.
- Ebbesson, Jonas*: Compatibility of international and national environmental law. Iustus förlag 1996.
- Eijlander, Philip*: Possibilities and Constraints in the Use of Self-Regulation and Co-Regulation in Legislative Policy: Experiences in the Netherlands – Lessons to Be Learned for the EU? Electronic Journal Of Comparative Law vol 9.1 (January 2005) [www.ejcl.org].
- Ekroos, Ari – Majamaa, Vesa*: Maankäyttö- ja rakennuslaki. Helsinki 2000.
- EV 209/1996 vp*: Eduskunnan vastaus hallituksen esitykseen (HE 63/1996 vp) metsälaiksi sekä laeiksi kestävän metsätalouden rahoituksesta ja rikoslain 48 luvun 1 §:n 3 momentin muuttamisesta.
- EV 50/2004 vp*: Eduskunnan vastaus hallituksen esitykseen (HE 76/2003 vp) laiksi luonnonsuojelulain muuttamisesta.
- Frände, Dan*: Yleinen rikosoikeus. Helsinki 2005.
- van Gestel, Rob*: Self-Regulation and Environmental Law. Electronic Journal Of Comparative Law vol 9.1 (January 2005) [www.ejcl.org].
- Gunningham, Neil – Grabosky, Peter*: Smart Regulation. Designing Environmental Policy. Oxford University Press 1998.
- Haataja Kyösti*: Maa-oikeus II. Asutuslainsäädäntö. Porvoo 1940.

³⁷⁷ Ks. esimerkkejä tutkimussuuntauksista *Määttä* 2004b, s. 128–129.

- HE 7/1989 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten määräyksiä ja ohjeita koskevista toimenpiteistä.
- HE 101/1998 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle rakennuslainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 174/1999 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle säädösten ja valtiosopimusten julkaisemista koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 72/2002 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.
- HE 120/2004 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi vesienhoidon järjestämisestä, laiksi ympäristönsuojelulain muuttamisesta ja laiksi vesilain muuttamisesta sekä maasta toiseen ulottuvien vesistöjen sekä kansainvälisten järvien suojelusta ja käytöstä tehdyn vuoden 1992 yleissopimuksen vesivaroja ja terveyttä koskevan pöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.
- Heinilä, Aleks:* Tulkinta ja toiminta. Oikeus 3/2005 (ilmestyy).
- Herler, Casper:* EG:s regler om statliga stöd och offentligt finansierad sanering av förorenade markområden. DL 2003, s. 866–888.
- Behöver vi rättstoxikologi? Teoksessa Heidi Lindfors (toim.): Empiirinen tutkimus oikeustieteessä. Helsinki 2004, s. 53–65.
- Hollo, Erkki J:* Pilaamiskiellon sisältö vesilain mukaan. Vammala 1976.
- Ympäristönsuojelu- ja luonnonsuojeluoikeus. Jyväskylä 2004.
- Howells, Geraint – Wilhelmsson, Thomas:* EC Consumer Law. Ashgate 1997.
- Huhtanen, Raija:* Toimeentulotuen myöntäminen. Jyväskylä 1994.
- Hurskainen, Aimo:* Hallintopäätöksen perustelemisesta. Joensuu 2003.
- Husa, Jaakko:* Non Lique? Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi – oikeuden ja politiikan välisiä rajankäyntejä. Vammala 2004.
- Husa, Jaakko – Pohjolainen, Teuvo:* Julkisen vallan oikeudelliset perusteet. Johdatus julkisoikeuteen. Saarijärvi 2002.
- Häyhä, Juha:* Jälleenvakuutus sopimuksena. Helsinki 2000.
- Jokela, Marjut – Kartio, Leena – Ojanen, Ilmari:* Maakaari. 3. uudistettu painos. Jyväskylä 2004.
- Kaisto, Janne:* Lainoppi ja oikeusteoria. Oikeusteorian perusteista aineellisen varallisuus-oikeuden näkökulmasta. Helsinki 2005.
- Karhu, Juha:* Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi. LM 2003, s. 789–807.
- Kauppila, Jussi:* Näkökulmia muuntogeenisillä organismeilla tehtävien kenttäkokeiden sääntelyyn: karkaako geeni luontoon vai lähteekö teknologiamopo käsistä? Oikeus 2005, s. 4–26.
- Kauppila, Jussi – Kosola, Marja-Leena:* Jätealan ympäristöluvut ja taloudellinen vakuus. Ympäristöopas 119. Suomen ympäristökeskus 2005. [Julkaisu on saatavilla ainoastaan internetissä: www.ymparisto.fi/julkaisut.]
- Kettunen, Minna:* Hajuhaittojen ehkäisyä koskevat lupamääräykset eläinsuojan ympäristöluvassa. YJ 2004, s. 43–75.
- Kirton, John J. – Trebilcock, Michael J.:* Introduction: Hard Choices and Soft Law in Sustainable Global Governance. Teoksessa John J. Kirton and Michael J. Trebilcock (ed. by): Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance. Ashgate 2004, s. 3–29.
- Kiviniemi, Matti:* Metsäoikeus. Hämeenlinna 2004.
- Klabbers, Jan:* The Concept of Treaty in International Law. Kluwer Law International 1996.
- Klami, Hannu Tapani:* Rakennuslupa/poikkeuslupa; oikeuskysymys/tarkoituksenmukaisuuskysymys. Oikeustiede–Jurisprudentia XIII:1980, s. 5–48.

- Koivuova, Timo*: Environmental Impact Assessment in the Arctic. A study of international legal norms. Ashgate 2002.
- Kokko, Kai*: Biodiversiteettiä turvaavat oikeudelliset periaatteet ja mekanismit. Jyväskylä 2003.
- KOM (2002) 412 lopull.*: Yhteisön tason ympäristösopimukset osana lainsäädännön yksinkertaistamista ja parantamista koskevaa toimintasuunnitelmaa. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle 17.7.2002.
- Komission kertomus eurooppalaisesta hallintotavasta*. Euroopan yhteisöjen komissio 2003.
- Kontio, Katja – Santasalo, Tuomas*: Suositus paljon tilaa vaativan erikoistavaran kaupan tulkinnasta. Maankäyttö- ja rakennuslaki 2000. Opas 2. Helsinki 2000.
- Krämer, Ludwig*: EC Environmental Law. Fourth Edition. Sweet & Maxwell 2000.
- Kumpula, Anne*: ”Desibeli on poliittinen, byrokraattinen ja taloudellinen suure”. Teoksessa *Global Biodiversity*. 3. kansainvälisen ympäristöoikeuden päivät. Helsinki 1997, s. 117–163.
- EMAS ja itsesääntelyn mahdollisuus. Teoksessa *Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä*. Jyväskylä 2002, s. 177–202.
- *Ympäristö oikeutena*. Jyväskylä 2004.
- Kuusiniemi, Kari*: Ympäristönsuojelu ja immisioajattelu. Jyväskylä 1992.
- Arvojen muutos ja ympäristölakien tulkinta. Teoksessa *Oikeuden tavoitteet ja menetyt*. Muistokirja Hannu Tapani Klamille. Turku 2003, s. 63–79.
- Kuusiniemi, Kari – Ekroos, Ari – Kumpula, Anne – Vihervuori, Pekka*: Ympäristöoikeus. Juva 2001.
- Kuusiniemi, Kari (toim.)*: Uusi ympäristönsuojelulainsäädäntö. Helsinki 2001.
- Laakso, Seppo*: Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta. Helsinki 1990.
- Laakso, Tero*: Lahopuuta pykäläviidakossa. Edilex 22.5.2003 [www.edilex.fi] (Laakso, T. Edilex 2003).
- Lahopuu, hyönteistuhot ja oikeudellinen sääntely – tutkimusretki oikeuden ja ekologian rajaseudulla. YJ 2003, s. 63–118. (Laakso, T. YJ 2003).
- Metsälain kesäkuun 2004 uudistukset. DL 2004, s. 1080–1106.
- Lötjönen, Salla*: Lääketieteellinen tutkimus ihmisillä. Oikeudellisia ja eettisiä näkökohtia ruumiilliseen koskemattomuuteen puuttumisesta lääketieteellisessä tutkimuksessa. Helsinki 2004.
- Länsineva, Pekka*: Valtakunnallisen rantojensuojeluohjelman normatiivisesta merkityksestä. Oikeustiede–Jurisprudentia XXVIII:1995, s. 237–301.
- Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Jyväskylä 2002.
- Maatalouslainsäädännön perustuslakityöryhmä*. Työryhmämuistio MMM 2001:5. Helsinki 2001.
- Matilainen, Sampsa*: Kivenmurskaamoiden ympäristösääntelystä ympäristönsuojelulain ja sen nojalla annettavien yleisten normien mukaan. YJ 2000, s. 24–38.
- Meincke, Nina*: Geenitesti – Oikeudellisia kysymyksiä. Saarijärvi 2001.
- Metsälain erityisen tärkeät elinympäristöt*. Kartoitus yksityismetsissä 1998–2004. Loppuraportti. MMM:n julkaisu 9/2004. Vammala 2004.
- Mäenpää, Olli*: Hallintolupa. Vammala 1992.
- Hallinto-oikeus. Porvoo 2003.
- Mähönen, Jukka*: Taloustiede lain tulkinnassa. LM 2004, s. 49–64.
- Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna*: Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema. Jyväskylä 2003.

- Määttä, Tapio*: Maanomistusoikeus. Tutkimus omistusoikeusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta. Jyväskylä 1999.
- Oikeudellis-hallinnollisen ja taloudellisen ohjauksen suhteesta energiaoikeudessa. Teoksessa Marjut Heikkilä (toim.): Säädöksiä, systematiikkaa vai ihmisoikeuksia. Oikeustieteen päivät 19.–21.8.2003. Lappeenrannan teknillinen yliopisto 2004, s. 158–172. (Määttä 2004a).
 - Ympäristöoikeudellisen tutkimuksen uudet suuntaukset ja menetelmät. Teoksessa Tarvo Miettinen (toim.): Oikeudellinen opinnäytetyö. Joensuu 2004, s. 113–166 (Määttä 2004b).
 - Hallinnollinen ohjaus ympäristöpäätöksenteossa: hallinnon virallislähde vai soft law -oikeuslähde? Teoksessa Juhlakirja Teuvo Pohjolainen 1945 – 14/10 – 2005. Joensuu 2005, s. 180–203. (Määttä 2005a).
 - Joustavien normien kiinteytys-, täsmentämis- ja konkretisointimekanismit ympäristöoikeudessa. (Määttä 2005b, ilmestyy).
- Niemi, Matti Ilmari*: Fronesis. Kolme tutkielmaa laista ja oikeudesta, osa 1/3. LM 1998, s. 349–363.
- Mitä kontekstuaalinen lähestymistapa voi merkitä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Teoksessa Veli-Pekka Viljanen (toim.): Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus. Uusi-kaupunki 2002, s. 195–200.
 - Säädöksiä, systematiikkaa vai ihmisoikeuksia? Teoksessa: Marjut Heikkilä (toim.): Säädöksiä, systematiikkaa vai ihmisoikeuksia. Oikeustieteen päivät 19.–21.8.2003. Lappeenrannan teknillinen yliopisto 2004, s. 9–20.
- Nuotio, Kimmo*: Oikeuslähteet ja yleiset opit. LM 2004, s. 1267–1291.
- Palokangas, Risto – Tarukannel, Veijo – Nuuja, Ismo*: Uusi ympäristönsuojelun hallinto ja lainsäädäntö. Jyväskylä 1993.
- PeVL 11/1999 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 84/1999 vp) ympäristönsuojelu- ja vesilainsäädännön uudistamiseksi.
- PeVL 1/2004 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 152/2003 vp) laiksi jätelain muuttamisesta sekä laiksi ajoneuvojen siirtämisestä ja romuajoneuvojen hävittämisestä annetun lain 4 §:n muuttamisesta.
- PeVL 29/2004 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 169/2003 vp) laeiksi Pallas-Yllästunturin kansallispuistosta sekä eräiden luonnonsuojelualueiden perustamisesta valtionmaille annetun lain muuttamisesta.
- PeVL 31/2004 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 119/2004 vp) laiksi öljysuojarahastosta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi sekä hallituksen esityksestä (HE 141/2004 vp) laiksi öljysuojarahastosta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi annetun hallituksen esityksen (HE 119/2004 vp) täydentämisestä.
- PeVL 45/2004 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 120/2004 vp) laiksi vesienhoidon järjestämisestä, laiksi ympäristönsuojelulain muuttamisesta ja laiksi vesilain muuttamisesta sekä maasta toiseen ulottuvien vesistöjen sekä kansainvälisten järvien suojelusta ja käytöstä tehdyn vuoden 1992 yleissopimuksen vesivaroja ja terveyttä koskevan pöytäkirjan hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.
- PeVL 5/2005 vp*: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä (HE 110/2004 vp) laiksi maa-ainelain muuttamisesta.
- Petman, Jarna*: Oikeus ja arvot. Teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.): Oikeuden tuolla puolen. Saarijärvi 2002, s. 67–94.

- Pohjolainen, Teuvo*: Soft law in public law – hard regulation? JFT 1998, s. 437–461.
- Pohjolainen, Teuvo – Tarukannel, Veijo*: Käytännön hallintotoiminta ja hallintolainkäyttö. Tampere 1990.
- Pölönen, Ismo*: Ympäristövaikutusten arviointimenettely ympäristöoikeudellisena instrumenttina. Joensuu 2004.
- Pöyhönen, Juha*: Materiaalinen vai refleksiivinen oikeus. Teoksessa Kaarlo Tuori (toim.): Teorioita oikeuden kehityksestä. Esittelyjä ja erittelyjä. Helsinki 1988, s. 145–163.
- Uusi varallisuus-oikeus. Jyväskylä 2000.
- Rainio, Minna*: Kestävän metsätalouden rahoituslain mukaisen nuoren metsän hoito. Julkaisematon pro gradu -tutkielma. Oikeustieteiden laitos, Joensuun yliopisto 2005.
- Rantojen maankäytön suunnittelu*. Ympäristöopas 120, Alueiden käyttö. Helsinki 2005.
- Rehbinder, Eckard*: Self-regulation by Industry. Teoksessa Gerd Winter (ed. by): European Environmental Law. A Comparative Perspective. Dartmouth 1996, s. 239–267.
- Rosas, Allan*: ”Soft law” ihmisoikeuksien lähteenä. Teoksessa Oikeus, demokratia, informaatio. Oikeusnormien ja oikeuslähteiden muuttuminen. Helsinki 1993, s. 66–75.
- Ruuska, Suvii*: Vanhojen pilaantuneiden alueiden kunnostus ja riskinarviointi. YJ 2000, s. 48–57.
- Sajama, Seppo*: Argumentaatio oikeudellisessa tutkimuksessa. Teoksessa Tarmo Miettinen (toim.): Oikeustieteellinen opinnäytetyö. Joensuu 2004, s. 17–46.
- Saaristo, Kimmo*: Avoin asiantuntijuus. Ympäristökysymys ja monimuotoinen ekspertiisi. Saarijärvi 2000.
- de Sadeleer, Nicolas*: Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules. Oxford University Press 2002.
- Sahivirta, Elise – Silvo, Kimmo – Ollikka, Kimmo – Peltonen, Terhi*: Ympäristönsuojelulain yhdenmukainen täytäntöönpano. YJ 2003, s. 137–180.
- Salila, Jari*: Biotekniikan ympäristövaikutusten oikeudellinen sääntely. Teoksessa Ympäristöoikeudellisia tutkimuksia I. Helsinki 1999, s. 163–295.
- Sedimenttien ruoppaus- ja läjitysohje*. Ympäristöopas 117, ympäristönsuojelu. Helsinki 2004.
- Senden, Linda*: Soft Law in European Community Law. Hart Publishing 2004.
- Seppälä, Mika*: Alemmanasteisesta norminannosta – esimerkkinä ympäristöministeriön toimiala. Helsinki 1988.
- Vesienhoitosuunnitelmien huomioon ottaminen ympäristönsuojelulain ja vesilain mukaisessa lupaharkinnassa. YJ 2004, s. 91–103.
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. Vammala 2003.
- Oikeudellinen tulkintateoria. Jyväskylä 2004.
- Similä, Jukka*: Onko YSL-uudistus tehostanut ympäristönsuojelua? YJ 2003, s. 121–136.
- Suvantola, Leila*: Valitus-oikeus Natura 2000 -verkoston suojelun valvontakeinona. Joensuu 2003.
- Älä kieltäydy kahdesti – luonnonsuojelulain 53.1 §:n mukaisista korvauksista. YJ 2/2005, s. 49–75.
- Swiranta, Outi*: Virkamiehen ratkaisutoiminta ja Euroopan yhteisön oikeus. Vammala 1996.
- Syrjänen, Olavi*: Harkintavalta kaavoituksessa ja rakentamisessa. Tampere 1999.
- Tahvonen, Olli – Leppänen, Tanja – Hyttiäinen, Kari – Laakso, Tero – Määttä, Tapio – Viitala, Esa-Jussi*: Puuntuotannolliset ja taloudelliset tavoitteet Suomen metsälainsäädännössä. Joensuu 2004.
- Tala, Jyrki*: Soft law – ett medel för konsumentskydd och konsumentinflytande. JFT 1986, s. 124–143.

- Oikeussäätelyn määrä ja vaihtoehdot. Helsinki 1999.
- Lakien vaikutukset. Lakiuudistuksen tavoitteet ja niiden toteutuminen lainsäädäntöteoreettisessa tarkastelussa. Helsinki 2001.
- Tarukannel Veijo*: Terveydenhoidollinen sijoituslupa. Tampere 1990.
- Timonen, Pekka*: Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä. Mänttä 1987.
- Tutkijan ja tuomarin oikeuslähteoppi. Oikeuslähteopin eräiden lähtökohtien tarkastelua. LM 1989, s. 666–688.
- Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Helsinki 1997.
- Tolonen, Hannu*: Oikeuslähteoppi. Vantaa 2003.
- Tuomainen, Jouko*: Vastuu saastuneesta ympäristöstä. Vantaa 2001.
- Tuori, Kaarlo*: Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt. Helsinki 2003.
- Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota. LM 2004, s. 1196–1224. (Tuori LM 2004).
- Sosiaalioikeus. Porvoo 2004. (Tuori 2004).
- Oikeuden traditiot. Niin & näin 2005, s. 77–85.
- Verschuuren, Jonathan*: Principles of Environmental Law. The Ideal of Sustainable Development and the Role of Principles of International, European, and National Environmental Law. Nomos Verlagsgesellschaft 2003.
- Vihervuori, Pekka*: Maa-ainesten ottaminen ja suojele. Jyväskylä 1989 (Vihervuori 1989a).
- Ympäristöoikeuden ja esineoikeuden suhteesta. Teoksessa Esineoikeuden rajat. Turku 1989, s. 26–51 (Vihervuori 1989b).
- Standardit ja normit ympäristöoikeudessa. Teoksessa Korkein hallinto-oikeus 80 vuotta. Vammala 1998, s. 220–242.
- Totuudesta hallintolainkäytössä. Teoksessa Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004. Jyväskylä 2004, s. 494–510.
- Viljanen, Mika*: Ihmisen identiteetti ja tuottamusarviointi. LM 2005, s. 426–451.
- Wilhelmsson, Thomas*: Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik. Jyväskylä 2001.
- Wähä, Susanna*: Maankäyttö- ja rakennuslain soveltaminen hallintotuomioistuimissa 2001–2003. Suomen ympäristö 693, Alueiden käyttö. Helsinki 2004.

OIKEUSTAPAUKSET

EY-tuomioistuin

C-3/96, Komissio v. Alankomaat, 19.5.1998

Korkein hallinto-oikeus

KHO 1983 A II 126

KHO 1992 A 1

KHO 2000:40

KHO 2000:42

KHO 29.12.2000 t. 3383

KHO 2002:48
KHO 2002:86
KHO 2003:60
KHO 30.1.2004 t. 163 (LRS)
KHO 2004:37
KHO 2004:72
KHO 2004:100
KHO 2005:4
KHO 2005:34
KHO 7.6.2005 t. 1364 (LRS)

LYHENNELUETTELO

DL	Defensor Legis
JFT	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KHO	korkein hallinto-oikeus
KEMERAL	laki kestävän metsätalouden rahoituksesta (1094/1996)
KTTK	Kasvintuotannon tarkastuskeskus
LM	Lakimies
LSL	luonnonsuojelulaki (1096/1996)
LRS	lyhyt ratkaisuseloste
MAL	maa-aineslaki (555/1981)
MRL	maankäyttö- ja rakennuslaki (132/1999)
OK	oikeudenkäymiskaari (vuoden 1734 laki)
RKTL	Riista- ja kalatalouden tutkimuslaitos
TE-keskus	työvoima- ja elinkeinokeskus
Mt.	mainittu teos
VL	vesilaki (264/1962)
YJ	Ympäristöjuriikka
YSA	ympäristönsuojeluasetus (169/2000)
YSL	ympäristönsuojelulaki (86/2000)
YVAL	laki ympäristövaikutusten arviointimenettelystä (468/1994)

Tapio Määttä

SOFT LAW AS A SOURCE OF LAW IN NATIONAL LEGAL DECISION-MAKING: A STUDY ON FORMULATING THE NORM PREMISE IN ENVIRONMENTAL LEGAL DECISION-MAKING

Soft law is well-known as a source of law in international law, though the doctrine remains controversial. Soft law regulation has also been identified in EU-law. *Linda Senden* defines soft law in her book "Soft Law in European Community Law" (2004, p. 3): "rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects." This definition is also the starting point for this study, where the perspective is that of national law, especially environmental legal decision-making.

In the study special characteristics of the doctrine of sources of national environmental law are analysed. The traditional Finnish doctrine of sources of law does not contain soft law as a special source of juridical argumentation. In reality, however, material which by nature is soft law seems to be a part of national legal decision-making both for authorities and courts. The aim of the study is to place this soft law material within the framework of sources of national environmental law.

As an example, the following soft law material is often utilised as a base in national legal argumentation and decision-making concerning the environment:

- international and European strategies, declarations, guidelines and action programmes
- national plans and programmes
- scientific information in the form of listings, stock-takings and clarifications, etc.
- directions, recommendations, guidelines and manuals of state authorities
- European soft law
- standardisation
- self-regulation
- norms of good practice

The essential findings of the study relating to the basic features of national environmental soft law can be summarised as follows:

- 1) soft law is a set of norms which is formally non-binding, principally written, and expressly composed;
- 2) the normative status and legal effects of soft law in legal decision-making are based either in acceptability or in effectiveness, or often in both;
- 3) soft law is either a weakly obligatory or a permissible source of law;
- 4) soft law cannot be an exclusive base for a legal decision or judgement;
- 5) soft law may be a source of law both for the norm premise and the fact premise of decisions or judgements;
- 6) in legal decision-making soft law is interpreted and applied like other sources of law;
- 7) in using soft law as a source of law in legal decision-making, discretion on the acceptability of using this source with relation to the special characteristics of the actual case is emphasized;
- 8) if soft law is actually used as a basis of a decision or judgement, it is important to make reference to use of this kind of source.