
Kimmo Nuotio –
Heta Aleksandra Gylling (toim.)

Oikeus ja politiikka: filosofisia esseitä

Julkaisuvaliokunta

Pekka Vihervuori, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Raimo Lahti

Tatu Leppänen

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

Kannen kuva © Wolfgang Kaehler/CORBIS/Skoy

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 978-951-855-273-7

Edita Prima Oy, Helsinki 2007

Sisällys

Esipuhe	VII
<i>Heta Aleksandra Gylling</i> Multikulturalismikeskustelun moninaisia ongelmia	1
<i>Ari Hirvonen</i> Suvereeni ja päätös normin tuolla puolen: Schmitt ja Benjamin	19
<i>Jari Kauppinen</i> Hannah Arendt totuudesta ja valehtelusta politiikassa	41
<i>Toomas Kotkas</i> Michel Foucault'n käsitys oikeuden ja liberaalin poliittisen rationaliteetin välisestä suhteesta	57
<i>Arto Laitinen</i> Persoonien välisestä tunnustuksesta	79
<i>Iivi Anna Masso</i> Keskusteleva demokratia ja perustuslaillinen oikeusvaltio. Onko osallistuvan kansanvallan ja liberaalin oikeusjärjestelmän suhde symbioottinen vai ristiriitainen?	105
<i>Kimmo Nuotio</i> Eettistä vai moraalista oikeutta? Oikeusvaltio monikulttuurisuuden paineessa	127
<i>Mika Ojakangas</i> Oikeus ja omatunto Kreikan klassisella ajalla	145
<i>Pilvi Toppinen</i> Philip Pettitin republikaaninen vapaus	179
<i>Annamari Vitikainen</i> Monikulttuurisuus ja kulttuurisen ryhmän määrittelyn ongelmat	205
Kirjoittajat	229

Eettistä vai moraalista oikeutta?

Oikeusvaltio monikulttuurisuuden paineessa

Aluksi

Yksi oikeusvaltion tunnusmerkeistä on, että oikeusjärjestys on erotettavissa muista normatiivisista järjestyksistä, kuten yhteisöllisestä moraalista, uskonnon normeista jne. Oikeusjärjestys ei oikeusvaltiossa myöskään ole suoraan ja välittömästi vallan väline, vaan oikeusjärjestys itse sääntelee suhdettaan valtaan. Oikeuspositiivinen lähtökohta oikeusjärjestyksen tietynlaisesta itsenäisyydestä nostaa polttavaksi kysymyksen oikeuden suhteesta politiikkaan. Poliittikka nimittäin edustaa hyväksyttävää vallan puuttumista oikeuden tilaan.

Jürgen Habermasin oikeusvaltion rekonstruktiossa selvitetään oikeuden legitiimisyyden ehtoja tavalla, joka on tärkeä tämän artikkelin teeman näkökulmasta. Habermasin analyysissä oikeusvaltion oikeus pakottaa poliittisen vallan tiettyihin muotoihin ja menettelyihin. Nämä ilmenevät yhtäältä valtiosääntöön kirjattuina ja siten institutionalisoituina perusoikeuksina ja toisaalta näitä perusoikeuksia konkretisoivina menettelyinä. Esimerkiksi kansalaisten poliittiset oikeudet perustelevat poliittiset vaalit niihin liittyvine oikeuksineen, mikä puolestaan ilmentää vallan juontumista kansalta ja siten kansansuvereniteettia. Poliittista diskurssia oikeudellisista kysymyksistä käydään, kun päätetään politiikan sisällöistä, esimerkiksi silloin, kun eduskunnassa säädetään jokin tietynsisältöinen laki, joka sitten saatetaan voimaan. Oikeusvaltiossa lainsäädäntömenettelyn tulee olla oikeudellisesti säännelty. Silti sen sisältö on poliittista päätöksentekoa.¹

¹ Jätettäköön tässä maininnan varaan, että esimerkiksi hallituksen esityksellä tai valiokunnan lausunnolla tai mietinnöllä voi luonnollisesti olla lain esitöinä myös oikeudellista merkitystä, mikä aktualisoituu, kun säädettyä lakia aikanaan oikeuskäytännössä tai hallinnossa sovelletaan.

Habermasin ajatuksena on, että valtaa voidaan kahlita edellyttämällä diskurssietiikan ohjelman mukaan, että jokaisella asianosaisella tulee olla mahdollisuus osallistua itseään koskevaan päätöksentekoon. Vapaalla ja monipuolisella keskustelulla voidaan parhaiten taata päätösten järkevyyt. Kukaan yksittäinen henkilö ei saa etukäteen eikä diskurssin kuluessa sanella lopputulosta, vaan on parempi, että päätöksentekoa johtavat menettelysäännöt. Demokraattisessa oikeusvaltiossa kansansuvereenisuus toteutuu erityisellä tavalla. Valta tukee alistetuksi oikeudelle ja samalla diskurssien ilmentämälle kommunikatiiviselle rationaalisuudelle. Lainsäädäntö on siten yhteisön itselleen asettamaa. Elämismaailman ja systeemin välittäjäksi tulee kansalaisyhteiskunta ja sen tärkeänä osana julkisuus. Habermasin laajaan teoriaan ei ole tarpeen tässä paneutua kaikissa yksityiskohdissaan.²

Habermas tulkitsee oikeuden ja yhteiskunnan suhdetta oikeusparadigma-käsitteensä avulla.³ Muodollista oikeusvaltiota vastasi liberaalin oikeuden malli, jossa valtio ei ottanut tehtäväkseen vastata yhteiskunnan aineellisiin tarpeisiin, vaan säänteli oikeusjärjestystä ulkoisena muotona. Sosiaalinen hyvinvointivaltio puolestaan pyrki viemään oikeusvaltiota sisällöllisempään suuntaan, kun esimerkiksi taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia ryhdyttiin takaamaan ja toteuttamaan lainsäädännön keinoin. Sosiaalisen hyvinvointivaltion malli kuitenkin ajautuu kehittyessään yhä jyrkentyvään vastakohtaan liberalistisen oikeusvaltion mallin kanssa, mistä seuraa jännitteitä. Habermas muotoilee proseduraalisen oikeusparadigmansa ehdotukseksi sellaisesta muodollisesta, menettelyistä oikeutuksensa johtavasta oikeusvaltiomallista, joka pyrkii välttämään kahden edellisen mallin ongelmat. Se ei kuitenkaan tule suoranaisesti korvaamaan kahta edellistä paradigmaa, vaan tarkoitus on, että lainsäätäjää harkitsee, mikä kolmesta mallista kulloinkin parhaiten sääntelyyn soveltuu.⁴

Iivi Anna Masson artikkelissa (s. 105–125) on käyty läpi tämän hetken keskustelua ns. deliberatiivisesta demokratiasta. Onkin selvää, että sitoutuminen kansanvaltaisen osallistumisen ihanteeseen, jolla oikeutetaan myös oikeuden kautta tapahtuva vallankäyttö, merkitsee vasta alustavaa vastausta kysymykseen oikeuden ja politiikan keskinäisestä suhteesta. Demokratialla voidaan tarkoittaa huomattavasti enemmän kuin vain enemmistöpäätökseen perustuvaa päätöksentekoprosessia, ja on syytä tarkoittaakin, jos halutaan

² Ks. laajaa esitystä aiheesta Tuori 2000, s. 89–136.

³ Habermas 1992, s. 468–537.

⁴ Mts. 528.

pitää kiinni esimerkiksi siitä, ettei demokraattinen oikeusvaltio muuta vastakohdakseen. Habermasille demokratia liittyy diskurssietiikkaan ja moraalisiin. Oikeuden diskurssiteoria puolestaan liittyy laajempaan yhteiskunnan kommunikaatioteoriaan, jossa julkinen keskustelu oikeudesta asettuu laajempaan asiayhteyteensä.

Tässä kirjoituksessa pyrin esittämään joitakin alustavia kommentteja seuraavista aiheista: 1) diskurssieettisen ja systeemiteoreettisen oikeus- ja yhteiskuntateorian näkemykset oikeuden ja politiikan suhteesta, 2) monikulttuurisuuden haaste oikeuden hyväksyttävyyttä koskevalle teoretisoinnille ja 3) tunnustusteorioiden mahdollinen anti oikeuden ja politiikan suhdetta teoretisoitaessa.

Diskurssietiikasta ja systeemiteoriasta

Habermasin normatiivinen rekonstruktio demokraattisen oikeusvaltion periaatteista merkitsee yritystä muotoilla yleispätevä teoria poliittisen vallankäytön justifikatorisista ehdoista. Tuo teoria tukeutuu eräisiin luhmannilaisen systeemiteorian lähtökohtiin, mutta lisää niihin normatiivisten pätevyysvaatimusten näkökulman.

Luhmannin teoriassa ei ole kyse yhteiskunnallisen vallankäytön hyväksyttävyydestä vaan oikeuden systeemiluonteen esittämisestä. Oikeus kuuluu yhteiskunnan systeemiin sen yhtenä osasysteeminä. Oikeus on systeemiteorian mukaan sillä tavoin suljettu systeemi, että jokainen oikeusjärjestelmän tilan muutos perustuu päätökseen, joka on osa oikeussysteemiä itseään. Oikeus koostuu toiminnasta ja kommunikaatiosta. Oikeus on autopoieettinen, omalakisesti kehittyvä systeemi, koska se itse sääntelee omaa kehitystään ja asettaa sille rajat. Oikeuden raja ympäristöönsä on keskeinen. Oikeus rakentuu oikean ja vääjän, tai oikeastaan oikeudenmukaisen ja oikeudenvastaisen, koodille, eikä mikään muu systeemi koodaa käyttäytymistä samalla tavalla kuin oikeussysteemi. Oikeuden funktiona on vakauttaa käyttäytymisodotuksia, mutta ei sen sijaan mikään tätä pidemmälle ulottuva yhteiskunnallinen integraatio. Oikeus on kognitiivisesti avoin, mutta operatiivisesti suljettu järjestelmä. Luhmannin ajattelussa myös kommunikaatiolla on merkitystä, koska kommunikaation avulla voidaan ylittää sosiaalisten systeemien rajoja. Persoonat ja tietoisuudet eivät kuitenkaan voi systeemiä tavoittaa.⁵

⁵ Ks. Luhmann 1993. Suomeksi Luhmannin yhteiskuntateoriaa ja sen osana esiintyvää oikeuden systeemiteoriaa on käsitelty artikkelissa Jääskinen 1988.

Luhmannilaisen systeemitheorian kannalta oikeusvaltion ja oikeusjärjestyksen koetinkivenä on autopoieettisuus. Jos esimerkiksi valta pääsisi suoraan sanelemaan oikeusjärjestyksen sisältöjä, oikeus ei olisi kehittynyt autonomiseksi sosiaalisesti systeemiseen, vaan olisi edelleen kiinni muissa sosiaalisissa systeemeissä. Oikeuden ja politiikan yhteyttä Luhmann kuvaa rakenteellisen kytkennän käsitteen avulla. Ennen muuta valtiosääntö merkitsee aluetta, jolla politiikan ja oikeuden systeemien yhteys toteutuu. Rakenteellisen kytkennän ansiosta sekä politiikan että oikeuden järjestelmät voivat kehittyä yhä monimutkaisemmiksi ja erikoistuneemmiksi.

Tuori kiinnittää huomiota siihen, että Luhmannin systeemitheoriassa oikeustiede ei saa erityistä roolia, sillä oikeustiede ei edusta oikeutta toimintajärjestelmänä eivätkä oikeustieteessä tehtävät päätökset aikaansaa muutoksia oikeussysteemeissä. Oikeustiede on kuitenkin tarpeen oikeusjärjestyksen (itse)kuvauksessa ja siinä mielessä sekin kuuluu oikeussysteemiin. Lainoppi takaa systeemin säilymisen oikeuden muutoksista huolimatta.⁶ Tuorin mukaan systeemitheoria pulmallisesti kiistää oikeustieteen merkityksen tieteellisen käytännön ohella oikeudellisena käytäntönä.⁷

Systeemitheoreettinen tulkinta tekee oikeutta sille ajatukselle, että oikeussysteemiä havainnoidaan aina sisältäpäin, sisäisestä näkökulmasta, kun kyse on oikean ja väärän koodin tarkoittamasta normatiivisesta arvioinnista. Systeemitheoriassa tämä normatiivisuus ei sinänsä merkitse vahvan olemista ja pitämistä koskevan jaon hyväksymistä, vaan tuo ero tulkitaan semanttiseksi. Se ilmenee juuri systeemin erillisyytenä ympäristöstään. Puhe oikeuden voimassaolosta merkitsee ainoastaan tällaista sitoumusta.

Habermas ei tyydy luhmannilaisen systeemitheorian tapaan kuvaamaan oikeuden systeemin itsenäistymistä ja kehittymistä yhä monimutkaisemmaksi, vaan haluaa osoittaa rekonstruktiollaan oikeusjärjestyksen legitimiisyyden ehdot. Legitiimin järjestyksen ominaisuuksiin kuuluu, että se oikeuttaa vallankäytön ja tukee sosiaalista integraatiota. Tältä kannalta on olennaista, että oikeuden periaatteet ovat juurtuneet elämismaailman tasolla yhteisön jäsenten normatiivisiin vakaumuksiin. Keskeisintä ei niinkään ole, kuten systeemitheoriassa, oikeuden ja sen ympäristön välinen raja, vaan oikeuden kaksinaisuusluonne systeeminä ja osana elämismaailmaa. Luhmannille puolestaan oikeuden täysi autonomia nimenomaan edellyttää irtoamista moraalisista rajoituksista ja moraalisen legitimaation tarpeesta.⁸

⁶ Luhmann 1993, s. 275.

⁷ Tuori 2007, s. 17–21.

⁸ Ks. teorioiden erosta Neves 2000, erit. s. 69–98.

Habermasille oikeuden tarpeellisuus seuraa osaltaan myös siitä, että oikeusjärjestys täydentää moraalialueita, joka postkonventionaalissa yhteiskunnassa menettää asemiaan. Demokratiaperiaate ilmentää moraalista periaatetta, joka edellyttää diskurssietiikan mukaisia menettelyitä päätettäessä poliittisesti oikeuden säännöistä. Poliittinen järjestelmä ja sen osana poliittinen julkisuus välittävät yhteisön eettisiä ja moraalisia kannanottoja oikeusjärjestykseen. Eettiset arvokysymykset, jotka politiikassa on asetettava yleisestä yhteisön jäsenen me-perspektiivistä, heijastavat lopputulokseltaan tiettyjä yhteisön arvokannanottoja. Habermasille moraalialue on etiikkaa lähempänä oikeutta, sillä kumpikin, moraalialue ja oikeus, eräässä mielessä asettuvat yksilöiden toiminnan reunaehdoiksi sanelematta sitä, kuinka tulee toimia. Toimintavapauden tarkempi käyttö jää siten ihmisten itsensä harkittavaksi ja päätettäväksi.

Elämismaailman tasolla maailma on hajautunut, koska eri yksilöt näkevät ja kokevat tilanteensa eri tavalla ja rakentavat identiteettinsä vain osaksi samoista rakennuspuista. Ei ole sellaista yhteisöä, joka havainnoisi ympäristöään sellaisenaan. Yhteisön läsnäoloa edustaa kulttuuri. Oikeuslegitiiminä järjestyksenä kuuluu sekin ilmiönä myös elämismaailman tasolle, joten Habermasille oikeus ei edusta pelkästään systeemiä.⁹

Habermasin mukaan käytännöllisen järjen alalla pragmaattiset, eettiset ja moraaliset kysymyksenasettelut nostavat harkinnassa esiin erilaisia piirteitä. Pragmaattisuus koskee toimijan välineellistä pyrkimistä johonkin tavoitteesensa, kun taas eettisyys koskee hyvyyttä ja moraalisuus normatiivista oikeellisuutta. Habermasille eettis-poliittiset kysymykset edustavat kollektiivista hermeneuttista teemaa, jossa tietty yhteisö pyrkii keskuudessaan diskurssin keinoin pohtimaan jakamiaan arvoja ja sitä kautta omaa identiteettiään. Tuo yhteisön identiteetti muuttuu historian kuluessa. Habermasille eettis-poliittista diskurssia täydentää vielä moraalinen diskurssi varmistamassa sitä, että esitetty normi täyttää yleistettävyyden vaatimuksen ja että se vastaa yhtäläisesti jokaisen etuja. Moraalisuus edellyttää, että jokaisen tulee voida vaatia jokaiselta normin seuraamista normin soveltamisen ehtojen täyttyessä. Moraalisuudessa näkökulma laajenee yhteisön jäsenen näkökulmaa laajemmaksi.¹⁰

Systeemiteoreettinen analyysi oikeusjärjestyksestä on tärkeä siinä mielessä, että siinä kiinnitetään huomiota oikeuden erityisiin rakenteisiin. Samalla voidaan luoda diagnostiikkaa sellaisia tilanteita varten, joissa oikeus-

⁹ Ks. esim. Habermas 1992, s. 106–108.

¹⁰ Habermas 1992, s. 196–201.

järjestys ei olisi onnistunut itsenäistymään muista sosiaalisista systeemeistä tai elämämaailmasta. Systeemiteorian lohduttomiin lopputulemiin kuuluu, ettei oikeusjärjestelmässä voida esittää oikeuden voimassaolon lisäksi kysymyksiä oikeuden legitimitetistä. Sellainen kysymys ei nimittäin ole oikeudellisesti mielekäs. Oikeuden koodia ei voida soveltaa oikeuteen itseensä. Itse asiassa oikeudella ei edes ole sellaista subjektia, joka voisi tällaisen kysymyksen esittää. Oikeusjärjestys on itsessään systeemi, joka, kuten kaikki systeemit, havainnoi omaa tilaansa. Luhmannin systeemiteoriassa oikeus nähdään yhtenäisenä rakenteena, mikä erottaa hänen mallinsa hajautuneemmista postmodernien teoreetikoiden, kuten Karl-Heinz Ladeurin, kehitelmistä.¹¹

Myös diskurssieittinen teoria Habermasin edustamassa muodossa näkee oikeuden systeeminä. Oikeuden legitimitetti on ensisijaisesti poliittisen järjestelmän tuotetta. Säädännäinen oikeus asettaa ihmisille velvollisuuksia ja se voi edellyttää tietynlaista käyttäytymistä. Säädännäinen oikeus ei kuitenkaan voi velvoittaa ketään noudattamaan lakia jostakin tietystä erityisestä motiivista, vaan riittää, että sitä noudatetaan. Habermasin mukaan lakia tulee kuitenkin aina olla mahdollista noudattaa kunnioituksesta lakia ja oikeutta kohtaan.¹²

Monikulttuurisuuden kysymyksestä

Yksi nykyelämän olennaisimpia muutoksia, joka koskee poliittisen yhteisön luonnetta, on tuollaisten yhteisöjen hajautuminen. Kansallisvaltiota vastasi ideaalittomuudesta yhtenäinen kansa, ja eurooppalaiset valtiot erityisesti 1800-luvulla toteuttivat yhä selvemmin tällaista kansallisvaltioajatusta. Valtiossa eläviä yhdistivät jaettu kieli ja kulttuuri, yhteinen historia, yhteinen usko ja jopa yhteinen etninen tausta. Pohjoismaat ovat edustaneet suhteellisen vahvasti mainittua kansallisvaltioajatusta. Globalisaation myötä esimerkiksi EU:n alueella toteutuu entistä laajemmin henkilöiden vapaa liikkuvuus. Poliittisen yhteisön jäsenet jakavat yhä vähemmän tällaisia heitä yhteen liittäviä ominaisuuksia. He sanalla sanoen eroavat kulttuuritaustaltaan.

Esimerkiksi rikosoikeuden normistossa on voitu suhteellisen luontevasti lähteä siitä, että rikosoikeuden järjestelmän ydinsisältö on ilman muuta jo-

¹¹ Viimeksi mainituista ks. esim. Ladeur 1988, s. 272–276.

¹² Habermas 1994, s. 121.

kaisen yhteisön jäsenen tunnettavissa ja tiedettävissä. Niin sanotuissa *mala in se* -rikoksissa, kuten tappo ja varkaus, jotka ovat rikoksia yhteisön keskeistä moraalikoodia vastaan ja siis ”itsessään väärin”, ei ole voinut pätevästi erehtyä teon oikeudellisesta luonteesta. Sen sijaan *mala prohibita* -rikoksissa, jotka ”ovat väärin, koska ne on kielletty”, tällainen oletus ei välttämättä päde yhtä hyvin.

Rikosoikeuden normisto ei kuitenkaan tyhjenny oikein/väärin -koodin asettamiseen ja vahvistamiseen. Esimerkiksi tappamisen kielto tai vaikkapa kidutuksen kielto ovat lähtökohtina hyvinkin selviä ja näitä lähtökohtia voi pitää moraalisen periaatteen ilmauksena. Ne ilmentävät yhtä aikaa sekä yhteisön eettistä käsitystä hyvästä että yleisempää normatiivista kannanottoa tekojen moraalisuuteen. Tästä ei kuitenkaan vielä voi päätellä, miten tappo tarkkaan ottaen tulisi määritellä ja mitä esimerkiksi tahallisuus tapon yhteydessä voi merkitä. Tällaiset kysymykset vaativat oikeudellista työstämistä, minkä vuoksi ne ilmentävät oikeuskulttuurin tilaa.

Kaarlo Tuori on kiinnittänyt huomiota siihen, että se yhteiskunnan moniarvoistuminen, joka ilmenee erilaisia arvoja edustavien ja jakavien eettisten yhteisöjen muodostumisena, ei sinänsä vielä ole välttämättä kohtalokasta oikeusjärjestyksen yhtenäisyyden kannalta.¹³ Tällainen yhteiskunnan fragmentoituminen saattaisi nimittäin merkitä vastaavaa oikeudellista fragmentoitumista, jos oikeudelliset kiistat alkavat näyttää entistä enemmän poliittisilta. Tämä voisi tukea sitä oikeudellista pluralismia tai jopa oikeusrealismia edustavien teoreetikoiden kantaa, että oikeudellisessa tulkinnessa on viime kädessä kyse valtapelistä eikä oikeuden sisäisin kriteerein ratkeavasta ongelmasta.

Tuori perustelee kantaansa erottamalla Habermasia seuraten etiikan ja moraalin toisistaan. Edellinen koskee ns. vahvat arvot jakavia yhteisöjä, kun taas jälkimmäisessä on kyse sellaisista konfliktinratkaisusäännöistä, jotka eivät edellytä saman eettisen vakaumuksen ja hyväksitysten jakamista. Tuorin kielitekoteoreettisesti perustellussa mallissa oikeusperiaatteet ja moraaliperiaatteet edustavat käytännöllisen järjen moraalista ulottuvuutta ja siten selvästi yleisempää järkeä kuin yhteisöllisiin arvoihin kiinnittyvä etiikka. Tästä Tuori saa aiheen katsoa, että eettisten kysymysten kiistanalaisuudesta ei välttämättä vielä seuraa se, että näin syntyvät konfliktit, ovat ne sitten luonteeltaan oikeudellisia tai muuntuyppisiä, muuntuisivat poliittisiksi. Eettiset konfliktit kanavoituvat kyllä poliittisiksi, mutta ilmeisesti ne oikeuden kentällä kuitenkin järjestyvät morali- ja oikeusperiaatteiden alaisuuteen.

¹³ Tuori 2007, s. 130.

Tuorin mallissa voi nähdä, kuten Habermasillakin, kantilaisia piirteitä, koska oikea asetetaan hyvän edelle, ja juridisesti oikea asettuu samalla tavoin eettisesti oikean edelle. Tästä näkökulmasta oikeus säilyy perusteiltaan kohtalaisen muuttumattomana, koska oikeusperiaatteet ilmentävät järkeä yleisessä muodossaan.

Tuorin mukaan moderni oikeus pyrkii väistymään etiikan alueelta nimenomaan jättääkseen tilaa yksilöiden ja ryhmien aidoille arvoalinnoille. Tämä koskee yhtä hyvin oikeudenalakohtaisia oikeusperiaatteita kuin ihmis- ja perusoikeuksia. Esimerkiksi sananvapaus on ihmis- ja perusoikeus, joka antaa tilaa yksilöille ja ryhmille määrittää identiteettinsä itse sen sijaan, että oikeusjärjestys pyrkisi tekemään sen heidän puolestaan. Tuorin mukaan oikeuden tehtäväksi tulee etiikan alueelta alkunsa saavien konfliktien ratkominen. Oikeuden, jotta se suoriutuu tästä tehtävästään, tulee Tuorin mukaan jättää taakseen etiikan alue ja tukeutua sen sijasta yleisempään moraaliseen järjenkäyttöön.

Tuori kuvaa eettisten arvojen ongelmaa oikeudessa termillä ”arvojen tyrannia”. Tärkeäksi näkökohdaksi tulee oikeuden itserajoitus. Tuorin mukaan ”oikeuden tulisi pitäytyä kansallisen identiteetin tasolla, toisin sanoen koko oikeusyhteisön jakamissa vahvoissa arvoissa”. Tuori kuitenkin samalla mainitsee siitä, että tällaiset vahvat arvot saavat pintatason ilmaisuensa erityisesti valtiosäännön perusoikeusnormeissa, joita voi pitää ”paitsi perustavien moraalisten prinssiipien, myös oikeusyhteisön jakamien vahvojen arvojen oikeudellisena vahvistuksena”.¹⁴

Esittäisin vastaavaan tapaan ajatuksen, että oikeusperiaatteilla voisi olla välittävä rooli ja kahtalainen asema yhtä aikaa sekä moraalin että etiikan alueella. Moraalista puolta edustaa oikeusperiaatteiden sisältämä universaali järki ja oikeusperiaatteiden kyky nousta hyvän kysymysten yläpuolelle. Tämä suojaa oikeusperiaatteita esimerkiksi utilitaristisilta vaikutteilta, koska oikeusperiaatteiden normatiivinen asema ei tämän mukaisesti perustu niillä oleviin hyödyllisiin seurauksiin, vaan tästä riippumattomaan moraaliseen tukeen. Eettistä puolta edustaa oikeusperiaatteiden kyky mukautua arvokysymyksissä kulttuurisiin tulkintoihin.

Oikeudellisesti konkretisoidut oikeusperiaatteet eivät nimittäin asetu universaalisina moraalisisina periaatteina oikeudellisen ratkaisutoiminnan lähteeksi ja mittapuuksi, vaan kun ne tulevat säädännällisen ja kirjoitetun oikeuden alueelle, myös niitä koskien voidaan tehdä päätöksiä ja esittää tulkinto-

¹⁴ Tuori 2000, s. 259.

ja. Oikeusperiaatteet, olivat ne sitten perimmäiseltä luonteeltaan moraaliperiaatteita tai eivät, tulevat konkretisointinsa yhteydessä väistämättä eettis-poliittisen harkinnan kohteeksi, koska niitä ei voida soveltaa suoraan moraaliperiaatteina. Tämä ei sinänsä merkitse sen kiistämistä, että oikeudelliset periaatteet toki asettavat moraalisia ehtoja sille, miten yhteisö voi eettis-poliittisesti hyvänsä määritellä.

On ilman muuta tärkeää huomata liberaalin oikeuden yhteys moraaliperiaatteisiin, koska se merkitsee samalla tiettyä puuttumattomuutta ihmisten elämään. Eettistä kysymystä arvoista ja hyvästä elämästä ei ainakaan tule säädellä julkisen vallan toimin holhoavasti, koska tämä olisi vastoin yksityisautonomian ajatusta. Julkisen autonomian käytöstä, poliittisesta toiminnan tuloksena säädetyistä oikeudesta, voi kuitenkin seurata päteviä rajoituksia yksityisautonomian käytölle. Poliittisin päätöksin voidaan päättää antaa merkitystä esimerkiksi tietyille sisällöllisillekin eettisille vakaumuksille ja hyväksytyksille.

Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate esimerkiksi sanelee ehtoja rikoslainsäädännön laatimiselle, mutta ehtojen tarkempi työstäminen jää oikeustieteen, lainsäätäjän ja oikeuskäytännön tehtäväksi. Laillisuusperiaatteesta voidaan esittää erilaisia tulkintoja, ja joskus voi olla perusteita myös poiketa laillisuusperiaatteen vaatimuksista.

Väittäisin, että juuri monikulttuurisessa yhteiskunnassa, jossa esiintyy erilaisia kilpailevia ryhmäkuntaisia käsityksiä eettisesti hyvästä, tulee entistä välttämättömämmäksi harkita, mikä merkitys hyväksytysten eroilla on yhteisön lainsäädännössä ja lainsoveltamisessa. Tätä voi rikosoikeuden esimerkialueella kuvata siten, että *mala in sen* alue supistuu *mala prohibitan* hyväksi. Ja *mala in se* lisäksi voidaan jakaa kahdenlaiseen väärään: täysin yleispätevästi moraalisesti väärään ja yhteisön eettisen vakaumuksen ilmentämään väärään. *Mala prohibita* puolestaan saattaa sisältää sellaistaikin laissa kiellettyä väärää, jota yhteisössä ei pidetä eettisesti vääränä vaan joka on ainoastaan koettu välttämättömäksi syystä tai toisesta saattaa rangaistavuuden piiriin.

Rikoslaililla koetetaan yhä useammassa tapauksessa vahvistaa vääräksi ja moitittavaksi sellaisiakin käyttäytymistapoja, joita ei kaikissa yhteiskunnan piireissä sellaisiksi koeta. Näkisin, että poliittinen järjestelmä tulee kohtaamaan tämän kehityksen myötä entistä vaikeampia haasteita. Erityisesti rikosoikeudelle on nimittäin tunnusomaista, että sen tulisi välttää moralismia, yhteisöllisten arvojen pakottamista, arvojen tyranniaa. Liberalistinen rikosoikeus on kautta aikojen noussut juuri tällaista moralismia vastaan. Tuorin

mallissa tätä ongelmaa ei ole, koska se moraalisuus, jota oikeusjärjestys koettaa saada yhteiskunnassa tehokkaaksi, on universaalialia moraalialia, ei yhteisöjen eettisiä hyväksilytyksiä. Samalla on kuitenkin kysyttävä, eikö yhteisön ja yksilöiden etiikalla ole kuitenkin muussa mielessä merkitystä. Eikö esimerkiksi eettinen yhteisöllisyys voisi asettaa kuitenkin omanlaisiaan reuna-ehjoja hyvälle oikeuspolitiikalle? Ja eikö se voisi edellyttää nimenomaan eettisten ryhmäkuntaisten konfliktien huomioon ottamista oikeudellisen sääntelyn mahdollisuuksia ja muotoja harkittaessa?

Habermas korostaa sitä, että oikeus sääntelee tietyn yhteisön elämää konkreettisemmin kuin moraalinormit. Kysymys on muustakin kuin toistuvien toimintakonfliktien ratkaisusta oikeudenmukaisuuden periaatteeseen nojautuen, mikä olisi moraalinormien luonteenomainen tehtävä. Oikeusnormeja koskevien perustelu- ja sovellusdiskurssien on avauduttava erityisesti eettis-poliittisen järjenkäytön suuntaan, mainitsee Habermas.¹⁵

Yhteisöllisyydellä voi ajatella olevan erilaisia ilmenemismuotoja. Tietynlainen oletettu lojaalisuus poliittista päätöksentekojärjestelmää kohtaan on keskeinen oletus. Lähdetään siitä, että yksilön ja ryhmien tulee osaltaan orientoitua poliittisesti päätetyn oikeuden mukaan. Jos katolisessa maassa päätetään olla sallimatta aborttia, tämä koskee myös ei-katolilaisia oikeusyhteisön jäseniä. Jos taas toisessa maassa aborttia ei ole kielletty, ei kukaan saa ryhtyä sitä julkisesti kieltämään ja estämään. Katolilaisessakin maassa voi silti olla aihetta harkita, pystytäänkö julkisessa poliittisessä keskustelussa perustelevaan tällainen vahva arvo koko oikeusyhteisössä ja siten kaikkia koskevaksi.

Selvästi nimittäin esimerkiksi rikosoikeudellinen puuttuminen on merkittävämpi päätös kuin päätös olla puuttumatta, eikä kriminalisoimatta jättäminen merkitse samaa kuin salliminen (joskin kriminalisoinnin poistaminen voitaneen toisinaan näin tulkita¹⁶). Abortin kieltävää lainsäädäntöä voi siksi arvostella puuttumisena yksilönvapauden toisin kuin päätöstä olla kieltämättä aborttia. Abortin kieltäminen ilmentääkin eettistä hyväksilytystä (ja sen takana olevaa absoluuttista moraaliperiaatetta). Eettisesti moniarvoisessa yhteiskunnassa voi olla mielekäästä pyrkiä rajaamaan politiikan alueella tehtäviä päätöksiä sillä kriteerillä, että vältetään vahvojen eettisten arvokysymysten politisointia ja ratkaisun hakemista niihin politiikan keinoin. Demokraattisen oikeusvaltion menettelyt luovat kuitenkin mahdollisuuksia ajaa

¹⁵ Habermas 1992, s. 190–191.

¹⁶ Asia riippuu niistä perusteista, joilla lainmuutos toteutetaan.

sellaisiakin poliittisia vaatimuksia, jotka tätä merkitsisivät. Oikeuksien järjestelmä ja oikeuskulttuuri sekä eritoten erilaisten vähemmistöjen suojaksi säädetyt oikeudet asettavat kuitenkin tiettyjä oikeudellisia reunaehtoja tällaiselle eettisestä hyvästä säätämiselle.

Esimerkiksi rikosoikeudessa on hyödyllistä huomata, että muodollisesta yhdenvertaisuuden korostuksesta huolimatta rikosoikeus yhtä aikaa sekä määrittää sallitun ja kielletyn (oikeudenmukaisen/oikeudenvastaisen) rajaa että arvottaa oikeudenvastaiseksi havaittua.

Jokin tietty rikosoikeudellinen sääntely, kuten humerikossääntely, voi saada erilaisia vaikutuksia erilaisissa asiayhteyksissä. On merkitystä, käytetäänkö huumetta tavanomaisesti päihteenä, vai liittyykö käyttö esimerkiksi ikaikaiseen perinteeseen, kuten navajo-intiaaneilla peyote-huumeen käyttö omissa seremonioissaan. Yhdysvalloissa kysymys on ratkaistu siten, että humerikosoikeudessa on tehty nimenomainen salliva poikkeussääntö lainsäädännön tasolla koskien alkuperäiskansojen peyote-huumeen käyttöä. Sääntelyn tarkoituksena on turvata alkuperäiskansojen tapojen ja kulttuurin säilymistä.¹⁷

Vaikka tällaista nimenomaista sääntelyä ei olisikaan, kysymys peyote-huumeen käytön merkityksestä intiaanikulttuurille voisi nousta oikeudenkäynneissä esille siitä huolimatta (kuten on noussutkin). Kotimaisessa rikoslainopissa olisi tällaisessa yhteydessä voitu pohtia kysymystä esimerkiksi sosiaaliadekvanssina tunnetun kirjoittamattoman poikkeussäännön valossa. Vakiintuneen tavan vuoksi hyväksyttävä toiminta ei ole rangaistavaa, vaikka se muodollisesti toteuttaisi jonkin rikostunnusmerkistön teonkuvauksen.¹⁸ Esimerkiksi pappi, joka ehtoollisella tarjoaa viiniä alaikäiselle, ei syyllisty rikokseen. Eikä jääkiekkoilija, joka pelitilanteessa taklaa vastustajaa voimakkaasti saaden aikaan tälle mustelmia, syyllisty pahoinpitelyyn, vaikka pelitilanteen ulkopuolella vastaava menettely ilman muuta katsottaisiin rangaistavaksi pahoinpitelyksi. Sosiaaliadekvanssi ilmaisee hiljaisen normatiivisen kannanoton, joka kyllä saatettaisiin voida perustella juridis-normatiivisesti, jos tällainen nimenomainen kysymys asetettaisiin. Esimerkiksi jääkiekkopelin sääntöjen mukaisen taklauksen oikeutusta voidaan perustella suostumuskonstruktioilla: jokainen pelaaja suostuu siihen, mitä säännöt sallivat.¹⁹

¹⁷ US Code collection, Title 42, § 1996a.

¹⁸ Ks. Jareborg 2001, s. 290–291.

¹⁹ Keskustelua rikosoikeuden ja monikulttuurisuuden suhteista on esitelty artikkelissa Lernestedt 2007.

Rikosoikeudessa arvottamisulottuvuus ilmenee myös siinä, että vaikka esimerkiksi peyote-huumeen käyttö katsottaisiinkin rangaistavaksi, intiaanin kyseessä ollessa saatettaisiin ottaa huomioon teon erityiset motiivit. Teko saatettaisiin katsoa vähäiseksi ja anteeksiannettavaksi. Syyttäjä ja tuomioistuimien voisivat päättää toimenpiteistä luopumisesta, rikokseen saatettaisiin soveltaa rangaistuksen lieventämisperusteita jne.

On samalla selvää, että intiaanien erityiskohtelu voi johtaa jatkokysymyksiin. Miksi sitten peyote-huumeen käyttöä ei voida sallia muillekin? Merkitseekö tämä poikkeussääntö suuren enemmistön syrjimistä? Eikö tässä poiketa yhdenvertaisuudesta?

Yhdysvaltalainen ratkaisu, jossa poikkeus on luotu lain tasolla, on tyylikäs siinä mielessä, että näin voidaan demokraattisesti legitimoida sanottu erityiskohtelu. Tämä tuottaa vahvemman aseman poikkeukselle kuin jos kyse olisi tulkinnallisin keinoin ratkaisutoiminnassa tuotetusta poikkeussäännöstä. Lainsäätäjällä on lukuisia mahdollisuuksia ottaa vielä seuraaviakin askeleita. Se voi päättää laajentaa tai supistaa poikkeusta taikka poistaa sen kokonaan. Lainsäätäjä päättää, minkälaisia erotteluita se pitää merkityksellisenä. Yhdenvertaisen kohtelun vaatimus voi merkitä yhdenvertaisuutta jonkin tarkemmin määritellyn ryhmän sisällä.

Tarkastelen oikeusperiaatteiden yhteyttä moraaliperiaatteisiin ja niiden yleispätevyyttä vielä yhden tärkeän esimerkin, nimittäin rikosoikeudellisen hätävarjeluperiaatteen valossa. Hätävarjeluinstituutio on ikivanha ja se on kehittynyt historian kuluessa. Hätävarjelu on välttämätöntä puolustautumista oikeudetonta hyökkäystä vastaan. Instituutio kuuluu olennaisesti rikosoikeuteen, koska oikean ei tarvitse väistyä väärän tieltä eikä kenenkään voi edellyttää uhraavan henkeään ja terveyttään oikeudenvastaisessa hyökkäyksessä. Oikeusjärjestys, joka ei tällaista puolustautumista sallisi, olisi vaarassa menettää perustavanlaatuisen legitimitettinsä. Yleisellä tasolla hätävarjelu on oikeusperiaate, joka seuraa vahvasti moraalista järjestä.

Nykyajan oikeudessa ei kuitenkaan hyväksytä hätävarjelu-oikeutta ilman lisäehtoja. Puhutaan hätävarjelu-oikeuden sosiaalis-eettisistä rajoituksista. Hätävarjelun käyttöä lapsia ja mielisairaita kohtaan on rajoitettu. Omenavarasta ei saa ampua, vaikka se olisi ainoa tapa estää omenavarkaus. Hätävarjeluissa saa voimaa käyttää vain sen verran kuin on tilanteessa normatiivisesti puolustettavaa. Esimerkiksi Suomen rikoslainsäädännössä (RL 3:4.1 §) on hätävarjelu-oikeuden rajoitukset tunnustettu jo lain tasolla. Hätävarjelu-oikeuden ilmentämä oikeusperiaate on tämän kehityksen myötä muuntunut

ehdottomasta suhteelliseksi.²⁰

Pidän järkevänä lähteä siitä ajatuksesta, että proseduraalisesti ymmärretty oikeusvaltion normatiivinen rekonstruktio voi osoittaa legitimiiksi käytännössä sellaistaikin oikeutta, joka ilmentää eettisiä arvovalintoja ja jota voi tulkita kulttuurisesti. Eettis-kulttuuristen konfliktien ratkaisu edellyttää oikeudelta sensitiivisyyttä tällaisten konfliktien merkityksille, ja vastaavasti oikeus kohdatessaan tällaisia konflikteja voi kehittää tapoja ottaa näitä merkityksiä huomioon. Menisin niin pitkälle, että sanoisin oikeuskulttuurin nimenomaan olevan olemassa oikeuteen sisältyvinä arvolähtökohtina, jolloin se on tulkittavissa esiin oikeuden säännöistä ja periaatteista.

Oikeuksien ja ihmisarvon tunnustamisesta poliittista yhteisöä konstituivana aktina

Jo Habermasin normatiivisessa demokraattisen oikeusvaltion rekonstruktiossa oli yhtenä ulottuvuutena oikeuksien tunnustaminen toinen toiselle. Teoreettisesti tämä askel edeltää oikeuksien institutionalisointia juridisina (perus)oikeuksina oikeusjärjestelmässä. Tunnustusteorioita on käsitellyt Arto Laitinen artikkelissaan edellä tässä kirjassa (s. 79–104). Hän korostaa sitä lähtökohtaa, että tunnustussuhde aina on nimenomaan persoonien keskinäinen. Kyse on siten siitä, minkä tyyppisiä oletuksia ja määrityksiä tuohon persoonana olemiseen liitetään. Persoonien keskinäisen tunnustuksen suhteiden analyysi sijoittuu elämämuodon tasolle.

Vastavuoroinen tunnustaminen saattaa olla keskeinen elementti, kun pohditaan oikeuden ja politiikan suhteita, siis myös niitä rajoituksia, joita ne toisilleen asettavat. Vastavuoroinen tunnustaminen henkilöiden välisessä suhteessa saattaisi nimittäin koskea paitsi oikeuksia, myös muuntyyppisiä, selvemmin eettisiä periaatteita. Tällaiset laajemmat yhteydet voisivat osoittaa myös oikeusperiaatteiden kytkennän yhteisöllisiin taustaoletuksiinsa. Esimerkiksi ihmisarvon tunnustaminen olisi yhteydessä siihen, ettei ketään tule kohdella ihmisarvon vastaisesti. Näin suojattaisiin persoonia ja niiden vapautta ja autonomiaa toisten persoonien tai julkisen vallan taholta tulevaa pakottamista tai vaikuttamista vastaan. Samalla luotaisiin myös edellytykset esimerkiksi tasa-arvon ja oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteille.

²⁰ Ks. Nuotio 2004, s. 1280–1281.

Tämä pätee myös toiseen suuntaan: oikeudellisista periaatteista voitaisiin mahdollisesti lukea tämäntyyppisiä sitoumuksia. Esimerkiksi solidaarisuuden käsitettä voitaisiin analysoida tällä tavalla.²¹ Paul Ricoeur on korostanut, että oikeudellinen tunnustaminen lisää itsensä tunnustamiseen (*self-recognition*) uusia ulottuvuuksia, jotka koskevat yhtä aikaa normin universaalia läpäiveä ja toisen henkilön singulaarisuutta.²²

Vastavuoroinen tunnustaminen voisi koskea statustyyppistä seikkaa, kuten yhteisön jäsenyyttä ja yksilöiden keskinäistä tasavertaisuutta. Jollei yhteisössä lähdetä tällaisista eettisistä arvoista, lopputulos voi olla hyvinkin erilainen. Jos esimerkiksi tunnustettaisiin säätyhierarkia oikeudelliseksi merkittäväksi, ei oikeusperiaattein voitaisi yksinkertaisella tavalla hallita eri säätyihin kuuluvien henkilöiden välisiä kiistoja. Apartheid-järjestelmät tarjoavat uudemman historiallisen esimerkin tämäntyyppisistä statuseroille perustuvista poliittisista järjestelmistä ja oikeusjärjestelmistä.

Sääty- ja kastijärjestelmät perustuvat yhdenvertaisuuden sijasta erilaisuuden tunnustamiseen. Tällainenkin tunnustus voi olla vastavuoroista, kuten ehkä joissakin traditionaalisissa yhteiskunnissa. Tämä havainto nostaa esiin ajatuksen siitä, että tunnustaminen voi liittyä ryhmään kuulumiseen ja olla siten ryhmätason asia. Esimerkiksi kun jokin alistettu ryhmä kamppailee saadakseen tunnustetun aseman, tämä voi merkitä juuri kamppailua yhtäläisistä oikeuksista. Kamppailu voi tietysti yhtä lailla koskea pyrkimyksiä saattaa jokin ryhmä aikaisempaa heikompaan asemaan. Äärimmillään kyse voi olla yhteisön jäsenyydestä poissulkemisesta. Myös erilaisen ryhmän *sietäminen* voidaan tematisoida tunnustamisen kysymyksenä.²³ Positiivisen erityiskohtelun merkitys voisi niin ikään olla se, että tunnustetaan tarve parantaa jonkin ryhmän jäsenten asemaa ja siihen perustuvia menettelyitä ja jopa oikeuksia.

Edellä viitattiin siihen, että alkuperäiskansojen kulttuurin suojaaminen voi edellyttää erityissääntelyä jossakin kysymyksessä. Valtakulttuuri, jos tällaista käsitettä voi käyttää, tunnustaa sääntelyn myötä tuon kulttuurin suojelemaan tarpeen. Vastaavasti myös alkuperäiskansan edustajat tietyllä tapaa normatiivisesti ja tosiasiallisesti sitoutunevat vahvemmin poliittiseen yhteisöön,

²¹ Brunkhorst 2002, s. 9–20.

²² Ricoeur 2005, s. 196–201. Ricoeur pitää ihmisen kykyä ottaa *vastuuta* teoistaan hyvin läheisenä sille, että hän henkilönä kykenee osallistumaan rationaaliseen keskusteluun oikeuksista.

²³ Galeotti 2002.

jos heidän erityisasemansa perustuu tällaiselle yhteiselle oikeudelliselle tunnustamiselle.

Se, että oikeusperiaatteet mukautuvat eettisiin hyväksytyksiin ja arvovallintoihin ja ovat kannanottoja niihin, merkitsee yhtä aikaa vahvuutta ja heikkoutta. Vahvuutta ilmentää se, että oikeusperiaatteet viittaavat liberaalien perusoikeuksien taakse, niitä pidemmälle, ilmentäen yhteisön jäsenten kesken oikeusyhteisössä vallitsevia keskinäisiä sitoumuksia. Heikkoudesta on kyse taas siinä mielessä, että eettiset arvokysymykset eivät suinkaan helpolla ja yksinkertaisella tavalla ratkea poliittisessa yhteisössä, vaan johtavat jatkuvasti kiistoihin ja ristiriitoihin, jotka voivat olla luonteeltaan poliittisia. Kytkeisin siten yhteen eettisesti virittyneen oikeuden ja politiikan. Se etiikka, jota tässä tarkoitan, ei niinkään ole utilitaristisesti määriteltyä sääntöjen tavoiterationaalisuutta, vaan me-näkökulmasta tapahtuvaa yhteisön eettisten arvojen määrittelyä, hermeneuttista itsereflektiota, joka toisinaan voi edellyttää yksittäisiltä henkilöiltä ja ryhmiltä omien arvostustensa ja käytäntöjensä ”sensuuria” ja muuttamista. Itse asiassa oikeuksien laajeneminen kattamaan taloudelliset, sosiaaliset, sivistykselliset ja kulttuuriset oikeudet, oikeuden ympäristöön, tulevien sukupolvien oikeudet ja niin edelleen, virittää oikeuksien kentän niin laajaksi, että on vaikea kuvitella mitään oikeudellisesti relevanttia kysymystä, jota ei voitaisi ottaa esille oikeuksia koskevana. Samalla luonnollisesti mahdollisuudet kieltää joltakin hänen oikeutensa ja olla tunnustamatta sellaista oikeutta kaiken aikaa laajenevat. Epäilemättä myös tunnustussuhteet muuttuvat yhä monimutkaisemmiksi.

Se eettinen arvomaailma, joka tämän kehityksen myötä kietoutuu osaksi positiivista oikeutta, on todellisuudessa seurausta oikeudenmukaisuuden ajatuksen eräistä piirteistä. Jos hyväksytään, että oikeudenmukaisuudella on arvoa yhteiskunnassa, ymmärretään, että myös yhteisön oikeus sisältää kulttuurisesti ja poliittisesti ehdollistuneita kannanottoja oikeudenmukaisuuden periaatteeseen. Esimerkiksi sosiaalisen oikeudenmukaisuuden käsitteellä voidaan viitata huomattavasti laajempaan yhteisölliseen arvokäsitykseen kuin mitä esimerkiksi vapausoikeuksien vastavuoroinen tunnustaminen voisi tarkoittaa. Sosiaalinen oikeudenmukaisuus merkitsee, että ihmistä tulee lähestyä tarpeineen ja heikkouksineen, ja itse asiassa poliittisen yhteisön konstituoiva akti voi sisältää myös tämänkaltaisen tunnustussuhteen. Rationalistisen luonnonoikeusopin yhteiskuntasopimusteoriat sisälsivät tämänkaltaista ainesta.

En väitä, että näin vahvasti järkeen ja etiikkaan perustuva oikeusteoria, jonka aineksia olen edellä hahmotellut, olisi sellaisenaan puolustettavissa

nykyaikana. Se saattaisi kuitenkin olla puolustettavissa samantyyppisenä normatiivisena rekonstruktiona kuin millaiseksi Jürgen Habermas on oman teorian sa tarkoittanut. Demokraattisen oikeusvaltion teoriaa voisi siten täydentää jonkinlaiseksi malliksi hyvästä poliittisesta yhteisöstä. Tunnustusteorioita on kehitelty nimenomaan normatiivisena yhteiskuntateoriana.

Esimerkiksi pohjoismaisessa oikeudessa yhtenä ilmeisenä vahvuutena on se historiallinen perusjuonne, ettei pohjoismainen yhteiskunta missään historian vaiheessa ole ollut niin hierarkkinen ja epätasa-arvoinen kuin mitä oikeushistoria kertoo feodaalijalla ja uuden ajan alussa tilanteen Keski-Euroopassa ja monessa muussa maailman kolkassa olleen. Suhteellinen tasa-arvo ja säätyerojen kohtuullisuus ovat tuottaneet sellaisen oikeusvaltion, jossa olennaista on jokaisen ihmisen arvo. Samalla se on vahvistanut sosiaalisen oikeudenmukaisuuden kysymysten käsittelyä ja läpilyöntiä politiikan prosesseissa. Pohjoismainen oikeus saattaisi kertoa sentyyppisestä vastavuoroisen tunnustamisen rakenteesta, joka ulottuu selvästi syvemmälle kuin vain vapausoikeuksien tai vastaavien tunnustamiseen.²⁴

Lähteet

- Brunkhorst, H.: *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*. Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2002.
- Galeotti, A. E.: *Toleration as Recognition*. Cambridge UP, Cambridge 2002.
- Habermas, J.: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1992.
- Habermas, J.: Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State, teoksessa A. Gutmann (Ed.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*. Princeton UP, Princeton 1994, s. 107–149.
- Husa, J. – Nuotio, K. – Pihlajamäki, H.: *Nordic Law – Between Tradition and Dynamism*. Intersentia, Antwerp 2007.
- Jareborg, N.: *Allmän kriminalrätt*. Iustus Förlag, Uppsala 2001.
- Jääskinen, N.: Niklas Luhmann sosiaalisten systeemien yleisestä teoriasta, teoksessa Tuori, K. (toim.), *Teorioita oikeuden kehityksestä. Esittelyjä ja erittelyjä*. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja, Helsinki 1988, s. 91–103.
- Ladeur, K.-H.: Perspectives on a Post-Modern Theory of Law: A Critique of Niklas Luhmann, ”The Unity of the Legal System”, teoksessa G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Walter de Gruyter, Berlin, New York 1988, s. 272 ss.
- Lernestedt, C.: Universalism Abroad and at Home, teoksessa K. Nuotio (ed.), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*. Forum Iuris, Helsinki 2007, s. 235–263.

²⁴ Ks. pohjoismaisesta oikeudesta teosta Husa – Nuotio – Pihlajamäki 2007.

Luhmann, N.: *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1993.

Neves, M.: *Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*. Nomos, Baden-Baden 2000.

Nuotio, K.: Oikeuslähteet ja yleiset opit. *Lakimies* 7–8/2004, s. 1267–1291.

Ricoeur, P.: *The Course of Recognition*. Harvard University Press, Cambridge 2005.

Tuori, K.: *Kriittinen oikeuspositivismi*. WSLT, Helsinki 2000.

Tuori, K.: *Oikeuden ratio ja voluntas*. WSOY, Helsinki 2007.