

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 211

Matti Ilmari Niemi

PÄÄMÄÄRIEN VALTAKUNTA

**Konventionalistinen analyysi
lainopillisen tiedon edellytyksistä
ja oikeusjärjestelmän perusteista**

With an English Summary

**SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA**

A-sarja N:o 211

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-sarja N:o 211

MATTI ILMARI NIEMI

PÄÄMÄÄRIEN VALTAKUNTA

**Konventionalistinen analyysi
lainopillisen tiedon edellytyksistä
ja oikeusjärjestelmän perusteista**

With an English Summary

THE KINGDOM OF ENDS

A Conventionalist Analysis of the Preconditions of
Knowledge in Legal Dogmatics and the
Foundations of Legal Orders

HELSINKI 1996

PÄÄMÄÄRIEN VALTAKUNTA

**Konventionalistinen analyysi
lainopillisen tiedon edellytyksistä
ja oikeusjärjestelmän perusteista**

KIRJOITTANUT

MATTI ILMARI NIEMI

OIKEUSTIETEEN LSENSIAATTI,
VARATUOMARI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Lapin yliopiston
oikeustieteiden tiedekunnan suostumuksella esitetään
julkisesti tarkastettavaksi Lapin yliopiston Fellman-salissa
perjantaina 20 päivänä syyskuuta 1996 kello 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

© 1996 Suomalainen Lakimiesyhdistys
ja Matti Ilmari Niemi

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-162-6

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-678-0

Vammalan Kirjapaino Oy Vammala 1996

Seijalle

ALKUSANAT

Oikeusfilosofisen tutkimuksen kirjoittajana olen joutunut sovittamaan yhteen kahdenlaisia elementtejä. Yhtäältä lähtökohtana on tieteenfilosofian rannattomalta näyttävä ulappa ja toisaalta lainopin ainakin päältäpäin lujalta näyttävä kamara. Toivon, että näiden välillä risteilevät ajatuskulut ovat tuottaneet hedelmää harkintatasapainon muodossa, joka on eräs keskeisiä aineksia teoksessani.

Tutkimukseni kohteena on lainopillinen tieto ja sen edellytykset. Kohteena ei kuitenkaan ole tosiasiallinen, esim. Suomessa suoritettu lainopillinen tutkimus, vaan oikeudellisen tiedon käsitteelliset edellytykset. Käsitykseni mukaan tietenteoria on pitkälti käsitteellistä analyysiä. Näen itse tutkimukseni erityisenä tietoteorianana, yhden yhteiskuntaa tutkivan tieteenalan teoriana. Toivon, että sillä on tieteellisenä puheenvuorona annettavaa paitsi oikeusfilosofiasta kiinnostuneille myös lainopin tutkijoille ja juristeille.

Keskeisin edellytys tämän teoksen syntymiselle on ollut mahdollisuus työskennellä Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnassa vuodesta 1985 alkaen. Tiedekunnalle ja sen henkilökunnalle, dekaanien ja professoreiden *Ilkka Sara-viidan* ja *Terttu Utriais*en välityksellä kuuluvat näin ollen suurimmat kiitokset. Tiedekunnan ilmapiiri on ollut aina kannustava.

Kirjoitustyö on pääosin yksinäistä puurtamista, mutta sen olennainen osa ovat myös tieteelliset keskustelut. Keskeinen vaikutteiden antaja oikeusfilosofiselle kehitykselleni on ollut työni ohjaaja professori *Juha Pöyhönen*. Hänen samoin kuin esitarkastajina toimineiden professoreiden *Aulis Aarnion* ja *Eerik Lager-spetzin* teosten merkitys on suurempi kuin mitä viittauksista käy välittömästi ilmi. Hedelmällisestä ajatuksenvaihdosta olen voinut lisäksi nauttia professoreiden *Risto Hilpisen* ja *Ahti Saarenpään* sekä muiden tiedekuntani professoreiden ja assistenttien kanssa. Tärkeä kumppani kasvussa kohti väitöstä on ollut OTT *Sakari Laukkanen*, joka on ollut aina valmis tieteellisiin ja muihinkin keskusteluihin. Kiitokseni tunnistavat myös ne muut kollegat ja vanhemmat tutkijat, jotka ovat välittömästi tai välillisesti auttaneet tämän tutkimuksen aikaansaamisessa.

Tärkein henkinen tukeni on ollut perheeni, joka on myös saanut kantaa raskaimman taakan tutkimusvuosien aikana. Lämpimimmät kiitokset kuuluvat vai-

molleni *Seijalle* ja lapsilleni *Laurille*, *Eerolle* ja *Elinalle*. Kiitokset tuesta ja kannustuksesta kuuluvat myös vanhemmilleni ja vaimoni vanhemmille.

Tutkimustani ovat avustaneet *Emil Aaltosen säätiö* ja *Pohjoismaiden Neuvoston tutkijankoulutusakatemia (NorFA)*, joiden apurahojen turvin olen voinut vierailla tutkimustyön aikana Lontoon yliopiston IALS-instituutissa ja Uppsalan yliopistossa, sekä *Hilkka ja Otto Brusinin säätiö*.

Lehtori *Richard Foley* on avustanut Summaryn laatimisessa, ja tutkimusapulaaisina teoksen valmiiksi saattamisessa ovat auttaneet OTK *Markku Hyvönen*, OTK *Tarja Nurkkala* ja viime vaiheessa merkonomi *Mia Kyyhkynen* ja VN *Harri Koivisto*. Suomalaista Lakimiesyhdistystä kiitän teokseni ottamisesta julkaisusarjaansa.

Rovaniemellä, oikeustieteiden tiedekunnassa 15. päivänä toukokuuta 1996

Matti Ilmari Niemi

SISÄLLYS

ALKUSANAT	VII
SISÄLLYS	IX
LYHENTEITÄ	XIII
LÄHTEET	XIV
1. JOHDANTO	1
1.1 Tutkimuksen aihe ja näkökulma	1
1.2 Tiedonmuodostuksesta ja käsitteistä yleistieteellisellä tasolla	6
1. Realismi ja antirealismi	6
2. Muodolliset symbolit	12
2. TIETO JA KIELI	14
2.1 Kielen universaalisuus	14
2.1.1 Todellisuuden lausumattomuus	14
2.1.2 Kielenkäytön tasot	17
2.2 Wittgenstein ja konventionalismi	21
2.2.1 Atomismista holismiin	22
2.2.2 Kielipelit ja käsitteen oikea merkitys	26
2.2.3 Yksityisen kielen ja oikeuden kieltö	31
2.2.4 Sääntöparadoksi	34
2.2.5 Walkerin kritiikki	41
3. KIELI, TODELLISUUS JA TOTUUS	45
3.1 Ross ja oikeusrealismin ongelmat	45
3.1.1 Lähtökohdat	45
3.1.2 Ideologinen behaviorismi	49
1. Tieto ja sen kohde	49
2. Ulkoinen ja sisäinen näkökulma	54
3. Oikeusnormi	56
3.1.3 Rossin tietoteorian kritiikki	59
1. Episteminen ongelma	59
2. Korrespondenssin ongelma	61
3. Ongelmien syyt	66
3.1.4 Ross ja subjektiivisen oikeuden käsite	68
a) Kritiikki	68
1. Lähtökohdat	68
2. Tü-Tü	69
3. Reduktionismin ongelma	71
4. Oikeussuojan ensisijaisuus	73

b) Rekonstruktio	74
1. Käsitteet	74
2. Oikeuden sisältö ja suoja	76
3. Holismi	79
3.2 Humeen periaate	81
1. Oleminen ja pitäminen	81
2. Päättelykiellot	82
3. Normien johtaminen	85
4. Emotivismi	86
5. Pitämisen looginen luonne Humella	87
3.3 Institutionaalinen totuus	89
3.3.1 Tottuus ja legitimitetti	89
1. Oikeusjärjestyksen legitimaatio	89
2. Oikeussääntöjen johtaminen	92
3. Kelsenin perusnormi ja Hartin tunnistamissääntö	93
3.3.2 Institutionaalinen totuus ja institutionaaliset tosiseikat	100
1. Korrespondenssin soveltumattomuus	100
2. Niiniluodon totuus käsitys	102
3. Hegelin totuus käsitys	104
4. Institutionaalisen totuuden puolustus	108
5. Oikeuslähteiden asema	112
6. Kelsenin dualismi	115
3.3.3 Institutionaalisen totuuden ilmeneminen lainopillisessa tulkinnassa	116
1. Yleistä	116
2. Helpot ratkaisut	119
3. Tulkintatavat	121
4. OIKEUDEN SITOVUUS JA SITOUTUMINEN OIKEUTEEN	
(YHTEISKUNTASOPIMUS)	124
4.1 Sopimusoppi osana lainopin tietoteoriaa	124
1. Yleistä	124
2. Oikeus ja moraali	127
3. Objektiivisuus ja relatiivisuus	131
4. Dynaamisuus, staattisuus ja oikeusperiaatteet	133
4.2 Sopimusoppi ja oikeusjärjestys	136
1. Aksiooma	136
2. Näkökulmat sopimukseen ja sen tulkinnat	139
3. Arvot ja periaatteet	141
4. Oikeus ja pakko	144
5. Hyvä ja oikea	147
4.3 Sopimusopin kritiikki ja vastaukset	150
1. Hume	151
2. Hegel	152
3. Dworkin	154
4. Honoré	156
5. Sumner	157
6. Sopimuksen mahdollisuuden kiistäminen	157
4.4 Luonnontila ja hypoteettinen sopimus	160
1. Luonnontilasta oikeusjärjestykseen	160

2. Luottamus ja oikeusnormit	164
3. Rationaalisen valinnan tilanne	170
4.5 Sopimusopin mukaisia tulkintoja eräistä varallisuus oikeuden opeista	175
1. Vaihdamman ja yleisen edun näkökulmat	175
2. Vaihdamman ja markkinat	178
3. Vaihdamman häiriöt ja oikeusnormit	181
4. Sopimusten tulkinta	186
5. Lojaliteettiperiaate	189
6. Oikeustoimen pätemättömyys	191
7. Suoritusvirheet	192
8. Sovittelu	194
9. Sivullissuhteet	201
4.6 Puolueeton näkökulma	207
4.6.1 Lainopillisen tiedon objektiivisuus	207
1. Lainopin näkökulma	207
2. Tiedon varmuus ja kognitivismi	212
4.6.2 Ainoan oikean tiedon ja ratkaisun ongelma	217
1. Ideaalihenkilön konstruktio	218
2. Dworkinin teesi	222
3. Opin eri versiot	224
4. Paras mahdollinen tulkinta tai ratkaisu	226
5. Ainoa oikea tieto ja objektiivisuus	233
5. LAINOPPI JA TIETOTEORIA	235
5.1 Totuuden ja epävarmuuden ongelmat	235
1. Rationaalinen tieto	235
2. Systematiikan merkitys	237
3. Argumentit ja johtopäätös	241
4. Gettierin ongelma	244
5. Epävarmuuden ongelma	246
5.2 Muodollinen ja aineellinen oikeuttaminen	250
1. Muodolliset ja aineelliset argumentit	250
2. Ongelmatilanteet	254
3. Lainopin metodin epävarmuus	258
5.3 Oikeussääntöjen voimassaolosta	260
1. Oikeusjärjestelmä ja tulkinnan rajat	260
2. Kolme voimassaolon tulkintaa	264
3. Systeemivoimassaolo	265
4. Säästösten asema	270
5. Tehokkuusvoimassaolo	272
6. Desuetudo	273
7. Tehokkuusvoimassaolon ongelma	275
8. Hyväksyttävyys	278
5.4 Voimassa olevan oikeuden systeemi	281
1. Eri tason systeemit	281
2. Voimassa oleva oikeus ja oikeuslähteet	283
3. Laintulkintaperiaatteiden merkitys	286
4. Oikeusjärjestyksen aukottomuus	289
5.5 Systeemin valinta	291

1. Systeemin valinnan merkitys	291
2. Etuoikeutetut lauseet	293
3. Foundationalismi	294
4. Oikeuslähdeopin merkitys	296
5. Lakitekstin etuoikeutettu asema	298
6. Kansainväliset sopimukset ja eurooppa-oikeus	302
7. Muut oikeuslähteet	305
5.6 Säännöt ja harkinta	306
5.6.1 Sääntöjen kaavamaisuus (Schauerin analyysi)	306
1. Sääntöpohjainen malli	308
2. Partikularistinen malli	311
3. Säännön käsite	313
4. Formalismi ja instrumentalismi	316
5.6.2 Sääntöpohjaisen päätöksentekomallin kriittinen analyysi	317
1. Rutiiniratkaisut ja tärkeät tapaukset	317
2. Oikeusvarmuuden ongelma	322
3. Luotettavuus ja ennustettavuus	323
4. Tehokkuus	325
5.6.3 Presumptiivinen positivismi	326
1. Lähtökohtana sääntöpohjainen malli	326
2. Sääntöpohjaisen mallin aineellistaminen	335
3. Ehdottomasta lakipositivismista presumptiiviseen positivismiin	340
4. Tulkinnan ja päätöksenteon laajempi näkökulma	347
5.7 Harkintatasapaino	350
1. Goodman	350
2. Rawls ja aineellinen oikeuttaminen	351
3. Harkinta oikeudessa	352
4. Johtopäätöksiä	355
6. SUMMARY	357
6.1 Philosophical Foundation	357
6.2 Conventionalism	358
6.3 Critique of Legal Realism	358
6.4 The Conceptions of Knowledge and Truth	361
6.5 The Social Contract	363
6.6 Knowledge of Law	365
6.7 The Formalistic Nature of Legal Rules	368
HENKILÖHAKEMISTO	372
OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	374
ASIAHAKEMISTO	375

LYHENTEITÄ

ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
DL	= Defensor Legis
EU	= Euroopan unioni
EY	= Euroopan yhteisöt
HE	= hallituksen esitys
JFT	= Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
KHO	= korkein hallinto-oikeus
KK	= kauppakaari, vuoden 1734 laki
KKO	= korkein oikeus
KS	= konkurssisääntö, 9.11.1863/31
KSL	= kuluttajansuojalaki, 20.1.1978/38
MK	= maakaari, vuoden 1734 laki ja 12.4.1995/540
Mt	= Matteuksen evankeliumi
OikTL	= laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista, 13.6.1929/228 (oikeustoimilaki)
OTK	= Oikeustieteen kandidaatti
OTT	= Oikeustieteen tohtori
SopS	= Suomen säädöskokoelman sopimussarja
TfR	= Tidskrift for Rettsvitenskap
UL	= ulosottolaki, 3.12.1895/37
VKL	= velkakirjalaki, 31.7.1947/622

LÄHTEET

- Aarnio, Aulis*, Argumentation Theory – and Beyond. RECHTSTHEORIE 1983 s. 385–400.
- » – Juridisen tutkimuksen näköaloja. JFT 1969 s. 371–406.
 - » – Järki ja auktoriteetti. Puhuttua ja kirjoitettua vuosilta 1988–1994. Tampere 1994.
 - » – Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt? Teoksessa Uppsalaskolan – och efteråt. Rättfilosofiskt symposium Uppsala 23–26 maj 1977. Acta Universitatis Upsaliensis. Föreläsningar och diskussionsinledning utgivna av Stig Strömholm. Uppsala 1978 s. 143–159.
 - » – Kansainvälinen yhdentyminen ja oikeuslähdeoppi. Teoksessa Euroopan integraatio ja Suomen oikeus. Toimittanut Seppo Laakso. Jyväskylä 1991 s. 73–90.
 - » – Laintulkinnan regulatiivinen periaate. Pohdintaa yhden oikean ratkaisun mahdollisuudesta. Lakimies 1989 s. 594–617.
 - » – Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989.
 - » – Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä. Oikeustiede–Jurisprudentia 1972 II s. 186–220.
 - » – Muodon uusi tuleminen? Lakimies 1994 s. 273–286.
 - » – Oikeuden muoto ja sisältö. Näkökohtia oikeuspositivismista. Juhlajulkaisu Paavo Kas-tari 1907–13/11–1977 s. 8–23.
 - » – Oikeuskielen tulkinta ja ymmärtäminen. Näkökulma Wittgensteinin myöhäisfilosofiaan. Teoksessa Oikeus, kieli ja kritiikki. Toimittaneet Ari Hirvonen ja Kaarlo Tuori. Helsin-ki 1990 s. 99–127.
 - » – Oikeussäännösten pätevydestä, tehokkuudesta ja hyväksyttävyydestä. Juhlajulkaisu Aarne Nuorvala 1912–18/4–1982. Helsinki 1982 s. 6–16.
 - » – Oikeusteorian nk. hermeneuttisesta suuntauksesta. Lakimies 1977 s. 316–356.
 - » – Oikeustieteellinen koulutus ja lakimiesmoraali. Lakimies 1982 s. 513–523.
 - » – On Changes in the Systematics of Law. RECHTSTHEORIE, Beihaft 10, 1986. Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart. Edited by Torstein Eckhoff, Lawrence M. Friedman und Jyrki Uusitalo s. 161–170.
 - » – On Legal Reasoning. Turku 1977.
 - » – On the Legitimacy of Law: A Conceptual Point of View. Ratio Juris 1989 s. 202–210.
 - » – On Truth and the Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics. RECHTSTHEORIE, Beihaft 2. Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation. Herausgegeben und mit einem Vorwort versehen von Aulis Aarnio, Ilkka Niiniluoto und Jyrki Uusitalo. Berlin 1981 s. 33–51.
 - » – The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification. Dordrecht 1987.
 - » – Sananen »lakipositivismista«. Lakimies 1970 s. 276–288.
- Aarnio, Aulis – Alexy, Robert – Peczenik, Aleksander*, The Foundation of Legal Reasoning I–III. RECHTSTHEORIE 1981 s. 133–158, 257–279 ja 423–448.
- Aho, Matti L.*, Näkökohtia oikeustointen kohtuullistamisesta. Lakimies 1982 s. 524–540.
- » – Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta. Über die Auslegung des Rechtsgeschäfts im Vermögensrecht. Porvoo 1968. (Aho)

- Airaksinen, Timo*, Moraalifilosofia. Juva 1993.
- Alanen, Lilli*, On Descartes's Argument for Dualism and the Distinction Between Different Kinds of Beings. The Logic of Being. Edited by Simo Knuuttila and Jaakko Hintikka. Dordrecht 1986.
- Alchourrón, Carlos E.*, Systematization and Change in the Science of Law. RECHTSTHEORIE, Beihaft 10, 1986. Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart. Edited by Torstein Eckhoff, Lawrence M. Friedman und Jyrki Uusitalo s. 171–184.
- Alchourrón, Carlos E. – Bulygin, Eugenio*, The Expressive Conception of Norms. Teoksessa New Studies in Deontic Logic. Norms, Actions and the Foundations of Ethics. Edited by Risto Hilpinen. Dordrecht 1981 s. 95–124. (Alchourrón–Bulygin).
- » – Normative Systems. Wien 1971.
- Alexy, Robert*, On Necessary Relations Between Law and Morality. Ratio Juris 1989 s. 167–183.
- » – A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Translated by Ruth Adler and Neil MacCormick. Oxford 1989.
- Alston, William P.*, Foundationalism. A Companion to Epistemology. Edited by Jonathan Dancy and Ernest Sosa. Oxford 1992 s. 144–147.
- Anderson, Alan Ross*, The Formal Analysis of Normative Systems. Teoksessa The Logic of Decision and Action. Edited by Nicholas Reschev. Pittsburgh 1967 s. 147–209.
- Anscombe, G.E.M.*, Intention. Second edition, Southampton 1979.
- » – On Brute Facts. Analysis 1958 s. 69–72.
- Aristoteles*, Ensimmäinen analytiikka. Teoksessa Aristoteles I. Kategoriat, Tulkinnasta, Ensimmäinen analytiikka, Toinen analytiikka. Suomentanut ja selitykset laatinut Lauri Carlson. Jyväskylä 1994.
- » – Metafyysikka. Aristoteles, teokset VI. Suomentaneet Tuija Jatakari, Kati Näätsaari ja Petri Pohjanlehto. Helsinki 1990.
- » – Nikomakhoksen etiikka. Aristoteles, teokset VII. Suomentanut Simo Knuuttila. Helsinki 1989.
- Arnholm, Carl Jacob*, Privatrekt II. Avtaler. Oslo 1964.
- » – Tre Utsnitt av den almindelige privatrekt. Oslo 1975.
- Atkinson, R.F.*, Hume on 'is' and 'ought': A Reply to MacIntyre. Teoksessa The Is-Ought Question. A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy. Edited by W.D. Hudson. Hong Kong 1983 s. 51–58.
- Atiyah, P.S. – Summers, Robert S.*, Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions. Oxford 1987.
- Aubert, Vilhelm*, Begreppet »Gjeldende Rett». Noen sosiologiske synspunkter i tilknytning till Alf Ross' »Om Ret og Retfærdighed». Tfr 1954 s. 376–394.
- Aurejärvi, Erkki*, Luotto- ja maksuvälineet. Jyväskylä 1986.
- » – Valeoikeustoimen tunnusmerkistöistä. Lakimies 1980 s. 205–229.
- Austin, J.L.*, How to do things with Words. The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955. Cambridge 1962.
- » – Truth. Teoksessa Philosophical Papers. Oxford 1961 s. 85–101.
- Austin, John*, Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. Revised and edited by Robert Campbell, vol II. Fifth edition. London 1885.
- » – The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence. With an Introduction by H.L.A. Hart. London 1954.
- Autio, Veli Matti*, Oikeusrelaatioista. Jurisprudentia – Oikeustiede XXVIII/1995 s. 89–139.
- Ayer, A.J.*, On the Analysis of Moral Judgements. Philosophical Essays. London 1954 s. 231–249.

- » – The Problem of Knowledge. Suffolk 1986.
- » – Russell. Suffolk 1972.
- Baker, G.P.*, Defeasibility and Meaning. Teoksessa Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart. Edited by P.M.S. Hacker and J. Raz. Oxford 1979 s. 26–57.
- Baker, G.P. – Hacker, P.M.S.*, Wittgenstein. Understanding and Meaning. An Analytical commentary of the Philosophical Investigations. Vol. 1. Sothampton 1980.
- Baldwin, Thomas*, G.E. Moore. Padstow 1990.
- Benedict, Ruth*, Anthropology and the Abnormal. Journal of General Psychology 1934 s. 59–80.
- Bentham, Jeremy*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Edited by J.H. Burns and H.L.A. Hart. London 1982.
- Berkeley, George*, A Treatise Concerning Principles of Human Knowledge. Edited and with an introduction by Colin M. Turbayne. Indianapolis 1957.
- Bix, Brian*, H.L.A. Hart and the »Open Texture« of Language. Law and Philosophy 1991 s. 51–72.
- Blackstone, William*, Commentaries of the Laws of England in four books with an Analysis of the Work in two volumes. Vol. I, book I & II. Philadelphia 1832.
- Bobbio, Norberto*, »Sein« and »Sollen« in Legal Science. ARSP, Beihaft 6. Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechtes. Wiesbaden 1970 s. 7–31.
- Bonjour, Robert*, Externalism/Internalism. Teoksessa A Companion to Epistemology. Edited by Jonathan Dancy and Ernest Sosa. Oxford 1992 s. 132–136.
- Brusin, Otto*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.
- Bulygin, Eugenio*, Legal Dogmatics and the Systematization of Law. RECHTSTHEORIE, Beihaft 10, 1986. Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart Torstein Eckhoff, Lawrence M. Friedman und Jyrki Uusitalo s. 193–210.
- David, René – Jauffret-Spinosi, Camille*, Nykyajan suuret oikeusjärjestelmät I. Kääntänyt Heikki E. S. Mattila. Helsinki 1982.
- Descartes, René*, Metodin esitys, Metafyysisiä mietiskelyjä ja kirjeitä. Teoksessa Teoksia ja kirjeita. Suomentanut J.A. Hollo. Juva 1994. Kaksi ensiksi mainittua englanniksi René Descartes. A Discourse on Method. Meditations and Principles. New Introduction by T. Sorell. Translated by John Veitch. London 1989.
- Dummett, Michael*, Realism. Synthese 1982 s. 55–112.
- Dworkin, Ronald*, Law's Empire. Glasgow 1986.
- » – A Matter of Principle. Cambridge 1985.
- » – Taking Rights Seriously. Avon 1991.
- Ebenstein, William*, The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought. Essays in Honor of Hans Kelsen. Celebrating the 90th Anniversary of his Birth. Edited by the California Law Review. South Hackensack 1971 s. 617–652.
- Eckhoff, Torstein*, Rettskildelære. 2. reviderete utgave. 2. opplag. Tano 1989.
- Einstein, Albert*, Autobiographical notes. Teoksessa Albert Einstein: Philosopher-Scientist. Edited by Paul Arthur Schilpp. Evanston 1949 s. 2–95.
- Ekelöf, Per Olof*, Juridisk slutledning och terminologi. TfR 1945 s. 211–272. Ja siihen liittyvä vastaus Ivan Strahlin artikkeliin (Till frågan om rättighetsbegreppet I, TfR 1946 s. 204–210) Till frågan om rättighetsbegreppet. TfR 1946 s. 309–313.
- » – Rättegång. Första häftet. Sjätte, reviderade upplagen. Stockholm 1983 (Rättegång I).
- » – Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Lund 1951.
- Erwin, Edward*, Behaviourism. A Companion to Epistemology. Edited by Jonathan Dancy and Ernest Sosa. Oxford 1992 s. 44.
- Fann, K.T.*, Wittgensteins Conception of Philosophy. Berkeley and Los Angeles 1969.

- Findlay, J.N.*, Kant and the Transcendental Object. A Hermeneutic Study. Oxford 1981.
- Finnis, John M.*, Natural Law and Natural Rights. Oxford 1992.
- » – Law as Co-ordination. *Ratio Juris* 1989 s. 97–104.
- Firth, Roderick*, Ethical Absolutism and the Ideal Observer. *Philosophy and Phenomenological Research* 1952 s. 317–345.
- Føllesdal, Dagfinn – Hilpinen Risto*, Deontic Logic: An Introduction. Teoksessa *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*. Edited by Risto Hilpinen. Dordrecht 1981 s. 1–35.
- Frank, Jerome*, Law and the Modern Mind. Gloucester 1970.
- Fries, Martin*, Verklighetsbegreppet enligt Hägerström. En systematisk framställning av grundtankarna i Hägerströms kunskapsteori med särskild hänsyn till hans lära om verklighetsbegreppet. Uppsala 1944.
- Frände, Dan*, Allman straffrätt. En introduktion. Helsingfors 1994.
- Fuller, Lon L.*, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review* 1958 s. 630–672.
- Gadamer, Hans-Georg*, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. 4. Auflage. Tübingen 1975. Englanninkielinen käännös toisesta painoksesta, Truth and Method. Translated by William Glen-Doepel. London 1981.
- Gauthier, David*, Morals by Agreement. Oxford 1987.
- Gettier, Edmund L.*, Is Justified True Belief Knowledge? *Analysis* 1963 s. 121–123.
- Goldman, Alvin I.*, Reliabilism. Teoksessa *A Companion to Epistemology*. Edited by Jonathan Dancy and Ernest Sosa. Oxford 1992 s. 433–435.
- » – Strong and Weak Justification. Teoksessa *Philosophical Perspectives* 2. Epistemology. Edited by James E. Tomberlin. Atascadero 1988 s. 50–69.
- » – What is Justified Belief? Teoksessa *Justification and Knowledge*. Epistemology. Edited by George S. Pappas. Dordrecht 1979 s. 1–23.
- Goodman, Nelson*, Fact, Fiction and Forecast. Second edition. Indianapolis 1965.
- Gray, John Chipman*, The Nature and Sources of the Law. Second Edition. New York 1921.
- Grönfors, Kurt*, Avtalslagen. Tredje upplagan. Göteborg 1995.
- Guastini, Riccardo*, Ought-Sentences and the Juristic Description of Rules. *Ratio Juris* 1991 s. 308–321.
- Haaparanta Leila – Niiniluoto, Ilkka*, Johdatus tieteelliseen ajatteluun. Helsinki 1987.
- Hacker, P.M.S.*, Hart's Philosophy of Law. Teoksessa *Law, Morality and Society*. Essays in Honour of H.L.A. Hart. Edited by P.M.S. Hacker and J. Raz. Oxford 1979 s. 1–25.
- Hahn, Hans – Neurath, Otto – Carnap, Rudolf* (allekirjoittajat), Wissenschaftliche Weltauffassung: Der wiener Kreis. Englanniksi käännettyä teoksessa *Otto Neurath. Empiricism and Sociology*. Edited by Marie Neurath and Robert S. Cohen. Dordrecht 1973 s. 299–318.
- Hall, Jerome*, Foundations of Jurisprudence. Indianapolis–Kansas City–New York 1973.
- Halttunen, Rauno*, Oikeudellisesta ratkaisusta joustavien oikeusnormilauseiden soveltamisalueella. Rovaniemi 1993.
- Hare, R.M.*, The Language of Morals. Oxford 1952.
- Harman, Gilbert*, Moral Relativism Defended. *The Philosophical Review* 1975 s. 3–22.
- Harrison, Jonathan*, Hume's Theory of Justice. Oxford 1981.
- Hart, H.L.A.*, The Ascription of Responsibility and Rights. Teoksessa *Logic and Language* (First Series). Essays. Edited with an Introduction by Anthony Flew. Oxford 1960 s. 145–166.
- » – The Concept of Law. Worcester 1986 (Hart). Lisäksi Postscript toisessa painoksessa, edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford 1994 s. 238–276.
- » – Definition and Theory in Jurisprudence. Teoksessa *Essays in Jurisprudence and*

- Philosophy. Oxford 1983 s. 21–48.
- » – Positivism and the Separation of Law and Morals. Teoksessa *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford 1983 s. 49–87.
 - » – Self-Referring Laws. Teoksessa *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford 1983 s. 170–178.
 - » – Scandinavian Realism. Teoksessa *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford 1983 s. 161–169.
- Havansi, Erkki*, Esinevakuusoikeudet. Panttioikeus, pidätys oikeus, omistuksenpidätys, vakuusluovutus. Toinen uudistettu painos. Jyväskylä 1992.
- » – Suomen konkurssioikeus. Kolmas uudistettu painos. Tampere 1992.
- HE 1990:102*. Hallituksen esitys Eduskunnalle takaisinsaantia konkurssipesään koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 1981:247*. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 1985:88*. Hallituksen esitys Eduskunnalle kulutusluottoja koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 1994:120*. Hallituksen esitys Eduskunnalle maakaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Heal, Jane*, Moore's Paradox. A Wittgensteinian Approach. *Mind* 1994 s. 5–24.
- Heinonen, Olavi*, Kansainvälinen yhdentymisen ja oikeuslähteoppi (kommenttipuheenvuoro). Teoksessa *Euroopan integraatio ja Suomen oikeus*. Toimittanut Seppo Laakso. Jyväskylä 1991 s. 91–96.
- Hedenius, Ingemar*, Om den rättsfilosofiska domstolrealismen. Teoksessa *Uppsalaskolan – och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium Uppsala 23–26 maj 1977*. Uppsala 1978 s. 41–49.
- » – Om rätt och moral. Stockholm 1941.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Oikeusfilosofia. Oikeusfilosofian pääpiirteet eli luonnonoikeuden ja valtiotieteen perusteet. Johdanto Juha Manninen ja Markus Wahlberg, suomentanut ja selitykset Markus Wahlberg. Oulu 1994. Alkuperäiskielellä *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Herausgegeben von Johannes Hoffmeister. Vierte Auflage. Hamburg 1955. Englanniksi *Elements of the Philosophy of Right*. Edited by Allen W. Wood, translated by H. B. Nisbet. Cambridge 1991.
- » – Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819/20 in Einer Nachschrift. Herausgegeben von Dieter Henrich. Frankfurt am Main 1983.
 - » – Phänomenologie des Geistes. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Werke 3. Frankfurt am Main 1970.
 - » – Wissenschaft der Logik, I, II und III. Leipzig 1963. (Hegel, Logik I, II, ja III).
- Helin, Markku*, Immateriaalioikeuksien kohteesta. *Lakimies* 1978 s. 645–664.
- » – Käsitteistä päättelämisestä. Teoksessa *Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915–14/2–1985*. Vammala 1985 s. 82–92.
 - » – Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Vammala 1988.
 - » – On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics. Oikeustiede – Jurisprudentia 1983 XVI (Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen) s. 64–88.
 - » – Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet – några anmärkningar. Teoksessa *Uppsalaskolan och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium Uppsala 23–26 maj 1977*. Uppsala 1978 s. 71–81.
- Hemmo, Mika*, Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteessa. Siviilioikeudellinen tutkimus. Vammala 1995.
- Hessler, Henrik*, Allman sakrätt om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer.

Stockholm 1973.

Hilpinen, Risto, Conflict and Change in Norm Systems. Turku 1987.

Hintikka, Jaakko, Defining Truth, the Whole Truth and Nothing but the Truth. Helsinki 1991.

– » – Deontic Logic and Its Philosophical Morals. Teoksessa Models for Modalities. Selected Essays. Dordrecht 1969 s. 184–214.

– » – Fenomenologi ilman fenomenologiaa – Wittgenstein välittömän kokemuksen filosofia. Teoksessa Kieli ja maailma, Kusch, Martin ja Hintikka, Jaakko. Oulu 1988 s. 123–142.

– » – Knowledge and Belief. An Introduction to the logic of the two notions. Ithaca 1962.

– » – Logic, Language–Games and Information. Kantian Themes in the Philosophy of Logic. Oxford 1973.

– » – Onko totuus saavuttamaton? Teoksessa Kieli ja maailma. Kusch, Martin ja Hintikka, Jaakko. Oulu 1988 s. 143–169.

– » – Some Main Problems of Deontic Logic. Deontic logic: Introductory and systematic readings Edited by Risto Hilpinen. Dordrecht 1981 s. 59–104.

Hintikka, Jaakko – Hintikka, Merrill B., Investigating Wittgenstein. Oxford 1986.

Hobbes, Thomas, Leviathan. Edited by Richard Tuck. Cambridge 1991.

– » – De Cive. A Critical Edition by Howard Warrender. Oxford 1983.

Holmes, Oliver Wendell, The Common Law. Boston 1881.

– » – The Path of Law. Jurisprudence in Action. A Pleadings Anthology. Legal Essays. New York 1953.

Hohfeld, Wesley Newcomb, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. Edited by Walter Wheeler Cook with a New Foreword by Arthur L. Corbin. New Haven 1964.

Honoré, Tony, The Social Contract Interpreted. Teoksessa Making Law Bind. Essays Legal and Philosophical. Oxford 1987 s. 139–160.

Hudson, W.D. (toimittaja ja kirjoittanut johdannon), The Is-Ought Question. A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy. Bristol 1969.

– » – Hume on *is* and *ought*. The Is-Ought Question. A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy. Edited by W.D. Hudson. Bristol 1969 s. 72–80.

Hughes, Graham, Validity and the Basic Norm. Teoksessa Essays in Honor of Hans Kelsen. Celebrating the 90th Anniversary of His Birth. Edited by The California Law Review. South Hackensack 1971 s. 695–714.

Hughes, G.E., – *Cresswell, M.J.*, An Introduction to Modal Logic. London 1990.

Hume, David, An Enquiry Concerning Human Understanding. New York 1988.

– » – An Enquiry Concerning the Principles of Morals. Indianapolis 1983 s. 31–32.

– » – A Treatise of Human Nature. Analytical Index by L.A. Selby-Bigge. Second Edition with text revised and notes by P.H. Nidditch. Oxford 1981.

Hunter, Geoffrey, Hume on *is* and *ought*. Teoksessa The Is-Ought Question. A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy. Edited by W.D. Hudson. Hong Kong 1983 s. 59–63.

Husa, Jaakko, Oikeudellisesta positivismista suomalaisessa valtio-oikeudessa. Lakimies 1993 s. 861–872.

Hägerström, Axel, Inquiries into the Nature of Law and Morals. Edited by Karl Olivecrona, Translated by C.D. Broad. Stockholm 1953.

– » – Rätten och viljan. Två uppsatser av Axel Hägerström. Ånys utgivna av Karl Olivecrona. Lund 1961.

– » – Till frågan om den objektiva rättens begrepp. I Viljeteorien. Uppsala 1917.

Hänninen, Sakari, Aika, paikka, politiikka. Marxilaisen valtioteorian konstituutiosta ja meto-

- dista. Oulu 1981.
- Jareborg, Nils*, Brotten. Första häftet. Grundbegepp. Brotten mot person. Lund 1979.
- » – Värderingar. Lund 1975.
- Jørgensen, Stig*, Contract as a Social Form of Life. Teoksessa Reason and Reality. Århus 1986 s. 129–144.
- » – Pluralis Juris. Towards a Relativistic Theory of Law. Århus 1982.
- » – Scandinavian Legal Philosophy. Teoksessa Reason and Reality. Århus 1986 s. 80–95.
- » – Values in Law. Ideas, Principles and Rules. København 1978.
- Joutsamo, Kari*, Euroopan yhteisö – Eurooppaoikeus. 2. uudistettu painos. Helsinki 1991.
- Juntunen, Matti – Mehtonen, Lauri*, Ihmistieteiden filosofiset perusteet. Toinen tarkistettu painos. Jyväskylän 1982.
- Jääskinen, Niilo*, External Justification of Propositions in Legal Science. Teoksessa Man, Law and Modern Forms of Life. Edited by E. Bulygin, J.-L. Gardies and I. Niiniluoto. Dordrecht 1985 s. 221–231.
- Jørgensen, Jürgen*, Imperatives and Logic. Erkenntnis 1937/1938 s. 288–296.
- Kaila, Eino*, Arkkokemuksen perseptuaalinen ja konseptuaalinen aines. Teoksessa Eino Kaila. Valitut teokset 2. Toimittanut ja johdannon kirjoittanut Ilkka Niiniluoto. Keuruu 1992 s. 561–622.
- » – Inhimillinen tieto. Mitä se on ja mitä se ei ole. Helsinki 1939.
- Kaisto, Janne*, Onko siirronsajalla suojaa? Varallisuus oikeudellinen tutkimus velallisen väiteoikeudesta VKL 27 §:ää ja erityisesti KSL 7:13.1:ää sovellettaessa. Defensor Legis 1996 s. 19–36.
- Kangas, Urpo*, Lahja. Jyväskylä 1993.
- Kant, Immanuel*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Herausgegeben von Karl Vorländer Hamburg 1965. Englanniksi Grounding for the Metaphysics of Morals. Translated by James W. Ellington. Indianapolis, Cambridge 1981. Suomeksi Tapojen metafysiikan perustus. Immanuel Kant. Siveysopilliset pääteokset. Suomentanut sekä johdannolla ja selityksillä varustanut J.E. Salomaa. Juva 1990 s. 67–161.
- » – Kritik der reinen Vernunft. Nach der ersten und zweiten Original-Ausgabe neu Herausgegeben von Raymund Schmidt. Hamburg 1976. Englanniksi Immanuel Kant's Critique of Pure Reason. Translated by Norman Kemp Smith. Trowbridge 1973. (Reinen Vernunft).
- Kartio, Leena*, Esineoikeuden perusteet. Tampere 1991.
- Kastari, Paavo*, Suomen valtiosääntö. Vammala 1977.
- Kelsen, Hans*, General Theory of Law and State. Translated by Anders Wedberg. New York 1961 (Kelsen).
- » – General Theory of Norms. Translated by Michael Hartney. Oxford 1991.
- Kennedy, Duncan*, Form and Substance in Private Law Adjudication. Harvard Law Review 1976 s.1685–1779.
- Keränen, Vesa*, Ross ja looginen empirismi. Lakimies 1992 s. 528–539.
- Kilpi, Jukka*, Vapautus velkataakasta – unelma, armo vai oikeus? Ajatus 50/1993. Teemanumero Vapaus ja moraalinen perusta. Toimittaneet Heta ja Matti Häyry s. 101–114.
- Kivimäki, T.M. – Ylöstalo, Matti*, Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Neljäs painos. Toimittanut Matti Ylöstalo. Juva 1981.
- Klami, Hannu Tapani*, Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksenteon ja oikeusnormipropositioiden tavoitteellisesta justifiointista ja kontrollista. Turku 1979.
- » – Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turku 1983.
- » – Juridisten argumenttien punnintamalli. Lakimies 1995 s. 1066–1081.
- » – Logiikkaa juristeille. 2. uusittu painos. Turku 1978.

- » – Supremacy and Subsidiarity. JFT 1995 s. 291–303.
- KM 1990:20*. Oikeustoimilakitoimikunnan mietintö. Suomen komiteamietinnöt.
- Kripke, Saul A.*, Wittgenstein on Rules and Private Language. An Elementary Exposition. Southampton 1982.
- Kuitalahti, Jukka*, Omaisuuden suoja ympäristönsuojelussa. Jyväskylä 1990.
- Kusch, Martin*, Ymmärtämisen haaste. Jyväskylä 1986.
- Körner, I.S.*, Kant. A New Introduction to the Philosophy of One of the Greatest Thinkers of the Modern World. Bristol 1955.
- Laakso, Seppo*, Puhtaan oikeusopin problematiikkaa. Oikeustiede–Jurisprudentia 1980 s. 95–174.
- Lagerspetz, Eerik*, A Conventionalist Theory of Institutions. Acta Philosophica Fennica vol. 44. Helsinki 1989. (Lagerspetz).
- » – The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions. Dordrecht 1995.
- Lahtinen, Osvi*, Oikeustoimen muoto-ongelmasta. Lakimies 1957 s. 134–144.
- Lammenranta, Markus*, Tietoteoria. Tampere 1993.
- Lappalainen, Juha*, Siviiliprosessioikeus I. Jyväskylä 1995.
- Laukkanen, Sakari*, Tuomarin rooli. Prosessioikeudellinen tutkimus tuomarin roolista dispositiivisen riita-asian valmistelussa silmällä pitäen riidan kohteen selvittämistä. Vammala 1995.
- Lehrberg, Bert*, Föutsättningsläran. Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter. Göteborg 1989.
- » – Lagstiftaren vilse i egen labyrint? Köprättens avtalsbegrepp i blyxtbelysning. Teoksessa Festkrift till Anders Agell. Göteborg 1994 s. 325–342.
- Lehrer, Keith*, Coherentism. Teoksessa A Companion to Epistemology. Edited by Jonathan Dancy and Ernest Sosa. Oxford 1992 s. 67–70.
- Leibniz, Gottfried Wilhelm*, Monadologia. Suomentanut sekä esipuheen ja selitykset laatinut Jyrki Siukonen. Tampere 1995. Sama englanniksi teoksessa Leibniz, Philosophical Writings s. 179–194.
- » – New Essays on Human Understanding. Translated and edited by Peter Remnant and Jonathan Bennett. Reprinted with corrections. Cambridge 1982
- » – Philosophical Writings. Edited by G.H.R. Parkinson. Translated by Mary Morris and G.H.R. Parkinson. London 1992.
 - Discourse on Metaphysics (selections) s. 18–47.
 - Principles of Nature and of Grace s. 195–204.
- Leskinen, Markku*, Tuomari ei aina löydä oikeudenmukaista ratkaisua. Käräjätuomari Markku Leskinen: Muodollinen oikeus ja oikeudenmukaisuus eivät välttämättä ole kovin tiukassa liitossa keskenään. Haastattelu. Susanna Reinboth. Helsingin Sanomat 20.11.1995, s. A 5.
- Lewin, Shirley Robin*, Morality and Law. Ratio Juris 1989 s. 55–65.
- Lewis, David K.*, Convention. A Philosophical Study. Cambridge 1969.
- Llewellyn, Karl N.*, Jurisprudence. Realism in Theory and Practice. Chicago 1962.
- » – The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method. The Yale Law Journal 1940 s. 1355–1400.
- » – A Realistic Jurisprudence – The Next Step. Columbia Law Review 1930 s. 431–460.
- Locke, John*, An Essay Concerning Human Understanding I and II. Oxford 1894 (Locke I ja II).
- » – Two Treatises of Government. Edited with an Introduction and Notes by Peter Laslett. Cambridge 1991.

- Lundstedt, A. Vilhelm*, Legal Thinking Revised. My views on Law. Stockholm 1956.
- » – Obligationsbegreppet. Första delen. Fakta och fiktioner. Uppsala 1929.
- MacCormick, Neil*, Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford 1978.
- » – Dworkin as Pre-Benthamite. Teoksessa Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence. Edited by Marshall Cohen. Totowa 1983 s. 182–201
- MacCormick, Neil – Weinberger, Ota*, An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht 1986. (Johdanto yhdessä, MacCormickin kirjoittamat luvut (artikkelit) = MacCormick ja Weinbergerin kirjoittamat luvut = Weinberger)
- MacIntyre, A.C.*, Hume on »Is» and »Ought». Philosophical Review 1959, s. 451–468.
- Majamaa, Vesa*, Kiinteistön kiinnittäminen vieraasta velasta. Lakimies 1982 s. 335–370.
- » – Oikeustapauskommenttaari KKO 1986 II 111. Defensor Legis 1987 B, s. 21–28.
- Makkonen, Kaarle*, Luentoja yleisestä oikeustieteestä. Helsinki 1978.
- » – Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus. Vammala 1981.
- Malcolm, Norman*, Wittgenstein's Philosophical Investigations. Wittgenstein. The Philosophical Investigations. A Collection of Essays. Edited by George Pitcher. New York 1966 s. 65–103.
- Manninen, Juha*, Dialektiikan ydin. Jyväskylä 1987.
- Ei tietoisuus määrää elämää, vaan elämä tietoisuuden s. 21–31
- Välttämättömyydestä historiassa s. 57–69.
- Realismi ja dialektiikka s. 179–212.
- Tietokyky mittauslaitteena eli Hegel »olioiden sinänsä» tiedostettavuudesta. s. 213–224.
- Mahdollisuus, satunnaisuus ja välttämättömyys Hegelin todellisuuskäsitteen dialektiikassa. Kirjoitettu yhdessä *Martin Kuschin* kanssa (Manninen–Kusch). s. 225–281.
- Marmor, Andrei*, Interpretation and Legal Theory. Oxford 1994.
- Maunu, Antti*, EY-direktiivit kansallisissa tuomioistuimissa. Tampere 1993.
- Mazzarese, Tecla*, 'Norm Proposition': Epistemic and Semantic Queries. RECHTSTHEORIE 1991 s. 39–70.
- Mikkola, Matti*, Työttömyysturvan ehdoista. Oikeustieteellinen tutkimus työttömyyskorvauksen hakijan asemasta ja oikeussuojasta. Vammala 1979.
- Montesquieu, Charles de Secondat*, The Spirit of the Laws. Translated and edited by Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller and Harold Samuel Stone. Cambridge 1989.
- Moore, George Edward*, A Defence of Common Sense. Contemporary British Philosophy (Second Series). Edited by J.H. Murhead. London 1925 s. 193–223.
- » – Principia Ethica. Cambridge 1922.
- » – A Reply to my Critics. The Philosophy of G.E. Moore. The Library of Living Philosophers. Edited by Paul Arthur Schilpp. La Salle 1968 s. 533–687.
- Moore, Michael S.*, Authority, Law, and Razian Reasons. Southern California Law Review 1989 s. 827–896 (Michael Moore).
- Moser, Paul K.*, Gettier Problem. Teoksessa A Companion to Epistemology. Edited by Jonathan Dancy and Ernest Sosa. Oxford 1992 s. 157–159.
- Muukkonen, P.J.*, Muotosäännökset. Varallisuusoikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus. Vammala 1958.
- » – Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate. Lakimies 1993 s. 1030–1048.
- » – Yhteistyösopimukset ja lojaliteettivelvollisuus. Teoksessa Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900–3/9–1975. Toimittanut Mikael Hidén. Vammala 1975 s. 356–364.
- Mäenpää, Olli*, Eurooppalaisen hallinto-oikeuden perusteita. Lakimies 1991 s. 1141–1167.
- Niemi, Matti Ilmari*, Esineoikeuden keskeiset periaatteet ja uusi maakaari. Teoksessa Oikeus-

- kirja. Toimittanut Petri Martikainen. Kitee 1995 s. 281–308.
- » – Havaintoja omistusasunnon suojasta yksityishenkilön velkajärjestelyssä. Defensor Legis 1993 s. 719–754.
- » – Yhteiskuntasopimus ja siviilioikeuden perusteet. Lakimies 1995 s. 240–260.
- Niiniluoto, Ilkka, Informaatio, tieto ja yhteiskunta. Filosofinen käsitteanalyysi. Helsinki 1992.
- » – Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus. Keuruu 1980.
- » – Norm Propositions Defended. Ratio Juris 1991 s. 367–373.
- » – On the Truth of Norms Propositions. RECHTSTHEORIE, Beihaft 3. Zum Fortschritt von Theorie und Technik in Recht und Ethik. Herausgegeben von Ilmar Tammelo und Aulis Aarnio. Berlin 1981 s. 171–180.
- » – Truth and Legal Norms. ARSP, Beihaft 25. Conditions of Validity and Cognition in Modern Thought. Stuttgart 1985 s. 168–190.
- Niklasson, Lars, Bör man lyda lagen. En Undersökning av den offentliga maktens legitimitet. Uppsala 1992.
- Norri, Matti, Vallitseeko Suomen sopimusoikeudessa kohtuuttomien ehtojen sovittelusääntö? Oikeustiede–Jurisprudentia 1977 s. 121–187.
- Nousiainen, Kevät, Prosessin herruus, länsimaisen oikeudenkäytön »modernille» ominaisten piirteiden tarkatella ja alueellista vertailua. Helsinki 1993.
- Nowell-Smith, P.H., Ethics. Woking and London 1954.
- Nuutila, Ari-Matti, Rikosoikeuden ABC-kirja. Turku 1995.
- Oetken, J. Paul, Form and Substance in Critical Legal Studies. The Yale Law Journal 1991 s. 2209–2228.
- Ojanen, Tuomas, EY-oikeus jäsenvaltiossa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus EY-oikeuden valtiosisäisestä voimassaolosta, vaikutuksista ja asemasta. Tampere 1993.
- Oker-Blom, Max, En enda riktig lösning trots allt? – Dworkin mot finländsk bakgrund. JFT 1978 s. 251–321
- Olivecrona, Karl, Lagens Imperativ. Lund 1942.
- » – Om lagen och Staten. Lund 1940.
- » – Det rättsliga språket och verkligheten. Lund 1964.
- » – Rättsordningen. Andra upplagan. Lund 1984.
- Opalek, Kazimierz – Woleński, Jan, On Weak and Strong Permissions. RECHTSTHEORIE 1973 s. 169–182.
- » – On Weak and Strong Permissions Once More. RECHTSTHEORIE 1986 s.83–88.
- Paukku, Veli-Pekka, Yhteisöjen tuomioistuinten ennakkoratkaisut – oikeuslähteitä vai ei? Defensor Legis 1995 s. 1032–1038.
- Paul, Julius, The Legal Realism of Jerome N. Frank. Hague 1959.
- Peczenik, Aleksander, Juridikens metodproblem. Rättskällelära och lagtolkning. 2. upplagan. Stockholm 1980.
- » – On Law and Reason. Dordrecht 1989.
- Pekkarinen, Jukka – Sutela, Pekka, Kansantaloustiede 2. Juva 1986.
- Pettit, Philip, Realism. A Companion to Epistemology. Edited by Jonathan Dancy and Ernest Sosa. Oxford 1992, s.420–424.
- Pihlström, Sami, Realismi, troopit ja »MAAILMA». Teoksessa Tieto, totuus ja todellisuus. Kirjoituksia Ilkka Niiniluodon 50-vuotispäivän kunniaksi. Toimittaneet I.A. Kiesepää, Sami Pihlström ja Panu Raatikainen. Tampere 1996 s. 65–74.
- Plaass, Peter, Kant's Theory of Natural Science. Translation, Analytic Introduction and Commentary by Alfred E. and Maria G. Miller. With an Introductory Essay by Carl Friedrich von Weizsäcker. Dordrecht 1994.
- Platon, Kriton. Teoksessa Platon teokset I. Suomentanut Marianna Tyni. Keuruu 1977.

- » - Parmenides. Teoksessa Platon teokset III. Keuruu 1979.
- » - Theaitetos. Teoksessa Platon teokset III. Suomennos Maija Itkonen-Kaila. Helsinki 1979.
- » - Timaios. Teoksessa Platon teokset V. Suomennos A.M. Anttila. Keuruu 1982.
- » - Valtio. Teoksessa Platon teokset IV. Keuruu 1981.
- Poincaré, Henri*, *Dernières Pensées*. Paris 1913.
- Popper, Karl L.*, *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*. Revised Edition. Oxford 1981.
- » - Replies to my Critics. Teoksessa *The Philosophy of Karl Popper*, book II. Edited by Arthur Schilpp. La Salle 1974 s. 961–1197.
- Presson, Virginia*, G.E. Moore's Theory of Dense-Data. *The Journal of Philosophy* 1951 s. 34–42.
- Pulkkinen, Tuija*, Hegelin oikeusfilosofia. Teoksessa *Yhteiskuntasopimuksesta yhteisöön*. Toimittaneet Kaarlo Tuori ja Jaana Matikainen. Helsinki 1990 s. 165–199. (Pulkkinen).
- » - Valtio ja vapaus. Jyväskylä 1989.
- Putnam, Hilary*, *Philosophy of Logic*. Trowbridge Wiltshire 1972.
- Pöyhönen, Juha*, *Contracts – Just Social Practice*. Teoksessa *Perspectives of Critical Contract Law*. Edited by Thomas Wilhelmsson. Aldershot 1991.
- » - Juridisista teorioista. Tutkimus lainopillisen teorian käsitteestä. Helsingin 1981.
- » - Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.
- » - Sopimuksen kohtuuttomuus anglo-amerikkalaisissa sopimusjärjestelmissä. Oikeustiede–Jurisprudentia 1993 s. 204–291.
- Quine, Willard van Orman*, *Two Dogmas of Empiricism*. Teoksessa *From a Logical Point of View*. Teoksessa *Logico-Philosophical Essays*. London 1980 s. 20–46.
- Rajala, Katariina*, Euroopan Unionin tuomioistuimen ratkaisujen sitovuudesta. *Defensor Legis* 1995 s. 650–666.
- Rawls, John*, *Political Liberalism*. New York 1993.
- » - A Theory of Justice. Oxford 1992 (Rawls). Suomennettuna Oikeudenmukaisuusteoria, Suomennos Terho Pursiainen, nootit Tuomas Nevanlinna. Juva 1988.
- » - Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review* 1955 s. 3–32.
- Raz, Joseph*, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford 1986.
- » - The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System. Second edition. Oxford 1980.
- » - Ethics in the Public Domain. *Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford 1994.
- » - Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal* 1972 s. 823–854.
- » - The Purity of the Pure Theory. *Revue Internationale de Philosophie* 1981 s. 79–97.
- Reichenbach, Hans*, *Philosophical Significance of Relativity*. Teoksessa *Albert Einstein: Philosopher-Scientist*. Edited by Paul Arthur Schilpp. Evanston 1949 s. 289–311.
- Rentto, Juha-Pekka*, *Prudentia Iuris. The Art of the Good and the Just*. Helsinki 1988.
- Reynolds, Noel B.*, *Law as Convention*. *Ratio Juris* 1989 s. 105–120.
- Riley, Patrick*, Johdanto teokseen *The Political Writings of Leibniz*. Translated and edited with an Introduction and Notes by Patrick Riley. Cambridge 1972. (Ks. Leibniz)
- Rosas, Allan*, Kansainvälinen normisto ja Suomen oikeusjärjestelmä. Teoksessa *Kansainvälinen normisto Suomen oikeuselämässä*. Toimittaneet Allan Rosas ja Catarina Krause. Jyväskylä 1993 s. 9–41.
- Ross, Alf*, *Directives and Norms*. Bristol 1968.
- » - Ejendomsret og Ejendomsorgan. Med særligt henblik paa Dansk retspraksis. København 1935.
- » - *Naturet contra retspositivisme*. *TfR* 1963, s. 497–525.
- » - Om Begrebet »Gældende ret» hos Theodor Geiger. *TfR* 1950 s. 242–272.

- » – Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. København 1953.
- » – Rettens Grundproblemer. Betragtninger i anledning af to nordiske Bøger. Tfr 1940 s. 281–298.
- » – Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law. Copenhagen 1946.
- » – Tû-Tû. Festkrift til Professor, DR Juris Henry Ussing. København 1951 s. 468–484.
- » – Virkelighed og Gyldighed i Retslæren. En kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber. København 1934.
- Rousseau, Jean-Jacques*, Yhteiskuntasopimuksesta. Suomentanut ja johdannolla varustanut J.V. Lehtonen. Hämeenlinna 1988.
- Routamo, Eero*, Kaupan lait I. Kotimainen ja kansainvälinen irtaimen kauppa. Jyväskylä 1990.
- Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli*, Suomen vahingonkorvausoikeus. Kolmas uudistettu painos. Jyväskylä 1995.
- Rudanko, Matti*, Rakennuttajan myötävaikutushäiriöistä rakennusurakassa. Vammala 1989.
- Russell, Bertrand*, Logical Atomism. Teoksessa Bertrand Russell Logic and Knowledge. Teoksessa Essays 1901–1950. Edited by Robert Charles Marsh. Worcester 1989 s. 323–343.
- » – Our Knowledge of the External World as a Field for Scientific Method in Philosophy. Chicago and London 1914.
- » – On Denoting. Readings in Philosophical Analysis. Selected and Edited by Herbert Feigl and Wilfrid Sellars. New York 1949 s. 103–115.
- » – The Philosophy of Logical Atomism. Teoksessa Bertrand Russell Logic and Knowledge. Essays 1901–1950. Edited by Robert Charles Marsh. Worcester 1989 s. 177–281.
- » – The Problems of Philosophy. Oxford 1983.
- Saarenpää, Ahti E.*, Sääntö, peukalosääntö, rutiini. Näkökohtia käytännön ja teorian suhteesta. Oikeustiede–Jurisprudentia XVII, 1984 s. 263–330.
- » – Tasajaon periaate. Tutkimus jäämistöoikeudellisen tasajaon periaatteen toteuttamisesta tuomioistuinkäytännössä. Vammala 1980.
- Saarnilehto, Ari*, Sopimus oikeuden perusteet. 3. uudistettu painos. Jyväskylä 1991.
- Sadurski, Wojciech*, Moral Pluralism and Legal Neutrality. Dordrecht 1990.
- Sarvilinna, Teppo*, Oikeustapauskommenttaari. KKO 1994:115. Defensor Legis 1995 s. 107–116.
- Sayre-McCord, Geoffrey*, The Many Moral Realisms (Introduction). Teoksessa Essays on Moral Realism. Edited by Sayre-McCord. Ithaca 1988 s. [1–23].
- Schauer, Frederick*, Formalism. The Yale Law Journal 1988 s. 509–548.
- » – Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford 1991. (Schauer)
- » – Rules and the Rule-Following Argument. Canadian Journal of Law and Jurisprudence 1990 s. 187–192.
- Scheinin, Martin*, Kansainväliset normit suomalaisessa lainkäytössä. Teoksessa Kansainvälinen normisto Suomen oikeuselämässä. Toimittaneet Allan Rosas ja Catarina Krause. Jyväskylä 1993 s. 43–55.
- Schlick, Moritz*, Meaning and Verification. Readings in Philosophical Analysis. Selected and edited by Herbert Feigl and Wilfrid Sellars. New York 1949 s. 146–170. Alunperin The Philosophical Review, 45, 1936.
- Searle, John, R.*, How to Derive »Ought« from »Is«. Philosophical Review 1964 s. 43–58.
- » – Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language. Cambridge 1977.
- Sellars, Wilfrid*, Empiricism and the Philosophy of Mind. The Foundations of Science and the Concepts of Psychology and Psychoanalysis. Minnesota Studies in the Philosophy of Science I.O Edited by Herbert Feigl and Michael Scriven. Minneapolis 1956 s. 255–329.
- » – »... This I or He or It (the Thing) Which Thinks ...» Teoksessa Essays in Philosophy

- and its History. Dordrecht 1974 s. 62–90.
- Sevón, Leif*, EY- ja ETA-normiston valtiosisäisen asema. Teoksessa Kansainvälinen normisto Suomen oikeuselämässä. Toimittaneet Allan Rosas ja Catarina Krause. Jyväskylä 1993 s. 75–85.
- Shiner, Roger A.*, Rules of Power and the Power of Rules. *Ratio Juris* 1993, s. 297–304.
- Shuman, Samuel I.*, Legal Positivism. Its Scope and Limitations. Detroit 1963.
- Siegel, Harvey*, Relativism. A Companion to Epistemology. Edited by Jonathan Dancy and Ernest Sosa. Oxford 1992 s. 428–430.
- Sintonen, Matti*, Positivismi. Teoksessa Vuosisatamme filosofia. Toimittaneet Ilkka Niiniluoto ja Esa Saarinen. Juva 1989 s. 1–39.
- Snellman J.V., J.V.* Snellmanin keväällä 1843 hengen olemuksesta pitämien luentojen rekonstruktio. Suomentanut, toimittanut ja johdannolla varustanut Markus Wahlberg. Oikeustiede – Jurisprudentia XXVIII / 1995 s. 367–434.
- Steinberg, Jules*, Locke, Rousseau and the Idea of Consent. An Inquiry into the Liberal-democratic Theory of Political Obligation. Westport 1978.
- Stenius, Erik*, Critical Essays. *Acta Philosophica Fennica* 1972. Helsinki 1972.
- On Kant's Distinction Between Phenomena and Noumena s. 231–245.
 - Mood and Language-Games. s. 182–202.
 - The Principles of a Logic of Normative Systems. s. 112–128.
- » – Critical essays II. *Acta Philosophica Fennica* 1989.
- On the system of Leibniz. s. 313–336.
 - Ross' paradox and Well-formed codices. s. 361–389.
- Stern, Robert*, Did Hegel Hold an Identity Theory of Truth? *Mind* 1993 s. 645–647.
- Stoutland, Frederick*, Tarvitsemmeko korrespondenssitoutuutta? Teoksessa Tieto, totuus ja todellisuus. Kirjoituksia Ilkka Niiniluodon 50-vuotispäivän kunniaksi. Toimittaneet I.A. Kiesepää, Sami Pihlström ja Panu Raatikainen. Tampere 1996 s. 18–29.
- Strahl, Ivar*, En allmän rättslära. *Svensk Juristidning* 1955 s. 289–315.
- » – Till frågan om rättighetsbepettet Tfr 1946 s. 204–210 (I) ja 1947 s. 481–514 (II).
- Strawson, P.F.*, Review of Wittgenstein's Philosophical Investigations. Teoksessa Wittgenstein. The Philosophical Investigations. A Collection of Critical Essays. Edited by George Pitcher. New York 1966 s. 22–64.
- Stroud, Barry*, Transcendental Arguments. *The Journal of Philosophy* 1968 s. 241–256.
- Strömholm, Stig*, Till definitionen av begreppet »rättsregel». *Svensk Juristidning* 1969 s. 168–198.
- Stuer Lauridsen, Preben*, Studier i retspolitisk argumentation. Odense 1974.
- Sundby, Nils Kristian*, Om normer. 2 opplag. Oslo–Bergen–Tromsø 1978.
- Summers, Robert S.*, The Formal Character of Law. *Cambridge Law Journal* 1992 s. 242–262.
- » – A Formal Theory of the Rule of Law. *Ratio Juris* 1993 s. 127–142.
 - » – Instrumentalism and American Legal Theory. Ithaca 1982.
 - » – Toward a Better General Theory of Legal Validity. *RECHTSTHEORIE* 1985 s. 65–83.
 - » – Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornell Law Review* 1978 s. 707–788.
- Sumner, L.W.*, The Moral Foundation of Rights. Oxford 1989.
- Sundberg, Jacob W.F.*, On den pluralistiska prejudikatläran. *JFT* 1995 s. 328–343.
- Sundström, G.O. Zacharias*, Rooman sopimuksen 177 artikla ja suomalaisen tuomioistuimen velvollisuus pyytää ennakkoratkaisua Euroopan tuomioistuimelta. *Lakimies* 1995 s. 774–794.
- Suviranta, Outi*, Virkamiehen ratkaisutoiminta ja Euroopan yhteisön oikeus. Tutkimus Euroopan unionin jäsenyyden vaikutuksesta virkamiehen ratkaisutoiminnan oikeudellisen oh-

- jauksen rakenteeseen. Vammala 1996.
- Takki, Tapio*, Lainkäyttäjän lainsäätäjän työn jatkajana. Korkeimman oikeuden oikeutta luovasta roolista. Helsinki 1985.
- Tarski, Alfred*, The Semantic Conception of Truth, and the Foundations of Semantics. Readings in Philosophical Analysis. Selected and Edited by Herbert Feigl and Wilfrid Sellars. New York 1949 s. 52–84. Philosophical and Phenomenological Research 1944.
- » – Logic, Semantics, Metamathematics. Papers from 1923 to 1938. Translated by J.H. Woodger. Oxford 1956.
- Taylor, Charles*, Hegel. Cambridge 1987.
- Taxell, Lars Erik*, Avtal och rättsskydd. Åbo 1972.
- » – Jämkning av avtal. JFT 1984 s. 606–630.
- » – Om lojalitet i avtalsförhållanden. Defensor Legis 1977 s. 148–155.
- » – Rätt och demokrati. Åbo 1976.
- Telaranta, K.A.*, Sopimusoikeus. Vammala 1990.
- Tepora, Jarno*, Omistuksenpidätyksestä. Varallisuus oikeudellinen tutkimus omistusoikeuden käytöstä vakuus- ja hallinnoimistarkoituksessa omistuksenpidätysehdon muodossa erityisesti rakennustoiminnassa. Vammala 1984.
- » – Siviilioikeuden perusteet ja »sosiaalinen siviilioikeus«. Helsingin hovioikeuspiirin VII tuomarikokouksen 17.5.1995 pöytäkirja s. 16–31.
- Timonen, Pekka*, Doctrine of the Sources of Law of a Scholar and of a Judge. Teoksessa Scandinavian Studies in Law 1990, vol 34. Edited by Anders Victorin. Uppsala 1990 s. 261–282.
- » – Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä. Mänttä 1987.
- Tolonen, Hannu*, Eräitä näkökohtia Skandinavisesta oikeusrealismista. Teoksessa Juhlajulkaisu Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta. Turku 1991 s. 405–419.
- » – Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta. Oikeustiede–Jurisprudentia XXII, 1989 s. 333–384.
- » – Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiointilöjen johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan. Vammala 1984.
- » – Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. Teoksessa juhlaulkaisu Allan Huttunen 1928–5/11–1988. Toimittanut Ari Saarnilehto. Turku 1988 s. 177–194.
- Tolonen, Juha*, Muutamia näkökohtia oikeustieteen nykytilasta. Lakimies 1970 s. 138–154.
- » – Valtio ja oikeus. Åbo 1989.
- Tulokas, Mikko*, Vakioehtöjen sitovuus – eräs ajatusmalli. Teoksessa Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917 – 2/2 – 1987. Helsinki 1987 s. 447–454.
- Tuomela, Raimo*, Tiede, toiminta ja todellisuus. Tieteellisen maailmankäsityksen filosofiset perusteet. Jyväskylä 1983.
- » – Tieteellinen realismi ja sosiaalinen todellisuus. Teoksessa Tieto, totuus ja todellisuus. Kirjoituksia Ilkka Niiniluodon 50-vuotispäivän kunniaksi. Toimittaneet I.A. Kieseppä, Sami Pihlström ja Panu Raatikainen. Tampere 1996 s. 109–126.
- Tuomisto, Jarmo*, Omistuksenpidätys ja leasing. Varallisuus oikeudellinen tutkimus omistuksenpidätysehdestä ja leasingsopimuksesta tavaran toimittajan ja rahoittajan vakuuskeinona. Vammala 1988.
- » – Takaisinsaannista. Erityisesti maksun ja vakuuden peräytymisestä konkurssissa. Helsinki 1995.
- » – Tyypipakosta aikaprioriteettiin. Näkökohtia esineoikeudellisen sivullissuojan perusteista. Vammala 1993.
- Tuori, Kaarlo*, Oikeuden rationaalisuus. Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tuloksijoina. Helsinki 1988.

- » - Luonnonoikeuden sisältö ja funktio. Ajatus 49/1992 s. 143–157. Teemanumero Luonto. Toimittaneet Matti Häyry, Ilkka Niiniluoto ja Thomas Wallgren.
- Uusitalo, Jyrki*, Gadamer, Dworkin ja oikeuden hermeneutiikka. Teoksessa Oikeus, kieli ja kritiikki. Toimittaneet Ari Hirvonen ja Kaarlo Tuori. Helsinki 1990 s. 129–139.
- Wahlberg, Markus*, Johdanto J.V. Snellmanin keväällä 1843 hengen olemuksesta pitämien luentojen rekonstruktioon. Ks. Snellman.
- Vahlén, Lennart*, Avtal och tolkning. Stockholm 1960
- Waismann, Friedrich*, Verifiability. Teoksessa Logic and Language (First Series). Essays. Edited with an Introduction by Anthony Flew. Oxford 1960 s. 117–144.
- Walker, Ralph C.S.*, The Coherence Theory of Truth. Realism, Anti-realism, Idealism. Padstow 1989.
- Walsh, W.H.*, Kant's Criticism of Metaphysics. Chigago 1976.
- Weber, Max*, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie. 1. Halband, fünfte, revidierte Auflage mit Textkritischen Erläuterungen herausgegeben von Johannes Winckelman. Tübingen 1976 (I) 2. Halband, vierte, neu herausgegebene Auflage, besorgt von Johannes Winckelman. Tübingen 1956 (II). Englanniksi On Law in Economy and Society. Edited with Introduction and Annotations by Max Rheinstein. Translation from second Edition (1925). Cambridge 1954.
- Weinberger, Ota*, An Institutional Theory of Law. (Weinberger, ks. McCormick–Weinberger).
- » - Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht 1991.
- Westermarck, Edvard*, Moraalin synty ja kehitys I. Siveelliset yleiskäsitteet. Suomentanut Emerik Olsoni. Porvoo 1933.
- Wikström, Kauko*, How to Prove Propositions in Legal Dogmatics. Oikeustiede–Jurisprudentia 1983 XVI s. 298–309.
- » - Oikeuskäytännön tulkinnasta. Erittely oikeusnormien soveltamistoiminnasta esitettävien väitteiden teoreettisista perusteista ja oikeuskäytännön rakenteesta. Vammala 1979.
- Wilhelmsson, Thomas*, Critical Studies in Private Law. A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law. Dordrecht 1992.
- » - Om tro och heder i finsk avtalslagen § 33 i rättsstillämpningen. Oikeustiede–Jurisprudentia 1978 XI s. 35–88
- » - Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation. Teoksessa Perspectives of Critical Contract Law. Edited by Thomas Wilhelmsson. Aldershot 1993 s. 9–52.
- » - Social Civilrätt. Om behovsorienterade elementer i kontraktsrättens allmänna läror. Helsinki 1987.
- » - Suomen kuluttajansuojajärjestelmä. Yleinen osa. Suomentanut Virpi Salomaa. Vammala 1991.
- » - Vakiosopimus. Sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista. Tampere 1995.
- Winch, Peter*, The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy. Eleventh impression. Trowbridge 1984.
- Wirilander, Juhani*, Käyttöoikeudesta kiinteistöön silmällä pitäen lailla sääntelemättömiä käyttöoikeuksia. Vammala 1980.
- Virkkunen, Aino*, EY-tuomioistuimen eräiden keskeisten ratkaisujen heijastuvaikutuksista kansallisissa tuomioistuimissa – olisiko löydettävissä keino ennakkoratkaisupyyntöjen tason varmistamiseksi? Lakimies 1996 s. 27–48.
- Virolainen, Jyrki*, Alioikeusuudistus I. Neljäs uudistettu painos. Rovaniemi 1993.
- Wittgenstein, Ludwig*, Philosophische Untersuchungen. Wittgenstein Tractatus logico-

- philosophicus Werkausgabe. Band I. Frankfurt am Main 1984 s. 225–580. Englanniksi Philosophical Investigations, kääntänyt G.E.M. Anscombe. Oxford 1978. Suomeksi Filosofisia tutkimuksia. Kääntänyt Heikki Nyman. Juva 1981. (Untersuchungen).
- » – Tractatus logico-philosophicus. Wittgenstein Tractatus logico-philosophicus Werkausgabe. Band I. Frankfurt am Main 1984 s. 7–85. Suomeksi Tractatus Logico-Philosophicus eli Loogis-filosofinen tutkielma. Kääntänyt Heikki Nyman. Juva 1984. (Tractatus).
 - » – Varmuudesta. Toimittanut ja suomenoksen esipuhe G.H. von Wright, esipuhe G.E.M. Anscombe ja G.H. von Wright. Suomentanut Heikki Hyman.
 - von Wright, Georg Henrik*, Deontic Logic. Mind 1951 s. 1–15.
 - » – Deontic Logic Revisited. Rechtstheorie 1973 Band 4 Heft 1 s. 37–46.
 - » – An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action. With a Bibliography of Deontic and Imperative Logic. Acta Philosophica Fennica XXI. Helsinki 1968.
 - » – An Essay in Modal Logic. Studies in Logic and the Foundations of Mathematics. Amsterdam 1951.
 - » – Explanation and Understanding. Norfolk 1971.
 - » – Is and Ought. Teoksessa Man, Law and Modern Forms of Life. Edited by E. Bulygin – J.-L. Gordiers and I. Niiniluoto. Dordrecht 1985 s. 263–281. Suomeksi »On» ja »pitäisi». Teoksessa Von Wright, Filosofisia tutkielmia. Juva 1985 s. 124–151.
 - » – Is There a Logic of Norms? Ratio Juris 1991 s. 265–283.
 - » – Logiikka, filosofia ja kieli. Ajattelijointa ja ajatussuuntia nykyajan filosofiassa. Suomentanut Jaakko Hintikka ja Tauno Nyberg. Keuruu 1982.
 - » – Looginen empirismi. Eräs nykyisen filosofian pääsuunta. Suomennos Hilppa Kinos. Helsinki 1945.
 - » – Norm and Action. A Logical Enquiry. Trowbridge and Esher 1977.
 - » – The Paradox of the Liar. Philosophical Logic. Philosophical Papers. Volume II. Padstow 1983 s. 25–33.
 - » – Practical Reason. Philosophical Papers. Volume I. Padstow 1983.
 - » – Tiede ja ihmisjärki. Suunnistussyritys. Suomentanut Anto Leikola. Keuruu 1987
 - » – The Varieties of Goodness. London 1972.
 - » – Wittgenstein. Varmuudesta. Suomennoksen esipuhe. Ks. Wittgenstein, Varmuudesta.
 - Wróblewski, Jerzy*, The Judicial Application of Law. Edited by Zenon Bańkowski and Neil McCormick. Dordrecht 1992.
 - » – Meaning and Truth in Judicial Decision. Second Edition. Edited by Aulis Aarnio. Helsinki 1983.
 - Young, James A.*, Coherence, Anti-realism and the Vienna Circle. Synthese 1991 s. 467–282.
 - Zahle, Henrik*, Kritik af en retsteori. Om Alf Ross' opfattelse af retsvidenskapen. Tfr 1974 s. 333–403.
 - Zitting, Simo*, Arvostelu Alf Rossin teoksesta Om ret og retfærdighet. Lakimies 1954 s. 861–864.
 - » – Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista I ja II. Lakimies 1952 s. 387–401 ja 501–531.
 - » – Omistajanvaihduksesta silmälläpitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. Vammala 1951.
 - » – Saantosoja. Irtaimisto-oikeudessa. Vammala 1956.
 - » – Sivullisuujoista varallisuus-oikeudessa. Toinen uudistettu painos. Jyväskylä 1989.
 - Ämmälä, Tuula* Edellytyksen merkityksestä sopimusoikeudessa. Juhlajulkaisu Juhani Kyläkallio 1930–14/3–1990. Toimittaneet Ari Saarnilehto ja Jarmo Tuomisto. Turku 1990 s. 263–275.
 - » – Lojaliteettiperiaatteesta eräiden sopimustyyppien yhteydessä. Teoksessa Lojaliteettiperiaatteesta. Vastapuolen edun huomioon ottaminen eri oikeuden aloilla. Turku 1994

- s. 3–50.
- » – Oikeustapauskommentaari KKO 1992:182. Lakimies 1993 s. 906–920.
 - » – Sopimuksen pätemättömyyden korjautumisesta. Oikeustoimilain pätemättömyysperusteita koskeva tutkimus. Jyväskylä 1993.
 - » – Sopimuksen pätemättömyydestä, raukeamisesta ja sovittelusta. Lakimies 1985 s. 825–916.

1. JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen aihe ja näkökulma

Tämän tutkimuksen keskeisenä ja hyvin yleisellä tasolla olevana aiheena on *tieto normeista eli pitämisen maailmasta*, erityisesti *lainopin* osalta. Kysymys on *normatiivisesta diskurssista*, tai muodollisen kielen kannalta, *deonttisesta modaliteetista*. Yleisyyden ja muodollisuuden vuoksi tutkimus on selkeästi *oikeusfilosofian ja -teorian* tasoilla.

Pitämisen maailmasta johtuu myös teoksen *Kantilta* lainattu nimi, *Päämäärien valtakunta (Reich der Zwecke)*.¹ Käsite viittaa lakien tavoitteiden muodostamaan systemaattiseen kokonaisuuteen. Tulkitsemme tämän kokonaisuuden tai järjestelmän eli valtakunnan niin, että sillä viitataan *yhteisön ideaalitilaan*, oikeudenmukaiseen ja *oikeaan*, jota normeilla tavoitellaan. Pitämisen maailma tarkoittaa näin ollen erityistä näkökulmaa suhteessa olemassa oleviin yhteisöihin. Nimi ei viittaa tässä niinkään keino–päämäärä -rationaalisuuteen tai muutoin varsinaiseen teleologisuuteen (*hyvien* tavoitteluun) kuin normatiiviseen diskurssiin erottamattomasti kuuluvaan idealisointiin. Pitämisen maailma on *mahdollinen maailma*, joka on yhteisön normien mukainen, ja se maailma, josta normit kertovat. Päämäärien valtakunta on normien tavoitteena oleva oikeudenmukainen yhteisö. Se on siis looginen vaihtoehto tosiasialliselle yhteisölle. Luonnollinen vastakkainasettelu muodostuu tämän takia *olemisen maailmaan eli alettiseen diskurssiin*. Juuri näiden modaliteettien merkitys ja niiden välinen ero on yksi tutkimuksen keskeisiä lähtökohtia.²

Oikeus tutkimuksen kohteena ei ole esteenä yleisfilosofisten käsitteiden ja lähestymistapojen käyttämiselle. Tämän on tapahduttava kuitenkin oikeuden ja

¹ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, s. [433].

² Modaliteetteja ei tässä kuitenkaan tarkastella muodollisen kielen eli muodollisen logiikan tasolla.

sen normatiivisuuden asettamilla ehdoilla. Oikeusteoria on paitsi teoriaa oikeudesta myös osa yleistä tieteenteoriaa tai -filosofiaa. Yhtenä keskeisenä strategiana teoksessa onkin *uusien näkökulmien avaaminen* näiden lähtökohtaisesti »vieraiden» käsitteellisten instrumenttien avulla.

Lähtökohtaisesti hyvin yleistä tutkimusaihetta on rajattu siten, että näkökulmana on *lainopin tietoteorian näkökulma*. Lähtökohtana on kysymys, *kuinka lainopillinen tieto eli tieto pitämisestä on mahdollinen?* Työhypoteesina on, että tällainen tieto on mahdollinen, jolloin asetelma muuttuu kysymykseksi tämän hypoteesin perustelemisesta ja *lainopillisen tiedon edellytyksistä*.³ Keskeisinä lähtökohtina näiden edellytysten tutkimisessa ovat tietoteoreettinen periaate *kielen universaalisuudesta* ja *konventionalismi*. Nämä kaksi lähtökohtaa esitellään yleisellä tasolla alkukappaleissa, mutta ne ovat kantavia tekijöitä kautta koko tutkimuksen. Konventionalismi ilmenee yhtäältä kielen ja tiedon käsitteellisiä edellytyksiä määrittelevinä periaatteina ja toisaalta analyttisena ja normatiivisena oppina *yhteiskuntasopimuksesta* (sopimusoppi) oikeusjärjestelmän perustana ja lainopin tietoteorianä. Perinteinen *lakipositivistinen* näkemys oikeudesta on varsin pitkälle yhdenmukainen näiden lähtökohtien kanssa.

Lainopillinen tieto on *tulkittua* ja *argumentoitua* tietoa voimassa olevasta oikeudesta. Kysymys ei ole vain varsinaisesta lainopin tiedonintressistä vaan samalla myös oikeudellista ratkaisua tekevän eli ns. *tuomarin näkökulmasta*. Nämä näkökulmat voidaankin jossain määrin samaistaa, vaikka lainoppi toimiikin yleensä yleisemmällä tasolla, ja tutkimukseen aina sisältyy kriittisen näkökulman mahdollisuus.⁴ Tasoeron vuoksi lainkäyttäjän voidaan sanoa usein jatkavan lainopin tehtävää täsmentämällä kysymyksenasettelua. Tämä näkyy itse lainopissa, jossa pidetään silmällä yleensä myös ratkaisutoimintaa.

Kielen universaalisuus yhdessä myös keskeiseksi lähtökohdaksi omaksutun *antirealismen* kanssa merkitsee, että oikeus, muodollisesti tiedon kohteena, nähdään käsitteellisenä ja kielellisenä asiana. Varsinaisesta viittaamisesta eli referenssistä kielen ulkoiseen todellisuuteen ei ole kysymys. Kysymys on *tavasta käyttää yhteistä kieltä*. Keskeisessä asemassa ovat sanojen ja lauseiden yhteiset merkitykset yhteisössä (semantiikka). Tästä huolimatta olettamuksena on, että

³ Dworkinin terminologiaan viitaten kiinnostuksen kohteena ei ole lain empiirinen ongelma vaan ns. *teoreettinen ongelma*. Kysymys on oikeusnormien pätevyyden ehdoista, ja mitä pätevyys ja laki (voimassa oleva oikeus) merkitsevät. Käsite lain empiirinen ongelma, kun Dworkin näyttää viittaavan sillä lähinnä oikeuslähteiden käyttöön, ei ole onnistunut. Dworkin, *Law's Empire*, s. 5.

⁴ Tuomarin toiminnan riidanratkaisufunktio jää tällöin sivuun. Ks. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 9 ja 10 ja Timonen, *Ennakkopäätökset ja niiden merkitys oikeuslähteenä*, s. 128 ja 129 ja *Doctrine of the Sources of Law of a Scholar and of a Judge*, s. 280.

itse kieli ja sen säännöt voidaan erottaa aineellisista moraalin ja oikeuden normeista. Nämä lähtökohdat asettavat tutkimuksen luonnolliseen vastakkainasetteluun *oikeusrealistisia* suuntauksia kohtaan. Tämä yhdessä keskeisen olemisen-pitäminen -dikotomian kanssa vaatii näiden realististen suuntausten lähtökohtien analysointia ja perusteltua kritiikkiä.

Olemisen ja pitämisen modaliteettien välinen ero tiivistyy *instituutioiden* ja ylipäänsä yhteisössä muodostuneen ja omaksutun *tradition* keskeisiin asemiin normatiivisissa diskurssissa. Historiallinen traditio pyritään sovittamaan yhteen toisena keskeisenä lähtökohtana olevan *rationalismin* kanssa, vaikka näiden kesken vallitseekin selkeä jännite. Myös lainopillisen systematiikan asema määräytyy näistä asetelmista. Lainopin näkökulmasta tämä merkitsee, että tiedon ja totuuden käsitteillä on selkeästi erilainen lähtökohta kuin luonnontieteissä ja sen tiedon mallia käyttävissä tieteissä. Käytän *institutionaalisen totuuden* käsitettä ilmentämään tätä eroa. Käsite korostaa totuuden, siis oikean ja väärän tiedon erityislaatuisia kriteerejä. Tätä kautta pyrin avaamaan uusia näkökulmia perinteiseen lakipositivistiseen näkemykseen oikeudesta. Strategiana on positivismin selkeä suhteellistaminen ja kehittäminen. Lainopillisen tiedon totuus ei ole korrespondenssia suhteessa kielen ulkoiseen todellisuuteen, vaan koherenssia ja yhteensopivuutta suhteessa yhteisön instituutioihin ja oikeudelliseen traditioon. Lausuttu periaate tuo esiin myös tutkimuksessa tärkeän *koherentistisen* ja *holistisen* tutkimusasenteen.

Episteemisesti ja metodisesti lainopillinen tieto perustuu *oikeuttamiseen*. Tämä oikeuttaminen on aineellista pitämistä ilmaisevaa tietoa siinä merkityksessä, että se on ei-tautologista ja ei-empiiristä, vaikka oikeuttamisessa vedottaisiinkin teksteihin tai tosiasiallisiin päätöksiin. Päinvastoin kuin *galileilais-positivistinen* luonnontieteen perinne, joka haluaa kieltää *miksi*-kysymyksen metafysisenä, lainoppi asettaa tämän kysymyksen keskeiseen asemaan. Selvää on, että koko oikeuttamisen käsite rakentuu tämän kysymyksen varaan, ja siksi vastaukset esitettyihin kysymyksiin ovat johtopäätöksiä, jotka johdetaan *argumenteista*. Oikeussääntöinä pidetään silmällä vain perinteisiä oikeusalamaisten käyttäytymistä säänteleviä rikos- ja erityisesti siviilioikeuden sääntöjä.

Teos on myös tutkimus rationaalisuuden ehdoista, ja oikeastaan myös muodollisen rationaalisuuden rajoista.⁵ Tämä ilmenee siten, että lainopillisessa tulkinnassa ja oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa lähtökohtana pidetään oikeudellisen tiedon lähteitä ja päättelyn sääntöjä annettuina asioina, mikä ilmenee tulkinnassa ennalta määrättyjen kriteerien, systematiikan ja tulkintaperiaatteiden käyttämisenä. Lähtökohtana on näin ollen *lain muodollinen systeemi* ja *muodol-*

⁵ Rationaalisuuden rajoista ks. *MacCormick*, s. 200.

lisesti oikea päättely erityisessä lainopillisessa merkityksessä, ei vain analyytisesti pätevä päättely. Muodollinen oikeudenmukaisuus ja lähtökohtana oleva kontinentaalinen eli säädännäisen oikeuden järjestelmä edellyttävät tätä lähtökohtaa. Muodollisen oikeudenmukaisuuden ja systeemin mukainen päättely tekee mahdolliseksi yleensä myös *aineellisen oikeudenmukaisuuden* toteuttamisen mutta ei aina. Tämä on luonnollista, koska edellinen perustuu jälkimmäiseen. Muodollinen oikeudenmukaisuus on omaksuttu toteuttamaan aineellista oikeudenmukaisuutta. Toisaalta edellinen yhdessä annettujen päättelysääntöjen kanssa implikoi päättelyn *kaavamaisuutta*, joka merkitsee poikkeamia suhteessa lähtökohtaan eli aineelliseen oikeudenmukaisuuteen.

Muodollisen rationaalisuuden rajat pyritään eksplikoimaan *väliintulevan tekijän* käsitteellä. Väliintuleva tekijä on laajasti tulkittuna mikä tahansa seikka, jonka avulla lähtökohtana olevan muodollisen systeemin mukaisesta oikeasta päättelystä poiketaan tai systeemiä muutetaan itse muodolliseen systeemiin nähden ulkoisen seikan, yleensä aineellisen oikeudenmukaisuuden perusteella. Ahtaamman rationaalisuuden lisäksi tarvitaan laveampaa, aineelliseen oikeudenmukaisuuden periaatteisiin perustuvaa rationaalisuutta. Muodollisella systeemillä viitataan tässä oikeuden virallislähteisiin ja tavanomaisiin tulkintasääntöihin. Väliintuleva tekijä ei näin ollen viittaa kielen ulkoisen todellisuuden, luonnon aiheuttamaan »esteeseen» tai »väliintuloon» vaan ennen kaikkea poikkeamiseen lähtökohdaksi omaksutusta päättelytavasta ja *muodolliseen systeemiin nähden ulkoiseen argumenttiin*, jolla poikkeaminen perustellaan. Kun väliintuleva tekijä ilmentää aineellista oikeudenmukaisuutta, poikkeaminen tapahtuu vain suhteessa muodolliseen systeemiin ja sen mukaiseen rationaalisuuteen, mutta ei suhteessa mainittuun laveampaan rationaalisuuteen, jonka toteuttamisesta tällöin on kysymys. Tältä pohjalta voidaan pyrkiä myös säädösteksteihin nähden sanamuodon vastaisten tulkintojen ja ratkaisujen käsitteelliseen hallintaan. Kysymys ei näissäkään tapauksissa ole arationaalisesta toiminnasta.

Lainopin muodollinen rationaalisuus on näin ollen sisällöllisessä liittymäsuhteessa sen perustana olevaan *aineelliseen rationaalisuuteen*. Normatiivisen diskurssin arvostuksenvaraisuus ja käytännöllisyys ei ilmene ainoastaan siihen sisältyvän rationaalisuuden erityislaatuisuutena, vaan avoimena päättelyn *harkinnanvaraisuutena*, joka oikeuttaa poikkeamaan tulkinnassa ja päätöksenteossa lähtökohtana olevista päättelysäännöistä. Kysymys on analyysista, ja kokonaisuutena väliintulevat tekijät sisältyvät myös lainopin rationaalisuuteen sen laajassa merkityksessä. Lisäksi oikeusjärjestelmä muuttuu koko ajan sisällyttämällä itseensä uusia ja hylkäämällä entisiä päättelytapoja.

Nykyiset manner-eurooppalaiset oikeusjärjestelmät, perustuen kirjoitettuihin lakeihin, ovat lähtökohtaisesti kaavamaisia. Yhdessä sopimusopin mukaisen lä-

hestymistavan kanssa tämä merkitsee, että oikeusjärjestelmässä hyväksytyn statuksen omaavat *tekstit* (tärkeimmiltä osiltaan tehdyt *päätökset*), erityisesti säädöstekstit on otettava tulkinnan ja päätöksenteon lähtökohdaksi riippumatta tulkitsijan omasta tarkoituksenmukaisuusharkinnasta. *John Austinin* tunnettu lausuma »*The existence of law is one thing; its merit or demerit another*», jota voidaan pitää yhtenä lakipositivismin perusaksioimana, on otettava vakavasti», kun se tulkitaan niin, että se viittaa *muodollisen oikeuttamisen* keskeiseen asemaan lainopillisessa tulkinnassa.⁶ On kuitenkin huomattava, että säännöksiä tulkinta edellyttää sääntöjen perustan, niiden aineellisten oikeutuksien ymmärtämistä. Säännön aineellinen oikeutus ja tulkitsijan tarkoituksenmukaisuusharkinta voivat poiketa toisistaan, ja sanamuodon perusteella tehtävä normaali tulkintajohdopäätös voi myös poiketa säännön oikeutuksesta.

Austinin teesi ilmaisee samalla oikeusfilosofian yhden ikuisuuskysymyksen ja yhden kaikkein vaikeimmista ongelmista: *Voidaanko tehdä ero laille niin kuin se on, ja niin kuin sen pitäisi olla?; ja jos ero voidaan tehdä, mitä se merkitsee, ja millä perusteilla erottelu voidaan tehdä?* Perinteisesti tätä erottelua on lähestytty *oikeuden* ja *moraalin* välisenä erona. Tietoteoreettisesti erottelua lähestytään tässä *muodollisen ja aineellisen oikeuttamisen* käsitteiden avulla, mutta selkeänä lähtökohtana on kuitenkin pyrkimys kuvatun erottelun suhteellistamiseen ja ylittämiseen sopimusopin avulla.⁷ Molemmat ehdottomat tähän kysymykseen annetut vastaukset, joiden mukaan ero on jyrkkä ja ongelmaton tai että laki voidaan aina tulkita tarkoituksenmukaisimmalla tavalla, näyttävät antavan vähintäänkin puutteellisen vastauksen. Pyrkimys tämän kysymyksen käsitteelliseen hallintaan, on tutkimuksen jälkipuoliskon keskeisimpiä tavoitteita. Samalla kysymys on luonteva jatko tutkimuksen alkuosaa hallitsevalle kysymykselle: *voidaanko ja millä edellytyksillä oikeudesta tietää, ja mitä tämä tietäminen on?*

Kielen ja oikeusjärjestyksen välinen suhde tulee esille kahdella eri tavalla. Tarkastelun kohteena on lainopin kielenkäyttö, ja toisaalta oikeusnormin ja oikeusjärjestyksen käsitteitä lainopin tutkimuskohteina lähestytään myös suoraan. Tämä merkitsee myös, että tässä ei noudateta *Rossin* omaksumaa loogisen positivismin mukaista näkemystä tieteenfilosofiasta, jonka mukaan tieteenfilosofian tehtävä on yksinomaan tieteellisen kielen looginen analyysi ja että se on yksinomaan aineellisten ja empiiristen tieteiden muodollinen metatiede.⁸ Sen sijaan

⁶ *John Austin*, *The Province of Jurisprudence*, s. 184 ja 185. Ks. *Hart*, *Positivism and the separation of Law and Morals*, s. 52 ja *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 109.

⁷ Ks. *Steinberg*, s. 4 ja 12.

⁸ Näkemys pohjautuu *Wittgensteinin* varhaisfilosofian käsitykseen filosofian ja logiikan asemasta suhteessa aineellisiin tieteisiin. Teesi pohjautuu jyrkkään erotteluun *analyysin* ja *syn-*

tieteenfilosofia lähestyy myös aineellisten tieteiden kohteita *yleisellä ja muodollisella tasolla*. Tämän takia tutkimuksen metodi on *käsitteellistä analyysiä*.

1.2 Tiedonmuodostuksesta ja käsitteistä yleistieteellisellä tasolla

1. Realismi ja antirealismi. Keskeisenä tieteenfilosofisena lähtökohtana tutkimuksessa on dikotomia realismi – antirealismi. Tämä tuo tiedon *ontologiset* kysymykset esiin. Oikeuden alalla *oikeusrealismi* näyttää päältäpäin ilmentävän tieteellistä realismia, mutta näiden välinen suhde on ilmeisen monitahoinen ja ongelmallinen, vaikka keskeisiäkin yhteisiä lähtökohtia voidaan osoittaa. Realistisen ajattelutavan edellytykset poikkeavatkin selkeästi esim. luonnontieteistä. Oikeusrealismi asetetaan tässä kritiikin kohteeksi, ja antirealismi, erityisesti *konventionalismin* muodossa omaksutaan tietoteoreettiseksi lähtökohdaksi. Realismin voidaan näin ollen sanoa muodostavan tutkimuksen negatiivisen ja kriittisen ja antirealismin sen tieteenfilosofisesti positiivisen, rakentavan ulottuvuuden. Keskustelu ja vertailu näiden kahden yleistieteellisen lähtökohdan välillä ilmenee käsityksissä tiedonmuodostuksesta ja yleiskäsitteistä. Tieto ei ole »löydetty» asia, vaan aktiivisen ja luovan, joskin hyvin pitkälle ohjatun toiminnan tulos. Tiedonmuodostuskysymys tuo esiin myös *epistemeiset* ja *metodologiset* kysymykset. Keskeisenä teesinä onkin vaatimus ontologian, epistemologian ja metodologian yhdenmukaisuudesta ja keskinäisestä riippuvuudesta.

Realismi ja *empirismi* kulkevat usein käsi kädessä, vaikka ne eivät välttämättä edellytä toisiaan.⁹ Empiristin ei tarvitse edellyttää kielen ulkoisia rakenteita. Näin oli laita esim. useiden loogiseen positivismiin kuuluvien tutkijoiden

teesin välillä. Filosofia, koska ei voinut olla synteisiä, saattoi olla vain loogista analyysiä metatason tieteenä. Dualismi voidaan lukea myös hyökkäyksenä *Kantin* oppia synteettisistä totuuksista a priori vastaan. Wittgenstein, *Tractatus*, 6.11, 6.1222, 6.124 ja 6.13. Kant, *Reinen Vernunft*, B 18 ja B 25. *Hahn-Neurath-Carnap*, *Wissenschaftliche Weltauffassung*, s. 306 ja 316, *von Wright*, *Looginen empirismi*, alk. s. 177 ja *Winch*, s. 4.

Oikeustieteessä tätä näkemystä tieteenfilosofian asemasta on selkeästi puoltanut juuri *Ross*. *Ross*, *Om ret og retfærdighed*, s. 34 ja 35. Hänen reflektiotaan voidaan kuitenkin kritisoida, koska selvää on, että hän ei itsekään noudata asettamiaaan, varsin ahtaita rajoja oikeusteorialle. Hänen metodinsa ei ole vain tosiasiallisesti harjoitetun lainopin kielen looginen analyysi. Tämä näkyy selkeästi sekä *Om ret og retfærdighed* -teoksessa että hänen myöhemmissä töissään esim. *Directives and Norms* -teoksessa.

⁹ Ks. esim. *Ayer*, *The Problem of Knowledge*, s. 132.

osalta.¹⁰ Voidaan kuitenkin puhua yleisestä realistis-empiristisestä *epistemisestä periaatteesta*. Olettamuksena on, että *kielen ulkoinen todellisuus määrää tosien tieteellisten lauseiden sisällön*.¹¹

Keskeisenä realismin lähtökohtana on metafyyssinen aksiooma: »*On olemassa ihmismielestä ontologisesti riippumattomia reaalisia yksilöolioita (objekteja, tapahtumia, prosesseja jne)*».¹² Realismi siis kieltää tieteen kielen kohteitten konstruktivisuuden. Realismi ilmenee tiedon ja todellisuuden oletettuna *dualismina* ja *bivalenttina* oppina lauseen totuudesta.¹³ Realismi implikoi bivalenttista semantiikkaa. Primäärissä asemassa olevat, välittömästi kielen ulkoista todellisuutta kuvaavat lauseet ovat joko tosia tai epätosia, riippuen siitä, vastaavatko ne kielen ulkoista todellisuutta (*veritas est adaequatio intellectus et rei*).¹⁴ Kuvatut asiantilat vallitsevat tai ovat vallitsematta. Paitsi itse todellisuuden myös sitä kuvaavien lauseiden totuuden edellytetään olevan annetun ja riippumattoman tajunnasta tai kieltä koskevista sopimuksista. Realismi edellyttää näin olen myös totuuden *korrespondenssiteoriaa*.¹⁵ Synteettiset lauseet ja niiden totuus määräytyvät kielen ulkopuolella olevan kohteensa mukaan. Tämän takia realismi implikoi myös *eksternalismia*. Uskomusten ja käsitteiden merkitysten edellytetään määräytyvän ainakin osittain tajunnan ulkoisista tekijöistä ja oikean referenssin perusteella.¹⁶ Antirealismille on taas ominaista, että käsitteen merkitys määrää oikean referenssin, jos käsitteellä on ekstensio.

Realismi voidaan jakaa *vahvaan* ja *heikkoon* versioon. Vahvalla versiolla viitataan esim. *Mooren* terveen järjen tai ns. naiviin realismiin. Heikolla versiolla viitataan ns. tieteelliseen tai kehittyneeseen realismiin ja englantilaisessa empirismissä keskeisiin *fenomenalistiseen* ns. *sense-data* -realismiin, joka lähenee jo puhtaan empirismin oppeja. Viimeksi mainitussa keskeistä ovat *välittömät*

¹⁰ Monet Wienin piirin tai ns. loogisen positivismen/empirismin edustajat olivat myös sekä tiedon että totuuden koherenssiteorian kannalla. Lähtökohdaksi voidaan hyvin asettaa teoreettisempien lauseiden yhdenmukaisuus suhteessa välitöntä havaintoa kuvaaviin lauseisiin. *Kaila*, *Inhimillinen tietoa*, s. 181–187, *von Wright*, *Looginen empirismi*, s. 128 ja *Young*, s. 467–469 ja 471.

¹¹ Ks. *Wikström*, *Oikeuskäytännön tulkinnasta*, s. 24 ja *Young*, s. 469.

¹² *Tuomela*, *Tiede, toiminta ja todellisuus*, s. 55 ja 56. *Schlick* totesi, että »*Jos kaikki tajunnat (mielet) lakkaisivat olemasta, tähdet silti jatkaisivat matkaansa radoillaan.*». *Schlick*, *Meaning and Verification*, s. 168. Ks. myös *Pihlström*, s. 66.

¹³ Bivalenssin ehdottoman aseman kiistäminen merkitsee myös kolmannen poissulkevan lain (*tertium non datum*) aseman horjuttamista.

¹⁴ *Dummett* s. 55, 56 ja 61, *Pettit*, s. 420, *Walker*, s. 3 ja 32 ja *Niiniluoto*, *Truth and Legal Norms*, s. 168.

¹⁵ Totuuden korrespondenssiteoria perustuu *Aristoteleen* lauselogiikan totuusmääritelmään. *Aristoteles*, *Metafysiikka*, IV, 7. *Tarski*, *The Semantic Conception of Truth*, s. 54.

¹⁶ Ks. *Bonjour*, s. 132 ja 136.

*havainnot, joista kaiken synteettisen tiedon ja myös yleiskäsitteiden oletetaan olevan johdettavissa.*¹⁷ Naivi realismi olettaa väitelauseiden kohteiden olemassaolon sellaisenaan, mutta tieteellinen realismi pyrkii palauttamaan lauseiden kohteet primäärimpiin, varsinaisiin olemassaoleviin olioihin tai ominaisuuksiin.¹⁸ Tämä ilmaisee samalla *atomistisen* ja *reduktionistisen* näkemyksen tiedosta, jotka olivat myös loogisen empirismin keskeisimpiä periaatteita.¹⁹ Metafyysisenä lähtökohtana on konkreettisen ja yksittäisen etusija, ja episteeminen periaate on yksittäisestä yleiseen ja konkreettisesta abstraktiin. Fenomenalistiset teesit eivät ole kuitenkaan kestäviä edes luonnontieteissä, koska yleiskäsitteiden tyhjentävä palauttaminen välittömiin havaintoihin ei ole mahdollista.²⁰ Olio- tai kohdekäsitteitä ei voi palauttaa havaittavien ominaisuuksien konjunktioksi tai disjunktioksi.²¹ Tämä merkitsee myös, että lauseen merkitystä tai ymmärtämistä ei voi pa-

¹⁷ Periaate on selkeästi esitetty jo *Lockella* ja *Humella*, Locke I, s. 121–124, 145 ja 213 ja Hume, *A Treatise of Human Nature*, book I, part I, sec. I, s. 4 ja sec. VII, s. 17, 19 ja 23 ja *An Inquiry Concerning Human Understanding*, Sec. II ja III. Ks. *Sellars*, *Empiricism and the Philosophy of Mind*, s. 288.

Sense-datan käsite on peräisin *Russellilta* ja *Moorelta*. Russell, *The Problems of Knowledge*, s. 4 ja Moore, *A Reply to my Critics*, s. 638–649. Moore pyrki yhdistämään terveen järjen realismiin ja sense-data -realismiin. Tässä hän ei kuitenkaan onnistunut. Sense-datoista ei voi johtaa lausetta »*Tämä on käteni*». Moore, *A Defence of Common Sense*, s. 194–196, 207 ja 218–223 ja *A Reply to My Critics*, s. 629 ja 636–647. *Presson*, s. 40.

Sense-datan käsite on selvässä yhteydessä ns. *trooppien* käsitteeseen. Moderni tieteellinen realismi näyttää usein perustuvan tällaisten toisiinsa nähden erilaisten tai samankaltaisten, havaittavia ominaisuuksia välittömästi kantavien ja analysoimattomien todellisuuden perusosien varaan. Ks. *Pihlström*, s. 68 ja 69. Troopin käsitteellä on myös paljon yhteistä *Leibnizin* monadin kanssa. Ks. *Leibniz*, *Monadologia*, 1–11.

¹⁸ Ks. *Marmor*, s. 89.

¹⁹ Periaatteet ja myös niistä johdettava ns. *mielekkyysteesi* ilmenevät tiivistetysti *Humen* tunnetussa *metafyysiikkateesissä* tieteellisistä lauseista: »*Does it contain any abstract reasoning concerning quantity or number? No. Does it contain any experimental reasoning concerning matter of fact and existence? No. Commit it then to the flames: for it can contain nothing but sophistry and illusion.*» Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, s. 149.

Ks. *Russell*, *Our Knowledge of the External World as a field for Scientific Method in Philosophy*, s. 81 ja loogisen empirismin tietoteoreettinen ohjelma, *Wissenschaftliche Weltauffassung: Der Wiener Kreis*, s. 308 ja 309. Ohjelmajulistus, jonka allekirjoittajat olivat *Hans Hahn*, *Otto Neurath* ja *Rudolf Carnap*, oli laadittu Wienissä 1929, ja se oli omistettu *Moritz Schlickille*.

Ks. myös Schlick, *Meaning and Verification*, s. 150, 154–156, 158 ja 160. »*A Proposition has meaning only if it is verifiable*».

Mielekkyysteesistä *von Wright*, *Looginen empirismi*, alk. s. 57 ja *Sintonen*, *Positivismi*, s. 16 ja 28.

²⁰ *Quine*, *Two Dogmas of Empiricism*, s. 41 ja *Sellars*, *Empiricism and the Philosophy of Mind*, s. 258, 274, 275, 298 ja 306.

²¹ *Waismann*, s. 118.

lauttaa sen totuusehtoihin. Hämmöittämisen suunta on käännettävä päinvastaiseksi. Itse asiassa edes havainnot eivät ole mahdollisia ilman niitä edeltäviä *apriorisia* käsitteellisiä valmiuksia, vaan ne voidaan ymmärtää vain käsitteellisestä kokonaisuudesta käsin. Havaintoja tekevän mieli ei voi olla tyhjä taulu (*tabula rasa*).²² Systeemi on myös määräävä suhteessa sen yksittäiseen lauseeseen, ei pelkästään päinvastoin.

Kestävämpi tapa lähestyä kielen ulkoista todellisuutta on ymmärtää todellisuuteen konstruoidut rakenteet, ominaisuudet (predikaatit) ja tapahtumat tavaksi jäsentää kielen avulla ja käsitteellisesti ihmisestä riippumatonta mutta määrittelemätöntä ja sinänsä tuntemattomaksi jäävää todellisuutta. Oikeuden kannalta tällä on erityistä merkitystä *teon* käsitteen suhteen. Tällainen todellisuuskuva on *Kantilla*. Toisaalta tässä lähestymistavassa on myös selkeästi kysymys muusta kuin realismista.²³ Antirealistinen lähestymistapa on yhteensopiva tiedon *koherenssiteorian* ja *holistisen* lähestymistavan kanssa.²⁴

Käsitteenmuodostuksen osalta edellä lausuttu merkitsee, että lähtökohtana on *Platonin* ideaoppi, jonka dualismi on kuitenkin yhdistetty *Aristoteleen* substanssiopin ja *Kantin transsendentaalisten* käsitteiden viitoittamalla tavalla. Yleisemmässä käsitteenmuodostuksessa on kysymys muodon antamisesta konkreettisemmalle ja sisällölle. Samalla kysymys on sisällön ymmärtämisestä ja määrittelystä.²⁵ *Kantin* näkökulmaa laveammin abstraktimpien käsitteiden ja konkreettisemmän välinen suhde voi vallita yhtä hyvin käsitteiden suhteessa luontoon, tekoihin kuin myös esim. oikeuden sääntöihin.

Tieteellisillä ja intersubjektiivisillä yleiskäsitteillä sanoina viitataan näin ollen avoimeen joukkoon itse käsitteitä eksaktimpia eli suppea-alaisempia lauseita. Nämä lauseet ovat tällöin käsitteen alaisuudessa sen sisältönä. Käsitteiden ja lauseiden oletetaan muodostavan koherentin kokonaisuuden. Käsitteet ovat sinänsä *apriorisia*, muodollisia ja usein funktionaalisia, niitä ei voi suoraan johtaa mainituista lauseista, mutta toisaalta ne ovat välttämättömiä, koska tiedon sisältöä ei voi ilmaista muutoin kuin käsitteellisesti. Toisaalta käsitteestä ei voi myös-

²² *Leibniz*, *New Essays on the Human Understanding*, s. [109 ja 110]. Ks. myös *Winch*, s. 124.

²³ *Manninen*, *Realismi ja dialektiikka*. Vrt. *Hänninen*, s. 139.

²⁴ *Walker*, s. 6. Totuuden korrespondenssi- ja koherenssiteoriat ovat toisensa poissulkevat. Eri asia on, että molemmat teoriat voidaan hylätä, tai voidaan muodostaa sekateoria, jonka mukaan jotkut uskomukset nojaavat korrespondenssiin ja jotkut koherenssiin. Walkerin mukaan *Kant* on omaksunut sekateorian.

²⁵ *Platon*, *Timaios*, s. 171–174, 196, 197 ja 364, *Valtio*, s. 247–250 ja *Parmenides*, s. 219 ja 220 ja *Aristoteles*, *Metafysiikka*, erit. VII-kirja 3–6. luvut. Luonnon suhteen kysymys on ideamaailman (*kosmos*) ja havaittavan maailman (*fysis*) yhdistämisestä.

kään johtaa sen alaisuudessa olevia lauseita, mutta ne vaikuttavat, ei tyhjentävästi mutta merkittävällä tavalla siihen, miten viimeksi mainitut lauseet muodostetaan ja ymmärretään. Käsitteiden muodollisuus sisältöön nähden ei näin ollen ole puhdasta muodollisuutta lauselogiikan merkityksessä vaan pikemminkin yleisemmän tason merkityksiä. Muodollisuudesta huolimatta lähtökohtaisesti aprioriset käsitteet pyrkivät myös vaikuttamaan sisältöönsä ja kuvaamaan sitä.²⁶ Käsitteen adekvaattisuus ja sen sisältö eli se, mihin käsitteellä viitataan, kuitenkin määräytyy viime kädessä konkreettisempien lauseiden perusteella. Lisäksi konkreettisempien lauseiden muuttaminen muuttaa käsitettä paitsi sen sisältöä muuttamalla, myös muuttamalla itse apriorista ideaa. Käsitteenmuodostus ei ole näin ollen mielivaltaista, vaikka se on selkeän konstruktivistista, vaan sitä ohjaavat hyvin pitkälle yhtäältä tieteellinen ja muun kulttuurin traditio ja toisaalta käsitteiden yhteensopivuus konkreettisemmän kanssa.²⁷

Kantista poiketen käsitteen määrittymistä ei tässä pidetä välttämättömänä, *apodiktisena* konstruktiona siinä merkityksessä, että käsite on välttämättä tietynlainen, vaan määritelmät ymmärretään konventionaalisina *dispositioina*; ne voisivat olla myös toisenlaisia. Käsitteitä ei tässä ymmärretä myöskään ehdottomina, vaan suhteellisina ja heikompina *ymmärtämisen välttämättöminä välineinä ja lähtökohtina*. Tämä sulkee pois determinismin. Kysymys on myös tietynlaisesta edestakaisesta tai *kehämäisestä ajatusliikkeestä, reflektiosta*, muodon ja sisällön heijastumisesta toisiinsa nähden ja ymmärtämisestä tässä merkityksessä.²⁸

Realistis-empiristiseen tietokäsitykseen sisältyviä käsitteellisiä vaikeuksia ilmentävät hyvin *Berkeleyn* paradoksaaliset johtopäätökset *Locken* tietoteorian johdosta. Koska ihminen saattoi tuntea vain omat subjektiiviset havaintokokemuksensa, ei hän voinut tietää mistään muusta (*»Esse is percipi»*). Berkeley kielsi

²⁶ Ks. *Kant*, Reinen Vernunft, B 92–94. *Hintikka*, Logic, Language-Games and Information, s. 234–236.

²⁷ *Goodman*, s. 94–98. Ks. myös *Goodman* s. 42–49.

²⁸ Selkeä ero *Kantin* alkuperäiseen ajatteluun on käsitteenmuodostuksen oletettu *dynamiisuus*, eli aprioristen käsitteiden muuttuminen ajassa.

Ks. *Einsteinin* Kantiin kohdistama perusteltu kritiikki: *»All concepts, even those which are closest to experience, are from the point of view of logic freely chosen conventions, just as is the case with the concept of causality, with which this problematic concerned itself in the first instance.»* *Einstein*, s. 13.

Erityisesti *Kantin* luonnontieteen kategoriat suhteellistuvat vain suhteessa aktuaalitodellisuuteen nähden vaihtoehtoihin maailmoihin, mutta *Einsteinin* käsitteet suhteellistuvat aktuaalimaailmaan nähden vaihtoehtoihin käsitejärjestelmiin. *Kantin* mukaan »tässä ihmisen maailmassa» käsitteet eivät voi olla toisin, kun taas *Einsteinin* mukaan tietyn käsitejärjestelmän piirissä käsitteet ovat määräytyneet, mutta aktuaalimaailman suhteen ja eri käsitejärjestelmien suhteen ne voivat olla toisin. Ks. *Körner*, s. 25 ja 26 ja *Stroud*, s. 252–254.

tajunnan ulkoiset oliot ja todellisuuden tiedon kohteena, eli jokainen elää omassa subjektiivisessa maailmassaan.²⁹ Berkeleyn *solipsismia* voidaan kutsua *idealistiksi fenomenalismiksi* tai *subjektiiviseksi idealismiksi*.

Berkeleyn johtopäätökset muistuttavat *Descartesin* radikaalia skeptismia (ns. *malin génie* -teesi). *Descartes* pyrki toisaalta myös ratkaisemaan asettamansa ongelman *rationalismin* avulla. Tämä ratkaisu johti hänet kuitenkin johtamaan synteettisiä, todellisuutta koskevia väitteitä apiorisista lähtökohdista (ns. *metafyysinen virhepäätely*).³⁰ Päätely myös ilmentää, että *Descartes* ei erottanut materiaalisen tiedon epävarmuutta ja loogista ristitiidattomuutta toisistaan. *Descartes* joutui tässä suhteessa päinvastaisiin, joskin yhtä vakaviin ongelmiin kuin fenomenalistit.

Realismin käsitteellisiä ongelmia voidaan havainnollistaa myös *Kantin* ja *Russellin* esittämän ns. *eksistenssiparadoksin* avulla. Oliota voidaan pitää vain lauseen subjektina, eikä siihen voida liittää olemassaoloa predikaattina. Jos esitetään väite olion olemassaolosta, niin voidaan myös esittää väite, että on olio, jolla on ominaisuus, että se ei ole olemassa. *Russellin* mukaan olio onkin *looginen konstruktio*.³¹ Vastaavalla tavalla käsite *epäpätevästä normista* on kontradiktio, jos se tulkitaan väitteeksi, että on (olemassa) normi, joka on epäpätevä. Olemassaolokysymys onkin käsitteellinen, ei empiirinen.³² Mielekäs kielenkäyttö edellyttää, että konstruoitujen lauseen subjektien asettamista ei kyseenalaisteta.³³ Olion käsite samoin kuin normien, sääntöjen ja periaatteiden käsitteet ovat tiedon konstruoituja lähtökohtia ja osa annettua järjestelmää (*esitietoa*), jossa varsinainen tietäminen tapahtuu. Keskeisimpien käsitteiden muuttaminen merkitsee tiedon lähtökohtien eli maailman muuttumista.³⁴

Kant ja jo häntä ennen *Leibniz* esittivät selkeän Aristotelisen perinteen mukaisen vastauksen englantilaisten empiristien antamaan haasteeseen. Mainittu realistis-empiristinen filosofia pyrki ennen kaikkea antamaan käsitteelliset puit-

²⁹ *Berkeley*, s. 24–32.

³⁰ *Descartes*, *Metodin esitys*, s. 33 ja 34 ja *Metafyysisiä mietiskelyjä*, s. 91. Walker, s. 46, *Alanen*, *On Descartes's Argument*, s. 232 ja *Kaila*, *Arkikokemuksen perseptuaalinen ja konseptuaalinen aines*, s. 567.

³¹ *Kant*, *Reinen Vernunft*, A 93 ja 94 ja B 105–107, 298, 286 ja 624–626. *Russell*, *On Denoting*, s. 106, *The Philosophy of Logical Atomism*, s. 252, 273 ja 274, *Logical Atomism*, s. 329 ja *Our Knowledge of the External World*, s. 89. Ks. *von Wright*, *Wittgenstein*, *Varmuudesta*, s. 20. *Kantin* antirealistisista lähtökohdista *Plaass*, s. 261, *Körner*, s. 25 ja 26 ja *Walsh*, s. 156 ja 157.

³² *Winch*, s. 9 ja *Kelsen*, s. 155. Ks. myös *Pöyhönen*, *Juridisista teorioista*, s. 67.

³³ *J.L. Austin*, *How to do Things with Words*, s. 20 ja 136 ja *Searle*, *Speech Acts*, s. 157–162.

³⁴ *Winch*, s. 15.

teet syntyneelle uudelle, galileilais-newtonilaiselle luonnontieteelle. Kantilainen lähtökohta on hedelmällinen tapa ymmärtää myös oikeustieteen käyttämiä käsitteitä, ja Kantin oppi kahdesta, olemisen ja pitämisen maailmasta, jonka lähtökohtana on *Aristoteleen* jaottelu teoreettisiin ja käytännöllisiin tieteisiin on keskeinen lähtökohta tässä tutkimuksessa.³⁵ Kantia ei tässä tulkita tai »hyödynnetä» luonnonoikeuden edustajana, niin kuin *Kelsen* näkee Kantin, vaan ennen kaikkea valistusfilosofina ja rationalistina.³⁶

Oman keskeisen kysymyksensä muodostaa varsinainen *lainopillisen tiedon* ja kielen ulkoisen todellisuuden välinen suhde. Lähtökohtana on tässä suhteessa antirealismi vahvassa merkityksessä. Tämä tarkoittaa, että normitiedolla ei kuvata kielen ulkoista todellisuutta. Sen sijaan normien, periaatteiden ja sääntöjen kohteena ovat viime kädessä *mahdolliset teot*. Lähtökohtana on näin ollen *Kantin* tunnettu periaate *pitäminen sisältää voimisen*, tulkittuna normien aineellisen mielekkyysehtona.³⁷ Suhde havaittavaan todellisuuteen jää kuitenkin välilliseksi ja ehdolliseksi, vaikka kohteena ovatkin teot. Tietoa siitä, mikä on *oikeaa* käyttäytymistä, sallittua, kiellettyä tai pakollista, ei voi löytää käsitteellisen kielen ulkopuolelta. Vielä selkeämmin tämä koskee abstraktimmalla tasolla olevia käsitteitä niin kuin *oikeuksia*, muita juridisia konstruktioita ja henkilöitten välisiä *oikeussuhteita*. Vastaava suhde voidaan hahmottaa *tavoitteiden* (hyvien) suhteen. Tavoiteltava asiantila voi olla havaittava asiantila, mutta sen asettaminen päämääräksi tai tavoitteeksi on arvostusratkaisu, josta voi saada tietoa vain ymmärtämisen ja tulkinnan avulla.

2. *Muodolliset symbolit*. Tutkimuksessa käytetään eräin kohdin *deonttisen logiikan* symboleja. Modaalioperaattoreina lähtökohtana ovat alettiset operaattorit välttämätön (N) ja mahdollinen (M), joihin nähden deonttiset operaattorit pakollinen (O) ja sallittu eli luvallinen (P) ovat analogisia symboleja. Muuttujina käytetään lähtökohtaisesti tekojen symboleja, esim. A, B jne ja asiantilojen symboleja, esim. p, q jne, mutta eräin paikoin kaavojen johdonmukaisuus edellyttää toisenlaista merkintää. Konnektiiveinä käytetään ekstensionaalisen negaation (¬), tekojen yhteydessä intensionaalisen negaation (→), konjunktion (∧), inklusiivisen disjunktion (∨), implikaation (⊃) ja ekvivalenssin (≡) merkkejä. Sul-

³⁵ *Kant*, Reinen Vernunft, B XXVIII–XXX ja 836 ja Grunlegung zur Metaphysik der Sitten [388–391], *Stenius*, On Kant's Distinction Between Phenomena and Noumena, s. 243 ja *Nousiainen*, s. 179. *Aristoteles*, Nikomakhoksen etiikka VI-kirja, 3 ja 5 luvut.

Tässä ei seurata Kantin terminologiaa, kun hän erotelee *analysoivan ymmärryksen* (luonnontieteet) ja *konstituoivan järjen* (oikeus ja moraali) käsitteet.

³⁶ Ks. *Kelsen*, s. 445. *Kant* onkin päinvastoin yksi Kelsenin lakipositivismin taustavaikuttajista mm. yleistieteellisen positivismin lisäksi. *Laakso*, s. 115 ja alk. s. 134.

³⁷ *Kant*, Grunlegung zur Metaphysik der Sitten, [454], s. 80.

kujen käytön vähentämiseksi tässä on omaksuttu sopimus, jonka mukaan konnektiivimerkit ovat seuraavassa vahvuusjärjestyksessä: Implikaatio ja ekvivalenssi ovat heikoimmat, konjunktio ja diskunktio edellisiä vahvempia ja negaatio vahvin. Yleisesti käytetyn lähestymistavan mukaisesti modaalilogiikka tulkitaan tässä tavanomaisen lauselogiikan laajennuksena.³⁸

³⁸ von Wright, *An Essay in Modal Logic*, s. 2 ja 37, Føllesdal–Hilpinen, s. 8–10 ja Hughes–Cresswell, s. 5–9 ja 22–24.

2. TIETO JA KIELI

2.1 Kielen universaalisuus

2.1.1 Todellisuuden lausumattomuus

Edellä on todettu, että tutkimuskohteeksi on asetettu lainopin kieli ja sen keskeinen käsitteistö. Voidaan kysyä, miksi tutkimuskohteeksi ei ole asetettu esim. oikeusnormeja todellisuudessa olevina ja itse tiedosta erillisinä tiedon kohteina tai niitä yhteiskunnallisia ilmiöitä, joita oikeudella ja normeilla tarkoitetaan tai säädellään. Vastauksia on kaksi. Ensiksi tutkimus kohdistuu lainopilliseen tietoon ja sen edellytyksiin. Tavanomaisilla lainopin menetelmillä ei ole mahdollista saavuttaa tietoa kielen ulkoisesta todellisuudesta eikä tosiasiallisista yhteiskunnallisista ilmiöistä. Toiseksi tässä pyritään ottamaan *Wittgensteinin* oppi kielen universaalisuudesta eli kielestä universaalina välineenä vakavasti.

Jos käsitys tiedosta on antirealistinen, on myös käsitys *semantiikasta* välttämättä realismista poikkeava. Kielen universaalisuus tietoteoreettisena lähtökohdana liittyy Wittgensteinin tapaan nähdä semantiikka tai oikeastaan sen puuttumiseen.¹ Semantiikka-käsite itsessään on monimerkityksellinen. Empiristisen tradition piirissä se liittyy kielen ja todellisuuden väliseen suhteeseen, erityisesti totuuteen sen korrespondenssin merkityksessä, ja se pyritään usein palauttamaan lauseen totuusehtoihin. Juuri semantiikan puuttuminen tässä merkityksessä on keskeisiä lähtökohtia Wittgensteinin myöhäiskauden filosofiassa, jossa kysymys on korostetusti käsitteiden oikeista kielellisistä merkityksistä. Kielen universaalisuus on kuitenkin leimallinen sekä hänen varhais- että myöhäiskaudelleen.²

Käsitys kielen universaalisuudesta merkitsee sitoutumista siihen, että *kielen asettamien rajojen yli ei voi mennä*. Kielestä ei voi irtautua eikä sen ulkopuo-

¹ Wittgenstein peri käsityksen kielen universaalisuudesta suoraan *Fregeltä*. Sama näkemys kielestä esiintyy kuitenkin myös *Russellilla*. *Hintikka–Hintikka*, s. 2 ja 4.

² *Wittgenstein*, *Untersuchungen*, 120 ja *Hintikka–Hintikka*, s. 6, 20 ja 272.

lelle voi asettua. Wittgensteinin omien sanojen mukaan »*kieleni rajat ovat maailmani rajat*».³ Tällä lähtökohdalla on useita tärkeitä seuraamuksia. Se asettaa joko hyvin altaat rajat tiedon ja todellisuuden välisen suhteen tarkastelulle tai ankarasti ymmärrettyä kieltä sen kokonaan. Wittgensteinin mukaan voidaan vain todeta, että kieltä käytetään niin kuin sitä käytetään ja tieto on niin kuin se lausutaan. Todellisuutta ei varsinaisesti voi verrata kieleen tai tietoon, koska todellisuudesta voidaan lausua vain kielen avulla. Todellisuus sinänsä jää ilmaisemattomaksi ja tavoittamattomaksi. Tiedon sisällä ei ole mitään, mitä voitaisiin verrata kieleen, ja tiedon eli kielen ulkopuolelle ei voi asettua.⁴

Kielen universaalisuus sisältää myös vastauksen radikaaliin *skeptismiin*. Vastauksella ei kuitenkaan pyritä kumoamaan skeptikon teesiä. Vastaus myötäilee skeptikkoja siinä, että todellisuus sinänsä jää tavoittamattomaksi ja lausumattomaksi ja sitä koskeva tieto näin ollen epävarmaksi. Tieto ja totuus jäävät kielen sisäisiksi asioiksi. Vastaus tarkoittaa, että skeptikon esittämiin kysymyksiin ei voi vastata. Skeptikon kysymyksen mielekkyys voidaan kiistää, koska kysymyksellä on jo pyritty ylittämään universaalin ja äärettömän kielen rajoja. Ihmisellä voi olla vain tietonsa ja lauseensa, jotka hän joko hyväksyy tai hylkää toisten lauseitten, esitettyjen argumenttien perusteella. Juuri tähän perustuu kaiken aineellisen eli synteettisen tiedon epävarmuus. Kysymys on mahdollisista totuuksista. *Tiedon varmuus ja totuus voi nojata vain kielenkäytön ristiriidattomuuteen ja argumenttilauseiden aineelliseen tukeen.*

Määrittelemättömän todellisuuden ongelmaa kuvasi loisteliaalla tavalla *Hegel*. Hän muotoili tämän ongelman ns. *alun ongelmaksi*.⁵ Tämä ongelma on samalla olennainen selitys ja käsitteellinen alkupiste Hegelin kehittämälle erityiselle intensionaaliselle logiikalle, dialektiikalle ja koko hänen filosofialleen.

Alku tarkoittaa määrittelemätöntä ja välitöntä olevaa, kokonaisuutta, jota ei ole määritelmin jaettu eli luokiteltu. Kysymys on myös välittömästä havainnosta. On huomattava, että *Hegel* ei erottele havaitsemista ja ajattelua toisistaan, vaan havaitseminen on hänelle ajattelua. Lähtökohtana on määrittelemätön, puhdas oleminen, jossa ilmenee sekä oleminen että ei-oleminen ja joka on jakamaton ja yksinkertainen.⁶ Määrittelemätön välittömyys on samalla ei-mitään, koska se on määräämätön ja välitön. Määrittelemätön on ei-ajattelua, koska määrittelemättömän ajattelemisen olisi ei-minkään ajattelemista. Määrittelemätön eli oleva sellaisenaan olisi ajattelemista ja ei-ajattelemista. Alku sisältää näin en-

³ *Wittgenstein*, Tractatus, 4.12, 5.6, 5.53 ja 5.61.

⁴ *Wittgenstein*, Tractatus 3.221 ja ks. *Fann*, s. 24 ja 25 ja *Aarnio*, The Rational as Reasonable, s. 26.

⁵ Alun ongelmasta ks. *Hänninen*, s. 34–36.

⁶ *Hegel*, Logik I, s. 77–81.

simmäisen ristiriidan, olevan ja ei-olevan ristiriidan, joka merkitsee tulemistä ja samalla ensimmäistä teesiä ja antiteesiä. Määritelmän suhde olevaan on ensimmäinen negaatio ja dialektisen prosessin ensimmäinen askel.⁷

Hegelille ristiriita ja negaatio eivät ole määritelmän alaan nähden vain muun poissulkemista, vaan hänelle ne merkitsevät samalla kertaa sekä yhteyden luomista määritelmän ja poissuljetun välille että sen kieltämistä. Muu kuin käsitteen α ala on $\sim\alpha$. Jälkimmäinen on edellisen kieltö ja kuitenkin perustuu edellisen määritelmään. Ristiriita ylitetään konstitutiivisesti sisällyttämällä ratkaisuun eli synteisiin ristiriidan osat. Kysymys on tunnetusta hegeliläisestä »identiteettistä erilaisuudessa» -teesistä.⁸ Hegeliläisen dialektiikan tarjoamat mahdollisuudet otetaan jatkossa vakavasti.

Kielestä ja tiedosta ei myöskään voi lähtökohtaisesti lausua mitään, koska kielen ulkopuolelle ei voi mennä. Kielestä lausuminen on itsessään välttämättä kielen käyttöä, jossa kieli asetetaan kohteeksi. Näin kielestä puhuminen ei ole mahdollista, vaan se on ilmaisematonta, lausumatonta.⁹ Tämä ilmenee myös siten, että lauseessa käytettyjen *käsitteiden muoto ja lauseen modaliteetti jää lausumattomaksi*. Käsitteitä ja lausetta käytetään, mutta käsite tai lause ei voi lausua itsestään. Tämä tarkoittaa yhtäältä, että yksityinen tiedostaminen sellaisenaan, välitön tunteminen, havaitseminen, ymmärtäminen ja ajatteleva, ja toisaalta intersubjektiivinen yhteinen tietoisuus itse jää lausumattomaksi.¹⁰

Inhiminen voi välittömästi tajuta itsensä ja ajatuksensa, mutta sellaisenaan ne jäävät tiedollisesti tuntemattomiksi. Tieto informaationa on välttämättä yhteisen kielen muodossa ja edellyttää sen käyttämistä. Henkilö ei voi myöskään tietää

⁷ Hegel, Logik I, s. 90 ja 91 ja Logik III, s. 37. Ks. Manninen, Realismi ja dialektiikka, s. 192 ja Snellman, Luennot keuhäällä 1843, 25 ja 26 §, s. 410.

⁸ Teesi edellyttää aineellisen näkemistä hengen ja käsitteellisen ilmentymänä. Ominaisuudet ja asiantilat ja toisaalta nimeäminen eivät tällöin olennaisesti eroa toisistaan. Jos sen sijaan tehdään jyrkkä erottelu tajunnan ja todellisuuden välille, on tehtävä myös jyrkkä erottelu toisaalta luonnollisten ominaisuuksien ja nimeämisen ja toisaalta luokittelun välille. Kysymys on »erilaisesta olemisesta». Tieto ominaisuuksista on tällöin a posteriori mutta nimeäminen ja luokittelu a priori. Tältä pohjalta Russell arvostelee Hegeliä ominaisuuksien ja nimeämisen sekoittamisesta. Erottelun laiminlyönti johtaa Russellin mukaan myös suhdekäsitteiden ja ominaisuuskäsitteiden sekoittamiseen, vaikka ne ovat eri loogista tyyppiä (Russellin tyyppiteoria). Vastakkaisten ominaisuuksien tiedostaminen ei merkitse samalla suhdetta niiden olioiden välille, joihin predikaatit liitetään. Russell, The Philosophy on Logical Atomism, s. 245 ja 252 ja Logical Atomism, s. 335.

⁹ Wittgenstein itse puhui logiikan rajoista ja logiikan lausumattomuudesta, mutta se voidaan laajentaa ja ymmärtää semantiikan ja ylipäänsä filosofian lausumattomuutena. Hintikat ovat tarkastelleet periaatetta nimenomaan semantiikan reunaehtoina ja lähtökohtana. Hintikka-Hintikka, s. 20.

¹⁰ Ks. Sellarsin mielenkiintoinen pohdinta välittömän havainnon (»inner episodes») ilmaisemisesta. Sellars, Empiricism and the Philosophy of Mind, alk. s. 305.

välittömästi omista tuntemuksistaan, kokemuksistaan tai ajatuksistaan, koska välitön tajunta ei ole tietoa. Välittömään kokemukseen tai tajuntaan perustuva tieto on myös kaikkein epävarmintaa, koska niitä kuvaavia lauseita voidaan perustella vain viittaamalla intuitioon. Subjekti ei voi myöskään asettua niihin nähdessä ulkopuolisen asemaan. *Välitön kokemus* ei voi näin ollen olla tiedon yksinomaaisena lähtökohtana. Samoin tekijä ei voi havainnoida omia *tekojaan* ulkopuolisena, vaan hänen näkökulmansa on sisäinen.¹¹

Myös *lausuman esittäjä subjektina* jää sinänsä *lausumattomaksi* vastaavalla tavalla kuin kamera ei voi kuvata itseään.¹² Voidaan vain lausua oletetun yhteisen tietoisuuden puitteissa, mutta tästä tietoisuudesta itsestään ei voi lausua saman kielen eli saman tietoisuuden puitteissa. Toisaalta ihminen ei voi myöskään mennä tämän tajuntansa ja kielen ulkopuolelle, joten niitä ei voi myöskään sellaisenaan kuvata.

Kielen universaalisuuden periaatteen hyväksyminen johtaa *realismin mukaisen semantiikan lausumattomuuteen*. Myöskään käsitteen tai termin (so. sanan) merkitystä ei voisi määritellä, koska se lähtökohtaisesti merkitsee asettumista kielen ulkopuolelle. Loppuun saakka vietynä tämä johtaa paitsi semantiikan myös tieteenfilosofian mahdottomuuteen. Myös oikeusfilosofia tulisi mahdottomaksi. Asetelma kaippaa näin ollen kipeästi ratkaisua. Wittgenstein ei itse esitä varsinaista ratkaisua ongelmaan. Semanttiset kysymykset ovat kuitenkin hänen pääteemojaan kielen universaalisuusteesistä huolimatta. Eräänlainen ratkaisu hänellä onkin, että todellisuudesta tai tiedon suhteesta todellisuuteen ei sinänsä lausuta mitään vaan ainoastaan tämän suhteen käsitteellisistä ehdoista.

2.1.2 Kielenkäytön tasot

Eräs tärkeä yksittäinen seuraamus kielen universaalisuudesta, joka on ollut myös laajan mielenkiinnon kohteena tieteenteoriassa, on ns. *valehtelijan paradoksi* tai

¹¹ Ks. *Anscombe*, Intention, s. 50, 88 ja 89.

¹² Kysymys on ns. lauseen *metafyysisestä subjektista*, jonka Wittgenstein omaksui *Kantilta*. Kantin lauseen subjekti voidaan tulkita *transsendentaalisena* tai *transsendenttina* subjektina, joista jälkimmäinen jää tuntemattomaksi. Kant puhuu myös empirisestä subjektista, joka käsite ei ole kuitenkaan onnistunut. Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 293 ja 272, Kant, *Reinen Vernunft*, B 155, 157, erit. alk. B 404, B 422, 573 ja 574 ja *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, s. [451], *Sellers*, »...This I or He or It (the Thing) Which Thinks...» alk. s. 63 ja s. 75–77 ja *Hintikka–Hintikka*, s. 248 ja 260.

Metafyysisen subjektin omaksuminen liittyy tapaan, jolla Kant kiistää *Descartesin* aksiooman »*Cogito, ergo sum*». Siitä, että ajattelee jotain, ei voi päätellä, että jotakin on. Kant, *Reinen Vernunft*, B 423 ja 430.

antinomia. Samalla valehtelijan paradoksi ilmentää laajempaa ongelmaa *lauseiden totuudesta*, ja sen avulla voidaan ilmentää edellä kuvattua semantiikan ongelmaa. Jos semantiikka on ilmaisematonta, niin ei voida puhua myöskään lauseiden totuudesta.¹³ Tämä tarkoittaa sitä, että kielessä ei voida puhua lauseiden totuudesta, koska kielessä ei voida puhua kielestä itsestään. Yleensä valehtelijan paradoksilla ja *Tarskin* sille antamalla ratkaisulla katsotaan olevan merkitystä vain empiiristen tieteiden kannalta, mutta katson, että kysymys on merkityksellinen kaiken aineellisen tiedon, myös lainopin suhteen.¹⁴ Itse paradoksia ei kuitenkaan analysoida, koska tärkeitä ovat tässä vain siitä vedettävät johtopäätökset.¹⁵

Tarski katsoi, että paradoksi johtui kielen universaalisuudesta ja se liittyi nimenomaan luonnolliseen kieleen. Koska luonnollinen kieli on yksitasoista ja se on ääretön, ei kielessä voida puhua kielestä itsestään joutumatta ristiriitoihin. Tarskin mukaan luonnollisen kielen puitteissa ei voida antaa pitävää totuusmääritelmää. Tarski näki ratkaisuna muodollisen kielen käyttämisen.¹⁶ Samoin kuin *Russell* Tarski lähti siitä, että muodollisen kielen lähtökohtana on kahdenlaisen ja -tasaisen kielen käyttäminen. Tarski otti käyttöön *metakielen* ja *objektikielen* käsitteet. Objektikielen lauseet ovat ne »joista puhutaan» ja metakielen lauseet ne, »joissa objektikielen lauseista puhutaan».

Kieli ja kielenkäyttö itsessään voidaan asettaa tarkastelun alle ilman, että joudutaan ristiriitoihin tai paradoksaaleihin tilanteisiin, kun kielenkäytön eri loogiset tasot pidetään selkeästi erillään. Myös semantiikka tulee mahdolliseksi, kun sillä viitataan kuvaavaan kielenkäyttöön liittyviin erityiskysymyksiin. Kun semantiikalla viitataan väitelauseen suhteeseen kohteeseensa, voidaan kohde konst-

¹³ *Hintikka*, *Defining Truth*, s. 2 ja *Onko totuus saavuttamaton*, s. 159.

¹⁴ Selvytyden vuoksi on todettava, että paradoksin ratkaisussa keskeistä ns. Tarskin totuus-teoriaa ei tässä hyväksytty lainopillisen tiedon pohjaksi. Tarskin totuusteoria on realistinen teoria. *Niiniluoto*, *Truth and Legal Norms*, s. 172.

¹⁵ Lyhyesti valehtelijan paradoksi voidaan kuvata seuraavasti: »*Onko totta, jos sanon, että 'valehtelen aina'*». Jos väite on tosi, niin en valehtele aina; jos taas valehtelen aina, lause ei voi olla totta. Täsmällisemmin *antinomia* voidaan esittää, kun esitetään lause: »*tämä lause ei ole tosi*», josta todetaan, että se on tosi. Tällöin väitetään, että »*tämä lause, jossa lausutaan, että 'tämä lause ei ole tosi', on tosi*». Kun »*tämä lause*» merkitään symbolilla *s*: »*'tämä lause (tämä lause ei ole tosi) on tosi'*, jos ja vain jos tämä lause ei ole tosi» eli »*'s' on tosi, jos ja vain jos s ei ole tosi*» eli »*'s' ≡ ~s*».

Paradoksin esitti *Epimenides Kreetalainen* antiikin kreikassa, mutta tarkemman analyysin kohteeksi se on otettu vasta *Russellin* ja *Tarskin* kirjoituksissa. Paradoksaalisuus johtuu siitä, että »*tämä lause*» viittaa sekä ulommilla että sisemmällä lainausmerkeillä osoitettuun lauseeseen. *Russell*, *The Philosophy of Logical Atomism*, s. 262–264, *Tarski*, *The Semantic Conception of Truth*, s. 54 ja 55 ja *von Wright*, *The Paradox of Liar*.

¹⁶ *Tarski*, *Logic, Semantics, Mathematics*, s. 164 ja 165.

ruoida eri tason kieleksi.

Käsitteiden ja termien merkityksen määrittäminen voidaan myös nähdä kielen eri tasojen ja tässä merkityksessä eri kielten käyttämisenä. Määriteltävä eli *definiendum* on tällöin objektikieltä ja määrittelevä eli *definiens* metakieltä. Vastaavasti käsite- tai muu kielellinen analyysi voidaan tällöin nähdä kahdentasoisena kielen käyttämisenä. Analysoitava eli *analysandum* ja saadut alakäsitteet tai lauseet eli *analyanssit* asetetaan objektikielen asemaan, ja itse analyysi tapahtuu metakieltä käyttäen.¹⁷

Kielenkäytön tasojen erottelu on keskeinen asia lainopissa ja oikeusteoriassa. Lainopin teksteissä normaali lähestymistapa on käyttää objektikielenä ja tarkastelun kohteena oikeuslähteiden ilmaisuja, joita käytetään argumentteina lainopin metakielessä ja joista tehdään johtopäätöksiä tällä metatasolla. Oikeuslähteiden muodossa oleva kielenkäyttö on tällöin lainopillisen tekstin »raaka-ainetta». Teksti muodostuu helposti kolmi- tai jopa useampitasoiseksi. Oikeusteoriassa tavanomainen asetelma on, että kohteena on lainopin kielenkäyttö, jonka kohteena puolestaan ovat oikeus- tai informaatiolähteissä käytetyt ilmaisut. Informaatiolähteen tekstissä oikeuslähteen teksti esim. lakiteksti voi olla puolestaan omana objektikielenään.

Metakielen ja objektikielen erottelulla ei pyritä ylittämään luonnollisen kielen universaalisuuden asettamia rajoja. Metakieli on universaalien kokonaiskielen asemassa. Kysymyksessä on vain kielenkäytön analyysi kokonaiskielen puitteissa, ja tässä mielessä erottelu objekti- ja metakieleen on vain luonnollisen kielen analyysiä ja looginen konstruktio. Muodollisen kielen käyttöönottoaminen muodollisen logiikan muodossa merkitsee merkkijärjestelmältään erillisen objektikielen luomista. Perimmältään muodollinen kieli on kuitenkin osa luonnollista kieltä, josta se on myös muodostettu. Muodollisen logiikan kieli palautuu aina luonnolliseen kieleen, koska sellaisenaan sitä ei voi ymmärtää. Muodollinen kieli pelkistää luonnollisen kielen lauseiden rakenteen eli syntaksin ja mahdollistaa näin ollen tieteen kielen lauseiden rakenteen eksaktin tarkastelun ja analyysin. Tämä on myös muodollisten kielten tärkein käyttötarkoitus, ja se osoittaa myös muodollisten kielten merkityksen ja tehtävän tieteenfilosofiassa.¹⁸

Valehtelijan paradoksiin liittyy myös toinen, lauseen totuuden oletettuun *korrespondenssiin* liittyvä paradoksi. Lähtökohtana on, että lause »lumi on valkoista» on tosi, jos ja vain jos voidaan todeta, että lumi on valkoista. Saadaan siis *ekvi-*

¹⁷ Ks. *Quine*, *Two Dogmas of Empiricism*, s. 27 ja *von Wright*, *Logiikka filosofia ja kieli*, s. 222.

¹⁸ Predikaattilogiikassa, jossa käytetään luokkien ja yksilöiden käsitteitä, ei tarvitse myöskään edellyttää nominalistisesti, että oliot, joista puhutaan, ovat olemassa. Kysymys on tässäkin tapauksessa lauseista, joiden subjekteja oliot ovat. Ks. *Putnam*, s. 18 ja 19.

valenssiasetelma » 'lumi on valkoista' $\equiv$ *lumi on valkoista*». ¹⁹ Mitä tällä voidaan todistaa edellisen lauseen totuudesta? Näyttäisi, että ei mitään. Identtiset lauseet ovat ekvivalentit. Kysymyksessä on tautologia, joka ei aineellisesti kerro mitään, vaan vain toistaa lauseen totuusarvon sellaisenaan. ²⁰

Ratkaisu edellä kuvattuun korrespondenssiparadoksiin on kuitenkin varsin selkeä. Paradoksaaliselta näyttävältä asetelmassa ei varsinaisesti pyritä esittämään loogisesti pätevää päättelyä, eikä sitä tule niin ymmärtää, vaikka esitettäisiinkin identtiset lauseet. Aineellista ja muodollista totuutta ei saa sekoittaa keskenään. ²¹ Ensimmäinen lause on johtopäätös, jota *aineellisesti tuetaan* jälkimmäisellä eli argumentilla, ja havainto toimii totuuskriteerinä. Tarskin termein: jos jälkimmäinen lause toteutuu (vastaa, tyydyttyy), niin edellinen lause on totta. Argumenttilauseella pyritään asiallisesti ottaen kuvaamaan havainto. Toisaalta lauseiden oletettu ekvivalenssi sisältää ongelmia, koska ne ovat *loogisesti eri tasolla*, vaikka ne ovat sisällöltään identtiset. Kysymys ei ole kuitenkaan meta- ja objektikielystä, vaan toisenlaisesta kielenkäytön tasojen erottelusta. Tarkastelun kohteena sekä argumentti- että johtopäätöslause kuuluvat eri tason objektikieliin, ja kokonaisuutena kohteena on päättely.

Totuuden tai tiedon korrespondenssiteoria liittyykin välittömästi havaintojen käyttämiseen totuuskriteerinä, johon toteutuminen viittaa. Edellytyksenä on, että on olemassa kielen ulkoinen todellisuus, jota voidaan havainnoida, jolloin toteutumista voidaan käyttää argumenttina. Edellytyksenä on toisin sanoen realismi tai empirismi. Lauseen ja sen todellisuudessa olevan kohteen dualistinen korrespondenssisuhde liittyy olennaisesti juuri aistihavaintoihin tai lukumäärätietoihin. Havaintoa kuvaavat lauseet ovat tapa, jolla pyritään toteamaan ulkoisen todellisuuden tila ja »tarkistamaan» johtopäätöslauseen totuus.

Korrespondenssisuhteen kanssa joudutaan kuitenkin välittömästi *vaikeuksiin, ja korrespondenssiparadoksi tulee ratkaisemattomaksi, jos ei voida osoittaa johtopäätöslausesta vastaavaa havaittavaa ja kielestä riippumatonta objektiivista todellisuutta ja jos argumenttilause ei voi toteutua havainnon avulla*. Tällöin oletettua lauseen kohdetta kuvaava argumenttilause voi enintään toistaa tautologisesti johtopäätöslauseen. Jäljempänä *Rossin* oikeusteorian yhteydessä pyrin osoittamaan, että juuri näin käy tavanomaisten lainopin lauseiden kohdalla.

¹⁹ Tarski, *The Semantic Conception of Truth*, s. 55.

²⁰ Wittgenstein, *Tractatus* 4.46–4.464. Ks. von Wright, *The Paradox of the Liar*, s. 29. Ks. »Correspondence relation» ja sen lausumattomuudesta, Walker, s. 22.

J.L. Austin pitää oletettua väitteen ja todellisuuden välistä totuussuhdetta loogisena konstruktiona, ja hän katsoo, että totuuden käsite palautuu kuvaaviin (*descriptive*) ja havainnollistaviin (*demonstrative*) kielellisiin sopimuksiin. J.L. Austin, *Truth*, s. 85 ja 89.

²¹ Tarski, *The Semantic Conception of Truth*, s. 64.

Problematisoituun ekvivalenssiasetelmaan liittyy myös mielenkiintoinen kysymys lauseen *intensioista* ja *ekstensiosta*. Lauseiden välinen identtisyys perustuu termien määritelyyn samaan mieleen eli intensioon. Esim. *poikamies* = *naimaton mies*. Määrittelevän ja määriteltävän identiteetti perustuu määritelmään itseensä, sopimukseen termien merkityksestä, mutta siitä huolimatta niitä yleisesti pidetään myös ekstensionaalisesti ekvivalentteina ($(p \equiv q) \equiv (p = q)$).²² Eli ei voida osoittaa määritelmästä riippumatonta eli toisin sanoen kielen ulkoista kriteeriä, joka todistaa ekvivalenssin oikeaksi, ei ekstensionaaliselle ekvivalenssille tai yleensä ekstensiolle jää mitään itsenäistä merkitystä. Asetelma on osoitus intension ja ekstension välisen erottelun suhteellisuudesta ja viime kädessä myös synteettisen ja analyttisen tiedon välisen eron suhteellisuudesta.²³ Lauseiden ekvivalenttisuudella viitataan yhtäläiseen ulkoiseen totuusarvoon eli ekstensioon, mutta tämä yhtäläinen totuusarvo kuitenkin perustuu lauseiden identtisyyteen eli samaan mieleen ja käsitteiden määrittelyyn. Sopimus intensiosta edeltää näin ollen ekstensiota ja referenssiä.

2.2 Wittgenstein ja konventionalismi

Konventionalismi nähdään tässä tutkimuksessa keskeisenä teoreettisena lähtökohtana lainopilliselle tiedolle. Konventionalismin käsite on kuitenkin moniselitteinen. Tässä sille annetaan kaksi erilaista mutta toisiinsa sisäisessä yhteydessä olevaa päämerkitystä. Dualismi kuvaa samalla lainopin tietoteorian kahta elementtiä: *oikeutta* ja *normeja* tiedon kohteena tai sisältönä ja toisaalta itse *tiedon* käsitteellisiä edellytyksiä ja lähtökohtia. Voidaan myös puhua lainopin erityisistä ja yleistieteellisistä lähtökohdista.

Lainopin erityisten lähtökohtien osalta konventionalismi perustuu edempänä kuvattavalla tavalla oppiin *yhteiskuntasopimuksesta* oikeuden ja moraalien perustana. Sopimusoppi ja sen lainopilliset implikaatiot muodostavat analyttisen mutta myös normatiivisen lähestymistavan, joka saa tätä kautta myös sisällöllisen ulottuvuuden.²⁴ Toisaalta itse tieto ja sen käsitteelliset edellytykset voidaan kytkä konventionalistisiin lähtökohtiin. Lähtökohtana on tällöin *kielifilosofinen*

²² *Lebnizin lain* mukaisesti identtiset ilmaukset voidaan myös korvata samalla symbolilla: $(p = q) = (p = p) \equiv (p = p)$.

²³ Ks. *Quine*, *Two Dogmas of Empiricism*, s. 30 ja 31.

²⁴ Lähestymistapa edellyttää perinteisen dikotomian, *synteettinen–analyttinen* suhteellistamista ja tietystä määrin myös sen ylittämistä.

konventionalismi.²⁵ Kysymys on ennen kaikkea *sanoista ja yleiskäsitteistä* ja niiden merkityksistä, siis tiedosta kielenkäyttönä. Käytettävät tieteelliset ja yleis-kielen käsitteet sanoina muodostavat puitteet tiedonmuodostukselle, joten tuotettava tieto on näiltä osin apriorisesti määräytynyt. Yhteinen kieli on myös välttämätön edellytys tiedolle. Kysymys on kuitenkin vain tiedon muodollisista puitteista, ja lisäksi *Kantiin* viitaten näiden käsitteiden edellytetään muodostetun samalla kun itse materiaalista tietoa on muodostettu.

Tietoteoreettisesti selkeästi keskeisimpänä lähtökohtana on *Wittgensteinin* myöhäiskauden filosofia. Kokonaisuutena filosofisen konventionalismin ja yhteiskuntasopimusopin edellytetään olevan yhteensopivia ja tukevan toisiaan yhdenmukaisena lähestymistapana oikeuteen ja sen tutkimiseen. Niiden analogisuus tulee selkeästi esille tavassa, jolla Wittgenstein näkee kielen ja käsitteiden käyttämisen säännön seuraamisena. *Analyysi säännön käsitteestä* tarjoaakin yleisen lähtökohdan molemmille mainituista konventionalismin ulottuvuuksista.

2.2.1 Atomismista holismiin

Wittgensteinin *Filosofisissa tutkimuksissa* keskeisenä lähtökohtana ovat muutokset *Tractatus*-teoksessa omaksuttuihin käsityksiin kielestä ja tiedosta.²⁶ Ajattelutavan muutos on myös keskeinen käänne tieteenfilosofian historiassa.

*Tractatus*ta hallitsi ns. *kuvateoria* tiedosta. Lauseet kuvaavat passiivisesti havaittavaa maailmaa ja nimeävät sen osia. Kuvateoria perustuu *ostensiiviseen määrittelyyn*, ja se rajoittuu indikatiiviseen kielenkäyttöön eli ns. *alettiseen modaliteettiin*. Olettamuksena on, että lauseet voivat ongelmitta kuvata todellisuuden sellaisena kuin se on.²⁷ Elementaarinen väitelause *osoittaa* suoraan välittömällä havainnolla tavoitettavan asiantilan, joka on mahdollinen tosiseikka. Samalla kun elementaarilause *kuva*a todellisuutta osoittamalla asiantilan se *heijastaa* tai *näyttää* sen loogisen rakenteen.²⁸ Viimeksi mainittu merkitsee, että *lauseen*

²⁵ Ks. Lewis, *Convention*, s. 88.

²⁶ *Wittgensteinin* myöhäisfilosofian selkeänä lähtökohtana on kuitenkin edelleen *Tractatus*uksen järjestelmä, myös kuvateoria, vaikka varttunut Wittgenstein suhtautuukin kriittisesti useisiin *Tractatus*uksen perusratkaisuihin. Kuvateoria jää toissijaiseen asemaan. Samalla kritiikki kohdistuu myös *Fregen* ja *Russellin* omaksumaan ja edelleen kehittämään tietokäsitykseen, jonka Wittgenstein liittää *Augustinuksen* nimeen. Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 1.

Hintikat ajoittavat ratkaisevan muutoksen Wittgensteinin muistiinpanojen ja muiden kirjoitusten perusteella lokakuuhun 1929. Uusi teoria oli valmis vuonna 1944. *Hintikka–Hintikka*, s. 171, 172, 233 ja 264.

²⁷ *von Wright*, *Logiikka filosofia ja kieli*, s. 142 ja 146.

²⁸ *Wittgenstein*, *Tractatus*, 2.181.

looginen muoto, modaaliteetti vastaa todellisuuden rakennetta.²⁹ Realistisena lähtökohtana on, että kieli määräytyy yksipuolisesti sen ulkoisen todellisuuden perusteella, eikä kielen käytössä ole mahdollisuutta vaihtoehtoihin.³⁰

Ostensio ei ole kuitenkaan vain passiivista todellisuuden kuvaamista, vaan ostensio on nimeämistä, ja nimeäminen riippuu siitä, miten se tehdään koko kielen puitteissa. Tieteellinen kieli on aktiivista ja konstitutiivista.³¹ Ostensio itsessään ei anna mitään objektiivista kriteeriä sille, mikä kuvaus on oikea. Myös ostension välttämättömänä lähtökohtana on *stipulaatio, apriorinen määritelmä nimestä tai kuvasta*.³² Tällä perusteella Wittgenstein erottaa toisistaan *tosiasiallisen kielenkäytön* ja *oikean kielenkäytön*, jonka osoittavat kielenkäytön säännöt.³³

Aluksi Wittgenstein turvautuu pelkästään *säännön* käsitteeseen. Säännöt, jotka osoittavat yhtäältä käsitteen ja lauseen oikean merkityksen ja toisaalta sen käyttötavat, ovat kielen ja todellisuuden välittävä tekijä. Kielen tunteminen on sääntöjen tuntemista ja kykyä soveltaa niitä. Tämä johtaa kuitenkin uusiin kysymyksiin: Mistä sääntö tulee, mitä tarkoittaa noudattaa sääntöä, ja miten tiedetään, että sääntöä noudatetaan oikein?³⁴ Myöhemmin Wittgensteinin toteaa, että *käsitteet ja lauseet edustavat jotakin, joka ilmenee niiden käyttötavassa*. Olenaista käsitteen merkityksessä ei ole viittaus johonkin kohteeseen vaan sen käyttötapa. Käyttötapoja hän kutsuu erilaisiksi *kielipeleiksi*. Keskeistä kielipeleissä on havainto, että kielellä on myös muunlaisia funktioita kuin nimeäminen ja kuvaaminen. Esim. normatiivinen ja lainopin kielenkäyttö muodostaa omat, itsenäiset kielipelinsä, joita ei voida palauttaa mihinkään yleispätevään peliin.³⁵ Kielipeleille voidaan antaa kantilainen tulkinta, jolloin ne nähdään *transsendentaa-*

²⁹ Wittgenstein, Tractatus, 4.002 ja 4.121. von Wright, Logiikka, filosofia ja kieli, s. 150–152 ja Hintikka, Fenomenologi ilman fenomenologiaa, s. 126 ja Onko totuus saavuttamaton, s. 150 ja 162 ja Hintikka–Hintikka, s. 93, 119 ja 121. Kuvateoria on *totuusteoria*, ei teoria kielestä.

Wittgenstein käyttää »zeigen»-verbiä sekä asiantilan osoittamisessa että loogisen muodon osoittamisessa (Tractatus 4.022 ja 4.121). Näitä käytetään kuitenkin selkeästi eri merkityksissä näissä kohdissa, joten tekstissä on tämän takia tehty ero osoittamisen/kuvaamisen ja heijastamisen/näyttämisen välillä. Tractatuksen järjestelmässä väitelauseen sisältö on todellisuuden kuva, mutta samalla lause heijastaa »spiegeln» loogisen rakenteensa.

³⁰ Lewis, Convention, s. 160.

³¹ Ks. Waismann, s. 139–141.

³² Wittgenstein, Untersuchungen, I 219 ja 258. Kripke, s. 17 ja 21.

³³ Ks. Ross, Directives and Norms, s. 3.

³⁴ Hintikka–Hintikka, s. 187 ja 188 ja Searle, Speech Acts, s. 12 ja 13. Winchin tulkinna-
sa varttuneen Wittgensteinin filosofiasta säännöillä on korostettu asema. Winch, s. 26, 27, 51 ja 52.

³⁵ Winch, s. 19. Ks. Aarnio, On Legal Reasoning, s. 47, The Rational as Reasonable, alk. s. 73 ja Oikeuskielen tulkinta ja ymmärtäminen, s. 106, 107 ja 110.

lisina. Peli sääntöineen edellytetään apriorisesti annettuna, kun kieltä käytetään pelissä. Myös osoittaminen edellyttää osoittamispeleä.

Sanalla on merkitys vain lauseen puitteissa, lause voidaan ymmärtää vain kielen puitteissa ja vastaavasti yksittäisellä käsitteellä voi olla merkitys vain kokonaisuuden, pelin puitteissa. *Jotta voisi tuntea ja ymmärtää yksittäisen säännön, on tunnettava ja ymmärrettävä koko peli*. Tärkeä seuraamus tästä lähtökohdasta on myös, että peliin osallistuva voi pelata oikein ja hallita pelin säännöt, kun hän on ymmärtänyt pelin ja sen tarkoituksen. Tämä on mahdollista, vaikka yhtään erillistä sääntöä ei ole erikseen todettu. Säännöt täsmentyvät pelin kokonaisuudesta ja johtuvat siitä. Näin kokonaisuudesta, pelistä tulee ensisijainen ja määräävä sen osiin, sääntöihin nähden. *Peli määrää säännöt, eivät säännöt peliä*. Tosiasiallisesta kielenkäytöstä ilmenevät kielipelit määräävät sanojen ja lauseiden merkitykset.³⁶

Edellisestä seuraa, että tavallinen kieli eli ns. *arkikieli* tulee Wittgensteinin filosofiassa keskeiseen asemaan, koska yleiskäsitteitä käyttävä tosiasiallinen arkikieli on kaiken tiedon lähtökohta. Semantiikka ei enää määräydy todellisuudesta sinänsä vaan kielenkäytön, kielipelien perusteella. Mitään tarkempaa *kriteeriä* kuin tämä kokonaisuus ei voida antaa. Samalla *Russellin ajatteluun perustuva* ja Tractatuksessa edelleen kehitetty *looginen atomismi* kääntyy draamattisesti *päälaelleen, holismiksi*. Tämä kääntyminen on suora seuraus siitä, että Wittgenstein hylkää *Russellilta* omaksutun käsityksen *fenomenaalikielestä* primäärikielenä ja ottaa lähtökohdaksi *fysikalistisen* kielen.³⁷ Arkikieli on juuri fysikalistista kieltä. Primäärikielen muuttuminen irrottaa samalla Wittgensteinin lopullisesti positivistisesta traditiosta.

Yleisellä tasolla fysikalistista kieltä voidaan kuvata myös *noumeena- tai käsitekieleksi* ja fenomenaalikieltä *konkreettiseksi tai yksityiskohtien kieleksi*. Fenomenaalikielen etusija-asema johtuu atomistisesta ja reduktionistisesta asenteesta, ja fysikalistisen kielen ensisijaisuus ilmentää holistista asennetta. Mikäli hyväksymme Wittgensteinin kiellon yksityisen kielen mahdollisuudesta, kiellämme positivistisen tiedekäsityksen. Vielä selkeämmin kuin Tractatuksessa tuloksena on, että kieli määrää tiedon ja maailman rajat, joita rajoja ei voi ylittää. Omaksutut käsitteet antavat ehdot ja määräävät puitteet tiedolle. *Yksityiskohtaista ja konkreettista voi lähestyä vain yleisemmästä käsin*. Reduktio estyy myös konk-

³⁶ Wittgenstein, Untersuchungen, I 31 ja 520. Käsitteen merkitys ymmärretään tämän kokonaisuuden, yhteisön ja elämänmuodon puitteissa »kertaheitolla» (*mit einem Schlag*). Elämänmuoto kokonaisuutena määrää käsitteen merkityksen. Wittgenstein, Untersuchungen, I 191, 197 ja 206. *Hintikka–Hintikka*, s. 189, 194 ja 196.

³⁷ *Hintikka–Hintikka*, s. 138. *Kaila*, Inhimillinen tieto, s. 187 ja 189.

reettisempien ja yksityiskohtien joukon avoimuuden vuoksi; niiden määrä on ääretön ja määritelmien varassa.

Käsitteikielen ensisijaisuuden vuoksi Wittgenstein *luopuu* myös Tractatuksessa omaksutusta käsityksestä *lauseen ja kompleksisten ilmausten puhtaan molekulaarisesta ja funktionaalisesta rakentamisesta*. Lauseen merkitys ei ole enää Wittgensteinille yksin sen muodostavien sanojen funktio tai sen atomaaristen konstituenttien totuusfunktio, eivätkä atomaariset ilmaukset yksin määrää molekulaaristen ilmausten semanttista sisältöä.³⁸

Wittgensteinin pohdinnat *kriteeristä* ovat myös keskeinen osa Filosofisia tutkimuksia. Eräänlaisena johtopäätöksenä on, että sisäinen prosessi tai tila vaatii ulkoisen kriteerin »*Ein 'innerer vorgang' bedarf äusserer Kriterien*». ³⁹ Kriteerin ilmaiseva lause on tällöin *argumenttilauseen* ja varsinaisen väitteen ilmaiseva lause *johtopäätöslauseen* asemassa. Tärkeää on, että argumenttilause ja johtopäätöslause kohdistuvat *asiantiloihin*, jotka ovat toisistaan loogisesti riippumattomia. Argumenttilauseet kertovat esim. kasvojen ilmeestä, huudosta ja jalkojen ja käsien liikkeistä, mutta johtopäätöslause kivuista, siis eri asiasta.⁴⁰ Sitteerauksen kohdalla on huomattava, että se voi tarkoittaa kahta eri asiaa, ja se voidaan tulkita useammalla tavalla. Perinteisesti Wittgensteinin käyttämien esimerkkien perusteella kohdan on nähty viittaavan lauseeseen, jonka kohteena on ja joka kertoo henkilön mentaalisesta tai psykologisesta tilasta. Toisaalta sisäisen tapahtuma tai tila voidaan ymmärtää *käsitteellisenä eli abstraktina tiedollisena tilana*. Huomion kohteena ei olekaan tällöin tosiasiallinen, psykologinen tila vaan tietävän henkilön tiedollinen tila, hänen tiedostamisensa käsitteellisenä uskomuksena. Kysymys on lauseen merkityssisällöstä sen mielenä, joka ei palaudu mihinkään havaittavaan. Tässä pidetään silmällä jälkimmäistä tulkintaa. Tämä tulkinta ilmeisesti myös vastaa Wittgensteinin omaa tarkoitusta.⁴¹

Wittgensteinin lausuma ei merkitse sisäistä tilaa ilmaisevan lauseen mielet-

³⁸ Baker–Hacker, Wittgenstein. Understanding and Meaning, vol 1, s. 368, 371 ja alk. s. 379.

³⁹ Wittgenstein, Untersuchungen, I 580.

⁴⁰ Wittgenstein, Untersuchungen, I 290, 300 ja 310.

⁴¹ Propositionaalisista asenteista ks. *Hintikka–Hintikka*, alk s. 289. Hintikat katsovat, että kohdassa I 580 Wittgensteinin Filosofisissa tutkimuksissa tarkastelee henkilön tiedollista tilaa, hänen tiedollisia eli *propositionaalisia asenteitaan*, ei sisäisiä prosesseja esim. kipuja tai väriaistimuksia. Kysymys on tällöin *tiedosta tietäjän käsitteellisenä tilana, ei mentaalisesta tilasta tiedon kohteena*. Hintikat näkevät kohdan merkityksen selvästi laajempana kuin se on perinteisesti nähty. Esim. *Malcolm* näyttää pitävän silmällä vain tilannetta, jossa *tiedon kohteena, lauseen sisältönä on henkilön sisäinen tila*. Malcolm, s. 84.

Ajatusta merkityksellisen tiedon tai uskomuksen palauttamisesta havaittavaan ja tosiasialliseen voidaan verrata yritykseen palauttaa tietekoneohjelma eli *soft-ware* koneen piisiruihin tai muuhun kovaan tekniikkaan (*hard-ware*).

tömyyttä; se merkitsee, että sisäistä tilaa koskevaa lausetta ei voida suoraan verifioida, se voidaan ainoastaan *oikeuttaa* käsitteen tai lauseen ulkoisten ja siitä käsitteellisesti riippumattomien kriteerien avulla.⁴² Tiedollinen tila ilmentää johtopäätöslauseetta, joka oikeutetaan siitä loogisesti riippumattomilla argumenttilauseilla. Tällöin oikeuttaminen myös lisää aineellista tietoa. Tätä kautta Wittgenstein kääntyy kielen universalismiin tukeutuen *totuuden korrespondenssikäsityksestä koherentismiin*.⁴³ Samalla hän kääntää huomion pois lauseiden merkitysten totuusehdoista (*ekstensioista*) ja näkee niiden mielen (*intension*) tärkeämpänä.

2.2.2 Kielipelit ja käsitteen oikea merkitys

Hintikat erottelevat Wittgensteinilla *primääriset ja sekundääriset kielipelit*.⁴⁴ Mm. nimeäminen ja värien ja käsitteiden *määrittelemisen sanoina* ja niiden ilmaiseminen ovat siirtoja primääripelissä. Primääripelissä osoitetaan tai ilmaistaan välittömästi ilmaistava asia. Tällä tasolla ei voida puhua vielä tiedosta tai totuudesta. Sanan merkityksen tunteminen on kielen tuntemista, mutta ei vielä aineellista tietoa. Myös *lainopillinen tulkinta* voidaan nähdä sekundääripelinä suhteessa primääriin eli *itse tekstin* eli sanojen ja lauseiden *ymmärtämiseen* ja toistamiseen. Sekundääripeli puhuu siitä, minkä primääri ilmaisee välittömästi. Aineellisen tiedon ja tulkinnan käsitteet liittyvät juuri sekundääripelisiin.

Seikka, joka sekundääripelissä voi olla tietoa perusteleva tai oikeuttava seikka (*kriteeri*), voi olla primääripelissä käsitteellinen, merkitystä suoraan konstituoi-va tekijä (*symptomi*).⁴⁵ Esim. elohopeapatsaan liike on symptomi lämpötilan muutoksista. Toisaalta esim. tuskanhuudot ovat osa kivun ilmaisemista (symptomi), mutta ne toimivat argumenttina, kun esitetään väite, että henkilöllä on kipuja. *Marmorin* mukaan käsitteiden tasolla ns. *tyyppitapaus* muodostaa kriteerin käsitteen oikealle merkitykselle.⁴⁶ Kriteerinä tyyppitapaus konstituoii käsitteen oikean merkityksen, ja antaa lähtökohdan sen käyttämiselle. Symptomi ilmentää

⁴² Mm. Strawson katsoo Wittgensteinin kieltävän sisäistä tilaa koskevat lauseet ja nimitykset. Strawson, *Review of Wittgenstein's Philosophical Investigations*, s. 46, 52 ja 53. Strawson katsoo Wittgensteinin jatkavan tässä positivistista perinnettä.

⁴³ Walker, s. 18. Youngin mukaan sama muutos tapahtui loogisen positivismiin piirissä, mutta Tarskin vaikutuksesta he myöhemmin hylkäsivät koherentismin. Young, s. 470, 471, 476 ja 480.

⁴⁴ Wittgenstein, *Untersuchungen*, esim. I 219. ja 288 ja *Hintikka–Hintikka*, alk. s. 256, 273, 278 ja 285 ja s. 298.

⁴⁵ Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 350 ja Malcolm, s. 84.

⁴⁶ Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 142. Marmor, s. 139.

usein kausaalista suhdetta, mutta kriteeri, myös tyyppitapaus perustuu määritelmään, joka on sopimuksenvarainen.⁴⁷

Kielen käyttötapojen erilaisuus ilmenee myös siinä, että samalla käsitteellä voi olla erilaisia merkityksiä eri tilanteissa. Tämä tarkoittaa myös, että eri tilanteissa kysymys on käsitteen eri merkityksistä.⁴⁸ Käyttötapoja eli pelejä on lukemattomia erilaisia, mutta ne ovat osittain päällekkäisiä ja yhteydessä toisiinsa. Tätä suhteellista yhteisyyttä Wittgenstein kuvaa käsitteellä *perheyhtäläisyys*.⁴⁹ Lauseiden ja sanojen ymmärtäminen onkin ensisijaisesti niiden käyttötavan ja kontekstin ymmärtämistä. Kuvattu luonnollisen kielen *pragmatiikan monimuotoisuus ja kielen eri funktiot heijastuvat* logiikan muodollisissa kielissä *erilaisina modaaliteetteina*.⁵⁰ Hart on ilmaissut kuvatun kielen heterogeenisyyden oikeuden osalta seuraavalla tavalla:⁵¹

»There are in our ordinary language sentences whose primary function is not to describe things, events or persons or anything else, nor to express or kindle feelings or emotions, but to do such things as claim rights ('this is mine') recognize rights when claimed by others ('very well, this is yours') ascribe rights whether claimed or not ('this is his'), transfer rights ('This is now yours'), and also to admit or ascribe or make accusations of responsibility ('I did it', 'He did it', 'You did it').»

Sanojen merkityksen osalta Wittgenstein lähtee selkeästi *konventionalistisesta opista*. Sanan merkitys on sopimuksenvarainen asia. Sopimus puolestaan ilmenee siinä, miten kieltä käytetään. Tässä merkityksessä sanan merkitys on sen käyttö kielessä. *Kantia* mukaillen voidaan sanoa, että sovittu ja transsendentaalinen merkitys on myös välttämätön suhteessa tosiasialliseen kielenkäyttöön, se *ei voi olla toisin yhteisössä* (tietynä hetkenä). Laajemmassa kontekstissa kysymys on kuitenkin yhdestä mahdollisesta yhteisöstä, sopimuksesta ja ajankohdasta. Tässä mielessä sopimus ja sanojen merkitys on *kontingentti* asia niin kuin yhteisöjen ja niiden traditioiden olemassaolo on kontingenttia.⁵² Yhteisöt, traditiot ja sopimukset voivat olla toisin, ne voivat syntyä, muuttua ja lakata.

Keskeistä sanan merkityksessä on myös, että siitä ei yleensä synny erimielisyyttä, vaikka se onkin sopimuksenvarainen. Tässä mielessä se on analoginen

⁴⁷ Ks. Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 665. *Marmor* s. 142 ja 143.

⁴⁸ Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 37 ja 140. ja *Hintikka–Hintikka*, s. 189, 196, 199, 201, 205 ja 213.

⁴⁹ Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 7, 10, 67 ja 108. ja *von Wright*, *Logiikka, filosofia ja kieli*, s. 237 ja 238.

⁵⁰ Ks. *Stenius*, *Mood and Language-Game*, s. 183 ja 184.

⁵¹ Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, s. 145.

⁵² Lewis, *Convention*, s. 70 ja 193.

matematiikan laskusääntöjen kanssa.⁵³ *Kielipelit asettavat myös ehdot käsitteiden käytölle.* Näin käsitteet ja osittain tieto ovat sopimuksenvaraisia ja riippuvaisia kielipeleistä, mutta *yhteisössä käsitteet eivät ole sopimuksenvaraisia ex post*, vaan niiden oikea merkitys edeltää yksittäisiä uskomuksia.⁵⁴ Suhteessa yhteisön yksittäiseen jäseneseen ne ovat annettuja ja määrättyjä ja sellaisia, joiksi ne ovat kehittyneet yhteisön *traditiossa ja elämänmuodossa*.⁵⁵ Traditio voidaan määritellä yhteisössä (tietynä aikana) omaksutuksi eli vakiintuneeksi ja yleisesti hyväksytyksi kaikkien käsitteiden ja lauseiden koherentiksi systeemiksi. Elämänmuoto ja kieli laajempana asiana voidaan nähdä korrelaattisuhteessa keskenään, ne ovat saman asian kaksi eri puolta.⁵⁶

Tärkeä seikka käsitteen merkityksen kytkemisessä sen käyttämiseen on, että se sulkee pois kaksi tärkeää vaihtoehtoista tapaa ymmärtää käsitteiden merkitys. Tämä ilmentää Wittgensteinin myöhäiskauden filosofian selkeää *antirealismia*. Käsitteen merkitystä *ei tarvitse kytkeä johonkin havaittavaan olioon tai todellisuuden osaan*. Käsitteen oikea merkitys ei kaipaa verifiointia tai havaintoa. Tämä sulkee pois humelaisen ja positivistisen tavan ymmärtää käsitteet. Toisaalta *käsite ei edellytä mitään substantiaalista tai metafyyssistä ideaa tai olemusta*, jota sana ilmaisee.⁵⁷

Sanojen oikeat merkitykset ilmenevät tosiasiallisessa käytännössä. Tämä merkitsee, että sanan oikean merkityksen ymmärtäminen ilmenee osallistumisessa yhteisön käytäntöihin. Näin ollen *sanojen oikean merkityksen ymmärtäminen merkitsee myös sitoutumista yhteisöön ja elämänmuotoon*, ja tahaton tai tahallinen väärinymmärtäminen merkitsee sulkeutumista pois yhteisöstä.⁵⁸ Sama koskee analogisesti käsitteiden oikeaa käyttötapaa. Yhteinen käsitteistö merkitsee yhteistä maailmaa. Tämä osoittaa, kuinka olennaisella tavalla kieli on sosiaalinen ilmiö, ja kuinka olennainen osa yhteisöä yhteinen kieli on.

Keskeistä elämänmuodossa eli merkitysyhteisössä on, että se ymmärretään *dynaamiseksi ja historialliseksi* asiaksi. Merkitysyhteisö on tietynsisältöinen tietyyssä ajassa ja paikassa. Tämä mahdollistaa ja edellyttääkin jatkuvan, joskin

⁵³ Wittgenstein, Untersuchungen, I 240.

⁵⁴ Lagerspetz, s. 11.

⁵⁵ Wittgenstein, Untersuchungen, I 240. *Hintikka–Hintikka*, s. 235.

Kysymys oppimisesta ja kasvamisesta yhteisön jäseneksi. Wittgenstein, Untersuchungen esim. I 9, 56, 72, 137, 198 ja 208.

⁵⁶ Elämänmuodon käsitteestä Wittgenstein, Untersuchungen I, 19 ja 23. Ks. Aarnio, Oikeuskielen tulkinta ja ymmärtäminen, s. 113 ja 116.

⁵⁷ Wittgenstein, Untersuchungen, I 50, 116, 239, 370 ja 371. ja ks. Kripke, s. 77 ja 78.

⁵⁸ Kripke, s. 93–95, Walker, s. 135, Anscombe, Intention, s. 27 ja Aarnio, On Legal Reasoning, s. 298, Argumentation Theory – and Beyond, s. 395 ja The Rational as Reasonable, s. 212 ja ks. Lewis, Convention, s. 63.

hitaan ja vähittäisen muutoksen. Muuttuminen on kuitenkin yhteisötason, ei yksilötason asia.

Tällaisella merkitysyhteisöllä on paljon yhteistä *Hegelin absoluuttisen tai kokonaishengen* kanssa. Yksilö tulee osalliseksi yhteisön oikeasta tiedosta vain liittymällä merkitysyhteisöön eli tulemalla osaksi kokonaishenkeä refleктоima-la sitä. Kokonaishenki tulkitaan tällöin yhteiseksi merkityksiksi eli yhteiseksi *kieleksi*. Yhteistä kieltä sopimuksena voidaan kutsua *Lewisin* tavoin yksinkertaisesti *yhteiseksi käsitteelliseksi tiedoksi*.⁵⁹ Toisaalta tällainen kokonaishenki tai kieli on Wittgensteinilla, toisin kuin Hegelillä, kontingentti, ei historiallisella tai käsitteellisellä välttämättömyydellä tietyntaiseksi määräytynyt asia.

Yhteiset merkitykset voisivat olla toisin ja ovatkin toisin toisena aikana tai toisessa yhteisössä. Kieli ja sen säännöt perustuvat viime kädessä yhteisön konstituoivaan *yhteisymmärrykseen eli sopimukseen*. Sopimus on periaatteessa *ex ante* solmittu, mutta yksilön suhteessa tosiasialliseen yhteisöön sopimus on annettu, ja kysymys on vain liittymisestä *ex post* annettuun, valmiiseen sopimukseen ja yhteisiin merkityksiin. Sopimus on annettu ja hiljainen, ei nimenomaisesti solmittu. Näin ollen *käsitteillä (sanoina) on yhteisössä oikeat, objektiiviset merkitykset*, koska ne ovat yksilön määäämisvallan ulkopuolella (ne eivät ole *subjektiivisia*) ja koska voidaan todeta, jos niitä käytetään väärin. Toisaalta tämä objektiivisuus on *suhteellista*, ei absoluuttista, koska se ei päde toiseen yhteisöön eikä toiseen aikaan. Objektiivisuus pätee vain sopimuksen ja sen mukaisen merkitysyhteisön puitteissa, jonka käytännöissä oikeat merkitykset ilmenevät.⁶⁰

Käsitteen merkityksen ja sen käytön välinen yhteys ei ole kuitenkaan ongelmaton. Ennemmin voidaan todeta, että tämän suhteen lähempi tarkastelu on yksi keskeisiä pohdinnan aiheita Filosofisia tutkimuksia -teoksessa.⁶¹ *Käsitteen merkitystä ja sen tosiasiallista käyttöä ei voi suoraan samaistaa*, vaikka Wittgenstein näyttääkin esittävän aluksi tällaisen teesin.⁶² Kielen tasolla tämä tosiaasia voidaan helposti ymmärtää, kun todetaan, että sanakirjoja tai ensyklopedioita

⁵⁹ Ks. Walker, s. 134 ja Lewis, Convention, s. 56 ja 62.

⁶⁰ Ks. Walker, s. 136 ja Lewis, Convention, s. 106, 107 ja 177.

Kant edellytti ilman muuta, että tiedonmuodostuksessa kaikilla oli samat käsitteelliset merkitykset ja samat säännöt. Hänelle oli olemassa *vain yksi tiedollinen vaihtoehto*, ja hän edellytti vain yhden tiedollisen yhteisön. Siksi Kantin käsitteet olivat välttämättömiä ja ajattomia. Sama lähtökohta oli Hegelillä. Vaikka hän suhteellisti tiedollisen yhteisön ajallisesti, oli tiedonmuodostus kuitenkin tietynä aikana ja tietyssä paikassa *välttämätöntä*. Hegel edellytti myös vain yhden tiedollisen vaihtoehdon. Wittgenteinin myöhäisfilosofia mahdollistaa sen sijaan erilaiset tiedolliset mahdollisuudet. Ks. Walker, s. 122, 123 ja 125.

⁶¹ Suhteen problemaattisuus tulee hyvin esiin esim. kohdassa 197.

⁶² Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, I 43. Stenius ja Searle korostavat tätä kä-

ei laadita eikä voidakaan laatia empiirisen tutkimuksen tuloksena, so. laatimalla sanakirja sen mukaiseksi kuin ihmiset tosiasiallisesti sanoja käyttävät. Mikäli tämä samaistus tehtäisiin, tulisi suurin osa Filosofisista tutkimuksista käsittämättömäksi. Esim. *Malcolm* ja *Winch* painottavat käsitteen oikeaa merkitystä ja virheen mahdollisuutta.⁶³ *Sopimus ja sen ehdot eli yhteisön omaksumat säännöt ovat tällöin kielen käytön oikeellisuuden kriteerinä.*⁶⁴

Miten on sitten luonnehdittava käsitteen (oikean) merkityksen ja kielen käyttämisen välinen suhde? Säännön noudattamisen tai seuraamisen käsite ei auta, koska *kysymys on säännön oikean sisällön ja merkityksen tuntemisesta*. Oikean merkityksen oppii tuntemaan esimerkkien ja harjoituksen avulla.⁶⁵ Kysymys on *pitämisen reflektomisesta*. Noudattaminen edellyttää, että sääntö on yleisesti tunnettu. Säännön sisältö ja merkitys on erotettava sen noudattamisesta. Myös säännön noudattaminen ja säännön kanssa yhdenmukainen käyttäytyminen on erotettava toisistaan. Satunnainen yhdenmukainen käyttäytyminen tai käsitteen käyttäminen ei ole säännön noudattamista, *vaan noudattaminen ja oikea soveltaminen edellyttää ja impikoi tietoa säännöstä*. Edellytyksenä on myös tällöin, että yhteisön jäsenillä on ja voi olla samansisältöinen tieto käsitteiden merkityksestä.⁶⁶ Tämä on yksinkertaisesti yhteisen kielen ja sääntöjen välttämätön edellytys. Oikea merkitys on sopimuksenvarainen, mutta sopimusta ei nimenomaisesti solmita, vaan se ilmenee hiljaisena tosiasiallisessa kielenkäytössä. Tässä merkityksessä voimme sanoa, että *tosiasiallinen kielenkäyttö osoittaa käsitteen oikean merkityksen.*⁶⁷ Kuvattu asetelma on ilmeinen *kehä*, koska yhtäältä puhutaan säännön seuraamisesta ja toisaalta lähtökohtana on, että käytäntö määrää säännön sisällön. Käytännössä seurataan sääntöjä, ja toisaalta käytäntö osoittaa säännöt. Tämä rakentava, ei vahingollinen *kehä* onkin tärkeä lähtökohta koko konventionalistiselle ajattelutavalle.

Käsitteen oikean ja väärän merkityksen erottelu tulee näkyviin siinä, että Wittgenstein näkee *sanan ja käsitteen käytön säännön seuraamisena*. Ei voida puhua pelistä ilman sääntöjä.⁶⁸ Tämä liittyy elimellisesti ajatukseen sopimuksesta.

sitteellistä erottelua. Stenius, *Mood and Language-Games*, s. 186 ja Searle, *Speech Acts*, s. 146 ja 147. Ks. myös *Hintikka–Hintikka*, s. 217–219.

⁶³ Wittgenstein, *Untersuchungen*, esim. I 269 ja 138. *Malcolm*, s. 68–71 ja 91 ja *Winch*, s. 32, 58 ja 62. Samoin Stenius, *Mood and Language-Game*, s. 186 ja Walker, s. 127.

⁶⁴ *Winch*, s. 100 ja 126 ja ks. Walker, s. 147.

⁶⁵ Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 208.

⁶⁶ Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 225 ja Walker, s. 130.

⁶⁷ Stenius, *Mood and Language-Games*, s. 186 ja ks. Lewis, *Convention*, s. 176 ja 177 ja Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 217.

⁶⁸ Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 81, 86 ja 108.

Pelistä ja sen säännöistä on sovittu, eli peli sääntöineen on kontingentti asia. Samalla sopimus sääntöineen on *käsitteellinen* asia, ei fysikaalinen tai ajallis-paikallinen asia.⁶⁹ Wittgensteinia ei tyydyttänyt *Kantin* tapa perustaa objektiiviset käsitteet intuitioon (*Anschauung*) jolloin oletettu intersubjektiiivisuus oli vaikeasti selitettävissä.⁷⁰ Ratkaisuna voidaan tällöin nähdä yhteisön sopimus, joka ehtoineen ilmenee sen ehtojen noudattamisena. Sopimus ja sen säännöt konstituoituvat sääntöjen tosiasiallisen noudattamisen kautta, eli sopimus on transsendentaalinen.

Wittgensteinin voidaan sanoa noudattavan tietystä mielessä myös *Mooren naturalistisen virhepäätelyn kieltoa* (*naturalistic fallacy*), koska vastaavasti kuin hyvän *oikean* käsitettä voidaan pitää *määrittelemättömänä asiana, jota ei voi samaistaa mihinkään olemassaolevaan*.⁷¹

2.2.3 Yksityisen kielen ja oikeuden kielto

Yksityisen kielen kielto on yksi Wittgensteinin Filosofisia tutkimuksia -teoksen merkittävimpiä saavutuksia. Kielto on suora seuraamus käsitteen merkitystä koskevasta analyysistä. Lähtökohtana on, että sanojen ja lauseiden merkitykset määräytyvät elämänmuodosta käsin, ne määräytyvät yhteisön käytännöissä. Tämä merkitsee, että *sääntöä ei voi seurata vain kerran*.⁷² Kysymys ei voi olla ainutkertaisesta asiasta.

Tietoteoreettisesti yksityisen kielen kielto on merkittävä, koska tällöin voidaan *välttää solipsismi*, ja osoittaa *tiedon intersubjektiiivinen perusta*. *Tieto on lauseiden merkityksiä yhteisten kielipelien eli tradition määäämissä puitteissa*. Peli kokonaisuutena on kontingentti, se on vain yksi mahdollinen peli, mutta tiedettäessä eli pelattaessa itse peliä sääntöineen ei voi epäillä eikä suhteellistaa. Tässä suhteessa se on annettu ja esitetty. Annetut puitteet eivät ole tiedon kohde vaan sen lähtökohdat ja edellytys, joka myös mahdollistaa yksimielisyyden. Kielipeleillä on näin ollen sama funktio kuin *Kantin* apodiktisella tiedolla. Yhteisön yhteiset merkitykset ja viime kädessä sopimus määrittelee *koherentin systeemin, jonka puitteissa yksittäiset oikeat merkitykset määrittyvät kokonaisuudesta käsin*. Lähtökohtana ei ole yksityinen kokemus vaan yhteisön kielenkäyt-

⁶⁹ Wittgenstein, Untersuchungen, I 108 ja Winch, s. 71.

⁷⁰ Kant, Reinen Vernunft, B 118 ja B 122.

⁷¹ Mitä naturalistisella virhepäätelmällä tarkoitetaan ks. Moore, Principia Ethica, s. 6–10, Baldwin, G.E. Moore, s. 70, von Wright, Logiikka, filosofia ja kieli, s. 211 ja Airaksinen, s. 30–35.

⁷² Wittgenstein, Untersuchungen, I 199.

tö. Puhtaasti yksityinen ajatus tai havaintokokemus on myös puhtaasti ilmaise-maton asia, josta ei voi tietää mitään.⁷³

Tässä yhteydessä yksityisen kielen kiellon tärkein merkitys on kuitenkin siinä, että se *kieltää yhden ihmisen kielen*. Samalla teesi kieltää myös yhden ihmisen *tiedon ja säännöt*. Teesi kieltää oman kielen, omien sääntöjen ja myös tiedon mahdollisuuden yksinäiseltä saarelle eristetyltä *Robinson Crusoelta*. Informaa-tiota ja sääntöjä voi olla vain yhteisön tasolla.⁷⁴

Kieli on sen käyttämisessä, eli on mieletöntä puhua ilmaisemattomista aja-tuksista. Luonnollisen kielen käsite aktuaalikielenä kieltää sen samoin kuin yh-den ihmisen kielen.⁷⁵ Todellisesta kielestä ei voi mielekkäällä tavalla puhua tar-koittaen vain hypoteettisia käyttösääntöjä. Säännöt määrittelevät kyllä sinänsä *ideaalin kielenkäytön*, mutta kielessä on myös *konkreettinen puoli*, kieli sellai-sena kuin sitä tosiasiallisesti käytetään. Tämä *kaksipuolinen ja toisiinsa palau-tumaton asetelma* ilmenee siten, että säännöt määräävät kielenkäyttöä, niitä seu-rataan kieltä käytettäessä, mutta samalla säännöt voidaan tuntea vain tosiasialli-sen kielenkäytön kautta. Tässä merkityksessä säännöt ovat niiden käyttämisessä. Tältä pohjalta kieli on selkeästi ymmärrettävissä myös *informaatioksi*, vies-tinnäksi. On kestävä ajatus yhtäältä, että henkilö viestittäisi itselleen, puhuisi itselleen, ja toisaalta, että olisi viestintää, joka olisi vain hypoteettista, jota ei koskaan käytettäisi.⁷⁶

Laajemmassa merkityksessä yksityisen kielen kiello voidaan ymmärtää myös kieltona sille, että voitaisiin muodostaa erillinen kieli sääntöineen tai muu sään-töjärjestelmä, jolla ei olisi käytäntöä. Sidomme merkitykset ja *säännöt* edellä kuvatulla tavalla todellisuuteen, aktuaalimaailmaan eli meidän maailmaamme. Ne ovat *jotakin aktuaalimaailman suhteen*. Transsendentaaliset säännöt ovat to-dellisen yhteisön *ideaali merkitystodellisuus, jonka voi tiedostaa ymmärtämällä aktuaalimaailmaa*. Havaittavana todellisuutena on tällöin inhimillinen käyttäy-tyminen ja kielen käyttäminen, jossa abstrakti sopimus ilmenee. Tämä on näh-

⁷³ Wittgenstein, Untersuchungen, I 293 ja 272 ja Varmuudesta, 105, 144 ja 209. von Wright, Wittgenstein, Varmuudesta, s. 13, 16, 18, 19, 24 ja 27, Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 215 ja ks. *Hintikka-Hintikka*, s. 248 ja 260.

⁷⁴ Ks. Robinson Crusoe -keskustelu, Kripke, s. 110. Aarnio, Oikeuskielen tulkinta ja ym-märtäminen, s. 114.

⁷⁵ Wittgenstein, Untersuchungen, I 339–341.

Wittgenstein pitää silmällä vain *luonnollisia kieliä*. Niiden käyttösääntöjä voidaan lähes-tyä vain tosiasiallisen käytön kautta. Tämän takia *hypoteettiset kielet* sulkeutuvat pois jo kie-len määritelmän vuoksi. Vrt. Lewis, joka analysoi kieliä mahdollisten eli hypoteettisten kiel-ten kautta. Lewis, alk. s. 162.

⁷⁶ Ks. Wittgensteinin kritiikki William Jamesia kohtaan tältä osin, Wittgenstein, Unter-suchungen, I 342–344.

däkseni kestävä tapa kuvata merkitysten ja sääntöjen yhteys havaittavaan todellisuuteen. Tämä näyttää soveltuvan yhtäältä tietoon siis *tiedon eli kielenkäytön sääntöihin* ja toisaalta myös muunlaisiin kuin kielenkäytön sääntöihin. Tässä suhteessa konventionalismia voidaan soveltaa *tietoon moraalien ja oikeuden säännöistä*.⁷⁷ Moraalin ja oikeuden sääntöjä ei pidä kuitenkaan sekoittaa kielenkäytön sääntöihin, vaikka ne yleensä kietoutuvatkin toisiinsa.

Sääntöjen tuntemisessa ja noudattamisessa on olennaisella tavalla kysymys *sääntöyhteisöön kuulumisesta*. Yhteisöä voi ymmärtää vain asettumalla sen jäsenen asemaan, siis sisältä käsin. Tämän takia myös kognitiivinen eli tiedollinen näkökulma voi olla vain ns. *sisäinen näkökulma*.⁷⁸ Sitoutuminen sääntöihin ilmentää yhteistä merkitystodellisuutta ja yhteistä sääntöyhteisöä.⁷⁹ Toisaalta yhteisön yksittäisen jäsenen kannalta sääntö on ulkoinen, oikeellisuuden kriteerit ovat hänelle annetut.⁸⁰

On huomattava, että tässä näkökulma on *kognitiivinen*, silmällä pidetään *tietoa yhteisön normeista*. Normin tiedostava henkilö voi olla yhteisön oikeusalamainen, mutta tärkein tässä yhteydessä on ns. lainoppineen ja erityisesti lainopillisen tekstin kirjoittajan tieto normeista. Kiinnostuksen kohteena on lainopin tietoteoria.

Myös kielen käyttäminen on tekoja, ja nämä »*kieliteot*» muodostavatkin mielenkiintoisen leikkauspisteen kielen ja moraalien tai oikeuden sääntöjen välillä. Kielen käyttämistä voidaan arvioida erikseen sekä korrektina kielenkäyttönä, *kieltä koskevan sopimuksen* perusteella, että moraalien tai oikeuden kannalta, *moraalia tai oikeutta koskevan sopimuksen* perusteella. Kielenkäyttö voi olla kielen sääntöjen mukaista, mutta silti yhteisön moraalien tai oikeuden kannalta epäkorrektia.

Kieltä ja moraalia tai oikeutta koskeva analogia antaa mahdollisuuden myös mielenkiintoiseen huomioon yksityisen moraalien tai oikeuden mahdollisuudesta. Eräässä suhteessa *voimassa olevan oikeuden* käsite voidaan rinnastaa luonnolliseen kieleen. Molempia voidaan tiedollisesti lähestyä vain *ex post*, annet-

⁷⁷ Ks. Hintikka–Hintikka, s. 258.

⁷⁸ Winch, s. 88.

⁷⁹ Elävän kuvauksen normaaliuden, abnormaaliuden ja moraalien relatiivisuudesta eri yhteisöjen välillä antavat *Benedictin* kuvaukset antropologisista tutkimuksista eri alkuperäiskulttuurien parissa. Normaalius on kulttuurisesti määrittynyt ja riippuu yhteisön omaksumista ja hyväksymistä normeista. Benedict, s. 72 ja 73. Tämä ei kuitenkaan estä sitä, että eri kulttuureilla olisi enemmän tai vähemmän yhteistä normistoa. Benedict päättyy toteamukseen: »*All our local conventions of moral behavior and of immoral are without absolute validity, and yet it is quite possible that a modicum of what is considered right and what wrong could be disentangled, that is, shared by the whole human race.*» Benedict, s. 79.

⁸⁰ Winch, s. 33, 35 ja 39.

tuina aktuaalisina sääntösystemeinä, ei *ex ante* mahdollisina systeemeinä. Jos moraalit ja oikeus nähdään yhteisöllisenä, sopimukseen perustuvana asiana, joka voidaan ymmärtää moraalit ja oikeutta koskevan tosiasiallisen kielenkäytön kautta, voidaan tästä johtaa samat johtopäätökset kuin kielen sääntöjen kohdalla.

Ensiksikin sulkeutuu pois mahdollisuus puhtaasti hypoteettisesta oikeudesta olemassaolevana sopimuksena, koska käytäntö, joka implikoisi sopimusta, puuttuisi. Toiseksi johtopäätöksenä on myös *yksityisen oikeuden kieltö*. Sopimus moraalista tai oikeudesta voidaan tuntea, ja se voi tässä mielessä olla voimassa («olemassa») vain yhteisön moraalit tai oikeutta koskevien *tosiasiallisten tekosten ja oikeudellisen kielenkäytön abstraktina implikaationa*. Tällainen käytäntö ja sopimus voi olla vain *yhteisön tasolla*, joten yksityistä moraalit tai oikeutta tai niitä koskevaa sopimusta ei voi olla.⁸¹

Samoin kuin kieltä, voimassa olevaa oikeutta *kokonaisuutena* käytetään eli *sovelletaan välttämättä oikein*. Se otetaan lainopissa sellaisena kuin se on.⁸² Tämä johtuu edellä omaksutuista määritelmistä, ja koska vaihtoehtoja ei ole. Muussa tapauksessa kielen tai oikeuden oikea systeemi voisi olla jokin muu, vaihtoehtoinen systeemi, ja «oikea» käsitteiden käyttäminen voisi olla muu kuin tosiasiallinen käyttäminen.⁸³ Systeemin vaihtaminen merkitsee yhteisön vaihtamista. Koska yhteisön tosiasiallinen käyttäytyminen otetaan annettuna, niin myös sen implikoima yhteisön *kieli ja oikeusjärjestys otetaan annettuina*.⁸⁴

2.2.4 Sääntöparadoksi

Wittgensteinin sääntöteoria kiteytyy hänen esittämänsä ns. sääntöparadoksiin, jonka hän esittää seuraavassa muodossa:

»Sääntö ei voisi määrätä mitään toimintatapaa, kun kerran kaikki toimintatavat on mahdollista saattaa sopusointuun säännön kanssa. Vastaus oli: Jos kaikki voidaan saada pitämään yhtä säännön kanssa, silloin ne voi-

⁸¹ Samanlaisilla perusteilla *Lagerspetz* kieltää yksityisen rahan mahdollisuuden. *Lagerspetz*, s. 15.

⁸² *Aarnio*, On Legal Reasoning, s. 48 ja *Marmor*, s. 96.

⁸³ Tämä johtuu siitä, että lähtökohtana on tosiasiallinen kielenkäyttö, jonka sääntöjä pyritään reflektoidaan. Yhteistä luonnollista kieltä ei ole, jos ei ole jotakin konkreettista, jota ymmärretään. Kielen olemassaolo edellyttää sen pääpiirteissään oikeaa käyttöä. Vastaavasti yhteisön voimassaoleva oikeus ilmenee tosiasiallinen kielenkäytön implikaationa, joten tosiasiallista normatiivista kielenkäyttöä kokonaisuutena ei voi kyseenalaistaa.

⁸⁴ Laajemmin käsittein annettua on elämänmuoto, sitä ei voi kiistää eikä sille ole vaihtoehtoja. *Wittgenstein*, Untersuchungen II, s. 572. *Winch*, s. 40.

daan saattaa myös ristiriitaan sen kanssa. Siksi tässä ei olisi enempää yhäpitävyyttä kuin ristiriitaakaan.»⁸⁵

Lähtökohtana on edelleen selkeästi konventionalistinen käsitys sanojen merkityksestä. Merkitykset ovat sopimuksenvaraisia ja riippuvaisia käytännöstä. Tärkeää on havaita, että tämä *pätee suoraan myös kaikkiin muihin yhteisöjen sääntöihin, myös oikeuden sääntöihin. Kripken* mukaan Wittgenstein ryhtyy skeptikoksi ja asettaa paradoksin, joka näyttää ratkaisemattomalta. Toisaalta hän pyrkii myös ratkaisemaan paradoksin, ei kumoamalla paradoksia, niin kuin *Descartes* pyrki vastaamaan skeptismiin, vaan antamalla skeptisen ratkaisun niin kuin *Hume*.⁸⁶ Paradoksin johtopäätöksenä ei ole säännön seuraamisen mahdottomuus.⁸⁷ Seuraan tässä aluksi Kripken tulkintaa paradoksista, vaikka se on kiistanalainen.⁸⁸ Kripken tulkinnan suurin ansio ei ole uskollisuus Wittgensteinin teksteille, vaan se on itsessään hedelmällinen ja merkittävä Wittgensteiniin perustuva puheenvuoro.

Paradoksi kuuluu itse asiassa seuraavasti: *Kuinka kieli voi olla mahdollinen, vaikka kielen sisältö määräytyy sopimuksen perusteella, mutta sopimusta ei voi löytää eikä sen sisältöä tuntea ennen sen käyttämistä.*⁸⁹ Kun Kant kysyi: »Kuinka apriorinen synteettinen tieto on mahdollista?»; niin Wittgenstein käänsi tämän kysymyksen muotoon: »Kuinka yhteisön ja tietämisen säännöt ovat mahdollisia, ja kuinka ne voidaan tietää?» Ennen säännön noudattamista ei ole mitään, mikä osoittaisi, miten sääntöä tulisi noudattaa. Yleisemmässä muodossa paradoksi voidaan esittää myös seuraavasti: *Kuinka säännöt ja niiden noudattaminen on mahdollista, kun meillä ei ole mitään mikä osoittaisi ennen toimintaamme, kuinka tulisi toimia.* Ennen sääntöjen noudattamista ei ole mitään mitä seurattaisiin eli noudatettaisiin.

Wittgensteinin ratkaisu on itse asiassa jo annettu edellä. Ratkaisu on skeptinen, koska Wittgenstein lähtee siitä, että *ennen noudattamista ei voi olla annettuja sääntöjä.* Ei ole olemassa mitään metafysisistä faktaa, jota voitaisiin seura-

⁸⁵ Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 201. Käännös Heikki Nymanin.

⁸⁶ Kripke, s. 55, 62, 66 ja 68, Winch, s. 123 ja Marmor, s. 147 ja 148. Wittgenstein myös selkeästi katsoo, että täydellisen skeptismin pohjalta ei voi lähteä. On epäiltevä jotakin, epäileminen edellyttää varmuutta lukuisten muiden seikkojen suhteen ja itse epäileminen perustuu rationaalisuuteen. Wittgenstein, *Varmuudesta* 114, 115 ja 122. Ratkaisun osalta Kripken ja hänen kriitikkojensa kannat ovat sovitettavissa yhteen.

⁸⁷ Schauer, *Rules and the Rule-Following Argument*, s. 187.

⁸⁸ Ks. Marmor, s. 148 ja 150. Kriitikot katsovat, että Wittgensteinin näennäistä skeptisyyttä ei tule ottaa vakavasti.

⁸⁹ Kripke, s. 62.

Kaikki tulkinta edellyttää yhteisymmärrystä tai sopimusta. Dworkin, *Law's Empire*, s. 65–68.

ta.⁹⁰ Tämä merkitsee myös, että lähtökohtaisesti säännöt voivat olla minkälaiset tahansa, ne ovat kontingentti asia. Väite säännön olemassaolosta ja sisällöstä on synteettinen väite. Ne riippuvat vain elämänmuotoon sisältyvistä käytännöistä. Myös meidän traditiomme ja elämänmuotomme on kontingentti asia, yksi mahdollinen traditio ja elämänmuoto. Säännöt ovat tosiasialliseen yhteisöön nähden transsendentaalisia. Toinen asia on, että elämänmuoto yhdessä fyysisen ympäristön kanssa muodostaa annetut puitteet moraalille ja oikeudelle ja lähtökohdat normitiedolle. Tässä mielessä ne ovat annettuja ja määrättyjä, eli niille ei ole aktuaalista vaihtoehtoa, vaan vain hypoteettisia vaihtoehtoja ja tässä mielessä vaihtoehtoisia mahdollisia maailmoja. Ei ole mitään ikuisia elämänmuotoja tai kielipelejä eikä merkityksiä tai sääntöjä.

Sanojen merkitykset ja säännöt on löydettävissä niiden noudattamisesta, itse yhteisön käytännöistä niiden transsendentaalisina elementteinä, ymmärtämällä tosiasiallisia kielipelejä ja ymmärtämällä viime kädessä omaa elämänmuotoa, traditiota ja yhteisöä. Säännöt ilmenevät tavassa, jolla niitä tulkitaan ja seurataan. Säännön tulkitseminen ja seuraaminen ovat käytäntöä. Käytännössä ilmenee *sopimus*, jonka ehtoina ovat käsitteiden merkityksiä ja kielen käyttöä koskevat säännöt.⁹¹ Kielen ja sen käyttämisen tunteminen on tämän sopimuksen tuntemista ja sääntöjen seuraamista. Tämän vuoksi Wittgenstein korostaa usein, että kielen oikea käyttäminen on taitoa ja tekniikan hallintaa. »*Eine Satz verstehen, heisst, eine Sprache verstehen. Eine Sprache verstehen, heisst, eine Technik beherrschen.*»⁹²

Wittgenstein vielä huomauttaa, että säännön seuraaminen ei ole sama asia kuin uskoa seuraavansa sääntöä.⁹³ Tieto, uskomus tai ymmärtäminen eivät ole tosiasiallisia mentaalisia tiloja. Yksittäinen uskomus voi olla lisäksi väärä. Vaikka olettamuksena on, että sääntö on yhteisössä yleisesti tunnettu, ei edellytetä, että jokainen jäsen tuntee säännön. Sen sijaan yhteisöön kuuluminen asettaa velvollisuuden tuntee säännöt. Sääntöjen olemassaolo tai seuraaminen ei ole myöskään sama asia kuin, että yhteisön jäsenet tosiasiallisesti uskovat sääntöön.⁹⁴ Vaikka

⁹⁰ Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 192, ja Kripke, s. 65.

Samoin oikeusteorian tasolla Aarnio, kun hän viittaa luonnonoikeudellisiin oikeusteorioihin: »... there are no legally relevant criteria outside the positive law giving legitimacy to the legal order as such or to the individual norms belonging to this very order.» Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 43.

⁹¹ Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 202 ja Kripke, s. 77, 78, 86, 96, 97 ja 105 ja yhteenve-to s. 107–109.

⁹² Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 199. Ks. myös 150. Ks. Aarnio, *On Legal Reasoning*, s. 297.

⁹³ Wittgenstein, *Untersuchungen*, I 202.

⁹⁴ Selkeästi Wittgenstein ilmaisee tämän myös Filosofisia tutkimuksia teoksessa osassa XI

sääntöjen olemassaolo perustuu uskomuksiin, niitä ei voida samaistaa. Sääntöjen todellisuus, niiden ontologia on yhteisön itseymmärryksessä, sinänsä *abstraktiona*, joka ilmenee yhteisön toiminnassa ja perustuu uskomuksiin. Säännön sisältö on näin ollen lauseen käsitteellinen merkityssisältö. Pelkkä uskomus tai käsitys käsitteen merkityksestä tai säännön sisällöstä olisi myös ilmaisematon ajatus tai lausumaton lause.

Paradoksi voidaan muotoilla myös seuraavalla tavalla: Säännöt ilmenevät vain tavassa, jolla niitä noudatetaan. *Yhtäältä ei ole mitään tätä käytäntöä edeltävää, jota noudatettaisiin, mutta toisaalta sääntöjä ei saa myöskään selville tarkkailemalla ulkoisesti noudattamiskäytäntöä.* Yhteisön säännöt voi tuntea vain ymmärtämällä yhteisön (intensionaalista) kielenkäytön sääntöjä eli näkökulman on oltava välttämättä yhteisöön nähden sisäinen. Jos oletetut *metafyysiset säännöt* olisivat sellaisenaan, ne olisivat transsendentejä ja tavoittamattomia, ne olisivat lausumattomia eikä niistä voitaisi tietää mitään. Toisaalta sääntöjä voidaan olla noudattamatta, joten *tosiasiallinen käytäntö tai uskomukset* säännöistä eivät voi olla sama kuin säännöt ja niiden ymmärtäminen.⁹⁵ Säännöt eivät ole sama asia kuin säännönmukaisuus, eikä sopimus ole sama asia kuin sen noudattaminen tai tosiasialliset uskomukset, vaikka ne olisivatkin yhdenmukaiset. Sen sijaan yhteisön säännöt määräytyvät ja ne voidaan ymmärtää yleisten käytäntöjen perusteella.⁹⁶ Yksimielisyys sääntöjen mukaisesta oikeasta ja väärästä *ei ole mielipiteitten vaan yksilöön nähden annetun tradition (ja elämänmuodon) yhtäpitävyyttä.*⁹⁷ Kysymys ei ole näin ollen joukosta yhdenmukaisia, ja siis erillisiä uskomuksia, vaan *yhteisistä uskomuksista*, jotka yhteisön jäsenet jakavat.

Tärkeä huomautus on myös, että säännön ymmärtäminen tulkinnanvaraiseksi ei ratkaise paradoksia. Ensiksi metafyysisistä sääntöä ei voi pelastaa pitämällä sitä tulkinnanvaraisena. Toiseksi tulkinnalla ei voi korvata tai sivuuttaa käsitteen oikeaa merkitystä, koska lähtökohdaksi otettavan, merkitystä koskevan säännön kiistäminen merkitsee, että ei olisi mitään tulkittavaa.⁹⁸

s. 573, jossa hän lausuu: » Lauseilla 'Ihmiset uskovat, että $2 \times 2 = 4$ ' ja ' $2 \times 2 = 4$ ' ei ole sama mieli».

⁹⁵ Ymmärtäminen ei ole sielullinen (mentaalinen tai psykologinen) tila. Wittgenstein, Untersuchungen, I 154. Kripke, s. 111 ja Baker-Hacker, Wittgenstein. Understanding and Meaning, vol I s. 608 ja 609.

⁹⁶ Ks. Walker, s. 135. Peruskäsitteiden mieli (Sinn), ymmärtäminen ja selittäminen välistä yhteydestä ja verrattuna ulkoiseen näkökulmaan ks. Weber I, kappale (Methodische Grundlagen), alk. s. 1. Winchin perusteltu Weber-kritiikki erityisesti subjektivismiin ja ymmärtämisen ja kausaalisuuden yhdistämisen osalta, ks. Winch, alk. s. 45 ja alk. s. 116.

⁹⁷ Wittgenstein, Untersuchungen, I 241.

⁹⁸ Wittgenstein, Untersuchungen, I 201 ja Marmor, s. 149.

Konventionaalisuudesta huolimatta *kieli on eksaktia*, ja yhteisössä voidaan osoittaa sanojen oikeat ja yleiset merkitykset ja lähtökohtaisesti teot, joihin säännöillä viitataan. Kieli on semanttisesti itsenäistä (*semantic autonomy of language*). *Marmor* korostaa kielen sääntöjen yksiselitteisyyttä ja sanojen selkeitä merkityksiä. Tämä ilmenee siten, että kaikki samaan kieliyhteisöön kuuluvat tuntevat tyyppitapauksen.⁹⁹ Tämä on oikeuden kannalta tärkeää, koska tämä yhteisen kielen tulkinta *mahdollistaa säädännäisen oikeuden järjestelmän ja lakipositivistisen* käsityksen oikeudesta. Tämän mukaisesti sanojen (käsitteiden) ja lauseiden *ymmärtäminen ei ole tulkintaa* vaan niiden omaksumista. Sanoilla ja lauseilla on näin ollen yksilöön nähden annettu, oikea merkitys ennen tulkintaa. Tärkeä implikaatio tästä on, että esim. kirjoitetuilla lauseilla on yhteisössä *sanamuodon mukainen merkitys ennen niiden käyttämistä eli tulkintaa*. Tulkinta edellyttää toisaalta selkeästi toisenlaista yhteisön tradition ymmärtämistä kuin kielen ymmärtäminen. Sanojen ja lauseiden oikean merkityksen tunteminen on kielen ymmärtämistä ja tässä merkityksessä tradition *omaksumista*. Oikeuden tunteminen viittaa puolestaan tietoon käsitteiden käyttämisestä eli tulkinnasta. Kysymys on tunnettujen käsitteiden tietynlaisesta, tradition ohjaamasta käyttämisestä.

Dworkin ei näytä tekevän kuvattua eroa kielen ymmärtämisen ja tulkintaymmärtämisen välille. Tämä nähdäkseni selittää eräät oudot piirteet hänen *konstruktivisessa* tulkintakäsityksessään, esim. erottelun säädöstekstin ja »todellisen» säädöksen välillä. Kysymys on itse asiassa käsityksestä laista ja sen määrittelystä. Tämä oikeuttaa *Dworkinin* liberaalin tulkintamallin suhteessa säädöksiin ja mahdollistaa aineellisten oikeusperiaatteiden tavanomaista vahvemman aseman. Kaikki lain sisällön selvittäminen on hänelle tulkintaa, myös lähdetekstien lukeminen. *Dworkin* nimenomaisesti kiistää lakipositivistisen teesin, että laille »sellaisena kuin se on» ja »sellaisena kuin sen pitäisi olla» voidaan tehdä ero. Tämän takia on luonnollista, että varsinaisesti juuri tämä keskeinen piirre *Dworkinin* teoriassa laista ja sen tulkinnasta on mm. *Hartin*, *Razin* ja *Marmorin* kritiikin varsinaisena kohteena.¹⁰⁰

⁹⁹ *Marmor*, s. 134, 147 ja 153 ja *Baker–Hacker*, Wittgenstein. Understanding and Meaning, vol I s. 595 ja 596.

¹⁰⁰ *Dworkin*, Law's Empire, s. 7, 17, 20, 23, 47 ja 52. Ks. esim. *Hart*, postscript, *Raz*, Ethics in the Public Domain, s. 195 ja alk. s. 205 ja *Marmor*, alk. s. 35.

Samalla tavalla *Fuller* puhui »sanojen taakse katsomisesta». Kysymys näyttää olevan erityisestä amerikkalaisesta tulkintatavasta, jossa tulkinnassa tarkoituksenmukaiset ratkaisut pyritään oikeuttamaan liberaalin kielellisen tulkinnan kautta. *Fuller*, Positivism and Fidelity to Law, s. 667.

Nähdäkseni *von Wrightin* erottelu sanojen moniselitteisyyteen (*ambiguity*) ja käsitteiden epäselvyyteen (*vagueness*) voidaan tulkita yhdenmukaisesti Marmorin kanssa.¹⁰¹ Edellinen viittaa tällöin sanojen merkityksen (idean) epäselvyyteen ja jälkimmäinen käsitteiden käyttämisen eli tulkinnan useisiin mahdollisuuksiin. Vaikka sanojen ja säännön merkitys olisi kielellisesti selkeä, niin kuin yleensä on asianlaita, niin sen soveltaminen voi olla epäselvää.

Tulkinta sekä kielen että oikeuden tasolla varsinaisessa merkityksissään viittaa näin ollen tunnettujen, yleensä yksiselitteisten käsitteiden ja lauseiden käyttämiseen ja soveltamiseen. Tulkinnan pääongelma ei ole idean epäselvyys vaan sanan käyttämisen monet mahdollisuudet. Wittgenstein erottelee tässä suhteessa *normaalit ja epänormaalit tapaukset*.¹⁰² Sääntö soveltuu suoraan tyyppi- tai normaalitapauksessa, mutta epänormaali tapaus on tulkinnanvarainen. Tämän takia voidaan myös puhua *sanamuodon mukaisesta tai sen vastaisesta tulkinnasta*, kun normaalitapauksessa säännöstä poiketaan. Kielenkäytön sääntöihin nähden tällainen poikkeaminen on »vääriä» kielen käyttämistä. Tulkintaerimielisyydet eivät tämän takia yleensä tarkoita erimielisyyttä sanojen oikeasta merkityksestä vaan tavasta, jolla niitä käytetään ja sovelletaan.¹⁰³

Erottelu kielen ymmärtämiseen ja sen tulkintaan antaa myös välineet ymmärtää *Fullerin* esittämät, jo klassisiksi muodostuneet ongelmatapaukset. Sanojen merkitysten suhteen ovat selvät ja epäselvät tapaukset, mutta oikeudellisessa tulkinnassa, sanojen ja lauseiden käyttämisessä ja soveltamisessa on tunnettava myös itse sääntelyn tarkoitus ja sen aineellinen tausta.

Fulleriin viitaten voidaan esittää tilanne, jossa nukkuminen rautatieasemalla on kielletty. Voidaanko sakottaa matkustajaa, joka on nukahtanut istuessaan asemalaiturin penkillä ja odottaessaan klo 3 aamuyöllä myöhässä olevaa junaa?; ja voidaanko sakottaa miestä, joka on tullut asemalle tyyneen ja peiton kanssa ja asettunut makuulle odotushuoneeseen ehtimättä kuitenkaan nukahtaa ennen kuin hänet on käsketty pois odotushuoneesta? Ahdas sanamuodon seuraaminen puoltaisi vain edellisen henkilön sakottamista. Koska tulkinta eroaa sanojen ymmärtämisestä, ei tämä ole välttämätön johtopäätös, vaan lainopillisen tulkinnan kautta voidaan päätyä rat-

¹⁰¹ *von Wright*, *The Varieties of Goodness*, s. 13 ja 14.

¹⁰² *Wittgenstein*, *Untersuchungen*, I 141 ja 142.

¹⁰³ Kuvattua asetelmaa voidaan verrata kvanttifysiikan *käsitteelliseen ongelmaan*, jonka *Waismann* kuvaa seuraavasti: Lakien oletetaan sinänsä olevan deterministisiä, mutta determinismi ei perustu klassiseen kausaliteettiin vaan todennäköisyyteen. Tämän takia yksittäiset havainnot voivat olla ristiriidassa lain kanssa. Determinismi toteutuu vain riittävän suuressa havaintojoukossa. Yksittäisen havainnon ja lain välinen suhde on lain *tulkintaa*, mikä suhteellistaa lain merkityksen. Yksittäinen havainto *selitetään* joko normaaliksi tai epänormaaliksi tapaukseksi. Ankarassa merkityksessä determinismi on suljettu pois. *Waismann*, s. 132.

kaisuun, että sakotetaan vain jälkimmäistä henkilöä. Tulkinnessa voidaan ottaa huomioon säännön tavoitteet, ja sanojen sinänsä eksakti merkityssiltä on vain tulkinnan lähtökohta.¹⁰⁴

Termien ja käsitteiden käyttämisen yhteydessä on erotettava niiden soveltaminen kielenkäytön sääntöjen osalta ja erikseen kielellisessä muodossa olevien sääntöjen soveltaminen laintulkinnassa ja ratkaisutoiminnassa. Kieleen sisältyvä erottelu normaaleihin ja epänormaaleihin tapauksiin heijastuu vastaavana erotteluna oikeudellisessa tulkinnassa ja mahdollisuutena sanamuodon vastaisiin tulkintoihin. Tällä perusteella voidaan erottaa *helpot* ja *vaikeat tapaukset*, ja vaikka sanamuodon vastainen tulkinta on »väärrä kielenkäyttöä», se voi olla oikeudellisesti oikeaa tulkintaa tai lainkäyttöä.

Edellä lausutun perusteella teen kaksi keskeistä johtopäätöstä oikeuden suhteen, jotka molemmat näkyvät suoraan tämän tutkimuksen rakenteessa ja sisällössä. Ensiksikin lausumat merkitsevät *luonnonoikeudellisten konstruktioiden sivuuttamista* ja toiseksi *vastakkainasettelua oikeusrealististen näkemysten kanssa*. Kuvattu suhde näihin molempiin suuntauksiin perustuu itse asiassa anti-realismin ja omaksuttuun objektiivisuuskäsitykseen. Suhde luonnonoikeudellisiin ajatuskulkuihin muodostuu kuitenkin ambivalentiksi, koska eräin osin niihin myös selkeästi tukeudutaan.¹⁰⁵ Esim. konstruktio yhteiskuntasopimuksesta on historiallisesti luonnonoikeuden »lapsi». Tässä lähtökohtana on sellaisen annettun, kielen ulkoisen objektiivisen todellisuuden kieltö, johon vertaamalla lainopin lauseiden totuus voitaisiin perustaa. Suhde luonnonoikeuteen jätetään kuitenkin tarkoituksellisesti auki, koska se sisältää laajan ongelmavyyhdän, jota ei tässä voida selvittää. Loppuosa tästä tutkimuksesta pyrkii tuomaan esiin ne implikaatiot ja johtopäätökset, joihin tässä luvussa lausuttu antaa yleiset lähtökohdat. Jäljempänä käy ilmi, että tässä omaksuttu käsitys oikeudesta merkitsee myös osittaista irtautumista lakipositivistista lähtökohdistista.

¹⁰⁴ Fuller, Positivism and Fidelity to Law, s. 664.

¹⁰⁵ Selvytyden vuoksi on todettava, että luonnonoikeudellisten lähestymistapojen osalta sivuuttaminen koskee vain niiden keskeisinä lähtökohtina olevia muodollis-juridisia konstruktioita ja niiden implikoimaa *realismia* (laajassa merkityksessä), kun lähtökohtana on »moraa-lisen todellisuuden» tai annettujen periaatteiden oletaminen. Ks. esim. Finnis, Natural Law and Natural Rights, s. 72. Sen sijaan sisällöllisesti esim. *aineellisten oikeusperiaatteiden* keskeiseen asemaan tässä suhtaudutaan hyvin myönteisesti. Nämä samat periaatteet voidaan siltä ja niiden asema oikeusjärjestelmässä voidaan nähdä hyvin erilaisilla tavoilla.

2.2.5 Walkerin kritiikki

Walker on kritisoinut totuuden koherenssiteoriaa ja erityisesti Wittgensteinin sääntöteoriaa sillä perusteella, että ne eivät sovellu kaikenlaiseen tietoon, vaikka Wittgenstein on näin edellyttänyt. Kysymys on samalla totuuden korrespondenssikäsityksen soveltumisalasta. Walker rajaa kuitenkin tämän tiedon alueen varsin kapeaksi. Itse asiassa se on alue, jonka osalta myös *Kant* sovelsi totuuden korrespondenssikäsitystä, ei koherenttista käsitystä. Samoin kuin *Kant* Walker pyrkii muodostamaan sekamuotoisen, ei puhdasta koherenttista teoriaa. Hän näyttää pyrkivän yhtäältä *koherenssiteoriaan tiedosta* ja toisaalta *korrespondenssiteoriaan totuudesta*.¹⁰⁶ Väitteet on lähtökohtaisesti oikeutettava, eli on osoitettava koherenssi suhteessa uskomusjärjestelmän muihin lauseisiin. Toisaalta totuus on Walkerille vain vastaavuutta kielen ulkoisen todellisuuden kanssa. Systemin on perustuttava lauseisiin, jotka ovat tosia tässä merkityksessä.

Viimeksi mainituissa lauseissa kysymys on *välittömistä havainnoista ja tuntemuksista*, *Kantin* terminologian mukaisesti välittömän havainnon sisällöstä, jotka myös hän otti annettuna. Tällöin myös niitä kuvaavat lauseet ovat sisällöltään annettuja. Walkerin mukaan tietoisuus niistä ei perustu yhteisön sitoumukseen tai aprioriseen käsitteistöön. Niiden suhteen ei voi erehtyä, eikä säännön seuraamisella ole niiden suhteen merkitystä. Terminologia voi olla erilaista, mutta itse säännönmukaisuus ja sen vastaavuus suhteessa havainnon ja tuntemuksen kohteeseen ei tämän takia muutu. Tämän takia ei ole olennaista, käytetäänkö tietystä väristä termiä »puhrea» vai vihreä». Objektiivisuus on havaitun samanlaisuudessa, eli ominaisuuden olemassaolo samanlaisuutena on objektiivista ja tajunnasta riippumatonta. *Niiniluodon* termin sanottuna Walker haluaa tehdä selkeän eron käsitteellisten totuusehtojen (sanojen ja lauseiden stipulatiivisten merkitysten) ja itse totuuden eli korrespondenssin (vastaavuuden) välille.¹⁰⁷ Tällöin *aidon, välittömästi havaittavan ominaisuuden samanlaisuus otetaan annettuna ja objektiivisena*.¹⁰⁸ Itse ominaisuus pakottaa tällöin käyttämään predikaattitermiä (oli se mikä tahansa) tietyllä tavalla. Välittömän havainnon toteaminen on *havaintoraportti* (*perception report*), joka ei johdu määritelmästä vaan on mää-

¹⁰⁶ Walker, s. 170. Selvää on myös, että Walkerilla on tässä vahvat liittynät positivistiseen tieteentraditioon, koska kuvatulla asetelmalla on paljon yhteistä *Humen* ja useiden loogisten positivistien kanssa.

¹⁰⁷ *Niiniluoto*, Truth and Legal Norms, s. 174.

¹⁰⁸ Kaila puhui vastaavalla tavalla *invariansseista*. Kaila, Inhimillinen tieto, s. 13 ja 26. Kaila esitti myös samanlaisen kritiikin konventionalismia kohtaan. Kaila, Inhimillinen tieto, alk. s. 196.

räytynyt a posteriori.¹⁰⁹ Samanlaisuudet ovat tällöin myös pysyviä ja ennustettavia ja kielestä ja käsitteistä riippumattomia. Walkerin hahmottelemassa sekamuotoisessa *Kantiin* perustuvassa teoriassa välittömät havainnot ja niitä koskevat lauseet ovat tällöin tosia korrespondenssin merkityksessä, mutta niihin tukeutuvat luokittelut, väitteet ja muu tieto on oikeutettua koherenssin merkityksessä.¹¹⁰

Keskeinen edellytys Walkerin käsitysten hyväksyttävyydelle on, että atomismiin ja reduktionismiin liittyvät vaikeudet voidaan välttää. Ne ovat vältettävissä, jos Walkeria tulkitaan siten, että atomistinen käsitys kielen rakenteesta hylätään. Sen sijaan välitöntä havaintoa kuvaavat lauseet asetetaan objektikielen asemaan, ja niitä pyritään *ymmärtämään metakielen avulla, sen puitteissa ja sen määrämällä edellytyksillä*. Tällöin asiallisesti ottaen myös reduktionismi joudutaan hylkäämään, ainakin sen vahvassa muodossa, ja joudutaan omaksumaan ainakin osittainen holismi. Reduktioteesi heikossa merkityksessä voidaan kuitenkin säilyttää, kun välitöntä havaintoa koskevat lauseet asetetaan ns. *etuoikeutettujen ja annettujen lauseiden asemaan*.¹¹¹ Tällöin näitä episteemisesti primäärejä lauseita kuitenkin ymmärretään kokonaisuudesta käsin, eikä kokonaisuus määräydy yksin primäärilauseista käsin. Tällöin päädytään myös kehämäiseen reflektioon ja jo varsin lähellä konventionalistisia ajatuskulkua. Keskeiseen asemaan tulee tätä kautta myös koherenttinen tietokäsitys. Etuoikeutettujen lauseiden osalta tukeudutaan totuuden korrespondenssiin ja muiden lauseiden osalta koherenssiin. Tämä merkitsee myös ontologista sekateoriaa, osittaista realismia ja osittaista antirealismia.¹¹²

Keskeinen totuuden *koherenssiteorian ongelma* on, niin kuin *Russell* on todennut, että *voi olla useita*, periaatteessa loputon määrä erilaisia ristiriidattomia uskomusten joukkoja, *systeemejä*. Miten perustellaan tällöin se, *mikä on oikea, tosi systeemi?*; ja miten perustellaan edes valinta eri vaihtoehtojen välillä? Koherenttimman tai tiiviimmän systeemin preferointi ei ole riittävä kriteeri.

¹⁰⁹ Walker, s. 147–154, 157 ja 159.

Kritiikki kohdistuu samalla *Kantiin*, kun hänet tulkitaan antirealistina Puhtaan järjen kritiikin toisen painoksen mukaisesti. Walker korostaa, että kysymys on välittömistä havainnoista ja tuntemuksista sellaisenaan, ei oletuksesta objektiivisista ominaisuuskäsitteistä, luokitellusta tai totuusarvoisista väitteistä välittömistä havainnoista tai tuntemuksista. Walker, s. 150, 156, 159 ja 160.

¹¹⁰ Walker preferoi *Kantin* Puhtaan järjen kritiikin ensimmäisen painoksen mukaista tietoteoriaa. On huomattava, että vaikka Walker hahmottelee tiedon koherenssiteoriaa, hän suhtautuu kuitenkin varsin kriittisesti siihen. Walker, s. 161, 163 ja 180.

¹¹¹ Heikosta reduktioteesistä ks. Dummett, s. 72 ja 73.

¹¹² Dummett kutsuu tällaista realismia termillä *sophisticated realism*. Myös fenomenalismi on hänen mukaansa kehittyntä realismia. Dummett, s. 76 ja 84.

Koherenssi ei sinänsä riitä totuuden kriteeriksi, mutta se voi olla tiedon kriteerinä.¹¹³ Koherenssi ei varsinaisesti viittaa totuuteen vaan mahdolliseen totuuteen. Wittgenstein ratkaisee kysymyksen sitomalla oikean systeemin yhteisössä *tosi-asiallisesti omaksuttuun systeemiin*. Ehdotetun lauseen totuus on sen yhteensojivuus kaikkiin muihin, aiemmin jo hyväksyttyihin lauseisiin. Eri koherentit systeemit merkitsevät tällöin eri yhteisöjä ja sopimuksia. Tiedon muutos (*progressio*) näyttää tällöin kuitenkin vaikeasti selitettävältä. Ratkaisu on lisäksi konservatiivinen. Walker katsoo, että tämä ei voi olla mikään kriteeri systeemin valinnassa, se ei kerro mitään siitä, onko systeemi tosi tai oikea, eli se ei perustele mitenkään systeemin valintaa. Kriteeri jää mitänsanomattomaksi, koska se lausuu vain, että tieto ja totuus ovat niin kuin ne ovat (niin kuin ne on omaksuttu).¹¹⁴ Wittgensteinilla yhteisön *sopimus on totuuskriteerin asemassa*. Lainopin kannalta Wittgensteinin tarjoama totuuskriteeri on kestävä, mutta se kaipaa tarkennusta ja edelleenkehittelyä.

Wittgenstein ottaa systeemin annettuna, ja hän omaksuu sekä *tiedon* että *totuuden koherenssiteorian*. Nämä eivät kuitenkaan ole välttämättä sidoksissa toisiinsa. Kantin ja Walkerin sekateoria perustuu tiedon koherenssiteoriaan, mutta systeemi ankkuroidaan todellisuuteen havaintoraporttien ja niitä kuvaavien lauseiden avulla. Walkerin mukaan tiedollisessa koherentissa systeemeissä on oltava myös lauseita, joiden hyväksyminen ei perustu oikeutukseen ja koherenssiin systeemin muiden lauseiden kanssa, vaan totuuteen ja *korrespondenssiin* todellisuuden kanssa. Nämä lauseet ovat tällöin etuoikeutetussa asemassa, systeemin muiden lauseiden on oltava koherenssissa niiden kanssa, ja samalla nämä etuoikeutetut lauseet muodostavat kriteerin, jonka perusteella valitaan uskomusjärjestelmä ja osoitetaan se oikeaksi. *Etuoikeutetut lauseet määräävät mikä systeemi on oikea, eli mikä systeemi valitaan*. Oikea systeemi kuvaa aktuaalimaailmaa, ei vain mahdollista maailmaa. Juuri havaintoraportteihin perustuvat lauseet ovat Walkerin hahmottelemassa tiedon koherenssiteoriassa etuoikeutettuja lauseita, eli ne määräävät systeemin valinnan ja toimivat tällä tavalla totuuskriteereinä.¹¹⁵

¹¹³ Russell, *The Problems of Philosophy*, s. 70 ja 71. Samoin Young, s. 468 ja 478. Ks. myös Raz, *Ethics in the Public Domain*, s. 264–266 ja 273.

¹¹⁴ Ks. samoin Lewis, *Convention*, s. 148–150.

¹¹⁵ Walker, s. 143, 148, 179, 182, 197, 199, ja erit. 210–212. Walker on tällöin samoin kuin englantilaiset empiristit, *Descartes* ja *Kant* Puhtaan järjen kritiikissä *foundationalisti* ja luettavissa heikon realismin piiriin. Walkerin kritiikki on otettava vakavasti, vaikka se näyttääkin olevan yhteydessä empiristis-realistiseen traditioon ja vaikka siihen voidaan kohdistaa aiemmin esillä ollutta kritiikkiä.

Tämän tutkimuksen kannalta olennainen seikka ei ole suora vastaaminen Walkerin Wittgensteinin ja totuuden koherenssiteorian kritiikkiin, vaan kysymys siitä, mikä on Walkerin kritiikin merkitys normitiedon, lainopillisen tiedon kannalta. Mikäli voidaan osoittaa, että lainopillisessa tiedossa ei ole kysymys havaittavan aktuaalimaailman kuvaamisesta, voidaan koko kritiikki väistää toteamalla, että se ei koske lainopillista tietoa ja että Wittgensteinin sääntöteoria antaa hyväksyttävän pohjan lainopillisen tiedon analyysille.¹¹⁶ Tällöin havaintoraportit eivät voi myöskään olla etuoikeutettujen lauseitten asemassa, eikä Walkerin kritiikillä ole enää merkitystä.

Voidaan kuitenkin kysyä, voivatko lainopissa jotkin muut lauseet olla etuoikeutetussa asemassa, mihin etuoikeus voi perustua ja mitkä ovat kriteerit etuoikeutettujen lauseiden valinnalle. Mikäli välitöntä havaintoa kuvaavat lauseet voidaan sivuuttaa, etuoikeutetuiksi lauseiksi voidaan ottaa mahdollisimman lähellä normeja konstituoivaa sopimusta olevat lauseet. Walkerin käyttämää *foundationalistista* ajatusta etuoikeutetuista lauseista voidaan käyttää modifioidussa muodossa ja ilman kytkentää havaintoihin ja totuuden korrespondenssiteoriaan. Etuoikeutettujen lauseiden käsitettä, tai tarkemmin, *lauseiden etuoikeutettua asemaa* voidaan käyttää tiedon ja totuuden puhtaan koherenttisisä teoriassa *totuuskriteerinä ja kriteerinä oikean systeemin valinnassa kielen sisäisenä asiana*.

Edellä mainituista lähtökohdista pyritään jatkamaan edempänä. Ensiksi tarkastellaan kuitenkin kriittisesti oikeustieteen suuntausta, joka on perustunut samansuuntaisiin lähtökohtiin kuin Walkerin sekateoria. Kysymys on tällöin *oikeudellisesta realismista Rossin* kehittämässä muodossa.

¹¹⁶ Ks. Lehrer, s. 67 ja 68.

3. KIELI, TODELLISUUS JA TOTUUS

3.1 Ross ja oikeusrealismin ongelmat

3.1.1 Lähtökohdat

Oikeustieteen alueella realismin nimen alla on tunnettu kaksi merkittävää tietoteoreettista suuntausta, ns. *amerikkalainen* ja *skandinaavinen* realismi. Edellistä voi kutsua tuomioistuinrealismiksi, jolloin se sijoittuu *behavioristisen* realismin piiriin.¹ Tämä suuntaus joutuu kuitenkin ylivoimaisiin vaikeuksiin pyrkiessään suoraan samaistamaan voimassa olevan oikeuden ja tuomioistuinten tosiasiallisen toiminnan.² Skandinaavinen realismi, erityisesti *Rossin* esittämässä muodossa puolestaan ilmentää lähinnä ns. *psykologista realismia*. Skandinaavista realis-

¹ Aarnio, Laintulkinnan teoria, s. 128.

Summers kutsuu laajempaa suuntausta, jonka merkittävä elementti oikeusrealismi on, *pragmaattiseksi instrumentalismiksi*. *Summers* vastustaa nimitystä amerikkalainen realismi, koska se sopii vain osaan tämän ajatussuunnan edustajista. Termi amerikkalainen realismi on kuitenkin paikallaan, kun mielenkiinnon kohteena on tietoteoria. *Summers*, *Instrumentalism and American Legal Theory*, s. 20 ja 36.

Dworkin puolestaan viittaa tähän suuntaukseen käsitteellä *pragmatismi*. Vaikka hän kritisoi tätä suuntausta, hän pitää sitä kuitenkin vakuuttavampana kuin lakipositivismia (konventionaalisuutta). Tämä johtuu siitä, että sekä *Dworkin* että amerikkalaiset realistit, joskin eri perusteilla, asettavat ajatuksen yksiselitteisestä, etukäteen annettujen säästöjen tai ennakkopäätösten seuraamisesta kyseenalaiseksi. Pragmaattinen tuomari ei katso taaksepäin menneisyydessä tehtyihin päätöksiin eikä tutki lainsäätäjän tarkoitusta, vaan hän pyrkii kussakin tapauksessa yhteisön kannalta parhaaseen ratkaisuun pitäen silmällä erityisesti yhteisön kollektiivisia (utilitaristisia) päämääriä. *Dworkin* ei kuitenkaan hyväksy pragmatismia sellaisenaan, koska se sivuuttaa ihmisten oikeudet ratkaisujen perustana. *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 153 ja 156–160.

² Tunnetuin on *Holmesin* teesi: »*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the Law*. *Holmes*, *The Path of Law*, s. 279 ja *The Common Law*, s. 37. Myös *Gray* katsoi, että laki oli sellainen kuin tuomioistuimet sitä sovelsivat, ei ollut mitään mystistä entiteettiä ennen niitä. Tuomioistuimet loivat lain, eikä la-

mia, erityisesti Rossin myöhempää oikeusteoriaa voidaan pitää kaikkein kehittyneimpänä oikeusrealismin muotona. Tässä lähemmän tarkastelun kohteeksi otetaan eräät keskeiset Rossin myöhemmän realistisen tietoteorian piirteet.

Skandinaavisen realimin selkeä lähtökohta on *Hägerströmin* realismi ja empirismi. Hägerströmin filosofiassa on yhteisiä piirteitä *Kantin* kanssa, mutta Hägerström kiistää Kantin käsityksen oliosta sinänsä niin kuin *Hegelkin*. Päinvastoin kuin Hegel, joka hylkäsi olion sinänsä, hän katsoi samaan tapaan kuin *Moore*, että voimme olioiden itseidentiteetin ja määrätynäisyyden perusteella, ja koska oliot aiheuttavat kokemukset, välittömästi havaintojen avulla tuntea ne.³

Hägerströmin seuraajien suhde varsinaiseen filosofiseen realismiin jää sen sijaan välilliseksi ja epäselväksi. Esim. Rossin ontologia on pikemminkin empirismin mukainen. Hägerströmin seuraajille on muutoinkin ominaista halu kiistää »havaintojen tuolla puolelle olevat» konstruktioit, myös transsendentit oliot sinänsä, mikä kääntyy Hägerströmin realismia vastaan.⁴

Skandinaavisen realismin erikoisuus on ollut sen läheinen yhteys *analyyyttiseen kielifilosofiaan*. Lainopillinen käsiteanalyysi on myös ollut tämän suuntauksen menestyksellinen osa, suuntauksen »hedelmät». Tämä tulee esille erityisesti *Rossilla*.

Oikeustieteen osalta Hägerström esittää selkeän nominalistisen kysymyksenasettelun: Tiede tutkii *todellisuutta*, siis jotakin konkreettista, joten tutkimuksella on oltava itse tutkimuksesta erillinen, kielen ulkopuolinen ja havainnoin tavoitettava *kohde*. Mikä on lainopin (*rättsvetenskapen*) todellisuudessa oleva kohde?⁵ Kysymyksenasettelun vuoksi hägerströmiläinen oikeuskäsitys joutui välttämättä konfliktiin luonnonoikeudellisten ja vuosisadan alun lakipositivismin kanssa.⁶ Hägerström toteaa ensin, että kohde ei voi olla mikään tahto tai tahdon

kia voinut olla olemassa ennen tuomioistuinten päätöksiä. »*Courts make ex post facto laws*» Gray, s. 98–100, 102 ja 103. Samoin *Llewellyn*. Llewellyn, A Realistic Jurisprudence – The Next Step, s. 440, 443, 448, 449 ja 456, Jurisprudence, s. 18, 21, 22 ja 30 ja The Normative, s. 1366 ja 1372. *Erwin*, s. 44 ja *Hall*, s. 54–57.

Llewellynille säännöt olivat merkityksellisiä lauseita (»*law-ways*»), jotka viittasivat lakiin ilmiönä eli havaittavaan käyttäytymiseen (»*law-stuff*»). Empiiristen tieteiden esikuvan mukaisesti hän puhui myös *normatiivisesta yleistämisestä*, joka viittaa induktiiviseen menetelmään. Llewellyn, The Normative, s. 1358 ja 1361.

Frank puolestaan lausui: »*The law, therefore, consists of decisions, not of rules. If so, then whenever a judge decides a case he is making law.*» Frank, Law and the Modern Mind, s. 122, 127 ja 138.

³ *Fries*, s. 140–142, 173, 175, 400–404 ja *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka, s. 22, 23, 25, 26, 29 ja 30.

⁴ Ks. *Helin*, Immateriaalioikeuksien kohteesta, s. 649.

⁵ *Hägerström*, Rätten och viljan, s. s. 60.

⁶ Skandinaavisten realistien jyrkkä kritiikki luonnonoikeudellisia suuntauksia kohtaan tu-

sisältö niin kuin oli edellytetty. Ajatus valtion tahdosta johtaa kehäpäättelyyn, koska valtio on itse säädösten tuote, oikeudellinen konstruktio. Kysymys ei myöskään voi olla kansalaisten yleisestä tai yhteisestä tahdosta, koska tällaista yleistä tai yhteistä tahtoa ei voi löytää. Kysymys ei voinut olla myöskään itsenäisestä henkisestä todellisuudesta, koska tällainen on fiktio, eikä sellaista voi tutkia tieteellisesti. Samoin kuin myöhemmin *Hart* kritisoidessaan *John Austinin* tahdoteoriaa Hägerström kiistää, että oikeussäännöt voisivat olla hallitsijan tai »suvereenin» tahdonilmaisu, koska hallitsijan valta esim. antaa säädöksiä perustuu oikeussääntöihin, joten joudutaan samaan vahingolliseen kehäpäättelyyn kuin valtion tahdon kohdalla. Vastaavasti parlamentti, sen valta ja jäsenten valinta perustuu oikeussääntöihin.⁷

Hägerströmin lähtökohtana oli eräänlainen *psykologinen imperatiiviteoria*. Kysymys on psykologisesta tosiseikasta, velvollisuuselämyksestä (*pliktideen*).⁸ Samoin kuin useat muut empiristit Hägerström pyrkii kytkemään arvot ja normit *emotivistisesti* tosiasiallisiin *tunnetiloihin*.⁹ *Nominalismi* ja realismi johtavat hänet näin ollen samanlaiseen johtopäätökseen kuin mihin useat empiristit ja positivistit päätyivät. Esim. *Ayer* katsoo, että moraalilla arvoistelmilla ei ole totuusarvoa, ne eivät ole todellisia väitteitä. Moraalilla arvoistelmilla ilmais-

lee hyvin esiin *Rossin* artikkelissa *Naturret contra retspositivisme*, erit. s. 497–499. Mielenkiintoinen on tapa, jolla hän ymmärtää toisen maailmansodan jälkeisen (länsi)saksalaisen luonnonoikeuden elpymisen vastareaktiona *Hitlerin* kansallissosialistista hallintoa kohtaan. *Ross* näkee molemmat luonnonoikeudellisia oppeina. Kysymys on vain siitä, kumman esittämät ehdottomat arvot ja periaatteet positiivista lakia ja hallintoa määrittävänä perustana ovat oikeat luonnonoikeuden periaatteet. Toisin sanoen kysymys on siitä, kumpi suuntaus tuntee oikeat periaatteet ja kumpi on erehtynyt. *Ross*, *Naturret contra retspositivisme*, s. 500 ja 512.

⁷ Hägerström, *Rätten och viljan*, s. 62, 64, 65, 69 ja 75, *Hart*, *The Concept of Law*, s. 75 ja *Helin*, *Lainoppi ja metafysiikka*, alk. s. 52.

Kelsen kritisoi tahdoteorian psykologisoitua, oikeuden »pitämisessä» ei ollut kysymys todellisesta inhimillisestä tahtomisesta »*non sub homine, sed sub lege*». *Kelsen*, s. 30–36.

John Austinin aksiomaattinen lähtökohta oli, että oikeustieteen kohteena oli säädännäinen oikeus ja että oikeusnormit ovat »suvereenin» lainsäätäjän antamia käskyjä. Muun kuin säädännäisen oikeuden kohdalla *Austin* joutuikin tämän takia turvautumaan konstruktion, jonka mukaan myös ne olivat epäsuorasti suvereenin antamia, koska niiden pätevyys edellytti suvereenin hyväksyntää tai myötävaikutusta epäsuorasti (hiljainen käskyn antaminen) ja oikeuskäytännön kautta. *John Austin*, *Lectures on Jurisprudence*, s. 510–514 ja 523 ja *The Province of Jurisprudence*, s. 9 ja 13.

Mielenkiintoista on, että samat kysymykset esittää vielä myöhemmin *Dworkin* kritiikkinä positivismia (konventionalismia) kohtaan. *Dworkin*in kritiikki kohdistuu ennen kaikkea subjektiivista tulkintamenetelmää kohtaan, joka pyrkii selvittämään lainsäätäjän tahtoa. *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 315 ja 318.

⁸ Hägerström, *Rätten och viljan*, s. 42, 43, 104 ja 105, *Till Frågan om den objektiva rättens begrepp*, s. 60 ja *Helin*, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 68.

⁹ *Helin*, *On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics*, s. 69.

taan asenteita ja tunteita ja niillä pyritään vain vaikuttamaan ihmisten asenteisiin.¹⁰

Hägerström kuitenkin havaitsee emotivismiin liittyvät vaikeudet. Lause tuntemuksesta tai asenteesta ei ole sama kuin lause velvollisuudesta tai pitämisestä. Tunnetta tai asennetta kuvaavasta lauseesta ei seuraa pitämislauseetta, ei subjektiivisessa eikä objektiivisessa merkityksessä. Pitämistunne seuraa normista eikä päinvastoin. Pitämistunne on kuitenkin velvollisuuden »takana». Niinpä hän katsoi samoin kuin *Kant* ja *Kelsen*, että pitämistä koskeva lause ei kuvaa todellisuutta, kokemuksen kautta sitä ei voi saada, vaan se kuului pitämisen maailmaan. »den är till »plikens» värld, ej i »vår» värld». ¹¹ *Kelsen* katsoi, että tämä perusteli lainopin erityislaatuisuuden tieteenä. ¹² *Hägerströmin* johtopäätöksenä sen sijaan on, että koska normeja koskevat väitteet perustuvat arvoihin ja koska ne eivät tosiasiallisesti väitä mitään todellisuuden suhteen, *lainopin lauseet eivät ole lainkaan tieteellisiä lauseita eikä lainoppi tieteenä ole mahdollinen*. ¹³ Esitetyillä lähtökohdilla johtopäätös on nähdäkseni aivan oikea. Lähtökohdat ovat myös kestävä yhtiä lukuunottamatta. Tilanne muuttuu nimittäin aivan toiseksi, jos muutamme käsitystä tieteellisyydestä ja sen kriteereistä. ¹⁴ Tämä lähtökohta on itse asiassa määräävin *Hägerströmin* päätelmässä, ja jatkossa tulen luopumaan juuri tästä lähtökohdasta, jolloin mitään estettä lainopin tieteellisyydelle ei ole.

On yllättävää, että *Hägerströmistä* tuli kokonaisen oikeustieteen suuntauksen keskeisin filosofinen auktori. Lähtökohdathan olivat mahdollisimman kielteiset lainopille. Suuntaus sai kuitenkin merkittävän aseman Pohjoismaissa, ja *Hägerströmin* seuraajat toistivat varsin pitkälle hänen johtopäätöksensä tutkimuksen lähtökohtina. Esim. *Lundstedt* kiisti oikeuksien ja velvollisuuksien olemassaolon ja lainopin mahdollisuudet objektiiviseen tietoon niiden suhteen. Oikeuksien käsitteitä oli perinteisesti ymmärretty ikäänkuin ne olisivat mystisiä voimia tai metafysisiä ideoita tai entiteettejä. Myös *Olivecrona* omaksui *Hägerströmin* psykologisen lähestymistavan. Hän määritteli tunnetulla tavalla oikeusnormin *vapaana imperatiivina (fristående imperativ)* siten, että se muodostui tah-toimpulssista tai -merkistä eli muodosta ja määrätystä toimintatavasta normin si-

¹⁰ *Hägerström*, Till Frågan om den objektiva rättens begrepp, s. 67 ja *Ayer*, On the Analysis of Moral Judgements, s. 231, 237 ja 246.

¹¹ *Hägerström*, Till Frågan om den objektiva rättens begrepp, s. 66, 73, 74, 86, 87, 89 ja 90. *Helin*, Den skandinaviska realismen, s. 72.

¹² *Kelsen*, s. 46.

¹³ *Hägerström*, Inquiries into the Nature of Law and Morals, s. xi ja xii (toimittajan *Karl Olivecronan* esipuhe) ja *Helin*, Lainoppi ja metafysiikka, s. 79. Ks. myös *Hedenius*, Om rätt och moral, s. 59–66 ja *Hannu Tolonen*, Eräitä näkökohtia, s. 405.

¹⁴ *Helin*, On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics, s. 76.

sältönä. Lainopin tutkimuskohteena oli näin ollen oikeus *sosiaalipsykologisena ilmiönä* ja sen muodostavat tosiseikat.¹⁵ Nominalistinen ontologia tulkittiin niin, että lainopin *käsitteet tuli uudelleenmääritellä* siten, että yhtäältä lainoppi voitiin perustaa sen mukaisille lähtökohdille ja että toisaalta voitiin välttää amerikkalaisen realismin vaikeudet.¹⁶

Vastaan otettu Hägerströmin haaste oli melkoinen, itse asiassa ylivoimainen. Oikeustiedehän olisi pitänyt Hägerströmin lähtökohtien perusteella muuttaa empiiriseksi tieteenksi, mikä asiallisesti ottaen olisi merkinnyt luopumista lainopilisestä tutkimuksesta. Tämä umpikuja pyrittiin kiertämään em. uudelleentulkintamenetelmällä ja ottamalla *käsitteelliseksi lähtökohdaksi oikeussuojan antamisen* a posteriori eli tuomioistuinten toiminta normatiivisena ilmiönä idealistisena pidetyn apriorisen mallin sijasta. Hägerströmin merkittävimmät seuraajat hylkäävät empirisen metodin, mutta tästä huolimatta he pyrkivät pitämään kiinni omaksumastaan ontologiasta. Hägerströmin teesit ovat jättäneet omat selkeät jälkensä pohjoismaiseen lainoppiin, vaikka hänen jatkajansa palasivatkin pääpiirteissään normaalin, joskin omaleimaisen lainopin harjoittajiksi.¹⁷

3.1.2 Ideologinen behaviorismi

1. Tieto ja sen kohde. Varhaisemmassa realistisessa tietoteoriassaan Ross määritteli lainopin kohteen siten, että se on *ihmisten käyttäytymisasenteet*, itsekäät ja epäitsekäät, siis behavioristisen ja empirisen psykologian määrittelemä tutkimuskohde.¹⁸ Karkeaa erottelua käyttäen ja kärjistäen voidaan sanoa, että varhemmassa mallissa tämä käyttäytymisasenne ilmeni *oikeusalamaisien*, kansalaisten ja myöhemmässä mallissa *tuomareiden psyykkeissä*. Vastaava muutos tapahtuu subjektiivisen oikeuden analyysissä.¹⁹ Asetelman ongelmat ovat ilmeiset. Psykologista tai sosiologista tosiseikkaa kuvaavasta lauseesta ei ilman normatiivi-

¹⁵ Lundstedt, *Obligationsbegreppet* III, s. 50, 51, 53, 66 ja *Legal Thinking Revised*, s. 16, 17, 29, 43, 45, 47 ja Olivecrona, *Om lagen och Staten*, s. 26, 27 ja 35, *Lagens Imperativ*, s. 13, 17 ja 21 ja *Rättsordningen*, s. 123–129. Strömholm, s. 175 ja Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 92, 93 ja 193.

¹⁶ Olivecrona, *Det rättsliga språket och verkligheten*, s. 14. Sama ajatus ilmenee myös muiden skandinaavisten realistien kirjoituksista. Ks. esim. Lundstedt *Legal Thinking Revised* alk. s. 43 ja s. 123.

¹⁷ Ks. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, al. s. 249 ja alk. s. 423.

¹⁸ Ross, *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, s. 101, 103, 106 ja 107, *Towards a Realistic Jurisprudence*, s. 105 ja 107 ja *Rettens grundproblemer*, s. 291.

¹⁹ Varhaisemman tietoteoriansa laajamittaisena sovellutuksena Ross lähtee subjektiivisen oikeuden, erityisesti omistusoikeuden analyysissä lähtökohdasta, jonka mukaan subjektiivisen

sia lisäpremissiä voi johtaa pitämistä kuvaavaa lausetta. Kysymyksessä ovat lisäksi käsitteellisesti eri tasoilla olevat lauseet, ja päättelyssä on tehty johtopäätös »olemisesta pitämiseen». Myös Ross halusi välttää nämä johtopäätökset. Niinpä Rossin varhaiset lainopilliset analyysit eivät edes pyrkineet selvittämään tosiasiallisia käyttäytymisasenteita, vaan ne olivat tavanomaisia, joskin taidokkaita ja oivaltavia, ja tämän takia tärkeitä käsiteanalyysijä ja systematisointeja. Realismin avulla Ross pystyi vapautumaan vuosisadan vaihteen ns. käsitelainoppiin perustuvasta substantiaalisesta suhtautumisesta käsitteisiin. Oikeudellisen realismin funktiota voidaan kuvata emansipatoriseksi, mutta samalla se itse jäi katalysaattorin asemaan.

Rossin myöhemmän tietoteorian aineellisen puolen selkeä vaikutteiden antaja, samoin kuin Hägerströmillä, on *filosofisen positivismin mukainen tietokäsitys*. Erityisesti *looginen empirismi* on usein liitetty Rossiin.²⁰ Tärkeä yhteinen tekijä positivismiin ja skandinaavisen realismin kesken on *nominalismi*. Todellista on vain ajassa ja paikassa ilmenevä. Ross omaksui mm. periaatteen, jonka mukaan lainopin väitelauseella on oltava *reaalisäältä*, jotta se voisi olla tosi tai epätosi eli mielekäs. Mielekkäiden lauseiden täytyi olla palautettavissa välitöntä havaintoa koskeviksi verifioituviksi lauseiksi, tai kysymyksessä on oltava analyttinen lause.²¹ Tämä pyrkimys *reduoida* abstrakteja käsitteitä aistihavainnoiksi tai edes konkreettisemmiksi käsitteiksi on jo sinänsä harhaanjohtava.

Mikä on se todellisuus, jota lainopin lause kuvasi, jotta se voisi olla mielekäs ja tieteellinen? Tämä, jo mainittu *Hägerströmin* kysymys nousee välttämättä keskeiseksi ja samalla myös kohtalokkaaksi koko Rossin tietoteorialle. *Stuer Lauridsenin* sanoin voidaan sanoa, että Ross haluaa pitää kiinni yleistieteellisistä lähtökohdistaan, mutta samalla hän haluaa väistää niistä johtuvat välttämättömät seuraamukset lainopissa.²²

oikeuden eri osat, momentit tai relaatiot (oikeussuhteet) ilmaisevat erilaisia käyttäytymisasenteita. Ross, *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, s. 185–191, *Towards a Realistic Jurisprudence*, s. 179–187 ja *Ejendomsret og Ejendomsøvergang*, s. 27–38. *Helin*, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 217 ja 218.

²⁰ Yhdenmukaisuus eräisiin keskeisiin loogisen empirismin alkuperäisiin periaatteisiin on ilmeinen. Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, s. 3. *Zahle*, s. 334 ja 336, *Jørgensen*, *Values in Law*, s. 151 ja *Wikström*, *Oikeuskäytännön tulkinnasta*, s. 19–21.

²¹ Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, s. 52 ja 53. *Jørgensen*, *Values in Law*, s. 152. Ks. *Aarnio-Alexy-Peczenik III*, s. 431 ja *Hannu Tolonen*, *Eräitä näkökohtia*, s. 417.

Stuer Lauridsen muotoilee seuraavat kolme perusedellytystä, jotka Ross asettaa tieteelliselle oikeustieteelle: 1) Oikeussysteemillä on oikeustieteen lauseista erillinen, tajunnan ulkoinen objektiivinen eksistenssi, 2) oikeustiede tutkii tätä todellisuuden osaa, ja 3) oikeustieteen lauseiden todentaminen tapahtuu vertaamalla lauseita mainittuun todellisuuteen nähden (tiedon ja totuuden *korrespondenssiteoria*). *Stuer Lauridsen*, s. 141.

²² *Stuer Lauridsen*, s. 154.

Rossin myöhempi teoria on analyysiä, mutta se on positivistisen tietokäsityksen mukaista analyysiä, joka sisältää selkeän atomistisen ja reduktionistisen lähestymistavan. Siksi Rossin analyysi poikkeaa selkeästi lähtökohdiltaan ja osittain myös tuloksiltaan esim. *John Austinin*, *Hohfeldin* ja *Hartin* analyyseistä. Jälkimmäiset eivät pyri löytämään fenomenalistisen mallin mukaisesti mahdollisimman konkreettisia, aineellisia ja havaittavassa todellisuudessa olevia primäärejä tutkimuksen »peruslähtökohtia». ²³ Päinvastoin analyysin alkuperäisen merkityksen mukaisesti he lähtevät annetusta ja tunnetusta käsitteellisestä kokonaisuudesta. Analyysin tuottamien »osien» merkitys ja tässä mielessä sisältö määräytyy analysoitavasta kokonaisuudesta käsin.

Amerikkalaiseen realismiin liittyvät ylivoimaiset tietoteoreettiset ongelmat merkitsevät, että tosiasiallinen lainkäyttö tai sosiaalinen todellisuus sellaisenaan ei tule kysymykseen. Havaittava säännönmukaisuus on erotettava säännön seuraamisesta. Kuitenkin Ross halusi pitää kiinni tuomioistuinten keskeisestä ontologisesta asemasta ja siitä, että lainopin lauseet kertovat tuomioistuinten menettelystä ja ennustavat sitä. ²⁴ Puhdas behaviorismi tai lainopin muuttaminen sosiologiaksi ei tullut kysymykseen. ²⁵ Näyttääkin siltä, että kun amerikkalaiset realistit pyrkivät näkemään oikeusnormien »todellisuuden» tuomarin ratkaisutoiminnan ulkoisessa puolessa, *tekojen ekstensiossa*, niin Ross pyrki näkemään sen tuomarin käyttäytymisen sisäisessä puolessa, *tekojen intensiossa*, niiden *intentioissa ja motivaatioissa*. ²⁶ Tämän takia hän ei hyväksy »behavioristista realismia», vaan hän pyrki »ideologiseen behaviorismiin». Siksi tuomioiden perustelut on myös asetettu keskeisen huomion kohteeksi.

Toisaalta Ross ei myöskään kelpuuta enää aiemman tietoteorian mukaista vastausta sellaisenaan, vaikka se onkin edelleen selvänä lähtökohtana. Kysymys on edelleen psykologisesta, lähinnä sosiaalipsykologisesta todellisuudesta; sii-

Mielenkiintoinen on *Rossin* tulkinta *oikeuspositivismista*. *Rossin* hyväksymä tulkinta lähtee pikemminkin tieteellisen positivismin mukaista käsitystä oikeustieteestä, ja näyttäisi siltä, että Ross näkee itsensä tulkintansa mukaisen oikeuspositivismin edustajana. *Naturret contra retspositivisme*, erit. s. 505, 506 ja 509. Jos sivuutetaan havaittavaan todellisuuteen tapahtuvan reduktion keskeinen merkitys tieteellisessä positivismissa, ja säädökset tai laki laajemmin määriteltynä oletetaan annetuiksi muuttujiksi, yhteiskunnallisiksi faktoiksi tutkimuksen kohteena, voidaan tieteellisen ja oikeuspositivismin tietoteoriassa nähdä paljonkin yhteisiä piirteitä. Ks. *Husa* Oikeudellisesta positivismista suomalaisessa valtio-oikeudessa, s. 864, 865 ja 871.

²³ Ks. *Helin*, Immateriaalioikeuksien kohteesta, s. 654 ja 655.

²⁴ *Hedenius*, Om den rättsfilosofiska domstolrealismen, s. 41 ja 43 ja *Aarnio*, Kan ett påståande om ett rättsregels innehåll vara riktigt?, s. 147.

²⁵ *Ross*, Directives and Norms, s. 86 ja 87.

²⁶ Ks. *Keränen*, s. 536.

tä, että tietty käyttäytymistapa koetaan yhteisössä sitovaksi. »*Rettens tankeformer »sollen», ikke »sein»*. Ross tuo mukaan myös selkeän holistisen ja koherenttisen elementin, kun hän korostaa, että lainopin välittömänä kohteena oikeus muodostuu *oikeusnormeista koherenttina merkitysyhteytenä, systeeminä*.

Normit kielellisinä ilmauksina ja lainopin systematisoina muodostavat myös johdomukaisen tulkintakaavan tai -ohjeen (*tydningsskema*). Kysymys on kuitenkin tuomareiden tosiasiallisista tulkintakaavoista. Myös ennustaminen kohdistuu niihin. Ross edellyttää näin ollen, että tuomareiden yhteiset tosiasialliset uskomukset muodostavat koherentin ja johdonmukaisen kokonaisuuden. Tämä ilmenee myös siinä, että voimassa oleva oikeus kokonaisuutena on välttämättä yhteisön tasolla oleva asia, tuomareiden yhteiset uskomukset, ei yksilötason asia. Lainoppi kuitenkin puhuu voimassa olevan oikeuden säännöistä. Yhtäältä on kysymys oikeudesta reaalisisina ilmiöinä, ja toisaalta aiempi rationalisaatio näyttäytyy nyt merkitysyhteytenä. Ross näyttää pyrkivän ratkaisemaan häntä askarruttaneen oikeuden todellisuus/pätevyys-dualismin nyt eri tavalla kuin aiemmin.²⁷

Havainnollinen on *Bobbion* analyysi, jonka mukaan Rossin käsitys lainopista on funktioltaan normatiivinen tai preskriptiivinen mutta metodiltaan selittävä tai kuvaava.²⁸ Edellinen viittaa lainopin preskriptiiviseen tiedonintressiin. Tutkimuksen kohde määritellään lisäksi tosiasioiksi, eli kohde on kuvailtava asia. Tämä tiedon funktion ja metodin välinen suhde aiheuttaa ilmeisen jännitteen Rossin tietokäsitykseen, ja erikseen kyseenalaiseksi voidaan asettaa Rossin metodologian todellinen deskriptiivisyys.

Näyttää kuin Ross olisi tiedostanut, että jos oikeus ymmärretään koherenttina systeeminä, periaatteessa on loputtomasti erilaisia mahdollisia systeemejä ja eri vaihtoehtoja voimassa olevalle oikeudelle. Ross näyttää pyrkivän siihen, että se mahdollisuus, se koherentti systeemi, joka on »oikea» eli voimassa oleva oikeus, on se *systeemi, jonka tuomarit* ja muut ratkaisuvalltaa käyttävät henkilöt *ovat tosiasiallisesti omaksuneet*. Ongelmaksi muodostuu tällöin, kuinka tällaisesta systeemistä saadaan tietoa, ja kuinka tunnistetaan oikea systeemi. Korrespondenssi edellyttäisi ainakin etuoikeutettuja, empiiriseen materiaaliin suoraan

²⁷ Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, s. 25–29, 41, 50, 53–55 ja 87–89 ja *Om Begrebet »Gældende ret»* hos Theodor Geiger, s. 245, 246, 251, 253 ja 262 ja *Directives and Norms*, s. 87. *Zahle*, s. 345, *Stuer Lauridsen*, s. 136–138, 236 ja 237 ja *Helin*, lainoppi ja metafysiikka, s. 157–162. Ks. *Aarnio*, *On Legal Reasoning*, s. 244 ja *The Rational as Reasonable*, s. 171 ja 172 ja *Hannu Tolonen*, Eräitä näkökohtia, s. 416.

²⁸ Muut vaihtoehdot ovat funktioltaan ja metodiltaan normatiivinen tai preskriptiivinen tutkimus (luonnonoikeuden käsitys lainopista), funktioltaan deskriptiivinen mutta metodiltaan normatiivinen tai preskriptiivinen (*Kelsen*) ja sekä funktioltaan että metodiltaan kuvaava tai selittävä (oikeussosiologiet suuntaukset ja *Geiger*). *Bobbio*, »sein» and »Sollen» in *Legal Science*, s. 10 ja *Hannu Tolonen*, Eräitä näkökohtia, s. 415.

viittaavia ja sen avulla verifioituvia lauseita, joiden avulla oikea systeemi identifioitaisiin ja johtopäätökset oikeutettaisiin. Lisäksi Rossille muodostuu erityiseksi ongelmaksi, mikä merkitys ontologialle ja realismille jää, jos käy ilmeiseksi, että oikeaa systeemiä ei saada selville tutkimalla empiirisesti tuomareiden toiminnan intentioita ja motivaatioita.

Ajatus oikeudesta koherenttina merkitysyhteytenä tai tulkintaskeemana on sellaisenaan kestävä pohja lainopin tietoteorialle. Rossilla tämä merkitysyhteys kuitenkin ilmensi merkityksen molempia puolia, *tiedollista ekstensiota* (*referenssi*) ja *intensiota* (*mieli*). Ross-kritiikin funktiona on tässä sen osoittaminen, että lainopillisella tiedolla ei ole tiedollista ekstensiota, vaan lainopillisten käsitteiden ja normien merkitys on vain niiden intensiossa.

Aiemmin mainittu oikeussuojan ja tosiasiallisen lainkäytön keskeinen asema käsitteellisenä lähtökohtana korostuu Rossin myöhemmässä tietoteoriassa. Kysymys ei ole enää yleensä yhteisön jäsenten käyttäytymisasenteista, vaan määrittäviä ovat tuomioistuinten, siis *tuomareiden käyttäytymisasenteet*. Hehän lopulta ratkaisevat voimassa olevan oikeuden kannan.²⁹ Tämä merkitsee myös askelta kohti amerikkalaista realismia, vaikka se onkin ollut keskeisenä Rossin kritiikin kohteena.³⁰ Lähtökohtana on intuitiivisesti hyväksyttävältä tuntuva periaate, että voimassa oleva oikeus ei voi olla toisensisältöinen kuin minkälaisena tuomioistuimet sen ymmärtävät ja soveltavat. Tietoteoreettisesti ongelmallista on kuitenkin, voidaanko voimassa oleva oikeus samaistaa tuomareiden tosiasiallisiin käyttäytymisasenteisiin. Oikeutta ei voi palauttaa tai selittää tuomarin tosiasiallisella toiminnalla, koska tuomarit ovat lain »konstituutio», eli tuomarin käsite joudutaan selittämään lain ja sen takana olevien instituutioiden avulla.³¹

Puhuminen *hypoteettisista* tuomareiden *asenteista*, ennen kuin varsinaista oikeuskäytäntöä on syntynyt, ei myöskään muuta tätä asetelmaa. Lauseen kohde hahmotetaan samalla tavalla.³²

Ajatus, että henkilöiden asenteista voitaisiin päätellä, miten heidän itsensä tulee menetellä, asettuukin varsin epätoivoiselta näyttävällä tavalla vastustamaan *Humen periaatetta*. Sen sijaan päältä päin näyttää hyväksyttävämmältä ajatus, että oikeusalamaisen täytyy menetellä niin kuin tuomarit ajattelevat. Näin Ross

²⁹ Tuomelan omaksuma sisäinen kausaalinen realismi näyttää olevan varsin lähellä Rossin käsityksiä. Tuomela, Tieteellinen realismi ja sosiaalinen todellisuus, s. 115.

³⁰ Aubert, s. 380. Amerikkalaisen realismin asema Rossin kritiikin kohtena, mutta toisaalta myös ilmeisenä vaikutteiden antajana tulee hyvin esiin teoksessa Towards a Realistic Jurisprudence, erityisesti luvussa III, ensimmäisessä antinomiassa.

³¹ Tämän ongelman Ross myös tuo itse esiin. Ross, Om Ret og Retfærdighed, s. 49. Ks. Zahle, s. 359, 360 ja 382.

³² Ks. Strömholm, s. 195.

näyttää asian myös hahmottavan. Tämän jälkeen voidaan kuitenkin kysyä, onko niin, että tuomareiden pitää ajatella ja tehdä niin kuin he tosiasiallisesti ajattelevat ja tekevät.³³

Ross formuloi lainopin todellisuudessa olevan tutkimuskohteen siten, että se on *tuomareiden normatiivinen ideologia*. »*Retsvidenskapen beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren*». Oikeuden koherentti merkitysyhteys näyttää liittyvän tähän ontologiseen ideologiaan siten, että olettamuksena on, että ideologia muodostaa koherentin ja johdonmukaisen *kokonaisuuden*. Tällä tavalla Ross myös sitoo lähtökohtaisesti universaalin ja abstraktin oikeuden, pitämisen maailman tiukasti konkreettiseksi »voimassa olevaksi oikeudeksi» *gældende dansk ret*» tietyssä ajassa ja paikassa. *Normiväite* on Rossille selkeästi totuusarvoinen synteettinen väite ja kysymyksessä on kontingentti asiantila, jonka varmuus on enemmän tai vähemmän todennäköistä. Ross hahmottaa oikeusnormin ja se pätevyyden ns. *teoreettisena* ja bivalenttisesti totuusarvoisena *lauseena*, ei käytännöllisenä tai arvoarvostelman esittävänä lauseena.³⁴ Ross omaksuu näin ollen *totuuden korrespondenssiteorian*. Tiedon suhteen hänellä sen sijaan on mukana vahva koherenttinen painotus, ja lisäksi hän katsoo, että kaikilla lainopin lauseilla ja käsitteillä ei ole totuusarvoa, vaikka niitä voidaan käyttää mielekkäästi.

Arvoituksellisesti Ross kuitenkin toteaa, että oikeusnormit (direktiivit) on osoitettu tuomareille. Tämä herättää kysymyksen, tarkoittaako Ross, että normeilla on kuitenkin jokin apriorinen lähde ennen tuomareiden asenteita ja että ne eivät olekaan sama asia kuin tuomareiden ideologia.³⁵ Asetelma on ilmeisen ongelmallinen.

2. *Ulkoinen ja sisäinen näkökulma*. Lainopin tiedonintressin kannalta kuvattuun Rossin ontologiaan liittyy huomattava ongelma. Tiedon kohteet *oletetaan annetuiksi*, valmiina maailmassa oleviksi, ja kysymys on vain niiden löytämisestä *ex post* ja löytämisen todentamisesta. Lainopilliselle argumentoinnille ei näyttäisi jäävän merkittävää osaa, koska ontologian mukaisesti kysymys ei ole oikeudesta kertovien lauseiden luovasta tuottamisesta *ex ante*. Kuitenkin juuri

³³ Strahl, En allmän rättslära, s. 292 ja 293.

³⁴ Ross, Om Ret og Retfærdighed, s. 56 ja 58, Om begrebet »gældende ret» hos Theodor Geiger, s. 261 ja Directives and Norms, s. 88. Strahl, En allmän rättslära, s. 296 ja 297, Zahle, s. 344 ja Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 41.

³⁵ Ross, Om Ret og Retfærdighed, s. 45, 46 ja 206. Tällä Ross ilmeisesti kuitenkin haluaa korostaa, että säädösten varsinainen osoite ovat tuomarit. Tämä kuitenkin merkitsee, että säädösten ja tätä kautta normien alkuperäinen lähde eivät olekaan tuomareiden asenteet vaan niitä edeltävä apriorinen lähde. Muuten Ross ei voisi lausua seuraavalla tavalla: »*Dette viser at den egentlige retsnormi, for så vidt forholdnormerne angår, er et direktiv till dommeren*». Mänttö koskee Rossin mukaan myös kompetenssinormeja.

viimeksi mainittu lähestymistapa näyttäisi kuvaavan adekvaatimmalla tavalla lainoppia, ja myös Ross itse näyttää siihen lopulta päätyvän.³⁶

On huomattava, että edellä kuvattu jako ekstensioon ja intensioon ei ole sama kuin *Hartin*, *Aarnion* tai *Dworkinin* omaksumat jaot sisäiseen ja ulkoiseen näkökulmaan. Siksi valitut termitkin ovat tässä erilaiset. Tämä ero ilmenee myös Rossin tunnetussa ja keskeisessä *shakkipeliesimerkissä*.³⁷ Pelkästään havainnoinnalla ulkoisesti pelaajien toimia ei pystytä saamaan tietoa pelin säännöistä. Tällä tavalla voidaan saavuttaa tietoa vain eräistä säännönmukaisuuksista, joista useimmat ovat triviaaleja.

Hartin tavoin voidaan todeta, että *Rossin sisäiseksi tarkoitettu näkökulma jää puolittaiseksi ja todellisuudessa enemmän ulkoiseksi kuin sisäiseksi*. Lainopin tutkijaa ei nähdä osana tutkimuskohdettaan, osana yhteisöä, jota hän pyrkii ymmärtämään »sisältäpäin», vaan tutkija jää tutkimuskohteeseensa, oikeudelliseen ideologiaan nähden ulkopuoliseksi.³⁸ Rosshan konstruoi tämän ideologian psykologiseksi todellisuudeksi, shakissa *pelaajien psykologiaksi*, ja lainopin väitteet ovat väitteitä tästä todellisuudesta. Lainopin tutkija ei pyri asettumaan pelaajan asemaan, vaan hän pyrkii pääsemään selville, mitä sääntöjä pelaajat tehokkaasti noudattavat ja mitkä säännöt he kokevat itseään sitoviksi.

Rossin sisäiseksi tarkoitettuun näkökulmaan sisältyy tarpeeton kiertotie. Hart pyrkii ymmärtämään suoraan peliä ja sen sääntöjä *pelaajana*, mutta Ross pyrkii ymmärtämään *pelaajien asenteita* ja saamaan tätä kautta tietoa pelin säännöistä. Lisäksi Rossin shakkipeliesimerkki ei ole täysin yhteensopiva hänen myöhemmän lainopin tietoteorianensa vaan pikemminkin varhaisemman teorian kanssa. Myöhempi teoria edellyttäisi, että mielenkiinnon kohteena olisi pelin tuomarin toiminta ja asenteet, ei pelaajien toiminta ja asenteet.

Rossin konstruoima oikeudellinen ideologia on tulkittava sananmukaisesti tuomareiden moraaliseksi ja arvostaviksi eli normatiiviseksi käsityksiksi, joiden edellytetään lisäksi olevan yhteisiä yhteisön tuomareilla. Tällöin voidaan kysyä, miten tällainen yhteinen tietoisuus, jonka kantajina yksittäiset tajunnat ovat, lopulta eroaa esim. *Hegelin* tarkoittamasta *kokonaishengestä* (»*Geist*»), joka il-

³⁶ *Strahl*, En allman rättslära, s. 303 ja 304.

³⁷ *Ross*, Om Ret og Retfærdighed, s. 24 ja 25. Ks. *Aarnio*, On Legal Reasoning, s. 5 ja 36.

³⁸ *Hart*, Scandinavian Realism, s. 166 ja 167. Toisaalta myös Hartin sisäinen näkökulma jää eräässä suhteessa ulkoiseksi. Hartin käsitys lainopista on, että se on *deskriptiivistä* tietoa. Ks. Hart, postscript s. 273.

Vrt. Hartin ja *Aarnion* tavat ymmärtää sisäinen näkökulma. Hart, The concept of Law, s. 86–88. Hartin oikeusteoriassa keskeisessä asemassa on juuri erottelu ulkoiseen ja sisäiseen näkökulmaan. Erottelu kuvastaa eroa termien *being obliged* ja *having an obligation* välillä. Hart, The Concept of Law, s. 80 ja 81. *Aarnio*, On Legal Reasoning, alk. s. 3. Ks. *Aarnion* termi »*genuine internal point of view*.» *Aarnio*, The Rational as Reasonable, s. 13.

menee yksittäisten subjektien tajunnan refleksiona, tai *Wittgensteinin* yhteisestä kielestä. Myös Hegelillä tämä henki on dynaaminen, aikaan ja paikkaan sidottu ja yksittäisten subjektien toiminnan konkretisoima, joskin käsitteellinen välttämättömyys.³⁹

Ero Hegeliin ja muihin ehdottomiin idealisteihin tulee, jos Rossin realismi otetaan vakavasti. Ideologia on Rossille *tuomareiden tosiasialliset* enemmän tai vähemmän yhtenäiset *asenteet* ja suhtautumistapa, jotka voidaan periaatteessa empiirisesti tutkia, ei puhtaasti käsitteellinen tai kielellinen asia.⁴⁰ Ellei realismia otettaisi vakavasti, johtaisi se myös siihen, että oikeudellinen ideologia tarkoittaa samaa kuin voimassa oleva oikeus eli laki puhtaana abstraktiona. Tällöin Rossin teoriasta katoaisi nominalismi, jota hän kuitenkin pitää keskeisimpänä tieteellisenä lähtökohtanaan, eikä selkeää eroa esim. *Hartin* analyttis-lakipositivistiseen oikeusteoriaan voitaisi tehdä. Jos ideologia toisaalta tulkitaan kognitiivisesti tuomareiden tiedoksi voimassaolevasta oikeudesta, tulee käsite triviaaliksi. Tällöin voitaisiin yhtä hyvin puhua lainoppineiden oikeusideologiasta, ja voitaisiin myös todeta, että luonnontieteen kohteena oleva todellisuus on luonnontieteen tutkijoitten »luontoideologia». Tutkimus ottaisi itsensä kohteekseen. Tiedon implikoimia *uskomuksia* ei kuitenkaan voida samaistaa tosiasiallisiin uskomuksiin.

3. *Oikeusnormi*.⁴¹ Ross pyrkii analysoimaan ontologiansa eksaktilla tavalla. Oikeudellisen ideologian käsitteen mukaisesti lause: » $P = D$ », eli »*normi D on voimassa olevaa oikeutta*» tarkoittaa lyhyesti muotoiltuna samaa kuin väitelause (P): »*tuomarit soveltavat normia D ja he kokevat sen sitovaksi osana koherenttia kokonaisuutta*». Tämän takia lainopillisen tiedon verifiointi on koko oikeusjärjestyksen verifiointia.⁴² Määritelmä voidaan tulkita myös *Tarskin* totuuden korrespondenssiteorian sovellutuksena. On kuitenkin huomattava, että Ross käyttää yhtäläisyysmerkkejä, eli hän tekee määritelmän, mutta hän ei varsinaisesti esitä loogisesti pätevää ekvivalenssia.

Keskeinen ongelma määritelmässä on, että Ross pyrkii yhdistämään behavioristisen lähestymistavan ja oikeuden abstraktin ja käsitteellisen luonteen oi-

³⁹ *Hegel*, *Phänomenologie des Geistes*, s. 324, 325 ja 364 ja *Logik I*, s. 54 ja *Taylor*, *Hegel*, s. 194.

⁴⁰ Ks. *Strömholm*, s. 181.

⁴¹ Tässä yhteydessä käytetään Rossin alkuperäisen käsitteistön mukaisesti *normi*-nimitystä, vaikka useimmiten se voitaisiin korvata *sääntö*-termillä, jota pääasiallisesti käytetään edempänä. Kirjallisuudessa *normi*-termiä on käytetty sekä säännön synonyyminä että laajempana käsitteenä, jolloin se tässä omaksutun terminologian mukaisesti sisältää myös periaatteet. Usein *normi*-termin tarkempi merkitys kirjallisuudessa jää tässä suhteessa epäselväksi.

⁴² *Ross*, *Om Ret og Retfærdighed*, s. 49 ja 51–53. *Helin*, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 166.

keudellisena ideologiana.⁴³ Näitä ei voida kuitenkaan yhdistää, koska edellinen ilmentää ulkoista näkökulmaa ja jälkimmäinen sisäistä näkökulmaa oikeuteen. Siksi vain määritelmän jälkimmäinen osa tarjoaa kestävä perustan lainopille. Oikeuden dualismin ongelma pätevyyden ja todellisuuden kesken jää ratkaisematta, koska Ross pyrkii pitämään kiinni näistä molemmista näkökulmista ja yhdistämään ne.⁴⁴

Ross joutuu tekemään myös merkittävän varauksen. Lainopillinen tieto on oikea, jos olosuhteissa ei ole tapahtunut muutoksia, esim. muutoksia säädöksissä. Varaus merkitsee, että kysymys ei enää ole pelkästään tuomareitten ideologiaa koskevasta tiedosta vaan myös välttämättä säädöksiä koskevasta tavanomaisesta lainopillisesta tiedosta.⁴⁵

Yleensä *Leibnizin* lain mukaisesti merkitykseltään identtiset lauseet on katsottu voitavan esittää ekvivalenssina ja korvata toisillaan. Jos lauseet ovat synonyymit, niin ne ovat ekvivalentit, mutta ei päinvastoin. Tällä tavalla määritelmä voidaan muuntaa loogiseksi tautologiaksi niin kuin *Helin* on tehnyt.⁴⁶ Tosi lainopin lause implikoi vastaavansisältöistä oikeudellisen ideologian sisältöä ja päinvastoin, koska ne on määritelty niin.

Loogisena totuutena asetus ei kuitenkaan vielä tavoita Rossin käsitystä oikeuden pätevyydestä. Se ei varsinaisesti kerro aineellisesta tietokäsityksestä. Keskeistä oikeudellisessa realismissa on juuri se, että päättely on *yhdensuuntaista* ja *epäsymmetristä*. Tuomareiden tosiasiallisen soveltamiskäytännön ja heidän asenteidensa ja uskomustensa pitäisi argumentteina määrätä voimassa olevaa oikeutta koskevien lainopin lauseiden sisällön, mutta ei päinvastoin. Oikeusrealistien voimakkaasti kritisoiman apriorisen ja »metafyysisen» oikeuskäsityksen mukaista olisi toisensuuntainen päättely. Rossilainen päättely voidaan esittää seuraavassa muodossa: »jos tuomarit kokevat normin *D* sitovaksi osana koherenttia kokonaisuutta ja soveltavat sitä, niin normi *D* on voimassa olevaa oikeutta».

Kuvattua asetelmaa on hyödyllistä verrata tunnettuun *Andersonin* esittämään ja Rossin ajattelua muistuttavaan deonttisen logiikan ekvivalenssikaavaan. Kaava voidaan tulkita seuraavalla tavalla:⁴⁷

⁴³ *Zahle*, s. 350, 353, 355 ja 394.

⁴⁴ *Ks. Aubert*, s. 393.

⁴⁵ *Ross*, *Om Ret og Retfærdighed*, s. 55 ja *Zahle*, s. 378, 379 ja 381.

⁴⁶ *Helin*, lainoppi ja metafysiikka, s. 164.

⁴⁷ *Anderson*, *The Formal Analysis of Normative Systems*, s. 180 ja 203 ja *Føllesdal–Hilpinen*, s. 19. *Anderson* käytti muuttujina asiantiloja kuvaavia proposiitioita, ei tekoja niin kuin tässä. Kaava on toisin sanoen modifioitu. Kaavan ongelmiin ei tässä kiinnitetä huomiota. Myös *Andersonin* kaavat ilmentävät tietynlaista reduktionismia ja niissä pyritään myös ylittämään olemisen ja pitämisen raja ja näin uhmaamaan *Humen* periaatetta.

$$OA \equiv N(\neg A \supset S)$$

Kaavan mukaan teko A on pakollinen, jos ja vain jos sen tekemättä jättämisestä välttämättä seuraa sanktio (S); eli toisin sanoen teko A on kielletty, jos ja vain jos teon tekemisestä välttämättä seuraa sanktio. Myös Anderson pyrkii palauttamaan deonttiseen alettiseen niin kuin Rosskin, vaikka ekvivalenssina implikaatio luonnollisesti pätee molempiin suuntiin.

Realistinen ontologia kuitenkin edellyttää, että aineellinen päättely on vain yhdensuuntainen. Samoin kuin *Kelsenillä* seuraamusnormi (*sekundäärinen normi*) määrää käyttäytymisnormin (*primäärinormin*), eli jos teon tekemättä jättämisestä seuraa sanktio, sen tekeminen on pakollista, mutta ei päinvastoin. Ehkä tämän takia Ross myös katsoo oikeusnormien olevan suunnattu ensisijaisesti tuomareille ja vain toissijaisesti, ikäänkuin edellisten heijastumana oikeusalamaisille.⁴⁸ Ross päättelee, että jos tuomareilla on tietty ideologia ja he tekevät sen mukaisia ratkaisuja, niin oikeus on välttämättä tietynsisältöinen. Lähtökohdat eivät sen sijaan salli toisensuuntaista päättelyä: Jos oikeus on tietynsisältöinen, niin tuomarit ajattelevat tietyllä tavalla ja tekevät sen mukaisia ratkaisuja.

Tosiasiallisesti Ross luopuu kuvaamastaan ontologiasta, kun hän ryhtyy tarkastelemaan oikeudellisia käsitteitä ja sisällöllisiä normeja, eli kun hän siirtyy *lainopin tasolle* ja pitämisen maailmaan. Hän puhuu oikeusnormeista sellaiseenaan abstraktioina eikä tosiasiallisesta tuomarinideologiasta. Hän ei millään lailla pyri tutkimaan empiirisesti tuomareitten asenteita ja hankkimaan tarvittavia argumenttilauseita, mihin hänen tietoteoriaansa hänet asiallisesti ottaen pakottaisi.⁴⁹ Em. määritelmän mukaisesti olisi tutkittava asetettua tiedon kohdetta, ja tutkimuksen pitäisi olla empiiristä, koska kohde on määritelty osaksi havaittavaa todellisuutta. Toisaalta yleistieteelliset lähtökohdat näkyvät selkeästi Rossin tavassa tarkastella lainopillisia käsitteitä. Tämä ilmenee erityisesti subjektiivisen oikeuden analyysissä. Ross nimenomaan toteaa, että normin oikeudellinen sitovuus (*»gyldighed»*) on vain normi-ilmauksia koskeva asia, ei reaalisia normeja koskeva asia.⁵⁰ Samoin kuin varhemman tietoteorian kohdalla *koko esitetty ontolo-*

⁴⁸ Ross, Directives and Norms, s. 91, 92 ja 98 ja Om Ret og Retfærdighed, s. 45.

Hartin jaottelu poikkeaa Rossin käsitteistöstä siten, että hänellä sekundääriset normit sisältävät sanktioiden ja lainkäytön (*rules of adjudication*) lisäksi lain tunnistamissäännöt (*rules of recognition*) ja lain muuttamissäännöt (*rules of change*). Hart, The Concept of Law, s. 78, 79 ja alk. s. 91.

Nimityksiä primääri- ja sekundäärinormi tai -sääntö käytetään tässä Hartin terminologian mukaisesti. *Kelsenin* termit ovat päinvastaiset suhteessa Hartiin. Kelsen, s. 61 ja Kelsen, General Theory of Norms, s. 56.

⁴⁹ Aubert, s. 390. Ks. myös Zahle, s. 401 ja Aubert, s. 385.

⁵⁰ Ross, Om begrebet »Gældende ret» hos Theodor Geiger, s. 252 ja 253.

gia käy tarpeettomaksi, kun siirrytään puhtaan normatiivisiin käsitteisiin ja diskurssiin. Itse asiassa nominalismi tai realistinen ontologia ei ole lainkaan yhteensopiva lainopillisen diskurssin kanssa.

Ontologiasta luopuminen ilmenee jo itse tietoteoriassa. Johdonmukaisuus edellyttäisi, että ontologian perusteella tietoa tulisi hankkia tosiasiallisesta tuomareiden ideologiasta, josta voitaisiin tehdä johtopäätöksiä voimassa olevan oikeuden suhteen.⁵¹ Niin kuin Ross selkeästi havaitsee, tämä ei ole kuitenkaan mahdollista, sillä ideologiaa tai käyttäytymisasenteita koskevasta lauseesta ei vielä seuraa normatiivista lausetta ilman normatiivisia lisäpremisseejä. Ross nimenomaan toteaa, että (todennäköistä) kokemustietoa tuomareiden oikeusideologiasta hankitaan tavanomaisista oikeuslähteistä, *ei empiiristä metodia käyttämällä*. »Denne sandsynlighedsgrad beror igen på det erfaringsmateriale, hvorpå forudsigelsen bygger (retskilderne).⁵²

Rossin realismi olisi näkyvästi kääntynyt pääläelleen, ja hän olisi päätnyt kritisoida aprioriseen ja idealistiseen tietoteoriaan, jos hän olisi ymmärtänyt oikeuslähteopin tavanomaisella tavalla normatiivisena oppina siitä, miten argumentointi on suoritettava. Hän olisi joutunut toteamaan, että jos normi D on (aprioristen lähteiden osoittamalla tavalla) voimassa olevaa oikeutta, niin tuomarit kokevat normin D sitovaksi ja he soveltavat sitä.

3.1.3 Rossin tietoteorian kritiikki

1. Episteeminen ongelma. Rossin myöhemmän teorian keskeinen dilemma, joka jää lopulta ratkaisematta, voidaan muotoilla seuraavalla tavalla: *Kuinka voidaan saada tietoa siitä, kuinka tuomioistumet tosiasiallisesti toimivat, kun sitä ei saada tutkimalla tuomioistuinten tosiasiallista käyttäytymistä?* On muistettava, että tuomioistuimen toiminta on tällöin ymmärretty tekojen sisäisenä puolena, intensiona. Toiminta tarkoittaa oikeastaan tuomareiden tapaa tehdä päätöksiä, kuinka he ajattelevat päätöksiä tehdessään.

Tämän takia Ross näyttää tarjoavan ratkaisuksi *tuomioiden perustelujen* tutkimista. Käytetyt perustelut toimisivat tällöin totuuskriteerinä, kun totuus on lainopin väitteen yhdenmukaisuutta oikeudellisen ideologian kanssa.⁵³ Lähestymistapa ei suoraan kaadu mahdottomuuteen tavoittaa oikeudellisia päätöksiä ja nii-

⁵¹ Ks. Jørgensen, *Values in Law*, s. 153.

⁵² Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, s. 58. *Strahl* En allmän rättslära, s. 306, *Stuer Lauridsen*, s. 249 ja *Helin*, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 169 ja 170 ja 171.

⁵³ Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, s. 55 ja *Aubert*, s. 381–383.

den perusteluja havaittavassa käyttäytymisessä, tekojen ekstensioissa. Ross ei kuitenkaan osoita lainopin metodiksi empiiristä menetelmää, jolla tosiasiallisia perusteluja tutkittaisiin, vaan hän näyttää kääntyvän *perinteisen oikeuslähdeopin* suuntaan. Hän pyrkii pitämään kiinni realistisesta ontologiasta, eli *lauseen kohteeseen* tulee olla verifioituva, mutta epistemologia ja metodologia näyttävät erkaantuvan ontologiasta kohtalokkaalla tavalla. Tietoteoria tulee ristiriitaiseksi, jos nämä osa-alueet eivät ole johdonmukaisia toisiinsa nähden.

Paine tämän dilemman ratkaisemiseksi ja samalla oikeusrealismin pelastamiseksi näyttää purkautuvan oikeuslähdeoppiin. Tämä ei ole kuitenkaan ongelman ratkaisu, vaan sen siirtämistä. Rossin mukaan tuomareiden oikeudellisen ideologian episteeminen puoli on *oikeuslähdeideologia*. Hän kuitenkin kieltää, että tämä johtaisi lainopillisen tiedon apriorisiin lähteisiin, vaan aksiomaattisena lausumana on, että oikeuslähdeoppi on *kuvaileva eikä normatiivinen oppi*. »*Retskildelæren er som al anden lære om gældende ret norm-deskriptiv, ikke norm-expressiv, en lære om normer, ikke i normer*. Tämä oppi on myös löydettävissä vain tuomioistuinten tosiasiallisesta toiminnasta.⁵⁴ Tämä johtaa kuitenkin ilmeisen mahdottomaan tilanteeseen. Jo käsitteellisesti ajatus kuvailevasta opista on ristiriitainen. Toiseksi Rossin kuvaama oikeuslähdeoppi ei voi olla tosiasiallisen, sosiaalipsykologisen oikeudellisen ideologian tutkimista.⁵⁵ Tärkeintä kuitenkin on, että tosiasiallisen oikeuslähdeopin tutkiminen on yhtä mahdotonta kuin on muutoinkin tutkia ja saada tietoa tuomarinideologiasta ulkoisen havainnoinnin kautta.⁵⁶

Mistä sitten saadaan tieto oikeasta oikeuslähdeopista, jos apriorisia tiedonlähteitä ei hyväksytä? Ei nimittäin voida myöskään osoittaa mitään oikeuslähdeopin oikeuslähdeoppia, joka myös voitaisiin selittää deskriptiiviseksi. Tämäkin puolestaan vaatisi oman oikeuslähdeoppinsa jne. *ad infinitum*. Jos tieto oikeuslähdeopista ja samalla asiallisesti ottaen koko voimassaolevasta oikeudesta ja oikeuskulttuurista saavutetaan *Gadamerin* kuvaaman hermeneuttisen perinteen mukaisen tuomioistuintoiminnan kokonaisvaltaisen kokemisen (*Erlebnis*) kautta, ollaan hyvin kaukana Rossin ontologiasta. Gadamerin tarkoittama kokemus, joka on selkeästi erotettava empiirisestä kokemuksesta, kohdistuu kokijaan itseensä, miten hän reflektoi kokonaisuhteyden eli kulttuurin ja siinä olevat yksittäiset ilmiöt.⁵⁷ Ross ei edes pyri osoittamaan miten verifioidaan tai muutoin todennetaan tämä tosiasiallisesta oikeuslähdeopista kertova kuvaus. Asiallisesti

⁵⁴ Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, s. 91 ja 123. Samoin hän lausuu myös lainopin metodipista, s. 130. Ks. *Strömholm*, s. 184 ja 185.

⁵⁵ Ks. *Aubert*, s. 384.

⁵⁶ Ks. *Stuer Lauridsen*, s. 253 ja *Zahle*, s. 367.

⁵⁷ *Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, s. 56–66.

ottaen hän ei esitä sille mitään empiiristä lähdettä. Näin ollen hän väistämättä päätyy oikeuslähdeopin aprioriseen alkuperään, vaikka hän tätä johtopäätöstä kii-vaasti vastustaakin.⁵⁸ Kielen ulkoiseksi oletetusta havaittavasta kohteesta ei voi saada tietoa muutoin kuin tutkimalla empiirisesti tätä kohdetta.⁵⁹ Jos lauseen koh-de määritellään osaksi havaittavaa todellisuutta, voidaan tietoa siitä hankkia vain havainnoimalla sitä. Viimeistään tämä osoittaa lainopillisen tiedon hankkimisen a posteriori mahdottomuuden ja kyseenalaistaa ratkaisevalla tavalla oikeudelli-sen realismin.

2. *Korrespondenssin ongelma.* Ei ole sattuma, että Rossin viittaukset lain-opillisen tiedon kohteena olevaan todellisuuteen, joka on korrespondenssisuh-teessa totuusarvoisten normiväitteiden kanssa, jäävät epämääräisiksi. Ross pyr-kii lausumaan jotakin sellaisesta, joka väistämättä, myös Rossin tietoteoriassa jää lausumattomaksi ja tuntemattomaksi. *Oikeudellisesta ideologiasta ei voi lau-sua eikä siitä voi tietää sen enempää kuin Kantin transsendentista oliosta sinänsä.* Todellisuus ja oikeudelliset ilmiöt sinänsä jäävät lausumattomaksi. *Geiger*-kritiikin yhteydessä Ross näyttää tiedostavan tämän ongelman, sillä hän toteaa, että normia ei voi määritellä vain todellisuuden osaksi, tosiasiaksi.⁶⁰ Ross kuitenkin pitää kiinni siitä, että normit ovat korespondenssisuhteessa todellisuu-teen nähden.

Rossin realismin mukainen kognitiivinen dualismi tulee selkeästi esille teok-sen *Directives and Norms* keskeisessä, jo sen nimen osoittamassa dikotomiassa *direktiiveihin* ja *normeihin*. Direktiivin Ross määrittelee niin, että se on puhtaasti kielellinen ilmiö, kielen käyttöä. Normi on laajempi käsite, koska kielellisen il-mauksen lisäksi se viittaa ja on korrespondenssisuhteessa todellisuuteen, sosi-aalisiin tosiseikkoihin.⁶¹ Direktiiviä voidaan kutsua myös normi-ilmaukseksi, joka samoin kuin sitä kuvaava normiväite kuuluvat kieleen. Molemmat ovat osana tieteen kieltä korrespondenssisuhteessa todellisuuteen, jota normi-direktiivi il-maisee ja jota normiväite kuvaa. *Oikeudellisesta ideologiasta Ross ei kuitenkaan pysty lausumaan mitään tarkemmin lausumatta samalla direktiiveistä. Niiden välille ei tosiasiallisesti voidakaan tehdä mitään eroa. Voidaan vain lausua di-rektiiveistä ja normiväitteistä.*

⁵⁸ Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, s. 125.

⁵⁹ Tätä perusasetelmaa ei muuta se, että kielen ulkoista todellisuutta voidaan lähestyä vain käsitteellisillä välineillä ja sitä voidaan kuvata vain yhteisen kielen puitteissa.

⁶⁰ On huomattava, että Ross kuitenkin kritisoi *Geigeria*, joka jyrkän dikotomian mukai-sesti puhuu erikseen direktiiveistä (*verbalnorms*) ja tosiasiallisista normeista osana empiiristä todellisuutta (*realnormen*). Ross, *Om begrebet »gældende ret«* hos Theodor Geiger, s. 245, 252 ja 253 ja *Directives and Norms*, s. 81.

⁶¹ Ross, *Directives and Norms*, s. 82 ja 83. Samoin *Om Ret og Retfærdighed*, s. 85.

Stuer Lauridsen pitää juuri tätä keskeisimpänä Rossin ongelmana. Ross ei pysty tekemään eroa lainopin *lauseen totuuden* ja *normin olemassaolon* eli sen voimassaolon välille.⁶² *Stuer Lauridsen* pyrkii osoittamaan yksityiskohtaisesti, että Ross ei pysty pitämään kiinni omaksumastaan dikotomiasta, jonka mukaan yhtäältä vain lainopin väitelause normin voimassaolosta voi olla tosi ja toisaalta vain oikeusnormit voivat olla voimassa. *Stuer Lauridsen* päätyykin siihen, että Rossin teorian puitteissa voidaan samaa tarkoittaen sanoa, että oikeusnormit ovat tosia tai epätosia ja että lainopilliset väitteet ovat voimassa. Juuri tässä ilmenee normien sinänsä lausumattomuus ja toisaalta lainopin väitelauseiden semanttisen referenssin puuttuminen. Rossin mukaanhan normin voimassaolo on riippuvainen myös kuulumisesta koherenttiin tulkintaskeemaan. Kielellisesti ilmaistuna normi osana tulkintakaavaa sisältyy normiväitteeseen. Tällöin normin ja normiväitteen välille ei voida tehdä Rossin tarkoittamaa eroa, vaan tilanne on samanlainen kuin alussa kuvatussa valehtelijan paradoksiin liittyvässä esimerkissä, jossa lausuttiin, että »lause 'lumi on valkoista' on totta, jos ja vain jos lumi on valkoista». Ainoa tapa välttää *korrespondenssiparadoksi* on tulkita jälkimmäinen lause edellisen lauseen argumentiksi, jolla viitataan havaintoon totuuskriteerinä. Tätä Ross ei kuitenkaan pysty tekemään eikä hän edes pyri siihen. Kuitenkin tiedon korrespondenssikäsitys edellyttäisi juuri argumenttilausetta, joka olisi ainakin lähempänä välitöntä havaintoa oletetusta kielen ulkoisesta todellisuudesta kuin johtopäätöslause. Rossin asetelmassa normin olemassaolo tulee tyhjäksi ja merkityksettömäksi.

Tietoteoreettisesti juuri tässä ilmenee Rossin ontologian kompastuskivi. Hän asettaa itselleen mahdottoman tehtävän pyrkiessään murtamaan kielen universaalisuuden asettamat rajat. Viime kädessä tähän mahdottomuuteen kaatuu koko oikeusrealistinen ohjelma. Oikeudellisella ideologialla ei voida mielekkäällä tavalla tarkoittaa muuta kuin *voimassa olevaa oikeutta* tietyssä paikassa ja ajassa, mutta tämä ideologia ei ole mikään tosiasiallinen ilmiö tai osa havaittavaa todellisuutta, vaan idealisaatio ja *käsitteellinen* ja abstrakti asia, *jolla ei kokonaisuutena ole semanttista referenssiä*. Oikeusjärjestys on toisin sanoen käsite, jolla on vain intensio eli mieli, mutta ei lainkaan verifioituvaa ekstensiota.⁶³ Siksi normin ja normi-ilmauksen merkityssisällön välille ei voida tehdä mitään eroa.

Vastaaviin ongelmiin Ross joutuu myös, kun direktiiveinä tarkastellaan esim. lakitekstejä, jotka on osoitettu tuomareille. Normit ovat tällöin kuvaus tavasta,

⁶² Ks. *Stuer Lauridsen*, joka havainnollisesti esittää, kuinka tavoiteltava lainopin todellisuus aina pakenee tavoittamattomiin. Lainopin lauseen ja sen oletetun kohteen välille ei voidakkaan tehdä mitään eroa. Hän kutsuu tätä ongelmaa Rossin dilemmaksi. *Stuer Lauridsen*, s. 147, 148 ja 162 ja 163.

⁶³ *Jørgensen*, *Scandinavian Legal Philosophy*, s. 89.

jolla tuomarit lakitekstejä tulkitsevat, siis voimassa oleva oikeus. Tuomareiden käyttäytymistä ei voi lähestyä suoraan havainnoimalla. Tämän takia on pakko olettaa, että tuomarit noudattavat heille annettuja direktiivejä, koska muusta vaihtoehdosta ei voi tietää. On siis palattava lakitekstiin. Kuinka sitten saadaan selville, kuinka tuomarit tulkitsevat tätä lakitekstiä. Jos turvaudutaan ennakkopäätöksiin ja kirjallisuuteen, on palauduttu täydellisesti perinteiseen tapaan käyttää oikeuslähteitä, ja ontologia jää täysin sivuun. Keräämällä suuria määriä esim. alioikeuksien päätöksiä, ei puolestaan voida tehdä luotettavia ennusteita, koska mahdolliset väliintulevat tekijät, lainmuutokset, ennakkopäätökset tai esitetty kritiikki estävät todellisten yleistysten teon.⁶⁴ Lisäksi, mikä tärkeintä, jos oletetaan alioikeuksien noudattavan tavanomaisia oikeuslähteitä, ei näistä kerätyistä ratkaisuksista voi saada enempää lainopillista tietoa kuin mitä saadaan suoraan oikeuslähteistä.

Korrespondenssin keskeinen lähtökohta on kuitenkin suora aisteihin perustuva vertaaminen, tai lauseen vertaaminen muuhun empiiristä materiaalia kuvaavaan lauseeseen. Korrespondenssiasetelmassa jälkimmäinen lause viittaa totuus-kriteeriin ja ilmaisee argumenttilauseen, joka tukee ensimmäistä lausetta eli johtopäätöstä. Tämä asetelma ei toimi lainopin yhteydessä, koska havaintokokemukseen viittaavaa argumenttilauseen ei voida esittää. Tämän takia koko *ajatus korrespondenssista ja normi-ilmauksen suhteesta todellisuuteen ei sovellu lainopilliseen tietoon*. Tämä johtuu yksinkertaisesti siitä, että sellaista *todellisuutta ja vertauskohtaa, joka olisi korrespondenssisuhteen toinen puoli, ei lainopillisen tiedon yhteydessä voida osoittaa*.⁶⁵ Väite pätevästä normista ei ole missään suhteessa väite havaittavasta todellisuudesta, ei myöskään tosiasiallisista psykologisista asiantiloista.⁶⁶ Tässä suhteessa voimme yhtyä nuoreen *Wittgensteiniin*, jonka mukaan etiikkaa (myös lainoppia) ei voi ilmaista lausein, jos lauseiden katsotaan kuvaavan havaittavaa todellisuutta.⁶⁷

Totuuden ja tiedon korrespondenssiteorioille on ominaista, että data-aineistoa lähempänä oleva argumenttilause on episteemisesti määräävä johtopäätöslauseeseen nähden. Johtopäätöslauseen totuuden tai hyväksyttävyyden edellytys on johdonmukaisuus argumenttilauseeseen nähden. Rossilla tämä suhde kääntyy pikemminkin päinvastaiseksi. Hän ei voi tarkistaa lainopin lauseen totuutta

⁶⁴ Aarnio, On Legal Reasoning, s. 253.

⁶⁵ Hart, Definition and Theory in Jurisprudence, s. 23. Ks. myös Aarnio, The Rational as Reasonable, s. xiii.

⁶⁶ Kelsen, s. 110 ja Jørgensen, Pluralis Juris, s. 48.

Stuer Lauridsen pitää korrespondenssiedellytystä koko oikeudellisen realismin perusvirheenä. Stuer Lauridsen, s. 143.

⁶⁷ Wittgenstein, Tractatus, 6.421.

vertaamalla sitä argumenttilauseeseen, koska tosiasiallisesti hän joutuu johtamaan argumenttilauseen lainopin lauseista.

Oikeudellisella ideologialla voidaan mielekkäällä tavalla viitata vain tuomareiden keskuudessa vallitsevaan *yhteisymmärrykseen* voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Voimassa olevan oikeuden ontologia on kielellistä merkitystodellisuutta, jonka voidaan katsoa ilmenevän tosiasiallisessa lainopillisessa kielenkäytössä, jossa sitä eksplikoidaan. Tässä omaksutun näkemyksen mukaan kysymys on joka tapauksessa *konventionaalista* asiasta eli *normatiivisesta sopimuksesta* ja tätä kautta yhteisestä normatiivisesta merkityksestä. Sopimus sinänsä jää transsendenttina lausumattomaksi. *Sopimus voimassa olevasta oikeudesta ei ole sama asia kuin tosiasiallinen lainkäyttö tai tosiasiallinen kielenkäyttö*, samoin kuin käsitteen oikeaa merkitystä ei voi samaistaa käsitteen tosiasialliseen käyttöön. *Normisto instituutiona on välttämättä käsitteellisesti ennen sen soveltamista* samoin kuin käsitteen oikea merkitys edeltää sen käyttöä. Myös voimassa oleva oikeus ilmenee tosiasiallisessa lainopillisessa diskurssissa. Kysymys on tällöin voimassa olevan oikeuden *semantiikasta*, joka on selkeästi toisenlainen kuin mitä oikeusrealistien nominalismi sallii. Lopputuloksena on tällöin, että *nominalistinen ontologia sulkee voimassa olevan oikeuden kokonaan pois tieteen piiristä*.

Lainoppi nimensä mukaisesti perustuu normatiivisiin, pitämislauseisiin, se vetoaa *normatiivisesti oikeuslähteisiin ja aineellisiin argumentteihin*, mutta ei kuvaa deskriptiivisesti tajunnan ulkoista ja havaittavaa todellisuutta. Johtopäätöslauseina voivat olla vain aprioriset lähteisiin viittaavat lauseet, eivät havaintoihin aposteriori viittaavat lauseet. Rossilla tämä ilmenee siinä, että ontologiasitaan huolimatta hän joutuu episteemisesti palaamaan *tavanomaisiin oikeuslähteisiin*.⁶⁸ Jos Ross todella olisi halunnut tutkia tuomareiden *tosiasiallisia* intentioneja ja motivaatioita, hän olisi joutunut käyttämään empiiristä metodia, koska tietoa tosiasiallisten tekojen sisäisestä puolesta voi saada vain ulkoisen puolen kautta.⁶⁹ Tällä tavalla Ross ei olisi kuitenkaan voinut saada lainopillista tietoa. Toisaalta ajatus, että tosiasiallisesta ideologiasta tai muista vastaavista psykologisista tosiseikoista voisi saada tietoa oikeuslähteistä on myös kestämaton. Kor-

⁶⁸ Tähän liittyy välittömästi *tiedonintressiin* perustuva tunnettu kritiikki Rossia kohtaan. Hart, Scandinavian realism, s. 165, Aubert, s. 378, Jørgensen, Values in Law, s. 153, Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmista, s. 75 ja 76 ja Aarnio, Oikeusteorian nk. hermeneuttisesta suuntauksesta, s. 340, On Legal Reasoning, s. 38 ja 263 ja The Rational as Reasonable, s. 42. Rossin tietoteoria ei ota huomioon tärkeimmän oikeudellisen agentin, tuomarin tiedonintressiä voimassa olevasta oikeudesta. Konstruktio sisältää turhan kiertotien oikeuslähteisiin. Tuomarin tieto laista olisi hänen tietoaan itsestään tai tuomarikunnasta jonkinlaisena itseymmärryksenä. Tämä viittaa kuitenkin enemmän gadamerilaiseen *Erlebnis*-havaitsemiseen tai reflektioon, mikä ei ole yhteensopiva Rossin lähtökohtien kanssa.

⁶⁹ Stuer Lauridsen, s. 238.

respondenssisuhde jää merkityksettömäksi, jos siihen ei liity missään muodossa, ei edes etuoikeutettujen lauseiden kautta totuuskriteerinä vertaamista lauseiden kohteeseen eli verifiointia tai falsifiointia. Kun puhutaan normeista, tämä ei tarkoita samaa kuin että puhuttaisiin tosiasiallisesta tuomareiden ideologiasta tai arvostuksista ja normatiivista asenteista. Jos tämä ideologia taas abstrahoidaan niin, että ideologialla tarkoitetaan samaa kuin voimassa olevan oikeuden normit tuomareiden ajattelun kohteena, on asiallisesti ottaen lähtökohtana ollut ontologia jo hylätty. Tällöin puhutaan vain yksinkertaisesti oikeusnormeista ilman mitään erityisiä ontologisia edellytyksiä.

Todellisuuden konstruointi Rossin tapaan on myös epätarkoituksenmukaista, koska tämä todellisuus muuttuisi aina sen mukaan, millaiseksi sen sisältö oikeuslähteiden mukaan kulloinkin ja kussakin paikassa määrättäisiin. Korrespondenssisuhde ei voi toimia totuuskriteerinä, kun väitteen kohde (*tuomarin-ideologia*) ei määrää toden väitteen sisältöä, vaan väitteen kohde määräytyy lainopillisten argumenttilauseiden mukaisesti, niin kuin lainopissa tapahtuu. Tämä »nurinkurinen korrespondenssisuhde» ilmenee myös siten, että oikeuskirjallisuus on itse yksi oikeuslähteistä. Tuomarit seuraavat toiminnassaan lainopillista kirjallisuutta ja vetoavat siihen argumentteina, eikä lainoppi suinkaan vain kuvaa tuomareiden tosiasiallista toimintaa tai ideologiaa. Lainopillisen tiedon osalta ei voida ajatella mitään tuntematonta, mutta oletettua »oliota sinänsä», joka viime kädessä määrää tiedon sisällön ja takaa havaintojen sisällön intersubjektiivisuuden, muuttumattomuuden ja jatkuvuuden.

Rossin tietoteoriassa lainopillisen »todellisuuden» kuvaaminen tarkoittaisi puhtaasti *synteettisiä lauseita a priori*. Lisäksi, mikä tärkeintä, nämä synteettiset lauseet eivät olisi aineellisen tiedon käsitteellisiä ehtoja, muodollisia kategorioita niin kuin Kantilla, vaan sisällöllisiä aineellisia lauseita. Tämän vuoksi lainopillisen tiedon tuottamisessa päädyttäisiin myös siihen, että *lainopin metodi käyttäisi pääasiassa vain metafyyssistä virhepäätelyä*. Havaittavaa todellisuutta kuvattaisiin apriorisella tiedolla. Jos lähteet, esim. säädöksen antaminen sen sijaan ymmärretään tosiseikaksi ja osaksi havaittavaa todellisuutta, joudutaan virhepäätelyyn, jonka mukaan *toinen tosiseikka* (miten tuomarit ajattelevat) *määräytyy toisen* (säädöksen antaminen) *vallitsemisesta*. $\sim(p \supset q)$.⁷⁰ Realismin piirissä kumpikaan päätelytapa ei ole hyväksyttävä. Kärjistettynä voitaisiin tällöin Rossin sanoa päätyneen metafyyssiseen idealismiin tai rationalismiin, mitkä suuntauokset olivat kuitenkin oikeusrealistien kiivaan kritiikin kohteena. Ainoa jäljelle jäävä mahdollisuus saada tietoa tuomareitten tosiasiallisista ajatuksista on tutkia niitä empiirisesti. Tällöin Rossin realismi palautuu kuitenkin amerikka-

⁷⁰ Wittgenstein, Tractatus, 2.062 ja 5.134.

laiseen realismiin tai oikeussosiologiaan, jotka molemmat ovat Rossin teorialle tuhoisia vaihtoehtoja.⁷¹

Rossia voidaan, omista realistisista lähtökohdistaan käsin myös perustellusti arvostella syyllistymisestä varsinaiselle *naturalistiselle virhepäätelylle analogiseen virhepäätelyyn, jossa oikea pyritään samaistamaan havaittaviin ominaisuuksiin*.⁷² Virhepäätely syntyy aina, kun pitäminen samaistetaan olevaan. Oikeusrelismi nimenomaisesti lähtee siitä, että lakia kuvaavilla lauseilla on oltava semanttinen referenssi suhteessa havaittavaan todellisuuteen, jotta ne täyttäisivät tieteellisyyskriteerit. Tämän takia lainopin lauseiden viimekätiset kohteet, siis lain ontologia konstruoidaan osaksi havaittavaa todellisuutta. Tällöin oikeusrealistin on tunnustauduttava naturalistiksi tämän käsitteen vahvassa merkityksessä, jotta hän voisi välttää esitetyn kritiikin. Ross samaisti *voimassa olevan oikeuden tuomareiden tosiasiallisiin asenteisiin ja ajatteluun*, joka ilmentää hänen kohdallaan mainittua virhepäätelyä. Lauseilla »OA on voimassa olevaa oikeutta» ja »tuomarit ajattelevat, että OA» ei ole kuitenkaan sama mieli, ne eivät voi olla ekvivalentit, eivätkä ne ole loogisesti samalla tasolla. Samalla Ross pyrki *johtamaan pitämislauseita olemislauseista* ja palauttamaan pitämisen olemiseen juuri tämän samaistuksen kautta.

3. *Ongelmien syyt*. Rossin ja muiden oikeusrealistien *virhe on tutkimusstrateginen*, se piilee kysymyksenasettelussa ja lähtökohdissa. Skandinaaviset realistit omaksuvat ilman muuta nominalistisen ontologian annettuna asettamatta sen toimivuutta lainopissa kyseenalaiseksi. Nominalismi sulkee lainopin tiedonintressin ja oikeusnormit tutkimuksen kohteena kokonaan pois mielekkään tieteen alueelta.⁷³ Viime kädessä tämä johtuu siitä, että oikeutta ja normeja pyritään selittämään kausaaliiteettiin liittyvien käsitteiden avulla. Tällä tavalla ei voida tavoittaa oikeusnormeja. Oikeuden pitäminen ei palaudu kausaaliseen olemiseen eikä myöskään oikeuden tehokkuuteen, vaan kysymys on tekoja ohjaavasta *auktoriteetista ja hyväksyttävyydestä*.

Virheellinen asetelma kärjistyy Rossin tietokäsityksessä. Filosofinen positivismi voidaan helposti osoittaa 1600-luvulta alkunsa saaneen uuden empiirismatemaattisen luonnontieteen filosofiaksi.⁷⁴ Niin kuin *Kant* asian hahmotti tämä tieteenfilosofia ja siihen sisältyvä tietoteoria pyrkii hahmottamaan juuri tämän

⁷¹ Ks. Rossin kategorinen kritiikki aineellisen apriorisen tiedon mahdollisuutta kohtaan. Ross, *Rettens grundproblemer*, s. 284 ja 285.

⁷² Naturalistinen virhepäätely, Moore, *Principia Ethica*, s. 6, 7, 9, 10, 41 ja 58 ja Baldwin, G.E. Moore, s. 70 ja 101. Ks. Jørgensen, *Values in Law*, s. 157 ja Airaksinen, *Moralifilosofia*, alk. s. 28.

⁷³ Ks. Aarnio, *On Legal Reasoning*, s. 264.

⁷⁴ Ks. von Wright, *Tiede ja ihmisjärki*, alk. s. 42.

uuden luonnontieteen käsitteellisiä edellytyksiä ja tiedonmuodostusta. Kant myös jyrkästi kielsi näiden lähtökohtien soveltuvuuden moraaliin ja oikeuteen.⁷⁵ Tämän tieteenfilosofian mukainen tietoteoria ei näin ollen ole myöskään mikään yleispätevä teoria vaan vain tietyn epistemologian ja metodiikan omaksuneen tieteen transsendentaalinen eli tässä mielessä käsitteellinen ja muodollinen oppi. Näin ollen tietynlaisen tiedonmuodostuksen ehdoilla muodostettua tietoteoriaa ei voida suoraan siirtää toisenlaisen tieteen tietoteoriaksi. Käyttäen *Anscomben* ja *Searlen* termejä voidaan sanoa, että havaintoihin sidottujen kovien faktojen (*brute facts*) malli tai kuva ei ole sopiva lainoppiin, koska lainopin kysymyksenasettelu ei kohdistu sellaisiin faktoihin, vaan yhteisön *instituutioihin ja institutionaalisiiin tosiseikkoihin*.⁷⁶ Instituution tai normin merkitykseen ei sisälly ekstenttiä tai referenssiä, vaan vain intentio tai mieli. Toinen asia on, että instituutiot ja normit ovat *käytännöllisiä* siinä mielessä, että ne ovat mielekkäisyysyhteydessä inhimillisten tekojen ja fyysisen ympäristön kanssa.

Kun skandinaaviset realistit havaitsivat, että omaksuttu yleistieteellinen tietoteoria ei ollut yhteensopiva lainopillisen kysymyksenasettelun kanssa, he ratkaisivat tämän ristiriidan pyrkimällä sopeuttamaan lainoppia tietoteorian vaatimuksiin ja tulkitsemalla keskeiset käsitteet tietoteorian mukaisesti.⁷⁷ Parempi ratkaisu olisi ollut sopeuttaa tai vaihtaa yleistieteelliset lähtökohdat.⁷⁸ Tietoteorian siirto toiselle tieteenalalle ilman sen selvittämistä, että tiedonmuodostus on samanlainen, on kategorinen virhe. Kun luonnontieteen filosofia ja tietoteoria on muodostettu nimenomaan varsinaisen luonnontieteen harjoittamisen ehdoilla, ja sen tietoteoria on johdettu tosiasiallisesti harjoitetusta luonnontieteestä, pitäisi vastaavana lähtökohtana olla, että oikeusteoria lainopin tietoteoriaana lähtisi tosiasiallisesta lainopillisesta tutkimuksesta, ja tarkastelisi sen käsitteellisiä edellytyksiä ja tiedonmuodostusta. Tässä mielessä *tieteenteorian on oltava transsendentaalista*, sen on ilmaistava ao. harjoitetun erityistieteen käsitteellisiä edellytyksiä, ja sen on noustava harjoitetusta tutkimuksesta, eikä sitä voi ottaa ulkopuolelta annettuna. Tieteenteoria on tässä mielessä tosiasiallisesti harjoitetun ja menestyksellisen materiaalisen tutkimuksen implikaatio.

Poincarè ja *Hägerström* olivat oikeassa, kun he totesivat, että tieteellistä etiikkaa tai lainoppia ei voi olla. He tarkoittivat tieteellisyydellä juuri positivistista tiedekäsitystä ja nominalistista ontologiaa.⁷⁹ Tämä ei merkitse, että yleisen

⁷⁵ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, s. [408].

⁷⁶ *Anscombe*, *On Brute Facts* ja *Searle*, *Speech Acts*, s. 50 ja 51. *Helin*, *Imateriaalioluksien kohteesta*, s. 657 ja 658.

⁷⁷ Rossin osalta *Zahle*, s. 337.

⁷⁸ *Winch*, s. 103.

⁷⁹ *Poincarè*, s. 223–225.

tai muiden alojen tieteenfilosofian, myös luonnontieteenfilosofian innovaatioita ja saavutuksia ei voitaisi käyttää hyväksi myös oikeusteoriassa. Osana lainopin tietoteoriaa niitä on kuitenkin tarkasteltava lainopin ehdoilla, ja ne on sopeutettava lainopin kysymyksenasetteluun.

3.1.4 Ross ja subjektiivisen oikeuden käsite

a) Kritiikki

1. Lähtökohdat. Rossin realistinen tietoteoria ilmenee myös hänen myöhemmässä *subjektiivisen oikeuden* analyysissään. Edellä lausuttu antaa välineet myös Rossin subjektiivisen oikeuden analyysin kritiikkiin. Taustalla on jo ennen häntä skandinaavisen realismin piirissä käyty keskustelu, jossa subjektiivisen oikeuden käsite atomismin ja reduktionismin hengessä pyrittiin palauttamaan konkreettisemmiksi lauseiksi. Tulkitsen keskustelun tässä nimenomaan ilmauksena oikeusrealismin liittyvästä reduktionismista. Toinen vaihtoehto on tulkita suoritettu analyysi selaisenaan, käsiteanalyysinä. Jälkimäinen on myös se tulkinta, joka jälkepäin tarkasteltuna antaa analyysille pysyvemmän arvon. Analyysin pysyvä anti on sen tuloksissa, ei lähtökohdissa.

Rossin kohdalla toin esille jo aiemmin käsitykseni, jonka mukaan realismi toimi *emansipatorisena tekijänä*, joka vapautti hänet analyyttiseen lähestymistapaan.⁸⁰ Samanlainen analyysi voidaan kuitenkin suorittaa ilman nominalistista ontologiaa, minkä esim. *John Austin* ja *Hohfeld* ovat osoittaneet. Tämä pätee *ex post* myös Rossiin. Hän kuitenkin suoritti analyysin nimenomaan oikeusrealismin hengessä ja sen ehdoilla. Rossin analyysijä voidaan kuitenkin käyttää ja hyödyntää uudelleentulkinnan avulla ilman kuvattuja ontologisia sitoumuksia. Esim. *Zittingin* suhteesta Rossiin voidaan todeta, että *Zitting* hyödynsi ja kehitti eteenpäin Rossin varhaisia analyysijä omistusoikeudesta, mutta hän ei omaksunut kuitenkaan Rossin tietoteoriaa.⁸¹ Toisaalta analyysin omaksuminen on tuonut väistämättä mukanaan eräitä realistishenkisiä painotuksia.

Lähtökohdaksi voidaan ottaa jo aiemmin mainitut *Lundstedtin* käsitykset siitä, että subjektiivisten oikeuksien käsitteillä ei ole mitään vastinetta todellisuudessa, vaikka niitä käytettiin deskriptiivisesti. Huomio oli kiinnitettävä siihen, mitä

⁸⁰ Ks. esim. *Ross Ejendomsrett og Ejendomsøvergang*, s. 14, 15, 17 ja 19.

⁸¹ *Zittingille* Ross teoksessa *Om Ret og Retfærdighed* näyttäytyy nimenomaan analyyttisen filosofian edustajana ei realistina tai loogisena empiristinä. Samoin hän näkee Uppsalan oikeusteoreettisen koulun ja Wienin piirin. *Zitting*, arvostelu Alf Rossin teoksesta *Om Ret og Retfærdighed*, s. 861 ja 862. Ks. *Keränen*, s. 538.

subjektiivisella oikeudella tarkoitettiin, ja mihin todellisuudessa käsitteitä käytettäessä asiallisesti ottaen viitattiin. Kysymys oli hänen mukaansa tosiasiallisesti valtiollisen pakon suojaamista oikeusasemista.⁸² Ekelöf analysoi subjektiivista oikeutta siten, että yhtäältä oikeuden käsitteellä viitattiin *oikeustosiseikkojen* joukkoon (mitä on tapahtunut) ja toisaalta *oikeusseuraamusten* joukkoon (tuomioistuimen määräämät seuraamukset). Oikeudella voitiin tarkoittaa joko em. tosiseikkoja tai -seuraamuksia, joita oikeuden käsite sitoi yhteen.⁸³ Kysymys on näin ollen oikeusnormista *sekundääri-* eli *reaktionormin* merkityksessä, jonka episteemisesti ensisijainen asema suhteessa *primääri-* eli *käyttäytymisnormiin* on keskeinen lähtökohta oikeusrealismissa. Ontologia edellyttää, että tämä tosiseikka-seuraamus relaatio ymmärretään »olevaa» todellisuutta kuvaaviksi tosiseikoiksi.⁸⁴ Kriittikissään *Strahl* kiisti, että subjektiivisen oikeuden käsitettä voitaisiin käyttää Ekelöfin osoittamalla tavalla monimerkityksellisesti. Oikeustosiseikka-oikeusseuraamus -relaatio ei voi toimia, ellei subjektiivisen oikeuden merkitys ole molempien osalta sama. Varsinaisesti subjektiivinen oikeus oli hänen mukaansa esitystekninen keino, jolla viitattiin joukkoon oikeustosiseikkoja.⁸⁵

2. *Tû-Tû*. Ross lähti edellisten pohjalta ja hyväksyi näkemyksen, jonka mukaan *subjektiivisen oikeuden käsitteellä ei ollut semanttista referenssiä*. Artik-

⁸² Lundstedt, *Obligationsbegreppet*, s. 50, 54, 66, 108 ja 109.

⁸³ Ekelöf, *Juridisk slutledning och terminologi*, s. 246 ja 247. Ekelöfin ja Strahlin keskustelusta ks. *Helin*, *Lainoppi ja metafysiikka*, alk. s. 233.

⁸⁴ Myös *Kelsen* analysoi oikeusnormin samalla tavalla. Tämän takia Kelsen käyttääkin termejä *primääri* ja *sekundääri* samalla nurinkurisella tavalla kuin Ross. Olennainen ero realismiin tulee kuitenkin siitä, että hän määrittelee oikeustosiseikan ja oikeusseuraamuksen suhteen, ei tosiasialliseksi suhteeksi, vaan *pitämissuhteeksi*. Oikeustosiseikkojen johdosta seuraamus pitää määrätä. Kelsen, s. 139. Ks. myös Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 142 ja 143.

Kelsenin analyysi on selkeä lähtökohta formalisoinneille, jotka perustuvat kuvattuun oikeustosiseikka-oikeusseuraamus -relaatioon. *Lahtinen* erotteli oikeusnormin ja seuraamusnormin: $s \rightarrow g$ ja $\sim g \rightarrow r$, kun s tarkoittaa tekoa (esim. luoton otto), joka velvoittaa toiseen tekoon g (takaisinmaksu) ja kun r tarkoittaa tuomioistuimen määräämää seuraamusta. Vastaavasti *Makkonen* kuvaa käyttäytymisnormia: $f(x') \rightarrow Sg(x')$ ja reaktionormia: $\sim g(x) \rightarrow Sm(y', x', z')$, kun henkilö x :n on käyttäydyttävä tavalla g , kun y tarkoittaa ratkaisun tekevää viranomaista, z määrättävää oikeusseuraamusta ja m seuraamuksen määräämistä. Viranomaisreaktiota kuvaava normin ulottuvuus on myös *Aarnion* lähtökohtana, kun hän kuvaa oikeusnormin yleisen muodon: $N:(x)F \rightarrow S(x)G$. N tarkoittaa oikeusnormia, F oikeustosiseikkaa ja G oikeusseuraamusta. Kirjain S (tai O , pitäminen) ilmentää, että lähtökohtana on Kelsenin, ei realistinen analyysi. *Lahtinen*, s. 17 ja 80, *Makkonen*, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 42, 62 ja 63 ja *Aarnio*, *On Legal Reasoning*, s. 13, *The Rational as Reasonable*, s. 63 ja *Laintulkinnan teoria*, s. 66.

Makkosen ja Aarnion kaavoja ei voi tulkita loogisiksi implikaatioiksi, koska muutoin kaavassa johdettaisiin pitäminen olemisesta.

⁸⁵ *Strahl*, *Till frågan om rättighetsbegreppet I*, s. 206–208 ja II, s. 484 ja 505.

kelissa Tû-Tû Ross vertaa subjektiivista oikeutta *Negnin* antropologisessa tutkimuksessa kerrottuun Noît-kif kansan uskomukseen. Jos kansan jäsen toimi tietyllä sopimattomalla tavalla, esim. tappoi toteemi- tai tabueläimen, syntyi Tû-Tû, jonka alaiseksi hän joutui. Tämä merkitsi huonoa onnea myös koko kansalle. Tû-Tû:n alaiseksi joutuneen oli mentävä erityiseen puhdistumisseremoniaan. Tû-Tû merkitsi jonkinlaista pahaa voimaa, josta päästiin seremoniassa eroon. Ross katsoi, että käsitteellä Tû-Tû ei ollut väitteen funktiota eikä semanttista referenssiä vaan käskyn funktio. Lisäksi looginen analyysi paljasti, että käsite Tû-Tû oli itse päättelyssä täysin turha elementti. Sen sijaan, että tehtiin päättely toteemieläimen tappamisesta Tû-Tû:un ja siitä edelleen seremoniaan, olisi voitu yhtä hyvin päätellä tappamisesta suoraan seremoniaan. Kysymys on tällöin lauselogiikan *hypoteettisen syllogismin* laista:

$$(p \supset q) \wedge (q \supset r) \supset (p \supset r)$$

On huomattava, että Rossin sekä Tû-Tû:a että subjektiivista oikeutta koskevissa esimerkeissä on asiallisesti ottaen kysymys nimenomaan implikaatiosuhteista, jos–niin päättelystä, ei ekvivalenssista tai synonymiteetistä, vaikka Ross asian näin esittääkin. Tû-Tû:sta ei voida päätellä toteemieläimen tappamista, eikä puhdistautumisseremoniasta voida päätellä Tû-Tû:n olemassaoloa (seremonia voi koskea muitakin tilanteita). Niin kuin Ross toteaa, sanaa Tû-Tû ei voi korvata teolla eikä seremonialla.⁸⁶ Tällöin on huomattava, että välijäsen q ei ole päättelyssä tarpeeton, vaan johtopäätökseen p :stä r :ään päästään vain, kun tiedetään molemmat implikaatiot $(p \supset q)$ ja $(q \supset r)$ tai muutoin joudutaan jo edellä esiteltyyn virhepäättelyyn: $p \supset r$.

Eri asia on, onko käsitteellinen seuraamussuhde (sisältymissuhde) oikea tapa kuvata ko. päättelyä. Deduktio ei liene oikea malli päätöksenteon kuvaukselle, josta asiallisesti on kysymys. Sopimattomasta teosta ei loogisesti seuraa Tû-Tû:a tai seremoniaa. Ongelma voidaan kuitenkin tässä sivuuttaa.

Ross vertaa subjektiivista oikeutta päättelyssä turhana välijäsenenä Tû-Tû -esimerkkiin seuraavalla päättelykaavalla:

1. Se, joka lainaa rahaa toiselta, tulee Tû-Tû:ksi;
2. Sen, joka on Tû-Tû, täytyy maksaa lainattu raha takaisin

Lauseet 1 ja 2 voidaan korvata kolmannella lauseella:

3. Sen, joka on lainannut rahaa toiselta, täytyy maksaa lainattu raha takaisin.

⁸⁶ Ross, Tû-Tû, s. 468–470 ja 472. *Helin* muotoilee Rossin käyttämän kaavan hypoteettisen syllogismin laiksi. *Helin*, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 240.

Termi Tû-Tû voidaan korvata termillä saaminen (sen saaminen ja hallinta). Samoin kuin *Lundstedt* Ross katsoi, että termillä saaminen ei ole mitään yhteyttä todellisuuteen, sillä ei ole semanttista referenssiä eikä se voi väittää mistään eikä kuvata mitään. Saamisella on kuitenkin *esitystekninen ja systemaattinen funktio*. Se yhdisti suuren joukon oikeustositseikkoja joukkoon oikeusseuraamuksia, mutta toisin kuin *Ekelöf* ja *Strahl* hän katsoo, että sitä ei voida suoraan samaistaa niistä kumpaankaan.⁸⁷

3. *Reduktionismin ogelma*. Ross näyttää näin selkeästi erottavan samoin kuin esim. *Olivecrona oikeuden* käsitteen eri tason käsitteeksi kuin oikeustositseikan (tosiseikan, *kendsgerning*) ja oikeusseuraamuksen (*retsfølg*). Subjektiivisen oikeuden käsite on puhtaasti normatiivinen ja funktionaalinen käsite. Lisäksi näyttää ilmeiseltä, että Ross selkeästi lähtee siitä, että sekä oikeustositseikkaa että oikeusseuraamuksen määrittäminen kuvaava lause ovat välittömästi havaittavaa todellisuutta kuvaavia lauseita tai siihen palautettavissa. Tätä oletusta ei ainakaan nimienomaisesti problematisoida. Edellytys käy hyvin ilmi esim. seuraavasta Rossin lauseesta: »*Alt hvad sagføreren vil hævde er i virkeligheden (1) at der er indgået en gyldig købeaftale; og (2) at denne kendsgerning efter gældende ret medfører som retsfølge, at dommeren skal give dom til udlevering.*»⁸⁸ Katson, että Rossin tietoteoria ei anna mahdollisuutta tulkita mainittuja tosiseikkoja institutionaalisina tai konventionaalisina tosiseikkoina *Searlen* tai *Lagerspetzin* käsitteistön mukaisesti.⁸⁹

Kysymyksenasettelu ilmentää selkeästi atomismia ja reduktionismia. Koska vain havaittavat tosiseikat ovat todellisuuteen kuuluvia asioita, ne ovat olemassa tajunnasta ja arvostelmasta riippumatta, ja näin ollen viime kädessä tosiseikkoihin kytkeytyy mahdollisuus objektiiviseen ja tieteelliseen tietoon. Tämän takia syntyy tarve erotella suoraan todellisuuteen viittaavia tai sitä lähellä olevia väitteitä ja muita ilmauksia. Vain edellisillä voi olla totuusarvo totuuden korrespondenssiteorian mukaisesti. Muut ilmaukset jäävät toissijaiseen asemaan, ja jos ne eivät ole palautettavissa havaintoon tai ne eivät ilmennä havaintoon palautuvien lauseiden loogista suhdetta, ei niillä ole tieteellistä arvoa. Ross lievensi tämän vaatimuksen niin, että muilla ilmauksilla, esim. subjektiivisen oikeuden käsitteellä voi olla muu kuin kuvaava funktio. Positivististen periaatteiden mukaisesti teoreettisilla ja muutoinkin kaikilla lauseilla, jotka eivät välittömästi ku-

⁸⁷ *Ross*, Tû-Tû, s. 474–479 ja *Om Ret og Retfærdighed*, s. 207, 208 ja 210. Keskustelusta yhtäältä *Lundstedtin* ja toisaalta »saksalaisten idealistien *Iheringin* ja *Windscheidin* suhteen ks. myös *Om Ret og Retfærdighed*, s. 224–227.

⁸⁸ *Ross*, *Om Ret og Retfærdighed*, s. 209.

⁸⁹ *Searle*, *Speech Acts*, s. 51 ja 52 ja *Lagerspetz*, s. 14 ja 15 ja *Opposite Mirrors*, s. 6–8.

vaa havaintoa mutta joilla on kuvaava funktio, voi olla totuuden kannalta vain totuusehdot suhteessa havaintoja kuvaaviin lauseisiin, siis totuusfunktio. Kaikkien lauseiden mielekkyys ja totuus perustuu näin ollen niiden reaalisisältöön eli palautettavuuteen välitöntä havaintoa kuvaaviin lauseisiin. Tähän perustuu myös Rossin reduktion tarve.

Yleistieteellisten lähtökohtiensa mukaisesti Ross asettaa *fenomenaaliakieltä* vastaavan konkreettiseksi edellyttämänsä oikeustositseikkoja ja oikeusseuraamuksia kuvaavan kielen etusija-asemaan. Tiedollisesti se on määräävä suhteessa fyysikalistiseen eli *käsitteekieleen*. Tämän takia Ross joutuu myös samankaltaisiin ylikäymättömiin vaikeuksiin kuin loogiset empiristit ja muut fenomenalistit.

Rossin reduktio edellyttää, että mainitut oikeustositseikat ja oikeusseuraamusten määrääminen todella ovat kovia tosiseikkoja, välittömästi havaittavia asiantiloja tai ainakin merkittävästi niitä lähempänä olevia seikkoja. Edellytyksenä on siis joka tapauksessa palautettavuus välittömiin havaintoihin. Tämä puolestaan merkitsee, että edellytyksenä on myös, että *subjektiivisen oikeuden käsite ja oikeustositseikkaa ja -seuraamusta kuvaavat lauseet ovat paitsi loogiselta tasoltaan myös laadultaan erilaisia*. Edellinen on selkeän *normatiivinen* mutta jälkimmäisten edellytetään olevan joko *deskriptiivisiä*, havaittavaa todellisuutta kuvaavia tai ainakin sitä lähellä olevia ja siihen palautettavissa olevia lauseita. Oikeus määräytyy oikeustositseikkojen ja -seuraamusten perusteella, mutta ei päinvastoin. Rossin ongelma on, ovatko jälkimmäiset lauseet edellytetyn laatuaisia, ja eroavatko ne edellytetyllä tavalla subjektiivisen oikeuden käsitteestä.

Näyttää siltä, että nämä edellytykset eivät täyty. Rossin esimerkkilauseina tosiseikasta ja seuraamuksen määräämisestä ovat: *A on laillisesti ostanut esineen, A:lla on oikeus vaatia sen hallinnan luovuttamista itselleen*.⁹⁰ Ensiksi voidaan todeta, että nämä eivät ole havaittavia tosiseikkoja kuvaavia lauseita.⁹¹ Laillinen kauppa tai määräys hallinnan luovuttamisesta (tai kysymys laillisesta hallinnasta) eivät ole asioita, jotka voitaisiin aistein tavoittaa, vaikka teoilla onkin ekstensionaalinen ulottuvuus. Sekä kaupan tekeminen että määräyksen antaminen hallinnan luovuttamisesta ovat institutionaalisia tosiseikkoja. Maininta oikeudesta on puhtaasti normatiivinen lause. Lisäksi, mikä on tärkeintä, *lauseet eivät ole palautettavissa välitöntä havaintoa kuvaaviksi lauseiksi* ilman, että lauseiden merkitystä nimenomaan muutetaan poistamalla lauseista normatiiviset käsitteet. Normatiiviset käsitteet eivät palaudu havaittavaa tosiseikkaa kuvaaviksi lauseiksi.⁹²

⁹⁰ Ross, Om Ret og Retfærdighed, s. 208. Ross, Tû-Tû, s. 474.

⁹¹ Helin, On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics, s. 76.

⁹² Ks. Helin, Immateriaalioikeuksien kohteesta, s. 656 ja 657.

Oikeustosisekkää ja oikeusseuraamusta kuvaavilla lauseilla ei ole semanttista referenssiä sillä tavalla kuin Ross oli edellyttänyt.⁹³ Oletettua jyrkkää eroa oikeuden käsitteen suhteen ei näin ollen voida tehdä. Sama koskee yleisemmällä tasolla Rossin yritystä palauttaa yleensä normia koskeva lause tosiasiallista oikeudellista ideologiaa kuvaavaksi lauseeksi. Normeillakaan ei ole semanttista referenssiä. Joko ideologia jää normatiiviseksi, jolloin kysymys ei ole todellisuudesta Rossin edellyttämällä tavalla, tai sitten palautus epäonnistuu.

Subjektiivisen oikeuden reduktionistinen analyysi ei ole selkeästi yhteensovitettavissa Rossin varsinaisen ontologian, oikeudellisen ideologian kanssa. Ross olisi voinut selittää subjektiiviset oikeudet yksinkertaisesti osaksi ideologiaa. Tällöin niiden asema sääntöjä tai oikeustosisekka-oikeusseuraamus -relaatioita yhdistävänä funktionaalisena tekijänä olisi ilmentänyt pitämistä koherenttina merkitys-yhteytenä. Toisaalta tämä johtaa siihen, että juuri subjektiivisen oikeuden käsite ja siihen sisältyvät tavoitteet ovat määrääviä suhteessa yksittäisiin sääntöihin. Tämä tuo kuitenkin mukaan selkeän holistisen näkökulman, joka ei ole yhteensopiva Rossin lähtökohtien kanssa.

Ross kytkeekin holistisesti oikeusseuraamuksen määräämisen oikeudelliseen ideologiaan kokonaisuutena. Esim. tehty kauppa oli Rossin mukaan puhdas tosiseikka, mutta seuraamuksen määrääminen kytkeytyy tuomiovalttaan ja tätä kautta tuomareiden oikeudelliseen ideologiaan.⁹⁴ Tämä sopii yhteen sen kanssa, että kysymys on nimenomaan tuomarikunnan ideologiasta.

4. *Oikeussuojan ensisijaisuus.* Rossin reduktionismiin liittyy myös oikeusrealismiin luontevasti liittyvä piirre lain todellisuuden sitomisesta tuomioistuinten toimintaan, joka pyrkimys näkyy skandinaavisessa realismissa käsitteellisellä tasolla oikeussuojan etusijana suhteessa oikeuden sisältöön. »*Rettigheden er, hvad den realt betyder i Retslivet, og intet andet.*»⁹⁵ Niin kuin edellä todettiin Rossilla seuraamusnormi on ensisijainen ja määräävä käyttäytymisnormiin nähden. Oikeusnormit ovat tuomarille osoitettuja. Edelleen tämän saman lähestymistavan ilmaus on *velvoitteen ensisijainen asema suhteessa oikeutukseen*, kun subjektiivista oikeutta tarkastellaan henkilörelaatioina. Oikeussuoja määrittelee oikeuden sisältöä ja sivullisen asema oikeudenhaltijan asemaa. Rossin ja edelleen eräiltä osin *Zittingin* varhaisissa omistusoikeutta koskevissa tutkimuksissa näiden lähtökohtien vaikutus ilmenee siten, että käsitteellisenä lähtökohtana on oikeussuoja ja tämän suojan eri tyypit eri henkilösuhteissa.⁹⁶ Kun käytämme hy-

⁹³ Ks. Aarnio. On Truth and Acceptability, s. 36.

⁹⁴ Ross, Om Ret og Retfærdighed, s. 210.

⁹⁵ Ross, Ejendomsrett og Ejendomsøvergang, s. 13.

⁹⁶ Ks. esim. Ross, Virkelighed og Gyldighed i Retslæren, s. 183–185 ja Ejendomsrett og Ejendomsøvergang, s. 69 ja 83.

väksi *Hohfeldin* käsitteitä Zittingin tulkinnan mukaisesti, niin oikeussuojan määräävä asema suhteessa oikeuden sisältöön subjektiivisen oikeuden staattisella eli primääripuolella ilmenee siten, että sivullisella on velvoitteita oikeudenhaltijaa kohtaan, jos hän on sanktionuhan alaisena, jolloin oikeudenhaltijalla on aloitevalta sanktioiden määräämisen suhteen; ja toisaalta oikeudenhaltijalla on käyttövapauksia, jos hän itse ei ole sanktionuhanalaisena (kenelläkään ei ole aloitevaltaa).⁹⁷ Oikeuden dynaamisen puolen Zitting näyttää kuitenkin määrittelevän ottaen lähtökohdaksi oikeudenhaltijan ja oikeuden sisällön.⁹⁸ Rossin tietoteorian mukaista on, että *oikeussuojan eri muodot tyypittävät ja määrittävät eri oikeutusten sisällön piirin*.⁹⁹ Esim. sen takia, että omistajaa suojataan tietyllä tavalla, hän saa staattista suojaa, ja siinä määrin kuin omistaja saa staattista suojaa, hänellä on käyttövapauksia. Vastaavasti käsitteelliseksi lähtökohdaksi voidaan ottaa eri ns. dynaamisen suojan eri muodot esim. saanto- ja vaihdantasuoja. Oikeussuoja ja tätä kautta lainkäyttö ovat Rossilla ja osittain myös Zittingillä käsitteelliset lähtökohdat ja määräävät tekijät heidän luomassaan uudessa esineoikeuksien systematiikassa. Selkeä prosessioikeudellinen painotus Zittingin tulkinnassa Hohfeldistä ei ole sattuma. Juuri tässä ilmenee myös oikeusrealismin vaikutus, vaikkakin välillisesti nykyisessä pohjoismaisessa esineoikeudellisessa tutkimuksessa.

b) Rekonstruktio

1. Käsitteet. Rossin ja Zittingin käsiteanalyysien käyttökelpoisuus perustuu niiden *muodollisuuteen ja avoimuuteen ja siihen, että ne ovat alakäsitteineen kuitenkin tarkempia ja erottelukykyisempiä kuin niitä edeltävät substantiaaliset käsitteet*. Tämä on myös *Hohfeldin* käsiteparien menestyksen perusta. Tämän takia omaksuttu uusi systematiikka on *adekvaatimpi* suhteessa oikeussääntöihin kuin aiempi. Käytetyt käsitteet ovat *yleisiä*, ne ovat selkeästi eri tasolla kuin »aineellinen normitieto», säännöt, joita ne luokittelevat. Samoin kuin *John Austinilla* systematiikka pyrkii esittäytymään yleispätevänä sääntöjen sisällöstä riip-

⁹⁷ *Hohfeld*, s. 38 ja 39 ja *Zitting*, Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, s. 398–401. Ks. myös *Helin*, Immateriaalioikeuksien kohteesta, s. 650 ja 652.

⁹⁸ *Zitting*, Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, s. 509 ja alk. s. 514. Ks. myös *Ross*, Ejendomsrett og Ejendomsøvergang, s. 32.

⁹⁹ Ruotsissa tämä eteneminen määrittelemällä eri oikeussuojan tyypit ja osoittamalla jaoteltu oikeutusten sisällölle oikeussuojan tyyppien perusteella ilmenee selkeästi *Hesslerillä*. *Hessler*, Allman Sakrätt alk. s. 30, 31, 64 ja 65.

pumatta. Systematiikka on kuitenkin muodostettu historiallisesti tietyn normiston perusteella, joten se ei kestä kovin radikaaleja muutoksia normistossa. Lisäksi käytetyt käsitteet ovat sisällöllisiä, joten ne eivät voi olla vaikuttamatta sääntöjen tulkintaan. Systematiikan adekvaattisuus edellyttää aina tietentyypisiä sääntöjä ja niiden pääpiirteistä pysyvyyttä. Toisaalta muodollinen ja avoin systematiikka ei pyrikään antamaan tyhjentävää tietoa säännöistä, vaikka jonkinlainen systemaattinen näkemys onkin aina välttämätön, jotta voimassa olevasta oikeudesta voitaisiin tietää jotain.¹⁰⁰

Käsitteellinen tasoero sääntöjen ja yleisten käsitteiden ja systematiikan välillä voidaan tehdä, vaikka itse aineellinen normitietokin ymmärrettäisiin aprioriseksi. Käsitteet eivät tyhjentävästi määrää luokkiin kuuluvien sääntöjen sisältöä, eli tässä mielessä analyysi ei pyri tämän tyyppiseen »metafyysiseen virhepäätelyyn» eli *käsitteistä päätelyyn*.¹⁰¹ Luokittelu ei yksin määrää säännön sisältöä, vaan luokittelu osoittaa säännön systemaattisen yhteyden ja asiallisen paikan oikeusjärjestelmässä. Kysymys on siitä, mistä säännössä on kysymys ja mitä sillä säädellään ja tavoitellaan. Materiaalinen tieto säännön sisällöstä on tuotettava aineellisen argumentoinnin kautta, mutta myös *systemaattinen perustelu* tai tulkinta on tärkeä argumentti.

Käytetyt käsitteet ja muodostetut alakäsitteet ovat selkeästi apriorisia ja muodollisia suhteessa sääntöihin. Tämän takia on luontevaa tulkita ne kantilaisittain *apriorisiksi normikategorioiksi*. Ne ovat apriorisia suhteessa normitietoon, mutta niiden muodostaminen edellyttää aineellista tietoa ja ne oikeutetaan niiden adekvaattisuudella suhteessa sääntöihin. Samalla kategoriointi edellyttää, että alakäsitteet ovat muodollisena elementtinä mukana itse säännöissä, ne ilmentävät sääntöjen tarkoitusta ja niiden yhteyttä subjektiivisen oikeuden eli oikeudenhaltijan ja sivullisten asemien kokonaisuuteen. Käsitteet, periaatteet ja niiden väliset suhteet muodostavat sääntöjoukosta koherentin kokonaisuuden. Tämän takia niillä on myös välitön vaikutus tulkintaan ja sääntöjen sisältöön, ei kuitenkaan osoittamalla automaattisesti säännön sisällön tai oikeusseuraamuksen, vaan olemalla itse yhtenä argumenttina muodostettaessa normilauseita.

Yleiset käsitteet ja systematiikka on muodostettu tietyn sisällöllisen normiston perusteella. Tämän takia systematiikka ei voi olla puhtaan muodollinen ja riippumaton normiston sisällöstä. Käsitteet pyrkivät kuvaamaan normiston pää-

¹⁰⁰ Analyyttisen suuntauksen väärinymmärryksenä lienee pidettävä Grayn lausumaa: »It has been truly said that he who could perfectly classify the Law would have a perfect knowledge of the Law». Gray, s. 3. Lausuma kuvaa ennemminkin historiallisen koulun ja erityisesti siitä kehittyneen käsitelainopillisen suuntauksen näkemyksiä.

¹⁰¹ Ks. Helin, Käsitteistä päättelämisestä, s. 87 ja 88.

piirteet. Systematiikan käyttökelpoisuus ja adekvaattisuus voi myös kadota esim. suurempien lainmuutosten yhteydessä. Tässä mielessä yleiset käsitteet ja systematiikka ovat välillisesti riippuvuussuhteessa sääntöihin. Omaksuttu systematiikka pyrkii ohjaamaan tulkintaa ja antamaan tätä kautta säännöille tietynsuuntaisen sisällön, vaikkakaan ei tyhjentävästi. Säännön koherentti yhteys on osa sen tulkittua sisältöä, joten *osittain sääntöjen sisältö määräytyy tällaisen apriorisen käsitesysteemin perusteella*.¹⁰²

Rossin analyysit ovat olleet hedelmällisiä erityisesti lainopin systematiikan kannalta, mutta niihin liittyy myös ongelmia. Osana lainopin systematiikkaa ne ovat välillisesti muovanneet käsityksiä subjektiivisista oikeuksista esim. omistusoikeudesta. Tätä kautta ne vaikuttavat osana oikeusjärjestelmän kokonaisuutta myös yksittäisiin tulkintoihin. Tietoteorian kannalta oikeussuojan ensisijaisuus on nurinkurinen asetelma, ja se heijastelee oikeudellisen realismin ongelmia myös itse subjektiivisen oikeuden analyysiin, vaikka analyysi ymmärrettäisiinkin uudelleentulkittuna ja irrotettuna realistisista lähtökohdistaan niin kuin Zittingin kohdalla on tehtävä.

Oikeusrealistin tietoteoreettinen kysymys on, minkäsisältöinen on »todellinen, sovellettava oikeus», siis oikeus sellaisena kuin tuomioistuimet ja muut oikeudellista ratkaisuvalltaa käyttävät viranomaiset tosiasiallisesti sen näkevät. Lainopillisella ja käsitteellisellä tasolla tämä ilmenee oikeussuojan ja seuraamusnormien ensisijaisena asemana. Tällainen ontologisesti sävyttynyt tietoteoreettinen kysymyksenasettelu on kuitenkin riittämätön, ja se johtaa yhteensopimattomuuteen epistemologian ja metodologian kanssa. Tietoteorian on kokonaisuudessaan oltava johdonmukainen kokonaisuus niin, että sen eri osat tukevat toisiaan ja että tietoteoriassa voidaan reflektoida adekvaatilla tavalla lainopillista tietoa ja tiedonmuodostusta. Tämän takia oikeusfilosofian lainopin tietoteorian on myös oltava käsitteellisesti yhdenmukainen tosiasiallisen lainopillisen tutkimuksen kanssa, muutoin yhteys siihen tieteseen, jonka filosofiasta pitäisi olla kysymys, katoaa. Myös kriittinen suhtautuminen tosiasialliseen lainopilliseen tutkimukseen edellyttää tätä.

2. *Oikeuden sisältö ja suoja*. Ontologian yhteensopimattomuus muuhun lainopin tietoteoriaan ilmenee Rossilla siten, että hän joutuu kiertämään epistemoiset ja metodiset kysymykset. Kuvattu kysymyksenasettelu johtaa hänet paradoksaaliseen tilanteeseen, kun hän analysoi subjektiivisia oikeuksia. *Tietoa oikeussuojasta, jonka oletetaan olevan määrävä oikeuksien sisältöön nähden, saadaan vain tuntemalla ensin oikeuksien aineellinen sisältö*. Oikeussuoja ei voi olla lähtökohtana, kun kysytään, mistä on peräisin lainopillinen tieto, esim. tieto, että

¹⁰² Ks. *Strahl*, *En allmän rättslära*, s. 309.

omistajalla on/ei ole tietty oikeutus, tai vastaavasti sivullisella on/ei ole tietty velvoite.

Omaksuttu lähtökohta ei merkitse, että lähtökohtana olisi, että oikeuksia olisi käsitteellisesti tai historiallisesti ennen lakia tai oikeussuojaa.¹⁰³ Päinvastoin kysymys on juuri siitä, miten oikeutta määrittelevät lain säännöt voidaan tuntea ja miten tätä kautta voidaan tuntea ao. sääntöjen mukainen oikeus. Kysymys on myös *kehässä* kulkemisesta, joka on ominaista oikeudelliselle ajattelulle ja joka ei ole vahingollinen kehä. Ensiksi on oltava käsitys subjektiivisen oikeuden aineellisesta sisällöstä, jotta voidaan muotoilla oikeutta koskevat säännöt ja määritellä oikeudenhaltijan oikeussuoja. Sääntöjen ja oikeussuojan perusteella voidaan tämän jälkeen luonnollisesti päätellä, mikä on lain mukaisesti suojatun oikeuden sisältö. Viimekätisenä lähtökohtana on kuitenkin oltava apriorinen käsitys oikeuden aineellisesta sisällöstä, joka voidaan johtaa vain oikeuttamalla ja argumentoinnin muodossa.

Lähtökohtana on käsitys oikeudesta kokonaisuuteena ja oikeudenhaltijan asemasta suhteessa sivullisiin. Tältä pohjalta voidaan tehdä johtopäätöksiä yksityiskohtien ja yksittäisten säännösten tulkinnan suhteen. Vaihtoehtoisten johtopäätösten arviointi ja valinta niiden kesken määräytyy kuitenkin selkeästi myös muiden seikkojen perusteella, ja tiettyjen vaihtoehtojen valinta muovaa käsitystä itse subjektiivisesta oikeudesta ja sen haltijan asemasta. Kokonaisuus on näin määrävä yksityiskohtiin nähden, ja samalla yksityiskohdat muuttavat käsitystä kokonaisuudesta. Kysymys on erästä *harkintatasapainon* sovellutuksesta.¹⁰⁴

Omistusoikeuden analyysi edellyttää melko täydellistä koko omistajan asemaa koskevan normiston tuntemista. Oikeussuojan perusteella voidaan kyllä määritellä oikeuden sisältö ja samalla sivullisen velvollisuuksien sisältö, mutta vain, jos jo sitä ennen tiedetään, mikä on oikeuksien ja velvollisuuksien sisältö. Tietoa oikeussuojasta ei voi olla ennen kuin on tieto vastaavasta oikeuden sisällöstä. Aiemmasta realismin kritiikistä on känyt ilmi, että tutkimus ei voi alkaa oikeussuojasta; *pelkästään oikeussuojasta ei voi tietää*. On välttämättä ensin määriteltävä, mitä omistaja saa/ei saa tehdä ja mitä sivullinen saa/ei saa tehdä, ennen kuin voidaan tehdä johtopäätöksiä annettavan oikeussuojan suhteen. Oikeuttamisen on alettava argumenteista, jotka koskevat sisältöä, tai muutoin suoja jää täysin perustelemattomaksi. Tämä näkyy myös päätöksenteossa siten, että oikeussuojan antaminen on välttämättä oikeutettava sisältöä koskevilla perusteilla, ei päinvastoin.

¹⁰³ Ks. *Kelsen*, s. 79.

¹⁰⁴ Ks. kappale 5.7.

Subjektiiivisen oikeuden analyysi voidaan uudelleentulkinnassa perustaa suoraan oikeusnormien sisältöjen ja tavoitteiden eri tyyppisiin tarvitsematta kiertotietä oikeussuojan kautta. *Ensisijaisena pidetään tällöin oikeuden sisältöä, joka määrää oikeussuojan.* Myös oikeudenhaltijan asemaa voidaan useimmiten pitää määräävänä sivulliseen asemaan nähden. Lähtökohtana on jo vanhastaan tehty havainto, että oikeusnormien mukaan omistajalla on kahdenlaisia oikeutuksia, *faktisia vapauksia* (käyttövapaus) ja oikeudellisia *määräämisoikeutuksia* (valta, kelpoisuus, kompetenssi) sillä tavalla kuin oikeussääntöjen sisällöt ne tarkemmin määräävät ja niitä rajoittavat. Tämän takia nämä kaksi puolta, *staattinen* ja *dynaaminen* ovat myös analogiset. Oikeussääntöjen osalta lähtökohtana on tässä suhteessa näin ollen niiden jakautuminen kahdentyyppisiin sääntöihin, *käyttötymissääntöihin* ja *kompetenssisääntöihin*. Sääntöjen tarkempi määrittely jää välttämättä avoimeksi. Käyttötymissääntöjä ei myöskään palauteta kompetenssisääntöihin, mihin Ross näyttää pyrkivän.¹⁰⁵

Staattisen puolen osalta lähtökohtana on tällöin *Hohfeldin* käsitteistön mukaisesti oikeudenhaltijan käyttötymisen *vapaus*, jolloin häntä kohtaan ei voida esittää vaatimuksia tai kieltoja, tai yksinoikeus vapauteen. Siltä osin kuin yksinoikeus myönnetään, oikeudenhaltijalla on myös *oikeus* suhteessa sivulliseen eli velvoitettuun, eli sivulliseen kohdistuu kieltoja. Käsitteiden oikeudellinen luonne edellyttää, että sisältöä suojataan, joten vapaudesta seuraa sivullisen *ei-oikeus*. Siltä osin kuin oikeudenhaltija on oikeus-asemassa, sivulliset ovat *velvollisuus*-asemassa. Jos tietyllä sivullisella on oikeudenhaltijan rinnalla vapaus, oikeudenhaltija on tältä osin *ei-oikeus*-asemassa. Tällä sivullisella voi olla myös yksinomainen vapaus, jolloin hänkin on oikeus-asemassa, ja muut sivulliset ja oikeudenhaltija ovat tältä osin velvollisuusasemassa.¹⁰⁶ Vastaavasti dynaamisen puolen ja määräämisvallan osalta oikeudenhaltijalla on *valta*, josta seuraa sivullisen *sidonnaisuus*, eikä oikeudenhaltija ole *kyvyttömyys*-asemassa. Jos tietyllä sivullisella on oikeudenhaltijaan nähden rinnakkainen valta (kelpoisuus), eli ns. *sekundäärioikeus*, ovat sekä oikeudenhaltija että muut sivulliset sidonnaisuus-asemassa. Siltä osin kuin oikeudenhaltijan kelpoisuus on yksinomainen, hän on *syrjäytymättömyys*-asemassa, eli hän ei ole sidonnaisuusasemassa, josta seuraa

¹⁰⁵ Sundby, s. 50, 51, 310 ja 311 ja Aarnio, Laintulkinnan teoria, s. 70 ja 75. Ks. Ross, Om Ret og Retfærdighed, s. 45 ja 46.

¹⁰⁶ Sivullisen vapaus tai oikeus merkitsee yleensä, että *sivullisella* voidaan sanoa olevan oma erillinen *subjektiivinen oikeutensa*. Tällöin myös tältä osin lähtökohtana on oikeuden sisältö ja oikeuden haltijan asema suhteessa sivulliseen. Tällä tavalla voidaan hahmottaa esim. vuokraoikeuden haltijan asema suhteessa omistajaan. Omistajan kannalta kysymys on käyttö-oikeuden jakautumisesta hänen ja vuokraoikeuden haltijan kesken. Sama koskee vastaavasti dynaamista puolta.

suoraan, että sivullinen on kyvyttömyysasemassa.¹⁰⁷

3. *Holismi*. Oikeutetun ja velvoitetun asemaa ja sallittuja ja ei-sallittuja tekoja koskevia johtopäätöksiä ei voida tehdä pelkästään jonkin yksittäisen perusteen, lainpaikan, ennakkopäätöksen, kirjallisuudessa esitetyn lauseen tai muun yksittäisen argumentin nojalla. Esim. omistajan asemaa määrittävät säännöt määräytyvät kaiken sen säädösmateriaalin, ennakkopäätösten ja esitettyjen tulkintojen perusteella, jotka välittömästi tai välillisesti koskevat omistajan asemaa. Oikeudellinen omistajan asema ja siihen kuuluvat oikeutukset ja velvoitteet määrittyvät vain koko oikeusjärjestyksen ja -järjestelmän perusteella. Laintulkintaa, ja lainopillisen tiedon tuottamista voi tehdä vain kokonaisuuden puitteissa ja ymmärtämällä tätä käsitteellis-normatiivista kokonaisuutta, vaikka esillä olisi näkyvästi vain jokin yksityiskohta. Lainopin käsitteitä ei voi selittää *synonymi-teetin* (semanttisen referenssin tai ostension) avulla, vaan osoittamalla sen johdonmukainen paikka käsitteellisessä kokonaissysteemissä ja osoittamalla sen normaalit käyttöedellytykset.¹⁰⁸ Tämä merkitsee, että yhtä harhaanjohtavaa kuin on etsiä entiteettiä, johon käsite viittaa, on entiteetin puuttumisen perusteella tehdä johtopäätös käsitteen »fiktiivisyydestä». Referenssikysymys ei ole lainkaan mielekäs. Myös osa sääntöjen tulkitusta »oikeasta merkityksestä ja sisällöstä» tulee niiden »oikeasta paikasta» johdonmukaiseksi oletetusta systeemistä. Tämä on myös olennainen tapa toteuttaa koko oikeusjärjestyksen keskeisenä lähtökohtana olevaa *muodollista oikeudenmukaisuutta*. Vain oikeusjärjestelmän kokonaisuudesta käsin voidaan määritellä sen tiettyjä osia ja lähestyä sen yksittäisiä kysymyksiä. Lainopillisen tiedon tuottaminen voi näin ollen perustua vain *koherenttiseen* ja *holistiseen* tutkimusotteeseen.

Holismi on täydellisessä vastakohdassa Rossin atomismiin, jota edellä kuvattu reduktionismi selkeästi ilmentää. Tämän vuoksi ajatus subjektiivisen oikeuden palauttamisesta tosiseikkoihin ei tietoteoreettisesti ole hedelmällinen ajatus. Reduktionismi edellyttää ajatusta, että kokonaisuus määräytyy osistaan käsin, eli teoreettisten lausumien ja käsitteiden totuusarvo riippuu viime kädessä »kovista tosiseikoista» tai konkreettisista yksityiskohdista. Lainopissa näin ei voi olla. Tämän mukaisesti tieto siitä, minkälainen esim. omistusoikeus lain mukaan

¹⁰⁷ Hohfeld, s. 38–64.

Sekundäärioikeudesta *Zitting*, Omistajanvaihdoista, s. 31 ja Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, s. 508. Sekundääri- eli muotoamisoikeudet määräämisvalta perustuvat sakalaiseen konstruktion ja erältä osiltaan jakoon velvoite- ja esineoikeuksiin, joiden mukaan sekundäärioikeuden haltijalla on valta määrätä toisen subjektiivisesta oikeudesta tai valta muuntaa oma epätäydellinen ja lähtökohtaisesti velvoiteoikeus tai välitilaoikeus täydelliseksi esineoikeudeksi. *Tepora*, Omistuksenpidätyksestä, s. 98 ja 99.

¹⁰⁸ Ks. Hart, Definition and Theory in Jurisprudence, s. 33, 42 ja 46.

Suomessa nykyisin on, olisi johdettava oikeussuojasta, viime kädessä tosiasiallisesta lainkäytöstä. Tämä ei ole kuitenkaan mahdollista lainopillisessa tutkimuksessa. Sen sijaan se voi toimia muunlaisen tutkimuksen tai muunlaisten tutkimusintressien esim. oikeussosiologisten tutkimusten lähestymistapana. Lainopille ja sen argumentoinnille on ominaista yksittäisen seikan määrääminen oikeuttamalla se kokonaisuudesta käsin, eli *eteneminen yleisestä yksittäiseen*.

Edellä lausuttu ilmentää tosiasiaa, että *subjektiivisen oikeuden esim. omistusoikeuden käsitettä tai mitään muutakaan keskeistä oikeudellista käsitettä ei voi tyhjentävästi palauttaa yksittäisiksi säännöiksi tai oikeustositseikka-oikeusseuraamus -relaatioiksi*. Se ei ole pelkkä »tyhjä kuori», vaan käsitykset siitä minäkäläinen omistusoikeus on, eli mitä omistaja/sivulliset saavat tehdä, mitä heidän tulee tehdä ja mitä he eivät saa tehdä, on määräävä yksittäisiin sääntöihin ja oikeussuojaan nähden. Yksittäisiä oikeussääntöjä ei voi ymmärtää eikä niistä voi tietää erillisinä eikä edes sääntöjen joukkona sellaisenaan. Omistusoikeutta ja siihen sisältyviä oikeussuhteita säänteleviä sääntöjä voi tuntea vain koko subjektiivisen oikeuden ja sen alamomenttien ymmärtämisen ja viime kädessä koko oikeusjärjestyksen- ja järjestelmän kautta. Tässä mielessä käsitteet ovat määrääviä suhteessa yksittäisiin sääntöihin.

Mainituilla perusteilla Rossin esimerkissä Tû-Tû ei palaudu sopimattomien tekojen ja puhdistautumisseremonian välisiksi käsitteelliseksi yhteyksiksi. Tämä yhteys voidaan tietää vain, jos tunnetaan yhtäältä teon ja Tû-Tû:n ja toisaalta Tû-Tû:n ja seremonian välinen yhteys. *Ilman Tû-Tû:a tekojen ja seremonian välillä ei voi olla mitään mielekästä yhteyttä eikä niitä voida ymmärtää*, ja koko toiminta seremonioineen olisi käsittämätöntä sen tekijöillekin. Ensin on ymmärrettävä, mitä Tû-Tû:lla tarkoitetaan. Tekojen ja seremonioiden merkitys ilmenee juuri tavassa, jolla ne liittyvät ao. instituutioon Noït-kif kansan kulttuurissa. Näitä toimintoja voidaan ymmärtää vain mainittujen instituutioiden, myös Tû-Tû:n ja viime kädessä koko tuolloisen Noït-kif kansan tradition kautta.¹⁰⁹ Niiden arvojen ja tavoitteiden ymmärtäminen, jotka ovat määrääviä ao. instituutioon, tekoihin ja seremoniaan nähden, voi selittää myös mahdolliset väliintulevat tekijä, eli tapaukset, joissa teot eivät poikkeuksellisesti johdakaan seremoniaan. Voidaan olettaa, että kaikissa tapauksissa mainitut teot eivät vaadi seremoniaa, koska ne ovat tapahtuneet olosuhteissa, joiden vallitessa kansan uskomuksia tai arvoja ei olekaan loukattu.

Sama pätee suoraan moderneihin oikeudellisiin käsitteisiin. Tû-Tû:n tai subjektiivisen oikeuden esim. omistusoikeuden reduktio ei ole mahdollinen, koska käsitteen alaisten sääntöjen joukko ei ole suljettu vaan avoin. Ne määräytyvät

¹⁰⁹ Ks. MacCormick, s. 58, 59 ja 100.

sen mukaan minkäsiväksikin oikeus ymmärretään ja tulkitaan. Subjektiivisen oikeuden käsitteen tarkka ja tyhjentävä määrittely ei ole mahdollista eikä tarpeellistakaan. Käsite viittaa joukkoon erilaisia oikeus- ja tavoiteargumentteja, jotka ilmenevät ja täsmentyvät sääntöinä vaihtelevalla tavalla. Sääntöjä voidaan formuloida aina kulloisenkin tarpeen mukaisesti, myös esim. muuttumattoman lakitekstin puitteissa.

Oikeuden normit ovat sopimuksenvarainen asia samalla tavalla kuin *Wittgenstein* on kuvannut sanojen ja lauseiden oikean merkityksen yhteisössä, ja samalla tavalla kuin Wittgensteinin elämänmuoto on tietynlainen tiettyssä paikassa ja ajassa, vaikka se muutoin onkin abstrakti asia. Lainoppineisuus on koko yhteisön tuntemista oman erityisen näkökulman kautta ja sen oikeudellisen tradition ymmärtämistä. Se ei ole minkään kielen ulkoisen todellisuuden kuvaamista. Tämän »pelin» sääntöjä voi tuntea vain asettumalla pelin »sisään» ymmärtämällä sitä ja tarkastelemalla sen sääntöjä pelaajan näkökulmasta.

3.2. Humen periaate

1. Oleminen ja pitäminen. Edellä on useassa kohdin tullut esille olemisen ja pitämisen välinen ero, joka on keskeisiä lähtökohtia esim. *Kelsenin* oikeusteoriassa.¹¹⁰ Oikeudellinen realismihan asettuu selkeästi uhmaamaan tätä dikotomiaa. Omista lähtökohdistaan tarkasteltuna oikeusrealismi merkitsee myös *naturalistisen virhepäätelyn* uhmaamista. *Mooren* käsittein pitämisen johtaminen olemisesta voidaan rinnastaa luonnollisten ominaisuuksien sekoittamiseen ei-luonnollisiin.¹¹¹ Tämä merkitsee myös kieltoa johtaa arvoja tosiseikoista ja päinvastoin.¹¹² Humen periaate on asetettu kyseenalaiseksi myös muista lähtökohdista käsin, selkeimmin *Searlen* ns. kielitekojen filosofiassa.¹¹³ Searle on ollut keskeinen auktori monelle oikeusfilosofille, erityisesti ns. institutionaalisen oikeusteorian parissa.

¹¹⁰ *Kelsen*, s. xiv.

¹¹¹ *Moore*, *Principia Ethica*, s. 10.

Humen ja *Mooren* periaatteita ei voi samaistaa toisiinsa, mutta ne ovat »perheyhtäläisiä», samansuuntaisia ja -henkisiä ja hyvin lähellä toisiaan.

¹¹² *Kelsen*, *General Theory of Norms*, s. 61.

¹¹³ *Searlen* vastaesimerkki, jossa pyritään todistamaan, kuinka olemislauseesta voidaan johtaa loogisesti pätevällä tavalla pitämislause, lieene tunnetuin yritys murtaa *Humen* periaate. Searle, *How to derive »Ought» from »Is»*, s. 44 ja 48 ja *Speech Acts*, s. 177.

Olemisen ja pitämisen ero on fundamentaalinen, ja se ilmenee kielen pragmaattisessa jakautumisessa *alettiseen* (anankastiseen) ja *deonttiseen modaliteettiin*.¹¹⁴ Erottelusta on usein katsottu seuraavan, että myös moraalinen tai oikeuden lauseiden looginen analyysi, normien logiikka ei ole mahdollinen.¹¹⁵ Erottelu, joka on ollut keskeisiä teemoja moraalia ja oikeutta koskevissa tutkimuksissa, ansaitsee lähemmän tarkastelun, koska se on keskeinen asia myös lainopillisen tietoteorian kannalta.

Sekä moraali että oikeus nähdään yleensä osana pitämisen maailmaa. Usein kuitenkin myös näiden välille halutaan asettaa yhtä selkeä raja kuin olemisen ja pitämisen välille. »Puhtaan oikeudellisen» erottaminen moraalista ja arvoista on ominaista nimenomaan lakipositivistisille suuntauksille. Erottelu käy ilmi esim. *John Austinin* ja *Hartin* ajattelusta, mutta kaikkein selkeimpänä erottelu on *Kelsenin* oikeusteoriassa, jonka keskeisiä lähtökohtia on triadi olemisen, pitämisen ja moraalinen (arvojen) maailmoihin. Moraalin ja oikeuden välinen suhde on myös lainopin tietoteorialle keskeinen asia.

2. *Päätelykiellot*. Olemisen ja pitämisen suhdetta koskevat keskeiset filosofiset kysymykset tiivistyvät 1960-luvulla käytyyn tätä erottelua koskevaan moraalifilosofiseen keskusteluun.¹¹⁶ Keskustelun lähtökohta on kuitenkin varhaisempi ja koko keskustelun aiheen kannalta luonteva, nimittäin *Hume*. Olettamus olemisen ja pitämisen maailmojen ja modaliteettien ylittämättömästä erosta on perinteisesti kiteytetty juuri *Humen periaatteena* (tai *Humen giljotiininä*): Tosiseikoista ei voi johtaa normeja. Tässä merkityksessä periaate ymmärretään myös tässä, vaikka sen yhteys Humeen itseensä onkin osoitettu epäselväksi. Vastaa-vasti voidaan muotoilla myös käänteinen periaate: Normeista ei voi johtaa tosi-seikkoja.¹¹⁷ Pidän näitä kieltoja oikeina, kun ne rajoitetaan *loogisesti pätevän*

¹¹⁴ Lisäksi voidaan mainita *episteeminen* eli doksastinen, *eksistentiaalinen*, *interrogatiivinen* eli kysyvä ja *kommissiivinen* eli lupaava tai käskävä modaliteetti. Nämä nähdään yleensä analogisina toisiinsa nähden. *von Wright*, *An Essay in Modal Logic*, s. 2 ja *Lewis*, *Convention*, s. 161. *Stenius* käyttää nimityksiä indikatiivinen, imperatiivinen ja interrogatiivinen modaliteetti. *Stenius*, *Mood and Language-Games*, s. 183.

Lewis katsoo, että interrogatiivinen modaliteetti voidaan palauttaa deonttiseen, koska kysymys voidaan tulkita määräykseksi antaa vastaus. *Lewis*, *Convention*, s. 186. Tällä perusteella palautus pitäisi tehdä ennemminkin kommissiiviseen modaliteettiin.

¹¹⁵ *J. Jørgensen* analysoi imperatiivista kielenkäyttöä ja päätyi samaan johtopäätökseen kuin *Poincaré* aiemmin: »...there seems to be no reason for, indeed hardly any possibility of, constructing a specific »logic of imperatives.« *Jørgensen*, s. 296.

¹¹⁶ Olemis-pitämis -keskustelun keskeiset 1960-luvun artikkelit on koottu *W.D. Hudsonin* toimittamaan teokseen *The Is-Ought Question*.

¹¹⁷ *Kelsen*, *General Theory of Norms*, s. 58 ja *Weinberger*, *Law, Institution and Legal Politics*, s. 10 ja 44. Ks. myös *Halttunen*, s. 3.

päätelyn kielloiksi. Nämä periaatteet voidaan esittää myös seuraavan kaavan avulla:¹¹⁸

$$\sim(\text{Op} \supset p) \wedge \sim(p \supset \text{Pp})$$

Edellä kysymys on varsinaisesti vain päättelystä saman asiantilan (p) suhteen. Erikseen voidaan kysyä, ovatko vastaavat päätteilyt päteviä *eri asiantilojen* (p ja q) suhteen. Pidän selvänä, että normista ei voi johtaa minkäänlaisten asiantilojen vallitsemista. Mielenkiintoisempi on kysymys normien johtamisesta asiantiloista, erityisesti tuomioistuinten ratkaisuksista tai lainsäädäntötoista. Tosiseikka p tarkoittaa tällöin tosiasiallisen päätöksen tekemistä ja siihen sisältyvää kannanottoa teon q suhteen (esim. $\sim\text{Pq}$) tai esim. teon q säätämistä kielletyksi. Katson, että myöskään tuomioistuimen ratkaisusta (institutionaalisena tosiseikkana) ei voi pätevällä tavalla johtaa voimassa olevaan oikeutta koskevaa lausetta. Niin aiemmin on todettu tuomioistuimen (tosiasiallisilla) ratkaisuilla ja voimassa olevalla oikeudella ei ole tällaista *välttämätöntä käsitteellistä yhteyttä*.

Entä voidaanko säädöksen antamisesta myös institutionaalisena tosiseikkana (esim. Eduskunnan päätös) päätellä käsitteellisesti voimassa olevaan oikeutta kuvaavan normilauseen? Edempänä esitettävien tarkempien argumenttien perusteella katson, että myöskään tällaista päätteilyä ei voida esittää, vaan myös tämä johtopäätös edellyttää tulkintaa ja *aineellisen siirtymän*.¹¹⁹ Tästä seuraa jo se periaatteellisesti tärkeä seikka, että *pätevä, voimassa oleva oikeus ei voi olla käsitteellisesti sama asia kuin säädös, lainsäätäjän tahto tai lainsäätäminen tosiseikkana tai niiden looginen implikaatio*. Tämä sisältää myös selkeän kriittisen asenteen eräitä perinteisen lakipositivismin muotoja kohtaan. Näillä perusteilla voidaan esittää myös seuraavat päätteilykiellot:

$$\sim(\text{Op} \supset q) \wedge \sim(p \supset \sim\text{Pq})$$

Lisäksi oma kysymyksensä on, voidaanko normeista loogisesti pätevällä tavalla johtaa toisia normeja tai normilauseista normilauseita. Tämä kysymys liitt-

¹¹⁸ Päätteilykiellot asiallisesti ottaen kieltävät analogiat suhteessa eräisiin keskeisiin alettisen modaalilogiikan lakeihin: $\text{Np} \supset p$ ja $p \supset \text{Mp}$, *ab esse ad posse*, eli $\text{Np} \supset \text{Mp}$, *a necesse esse ad posse valet consequentia* (yleisen modaalilogiikan implikaatioketju välttämättömästä toteen ja edelleen mahdolliseen). von Wright, *Deontic Logic*, s. 2 ja *An Essay in Modal Logic*, s. 17, 21 ja 41.

Kaavoja kohtaan voidaan huomauttaa, että niissä kuvataan asiantiloja, joiden pitää vallita. Tämän *Sein-Sollen* asetelman mielekkyyttä voidaan perustellusti epäillä. Normien mielekäs kohde ovat teot (*Tun-Sollen*). Ongelma voidaan kuitenkin tässä sivuuttaa.

¹¹⁹ Ks. kappale 6.4, kohta 2.

tyy osaksi laajempaa ongelmaa normien ja normilauseiden logiikan mahdollisuuksista ja niiden rajoista. Olen taipuvainen katsomaan, että varsinaisen loogisen päättelyn mahdollisuudet ovat varsin rajoitetut, koska normin tai normilauseen esittäminen johtopäätöksenä edellyttää säännönmukaisesti aineellisen oikeuttamisen ja mahdollisten väliin tulevien tekijöiden poissulkemisen. Deduktion osalta kysymys ei voi olla lopullisesta mutta kylläkin mahdollisesta ja alustavasta johtopäätöksestä. Normatiivisen, esim. *deonttisen logiikan* relevantti merkitys on lähinnä vain normatiivisen kielen ja systeemien käsitteellisessä analyysissä.¹²⁰

Näistä aksiomaattisista lähtökohdista huolimatta kysymys on mitä mielenkiintoisin myös nykyisen oikeusteorian kannalta niin kuin edempänä voidaan havaita. Jo Hume omat ajatukset ovat sinänsä merkittävä tarkastelun kohde.

Perinteisesti Hume on katsottu kieltävän, että deskriptiivisistä lauseista voitaisiin päätellä preskriptiivisiä. Tämä oli myös *Poincarèn* näkemys. Hänen mukaansa premissilauseissa on välttämättä oltava vähintään yksi imperatiivilause, jotta johtopäätös voisi olla imperatiivilause.¹²¹ Tällaisen tulkinnan Humesta esitivätkin myös esim. *Hare* ja *Nowell-Smith*.¹²² Vakiintunesti viitataan tällöin Hume teoksen *A Treatise of Human Nature*, moraalia käsittelevään III kirjan ensimmäisen osan ensimmäisen kappaleen viimeisiin virkkeisiin:¹²³

»In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surprized to find, that instead of the usual copulations of propositions, is and is not, I meet with no propositions that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observed and explain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it.»

Siteeratussa kohdassa Hume ihmettelee ja pitää käsittämättömänä tapaa, jolla moraalia käsittelevissä, erityisesti uskonnollisissa kirjoituksissa siirrytään olemista tarkoittavista lauseista pitämistä tarkoittaviin.

¹²⁰ Ks. esim. *von Wrightin* horjuva kanta varsinaisen normien logiikan suhteen. *von Wright, Norm and Action*, s. 131, Is and Ought, s. 268 ja Is There A Logic of Norms?, s. 282.

¹²¹ *Poincarè*, s. 225.

¹²² *Hare*, *The Language of Morals*, s. 28 ja *Nowell-Smith*, s. 37.

¹²³ *Hume*, *A Treatise of Human Nature*, s. 469.

3. *Normien johtaminen.* MacIntyren mukaan Hume ei kuitenkaan halua kieltää mahdollisuutta tehdä päätelmiä olemisesta pitämiseen, vaan hän arvostelee sitä virheellistä tapaa, jolla se yleensä tehtiin. Sen sijaan Hume katsoo voivansa osoittaa oikean tavan, jolla normatiivisia lauseita voidaan johtaa tosiseikoista. Hume ei myöskään tarkoita päättelemisellä olemisesta pitämiseen loogista johtamista (*entailment*) vaan päättelemistä (*inference*), joka edellyttää myös sisällöllistä eli aineellista pätevyyttä.¹²⁴

Humen mukaan pitämislauseita ei voinut johtaa havainnoista (*impressions*), eikä kysymys ollut myöskään havainnoista johdetuista ideoista tai niiden välisistä suhteista, joten lauseiden alkuperä poikkesi selvästi luontoa kuvaavista. »*Moral distinctions, therefore are not the offspring of reason*». Mieli oli kohteeseensa nähden passiivinen muodostaessaan ideoita luonnosta ja niiden välisistä suhteista. Sen sijaan pitämislauseiden lähde oli moraalinen taju (*sense of morals*) ja moraali ja oikeus olivat mielen aktiivista toimintaa ja ihmisen yhteisöllinen, *yhteisymmärrykseen* perustuva luomus (*artificial*).¹²⁵ Yhdenmukaisuus Kantiin on ilmeinen. Hume näki myös sopimuksen keskeisenä oikeuden lähteenä, vaikka hän kritisoiakin oppia yhteiskuntasopimuksesta.

Hume ilmeisesti katsoi, että oikeuden normeja ei voi johtaa loogisesti pätevällä tavalla. MacIntyren mukaan tämä johtui siitä, että hän rinnasti tässä suhteessa induktion päättelyyn moraalinen ja oikeuden säännöistä. Hän oli yhtä skeptinen suhteessa varmaan tietoon säännöistä kuin luonnosta yleistämisen kautta. Humen skeptismin kohteena ja lähtökohtana oli aikansa käsitys, jonka mukaan hyväksyttävän päättelyn on oltava loogisesti pätevää.¹²⁶ Toisaalta näyttää myös siltä, että Hume ei myöskään pitänyt tietoa moraalinen ja oikeuden säännöistä olennaisesti vähemmän varmana kuin tietoa luonnosta. Säännöt eivät ole satunnaisia, vaan luonnollisia ihmisyyhteisölle, ja Hume näyttää oletaneen, että ne voidaan osoittaa samalla tavalla kuin varsinaiset luonnonlait.

Hume puhuu yhteisöstä ja sen arvoista ja yhteisön hyväksymistä oikeuksista ja velvollisuuksista. Kuitenkin hän näyttää myös palauttavan moraalista kertovat lauseet *yksilöiden tuntemuksiin*. Moraalinen tieto ei näin ollen ole myöskään käsitteellistä tai apriorista tietoa vaan aineellista tietoa a posteriori. Analogisesti luontoa koskevien lauseiden kanssa moraalista kuvaavat lauseet ovat faktoja kuvaavia lauseita. Ne palautuvat tuntemuksia kuvaaviksi lauseiksi. Tuntemukset ovat Humella näin olleen moraalisten *datojen* asemassa. Moraalisten tuntemus-

¹²⁴ MacIntyre, s. 452, 460, 461.

¹²⁵ Hume, *A Treatise of Human Nature*, s. 458 ja 383. Samoin *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, s. 86 ja 87. Harrison, s. 5 ja 6.

¹²⁶ MacIntyre, s. 452 ja 453–455.

ten oikea vertauskohta ovat sekundääriset eivät primääriset, todelliset ominaisuudet.¹²⁷ Hume mukaan ihminen ei kuitenkaan erehdy sen enempää havainnoistaan kuin moraalista tuntemuksistaan. Moraalin taju merkitsi Humelle todella jonkinlaista moraalista aistia, kykyä tuntea iloa tai tuskaa hyveiden ja pahaisten suhteen (*reflexion*). Vastaavasti luontoa kuvaavat lauseet palautuivat välittömästi aistihavaintoa (*sensation*) tai niiden välisiä suhteita kuvaaviksi lauseiksi. Tieto moraalista ei näin ollen poikkea muutoin kuin kohteensa puolesta. Moraalista tietoa johdettiin oikeuttamalla välittömistä moraalista tuntemuksista. Hume moraaliooppi saa näin ollen *emotivistisen* sävyn, joka onkin yhteensopi-va hänen positivistisen tietokäsityksensä kanssa.¹²⁸

4. *Emotivismi*. Emotivismiin liittyy yleensä moraalinen *relativismi* vahvassa muodossa. Tämä yhteys on selkeä esim. *Westermarckilla*. Hyvin pitkälle samanlainen näkemys arvoista on myös *Kelsenillä*.¹²⁹ Westermarck on hyvä vertauskohta Humelle, koska hänen relativisminsa on loppuun saakka johdonmukainen. Relativismi johtaa Westermarckin kieltämään moraalisten arvostelmien objektiivisuuden, ja tätä kautta hän päätyy *subjektivismiin* ja moraalin *psykologisointiin*. Tämä johtaa myös siihen, että eri henkilöiden esittämät moraaliset arvostelmat eivät voi olla ristiriitaisia, niiden sisällöstä riippumatta. Arvostelmat voivat kylläkin olla samanlaisia, jos niiden esittäjillä on samanlaiset tuntemukset. Niinpä moraaliset arvostelmat eivät kuulu »järjen alaan». Myöskään saman henkilön moraalista arvostelmilta ei voitaisi tämän takia vaatia johdonmukaisuutta, koska tuntemusten ei edellytetä olevan ristiriidattomia tai rationaalisia. Lausuma voidaan toisaalta tulkita myös haluksi korostaa käytännöllisen rationaalisuuden eroa suhteessa teoreettiseen rationaalisuuteen. Koska moraaliset arvostelmat eivät ole objektiivisia, ei niillä voi myöskään Westermarckin mukaan olla totuusarvoa. Hän on siis näin ollen myös ehdoton *non-kognitivisti*. Moraalin arvoista tai säännöistä ei varsinaisesti voi tietää tieteellisessä merkityksessä. Tämä johtaa puolestaan siihen, että tieteellinen etiikka ei voi tutkia moraalien sääntöjä tai asettaa niitä, vaan sen tulee tutkia deskriptiivisesti siveystajuntaa tosiasiana.¹³⁰ Lähtökohta on sama kuin skandinaavisilla realisteilla. Lainoppiin sovellettuna Westermarckin opit veisivät ilmeisen mahdottomaan tilanteeseen, ja ne asiallisesti ottaen kieltäisivät lainopin kokonaan samalla tavalla kuin *Hägerströmin* opitkin.

¹²⁷ Hume, A Treatise of Human Nature, book I, part I, sect. II ja part II, sect. III.

¹²⁸ Hume, A Treatise of Human Nature, s. 468–471, Hunter, s. 60 ja 62 ja Hannu Tolonen, Luonto ja legitimaatio, s. 3.

¹²⁹ Kelsen, s. 7 ja 8.

¹³⁰ Westermarck, s. 10, 14, 15, 20, 24 ja 25. Ks. Hannu Tolonen, Eräitä näkökohtia, s. 411.

Westermarckin tieteelliselle etiikalle antaman ohjelman mahdollisuus ilmenee siinä, että vaikka hän käyttää hyväksi eräitä tutkimuksia »luonnonkansojen» tavoista, hän ei edes pyri tekemään ohjelmansa mukaista tutkimusta, vaan hänen etiikkansa on analyttistä ja käsitteellistä. Lähtökohtana ovat valmiit, annetut käsitteet. Paradoksaalista Westermarckin tapaisessa subjektivismiin perustuvassa lähinnä käsitteellisessä analyysissä onkin, että hänen oma analyysinsä perustuukin ilmeiseen objektivismiin.¹³¹ Johdonmukainen subjektivismi johtaisikin eräänlaiseen eettiseen *solipsismiin*. Analogisesti *Berkeleyn* solipsismin kanssa jokainen eläisi omassa arvostusten maailmassaan. Huomionarvoista on myös, että Westermarck joutuu tinkimään subjektiivisuudesta ja myöntämään moraalin yhteisöllisyyden ulottuvuuden.¹³² Tämä johtuu yksinkertaisesti siitä, että *pelkästään tunnetta kuvaavasta lauseesta ei voi johtaa yhtään moraaliarvostelmaa kuvaavaa lausetta*.¹³³ Moraali ei voi palautua tunteisiin, vaan se on käsitteellisesti eri tasolla, yhteisön tasolla oleva asia.

5. *Pitämisen looginen luonne Humella*. Voidaan sanoa, että Hume haluaa välttää edellä kuvatut emotivismin seuraamukset, vaikka hän toisaalta haluaakin pitää kiinni yleisen tietoteorian mukaisista lähtökohdista. Moraalin yhteisöllisyyden vuoksi hän mm. olettaa samoin kuin Westermarck, että yhteisön jäsenillä on samanlaiset tuntemukset. Hume lähteekin siitä, että moraalin tajun ja moraalisten tuntemusten kohteena ovat objektiiviset, yhteisössä välttämättömät hyveet ja paheet. Kyky on analoginen kyvyllä tehdä objektiivisia aistihavaintoja. Näin Hume voi puhua yhteisössä olemassaolevista säännöistä ja normiarvostelmista, ja samalla hän voi positivistisen lähestymistavan mukaisesti olettaa normiarvostelmille reaalisuuden. Arvostelmat ovat todellisia tuntemuksia, mutta ne ilmaisevat yhteisöä koskevia objektiivisia seikkoja. Normin objektiivinen olemassaolo on sen yhteinen hyväksyminen, sen jäsenten *yhdensuuntaiset tuntemukset*. Olennaisinta on, että normiarvostelman sisältö ei ole tunteen kuvaus, mutta arvostelma on todellinen, todellisten ihmisten tekemä ja todella tunnettu. Kysymys on yhteisymmärryksestä ja sopimuksesta.¹³⁴ Näkemys on yhdenmukainen *Rossin* kanssa.

Moraali ja oikeus ilmensivät Humelle käsitteellisesti *yhteistä hyvää*, joten oikeuttaminen viittaamalla yhteisiin etuihin saa vahvan kognitiivisen perustan.

¹³¹ Firth katsoo, että Westermarckin tutkimus on objektivistista ja relativistista analyysiä. Firth, s. 323.

¹³² Westermarck, s. 120.

¹³³ Tämäkin päättely sortuisi naturalistiseen virhepäätelyyn. Jørgensen, *Values in Law*, s. 157.

¹³⁴ Hume, *A Treatise of Human Nature*, s. 490, 494, 496 ja 498 ja Hudson, *Hume on is and ought*, s. 75, 77 ja 79.

MacIntyren mukaan yhteinen hyvä oli Humelle käsitteellinen välttämättömyys, ei kontingentti moraalinen periaate. Jos oli olemassa yhteisö, oli välttämättä yhteinen hyvä ja välttämätön periaate yhteisen hyvän edistämisestä moraalin ja oikeuden perustana. Moraalin taju on tämän yhteisen hyvän tajua, ja teot ovat hyveellisiä tai paheellisia suhteessa yhteiseen hyvään. Käsitys muodostaa selkeän lähtökohdan *utilitarismille*.

Hume tarkoitti *normien johtamisella tosiseikoista oikeuttamista* kuvatussa *vahvassa merkityksessä*. Lähtökohtana ovat yhteisön jäsenten yhteiset ja tosiasialliset tuntemukset yhteisön välttämättömyyksistä, joista pitämislauseet johdettiin. Oikeuden periaatteet olivat välttämättömiä tässä loogista välttämättömyyttä heikommassa merkityksessä. Koska ihmisyyhteisöt ovat tietynlaisia, tietyt normit vallitsevat niissä. Humen tarkoittamaa välttämättömyyttä voidaan kutsua pitämiseen hyvin olennaisesti liittyväksi *käytännölliseksi eli praktiseksi välttämättömyydeksi*. Hume näkee tämän välttämättömyyden lähtökohdat käsitteellisinä välttämättömyyksinä, joten myös sen johtopäätökset ovat suoraan samalla tavalla välttämättömiä. Tähän perustuu myös Humen tunnettu teesi, että *jos ei ole erimielisyyttä faktoista, ei ole erimielisyyttä myöskään moraalista*. Päättely ei ole tarkoitettu loogisesti päteväksi, vaan käytännölliseksi välttämättömyydeksi, koska Hume olettaa, että yhteisössä täysin informoidut henkilöt päätyvät yhteisymmärrykseen moraalista. Faktapremissin ohella lisäpremissinä on näin ollen välttämättä yhtäläinen tapa tehdä moraalinen oikeutus faktoista käsin.¹³⁵

Viime kädessä Hume johtaa nämä moraalin ja oikeuden periaatteet ihmisluonnosta, jonka hän samoin kuin *Aristoteles* katsoi olevan hyvä ja rakentava. Siksi yhteisöt olivat mahdollisia ja tietynlaisia. Hume ei näin ollen erottanut pitämisen ja olemisen maailmaa samalla vahvalla tavalla kuin *Kant* ja myöhemmin *Kelsen*.¹³⁶

On ilmeistä, että Humen ajatukset on usein tulkittu liian suoraviivaisesti. Hänen kirjoituksistaan johdettu aksiomaattinen periaate ja sille annettu sisältö eivät täysin vastaa lähtökohtana olleita kirjoituksia. Toisaalta ilmeiseltä näyttää myös, että Humen alkuperäiset ajatukset eivät ole myöskään kaikilta osiltaan kestäviä. *Humen periaate*, niin kuin se tavanomaisesti on tulkittu, *on kestävä lähtökohta, mutta Humen alkuperäinen analyysi ei kaikilta osiltaan ole*. Normien deduktiivinen johtaminen ei tule kysymykseen, ja toisaalta hyväksyttävä aineellinen johtaminen on heikennettävä *rationaaliseksi argumentoinniksi a priori*.

¹³⁵ Hume, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, s. 114. *Atkinson*, s. 53 ja 54, *MacIntyre*, s. 466 ja *Harrison*, s. 89, 150 ja 151.

¹³⁶ *Hume*, *A Treatise of Human Nature*, s. 484, 486, 489 ja 490, *MacIntyre*, s. 456–458 ja 467 ja *Atkinson*, s. 58.

Oikeuttamisessa Hume joutuu samantapaisiin vaikeuksiin kuin oikeusrealistit myöhemmin. Kestävä lähtökohta on käsitys normatiivisen tiedon muodostamisesta, siis metodin ei-loogisesta ja ei-kausalisesta luonteesta. Normeja ja normatiivisia arvostelmia voidaan johtaa vain oikeuttamalla eli argumentoinnin kautta. Tämä merkitsee myös, että kysymys on ainellisesta eli synteettisestä tiedosta. Arvostelmat koskevat myös kontingentteja asioita, jotka voivat olla myös toisin. Tämä johtaa toisaalta myös siihen, että sopimus tai yhteisymmärrys on ymmärrettävä Humea vahvemmassa mielessä. Kysymys on *yhteisön normeista*, ei yksilöiden tosiasiallisista uskomuksista tai käsityksistä. Kysymys ei ole myöskään samanlaisesta tavasta havaita tai löytää yhteisön välttämättömiä normeja, vaan normit perustuvat riittävän laajaan yhteisymmärrykseen.

Humen »ontologia» tulee samalla tavalla triviaaliksi ja tarpeettomaksi kuin oikeusrealisteilla. Normien olemassaolo tosiasiallisina tuntemuksina ei sano sen enempää kuin esim. Rossin oikeudellinen ideologia tai ajatus siitä, että luonnontieteen totuuksien todellisuus on niiden henkilöiden uskomuksissa, jotka uskovat niihin. Moraalin ja oikeuden tunneperusta osoittautuu mitäänsanomattomaksi, kun kysyksessä on moraalinen dilemma tai oikeudessa ns. kiperä tapaus (*hard case*), jolloin vakuuttavaa oikeuttamista ja argumentointia varsinaisesti tarvitaan. Tällöin moraalinen tai oikeuden emotionaalinen perusta ei anna mitään, koska tunteet ovat »hämmentyneet» tai ristiriitaiset. Toisaalta selvissä tapauksissa emotionaalinen perusta on tarpeeton, koska emotionaalisten perusteiden puoleen ei tarvitse kääntyä. On myös ilmeistä, että oikeudessa voidaan osoittaa kysymyksiä, jotka ovat tunteiden suhteen neutraaleja, tai joiden suhteen tunteiden konstruointi on väkinäistä ja keinotekoisia. Normien ja normiarvostelmien yhteisymmärrys merkitsee niiden ja argumentoinnin hyväksyttävyyttä, ei ontologista ulottuvuutta. Myös Humella *normiarvostelmat eivät lopulta kerro mitään »kantajistaan» eli arvostavista henkilöistä tai heidän tuntemuksistaan*, vaan jäljelle jäävät pelkästään normi-ilmaukset, normiarvostelmat ja niiden argumentit.

3.3 Institutionaalinen totuus

3.3.1 Totuus ja legitimizeetti

1. Oikeusjärjestyksen legitimaatio. Aiemmin kuvattua oikeusrealismia lukuunottamatta oikeussääntöjen tuntemisessa ja niiden pätevyyden tai niihin perustuvien päätösten selittämisessä on lähtökohtia haettu perinteisesti muualta kuin tiedon korrespondenssimallista. Lähtökohtana on ollut oikea intuitio, että sääntö-

jen tai tuomioistuinten päätösten oikeellisuutta tai totuutta ei voi selvittää eikä selittää samalla tavalla kuin luonnontieteessä.

Selitykset säännön pätevyydelle ovat historiallisesti olleet samalla yhtenevät käsityksille yleensä yhteisön vallankäytön ja erityisesti sen tuomiovallan perusteista. Kysymys on tällöin koko oikeusjärjestyksen selittämisestä sen oikeuttamisen merkityksessä eli sen legitimoinnista. Voidaan myös puhua oikeusjärjestelmän legitimitetistä järjestelmän *ulkoisena oikeuttamisena*.¹³⁷ Silmiinpistävää on, että oikeussäännöt ja päätökset on pyritty selittämään yleensä samalla tavalla kuin hallitsijankin valta johtuviksi esim. Jumalan tahdosta.¹³⁸

Myöhemmin oikeus ja esivalta on usein oikeusteoriassa pyritty selittämään puhtaasti normatiivisinä käsitteinä ja *palauttamaan* normatiivisiin käsitteisiin tai varsinaisia oikeussääntöjä edeltäviin »esi- tai ylinormeihin». Yksittäisen säännön pätevyys ja sen velvoittavuus ymmärretään tällöin lauseena: Oikeussääntöjä on noudatettava. Tällöin *Peczenikin* mukaan lausutaan juuri ylinormi, johon palautus tapahtuu.¹³⁹ Tämän lähestymistavan mukaan ajatus oikeussäännöistä välttämättä sisältää ja implikoi tämän ylinormin. Toisin kuin oikeusrealismissa palauttaminen nähdään *normatiivisena*. Sekä luonnonoikeuden periaatteet että *Kelsenin* puhdas oikeusoppi on tästä hyvä esimerkki. Edellinen pyrkii palauttamaan oikeussäännöt ulko-oikeudellisiin ja jälkimmäinen oikeudelliseen ylinormiin.¹⁴⁰

Tietoteoreettisesti *konstruktio oikeussääntöjen lähteestä*, joka on itse selitettäviin normeihin nähden ulkoinen tekijä, on ollut samalla analoginen tieteen historiassa keskeiselle syy-seuraus -ajattelulle. Tällä tavalla voidaan myös pyrkiä välttämään päättelyssä *loputon regressi* (*regressus ad infinitum*), joka aiheutuu siitä, että normi oikeutetaan normilla, joka puolestaan on oikeutettava normilla jne. Mallina tälle johtamiselle voidaan pitää *Leibnizin* riittävän syyn lakia.¹⁴¹

¹³⁷ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 34.

¹³⁸ Ks. esim. *Blackstone*, alk. s. 25 ja *Jørgensen*, *Values in Law*, s. 114–120.

¹³⁹ *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 216. Ks. myös *Jørgensen*, *Values in Law*, s. 105 ja 106.

¹⁴⁰ *Raz*, *The Authority of Law*, s. 130.

John Austin puolestaan palautti yhtäältä oikeussäännöt tosiasialliseen *suvereeniin*, lainantajaan (käskijään) ja toisaalta koko oikeusjärjestys palautui tosinneikkaan, että sääntöjä yleisesti noudatettiin. *Austin*, *The Province of Jurisprudence*, s. 14, 15 ja 18 ja *Raz*, *The Concept of a Legal System*, s. 7, 18, 21 ja 23.

¹⁴¹ *Leibniz*, *Principles of Nature and of Grace* 7. ja *Monadologia* 32. ja 36–38. Riittävän syyn periaate on *Platonin Timaioksessa*, jossa esitetään *Leibnizin* selkeänä esimerkkinä oleva oppi jumalallisen esikuvan mukaan luodusta, parhaasta mahdollisesta maailmasta. Jumala on riittävä ja tyhjentävä »syy», johon regressi voidaan katkaista. Luotuja aktuaalimaailmoja saattoi näin ollen olla vain yksi, koska kaikki oleva palautui yhteen luomisaktiin. *Platon*, *Timaios*, s. 172–174 (29 a–31 a).

Vastaaviin vaikeuksiin joudutaan, kun sääntö pyritään palauttamaan tosiseikkoihin. Tällöin joudutaan puolestaan vahingolliseen kehäpäättelyyn. Klassisena esimerkkinä voidaan mainita kehä, joka syntyy, kun oikeussäännöt selitetään säännöiksi, joita tuomarit soveltavat, ja tuomarin henkilö ja käsite puolestaan joudutaan palautetaan oikeussääntöihin jne.¹⁴² Ajatukseen normien johtamisesta sisältyy näin ollen ilmeisiä käsitteellisiä vaikeuksia, jotka voidaan välttää konventionalismin avulla.

Konventionaalinen ajattelutapa voidaan ymmärtää *Lagerspetzin* tavoin hyväksyttävänä kehässä kulkemisena.¹⁴³ Kehä ei ole vahingollinen eikä sitä voida katsoa virhepäätelyksi, vaan se ilmentää juuri instituutioiden ja normien konventionaalisuutta. Tässä kehäliike ymmärretään kahdessa erilaisessa merkityksessä. Ensiksi instituutioita ja sääntöjä voidaan ymmärtää vain tosiasiallisten tekojen, varsinkin kielitekojen kautta, ja toisaalta tosiasiallista käyttäytymistä ja tekoja ymmärretään normien ja instituutioiden avulla. Toiseksi instituutiot ja säännöt oletetaan annetuiksi suhteessa yhteisön yksittäiseen jäseneseen, ja toisaalta instituutiot ja säännöt edellyttävät välttämättä yhteisön jäseniä, joiden yhteisten uskomusten varassa ne ovat.

Ymmärtääkseni samankaltaiseen tiedolliseen kehään viitataan myös tunnettulla *hermeneuttisen kehän* käsitteellä. Yksittäinen ja konkreettinen voidaan ymmärtää vain suhteessa jo tunnettuun kokonaisuuteen, traditioon ja abstraktioon (esitietoon), ja toisaalta kokonaisuus ymmärretään yksittäisten ja konkreettisen kautta.¹⁴⁴ Olennaista tässä kehässä on, että siinä liikutaan koko ajan yhteisön tosiasiallisen tradition puitteissa eikä pyritä sen ulkopuolelle.

Viime kädessä kehä johtuu siitä, että *avoimesti myönnetään, että yhteiskunta- eli henkítieteissä ei voi olla mitään annettua, valmista aineellista tai metafyysistä kiintopistettä*, johon tukeutuen tosien lauseiden järjestelmä voitaisiin rakentaa tai josta ne voitaisiin johtaa. Toisaalta normatiivisuutta ei voida samaistaa myöskään mihinkään tosiasialliseen. Oikeuden osalta on vain aineellisesti hyvin tai huonosti oikeutettuja sääntöjä ja lainkäyttöä, ja on vain yksilöt yhteisön jäseninä, joiden itseymmärryksen ja yhteisönsä ymmärtämisen kautta voidaan muodostaa tietoa yhteisöstä ja sen säännöistä. Uskomukset normeista merkitsevat yhteisön ja sen instituutioiden ymmärtämistä, ja yhteisö instituutioineen perustuu sen jäsenten yhteisiin uskomuksiin, omaksumiseen ja hyväksyttävyy-

¹⁴² MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 54.

¹⁴³ Ks. *Lagerspetzin* kuvaus tällaisesta kehästä ja sen edellytyksistä. *Lagerspetz*, s. 27, 28, 63 ja 64 ja *Opposite Mirrors*, s. 6 ja 13–15.

¹⁴⁴ *Gadamer*, alk. s. 250 ja *Aarnio*, *On Legal Reasoning*, s. 131 ja *The Rational as Reasonable*, s. 68, 69 ja 71. Aarnio myös nimenomaisesti viittaa yhteisön omaksumiin sopimuksiin tai tapoihin (*conventions*).

teen.¹⁴⁵ Kaikki lainopillinen argumentointi on kuitenkin viime kädessä *apriorista ja aineellista* siinä merkityksessä, että johtopäätökset perustuvat rationaaliiseen reflektioon, eivät empiiriseen kokemukseen tai käsitteelliseen johtamiseen.

Asetelma ilmentää suoraan *Wittgensteinin sääntöparadoksia*, jonka mukaan sääntöjä ei voi johtaa mistään metafyyisisistä säännöistä, ja toisaalta säännöt eivät ole sama asia kuin tosiasiallinen käytäntö.

2. *Oikeussääntöjen johtaminen.* Oikeusteoriassa on ollut korostettu tarve välttää edellä kuvattu kehä ja johtaa ja oikeuttaa oikeusnormit jostakin niiden ulkopuolisesta ja niitä loogisesti edeltävästä. Tämä on antanut selityksille loogisen motivaation. Ilmiön toinen puoli on halu väistää tai vapautua oikeudellisen harkinnan kääntöpuolena olevasta vastuusta ja halu väistää tosiasia, että normit ovat tyhjentävästi yhteisön ja sen jäsenten itsensä asettamia. Perustelua, jonka mukaan sääntö tai päätös on järkevä ja yhteisössä tarkoituksenmukainen, on pidetty liian heikkona legitimiisyyden saavuttamiselle tai normien riittävälle noudattamiselle. Vahvempia lisäperusteluja on pidetty välttämättöminä.

Periaatteessa kaikki perustelun tai sen esittäjän *auktoriteetti*n nojaava argumentointi perustuu enemmän tai vähemmän tällaiseen lisäperusteeseen. Kärjistäen tällaista »sääntöilluusiota» on analysoinut *Frank*, jota voidaankin pitää selkeänä pragmatikkona ja sääntöskeptikkona.¹⁴⁶

Lain johtaminen sitä loogisesti edeltävästä tekijästä johtaa äärettömään regressiin, joka pitää jotenkin katkaista. »Syyn» eli perustelun tai lähteen esittäminen antaa aina mahdollisuuden vaatia edelleenperustelua tai lähteen lähdetä. Klassisen luonnonoikeuden Jumala ja hänen asettamansa ikuinen tai jumalallinen oikeus toimii tällaisena regressin katkaisijana ja inhimillisen tai maallisen lain perustana, joka oli legitiimi ja riittävä itsessään.¹⁴⁷ Rationalistisessa luonnonoikeudessa vastaavassa asemassa ovat välttämättömät ja tämän takia ikuiset periaatteet. Oikeuden positivistisissa tahtoteorioissa hallitsija tai muu lainsäätäjä (suvereeni) toimii tällaisena riittävänä syynä ja regressin katkaisijana.¹⁴⁸ Maallisen hallitsijan »heikkoa asemaa» tai auktoriteettia kuvaa kuitenkin se, että

¹⁴⁵ *MacCormick*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 55. *MacCormick* erottelee hyväksymisen (tai omaksumisen, *acceptance*) ensimmäisessä asteessa eli oikeuslomaisten taholta ja toisessa asteessa eli viranomaisten (myös tuomioistuinten) taholta.

¹⁴⁶ Selkeän antiformalistisesti *Frank* kuvaa »lapsenomaista» uskoa sääntöjen ohjaukseen »isä-substituutioksi». *Frank*, *Frank, Law and the Modern Mind*, s. 16–19, 20, 21 ja 81. *Paul*, s. 116.

Myös *Makkosen* kritiikki yhden ainoan ratkaisun oppia kohtaan nojautuu useassa kohdassa samanlaisiin perusteisiin kuin *Frankin* kritiikki. *Wittgensteinin* sääntöparadoksi sisältää myös samanhenkisiä elementtejä. *Makkonen*, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, alk. s. 245.

¹⁴⁷ *Ebenstein*, s. 638.

¹⁴⁸ *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 223.

aiemmin hallitsijan aseman katsottiin vaativan lisäperusteluja esim. jumalallisen delegoinnin muodossa.

Hyvänä esimerkkinä tahtoteorioista ovat *Hobbesin*, *Benthamin* ja *John Austinin* teoriat oikeudesta.¹⁴⁹ Ongelmaksi nousee tällöin, mistä suvereenin valta johdetaan.¹⁵⁰ Kun palauttaminen muunnetaan puhtaan normatiiviseksi ja palauttamisajatus yhdistetään tarpeeseen yhdistää teoriaan kriteeri, jolla oikeuden normit pyritään erottamaan muista esim. moraalin normeista, päädytään *Kelsenin* ja *Hartin* teorioihin. Kelsenin ja Hartin konstruktiot ratkaisevat lisäksi ongelman, joka johtuu siitä, että suvereenin käsitteen avulla normeja eli »pitämistä» pyritään johtamaan »olevasta» eli suvereenista ja hänen tahdostaan.

3. *Kelsenin perusnormi ja Hartin tunnistamissääntö*. Kelsenin *perusnormi* (*Grundnorm, basic norm*) yhdessä normi(sääntö)hierarkian kanssa ja Hartin *tunnistamissääntö* (*rule of recognition*) vastaavat Hobbesin ja Austinin suvereenia normien lähteenä ja niiden pätevyyden kriteerinä. Niin kuin *Lagerspetz* on osoittanut, ne ovat käsitteellinen konstruktio, jonka avulla normien johtaminen voidaan esittää johdonmukaisena siinä merkityksessä, että se tulee *asymmetriseksi, irrefleksiiviseksi ja transitiiiviseksi*, mitä on yleensä edellytetty johdonmukaiselta normien johtamiselta ja jotta voitaisiin välttää avoin kehäpäätely. Tämä normatiivinen logiikka on peräisin *Hobbesilta*.¹⁵¹ Asymmetrisyys viittaa tässä johtamisen yhdensuuntaisuuteen, irrefleksiivisyys siihen, että normien pätevyyttä ei perustella niillä itsellään ja transitiiivisyys tarkoittaa, että useampipolvinen johtaminen säilyttää pätevyyden.¹⁵²

¹⁴⁹ *Hobbes*, *Leviathan* [137, 139 ja 140], s. 183, 186 ja 187, *Bentham*, *An Introduction to the Principles of Morals and Norms*, s. 302, *Blackstone*, s. 31 ja 32 ja *John Austin*, *The province of Jurisprudence*, s. 14, 15, 18 ja 62. Ks. myös *Raz*, *The Concept of a Legal System*, s. 21 ja 23.

¹⁵⁰ *MacCormick* näyttää omaksuvan *Benthamin* ja *Austinin* viitoittamalla tavalla *tapaoikeuden* (*custom*) ratkaisuksi ongelmaan »suvereenin» eli ylimpien valtioelinten vallasta. *MacCormick*, s. 184 ja 185. Yhteisön omaksuma tapaoikeus on jo lähellä *konventionalistisia* näkemyksiä.

¹⁵¹ *Lagerspetz*, *The Opposite Mirrors*, s. 107–111, 124–126 ja 157. Samoin *John Austin*, *Raz*, *The Concept of a Legal System*, s. 16.

¹⁵² Ks. *Lagerspetzin* esittämät pätevän johtamisen ehdot *Kelsenin* oikeusteorian osalta, jotka voidaan esittää seuraavassa muodossa:

(1') N on pätevä positiivinen normi → On normi N', joka oikeuttaa luomaan N:n, ja N on luotu N':n osoittamalla tavalla.

(2') N' oikeuttaa normin N → ei ole niin, että N oikeuttaa N':n (asymmetriä).

(3') Mikään normi ei oikeuta itseään (irrefleksiivisyys).

(4') N'' oikeuttaa N':n ja N' oikeuttaa N:n → N'' oikeuttaa N:n (transitiivisyys).

Lagerspetz, s. 96 ja 97. Ks. myös *Lagerspetz* s. 86, analoginen pätevän johtaminen *Hobbesin* tahtoteorian mukaisesti. Myös tässä yhteydessä lähteistössä käytetty normin käsite voidaan lukea sääntönä.

On selvää, että nämä yleiset ja muodolliset konstruktiot eivät anna mitään tukea tai perustelua, kun kysymys on yksittäisen normilauseen tai normin aineellisuudesta tai pätevyydestä. Lisäksi ajatus normien muodostamista systeemeistä edellyttää, että samantasoiset säännöt oikeuttavat toisiaan; ja valistuksen keskeinen ajatus kansan itsehallinnosta edellyttää, että viime kädessä kansalaisten velvollisuus noudattaa lakeja palautuu kehämäisesti niihin itseensä, koska lakien oletetaan olevan kansan itsensä asettamia.¹⁵³

Kelsen nimenomaisesti samaisti normien (sääntöjen) olemassaolon ja niiden muodollisen pätevyyden. Pätevyytensä normi hänen mukaansa johtaa muodollisesti aina toisesta normista ja sen pätevyydestä, hierarkisesti ylemmänasteisesta normista. Normin voimassaolon eli sen, kuuluko normi systeemiin, määrää aina toinen normi. Tämä mahdollistaa myös oikeusjärjestyksen *deskriptiivisen* kuvaamisen, koska normit periaatteessa palautuvat lain säätämiseen historiallisina tosiseikkoina. Pätevyys on Kelsenin mukaan aina delegoitua pätevyyttä. Myös väitelause normin pätevyydestä perustellaan tällöin viittaamalla ylemmänasteisen normin pätevyyteen, eli totuuskriteerinä toimii ylemmänasteinen normi sekä myös sen antama ko. alemman asteisen normin antajan kelpoisuus. Normien voimassaolo on puhtaan muodollista eikä kaipa arvo- tai moraaliperusteita. Oikeuden ja moraalin erottaminenkin voi olla vain puhtaan muodollista, mitään sisällöllistä kriteeriä Kelsenin teoria ei tarjoa. Tämän takia Kelsen olisi ollut myös *Dworkinille* osuvampi maali lakipositivismin kritiikissä kuin Hart. Kelsenin mukaan normi on oikeusnormi, kun se on annettu pätevän viranomaisen toimesta pätevässä järjestyksessä, eli kun normin antaminen voidaan oikeuttaa muodollisesti. Oikeusnormit voivat olla minkä sisältöisiä tahansa. Johdaminen päättyy lakien osalta perustuslakiin ja edelleen sen takana olevaan perusnormiin.¹⁵⁴

Perusnormin keskeiset loogiset funktiot ovat oikeussääntöjen sitominen yhdeksi systeemiksi, systeemiin kuuluvien normien pätevyyden osoittaminen ja asema edellä kuvatun regressin katkaisijana.¹⁵⁵ Ensimmäisen funktion kanssa Kelsen joutuu vaikeuksiin ja vahingolliseen kehään, koska hän määrittelee syste-

¹⁵³ *Lagerspetz*, *The Opposite Mirrors*, s. alk. s. 115.

¹⁵⁴ *Kelsen*, s. 111–116, 120, 395, 396, 401 ja 405–407.

¹⁵⁵ *Raz*, *The Concept of a Legal System*, s. 132–135 ja *The Authority of Law*, s. 123 ja 125.

Laakson analyysissä regressin katkaiseminen viittaa perusnormin funktioon oikeusjärjestyksen pätevyyden perustana. Samalla perusnormi sitoo oikeusjärjestyksen yhdeksi, ristiriidattomaksi oletetuksi systeemiksi. Muut kaksi keskeistä perusnormin funktiota ovat sen oikeutta konstituiva (ja moraalista erottava) funktio ja lainopillisen tiedon transsendentaalinen eli välttämätön ja käsitteellinen edellytys. Laakso, s. 151. Samoin *Ebenstein*, s. 639 ja 640.

min perusnormin avulla ja toisaalta perusnormin systeemin avulla.¹⁵⁶ Toista funktiota horjuttaa, että muodollinen oikeuttaminen ei ole riittävää niin kuin edempänä tulemme havaitsemaan. Kolmas funktio tulee tyhjäksi, koska kiellämme tässä tarpeen itse johtamiskonstruktiolle.

Tyhjentävä normatiivinen johtaminen on pätevyyden kriteerinä Kelsenille myös päätöksenteossa. Päätös merkitsee hänelle *individuaalisen normin* antamista yleisten säädösten perusteella ja niiden puitteissa. Tämä tekee ymmärrettäväksi myös Kelsenin teesin, jonka mukaan *lain soveltaminen sisältää myös lain luomisen*. Tältä osin näkemys on yhtäläinen Hartin kanssa. Selvää onkin, että kaikki tulkinta on konstituivaa. Toisaalta kaikki lausumat ja väitteet laista, myös lainopissa edellyttävät luovaa tulkintaa ja tämän tulkinnan edellytetään olevan oikeutettua ja legitiimiä. Tuomioistuimen ratkaisulla on Kelsenille sekä toteava että luova ulottuvuus, koska päätös määräytyy vain osittain ylemmän tason normin perusteella. Ratkaisun pätevyys edellyttää vain niissä puitteissa pysymistä, jotka ylempi normi asettaa. Loput jäävät tuomioistuimen harkintavallan (*discretion*) varaan. Tämä harkintavalta näyttää olevan Kelsenillä myös todella varsin vapaata ja kontrolloimatonta, sillä periaatteiden, arvojen tai muiden moraalisten perusteiden käyttäminen lähtökohtaisesti vapaata harkintavaltaa ohjaavina tekijöinä torjutaan »ei-oikeudellisena». Pätevyyden tyhjentävä johtaminen ei siis merkitse ratkaisun sisällön tyhjentävää johtamista ylemmästä normista. Juuri tämä erottelu on *Dworkin*in kritiikin pääkohta hänen analyttisen ja konventionalistisen (lakipositivistisen) oikeusteorian kritiikissään, jonka hän kohdistaa kuitenkin analyttiseen tulkintaan positivismista *Hartin* esittämässä muodossa. Hartilla muodollisen lain moraalinen oikeuttaminen lain aineellisten minimiehtojen ja lain sosiaalisen perustan muodossa on kuitenkin olennainen osa hänen oikeuskäsitystään.¹⁵⁷

Edellisen perusteella on selvää, että *Kelsenille* voimassa oleva oikeus tai laki tässä merkityksessä tarkoittaa asiallisesti ottaen samaa kuin kirjoitettu laki. Esim. ennakkopäätökset ilmentävät vain tapaa, jolla tuomioistuimet käyttävät harkintavaltaansa. Tämän vuoksi johdonmukaista olisi myös ollut, että laissa on aukkoja, kun positiivinen oikeus vaikenee jostakin seikasta. Kelsen kuitenkin nimenomaisesti kieltää lain aukot. Hart on sen sijaan johdonmukaisempi ja puhuu aukoista. Kelsenin ja Hartin näkemys laista on selkeästi kapeampi ja eri tasolla kuin tässä omaksuttu käsite voimassa oleva oikeus (laki laajassa merkityksessä).¹⁵⁸

¹⁵⁶ *Raz*, *The Authority of Law*, s. 129.

¹⁵⁷ *Kelsen*, s. 132–135, 143, 145 ja 146 ja *Hart*, postscript s. 252.

¹⁵⁸ *Kelsen*, s. 146 ja 147 ja *Hart*, postscript s. 272.

Perusnormikonstruktiolle voidaan antaa useanlaisia tulkintoja, ja myös Kelsen itse näyttää tulkitsevan sitä eri yhteyksissä eri tavoilla. Hyvin vahvana tulkintana voidaan pitää käsitystä, jonka mukaan perusnormi ilmaisee yhteisön aineellisen, moraalisen tai oikeudellisen normin, jonka mukaan tehokasta oikeusjärjestystä on noudatettava. Yhtä vahva tulkinta on samaistaa perusnormi yhteisön oikeusjärjestyksen tosiasialliseen hyväksyntään.¹⁵⁹ Molemmat johtavat vaikeuksiin. Edellinen oikeuttaa kaikki diktatuurit, ja jälkimmäinen ei ole normatiivinen tulkinta vaan samaistaa pätevyyden ja olevan tosiseikan. Valitettavan usein Kelsenin lausumat yhdessä »puhtaan», moraalisisista arvoista tyhjennetyn oikeuskäsityksen kanssa viittaavat tehokkaan oikeusjärjestyksen legitimoointiin.¹⁶⁰ Vähintään yhtä suuriin vaikeuksiin johtaa perusnormin *transsendentti* tulkinta, jonka mukaan perusnormi on todellinen aineellinen normi, mutta ei kuulu oikeuteen eikä moraaliiin, vaan on »metapositiivinen» tai »fiktiivinen» aineellinen normi, johon toisaalta oikeus palautuu.¹⁶¹

Käsitteellisesti kestävin tapa on tulkita perusnormi välttämättömäksi ajatusedellytykseksi yksittäisille oikeusnormeille, eli *transsendentaalinen* (kantilainen) *tulkinta*. Tätä tulkintaa voidaan kutsua myös filosofiseksi tulkinnaksi. Perusnormi on tällöin välttämätön muodollinen käsite suhteessa kaikkiin päteviin normeihin erikseen ja suhteessa koko oikeusjärjestyksen olemassaoloon.¹⁶² Siksi perus-

¹⁵⁹ Ks. *Hughesin* esittämät erilaiset tulkinnat, joita on tässä modifioitu. Hughes, s. 701–705. Hughes tarkasteli Kelsenin teosta *Reine Rechtslehre* (enganninkielinen käännös 1967), mutta kaikki vaihtoehdot esiintyivät myös tässä käytetyissä lähteissä.

¹⁶⁰ Ks. *Hughes*, s. 708 ja *Raz*, *The Authority of Law*, s. 141.

¹⁶¹ Jos perusnormi tulkitaan naturalistisesti *transsendenttina* käsitteenä, se voidaan tulkita ainoastaan fiktiivisenä ja oletettuna mutta aineellisena normina. Kelsenin oma kanta on epäselvä. Yhtäältä hän puhuu »edellytetystä» (siis transsendentaalisesta) normista, ja toisaalta hänen määrittelynsä näyttävät usein viittaavaan naturalistiseen ja transsendenttiin tulkintaan, kun hän viittaa esim. historiallisesti ensimmäiseen perustuslakiin ja sen antajiin, »isiin» ja pitää perusnormia »todellisen fiktiona». Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 254–258. Tällainen fiktiivinen mutta kuitenkin aineellinen perusnormi »sinänsä» muodostuu loogisesti kestävämmäksi. Ks. *Hughes*, s. 696 ja 705, *Laakso*, s. 150–159, *Raz*, *The Authority of Law*, s. 126 ja *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 226.

¹⁶² Perusnormin transsendentaalinen tulkinta ehkäisee useat tähän *Kelsenin* tunnettuun käsitteeseen liittyvät ilmeiset ongelmat. Tällöin perusnormi on välttämätön käsitteellinen implikaatio väitteestä, että on olemassa sitova oikeusjärjestys, johon yksittäinen normi sisältyy. *Ebenstein* analysoi Kelsenin perusnormia vain tämän tulkinnan mukaisesti. *Ebenstein*, s. 639.

Kelsen tarjoaa myös vaihtoehdoisen näkökulman, jonka mukaan eri kansallisten oikeusjärjestysten perusnormit ovat alisteisessa suhteessa positiivisen kansainvälisen oikeuden aineelliseen perusnormiin, jonka mukaan oikeusjärjestyksen on oltava tehokas jotta se olisi pätevä. Toisaalta hän pitää myös tätä edellytettyä normina. Tämä konstruktio johtaa yhtä vakaviin ongelmiin kuin edellä mainitut vahvat tulkinnat tai transsendentti tulkinta. Kelsen, s. 121 ja 122 ja *Hughes*, s. 713.

normi on suvereenille analoginen looginen konstruktio. Toisaalta tällöin osuva sanamuoto perusnormille ei ole: »*Perustuslakia on noudatettava*»; vaan: »*Oikeussääntöjä on noudatettava*». Transsendentaalinen tulkinta merkitsee myös, että perusnormin ja oikeusjärjestyksen tehokkuusedellytyksen välille ei voida tehdä sisällöllistä eroa.¹⁶³

Vastaavassa asemassa regressin katkaisijana, normien pätevyyden kriteerinä ja koherentin systeemin yhteensitojana kuin Hobbesin, Benthamin ja John Austinin suvereeni ja Kelsenin perusnormi on *Hartin* tunnistamissääntö.¹⁶⁴ Tunnistamissääntö on yksi tyyppi sekundäärisiä normeja suhteessa primäärisiin oikeusnormeihin, joiden johtamisesta on kysymys.¹⁶⁵ Vastaavassa asemassa *Razilla* on *auktoriteetin* käsite. Velvollisuus tai oikeus palautuu auktoriteettiin, jolla on valta antaa toiselle (*authority over persons*) tämä velvollisuus tai oikeus.¹⁶⁶

Hartille tunnistamissääntö, toisin kuin muut oikeusnormit, on kuitenkin ulkoisesti havaittava *sosiaalinen tosiseikka*, eikä kysymys tältä osin olekaan sisäisen näkökulman pätevyydestä. Kysymys on tunnistamissäännön *olemassaolosta*, joka ilmenee viranomaiskäyttäytymisenä.¹⁶⁷ Kelsenin puhtaan oikeudellisen ajatusvälttämättömyyden sijasta Hart pyrkiikin tällä tavalla palauttamaan oikeudellisen havaittaviin tosiseikkoihin. Tämä tunnistamissäännön tulkinta johtaa kuitenkin vastaaviin vaikeuksiin kuin Kelsenin perusnormin vahvat tai transsendentti tulkinta. On vaikea ymmärtää mitä normatiivinen ja havaittava sosiaalinen tosiseikka voisi olla. Kysymys voi olla vain käsitteellisestä edellytyksestä.¹⁶⁸ Kelsenin ja Hartin konstruktioita voidaan pitää myös vastauksina *Wittgensteinin* muotoilemaan säännön seuraamisen ongelmaan.

Analogisena Hartin tunnistamismormille tai modifioituna ja vahvana versiona Kelsenin perusnormista voidaan pitää *von Wrightin* ajatusta, että normin pätevyys ei edellytä hierarkisesti korkeamman normin (perusnormin) pätevyyttä

¹⁶³ *Hughes*, s. 699. Perusnormin ja yleisen tehokkuusedellytyksen samaistamista lähenee myös tulkinta, jonka mukaan perusnormi on ehdollinen ja transformaatio- ja päättelynormi, jonka mukaan normia tai perustuslakia on noudatettava, jos tietyt edellytykset on täytetty. *Aarnio-Alexy-Peczenik I*, s. 143 ja 145.

¹⁶⁴ *Raz*, *The Authority of Law*, s. 79 ja 80 ja *Hacker*, s. 22 ja 23.

¹⁶⁵ *Hart*, s. 92–94 ja 98.

Raz katsoo että tunnistamissäännön käsitettä tulee tarkistaa. Normit ovat hänen mukaansa oikeusnormeja, jos tuomioistuimet omaksuvat ne. Voimassa olevat oikeusnormit erottuvat siitä, että ne ovat tällä tavalla *institutionalisoituneet*. *Raz*, *Legal Principles and the Limits of Law*, s. 853.

¹⁶⁶ *Raz*, *The Authority of Law*, s. 20 ja *Legal Principles and the Limits of Law*, s. 851.

¹⁶⁷ *Hart*, s. 106, 107 ja 245 ja ks. *Hacker*, s. 10 ja *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 229

¹⁶⁸ *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 230.

vaan sen olemassaoloa.¹⁶⁹ Konstruktio päättyy samanlaisiin vaikeuksiin kuin Kelseninkin perusnormi ja Hartin tunnistamismormi.¹⁷⁰ Peczenik tulkitsee von Wrightia niin, että väite oikeusjärjestyksen olemassaolosta implikoi väitteen *sosiaalisen normin* olemassaolosta, jonka mukaan »perustuslakia on noudatettava». Tämä sosiaalinen normi on koherentin oikeusjärjestyksen välttämätön edellytys, ja koska järjestys on parempi kuin kaaos. Viimeksi mainittu on itse moraalinen normi, joka edellyttää, että, oikeusjärjestys ei ole äärimmäisen epämoraalinen.¹⁷¹

Peczenikin tulkinta osoittaa hyvin kuinka mahdotonta on välttää moraalisia ja aineellisia periaatteita oikeuden pätevyysanalyysissä. Myös Kelsen itse näytti havaitsevan tämän ongelman.¹⁷² Puhdas muodollinen analyysi päättyy välttämättä oikeuttamaan kaikki tehokkaat järjestykset ja näin ollen myös diktatuurit. Ilmeistä on myös, että oikeusnormien »puhtautta» ei voi pelastaa pelkästään negatiivisella viittauksella epämoraalisuuteen pätevyysreunaehdona, vaan selvää on, että *oikeus on positiivisella tavalla perusteltava moraalilla tai aineellisilla oikeusperiaatteilla*.

Tämän takia Hartin käsitys tietynlaisesta oikeuden minimisisällöstä, luonnonlain vähimmäisisällöstä (*the minimum content of natural law*) tarjoaa paremman lähtökohdan. Koska ihminen ja ihmisten yhteisöt ovat tietynlaisia, on oikeusjärjestyksillä oltava välttämättä tietty perussisältö.¹⁷³ Lailla on erityisesti moraalin perustuva sosiaalinen perusta. Perussisällön osalta voitaisiin yhtä hyvin viitata keskeisimpiin oikeusperiaatteisiin ja niiden edellyttämiin arvoihin ja oikeuksiin. Myös Hartin lähestymistavan voidaan sanoa kuitenkin perustuvan aineellisten oikeusperiaatteiden tai moraalin asettamiseen *negatiivisen reunaehdon* asemaan. Oikeusjärjestykseltä edellytetään tietty minimisisältö (ei ole äärimmäisen epämoraalinen), mutta muilta osin näyttäisi riittävän pelkkä muodollinen oikeuttaminen.

Ilmeistä kuitenkin on, että oikeuden legitimitetti edellyttää nykyajan oikeudessa selkeästi pitemmälle menevää aineellista oikeuttamista. Kaikkien oikeussääntöjen, niiden tulkintojen ja ratkaisujen edellytetään olevan, ei vain muuta kuin äärimmäisen epämoraalisia, vaan positiivisella tavalla aineellisten oikeus-

¹⁶⁹ von Wright, *Norm and Action*, s. 196 ja 197. Perusnormin asemasta von Wright puhuu käsitteestä »*sovereign norm*»

¹⁷⁰ Ks. Wikström, *Oikeuskäytännön tulkinnasta*, s. 66 ja 67.

¹⁷¹ Peczenik, *On Law and Reason*, s. 227 ja 228.

¹⁷² »*The idea of a pure positive law, like that of natural law, has its limitation.*» Kelsen, s. 401.

¹⁷³ Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, s. 81 ja Hart, s. 117, 188 ja 189 ja postscript s. 268. Samaan tapaan ja myös Hartiin tukeutuen Lagerspetz, *The Opposite Mirrors*, s. 184.

periaatteiden mukaisia ja *aineellisesti mahdollisimman hyvin oikeutettuja*. Selvää on, että tämä ei ole kuvaus mistään tosiasiallisesta oikeusjärjestyksestä tai tulkinnasta vaan tulkintaa ohjaava *normi*. *Pelkkä viittaus muodolliseen pätevyyyteen tai siihen, että moraalien minimiehdot ovat täytetyt, ei riitä*.¹⁷⁴ Tämä estää myös johtopäätöksen, jonka mukaan säädöksen, tulkinnan tai ratkaisun pätevyys edellyttää vain, että se on tehty muodollisesti pätevässä menettelyssä. Muodollinen oikeuttaminen ei toisin sanoen ole riittävä menettely laintulkinnassa, vaikkakin se yleensä on sen välttämätön elementti.

Kelsen ja Hart näyttävät pyrkivän konstruimaan yhden muodollisen, yksiselitteisen ja yksinomaisen kriteerin normilauseen pätevyydelle. *Dworkin* ja *Summers* kutsuvat tällaista kriteeriä *master-testiksi*. Sen ilmeinen lähtökohta on lakipositivistinen teesi: »*Laki on kaikki se ja vain se, minkä lainsäätäjät säätää*». ¹⁷⁵ Niin kuin *Jørgensen* toteaa voimassa olevan oikeuden pätevyys on *master-testiä* moniulotteisempi asia, ja riippuu useanlaisista, sekä muodollisista että aineellisista seikoista.¹⁷⁶ Lainopin käyttämät argumentit ovat monentyyppisiä siten, että tämä *pluralismi* merkitsee myös totuuskriteerien pluralismia. Ilmeistä onkin, että *master-testin* mukainen lähestymistapa on yksipuolinen eikä vastaa tosiasiallista tulkintaa. Puhtaan muodollisena ja yleisenä testi tulee myös yhtä mitäänsanomattomaksi kuin luonnonoikeudelliset ikuiset periaatteet. Ne eivät anna eivätkä testaa mitään, koska testin jälkeen on erikseen ja aivan toisella tavalla tutkittava kussakin tapauksessa erikseen kysymys ehdotetun säännön tai tulkinnan pätevyydestä ja oikeutuksesta. Tämä tulee selkeästi esiin, kun Hart myöhemmin pyrkii laajentamaan tunnistamissäännön alaa siten, että se viittaa myös moraali-

¹⁷⁴ Ks. *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 237.

¹⁷⁵ *Master-rule* -kritiikki, *Dworkin*, Taking Rights Seriously, s. 42. *Summers* erittelee muodolliset, lähde- ja aineelliset sisältösuuntautuneet testit ja erikseen vielä (lainsäädäntö-) prosessi-, hyväksymis- ja tehokkuussuuntautuneet testit. *Summers*, Toward a Better General Theory of Legal Validity, s. 71–78. Ks. myös *Hannu Tolonen*, Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä, s. 185 ja 186. *Razin* kritiikki yhtä pätevää systeemiä määrittelevää kriteeriä vastaan perustuu puolestaan hänen ajatukseensa oikeuden epäkoherenttiudesta (oikeuden epähomogeenisuus ja pluralismi) ja arvorelativismiinsa. *Raz*, The Authority of Law, s. 84. *Master-testi* kritiikin esitti jo *Fuller*. *Fuller*, Positivism and Fidelity to Law, s. 641. Ks. myös *Hacker*, s. 24.

Hart käyttää tunnistamissäännöstä myös nimityksiä *ultimate* ja *supreme rule* ja *criterion*. *Hart* kuitenkin myöntää tunnistamissäännön moniulotteisuuden, ja hän yhdistää sen normien omaksumiseen yhteisössä. Samoin kuin *Kelsen* hän pitää sitä välttämättömänä käsitteellisenä edellytyksenä oikeussysteemille (transsendentaalinen tunnistamisnormi). Toisaalta *Hart* pitää yllättäen tunnistamissääntöä myös osana *ulkoista näkökulmaa* oikeuteen, tosiseikkana, tosiasiallisena hyväksymisenä, mikä on ilmeisen yhteensopimatonta hänen oikeuskäsityksensä muihin elementteihin. *Hart*, The Concept of Law, s. 98, 100, 102, 107 ja 112.

¹⁷⁶ *Jørgensen*, Pluralis Juris, s. 46.

seen hyväksyttävyyteen ja oikeusperiaatteisiin.¹⁷⁷ Tunnistamisnormi on tällöin sama kuin hyväksyttävä argumentointi.

3.3.2 Institutionaalinen totuus ja institutionaaliset tosiseikat

1. Korrespondenssin soveltumattomuus. Relevantiksi eroksi kovien ja institutionaalisten tosiseikkojen välillä näyttää muodostuvan se, että niitä ilmaisevien *lauseiden sisältö ja totuus määräytyvät eri tavalla*. Samalla tämä ero ilmentää *luonnontieteiden* ja ns. *henkítieteiden* (*Geisteswissenschaften*) tai yhteiskuntatieteiden välistä eroa. Luonto sinänsä transsendenttina, lausumattomana ja tässä mielessä tuntemattomana joukkona »olioita sinänsä» näyttää viime kädessä määrävän luonnon tosiseikkaa kuvaavan lauseen totuuden. Tätä asetelmaa ei muuta se, että luonnonilmiöitä on välttämättä lähestyttävä käsitteellisesti. Ei voida myöskään puhua asiantilan oikeasta tai väärästä olemisesta tai olemistavasta, vaan oletuksena on, että se vallitsee tai on vallitsematta tajunnasta riippumatta. Viime kädessä määräväksi edellytetään luonto sinänsä invariansseineen, ei luontoa havainnoivan ihmisen järki.

Tekoja institutionaalisina tapahtumina eli tosiseikkoina *voidaan* sen sijaan *tehdä oikein tai väärin*. Tekijä voi ymmärtää ne väärin, eli toisin kuin yhteisö, johon hän kuuluu. Samoin sivullinen voi ymmärtää teon tässä mielessä väärin. Tekoja voidaan lisäksi arvioida erikseen moraalin tai oikeuden kannalta. Oikeellisuus on tällöin yhdenmukaisuutta yhtäältä teon määritelmään ja toisaalta muihin tekoa koskeviin normeihin. Siksi realismi, empirismi ja tiedon korrespondenssikäsitys ovat luonteenomaisia luonnontieteille tai niiden kanssa samoja metodeja käyttäville tieteille. Instituutiota tai institutionaalista tosiseikkaa ilmaisevan lauseen oikea sisältö ei sen sijaan määräydy kielen ulkoisen todellisuuden perusteella.¹⁷⁸

Tässä näkökulmaa muutetaan siten, että huomio kohdistetaan *lainopin lauseisiin* ja myös *oikeudelliseen päätöksentekoon kielitekoina*. Molempiin tekotyyppeihin liittyy *ekstensio*, mutta se on täysin toissijaisessa asemassa verrattuna *mieleen* eli *intensioon*. Kysymys on ennen kaikkea oikeasta kielenkäytöstä ja sen suhteesta voimassa olevan oikeuden normeihin. Selvyyden vuoksi on vielä todettava, että tekojen suhdetta kielen ja oikeuden normeihin pidetään tässä *institutionaalisina*, jolloin tekojen *intentionaalisuus* eli päämäärärationaalisuus luetaan erilaisen näkökulman ja sääntöjen alaan.^{178a} Eri asia lisäksi on sinänsä

¹⁷⁷ Hart, postscript s. 247 ja 265.

¹⁷⁸ Weinberger, Law, Institution and Legal Politics, s. 7.

^{178a} Ks. von Wright, Practical Reason, s. 36–39.

institutionaalisten sääntöjen oikeuttaminen ja tulkinta teleologisesti, normien tavoitteiden perusteella.

Tiedon tai totuuden korrespondenssisuhde ei sovellu lainoppiin. Tekoja ei voi rinnastaa luontoon, eikä niitä oteta sellaisina kuin ne ovat, annettuina. Teot ovat merkityksellisiä merkityksen intension eli mielen merkityksessä. Niiden päämerkitys ei voi olla teon ekstensiossa, teoissa havaittavana todellisuutena.¹⁷⁹ Tekojen käsitteitä ei voi palauttaa puhtaiksi verifioitaviksi deskriptioiksi, eli ne eivät voi olla havainnoimisen kohteita tai »olioita sinänsä».¹⁸⁰ Teon mieli tulee intuitioista tai muusta käsitteellisestä kontekstista, jonka alaisuuteen se luetaan. Tämän takia tekoja ei voi tuntea eli niitä ei voi ymmärtää muutoin kuin kontekstinsa kautta ja ymmärtämällä tätä kontekstia.

Korrespondenttinen totuuskäsitys merkitsee myös, että normaali lainopillinen *oikeuttaminen ei olisi riittävää*, jotta lauseiden totuus voidaan selvittää. Lauseen oikeuttaminen ei vielä osoita lausetta todeksi, koska se ei osoita lauseen ja sen kohteen välistä vastaavuussuhdetta.¹⁸¹ Koska oikeuttamista vahvempaa perustelua ei voida osoittaa, ei lainopin lauseita voitaisi näin ollen osoittaa tosiksi tai epätosiksi. Totuus jäisi saavuttamattomaksi.

Korrespondenssin kielto koskee korostetusti tietoa ja lauseita oikeusnormeista niin kuin *Rossin* oikeusteorian yhteydessä voitiin havaita. Tämä merkitsee myös, että *tiedon tai totuuden bivalenttinen käsitystapa ei myöskään sovellu lainoppiin*. Lainopissa totuudessa ei voi olla kysymys lauseen vastaavuudesta suhteessa kielen ulkopuoliseen tosiseikkaan.¹⁸² Toisaalta tietynlaisten tosiseikkojen selittäminen »pitämiseksi», ei-oleviksi tosiseikoiksi johtaa myös ilmeiseen ristiriitaan. Pikemminkin kysymys on siitä, että mahdolliseen olevaan, lähinnä tekoihin liitetään lisämääre niiden sallittavuudesta eli pitämisestä. Kysymys on arvostelmasta ja sen tuntemisesta. Pitämistä ei voi asettaa korrelaattisuhteeseen olemisen kanssa, koska *ideaalia ei ilman ristiriitaa voi samaistaa tosiasiallisen kanssa*. Tätä perusasetelmaa ei myöskään muuta se, että vastaavuussuhde hahmotetaan lausejoukon tai teorian ja kielen ulkoisen todellisuuden välille.

Edellä lausuttu johtaa myös siihen, että mitään kielen ulkoista tosiseikkaa ei voida olettaa pitämisen korrelaattipariksi, koska kysymys ei ole olemisesta vaan

¹⁷⁹ Wittgenstein, Tractatus, 6.41.

¹⁸⁰ Hart, The Ascription of Responsibility and Rights, s. 161.

¹⁸¹ Stoutland, s. 25.

¹⁸² Aarnio, On Truth and Acceptability, s. 35 ja 43, The Rational as Reasonable, s. 50 ja Laintulkinnan regulatiivinen periaate, s. 604. Tähän perustuu nähdäkseni myös Aarnion totuusominaisuuden varsin kategorinen kielto teoksessa The Rational as Reasonable, s. 227. Ks. myös Mazzarese, s. 47 ja 49.

pitämisestä.¹⁸³ Normeja ei voida samaistaa myöskään tosiasiallisiin ajatuksiin tai ajatteluun, niin kuin edellä Ross-kritiikin yhteydessä on havaittu. Tämän takia pitäminen ja *oikeus jää välttämättä kielen sisäiseksi asiaksi*, koska *pitäminen ja oikeus voi olla vain kielellisessä muodossa*.¹⁸⁴ Ideaalinen voi olla vain kielellinen asia, eli kysymys voi olla vain lauseiden *käsitteellisistä* merkityssisällöistä.¹⁸⁵

Edellä lausutusta voidaan johtaa myös se tärkeä johtopäätös, että propositionaalinen, korrespondenssiin perustuva totuus *ei ole mielekäs mittapuu* lainopin lauseiden totuudelle. Selvää on, että normeilla tai lainopin lauseilla ei ole totuusarvoa, jos totuudella tarkoitetaan propositionaalista totuutta.¹⁸⁶ Tämä toteumus ei kuitenkaan asiallisesti ottaen lausu mitään lainopin lauseitten totuudesta, vaan vain, että sopimattomia kriteerejä ei voi käyttää. Pidän selvänä, että jokin kriteeri lainopin lauseitten »oikeellisuudelle» on kuitenkin oltava, koska sen kieltö johtaa mahdottomaan tulokseen, lainopillisen tiedon mahdollisuuden kieltämiseen. Kriteerit lainopin lauseitten totuudelle on etsittävä muualta kuin propositionaalisen totuuskäsityksen piiristä.

2. *Niiniluodon totuuskäsitys*. Hyvän esimerkkinä bivalenttisen totuuskäsityksen vaikeuksista on *Niiniluodon*, myös realistinen konstruktio lainopillisesta totuudesta.¹⁸⁷ Hänen mukaansa *tosi normipropositio referoi institutionaaliseen tai sosiaaliseen tosiseikkaan: Yhteisö hyväksyy normin päteväksi*.¹⁸⁸ Ajatus on lähtökohdiltaan hyväksyttävä ja yhtenevä suhteessa tämän tutkimuksen lähtökohtiin. Niiniluoto kuitenkin olettaa, että kysymys on *tosiasiallisesta hyväksymisestä sosiaalisena tosiseikkana*.¹⁸⁹ Jos ajatus tosiasiallisesta hyväksymisestä otetaan vakavasti, johtaa se siihen, että empiirisin menetelmin esim. kyselytutkimuksin on tutkittava juuri tätä hyväksyntää eli yhteisön jäsenten käsityksiä oikeudesta.

¹⁸³ Samoin Aarnio, joka lausuu (kuvan oikeusjärjestyksestä) »*Takana ei ole fyysiseen todellisuuteen verrattavissa olevaa »todellisuutta*». Aarnio, Laintulkinnan regulatiivinen periaate, s. 605. Samoin Aarnio, Oikeuskielen tulkinta ja ymmärtäminen, s. 119.

¹⁸⁴ Guastini, s. 312.

¹⁸⁵ Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 30. Ks. Gadamer, s. 461.

¹⁸⁶ Myös Hart näyttää pitävän propositionaalista totuuskäsitystä vertauskohtana, kun hän kiistää oikeudellisten päätösten totuusarvon. Ks. Hart, The Ascription of Responsibility and Rights, s. 155.

¹⁸⁷ Niiniluoto, On the Truth of Norm Propositions, s. 170 ja 173 ja Truth and Legal Norms, s. 180.

¹⁸⁸ Niiniluoto, On the Truth of Norm Propositions, s. 178 ja Truth and Legal Norms, s. 182. Jälkimmäisessä Niiniluoto tarkentaa yhteisöä sen useimpiin jäseniin ja lisää totuusehtoihin myös oikeuslähteet, heidän uskonsa, että muut hyväksyvät normit ja että he käyttäytyvät uskonsa mukaisesti. Nämä kuitenkin sisältyvät hyväksynnän käsitteeseen. Ks. Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 175.

¹⁸⁹ Niiniluoto, Norm Propositions Defended, s. 371. Ks. Aarnio–Alexy–Peczenik III, s. 432 ja Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 180 ja ks. myös s. 224.

Muutoin ei voida saada oikeaa tietoa tästä yhteisön asiantilasta. Tämä merkitsee kuitenkin asiallisesti lainopillisen tutkimuksen hylkäämistä.

Niiniluodon asetelma on asiallisesti ottaen täysin analoginen amerikkalaisen ja *Rossin* psykologisen realismin kanssa, ja korrespondenssin kanssa Niiniluoto joutuu samanlaisiin vaikeuksiin kuin Ross. Viime kädessä vaikeudet johtuvat siitä, että totuusmääritelmässä pyritään asettamaan ekvivalenssisuhteeseen oleva to-siseikka ja väite pitämisestä. Toden lauseen pitäisi tällöin määräytyä kohteensa mukaan, joten olevasta johdetaan pitäminen. *Sopimus tai yhteisymmärrys, johon voimassa oleva oikeus perustuu, ei ole kuitenkaan ontologinen vaan käsitteellinen asia*. Kysymys ei ole mistään tosiasiallisesta vaan *hypoteettisesta* (transsendentaalisesta) *sopimuksesta*. Episteemisesti ja metodisesti tämä ilmenee siten, että voimassa olevaa oikeutta ei voi saada selville tutkimalla empiirisesti yhteisön tosiasiallisia käsityksiä. Kun esille tuodaan uusi tulkintatilanne ja ylipäänsä tilanne, johon kirjoitettu laki (lainsäätäjän ja tätä kautta kansalaisten hyväksymä kanta) ei anna suoraa vastausta, selvää on, että mitään lausetta vastaavaa tosiasiallista hyväksyntää ei ole olemassa eikä sitä voida löytää.¹⁹⁰ Tämä koskee myös esim. korkeimman oikeuden ratkaisuihin perustuvia tulkintoja. Lainoppia ei voi myöskään harjoittaa tutkimalla jonkin näkemyksen hyväksyntää kansalaisten tai juristien keskuudessa. Tämä ei ole tosiasiallinen eikä tavoiteltava menettely myöskään lainsäädännössä. *Mazzarese* toteaaakin, että hyväksyminen edellyttää hyväksymisen kriteerejä ja pätevyyttä.¹⁹¹ Jos lähtökohtana on hyväksyminen, on kysyttävä, *miksi* tietty näkemys on hyväksytty. Oikeusnormit hyväksytään, jos ne ovat oikeutettuja, ei päinvastoin. Itse hyväksyntä jää kuitenkin tarpeettomaksi konstruktioksi. Niin kuin *Aarnio* toteaa, lainopissa ei ole kysymys tosiasiallisesta hyväksymisestä vaan *rationaalisesta hyväksyttävyydestä*.¹⁹² Esi-tetty lause tul-taisiin tosiasiallisesti hyväksymään yhteisössä, jos tosiasiallinen hyväksyminen haluttaisiin erikseen tutkia.¹⁹³ Säädösten osalta *Rousseau*n mal-lin mukainen välitön demokratia on käytännössä mahdoton, joten tosiasiallinen hyväksyminen ilmenee vain edustuksellisessa lainsäädännössä.¹⁹⁴

Lainopillisen tiedon ilmeisen suuren epävarmuuden kohdalla Niiniluodon tie-don korrespondenssikäsitys joutuu myös vaikeuksiin. Hän joutuu tulkitsemaan totuusarvoisiksi vain *ehdottomat normipropositiot*, koska vain niiden kohdalla voidaan olettaa selkeä bivalenttinen suhde. Korrespondenssin »toinen pää», kielen

¹⁹⁰ *Mazzarese*, s. 45 ja 46.

¹⁹¹ *Mazzarese*, s. 46.

¹⁹² *Aarnio*, *Argumentation Theory – and Beyond*, s. 392 ja 393 ja *The Rational as Reasonable*, s. 178, 179 ja 180.

¹⁹³ Ks. *Helin*, *Immateriaalioikeuksien kohteesta*, s. 662 ja 663.

¹⁹⁴ Ks. *Rousseau*, *Yhteiskuntasopimuksesta*, s. 50, 61, 146, 149 ja alk. s. 151.

ulkoinen fakta ei voi olla »ehkä» tai »puoliksi» olemassa. *Varaukselliset tai epävarmat lausumat ja normisuositukset* Niiniluoto joutuukin tulkitsemaan ehdotuksiksi, että normiehdotus, joka ei ole vielä osa voimassa olevaa oikeutta, lisätään siihen. Jälkimmäiset eivät ole hänen mukaansa totuusarvoisia.¹⁹⁵ Tämä edellyttää niin jyrkkää käsitteellistä rajaa vain hyvin suhteellisesti toisistaan erotettavien lausetyyppien välille, että erottelu tulee mahdottomaksi lainopin kannalta. Kysymys on vain erosta lauseen varmuudessa, mutta sen sisältö ja kohde ovat samat, joten totuuden suhteen ei voi tehdä mainittua erottelua. *Esiin tuotu epävarmuus ei muuta lauseen sisältöä tai kohdetta*, aivan niin kuin lauseen totuus tai epätotuus ei muuta sen sisältöä. Kysymys on edelleen tiedosta yhteisön oikeusjärjestyksestä, eikä epävarmuus muuta sitä ehdotukseksi muuttaa voimassa olevaa oikeutta. Kysymys on suora sovellutus *Wittgensteinin* lausumasta: »Älä tarkastele epäroivää lausetta väitteenä epäroinnistä»¹⁹⁶

Ei ole myöskään mitään estettä käyttää totuuskriteerinä tai totuusehtona konsensusta tai sopimusta, kun tietoa ja totuutta ei ymmärretä bivalenttisesti lauseen vastaavuutena suhteessa johonkin kielen ulkoiseen seikkaan vaan yhdenmukaisuutena yhteisön traditioon, joka perustuu *käsitteelliseen konsensukseen* ja joka voidaan ilmaista vain kielellisesti.¹⁹⁷ Hedelmällinen lähtökohta ei sen sijaan ole, että yhteisen kielen muodossa olevaa konsensusta käsitteiden merkityksestä pidetään sosiaalisena tosiseikkana.

3. *Hegelin totuuskäsitys.* Lainopin totuuden ja oikeudellisen päätöksenteon oikeellisuuden kohdalla on lähdettävä *kokonaan toisenlaiselta pohjalta*. Samalla totuuskäsitystä on välttämättä lavennettava niin, että kysymys ei voi enää olla kapeasta ja bivalenttisesta joko/tai -asettelusta vaan laveammin *lauseen perustellusta oikeellisuudesta yhteisössä*. Lainopin osalta on näin ollen tehtävä, vaikkakin eri syystä ja eri tasolla, niin kuin *Hegel* suhtautui kriittisesti *Kantiin*, eli on hylättävä »luonto ja oliot eli lauseiden kohteet sinänsä».¹⁹⁸ *Samalla havain-*

¹⁹⁵ *Niiniluoto*, On the Truth of Norm Propositions, s. 179 ja 180, Truth and Legal Norms, s. 186 ja 188 ja Norm-propositions Defended, s. 369.

¹⁹⁶ *Wittgenstein*, Untersuchungen X, s. 517 (suomennos *Heikki Nyman*). Tilanne on analoginen ns. *Mooren paradoksiin* nähden, joka on Wittgensteinin varsinaisena aiheena em. kohdassa. Samoin kuin väite, että »uskon, että p» ei kohdistu lausujaan, eli se ei kuvaa lausujan uskomusta, niin normisuositus »suositelen että Op» ei kuvaa esittäjäänsä tai ehdotusta uudesta säännöstä (esim. *de lege ferenda*), vaan se kertoo voimassa olevasta oikeudesta.

¹⁹⁷ Ks. *Niiniluoto*, On the Truth of Norm Propositions, s. 179 ja 180 ja *Aarnio*, On Truth and Acceptability, s. 45.

¹⁹⁸ *Hegel*, Logik I, s. 54 ja 63 ja Logik II, s. 154 ja 156. Hegelin kriittisestä suhtautumisesta *Kantin* olioon sinänsä, *Taylor*, Hegel, s. 271–273 ja 298, *Manninen*, Tietokyky mittauslaitteena, s. 220–222, *Hänninen*, s. 24, 28, 31 ja 65, *Wahlberg*, Johdanto Snellmanin luentoihin, s. 382 ja *Snellmanin* luennot keväällä 1843, 13, 17 ja 21 § s. 398, 402 ja 406.

to ja korrespondenssi menettävät merkityksensä lainopin tietoteoriassa.¹⁹⁹ Totuutta ja oikeutusta ei johdeta induktiivisesti yksittäisestä esim. havainnoista yleiseen, yleisempiin lauseisiin tai teorioihin, vaan päinvastoin yleisestä yksittäiseen. Vaikka myös teoilla tai institutionaalisilla tosiseikoilla on tapahtumina yhteys havaittavaan todellisuuteen, inhimilliseen käyttäytymiseen, ei *teon tekemisen oikeellisuus tai sitä koskevan lauseen oikea sisältö* määräydy kielen ulkoisesta todellisuudesta käsin, vaan sen *määrää yhteisön kielelliset merkitykset, yhteisön käsitteellinen traditio ja instituutiot*. Oikeellisuus tai totuus tässä merkityksessä tarkoittaa teon oikein ymmärrettyä merkitystä.²⁰⁰ Teko voidaan myös tekijän taholta ymmärtää väärin, ja se voidaan tässä mielessä tehdä väärin, ja teko voidaan ymmärtää muiden taholta väärin.

Lause esitetään tai teko tehdään oikealla tavalla ja se ymmärretään oikealla tavalla suhteessa yleisempään ja puhtaasti käsitteelliseen instituutioon. Tämä on ainoa oikea tapa ymmärtää lainopillisen lauseen ja teon merkitys. Siksi välittömästi havainnon kohteena olevan luonnon asiantilaa kuvaavan lauseen totuus määräytyy havainnon kautta ja lauseen totuus voidaan mielekkäällä tavalla ymmärtää korrespondenssiteorian avulla. Institutionaalisen teon oikea ja korrekti tekeminen ja tekoa kuvaavan lauseen *totuus* ei sen sijaan ole totuutta korrespondenssin merkityksessä, vaan sen perusteella, onko se koherentissa suhteessa ins-

Kokonaisuutena Hegelin Kant-kritiikki suuntautuu Kantin luonnontieteen tietoteorian dualismia vastaan. Hegelin mukaan välitön havainnon sisältö ja transsendentaaliset käsitteet on yhdistettävä ja niiden perusteella on muodostettava (ylitettävä) kolmas taso, käsitteiden kokonaisjärjestelmän taso. Olio sinänsä on hylättävä, koska myös välitön havainto on refleksiota, ja on vain käsitteellinen refleksio, eikä voi olla mitään tuntematonta oliota eikä myöskään subjektia sinänsä, koska myös niiden ajatteleminen on käsitteellistä refleksiota. Tämän takia Hegelin kokonaisenhenki (absoluuttinen itsetajunta) voidaan nähdä analogisena *Wittgensteinin* universaalien kielen kanssa. Hegelin mukaan siis myös fenomeenat ovat intelligibilia, ei vain noumeenat. Hegelin mukaan Kantin kategorioiden myös tiedostava subjekti pyritään häivyttämään transsendentiksi. Hegel, Logik I, s. 63 ja *Findlay*, s. 86.

Hegel katsoi itse, että Kantin transsendentaalinen logiikka vastasi hänen objektiivista logiikkaansa. Tämä ilmenee siten, että vaikka Hegel hylkää Kantin *transsendentin* olion sinänsä, hän ei hylkää *transsendentaalista* oliota sinänsä eli noumeena. Karkeasti yksinkertaistena voidaan sanoa, että Hegelin tiedonmuodostumisen prosessissa eli dialektisen logiikan mukaisessa refleksioprosessissa Kantin välitön havainnon sisältö ja fenomeena vastaavat välitöntä, määrittelemätöntä olevaa (*ansichsein*, olemuslogiikka teesi) ja transsendentaaliset käsitteet tai kategoriat ja noumena apriorisia olemuksia (*fürsichsein*, objektiivinen logiikka, antiteesi). Kantin tietoteorian ylittävät, edellisiin perustuvat absoluuttiset käsitteet (*anundfürsichsein*, spekulatiivinen tai subjektiivinen logiikka, synteesi) ovat osa kokonaisenhenkeä tai kulttuuritraditiota. Hegel haluaa näin ollen ylittää myös *Aristoteleen*, koska hän haluaa kytkeä aineen ja olemukset eli substanssiopin korkeammanasteiseen järjestelmään.

¹⁹⁹ Ks. *Summers*, Toward a Better General Theory of Legal Validity, s. 72.

²⁰⁰ *Gadamer*, s. 460 ja 461.

tituutioon, jonka puitteissa teko ymmärretään yhteisössä. Kysymys on lauseen *yhdenmukaisuudesta yhteisön tradition kanssa*. Totuus on tällöin lauseen tai käsitteen ominaisuus, mutta sen *totuusehdot ovat* sen saama aineellinen ja käsitteellinen tuki instituutiolta eli *institutionaalinen tuki* (laajassa merkityksessä).

Instituution »olemassaoloa» tai »totuutta» ei puolestaan pyritä johtamaan mistään kiintopisteestä tai yhteisön kielen ulkopuolisesta tekijästä, vaan se ymmärretään puhtaasti konventionaaliseksi eli yhteisössä käsitteellisesti omaksutuksi. Myös instituutio voidaan ymmärtää oikein, kun ymmärretään sitä koskeva sopimus. Instituutio on kontingentti, tietyssä yhteisössä tiettynä aikana omaksuttu käsite ja sen sisältö. Instituution yläkäsitteinä ovat vain yhteisö ja elämänmuoto ja niiden mukaiset yleiset eli yhteisön jäsenten yhteiset kielelliset merkitykset. Tämän totuuskäsityksen lähtökohtana voidaan pitää ns. *hegeliläistä totuutta*. Sitä voidaan kutsua myös henkítieteiden totuudeksi.²⁰¹

Hegelille totuus on ensisijaisesti käsitteellistä välttämättömyyttä. Hän ottaa lähtökohtaisesti huomioon kyllä molemmat edellä mainitut totuuskäsitykset, joista voidaan käyttää myös nimityksiä *propositionaalinen* (muodollinen) tai *realistinen* ja *materiaalinen totuus*. Hegel on kuitenkin kiinnostunut vain jälkimmäisestä totuudesta, jota juuri tämän takia kutsutaankin hegeliläiseksi. Hänelle materiaallinen totuus ei ole tavanomaisen luonnontieteen mallin mukainen synteettinen ja korrespondenttinen totuus, vaan pikemminkin *yhdenmukaisuutta asian perustana olevan käsitteen tai idean eli sen oikean olemuksen kanssa*. Todellisuus ja tosiseikat, tai tässä tieto niistä on oikea ja tosi, jos se on yhdenmukainen tosiseikkoihin nähden määräävässä asemassa olevien ideoiden ja käsitteiden kokonaisuuden kanssa. Yhteiset ideat ja käsitteet ovat osa kokonaisuhenkeä tai yhteistä kieltä.

Tämän mukaisesti tieto ja ymmärrys asiasta on oikea, jos teko on yhdenmukainen sen käsitteen kanssa, jonka alaisuuteen se kuuluu. *Aktuaali manifestatio on tosi tai oikea, jos se on identtinen itsensä so. olemuksensa kanssa*, mutta se on epätosi tai väärä, jos se on satunnainen ja poikkeaa olemuksestaan. Abstrakti ja potentiaalinen oikeus tulee konkreettiseksi ja todelliseksi tekojen ja päätösten kautta. Vastaavasti lause tai arvostelma on tosi ja oikea, jos siinä on ymmärretty käsitteen oikea ja oikein määräytynyt merkitys. Tämän takia satunnaisuus on Hegelille epätotta, epärationaalista ja epätodellista, koska se on poikkeamista siitä mitä teon tai asian pitäisi käsitteen tai idean merkityksen mukaisesti olla. Konkreettisen ja yksittäisen totuus ja oikeellisuus on tällöin vastaavuutta yleisimpiin käsitteisiin ja niiden välisiin suhteisiin. Hegelin totuuskäsitys sisältää luontevalla tavalla myös *teleologisen* elementin tämän käsitteen aris-

²⁰¹ Ks. *Gadamer*, s. XXX, 14 ja 15.

totalisessa merkityksessä, koska totuudessa on kysymys myös päämäärästä tai tavoitteesta. Teleologian pitää kuitenkin olla *sisäistä*, käsitteellistä, niin että yksittäiset päämäärät määräytyvät koko käsitejärjestelmän osoittamalla tavalla. Hegeliläinen teleologia edellyttää näin ollen holistista näkemystä. Realisaatio tai manifestaatio voidaan tulkita myös päämääräksi, johon idea tai käsite pyrkii. Yksittäisen ja konkreettisen totuus tai oikeellisuus on tällöin välttämätön asettuneen päämäärän mukainen manifestaatio.²⁰²

Olenneisinta hegeliläisessä totuuskäsityksessä on, että »annettu reaalisuus tai konkreettinen», oleva sinänsä (*ansichsein*) ei ole määräävä tiedon totuuden suhteen, vaan määräävä on systemaattinen käsitteellinen ajattelu apriori, joka osoittaa ja järjestää yksittäiset asiantilat, eli oikeuden osalta yksittäiset lainopin lauseet ja päätökset.²⁰³ *Totuuden määräytymisen suunta on näin ollen hegeliläisessä totuudessa päinvastainen kuin propositionaalisessa tai realismin mukaisessa totuudessa.*

Edellisen perusteella tulee ymmärrettäväksi Hegelin Oikeusfilosofian esipuheessa esitetty tunnettu kaksoisvirke: »*Mikä on järjestänyt, on todellista; ja mikä on todellista, on järjestänyt*». Lauseet voidaan perustellusti muotoilla myös seuraavalla tavalla, kun olla-verbi muutetaan Hegelin koko filosofiaan nähden adekvaatimmaksi tulla-verbiksi (*werden*): *Todelliseksi tulee se, mikä on järjestänyt; ja järjestäiseksi tulee se, mikä on todellista.*²⁰⁴

Todellisuus eli tosi konkreettinen ja rationaalisuus ovat ekvivalentit. Päättelyssä voidaan osoittaa *kehä*, joka on analoginen konventionalismin kehälle. Kaksoisvirke ilmaisee Hegelin maailman deterministisyyden ja rationalismin ja samalla myös Hegelille keskeisen kahdensuuntaisuuden *refleksiossa*. Konkreettinen ja yksittäinen vaikuttaa kokonaisuuteen ja abstraktiin ja kokonaisuus vaikuttaa yksittäisiin ja konkreettisiin. Tähän perustuu myös Hegelin kokonaisen-

²⁰² Pulkkinen, Valtio ja vapaus, s. 10 ja 11. Käsitteet propositionaalinen ja materiaallinen totuus ovat peräisin Heideggeriltä. Hegel Logik III, s. 185–193, 256, 294 ja 296, Taylor, Hegel, s. 310, 318, 319, 321, 323, 328 ja 329 ja Stern, s. 645 ja 646. Gadamerillä on samansuuntainen totuuskäsitys, Gadamer, s. 107, 109, 372 ja 373.

²⁰³ Wahlberg, Johdanto Snellmannin luentoihin, s. 381.

²⁰⁴ »*Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig* Hegel, Oikeusfilosofia, s. 14. Varsinaisessa oikeusfilosofiaa käsittelevässä kirjassaan lausuma on tässä muodossa, mutta ennen kirjan julkaisua tehdyissä luentomuistiinpanoissa fraasi on muodossa: »*Was Vernünftig ist, wird wirklich, und das Wirkliche wird vernünftig.*». Philosophie des Rechts. Die Vorlesung, s. 51. Manninen ja Kusch pitävät tätä luennoilla käytettyä muotoilua osuvampana ja paremmin yhteensopivana Hegelin muuhun ajatteluun. Manninen–Kusch, s. 225. Verbi tuleminen kuvaakin paremmin Hegelin filosofian ja logiikan dynaamista ja prosessiluonnetta kuin oleminen. Tieto ja käsitteet, siis käsitys todellisuudesta on Hegelillä korostetusti rationaalista tulemistä, ja toisaalta rationaalinen tuleminen on koko kuva todellisuudesta.

gen tai tradition tai *Wittgensteinin* termin elämänmuodon dynaamisuus. Tässä painotetaan yksittäisen määräytymistä kokonaisuuden perusteella.

4. *Institutionaalisen totuuden puolustus.* Totuus, todellisuus ja objektiivisyys saavat edellisen perusteella luontevan tulkinnan, joka soveltuu myös lainoppiin. Oikeudessa totta on yhdenmukaisuus yhteisön oikeudelliseen traditioon nähden ja konkreettista eli todellista tässä merkityksessä on se, mikä oikeuden idean ja käsitteiden järjestelmän osoittamalla tavalla tulee järjelliseksi ja todelliseksi.²⁰⁵ Yksittäinen ja konkreettinen, esim. *tuomioistuimen päätökset ja lainopin yksittäiset tulkinnat ovat tämän mukaisesti määräytyneet kokonaisvaltaisen oikeuden tradition eli koherentin käsitteellisen kokonaisjärjestelmän perusteella.*²⁰⁶ Konkreettinen ja todellinen on osoitus rationaalisuudesta (järjellisydestä), jota se manifestoi. Tässä mielessä päätökset ja tulkinnat kieli- ja institutionaalisina tekoina ovat abstraktin ja yleisemmän oikeuden ruumiillistumia.²⁰⁷ Tämä koskee sekä säädöksiä, jotka voidaan ottaa lainopissa ja ratkaisutoiminnassa annettuihin, että myös niiden tulkintaa. *MacCormickiin* viitaten voidaan todeta, että säännöistä ei sinänsä ilmene tulkintaa ohjaavia periaatteita tai tavoitteita, vaan ne voidaan reflektoida ja ymmärtää oikein vain, kun säännöt nähdään osana koherenttia kokonaisuutta.²⁰⁸ Oikeusjärjestelmä osana yhteisön traditiota ja elämänmuotoa voidaan tällöin nähdä hegeliläisen kokonaishengen yhtenä ulottuvuutena ja sen instituutiot, käsitteet ja periaatteet olemustason käsitteinä.

Hegeliläistä epäilemättä puhtaan idealistista totuuskäsitystä voidaan perustellusti arvostella, jos sitä pidetään luonnontieteen totuuskäsityksenä. Tässä on

²⁰⁵ *Hegel*, Oikeusfilosofia, johdanto, XX ja XXI, suom. s. 63 ja 1, 2, 33 ja 360 §.

²⁰⁶ *Gadamer*, s. 254, 264 ja 265.

Aarnio-Alexy-Peczenik III, s. 436, 438 440 ja 444. He (lähinnä Aarnio) tulevat varsin lähelle tässä omaksuttua näkemystä lainopillisesta tiedosta, kun he päätyvät seuraaviin määritelmiin. Lähtökohtana on määritelmä normilauseen totuudesta (I), joka palautuu määritelmään tulkintalauseen (tulkintavaihtoehdon) hyväksyttävyydestä (II), joka puolestaan palautuu määritelmään hyväksyttävyyden ehdoista (III). Viimeistä määritelmää voidaan pitää myös määritelmänä normilauseen totuusehdoista.

def I. A norm contention (interpretation contention) is true if, and only if, there is coherence between the contention and the interpretative material presented in support of it. def II. The interpretation with the greatest rational acceptability has the greatest societal relevance.

def. III. The interpretation for which one can achieve the rational acceptance of the widest audience has the greatest social relevance.

²⁰⁷ *Gadamer*, alk. s. 105. Ks. myös *Brusin*, s. 227, kun hän tarkastelee tuomarin harkintaa aukkotapauksessa: »Arvoratkaisuthan ilmenevät juuri yhteiskunnan struktuurissa, ne ovat siinä muuttuneet »pelkistä aatteista», vain ihanteista lihaksi ja vereksi, ihmisten jokapäiväiseen elämään ratkaisevasti vaikuttaviksi tekijöiksi. Yhteiskuntaa hallitsevat arvot ja ihanteet eivät leijaille irrallaan sen yläpuolella, vaan ne »materialisoituvat» yhteisön tosiasiallisessa rakenteessa.» *Brusin*in esitys sisältää myös oikeusrealistisen elementin

²⁰⁸ *MacCormick*, s. 74.

omaksuttu lähtökohta, jonka mukaan lainopillinen tieto poikkeaa ratkaisevalla tavalla luonnontieteellisestä, koska transsendenttia »todellisuutta sinänsä» ei voida konstruoida eikä olettaa. Kritiikki ei näin ollen koske hegeliläistä totuuskäsitystä lainopillisesta tiedosta.

Hegelin totuuskäsityksestä on nähdäkseni kuitenkin välttämättä poikettava eräissä keskeisissä kohdissa, kun silmällä pidetään totuutta oikeustieteessä, vaikka se tarjoaakin hedelmällisen lähtökohdan lainopin totuuskäsitykselle. Tässä ei varsinaisesti seurata Hegeliä käsitteiden muodostamisessa vastakkainasettelun eli ristiriidan menetelmän (dialektiikan) kautta. Oikeellisuutta tai totuutta ei voida myöskään nähdä käsitteellisenä välttämättömyytenä, vaan lauseen totuus perustuu sen *ei-deterministiseen aineelliseen oikeuttamiseen yleisemmän tason argumentin avulla*. Käsitteen tai idean asemasta on tarkoituksenmukaisempaa puhua *instituutioista ja oikeusjärjestelmän kokonaisuudesta*, jotka ovat kontingentteja.²⁰⁹ Totuuskriteerinä on syytä korostaa lauseen suhdetta käsitteellisesti yleisempään lauseeseen tai käsitteeseen. Viime kädessä instituutioiden ja normien osalta todellista ja totta on näin ollen se, minkä yleisesti uskotaan olevan todellista ja totta

Keskeisenä ajatuksena on tällöin, että *teko tai normilause on oikea, oikein ymmärretty tai tosi, jos ja vain jos se on hyvin perusteltu ja koherentissa suhteessa instituutioon, jonka alaisuuteen se luetaan ja suhteessa koko oikeusjärjestelmään*.²¹⁰ Eli Summersin sanoin: Oikeussääntö on »*The actual institutional embodiment of this ideal*».²¹¹ Totuus tai oikeellisuus on tämän mukaisesti teon tai lauseen yhdenmukaisuutta rationaaliseksi oletetun yhteisön tradition kanssa. Näin muodostettua totuusmääritelmää kutsun tässä *institutionaaliseksi totuudeksi*, joka merkitsee samaa kuin että teko tai lause on institutionaalisesti oikeutettu. Kysymys on yksinkertaisesti *vetoamisesta käsitteellisesti yleisemmän tason argumenttiin oikeudellisessa harkinnassa ja yhteensopivuuteen suhteessa koherenttiin lauseiden kokonaisuuteen*, jonka osana lausetta tai ratkaisua pidetään. Sa-

²⁰⁹ Ks. Hart, kun hän lausuu: »*But consider now sentences where the words used derive their meaning from legal or social institutions, for example, from the institution of property, but are simple non-technical words.*» Hart, The Ascription of Responsibility and Rights, s. 157.

²¹⁰ Ks. Aarnio–Alexy–Peczenik III, s. 438.

Vähintäänkin samansuuntaisena on pidettävä myös Dworkinin lainopin totuusmääritelmää: »*According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice.*» Dworkin, Law's Empire, s. 225. Dworkinin määritelmästä on huomattava, että se tähtää liberaaliin tulkintaan ja lain soveltamiseen. Propositio ei ole sovelias termi tällaisen totuuskäsityksen yhteydessä.

²¹¹ Summers, A Formal Theory of the Rule of Law, s. 129

malla omaksuttu totuuden määrittely merkitsee sen kanssa vaihtoehtoisen, *propositionaalisen totuuskäsityksen hylkäämistä* lainopin osalta.²¹²

Institutionaalisen totuuskäsityksen vuoksi käsitykset *tiedosta* ja *totuudesta* liittyvät välittömästi toisiinsa, koska niillä on sisäinen yhteys. Varsinaisesti tietokäsitys palautuu koherentismiin, ja myös totuus on lauseen yhtäpitävyyttä toisiin, yleisemmän tason argumentteihin. Totuuden kannalta koherenssi ei ole kuitenkaan riittävää. Lähtökohtaisesti sen avulla voidaan osoittaa vain ehdotetun lauseen yhteensopivuus tai -sopimattomuus suhteessa yhteen mahdolliseen systeemiin. Yhteensopivia vaihtoehtoja on yleensä useita, jolloin koherenssi voi toimia vain negatiivisesti, poissuljennan perusteena. Ensiksi on osoitettava *oikea*, koherentti *systeemi*. Toiseksi on osoitettava positiiviset perusteet, joiden perusteella tehdään *valinta* oikeassa systeemissä useiden vaihtoehtoisten johtopäätösten välillä. Valinta eri mahdollisten koherenttien vaihtoehtojen välillä on tehtävä aineellisen argumentoinnin ja oikeuttamisen avulla. Oikea valinta osoittaa tällöin toden johtopäätöksen.

Koherenssi ja totuus ovat näin ollen myös lähellä toisiaan, koska ne molemmat sisältyvät oikeuttamiseen. Ne voidaan erottaa vain analyysin avulla. Oikeutuksen esittäminen osoittaa samalla koherenssin ja käytetyt totuuskriteerit. Korrespondenssiteorian edellyttämää vahvaa erottelua lauseiden yhteensopivuuden ja vastaavuuden kielen ulkoisen todellisuuden suhteen ei sen sijaan tarvitse eikä voida tehdä. Analyysin ja synteysin välinen ero nähdään näin ollen suhteellisenä. Tässä suhteessa totuutta ei voi erottaa sen havaitsemisesta, osoittamisesta tai lauseen esittämisestä. Ei voida olettaa kielestä ja inhimillisestä tajunnasta riippumattomia, sitä ennen olevia ja tässä mielessä »annettuja» normeja normilauseiden kohteena.²¹³

²¹² Ks. samansuuntainen lausuma Aarniolla »... lainopin osalta ei »totuudesta» voida puhua termin tavanomaisessa mielessä», jota ennen hän on viittanut väärään analogiaan empiiristen luonnontieteiden ja verifiointin suhteen. Aarnio, Juridisen tutkimuksen näköaloja, s. 402. Samoin Aarnio, Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt?, s. 158.

Myös Aarnio näyttää viittaavan propositionaalisen totuuskäsityksen vaihtoehtona totuuteen, joka merkitsee yhdenmukaisuutta suhteessa yhteisiin omaksuttuihin käsitteellisiin merkityksiin. Hän kuitenkin täsmentää tradition hermeneuttisen terminologian mukaisesti auditoriksi, näkee tiedonmuodostuksen perelmanilaisen ns. uusretoriikan mukaisesti dialogina ja puhuu ei-positivistisesta varmuudesta. Aarnio myös kieltää tiedon objektiivisuuden, koska hän näyttää puhuvan objektiivisuudesta vahvassa ja yliyliteollisessa merkityksessä. Kuitenkin yksittäiset normit ja oikeudelliset päätökset ovat hänen mukaansa koko yhteisön sääntösystemin manifestaatio. Objektiivisuuskäsitykseen näyttää perustuvan myös hänen arvorelativisminsa. Vertauskohtana on positivistinen ja propositionaalinen totuus- ja objektiivisuuskäsitys. Aarnio, On Legal Reasoning, s. 105–107, 115 ja 119–122.

²¹³ von Wright, Norm and Action, s. 94. Ks. Wikström, Oikeuskäytännön tulkinnasta, s. 58 ja 59.

Lainopillisten lauseiden totuus ei määräydy kielen ulkoisesta todellisuudesta käsin. Päinvastoin, institutionaalisten tosiseikkojen oikea merkitys määräytyy niitä edeltävistä käsitteellisistä puitteista. Tämä ilmenee selkeästi siten, että käsitteistä ja normeista voidaan poiketa, ja päätöksenteko ja myös pätevät normit voivat olla epäjohtonmukaisia, vaikka tätä muodollisen oikeudenmukaisuuden takia yleensä pyritään välttämään. Oikea tieto voi olla tässä mielessä epäjohtonmukaista, mikä eroaa selvästi esim. tavanomaisesta luonnontieteellisestä tietokäsityksestä. Oikea tieto myös selkeästi seuraa yhteisön »tahtoa», mikä ei sovellu luonnontieteeseen.

Oikeudellisessa päätöksenteossa säännöistä voidaan *yksittäistapauksissa poiketa* ilman, että kiistetään niiden pätevyys, ja sääntöihin liittyy myös yleisemmällä tasolla mahdollisuus *poikkeussääntöihin*, joita ei voi etukäteen tyhjentävästi määritellä.²¹⁴ Tämä sulkee pois ehdottomat käsitteelliset kategoriat ja loogisesti pätevän päättelyn lainopissa. Lainopillinen päättely niin lainopissa kuin ratkaisutoiminnassakin on aineellista ja sisältää aina todellista *harkintaa*. Niin kuin *Hart* on osoittanut, tämä ilmenee siten, että tavanomaiset oikeuslähteet eivät voi osoittaa johtopäätöksille varsinaisesti riittäviä edellytyksiä vaan *vain tyyppitapauksissa, ennakoiduissa normaaliolosuhteissa välttämättömät ja riittävät edellytykset ja argumentit*. Väliintuleva tekijä on aina mahdollinen. Käsitteitä ja sääntöjä kuvaavien lauseiden totuus ja lainopin käsitteet ovat näin ollen suhteellisia ja kumoutuvia (*defeasibility*).²¹⁵ Käsitteellisesti pätevältä näyttävä johtopäätös voidaan aina kiistää. Selvää on myös, että käsitteet, säännöt ja päätöksenteko muuttuvat ajassa.

Jo aiemmin mainitun *Kantin* pitäminen sisältää voimisen -periaatteen perusteella voidaan tehdä se johtopäätös, että mielekkäät säännöt ovat tiettyssä käsitteellisessä suhteessa tekoihin. Kysymyksessä eivät kuitenkaan ole aktuaalitodellisuuden (-maailman) teot vaan mahdolliset, *potentiaaliset teot*. Myöskään normin pitämiselementti ei viittaa aktuaalimaailmaan, vaan ennemminkin yhteen mahdolliseen maailmaan, *ideaalimaailmaan*. Normin tai normilauseen mieleen ei sisälly aktuaalimaailman kuvaus. Tämän takia myöskään *vastaavuussuhteella* (semanttinen referenssi tai korrespondenssi aktuaalimaailman suhteen) *tai verifiointilla ei ole merkitystä* normilauseen tai ratkaisun oikeuttamisessa eli oikeaksi osoittamisessa. Myös lähdetekstit ja niiden antaminen tai aiemmin tehdyt tuomioistuinten päätökset lainopillisen viittauksen kohteena ovat ennen kaik-

²¹⁴ *Waismannin* mukaan tämä pätee myös empiirisiin käsitteisiin ja lauseisiin. Myös niiden »sovellutusala» eli mahdollinen verifiointi ei ole etukäteen määrättävissä. *Waismann*, *Verifiability*, s. 120 ja 121.

²¹⁵ *Hart*, *The Ascription of Responsibility and Rights*, s. 147, 148 ja 154. *Baker*, s. 32, 43, 44 ja 45.

kea yhteisen kielen ja tradition kautta ymmärrettäviä asioita, institutionaalisia tosiseikkoja, ei niinkään empiirisiä tosiseikkoja, vaikka niihin liittyy myös ekstensionaalinen ulottuvuus.

Institutionaalinen totuuskäsitys oikeuttaa puhumaan paitsi indikatiivisten lauseiden niin myös tekojen ja tätä kautta myös oikeudellisen päätöksenteon totuudesta tai oikeellisuudesta. Päätös on tosi oikean merkityksessä, kun se on yhdenmukainen sen instituution kanssa, jota se eksplikoi ja toteuttaa. Mitään esitetä ei periaatteessa ole myöskään tällöin puhua preskriptioiden eli normi-ilmausten totuudesta.²¹⁶ Institutionaalinen totuus voi kattaa näin ollen paitsi normilauseen oikeellisuuden myös normin pätevyyden. Normi-ilmaus on totta tai oikea, jos ja vain jos se on yhdenmukainen suhteessa instituutioon, jonka alainen se on, tai muutoin yhdenmukainen suhteessa ao. oikeustraditioon. Yksi vakiintunut tieto-opillinen dogmi voidaan tätä kautta asettaa kyseenalaiseksi.

Analogisesti Lewis katsoo kieltä koskevan sopimuksen sopimukseksi totuudesta tässä kielessä.²¹⁷ Kielen käyttö on oikeaa eli totta, kun se on sopimuksen mukaista.

Oikeusrealistisiin, erityisesti tuomioistuinrealismiin viitaten voidaan edellä mainituista totuuskäsityksistä käyttää esimerkkinä kysymystä *tuomioistuimen päätöksen totuudesta tai oikeellisuudesta*. Jokin totuuskäsitys on myös tuomioistuimen päätöksen osalta omaksuttava, tai muutoin ei voida puhua lainkaan oikeista tai vääristä päätöksistä. Selvää kuitenkin on, että päätös voi olla yksiselitteisesti väärä, jolloin se voi olla myös oikea. Totuusominaisuuden ei tarvitse, eikä se voikaan olla tässä yhteydessä bivalenttisen totuuskäsityksen mukainen tarkkarajainen joko/tai -kysymys, vaan huomattavasti *suhteellisempi liukuva asteikko*. Oikeampi päätös on parempi päätös.

Usein on kuitenkin katsottu, että päätöksellä ei voi olla totuuskvaliteettia. Tämä on nähdäkseni johtunut vain siitä, että luonnontieteen filosofiasta omaksuttu totuuskäsitys ei sovi oikeuteen eikä tuomioistuimen päätöksen arviointiin. Mainitut kannat on näin ollen tulkittava kannanotoksi vain suhteessa propositionaaliseen totuuteen, jota niissä yleensä on myös pidetty silmällä.

5. *Oikeuslähteiden asema*. Lainopin lauseen tai tuomioistuimen päätöksen totuus tai oikeellisuus arvioidaan *ex post* luonnollisesti *ensi sijassa* sillä perusteella, onko sen yhdenmukainen *oikeuslähteissä täsmennetyn yhteisön oikeudellisen tradition* kanssa. Institutionaalinen tuki kapeassa merkityksessä eli *muo-*

²¹⁶ Ks. Weinberger, Law, Institution and Legal Politics, s. 80

²¹⁷ Lewis, Convention, s. 177, 178 ja 183. Lewis katsoo, että myös imperatiivien noudattamista (oikeina eli tosina tekoina) voidaan pitää totuutena, sopimuksen mukaisena käyttäytymisenä. Lewis, s. 184.

dollinen tuki esitetään viittaamalla oikeuslähteisiin.²¹⁸ Tämä on korostetusti muodollista arviointia, ja erikseen on arvioitava päätöksen *aineellinen* oikeellisuus eli hyväksyttävyys.²¹⁹

Tuomioistuinten päätöksiä ei toisaalta voi ennustaa eli arvioida *ex ante* luonnontieteissä omaksutussa merkityksessä. Determinismin estää päätöksiin välttämättä sisältyvä harkinta ja mahdolliset väliintulevat tekijät. Olenaista tässä suhteessa on, että päätös perustellaan ensisijaisesti viittaamalla oikeuslähteisiin, ja yksittäistä päätöstä myös arvioidaan ensisijaisesti lähteiden perusteella. Päätöksen muodollinen totuus tai oikeellisuus on näin ollen yhdenmukaisuutta oikeuslähteiden kanssa, ja totuuskriteerinä on oikeuslähteiden antama institutionaalinen tuki. Institutionaalinen totuus ei merkitsekään vastaavuutta oletetun erillisen, kielen ulkopuolisen kohteen kanssa, vaan *sisällöllistä yhdenmukaisuutta sen tradition kanssa, jonka osaksi lausetta esitetään*. Sen takia on myös täysin järkevää puhua *abstraktin oikeuden konkretisoimisesta* tai konkretisoitumisesta oikeudellisten ratkaisujen muodossa.²²⁰ Päätely on korostetun holistista, yleisestä yksittäiseen. Sama koskee vastaavasi lainopin lauseita.

Traditio ilmaisee yhteisön omaksumisen eli sopimuksen, joka voidaan eksplikoida objektiivisten kriteerien eli oikeuslähteiden avulla. Oikeudellinen traditio ja sopimus osana elämänmuotoa muodostavat tällöin totuuden tai oikeellisuuden viimeisen kriteerin, joka samalla ehkäisee päättymisen jyrkkään relativismiin. Oikeutta ei voi palauttaa yksilötasolle. Tämä mahdollistaa myös sen, että *lainopillista tietoa* yhteisön puitteissa voidaan pitää sekä objektiivisena että *relatiivisena*.²²¹ Lausuttu muodostaakin sopimusopin ja lainopin tietoteorian keskeisimmän yhteyden, jota täsmennetään edempänä.

Oikeuslähteille on ominaista, että ne ovat päätökseen nähden käsitteellisesti yleisemmällä tasolla, ja että niissä viitataan instituutioihin. Lainopillisen konventionalismin mukaisesti *kirjoitettu laki ymmärretään tässä välittömimmäksi yhteisön käsitteellisesti hyväksymäksi oikeudellisen tradition eksplikaatioksi ja insituutioiden ensisijaiseksi normatiiviseksi tulkinnaksi*. Lainsäädäntötoimiin tosiasiallisina, historiallisina ja myös institutionaalisina tekoina ja tuotettuihin teksteihin viitataan tällöin muodollisena oikeutuksena väitteille voimassa olevasta oikeudesta.²²² Kysymys on toiminnasta, jossa yhteisö konkreettisesti asettaa itselleen sääntöjä. Väitteen tai päätöksen totuuden tai oikeellisuuden määräävät

²¹⁸ Hannu Tolonen, Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä, s. 188.

²¹⁹ Aarnio–Alexy–Peczenik III, s. 436.

²²⁰ Wikström, Oikeuskäytännön tulkinnasta, s. 214.

²²¹ Ks. Gadamer, s. 280 ja 281.

²²² Weinberger, s. 39.

näin ollen ensisijaisesti oikeuslähteet. Tärkeää on myös havaita, että muodolliset oikeuslähteet määrittävät lauseen tai päätöksen oikeellisuuden vain ensisijaisesti, ei tyhjentävästi.

Edellisen perusteella institutionaalisen totuuden asemaa lainopin tietoteoriassa voidaan tarkentaa seuraavalla tavalla: Yhteisön traditio ja instituutiot ovat lainopin suhteen osittain annetun *esitiedon* asemassa mutta osittain niihin vedotaan suoraan. Perimmäisenä esitietona voidaan pitää käsitystä omasta *elämänmuodosta*, jota edellistä eksaktimpi yhteisön *traditio* ilmentää. Elänmuoto ja traditio ovat samankaltaisessa asemassa kuin luonnontieteitten käsitteelliset sitoumukset, jotka edeltävät varsinaista aineellista tietoa. Tämän takia institutionaalinen totuus ja tieto ovat analogisia suhteessa propositionaaliseen totuuteen ja tietoon. *Institutionaalisessa tiedossa* vedotaan ensisijaisesti oikeuslähteisiin vastaavasti kuin luonnontieteissä verifiointiin. Välillisesti institutionaalinen tieto vetoaa kuitenkin omaan esitietoonsa.²²³ Erityislaatuista institutionaalisessa tiedossa on, että sen suhde välittömiin oikeuslähteisiin on samanlainen kuin suhde esitietoon. Siksi lainopillisessa tiedossa voidaan vedota myös suoraan esitietoon, traditioon ja instituutioihin.

Merkittävää tässä yhteydessä on, että *oikeuslähteet, tärkeimpänä kirjoitettu laki ovat määrääviä tuomioistuinten päätöksiin nähden*, joten tieto voimassa olevasta oikeudesta saadaan lähtökohtaisesti tutustumalla oikeuslähteisiin, ei tuomioistuinten tosiasiilliseen ratkaisukäytäntöön tai yhteisön jäsenten tosiasialisiin mielipiteisiin. Tämä on samalla lähtökohtaisesti *lakipositivistinen* teesi, joka ilmaisee idean *valistuksen* aatteiden mukaisesta säädännäisen oikeuden järjestelmästä ja jonka mukaan yhteisön tietoisuus omista normeistaan eksplikoidaan ensisijaisesti säädösten avulla. Kysymys ei ole myöskään metafyyysisestä virhepäättelystä, koska voimassa olevaa oikeutta ei samaisteta havaittavan todellisuuden suhteen, vaan kysymys on kielellisestä abstraktiosta ja yhteisestä tiedosta.

Voidaan sanoa, että abstrakti ja potentiaalinen voimassa oleva oikeus, joka jää sinänsä tiedon ulkopuolelle, konkretisoituu lainopin lauseissa ja päätöksissä. Oikeuslähteiden perusteella voidaan tehdä johtopäätöksiä sekä voimassa olevan oikeuden että tuomioistuinten päätösten suhteen, mutta tutkimalla tosiasiallista ratkaisukäytäntöä ei voida tehdä luotettavia johtopäätöksiä. Tuomioistuinten päätös onkin institutionaalinen tosiseikka, joka voidaan ymmärtää oikein yhteisössä vain tuntemalla instituutiot, niiden oikeudelliset tulkinnat ja viime kädessä koko oikeusjärjestelmä, jonka alaisuuteen ne kuuluvat. Myös tuomio-

²²³ Ks. von Wright, Wittgenstein, Varmuudesta, s. 22 ja 23 ja Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 216.

istuimen jäsenet voivat päätyä oikeaan päätökseen vain tällä tavalla. Lainopin tutkijalla ei voi puolestaan olla erilainen tiedon lähteistö, mikäli hän haluaa tutkia samaa voimassa olevaa oikeutta, jota tuomioistuimien soveltaa.²²⁴

6. *Kelsenin dualismi.* Asiallisesti ottaen koko edellä oleva oikeusrealismin kritiikki pyrki osoittamaan juuri vaikeudet ja umpikujan, joihin realismi, korrespondenssi-ajattelu ja bivalenttinen totuuskäsitys johtavat. Dualistisen ontologian oletettu toinen puoli, kielen ulkoinen todellisuus puuttuu. Ongelmat eivät kuitenkaan liity ainoastaan oikeusrealismiin. Vastaava ongelma voidaan osoittaa myös Kelsenin *puhtaassa oikeusopissa* ja lakipositivismissa. Myös Kelsenin oikeusteoria rakentuu bivalentssin ja ontologisen dualismin varaan. Kelsenin julkilausuttuna virheellisen aksioomana on, että jos lause on muodostettu subjektista, kopulasta ja predikaatista (jokin on jotakin), niin edellytyksenä on, että on oletettava kielen ulkoinen, ennen lauseen esittämistä oleva *annettu kohde*, jonka nimi subjekti on. Tämä koskee myös normilauseita.²²⁵ Väitelauseen, myös normilauseen on toisin sanoen välttämättä *semanttisesti viitattava* eli referoitava johonkin. Kelsenin totuuskäsitystä voidaan pitää näin ollen selkeänä *propositionaalisenä*. Tämä konstruktio johtaa vastaaviin vaikeuksiin kuin oikeusrealisteilla.²²⁶

Formalismin ohella Kelsen on omaksunut selkeitä realistisia ja filosofisen positivismin vaikutteita.²²⁷ Lainopin lauseitten kohteet ovat Kelsenille niistä ulkoisia tosiseikkoja, ei olevia seikkoja, vaan *oikeuden pitämistä eli lainsäätäjän tahtomista* ei-psykologisessa merkityksessä.²²⁸ Siksi lainoppi oli hänelle tietoa tahtomisesta, ei tahtomista. Loppuun saakka vietyä tämä kieltää varsinaisen lain-tulkinnan, koska »annetun lain» täydentäminen voi olla vain vapaata tarkoituksenmukaisuusharkintaa, eikä lainoppinut voi ryhtyä lainsäätäjäksi. Kelsen nimenomaisesti asettaa luonnontieteen ja lainopin lauseet rinnakkain, niitä erottavat vain erilaiset kohteet. Edellinen kuvaa luonnon kausaliteettia ilmentäviä ja jälkimmäinen normatiivisuutta eli sanktioiden määräämistä ilmentäviä hypoteettisia seuraamussuhteita. Koska Kelsen ei kuitenkaan edellytä lauseen kohteen olevan mitään havaittavassa todellisuudessa, sitä voidaan pitää »*kvasi-realismina*». Vastaavasti kuin *Mooren* hyvä ei-luonnollisena ominaisuutena Kelsenin oikea on ei-havaittava tiedon kohde, se asetetaan samaan asemaan kuin luonnontie-

²²⁴ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 16.

²²⁵ Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 33, 34 ja 153.

²²⁶ Laakso, s. 139.

²²⁷ Laakso, alk. s. 134.

²²⁸ Tahtoteoriaan liittyvistä vaikeuksista tulkinnassa ks. Aarnio, *On Truth and Acceptability*, s. 36 ja 37.

teen havaittavat kohteet, ja tietoteoria konstruoidaan tältä pohjalta.²²⁹ Väitelauseen kohteen olemassaolo on *ideell existence*.²³⁰ Tässä mielessä myös Kelsenin voidaan kritisoida olemisen ja pitämisen sekoittamisesta, koska hän korrespondenssin kautta yhdistää pitämisen olemiseen. Oikeuden pitäminen on hänelle ekvivalentti yhteisössä olevan lainsäätäjän tahdon ja normien asettamisen tai mainitun »ideaalisen olemassaolon» kanssa. Olevasta eli lauseen kohteen oletetusta ja tietynsisältöisestä olemassaolosta johdetaan pitäminen jonkin teon suhteen. Kysymys ei voi olla väitteen kohdetta kuvaavan lauseen asettamisesta argumenttilauseen asemaan, koska tällaista argumentointia ja sitä edeltävää kohteen verifiointia ei voida tehdä.

Kelsen asettaa ristiriitaisen *fiktio*n lauseen oletuksi kohteeksi, ei-olevan lauseen kohteen, joka kuitenkin oletetaan olevaksi eli tosiseikaksi lauseen kohteen. Tämän hän myös tuo epäsuorasti julki teoriansa keskeisen käsitteen, perusnormin yhteydessä.²³¹ Kuitenkin on selvää, että myöskään Kelsenillä normilauseiden totuus ei määräydy oletetun lauseen kohteen, transsendentin lainsäätäjän tahdon perusteella vaan aivan muusta suunnasta, esitettyjen argumenttien ja oikeuslähteiden perusteella. Argumentointi oikeuslähteiden perusteella ei ole »lainsäätäjän tahdon verifiointia» vaan yhteisön tradition ja instituutioiden normatiivista reflektointia ja täsmentämistä. Normeista voidaan puhua eli niistä voidaan *kertoa*, kun tämä kertominen ymmärretään metakielen käyttämisenä, mutta normeja ei voida varsinaisessa eli propositionaalisessa merkityksessä *kuva*ta.²³² Normilauseen mieleen ei sisälly minkään kielen ulkoisen »olemassaolevan» kuvaaminen. Pidän selvänä, että normilauseen mieleen ei myöskään kuulu mistään tahdosta kertominen. Voimassa olevaa oikeutta ei pidä olettaa naturalistisesti *käskyiksi*, joilla on välttämättä antaja.²³³

3.3.3 Institutionaalisen totuuden ilmeneminen lainopillisessa tulkinnassa

I. Yleistä. Institutionaalinen totuuskäsitys ei vaadi yksinomaista asemaa oikeudellisessa ajattelussa, mutta sillä on ilmeisen hallitseva asema varsinaisen lain-

²²⁹ Kelsen, s. 33, 35, 49, 164. Ks. Aarnio–Alexy–Peczenik III, s. 435.

»Realismi» ja edellytys korrespondenssisuhteesta tulee selkeästi esiin teoksessa *General Theory of Norms*, s. 21, 22–25, 28, 163, 171, 180, 229, 232, 233 ja 234.

Normilauseitten kohteita voidaan verrata Mooren konstruoimiin erikoisiin ei-luonnollisiin ja määrittelemättömiin ominaisuuksiin, jollainen hyvä on. Moore, *Principia Ethica*, s. 9 ja 20

²³⁰ Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 28.

²³¹ Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 256.

²³² Guastini, s. 312, 315, 316 ja 320.

²³³ Ks. Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 29.

opillisen tiedon kannalta. Eri pohjalta lähtevät mm. todistusteoria ja pohdinnat oikeudellisen sääntelyn tarkoituksenmukaisuudesta suhteessa tosiasialliseen yhteisöön. Selvää on, että institutionaalinen totuuskäsitys ei anna myöskään mitään vahvaa ja eksaktia totuuden määritelmää, mutta juuri *epäeksaktius* ja *ennustamattomuus* ovat olennaisia piirteitä sekä lainopillisessa ajattelussa että oikeudellisessa päätöksenteossa. Kysymys ei ole puutteellisuudesta, vaan kohtuus ja aineellinen oikeudenmukaisuus edellyttävät usein ennustamattomuutta suhteessa muodollisiin kriteereihin ja jopa epäjohdonmukaisuutta. Tulkinta tai ratkaisu voidaan oikeuttaa ja esittää eksaktisti suhteessa premisseihin praktisen syllogismin tai muun päättelykaavan muodossa vain *ex post* näkökulmasta.²³⁴ Lainopillinen päättely ja tulkinta ovat *konstitutiivisia*.

Institutionaalinen totuus tarkoittaa eräänlaista liukuvaa asteikkoa, jonka toisessa päässä on selvästi ja yksiselitteisesti väärä tieto tai päätös. Toinen pää on selvästi epäselvempi, koska lauseen totuus tai päätöksen oikeellisuus ei määräydy loogisesti tai deterministisesti, vaan harkinnan kautta; totuutta tai oikeellisuutta puolustetaan viittaamalla oikeuslähteiden, periaatteiden, tavoitteiden ja instituutioiden antamaan tukeen ja harkintaan. Argumentit ilmaisevat olennaisessa määrin juuri tätä tukea. Tämä mahdollistaa sen, että useat vaihtoehdot nauttivat yhtä painavaa institutionaalista tukea, eli oikeita tai tosia voivat olla useat toisensa poisulkevat vaihtoehdot. Myös tämä korostaa oikeudellisen ajatteluun sisältyvää harkintaa, vaihtoehtojen punnintaa ja usein tapahtuvaa valintaa useiden hyvin perusteltujen vaihtoehtojen välillä.

Institutionaalinen tuki voidaan määritellä suppeassa tai varsinaisessa merkityksessä, jolloin sillä viitataan *muodollisiin argumentteihin* esim. säädöksiin ja muihin virallislähteisiin. Institutionaalinen tuki voidaan määritellä myös laueammin, siten että se sisältää myös *aineelliset argumentit*. Voidaan puhua muodollisesta ja aineellisesta tuesta. Vastaavasti tässä käytetty institutionaalinen totuus voidaan ymmärtää suppeammin tai laueammin. Sillä voidaan viitata yhdenmukaisuuteen suhteessa muodollisiin oikeuslähteisiin tai suhteessa myös aineellisiin periaatteisiin ja tavoitteisiin. Lainopillisen argumentoinnin näkökulmasta instituutioilla on näin ollen selkeästi muoto ja sisältö.

Lainopillinen päätöksenteko ja harkinta lainopillisessa tulkinnassa on juuri niin tarkasti ennustettavissa kuin inhimillinen käyttäytyminen ja harkinta ovat ennustettavissa jatkuvassa muutostilassa olevan kulttuuritradition puitteissa. Ihmiset yhteisönä määrittelevät traditiota tekojen kautta ja toisaalta traditio on määrävässä asemassa suhteessa ihmisten tekoihin. Traditio jatkaa ja uusintaa itseään jatkuvan konkretisoinnin kautta. Oikeudellisen ratkaisutoiminnan tai lain-

²³⁴ Aarnio, On Legal Reasoning, s. 170–173.

opissa esitettävien tulkintojen *deterministisyyden* tarkempi *aste* on hyvin vaikea ellei mahdoton tehtävä. Muodollisuudella eli *oikeuslähteillä* pyritään kaventamaan tätä indeterminismia. Ennustettavuuden lisääminen onkin tämän takia muodollisten lähteiden ja tätä kautta *formalismin* tärkein funktio ja oikeutus. Selvää kuitenkin on, että ratkaisut ja tulkinnat ovat aina jossain määrin indeterministisiä.²³⁵ On myös ilmeistä, että traditio muuttuu eri aikoina erilaisella voimakkuudella ja vauhdilla, mikä yleensä voidaan selkeästi osoittaa vasta jälkikäteen.

Mitään yhteisön ja tradition kielellisen merkitystodellisuuden ulkoista kiinnotopistettua tai »oliota sinänsä» tai »metafyysistä sääntöä», joka määräisi lauseen totuuden tai jota voitaisiin käyttää totuuskriteerinä, ei ole käytettävissä. Tämä asiantila ilmentää juuri oikeudelliseen ajatteluun ja päätöksentekoon aina sisältyvää harkintaa. Kysymys on *harkinnan hyvydestä*. Oikeudellisessa ajattelussa ei voi milteään osin paeta siihen välttämättömästi liittyvää harkintaa ja sen edellyttämää vastuuta. Päätös tai tulkinta ei voi tapahtua deduktion tai automaation avulla tekijästään riippumatta.

Oikeudessa totuus voi tarkoittaakin asiallisesti ottaen vain samaa kuin oikein tai hyvin perusteltu, ja kysymys on aivan jostakin muusta kuin totuudesta propositionaalisessa merkityksessä. Olemme päätyneet näin ollen *episteemiseen totuuskäsitykseen*, koska totuus samaistuu yhdenmukaisuuteen tiedon oikean lähteen ja sen sisällön kanssa.²³⁶ Oikeutettu on tällöin analoginen käsite propositionaaliselle totuudelle.²³⁷ Vaihtoehtoa ei oikeastaan ole, koska olemme jo hyllänneet käsityksen, että totuus voisi olla yhdenmukaisuutta tiedon lähteeseen nähden erillisen ja kielen ulkoisen lauseen kohteen kanssa.

Rationaalinen oikeuttaminen voi toimia sekä normilauseen että kritiikin perusteluna. Totuuden tai oikean sijasta voidaan myös käyttää termejä parempi tai huonompi, mutta tällöin näitä termejä käytetään selkeästi normaalista tarkoituksenmukaisuusharkinnasta poikkeavassa merkityksessä. On nimittäin myös selvää, että oikeudessa erotetaan oikea ja väärä, lainmukainen ja lainvastainen, ja voidaan puhua esim. selvästi lainvastaisesta tai lainmukaisesta päätöksestä tai laintulkinnasta, vaikka mitään eksakteja kriteerejä ei voitaisikaan esittää. *Kysymys on vahvemmassa oikeuttamisesta kuin tarkoituksenmukaisuudesta normaalimerkityksessä*. Oikeuttamisessa vedotaan yleensä *auktoriteettiin*. Esim. vedottaessa säännökseen kysyksessä on vahvasti vetoaminen tämän ohjeen muodolli-

²³⁵ Ks. von Wright, *Practical Reason*, s. 52, jossa hän esittää vuorovaikutussuhteen ihmisen tahdon ja hänen kulttuuriympäristönsä välillä *kehänä*, joka muistuttaa suuresti tässä omaksettua konventionalistista kehää.

²³⁶ Ks. Stoutland, s. 26.

²³⁷ Ks. Aarnio, *Argumentation Theory – and Beyond*, s. 398 ja 399.

seen asemaan. Myös päätöksenteon, esitettyjen tulkintojen ja säädöksiä kritiikki edellyttää ajatusta oikeasta ja väärästä. Kritiikki ei myöskään yleensä nojautu pelkkään tarkoituksenmukaisuusharkintaan, vaan myös siinä vedotaan ennen kaikkea oikeuslähteisiin, systematiikkaan tai tulkintaperiaatteisiin.

Oikeudellisessa päätöksenteossa ratkaisun »oikeellisuus» tai »vääräisy», lainmukaisuus tai lainvastaisuus arvioidaan yleensä institutionaalisilla, yleisemmän tason perusteilla. Käsite *lain soveltaminen* perustuu suoraan ajatukselle ratkaisun oikeuttamisesta yleisemmän tason, sekä systemaattisilla että aineellisilla perusteluilla. Vastaavasti ennakkopäätöksiin viittaaminen edellyttää käsitystä oikeuslähteistä ja niiden muodostamasta järjestelmästä. Samoin aineellisten argumenttien käytössä keskeistä on vetoaminen tulkintatilanteeseen nähden käsitteellisesti yleisempiin periaatteisiin tai tavoitteisiin.

Usein muodolliset lähteet eivät anna suoraa vastausta tulkintatilanteeseen. Tällaisissa tapauksissa aineellisten argumenttien asema korostuu. Kysymys on vaikeista tai kiperistä tapauksista (*hard cases*), jotka lainopin ja oikeustieteen kannalta ovat kaikkein mielenkiintoisimpia ja tärkeimpiä.²³⁸

Myös lainvalmistelijan ja -säättäjän harkinta perustuu nähdäkseni olennaisella tavalla holistiseen ajattelutapaan, jota institutionaalinen totuuskäsitys asiallisesti ottaen ilmentää.²³⁹ Lainsäätäjä oikeuttaa valintansa usein viittaamalla systemaattisiin seikkoihin tai yleisluonteisiin tavoitteisiin tai oikeuksiin, joiden perusteella valinta eri sääntelyvaihtoehtojen kesken ko. *tapaustyypin* kohdalla tehdään.

2. Helpot ratkaisut. Oikeudellinen ratkaisu voidaan usein tehdä näennäisen yksiselitteisesti soveltamalla suoraan oikeusohjetta. Ratkaisutoiminnan näkökulmasta onkin paljon ns. selviä tai *rutiini-* tai ns. *isomorfiatapauksia*, joissa voidaan tehdä suora *subsumptio*.²⁴⁰ Jos lakiteksti tai ennakkopäätös antaa päätöksentekijälle selkeän perusteen, johtuu se siitä, että kysymyksessä on juuri sellainen *tyyppitapaus*, jota lakia säädettyäessä on pidetty silmällä, jolloin oikeudellinen *harkinta on jo olennaisessa määrin tehty lakia säädettyäessä*, ja tämän takia lainoppineen tai lainkäyttäjän harkinta voi olla ongelmaton. Kysymys on sa-

²³⁸ Kipera tapaus on siinä mielessä *suhteellinen* asia, että se voi muuttua rutiinitapaukseksi, kun esim. korkein oikeus on antanut ratkaisunsa ongelmaan. Puuttuva selkeä vastaus on tällöin annettu.

²³⁹ Ks. Aarnio, *On Legal Reasoning*, s. 217.

²⁴⁰ Ks. *Makkosen* tunnettu jaottelu isomorfia-, tulkinta- ja sääntelemättömiin (ei säädöstä) tilanteisiin, Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 96. Aarnio yhdistää nämä institutionaaliseen, oikeussystemaattiseen ja teleologiseen ajatteluun. Aarnio, *On Legal Reasoning*, s. 193. Toisaalta kaikkia ratkaisutilanteita voidaan analysoida institutionaalisina, oikeussystemaattisina tai teleologisina tekoina.

namuodon mukaisesti tulkinnasta. Sama koskee nojautumista suoraan soveltuvaan ennakkopäätökseen.

Lainkäytössä subsumptio myös selvissä tapauksissa vaatii kuitenkin aina harkintaa. Kysymys ei ole deduktiosta, ja ratkaisujen tekemisen katsotaan edellyttävän näissäkkin tapauksissa erityistä ammattitaitoa. Kysymys on aina erityisestä menettelystä ja sen tuntemisesta. Tällaisessakaan tapauksessa lain säännöstä ei voi järkevällä tavalla soveltaa, ellei soveltaja ymmärrä säännöksen tavoitteita ja tarkoitettua soveltamisalaa eli lain tarkoitusta (*ratio legis*). Sekä tapaus (tosi-seikkapremissit), että sovellettava normi (normipremissi) on aina erikseen määriteltävä ja tunnistettava, ja seuraamuksen määrääminen ja päätös muutoinkin on vielä erikseen harkittava. Kahdesta suoraan sovellettavasta tapauksesta toinen voi olla ongelmaton, mutta toisessa suora soveltaminen voi olosuhteiden vuoksi muodostua hyvin vaikeasti hyväksyttäväksi. Poikkeukset ja sanamuodon vastaiset tulkinnat ovat aina mahdollisia. Tavanomainen suora oikeudellinen subsumptio on jo sinänsä hyvin pitkälle erikoistunutta harkintaa, ja se edellyttää kehittyneen, monimutkaisen ja vakiintuneen oikeusjärjestelmän. Helppous johtuukin yleensä jatkuvasta toistosta tai menettelyn kaavamaisuudesta. Käsitteellisesti monimutkainen asia tulee »helpoksi», kun se tulee tutuksi ja siihen rutinoitutaan.

Varsinaisten, alusta alkaen yksiselitteisten säännösten lisäksi useissa tapauksissa kysymys on siitä, että oikeudellinen *traditio ja käytäntö ovat tiivistyneet tai kiteytyneet* ennakkopäätösten perusteella, vakiintuneen oikeus- tai ratkaisukäytännön tai alusta lähtien rutiiniksi muodostetun menettelyn kautta niin *yksiselitteiseksi*, että tapausten voidaan näissä tapauksissa sanoa olevan valmiiksi harkittuja.²⁴¹ *Wikströmin* terminologiaan viitaten tulkinnan voidaan sanoa *vahvistuneen* yksiselitteiseksi ja samalla *kaavamaiseksi*.²⁴² Kuvattu ilmentää pyrkimystä tehokkuuteen ja muodolliseen oikeudenmukaisuuteen. Päätöksenteko edellyttää helppoissa tapauksissa juuri tämän tradition tuntemista ja ymmärtämistä. Kysymys on *tradition soveltamista* yksittäistapaukseen.

Massalainkäytössä menettelytapoja voidaan kehittää niin, että lainkäyttö on ao. asioissa pääsääntöisesti täysin rutiiniluonteista ja kaavamaista. Asiallisesti ottaen näissä tapauksissa käytetään hyväksi jo kiteytynyttä tai yksiselitteiseksi määriteltäviä toimintaa. Toisaalta ilmeistä on, että myös massa- tai rutiinimenet-

²⁴¹ Ks. *Wikström*, Oikeuskäytännön tulkinnasta, s. 218 ja 219.

²⁴² *Wikström* erottelee avoimen, tavanomaisen ja vahvan tulkintatilanteen. Avoin liittyy ennen kaikkea uuteen lainsäädäntöön, tavallinen kehittyneeseen oikeuskäytäntöön ja vahva pitkään vakiintuneeseen ja täsmentyneeseen käytöntöön. *Wikström*, s. 212, 217 ja 220 ja *How to Prove Propositions in Legal Dogmatics*, s. 304.

telyissä nousee jatkuvasti esiin ongelmallisia tapauksia, ja itse tyyppitapaus on joka tapauksessa tunnistettava.²⁴³ Lisäksi on huomattava, että rutiinimenettelyssä teot, joiden sääntelystä on kysymys, on täytynyt myös merkitykseltään rajata tarkasti. Usein kysymykseen tulee vain hyvin kapeasti rajattu toiminnan alue. Toisaalta tällaisen toiminnan määrä voi olla hyvin suuri, eli itse säänneltävä toiminta on myös massa- tai rutiiniluonteista.

Institutionaalisen totuuskäsityksen mukaisesti esim. tuomioistuimen päätöksen ymmärtäminen eli oikea tieto päätöksestä edellyttää, että yksittäinen päätös tuomareiden toimintana jäsennetään oikein oman instituutiossa puitteissa ja että itse päätös nähdään yleisempien instituutioiden, periaatteiden ja sääntöjen tämentämisenä, siis niiden soveltamisena. Myös päätökseen kohdistuva kritiikki vetoaa yleensä päätöstä yleisempiin periaatteisiin ja sääntöihin, joihin nähden toinen, koherentimpi päätös on kriitikon suosittelema. Uskon myös tuomareiden itse mieltävän toimintansa tällä tavalla.²⁴⁴ Ratkaisu on tapauksen subsumointia suhteessa yleisempiin käsitteellisiin puitteisiin.

3. *Tulkintatavat.* Lainopillisessa tulkinnassa yleensä ensimmäinen vaihe on *lähdetekstien merkityksen selvittäminen* eli ns. kielellinen tulkinta.²⁴⁵ Kysymys ei ole varsinaisesti tulkinnasta vaan luonnollisen kielen ja tämän erityisalueen, lainopillisen *kielen ymmärtämisestä*. Kielen käsitteellisyydestä, konventionaalisuudesta ja institutionaalisuudesta johtuen molemmissa suhteissa teksti voidaan ymmärtää vain kulttuurisen kontekstinsa kautta. Lukija antaa tekstille merkityksen omaksumansa yhteisön tradition, erityisesti oikeudellisen tradition kautta. Yhteisen kielen merkitys tässä on, että merkityksen antaminen on hyvin pitkälle *sidottua*. Voidaan hyvin eksaktisti todeta, onko teksti ymmärretty oikein vai väärin. Tällä perusteella voidaan selittää myös se, että eri henkilöt tai henkilöt eri aikoina voivat antaa tekstille eksaktisti saman merkityksen.

Oikeudelliselle argumentaatiolle ja ajattelulle yleisemminkin on ominaista, että yksittäisen tulkintakysymyksen kohdalla *vedotaan suoraan käsitteellisesti yleisempiin* sääntöihin, periaatteisiin, ja systematiikkaan tai suoraan instituutioihin, eli traditioon.²⁴⁶ Päätöksenteko yleisen säännön soveltamisena, ja säännön muodostaminen tulkinnassa tukeutuen oikeusperiaatteisiin tai tavoitteisiin ja niiden punninta ovat selkeitä esimerkkejä

²⁴³ Ks. *Saarenpää*, Sääntö, peukalosääntö, rutiini, s. 278.

²⁴⁴ Esiymmäryksen merkityksestä tuomarin toiminnassa, *Laukkanen*, Tuomarin rooli, alk. s. 175.

²⁴⁵ Kielellisestä tulkinnasta ks. *Wróblewski*, The Judicial Application of Law, alk. s. 97.

²⁴⁶ Näin puolustaa myös *Ekelöf teleologista tulkintametodia*. Ekelöf, *Rättegång* I, s. 58 ja 59.

Välillisesti edellä lausuttu koskee myös *analogiaa*, koska siinä lähtökohtana on vertailukelpoinen tapaus tai tilanne, jota koskeva säännös tai ennakkopäätös hyväksytään ao. tapauksessa tai tilanteessa. Analogiassa asiallisesti ottaen osoitetaan vähintään kaksi tapausta tai tilannetta, jotka myös viedään *saman kategorian* eli analogia-avaimen *alaisuuteen*. Yhtäläisyys on joko tosiseikoissa tai sovellettavissa normeissa.²⁴⁷ Viime kädessä analogia voi tapahtua vain oikeuttamalla se käsitteellisesti yleisemmän samanlaisuusarvioinnin kautta ja hyväksymällä näin saatu johtopäätös. Ennakkopäätöksen suhteen kysymys voi olla myös siinä ilmaistun säännön tai periaatteen soveltamisesta esillä olevaan tilanteeseen tai tapaukseen.

Systemaattisiin perusteisiin nojautuminen rakentuu selkeästi ajatukselle, että erityinen kysymys ratkeaa sijoittamalla se rationaalisella tavalla oikeaan kontekstiinsa ja nojautumalla vahvasti muodolliseen oikeudenmukaisuuteen. Muodollisella oikeudenmukaisuudella tarkoitan periaatetta, jonka mukaan samantyyppiset tapaukset on ratkaistava samalla tavalla. Yksittäinen tapaus tai tulkintatilanne sijoitetaan näin ollen osaksi laajempaa kontekstia ja ristiriidattomaksi oletettua systeemiä.²⁴⁸

Ns. *e contrario* -päätely muistuttaa tässä suhteessa systemaattista tulkintaa. Tulkintatilanne tai tapaus sijoitetaan suhteessa yleisemmän tason sääntöihin tai periaatteisiin, ja todetaan positiivisella tavalla ja lausumalla nimenomaisesti vastakkainen johtopäätös lähtökohtana olevaan normiin nähden sillä perusteella, että tapaus jää normin sovellutusalueen ulkopuolelle (poissuljenta kategoriasta).²⁴⁹

Myös ns. *reaaliset argumentit* operoivat selkeästi yleisellä tasolla oikeuttamalla johtopäätöksiä yleisemmän tason aineellisilla argumenteilla.²⁵⁰ Niihin liittyy usein myös vahva tavoiterationaalinen (teleologinen) harkinta. Tyypillinen tällainen tilanne lainopillisessa tulkinnassa on erityiskysymys, johon haetaan vastausta pohtimalla yleisemmin esim. ostajan ja myyjän, sopimusosapuolten ja sivullisen tai velallisen tai velkojan asemia toisiinsa nähden tai oikeudenmukaisesta riskinjakoa suhteessa osapuolten intresseihin. Erityskysymys ratkaistaan tämän jälkeen sen mukaan, mikä vaihtoehtoista on osa harmonisempaa ja tasapainoisempaa kokonaisasetelmaa. Kysymys on tällaisissa tapauksissa siitä, min-

²⁴⁷ Käsitteet *case analogy* ja *norm analogy*, Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 103–105.

²⁴⁸ Ks. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 126 ja 127.

²⁴⁹ On huomattava, että *e contrario* päätely ei noudata tavanomaisen ulkoisen negation logiikkaa (tavanomainen kontradiktio), vaan kysymys on erityislaatuista vahvan kiellon tapauksesta. Kysymys ei ole vain kiellosta vaan nimenomaisesta vastakkaisesta eli kontraarista johtopäätöksestä. Ks. Klami, *Logiikkaa juristeille*, s. 28.

²⁵⁰ Reaalista argumenteista yleisesti ks. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 87.

käläiseksi abstaktin henkilötyypin asema muodostuu eri tulkintavaihtoehtojen johdosta ja valinnasta niiden kesken.²⁵¹ Samalla kysymys on tulkinnan suhteuttamisesta jo tunnettuun normien konstituoimiin henkilöiden oikeusasemiin ja -suhteisiin.

Eri asemassa näyttää olevan puhdas *seuraamusharkinta*. Tällä tarkoitan tosiasiallisia seuraamuksia esillä olevan yksittäisen tilanteen tai tapauksen puitteissa.²⁵² Toisaalta näissäkin tapauksissa yleensä kysymys on siitä, että aiheutuvat seuraamukset ovat tekijä, jonka perusteella yksin tai yhdessä muiden seikkojen kanssa suoritetaan *valinta* kahden tai useamman sovellettavissa olevan yleisemmän säännön tai tulkinnan välillä, tai kysymys on tulkinnan seuraamuksista tai määrättävän seuraamuksen määrästä tai laadusta kuvatuissa olosuhteissa tai muussa tosiasiallisessa kontekstissa.²⁵³ Kysymys on toisin sanoen kohtuudesta ja aineellisten oikeudenmukaisuuden periaatteiden soveltamisesta.

Lainopillinen tulkinta suppeassa merkityksessä eli *varsinaisten* (ja muodollisten) *laintulkintaperiaatteiden* käyttö ilmentää selkeästi yksittäistapauksen soveltamista jo tunnettuun laajempaan järjestelmään. Hierarkisesti ylemmän, erityissäännöksen ja myöhemmän säännöksen etusijat, supistava, suppea ja laajentava tulkinta ja johtopäätökset *a fortiori* ilmentävät harkintaa, jossa johtopäätös määräytyy siten, että lähdetekstin usein ristiriitaiset lauseet *sijoitetaan omille paikoilleen annettuun järjestelmään*, ja tällä perusteella vaihtoehtoisista lähdetekstien lauseista valitaan tai niiden perusteella muodostetaan normilause, joka kertoo voimassa olevasta oikeudesta.²⁵⁴

²⁵¹ Selkeänä esimerkkinä voidaan viitata *myyntikomission* päämiehen ja komissionsaajan oikeusasemien määrittelyä suhteessa komissionsaajan velkoihin ja tämän vertaamista vastavassa vakuustarkoituksessa tehtävään *omistuksenpidätyskauppaan*. Kysymys on viime kädessä siitä, millä *kriteereillä oikea kategoria* määräytyy tietyn tyyppisessä tapauksessa ja onko perusteita modifioida näitä kategorioita eli muodostaa alakategorioita. Ks. *Tuomisto*, Omistuksenpidätys ja leasing, alk. s. 333.

²⁵² Ks. *Aarnio*, *The Rational as Reasonable*, s. 132.

²⁵³ *Makkonen, Aarnio*,

²⁵⁴ Näistä tulkintaperiaatteista tarkemmin ks. *Aarnio*, *The Rational as Reasonable*, s. 98, 101 ja 102 ja *Laintulkinnan teoria* s. 254 ja s. 256–258.

4. OIKEUDEN SITOVUUS JA SITOUTUMINEN OIKEUTEEN (YHTEISKUNTASOPIMUS)

4.1 Sopimusoppi osana lainopin tietoteoriaa

1. Yleistä. Luvussa 2 tiedon käsitteellisiä edellytyksiä on tarkasteltu yhteisen kielen näkökulmasta. Lopputuloksena *Wittgensteinin* myöhäiskauden filosofiaan perustuvassa tarkastelussa oli, että yhteinen kieli on kontingentti ja konventionaalinen. Kieli on välittömästi opittava ja ymmärrettävä asia, joka perustuu *kielenkäytön sääntöjen* tuntemiseen. Tämän tutkimuksen kannalta keskeistä on, että tieteen kannalta keskeiset käsitteet ovat konventionaalisia. Kommunikaatio ja kielenkäytön ymmärtäminen edellyttää sitoutumista kielelliseen yhteisöön ja tiettyyn käsitejärjestelmään.

Yhteinen kieli on puolestaan välttämätön mutta ei riittävä edellytys sekä teoreettiselle tiedolle että normatiiviselle kielenkäytölle. *Tieto on informaatiota* yhteisen kielen muodossa. Kielen universaalisuus puolestaan merkitsee, että kielen rajat muodostavat myös tiedon rajat. Tieto nähdään tässä kielisidonnaisena ja näin ollen yhteisösidonnaisena asiana. Tiedolta edellytetään eksplisiittisyyttä, eli yksityinen tieto on käsitteellisesti yhtä mahdoton kuin yksityinen kielenkin. Lausumaton tieto jää tuntemattomaksi samalla tavalla kuin muutkin lausumattomat ajatukset.

Tässä tutkimuksessa keskeisen näkökulman muodostavat lainopillisen tiedon käsitteelliset edellytykset. Luvun 3 perusteella on muodostettu näkemys, jonka mukaan normatiivisuus ja normatiivinen diskurssi muodostaa oman *itsenäisen modaliteetin*, jota ei voida palauttaa olevaa kuvaavaan, deskriptiiviseen modaliteettiin tai diskurssiin. Tähän perustuu myös se, että tieto normeista eroaa fundamentaalisella tavalla tiedosta, jossa kuvataan olevaa. Viimeksi mainitulla viitataan tässä tietoon luonnosta, muutoin aktuaalitodellisuudesta tai tosiasiallisista tapahtumista. Lainoppi on sidottu kieleen myös sen takia, että sille ei voida osoit-

taa kielen ulkoista kohdetta. Oikeus on kielellisessä muodossa ja osa yhteisön yhteistä tietoa. Lainoppi on kuitenkin vain yksi, vaikkakin erityislaatuinen osa yhteiskuntaa koskevasta tiedosta.

Lainopin osalta lähtökohdaksi voidaan ottaa konventionalismi laajassa merkityksessä, jolloin sillä viitataan sekä konventionalismiin suppeassa merkityksessä eli *lainopin tietoteoriaan* että *oppiin yhteiskuntasopimuksesta eli sopimusoppiin*. Jälkimmäinen ei ole mikään uusi tapa lähestyä oikeusjärjestystä, vaan olennainen osa perinteistä länsimaista yhteiskuntateoriaa. Käsitys lainopillisesta tiedosta on konventionalistinen, tieto on sekä muodoltaan että sisällöltään sellainen kuin se on yleisesti omaksuttu, ja toisaalta *oikeuden sitovuuden* edellyttään perustuvan jäljempänä tarkemmin jäsennehtyyn sopimusoppiin. Tietoteoreettinen konventionalismi sisältää ja implikoi jo varsin pitkälle lähtökohdat sopimusopille. Kun lähtökohtana on, että voimassa olevat säännöt palautuvat yhteisön jäsenten yhteisiin uskomuksiin, sisältää tämä ajatuksen, että normit ovat »peräisin» näistä uskomuksista. Muuta erityistä alkuperää ei voida osoittaa. Normit ovat näin ollen yhteisön jäsenten itselleen asettamat, kun he omaksuvat niitä koskevat uskomukset.

Yhteiskuntasopimus on käsitteellisesti retorista tai filosofista konstruktia vahvemmassa asemassa. Tämä edellyttää että, tieto ja sitovuus eivät ole yhteisneväiset asiat ja että sitovuus ymmärretään tietoa vahvemaksi tekoihin vaikuttavaksi syyksi. Mitään ehdotonta eroa näiden tasojen välille ei kuitenkaan voida tehdä, vaan ne ovat välittömässä yhteydessä toisiinsa. Yhteiskuntasopimusta ei tulkita sananmukaisesti tai naturalistisesti nimenomaisena sopimuksena vaan myös yhteisössä yleisesti mutta hiljaisesti omaksuttuna asiana, konventiona, joka voisi olla toisin.

Kielen universaalisuuden, normatiivisen modaliteetin itsenäisyyden, konventionalismin ja sopimusopin voidaan sanoa muodostavan tässä *lainopillisen tiedon yleiset perusteet*. Kysymys on *tavasta, jolla oikeudesta lausutaan lainopissa*. Yleisillä perusteilla tarkoitetaan tällöin yleisiä käsitteellisiä edellytyksiä varsinaiselle sisällölliselle normitiedolle. Laajassa merkityksessä ne ovat olennainen osa lainopin tietoteoriaa.

Lainopin tietoteoria voidaan ymmärtää myös suppeamassa merkityksessä, jolloin kieltä ja normatiivista modaliteettia koskevat kysymykset näyttäytyvät suppeaan tietoteoriaan nähden esikysymyksinä. Lainopin suppeampi tietoteoria on lähempänä lainopillisen tiedon sisältöä, ja siinä näkyvät selkeämmin lainopillisen tiedon erityispiirteet. Kysymys on tällöin *lainopillisen tiedon erityisistä edellytyksistä*. Myös sisällön osalta tarkastelu on kuitenkin pääasiassa käsitteellisellä ja muodollisella tasolla. Tietoteorian suppeampaa osaa analysoidaan luvussa 5.

Lainopillisessa tiedossa keskeinen lähtökohta on oikeuden ja oikeusnormien sitovuus. Diskurssin normatiivisuuden voidaan sanoa ilmentävän juuri sitovuutta. Sitovuutta ei tässä lähestytty valtakysymyksenä vaan käsitteellisesti ja muodollisesti ja osana lainopin tietoteoriaa. Yhteisön ja sen voimassa olevan oikeuden käsite edellyttää oikeusnormien sitovuutta, joten sitovuuden tarkastelu on myös yhteisön muodostumisen perusteiden analyysiä. Kysymys on samalla kieleen ja sen sääntöihin nähden aineellisista, *moraalin ja oikeuden säännöistä*. Yhteisö on välttämättä samalla myös oikeusyhteisö, kun oikeus ymmärretään tässä samaksi asiaksi kuin yhteisöä koossa pitävät pelisäännöt. *Yhteisön normien sitovuus ja sitoutuminen yhteisöön* ovat näin ollen *korrelaattisuhteessa* olevat käsitteet ja samaa tarkoittava asia, tarkasteltuna vain eri näkökulmista. Semanttisesti näiden käsitteiden voidaan sanoa olevan ekvivalentit. Oikeus sitoo, kun sitä tarkastellaan yhteisön jäsenen eli oikeusalamaisen näkökulmasta; ja oikeuteen eli samalla yhteisöön sitoudutaan, kun asiaa tarkastellaan yhteisön näkökulmasta.¹ Lainopin näkökuma on lähempänä oikeusalamaisen näkökulmaa, koska myös se ottaa voimassa olevan oikeuden lähtökohtaisesti annettuna asiana. Tältä osin lainopin näkökulma on myös yhtenevä ns. tuomarin näkökulman kanssa.

Verrattuna yhteistä kieltä koskevaan tiedon muodolliseen puoleen sopimusopin mukaista lähestymistapaa voidaan pitää *lainopillisen tiedon sisällöllisenä konventionalismina*. Sisällöllisenä tämä konventionalistinen lähestymistapa tulkitaan tässä pääasiallisesti *normatiivisesti*, koska se pyrkii osoittamaan tietynlaisen normiston päteväksi. Yhteiskuntasopimuksen katsotaan implikoivan tietynlaisia oikeudellisia periaatteita, ei minkälaisia tahansa. Sisällöllisenä tämä konventionalistinen lähestymistapa on näin ollen sitoutunut, vaikkakin väljin kriteerein, tietynlaiseen yhteisöön ja oikeusjärjestykseen. Lähtökohtana ovat selkeästi nykyajan *länsimaiseen demokratiakäsitykseen, vapauteen ja tasa-arvoon* perustuva yhteisö ja niiden perusteella määrittäneet instituutiot.² Tätä määritelmää yhteisötyypistä tai yhteisön moraalisisista lähtökohdista voi sanoa myös *yhdeksi elämänmuodoksi*, tämän käsitteen aksiologisessa merkityksessä. Nämä normatiiviset lähtökohdat ovat osa tutkimuksen paradigmaattisia puitteita.

¹ Tämä korrelaattisuhte ilmenee esim. *Kelsenillä*, joka toteaa, että valtion valta oikeusalamaisiin nähden tarkoittaa samaa kuin oikeusjärjestyksen pätevyys ja tehokkuus. Kelsen, s. 255.

² Länsimaisen oikeuskäsityksen mukainen oikeusjärjestys on myös tämän kirjoittajan kanalta se ideaalimaailma, joka on hallitseva elementti kirjoittajan maailmassa, ja jonka asettamia arvoja tai rajoja ei tässä yritetäkään ylittää. Tätä maailmaa tarkastellaan myös selkeästi sisältäpäin. Tähän näkökulmaan liittyy skeptinen kysymys, voiko yhteisön jäsen tarkastella yhteisöään ulkoapäin eli asettumalla sen ulkopuolelle.

Sopimusopin tärkein merkitys onkin, että se pyrkii *kokoamaan tärkeimmät oikeudenmukaisuuden periaatteet koherentiksi ja mielekkääksi kokonaisuudeksi*. Kysymys ei ole erillisistä periaatteista, joilla ei ole yhteyttä toisiinsa tai satunnaisesta periaatteiden joukosta. Tarkastelun tason yleisyys ja tässä mielessä muodollisuus puolestaan ilmenee siten, että lähtökohdista ei voi tehdä suoria johtopäätöksiä tiettyjen oikeuskysymysten osalta, vaan lähtökohdat vaikuttavat välillisesti yhteisön *instituutioiden* tulkinnan kautta. Voidaan sanoa, että mainitut lähtökohtana olevat periaatteet ilmenevät tavassa, jolla instituutiot ymmärretään ja jolla niiden perusteella oikeutetaan oikeussääntöjä ja niiden tulkintoja. Sopimusoppi on välillisesti vaikuttava tekijä lainopillisessa argumentaatiossa. *Sopimusoppi ilmenee tavassa, jolla argumentaatio tapahtuu*. Sopimusopin adekvatisuuden kannalta keskeistä on tällöin myös sen osoittaminen, että tämä piirre voidaan osoittaa tosiasiallisessa lainopissa. Oikeusperiaatteet ja -säännöt nähdään yhteisöön sitoutumisen ehtoina, ja tätä kautta sitoutuminen ja sitä koskeva sopimus ehtoineen tulevat keskeisiksi käsitteellisiksi lähtökohdiksi lainopin tietoteoriassa.

Edellä lausutusta huolimatta voidaan kysyä, onko konstruktio yhteiskuntasopimuksesta välttämätön tai edes tarpeellinen tai hyödyllinen. Oikeus ymmärrettyä annettuihin periaatteisiin tai ulkoiseen pakkoon perustuvana tai muodollisena, itseään määrittävänä ja suljettuna systeeminä voidaan varmasti selittää ilman sitä. Myöskään oikeuden sääntöjen selittäminen oikeudenmukaisuuden periaatteiden toteuttamisena ei sinänsä edellytä sopimusta. Sopimusoppi nousee sen sijaan toisenlaiseen asemaan, jos lähtökohtana on käsitys oikeudesta ihmisten *yhteistoiminnan* rationaalisina ja *hyväksyttävänä* (hypoteettisesti heidän itensä asettamina) *ehtoina*, koska sopimuksella tarkoitetaan tässä juuri sitä.³

2. *Oikeus ja moraali*. Edellä lausuttu merkitsee myös, että *arvot ja moraali* nähdään hyvin läheisessä yhteydessä lakiin ja oikeuteen, vaikka niitä ei voidaakaan samaistaa. *Oikeus pyrkii olemaan keskeisimmiltä osiltaan paitsi muodollisen myös aineellisen oikeudenmukaisuuden toteuttamista ja moraalin täsmentämistä*.⁴ Oikeutta voidaan tältä osin pitää arvojen ja moraalin muodollisena ilmenismuotona. Kysymys on usein vain eri näkökulmasta samoihin normeihin. Ei ole mielekästä sanoa, että pahoinpitely on erikseen kielletty sekä lain että moraalin normien mukaan, vaan pahoinpitely on kielletty *ao. yhteisössä*, ja kielto on oikeutettu. Moraalin ja oikeudenmukaisuuden periaatteet, muiden aineellis-

³ Ks. Rousseau, Yhteiskuntasopimuksesta, s. 73.

⁴ Tässä moraalina ei näin ollen pidetä silmällä esim. miesten velvollisuutta ottaa hattu pois päästä kirkossa tai muita trivialeja yksityiskohtia käytöstavoissa vaan yhteisön aineellisia, ihmisten kaikkea toimintaa koskevia tärkeimpiä normeja.

ten, esim. liike- tai kansantaloudellisten argumenttien ohella, ovat eräs keskeinen *tapa aineellisesti oikeuttaa oikeuden säännöt* ja se mahdollistaa myös positiivisen oikeuden arvioinnin ja kritiikin.⁵

Oikeus ei näin ollen voi olla täydellisesti itseään määrittävä tai itseohjautuva systeemi edes ahtaassa merkityksessä, muodollisena, virallislähteisiin sidottuna systeeminä.⁶ Tämä kelseniläinen selitys on ennen kaikkea riittämätön, koska se samaistaa sääntöjen alkuperän tiettyjen muodollisten lähteiden, erityisesti säädösten asettamisen menettelyyn. Asiallisesti oikeussääntöjen alkuperä jää auki, eikä niiden tulkinta ole mahdollista, joten oikeutta ei voi tällä tavoin eristää tai irrottaa yhteiskunnasta, jonka elimellinen osa se on. Myöskään laajemmassa merkityksessä eräänlaisena dynaamisena »arvosysteeminä» moraalia ja oikeutta ei voi pitää suljettuna, koska sen mielekkyys perustuu adekvaattisuuteen suhteessa tosiasialliseen. Pitämisen on oltava sopusoinnussa tosiasiallisen kanssa. Myös tulkinnassa argumentointi perustuu usein tietoon tosiasiallisesta.

Pyrkimys erottaa käsitteellisesti ja kategorisesti arvot ja arvostukset oikeudesta ja lainopista on perustavaa laatua oleva väärinymmärrys.⁷ Tämä voidaan osoittaa toteamalla, että pitämislause tai pitämisestä kertova lause samalla ilmaisee välttämättä arvostuksen tai kertoo arvostuksesta. Väite voimassa olevan oikeuden normista on samalla väite, että tietynlainen aineellinen, usein moraalinen valinta on tehty ja että tietty arvostus on omaksuttu tai hyväksyttävä. Oikeudessa on keskeisesti kysymys käyttäytymisen, tekojen hyväksyttävyydestä; teot kvalifioidaan sallituiksi ja ei-sallituiksi. Pitäminen välttämättä kvalifioi aineellisen hyväksyttävyyden perusteella, eli *pitäminen implikoi arvostamista*. Lakia ei voi ajatella puhtaan muodollisena asiana, vailla sisältöä.⁸ Päinvastoin, oikeuden muodot määräytyvät ja ovat ymmärrettävissä vain sisällön kautta. Sisällön keskeisintä osaa voidaan kutsua moraaliksi.⁹ Esim. säädökset implikoivat tiettyjä, tehtyjä aineellisia valintoja, jotka tulkitsijan on välttämättä ymmärrettävä. Ole-

⁵ Ks. *Hart*, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, s. 79, *Raz*, *Legal Principles and the Limits of Law*, s. 849 ja 850, *Rennto*, s. 39 ja *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 97.

Pöyhönen puhuu *syväjulistifikaatiosta*, jolla hän kuitenkin ensisijaisesti viittaa kuvaamiinsa sopimusmalleihin sopimusoikeuden tulkinnan lähtökohtana. *Pöyhönen*, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, alk. s. 94.

⁶ Ks. *Suviranta*, s. 39–42.

⁷ Ks. *Raz*, *The Purity of the Pure Theory*, s. 80.

⁸ *Summers*, *Toward a Better General Theory of Legal Validity*, s. 82 ja *Rennto*, s. 51. Ks. myös *Summers*, *Two Types of Substantive Reasons*, s. 710 ja *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 231.

⁹ Viitataan tässä *Fullerin* tunnettuun käsitteeseen »*internal morality of law*». *Fuller*, *Positivism and Fidelity to Law*, s. 645.

tusta valinnoista ilman aineellisia perusteita voidaan *Klamin* sanoin verrata arvanheittoon.¹⁰

Lain normit, jotka määrittelevät oikeuslomaisten oikeudet ja velvollisuudet, voivat perustua vain rationaaliseen tapaan oikeuttaa ne mm. arvojen ja moraalisten periaatteiden pohjalta.¹¹ Rationaalista arvo- ja oikeudenmukaisuuskeskustelua pidetään tässä näin ollen mahdollisena ja välttämättömänä. Tämä edellyttää myös eräänlaista yhteisön *rationaalista ja objektiivista moraalialia*, mikä ilmenee juuri yhteisössä yleisesti hyväksytyssä ja omaksutussa tavassa aineellisesti oikeuttaa oikeusnormeja. Moraalin objektiivisuus on käsitteellisesti välttämätöntä, jos ylipäänsä puhutaan yhteisön moraalista.¹² Oikeuden normeja ei puolestaan voi ymmärtää »puhtaan juridisesti» ilman, että ymmärtää niiden aineellisia oikeutuksia ja kontekstia. Tämän takia on selvää, että esim. säädökset luetaan ja tulkitaan aineellisen oikeutuksensa mukaisesti siinä määrin kuin niiden sanamuodot antavat siihen mahdollisuuksia. Sanamuoto ei puolestaan ole mitään itsessään, vaan se on käsitteellisen tradition eksplikointia ja täsmentämistä.

Yhteisön moraalien osalta on kuitenkin tärkeää erottaa tämän käsityksen kaksi eri merkitystä. Muodollisesti oikeutettujen säännösten ja niiden sanamuotojen tunteminen on olennaisesti niiden ymmärtämistä. Tässä mielessä lain säännösten voidaan sanoa implikoivan yhteisön *positiivista* tai »*virallista*» *moraalia*.¹³ Säännökset osoittavat tietyt tehdyt aineelliset valinnat ja arvostukset.

Näiden valintojen ei tarvitse olla kuitenkaan yhteneväiset yhteisössä tosiasiallisesti vallitsevien valintojen ja arvostusten kanssa. Demokraattisen lainsäädäntöjärjestelmän toimimattomuus, siihen liittyvät »kitkatekijät» tai yhteisön arvostusten muuttuminen voi aiheuttaa tämän »*tosiasiallisen*» *moraalin* erkaantumisen virallisesta moraalista.¹⁴ Tosiasiallisen sijasta voidaan myös käyttää nimitystä *kriittinen* moraalii, koska em. erottelu mahdollistaa yleisellä tasolla tapahtuvan säädösten tai niiden tulkintojen kritiikin. Positiivinen moraalii nähdään usein

¹⁰ *Klami*, Finalistinen oikeusteoria, s. 55.

¹¹ *MacCormick ja Weinberger* lausuvat, että teleologinen tausta »...belong to the 'institutional morality' which law embodies.» Samoin *MacCormick*, s. 104 ja 132 ja *Weinberger*, s. 160 ja 161. *Hannu Tolonen* puolestaan määrittelee lain *institutionaaliseksi moraaliksi*. *H. Tolonen*, Säännöt, periaatteet ja tavoitteet, s. 379. Samaan tapaan *Aarnio*, joka lausuu. »It (a legal norm) is an officially ossified section of the moral code of society.» *Aarnio*, The Rational as Reasonable, s. 177.

¹² Yhteisössä vallitsevan moraalien tai arvostusten konstruointi merkitsee myös äärirelativismin ja arvosubjektivismien kieltämistä.

¹³ *Ks. Lagerspetz*, The Opposite Mirrors, s. 147 ja 148.

¹⁴ Keskitettyyn päätöksentekoon liittyvät aina klassiset ongelmat mm. enemmistön vallasta ja edustajien ja edustettujen tahdon vastaamattomuudesta. *Ks. Niklasson*, alk. s. 136, jossa markkinamekanismia tarkastellaan vaihtoehtona valtiolliselle menettelylle.

taantuneempana kuin kriittinen moraaali, mutta se voidaan nähdä myös edistyksempänä. Lainsäätäjät on usein jälkeen jäänyt, mutta hän voi olla myös edelläkävijä.

Selvää on, että nämä käsitteet ovat epäeksakteja ja alttiit relativistiselle kritiikille. Ilman yhteisön tosiasiallisen moraalin käsitettä ei ole kuitenkaan mahdollista selittää, kuinka yleisellä tasolla olevia yhteisön normeja voidaan legitimiti johtaa (oikeuttamalla) arvostuksista.¹⁵ Muodollisesti pätevän lain säätämistä täytyy edeltää riittävä aineellinen yhteisymmärrys (konsensuksen tai kompromissin merkityksessä) ainakin kansanedustajien keskuudessa. Tältä osin käsitykseni moraalien ja oikeuden välisestä suhteesta näyttäisi poikkeavan jossain määrin esim. *Hartin* esityksestä.¹⁶

Tämän takia esim. säännös, joka kieltää teon A implikoi »virallista» moraalista kantaa yhteisössä, jonka mukaan tekoa A ei ole hyväksyttävä. Säännöksen sanamuoto on tautologisesti yhdenmukainen virallisen moraalien oikeutuksen kanssa. Jos kuitenkin voidaan osoittaa, että yhteisön yleisten arvostusten mukaan teko on hyväksyttävä, ollaan siinä mielessä ristiriitatilanteessa, että säännökseltä puuttuu varsinainen aineellinen oikeutus. *Säännös on ristiriidassa aineellisen oikeutuksensa* (tosiasiallisen moraalien) kanssa. Jos oikeutus luetaan säännön merkityssisältöön (sääntö laajassa merkityksessä), voidaan sanoa, että sääntö on tässä mielessä sisällöltään ristiriitainen. Voidaan myös sanoa, että laki ja edellä määritelty »virallinen moraaali» ovat ristiriidassa yhteisön tosiasiallisen moraalien kanssa. Ellei lainmuutosta saada aikaan, tilanne johtaa helposti sanamuodon vastaisiin tulkintoihin tai säännöksen sivuuttamiseen (ns. *desuetudo*). Toisaalta tämä ei merkitse oikeusjärjestyksen »muodollisen systeemin» (säännöt suppeassa merkityksessä) ristiriitaisuutta. Muodollisesti oikeutettu sääntö tai oikeusjärjestys voi tässä mielessä olla epämorallinen.¹⁷ Laajemmat tällaiset ristiriidat merkitsevät oikeusjärjestyksen *legitimiteettikriisiä*. Legitiimin oikeusjärjestyksen edellytetään olevan riittävän yhdenmukaisen yhteisön tosiasiallisen moraalien kanssa.¹⁸

¹⁵ Ks. *Raz*, *The Purity of the Pure Theory*, s. 83 ja 84.

¹⁶ *Hart* puhuu erityisestä yhteisön moraalista erotettuna yksilöiden moraalista käsityksestä. *Hart*, s. 178, 179 ja postscript, s. 255. Erottelu mahdollistaa yhteisön lakien ja niiden implikoiman yhteisön moraalien kritiikin, mutta ei yleisellä vaan vain individuaalisella tasolla. Ks. *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 230.

¹⁷ Ks. *Hart*, s. 203 ja 205 ja *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 230.

Kelsen kiistää ristiriidan ensiksi mainitussa merkityksessä, koska »pitämistä» ja »olemis-ta» kuvaavien lauseiden välillä ei voi olla ristiriitaa. *Kelsen* pitää moraalista arvostusta kuvaavaa lausetta tosiasiallista »psykologista motiivia» kuvaavana lauseena. *Kelsen*, s. 409. Tässä ristiriitaa nähdään kahden normatiivisen, joskin loogisesti eri tasoilla olevien ilmausten ristiriitana.

¹⁸ *Hart*, s. 206.

3. *Objektiivisuus ja relatiivisuus.* Moraalin objektiivisuus on samalla lailla suhteellista suhteessa yhteisöön tiettyssä ajassa kuin voimassa oleva oikeuskin. Olennaista tämän objektiivisuuden suhteen kuitenkin on, että se ei suhteellistu yhteisön yksittäisiin jäseniin nähden. Lähestymistapa on selkeästi erilainen kuin esim. *Kelsenillä*, jonka *puhdas oikeusoppi* perustuu jyrkkään relativismiin ja yhtä jyrkkään eroon lakien ja moraalin ja arvojen kesken ja lainopin arvovapauteen.¹⁹ Lainopin tieteellisyys Kelsenin tarkoittamassa mielessä ei ole mahdollista. Lainopin alaan ja tiedonintressiin kuuluu myös *lain aineellinen sisältö*, ei ainoastaan sen muoto.²⁰ Tämä merkitsee myös suhteellista irtautumista perinteisestä *lakipositivismista* tai sen modifiointia. *Peczenikille* voidaan näin ollen vastata myöntävästi, kun hän viitaten *Hartin* pohdiskeluun oikeuden ja moraalin suhteesta kysyy: »*When a positivist finds it necessary to discuss such problems, doesn't it show that the positivistic jacket is too tight for his juristic body?*».²¹

Konventionalismin keskeisenä tietoteoreettisena vaikeutena on yleensä nähty *totuuskuiteeri* ja totuuden väistämätön *relatiivisuus*. Kärjistetysti: Mikä tahansa väite voi olla tosi, koska mikä tahansa kanta voidaan yleisesti omaksua.²² Keskeinen vastaus on jo aiemmin todettu vahva sitoutuneisuus annettuun yhteisön traditioon. Lisäksi edellä on jo asetettu vaatimus adekvaattisuudesta suhteessa tosiasialliseen. Vastaus on myös koherentismi, joka edellyttää, että omaksuttujen tietojen tulee muodostaa ristiriidaton systeemi. Ratkaisematta jää tällöin kuitenkin kriteeri oikean systeemin valinnalle. Tähän ongelmaan pyritään vastaamaan osittain tässä sopimusopin keskeisten lähtökohtien ja sen normatiivisuuden avulla ja osittain kappaleessa 5.5. Tarkoituksena on osoittaa, että oikeudenmukainen yhteisö ei voi olla minkälainen normien systeemi tahansa, vaan oi-

¹⁹ *Kelsen*, s. 5–8, 13, 14, 48, 49 ja 113.

Tässä oikeuden ja oikeudenmukaisuuden katsotaan liittyvän välittömästi toisiinsa, kun taas Kelsen sijoittaa ne eri kategorioihin. Kelsenin puhtaan muodollisessa ja »puhtaan oikeudellisissa» lähestymistavassa on se ratkaiseva ongelma, että hän ei voi selittää *miten subjektiivisten arvostusten perusteella voidaan oikeuttaa ja »tuottaa» objektiivisia oikeusnormeja*. Oikeusnormit jäävät »arvotyhjiöön», jossa niitä ei voida ymmärtää ja jossa niillä ei voi olla minkäänlaista sisältöä eikä niitä voi tulkita. Subjektivismi tekee myös demokraattisen lainsäädännön mahdottomaksi, koska se kieltää konsensuksen. Arvorelativismi ei implikoi Kelsenin tarkoittamalla tavalla (moraalisista arvoista) »puhdasta» oikeutta. Ks. *Raz*, *The Authority of Law*, s. 131 ja 140 ja *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 225.

²⁰ Uuskantilaisena *Kelsen*ä kiinnostivat vain lainopin kategoriset muodot, jotka hän pyrki osoittamaan. *Ebenstein*, s. 626, 628 ja 634 ja ks. *Raz*, *The Authority of Law*, s. 133. Tässä mielessä Kelsenin puhdas oikeusoppi on korostetusti analyttistä oikeusteoriaa, ja se täyttää myös tieteellisen positivismin asettamat vaatimukset tieteenfilosofialle, mitkä olivat myös hänen lähtökohtanaan.

²¹ *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 233.

²² *Siegel*, s. 429.

keudenmukaisuuden keskeiset periaatteet, joiden katsotaan tulleen hyväksytyiksi länsimaisissa demokratioissa, osoittavat tietynlaisen normien systeemin. Kysymys ei ole kuitenkaan determinismistä, vaan koherentista systeemistä, jonka tarkempi sisältö voidaan määritellä vain aineellisen ja rationaalisen argumentoinnin avulla. Tämä mahdollistaa myös suhteellisesti ja yksityiskohdissa erilaiset lopputulokset.

Omaksuttu relativismi on myös siinä mielessä suhteellista tai maltillista, että tässä selkeästi kielletään tiedon palauttaminen yksilötasolle. Kysymys ei ole yksilöiden omaksumista normeista, vaan täysin eri tason asiasta, yhteisön normeista. Olettamuksena siis on, että *normatiivisen tiedon intersubjektiivisuutta* voidaan puolustaa menestyksellisesti. Viime kädessä kysymys on siitä, että lainopissa hyväksyttävä argumentointi on *rationaalista* ja *yleisellä tasolla* eli vetoaa yhteisön tason oikeuslähteisiin ja argumentteihin. Tämä sallii myös erot eri yhteisöjen välillä.

Tieto- ja totuuskäsitys tulee relatiiviseksi, mutta vain tiettyyn rajaan asti. Tältä osin voidaan viitata tosiasiaan, että esim. länsimaiset oikeusjärjestykset eivät ole identtiset, vaan eri maissa ne ovat erilaiset. Toisaalta erilaisuus rajoittuu lähinnä yksityiskohtiin, ja perusratkaisuiltaan oikeusjärjestykset ovat samankaltaisia. Tässä oletetaan, että samankaltaisuus selittyy juuri omaksutuilla samoilla oikeudenmukaisuuden periaatteilla. Länsimaisen oikeuskäsityksen kontingentti luonne ja sen piirissä tosiasiallisten oikeusjärjestysten suhteellinen erilaisuus on samalla painava argumentti *absolutistisia* käsityksiä vastaan. Jos absoluuttiset lähtökohdat hyväksytään, ainoaksi tavaksi selittää oikeusjärjestysten erilaisuus on vedota joko virheelliseen päättelyyn tai indeterminismiin. Indeterminismi kuitenkin horjuttaa itse absolutismia.

Klassisen *valistuksen* aatteen kirjailijat, *Kant* ja *Hegel* olivat näin ollen oikeassa, kun he edellyttivät oikeusjärjestyksen perustuvan rationaalisuuteen, mutta *Gadamer* oli myös oikeassa valistuksen kritiikissään, kun hän toteaa, että vasta tosiasiallinen yhteisön traditio osoittaa omaksutun ja näin ollen tietyn, ao. yhteisössä tiettyä aikana »oikean» rationaalisen oikeusjärjestyksen.²³ Valistuksen aatteiden keskeinen edellytys tietystä universaalisti, »oikeasta» ja yleispätevästä rationaalisuudesta on *suhteellistettava*.

²³ Lähtökohdana on jännite yhtäältä klassisten *valistuksen* aatteiden, *Kantin* ja *Hegelin* ja toisaalta *Gadamerin* (ja eräiltä osin myös ns. saksalaisen romantiikan) välillä. Oikeusjärjestyksen oletetaan olevan *rationaalisen* ja rationalismiin perustuvan, mutta tämä ei vielä osoita yhtä ainoaa tiettyä vaihtoehtoa, oikeaa rationaalisuuden muotoa, ja tässä mielessä moraalien ja lain rationaalisuus ei ole universaalia tai yleispätevää (*»allgemeinen Gültigkeit»*) Kantin edellyttämällä tavalla, vaan kukin elämänmuoto ja yhteisö voi kehittää erityislaatuisen oman rationaalisuuden muotonsa *traditionsa* ja *elämänmuotonsa puitteissa*. Kant, *Grundlegung zur*

Perinteinen eurooppalainen *lakipositivismi* on välittömässä käsitteellisessä ja historiallisessa yhteydessä valistukseen. *Ehdoton luottamus rationaalisuuteen ilmenee oikeuden alalla formalismina*. Sen vastavoimana on vaatimus paitsi perinteen mukaisesta myös aineellisesta oikeudenmukaisuudesta. Johdonmukaisuus edellyttää, että suhtautuminen valistukseen ja lakipositivismiin on yhdenmukainen. Tämän takia universaalin rationaalisuuden suhteellistaminen ilmeneekin lainopin alueella lakipositivismin suhteellistamisena niin kuin edempänä tullaan havaitsemaan. Eräs tämän tutkimuksen keskeisimpiä tavoitteita onkin *synteesi* näiden kuvattujen lähtökohtien pohjalta.

4. *Dynaamisuus, staattisuus ja oikeusperiaatteet*. Tärkeänä lähtökohtana, jota voidaan pitää myös apriorisena tai metafysisenä tietoteoreettisena aksioomana on, että mitään ehdotonta, yhteisöjen omaksumien arvojen ja periaatteiden ulkopuolista kiintopistettä, tässä mielessä *Arkhimedeen pistettä* ei ole käytettävissä. Oikeuden normeja ei voida johtaa yhteisöjen ulkopuolelta, vaan *yleisenä totuuskriteerinä voi olla vain yhteisön käsitteellinen omaksuminen (hyväksyttävyyksi eli (hiljainen) sopimus yhteisössä*.²⁴ Rationaalinen hyväksyttävyyksi on myös ainoa kestävä perusta *lain auktoriteetille*. Näkemys oikeudesta poikkeaa näin ollen *Dworkinin* apriorisiin periaatteisiin perustuvasta järjestelmästä. Lähtökohdat poikkeavat toisaalta myös yhtä selkeästi *Kelsenin* aksioomasta, jonka mukaan lain pätevyys johtuu siitä, että se on annettu (säädetty) oikeassa järjestyksessä.²⁵ Omaksuttu lähtökohta edellyttää sopimusopilta myös tietoteoreettista *konservatiivisuutta*, mutta ei vahvassa vaan suhteellisessa ja heikossa merkityksessä. Lähtökohtana on olemassa oleva *traditio* ja käytännöt ja niiden eksplikointi. Traditio on kuitenkin *dynaaminen*, eli se on jatkuvassa muutostilassa. Konservatiivisuus ilmentääkin lähinnä objektiivista näkökulmaa.

Konventionalismi ei ole taaksepäin katsomisesta ja menneisyydessä olevien sopimusten tiedostamista, niin kuin esim. *Dworkin* näyttää ajattelevan, vaan *nykyhetkessä olevan tradition tiedostamista*.²⁶ Sopimusopin tasolla tämä merkit-

Metaphysik der Sitten, [433]. Hegel, Oikeusfilosofia, esipuhe, alk. s. XI, 21 §, 126 § ja 272 §. Hegelillä yleispätevyys vahvistui selkeäksi absolutismiksi ja *determinismiksi*. Gadamerin valistus-aatteen kritiikki, Gadamer, alk. s. 256 ja s. 264 ja 375. *Kusch*, s. 110.

²⁴ Ks. *MacCormick*, s. 137.

²⁵ *Kelsen*, s. 394.

²⁶ *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 96, 114 ja 115.

Kokonaisuutena *Dworkinin oppiin yhteiskuntasopimuksesta ja konventionalismiin (lakipositivismiin)* kohdistama kritiikki voidaan tulkita *kahdella tasolla* siten, että yhtäältä se kohdistuu ideaan sopimuksesta (sitoutumisesta yhteisöön) oikeuden sitovuuden lähtökohtana ja toisaalta lähtökohtaan, että yhteisön oikeus on tiettyyn menettelyyn (lainsäätämiseen), jossa yhteisö asettaa itselleen säännöt, perustuva asia. Lähtökohtaisesti tämä tasoerotus vastaa tässä omaksuttua erottelua laajaan ja suppeaan konventionalismiin.

see nykyisen yhteisön oikeusjärjestyksen sitovuuden edellytyksien tiedostamista. Lainopillisen ja positiivisen oikeuden tasolla lähestymistapa puolestaan merkitsee edellytystä *reilusta lainsäädäntömenettelystä*, joka pyrkii takaamaan yhteiskuntasopimuksen mukaisen lainsäädännön antamisen. Yhteiskuntasopimusta ei tulkita naturalistisesti, vaan analyttisesti ja käsitteellisesti.²⁷ Kysymys ei näin ollen ole siitä, mitä aiemmin on nimenomaisesti sovittu, vaikka muodollisina lähtökohtina yleensä ovat aiemmin annetut säädökset ja ennakkopäätökset, vaan olennaisesti siitä, missä nyt mennään ja mikä on kehityksen suunta. Aiemmin annetut muodolliset oikeuslähteet ymmärretään ja tulkitaan välttämättä nykyhetkessä, vaikka niiden menneisyydestä käsin tapahtuva ohjausvaikutus myönnettäisiinkin.²⁸

Dworkinin kritiikki edellyttää myös, että muutostarve ja muutoksen nopeus on niin suuri, että lainsäätäjät tai ennakkopäätösten antajat ei voi pysyä ajan tasalla. Dworkin määrittelee lainopillisen konventionalismin vahvan konservatiiviseksi ja ahtaaksi lakipositivismiksi. Dworkinin antama kuva poikkeaa kuitenkin selkeästi tässä omaksutusta. Asetelma voidaan nimittäin kääntää myös täysin päinvastaiseksi. Aprioristen oikeuksien ottaminen lähtökohdaksi Dworkinin tapaan voidaan nähdä konservatiivisena ja muuttumattomuuden ilmauksena. Käytettävissä ei ole varsinaista menetelmää, joilla oikeuksia ilmaisevat periaatteet voitaisiin muuttaa. Jos vetoaminen periaatteisiin ymmärretään toisaalta hyvin joustavaksi, tehtäväksi kunkin tilanteen mukaan, ei enää voida puhua periaatteista, vaan vapaasta tarkoituksenmukaisuusharkinnasta. *Kelsenin* mukaan luonnonoikeuden pysyviin periaatteisiin perustuvan ja säädännäisen oikeuden järjestelmien perusero on juuri edellisen muuttumattomuus ja *staattisuus* ja jälkimmäisen *dynaamisuus*.²⁹

Muodollinen oikeudenmukaisuus ja oikeusvarmuus myös edellyttävät etukäteen annettuja sääntöjä ja kriteereitä, jotta samanlaisuusarviointi voitaisiin tehdä ja sääntöjen mukainen käyttäytyminen olisi mahdollista. Ne edellyttävät näin ollen myös huomattavassa määrin kaavamaisuutta ja jatkuvuutta. Tämän takia Dworkinin esittämistä konventionalismin teeseistä ensimmäinen (positiivinen) on oikeansuuntainen, mutta toinen (negatiivinen) ei ole korrekti.³⁰ Lainoppi ha-

²⁷ Lewis, Convention, s. 87 ja 88.

²⁸ Ks. Schauer, Formalism, s. 542. Dworkinin oma käsitys laintulkinnasta näyttäisi itse asiassa olevan samansuuntainen kuin tässä omaksuttu. Dworkin, Law's Empire, s. 227.

²⁹ Kelsen, s. 399 ja 400. Kelseniläisen positiivisen oikeuden dynaamisuuden toinen ulottuvuus on lain soveltamiseen liittyvä lakia luova elementti, sovellettavien säännösten osoittamisissa puitteissa. Tämä ilmentää myös lain jatkuvasti muuttuvaa sisältöä. Ebenstein, s. 644 ja 647.

³⁰ Dworkin, Law's Empire, s. 116 ja 117.

kee nykyisen voimassa olevan oikeuden kantaa ensisijaisesti aiemmin tehtyjen päätösten eli säädösten pohjalta. Tradition kuunteleminen on tässä mielessä konservatiivista. Sen sijaan tilanteet, joissa suoraan soveltuvaa valmista säännöstä ei ole käytettävissä, eivät merkitse vapaata harkintaa (*discretion*), vaan nimenomaisina aineellisina lähtökohtina ovat mm. oikeudenmukaisuuden periaatteet ja tavoiteargumentit, jotka oletetaan myös positiivisten lakien keskeisiksi lähtökohdiksi. Tämän takia sääntelemättömässä tilanteessa (*hard case*) toissijaiset oikeuslähteet saavat ratkaisevan aseman, ja ratkaisu voi määräytyä myös suoraan oikeusperiaatteiden perusteella. Soveltuvaa säännöstä tulkitaan sen aineellisen oikeutuksen mukaisesti, ja mikäli nimenomaisesti annettua soveltuvaa säännöstä ei ole käytettävissä, on muiden lähteiden perusteella konstruoitava aineellisia oikeutuksia, joiden perusteella ratkaisu tai kannanotto voidaan tehdä.

Yhteiskuntasopimus on ensisijaisesti oikeusperiaatteiden tasolla, ja yhteisön yhteiset periaatteet tekevät mahdolliseksi varsinaisen lainsäädännön ja sen soveltamisen riittävän konsensuksen perusteella. Voidaan myös puhua sopimuksesta varsinaisessa eli suppeassa merkityksessä ja laajassa merkityksessä, jolloin viimeksi mainittu viittaa kaikkiin moraliin ja oikeuden normeihin. Poikkeuksellisesti vakiintuneista oikeussääntöjen tulkinnoista tai säädösten sanamuodoista voidaan myös poiketa, jos havaitaan, että se ei enää vastaa nykyistä yhteiskuntasopimusta tai se johtaa ei-hyväksyttäviin, yhteiskuntasopimuksen periaatteiden vastaisiin tuloksiin. Muuttunut tulkinta ja muuttunut ratkaisulinja ilmentävät tällöin juuri muuttunutta varsinaisen sopimuksen sisältöä. Kokonaisuutena sopimusoppi on pyrkimys ymmärtää oikeusjärjestystä, hallita se käsitteellisesti ja jäsentää sen keskeisiä periaatteita toisiinsa nähden.

Lähtökohtana on näin ollen myös, että omaksutut *oikeusperiaatteet ovat määrittäviä suhteessa* säädösten säännöksiin ja yleensä *sääntöihin*. Lainopin näkökulmasta selkeänä lähtökohtana ja *oletuksena on myös, että säädökset vastaavat yhteiskuntasopimusta* ja toteuttavat oikeudenmukaisuuden periaatteita. Periaatteilla oikeutetaan säännöksiä ja sääntöjä.³¹ Toisaalta säännösten perusteella voidaan osoittaa, mitä periaatteita lainsäätäjällä on pitänyt lähtökohtinaan ja miten niitä on painotettu. Yhteiskuntasopimusta ja lainsäädäntöä ei voi kuitenkaan samaistaa, vaan sopimus on yleisen lainsäädännön edellytys.³² Oletus muodostaa selkeän laintulkintaohjeen: Säännöksiä on tulkittava niiden lähtökohtina ole-

³¹ Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, s. 839.

³² Dworkin näyttää näkevän konventionalismin (lakipositivismin) Rousseauin tapaan vain lainsäädännön tason ja tässä mielessä naturalistisena asiana, josta aineelliset oikeusperiaatteet selkeästi poikkeavat. Siksi hän katsoo, että muuttunut laintulkinta on konventionalismia vastaan puhuva argumentti Dworkin näkee konventionalismin keskeisenä ongelmana, että sen avulla ei voi löytää yksiselitteistä tietoa lain sisällöstä. Mikään teoria oikeudesta ei pysty täl-

vien oikeusperiaatteiden mukaisesti. Sopimusopin korrekti ymmärtäminen johtaa näin ollen itse asiassa lähelle Dworkinin käsityksiä oikeudellisesta ratkaisusta ja laintulkinnasta.

Sopimusoppia tulkitaan tässä siten, että se ymmärretään *käsitteelliseksi konstruktioksi*, jonka avulla pyritään analysoimaan olemassa olevan oikeusjärjestyksen ja oikeusyhteisön perusteita.³³ Samalla pyritään valaisemaan tästä näkökulmasta oikeuden ja oikeusnormien sitovuuden ongelmaa. Oikeuden sitovuuttahan on pidetty jopa mystisenä ilmiönä. Säännön käsitettä ja säännön seuraamiseen liittyviä käsitteellisiä ongelmia tarkasteltiin jo aiemmin yhteistä kieltä koskevien kysymysten yhteydessä. Lyhyesti sanoen oppia yhteiskuntasopimuksesta pidetään tässä *teoriana oikeusjärjestyksestä*.³⁴

4.2 Sopimusoppi ja oikeusjärjestys

1. Aksioma. Sopimusopin voidaan sanoa perustuvan seuraavaan tautologiseen aksiomaan:

Jos on oikeusjärjestys, niin on yhteiskuntasopimus.

Tosiasiallisen yhteisön olemassaolo implikoi oikeusjärjestyksen olemassaolon, joten *yhteisön olemassaolon voidaan sanoa implikoivan yhteiskuntasopimuksen*.³⁵ Yhteisön olemassaolo implikoi myös yhteistä tietoisuutta yhteisön normeista (pää-

laisia vastauksia antamaan eikä myöskään yleensä pyri siihen. Dworkinin määrittelemistä konventionalismin versioista (*»strict and soft«*) on tässä näin ollen omaksuttu jälkimmäinen, jota myös pidetään todellisena konventionalismina, eikä se johda Dworkinin mainitsemiin, lähinnä aiemmin mainitusta konventionalismin toisesta (negatiivisesta) teesistä johtuviin johtopäätöksiin. Konventionalismi ei ole myöskään ristiriidassa oikeudellisen sääntelyn ristiriidattomuusedellytyksen (*consistency*) kanssa. Dworkin, *Law's Empire*, s. 118, 122, 124, 128 ja 138. Myös Hart tulkitsee oman lakipositivisminsa pehmeäksi konventionalismiksi. Hart, *postscript*, s. 250. Dworkin kuvaa ja kritisoi antamaansa kuvaa konventionalismista teoksessa *Law's Empire* pitkälti samalla tavalla kuin *lakipositivismia* (ja analyttistä oikeusteoriaa) teoksessa *Taking Rights Seriously*.

³³ Tulkinta eroaa selkeästi *Reynoldsin* tulkinnasta, jossa pyritään yhdistämään sopimuksen normatiivinen ja *tosiasiallinen, empiirinen* puoli. Lainopin kannalta sopimusoppi ei voi perustua ihmisten tosiasiallisiin odotuksiin vaan käsitteelliseen argumentointiin. Ks. Reynolds, s. 105 ja 109.

³⁴ Sopimusopin pääpiirteet oikeusjärjestyksen perustana erityisesti siviilioikeuden näkökulmasta olen kuvannut artikkelissani *Yhteiskuntasopimus ja siviilioikeuden perusteet*.

³⁵ Olemassaolo-termiä ei tässä käytetä realismin mukaisesti, vaan olemassaolevalla oikeusjärjestyksellä tarkoitetaan käsitteellistä eli *institutionaalista olemassaoloa*, jonka olemassaolo perustuu näin ollen konventioon.

piirteissään), joten yhteiskuntasopimuksen voidaan sanoa olevan osa yhteisöä konstituioivasta yhteisestä tiedosta. Yhteiskuntasopimus on välttämätön mutta ei riittävä yhteisön edellytys.

Oletus oikeusjärjestyksen olemassaolosta sisältää myös käsitteellisesti edellytyksen tämän järjestyksen sitovuudesta suhteessa kaikkiin sen alaisuudessa oleviin yhteisön yksittäisiin oikeusalamaisiin, joten kysymystä, millä perusteella oikeusjärjestys sitoo kaikkia sen jäseniä, ei tarvitsisi välttämättä problematisoida lainkaan tässä yhteydessä.

Yhteisöjen olemassaoloa ja tietynsisältöisten oikeusjärjestysten olemassaoloa pidetään puolestaan kontingenttina asiana. Ei ole siis käsitteellisellä eikä kausaalisella välttämättömyydellä tietynlaisia yhteisöjä. Yhteiskuntasopimusta voidaan pitää myös *transsendentaalisena käsitteenä*, koska oletetaan että se on immanentisti ja käsitteellisesti aina läsnä, kun on olemassa yhteisö ja sitova oikeusjärjestys. Tosiasiallinen voimassa oleva oikeus yhteisössä tietyllä hetkellä implikoi tietynlaisen sopimuksen. Analyttisesti tarkasteltuna sopimuksen sisältö ilmenee tosiasiallisen oikeusjärjestyksen kautta sen aineellisinä lähtökohtina. Jokaisen yhteisön käsitteelliseksi lähtökohdaksi voidaan näin ollen konstruoida yhteiskuntasopimus.

Kun sopimusoppia käytetään välineenä oikeusjärjestyksen analyysissä, voidaan lähtökohtana pitää olettamusta *hyvin järjestetystä yhteisöstä*, joka on myös yksi *Rawlsin* sopimusopin edellytyksistä. Muunlaisissa olosuhteissa lainopin harjoittamisen mielekkyys käykin kyseenalaiseksi. Lainopin voidaan sanoa näin ollen edellyttävän tässä merkityksessä hyvin järjestäytyntä yhteisöä. Lainopissa tavoitteena on koherentti ja ristiriidaton systeemi. Tätä voidaan ylläpitää myös olettamuksena ainakin heikossa merkityksessä, koska kysymyksessä on ideaalijärjestys, ei olevan ja tosiasiallisen yhteisön kuvaus. Hyvin järjestetty implikoi myös riittävää yhteiskuntarauhaa. Tosiasiallisten yhteisöjen aatteelliset, poliittiset, uskonnolliset ja osittain taloudelliset ristiriidat jäävät lainopin näkökulman ulkopuolelle, koska olettamuksena on, että yhteisö pystyy asettamaan itselleen yleisesti noudatettavat normit näistä ristiriidoista huolimatta ja saavuttamaan riittävän moraalisen konsensuksen. Lähtökohtana näin ollen on myös, että laki on neutraali näiden ristiriitojen suhteen eikä ota kantaa niihin. Nämä kysymykset toisin sanoen rajautuvat lain alan ulkopuolelle. Minimiehtona on pyrkimys kaikille oikeudenmukaiseen yhteisöön, vaikka kaikilta osilta yksimielisyyttä ei olisikaan. Olettamuksena näin ollen on, että *hyvien pluralismista huolimatta riittävän yhtenäisen oikean käsitys on mahdollista omaksua yhteisössä*.³⁶ Sopimusopin kes-

³⁶ Rawls, s. 4, 5 ja alk. s. 453. Rawls pitää itse näitä ehtoja oikeudenmukaisuusteorian keskeisimpinä ongelmina. Rawls, *Political Liberalism*, s. xvi, xvii, 10, 15, 35, 145 ja 304. Rawl-

keinen edellytys on *riittävä konsensus* oikeasta ja sen mahdollisuus.³⁷ Tämä on myös legitiimin yhteisön ja oikeusjärjestyksen edellytys. Tällä tavalla voidaan vastata myös *Steinbergin* arvojen pluralismiin ja moraalin epäyhtenäisyyteen perustuvaan sopimusopin kritiikkiin.³⁸ Liberalistinen yhteiskuntakäsitys ei ole ristiriidassa sopimusopin kanssa niin kuin *Steinberg* katsoo.

Rajanvedon vaikeudesta huolimatta deontologisten arvojen oletetaan olevan neutraaleja suhteessa mainittuihin hyviin (utiliteetteihin).³⁹ Tämä luonnollisesti edellyttää hyvän ja oikean selkeää erottamista toisistaan. Esim. *Steinberg* näyttää sivuuttavan tämän eron, kun hän yhdistää teleologian ja oikeudenmukaisuuden ja asettaa päämääräksi teleologisen rationaalisuuden mukaisesti oikeudenmukaisen yhteiskunnan.⁴⁰ Erottelulle on kuitenkin selkeät ja kestävät perusteet, ja sen sivuuttaminen hämärtää sekä päämäärä-keino rationaalisuutta että oikeuden ymmärtämistä.

Myös toisessa mielessä pluralismi sivuutetaan, vaikka sitä ei suinkaan haluta kieltää. Tässä ei problematisoida eikä suhteellisteta *yhteisön* käsitettä. Valtioissa voi olla useita normijärjestyksiä, jolloin voidaan sanoa, että useat normiyhteisöt ovat olemassa päällekkäin tai lomittain. Voidaan puhua alakulttuureis-

sin mukaan kattava konsensus on kuitenkin mahdollinen, vaikka yhteisössä vallitsee rationaalinen pluralismi (*reasonable pluralism*).

Tosiasiallisten yhteiskunnallisten ristiriitojen sivuuttaminen edellyttää, että oikeuden oletetaan olevan mahdollisimman pitkälle sekulaari ja neutraali suhteessa uskonnollisiin, filosofisiin ja poliittisiin suuntauksiin. Tämä rajaa mm. *lainsäätäjän toimivallan* näiden asioiden ulkopuolelle. Lähtökohta tai oletama on keskeinen osa *poliittista liberalismia*, ja siihen liittyy epäilemättä ongelmia. Ks. Rawls, *Political Liberalism*, s. xxiii, xxiv, 38 ja 247. Kysymys on yksinkertaisesti moniarvoisen ja liberalistisen yhteisön perusedellytyksistä. Rawls pitää historiallisesti ja käsitteellisesti tärkeänä tapaa, jolla ylitettiin, joskin uskonsotien kautta *katolisten* ja *protestanttien* välinen ristiriita Euroopassa. Rawlsille voidaan huomauttaa, että kysymys voi olla myös koko yhteiskuntien, ei vain lain sekularisoitumisesta, eli tätä ristiriitaa ja yleensä uskonnollisia kysymyksiä ei nähty enää tärkeinä, ja ne voitiin sivuuttaa.

Tosiasialliset *taloudelliset ristiriidat* muodostavat yhden keskeisen ongelman. Yhtäältä niillä on välitön yhteys oikeudenmukaisuuskäsitykseen, ja lait eivät yleensä voi olla neutraaleja suhteessa talousteorioihin. Toisaalta perinteisen länsimaisen oikeuskäsityksen mukaan sääntelyn yleensä edellytetään olevan neutraalin suhteessa oikeuslomaisten tosiasiallisiin taloudellisiin pyrkimyksiin, asemiin ja näkemyksiin.

³⁷ Ks. *Lagerspetz*, *The Opposite Mirrors*, s. 165.

³⁸ *Steinberg*, s. 5, 8, 35, 36, 123, 124 ja 140. *Steinberg* kritisoi tältä pohjalta *Locken* sopimusdoktriinia ja preferoi *Rousseauin* sopimusoppia. Edellinen hyväksyi ihmisten egoistiset piirteet ja pyrkimykset erilaisiin hyviin, mutta jälkimmäinen edellytti altruismia ja arvojen homogeenisuutta. *Rousseau* ei ollut liberalisti eikä hyväksynyt pluralismia. Myös *Steinberg* itse lähtee siitä, että oikeus ei voi perustua osaksikaan egoismiin, vaan rakentuu yksinomaan altruismin varaan. Lähtökohta poikkeaa selkeästi tässä omakutusta. *Steinberg*, s. 37.

³⁹ *Sadurski*, s. 71.

⁴⁰ *Steinberg*, 56, 72, 73, 125 ja 125.

ta tai erikoistuneista normijärjestyksistä. Viime kädessä esim. yksittäisissä vaikakin saman tyyppin sopimussuhteissa voi olla erilaiset ehdot, ja kuitenkin ne kaikki voivat olla oikeudenmukaisia. Osapuolten asemien tasapaino voidaan saavuttaa usealla tavalla. Tässä tarkoitettu yhteisön oikeusjärjestys voi näin ollen tarkoittaa valtion tai siitä poikkeavaa, laajempaa tai suppeampaa, eriytynyttä normisysteemiä.

2. *Näkökulmat sopimukseen ja sen tulkinnat.* Yhteiskuntasopimusta voidaan lähestyä useista näkökulmista ja useiden erilaisten tulkintojen avulla. Erot ovat kuitenkin suhteellisia. Naturalistinen ja historiallinen tulkinta sivuutetaan tässä yhteydessä epärelevantteina. Edellä tarkasteltu aksiooma ilmaisi puhtaan *analyttisen tulkinnan* sopimuksesta. Oppihistoriallisesti *ex ante* -näkökulma, eli ns. *hypoteettisen sopimuksen* tarkastelu on ollut ensisijaisessa asemassa. Hypoteettisen sopimuksen käsitteellä on paljon yhteistä analyttisen tulkinnan kanssa, vaikka viimeksi mainittu lähinnä ilmaisee *ex-post* näkökulman. Toisaalta hypoteettinen sopimus on myös lähellä *normatiivista tulkintaa*, joka on lainopin kannalta ehkä kaikkein tärkein. Hypoteettinen sopimus tarkastelee yhteiskuntasopimusta käsitteellisenä ja analyttisenä välineenä päättää ns. *luonnontila*.⁴¹ Sopimus merkitsee *siirtymistä luonnontilasta oikeusjärjestykseen*. Luonnontila on puhtaan käsitteellinen tila, jonka katsotaan edeltävän oikeusjärjestystä. Hypoteettinen sopimus kuvaa edellytyksiä ja tapaa, jolla sopimus voidaan solmia, eli edellytyksiä, joihin sopimusopin mukainen oikeusjärjestys nojaa. Hypoteettisen sopimuksen käsite pyrkii toisin sanoen kuvaamaan tapaa, jolla *sitoutuminen* oikeusjärjestykseen suhteessa sen jäseniin syntyy ja mihin se perustuu. Tärkeää on havaita, että myös hypoteettinen sopimus on puhtaasti käsitteellinen väline analysoitaessa olemassa olevia oikeusjärjestyksiä, siis transsendentaalinen konstruktio, mutta sitä ei pyritä näkemään aktuaalisena, naturalistisena, historiallisena tai transsendenttina, eli oletettuna nykyhetken tai kielen tuolla puolen olevana enteettinä tai käsitteenä.⁴² Yhtä vähän kuin on syytä olettaa metafyyysisiä tai transsendenttejä sääntöjä oikealle kielen käyttämiselle voidaan olettaa transsendent-

⁴¹ Tässä käytetään sopimusopin klassikkojen mukaisesti luonnontilan käsitettä. Rawls käyttää analogisena käsitteenä *alkutilan* (*original position*) käsitettä (suomennos Pursiainen). Rawls haluaa korostaa tulkintansa erityislaatuisuutta ja että hänen teoriassaan kysymys on hypoteettisesta valintatilanteesta, jossa rationaaliset oikeudenmukaisuuden periaatteet määräytyvät. Rawls, s. 12 ja 17 ja suomennettuna, s. 23.

⁴² Ks. Rawls, s. 12 ja 115.

Tämän takia Honorèn kriittiseksi tarkoitettu huomautus Rawlsia kohtaan »*In order to make hypothetical contracts, hypothetical people are needed*» kuvaa hyvin hypoteettista sopimuskonstruktiota, joka on useassa suhteessa *idealisointi*. Honorè, *The Social Contract Interpreted*, s. 155. Lisäksi lainoppi käyttää juuri hypoteettisia henkilöitä (oikeusasemia).

tia sopimusta tai muuta lähtökohtaa, joka osoittaa yhteisön moraalin ja oikeuden periaatteet.

Ex post -näkökulma ilmentää puolestaan yhteisön jäsenen ja lainopin varsinaista näkökulmaa oikeuteen eli tämän korrelaattisuhteen *sitovuusnäkökulmaa*. Tämän näkökulman mukaisesti *yhteisö ja sen oikeusjärjestys*, yhteisön perustana oleva yhteiskuntasopimus periaatteineen ja siihen perustuvat oikeusnormit *ovat annettu asia*, valinnan mahdollisuutta yhteisöön kuulumisen suhteen ei käytännöllisesti katsoen ole. Sitovuudella ja tätä kautta sitoutumiselle ei käytännössä ole vaihtoehtoa.⁴³ *Hobbesin* kuvaus peruuttamattomasta ja myöhempiä sukupolvia sitovasta sopimuksesta, voidaan tulkita analyyttisesti ja tällaisena käytännöllisenä välttämättömyytenä.⁴⁴

Kuvattu käytännöllinen välttämättömyys osoittaa ja oikeuttaa myös *oikeuspakon* osana oikeusjärjestystä. Yhteisön jäsen sitoutuu yhteisöön omaksumalla yhteisen kielen ja osallistumalla sen oikeusjärjestyksen sääntelemiin toimintoihin. Oikeudellisesti sitoutuminen tapahtuu osallistumalla yhteistoimintaan yhteisön muiden jäsenten kanssa, vastaanottamalla yhteistoiminnan tuottamat edut, ja näin tosiasiallisesti myös hyväksymällä yhteistoimintaan liittyvät velvoitteet. Sopimusopin keskeinen oletamus on, että *järkevät ihmiset hyväksyvät oikeudenmukaisen yhteisön ja sitoutuvat siihen vapaaehtoisesti*.⁴⁵

Ex post -näkökulmassa korostuu sopimusopin tulkinta nykyisen, olemassa olevan oikeusjärjestyksen analyysinä. Tällöin voidaan myös tarkentaa kysymykset, onko velvollisuutta solmia yhteiskuntasopimus, ja mihin tällainen velvollisuus voi perustua, kysymykseksi, onko velvollisuutta alistua sen yhteisön oikeusjärjestykseen, johon on syntynyt tai jonka alaisuuteen muutoin on joutunut.

Niin kuin edellä on todettu, yhteiskuntasopimusta voidaan tulkita usealla tavalla. Sopimusta voidaan lähestyä analyyttisesti. Tällöin pidetään silmällä ns. *tosiasiallista sopimusta*, joka on olemassa olevan oikeusjärjestyksen implikaatio. Tosiasiallinen oikeusjärjestys osoittaa perusteensa, eli kysymys on sopimuksesta sellaisena kuin se tosiasiallisesti on oikeusjärjestyksen perustana. Sopimus ja oikeusjärjestys ovat tällöin välttämättä sopusoinnussa keskenään.

Sopimusta voidaan lähestyä myös normatiivisesti, jolloin voidaan puhua ns. *normatiivisesta sopimuksesta*. Tässä pidetään silmällä pääasiassa juuri normatiivista sopimusta. Normatiivisen tulkinnan mukainen sopimus on vahvemassa asemassa kuin tosiasiallinen sopimus, koska se ei ole vain puhtaan analyyttinen implikaatio. Pikemminkin oikeusjärjestyksen odotetaan implikoivan *tietynlaisen*

⁴³ Ks. *Rawls*, *Political Liberalism*, s. 136.

⁴⁴ *Hobbes*, *Leviathan*, s. [67]. Ks. *Letwin*, s. 56.

⁴⁵ *Rawls*, *Political Liberalism*, s. 108, 142 ja 163. Myös tätä oletamaa voidaan pitää tautologisena aksioomana.

yhteiskuntasopimuksen, jolloin sopimusta voidaan käyttää myös oikeusjärjestyksen *oikeudenmukaisuuden kriteerinä*. Oikeusjärjestys ja sopimus eivät tällöin ole välttämättä sopusoinnussa, mikä mahdollistaa oikeusjärjestyksen kritisoinnin sopimuksen avulla.⁴⁶ Yleensä kritiikki vetoaa johonkin yhteisön omaan institutioon tai periaatteeseen. Asiallisesti ottaen kritiikki väittää tällöin, että sopimusta ei ole noudatettu tai sitä ei ole sovellettu johdonmukaisesti.⁴⁷ Tällöin yhteiskuntasopimuksella on merkitystä myös lainopillisessa argumentoinnissa, koska sopimusopin ja sen mukaisten aineellisten periaatteiden omaksuminen merkitsee myös niiden mukaista argumentointia ja tulkintaa. Normatiivisen sopimuksen relevanttius edellyttää kuitenkin olettamusta, että tosiasiallinen oikeusjärjestys pääpiirteissään täyttää sopimusopin asettamat vaatimukset. Sopimusoppi ilmenee tällöin argumentoinnissa omaksuttuina arvoina, periaatteina ja tulkinta-asenteena.

Sekä analyttisen että normatiivisen lähestymistavan adekvaattisuus edellyttää, että yhteisö on omaksunut aiemmin mainitut perusarvot ja periaatteet lainsäädännön lähtökohdaksi. *Rawlsin* sanoin: Yhteisön on oltava pääpiirteissään tai lähes oikeudenmukainen.⁴⁸ Tämä oli hänellä myös keskeinen lähtökohta oikeusjärjestyksen sitovuuden selittämisessä.

Normatiivisen ulottuvuuden lähtökohtaisesti analyttinen sopimuskonstruktio saa lähinnä kahden eri lähtökohdan perusteella. Ensiksi voidaan todeta, että *ajatus sopimuksesta oikeusjärjestyksen perustana edellyttää tietyntaista käsitystä sen osapuolista ja heidän keskinäisistä asemista ja suhteista toisiinsa*. Toiseksi sopimusta oikeusjärjestyksen viimekätisenä perustana pidetään *viimeisimpänä oikeutusperusteena* oikeusnormeille. Sopimus on tällöin viimeinen ja syvin jüstifikaatio oikeudellisessa argumentoinnissa. Sopimus on asetettu kriteeriksi moraalien ja oikeuden sääntöjen oikeuttamisessa, eli se muodostaa *viimekätisen mitatuun* yhteisön instituutioiden, periaatteiden ja sääntöjen *oikeudenmukaisuudelle*.

3. Arvot ja periaatteet. Yhteiskuntasopimuksen ei tarvitse lähteä täydellisestä käsitteellisestä tai arvotyhjiöstä, niin kuin eräät sopimusopin kriitikot näyttävät oletavan.⁴⁹ Sopimusoppi on myös tapa ilmaista, että eräät keskeiset arvot on otet-

⁴⁶ *Reynolds*, s. 119.

⁴⁷ *Harman*, s. 16.

Eri asemassa on kritiikki, joka vetoaa johonkin yhteisön omaksumiin institutioihin ja periaatteisiin nähden ulkopuoliseen seikkaan esim. periaatteeseen tai arvoon. Tällöin on siirrytty ulkoiseen näkökulmaan ja tässä mielessä on asetettu yhteisön ulkopuolelle. Kysymys on joko vertailevasta näkökulmasta tai järjestelmän ulkoisesta kritiikistä.

⁴⁸ *Rawls*, s. 351.

⁴⁹ Ks. *Honoré*, *The Social Contract Interpreted*, s. 146 ja *Sumner*, s. 159.

tu lähtökohdiksi nykyajan länsimaisissa yhteisöissä. Ne ilmenevät keskeisimpiinä tavoitteina ja periaatteina, joita arvostetaan. Oikeuksia ilmaisevat periaatteet ovat näin ollen tärkeitä arvostuksen kohteita. Keskeiset periaatteet »syntyvät» hiljaisen sopimuksen eli yhteisymmärryksen kautta. Siksi ne ovat myös välttämättömiä edellytyksiä sopimuksen solmimiselle. Sopimusta välttämättä edeltävien arvojen osoittaminen näyttää olevan strategiana esim. *Dworkinin* ja *Sumnerin* kritiikeissä.

Sopimusopissa lähtökohtana ovat pikemminkin arvot, jotka ovat välttämättömiä, jotta hypoteettinen sopimus voidaan konstruoida, ja sopimusoppi samalla sitoutuu näihin arvoihin ja vaatii niiden mukaisia moraalin ja oikeuden periaatteita. Mahdollisuus konstruoida hypoteettinen sopimus ja sen solmiminen, vaatii tiettyjen *vähimmäisedellytysten* käsilläoloa. *Rawls* pyrkii eksplisiittisesti luettelemaan nämä vähimmäisehdot. Ajatus sopimuksesta edellyttää vapaaehtoisuutta, eli *lähtökohtana on oltava vapaat, täysivaltaiset, vastuulliset ja tasa-arvoiset ihmiset, joiden etujen mukaista on sitoutua sopimukseen*. Kysymys on heidän välisestä *sosiaalisesta yhteistoiminnasta* ja tätä toimintaa *sääntelevistä normeista*.⁵⁰ Tämä lähtökohta oli selkeästi lausuttuna jo keskeisillä sopimusopin luojilla *Hobbesilla*, *Lockella* ja *Rousseauilla*.⁵¹ Vapaus ja tasa-arvo edellyttävät puolestaan *Kantin* muotoileman, oikeuden sisältöä koskevan periaatteen ottamista vakavasti: *Jokaisen ihmisen on oltava päämäärä itsessään, itseisarvo, ei väline jonkin muun toisen ihmisen tai kollektiivisen päämäärän tavoittelussa*.⁵² Näihin periaatteisiin perustuu myös deontologian ja oikean itsenäisen asema suhteessa teleologiaan ja hyvään.

Nämä lähtökohdat ovat välttämättömiä vain suhteessa omaksuttuun sopimusoppiin ja siksi myös selkeitä aineellisia valintoja. Pidän niitä kuitenkin nykyaikaisen länsimaisen yhteisön keskeisinä periaatteina. Tietoteoreettisesti tässä pyritään osoittamaan, että keskeiset moraalin ja oikeuden normit perustuvat niihin ja voivat muodostaa juuri sen takia johdonmukaisen käsitteellisen systeemin. Käsitys aineellisesta oikeudenmukaisuudesta perustuu pohjimmiltaan näihin arvovalintoihin ja muodollinen oikeudenmukaisuus systeemin johdonmukaisuuteen.

Edelleen lähtökohtana on näiden yhteisön muodostavien ihmisten, eli *yhteisössä oikeusalamaisen itse itselleen asettamat periaatteet ja säännöt* (demokratian ja kansan itsehallinnon periaatteet). Oikeussääntöjen ainoa mahdollinen lähde on näin ollen yhteisö itse, jonka oikeusalamaiset muodostavat. Oikeussäännöt

⁵⁰ *Rawls*, *Political Liberalism*, s. 9, 34 ja 258.

⁵¹ *Hobbes*, *Leviathan*, s. [60 ja 64] ja *De Cive*, s. 45, *Locke*, *Two Treaties of Government*, II, V, § 40 ja 44, s. 296 ja 298 ja *Rousseau*, *Yhteiskuntasopimuksesta*, s. 35, 44–49, 139, 149, 169, 170

⁵² *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, s. [428].

eivät ole johdettavissa mistään muusta kuin niiden hyväksyttävyydestä ao. yhteisössä. Lainopillisessa argumentoinnissa edellytetään ja odotetaan, että johtopäätökset tullaan hyväksymään yhteisössä. Tämä takaa myös em. keskeisen tärkeän *Kantin* aineellisen periaatteen toteutumisen. Yhteiskuntasopimuksen mukainen oikeudenmukainen ideaalimaailma on tällöin se *Kantin* mainitsema *päämäärien valtakunta*, jossa päämäärinä ovat yhteisön kaikkien jäsenten oikeuksien turvaaminen.⁵³

Oikeus nähdään näin ollen kontingenttina ja konventionaalisenä asiana. Kysymys on myös *yhteisön tason* asiasta. Oikeuden periaatteet ja niiden perustavat oikeussäännöt voidaan muodostaa vasta yhteenliittymisen eli yhteisön muodostumisen kautta. Yhteiskuntasopimus on ensisijaisesti yhteisöä ja vain toissijaisesti sen yksittäisiä jäseniä koskeva asia, vaikka kysymys on heidän yhteistoiminnastaan. Yksilöiden yhteistoiminta ja sen ehdot merkitsevät jo nousemista yhteisön tasolle.

Klassinen esimerkki hiljaisesta ja implisiittisestä sopimuksesta yhteistoiminnan perustana on *Humen* kuvaus etenevästä veneestä, jossa on kaksi soutajaa. Kun molemmilla on sama päämäärä, syntyvät säännöt, joiden mukaisesti itse soutaminen tapahtuu saumattomana yhteistoimintana, ikään kuin itsestään, vaikka yhtään nimenomaista lupausta ei annettaisi.⁵⁴

Samoin kuin *Dworkin Rawls* asettaa yhdenvertaisen vapauden vaatimuksen erityisasemaan. Sopimus edellyttää lisäksi ns. *luonnollisten velvollisuuksien* tunnistamista sopimusta solmivien taholta vastavuoroisesti. Näitä ovat mm. velvollisuus olla vahingoittamatta toista ja velvollisuus sopeutua oikeudenmukaiseen yhteisöön ja sen instituutioihin. Ajatus sopimuksesta on mahdoton ilman edellytyksiä tasa-arvoisista ja vapaista osapuolista ja mahdollisuudesta vastavuoroiseen ja molempia hyödyttävään yhteistoimintaan. Sopimusoppi Rawlsin omaksumassa muodossa perustuu näin ollen olennaisesti ihmisten vapaaehtoiseen, rationaaliseen valintaan.⁵⁵ Rationaalisuus on lisäksi johdonmukaisuutta suhteessa yksilön etuihin (hyviin).

⁵³ *Rawls*, s. 584.

⁵⁴ *Hume*, A Treatise of Human Nature, book III, part II, sect. II, s. 490. *Harrison*, s. 58.

⁵⁵ *Rawls*, s. 11, 114, 115, 350 ja 583 ja *Political Liberalism*, s. 337.

Ks. lisäksi Rawlsin luettelo perushyväistä (*primary goods*), joihin hän lukee myös perusvapaudet (*basic liberties*), ja jotka muodostavat sopimuksen vähimmäissisällön ja -edellytykset. *Rawls*, *Political Liberalism*, s. 308.

Dworkin on oikeassa siinä, että edut, joita sopimuksen avulla saavutetaan, ovat konkreettisia etuja käsitteellisesti edeltäviä, abstraktimpia etuja (*antecedent interests*). *Dworkin*, *Taking Rights seriously*, s. 153. Kysymyksessä ovat selkeästi tietynlaiset asemat, moraaliset tai *oikeusasemat*, jotka tehty sopimus ja siihen perustuvat normit muodostavat sen osapuolelle.

4. *Oikeus ja pakko*. Sopimusopin mukainen ajattelutapa ei ole suinkaan vieras tavanomaiselle, esim. lakipositivistisesti sävyttyneille lainopillisille näkemyksille. Oikeusalamaisen sitoutuminen oikeuden sitovuuden lähtökohtana on selkeänä esillä *Hartin* erottelussa sisäiseen ja ulkoiseen näkökulmaan oikeuteen, mikä erottelu oli jo esillä *Rossin* oikeusteorian yhteydessä. Lainopin näkökulma on yhteisön sisäinen näkökulma, eli väitteet ja lauseet perustellaan oikeuttamalla ne, ei verifioimalla ekstensionalisesti.⁵⁶

Tässä yhteydessä voidaan käyttää hyväksi *Hartin* tunnettua erottelua *pakotamiseen (to be obliged)* ja siihen, että *henkilöllä on velvollisuus (to have an obligation)*, vaikka näkökulma ei olisikaan täysin identtinen hänen kanssaan.⁵⁷ Erottelu liittyy välittömästi sisäinen/ulkoisen -tarkastelukulmien erotteluun. *Hartin* mukaan pakottamisesta on kysymys esim. kun ryöstäjä aseella uhaten määrää henkilön antamaan rahansa. Oikeudessa ja velvollisuudessa esim. maksaa veroja on sen sijaan kysymys aivan jostain muusta. Oikeussääntöjen normatiivinen paine on pikemminkin *sosiaalista painetta*, joka aiheutuu ihmisen sopeutumisesta ja sitoutumisesta yhteisöön, ei ensisijaisesti sanktioiden pelosta. Säännöt ovat voimassa, koska ne on *omaksuttu* ja yleisesti hyväksyttäviä yhteisössä. Oikeuden tunteminen on tämän yhteisön sosiaalisen paineen reflektointia, joka on

⁵⁶ Sisäisen normatiivisen väitteen yleinen muoto konventionalismin mukaan on lause, jossa viitataan yhteisössä hyväksyttyyn päämäärään, oikeuteen tai arvoon eli syyhyn (*reason*), joka aineellisesti edellyttää tietynlaista käyttäytymistä. Syy ei ole mikä tahansa syy, vaan tietty yhteisössä sovittu syy. *Harman*, s. 8–10.

Ks. myös *Weinberger*, joka pitää konsensusta ja rationaalista vakuuttuneisuutta lainopillisen tiedon lähtökohtana. *Weinberger*, s. 120–122.

⁵⁷ *Hart*, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, s. 59 ja *The Concept of Law*, s. 80–86. *Hart* käyttää erottelua kritiikkinä ennen kaikkea *John Austinin* oikeusteoriaa kohtaan, mutta samalla se toimii kritiikkinä myös oikeusrealistisia suuntauksia kohtaan. Erottelusta ks. *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, s. 19, 20 ja 48–51. *Dworkinin* käyttää mainittua erottelua johdantona *Hartin rule of recognition*-konstruktion ja *sosiaalisen normin* teorian (*Dworkinin* antama nimitys) kritiikkiin. Viimeksi mainittu tarkoittaa *Hartin* pyrkimystä palauttaa oikeusnormit yhteisön sosiaalisiin käytäntöihin, jonka *Dworkin* näkee keskeisenä osana *Hartin* oikeusteoriaa.

Sama pohdiskelu gangsterin ja oikeusnormien aiheuttamien uhkien välillä oli myös jo *Kelsenillä*. *Kelsen* erotti lisäksi vielä tapauksen, jossa henkilö antaa toiselle rahaa pyynnöstä. Eroa veronmaksun, ryöstön ja hyväntekeväisyyden kesken, joissa kaikissa luovutetaan 500 mk rahaa ei voida tehdä ulkoisen lähestymistavan perusteella. Tällä perusteella *Kelsen* pyrki terävoittamaan erottelua pitämisen (normatiivisen) ja olemisen (ulkoisesti havaittavan) välillä. *Kelsen* näyttää osittain vetoavan *Weberiin* mutta myös kritisoi häntä liian kapeasta näkemyksestä lain suhteen. *Kelsen* käyttää erottelua selkeästi oikeussosiologisten näkökulmien kritiikkinä. *Kelsen*, s. 175–178. Ks. *Weberin* pohdinnat pätevän lain implikoimasta pakosta ja toisaalta pätevään lakiin myös käsitteellisesti sisältyvästä legitimitetistä ja hyväksyttävyydestä. *Weber I*, s. 16–19, 29 ja 181–186. *Weberillä* lähtökohtana epäilemättä on tosiasiallinen pakko (valtion ja oikeusjärjestyksen keskeinen määre on monopoli pakkovallan käyttöön), jolloin le-

mahdollista vain Hartin kuvaaman sisäisen näkökulman kautta.⁵⁸ Oikeuden modaliteetti on pitämisen eli *deonttinen* modaliteetti, ei *kommissiivinen*, pakottamisen tai uhkaamisen modaliteettina.⁵⁹ Oikeusjärjestyksen ulottuvuus *pakkojärjestyksenä* ei ole näin ollen sen primääri vaan *sekundääri puoli*. *Primääri puoli* on sen sijaan *rationaalinen sitoutuminen oikeuteen*. Oikeussääntöjä noudatetaan yleisesti ennen kaikkea vapaaehtoisesti niiden yleisen *hyväksyttävyyden* perusteella, ja käyttäytymisen motivointi suoran sanktionuhanalaisuuden kautta voi olla enintään toissijaisessa asemassa. Sopimusopin kannalta sääntöjen rationaalinen hyväksyttävyys merkitsee, että ne voivat olla osa aktuaalia yhteiskuntasopimusta (laajassa merkityksessä).

Oikeuden primäärin puolen (aineellisen oikeuden tässä merkityksessä) voidaan sanoa oikeuttavan oikeudellisen pakon. Oikeudellinen pakko ei voi olla lähtökohta, eikä se voi olla koskaan oikeutettua itsessään, vaikka oikeusjärjestyksestä kokonaisuutena ei voidakaan puhua ilman pakkoa. Myöskään tietoteoreettisesti pakko ei voi olla lähtökohta niin kuin jo *Rossin* oikeusteorian yhteydessä todettiin.⁶⁰ Oikeuden ja oikeussääntöjen näkeminen oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaationa ja yleensä *sanktioiden* merkitys jäävät myös toissijaiseen asemaan. *Leges imperfectae* -teesi kiistetään näin ollen siinä merkityksessä, että myös sanktiottomat normit ovat osa oikeusjärjestystä. Käsitys laista käskyinä tai sääntöinä, joihin välttämättä liittyy sanktio, on aivan liian kapea ja jättää määritelmän ulkopuolelle asiallisesti ottaen suurimman osan normeista ja käsitteistä, jotka kuitenkin luetaan lain ja oikeuden piiriin.⁶¹ Oikeuden sisällön painottaminen tässä omaksutulla tavalla pakottaa myös asiallisesti ottaen laventamaan selkeästi lain käsitettä perinteisiin lakipositivistisiin määritelmiin nähden.

Sanktio ei näin ollen ole yksittäisen oikeusnormin *conditio sine qua non* eikä em. relaatiota tai esim. kielletty teko – sanktio -relaatiota voida tulkita loogisena implikaationa eikä tosiasiallisena kuvauksena.⁶² Päinvastoin, sanktio ei voi

gitimateetti ja hyväksyttävyys ja niiden sovittaminen em. oikeuskäsitykseen tulee ongelmalliseksi. Ks. *Legerspetz*, *The Opposite Mirrors*, s. 186.

⁵⁸ *MacCormick*, s. 135. Samoin *Rawls*, *Political Liberalism*, s. 16 ja *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 257. *MacCormickin* mukaan tämä implikoi *hermeneuttista* tietokäsitystä. Näkökulmien välisestä erosta ks. *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 13 ja *Hartin* teoriasta s. 34.

⁵⁹ Ks. *Lewis*, *Convention*, s. 185.

⁶⁰ Myös *Ross* itse lähtee siitä, että viime kädessä oikeuden on perustuttava hyväksyttävyyteen ja »epäitsekäaseen käyttäytymisasenteeseen ja motiveihin». *Ross*, *Om ret og retfærdighed*, s. 67–69.

⁶¹ *Hart*, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, s. 60, 68 ja 78 ja *Raz*, *The Authority of Law*, s. 9.

⁶² Ks. *Austin*, *Province of Jurisprudence*, s. 28 ja *Kelsen*, s. 19, 23, 29, 50 ja 404. *Kelsen* katsoo selkeästi oikeuden implikoivan valtion pakkovaltaa, koska pakko on oikeuden välttämätön edellytys. *Ebenstein*, s. 627, 631 ja 633.

olla käsitteellisenä lähtökohtana, koska se itse on puutteellinen, se edellyttää välttämättä kielletyn teon määrittelyä.⁶³ Sen sijaan kielletty teko ei välttämättä edellytä sanktiota.⁶⁴ Samalla erottelu on kritiikkiä niitä realistisia ja myös positivismin piirissä esiintyneitä näkemyksiä kohtaan, joiden mukaan oikeudessa on ensisijaisesti kysymys sanktionuhasta ja sen motivoivasta käyttäytymisestä. Aineellinen pitäminen ei ole ensisijaisesti sanktionuhanalaisuuden funktio.

Oikeus perustuu yhteisön sisäisiin sosiaalisiin sääntöihin, ei ulkoapäin annettuihin pakotteisiin. Oikeussääntöjen olemassaolo perustuu näin ollen niiden rationaaliseen hyväksyttävyyteen ja riittävään konsensukseen oikeuslajien keskuudessa. Tämä *oikeuttaa* myös *pakon* ja sanktioiden käyttämisen, eikä päätely mene päinvastaiseen suuntaan niin kuin *Kelsenillä*.⁶⁵ Oikeuden legitimitetti ja myös oikeusjärjestelmän tosiasiallinen pysyvyys edellyttävät riittävän laajaa hyväksyttävyyttä.

Oikeuden vähimmäissisällön yhteydessä *Hart* viittaa eräisiin selkeisiin toiseikkoihin, niin kuin puutteellisiin resursseihin (niukkuuteen) ja eräisiin ihmisten perusominaisuuksiin ja »puutteisiin», niin kuin rajoitettuihin ja suhteelliseen tahdon heikkouteen, itsekkyyteen, hyväntahtoisuuteen ja lähtökohtaiseen tasa-arvoon, jotka tekevät yhteisön muodostamisen ja oikeusormit käytännössä mahdollisiksi mutta myös välttämättömiksi.^{65a} Nämä tekijät voidaan tulkita tekijöiksi, jotka käytännöllisellä välttämättömyydellä pakottavat solmimaan yhteiskuntasopimuksen ja muodostamaan yhteisön ja sen normit sopimusopin mukaisesti. Edellytyksenä on näin ollen myös, että rationaaliset henkilöt ovat halukkaita *yhteistoimintaan*, joka on heille edullista, vaikka he eivät ole aina siihen kykeneviä ja vaikka suunnitelmat eivät aina toteudu.

Samalla nämä lähtökohdat määräävät myös itse sopimuksen keskeiset elementit, esim. sen, että olettamuksena on tasa-arvoisten osapuolten sitoutuminen sopimukseen, joka tuottaa *vastavuoroisesti* etuja *reilun pelin* periaatteen mukai-

Jos väitteen teon luvattomuudesta katsotaan implikoivan sanktion määräämistä, niin tällöin luvattomuus on sanktion riittävä mutta ei välttämätön edellytys, ja sanktio on luvattomuuden välttämätön mutta ei riittävä edellytys, mikä on kestävä asetus. Jos taas *Kelsenin* ja *oikeusrealistien* tapaan sanktion katsotaan implikoivan luvattomuutta, niin sanktio on luvattomuuden riittävä mutta ei välttämätön edellytys, ja luvattomuus on sanktion välttämätön mutta ei riittävä edellytys. Edellinen seuraamus joutuu ristiriitaan omien lähtökohtiensa kanssa.

⁶³ *Hart, Self-Referring Laws*, s. 173.

⁶⁴ Tällöin ei jouduta myöskään *Kelsenin* kuvaamaan loputtomaan regeressiin, jonka mukaan oikeussääntö edellyttää sen rikkomisesta johtuvaa sanktion määräämistä tarkoittavaa sääntöä, joka puolestaan edellyttää edellisen rikkomisesta johtuvaa sanktion määräämistä tarkoittavaa sääntöä jne. *Kelsen*, s. 28.

⁶⁵ *Dworkin, Law's Empire*, s. 190.

^{65a} *Hart, The Concept of Law*, alk. s. 190.

sesti kaikille osapuolille. Sopimusopin mukainen rationaalisuus on tässä mielessä lähtökohtaisesti *egoistin* rationaalisuutta, koska sopimus perustuu myös yhteistoiminnassa saavutettaviin etuihin. Kysymys on *taktiikan* pelisäännöistä, jotka selittävät itse *toiminnan*. Toisaalta oikeuden kannalta ehkä keskeisempi lähtökohta on suhteellinen *altruistinen* taipumus, joka mahdollistaa yhteistä toimintaa koskevien normien muodostamisen ja noudattamisen eli *toiminnan sääntelyn*. Tällöin kysymys on varsinaisista oikeuden säännöistä. Kysymys on hyvien ja oikean yhteensovittamisesta.⁶⁶

5. *Hyvä ja oikea*. Edellä mainittujen lähtökohtien vuoksi sopimusoppi muodostuu luontevalla tavalla *deontologiseksi* opiksi ja *vastakkaiseksi utilitaristisille (teleologisille)* käsityksille yhteiskunnasta ja oikeudesta.⁶⁷ Hyvä ja oikea nähdään tässä itsenäisinä, toisiinsa palautumattomina rationaalisuuden lähtökohtina. Olettamuksena on, että näiden lähtökohtaisesti jännitteessä olevien rationaalisuuden muotojen yli voidaan kuitenkin rakentaa yhteys, jossa ne saatetaan tukemaan toisiaan. Vastakkaisuus utilitarismiin rajoittuu näin ollen vain sen pyrkimykseen palauttaa oikea hyvään. Dualismi merkitsee myös selkeän eron tekemistä *Kantin* mukaisesti *kategorisille* eli varsinaisille *moraalin ja oikeuden säännöille* ja keino/tavoite -rationaalisuuteen perustuville *hypoteettisille* säännöille, joita voidaan kutsua myös *taktisiksi säännöiksi*.⁶⁸ Hypoteettiset säännöt ilmentävät tavoite/keino-rationaalisuutta eli *praktista rationaalisuutta* tämän käsitteen suppeassa merkityksessä. Tavoitteet voivat olla yhteisön tasolla, jolloin voidaan puhua kollektivistisesta tai utilitaristisesta päättelystä, tai yksilötasolla, jolloin kysymyksessä on *intentionaalinen päättely*.⁶⁹ Pyrkimystä oikeaan tai oikeudenmukaiseen ei tässä näin ollen myöskään tulkita yhdeksi teleologian muodoksi tai ulottuvuudeksi.

Lähtökohtana ovat oikeusalamaiset, joiden *etujen* vuoksi *ja oikeuksien* suojaamiseksi yhteisö on muodostettu.⁷⁰ Nämä lähtökohdat selittävät paljolti *Rawlsin* ja myös *Dworkinin* yhteiskunnalliseen liberalismiin perustuvan ankaran kri-

⁶⁶ Ks. *Rawls*, joka lausuu »*This reasonable society is neither a society of saints nor a society of the selfcentered.*» Rawls, *Political Liberalism*, s. 54

⁶⁷ *Aristoteles* rakensi etiikkansa teleologian, hyvien tavoittelun varaan. Siksi normatiivisuus, kaavamaiset säännöt ja ylipäänsä deontologinen näkökulma olivatkin hänelle vieraita. Laki ei ollut hänelle joukko pakottavia muodollisia sääntöjä, niin kuin usein nykyisin ajatellaan vaan aineellisia periaatteita, joiden mukaisesti harmoninen ja hyvä elämä toteutui. *Aristoteles*, *Nikomakhoksen etiikka* I, 1 ja 4 ja V, 1.

⁶⁸ *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, [414–416].

⁶⁹ Ks. kappale 5.1, kohta 1.

⁷⁰ *Rawls*, s. 30. Oikeuden palauttaminen hyvään johtaa helposti myös jyrkkään *paternalismiin*, eli »*besser-wisser*» -asenteeseen ja epäluottamukseen ihmistä kohtaan. *Paternalismista*, *Niklasson*, alk. s. 86.

tjikin kaikkia utilitarismin muotoja kohtaan.⁷¹ Näkemys on selkeän *individualistinen* tässä suhteessa, eli oikeus ja yhteisö ovat sen jäseniä varten, ei päinvastoin. Kysymys on kuitenkin yhteisön tason käsitteistä. Määräävä tekijä ei ole yhteisön kokonaishyöty tai tekojen tai lakien rationaalisuus suhteessa keskimääräisen kokonaishyödyn kasvattamiseen. Nämä eri lähtökohdat ovat hyväksyttäviä lähtökohtia myös lainopillisessa argumentoinnissa ja tulkinnassa. Siksi Dworkin asettaa selkeästi telelogiset ja kokonaisedun lisäämiseen tähtäävät tavoitteet (*policy*) toissijaiseen asemaan suhteessa oikeusalamaisien tärkeimpien oikeuksien suojaamiseen (*principles*), kun nämä tavoitteet joutuvat ristiriitaan.⁷²

Rawlsin ja Dworkinin teesi *oikeuksien etusijasta* suhteessa tavoiteltaviin hyviin (päämäärinä) voidaan tulkita siten, että oikeuden kannalta oikeudet ovat luonteesta ensisijaisessa asemassa, kun sekä kollektiivisiin että yksityisten tavoitteisiin pyrkiminen ehdollistetaan siten, että se ei voi tapahtua keskeisimpien oikeuksien kustannuksella tai niitä kaventaen.⁷³ Dworkinin teesi on johdettu suoraan *Kantin* oikeuden sisällöllisestä periaatteesta, joka kieltää ihmisen välineellistämisen.⁷⁴ Kysymys on yksinkertaisesti yhteisön tosiasiallisen toiminnan ehdollistamisesta eli kategorisista säännöistä suhteessa hypoteettisiin taktiikan sääntöihin. Tämä on selkeästi myös *oikeusturvan* näkökulma. Negatiivisesti periaate ilmenee yksinkertaisesti perustuslakien perusoikeuksien hierarkisesti ylempänä asemana suhteessa muuhun lainsäädäntöön ja kieltona tulkita ja soveltaa lakeja perusoikeuksia loukkaavalla tavalla. Positiivisesti oikeuksien etusija voidaan ilmaista normina lainsäätäjälle ja tulkitsijalle pyrkiä lakeihin ja tulkintoihin, jotka edistävät oikeusturvaa ja turvaavat näin perusoikeuksien toteutumista.

⁷¹ Utilitarismin eri muotojen kritiikistä ks. *Rawls*, esim. s. 26, 27, 77, 141, alk. s. 167 ja 180 ja *Dworkin* Taking Rights Seriously, esim. s. 88, 91, 95, 115, 139, 146, 172, 174, 191, 198, 201, 203, alk. s. 232, s. 269, 271 ja 275 ja *Law's Empire*, s. 290 ja 291.

Rawlsin ja Dworkinin klassisen utilitarismin kritiikki voidaan tiivistää ja ehkä kärjistääkin moitteeksi, jonka mukaan utilitarismi syrjäyttää oikeusalamaisien oikeudet eikä ota niitä vakavasti tai lähtökohtana, koska argumentoinnissa määrääväksi tekijäksi on omaksuttu yhteisön kokonaishyöty. Heidän mukaansa yhteisön kokonaisedut ja yksittäisten oikeusalamaisien edut ja oikeudet joutuvat usein ristiriitaan. Utilitarismi ei ota yksilöä vakavasti, ja näin ollen se rikkoo *Kantin* toista, oikeuden aineellista perusperiaatetta, jonka mukaan ihmistä ei saa kohdella välineenä, vaan aina päämääränä itsessään ja itseisarvoisena. Rawls ja Dworkin pitävät utilitarismia näin ollen *kollektivistisena* oppina, joka on jyrkässä ristiriidassa heidän omaksumansa lähtökohdan eli poliittisen liberalismiin kanssa.

⁷² *Dworkin*, Taking Rights Seriously, s. 22, 82, 90 ja 269 ja *Law's Empire*, s. 223. Oikeuksien etusijan periaate suhteessa hyvään, *Rawls*, Political Liberalism, alk. s. 173.

⁷³ Ks. *Rawls*, Political Liberalism, s. 190, 209, 294 ja 298 ja *Dworkin*, Law's Empire, s. 311. Rawlsin termi *basic liberties* viittaa siihen, että hän pitää silmällä negatiivisesti määriteltäviä klassisia vapausoikeuksia, ei positiivisia perusoikeuksia (*rights*).

⁷⁴ *Sadurski*, s. 91. Juuri nämä kantilaiset ja deontologiset lähtökohdat vievät Rawlsin ja Dworkinin törmäyskurssille utilitarismin ja hedonismin kanssa.

Normit ja niiden hyväksyminen on yhteisön ei yksilötason asia. Yhteisön jäsenten arvostukset ja preferenssit ilmenevät välillisesti yhteisötasolla. *Kantin* idea sääntöjen omaksumisesta ja hyväksymisestä siten, että yhteisö asettaa ne itselleen yleistämällä, on analyttinen ja käsitteellinen välttämättömyys, joka ilmenee yksinkertaisesti siten, että järjestynyt oikeusjärjestys omaksuu aina erityisen menettelyn (*lainsäädäntö ja lainsoveltaminen* laajoissa merkityksissä), jossa yhteisön pelisääntöjä ja niiden muutoksia reflektoidaan ja lausutaan julki.⁷⁵ Voidaan sanoa, että tässä menettelyssä *yhteisö eksplikoi omia normejaan*. Normien oletetaan vastaavan yhteisön »tahtoa».

Rawlsin oikeudenmukaisuusteorian voima on juuri siinä, että se perustelee osoitetut perusoikeudet ja oikeudenmukaisuuden periaatteet pelkästään osoittamalla ne tarkoituksenmukaisiksi ja jopa välttämättömiksi hyväksyä, mikäli vallinnan tekevät ihmiset ovat rationaalisia ja heillä on yhteinen perusnäkemys oikeasta. Tältä osin tulevat näkyviin myös *Rawlsin* kantilaiset lähtökohdat. Tosi-asia nimittäin on, että jo kielen universaalisuuden takia *muuta lähtökohtia, kuin rationaaliset ja yhteisön hyväksyntään viittaavat perustelut ei argumentoinnissa ole käytettävissä*. Tämän takia rationaalista hyväksyttävyyttä vahvempia perusteluja ei voida antaa.

Oikeudenmukainen on rationaalista ja koherenttia, kun taas epäoikeudenmukaisen selkein tunnusmerkki on epäjohdonmukaisuus ja satunnaisuus.⁷⁶ Lain olenaisiin olemus onkin aineellisten arvojen toteuttaminen muodollisuuden avulla. Juuri tämän takia on mahdollista, että laki on eksaktisti jäsennettyä ja muodollisiin puitteisiin sidottua oikeudenmukaisuutta.

Tärkeää on *Harmanin* osoittamalla tavalla huomata, että *rationaalisuus argumentoinnissa on välttämätöntä mutta ei riittävää*, jotta voitaisiin puhua lainopillisesta tiedosta. Oikeudenmukaisuuden periaatteet ja niihin perustuvat säännöt ovat päteviä, koska ne ovat rationaalisia ja koska yhteisö on ne omaksunut. Vastaavilla perusteilla lainopin piirissä voidaan yksittäisten sääntöjen osalta sanoa, että niiden pitäisi olla (kriittinen näkökulma) tai ne ovat (kognitiivinen näkökulma) päteviä. Lausetyypeillä on selkeä ero, vaikka molemmissa on kysymys säännöistä ja pitämisestä. *Kant* yhdenmukaisesti valistusfilosofien kanssa näytti oletavan, että pelkkä rationaalisuus on riittävä ehto moraalialia ja oikeutta koskevan tiedon muodostamiseksi. Rationaalisuuden lisäksi on edellytettävä

⁷⁵ Ks. *Hart*, *The Concept of Law*, s. 91 ja 92. *Hartin sekundäärinormien* keskeinen ajatus on juuri luoda eksakti ja yksiselitteinen menettely, jossa yhteisön oikeusnormien sisältö ja niiden muutokset lausutaan julki.

⁷⁶ Ks. *Fuller*, *Positivism and Fidelity to Law*, s. 636 ja *Alexy*, *On Necessary Relations Between Law and Morality*, s. 180.

*oikeutus siinä yhteisössä ja sillä hetkellä, jota argumentointi koskee.*⁷⁷ Juuri tämä edellyttää myös sisällöllistä konventionalismia ja maltillista relativismia lainopin tietoteoriassa.⁷⁸

Pelkkään rationaalisuuteen nojautuen voidaan muodostaa lukuisia vaihtoehtoisia ja koherentteja lauseiden systeemejä, eikä pelkkä rationaalisuus anna kriteeriä, jonka perusteella voitaisiin valita tietty *oikea systeemi* so. systeemi, joka on voimassa olevan oikeuden systeemi. Joudutaan siis jälleen klassiseen koherentismin ongelmaan, joskin tällä kertaa eettisen koherentismin tasolla.

Asetelma on selkeästi Kantin osoittama. Lähtökohtana on yleinen ja rationaalinen lakiasäättävä tahto (*»Die Idee des Willens jedes vernünftigen Wesens als eines allgemein gesetzgebenden Willens«*).⁷⁹ Yhteisön jäsenet säättävät lain itselleen, mutta se on mahdollista vain rationaalisen yleistämisen kautta, eli nousemalla näin käsitteellisesti yksilötasolta yleiselle ja yhteisön tasolle. Lisäksi on osoitettava, että *juuri tietynlainen rationaalinen tahto on yleistetty lain sisällöksi*. Tietoteorian on näin ollen annettava myös systeemin valinnalle kriteerit, jotka kytkevät systeemin valinnan tiettyyn yhteisöön ja tuon yhteisön voimassa olevaan oikeuteen.

4.3 Sopimusopin kritiikki ja vastaukset

Oppia yhteiskuntasopimuksesta on kritisoitu monenlaisilla perusteilla. Tieteenhistoriassa tunnettuja ovat esim. *Humen* ja *Hegelin* kritiikit. Selvää on, että sopimusoppi on yleensä nähty yhteensopimattomana klassisen utilitarismin, luonnonoikeudellisten näkemysten ja niiden valtioteorioiden kanssa, jotka eivät näe tasavaltaista valtiomuotoa ensisijaisena. Poikkeuksiakin löytyy, ja esim. koko sopimusopin keskeinen auktori *Hobbes* pyrki yhdistämään sopimusopin monarkistiseen valtiomuotoon. Näiden ilmeisen yhteensopimattomien elementtien yhdistäminen aiheutti kuitenkin jännitteitä Hobbesin teoriaan.⁸⁰

⁷⁷ Harman, s. 9 ja 10.

⁷⁸ Sadurski, s. 71, 72 ja 79.

⁷⁹ Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, s. [431].

⁸⁰ *Hobbes* joutui sovittamaan yhteen poliittisen asemansa ja oikeutta ja yhteiskuntaa koskevan teoriansa. Hän kirjoitti *Leviathanin* Englannin sisällissodan aikana (teoksen ilmestymisvuosi on 1651), ja hän oli kuningasvallan kannattaja. *Hobbes* korosti vallankumoukseen liittyneitä vastenmielisiä ilmiöitä. Hän oli samassa ongelmatilanteessa kuin myöhemmin valistuksen ja Ranskan suuren vallankumouksen aatteiden innoittamat filosofit, joiden oli mahdoton toisaalta hyväksyä vallankumoukseen liittynyttä anarkiaa ja terroria. Kuningasvalta ei ole ko-

1. *Hume*. Hume samoin kuin *Aristoteles* mutta päinvastoin kuin *Hobbes* lähti siitä, että ihmiset ovat hyviä ja sosiaalisia ja että moraali perustuu ihmisten hyveisiin ja moraalin tajuun. Hume ennakoi *Benthamia* ja muita utilitarismin klasikoita, koska hän oletti että moraali ja yhteisön hyvä ovat yksi ja sama asia ja että yhteisön jäsenten ja yhteisön edut ovat yhteneväiset. Oikeus oli hänelle yhteisen hyvän edistämistä. Hume ei tämän vuoksi voi hyväksyä sopimusopin lähtökohtaa, jonka mukaan sopimus tai yhteisö perustuu yksityisten, partikulaaristen etujen tyydyttämiseen. Hän kylläkin puhuu sopimuksesta, joka on yhteisön ja oikeusjärjestyksen perustana, mutta ei tarkoita sopimuksella samaa asiaa kuin esim. *Hobbes* tai *Locke*. Yhteisymmärrys ei perustu lupaukseen, vaan moraalini eli yhteisen hyvän tajuun, vaikka sen taustalla olisivatkin myös yksityiset edut. Lupausta ei voi olla luonnontilassa, koska lupaus edellyttää sen sitovuutta. Hume rinnastaa tarkoittamansa sopimuksen sopimukseen kielestä ja sen sanojen merkityksestä. Oikeutta ei voi johtaa ihmisten tekemästä sopimuksesta vaan päinvastoin oikeus edeltää sopimuksia. Hume ei myöskään voinut hyväksyä *Hobbesin* oppia luonnontilasta, koska se hänen mukaansa on fiktio.⁸¹

Humen kritiikki ei selvästikään kohdistu sopimusoppiin sellaisena kuin se nykyään ymmärretään vaan sen historialliseen tai naturalistiseen tulkintaan, jolla tavalla sopimusoppi usein onkin aiemmin ymmärretty. Esim. *Locken* tulkinta sananmukaisesti luettuna viittaisi usein tällaiseen tulkintaan.⁸² Toisaalta *Lockelle* keskeinen käsite on myös hiljainen sopimus (*tacit consent*), joka viittaa analyytiseen tulkintaan.⁸³ Humen kritiikki nimenomaiseen lupaukseen perustuvaa so-

vin helposti yhdistettävissä sopimusoppiin. Toisaalta kuningasvalta ja yleensä hallintovallan vahva asema sopii yhteen *Hobbesin* näkemyksen kanssa, että anarkian välttämiseksi vahva hallintovalta oli välttämätön. Kärjistäen: Mikä tahansa järjestys on parempi kuin epäjärjestys. *Hobbes* ei siis luottanut tasavallan kykyyn pitää yllä yleistä järjestystä ja turvallisuutta. *Hobbes*, *Leviathan* [87, 88 ja 114–121] ja *Tuckin* johdanto, s. ix, xvii ja xix.

⁸¹ *Hume*, *A Treatise of Human Nature*, book III, II, s. 479, 480, 483, 489, 490, 493 ja 499, VIII, s. 542 ja 547 ja IX, s. 549 ja 550. *Harrison*, s. 58 ja 144.

⁸² *Hume* kohdistaaakin yksityiskohtaista kritiikkiä *Locken* luonnontilan käsitettä kohtaan. Kritiikki kohdistuu kuitenkin tällöin vain luonnontilan historialliseen tulkintaan kohtaan. *Hume*, *Of the Original Contract*. *Harrison*, s. 200.

Historiallinen tulkinta johtaakin ilmeisiin vaikeuksiin. Fiktiokritiikki tulee tällöin osuvaksi ja esim. kysymys, miten kerran tehty sopimus sitoo seuraavia sukupolvia, tulee relevantiksi. Esim. *Hobbes* ja *Locke* pohtivat näitä kysymyksiä. *Hobbes*, *Leviathan*, s. [67] ja *Locke*, *Two Treatises of Government*, II, VIII, alk. § 100 ja § 116, s. 333 ja 346. Ks. *Honoré*, *The Social Contract Interpreted*, s. 142 ja 151.

⁸³ *Locken* yhteydessä voidaan puhua hypoteettisesta yhteiskuntasopimuksesta. Kysymys on siitä, millä ehdoilla rationaalinen ja oikeudenmukainen yhteisö tai oikeusjärjestys voi muodostua. *Locke*, *Two Treatises of Government*, II, VIII, § 106 ja erit. § 119, 121 ja 122.

pimusta kohtaan ei ole myöskään osuva suhteessa sopimusopin moderniin, rawlsilaiseen tulkintaan, koska nimenomaisia lupauksia ei edellytetä, vaan kysymys on yhteisön jäsenyydestä ja sen mukanaan tuomista velvollisuuksista ja oikeuksista. Sitoutumisella yhteisöön ei viitata lupauksen tämän käsitteen sopimusoidellisessa merkityksessä. Kysymys on yhteisön käsitteellisestä muodostumisesta, joka on perusta mm. varsinaiselle lupauksen sitovuudelle.⁸⁴

Utilitaristisia elementtejä lukuunottamatta Humeen moraalifilosofia ei asiallisesti ottaen ole kovinkaan yhteensopimaton sopimusopin modernin, käsitteellisen ja analyttisen tulkinnan kanssa.⁸⁵ Esim. Humeen mainitsema sopimus moraalin ja oikeuden perustana voidaan hyvin tulkita yhteiskuntasopimukseksi modernin tulkinnan mukaisesti.

2. *Hegel*. Sopimusopin yhteensopimattomuus *Hegelin* järjestelmän kanssa johtuu useastakin syystä. Samoin kuin Hume ja *Kant* Hegel näkee yksityisten henkilöiden edut yhdenmukaisina yhteisön eli valtion edun kanssa. Yksilö valtion lakisidonnaisena jäsenenä on ihmisen korkein kehitysaste. Samoin kuin *Hobbes* Hegel oli monarkian kannalla. Hallitsijan hän myös näki samalla tavalla kuin Hobbes, eli kansan yhteistahdon edustajana ja ääneen lausujana. Yleistahdon käsitteen Hegel saa *Kantin* välityksellä *Rousseaulta*. Hegelin varsinainen sopimusopin kritiikki pyrkii osoittamaan opin käsitteellisesti kestävämmäksi.⁸⁶

Ensiksi Hegel katsoo, että sopimus ei voi olla valtiota vaan yksityisten välisiä suhteita määrittävä käsite. *Valtio on käsitteellisesti selkeästi eri tasolla kuin yksityisten väliset sopimussuhteet*. Toiseksi hän katsoo samaan tapaan kuin Hume, että sopimusopissa joudutaan *kehäpäättelyyn*, koska sopimuksesta voidaan puhua vasta, kun on olemassa yhteisö. *Yhteisö ei perustu sopimukseen, vaan päinvastoin sopimus edellyttää yhteisöä ja oikeutta*.⁸⁷ Kehäpäättelykritiikki voidaan lausua myös niin, että sopimus ei voi olla ennen oikeutta, vaan sopimus voi olla vain yhteisössä, jossa tunnetaan sopimuksen käsite ja jossa on sitä koskevat normit, koska sitova sopimus voi perustua vain olemassaolevaan oikeuteen ja sen normeihin.

Hegelin kritiikissä keskeisenä lähtökohtana on nähtävä koko Hegelin filosofia. Sopimusoppi on yhteensopimaton Hegelin järjestelmän kanssa, koska sopimus näyttää kontingentilta ja näyttää riippuvan luonnontilassa olevien ihmisten

⁸⁴ *Harrison* katsoo, että sekä sitoutuminen yhteisöön että velvollisuus yhteisön jäsenenä pitää lupauksensa syntyvät rinnakkain, samanaikaisesti. *Harrison*, s. 59.

⁸⁵ *Harrison* pitää Humeen utilitarismia suurelta osaltaan näennäisenä. Hume sen sijaan on selkeä innoittaja ja lähtökohtien antaja varsinaiselle utilitarismille. *Harrison*, s. 33, 87 ja 201.

⁸⁶ Ks. *Rawlsin* vastaukset *Hegelille*, Rawls, *Political Liberalism*, alk. s. 285.

⁸⁷ *Hegel*, *Oikeusfilosofia* 75 § selitys, 258 § selitys, 260 §, 273 § ja 281 § selitys ja *Pulkinen*, s. 190, 191, 194 ja 195. *Rousseau*, *Yhteiskuntasopimuksesta*, s. 55.

harkinnasta ja heidän eduistaan.⁸⁸ Hegelille sopimus ei voi olla valtion perusta, koska hän näkee valtion synnyn käsitteellisenä ja historiallisena välttämättömyytenä. Valtion jäsenenä oleminen on hänelle järjellisen ihmisen käsitteellisesti välttämätön velvollisuus, ei hyötyjen ja haittojen punnintaan perustuvan satunnaisen harkinnan tuote.

Hegelin käsitteellinen ja historiallinen determinismi torjutaan tässä yhteydessä aksiomaattisesti siten, että yhteisöjen ja niiden oikeusjärjestysten olemassaolo ja sisältö on kontingentti asia eikä käsitteellinen välttämättömyys. Käsitteellisten tasojen ja kehäpäätelyn argumentit vaativat sen sijaan yksityiskohtaisempaa tarkastelua. Vastaava kritiikki on esitetty usein myöhemminkin.⁸⁹

Käsitteellisen tasoeron argumentin pätevyys riippuu siitä, miten yhteiskuntasopimuksen käsite tulkitaan. Hegeliä itseään voidaan syyttää eritasoisten asioiden sekoittamisesta toisiinsa. Hegel nimittäin itse edellyttää kritiikissään, että sopimus tarkoittaa samaa kuin yksityisten henkilöiden välinen sopimus yhteisössä. Tällä tavalla yhteiskuntasopimusta ei sopimusopissa kuitenkaan tulkita, vaan sopimus on analyttinen käsite, jolla tarkoitetaan oikeusalamaisten yhteenliittymistä tai sopeutumista yhteisöksi. Tavallisiin sopimuksiin elimellisesti liittyvä sopimusvapaus myös puuttuu yhteiskuntasopimuksesta. Tasoero on sopimusoppia puoltava, ei sitä vastaan puhuva seikka. Yhteiskuntasopimus on siis täysin eri asia ja käsitteellisesti eri tasolla kuin sopimukset yksityisten henkilöiden kesken eikä niitä voida, käytetystä ja vakiintuneesta terminologiasta huolimatta, rinnastaa.⁹⁰

Niin kuin Lewis toteaa, sopimus normaalimerkityksessä tarkoittaa jonkin *erityisen suosimista* (ja poissulkemista), kun taas yhteiskuntasopimus tarkoittaa *yleistä sitoutumisen suosimista* (ja sitoutumattomuuden poissulkemista). Tämä merkitsee myös, että *edut*, joiden preferointi on yhteiskuntasopimuksen motiivina *ovat erityyppiset* kuin preferoitavat edut tavanomaisissa sopimuksissa. Yhteiskuntasopimuksessa kysymys on yleensä normien ja suojatun luottamuksen tarjoamista eduista, ei erityisistä, rajatuista ja määrättyistä eduista.⁹¹

⁸⁸ Myöhemmin myös Dworkin kritisoi sopimusoppia puuttuvan sopimusvapauden takia. Dworkin, *Law's Empire*, s. 192 ja 193.

⁸⁹ Ks. Honoré, *The Social Contract Interpreted*, s. 146.

⁹⁰ Rawls, *Political Liberalism*, s. 275–277. Selvää on, että esim. konstruktio tietämättömyyden verhosta ei sovellu tavanomaisiin sopimuksiin.

Honoré toteaaakin, että »*Social contracts are not contracts.*» ja että »*So, whatever Rawls' parties are doing in the original position, they are not contracting.*» Honoré, *The Social Contract Interpreted*, s. 139, 142, 148 ja 153. Paradoksaalisesti Honoré kuitenkin edellyttää samanaikaisesti, että sopimus täyttää esim. samat pätevyysvaatimukset kuin yksityisten välinen sopimus. Esim. pakon alaisena tehty sitoumus ei ole pätevä, eikä tehty sitoumus sido sivullisia.

⁹¹ Lewis, *Convention*, s. 90 ja ks. s. 94.

Kuvatulla tavalla ymmärrettyinä yhteiskuntasopimus voi edeltää käsitteellisesti oikeutta, ja sen mukaisia yksityisoikeudellisia sopimuksia. Edellinen vastaus sisältää asiallisesti ottaen vastauksen myös kehäpäättelyargumenttiin. Ensin on oltava yleinen sitoutuminen oikeusjärjestykseen, jonka jälkeen voidaan tarkastella yksittäisiä sitoumuksia ja velvoitteita. Koska yhteiskuntasopimus edeltää käsitteellisesti oikeusjärjestystä, eikä sitä voida rinnastaa yksityisten väliin oikeusjärjestyksen mukaisiin sopimuksiin, myös kehäpäättelyargumentti voidaan torjua.

Toinen asia on, että kehäpäättelyargumenttia ei välttämättä tarvitse torjua. Toinen tapa vastata kehäpäättelykritiikkiin on hyväksyä käsitteellinen kehä ja osoittaa sen vahingottomuus tietoteorian kannalta samalla tavalla kuin institutionaalisen totuuden yhteydessä on tehty. Tällainen kehä voidaan itse asiassa nähdä olennaisena osana tietoteoreettista konventionalismia. Lähtökohtana on, että yhteiskuntasopimus analyttisenä käsitteenä osoitetaan tosiasiallisen ja konventionaalisen oikeusjärjestyksen perusteella ja sen implikaationa. Toisaalta myös itse yhteiskuntasopimus on konventio, ja riippuvainen yhteisön hyväksynnästä. Oikeusjärjestys johdetaan yhteisön hyväksynnästä, ja sopimus, joka on yhteisön jäsenten hyväksymä, johdetaan oikeusjärjestyksestä. Olennaista on, että asiallisesti ottaen kysymys on koko ajan yhteisön jäsenten hyväksynnän konstituomasta yhteisön tason konventiosta. Asiallisesti ottaen kehällä pyritäänkin tällöin kieltämään oikeuden johtaminen yhteisön ulkopuolelta tai sitä edeltävästä.

Uudempaa kritiikkiä sopimusoppia kohtaan ovat esittäneet mm. *Dworkin*, *Honoré* ja *Sumner*. Uudemman kritikin keskeisenä kohteena on ollut *Rawlsin* tulkin sopimusopista, joka on tässä keskeisenä lähtökohtana.

3. *Dworkin*. *Dworkin* pyrkii osoittamaan sopimuksen ja luonnontilan takana olevan syvemmän teorian (*deep theory*). Hän kieltää, että sopimus voisi olla fundamentaalinen lähtökohta. Sopimus on vain puolivälin etappi. Todellisen argumentaation on perustuttava lähtökohtana oleviin tavoitteisiin (esim. *utilitarismi*), oikeuksiin tai velvollisuuksiin (esim. *Kantin* moraalifiilosofia). *Dworkin* katsoo *Rawlsin* sopimusteorian taustalla olevan oikeusperiaatteiden mukaisen lähtökohdan samoin kuin hänellä itselläänkin. *Dworkinin* mukaan lähtökohtana on oltava *luonnolliset oikeudet*, jotka ovat käsitteellisesti ennen sopimusta, eivät sopimuksen tuotteita. Hänen mukaansa oikeus tasa-arvoon on fundamentaalinen lähtökohta, joka edeltää vapauttakin.⁹²

Dworkinilla primäärissä asemassa ovatkin juuri aprioriset ja keskeisimmät ihmisten oikeudet, jotka ilmaistaan aineellisten oikeusperiaatteiden muodossa.

⁹² *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, s. 158, 170–173, 175, 177 ja 273. *Dworkinin* *Law's Empire* teoksessa esittämää kritiikkiä tarkastellaan tässä luvussa myös muissa yhteyksissä.

Tämän takia myös lainsäädäntö, ennakkopäätökset ja muut muodolliset oikeuslähteet jäävät asiallisesti ottaen toissijaiseen asemaan. Kirjoitetut lait on tulkittava ja sovellettava periaatteiden mukaisesti. Ristiriitatilanteessa konventionalismin mukaisten, lainsäätäjän pelipöydässä tuotettujen kompromissien on väistytävä.⁹³

Mainittuihin perusteisiin tukeutuen Dworkin kritisoi myös luonnontilan ja siinä tehtävän rationaaliseen valintaan perustuvan sopimuksen käsitteitä. Dworkinin mukaan oikeudet, joista sopimuksessa oletetaan sovittavaksi, ovat abstrakteja ja yleisen tason oikeuksia, eivät partikulaarisia sopimukseen osallistuvien henkilöiden henkilökohtaisia päämääriä tai etuja. Abstrakteja oikeuksia ei voida palauttaa sopimukseen osallisten etuharkintaan. Abstraktien oikeuksien on siis oltava ennen sopimusta, ne eivät voi olla sopimuksen tuloksia niin kuin Rawls ajattelee.⁹⁴

Dworkinin kritiikistä voidaan huomata, että hän joutuu käyttämään oikeuden käsitettä kahdessa eri merkityksessä. Toisaalta ovat luonnolliset oikeudet ennen sopimusta ja ennen lakeja, ja toisaalta ovat lainsäädännön osoittamat ja suojaamat oikeudet. Luonnollisia oikeuksia hän pitää itsenäisinä ja ilmeisesti viimekätisinä perusteina oikeudelle, jotka jossain merkityksessä ovat »olemassa» vielä sen jälkeen, kun niiden mukaiset lait ja ratkaisut on omaksuttu. Hänen lähtökohtanaan ovat oikeudet (luonnolliset oikeudet) ja toisaalta lopputuloksena ovat myös oikeudet (*institutionaaliset*, säädösten ja päätösten osoittamat *oikeudet*). Aprioriset, luonnolliset oikeudet voidaan tulkita vain institutionaalisten oikeuksien ja laintulkinnan *aineelliksi oikeutuksiksi*. Tällöin perustuslain osoittamat perusoikeudet ovat erittäin vahvasti oikeutettuja oikeuksia.

Luonnollisten oikeuksien looginen status jää epäselväksi. Kontingenteina ne kaipaavat lisäperusteluja, ja metafyyysisesti tai käsitteellisesti välttämättöminä niitä ei tässä omaksuttujen lähtökohtien takia voida pitää. Jos sopimusopin mukainen käsitteellinen luonnontila halutaan ymmärtää oikein, ei ennen sopimusta ja yhteisön muodostumista voi olla mitään oikeuksia, ei edes luonnollisia, koska myös luonnollisista oikeuksista voidaan puhua vasta, kun ihmiset alkavat sovitella keskinäisiä intressejään ja ottavat huomioon toisten edut ja odotukset. Juuri tämä merkitsee toisaalta yhteisön ja sopimuksen syntyä. Oikeuksista voidaan puhua vasta, kun on jotenkin säännelty suhde kahden ihmisen välillä. Mahdollisuuden yksityiseen oikeuteen olemme kieltäneet jo aiemmin. Luonnontilassa jokainen

⁹³ Dworkin, *Law's Empire*, s. 210 ja 214. Dworkin kuvaa kärjistäen lakien säätämistä usein pelipöydässä (*checkerboard*, tammi- tai shakkiruudukko) tehtäviksi kompromisseiksi.

⁹⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 178–181. Ks. Oker-Blom, s. 284 ja Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 161.

ihminen on sosiaalisessa merkityksessä yksin, koska mitään jäsentyneitä suhteita ei ole. Mahdollinen kanssakäyminen on puhtaan satunnaista.

Rawlsin rationaalisen valinnan avulla pyritään juuri osoittamaan tapa, jolla yhteisössä omaksutaan tietyt oikeudenmukaisuuden periaatteet, jotta sopimus ja yhteisö syntyisivät. Sopimus- ja valintatilanne pakottaa näin ollen omaksumaan ja eksplikoimaan tietyt peruseriaatteet ja -oikeudet. Tässä suhteessa Dworkin on oikeassa. Oikeudet ja periaatteet voidaan kuitenkin tulkita sopimuksen tuloksiksi, ei sitä edeltäviksi oikeuksiksi. Ne ovat sopimuksen välttämättömiä elementtejä, jotta voidaan puhua yhteiskuntasopimuksesta ja legitiimistä oikeusjärjestyksestä kansalaisten kesken.⁹⁵ Dworkinin argumentit voidaan tulkita yhdessä sopimusopin kanssa niin, että oikeusjärjestyksen peruseriaatteet ja oikeudet voidaan johtaa sopimuksesta eli rationaalisesta valinnasta. Oikeudet on omaksuttu yhteisössä sen takia, että ne ovat vahvasti oikeutettuja, käytännössä tässä elämänmuodossa välttämättömiä. Juuri näitä tosiasiallisessa yhteisössä immanentisti läsnä olevia periaatteita sopimusoppi pyrkii eksplikoimaan.

Myöhemmin Dworkin kritisoi sopimusoppia perusteilla, jotka viittaavat lähinnä siihen, että hän tulkitsee opin varsin naturalistisella tavalla.⁹⁶ Eräissä suhteissa ihmisillä ei ole valinnanvaraa yhteistoiminnan suhteen, mutta useissa suhteissa siihen osallistuminen ja sitoutuminen riippuu ihmisten tavoitteista. Sopimusopilla ei pyritä konstruimaan vaihtoehtoa olemassa oleville yhteisöille, vaan se pyrkii analysoimaan pääpiirteissään oikeudenmukaista yhteisöä ja osoittamaan sen keskeisiä periaatteita ja niiden sovellutuksia, jotka voidaan oikeuttaa rationaalisesti.

4. *Honorè*. Honorè katsoo, että yhteiskuntasopimus, erityisesti Hobbesin esittämässä muodossa, on toimiva, jos sopimus tulkitaan yhteisöjen tason sopimukseksi (*treaty* tai *pact*) eikä yhteisön jäsenten välisenä ja yksilötason sopimukseksi (*contract*). Tällöin voidaan hyväksyä myös tosiasiallisesti pakon alaisuudessa tehty sitoumus, aiempi sitoumus voidaan nähdä esteenä uudelle tai aiemman sitoumuksen muuttamiselle, eikä ongelmia muodostu aiemmin tehdyn sitoumuksen sitovuudesta suhteessa sitoumuksen tehneen ryhmän nykyisiin ja tuleviin jäseniin. Honorè tarkoittaa *yhteiskuntaryhmien välisiä sitoumuksia*, vaikka hän pitääkin vertauskohtana kansainvälisen oikeuden valtioiden välisiä sopimuksia.⁹⁷ Hän näyttää kuitenkin pitävän silmällä juuri niitä vaikeuksia, joita sopimus historiallisesti tai naturalistisesti tulkittuna aiheuttaa Hobbesin sopimuskonstruktiolle,

⁹⁵ Rawls, *Political Liberalism*, s. 307 ja 310.

⁹⁶ Dworkinin kaksi vasta-argumenttia. *Law's Empire*, s. 194.

⁹⁷ Honorè, *The Social Contract Interpreted*, s. 146–151. Samaan tapaan Tuori, kun hän viittaa Ewaldin sopimustulkintaan. Tuori, *Luonnonoikeuden sisältö ja funktio*, s. 154.

joten kritiikki ei ole osuva suhteessa tässä omaksuttuun käsitteelliseen tulkintaan. Yhteiskuntasopimus ei ole tosiasiallinen sopimus *modus vivendi* vaan yhteisön ja oikeusjärjestyksen analyysissä käytettävä käsitteellinen konstruktio.⁹⁸ Yhteiskuntasopimuksen tulkinta yhteiskuntaryhmien tai yhteisöjen välisenä sitoumuksena menee myös tämän tutkimuksen kysymyksenasettelun ulkopuolelle.

5. *Sumner*. Sumner katsoo, että pelkästään rationaalinen valinta luonnontilassa ei perustele aineellisesti so. moraalisesti valittuja oikeudenmukaisuuden periaatteita. Sumnerin mukaan tällaiset aineelliset perustelut ovat välttämättömiä riippumatta mahdollisista sopimuksista. Oikeusjärjestys edellyttää objektiivisia arvoja.⁹⁹ Samoin kuin Dworkin Sumner ei näin ollen pidä rationaalista valintaa riittävänä perustana, vaan hän kaipaa *vahvempia aineellisia perusteluja* ja lähtökohtia.¹⁰⁰ Hänen ajattelunsa läheneekin klassisia luonnonoikeudellisia lähtökohtia. Ongelmaksi muodostuu kuitenkin tällöin, miten tällaiset vahvemmat lähtökohdat voidaan selittää muutoin kuin olettamalla ne yhteisön jäsenten rationaalisesti hyväksymiksi ja omaksumiksi ilman, että turvaudutaan aineellisesti metafyyssisiin lähtökohtiin.

6. *Sopimuksen mahdollisuuden kiistäminen*. Edellä esitettyjä kriittisiä argumentteja kategorisemmin koko sopimusopin asettaa kyseenalaiseksi *hypoteettisen sopimuksen mahdollisuuden kyseenalaistaminen*. Hypoteettisen sopimuksen kyseenalaistaminen johtaa myös velvollisuuden sopeutua olemassaolevan yhteisön oikeusjärjestykseen kyseenalaistamiseen. Asiallisesti ottaen kritiikki kyseenalaistaa myös sopimusopin yhteydessä yleensä edellytetyn poliittisen liberalismin ja individualismin mukaisen tasavallan mahdollisuuden.

Sopimusoppi, erityisesti *Rawlsin* tulkitsemassa muodossa sisältää implisiittisesti oletuksen, jonka mukaan sellainen hypoteettinen sopimus, joka on yhteisön kaikille jäsenille edullinen, on mahdollinen. Rationaalisuus pakottaa tällöin kaikki järkevät osapuolet hyväksymään sopimuksen. Kaikkien kohtuulliset hyötyodotukset ovat toisin sanoen yhteensovitettavissa. Rawls näyttää perustelevan velvollisuuden sopeutua oikeusjärjestykseen seuraavalla tavalla:

Lähtökohtana on, että muodollisesti lain suhteen ja perusoikeuksien osalta yhteisön jäsenet ovat ehdottomassa tasa-arvo-asemassa. Talouden, sosiaalisten asemien ja kulttuurin suhteen Rawls edellyttää kuitenkin vain suhteellista tasa-arvoa, sikäli kuin ensiksi mainittua tasa-arvovaatimusta ei loukata. Tämä on Rawlsin tunnetun kahden oikeudenmukaisuuden peruseriaatteen ja reilun pelin mu-

⁹⁸ Ks. *Rawls*, *Political Liberalism*, s. 147 ja 148.

⁹⁹ *Sumner*, s. 162 ja 169.

¹⁰⁰ Samanlaisen argumentin sopimusoppia vastaan esitti myös *Hume*. Hume, *A Treatise of Human Nature*, book III, VIII, s. 543.

kaisen tasa-arvokäsityksen ydin. Yhteisön jäsenet voivat edustaa itselleen lisääntyviä taloudellisia ja muita etuja, jos heikomassa asemassa olevien yhteisön sivullisten asema ei samalla heikkene. Taloudellisten ja sosiaalisten asemien edellytetään myös olevan avoinna kaikille (mahdollisuuksien tasa-arvo). Tosiasiallinen taloudellinen ja sosiaalinen eriarvoisuus on oikeutettua, jos se kuitenkin samalla toimii kaikkien hyväksi (ns. *eroperiaate*).¹⁰¹ Karkeasti yksinkertaistaen tulkitsemme tämän niin, että Rawls itse asiassa pyrkii yhdistämään kahden eri tason asioita yhdeksi kokonaisuudeksi. Ensiksi kansalaisten välinen taloudellinen ja muu etujen saavuttamiseen ja tehokkuuteen pyrkivä yhteistoiminta on oikeudenmukaista, jos se *ei aiheuta edunmenetyksiä kenellekään*, vaikka eriarvoisuus tämän takia lisääntyisi. Toiseksi yleisen edun näkökulmasta taloudellista ja sosiaalista eriarvoisuutta aiheuttava toiminta on oikeutettua, jos sen avulla samalla *parannetaan* myös heikompien asemaa. Tällä tasolla pyrkimyksenä on myös nimenomaisesti kansalaistoiminnasta aiheutuvien eriarvoisuuksien vähentäminen. Lopputulos on tällöin, että taloudellinen ja muu kansalaistoiminta on oikeutettua, vaikka se aiheuttaa suhteellista eriarvoisuutta, koska se samalla välillisesti edistää kaikkien yhteisön jäsenten etuja absoluuttisesti. Yhtäältä vapausoikeuksien käyttö lisää eriarvoisuutta, mutta samalla sen tuottamien etujen, hyvien avulla voidaan yleisemmällä tasolla vähentää näitä eroja ja lisätä koko yhteisön etuja.

Toisaalta kokonaisuutena tämä merkitsee myös *utilitarismin* vastaista teesiä. Taloudellinen tai muu kansalaistoiminta samoin kuin julkinen toiminta ei ole oikeudenmukaista eikä oikeutettua, jos se heikentää joidenkin kansalaisten asemaa tai ei edes välillisesti paranna heidän asemaansa, vaikka toiminta edistäisi koko yhteisön etuja. Kokonaisetuja ei voi lisätä yksittäisten kansalaisten kustannuksella.¹⁰²

Eroperiaate on toissijaisessa asemassa suhteessa ensiksi mainittuun muodollisen tasa-arvon periaatteeseen. Jäsentely oikeuttaa taloudelliseen toimintaan liitetyn verotuksen ja sosiaaliset tulonsiirrot, ja mahdollistaa myös sisällöllisen tasa-arvon ottamisen vakavasti. Yhteisön hyväosaisten nauttivat saavuttamistaan eduista, eli he liittyvät sopimukseen (*ex post*) ryhtymällä etuja tuottavaan yhteistoi-

¹⁰¹ Rawls, s. 60, 67 ja 70. Oikeudenmukaisuuden peruseriaatteista yleisellä tasolla Rawls alk. s. 60, 75 ja 78 ja sovellettuina yhteisön instituutioihin, s. 302. Oikeusjärjestyksen sitovuuden perustelusta Rawls, s. 114, 115, 116, 219, 350 ja 357. Ks. myös Rawls, *Political Liberalism*, s. 5 ja 6, 291 ja 363.

Ero kansalaisoikeuksien ehdottomaan tasa-arvoon ja sosiaalisten ja taloudellisten asemien suhteelliseen tasa-arvoon on myös osa *Rousseau*n sopimusoppia. Rousseau, *Yhteiskuntasopimuksesta*, s. 54 ja 92.

¹⁰² Ks. *Jørgensen*, *Values in Law*, s. 130.

mintaan, mikä velvoittaa heidät myös velvollisuuksiin yhteisöä kohtaan (*noblesse oblige*). Ideaalisessa rationaalisen valinnan tilanteessa kaikki ovat siinä mielessä hyväosaisia, että heidän edellytetään hyötyvän sopimukseen liittymisestä. Tosiasiallisesti huonommassa asemassa olevat ovat velvollisia sopeutumaan oikeusjärjestykseen, jos voidaan todeta, että he rationaalisina henkilöinä hyväksyisivät hypoteettisen sopimuksen, joka sisältää myös heidän osanaan olevat asemat oikeuksineen ja velvollisuuksineen. Nämä periaatteet ovat adekvaatteja suhteessa länsimaisiin oikeusjärjestelmiin, joten pidän niihin tukeutumista oikeutettuna myös lainopin näkökulmasta.

Kritiikin lähtökohtana voi olla, että tällainen *sopimus*, johon jokaisen rationaalisen yhteisön jäsenen kannattaa sitoutua, *ei ole mahdollinen*. Yleisesti *oikeudenmukainen yhteisö ei toisin sanoen ole mahdollinen*.¹⁰³ Kaikkien kohtuulliset hyötyodotukset eivät ole sovittavissa yhteen. Kaikkiin mahdollisiin sopimusvaihtoehtoihin sisältyy välttämättä, että yhteisössä on merkittävä joukko oikeusalamaisia, joiden ei ole rationaalista hyväksyä hypoteettista sopimusta. Jos sopimusoppia lähestytään *marxilaisesta* näkökulmasta, pyritään kritiikissä osoittamaan yhteiskuntaluokat, joiden kohtuulliset hyötyodotukset eivät ole yhteensovittavissa, ei edes Rawlsin edellyttämien tulonsiirtojen kautta. Tämä merkitsee, että yleisesti eli kaikkiin yhteiskuntaluokkiin nähden *legitiimi oikeusjärjestys ja yhteiskuntarauha eivät ole mahdollisia*. Tosiasiallinen järjestys voi sen sijaan perustua pakkoon tai väkivaltaan. Välttämätön taloudellinen ristiriita merkitsee myös sovittamatonta poliittista ristiriitaa, ja oikeuttaa tätä kautta myös vallankumouksen.¹⁰⁴ Tästä johtuvat seuraamukset ovat niin dramaattisia, että kysymyksenasettelu menee selkeästi ohi lainopillisen kysymyksenasettelun ja samalla ohitse tämän tutkimuksen aihepiirin. Näissä olosuhteissa tavanomaisella lainopilla ei ole paljoa annettavaa. Tavanomainen lainopillinen tutkimus selkeästi olettaa tutkimuksensa kohteena olevan oikeusjärjestyksen legitiimiksi.

Kuvattu kritiikki on siinä määrin fundamentaalista koko sopimusoppia ja presumptiota oikeusjärjestyksen legitiimisydestä kohtaan, että siihen ei tässä yhteydessä voida vastata. Kritiikki nimittäin kyseenalaistaa tässä tutkimuksessa aksiomaattisina pidetyt lähtökohdat ja niiden uskottavuuden, joten keskustelun jatkaminen edellyttäisi siirtymistä kokonaan eri tasolla, tässä tehtävään tutkimukseen nähden metatasolle.

Välttämättömään ristiriitaan perustuva lievempi tulkinta pyrkii joko korostamaan tulonsiirtojen merkitystä tai kyseenalaistaa Rawlsin eroperiaatteen. Ns.

¹⁰³ Ks. Rawls, *Political Liberalism*, alk. s. 150 ja alk. s. 158.

¹⁰⁴ Ks. Hänninen, s. 189, 203–206 ja 220, Manninen, Ei tietoisuus määrää elämää, vaan elämä tietoisuuden, s. 25 ja 26 ja Välttämättömyydestä historiassa, s. 63 ja 67 ja Juntunen-Mehtonen, s. 58–64. Ks. Lagerspetz, *The Opposite Mirrors*, s. 188.

kriittinen suuntaus (CLS) näkee länsimaisen oikeusjärjestyksen, sen instituutiot tai opit käsitteellisesti ristiriitaisina.¹⁰⁵ Tällaisen kritiikin mukaan sosiaaliset ja taloudelliset eriarvoisuudet tai ristiriidat merkitsevät myös, että yhteisön normisto ei voi olla tasapuolinen kaikille. Etuoikeutetussa asemassa olevat määräävät käytännössä lakien ja sopimusten sisällön, ja aineellinen eriarvoisuus tekee tyhjäksi muodollisen tasa-arvon.

Rawlsin molemmat pääperiaatteet yhdessä pyrkivät juuri turvaamaan kansalaisoikeuksien eli muodollisen tasa-arvon kautta tasa-arvoisen vaikuttamisen lainsäädäntöön. Länsimainen poliittinen järjestelmä lähtee siitä, että lainsäätäjänä (edustajiensa kautta) kansalaiset ovat ehdottomassa mielessä tasa-arvoisia sosiaalisesta ja taloudellisesta eriarvoisuudesta huolimatta. Olettamuksena on, että riittävä moraalinen ja oikeudellinen konsensus on mahdollinen sosiaalisista ja muista vastaavista ristiriidoista huolimatta. Toisaalta länsimaiset järjestelmät eivät pyri ehdottomaan taloudelliseen ja sosiaaliseen tasa-arvoon, mutta pyrkimystä kaventaa muodostuvia eroja voidaan pitää länsimaisen hyvinvointivaltion olennaisena piirteenä. Hyvinvointivaltio hyväksyy tosiasialliset sosiaaliset ja taloudelliset erot jo vapausoikeuksien takia mutta pyrkii myös kompensoimaan ja kaventamaan niitä. Hyvinvointivaltio sisältäen myös oikeusvaltion takaa muodollisen tasa-arvon mutta pyrkii myös aineelliseen tasa-arvoon.¹⁰⁶

4.4 Luonnontila ja hypoteettinen sopimus

1. Luonnontilasta oikeusjärjestykseen. Tässä omaksutun sopimusopin mukaan luonnontila on käsitteellinen tila, joka voidaan määritellä negatiivisesti: Yhteisössä ei ole lainkaan moraalien tai oikeuden normeja, eli mikään teko ei ole yhteisössä pakollinen eikä kielletty. Eräässä merkityksessä voitaisiin sanoa, että kaikki teot (X) ovat indifferenttejä, koska kaikkia tekoja ja niiden tekemättä jättämisistä voidaan sanoa sallituiksi ($PX \wedge P \rightarrow X$). Tämä on systemaattisesti ja oikeuden kannalta kuitenkin epätydyttävä näkemys.

¹⁰⁵ Ks. esim. kriittisen sopimusoikeuden lähtökohtien osalta osalta *Wilhelmsson*, *Questions for a Critical Contract Law*, s. 12.

¹⁰⁶ Ks. *Rawls*, *Political Liberalism*, s. 325, 326, 330 ja 361.

Erottelu oikeusvaltio/hyvinvointivaltio ja muodollinen/ainellinen tasa-arvo implikoivat jo edempänä kappaleessa 4.5 esille tuotavaa erottelua kansalaisyhteiskunnan (vaihdannan)/yleisen edun näkökulmiin. Eroa voidaan sanoa ilmentävän myös *Dworkinin* dikotomioiden *policy/principles* ja *public/private responsibility*. *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 297.

Oikeuden ja lainopin näkökulmalle on ominaista määritellä myös sallitut teot pakollisten tai kiellettyjen tekojen avulla. Oikeudesta voidaan nimittäin puhua vasta, kun voidaan osoittaa pakollisia tai kiellettyjä tekoja. Vasta näiden myötä voi olla *Hartin* terminologian mukaisesti sekundäärejä normeja ja viranomais- ja lainkäyttötoimintaa, joiden kautta oikeuden normit voidaan yksilöidä.¹⁰⁷ Kun kiellettyjä tai pakollisia tekoja on, voidaan puhua oikeudellisessa merkityksessä myös sallituista teoista ja tarkoittaa samalla tekoja, jotka eivät ole pakollisia tai kiellettyjä ($PA \equiv \sim O \rightarrow A$ ja $P \rightarrow A \equiv \sim OA$). Tämän vuoksi voidaan myös katsoa, että luonnontilassa ei ole sallittuja tekoja, koska sallitun käsite edellyttää kieltoja ja käskyjä. Luonnontila merkitsee *sääntelemätöntä tilaa*, jolloin ei voida myöskään puhua sallituista teoista, eikä millään teolla voi olla deonttista kvalifiointia, ei myöskään sallittuna tai indifferenttinä tekona. Luottamusta ei myöskään suojata lainkaan.¹⁰⁸ *Rousseau*n tapaan voidaan sen sijaan puhua *luonnollisesta vapaudesta* erotuksena sallituista teoista, vapaudesta ja oikeuksista oikeusjärjestyksen piirissä.¹⁰⁹ Varsinaisesti sallittuja tai indifferenttejä tekoja voi olla vain normatiivisissa systeemeissä, ja sellaista luonnontilassa käsitteellisesti ei voi olla.

Luonnontilan käsite on merkityksellinen, koska sen kautta voidaan hakea analyttisesti vastauksia kysymykseen, miksi on käytännössä välttämätöntä siirtyä moraalin ja oikeuden sääntelyyn, eli miksi oikeusjärjestys on käytännöllinen välttämättömyys, ja miksi luonnontila on käytännöllinen mahdottomuus.

Ratkaiseva lähtökohta on tällöin näkemys ihmisestä ja hänen luontaisesta hyvydestään tai pahuudestaan. Sopimusteorian klassikoilla tämä tulee selkeästi esiin. *Hobbes* näkee ihmisen selkeästi luontaisesti pahana ja vahinkoja aiheuttavana. Hänen mukaansa ihmiset eivät pysty elämään ilman oikeutta pakkojärjestyksenä. Tähän perustuu *Hobbesin* tunnettu määritelmä luonnontilasta väkivaltaisena anarkiana eli kaikkien sotana kaikkia kohtaan (*bellum omnium contra omnes*). Sopimus, jonka perusteella oikeusjärjestys ja järjestäytynyt yhteisö perustetaan, on tämän takia välttämätön.¹¹⁰ *Hobbesille* muodostuu kuitenkin vai-

¹⁰⁷ *Hart*, s. 78, *MacCormick*, s. 140 ja *Opátek – Woleński*, On Weak and Strong Permissions, s. 174 ja 176 ja *Schauer*, s. 168 ja 169. Periaate tulee *Benthamilta*. Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, s. 302.

Sekundääreistä normeista ja oikeuden ja moraalien erottumisesta, *Hart*, The Concept of Law, s. 84, 91, 95 ja 166.

¹⁰⁸ Ks. *Lewis*, Convention, s. 89.

¹⁰⁹ *Rousseau*, Yhteiskuntasopimuksesta, s. 42.

¹¹⁰ *Hobbes*, Leviathan, s. [62]. Mielenkiintoinen on Tuckin havainto, että *Hobbesin* skeptisyys ihmisten sääntelemättömään yhteiselämään on yhteydessä hänen tietoteoreettiseen skeptisyyteensä, jonka hän omaksui *Descartesilta*. *Hobbes*, Leviathan, Tuckin johdanto s. xiv ja xvi.

Kant hyväksyy *Hobbesin* tulkinnan luonnontilasta, mikä hänellä toimii perusteluna näke-

keudeksi selittää tässä yleisessä sotatilassa olevien ihmisten kyky, halu ja mahdollisuus lopettaa anarkistinen tilansa ja perustaa oikeusjärjestyksen.¹¹¹ Hobbesilainen sopimusoppi perustuu näkemykseen, jonka mukaan *luonnontilasta siirrytään oikeusjärjestykseen luonnontilan epäkohtien vuoksi*, jotka oikeusjärjestyksen omaksuminen voi poistaa tai ainakin vähentää. Hobbesille oikeusjärjestys suojaa ihmistä toisen ihmisen uhkaa vastaan. Hobbesin perustelua voidaan näin ollen kutsua oikeusjärjestyksen *negatiiviseksi* selitykseksi.

Päinvastaiseen käsitykseen ihmisestä luonnontilassa näyttävät perustuvan *Locken* ja *Rousseau*n näkemykset. He esittävät ihmisen, ei pahana vaan aristotelisessä merkityksessä perusluonteeltaan hyvänä tai hyväntahtoisena. Samoin kuin *Aristoteles* ja *Hume* he selittävät oikeusjärjestyksen synnyn ihmisissä luonnostaan olevan rakentavan pyrkimyksen avulla.¹¹² Rousseau suoraan kieltää Hobbesin käsitykset luonnontilasta sotatilana.¹¹³ Rousseau näkee oikeusjärjestyksen edut myös toisessa merkityksessä. Samoin kuin myöhemmin *Kant* ja *Hegel* hän katsoo, että vasta legitiimin oikeusjärjestyksen puitteissa ihminen saavuttaa vapauden. *Oikeusjärjestys pakottaa ihmisen vapaaksi*, ja vasta oikeusjärjestyksen puitteissa voi olla oikeuksia samoin kuin velvollisuuksiakin. Rousseau mukaan oikeusalamaisen välitön osallistuminen lakien säätämiseen merkitsee, että lait yleistahdon ilmauksina ovat hänen altruistisen tahtonsa mukaisia, jolloin ne eivät voi olla ristiriidassa hänen tahtonsa kanssa. Yhteiskuntasopimuksen solmiminen on luonnollisen vapauden vaihtamista oikeusjärjestyksen mukaiseksi vapaudeksi, ja luonnollisen tasa-arvon muuttumista lain mukaiseksi tasa-arvoksi.¹¹⁴ Vapaus on oikeus olla oman lakinsa rationaalinen säätäjä ja lainalaisuutta sille.

mykselle luonnontilan ja anarkian pakkovallasta ja vapauden ja lainalaisuuden ekvivalenssista. *Kant*, *Reinen Vernunft*, B 779 ja 780.

¹¹¹ *Hume*, *A Treatise of Human Nature*, book III, II, s. 495.

¹¹² *Locke*, *Two Treatises of Government*, II, VIII alk. § 95, alk. s. 330. Ks. myös *Tolonen*, *Juha*, Valtio ja oikeus, s. 54.

Steinbergin mukaan *Locken* kritiikki suhtautuu *Filmerin* lisäksi Hobbesin sopimusoppia kohtaan. *Locke* katsoi, että mikä tahansa järjestys ei ole oikeutettu, vaan järjestykseltä edellytetään myös *legitimiteettiä*. *Locken* mukaan itsevaltainen tai absoluuttinen monarkia ei voi olla legitiimi. *Steinberg* katsookin, että *Locke* on maksanut suoraan keskiaikaisen opin ylimysvallasta ja näkemyksen ylimysten asemasta kansan edustajina ja heidän suostumuksestaan kuninkaan vallan legitiimisyyden edellytyksenä. *Steinberg*, s. 54–57, 59 ja 133–135.

¹¹³ *Rousseau*, Yhteiskuntasopimuksesta, s. 36.

¹¹⁴ *Rousseau*, Yhteiskuntasopimuksesta, s. 41, 42, 48, 49, 53, 54, 65, 66 ja 73. *Steinberg*, 85, 87, 88 ja 107. Ks. myös *Pulkkinen*, Valtio ja vapaus, s. 11 ja 12.

Steinbergin mukaan *Rousseau* samaistaakin lain säätämisen ja yhteiskuntasopimuksen, ja siksi hän ei myöskään voi hyväksyä edustuksellista demokratiaa eikä eturyhmäajattelua ilmeisenä pluralismin ja tätä kautta epätasa-arvon ilmauksena. Tällä perusteella hänen käsityksensä yhteiskuntasopimuksesta myös poikkeaa olennaisesti *Locken* konstruktioista. *Steinberg*, s. 82, 93 ja 115.

Rousseau omaksuu näin selkeästi vapauden sen positiivisen ja yhteisöllisen tulkinnan mukaisesti, jonka olennainen sisältö on nähdä vapaus, rationaalisuus (järjellisyys) ja lainalaisuus ekvivalenteina käsitteinä. Locken ja Rousseau mukaan yhteiskuntasopimus syntyy, koska luonnontilassa olevat ihmiset pyrkivät järjestyneisiin oloihin ja saavuttamaan ne edut, jotka järjestäytynyt yhteistoiminta antaa siihen osallistuville. Heidän mukaansa *luonnontilasta siirrytään oikeusjärjestykseen oikeusjärjestyksen tarjoamien etujen vuoksi*. Tämä näyttää myös vastaavan Rawlsin käsitystä luonnontilasta, koska koko hänen luonnostelemansa *rationaalisen valinnan tilanne* alkutilassa edellyttää tätä lähtökohtaa. Sopimus solmitaan sen tuottamien etujen vuoksi. Tätä selitystapaa voidaan kutsua oikeusjärjestyksen *positiiviseksi* selitykseksi.¹¹⁵

Ilmeistä on, että sekä hobbesilainen negatiivinen-että Rousseau ja Locken positiivinen selitys tulee ottaa huomioon, mutta toisaalta kumpikin niistä yksin on riittämätön. *Gauthier* ja *Reynolds* ovatkin oikeassa, kun he katsovat, että *oikeuden keskeisiä funktioita ovat sekä ihmisen suojaaminen toista vastaan että yhteistoiminnan tarjoamien etujen turvaaminen*. Toinen ihminen on sekä mahdollinen uhka että etujen tuoja.¹¹⁶ Edellinen seikka yhdessä muiden epävarmuustekijöiden kanssa merkitsee, että sopimus on käytännössä välttämätön yhteisössä, ja jälkimmäisen takia se on mahdollinen.¹¹⁷ Tämä on ilmeinen käsitteellinen jännitetilanne, ja se voidaan joko tulkita sovittamattomaksi ristiriidaksi tai lähtökohdaksi, joka tarjoaa *dialektisen* etenemistien, jota kautta ristiriita voidaan ylittää ja jonka varaan voidaan rakentaa yhteistoiminnan sääntely.¹¹⁸

Olettamuksena on myös, että yhteistoiminta on resurssien niukkuuden ja ihmisten yleisten ominaisuuksien vuoksi välttämätöntä.¹¹⁹ Yhteistoiminnalle sinänsä

¹¹⁵ Ks. *Weinbergerin* ytimekäs tiivistelmä Rawlsin oikeudenmukaisuuden periaatteiden valinnasta luonnontilassa. *Weinberger*, s. 151 ja 152.

¹¹⁶ *Gauthier*, s. 114 ja *Reynolds*, s. 115. Ks. myös *Tuori*, Luonnonoikeuden sisältö ja funktio, 149. Samanlainen lähestymistapa on myös *Finnisillä*. *Finnis*, *Natural Law and Natural Rights*, s. 231 ja 232. Myös *Lagerspetz* huomauttaa, että *Hobbesin* kuvaama sopimus ei olisi mahdollinen, jos ihmiset olisivat vain itsekkäitä. *Lagerspetz*, *The Opposite Mirrors*, s. 191.

¹¹⁷ Tämä on myös *Rousseau*n julkilausuttuna lähtökohtana. *Rousseau*, Yhteiskuntasopimuksesta, s. 55. Hän ei kuitenkaan rakenna omaa konstruktiotaan tämän dualismin varaan, vaan hylkää egoistiset pyrkimykset eikä hyödynnä ihmisten pyrkimyksiä päämääriinsä (hyviin) itse säänneltävänä toimintana, joka osaltaan selittää myös sääntöjen sisältöä.

¹¹⁸ *Ns. kriittinen suuntaus* (CLS) näkee siviilioikeuden osalta tulkintani mukaan vastaavan, ilmeisen vaikeasti yhteensovittettavan ristiriidan toisesta näkökulmasta ja huomattavasti laajemman perspektiivin puitteissa. Ristiriita näyttäytyy sille individualismin ja kollektiivisen altruismin välisenä. Ks. *Kennedy*, s. 1685, 1713, 1717 ja 1776, *Oetken*, s. 2209, 2210 ja 2227 ja *Wilhelmsson*, *Critical Studies in private Law*, s. 30 ja 31 ja *Questions for a Critical Contract Law*, s. 33.

¹¹⁹ *Lagerspetz*, *The Opposite Mirrors*, s. 136 ja 143.

ei käytännössä ole vaihtoehtoa. Kysymys on lopulta yhteistoiminnan ehdoista ja vaihtoehdoista niiden suhteen.

Neutraalisti määriteltynä lähtökohtana on yksilöiden etujen *yhteensovittamisongelma* (*coordination problem*).¹²⁰ Tällä tavalla tarkasteltuna sopimusoppi antaa luontevan lähtökohdan erityisesti sopimus- ja varallisuus oikeudelle.¹²¹ Näin tulkittu sopimusopin monet implikaatiot on helppo osoittaa esim. sopimussuh-teissa. Sopimusopin edellyttämät oikeudenmukaisuuden periaatteet tulevat näky-västi esiin myös lainopillisessa tulkinnassa ja argumentoinnissa.

Oikeusjärjestyksen edellytetään tässä olevan rationaalinen ja rationaalisuu-teen perustuva järjestys. Juuri tämän takia *Rawlsin* tavassa hahmottaa luonnon-tila ja siinä solmittava sopimus on läheistä sukua *Kantin* tavalle analysoida oikeusnormeja käyttäytymistä koskevien *maksiimien* (käyttäytymistyyppien) *rationaalisina yleistyksinä*.¹²²

2. *Luottamus ja oikeusnormit*. Oikeusalamaisen kannalta velvollisuus nou-dattaa yhteiskuntasopimusta, sen ehtoina olevia oikeudenmukaisuuden periaat-teita ja niihin perustuvia sääntöjä perustuu kahteen erityyppiseen syyhyn. En-siksi olettamuksena on, että noudattaminen on *jokaiselle edullista* hänen omien etujensa kannalta. Tämä ei kuitenkaan ole vielä riittävää, vaan lisäksi *sopimus sinänsä on syy noudattamiselle*.¹²³ Sopimus ja siihen perustuvat normit ovat it-sessään syy tekoihin. Tämä implikoi myös oikeuden pakkoelementin. Rationaa-linen oikeudenmukaisuus ja tätä kautta oikeusjärjestyksen legitimitetti ja py-syvyys pitkällä tähtäimellä edellyttävät, että yhteistoimintojen käytännöt normaalisti tai riittävän laajasti täyttävät molemmat edellytykset. Oikeudenmukaisessa yhteisössä oikeuden pakko on kokonaisuutena yhdenmukainen rationaalisten jä-senten etujen kanssa.

¹²⁰ *Lewis, Convention*, s. 5. Useilla alueilla esim. *liikennesääntöjen* kohdalla sääntöjen tär-kein funktio on, että ne ovat olemassa, sisällöstä riippumatta. Niiden merkitys on siinä, että ne sovittavat ennalta arvattavalla tavalla yhteen liikenteessä liikkuvien teot.

¹²¹ Ks. kappale 4.5.

¹²² *Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, s. [402 ja 421–423] ja *Rawls, Political Liberalism*, s. 102 ja 122. Kant esitteli neljä tunnettua esimerkkiään, joiden avulla hän osoitti, että ao. ehdotetut maksiimit osoittautuivat yleistettynä yleiseksi laiksi ristiriitaisiksi, eli ne ei-vät kelvanneet yleiseksi laiksi.

Tärkeänä lähtökohta, jota ei kuitenkaan tule samaistaa *Kantin yleistettävyyys- ja rationali-sointiperiaatteeseen*, voidaan pitää Raamatun Uuden testamentin Vuorisaarnassa (*Mt 7:12*) esi-tettyä ns. *kultaista sääntöä* tulkittuna moraalin *rationalisointiperiaatteena*. Säännön mukaan (vastavuoroisuuden periaatteen mukaisesti) henkilö saa toimia muita kohtaan siten kuin hän on valmis sallimaan muiden toimia itseään kohtaan.

¹²³ *Lewis, Convention*, s. 98.

Näiden syiden edellytetään heijastuvan myös lainopilliseen tulkintaan ja argumentointiin. Omaksuttua suhteellistettua rationalistista lähestymistapaa oikeusjärjestyksen perusteisiin voidaan havainnollistaa yksinkertaisten peliteoreettisten esimerkkien avulla, jotka johdattavat samalla itse hypoteettisen sopimuksen solmimisen konstruktion

Pitkään mielenkiinnon kohteena moraalifilosofiassa on ollut ns. *vangin ongelman peli*.¹²⁴ Vangin ongelma on juuri sen takia mielenkiintoinen ja oikeusjärjestyksen perusteiden kannalta tärkeä peli, että siinä havainnollistetaan yksinkertaisella tavalla luonnontilaan verrattava lähtökohta, jossa kaikille osapuolille parhaimman tuloksen saavuttaminen on lähtökohtaisesti estynyt yhteistoiminnan ja sen suojan puuttumisen vuoksi. Yhteistoiminta tuottaisi tasapainon (*coordination equilibrium*), mutta yhteistoiminta edellyttää luottamusta ja sen suojaa, jota ei ole, joten rationaaliset vangit (2 kpl) joutuvat toimimaan siten, että voidaan saavuttaa vain huono tasapainotila.¹²⁵ Tässä yhteydessä on syytä korostaa, että peliteorian avulla oikeutta ei tässä pyritä tyhjentäväsi palauttamaan yksilöihin tai heidän intresseihinsä (hyviin), vaikka yksilöiden intresseillä onkin tärkeä merkitys. Lähtökohtana on peli instituutiona, ja osallistuminen peliin on osallistumista sosiaalsiin käytäntöihin ja yhteistoimintaan.

Esitän vangin ongelman seuraavan pelin ja kuvion (matriisin) muodossa. Kuvio esittää ristiintaulukoimalla vankien (syytettyjen) mahdollisten valintojen seuraamuksia vankeusvuosina. Preferenssit valinnoissa ovat yleensä esitettäviin peleihin nähden nurinkuriset siinä mielessä, että tässä esimerkissä preferoidaan pienempää lopputulosta. Valinta tapahtuu tunnustamalla tai kiistämällä teko, josta heitä molempia syytetään. Pelin ehdot ovat, että molempia vankeja vaaditaan tunnustamaan teko, josta heitä syytetään. Jos molemmat tunnustavat, he saavat 5 vuoden tuomion, jos kumpikaan ei tunnusta, molemmat saavat 2 vuoden tuomion ja jos vain toinen tunnustaa, tunnustaja saa 1 vuoden ja toinen 10 vuoden tuomion.

¹²⁴ Ks. esim. Rawls, s. 269, Gauthier, alk. s. 60, Lagerspetz, The Opposite Mirrors, s. 39, 191 ja 192 ja Airaksinen, s. 152. Vangin ongelman esitteli alunperin A. W. Tucker. Osuvampi nimitys olisi syytetyn ongelma, mutta käytetty nimitys on vakiintunut.

¹²⁵ Ks. Lewis, Convention, s. 14.

Finnis suhtautuu hyväksyvästi näkemykseen, jonka mukaan oikeussäännöt nähdään ratkaisuna yhteistoiminnan tai yhteensovittamisen ongelmaan, mutta hän suhtautuu kielteisesti asian hahmottamiseen peliteorian mukaisesti. Peliteoria on hänen mukaansa liian kapea, se ei selitä lakia eikä lain auktoriteettia. Finnis, Natural Law and Natural Rights, s. 149, 246 ja 249 ja Law as Co-Ordination, s. 98, 100 ja 101.

		2. vanki	
		ei tunnusta	tunnustaa
1. vanki	ei tunnusta	2,2	10,1
	tunnustaa	1,10	5,5

Tilanne on itse asiassa luotu sellaiseksi, että pelaajat (vangit) joutuvat tuomitsemaan itse itsensä, mikäli ehdoista pidetään kiinni eikä vankien keskinäistä sopimusta ja luottamusta sen pitämisestä ole. Sopimus on mahdoton, jos vangit ovat eristettyjä. Rationaalisuusoletuksen mukaisesti kumpikin vanki harkitsee tilannetta omalta kannaltaan ja toteaa, että jos luotettavaa sopimusta, että kumpikaan ei tunnusta, ei ole, ei voi olla tunnustamatta: Jos itse ei tunnusta ja toinen vanki tunnustaa, niin lopputulos on huonoin mahdollinen (omalta kannalta), eli itse saa 10 vuotta ja toinen saa 1 vuoden tuomion. Jos itse tunnustaa, lopputuloksena itselle on joko 5 vuotta tai mahdollisesti jopa paras tulos eli 1 vuotta. Tämän takia kannattaa siis yksiselitteisesti tunnustaa, koska muutoin ilmeisenä vaarana on, että itse saa 10 vuoden tuomion eli huonoimman tuloksen. Jos arvelee vastapuolen tunnustavan, kannattaa tunnustaa, ja jos jos arvelee vastapuolen olevan tunnustamatta, kannattaa vielä selvemmin tunnustaa. Kun molemmat harkitsevat näin, on lopputuloksena, että molemmat saavat 5 vuoden tuomion. Tulos on tasapainoinen mutta ei paras mahdollinen tasapainotila (2,2). Kummankin kannalta erikseen optimitila olisi 1,10, mutta tämä ei ole tasapainotila. Tällainen optimitila ei voikaan olla perusta yhteistoiminnalle, vaan se perustuu pikemminkin vastapuolen yksipuoliseen hyväksikäyttöön, jollaista sopimusta rationaaliset pelaajat eivät voi tehdä.¹²⁶ Paras tasapainotila (2,2) olisi, että kumpikaan ei tunnusta, mutta tämän estää vastavuoroisen yhteistoiminnan ja luotettavan sopimuksen puuttuminen. Matriisia voidaan pitää erityislaatuisena *Hobbesin bellum omnium contra omnes* -tilan tulkintana ja analyysinä.¹²⁷

Pelistä on huomattava, että pelkästään tieto ja odotukset vastapuolen toiminnasta ja luottamus sinänsä eivät riitä yhteistoiminnalle, vaan tarvitaan myös molemminpuolisen *luottamuksen suojaamista* ja *molemminpuolisia myönnetyksiä*, jos aiotaan päästä parempaan tasapainotilaan. Voidaan ajatella, että vangit tekevät sopimuksen, että kumpikaan ei tunnusta. Jos nyt vanki odottaa vastapuolen jättävän tunnustamatta, hän saavuttaa optimituloksen tunnustamalla, mutta tämä

¹²⁶ Optimitila on tässä erityisessä merkityksessä. Erikseen optimitila määritellään *yhteistyön optimitilana*, jolloin se tarkoittaa parasta mahdollista tasapainotilaa.

¹²⁷ Ks. *Hobbes*, *Leviathan*, erit. s. [61], s. 87 ja 88.

tapahtuu rikkomalla sopimus ja vastapuolen kustannuksella. Egoistinen rationaalisuus näyttää estävän yhteistoiminnan ja »luonnontilan» päättymisen.

Vastaavasti voidaan muodostaa *kauppapeli*, joka on analoginen vangin ongelmalle. Lähtökohtana on tehty sopimus kaupasta. Annetut arvot ja matriisi ovat seuraavat: Sopimuksen mukaan toteutunut kauppa eli kauppahinnan ja kaupan kohteen toimitukset (tai suoritukset) molemmin puolin tuottavat molemmille hyödyn 2, yksipuolinen menetys tuottaa hyödyn -5 ja yksipuolinen edustaminen hyödyn 5.

		myyjä (2)	
		toimittaa	ei toimita
ostaja (1)	toimittaa	2,2	-5,5
	ei toimita	5,-5	0,0

Pelin mukainen optimitulos ostajalle on, että hän jättää kauppahinnan maksamatta, kun hän odottaa, että myyjä joka tapauksessa toimittaa kaupan kohteen. Jos ostaja taas varautuu siihen, että myyjä ei toimita kaupan kohdetta, on selvää, että myös tällöin maksua ei kannata toimittaa. Kun kumpikin ajattelee näin, mitään toimituksia ei tapahdu. Pelkkä yksilörationaalisuus ja yhden pelin asettamat ehdot johtavat umpikujaan, eikä kaupanteko onnistu.

Yhteistoiminta ja parhaan mahdollisen tasapainon saavuttaminen edellyttää molemminpuolisia myönnytyksiä ja luottamuksen suojaamista. Selvää on, että pelkkä egoistinen rationaalisuus ja lyhyen tähtäimen hyötyjen edustaminen ei ole riittävä edellytys todelliselle ja jatkuvalla yhteistoiminnalle. Kysymys voi olla myös ainutkertaisesta kaupasta, kun pitemmän tähtäimen hyötynä pidetään silmällä yleensä osallistumista yhteisön sosiaalisiin käytäntöihin.

Kuvattujen pelien voidaan sanoa välillisesti ilmentävän lakien ja oikeusjärjestyksen tehtävää oikeusalamaisen jatkuvan yhteistoiminnan edistäjänä ja suojaajana. *Lainsäädäntö ja siihen perustuva viranomaistoiminta nähdään tällöin ratkaisuna sekä yhteensovittamisongelmaan että luottamuksen suojaamiseen.* Olettamuksena on, että yhteistoiminta johtaa *pitkällä tähtäimellä parempaan tulokseen molemmille osapuolille lähtöarvoista huolimatta kuin yhteistoiminnasta pidentyminen kertaluonteisena tapahtumana.* Yhteistoiminnan ja yhteisön tason näkökulman voidaan tällöin sanoa sisältävän myös pitemmän tähtäimen näkökulman. Sosiaalisuus edellyttää samojen perusvaatimusten asettamista kertaluonteiselle toimelle kuin pitkäkestoiselle yhteistoiminnalle, vaikka niiden lähtöarvot poikkeaisivat toisistaan. Kertaluonteisessa toimessa pakko voi korvata alt-

ruismin, jota edellytetään, kun egoismista pidättyminen näyttää johtavan etujen (hyvien) kannalta huonompaan tulokseen. Pitemmällä tähtäimellä tällainen yleinen ristiriita hyvän ja oikean kesken johtaisi kuitenkin oikeuden legitimeetin kannalta kestävämpään tilanteeseen. Tältä pohjalta voidaan myös vastata *Lagerspetzin* esittämiin huomautuksiin vangin ongelman pelin merkityksestä tavalla, joka näyttää olevan yhdenmukainen hänen omien johtopäätöstensä kanssa.¹²⁸ Lähtökohta-arvojen muodostava ongelma on joka tapauksessa ratkaistava.¹²⁹

Lähtökohtaisesti yhteensovittamisongelma ratkaistaan *sopimuksella*. Sopimukseen perustuvat myös *odotukset muiden osapuolien käyttäytymisestä*.¹³⁰ Sopimus, yhteistoiminta ja sen tuottamat edut eivät ole kuitenkaan riittäviä, jos osapuolten välillä ei ole luottamusta, jota myös suojataan. Oikeusnormit nähdään tällöin luottamuksen takaajana ja suojana. *Reynolds* lausuu saman asian niin, että odotusten suojaamisen kautta *poistetaan epävarmuutta*, eli lisätään ennustettavuutta yhteistoiminnassa.¹³¹ Suoritukset eivät riipu pelkästään toisen osapuolen halukkuudesta tai rationaalisuudesta, vaan taustalla on myös oikeutettu *oikeuspakko*. Tällä lisäedellytyksellä henkilö voi tehdä sitoumuksia, toimia niiden mukaisesti ja myös luottaa siihen, että vastapuolen sitoumukset täytetään.¹³² Toisaalta myöskään pakko ei ole yksin riittävä ratkaisu, vaan se voi toimia ainoastaan jatkuvan yhteistoiminnan normaalisti tuottamien hyötyjen varmistajana tai täydentäjänä ja varokeinona erilaisten häiriötilanteiden varalta. Tässä suhteessa oikeus ja varsinkin sen sisältämä pakko ovat hyvään nähden selkeästi *toissijaisessa asemassa*.

Analogia erityisesti taloudellista vaihdantaa koskeviin sopimusoikeuden normeihin on ilmeinen. Lähtökohtana on, että henkilöt ovat halukkaita taloudelliseen yhteistoimintaan, koska se on hyödyllistä molemmille osapuolille. Käytännössä yhteistoiminnalle ei ole vaihtoehtoa, joten kysymys on asiallisesti vain sen ehdoista. Pitkällä tähtäimellä häiriöttömän yhteistoiminnan ja siihen sopeutumisen

¹²⁸ Ks. *Lagerspetz*, *The Opposite Mirrors*, s. 195, 198, 200 ja 211.

¹²⁹ *Reynolds*, s. 111.

¹³⁰ *Lewis*, *Convention*, s. 33, 52 ja 57 ja *Reynolds*, s. 108.

¹³¹ *Reynolds*, s. 108.

¹³² Ks. *Lewis*, *Convention*, s. 97 ja 99. *Reynolds* luettelee 11 erityistä sopimuksen edellytystä, kun sopimus on implisiittinen lähtökohta yleisesti hyväksytyille laille. *Reynolds*, s. 116 ja 117.

Schauer kritisoi näkemystä, jonka mukaan vangin ongelma voitaisiin ratkaista pakottavan lain avulla. *Schauer* näyttää kuitenkin sekoittavan osapuolten välisen, heidän omaksi edukseen tapahtuvan yhteistoiminnan suojaamisen, ja toisaalta oikeusalamaisen toiminnalle asetetut rajoitukset ja rasisukset, joiden takia heidän on pidättäydyttävä tietyistä toiminnoista tai tehtävä uhrauksia yhteisön eli yhteisen edun vuoksi. *Schauer*, s. 163–166, erit. s. 166.

Luottamuksesta konventionalismin lähtökohtana ks. *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 144 ja 145.

oletetaan tuottaman molemmille paremman tuloksen kuin muut vaihtoehdot. Tällöin voidaan täsmentää myös aiemmin lausuttua lähtökohtaa hyväksyttävyydestä oikeusjärjestelmän legitimiisyyden lähtökohtana. Legitimiteetti edellyttää lain noudattamisen ja yksityisten oikeusalamaisien rationaalisuuden yhdenmukaisuutta riittävän yleisesti ja pitkällä tähtäimellä. Tässä mielessä *Rousseau*n fraasin mukaisesti yhteiskuntasopimus pakottaa oikeusalamaiset vapaiksi, so. toimimaan omien etujensa mukaisesti. Jos pelin arvot näkyvästi määrätään näillä edellytyksillä, on totta, että tällöin on jo siirrytty pois vangen ongelman pelistä ns. *vakuutuspeleihin*, joka on ongelmaton ja jossa molempien osalta yhteistoimintavaihtoehto ja sopimuksen noudattaminen on edullisin vaihtoehto. Ratkaisulla vangen ongelman pelin rajat on selkeästi ylitetty. Kauppapelin matriirissa vaihtoehto 2,2 korvataan esim. vaihtoehdolla 8,8.¹³³ Tällöin ratkaisun myötä myös koko ongelma on häivytetty. Tärkeää on kuitenkin juuri esitettyjen pelien kuvaamat lähtökohtatilanteen ongelmat ja niiden ratkaiseminen. Siksi vangen ongelma ei menetä merkitystään.¹³⁴

Sitoutuminen yhteistoimintaan edellyttää suojattua luottamusta, mikä ei ole itsestäänselvyys. Esim. luoton myöntäminen edellyttää, että velalliselta myöhemmin saadaan suoritus (takaisinmaksu) riippumatta hänen maksuhaluistaan. Ihmiset ovat tosiasiallisesti vain rajoitetusti rationaalisia, yhteistyökykyisiä ja -haluisia, ja yhteiset suunnitelmat jäävät usein muistakin syistä usein toteutumatta, joten *oikeusjärjestystä tarvitaan välttämättä suojaamaan luottamusta. Oikeusnormit nähdään tällöin korostetusti rationaalisen yhteistoiminnan ehtoina.*¹³⁵ Tämä ei luonnollisesti ole oikeusnormien ainoa funktio, mutta yksi keskeisimmistä.

Luottamus yhteis- ja taloudellisen toiminnan edellytyksenä asettaa lisäedellytyksiä myös laajemmin kuin vain yhteistoimintaan välittömästi osallistuvien suhteen. Yhteistoiminnan osapuolten on voitava luottaa, että muut eivät ansiotta hyödy heidän toimintansa tuloksista. Vastaavasti sivullisten etu vaatii, että yhteistoimintaa ei harjoiteta sivullisten kustannuksella. Analogioita voidaan helposti laajentaa muillekin oikeuden aloille esim. yhteisöoikeuteen ja varallisuuden suojaamiseen sekä myös rikosoikeuden perusteisiin.

¹³³ Vakuutuspelistä ks. *Lagerspetz*, *The Opposite Mirrors*, s. 41, 42, 202, 203 ja ks. myös s. 100.

¹³⁴ Ei ole sattuma, että myös *Lagerspetz*illa vangen ongelma on vähintään yhtä paljon mielenkiinnon kohteena kuin vakuutuspelikin, vaikka hän ilmoittaa pitävänsä näistä kahdesta jälkimmäistä adekvaatimpana. Ongelmattomuuden vuoksi vakuutuspelejä yksin, ilman esim. juuri vangen ongelman peliä rinnallaan, ei ole tässä yhteydessä mielenkiintoinen. Vakuutuspelejä saa tässä merkityksensä juuri vangen ongelman pelin ratkaisuna.

¹³⁵ *Rawls*, *Political Liberalism*, s. 301. Olettamuksena on, että ihmisellä on sekä kyky johdonmukaisesti pyrkiä tavoitteisiinsa että kyky tiedostaa oikeudenmukaisuuden vaatimukset ja rajoitukset tässä toiminnassa.

3. *Rationaalisen valinnan tilanne.* Tämän tutkimuksen ja lainopin tietoteorian kannalta merkittävä ulottuvuus sopimusopissa on tapa, jolla Rawls kuvaa hypoteettisen yhteiskuntasopimuksen tekemisen *idealisoituna rationaalisen valinnan tilanteena (the original position)*. Myös tämä kuvaus on tulkittava oikeusjärjestyksen käsitteelliseksi analyysiksi. Rationaalinen valinta edellyttää, että saatutettava yhteisymmärrys on edullinen kaikille osapuolille. Lähtökohtana on näin ollen implisiittinen kaupankäynnin (*bargaining*) tilanne.¹³⁶ Tietoteorian kannalta merkittävää on erityisesti tapa, jolla sopimustilanteessa muodostetaan ns. puolueeton näkökulma, joka puolestaan voidaan nähdä lainopillisen tiedon keskeisenä lähtökohtana.

Sopimusopissa keskeinen lähtökohta on *yhteisön itsesääntely*. Oikeusnormit ovat peräisin yhteisöstä itsestään eikä mistään sen ulkoisesta lähteestä. Norminmuodostus tapahtuu yhteisössä sen jäsenten itsensä toimesta. Tämä merkitsee, että mitään ulkopuolista tekijää tai henkilöä, *Leviathania* tässä merkityksessä ei tarvita. Oikeusnormit syntyvät ja tulevat voimaan, kun ne omaksutaan yhteisössä.

Lähtökohta, jonka mukaan yhteisön jäsenet solmivat vain rationaalisuutensa painostamina ja avulla yhteiskuntasopimuksen, jonka ehdot toimivat moraalिन ja oikeuden normeja määräävinä periaatteina, implikoi myös perustavaa laatua olevan ongelman, jonka ratkaisu on olennainen osa Rawlsin teoriaa. Sopimuksen laatijoiden ja solmijoiden rationaalisuus merkitsee myös tiettyä itsekkyyttä, koska olettamuksena on, että sopimus solmitaan, ei vain altruistista syistä, vaan myös siksi, että sopimuksen tekeminen on osallisten kannalta tarkoituksenmukaista. Edellä mainittiin sopimuksen tuottamat edut ja luonnontilan epäkohdat, jotka yhdessä oletetun yhteistoimintapyrkimyksen (hyötyjen tavoittelun) kanssa luovat riittävät takeet sopimuksen syntymiseksi ja oikeusjärjestyksen syntymiseksi. Ihmisen suhteellinen itsekkyyys ja epärationaalisuus ja toisaalta myös hänen suhteellinen halunsa sopeutua yhteisöön (altruismi) ja pyrkimys rationaaliin yhteistoimintaan määräävät oikeusjärjestyksen olennaisimmat piirteet.¹³⁷

Osapuolet tai heidän edustajansa laativat siis omaa toimintaansa koskevat pelisäännöt, vieläpä olosuhteissa, joissa heidän oletetaan toimivan siten, että he maksimoivat omat etunsa. Rationaalisten henkilöiden tai etutahojen on toisin sanoen sovitettava etunsa ja pyyteensä eli tehtävä myönnytyksiä niin, että he voi-

¹³⁶ Rawls, *Political Liberalism*, alk. s. 22 ja 23 ja Harman, s. 13. Rawls pitää itse oikeudenmukaisuusteoriaansa kantilaisen sopimusopin edelleenkehittämisenä. Rawls, *Political Liberalism*, s. 288.

¹³⁷ Lähtökohta on sopusoinnussa myös Hartin näkemyksen kanssa, jonka mukaan ihmiselle on tyypillistä rajoitettu hyvántahtoisuus ja pyrkimys rakentamaan yhteistoimintaan mutta myös rajoitettu itsekkyyys ja epärationaalisuus. Hart, *The Concept of Law*, s. 190 ja 191.

vat määrätä perustellut säännöt yhteistoiminnalleen. Ongelmaksi muodostuu tällöin, *miten on mahdollista päästä yhteisymmärrykseen heitä itseään koskevien normien laatimisessa* ilman, että kunkin henkilökohtaiset edut pääsevät vaikuttamaan. Rousseau pyrki ratkaisemaan tämän erottamalla ihmisen egoistisen ja altruistisen tahdon ja perustamalla yhteiskuntasopimuksen ja yleistahdon pelkäämään altruististen tahtojen välittömään ja ehdottomaan konsensuskseen.¹³⁸ Kant Rousseauhon tukeutuessaan pyrki puolestaan rakentamaan oikeuden yleispaten rationaalisuuden ja siihen perustuvan yleistämisen varaan.

Rawlsin ratkaisu on sopimuksen tekemiseen sisältyvän rationaalisen valintatilanteen *idealisointi*. Idealisointi tapahtuu ns. *tietämättömyyden verhon* avulla (*The Veil of Ignorance*). Rawls yksinkertaisesti olettaa, että sopimusehdot laativilla henkilöillä on muutoin täydelliset tiedot sovittavista asioista, mutta heillä ei ole lainkaan tietoa siitä, mikä ja minkälainen tulee olemaan heidän oma asemansa siinä yhteisössä, jonka säännöistä sovitaan ja jonka jäseniksi he sopimuksen solmimisen jälkeen tulevat. Sopimuksessa solmitaan säännöt, jotka määrittelevät yhteisön jäsenten oikeudet ja velvollisuudet, eli heidän asemansa yhteisössä. Verho peittää heiltä toisin sanoen täydellisesti heidän oman konkreettisen asemansa muodostuvassa yhteisössä. Verhon avulla Rawls suorittaa Kantin tarkoittaman *yleistämisen* ja *abstrahoinnin* maksimiin eli eliminoimalla yksilölliset erot ja subjektiiviset edut ja tavoitteet.¹³⁹

Verho pakottaa sopimusta solmivat henkilöt ottamaan huomioon sen mahdollisuuden, että he voivat joutua mihin tahansa asemaan yhteisössä. Olettamuk-

¹³⁸ Rousseau, Yhteiskuntasopimuksesta, s. 43, 44, 47, 49, 56 59, 60 ja 73 ja Steinberg, s. 84–86.

Tämän tutkimuksen kannalta tärkeä Rousseauin havainto on, että koska hänen lähtökohtanaan on *yleistahto* konstruktiona ja abstraktiona, joka perustuu vain ihmisen tahdon toiseen puoleen, altruistiseen tahtoon, yleistähto, jonka ilmauksia lait ovat, ei voi olla sama kuin *kaikkien tahto*. Tämä puolestaan johtuu siitä, että yleistähtoa ei voi samaistaa tosiasiallisiin tahtoihin ja esim. ihmisten *tosiasiallisiin uskomuksiin*. Rousseau, Yhteiskuntasopimuksesta, s. 57, 60, 64, 72 ja 74.

¹³⁹ Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, s. [433].

Kelsen katsoo Kantin joutuvan ristiriitaan, kun hän pitää praktista päättelyä sekä tiedon (ymmärrys) että tahdon (konstitutiivinen järki) asiana. Kelsen, General Theory of Norms, s. 80. Kelsen ratkaisee itse tämän ristiriidan pitämällä lainoppia tietona siitä erikseen tahdon kautta asetetusta (säädetystä) oikeudesta. Kelsen haluaa erotella lain tahtomisen ja tietämisen siitä, eikä hän hyväksy Kantin *itselleen lakia säättävää rationaalista tahtoa*. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, s. [431]. Kantin lakiasäättävä tahto voidaan kuitenkin tulkita yleisen ja yhteisön tason argumentoinniksi, jolloin Kelsenin kritiikki menettää kärkensä.

Kelsenin kritiikki on ymmärrettävää, koska hän pyrki rakentamaan Kantin kriittisen luonnontieteen filosofian pohjalta lainopin tietoteorian, jonka tehtävän suhteen Kelsen katsoi Kantin itsensä epäonnistuneen. Ebenstein, s. 622 ja 624.

sena on myös, että osapuolet eivät ryhdy pelaamaan uhkapeliä, vaan he ottavat vakavasti huomioon tämän mahdollisuuden. Rawlsin mukaan rationaalisuus pakottaa osapuolet laatimaan sopimuksen niin, että kaikkien *henkilöiden asemat* muodostuvat oikeudenmukaisiksi ja kohtuullisiksi reilun pelin mukaisen oikeudenmukaisuuden perusperiaatteiden, lainmukaisuuden, tasa-arvon ja suhteellisen taloudellisen ja sosiaalisen tasa-arvon mukaisesti, ja *valitsemaan* niiden mukaiset *aineelliset periaatteet* sopimuksen ehdoiksi ja hylkäämään periaatteet, joita tässä *menettelyssä* ei hyväksyttäisi. Rawls olettaa, että ensimmäiseksi valitaan aiemmin mainitut kaksi johtavaa periaatetta ja niiden mukaisesti loput periaatteet. Oikeudenmukaisia ovat periaatteet, jotka hyväksyttäisiin tässä valintamenettelyssä ja epäoikeudenmukaisia ne, joita ei hyväksyttäisi siinä. Pelkästään osapuolten *rationaalisuus pakottaa* näin ollen nykyaikaisessa yhteisössä *laatimaan tietynlaisen ja -sisältöisen sopimuksen*, joka takaa kaikille oikeudenmukaiset ja kohtuulliset asemat yhteisössä reilun pelin periaatteiden mukaisesti, eli *sopimaan oikeudenmukaisesta yhteisöstä*.¹⁴⁰ Gadameriin nojautuen Rawlsiin voidaan lähtökohtaisesti kohdistaa sama kritiikki kuin *Kantiin* rationaalisuuden oletetusta yleispätevyydestä.

Tämän jäsentelyn kautta voidaan välttää *Dworkinin* sekä sopimusoppiin että konventionalismiin (lakipositivismiin) kohdistama kritiikki, jonka mukaan ne sekoittavat *reilun pelin (fairness)* ja *oikeudenmukaisuuden*.¹⁴¹ Dworkinin mukaan reilu menettely ei takaa oikeudenmukaista lopputulosta. Reilun pelin käsite viittaa menettelyyn, jossa hypoteettisesti voidaan sopia oikeudenmukaisuuden periaatteista, ja oikeudenmukaisuus (suppeassa merkityksessä) viittaa aineellisiin periaatteisiin, ts. oikeudenmukaisuuden sisältöön. Koko rationaalisen valinnan tilanne on turha konstruktio, jos lähtökohdaksi oletetaan annetut, aprioriset oikeudet niin kuin Dworkin tekee. Lähtökohtana eivät kuitenkaan ole tällaiset oikeudet, vaan menettely, jolla pyritään rationaalisesti osoittamaan ja perustelemaan nämä oikeudet.

Tärkeää on havaita, että lähtökohtana on käsitteellinen *menettely* eli *muodolliset kriteerit*, joiden perusteella oikeudenmukaisuuden periaatteet voidaan määritellä. Lähtökohtana eivät ole annetut, aprioriset ja sisällöltään määräytyvät pe-

¹⁴⁰ Rawls, s. 136, 137 ja 140 ja Political Liberalism, s. 78, 124, 294, 299, alk. s. 304 ja 311.

Sopimustilanteen idealisointi merkitsee myös, että hypoteettinen sopimus on analyttinen ja epähistoriallinen käsite, mutta lainopin kannalta on tärkeää, että sille voidaan antaa myös normatiivinen tulkinta aiemmin kuvatulla tavalla. Rawls, Political Liberalism, s. 273.

¹⁴¹ Dworkin, Laws's Empire, s. 142, 164, 177 ja 404. Sopimusopin tasolla kritiikki kohdistuu rationaalisen valinnan tilanteeseen ja positivismiin tasolla reiluun lainsäädäntömenettelyyn. Periaatteiden asemasta s. 184 ja 185.

riiaatteet, vaan ne voivat olla toisenlaiset, jos tosiasialliset olosuhteet eli elämänmuoto tai yhteisö on toisenlainen.¹⁴² Rationaalinen valinta tuottaisi tällöin toisenlaisen tuloksen. Johdonmukainen oikeuttaminen määrää normit, ei päinvastoin. Oikeudenmukaisuuskäsitys on tämän takia *avoin* ja *dynaaminen*.¹⁴³ Tällä tavalla voidaan torjua myös em. Gadamerin kritiikki.

Rationaalisen valinnan konstruktio on dynaaminen myös toisessa suhteessa. Konstruktioilla ei pyritä ennalta annettujen kriteerien perusteella ehdottomalla tavalla ja *deterministisesti* määräämään periaatteiden ja niiden mukaisten sääntöjen sisältöä. Sen sijaan voidaan esittää painavia perusteluja, miksi eräät aineelliset periaatteet, erityisesti Rawlsin kaksi ensisijaista oikeudenmukaisuuden periaatetta tulee asettaa keskeiseen asemaan nykyajan länsimaisessa yhteisössä. Normatiivisena lähtökohtana on niiden vakava huomioon ottaminen, kun tarkempia sääntöjä määritellään.

Tässä hypoteettinen sopimus ja luonnontila tulkitaan konstruktioina ja puhtaasti *analyttisinä* käsitteinä ja idealisaatioina selitettäessä yhteisön normeja ja niiden muodostumista. Esim. lainsäädäntöprosessin voidaan eräissä suhteissa sanoa jäljittelevän kuvattua idealisaatiota.¹⁴⁴

Lainopin tietoteorian kannalta keskeistä *Rawlsin* konstruktiossa on, että vaikka lähtökohtana on yhteisön jäsenten itsesääntely, eli yhteisön jäsenet asettavat itselleen normit, niin tästä huolimatta *näkökulma normien antamisessa ja tulkinassa on yksilöihin nähden yleinen, intersubjektiivinen ja yhteisön, ei yksilöiden*. Yleistäminen merkitsee nousemista yhteisön tasolle. Yleisellä tasolla olevassa sääntelyssä on nimenomaisesti suljettava pois partikulaariset intressit. Sen sijaan lähtökohtana ovat luonnollisesti esim. ostajan ja myyjän asemat *abstrakteina* henkilöinä ja näiden *henkilötyyppien rationaaliset edut ja velvoitteet* vastavuoroisuuden periaatteen mukaisesti.¹⁴⁵

Lainopin kannalta Rawlsin konstruktion tärkein anti on, että sitä voidaan pitää *lainopillisen argumentoinnin normatiivisena analyysinä*. Käytettävien argu-

¹⁴² Ks. *Hart*, Positivism and the Separation of Law and Morals, s. 79 ja 80.

¹⁴³ *Rawls* perustelee usein rationaalisen valinnan menetelmän adekvaattisuutta vertaamalla sitä esimerkiksi menetelmäoikeudenmukaisuudesta, jonka mukaan henkilö, joka jakaa kaikille viipaleet kakusta, saa oman viipaleensa sen jälkeen, kun muut ovat valinneet omansa. Tulos on oikeudenmukainen, riippumatta siitä, miten henkilöt toimivat. Esim. *Rawls*, s. 85.

¹⁴⁴ *Rawls* lähentää hypoteettista sopimusta ideaan edustuksellisesta lainsäädännöstä, kun hän myöhemmin tulkitsee luonnontilan suunnitelluksi edustamiseksi (intressitahojen edustaminen), eli sopimuksen solmivat eri asemassa olevien kansalaisten edustajat. *Rawls*, *Political Liberalism*, s. 24 ja 28.

¹⁴⁵ *Weinberger* ei tee tätä eroa konkreettisiin henkilöihin ja abstrakteihin henkilötyypeihin, kun hän kritisoi *Rawlsin* sopimusteoriaa. *Weinberger*, s. 152. Tämän jälkeen hän kuitenkin lähestyy yhteistominnan osapuolten asemia samoin kuin tässä. Ks. *Weinberger*, s. 165 ja 166.

menttien on oltava yleisellä tasolla, ja niiden on oltava ristiriidattomasti yleistettävissä ja sovellettavissa kaikkiin ao. argumentoinnin kohteena oleviin samantapaisiin tapauksiin. Myös lainopillisen tulkinnan on tapahduttava kuvatulla tavalla tietämättömyyden verhon takaa. Objektivista argumentointia voidaan kuvata verhon takana tapahtuvaksi päättelyksi.¹⁴⁶ Vaikka ihmiset olisivat tosiasillisesti vain rajoitetusti rationaalisia ja puolueellisia, niin lainopillisessa argumentoinnissa, oikeudellisessa päätöksenteossa ja normeja formuloitaessa edellytetään puolueettomuutta ja rationaalisuutta.

Keskeinen seikka Rawlsin konstruktiossa on, että hän pystyy osoittamaan tavan, jolla yhteisön jäsenten itsesääntelyssä voidaan muodostaa yksilörationaalisuuden pohjalta ja osittain myös sen ehdoilla *todellinen erillinen puolueeton ja yleisen tason näkökulma*, joka on myös lainopillisen tulkinnan ja argumentoinnin näkökulma.¹⁴⁷ Rawls kuvaa nousun yksilötasolta yhteisön tasolle ja selittää, kuinka tällainen näkökulman vaihdos on mahdollinen heidän itsensä toimesta.

Asiallisesti ottaen edellä kuvattu *hypoteettinen sopimus tietämättömyyden verhoineen on puolueettoman näkökulman käsitteellistä analyysiä*. Tämä näkökulma ei tarkoita mahdollisesti tilapäistä kompromissia *modus vivendi* vaan lähtökohtana oleviin yksilöihin nähden erillistä ja erilaisen tason, yhteisön tason näkökulmaa. Puolueeton näkökulma on luonnollinen ja välttämätön edellytys tasapuoliselle ja kohtuuteen pyrkivälle harkinnalle sekä oikeudellisessa päätöksenteossa että lainopillisessa argumentoinnissa. Päätöksentekijä, tulkitsija ja myös säädösten valmistelija tai antaja voidaan hyvin ajatella asettavaksi kuvatun tietämättömyyden verhon taakse, joka kuvatulla tavalla määrää näkökulman ja periaatteet heidän harkinnassaan ja ratkaisuisaan. Puolueettoman näkökulman reflektointi on tällöin myös yhteiskuntasopimuksen reflektointia.

Puolueettoman näkökulman tietoteoreettista merkitystä tarkastellaan vielä erikseen, mutta sitä ennen analysoin eräitä varallisuus oikeuden perusteita sopimusopin avulla. Tarkoitukseni on osoittaa sopimusopin adekvaattisuus myös konkreettisemmän tason oikeusperiaatteiden ja -sääntöjen ja lainopillisen argumentoinnin kannalta. Kysymyksessä on näin ollen teorian sovellutus ja testaus ja eräänlainen hyvin laaja-alainen esimerkki.

¹⁴⁶ Rawls, *Political Liberalism*, s. 27.

¹⁴⁷ Rawls, s. 357.

4.5 Sopimusopin mukaisia tulkintoja eräistä varallisuusosoikeuden opeista

Tässä pyritään suppeasti, yleisellä tasolla ja oikeusteorian näkökulmasta manifestoimaan sopimusopin mukainen lähestymistapa eräiden varallisuusosoikeuden keskeisten oppien osalta. Esille tuotavat opit voidaan luontevalla tavalla selittää ja tulkita sopimusopin avulla.

1. Vaihdannan ja yleisen edun näkökulmat. Tarkoituksenmukaisen pohjan sopimusopin mukaiselle analyysille antaa *Gauthierin* tulkinta sopimusopista, jonka hän esittää teoksessaan *Morals by Agreement*. Gauthierin teorian adekvaattisuus suhteessa koko oikeusjärjestykseen on selkeästi heikompi kuin *Rawlsin* tulkinnaissa. Rawlsin teoria kattaa koko oikeusjärjestyksen, kun taas Gauthierin teorian näin laaja soveltaminen johtaa pikemminkin arveluttaviin tuloksiin. Sen sijaan Gauthierin teoria on adekvaatti suhteessa välittömästi taloudellista vaihdantaa koskevaan sääntelyyn. Tältäkin osin Gauthierin periaatteita ei pidetä ehdottomina, mutta se antaa selkeät käsitteelliset välineet ja hyvän lähtökohdan. Teoriassa pidetään selkeästi silmällä taloudellisen vaihdannan markkinoita.

Gauthierin ja Rawlsin näkökulmien välinen ero tuo esiin tärkeän käsitteellisen erottelun yhteistoiminnassa ja yhteisössä. Ero on sama kuin *Hegelin* tekemä ero *kansalaisyhteiskuntaan* (sisältäen juuri mm. taloudelliset markkinat) ja *valtioon*.¹⁴⁸ Gauthier tarkoittaa yhteistoiminnalla *yksilöitten välistä yhteistyötä*, jolla tähdätään osallisten tavoittelemien etujen maksimointiin ja heidän intressiensä yhteensovittamiseen. Siksi Gauthier ei hyväksy sivullisten hyödyttämistä niin kuin Rawls. Rawls lähtee liikkeelle samalta tasolta kuin Gauthier, mutta niin kuin jo aiemmin todettiin hän pyrkii yhdistämään tämän tason käsitteellisesti toisen tason yhteistoimintaan. Toisella tasolla tarkoitan *erillistä yhteisön* tai ns. *yleisen edun näkökulmaa*. Niitä ei voida kuitenkaan ehdottomalla tavalla erotella toisistaan. Näkökulmat ovat usein toisiinsa kietoutuneina, ja niiden erottamisessa on kysymys lähinnä käsitteellisestä analyysistä. Taloudelliset markkinat ja vaihdanta yhteisön jäsenten kesken kuuluvat edelliseen tasoon ja valtion yleishyödyllinen ja sosiaalinen toiminta jälkimmäiseen. Tämän takia Rawlsin eroperiaa-

¹⁴⁸ *Hegel*, Oikeusfilosofia 260–260, 277, 288 ja 289 § ja *Pulkkinen*, s. 189 ja 190 ja *Pulkkinen*, Valtio ja vapaus, s. 14 ja 126.

Kansalaisyhteiskunnan taso on Hegelillä kansalaisten yhteistoiminnan, erityisesti taloudellisen toiminnan taso erotettuna täysin yksityisestä eli *perheestä* ja toisaalta täysin julkisesta eli *valtiosta*. Valtion näkökulma on korkeamman tason kuin yksilöiden tai kansalaisyhteiskunnan taso. Sillä pyritään korjaamaan kansalaisyhteiskunnan tuottamia vääristymiä esim. suuria tulo- ja varallisuuseroja, köyhyyttä ja vieraantumista. Ks. *Hegel*, Oikeusfilosofia, 241–245 §. Hegelin oppi sisältää myös selkeää taloudellisen liberalismien kritiikkiä.

te sisältää myös periaatteen, että vaihdannan osapuolet saavat hyötyä yhteistoiminnasta, jos myös sivulliset hyötyvät ainakin välillisesti siitä. Gauthierin ajatuksia voidaan hyödyntää tässä omaksutuissa puitteissa ja sovittaa yhteen Rawlsin antamien lähtökohtien kanssa, vaikka en aiokaan hyväksyä Gauthierin pyrkimystä palauttaa oikeutta yksilörationaalisuuteen.¹⁴⁹

Molemmat näkökulmat voidaan selittää sopimusopin avulla. Erossa niiden kesken on kysymys *yhteistoiminnasta eri tasoilla* ja eri merkityksessä. Tämän takia näiden yhteistoimintojen ehdot myös poikkeavat toisistaan. Taloudellisen vaihdannan välittömässä sääntelyssä eli kansalaisyhteiskunnan tasolla ei sivullisten hyödyttämistä vaatimusta yleensä tarvitse hyväksyä, vaan se kuuluu käsitteellisesti eri tasolle ja eri näkökulmaan, valtion ja yleisen edun tasolle. Taloudelliseen vaihdantaan liittyvä solidaarisuus ja yhteisvastuullisuus rajautuu ensisijaisesti vain yhteistoiminnan osallisten piiriin.¹⁵⁰ Toisaalta sopimussidonnaisuus luo vahvemmat velvoitteet välittömästi henkilöitten välille kuin heidän suhteensa kansalaisina.

Yhdenvertaisuus vaihdannan osapuolena ja kansalaisena eivät ole sama asia. Kysymys siitä, ovatko vaihdannan instituutiot itsessään oikeudenmukaisia tai kansantaloudellisesti tarkoituksenmukaisia, kuuluu valtion ja yleisen edun näkökulmaan. Tämän takia Rawlsin teoriassa ovat mukana periaatteessa kaikki yhteiskunnan instituutiot, ja se selittää myös eroperiaatteen. Gauthierin mukaan tämä tuo jännitteitä Rawlsin teoriaan.¹⁵¹ Näkökulmien ja tasoerojen yhdistäminen ei olekaan ongelmatonta. Gauthierin teoriaa ei toisaalta juuri tämän tasoeron takia tarvitse välttämättä pitää yhteensopimattomana suhteessa Rawlsin teoriaan tai esim. yhteisvastuullisuutta korostavaan ajatteluun.

Rawlsin eroperiaate pitää silmällä myös verotusta ja sosiaalisia tulonsiirtoja sekä myös yleistä sosiaali- ja terveydenhuoltoa, koulutusta ja muita julkisia palveluja. Taloudellisen vaihdannan verottaminen ja verotuksella saatujen resursien käyttäminen tulonsiirtoihin on selkeästi eri näkökulma kuin esim. tavanomainen sopimusoikeus. Vastuu taloudellisen vaihdannan ulkopuolella voi olla laajempi tai suppeampi kuin sen piirissä. Laajempi se on esim. parempiosaisten velvollisuutena osallistua luovuttajina tulonsiirtoihin, ja suppeampi esim. vahingonkorvausvelvollisuutena sopimussuhteiden ulkopuolella.¹⁵²

¹⁴⁹ Samoin kuin utilitarismissa tämä on yritys palauttaa oikea hyvään.

¹⁵⁰ Ks. *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 299 ja 301.

¹⁵¹ *Gauthier*, s. 219–221, *Rawls*, *Political Liberalism*, s. 282 ja 283 ja ks. *Rawls*, esim. s. 11 ja 13. *Rawls* suoraan kieltää eroperiaatteen soveltumisen yksityisten väliseen vaihdantaan.

¹⁵² Sopimussidonnaisuuden takia sopimukseen perustuvassa tai siihen rinnastettavassa tiiviissä ja pitemmälle menevässä yhteistoiminnassa on erilaiset vastuusäännöt kuin muutoin kansalaisten kesken, vaikka erottelu ei olekaan kategorinen tai ehdoton. Ks. *Routamo-Ståhlberg*, s. 25–27 ja 109–112 ja *Hemmo*, s. 3.

Myös Rawls tiedostaa kuvatun tasoeron, ja hän erittelee taloudellisen toiminnan perusstruktuurit (instituutiot) ja sitä koskevat normit ja yksityisten välistä vaihdantaa välittömästi koskevat normit.¹⁵³ Jälkimmäisessä edelliset otetaan annettuina ja toimitaan niiden puitteissa ja käyttäen niitä hyväksi. Selvää on, että nämä normistot ovat vuorovaikutussuhteessa toisiinsa nähden, ja taloudellista vaihdantaa koskevaa normistoa voi tarkastella myös yleisen edun kannalta.¹⁵⁴ Tilanteet, joissa tietäntyyppinen toiminta on sopusoinnussa molempiin näkökulmiin nähden, ovat ongelmattomia, mutta ongelmia nousee, kun toiminta on perusteltua toisesta näkökulmasta mutta ristiriidassa toisen näkökulman periaatteiden kanssa. Valtion tai yhteisön tason intressit voivat joutua ristiriitaan yksilöiden oikeuksien kanssa, koska yhteisön edut palvelevat yksittäisten yhteisön jäsenten etuja välillisesti.

Taseroittelu tuo lisävaloa myös *Dworkinin* tunnettuun, jo aiemmin esillä olleeseen erotteluun *policyn* (yleinen etu) ja *yksilöiden oikeuksien* (oikeusperiaatteet) välillä.¹⁵⁵ Lähtökohtana on, että yksilöiden välisessä yhteistoiminnassa ja vaihdannassa kysymys yksilöiden oikeuksien väistymisestä ei tule esiin, koska koko ajatus yhteistoiminnasta rakentuu sen varaan, että kaikki osalliset hyötyvät siitä välittömästi ja osallistuvat siihen etujen saamiseksi. Vaihdannan välittömässä sääntelyssä keskeisinä käsitteellisinä instrumentteina ovat juuri subjektiiviset oikeudet ja niihin liittyvät oikeussuhteet. Tässä sääntelyssä policy-näkökulma jää toissijaiseksi ja välilliseksi.

Gauthierin tulkinnan mukaan oikeudenmukainen vaihdanta rakentuu myös tiukasti periaatteelle, että taloudellisesta toiminnasta hyötyvät vain siihen osallistuvat, eivät ulkopuoliset, ja toisaalta toimintaan osallistuvat eivät saa myöskään aiheuttaa menetyksiä ulkopuolisille eivätkä hyötyä heidän kustannuksellaan.¹⁵⁶ Selkeät lähtökohdat aiheuttavat, että *Gauthierin* teoria on loogisesti hyvin linjakas mutta selkeästi myös suppea-alaisempi kuin Rawlsin. Karkeana analogiana voidaan sanoa, että *Gauthier* ajattelee liiketaloustieteen mutta Rawls kansantaloustieteen logiikan mukaisesti. *Gauthier* pitäytyy vain edellä kuvatun kansalaisyhteiskunnan tasolle ja taloudellisen vaihdannan piiriin. Tämä erottaa selvästi *Gauthierin* teorian Rawlistä, jonka keskeisenä lähtökohtana on oikeudenmukaisuuden toisen periaateen eli eroperiaateen mukaisesti, että tuottavaan ta-

¹⁵³ Rawls, *Political Liberalism*, s. 266–268. Erottelu on samalla sovellutus Rawlsin aiemista ajatuksista artikkelissa *Two Concepts of Rules*.

¹⁵⁴ Ns. kriittinen suuntaus (CLS) näyttää painottavan tämän näkökulman merkitystä myös analysoitaessa yksityisten välisiä sopimussuhteita. Ks. *Wilhelmsson*, *Questions for a Critical Contract Law*, s. 25 ja 34.

¹⁵⁵ Ks. myös *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 310.

¹⁵⁶ *Gauthier*, s. 219–227.

loudelliseen toimintaan osalliset voivat edustaa itselleen hyötyjä ja näin kasvat-
taa taloudellista eriarvoisuutta, jos toiminnasta kertyy hyötyjä myös sivullisille,
eli Rawlsin tarkoittamalla tavalla yhteisön vähäosaisemmille. Rawlsin teoria si-
sältää mahdollisuuden esim. epätasaisen varallisuuden tasoittamiseen, mitä Gaut-
hierin teoria ei salli. Eroperiaatteen kohdalla Rawls siirtyy samalla taloudelli-
sen vaihdannan logiikasta sosiaali- tai hyvinvointivaltion logiikkaan. Edellisen
perusteella käy myös selväksi, miksi Gauthierin suppeampi näkökulma on adek-
vaatti, kun jatkossa huomio rajoitetaan suppeasti taloudellista vaihdantaa vä-
littömästi sääntelevään normistoon ja vain vaihdannan osapuolten välisiin suh-
teisiin.¹⁵⁷ Rawlsin teoria on ennen kaikkea teoria oikeudenmukaisen yhteiskun-
nan instituutioista, kun taas Gauthierin teoria voidaan tulkita taloudellisen vaih-
dannan teoriaksi.

Edellä mainittu ero Gauthierin ja Rawlsin teorioissa tiivistyy selkeästi eri-
laiseen suhtautumiseen ns. *Locken ehtoon*.¹⁵⁸ Ehtoa tarkastellaan tällöin pitäen
silmällä sen tarjoamia perusteita yhteistoiminnan sääntelylle. Näkökulma on siis
tässä merkityksessä normatiivinen. Gauthier tekee varsin pitkälle meneviä tul-
kintoja Locken ehdosta. Vaikka tulkinnat irtaantuvat Locken alkuperäisistä lau-
sumista, ehto näin tulkitussa muodossaan on hedelmällinen, kun silmällä pide-
tään varallisuus-oikeutta. Locken lähtökohtana oli, että resursseja on riittävästi
kaikille, ja ihmisellä on oikeus omaisuuteen, alkaen omasta ruumiistaan ja pää-
tyen oman työnsä tuotteisiin ja tuloksiin. Toisaalta Locke asetti myös ehdon, jonka
mukaan myös muille on jätettävä, eli etuja ei saa edustaa yli oman tarpeen ja
yli sen, mitä työllään ansaitsee. Hän asetti siis velvollisuuden pidättäytyä itsekkyy-
destä. Keskeinen osa ehtoa Locken mukaan on, ettei oman osan ja omaisuuden
parantaminen heikennä muiden osia tai omaisuutta.¹⁵⁹ Tämän mukaisesti keskei-
seksi lähtökohdaksi taloudellisissa suhteissa ja yhteistoiminnassa tulee, että ke-
nenkään asemaa ei saa heikentää, kun etuja hankitaan ja omaa asemaa paranne-
taan. Gauthierin tulkinnan mukaan toisen aseman heikentäminen on kuitenkin
sallittua, kun se on välttämätöntä oman aseman heikentymisen estämiseksi. Toi-
saalta edellytyksenä ei ole, että toisen asemaa pitää parantaa.¹⁶⁰

2. *Vaihdanta ja markkinat*. Keskeiseksi kysymykseksi *Gauthierillä* muodos-
tuu, miksi ihminen pidättyy ahneudessaan, ei miksi hän sopeutuu normien alai-
suuteen. Sopimus ei Gauthierin mukaan voi perustua mihinkään ulkoiseen pak-
koon, vaan ainoa mahdollinen selitys on, että pidättäytyminen on sopimuksen osa-
puolelle kannattavaa. Velvoitteisiin ja säänneltyihin suhteisiin alistumisen eli

¹⁵⁷ Rawls, *Political Liberalism*, s. 17.

¹⁵⁸ *Gauthierin* lähtökohtana olevan Locken ehdon tulkinta on peräisin *Nozickilta*.

¹⁵⁹ Locke, *Two Treatises of Government*, II, V, § 27, 31 ja 33, s. 289–291.

¹⁶⁰ *Gauthier*, s. 203–205.

sopimuksen solmimisen on oltava tarkoituksenmukaista eli rationaalista kaikille sen osapuolille.¹⁶¹ Saman vastauksenhan antoi myös Rawls niin kuin edellä voitiin havaita.

Gauthierin ajatukset yhteistoiminnan sääntelystä voidaan esittää seuraavassa, hyvin pitkälle tiivistetyssä muodossa: Lähtökohtana on, että *taloudellisen yhteistoiminnan eli vaihdannan* (kaupankäynti, *bargaining* tyypitilanteena) tulee olla vapaaehtoista, eli siihen ryhdytään, jos se on jokaiselle vaihdannan osapuolelle tarkoituksenmukaista. Vaihdannan itse sisällöllisenä toimintana tulee näin ollen perustua *oman edun tavoitteluun*, ei altruistiseen toisen hyödyttämiseen (*mutual disinterest or unconcern*). Toisaalta näillä edellytyksillä vaihdantaa ei myöskään synny, jos kaikki siihen osallistuvat eivät hyödy vaihdannasta *vastavuoroisuuden periaatteen* mukaisesti. Mahdollinen osapuoli ei ryhdy kannattamattomaan yhteistoimintaan, vaan yhteistoiminnan ehtojen on oltava sellaiset, että jokainen hyötyy siitä.¹⁶²

Taloudellinen toiminta tulkitaan tällöin *rationaaliseksi yhteistoiminnaksi*, mikä heijastuu välittömästi tämän toiminnan, keskeisesti sopimuksien ja muiden oikeustoimien *sääntelyyn* ja sääntöjen tulkintaan. Näkemys sopimuksista taloudellisen yhteistoiminnan muotona eli käsitteellisinä puitteina on selkeästi esim. *Taxellin* lähtökohta sopimussuhdetta koskevien sääntöjen tulkinnassa.¹⁶³

Vaihdannassa kenenkään osapuolen asema ei saa heikentyä, eli kukaan ei voi hyötyä yksipuolisesti toisen kustannuksella. Toisaalta tämä merkitsee myös, että jokaisen on kaupankäynnin periaatteiden mukaisesti tingittävä omista vaatimuksistaan, eli osapuolten vaatimukset ja odotukset on sovittava yhteen. Vaihdanta siis edellyttää molemminpuolisia *myönnytyksiä*. Myönnytyksiä tehdään rationaalisuuden vuoksi kuitenkin vain niin paljon kuin yhteistoimintaan ryhtyminen sitä välttämättä edellyttää. Gauthier vielä täsmentää vaihdannassa noudatettavat rationaalisuuden kriteerit ns. *minimax-* ja *maximin-periaatteiksi*, jotka ovat ekvivalentit, ja joiden mukaan osapuolten on pyrittävä siihen, että suurimmat myönnytykset ovat niin pienet kuin mahdollista, ja pienimmät hyödyt ovat niin suuret kuin mahdollista.¹⁶⁴

On helppo havaita, että Gauthierin lähtökohdat ovat yhteneväiset talouden ns. rautaisten kysynnän ja tarjonnan lakien kanssa, jotka jo *Adam Smith* muotoili. Gauthier rinnastikin klassisessa kansantaloustieteessä keskeisen ns. *täyd-*

¹⁶¹ Gauthier, s. 200–203.

¹⁶² Ks. myös Rawls, *Political Liberalism*, s. 300.

¹⁶³ *Taxell*, avtal och rättsskydd, s. 1, Rätt och demokrati, s. 448 ja 453 ja Om lojalitet i avtalsförhållanden, s. 148 ja 149.

¹⁶⁴ Gauthier, s. 14, 137 ja 145. Myös Rawls tunsi nämä periaatteet. Rawls, s. 153. Yleisemmällä tasolla ks. Rawls, *Political Liberalism*, s. 16.

listen markkinoiden käsitteen yhteistoimintaan lain ja moraalien sääntelyn kohteena.¹⁶⁵ Voidaan kuitenkin kysyä, eikö teoria täydellisistä markkinoista merkitse, että jatkuvasti hyötyjä tuottava vaihdanta ja osapuolten oletettu rationaalisuus (ns. *markkinamekanismi*) itsessään takaa sen, että vaihdanta sujuu häiriöittä. Osapuolethan menevät vain sitoumuksiin, jotka ovat heille kannattavia, ja toisaalta jatkuva hyötyminen ehkäisee kaikki väärinkäytökset epärationaalisina ja itselle haittoja tuottavina. Perustellut odotukset nojaavat yhteisymmärrykseen, ja odotuksien täyttyminen vahvistaa yhteisymmärrystä. *Sopimussuhde* samojen osapuolten ja saman toiminnan puitteissa määritellään tällöin *jatkuvana yhteisymmärryksen tilana*.¹⁶⁶ Yhteistoiminnassa vallitsee *jatkuva ja kattava paras mahdollinen tasapainotila* (yhteistoiminnan optimitila).¹⁶⁷ Yhteistoiminta ja osapuolten väliset sopimukset yksittäistapauksissa ovat täydellisen informaation, täydellisten valintamahdollisuuksien ja vapaan ja rationaalisen tahdonmuodostuksen vallitessa päteviä ja kohtuullisia ja suoritukset asianmukaisia. Tällöin vallitsee myös täydellinen oikeudenmukaisuuden tila oikeudenmukaisuuden vaihdannan tai vastavuoroisuuden eli *kommutaation* merkityksessä.¹⁶⁸ Rationaalisilla mark-

¹⁶⁵ Gauthier, s. alk. s. 83.

¹⁶⁶ Lewis, Convention, s. 57, 58 ja 69.

Lewis määrittelee *sopimuksen* käsitteen, kun se tulkitaan *jatkuvana yhteisymmärryksenä*, siten, että se sisältää *säännönmukaisen käyttäytymisen, vastavuoroisten odotusten systeemin ja etujen systeemin*. Samaan tapaan Pöyhönen määrittelee *sopimuksen prosessikäsitteen*, Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, alk. s. 166 ja alk. s. 214.

¹⁶⁷ Ks. esim. Pekkarinen–Sutela, s. 97 ja alk. s. 146.

¹⁶⁸ Aristoteleen palautuvan käsitteistön mukaisesti tulkitsen oikeudenmukaisuuden (*dikaion*) eri ulottuvuuksia seuraavalla tavalla: *Kommutaation* eli kommutatiivisen oikeudenmukaisuuden (*justitia commutativa*) yksinkertainen esimerkki on sovittu, oikea ja kohtuullinen hinta tavarasta. *Distributiiossa* kysymys on tasapainon (»keskivälin»), suhteellisen tasa-arvon toteuttamista ja hyvän jakautumisen vahvistamisesta. *Retribuutio* on esim. tuomarin palauttama tai hyvittävä tasapaino, kun vääristymä on syntynyt. Vain kaksi jälkimmäistä liittyvät välittömästi lakiin ja tuomioistuinmenettelyyn. Kommutatiivinen on myös distributiivinen, ja kommutaatio muuttuu distributioksi, jos tuomioistuin vahvistaa, että sovittu hinta on oikea ja kohtuullinen. Jos tuomioistuin vahvistaa, että sovittu hinta oli väärä ja vahvistaa oikean hinnan, kysymys on yleensä retribuutiosta mutta voi olla myös ns. *epieikeiasta*. Aristoteles, Nikomakhoksen etiikka, V kirja, 3. luku (distributio), 4. luku (retribuutio) ja 5 luku (kommutaatio). Kommutaation ja distributiion välisestä erosta ks. *Hobbes*, *Leviathan*, s. [75], s. 105. Ks. myös *Hannu Tolonen*, *Luonto ja legitimaatio*, s. 293 ja 294 ja Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 186.

Aristoteleen neljäs edellä mainittu ja tämän tutkimuksen kannalta erityisen mielenkiintoinen käytännöllisen rationaalisuuden muoto, joka liittyy välittömästi varsinaiseen oikeudenmukaisuuteen on kohtuus (*kohtuunmukaisuus*, *epieikeia*), johon palataan edempänä. Sen tärkein merkitys liittyy lakien kaavamaisuudesta aiheutuvien vääristymien oikaisemiseen. Pyrkimyksenä on näin ollen ennen kaikkea korjata huonoja tuloksia, joihin oikeudenmukaisetkin lait johtavat. Aristoteles, Nikomakhoksen etiikka V, 10.

kinoilla hinnanmuodostus on täydellinen, eli kysynnän ja tarjonnan lait osoittavat oikean ja kohtuullisen hinnan. Tällaisessa vaihdannassa hyvän jakautuminen on rationaalista ja optimaalista, eli yleinen oikeudenmukaisuuden ideaali toteutuu yksilötasolla. Muuthan eivät jatka yhteistoimintaa epäluotettavan osapuolen kanssa, jolloin hän jää paitsi jatkuvista hyödyistä. Voidaan siis kysyä, mitä tekemistä teorialla täydellisistä markkinoista on lain kanssa, ja *miksi markkinat tarvitsevat sääntelyä*.

3. *Vaihdannan häiriöt ja oikeusnormit*. Vastauksen edellä mainittuun kysymykseen antaa itse asiassa juuri täydellisten markkinoiden käsite. Täydelliset markkinat ovat *ideaalitila*, ei kuvaus todellisista markkinoista, ja ihmiset ja heidän tietonsa ovat vajavaisia. Täydellisiä markkinoita voidaan pitää hyvän ideaalitulana, vastaavasti kuin päämäärien valtakunta on oikean ideaalitila. Kohteena ne ovat markkinoiden osalta identtiset, *täydelliset markkinat ovat osa päämäärien valtakuntaa*, mutta hyvän ja oikean näkökulmat ovat erilaiset. Tämä samais-taminen merkitsee myös, että *oikeaa ja kohtuullista hintaa* ei voida määritellä absoluuttisesti vaan se on *suhteellinen* ja temporaalinen asia ja määräytyy kysynnän ja tarjonnan ja sitä määräävien konkreettisten ja käsitteellisen olosuhteiden perusteella. Oikeasta hinnasta voidaan puhua vain tietyssä yhteisössä tietynä hetkenä.

Todellisilla markkinoilla on yhteensovittamisongelmia ja häiriöitä, jotka pyritään ratkaisemaan normien avulla. Ideaalinen »markkina-automaatio» ei toimi käytännössä. Kuvaan tulee mukaan oikeudenmukaisuuden interventionistinen ja uudelleenjakava ulottuvuus eli *retribuutio* ja *kohtuus*. Tähän perustuu myös tarve erikseen todeta ja vahvistaa oikeudenmukainen hyvän jakautuminen eli *distributio*. Myös retribuutio pyrkii viime kädessä samoihin päämääriin kuin distributio. Retributio edellyttää välttämättä *erityisiä varsinaisen yhteistoiminnan ulkoisia menettelytapoja* oikeudenmukaisen tilan palauttamiseksi. Nämä menettelytavat perustuvat erityisiin käsitteellisiin oppeihin *virhetyypeistä* ja niiden seuraamuksista. Retributio edellyttää sopimuksiin ja vaihdantaan puuttumista, yleensä tuomioistuimen päätöksen muodossa. Puuttuminen pyrkii yleisen oikeudenmukaisuuden toteuttamiseen yksittäistapauksissa samoin kuin lait yleisellä tasolla.¹⁶⁹

Ideaalitila järkkyy myös sen takia, että rationaalisetkin odotukset jäävät usein toteutumatta. Tappiot ja maksukyvyttömyys edellyttävät jo sinänsä sääntelyä. *Gauthierin* mukaan täydelliset markkinat ja täydellinen vaihdanta ei kaipaakaan sääntelyä, mutta todelliset markkinat ja todellinen vaihdanta yhteisössä kaipaavat välttämättä sääntelyä. Valtiollisesta näkökulmasta sääntelyä ja säänneltyä tu-

¹⁶⁹ Lain ja markkinoiden välisestä suhteesta ks. *Taxell*, Rätt och demokrati, s. 442 ja 443.

lojen uudelleenjakoa (tulonsiirtoja) edellyttävät myös tosiasiallisen vaihdannan suhdannevaihtelut ja yhteisöjen kasautumis- ja kurjistumisilmiöt.

Tiivistetysti: Todellisilla markkinoilla ja todellisessa taloudellisessa yhteistoiminnassa on aina häiriötekijöitä, joiden takia tarvitaan oikeuden periaatteita ja sääntöjä. *Taloudellista toimintaa sääntelevä normisto perustuu näin ollen vaihdannan häiriöihin eli markkinahäiriöihin ja pyrkii ehkäisemään niitä.*¹⁷⁰ Samalla normiston avulla muodostetaan vaihdannassa toimivien henkilöiden taloudellisiin etuihin perustuvat normatiiviset asemat eli suojatut *oikeusasemat*. Oikeusasemat voidaan analysoida joukoksi täsmällisempiä normatiivisesti suojattuja taloudellisia intressejä ja positioita, eli joukoksi *subjektiivisia oikeuksia*. Subjektiiviset oikeudet nähdään tällöin normatiivisiksi ja käsitteelliseksi välineiksi, joilla pyritään normatiivisesti hahmottamaan ja sääntelemään yksityisten välistä taloudellista yhteistoimintaa. Todelliset markkinat ovat tällöin myös kokonaisuudessaan säänneltyjä, koska ei voida ajatella osittain normeerattua toimintaa.

Taloudelliseen toimintaan liittyvien häiriötekijöiden ehkäiseminen on samalla yksi tapa ilmaista, että lainsäädännön mukainen tila yhteisössä (kaikki asiantilat yhteensä) on myös ideaalitila, joka on selkeästi erotettava todellisista yhteisöjen tiloista. Lainsäädännön mukainen ideaalimaailman on myös siinä mielessä paradoksaalinen, että jos todellinen eli aktuaalimaailma olisi sama kuin lainmukainen ja muutoinkin tavoiteltu ideaalimaailma, varsinaisia regulatiivisia sääntöjä ei tarvittaisi lainkaan.

Kuvattujen peruslähtökohtien mukaan laeilla ja rationaalisilla markkinoilla on sama päämäärä. Toisaalta niitä ei *näkökulmien eron* vuoksi voida samaistaa. Lain ideaalimaailma on normatiivinen ideaalitila, mutta täydelliset markkinat kuvaavat tosiasiallisen toiminnan päämääriä ideaalitulana. Tämä ero kuvaa samalla jo aiemmin esillä ollutta eroa *hypoteettisiin normeihin*, joiden voidaan sanoa »sääntelevän» rationaalista toimintaa sen tarkoituksenmukaisuuden, taloudellisessa vaihdannassa kannattavuuden perusteella, ja *kategorisiin normeihin*, jotka sääntelevät toimintaa sallittavuuden merkityksessä.

Utilitarismin ja *hedonismin* vastaisena teesinä voidaan tällöin myös todeta, että laki ei suinkaan tähtää vain esim. koko yhteisön parhaaseen taloudelliseen tulokseen tai muutoin hyvän (onnellisuuden) maksimointiin, vaan yhteisön jäsenten rationaalisen toiminnan ja heidän oikeuksiensa ja asemien suojaamiseen yhteistoiminnassa ja taloudellisessa vaihdannassa. Yksityisten taloudellisten asemien tai heidän oikeuksiensa suojaaminen voi merkitä myös ristiriitaa koko yhteisön etujen kanssa. Täydelliset markkinat eivät välttämättä ole yhdenmukaiset

¹⁷⁰ Gauthier, s. 84.

yhteisön kollektiivisten etujen kanssa. Kun laki asettaa yksityisten keskeisimmät oikeudet etusijalle, se asettaa samalla sekä yksityisten että yhteisten hyvien tavoittelun toissijaiseen asemaan. Esim. yhteisön taloudelliset päämäärät on tällöin ehdollistettu oikeusvaltion logiikan mukaisesti. Deontologian mukaisesti tavoitteena oleva *päämäärien valtakunta* ei ole mahdollisimman menestynyt talous – vaan *oikeudenmukainen yhteisö*.

Erilaiset vaihdannan häiriöt johtuvat yhtäältä inhimillisistä tekijöistä, mm. ihmisten tosiasiallisesti rajoitetusta rationaalisuudesta (laskelmat hyötyjen suhteen on tehty väärin), ahneudesta ja petolliseksi tai rikolliseksi luokiteltavasta häiriökäyttäytymisestä, ja toisaalta itse markkinamekanismin häiriöistä. Viimeksi mainitulla viitataan yksinkertaisesti siihen, että taloudelliseen vaihdantaan osallistuvien odotukset eivät täytykään, eli vaikka laskelmat yhteistoiminnan alussa on tehty oikein, toiminta ei osoittaudukaan kannattavaksi.

Häiriötekijöiden ehkäiseminen ja erityisesti lain osoittamat toimenpiteet niiden johdosta merkitsevät sekä yhteisön jäsenten *taloudellisen toiminnan turvaamista* että *oikeudenmukaisuuden toteuttamista* yhteisössä. Ristiriidan mahdollisuudesta huolimatta nämä tavoitteet pyritään sopeuttamaan toisiinsa nähden. Lähestymistapa tässä on olennaisesti samanlainen, jonka *Taxell* omaksuu, kun hän tarkastelee erilaisia lakiin ja oikeuskäytäntöön perustuvia menettelytapoja, joiden avulla syntyneisiin sopimussuhteisiin voidaan jälkikäteen puuttua.¹⁷¹ Vaihdannan turvaaminen ja sääntely nähdään tässä näin ollen osana oikeudenmukaisuusteoriaa, ja lainopin näkökulmasta kysymys on vaihdannan oikeudenmukaisuutta edistävästä periaatteista ja säännöistä.

Suomen siviilioikeuden järjestelmä sisältää *useanlaisia instrumentteja ja menettelytapoja* erilaisiin häiriötilanteisiin. Näitä ovat esim. pätemättömyysoppi, oppi suoritusvirheistä sopimussuhteissa ja oikeustoimien sovittelu, jotka sääntelevät yhteistoiminnan välittöminä osapuolina olevien asemia.¹⁷² Lisäksi sopimusopin valossa voidaan analysoida myös sopimusten tulkintaa ja sopimusosapuolten lojaalisuusvelvollisuuksia toisiaan kohtaan.¹⁷³ Erikseen on huomattava

¹⁷¹ »*Rubbingar i avtalsbundenheten*». *Taxell*, Avtal och rättsskydd, alk. s. 128 ja Rätt och demokrati, alk. s. 461. Samanlaisen lähestymistavan on omaksunut myös mm. *Rudanko*. *Rudanko*, s. 70.

¹⁷² Vain mainitut oikeudenmukaisuuden instrumentit keskeisinä esimerkkeinä otetaan tässä esille. Oikeudenmukaisuuden ja kohtuuden toteutumiseen vaihdannan osapuolten välisissä oikeussuhteissa pyrkii vastaavalla tavalla myös esim. oppi *perusteettoman edun palauttamisesta*.

¹⁷³ *Wilhelmssonin* terminologian ja vaihtoehtojen mukaisesti tässä keskeisimpänä ja painavimpana lähtökohtana on näkemys sopimuksista taloudellisen yhteistoiminnan muotoina koskien sekä pitkäkestoisia että hetkellisiä sopimussuhteita. *Wilhelmsson*, Questions for a Critical Contract Law, s. 39 ja 40.

vaihdannan välittömien osapuolten suhteet sivullisiin henkilöihin. Vaihdannassa säännellään myös näitä henkilösuhteita, joten voidaan sanoa, että vaihdannan yhteydessä muodostuu *oikeussuhteita* paitsi vaihdannan välittömien osapuolten kesken myös heidän suhteissaan sivullisiin henkilöihin ja intressitahoihin (vaihdannan osapuolet laajassa merkityksessä).

Mainitut instrumentit ja menettelytavat nähdään tällöin välineiksi oikeuden mukaisuuden toteuttamiseksi. Jälkikäteen oikaisevina puuttumistapoina ne merkitsevät yleensä retribuutiota. *Ne kaikki pyrkivät samalla sekä kohtuuden että oikeudenmukaisen yhteistoiminnan edistämiseen ja toteuttamiseen yksityisoikeudellisissa oikeussuhteissa.* Kohtuus nähdään tällöin yhtenä oikeudenmukaisuuden keskeisimmistä ulottuvuuksista.¹⁷⁴ Sopimussuhteissa kohtuudessa on olennaisella tavalla kysymys *tasapainosta* sopimusosapuolten asemien ja suoritus-ten suhteen. Sopimusopin mukaan olettamuksena voidaan nimittäin pitää, että tarkoituksena on *vaihdannan osapuolten suhteellisen tasapainoiset asemat*. Konkreettisemmin tämä merkitsee oletusta, että vaihdannan tarkoituksena on, että osapuolten panokset ja riskit taloudellisessa yhteistoiminnassa vastaavat suhteellisesti heidän edustamiaan etuja ja voittoja. Vastaavasti suhteellisen tasapainon periaate edellyttää myös tappioiden jakamista tasapainoisella tavalla osapuolten kesken, jos osapuolten odotukset saavutettavista hyödyistä eivät toteudukaan. Suhteellisen tasapainon periaate ilmenee erityisesti sopimusten tulkinnassa ja sovittelussa mutta myös esim. maksukyvyttömyys- eli insolvenssioikeudessa.

Yhteisten aineellisten lähtökohtien vuoksi mainituille muodollisille opeille ja *menettelytavoille ei voida itse säänneltävän toiminnan suhteen tehdä mitään ehdottomia erotteluja*. Usein samaa tosiseikastoa voidaan arvioida useasta näkökulmasta ja menettelytavat voivat olla vaihtoehtoisia.¹⁷⁵ Arviointitavat ovat kuitenkin selkeästi erilaiset, ja yleensä ne perustuvat erilaisiin edellytyksiin ja johtavat erilaisiin seuraamuksiin. Kaupan objektiivinen tosiseikasto, joka muutoin voisi olla tyyppillinen suoritusvirhe- tai sovittelutapaus, voi olla perusteena sopimuksen pätemättömäksi julistamiselle, jos sopimuksen toinen osapuoli on ilmeisen tietoisesti käyttänyt hyväkseen vastapuolen väärää tai puutteellista tietoa kaupan kohteesta.¹⁷⁶ Toisaalta pätemättömyys ei sinänsä edellytä virheellistä suoritusta.

Yhtäläisyyksistä huolimatta retributiivisten puuttumistapojen välille voidaan kuitenkin hahmottaa tiettyjä *käsitteellisiä järjestyksiä*. Useissa tapauksissa täl-

¹⁷⁴ Ks. *Taxell*, Rätt och demokrati, s. 58–60.

¹⁷⁵ Ks. *Taxell*, Avtal och rättsskydd, s. 141 ja *Pöyhönen*, Sopimuksen kohtuuttomuus anglo-amerikkalaisissa sopimusjärjestelmissä, s. 209.

¹⁷⁶ Näin selkeästi esim. KKO 1971 II 2 ja KKO 1972 II 84. Ks. *Grönfors*, s. 250–253 sovittelun, pätemättömyyden, edellytysopin ja tulkinnan välisistä suhteellisista eroista.

lainen järjestys ei voi olla kuitenkaan vahva tai ehdoton. Menettelytavoilla ja opeilla, joihin ne perustuvat, on myös *selkeä käsitteellinen ero* niiden funktion ja merkityksen (mielen) suhteen. Kysymys on erilaisista häiriötyypeistä, ja koska niiden edellytykset ovat erilaiset, niiden logiikat ovat myös erilaiset. Tämän vuoksi yleisellä tasolla ne eivät ole ole palautettavissa toisiinsa eikä niitä voi korvata toisillaan, vaikka ne eräissä tapauksissa olisivatkin vaihtoehtoisia.

Korkeimman oikeuden oikeuskäytännöstä hyvänä esimerkkinä erilaisten retributiivisten menettelytapojen välisistä suhteista voidaan osoittaa ns. *olennais-ten edellytysten* merkitys sopimukselle. Kysymys voi olla osapuolen virheellisistä tiedoista tai käsityksistä tai raukeavista, toteutumatta jäävistä seikoista tai muutoin puutteellisuuksista olosuhteissa, joita pidetään sopimuksen olennaisina edellytyksinä.¹⁷⁷ Tällaisen puutteellisuuden aiheuttaman kohtuuttomuuden perusteella korkein oikeus on usein julistanut sopimuksen pätemättömäksi, mikäli se on katsonut pätemättömyyden edellytysten, yleensä kunnianvastaisen ja arvottoman vetoamisen oikeustoimeen olleen käsillä sopimusta solmittaessa (OikTL 33 §).¹⁷⁸ Kysymys on tahtovirheestä ja yleensä vilpillisyydestä, usein *vastapuolen erehdyttämisestä* tai hänen väärin tai puutteellisten tietojen tai erehdyksen hyväksikäyttämisestä. Tältä osin kysymys on ennen kaikkea luottamuksen suojaamisesta ja rehellisyysvaatimuksesta (*tro och heder*) oikeustoimen osapuolten kesken.¹⁷⁹ Sama puutteellisuus voi kuitenkin olla myös itsenäisenä perusteena

¹⁷⁷ Arnholm, Tre Utsnitt, s. 9–45, Lehrberg, s. 105 ja Ämmälä, Edellytyksen merkityksestä sopimusoikeudessa, s. 263–266.

Olennaisien edellytysten käsite on monimerkityksellinen. Lehrberg osoittaa sille viisi erilaista merkitystä: Oikeudenalana, ajatus- tai selitysmallina, erityisinä edellytysääntöinä, tietynä oikeussääntönä ja yleisenä oikeusperiaatteena. Lehrberg, s. 24–27.

¹⁷⁸ Esim. KKO 1977 II 76: »Myyjä oli tilansa myydessään edellyttänyt ostajan solmivan hänen kanssaan avioliiton pian kaupanteon jälkeen. Tämän edellytyksen, jonka ostaja oli käsitellyt, jäätyä täyttymättä kauppa, huomioon ottaen myös sovitun vastikkeen alhaisuuden, katsottiin tehdyn sellaisissa olosuhteissa, että ostajan oli kunnian vastaista ja arvotonta vedota siihen. Sen vuoksi kauppa ja ostajalle tiloihin myönnetty lainhuuto julistettiin mitättömäksi.» Samoin myös esim. KKO 1964 II 23, jossa perusteena oli ns. mustan kauppahinnan maksamatta jättäminen. Asetelma ilmentää samalla kunnianvastaisen ja arvottoman vetoamisen asemaa yleisenä ja toissijaisena pätemättömyysperusteen suhteessa OikTL:n erityisiin pätemättömyysperusteisiin. Wilhelmsson, Om tro och heder i finsk avtalsrätt, s. 51 ja 52, Telaranta, Sopimusoikeus, s. 354 ja 355 ja Ämmälä, Sopimuksen pätemättömyyden korjautumisesta, s. 75–79.

Väärää tietoa sopimuksen edellytykseksi asetetuista seikoista voidaan kutsua myös erehdykseksi. Olennaiset edellytykset ovat läheisessä yhteydessä *motiivierehdyksen* käsitteeseen, joka usein mainitaankin yhtenä kunnianvastaisen ja arvottoman vetoamisen oikeustoimeen tyyppitapauksena (OikTL 33 §). Ks. Lehrberg, s. 79. Näin esim. KKO 1960 II 47, KKO 1975 II 92 ja KKO 1968 II 33.

¹⁷⁹ Kivimäki–Ylöstalo, s. 425, Taxell, Rätt och demokrati, s. 36, Wilhelmsson, Om tro och heder i finsk avtalsrätt, s. 46, 52, 56 ja 57, Telaranta, Sopimusoikeus, s. 352, 353 ja 360, Grönfors, s. 205–210 ja Ämmälä, Sopimuksen pätemättömyyden korjautumisesta, s. 65, 68 ja 74.

purkaa sopimus, mikäli pätemättömyyden edellytykset eivät täyty. Puutteellisuudet edellytyksissä rinnastuvat tällöin lähinnä suoritusvirheeseen.¹⁸⁰ Samanlainen objektiivinen tosiseikasto yksin tai yhdessä muiden seikkojen kanssa voi olla myös perusteena seuraamusten määräämiselle varsinaisena suoritusvirheperusteena, tai siitä aiheutunut kohtuuttomuus voi olla perusteena sovittelulle.¹⁸¹

4. *Sopimuksen tulkinta.* Selkeän lähtökohdan yksityisten välistä taloudellista toimintaa sääntelevien normien tarkastelussa tarjoaa *sopimussuhteen sääntely*. Taloudellinen yhteistoimintahan tapahtuu yleensä sopimussuhteen tarjoamissa käsitteellisissä ja normatiivisissa puitteissa. Sopimussuhteen normatiivisessa analyysissä lähtökohdaksi voidaan puolestaan ottaa sopimuksen tulkinta, vaikka tulkinta edellyttääkin pätevää ja sitovaa sopimusta kohteekseen. Sopimustulkinta on erotettava laintulkinnasta, vaikka esim. lakitekstin tulkintamenettely on useassa suhteessa analoginen sopimustulkinnan kanssa, ja dispositiiviset säännöt täydentävät sopimusehtoja.

Riitatilanteessa tuomioistuimen on *vahvistettava sopimuksen sisältö* eli mitä ja mistä on sovittu. Häiriötilanne on tällöin erimielisyys ja tästä johtuvat epä-tietoisuus yhteistoiminnan sisällöstä. Kysymys ei ole varsinaisesta retributiivisesta puuttumisesta oikeustoimeen. Luonnollinen lähtökohta on tuomioistuimen edustama puolueeton näkökulma, joka edustaa samalla yhteisön eli oikeusjärjestyksen näkökulmaa. Sopimus tähtää tiettyyn yhteiseen toimintaan ja yhteisiin tavoitteisiin yhteisön koko taloudellisen toiminnan ja oikeusjärjestelmän puit-

¹⁸⁰ KKO 1986 II 111: »A oli myynyt sukunsa omistuksessa kauan olleen maanviljelystilan pojalleen B:lle ja tämän vaimolle C:lle kauppahinnasta, joka oli noin 1/10 tilan käyvästä arvosta. Omistusoikeus oli siirtynyt heti. Kauppa oli tehty edellytyksin, että B ja C jatkoivat tilalla asuen tilanpitoa ja pitivät kauppaehtojen mukaisesti huolta A:sta ja hänen vaimostaan, jotka jäivät asumaan tilalle. Sanottuja edellytyksiä ei ollut mainittu kauppakirjassa, mutta asianosaiset olivat olleet niistä tietoisia. B ja C olivat kuitenkin kaupan jälkeen muuttaneet pois tilalta, vuokranneet pellot ja myyneet maanviljelyskoneet eivätkä olleet tarkotetulla tavalla täytäneet kauppaehtoja. Koska kiinteistökaupan perustana olleet edellytykset olivat siten jääneet toteutumatta, kauppa purettiin.» Varsinaisissa perusteluissa nimenomaisesti todettiin, että *oli jäänyt näyttämättä, että ostajien tarkoituksena olisi kauppaa tehtäessä ollut toimia kaupan edellytysten vastaisesti*, joten pätemättömyyden (OikTL 33 §:n) edellytykset eivät täyttyneet. Ostajien ei voitu osoittaa olleen vilpillisessä mielessä, kun kauppa tehtiin. Edellytetyt olosuhteet, joista ostajat tiesivät, olivat sen sijaan kaupan jälkeen jääneet toteutumatta ostajien toiminnan vuoksi. Ks. oikeustapauskommentaarit *Majamaa*, DL 1978 ja *Ämmälä*, Sopimuksen pätemättömyydestä, raukeamisesta ja sovittelusta, s. 908, 909 ja 914.

Suomessa on yleensä lähdetty siitä, että sopimuksen molemmat osapuolet ovat olleet *tietoisia* edellytyksestä ja sen merkityksestä tai heidän on tullut ymmärtää se. Ks. *Lehrberg*, s. 83 ja 84.

¹⁸¹ Ks. *HE 1981:247*, s. 11. Sovittelun osalta *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 254 ja 307. Ks. myös *Ämmälä*, Sopimuksen pätemättömyydestä, raukeamisesta ja sovittelusta, s. 916 ja Oikeustoimen pätemättömyyden korjaumisesta, s. 88.

teissa. Olettamuksena epäselvyyden osalta voidaan pitää tällöin sopimuksen sisältöä, joka toteuttaa parhaiten rationaalista, *vastavuoroista* ja tasapainoista taloudellista yhteistoimintaa ja joka parhaiten vastaa *tavanomaisia*, oikeudenmukaisina pidettäviä *käytäntöjä* (distribuuutio, jonka lähtökohtana on kommutaatio). Yhteisön tradition oletetaan kiteytyneen vakiintuneiksi käytännöiksi. Näkökulma on lähtökohtaisesti konservatiivinen. Epätietoisuuden vallitessa on pyrittävä kohtuulliseen tulokseen ja välttämään toiselle osapuolelle yllättäviä ja ankaria lopputuloksia. *Yllättäviksi, odottamattomiksi* tai *ankariksi osoittautuvat ehdot* voidaan tulkinnan kautta myös todeta sitomattomiksi, jos voidaan todeta, että objektiivisesti ottaen tämänsisältöistä yhteistoimintaa ei ole tavoiteltu.¹⁸² Tulkinna kautta toisin sanoen rajataan sopimussidonnaisuuden piiri niin, että tasapaino, johon osapuolten oletetaan pyrkivan sopimussuhteessa, saavutetaan. Vakiintuneet tai dispositiivin lain mukaiset käytännöt voidaan presumoida oikeudenmukaisiksi, mikä ei kuitenkaan estä uudelleenarviointeja.¹⁸³ Lähestymistapa on näin ollen myös korostetun *holistinen*; sopimussuhteen ja yhteistoiminnan kokonaisuus on määräävässä asemassa. Näissä puitteissa muodostetaan ao. yhteistoiminnan ja oikeustoimen tyyppiin perustuvat tarkemmat odotukset ja oletukset itse yhteistoiminnan sisällöstä ja sen yksittäisistä ehdoista.¹⁸⁴

Luonnollinen lähtökohta on *molemmipuolinen*, suhteellinen ja rationaalinen *hyötyminen* ja *vastavuoroiset myönnytykset*. Yhteisymmärrystä käsitteellisesti edeltävät erisuuntaiset partikulaariset intressit on sopimuksen tulkinnan muodossa sovitettu yhteen. Tulkinnassa määräävä on kuitenkin yhteisymmärryksen tarkoitettu sisältö, koska juuri etujen yhteensovittaminen ja muodostettu *konsensus* (tai kompromissin) sisältö on sopimuksen kohteena. Sopimusten tulkintaopissa tämä lähestymistapa manifestoituu ns. *objektiivisen tulkintaperiaatteen* asemana ensisijaisena tulkintaohjeena, siltä osin kuin yksimielisyyttä osapuolten kesken ei ole. Lähtökohtana on käytettyjen käsitteiden ja ilmausten tavanomainen merkitys ja osapuolten *yhteinen tarkoitus* normaalikäytäntöjen puitteissa, ei osapuolten omia erillisiä tarkoituksia erikseen tai yhdistettyinä (»yhteen laskettuina«).¹⁸⁵ Myös tämä ilmaisee holismin, koska käsitteiden merkitykset ja so-

¹⁸² Ks. Vahlén, Avtal och tolkning, s. 262 ja 263, Tulokas, Vakioehtojen sitovuus – eräs ajatusmalli, s. 451 ja 452, Talaranta, Sopimusoikeus, s. 190 ja Wilhelmsson, Vakiosopimus, s. 79–82.

¹⁸³ Kivimäki-Ylöstalo, s. 324, Wilhelmsson, Vakiosopimus, s. 80, 87 ja 89 Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 245.

¹⁸⁴ Vahlén, Avtal och tolkning, s. 198, 210 ja 222 ja Aho, s. 212.

¹⁸⁵ Ks. Arnholm, Privatrekt II, s. 36–43, Kivimäki-Ylöstalo, s. 321, Aho, s. 134, 138, 163 ja 170, Saarnilehto, s. 116 ja KM 1990:20, s. 17–21.

Subjektiivisella tulkinnalla viitataan tässä kapeasti vain osapuolten todellisiin tarkoituksiin. Subjektiivinen tulkinta voidaan ymmärtää myös laajemmin, tarkoittaen osapuolten yh-

pimusehdot ao. tapauksessa pyritään määrittelemään yleisemmistä käsitteellisistä puitteista käsin.¹⁸⁶

Luonnollinen lähtökohta tulkinnassa ovat osapuolten kielelliset ilmaisut esim. kirjallinen sopimusteksti *sanamuodon* mukaisena, josta lähtökohtaisesti ilmenee yhteinen tarkoitus ja sopimuksen tavoitteet. Luottamuksensuojan periaate toisaalta edellyttää, että lähtökohtana on sitoumuksen sisältö sellaisena kuin molemmat ovat sen tiedostaneet tai sellaisena kuin heidän objektiivisesti ottaen se tulisi tiedostaa.¹⁸⁷ Tärkeä seikka kuitenkin on, että *tulkinnan kautta sopimuksen sisällöksi vahvistetaan* selvitetty tai yksimielisyyden kohteena oleva tarkoitus, vaikka se poikkeaisi esim. käytetyn sopimustekstin normaalimerkityksestä (*falsa demonstratio non nocet* -periaate).¹⁸⁸

Sopimustekstillä, kun kirjallista muotoa on käytetty, on kuitenkin keskeinen merkitys, koska lähtökohtana on, että tekstin voidaan olettaa vastaavan yhteistä tarkoitusta. *Sopimusteksti* on *ensikäden kriteeri* selvittäessä yhteistä tarkoitusta. Lähtökohtana tekstin merkityksessä on yhteisön yhteisen kielen sääntöjen mukaan ymmärrettävä intersubjektiivinen eli arkikielen mukainen ns. *tavanomaisen merkitys*.¹⁸⁹ Toisaalta tämä ei riitä, vaan lisäksi ilmaisuille ja käsitteille on annettava juridinen merkitys, eli käytetyille sanoille ja käsitteille annetaan yhteisön oikeudellisen tradition mukainen erityinen *oikeudellinen merkitys*.¹⁹⁰ Yleiskielen termit tulkitaan suhteessa oikeuden normeihin ja oikeudellisesti suhteessa instituutioihin. Oikeudellinen merkitys ilmenee juuri tavassa käyttää erityisellä tavalla yleiskielen käsitteitä.¹⁹¹ Juridinen merkitys, vaikka onkin tietynlainen erityinen tekstillä annettava merkityssisältö, on kuitenkin välittömästi sidoksissa arkikieleen. Kysymyshän on osapuolten käyttämästä luonnollisesta kielestä.

Vasta sopimustekstin sisällön ja merkityksen selvittämisen jälkeen voidaan käyttää varsinaisia *tulkintaperiaatteita* eli harkita, mihin tekstillä ja käytetyillä

teistä tarkoitusta. Tällöin ero puolueettoman näkökulman mukaiseen objektiiviseen tulkintaperiaatteeseen kuitenkin hämärtyy, koska myöskään objektiivisella tulkinnalla ei voida tarkoittaa muuta kuin ao. yksittäiselle sopimukselle annettavaa merkityssisältöä.

¹⁸⁶ Aho, s. 207, 209 ja 217.

¹⁸⁷ Kivimäki-Ylöstalo, s. 319.

¹⁸⁸ Ks. Vahlén, Avtal och tolkning, s. 97, 249 ja 250, Aho, s. 82 ja 166 ja Telaranta, Sopimus oikeus, s. 92 ja 93.

¹⁸⁹ Aho, s. 11 ja KM 1990:20, s. 12, 13 ja 17–22.

Tulkinta laajassa merkityksessä sisältää myös ns. sopimustekstin *täydentämisen*, koska se on osa sopimukselle määrättävää sisältöä. Täydentämistä ei yleensä voidakaan selkeästi erottaa muusta tulkinnasta. Kivimäki-Ylöstalo, s. 322 ja Aho, s. 126 ja 132.

¹⁹⁰ Aho, s. 23.

¹⁹¹ Vrt. lakitekstin kielellinen tulkinta Aarnio, On Legal Reasoning, alk. s. 285 ja Wróblewski, The Judicial Application of Law, s. 97–100. Wróblewski korostaa, että juridisen merkityksen tulisi poiketa mahdollisimman vähän tavanomaisesta arkikielestä.

käsitteillä on pyritty. Kysymys on yhteisen kielen käyttämisestä. Pyrkimyksenä on selvittää syntynyt osapuolten *yhteinen tarkoitus*. Tulkinnan lopputulos, joka on yllätys molemmille osapuolille, ei yleensä voi olla oikeutettu.

Sopimustekstin tavanomainen oikeudellinen merkitys tarkoittaa sanamuodon mukaista merkitystä *normaaliolosuhteissa* ja kaikkien niiden olosuhteiden valitessa, jotka objektiivisesti ottaen normaalisti ao. sopimustilanteessa voidaan edellyttää. Tekstin tavanomainen merkitys on näin ollen yhtäältä voimakkaasti sidoksissa oikeudelliseen traditioon ja normaalikäytäntöihin, ja toisaalta tavanomainen merkitys on edellytys-suhteessa lukuisiin yksittäisen tapauksen seikkoihin, joille annetaan oikeudellista merkitystä, kun sopimuksen sisältö vahvistetaan. Tekstin tavanomainen merkitys määräytyy tradition perusteella, ja puutteet edellytyksissä tai normaalikäytäntöihin nähden *poikkeavat olosuhteet* ovatkin keskeisimmät häiriötekijät, joiden perusteella sopimuksen sisältö voidaan vahvistaa tavanomaisesta poikkeavaksi.

Käsitteellisesti tulkinnan voidaan sanoa olevan riippumaton pätevyysarvioinnista ja edeltävän suoritusten virheettömyyden arviointia ja mahdollista sovitte-lua. Käytännössä nämä kuitenkin kietoutuvat toisiinsa. Esim. suhteessa oikeaan suoritukseen kysymys on lähtökohtaisesti siitä, onko suoritus (tulkitun) sopimuk-sen mukainen. Toisaalta virheen olemassaolo määräytyy yleensä juuri sen mu-kaan, miten sopimusta tulkitaan. Sopimusta joudutaan näin ollen yleensä myös tulkitsemaan, kun arvioidaan onko osapuolen suoritus virheetön.¹⁹²

5. Lojaliteettiperiaate. Sopimussuhteen ymmärtäminen kumppanien välise-nä taloudellisena yhteistoimintana siihen liittyvine oikeuksineen ja velvollisuuk-sineen ilmenee selkeästi ns. lojaliteettiperiaatteen tunnustamisena nykyisessä so-pimusoikeudessa. Yhteistoiminta edellyttää käsitteellisesti lojaliteettia, joten lo-jaliteettivelvollisuuden korostaminen merkitsee samalla sopimussuhteen *yhteis-toimintaluonteen korostamista*. Laajassa merkityksessä lojaliteettiperiaate on koko sopimusoikeuden läpikäyvä periaate ja tulkinta-asenne. Suppeammin tulkittuna sopimuksen osapuolten on otettava toistensa edut huomioon laajemmin kuin vain niiden velvoitteiden osalta, joista on nimenomaisesti sovittu. Periaate velvoittaa pidättymään sopimuskumppanin etua vahingoittavista toimista ja myös ryhty-mään, vaikkakin rajoitetusti, nimenomaisiin toimenpiteisiin toisen osapuolen etu-jen suojaamiseksi.¹⁹³

¹⁹² Ks. *Lehrberg*, Lagstiftaren vilse i egen labyrint?, s. 327, 337 ja 338.

¹⁹³ *Arnholm*, Privatreth II, s. 7, *Taxell*, Avtal och rättsskydd, s. 81, Rätt och demokrati, s. 456 ja Om lojalitet i avtalsförhållanden, erit. s. 149, *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 19, *Rudanko*, s. 37, *Muukkonen*, Yhteistyösopimukset ja lojaliteet-tivelvollisuus ja Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate ja *Ämmälä*, Lojaliteettiperiaat-teesta eräiden sopimustyyppien yhteydessä, s. 3–18.

Sopimuksen osapuolen epälojaalit toimenpiteet voivat olla sopimuksen tul-
kinnassa huomioon otettava tekijä. Osapuoli ei voi vedota muutoin vahvistetta-
van sopimukseen sisältöön tai ehtoon, jos hän on tiennyt tai olisi pitänyt tietää,
että vastapuolella on poikkeava käsitys asiasta, eikä hän oikaise vastapuolta.¹⁹⁴
Epälojaalisuus on usein myös peruste, yleensä yhdessä muiden seikkojen kans-
sa vastikkeen alentamiselle, sopimuksen purkamiselle tai vahingonkorvauksen
määräämiselle. Epälojaalisuus ilmenee tällöin virheellisenä suorituksena tai muu-
na sopimusrikkomuksena. Kun osapuoli syyllistyy suoranaiseen vastapuolen hy-
väksikäyttämiseen, kysymyksessä on tyypillinen kunnianvastainen ja arvoton
vetoaminen oikeustoimeen (OikTL 33 §). Lojaliteettiperiaate velvoittaa tällöin
pidättymään oikeustoimesta tai oikaisemaan vastapuolen vääriä tietoja.¹⁹⁵ Vas-
tapuolen epälojaali käyttäytyminen on myös selkeä sovittelun puolesta puhuva
seikka.¹⁹⁶

Lojaliteettiperiaatteen avulla voidaan luontevalla tavalla selittää esim. lain
asuinhuoneiston vuokrauksesta 43 §:n mukainen vuokranantajan korvausvelvol-
lisuus.¹⁹⁷ Velvollisuus voi syntyä vuokralaista kohtaan, kun vuokranantaja ei ole
pidättänyt vuokraoikeutta voimassa vuokralaisen hyväksi eikä oikeus pysy voi-
massa muulla perusteella, kun asunto luovutetaan. Vuokranantajalla on näin ol-
len oman sopimussidonnaisuutensa vuoksi velvollisuus pysyttää vuokraoikeus
voimassa, vaikka tällaisesta ei olisikaan erikseen sovittu. Samoin oikeutettu ja
luonteva on sopimussidonnaisuuteen sisältyvän lojaliteettivelvollisuuden perus-
teella vastaava korvausvelvollisuus ns. lailla säätelemättömän, kiinteään omai-
suuteen kohdistuvan erityisen oikeuden osalta.¹⁹⁸ Velvollisuus pysyttää erityinen
oikeus voimassa ei edellytä nimenomaista sopimusehtoa. Lojaliteetti ja sopimus-
sidonnaisuus saavat tällöin välittömästi tulkintaa ohjaavan merkityksen, koska
suoraan soveltuvaa lainsäädännöstä ei ole. Myös analogia esim. suhteessa maan-
vuokralain 15 §:ään edellyttää tätä aineellista oikeuttamista.

Lojaliteettivelvollisuus syntyy eräissä tapauksissa myös *sivullisten kesken*.
Selkeä esimerkki on panttivelkojan velvollisuus valvoa jälkipanttivelkojan etua,
kun jälkipanttauksesta on ilmoitettu (*denuntioitu*) panttivelkojalle. Panttivelko-
ja ei esim. saa luovuttaa panttiesinettä tai panttaustarkoituksessa luovutettua asia-
kirjaa (esim. osake- tai panttikirjaa) omistajalleen, vaan se on luovutettava jäl-

¹⁹⁴ Kivimäki–Ylöstalo, s. 320.

¹⁹⁵ Taxell, Om lojalitet i avtalsförhållanden, s. 155.

¹⁹⁶ Ks. Wilhelmsson, Vakiosopimus, s. 128.

¹⁹⁷ Vastaavat korvausvelvollisuudet liikehuoneiston vuokrassa, L liikehuoneiston vuok-
rauksesta 35 § ja maanvuokrassa, MVL 15.1 §

¹⁹⁸ KKO 1933 II 47 ja KKO 1973 II 38. Wirilander, Käyttöoikeudesta kiinteistöön, s. 213–
215, 313, 413 ja 414 ja siinä mainitut muut ennakkopäätökset.

kipantivelkojalle. Myös tässä tapauksessa laiminlyönti voi johtaa vahingonkorvausvelvollisuuteen. Vastaava velvollisuus, joskin sopimussidonnaisuuden perusteella panttivelkojalla on myös takaajaa kohtaan, jolla on pääsääntöisesti oikeus suorittamansa maksun jälkeen saada samasta saamisesta annettu panttiesine tai asiakirja (*subrogaatio*- ja siitä seuraava *regressipanttioikeus*).¹⁹⁹

6. *Oikeustoimen pätemättömyys*. Vakava häiriötilanne vaihdannassa on tehtyjen sitoumusten pätevyyden kiistäminen. Tämä merkitsee oikeustoimen sitovuuden kiistämistä.²⁰⁰ Pätemättömyys viittaa esim. puutteisiin osapuolten vaihdantakyvyissä (rationaalisuudessa), tahdonmuodostuksessa, tiedoissa tai sopimuksen muodossa.²⁰¹ Oikeudenmukaisuuden periaatteet eivät voi sallia esim. toisen osapuolen pakottamista tai vastapuolen kyvyttömyyden tai tietämättömyyden hyväksi käyttämistä. Kysymys on näin ollen *rationaalisen yhteistoiminnan välttämättömistä edellytyksistä*. Sopimusten ja muiden oikeustointen pätevyyden edellytykset eli pätemättömyysoppi oikeustoimilain mukaisesti tarjoaa tästä selkeän esimerkin. Oikeustoimilain 3 luvun pätemättömyysperusteet kuvaavat juuri tilanteita, joissa yhtäältä pyritään turvaamaan vapaa ja häiriötön sopimusten solmiminen, ja ehkäisemään tässä suhteessa erikseen mainitut häiriötekijät joko sopimussuhteen osapuolten tai sivullisten aiheuttamina. Nämä todetut häiriötekijät voivat aiheuttaa sopimuksen pätemättömäksi julistaminen ja sopimussidonnaisuudesta vapautumisen (retribuutio).

Pätemättömyysopissa on ennen kaikkea kysymys siitä, että tavoitteena sopimuksia solmittaessa on, että osapuolten tahdonmuodostus täyttää minimiedellytykset, se tapahtuu vapaaehtoisesti ja heidän tarkoittamallaan tavalla.²⁰² Pätemättömyys on näin ollen tyypillisesti *häiriö tahdonmuodostuksessa, kun yhteistoiminnasta päätetään*. Toisaalta olettamuksena on vaihdannan häiriöttömyys (eli ei ole liiaksi poikettu ideaalitilasta), minkä takia presumptiona on myös tehtyjen oikeustointen pätevyys. Tämä ilmenee siten, että suhteellisen pätemättömyyden tapauksissa pätemättömyys on yleensä myös korjautumiskelpoista ja oikeustoimen pätemättömäksi julistaminen on useimmiten moitteiden- tai väitteenvaraista, eli se edellyttää erillistä kannetta tai väitettä ja erityisen pätemättömyysperusteen eli häiriötekijän osoittamista erikseen.²⁰³ Myös ns. vahvoin pätemättömyys-

¹⁹⁹ *Havansi*, Esinevakuusoikeudet, s. 146, 262 ja 374 ja *Aurejärvi*, Luotto- ja maksuvälineet, s. 318 ja 319.

²⁰⁰ *Kivimäki-Ylöstalo*, s. 369.

²⁰¹ *Taxell*, Avtal och rättsskydd, s. 139. Ks. myös *KM 1990:20*, s. 201–204.

²⁰² *Ämmälä*, Sopimuksen pätemättömyyden korjautumisesta, s. 15 ja 40–43.

²⁰³ Lähtökohtana on tällöin vain eräisiin henkilötahoihin vaikuttava tehottomuus (relatiivinen pätemättömyys). Pätemättömyyden korjautumiskelpoisuus ja reaktionvaraisuus määräytyvät kuitenkin erikseen. Erikseen on otettava huomioon tapaukset, joissa puutteita on oikeustoimen olennaisissa ainesosissa (*essentialia negotii*) tai kysymyksessä on vakava puute muodos-

perusteisiin on usein vedottava reklamaation muodossa.²⁰⁴ Käytännössä pätemättömyys ja sen peruste on yleensä osoitettava erikseen, ja pätemättömyyden ottaminen viran puolesta huomioon tulee vain harvoin kysymykseen, vaikka se katsottaisiinkin mahdolliseksi tai tuomioistuimen velvollisuudeksi. Jos pätemättömyysperustetta ei voida erikseen osoittaa, tarkoitettua sopimusta, jos sellaisen ylipäänsä katsotaan syntyneen, pidetään pätevänä.

Pätevyysarvioinnissa on keskeistä harkinta sen suhteen, onko osapuolten tahdonmuodostus tapahtunut vapaasti ja häiriöttä, eli vastaako esim. kirjoitettu sopimusteksti heidän todellista tahtoaan. Jos häiriötekijä voidaan todeta, se vaikuttaa yleensä *koko sopimussuhteeseen tai tehottomana pidettävään ehtoon*, mutta muutoin on vaikea osoittaa mitään tiettyä osaa tai osuutta oikeustoimessa, johon se voitaisiin kohdistaa.²⁰⁵ Tämän takia pätevyys/pätemättömyys on tyypillisesti joko/tai -kysymys. Oikeustointa tai poikkeuksellisesti sen tiettyä osaa tai ehtoa pidetään joko kokonaisuudessaan sitovana tai pätemättömänä.

7. *Suoritusvirheet*. Toisentyypinen vaihdannan häiriö on sopimuksen osapuolen toisen osapuolen odotuksiin nähden negatiiviseen suuntaan poikkeava toiminta sen jälkeen, kun sopimus on solmittu.²⁰⁶ Sopimusosapuoli ei täytä sopimuksen solmimisen jälkeen sovittuja velvoitteitaan tehdyn sopimuksen ja sopimussidonnaisuutensa mukaisesti. Vakiintuneesti tällä tarkoitetaan sopimusosapuolen *virheellistä suoritusta* tai muuta vastaavaa sopimusrikkomusta. Toisen osapuolen perustellut odotukset eivät täyty. Oikeudenmukaisuuden vaatimus ilmenee tässä *vastavuoroisuuden periaatteen* muodossa. Sopimuksesta päättämi-

sa tai muu vakava, *ex officio* huomioon otettava pätemättömyysperuste. Esim. oikeustoimikelpoisuuden puuttuminen, valeoikeustoimi (simulaatio) tai suullinen kiinteistökauppa ovat itsestään vaikuttavalla tavalla kaikkiin nähden pätemättömiä. Kuitenkaan tämäkään ei ehdottomasti takaa, etteikö pätemättömyys voisi korjautua esim. OikTL:n 34 §:n perusteella. *Aurejärvi*, Valeoikeustoimen tunnusmerkistöstä, s. 207 ja *Ämmälä*, Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta, s. 144, 150 ja 159. *HE 1994:120*, s. 41. Usein tällaisissa tapauksissa voidaan sanoa, että oikeustoimi on jäänyt niin puutteelliseksi tai keskeneräiseksi, että sitä ei varsinaisesti tunnusteta tarkoitetuksi oikeustoimeksi lainkaan. Perinteisesti tunnetaan *ineksistenttien* tai *mitättömien* oikeustoimien käsitteet, joskin mitättömyydellä viitataan myös pätemättömyyteen, joskus myös suhteelliseen pätemättömyyteen. *Kivimäki-Ylöstalo*, s. 370 ja 374. Ks. *Zitting*, Omistajanvaihdoksesta, alk. s. 54 ja *Muukkonen*, Muutosäännökset, 110, 113, 116 ja 117.

²⁰⁴ OikTL 28 ja ks. *Ämmälä*, Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta, s. 30 ja 120.

²⁰⁵ Pätemättömyys voi olla myös *osittaispätemättömyyttä*. Esim. uuden maakaaren 2:11:n mukaisten kiellettyjen ehtojen käyttäminen aiheuttaa niiden sivuuttamisen tehottomina, mutta muilta osiltaan sopimusta pidetään pätevänä. *HE 1994:120*, s. 46. Korkein oikeus on myös eräissä muissa tapauksissa julistanut sopimuksen tietyn osan pätemättömäksi. KKO 1961 II 100 ja KKO 1962 II 80. *Wilhelmsson*, Om tro och heder i finsk avtalsrätt, s. 80. Ks. myös *Muukkonen*, Muutosäännökset, s. 150 ja *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 356.

²⁰⁶ *Hemmo*, s. 48.

sessä ei pätevyyden merkityksessä ole ollut puutteita, vaan kysymys on itse suunnitellusta, *päätetystä toiminnasta* ja sitä koskevista tai siinä olevista puutteellisuuksista.²⁰⁷

Myös suoritusvirheillä on kuitenkin yleensä välitön yhteys itse tahdonmuodostukseen, kun oikeustoimesta päätetään. Keskeinen lähtökohta on usein *puutteellinen informaatio*, mikä ilmenee suoritusvirheopissa siten, että esim. ostajan oikeus vedota myyjän virheelliseen suoritukseen edellyttää yleensä ostajan tietämättömyyttä virheellisyyden suhteen. Suoritusvirhe on tyypillisesti »ikävä yllätys» vastapuolelle. Osapuolella on näin ollen myös tiedonantovelvollisuus. Yhteistoiminta ja lojaliteetti edellyttävätkin osapuolilta varsin laajaa *selonottoja informointivelvollisuutta*, kun oikeustoimesta päätetään. Tässä suhteessa myös suoritusvirheet palautuvat oikeustoimesta päättämiseen, mutta ilmenevät myöhemmin. Rajanveto oikeustoimen pätemättömyyteen on suhteellinen, sillä niin kuin aiemmin on todettu, virheellinen suoritus, kun siihen liittyy tietoinen vastapuolen hyväksikäyttö, muodostaa jo tyypillisen pätemättömyysperusteen (OikTL 33 §). Pätemättömäksi julistamisen edellytykset eivät kuitenkaan täyty, jos vilpillistä tarkoitusta puutteellisesta suorituksesta ei voida osoittaa, kun oikeustoimesta on päätetty.

Tyypillisiä suoritusvirheitä ovat myyjän toimittama laatuvirheellinen tavara ja vuokralaisen epätavanomainen ja odottamaton käyttäytyminen vuokrahuoneistossa.²⁰⁸ Jos objektiivisesti eli puolueettomasta näkökulmasta harkiten voidaan todeta, että osapuolen suoritus tai käyttäytyminen jatkuvan sopimussuhteen osapuolena ei vastaa sovitua yhteistoimintaa, edellyttää oikeudenmukaisuus ja kohtuus oikaisua. Toisaalta häiriöttömässä vaihdantatilanteessa oikeudenmukaisuus ja kohtuus vastaavasti oikeuttavat sopimuksen sitovuuden, velvollisuuden sovituihin suorituksiin ja velvollisuuden hyväksyä vastapuolen suoritukset. Presumptio vaihdannan häiriöttömyydestä ilmenee tältä osin siten, että jos suoritus ylipäänsä on tehty, olettamuksena on, että se on virheetön. Esim. ostajan on nostettava kanne, pidättäydyttävä omasta suorituksestaan tai tehtävä virheväite, kun myyjä velkoo saamistaan, jos hän haluaa osoittaa myyjän suorituksen virheelliseksi.

²⁰⁷ *Taxell*, Avtal och rättsskydd, s. 171.

²⁰⁸ Ks. esim. irtaimen kaupan osalta kauppalaki 20.1 §, kiinteän omaisuuden osalta ks. maa-kaari 22 §, laki asuinhuoneiston vuokrauksesta 61 § ja laki liikehuoneiston vuokrauksesta 48 §.

Ostajalle asetettu selonottovelvollisuus esim. ennakko- ja jälkitarkastuksen muodossa ei muuta tätä asetelmaa. Virhe eli tiedon puutteesta johtuva puutteellisuus myyjän suorituksessa ei tällöin oikeuta ostajaa kompensatioon. Reilun pelin mukaisessa riskinjaossa on otettava huomioon myös myyjän intressit. Ostajalla on tällöin myös mahdollisuus ottaa riittävä selko vastapuolen suorituksesta.

Oikaisu tapahtuu yleensä joko velvoittamalla puutteelliseen suoritukseen syylistynyt osapuoli täyttämään suorituksensa oikein tai korjaamaan sen, tai oikaisu ja tätä kautta tasapaino voidaan palauttaa myös kauppahinnan alentamisen ja aiheutuneiden välillisten vahinkojen korvaamisen muodossa. Poikkeuksellisesti, jos virheen merkitys on olennainen koko sopimussuhteen kannalta, voidaan koko sopimussuhde määrätä purettavaksi.

On huomattava tässä esille tuleva selkeä käsitteellinen ero pätevyyskysymykseen. Sopimuksen purkaminen perustuu virheelliseen suoritukseen, mutta sopimuksen sinänsä edellytetään olevan pätevän. Suoritusvelvollisuuden edellytyksenä on sitova oikeustoimi.²⁰⁹ Pääsääntöisesti velvollisuus täyttää sopimuksen mukaiset suoritukset onkin *objektiivinen* velvollisuus, virheellisyys ei edellytä tuottamusta.²¹⁰ Koska kysymys on puutteellisuudesta suorituksessa, voidaan itse puutteellisuus tai sen osuus tai määrä suorituksessa määritellä, ja puutteellisuus voidaan tällä tavalla usein kohdistaa esim. kauppahinnan tietyksi osaksi. Sopimussidonnaisuus jatkuu suoritusvirheestä huolimatta.²¹¹ Tämän takia esim. ensisijainen seuraamus myyjän suoritusvirheestä onkin juuri virheen korjaaminen tai vastikkeen määrän alentaminen vastaamaan todellista suoritusta.²¹² Samalla vastikkeen alentaminen suoraan merkitsee kohtuuden eli tasapainon palauttamista vaihdannan osapuolten välille.

Lyhyesti sanottuna: Sopimus voidaan purkaa tai vastikkeen määrää voidaan alentaa suoritusvirheen perusteella, koska se on *oikeudenmukaista* vastavuoroisuuden, kohtuuden ja osapuolten tasapuolisen kohtelun muodossa (retribuutio ja sillä tavoiteltava distribuutiota). Vastaavalla tavalla alkuperäisten sopimusehtojen mukainen suoritusvelvollisuus on oikeudenmukaista, kun vastapuolen suoritus on virheetön (kommutaatio).

8. *Sovittelu*. Erityisen mielenkiintoisen menettelytavan sopimusopin kannalta vaihdannan osapuolten välisen suhteen oikeudenmukaisuuden ja tasapainon palauttamisessa muodostaa oikeustoimen esim. sopimuksen *sovittelu*. Sovittelu on yhteistoiminnan ehtojen eli oikeussuhteen sisällön määrittelyä ja täsmentä-

²⁰⁹ Ks. *Muukkonen*, Muotosäännökset, s. 129 ja *Taxell*, Avtal och rättsskydd, s. 172.

²¹⁰ Tämä koskee suoraan velvollisuutta luontais-suoritukseen tai suorituksen korjaamiseen ja vastapuolen oikeutta vastikkeen alennukseen tai oikeustoimen purkamiseen. Eri asemassa on suoritusvirheeseen perustuva mahdollinen vahingonkorvaus lisäseuraamuksena, joka yleensä perustuu tuottamukseen. Irtaimen kaupassa velvollisuus korvata ns. välittömiä vahinkoja ei ole kuitenkaan tuottamuvastuuta vaan ns. *kontrollivastuuta*. Ks. kauppalaki 27, 37.1, 39.1, 40.1 ja 67 § ja vuoden 1994 maakaari 2:17.2, 18.2, 19.3 ja 32. *Routamo*, s. 84, 87 ja 230.

²¹¹ *Taxell*, Avtal och rättsskydd, s. 177.

²¹² Kauppalaki 30, 36.1, 37.1, 41 ja 43 § ja vuoden 1994 maakaari 2:17.2, 18.2 ja 19.3. *Routamo*, s. 122 ja 126.

mistä vaihdannan häiriötilanteessa.²¹³ Oikeustointen lisäksi sovittelu tulee kysymykseen myös eräissä muissa oikeussuhteissa. Sovittelu on korostetusti tietyn oikeussuhteen *kokonaisarvion*tia, vaikka välittömänä kohteena olisi vain sopimuksen yksittäinen ehto.²¹⁴

Tärkeää on havaita sovittelun erityisenä menettelytapana käsitteellinen ero yleiseen *kohtuusperiaatteeseen*.²¹⁵ Kohtuusperiaatteen toteuttaminen voi tapahtua usealla eri tavalla ja käyttäen useita muitakin edellä esiteltyjä erityisiä menettelytapoja kuin sovittelua. Kohtuus voi oikeuttaa myös lain sanamuodosta poikkeamisen. Sovittelun voidaan sanoa *täydentävän* mainittuja *muuta menettelytapoja*.²¹⁶ Tämä merkitsee, että kuvattuja muita menettelytapoja ei pidetä riittävinä, jotta kohtuus taloudellisessa vaihdannassa toteutuisi. *Kohtuus* on näin ollen myös *yleisemmän tason käsite kuin sovittelu*. Huomio kiinnitetään sovitteluun vain osana laajempaa oikeudenmukaisuuskysymystä taloudellisessa toiminnassa ja sovittelun suhteeseen sopimusten sitovuusperiaatteeseen.

Tässä lähtökohtana on, että *kohtuusperiaate* yleisenä periaatteena on vaihdannassa vakavasti otettava ja *pääsääntöisesti sovellettava periaate* (kohtuus *prima facie* -periaatteena). Tässä suhteessa näkemys on yhteinen Pöyhösen muotoileman ns. *yhteisöllisen käytännön* -sopimusmallin kanssa.²¹⁷

Kohtuus on yksi oikeudenmukaisuuden ja tätä kautta oikeuden olennaisimmista elementeistä. Lähtökohtana ja olettamuksena on jälleen, että ideaalisessa vaihdantatilanteessa eli täydellisillä markkinoilla kaikki sopimukset muodostuvat kohtuullisiksi. Mitä lähempänä ideaalitilaa todellinen vaihdanta on, sitä useammin sopimukset ovat kohtuullisia. *Kohtuusperiaate osoittaa sopimukset sitoviksi* ja pidettäviksi (*pacta sunt servanda*-periaate) useimmissa tapauksissa, kun häiriöttömän vaihdantatilanteen edellytyksistä ei ole liiaksi poikettu (kommutaatio ja siihen perustuva distribuutio). Silmällä pidetään yleensä yhteistoiminnan lopputulosta, mutta perusteluna sovittelulle useimmiten viitataan kuitenkin tyyppilisiin vaihdantahäiriöihin niin kuin puutteelliseen tietoon tai osapuolten epätasapainoiseen asemiin.

Kohtuusperiaate osoittaa näin ollen sopimusten sitovuuden alan ja toisaalta myös oikeustointen sanamuotojen mukaisesta sitovuudesta poikkeamisen eli *sovittelun alan* (retribuution tai epieikeian merkityksessä). Sovittelu tulee kysy-

²¹³ *Taxell*, Jämknig av avtal, s. 611. Ks. myös *Aho*, Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta, s. 525, 526 ja 528.

²¹⁴ *Grönfors*, s. 222.

²¹⁵ Ks. *Grönfors*, s. 222 ja 223.

²¹⁶ *Taxell*, Avtal och rättsskydd, s. 157 ja 158, Jämknig av avtal, s. 623 ja *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 293 ja 352.

²¹⁷ *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 246.

mykseen, kun vaihdannan häiriön takia sopimussuhde selvästi poikkeaa tavoitellusta rationaalisesta yhteistyöstä. Sovittelu muistuttaa suoritusvirheiden perusteella tapahtuvaa sopimuksen sisällön muuttamista siinä, että muutos voi olla osittainen tai totaalinen. Myös sovittelu edellyttää yleensä kohtuuttomien seuraamusten tai riittävän epätasapainon sekä ulkoisen syyn, josta epätasapaino johtuu, osoittamista erikseen.²¹⁸ Häiriötilanne ilmenee sopimusosapuolten epätasapainoisina asemina tai suorituksina.

Kysymys voi olla myös laajemmista puutteista vaihdantatilanteissa esim. *vakioehtoja* käytettäessä, jolloin esim. kuluttajaosapuolella ei ole todellista valintamahdollisuutta tai informaatio on puutteellista. Tämä oikeuttaa vakioehtojen sääntelyn ja vetoamisen ns. *tyyppikohtuuttomuuteen*.²¹⁹ Käytetty ehto tai ehtojen kokonaisuus on sinänsä epätasapainoinen, eikä sovittelu edellytä erillistä ulkoista syytä.²²⁰ Kysymys ei ole tällöin arvioinnista *konkreettisten* olosuhteiden perusteella vaan *abstraktista* arvioinnista.²²¹ Vakioehtojen osoittamien *sopimuskäytäntöjen* oikeudenmukaisuutta voidaan sinänsä arvioida ja ne voivat osoittautua epäoikeudenmukaisiksi. Vaihdantatilanne on jo lähtökohtaisesti epätasapainoinen johtuen toisen osapuolen määräävästä asemasta tai siitä, että toinen osapuoli on yksin laatinut sopimusehdot.²²² Indisiona tästä voi olla myös poikkeaminen dispositiivisesta säännöksestä.²²³ Vastapuoli on näin ollen sopimussuhteen *heikompi osapuoli*, jonka suojaamiseen sovittelu usein tähtää.²²⁴ Massaluonteiselle vaihdannalle on tyyppillistä juuri menettelytapojen vakioituminen, jolloin kohtuusarvioinnin kohteena on luonnollisesti itse menettelytapa vakioehtoineen. Kysymys on juuri käytännön oikeudenmukaisuudesta *Pöyhösen* tarkoittamassa merkityksessä.²²⁵

Oikeustointen sovittelu ja kohtuusperiaate on yleensä nähty poikkeamisena sopimusten sitovuudesta ja sitä ilmaisevasta *pacta sunt servanda* -periaatteesta.²²⁶ Näin epäilemättä onkin, kun silmällä pidetään oikeustointen *pätevyyttä* ja

²¹⁸ Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 286 ja 291.

²¹⁹ Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, alk. s. 359. Ks. myös KM 1990:20, s. 298–300.

²²⁰ Näin Wilhelmsson tyyppikohtuuttomuuden osalta ja ilmeisesti laajemminkin. Wilhelmsson, Vakiosopimus, s. 116.

²²¹ Grönfors, s. 223 ja 224. Konkreettisesta arvionnista, Grönfors, alk. s. 226 ja abstraktista arvioinnista alk. s. 235.

²²² Grönfors, s. 239.

²²³ Grönfors, s. 237.

²²⁴ HE 1981:247, s. 3.

²²⁵ Taxell, Jämknig av avtal, s. 607–609 ja 617, Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 245 ja Wilhelmsson, Vakiosopimus, s. 111 ja 118.

²²⁶ Näin esim. HE 1981:247, s. 12 ja Grönfors, s. 247–249.

muodollista oikeusvarmuutta. Kysymys on ahtaammasta ja muodollisesta rationaalisuudesta. Sopimusten sitovuuden periaate voidaan kuitenkin nähdä myös yleisempänä ja yhtenä keskeisimmistä oikeudenmukaisuuden ja kohtuuden periaatteiden toteuttamistavoista taloudellisen toiminnan sääntelyssä. Näkökulmaa laajennetaan tällöin aineelliseen rationaalisuuteen ja *johdonmukaisuuteen suhteessa kohtuuden ja oikeudenmukaisuuden toteutumiseen.* Sovittelu ei ole satunnaista (mielivaltaista) poikkeamista sopimuksista, mikä ilmentäisikin epäoikeudenmukaisuutta. Rationaalinen oikeudenmukaisuus edellyttää yhtäältä sopimusten sitovuutta ja toisaalta usein myös niiden sovittelua. Ratkaisu ongelmaan onkin, että sopimusopin mukainen lähestymistapa voidaan eksplikoida niin, että *sovittelua ei pidetä poikkeamisena sopimusten sitovuudesta, vaan sitä olennaisella tavalla täydentävänä ja tukevana menettelytapana.* Tällöin selvää on myös, että sopimusten sitovuuden periaate yleisenä aineellisena periaatteena on ymmärretty laajempänä ja eri tason käsitteenä kuin sopimusten sitovuus pätevyys merkityksessä (sitovuus kapeassa tai varsinaisessa merkityksessä).

Näkökulma on tällöin tavanomaisesta sopimusdoktriinista poikkeava, ja silmällä pidetään sopimukselle vahvistettavaa lopullista, sitovaa sisältöä. Sopimusten sitovuus laajempänä periaatteena pitää silmällä velvollisuutta yleensä noudattaa sitoumuksia ja niiden ehtoja. On luonnollista pitää sovittelua poikkeamisena sopimusten sitovuudesta, kun silmällä pidetään normaaliolosuhteisiin ja -edellytyksiin sidottua sopimuksen tavanomaista merkitystä ja sanamuotoa. Sovittelutilanteelle on kuitenkin ominaista juuri puutteet tai poikkeamat tämän normaalikontekstin suhteen ja kuvattu laajempi näkökulma. Tällöin sovittelu voidaan nähdä sitovan sopimuksen sisällön määrittämisenä juuri näissä epätavallisissa olosuhteissa.

Sopimusopin ja sen implikaationa olevan puolueettoman eli objektiivisen näkökulman pohjalta lähdetessä voidaan olettamuksena pitää, että jokainen taloudelliseen yhteistoimintaan osallistuva hyötyy toiminnasta *suhteellisen tasavertaisen periaatteen* mukaisesti.²²⁷ Presumptioksi voidaan ottaa, että jokainen yhteistoiminnan osallinen odottaa hyötyvänsä tavalla, joka on suhteessa hänen yhteistoimintaan tuomiinsa panoksiin ja toiminnan riskeihin. Myös taloudellisen toiminnan sääntelyssä olettamuksena on, että taloudellinen toiminta on liiketaloudellisesti rationaalista. Oikeustoimen esim. sopimuksen kohtuuttomuuteen vedotaan ja sovittelua vaaditaan tyypillisesti, kun sopimuksen tuottamat edut tai hyödyt eivät vastaa niitä odotuksia, joita toiminnalle on asetettu sopimuksia solmittaessa. Sovittelu pyrkii ehkäisemään keinotteluluonteista toisen osapuolen hyväksikäyttöä esim. juuri poikkeuksellisissa olosuhteissa tai puutteellisen in-

²²⁷ Ks. Pöyhönen, Contracts – Just Social Practice, s. 323.

formaation vallitessa.²²⁸ *Osapuolten epätasapainoiset asemat* ilmenevät tyypillisesti juuri taloudellisen tuloksen jakautumisen epätasapainona.²²⁹ Kysymys voi olla siitä, että toiminnasta koituvat hyödyt jakautuvat epätasaisesti toimintaan osallistuvien kesken, tai toiminnasta aiheutuvat tappiot jakautuvat epätasapainoisesti. Asetelmana voi olla, että toinen osapuoli saa suuremman hyödyn kuin objektiivisen näkökulman ja suhteellisen tasapainon mukaisesti toiminnasta on odotettavissa, mutta toinen ei saa hyötyjä lainkaan tai kärsii tappioita.²³⁰

Myös *sopimusvelvoitteiden liikaraskaus* suhteessa osapuolen kykyihin ja resursseihin sovitteluperusteena voidaan selittää tältä pohjalta. Epätasapaino valitsee tällöin suhteessa osapuolen taloudelliseen asemaan, ja häiriö yhteistoiminnassa johtuu toisen osapuolen velvoitteiden ja kykyjen epäsuhteesta. Puutteellinen maksukyky on selkeä sovitteluperuste. Erityinen merkitys sillä on varsinaisten sopimusvelvoitteiden ulkopuolella esim. vahingonkorvauksen sovittelussa.

Sovittelutilanne liittyy usein *yhteistoiminnan odottamattomaan, yllätykselliseen lopputulokseen tai yhdelle osapuolelle aiheutuviin ankariin velvoitteisiin tai seuraamuksiin*. Yllätyksellisyys arvioidaan objektiivisesta näkökulmasta, ja se johtuu yleensä vaihdannan häiriöstä.²³¹ Epätasapaino voidaan hyväksyä, jos voidaan osoittaa, että tällaista hyötyjen tai tappioiden jakautumista on nimenomaan tavoiteltu, tai osapuoli on nimenomaisesti ja tietoisesti sitoutunut epätavalliseen riskinottoon.²³² Pääsääntöisesti voidaan kuitenkin olettaa, että yhteisenä tarkoituksena ei ole ollut tällainen lopputulos.

Hyvinä esimerkkinä tappioiden tasapainoisesta jakamisesta, kun sopimus ei johda aiottuun päämäärään, on *korkeimman oikeuden ennakkopäätös 1992:182*, jonka rubriikki on seuraava:

²²⁸ Ks. (muodollisen) oikeusvarmuuden ja (aineellisen) oikeussuojan tarpeen vaatimusten välisestä suhteesta. Usein ne johtavat erisuuntaisiin ratkaisuihin. *Taxell*, Avtal och rätskydd, s. 24 ja 25.

²²⁹ Ks. *HE 1981:247*, s. 14, *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovitelu, s. 287 ja 291 ja *Grönfors*, s. 238.

²³⁰ *Grönfors*, s. 246.

²³¹ OikTL 36 §:n esitöissä yllättävät muutokset olosuhteiden muuttumisen perusteella liitettiin ennen kaikkea pitkäaikaisiin sopimussuhteisiin. *HE 1981:247*, s. 4 ja 15.

Ks. OikTL 36 §:n, yleisen oikeustoimien sovittelua koskevan pykälän sanamuoto: »*Jos oikeustoimen ehto on kohtuuton tai sen soveltaminen johtaisi kohtuuttomuuteen, ehtoa voidaan joko sovitella tai jättää se huomioon ottamatta. Kohtuuttomuutta arvosteltaessa on otettava huomioon oikeustoimen koko sisältö, osapuolten asema, oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat (1 mom.). Jos 1 momentissa tarkoitettu ehto on sellainen, että sopimuksen jääminen voimaan muilta osin muuttumattomana ei ole ehdon sovittelun vuoksi kohtuullista, sopimusta voidaan sovitella muiltakin osin tai se voidaan määrätä raukeamaan (2 mom.). Oikeustoimen ehtona pidetään myös vastikkeen määrää koskevaa sitoumusta (3 mom.).*»

²³² Ks. *Wilhelmsson*, Vakiosopimus, s. 120.

Myyjän ja ostajien välillä oli tehty pätevä kiinteistökauppa. Toimeksiantosopimuksen mukaan välityspalkkio oli erääntynyt maksettavaksi kaupantekotilaisuudessa. Kauppa oli ostajien kanteesta myöhemmin purettu kiinteistössä olleiden salaisten virheiden vuoksi. Toimeksiantosopimuksen välityspalkkiota koskevan ehdon soveltaminen johti kohtuuttomuuteen toimeksiantajaa kohtaan. Välityspalkkiota soviteltiin oikeustoimilain 36 §:n nojalla. (Ään.)

Tapauksen keskeinen ajatus on, että välityspalkkio soviteltiin puoleksi sovittusta, eli tämä kaupan purusta *johtunut tappio jaettiin tasan* kuluttajana olevan toimeksiantajan ja kiinteistönvälittäjän kesken, *kun* tehty kauppa purkautui, eli *yhteistoiminta ei johtanut suunniteltuun lopputulokseen* eli pysyvään kauppaan. Sovittelukeinona oli tässä tapauksessa sopimusehdon muuttaminen.²³³

Hyötyjen ja tappioiden tasapainoinen jakautuminen on tärkeä lähtökohta myös sopimusten ja muiden oikeustoimien tulkinnassa, joka edeltää paitsi sovitteluharkintaa myös pätevyysharkintaa ja kysymystä osapuolen oikeasta suorituksesta. Oikeusvaikutusten määrittäminen edellyttää sitä ennen tapahtuvaa lähtökohtaisesti sitovan oikeustoimen sisällön määrittelyä.²³⁴ Edellä kuvatussa ratkaisussa välittäjällä lähtökohtaisesti oli oikeus sovittuun palkkioon, koska pätevä kauppa oli solmittu.²³⁵

Pätevyysharkinta ja eräissä suhteissa myös kysymys oikeasta suorituksesta puolestaan edeltävät sovittelua.²³⁶ Sovittelu on mahdollinen seuraamus muun kanteen johdosta, jos esim. pätemättömyyden edellytykset eivät täyty, mutta sovittelun edellytykset täyttyvät, ja sovitteluvaatimuksen voidaan usein tulkita sisältyvän »vahvempaan» vaatimukseen.²³⁷ Sovittelulla on näin ollen oltava kohde, oikeustoimi tulkitun sisältöisenä ja pätevänä, ja olettamuksena, joskin heikommassa merkityksessä voidaan myös pitää, että oikeustoimen sisältö ei muutu sovitteluvaatimuksen esittäneen vastapuolen suoritusvirheen johdosta.²³⁸ Oikeus-

²³³ OikTL 36 §:n mukaiset muut sovittelukeinot ovat ehdon sivuuttaminen kokonaan, sopimuksen muiden osien muuttaminen tai koko sopimuksen määrittäminen raukeamaan. *Taxell*, *Jämknig av avtal*, s. 620 ja *Pöyhönen*, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 324 ja 325.

²³⁴ *Aho*, s. 118.

²³⁵ Näin KKO 1988:48 ja *Ämmälän* tapauskommentaari, s. 910 ja 911.

²³⁶ Pätemättömyyden ja sovittelun välisestä käsitteellisestä järjestyksestä *Taxell*, *Jämknig av avtal*, s. 612 ja *Pöyhönen*, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 354. Ks. myös *Grönfors*, s. 244 ja 245.

²³⁷ *HE 1981:247*, s. 16. KKO 1981 II 102 ja KKO 1990:148. *Wilhelmsson*, *Vakiosopimus*, s. 150 ja 151.

²³⁸ Lain esitöissä lausuttiin seuraavaa: »Hinnan kohtuullistamista koskeva säännös täydentää Suomen oikeudessa kirjoittamatonta sääntöä, jonka mukaan sopijapuoli voi vaatia ostamansa tavaran hinnan alentamista, jos tavarassa on virhe. Nyt ehdotettu säännös koskisi ennen kaikkea tilanteita, jolloin tavarassa ei ole virhettä». *HE 1981:247*, s. 13.

tointa voidaan sovittelaa, jos sovittelun edellytykset ovat käsillä, vaikka se voitaisiin myös julistaa pätemättömäksi tai purkaa suoritusvirheen perusteella, jos vain sovittelua vaaditaan.²³⁹ Viran puolesta huomioon otettava pätemättömyysperuste, jos sellainen tulee esille, voi kuitenkin myös tällöin aiheuttaa pätemättömäksi julistamisen. Toisaalta pätemättömäksi julistaminen tulee usein kysymykseen, vaikka edellytyksiä sovittelulle ei olisikaan. Sovitteluharkinta tulee kysymykseen, vaikka mitään suoritusvirheitä ei voida osoittaa, mutta toisaalta yleensä juuri vastapuolen suoritusvaatimusta vastustetaan väitteellä kohtuuttomuudesta ja sovitteluvaatimuksella.

Sovittelua voidaan näin ollen lähestyä seuraavasta näkökulmasta. Voidaan katsoa, että objektiivisesta näkökulmasta katsoen oikeustoimen *osapuolten yhteisenä tarkoituksena normaalisti on tasapainoinen lopputulos*. Sopimuksen tarkoituksena ei näin ollen ole myöskään hyötyjen tai tappioiden jakaminen epätasapainoisella tavalla. Tämä antaa perusteet oikaista hyötyjen ja tappioiden jakamista siten, että tasapaino palautuu ja oletettu objektiivinen tavoite toteutuu. Kuvattu sovittelun tulkinta antaa sille myös yleisen tason käsitteelliset puitteet, jolloin menettelypää ei tarvitse pitää korostetun tapauskohtaisena niin kuin se usein on ymmärretty.

Näin ymmärrettynä ja tulkittuna oikeustoimen *sovittelussa ei pyritä poikkeamaan sopimusten sitovuuden periaatteesta, vaan päinvastoin, sovittelulla pyritään juuri toteuttamaan sopimusten sitovuutta*, eli pyritään toteuttamaan oletettu sopimusosapuolten yhteinen tarkoitus kysymyksessä olevassa taloudellisessa

²³⁹ Ks. HE 1981:247, s. 11, Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovitelu, s. 297 ja 354–356 ja Ämmälä, Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta, s. 88. Sovitteluvaatimuksen esittäminen selkeällä suoritusvirheperusteella voi aiheuttaa oikeudenkäynnissä käsitteellisesti ongelmallisen tilanteen. Esim. kiinteistön ostaja vaatii kaupan sovittelua, koska kiinteistöllä oleva asuinrakennus on asumiskelvoton. Lähtökohtana on epäilemättä virheellisen suorituksen aiheuttama kohtuuttomuus, joten estettä sovittelulle, käsitteellisesti »heikompana» menettelytapana ei voida asettaa.

Vastaavan ongelman voi aiheuttaa myös esim. asianosaisen ja tuomioistuimen erilainen käsitys siitä, onko kysymyksessä suoritusvirhe, muu purkuperuste vai pätemättömyys. Kielen ja oikeudellisten käsitteiden oikea käytötapa eli »häiriötyypin oikea nimittäminen» nähdään tällöin oikeudellisena luokittelu- tai tulkintakysymyksenä. Oikeustositseikat on luonnollisesti esitetty tehdyn vaatimuksen mukaisesti. Edellytykset eri luokittelujen mukaisille seuraamuksille ovat erilaiset, joten ellei vaihtoehtoisia vaatimuksia ole esitetty, ongelma voi jatkossa aiheuttaa myös oikeudenmenetyksiä esim. vaatimistaakkaa, preklusioita oikeudenkäynnissä tai kanteenmuutoskieltoa koskevien sääntöjen perusteella, mikäli niitä tulkitaan ankarasti. Ongelmana on tällöin mahdollisuus muuttaa oikeudenkäynnin aikana vaatimus käsitteellisesti »vahvemmaksi». (Oikeudenkäymiskaari 24:14, 5:22, 6:9, 25:14.2, 30:7.1 ja 14:2). Prosessin johdolla ja ehkä jossain määrin myös haastehakemuksen täydentämisellä (OK 5:5) voidaan ehkäistä em. ongelmia. Lappalainen, alk. s. 395, Virolainen, Alioikeusuudistus I, alk. s. 93, s. 108 ja 125 ja alk. s. 128 ja Laukkanen, alk. s. 216 ja alk. s. 222.

yhteistoiminnassa ja myös poikkeuksellisissa olosuhteissa. Kun olettamuksena on, että osapuolet pyrkivät rationaaliseen ja tasapainoiseen sopimussuhteeseen, juuri epätasapainon poistaminen eli tasapainon palauttaminen toteuttaa tätä tarkoitusta ja tähtää siihen sitovuuteen, jota voidaan olettaa alunperin tarkoitetun. Tämän laajemman rationaalisuuden näkökulman mukaisesti sovittelu ei näyttäydy satunnaisena poikkeamisena sopimusten sitovuudesta, vaan sovittelu on selkeässä yleisen tason käsitteellisessä yhteydessä oikeudenmukaisuuteen taloudellisessa vaihdannassa ja olennainen osa sopimusten sitovuutta. Voidaan siis sanoa, että juuri sovittelun kautta voidaan toteuttaa sopimusten sitovuutta tarkoitetussa laajuudessa.²⁴⁰

Tämän tulkinnan mukaisesti sovittelu ei ole myöskään ristiriidassa lainkäytön ennustettavuuden tai oikeusvarmuuden kanssa.²⁴¹ Päinvastoin ankarat tai ylilyökselliset lopputulokset tai seuraamukset esim. sopimustekstin sanamuodon perusteella merkitsevät aineellisesti ennustamattomuutta ja satunnaisuutta. Sovittelu loukkaa ainoastaan luottamusta sopimuksen sanamuodon mukaiseen ja muodollisen ja ahtaan rationaalisuuden mukaiseen lopputulokseen. Sovittelu edellyttääkin siirtymistä muotorationaalisuudesta aineelliseen rationaalisuuteen.²⁴² Sanamuodon mukainen lopputulos ei vastaa sitä, mihin sopimuksen sääntelemällä yhteistoiminnalla objektiivisesti ottaen on pyritty. Ilman sovittelua sopimussuhde ei täytä molempien osapuolten kannalta rationaalisen yhteistoiminnan ehtoja.²⁴³

Tämän näkemyksen mukaisesti lain ja sääntelyn lähtökohtana on rationaalinen, tasapainoinen ja oikeudenmukainen sekä ei-spekulatiivinen ja ei-uhkapeli-luonteinen vaihdanta, vaikka tosiasiallisessa vaihdannassa ei aina näin meneteltäisikään. Katson tämän olettamuksen olevan adekvaatti suhteessa ylivoimaisesti suurimpaan osaan tavanomaista taloudellista vaihdantaa.

9. *Sivullissuhteet.* Oikeudenmukaisuus ja kohtuus ei koske ainoastaan oikeus-tointen varsinaisten osapuolten välisiä suhteita. Taloudellisessa toiminnassa on yleensä mukana muitakin henkilöitä ja etutahoja, jotka luetaan toiminnan piiriin. Aiemmin on jo mainittu, että taloudellisessa toiminnassa muodostuu oikeussuhteita paitsi sopimusosapuolten kesken myös suhteessa sivullisiin. Toisiin-

²⁴⁰ Ks. Saarenpää, perintökaaren säännökset formaalisen ja sosiaalisen oikeudenmukaisuuden toteuttajana. Saarenpää, Tasajaon periaate, s. 65.

Ks. Kartio, joka lausuu: »Mikäli tämän periaatteen (kohtuusperiaate) painoa riittävästi korostetaan, voidaan ajatella niinkin, että sopimusvapaus vallitsee vain siltä osin kuin sopimus on sisällöllisesti oikeudenmukainen; sopimussidonnaisuutta ei siten lainkaan syntyisi kohtuullisuuden rajat ylittävien sopimusehtojen osalta. Kartio, Esineoikeuden perusteet, s. 26.

²⁴¹ Ks. esim. Aho, joka perinteisellä tavalla asettaa oikeusvarmuuden ja sovittelun vastakain. Aho, Näkökohtia oikeustointen sovitteluun, s. 536.

²⁴² Ks. Wilhelmsson, Critical Studies in Private Law, s. 56 ja 78.

²⁴³ Ks. yleisellä tasolla oikeusvarmuudesta, kappale 5.6.2, erityisesti kohta 2.

sa nähden sivulliset ovat sen sijaan yleensä sopimus- tai sitä vastaavassa suhteessa samaan henkilöön. Varallisuus oikeudessa puhutaan vakiintuneesti *sivullissuhteista* ja *sivullissuojasta* näitä oikeussuhteita sääntelevänä oikeussuojan muotona. Taloudellisessa vaihdannassa häiriötekijöitä ovat myös, jos *sivullinen hyötyy yksipuolisesti* varsinaisten sopimusosapuolten taloudellisesta toiminnasta tai jos osapuolet *vyöryttävät yhteistoimintaansa kuuluvia kustannuksia sivullisille* tai aiheuttavat toiminnan yhteydessä sivullisille vahinkoja. Edellistä, toiminnasta perusteetta hyötyvää sivullista voidaan kutsua *positiiviseksi sivulliseksi* ja jälkimmäistä sivullista, joka joutuu kärsimään osapuolten toiminnasta, voidaan kutsua *negatiiviseksi sivulliseksi*.²⁴⁴ Näiden sivullissuhteiden käsitteellisenä lähtökohtana voidaan pitää etiikassa vakiintuneita käsitteitä *vapaamatkustajista (free-riders)* ja *parasiiteista (parasites)*.²⁴⁵

Gauthierin oikeudenmukaisuusteoriassa, joka selkeästi kieltää sivullisten perusteettoman hyödyttämisen ja toisaalta myös sivullisten perusteettoman rasittamisen, sivulliset (*externals*) otetaan selkeästi ja johdonmukaisella tavalla huomioon. Oikeussääntöjen tulee tämän mukaisesti estää sivullisten perusteeton hyötyminen ja vaihdannan kustannusten perusteeton vyöryttäminen sivullisille (*rettribuutio*).²⁴⁶ Muutoin taloudellinen toiminta vääristyy ja markkinat vääristyvät, mikä johtaa sekä yhteisön että yksityisten jäsenten taloudellisten etujen väheneemiseen ja yksityisten oikeuksien syrjäytymiseen.

Lukuisissa tapauksissa lainsäädännössä on annettu säännöksiä, jotka sääntelevät tehdyn oikeustoimen sitovuutta suhteessa tiettyihin sivullishenkilöihin. Taustalla olevilla oikeudenmukaisuuden periaatteilla on tällöin merkitystä näiden säännösten tulkinnassa ja sääntelemättömissä tilanteissa. Säännökset voidaan varsin pitkälle selittää edellä mainittujen periaatteiden avulla. Esimerkiksi varallisuus oikeudessa laajasti noudatettavan *aikaprioriteettiperiaatteen (prior tempore potior jure)* mukaisesti samaa hyödykettä koskevat aiemmat oikeudet tai sitoumukset sitovat suhteessa myöhempiin samaa hyödykettä koskeviin sitoumuksiin.²⁴⁷ Tällä pyritään estämään, että esim. esineen myyjä voisi asiallisesti ottaen syrjäyttää perustamansa esinettä koskevan oikeuden myymällä esineen tai myymällä sen uudestaan. Kaupan ei tule tapahtua sivullisen kustannuksella. Sivullisten (aiemman ja myöhemmän oikeuden luovutuksensaajan) kesken kysymys on aiemman samaan esineeseen kohdistuvan oikeuden pysyvyydestä ja ristiiritaisten oikeuksien etusijasta. Näin ollen vallitsee todellinen *kollisiotilanne*.

²⁴⁴ Niklasson, s. 118 ja 126.

²⁴⁵ Ks. esim. Rawls, s. 267 ja Gauthier, s. 152.

²⁴⁶ Ks. Gauthier esim. s. 206, 223 ja 227.

²⁴⁷ Zitting, Saantosuoja, s. 15, 81 ja 152–155 ja Tuomisto, Tyyppipakosta aikaprioriteettiin, s. 56, 57, 60–61 ja 66.

Aikaprioriteettiperiaatetta ei kuitenkaan yleensä noudateta ehdottomana, vaan siitä voidaan poiketa esim. juuri esineen myöhemmän luovutuksensaajan hyväksi. Onhan mahdollista, että luovutuksensaaja ei ole tiennyt esinettä rasittavista aiemmista sivullisten oikeuksista, eikä rasituksia ole otettu huomioon kauppahinnassa. Jos tällöin luovutuksensaaja joutuu väistymään aiemman sivullisen oikeuden edessä, myyjä hyötyisi ostajan kustannuksella; jos taas aiempi sivullinen joutuu väistymään, myyjä hyötyisi hänen kustannuksellaan. Nämä epätasapainot on sinänsä helposti kompensoitavissa suoritusvirheopin ja vahingonkorvauksen avulla, mutta nämä ratkaisut eivät vielä anna perusteita ratkaista sivullisten, aiemman oikeuden saaneen ja luovutuksensaajan välejä. Vaikeamman kysymyksen muodostaakin *sivullisten oikeuksien yhteensovittaminen hyväksyttävällä tavalla*, joka kysymys on myös yleensä ratkaistava ensin. Aikaprioriteetin mukainen ratkaisu merkitsee aiemman sivullisen oikeuden säilyttämistä ja myöhemmän luovutuksensaajan hyvittämistä sopimusvastuun perusteella; ja aikaprioriteetista poikkeaminen merkitsee myöhemmän oikeuden pysyttämistä ja aiemman oikeudenhaltijan korvausoikeutta.

Poikkeaminen aikaprioriteetista ja luovutuksensaajan etujen suojaaminen edellyttävät yleensä hänelle asetetun selonottovelvollisuuden täyttämistä. Keskeinen lainsäädännössä omaksuttu tapa poiketa pääsääntöisestä aikaprioriteettiperiaatteesta onkin juuri *luottamuksen suojaaminen*.²⁴⁸ Jos esineeseen aiemmin oikeuden saanut on ollut passiivinen oikeutensa julkistamisen suhteen, voidaan luovutuksensaajan hyväksi ja aiemman oikeudenhaltijan vahingoksi tapahtuvaa ratkaisua pitää perusteltuna.

²⁴⁸ *Aikaprioriteetti- ja luottamuksensuojan periaatteet* painotetaan tällöin toisiinsa nähden siten, että edellinen, kun se on otettu lähtökohdaksi, on painavampana pääsääntöisesti ja lähtökohtaisesti sovellettava periaate, josta poiketaan lain osoittamissa tapauksissa ja erikseen osoitetuilla perusteilla. Luottamuksen suojaaminen merkitsee tällöin poikkeamista aikaprioriteetista ja ns. *ekstinktiota*.

Eräissä tapauksissa lähtökohtana ei kuitenkaan ole aikaprioriteetti vaan ns. *sitomattomuusperiaate*, ensisijaiseen asemaan asetetun, vahvemman oikeuden pääsääntöinen etusija aikaprioriteetista riippumatta. Tällä on merkitystä erityisesti kiinteistöoikeudessa ja esineen ainesosia koskevissa kollisiotilanteissa. Tästä periaatteesta voidaan puolestaan poiketa erityisen sitovuusperusteen, esim. sivullisen tietoisuuden perusteella (esim. vuoden 1994 uuden maakaaren 3:8). Vanhan, vuoden 1734 lain maakaaren aikana sitomattomuusperiaatteella oli huomattavasti laajempi sovellutusala. Ks. *Zitting*, Sivullissuojasta varallisuus-oikeudessa, s. 43 ja *Kartio*, Esineoikeuden perusteet, s. 219.

Uudessa kiinteistöoikeudessa luottamuksen suojan periaate ilmenee selkeästi kiinteän omaisuuden, erityisten oikeuksien ja panttioikeuden saajan *saantosuojassa*. Luottamuksen suoja on lisäksi kytketty *kiinteistökirjan* (lainhuuto- ja kiinnitysrekisterin) *julkiseen luotettavuuteen*. Uuden maakaaren 13:4:n mukaan saantosuoja myönnetään, jos luovutuksensaaja on vilpittömässä mielessä luottanut luovuttajan nimissä olevaan lainhuutoon. Ks. myös MK 14:7.3 ja 17:11.1. *Niemi*, Esineoikeuden keskeiset periaatteet ja uusi maakaari, s. 285–287, 302 ja 305.

Luottamuksensuojan periaatteen kohdalla voidaan myös todeta, että vakiintunut lainopillinen terminologia ei viittaa periaatteilla *Dworkinin* käsitteistön mukaisesti vain oikeuksiin vaan myös tavoitteisiin, myös selkeästi kollektiivisiin tai utilitaristisiin tavoitteisiin. Esim. juuri luottamuksen suojaamista voidaan perustella luovutuksensaajatahon oikeuksilla, mutta ennen kaikkea se oikeuteen ns. *vaihdannan edun* eli kansantaloudellisella argumentilla.²⁴⁹

Viime kädessä kuvatulnaisissa kollisiotilanteissa sivullisten kesken kysymys on *vaihdannan kohteena olevan varallisuuden rationaalisesta ja oikeudenmukaisesta jakamisesta ristiriitatilanteessa ja niukkuuden vallitessa* (distributiivinen tavoite). Sivullisten vaatimukset ovat toisensa poissulkevia. Ensivaiheessa sivullisten kesken peli on esineeseen kohdistuvien oikeuksien nolla-summa peliä, jossa toisen hyöty on toisen tappio. Tämän takia ratkaisutkin ovat yleensä joko/tai-tyyppisiä. Toisessa vaiheessa kysymys on yleensä ensivaiheessa hävinneen sivullisen ja hänen sopimuskumppaninsa välisen epätasapainon kompensoinnista. Pelin toinen vaihe merkitsee tasapainoa palauttavien saamisoikeuksien vahvistamista, joihin liittyy myös riski maksuvelvollisen maksukyvyttömyydestä. Tilanne muistuttaa näin ollen insolvenssioikeuden periaatteita, joiden mukaan tappioita jaetaan velkojien kesken maksukyvyttömyystilanteessa, mutta jossa myös velallisen edut otetaan huomioon.²⁵⁰

Keskeinen osa sivullissuhteita ovat myös oikeustointen osapuolten ja heidän *velkojiensa* väliset oikeussuhteet. Näissäkin keskeisenä lähtökohtana on periaate, että oikeustoimia ei saa tehdä siten, että sivulliset eli tässä tapauksessa velkojat joutuvat kärsimään menettelystä. Velkojan ja velallisen kesken muodostuu suojattu oikeussuhde, kun saaminen syntyy, ja näin ollen velkojalla on myös erityinen oikeussuojan tarve ja velallisen on pidättäydyttävä velkojan etua vahingoittavista toimista esim. vähentämällä veloista vastaavaa varallisuuttaan. Maksukyvyttömyystilanteessa velkojille syntyy perusteltu ja suojattava intressi

²⁴⁹ *Zitting*, Omistajanvaihdoksesta, s. 120, 123 ja 129 ja *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, alk. s. 270.

²⁵⁰ Kysymys ei ole vain velkojien perustellusta intressistä suhteessa velallisen varoihin ja mahdollisten tappioiden jakamisesta oikeudenmukaisella tavalla velkojien kesken. Kohtuullisuus myös velallisen kannalta ja sen yhteensovittaminen velkojien etujen kanssa on otettava huomioon. Velallisen suojan velkojatahon oikeuksien rajoituksena ottavat selkeästi huomioon lait *yksityishenkilön velkajärjestelystä* ja *yrityssaneerauksesta*. Velkajärjestelylaki antaessaan suojaa perusturvaan luettavalle omaisuudelle, erityisesti omistusasunnon suojan osalta 5.2, 29, 30, 32 ja 33 §:ien mukaisesti ottaa varsin pitkälle huomioon myös velallisen intressit maksukyvyttömyystilanteessa. Ks. *Niemi*, Havaintoja omistusasunnon suojasta yksityishenkilön velkajärjestelyssä, s. 721 ja alk. s. 726. Menettelyt voidaan oikeuttaa myös selkeillä yhteisön edun mukaisilla (utilitaristisilla), myös tässä tapauksessa kansantaloudellisilla perusteilla. Viimeksimainitusta ks. *Kilpi*, s. 105.

suoraan velallisen varallisuuden suhteen, mikä oikeuttaa velkojien puhevallan myös velallisen sopimuskumppaneita kohtaan.

Insolvenssimenettelyihin liittyvä *takaisinsaanti*-instituutio on selkeä ilmaus velkojien suojaamisesta, kun oikeustoimien avulla pyritään siirtämään velallisen omaisuutta pois velkojien ulottuvilta. Sopimuskumppanit toimivat sivullisten eli tässä velkojien vahingoittamiseksi tai tarkoituksella hyötyä heidän kustannuksellaan.²⁵¹ Oikeudenmukaisuuden periaatteet osoittavat tämän takia oikeutetuksi varallisuuden palauttamisen velallisen pesään.

Palauttaminen ei ole kuitenkaan mikään ehdoton asia, vaan vastaavalla tavalla kuin sopimusten sitovuuden kohdalla palauttamisesta voidaan poiketa, kun aineellinen oikeudenmukaisuus edellyttääkin toisenlaista ratkaisua. Vaikka takaisinsaanti-instituutiota voidaan sinänsä pitää poikkeamisena oikeustoimien tavanomaisesta sitovuudesta, on takaisinsaanti itsessään korostetun muodollinen ja *kaavamainen* instituutio tarkkoine takaisinsaantiaikoineen, jonka soveltaminen voi johtaa yksittäistapauksissa aineellisen oikeudenmukaisuuden kannalta epätydyttäviin lopputuloksiin esim. palautusvelvollisen luonnollisen henkilön heikon taloudellisen aseman takia. Vaikka laissa osoitetut takaisinsaannin edellytykset ovat käsillä, voidaan niistä kuitenkin poiketa, mikäli palauttaminen johtaa kohtuuttomuuteen. Tämän takia velallisen sopimuskumppanin palautusvelvollisuutta voidaan painavasta syystä *sovitella*. Palautusvelvollisuutta voidaan alentaa tai poistaa se kokonaan.²⁵² Takaisinsaannin kohdalla sovittelu merkitsee korostetusti siirtymistä kaavamaisesta säännön soveltamisesta kaikki seikat huomioon ottavaan *kokonaisharkintaan*.²⁵³ Asiallisesti ottaen sovittelu tapahtuu tällöin *sivullisten kesken*, vaikka palautus muodollisesti tapahtuukin velallisen pesään. Tämän takia sovittelu tässä tapauksessa poikkeaa merkittävällä tavalla normaalista oikeustoimen sovittelusta.²⁵⁴

Takaisinsaannin osalta laissa itsessään on jo otettu huomioon mahdollisuus poiketa muutoin pääsääntöiseksi edellytetyistä menettelyistä. Sääntö on myös yleisluonteinen, koska kaikkia mahdollisia poikkeustilanteita ei ole mahdollista luetella etukäteen. Säännöksen olemassaolo ilmaisee samalla yleisen tarpeen ja mahdollisuuden poiketa kaavamaisista lain säännöksistä silloin, kun painavat syyt sitä puoltavat (epieikeia). Yksittäistapauksissa voidaan päätyä lain sanamuodon

²⁵¹ Laki takaisinsaannista konkurssipesään 5.1 § ja *Tuomisto*, Takaisinsaannista, s. 1.

²⁵² Laki takaisinsaannista konkurssipesään 22 §. *HE 1990:102*, s. 24, 70 ja 71. Ks. *Tepora*, Siviilioikeuden perusteet ja »sosiaalinen esineoikeus», erit. s. 30 (15) ja *Tuomisto*, Takaisinsaannista, s. 196.

²⁵³ Ks. *Havansi* Suomen konkurssioikeus, ja s. 281 ja 328.

²⁵⁴ Perinteisesti sovitteluun sivullisten eli muiden kuin oikeustointen osapuolten kesken on Suomessa suhtauduttu systemaattisista syistä pidättyvästi. Ks. *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 338 ja *Kangas*, Lahja, s. 343.

vastaisiin tulkintoihin, joten periaatteellista estettä sovitteluun myös tapauksissa, joissa asiasta ei ole nimenomaista säännöstä, ei pitäisi olla. Sovittelumahdollisuutta yleisenä periaatteena sivullissuhteissa voidaan puoltaa myös sillä, että muualla uuteen lainsäädäntöön on tulossa sovittelusäännöksiä.²⁵⁵ Sovittelun alan laajentaminen edellyttää kuitenkin tulkinta-asenteiden liberalisointia. Kysymys liittyy tältä osin edempänä käsiteltävään kysymykseen sääntöjen kaavamaisuudesta.

Vastaava funktio kuin takaisinsaannilla on selkeästi myös ns. *varsinaista velkojen sivullissuojaa* koskevilla säännöksillä, joissa esim. juoksevan velka- tai osakekirjan luovutuksissa väärin päivättyjen tai valeoikeustoimien ehkäisemiseksi vaaditaan *oikeustoimen julkistamista* joko arvopapereiden hallinnan luovuttamisen tai osakkeiden luovutuksen rekisteröinnin (kirjauksen) avulla. Luovutuksensaajan kannalta kysymys on hänen *vaihdantasuojastaan*.²⁵⁶ Tällöin esim. ulosmittaus- tai konkurssitilanteessa luovutuksensaaja ei voi vedota luovutussitoutumukseen velkoja kohtaan, jos vaihdantasuojalle asetetut edellytykset eivät ole täyttyneet. Maksukyvyttömyystilanteessa luovutusta voidaan pitää velkojaan nähden perustellusti näennäisenä tai keskeneräisenä, jos arvopapereiden hallinta on edelleen myyjällä tai ostaja ei rekisteröi nimiinsä saamiaan osakkeita. Luovuttajan velkojan välitöntä intressiä ja sen suojaamista luovutetun omaisuuden suhteen voidaan tällöin pitää oikeutettuna. Velkojat voivat eräissä suhteissa luottaa, että velallisen nimissä tai hallinnassa oleva omaisuus kuuluu hänelle ja näin ollen vastaa myös velallisen sitoumuksista. Sama merkitys on myös lahjan täyttämisaikavaihtelulla irtimen lahjassa. Täyttäminen toteutuu yleensä tradeerauksen tai kirjauksen avulla.²⁵⁷

²⁵⁵ 1.1.1997 voimaan tulevan uuden maakaaren 3:3.2:n mukaan kiinteistön ostajan korvausvelvollisuutta ns. oikealle omistajalle kiinteistön arvon alenemisen johdosta voidaan sovitella, jos sen maksamista olosuhteisiin nähden pidetään kohtuuttomana. Samoin uuden maakaaren 3:4.1:n mukaan oikean omistajan on suoritettava *kohtuullinen* korvaus ostajalle tarpeellisista kiinteistön hoito- ja eräin edellytyksin hyödyllisistä kustannuksista, jotka ovat lisänneet kiinteistön arvoa. HE 1994/120, s. 67.

Tilanteen voidaan näin ollen sanoa muistuttavan aikaa ennen oikeustoimilain 36 §:n säätämistä, jolloin Suomessa pohdittiin oikeustoimen sovittelun asemaa yleisenä periaatteena ja mahdollisuutta sovitteluun ilman erityisen säännöksen tukea. Tästä keskustelusta ks. *Norri*, s. 126–135, *Taxell*, *Avtal och rättsskydd*, s. 159, *Aho*, Näkökohtia oikeustoimien kohtuullistamisesta, s. 530 ja 531 ja *HE 1981:247*, s. 5 ja 6.

²⁵⁶ Velkakirjalaki 22.1 §, osakeyhtiölaki 9.1 § ja laki arvo-osuustileistä, 6.1 ja 26.1 §.

Arvopaperi- ja arvo-osuus oikeudessa *traditiolla* on vaihdantasuojan suhteen ratkaiseva asema, mutta kiinteistöoikeudessa ja irtainten esineitten suhteen voimassa oleva oikeus on selkeämmin ns. *sopimusteorian* kannalla. Vaihdantasuoja kytkeytyy sitovaan sopimukseen, ei tradeeraukseen. UL 4:9, 4:10 ja 4:26 (lainmuutosten 551/95 jälkeen). *HE 1994:120*, s. 145 ja *Zitting*, *Sivullissuojasta varallisuus oikeudessa*, s. 87, 89 ja 90.

²⁵⁷ Lahjanlupauslaki 1–3 §.

4.6 Puolueeton näkökulma

4.6.1 Lainopillisen tiedon objektiivisuus

1. Lainopin näkökulma. Merkittävä osa *Rawlsin* oikeudenmukaisuusteoriaa on tapa, jolla tietämättömyyden verhon avulla yhteisön itsesääntelytilanteessa noudetaan yksilöiden intresseistä yhteisön tasolle ja samalla voidaan saavuttaa puolueeton näkökulma. Konstruktiio perustuu kuitenkin sekä yksityisten etujen suojaamiseen että yhteisön tasolla olevien tavoitteiden huomioon ottamiseen. Vaihdamme tasolla puolueeton näkökulma ja sen mukaiset oikeudenmukaisuuden periaatteet pyrkivät sovittamaan yhteisön jäsenten oikeudet ja edut toisiinsa. Puolueeton näkökulma on samalla ilmaisu *objektiivisuudesta* ja sen edellyttämisestä. Objektiivisuus ja yhteisön taso ovat tässä suhteessa ekvivalentit käsitteet. *Rawlsin* teoria ei ota pelkästään huomioon yhteistoiminnassa mukana olevien ja siihen välillisesti liittyvien sivullisten etuja ja oikeuksia, vaan myös yleisen edun näkökulman oikeudenmukaisuuskysymykseen. *Gauthierin* näkökulma on selkeästi suppeampi niin kuin edellä on jo havaittu.

Juuri näin konstituoidun puolueettoman näkökulman voidaan tulkita muodostavan lähtökohdan eli *Arkhimedeen pisteen*, jota *Rawls* painottaa ja joka on oikeuden kannalta tärkeä ja hedelmällinen tieto-opillinen käsite.²⁵⁸ *Arkhimedeen* piste ei tässä ilmennä absolutismia, vaan se ilmaisee moraalissa ja oikeudessa perustavaa laatua olevan *objektiivisen näkökulman* ja *rationaalisen menettelytavan*, jolla voidaan tuottaa oikeutettua tietoa yhteisön normeista. Tämän näkökulman avulla sopimusopin mukainen lähestymistapa voidaan tulkita *lainopilliseksi tietoteoriaksi*. Kysymys on tällöin sisällöllisestä tavasta argumentoida ja tulkita. Sopimusoppi pyrkii tarjoamaan *aineelliset oikeudenmukaisuuden periaatteet*, jotka nähdään keskeinä lähtökohtina sellaisessa yhteisössä, joka täyttää pääpiirteissään sopimusopin edellyttävät kriteerit. Silmällä pidetään vain länsimaista oikeus- ja hyvinvointivaltiota normaaliolosuhteissa, mitä pidän adekvaattina ja myös välttämättömänä rajauksena lainopin kannalta. Tiivistäen: *Tieto oikeuden periaatteista ja säännöistä ymmärretään yhteisön yhteiskuntasopimuksen mukaisen normiston reflektointina*.

Oikeussääntöjen edellytetään perustuvan sopimusopin osoittamiin oikeudenmukaisuuden periaatteisiin. Toisaalta periaatteiden hyvyys riippuu niiden sääntöjen hyväksyttävyydestä, joita niistä johdetaan. Tämä tarjoaa samalla kiinnekohdat *kritiikille*. Yhtäältä voidaan osoittaa yksityiskohtia, esim. säännöksiä, en-

²⁵⁸ *Rawls*, s. 261 ja 584.

nakkopäätöksiä tai kirjallisuuden tulkintoja, jotka eivät ole yhteensopivia oikeudenmukaisuuden periaatteiden kanssa. Toisaalta periaatteita voidaan arvioida, modifioida ja painottaa seuraamustensa perusteella. Harkinta liikkuu silmiinpistävällä tavalla *kehässä*. Juuri tämä kehä on hedelmällinen ja keskeinen *eettisen koherentismin* kannalta.

Sekä wittgensteinilaisella että sopimusopin mukaisella konventionalismilla on tärkeänä tietoteoreettisena implikaationa *heikko tai suhteellinen objektivisismi*.²⁵⁹ Objektivisismi on suhteellista, koska se ei edellytä *absolutismia*. Objektivisuus ymmärretään tässä heikossa ja tavanomaisesta oikeusteoreettisesta diskurssista poikkeavassa merkityksessä juuri sen takia, että se voidaan erottaa absoluuttisuudesta ja jotta objektivisuudesta voidaan puhua yhteisön puitteissa. Tärkeää on myös, että heikko objektivisuus sallii tiedon suhteellisuuden ja epävarmuuden.²⁶⁰

Kieltä ja sen käsitteitä koskevassa konventionalismissa keskeistä on käsitys oikeista merkityksistä. Ilman objektivisuutta ei voida puhua käsitteiden oikeista tai vääristä merkityksistä ja oikeasta ja väärästä tavasta käyttää kieltä. Toisaalta olennainen seikka on, että oikeat merkitykset ovat myös yhteisö- ja elämänmuutosidonnaisia.²⁶¹ Objektivisuus on objektivisuutta vain tietyssä aikana ja suhteessa elämänmuotoon ja yhteisöön, jonka kielestä ja traditiosta on kysymys. Myös oikeuden normien voidaan sanoa olevan *yhteisössä objektivisia*, mutta ei absoluuttisia niin kuin *Kant* näyttää ajattelevan kategoristen imperatiivien ja *Dworkin* oikeudenmukaisuuden periaatteiden osalta.²⁶² Vastaavasti lainopillisen tiedon intersubjektivisuus merkitsee samaa kuin objektivisuus. Kysymys on yksinkertaisesti kieltä ja normeja koskevan sopimuksen sisällöstä tietyssä hetkenä tietyssä yhteisössä. Vahvempaa objektivismia tämä konventionalismin muoto ei sen sijaan edellytä.

Myös sopimusopin mukainen konventionalismi rakentuu objektivismiin vaaraan. Analogisesti edellä mainitun kanssa *tieto yhteisön normeista on tietoa näitä normeja koskevasta sopimuksesta tietyssä hetkenä tietyssä yhteisössä*. Sopimus tarkoittaa tällöin yhteisössä vallitsevaa yhteisymmärrystä normeista, jotka se on omaksunut mm. positiivisen oikeuden muodossa. Säädösten edellytetään perus-

²⁵⁹ Metafyysisiä objektivisuuskäsityksiä ei tässä pidetä lainkaan vakavasti otettavina vaihtoehtoina.

²⁶⁰ Relatiivisuus ei implikoi objektivisuuden kieltoa. *Jareborg*, *Värderingar*, s. 230.

Ks. *Aarnio*, joka näyttää hahmottavan objektivisuuskysymyksen toisin ja lähtevän normatiivisten ja arvostavien lauseiden subjektivisuudesta. *Aarnio*, *Juridisen tutkimuksen näköaloja*, s. 381.

²⁶¹ Vrt. *Renton* omaksuma *kontekstisidonnainen arvonäkemyk*, joka myös implikoi relatiivista objektivisuutta. *Rentto*, s. 95–99.

²⁶² Ks. *Michael Moore*, s. 845 ja *Raz*, *Ethics in the Public Domain*, s. 273.

tuvan varsinaiseen yhteiskuntasopimukseen, tai se voidaan myös tulkita sen osaksi. Yhteiskuntasopimuksen ala voidaan näin ollen määritellä suppeassa eli varsinaisessa tai laajassa merkityksessä. Puolueeton näkökulma pyrkii puolestaan osoittamaan tavan, jolla tietoa tästä normistosta hankitaan.

Lainopilliselta tiedolta edellytetään myös objektiivisuutta kuvatussa merkityksessä. Subjektivisuusvaihtoehto johtaisi koko lainopillisen tiedon kieltämiseen. *Tieto on objektiivista*, koska oletetaan, että se ei ole subjektiivista, vaan vapautettu partikulaarisista intresseistä, ja *kun se on yleisellä eli yhteisön tasolla*.²⁶³ Tässä omaksutaan näin ollen Rawlsin määritelmän mukainen *konstruktivistinen* objektiivisuuskäsite. Tältä pohjalta objektiivisuudelle voidaan asettaa viisi kriteeriä: Objektiivisuus edellyttää lauseelta yleisesti käytettyä käsitteistöä ja päätelytapaa, pyrkimystä hyvin perusteltuun johtopäätökseen, ennalta määrättyjä kriteerejä ja järjestystä argumenteille, selkeää eroa suhteessa individuaaliseen näkökulmaan ja että objektiivisuuden käsite ja kriteerit ovat yhteiset järkeville henkilöille.²⁶⁴

Tarkalleen ottaen *lainopilliselle argumentoinnille asetetaan mainitut kvaifiointit*. Tiedon objektiivuus ja sen *aste* perustuu näin ollen objektiivisiin ja julkisiin argumentteihin, yleisesti hyväksyttyyn päätelytapaan ja ennalta määrättyihin kriteereihin, joihin tiedon perusteluissa viitataan. Myös puhtaasti arvostuksiin viittaaminen voi olla objektiivista, kun se voidaan tehdä perustellusti esim. lain esitöihin viittaamalla. Kysymys on tällöin lakitekstiä selittävästä päämäärästä, periaatteista tai tulkintaohjeista osana lain tarkoitusta (*ratio legis*). Lainoppi ja oikeudellinen argumentointi edellyttävät käsitteellisesti objektiivisuutta. Voimassa olevasta oikeudesta ei voida myöskään puhua ilman objektiivisuusoletusta. Yhteisön tason lauseiden *palauttaminen* yksilöiden arvostuksiin merkitsee asiallisesti ottaen voimassa olevan oikeuden käsitteen hylkäämistä.²⁶⁵ Minäänlaiselle palauttamiselle ei ole myöskään tarvetta, vaan se on vahingollista.

²⁶³ Tähän tapaan myös Dworkin, *Law's Empire*, s. 175. Vrt. Kelsen, joka johtaa lainopillisen tiedon objektiivisuuden (säädösten) pätevästä antamisesta. Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 50.

²⁶⁴ Rawls, *Political Liberalism*, s. 110–112 ja 115.

²⁶⁵ Arvostusten samaistaminen tuntemuksiin johtaa puolestaan *emotivismiin* ja sen suurimpaan vaikeuteen eli hyvän tai oikean samaistamiseen johonkin olevaan, faktuaaliseen (naturalistinen virhepäätely) ja samalla hyvän tai oikean johtamiseen olevasta.

Ks. Jareborg, *Värderingar*, s. 228–230. Jareborgin myös objektiivisuutta puoltava lähestymistapa on lähellä tässä omaksuttua. Hän näyttää lähtevän yhteisen kielen pohjalta, jolla perusteella lauseita tai arvostelmia, sen enempää luonnontieteessä kuin lainopissakan, ei voida pitää subjektiivisina sen takia, että ne on välttämättä yksityisten ihmisten esittämiä. Ks. Aarnio, *On Legal Reasoning*, s. 118. Yhteinen kieli on kyllä intersubjektiivisen tiedon välttämätön mutta ei riittävä edellytys.

Palauttaminen merkitsee lauseen mielen ja aiheen muuttamista. Kärjistäen: Palauttaminen merkitsee tieteenalan vaihtamista tai hylkäämistä. Kun lainopin lauseet näyttävät lausuvan voimassa olevasta oikeudesta, ne myös »todella» lausuvat siitä.

Normitiedon objektiivisuus voi olla vain objektiivisuutta suhteessa tiettyyn yhteisöön tietynä hetkenä. Tieto edellyttää myös sisäistä näkökulmaa, yhteisön arvostusten sisäistämistä, eli tässä mielessä yhteisön ulkopuolelle ei voi asettua. Kriitikki voi perustua tiettyyn yhteisöön nähden ulkoapain tuotaviin argumentteihin, mutta ymmärtämiseen perustuva yhteisön sääntöjen tuntemus ei voi perustua ulkoiseen näkökulmaan.²⁶⁶

Objektiivisuudesta on erotettava kysymys *tiedon varmuudesta*, vaikka niiden välille voidaan hahmottaa myös käsitteellinen yhteys. Objektiivisuuden voidaan sanoa edellyttävän varmuutta, ja objektiivisuuden vahvuus on riippuvuussuhteessa varmuuden asteeseen. Varmuus riippuu puolestaan oikeuttamisen ja argumenttien uskottavuudesta. Muihin tieteisiin verrattuna lainopin varmuus on usein korostetun heikkoa. Tiedon epävarmuus ei ole kuitenkaan sellaisenaan peruste kiistää objektiivisuutta lainopissa, mutta se johtaa heikompaan objektiivisuuden käsitteeseen.

Edellytystä lainopillisen tiedon objektiivisuudesta voidaan puolustaa seuraavalla tavalla: Jos voimassa olevan oikeuden suhteen voidaan sanoa negatiivisesti, että »säännön sisältö ei varmasti ole näin», tai »näin ei varmasti ole», on itse asiassa varman tiedon avulla tunnustettu tiedon objektiivinen lähtökohta. Lauseessa ei ole esitetty subjektiivista näkemystä vaan väite voimasta olevasta oikeudesta. Objektiivinen näkökulma on lauseen välttämätön edellytys. Edellä mainittujen lauseiden kanssa ovat nimittäin ekvivalentit lauseet: »*Tiedän varmasti, että säännön sisältö ei ole näin*» ja »*tiedän varmasti, että näin ei ole*». Jos siis voidaan osoittaa normi tai esittää muu normatiivinen lause, joka on varmasti väärin (ehdoton epätotuus) ao. yhteisössä, on omaksuttu lähtökohdaksi objektiivinen tietokäsitys. Tällaisia lauseita aivan ilmeisestikin voidaan esittää.

²⁶⁶ Objektiivisuudesta ja absoluuttisuudesta ks. *Dworkinin* valaiseva pohdinta, *A Matter of Principle*, s. 171–177, erit. s. 174. Keskeinen *Dworkinin* argumentti on, että lauseille »*Orjuus on väärin*», »*On todella objektiivisesti niin, että orjuus on väärin*» ei voi tehdä mitään eroa. *Dworkinin* mukaan koko kysymys objektiivisuudesta on huijausta (*fake*). Vaikka *Dworkin* asettuu vastustamaan skeptikköä ja kiistää myös oman skeptisminsä, argumentti on analoginen suhteessa *Kantin* skeptiseen eksistenssiargumenttiin, jonka mukaan »*sata taalaria*» ei sano yhtään enempää kuin »*sata todellista taalaria*». Kant, *Reinen Vernunft*, B 627 ja ks. *Findlay*, s. 234 ja 235.

Subjektiivisuus, objektiivisuus tai totuusarvo ei vaikuta mitenkään lauseen intensionaaliin merkityssisältöön eikä se ole osa sitä. Johtopäätöslauseesta itsestään ei voikaan mitenkään päätellä näitä lauseelle mahdollisesti annettavia arvoja.

Olennaista on, että *objektiivisuus ilmenee paitsi lauseen sisältönä myös sen näkökulmana*, joka muistuttaa lauseen modalityettia. Objektiivisuus merkitsee myös puolueetonta näkökulmaa ja asennetta. Objektiivisuuden ja subjektiivisuuden ero moraalin ja lain osalta palautuu siihen, *kertooko lause yhteisön jäsenten yhteisestä ja heihin nähden annetusta merkitystraditiosta arvostuksineen eli yhteisöstä vai lausujan omista individuaalisista arvostuksista*. Näillä lauseilla on erilainen kohde ja mieli. Jos ero näiden kesken voidaan tehdä, eli viime kädessä, jos voidaan tehdä ero yhteisö- ja yksilötason välillä, voidaan myös tässä omakuttu objektiivisuuskäsitys hyväksyä.

Aarnio kritisoi objektiivisuusedellytystä, koska objektiivista kriteeriä ei voida osoittaa ja koska keskustelussa viimeiset perustelut ovat ei-rationaalisia ja yksilöllisiä. Hän näyttää kuitenkin edellyttävän vahvempaa objektiivisuuskäsitystä kuin mistä tässä on kysymys. Yhteisön arvoja hän näyttää pitävän *Westermarckin* tapaan joukkona yksilöllisiä arvostuksia, vaikkakin saman elämänmuodon puitteissa huomattavan yhdenmukaisena joukkona. Aarnio pitää rationaalista arvokeskustelua kuitenkin mahdollisena ja arvoja myös yhteisön tason asioina. Yhteisön kanta (*consensus*) muodostuu yksilön tekemän ehdotuksen, rationaalisen keskustelun ja ideaalisen auditorion enemmistön hyväksymisen kautta.²⁶⁷

Selkeämmin objektiivisuuden kiistämisen tekee *Mazzarese*. Koska objektiivisuuden kriteerejä ei ole, lainoppi on välttämättä joukko yksilöllisiä ja subjektiivisia valintoja. Hän selvästi katsoo objektiivisuuden edellyttävän yliyhteisöllisiä, absoluuttisia kriteerejä. Kuitenkin *Mazzarese* haluaa kieltää mielivaltaisuuden, epäloogisuuden ja epärationaalisuuden.²⁶⁸ Tällöin voidaan kysyä, kuinka esim. yhteisössä yleisesti hyväksyttävä säädös voi olla mahdollinen, eli kuinka se voi olla oikeutettu, ellei sen katsota edellyttävän konsensusta, joka kohdistuu säädöksen aineelliseen sisältöön ja tarkoitukseen. Oletan, että lakiteksti voidaan asettaa yhteisössä *objektiivisen lähteen* asemaan, se ei palaudu yksilöllisiin tai subjektiivisiin arvostuksiin vaan kysymys on objektiivisesta arvostuksesta yhteisössä eli *yhteisön arvostuksesta*.

Objektiivisuuden osalta voidaan todeta, että konventionalismin implikoima relativismi merkitsee, että yliyhteisöllisiä kriteerejä ei tarvita. Ylipäänsä tällaisten kriteerien edellyttäminen ei sovellu henkítieteisiin. Lähtökohtana on nimenomaisesti tiedon ja sen kriteerien suhteellisuus tosiasiallisiin yhteisöihin. Tiedon epävarmuus tai käytettyjen argumenttien yleispiirteisyys ei merkitse, että

²⁶⁷ Aarnio, On Legal Reasoning, s. 119 ja The Rational as Reasonable, s. 208–210 ja 226. Hän näyttää kuitenkin pitävän arvojen objektiivisuutta mahdollisena lähestymistapana. Ks. The Rational as Reasonable, s. 204 ja 220. Sama näkemys näyttää olevan *Peczenikillä*. Peczenik, On law and Reason, s. 232.

²⁶⁸ *Mazzarese*, s. 60.

näkökulma muuttuisi subjektiiviseksi. Kuvaus yhteisön normeista voidaan perustella myös lauseella »*Ottaen huomioon, että mainitut oikeuslähteet eivät anna lopullista vastausta, oikea vastaus/normisuositus on seuraavien arvostusten perusteella:...*» Lauseessa ei johtopäätöksenä lausuta henkilökohtaisista arvotuksista, vaan voimassa olevasta oikeudesta.²⁶⁹ Eri asia on, jos argumentin uskottavuus kiistetään. Argumenttina käytetään joko oletettua yhteisön omaksumaa arvostusta tai avoimesti arvostusta, jota lausuja suosittelee *yleistettäväksi* osaksi yhteisön arvostuksia. Lainopin lauseelle asetetaan vaatimus, että sen tulee pyrkiä refleктоimaan voimassa olevaa oikeutta, joka nähdäkseni voidaan erottaa subjektiivisesta lausumasta.

Subjektiivisen arvostuksen ja yhteisössä vallitsevan yleisen, objektiivisena pidettävän arvostuksen ero ei ole kuitenkaan ontologinen niin kuin *Popper* olettaa, vaan ero on näkökulmassa ja siinä, että nämä arvostukset ovat yksilöön nähden valmiina, yleisinä ja annettuina.²⁷⁰ Muutoin myöskään ajatus lähtökohtaisesti individuaalisen arvostuksen tai maksimiin *yleistämisestä* yhteisön yleiseksi normiksi ei olisi mahdollinen. Objektiiviset arvostukset voidaan oppia, omaksua ja hyväksyä, joten ne ovat yksittäisestä henkilöstä riippumattomia. Tämä ero näkyy erona lauseen näkökulmassa ja vetoamisena *objektiivisiin* arvostelman *kriteereihin*. Puolueettomuuden ja objektiivisuuden *uskottavuus* jää luonnollisesti riippumaan argumenttien ja päättelyn uskottavuudesta.

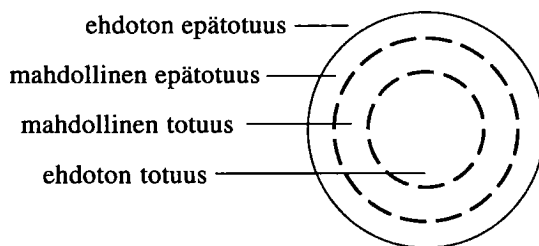
2. *Tiedon varmuus ja kognitivismi*. Jos tärkeimpiä oikeuslähteitä esim. kirjoitettua lakia argumenttina voidaan pitää yhteisössä objektiivisena, niihin perustuva tieto voi myös saavuttaa objektiivisuuden. Lainopin objektiivisuus on näin ollen objektiivisuutta samassa merkityksessä ja enintään siinä asteessa kuin on oikeuslähteiden objektiivisuus yhteisössä. Jäljempänä esille tuotavien syiden vuoksi kysymys ei ole kuitenkaan yleispätevästi ehdottoman oikeasta tiedosta, vaan *korkea-asteisen varmuuden mahdollisuudesta* yhteisön puitteissa.

²⁶⁹ Näin myös *Ekelöf*, *Rättegång I*, s. 60.

²⁷⁰ Ks. *Popper*, joka käyttää maailma 3:n kriteerinä Platonista määritelmää »*ideas in the objective sense*» *Objective Knowledge*, s. 154 ja alk. s. 156. Tässä näin ollen kiistetään *Popperin* maailma 2:n ja 3:n ero ontologisilla perusteilla. Ideat ovat ontologiselta statukseltaan samoja, eron muodostaa niiden subjektiivinen tai objektiivinen asema yhteisössä, joka ilmenee lauseen sisällön ja näkökulman erona. Objektiivinen arvostus on yhteisön arvostus ja subjektiivinen yksilön. Myös maailma 1:n ero 3:een *Popperin* kuvaamalla tavalla tulee kyseenalaiseksi, jos tunnustetaan olioiden tai muiden lauseen kohteiden konseptuaalinen eli konstruktiivinen luonne (kantilaisittain *noumenan* ja *fenomenan* ero) eli jos *Popperin realismi* kiistetään. Yhteinen pöydän käsite (intensio) kuuluisikin maailma 3:een ja vain sen ekstensio maailma 1:een. *Popper* määritteleeekin itsensä *metafyysiseksi realistiksi*. *Popper, Replies to my Critics*, s. 963. *Popperin realismi* onkin ilmeisessä ristiriidassa tämän tutkimuksen keskeisten lähtökohtien ja omaksutun *dualistisen ontologian* kanssa.

Aiemmin lausutun perusteella voidaan puhua ehdottomasta epätotuudesta ja vastaavasti mahdollisesta epätotuudesta ja positiivisesti mahdollisesta totuudesta ja ehdottomasta totuudesta tiedon aineellisina modaliteetteina tietyn yhteisön ja ajankohdan puitteissa. Ehdottoman totuuden käsite on kuitenkin lainopissa ongelmallinen tiedon epävarmuuden vuoksi. Lainopillisen tiedon epävarmuus selkeästi estää useissa tapauksissa selkeän rajauksen tekemisen mahdollisen totuuden ja ehdottoman totuuden välille. Nähdäkseni juuri tämän vuoksi lainopillisessa tekstissä tyypillisiä ovat epävarmuutta implikoivat lauseet.

Tyypillistä lainopillista tietoa ovatkin *ehdolliset ilmaukset* ja *normisuositukset*. Tämä koskee erityisesti kiperiä ja ylipäänsä kaikkia tulkinnanvaraisia tilanteita. Tämä ei kuitenkaan muuta lähtökohtana olevaa objektivismia, joka sallii tiedon epävarmuuden. Heuristisesti normilauseiden muodostamista voidaan kuvata seuraavalla tavalla: Argumenttien ja myös epävarmuutta implikoivien lauseiden avulla pyritään ensin *rajaamaan pois ehdottoman epätotuuden alue*, jolloin jäljelle jää mahdollisen totuuden alue (laajassa merkityksessä). Tämä alue sisältää tällöin mahdollisen epätotuuden, mahdollisen totuuden ja ehdottoman totuuden. Tätä aluetta pyritään edelleen supistamaan, ja *pyrkimyksenä on ehdottoman totuuden saavuttaminen*, eli mahdollisen epätotuuden ja mahdollisen totuuden rajaaminen pois. Eri asia on, onko lainopissa ehdottoman totuuden saavuttaminen käytännössä tai edes periaatteessa mahdollista. Pyrkimyksenä on kuitenkin mahdollisimman suuri varmuus. Tämä muodostaa lähtökohdan seuraavalle kappaleelle. Edellä kuvattua lähestymistapaa voidaan kuvata seuraavan kuvion avulla.²⁷¹



Kuvio pyrkii eksplikoimaan edellä kerrotun heuristisen käsityksen tiedonmuodostuksesta. Kuvio ei kuitenkaan pyri esittämään varsinaisesti aineellisia tiedon

²⁷¹ Ks. Niiniluoto, Johdatus tieteenfilosofiaan, s. 150. Kuvio on analoginen kaavioille yleiskäsitteen merkitysvyöhykkeistä (*meaning zones*). Ks. Aarnio, On Legal Reasoning, s. 304. Kuvio on analoginen myös Ekelöfin ja Peczenikin esittämälle kuviolle tulkintavoista, jossa sisimmän ympyrän muodostaa supistava tulkinta ja uloimman analogiatulkinta. Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, s. 27 ja Peczenik, Juridikens

esim. episteemisiä modaliteetteja, eikä se esitä niiden välisiä loogisia suhteita. Mahdollisen totuuden ja mahdollisen epätotuuden välinen raja on merkitty katkoviivalla, koska kategorista eroa niiden välille ei voida tehdä. Mahdollinen totuus on myös mahdollinen epätotuus. Jos tulkinnan esittäjä painottaa normilause-ehdotuksen (p) mahdollista totuutta ja epätotuutta punnittuaan niiden argumentteja esim. suhteessa 70/30 (samalla myös suhteessa muihin ehdotuksiin), välttääkseen epäjohtonmukaisuuden hän esittää tulkintasuosituksen tämän lauseen puolesta (p). Tällöin argumentin esittäjä sijoittaa johtopäätöksen mahdollisen totuuden vyöhykkeelle. Jos painotus tapahtuu päinvastoin, hän esittää toisenlaisen suosituksen ($\sim p \wedge r$, kun $\sim(p \wedge r)$) ja sijoittaa edellä mainitun johtopäätöksen p mahdollisen epätotuuden vyöhykkeelle.²⁷² Myös mahdollisen totuuden ja ehdottoman totuuden raja on merkitty katkoviivalla, koska mahdollisuus siihen, että henkilö voi esittää positiivisen ehdottoman totuuden, voidaan asettaa kyseenalaiseksi.

Käytännön lainopissa mahdollisen totuuden alue (laajassa merkityksessä) ei kuitenkaan ole kovin laaja, joten voidaan sanoa, että käytännössä tiedon epävarmuus ei ole niin suuri kuin miksi se käsitteellisesti näyttäisi muodostuvan. Lainopissa voidaan useimmissa tapauksissa lain säännösten ja ennakkopäätösten avulla osoittaa varsin tarkasti rajoitetut ja harvat vaihtoehdot, jotka tulevat kysymykseen, ja usein kirjoittajalla on myös perusteltu näkemys näiden vaihtoehtojen ensisijaisuudesta. Mahdollisen totuuden alue jää näin ollen käytännössä varsin kapeaksi verrattuna ehdottoman epätotuuden alueeseen. Tämä on selkeä kognitivismin puolesta puhuva seikka.

Varmuuden maksimointi edellyttää helposti monipolviesten valintojen tekemistä argumentoinnissa. Tällöin pyrkimys varmuuteen voi paradoksaalisesti johtaa »suurempiin virheisiin». Jos esim. korkein oikeus ennakkopäätöksessään päätyy myöhemmin toisenlaisiin valintoihin, voi johtopäätös poiketa huomattavasti aiemmin lainopissa esitetystä. Kysymys ei olekaan varsinaisesti virheestä vaan erilaisista mahdollisuuksista ja valinnoista niiden suhteen, joita progressiivinen

Metodproblem, s. 76. Moniarvo- ja modaalilogikan mahdollisuuksista kaksiarvologiikan asemasta ks. myös *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia, s. 250.

²⁷² Käytännön lainopissa tällaista matemaattista argumenttien painotusta ei yleensä tehdä, mutta yleisellä tasolla tällainen painotusmalli voidaan esittää. Painoarvojen numeeriseen muotoon saattaminen ei myöskään voi olla osa itse aineellista argumentointia, koska numeroarvot annetaan tehdyn painottamisen jälkeen. Malli voi sen sijaan auttaa itse argumentoinnissa siten, että tehtyä painotusta voidaan selkiyttää ja eksplikoida eli tuoda selvemmin näkyviin, myös argumenttoijalle itselleen. Ks. *Klami*, Juridisten argumenttien punnintamalli, alk. s. 1074.

Mainitualla epäjohtonmukaisuudella viitataan *episteemiseen kestäättömyyteen (indefensible)*. Ks. *Hintikka*, Knowledge and Belief, s. 79 ja tarkemmin kappale 5.1, kohta 3.

ja dynaaminen voimassa oleva oikeus tekee. Tämä osaltaan selittää pidättyvyyden johtopäätöksissä ja kirjallisuudessa joskus esitetyt monopoliset ehdollistamiset.

Etiikassa ja oikeusteoriassa objektiivista eli tässä omaksutun tulkinnan mukaisesti edellä kuvattua puolueetonta näkökulmaa on pidetty keskeisenä ja samalla ongelmallisena kysymyksenä. Käsitys siitä, että voi olla todellista lainopillista tietoa, joka perustuu aineelliseen argumentointiin ja viime kädessä yhteisön itselleen omaksumiin periaatteisiin ja sääntöihin, edellyttää välttämättä kuvattua puolueetonta näkökulmaa.

Tässä on omaksuttu heikko ja suhteellinen *kognitivistinen* näkemys lainopillisesta tiedosta, jonka mukaan voidaan puhua lainopillisesta tiedosta, ja myös tiettyssä merkityksessä tämän tiedon *totuudesta*. Nämä johtuvat edellä määritellystä objektiivisuudesta. Kysymys on kognitivismista, koska olettamuksena on, että lainoppi kertoo voimassa olevan oikeuden normistosta, siis yhteisöstä ja sen merkitystodellisuudesta. Lainopilla on selkeä *tiedonfunktio*. Tietokäsitys on kuitenkin *heikko*, koska lainoppi johtaa tuloslauseet oikeuttamalla ja esittää usein vain suosituksia. Kysymys ei ole kuvaamisesta tavanomaisessa merkityksessä. Totuuskysymystä on käsitelty jo aiemmin, ja totuuden on todettu olevan *institutionaalista, ei propositionaalista* eli ekstensionaalista.²⁷³ Tämä johtaa myös tavanomaisesta poikkeavaan kognitivismi-käsitykseen.

Samoin kuin objektiivisuuden osalta tarkoituksenmukaista ei ole luonnon-tieteiden filosofian terminologian suora soveltaminen, vaan *henkitieteitten ja antirealististen lähtökohtien* asettamien *ehtojen mukainen käsitteenmuodostus*. Kysymys ei ole kausaalisesta tietokäsityksestä eikä ns. teoreettisista lauseista vaan käytännöllisestä päättelystä laajassa merkityksessä.²⁷⁴ Objektiivisuus tai kognitiivisuus ei voi perustua mahdollisuuteen verrata lausetta johonkin annettuun, lauseen ulkopuoliseen olevaan sinänsä. Kysymys voi olla vain *johdonmukaisen päättelyn hyväksyttävyydestä*.²⁷⁵ Tämä puolestaan edellyttää mahdollisuutta yksimielisyyteen. Selvää on, että propositionaalinen totuuskäsitys ei sallisi kognitivistista näkemystä lainopista.²⁷⁶ On huomattava, että objektiivisuuden kieltämi-

²⁷³ Vrt. Weinbergerin *non-kognitivismi-* ja *subjektivismiteesit*, jotka ovat ilmeisen yhteen-sopimattomia hänen toisaalta omaksumansa käsityksen kanssa, että *laki* tiedon kohteena on *fakta*, osa sosiaalista todellisuutta. Weinberger, s. 114–117.

Weinberger torjuu kognitivismin, koska hän näkee non-kognitivismin ainoana vaihtoeh-tona absoluuttisille arvoille ja periaatteille. Asiallisesti ottaen hän torjuu käytännöllisen ajat-telun kognitivismin *loogisen empirismin* esittämin perusteluin. Kognitivismi on näin ollen hän-elle ahtaasti vain positivismin mukaista tietoa. Weinberger, s. 162.

²⁷⁴ Rawls, *Political Liberalism*, s. 116 ja 117.

²⁷⁵ Realististen suuntausten lisäksi tämä torjuu *intuitionismin* ja tätä kautta luonnonoikeu-delliset näkemykset. Ks. Rawls, *Political Liberalism*, s. 91, 92 ja 119.

²⁷⁶ Ks. Aarnio, *On Truth and Acceptability*, s. 35.

nen kokonaan tekee myös käsitteen subjektiivisuus merkityksettömäksi.

Selkeänä lähtökohtana tässä on myös tiedon *intersubjektiivisuus*, eli oletta-
muksena on ylyksilöllisen normatiivisen tiedon mahdollisuus osana yhteistä kie-
lallista merkitystodellisuutta. Objektiivisuus ja intersubjektiivisuus näyttäisivät
viittaavan tällöin eettiseen absolutismiin. Selvää kuitenkin on, että tieteenfilo-
sofian vakiintuneiden käsitteiden mukaisesti tässä omaksuttua tietoteoriaa vah-
vasti hallitseva konventionalismi johtaa siihen, että oikea konteksti on *maltilli-
nen relativismi*.²⁷⁷ Objektiivisuus ei päde suhteessa eri yhteisöihin tai yhteisöön
eri aikoina. Objektiivinen ja oikea tieto voi olla myös toisin.

Relativismin kategorian hyväksyminen edellyttää tässä kuitenkin eron osoit-
tamista vahvempiin relativismin muotoihin. Aiemin on jo torjuttu vahva *Wes-
termarckin* relativismi, koska se johtaa emotivismiin tai eettiseen solipsismiin.
Jos vahvaa relativismia seurataan johdonmukaisesti loppuun asti, joudutaan asial-
lisesti ottaen kieltämään lainopillisen tiedon ja ylipäänsä lainopin mahdollisuus
kokonaan. Lopputulos olisi näin ollen sama kuin *Hägerströmin* realismin ja
empirismin osalta.

Antirealistinen ontologia, joka tässä on selkeänä lähtökohtana, voidaan myös
suuremmitta ongelmitta yhdistää konventionalismiin ja maltilliseen relativis-
miin.²⁷⁸ Tiedon objektiivisuus ja ylipäänsä tiedon mahdollisuus ehdollistetaan
tässä hyvin vahvasti tiettyyn kontingenttiin yhteisöön ja sen omaksumiin arvoi-
hin ja normeihin eli yhteisön konventioihin.

Edellä annetut määritelmät eivät ole kuitenkaan tärkeitä eivätkä määrääviä,
vaan olennaisia ovat luonnollisesti itse lainopillisen tietoteorian edellytykset ja
ehdot. Tämän takia muodostuva lopputuloskaan ei välttämättä kaikilta osin kun-
nioita annettujen suuntausten ja »ismien» rajoja. Mielenkiintoisia yhteyksiä löytyy
nimittäin mm. *absolutistisiin* suuntauksiin. Eräs tällainen absolutistisen ajatte-
lun mukainen ja paljon huomiota herättänyt teesi on *Dworkinin moderni versio*

²⁷⁷ Harman, s. 3 ja Siegel, s. 429. Ks. myös Kelsen, s. 393 ja 394 ja Aarnio, Sananen »la-
kipositivismista», s. 283.

Nykyisen relativismin esikuvana pidetään *Protagorasta* ja hänen käsitystään ihmisestä kai-
ken tiedon mittana (*homo mensura* -teesi), josta *Sokrates* ja *Thaitetos* keskustelelevat *Plato-
nin Theaitetos* -teoksessa (alk. s. [152 a], s. 275).

Omaksuttu maltillinen relativismi voidaan nähdä analogisena mutta heikompana suhte-
sa *Einsteinin* suhteellisuusteorioiden implikoimalle relativismille. Kun lainoppi nähdään tässä
yhteisösidonnaiseen objektiivisuuteen perustuvana tieteenä, maltillisen ja suhteellisen kogni-
tivistisena, ei puhtaan volitatiivisena, ei analogiaan ole myöskään *Reichenbachin* mainitsemia
esteitä. Relatiivisuus vallitsee käsitteellisten systeemien välillä, ei systeemissä. Tässä omak-
suttu relativismi näyttää varsin hyvin sopivan filosofiseen relativismiin, jonka Reichenbach
luonnostelee *Einsteinin* fysiikan taustaksi. Reichenbach, s. 289 ja 294–296.

²⁷⁸ Sayre-McCord, s. [16].

ainoan oikean ratkaisun opista tai teesistä, jota tarkastellaan seuraavassa kapaleessa. Sen avulla pyritään samalla esittämään lisävalaistusta tässä omaksutun tietoteoriaan. Teesissä pidetään silmällä yleensä tuomioistuinten ratkaisuja, mutta samassa merkityksessä voidaan puhua myös *ainoasta oikeasta tulkinnasta tai tiedosta* lainopissa. Teesi ainoasta oikeasta ratkaisusta edellyttää nimittäin teesiä ainoasta oikeasta tulkinnasta tai tiedosta lain sisällöstä suhteessa annettuun tilanteeseen tai kysymykseen.

4.6.2 Ainoan oikean tiedon ja ratkaisun ongelma

Lähtökohtana on perinteinen ja tunnettu keskustelu ainoasta oikeasta ratkaisusta ja sen mahdollisuudesta.²⁷⁹ Yleensä sidotun ratkaisun idea ja oppi ainoasta oikeasta ratkaisusta on liittynyt *formalismiin*, Euroopassa muodollisuutta painottaviin lakipositivistisiin oikeuskäsityksiin, mutta *Dworkinin* kohdalla lähtökohdat ovat selkeästi toisenlaiset. Kun tätä kysymystä tarkastellaan lainopin tietoteorian kannalta, se näyttäytyy kysymyksenä *varmasta tiedosta*. Voiko olla varmaa ja absoluuttista tietoa tiettyyn lainopilliseen kysymykseen? Mielenkiinto kohdistuu tällöin ensisijaisesti muihin kuin ns. rutiiniratkaisuihin. Viimeksi mainittujen osalta näyttäisi, että niissä on kysymys varmasta tiedosta jo määrittelyn perusteella. Kuitenkin myös tämä johtopäätös voidaan suhteellistaa.

Laajemmin tämä johtaa myös kysymyksiin tuomioistuinten päätösten *virheellisyydestä*, ja johdonmukaisuuden vuoksi, myös virheellisistä säädöksistä. Dworkin olettaa, että tuomioistuimen ratkaisu, myös korkeimman oikeuden ratkaisu voi olla väärä, jos siinä on loukattu oikeusalamaisen ennen lakia olevia, *apriorisia oikeuksia*.²⁸⁰ Dworkinin kanta edellyttää ensiksikin, että nämä oikeudet eivät ole tulkinnanvaraisia. Kanta johtaa siihen, että myös säädös voi olla samalla perusteella väärä. Lainopin kannalta voimassa oleva oikeus voi olla tämän vuoksi eri kuin korkeimman oikeuden tai lainsäätäjän omaksuma kanta, tai kysymyksessä olisi ainakin »oikeampi» tai »parempi» voimassa oleva oikeus. Tältä osin Dworkinin näkökulma on sama kuin yleensä luonnonoikeuden piirissä.

Ongelmaa mainittujen ratkaisujen tai säädösten vääryydestä ei sen sijaan nouse, jos oppia ainoasta oikeasta ratkaisusta ei hyväksytä. Kysymys on tällöin siitä, että lainsäätäjä tai korkein oikeus on tulkinnut kansalaisten oikeuksia omak-

²⁷⁹ Sidotun ratkaisun idea ja oppi ainoasta oikeasta ratkaisusta on ollut keskeinen osa klassista valistusaatetta. *Montesquieu*lla se oli elimellinen osa oppia valtiollisen vallan kolmijaosta. *Montesquieu*, part I, book 6, erit. ch. 3. Ks. *Aarnio*, Laintulkinnan teoria, s. 223.

²⁸⁰ *Dworkin*, Taking Rights Seriously, alk. s. 118.

sumallaan tavalla eli eksplikoinut yhteisön kannan ao. oikeuksista, jolloin tiedollisesti olettamusta paremmasta mahdollista tulkinnasta ei voida tehdä.²⁸¹ Päinvastoin lainopin harjoittajan voidaan sanoa omaksuneen virheellisen kannan voimassa olevan oikeuden suhteen, jos hän ei hyväksy lainsäätäjän tai korkeimman oikeuden kantaa.²⁸² Lainopillinen tieto ymmärretään tällöin *tiedoksi yhteisön omaksumasta oikeudesta, ei ennen yhteisöä olemassa olevan oikeuden soveltamisesta yhteisössä*. Ainoastaan tarkoituksenmukaisuuskritiikki on tämän jälkeen mahdollinen tällä tasolla.

Edellisen perusteella oppi yhdestä ainoasta tiedosta tai ratkaisusta voidaan nähdä kahdessa eri ulottuvuudessa. Ensiksi sillä voidaan tarkoittaa *absoluuttisesti oikeaa tulosta* riippumatta säädöksistä ja muista muodollisista oikeuslähteistä, siis yhteisöstä riippumatta. Toiseksi voidaan kysyä mahdollisuutta ainoaan oikeaan tulkintaan säädösten ja muiden tavanomaisten lähteiden osoittamissa puitteissa. Tällöin kysymys on mahdollisuudesta *ainoaan oikeaan laintulkintaan* yhteisön oikeuden puitteissa.

1. *Ideaalihenkilön konstruktio*. Ennen Dworkinin teesin analyysiä on syytä tuoda esiin eräitä häntä edeltäviä teorioita amerikkalaisen etiikan piirissä, jotka tuovat ilmeistä lisävalaistusta Dworkinin lähtökohtiin. Absolutismin mukaisen tietoteoreettisen näkökulman, jossa on, yllättäen, eräitä yhteisiä piirteitä myös Rawlsin ja Gauthierin näkemysten kanssa, tarjoaa Firthin konstruktio *ideaalisesta havaittijasta (the ideal observer)*. Firthin lähtökohtana ovat absoluuttiset mutta dispositiiviset ilmaukset. Firth lähtee siitä, että relativismin myötä joudutaan ristiriitoihin. Hän torjuu myös eettisen subjektivismin ja solipsismin kieltämällä etiikan lauseiden palauttamisen yksittäisiksi mielipiteiksi.²⁸³ Firth olettaa, että lausuja pyrkii ristiriidattomaan systeemiin, jolloin edellä mainittujen lauseiden »ehdottomasti näin ei ole» omaksuminen johtaa siihen, että lausuja on pakotettu tietynlaisiin lauseisiin myös totuutena, jos hän ei halua joutua ristiriitaan. Puolueettoman näkökulman omaksuminen edellä pakottaakin hyväksymään Firthin kiellon palauttaa lauseet yksittäisten henkilöitten mielipiteiksi tai tuntemuksiksi.

Firthin tulkinta lauseiden dispositiivisuudesta on lainopin kannalta mielenkiintoinen. Hän näyttää olettavan, että väite tietystä arvo- tai normatiivisesta käsityksestä on ekvivalentti hypoteettisen lauseen kanssa, joka kertoo tietynlaisesti reaktioista. Firthin oletus on yhdenmukainen aiemmin mainittujen *Andersonin*

²⁸¹ Olettamuksena on, että ylikansallinen oikeuselin esim. eurooppaoikeuden lainkäyttöelin ei moi päätöstä, tai mahdollinen valtiosääntöuomioistuin ei muuta säädöstä. Tiedollisesti tilanne on ennen tällaisia mahdollisia väliintulevia tekijöitä.

²⁸² *MacCormick*, s. 173.

²⁸³ *Firth*, s. 318 ja 319.

kaavojen kanssa. Henkilö, jonka reaktiosta on kysymys, on mainittu ideaalinen havaitsija. Naturalistinen emotivismi voitaisiin korvata ideaalisella emotivismilla. Firth pitää mahdollisena, että ideaali havaitsija olisi myös ideaali tuomari. Hän kuitenkin erottaa selkeästi tuomarin ja tieteellisiä lauseita esittävien ideaalihenkilöiden hahmot toisistaan. Absoluuttinen näkemys kuitenkin edellyttää, että kaikki mahdolliset ideaaliset havaitsijat olisivat kaikista asioista samaa mieltä ja reagoisivat siis samalla tavalla. Hän näyttää myös omaksuvan naturalistisen näkemyksen, koska hän pitää absoluuttisia ja dispositiivisia lauseitaan myös empiirisinä. Empiirisyydellä Firth tarkoittaa kuitenkin samanlaista moraalin kokemista tradition kautta kuin esim. *Gadamer* tarkoittaa kokemuksella (*Erlebnis*). Eettiset lauseet eli moraaliset uskomukset voitaisiin tämän mukaisesti verifioida periaatteessa samalla tavalla kuin esim. luonontieteen lauseet, oikeuttamalla ne ja viittaamalla kokemuksen osoittamiin moraalisiin datoihin.

Mielenkiintoinen on myös Firthin argumentti, jolla hän mielestään onnistuneella tavalla torjuu vahvan relativismin. Todellinen erimielisyys ja usean henkilön välinen käsitysten ristiriita ei nimittäin olisi lainkaan mahdollista, jos relativismi tai emotivismi otetaan vakavasti.²⁸⁴ Ristiriita voi vallita vain systeemin sisäisesti. Väite, jonka mukaan eri henkilöt ovat eri mieltä tai tuntevat eri lailla, ei ole ristiriitainen. Vastaavasti myös todellinen yksimielisyys olisi mahdotonta, koska samansisältöinen käsitys ei voi olla sama tieto, vaan tässäkin tapauksessa satunnaisesti eri henkilöillä on samanlainen käsitys tai tuntemus.

Firthin ajatukset eivät sellaisenaan voi toimia lainopin tietoteoriassa, mutta niiden pohjalta voidaan tehdä edelleenkehittely, jonka mukaan ideaali havaitsija tarkoittaa yksinkertaisesti samaa kuin edellä omaksuttu abstrakti *puolueeton näkökulma*, jonka lainopin harjoittaja pyrkii tavoittamaan lainopillisessa argumentoinnissa. Lainoppinut pyrkii toisin sanoen saavuttamaan ideaalisen havaitsijan aseman ja tason. Ideaali emotivismi pitäisi myös korvata ideaalilla rationaalisuudella, ja lainopissa »empiirinen ja normatiivinen data» tradition ja oikeuslähdeopin mukaisilla oikeuslähteillä. Ratkaiseva ero Firthiin tulee kuitenkin siinä, että tässä ei omaksuta hänen absolutismiaan, vaikkakin hänen objektivisminsa antaa hyödyllisen lähtökohdan.

Firth määrittelee ominaisuudet, jotka ideaalilla havaitsijalla ovat. Hänellä on kaikki tarpeelliset tosiasiatiedot, joita absoluuttisten lauseiden muodostaminen edellyttää (*omniscient*), hänellä on täydellinen eläytymiskyky (*omnipercipient*), hän on täydellisen puolueeton (*disinterested*) partikulaaristen intressien suhteen, hän on tunteeton (*dispassionate*) siinä määrin kuin täydellinen eläytymiskyky ei sitä rajoita, hän on ristiriidaton (*consistent*) ja muuten normaali ihminen.²⁸⁵

²⁸⁴ Firth, s. 320–323, 325–327 ja 331.

²⁸⁵ Firth, s. 333–344.

Jos Firthin määrittelemää ideaalia havaitsijaa verrataan *Rawlsin* rationaalisen valinnan tilanteeseen, jossa periaatteiden valinnan tekevät henkilöt on asetettu tietämättömyyden verhon taakse, yhdenmukaisuus on helppo osoittaa. Molemmat ovat hyvin lähellä myös *Kantin* määrittelemää objektiivista lakiasäättävää tahtoa.²⁸⁶ Itse asiassa Rawls myöntääkin nämä yhteiset piirteet, ja hän myös määrittelee Arkhimedeeseen pisteen ideaalihenkilöksi.²⁸⁷

Myös *Gauthierin* sopimusoppiin sisältyy konstruktio ideaalihenkilöstä, joka tarkoittaa samaa kuin Arkhimedeeseen piste, ja jolla on samat ominaisuudet kuin Firthin ideaalilla havaitsijalla. Vastaavasti kuin Rawls myös *Gauthier* katsoo, että ideaalin henkilön täydellisyys ja rationaalisuus pakottaa hänet omaksuma *Gauthierin* osoittaman teorian oikeudenmukaisesta yhteistoiminnasta.²⁸⁸

Ideaalihenkilön tai Arkhimedeeseen pisteen tärkein merkitys lainopin kannalta on niiden suhde argumentointiin. Itse asiassa Firthin, Rawlsin ja *Gauthierin* kuvaamat *ideaalihenkilön ja ideaalisen valintatilanteen vaatimukset voidaan tulkita argumentoinnille asetetuiksi vaatimuksiksi*. Tämän takia Firthin ideaalin havaitsijan ominaisuusluettelolla on paljon yhteistä argumentaatioteorian piirissä esitetyille listoille argumentaatio säännöistä.²⁸⁹ Myös heidän todellinen intressinsä kohdistui ehtoihin, joiden vallitessa voidaan tuntea oikeat yhteisön normit. Kysymys on ehdoista, joiden vallitessa voidaan määrätä sopimusopin mukaisen yhteisön normit objektiivisella tavalla. Samalla vaatimukset ilmaisevat objektiivisen ja siten mahdollisesti toden lainopillisen tiedon kriteerit. Voidaan myös puhua ideaalisesta lainopin harjoittajasta, ja vastaavasti voidaan myös puhua ideaalista lainsäätäjistä tai tuomarista. Myös lainopin harjoittajan on tunnettava kaikki relevantti argumentti-aineisto ja ymmärrettävä myös toimintaa, jota sääntely koskee. Hänen on oltava eläytymiskykyinen ja empaattinen, hänen on oltava ehdottoman puolueeton suhteessa yksittäisiin etuihin, mikä merkitsee myös, että argumenttien on oltava yleisellä tasolla, hänen on vältettävä tunneperäisiä ratkaisuja ja oltava rationaalinen ja ristiriidaton. Vaatimus normaalista ihmisestä voidaan tulkita vaatimukseksi ns. terveestä järjestä (*common sense*) tai myös riittävistä elämänkokemuksesta. Viimeksi mainittu merkitsee kykyä tunnistaa relevantit kysymykset ja vaistoa sen suhteen, miten tietynlainen sääntely vaikut-

²⁸⁶ *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, [431].

²⁸⁷ *Rawls*, s. 262.

²⁸⁸ *Gauthier*, s. 233–235.

Kelsen erotteli selkeästi objektiivisen voimassa olevan oikeuden ja subjektiiviset moraaliset arvostukset toisistaan. *Razin* mukaan myös *Kelsen* tavoitteli eräänlaista objektiivisen henkilön, »lain miehen» (*legal man*) näkökulmaa lainopissa. *Raz*, *The Authority of Law*, s. 141 ja 142.

²⁸⁹ Ks. esim. *Alexyn* ja *Aarnion* listat argumentaatio säännöistä. *Alexy*, alk. s. 191 ja *Aarnio*, *The Rational as Reasonable*, alk. s. 196. Ks. myös *Aarnio–Alexy–Peczenik II*, alk. s. 263.

taa itse säänneltävässä toiminnassa. Annetut kriteerit toimivat samalla testinä esitetyille argumenteille ja niiden uskottavuudelle ja mahdollistavat myös niiden kritiikin.

Edellä esitetyt ideaalin henkilön tai havaitsijan ja puolueettoman näkökulman konstruktio tuovat nähdäkseni lisävalaistusta *Dworkinin* tunnetulle ja kiistellylle käsitteelle *Hercules-tuomarista*. Dworkin näyttää pyrkivän muodostamaan samanlaisen ehdottoman puolueettoman ja absolutistisen näkökulman ideaalihenkilön konstruktin avulla kuin *Firth*. Myös Hercules voidaan tulkita ideaaliargumentoinniksi ja viittaukseksi argumentointiperiaatteisiin.²⁹⁰ Dworkin ei kuitenkaan puhu ainoastaan objektiivisesta tai puolueettomasta näkökulmasta vaan vahvemmin *opista ainoasta oikeasta ratkaisusta*, joka voidaan tulkita väitteeksi mahdollisuudesta löytää paitsi objektiivinen myös ehdoton totuus. Ainoa oikea ratkaisu voidaan tulkita myös niin, että voidaan osoittaa yksiselitteisesti ja yleispätevästi paras mahdollinen ratkaisu.

Absoluuttisuus johtuu siitä, että Dworkin teesi näyttää oletavan, että ainoa oikea ratkaisu olisi olemassa myös *ylilyhteisöllisesti, universaalisti*. Oikea vastaus olisi löydettävissä ei ainoastaan tietyn yhteisön puitteissa ja tietynä aikana vaan samoilla perusteilla kaikissa yhteisöissä ja kaikkina aikoina.²⁹¹ Teesin ylyhteisöllinen ulottuvuus on selkeässä ristiriidassa tässä omaksutun konventionalismin ja relativismin kanssa, joten selvää on, että tätä ulottuvuutta Dworkinin teessissä ei tässä voida hyväksyä.²⁹² Dworkinin teesiä voidaan kuitenkin tarkastella rajoitetummin, jolloin voidaan esittää kysymys, onko lainopillisiin kysymyksiin oikeaa vastausta yhteisön puitteissa, siis ainoana oikeana tulkintana.

Dworkin eräs keskeinen lähtökohta *Taking Rights Seriously* teoksessa on, että hän kiistää tuomarilla olevan harkintavallan (*discretion*) vahvassa merkityksessään. Tämä on myös yksi keskeisiä lähtökohtia hänen ns. analyttisen oikeusteorian tai lakipositivismin kritiikissään. Vaikka oikeussäännöistä ei löytyisi suoraa ratkaisua, se ei merkitse, että tuomarilla olisi valta ratkaista asia ilman normatiivista sitovuutta, vaan tällöin hänen ratkaisuaan ohjaavat oikeusperiaatteet, jotka myös sitovat häntä oikeudellisesti, ja jotka perustuvat moraalien ilmaiseviin yhteisön perusarvoihin.²⁹³ Tältä osin Dworkinin kritiikki näyttää ennen kaik-

²⁹⁰ *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 265 ja ks. *Aarnio–Alexy–Peczenik II*, s. 269.

²⁹¹ *Aarnio*, *On Truth and Acceptability*, s. 43.

²⁹² Absolutismi ja aprioriset periaatteet ovat *Dworkinia* ja luonnonoikeudellisia oikeusteorioita yhdistävä piirre. Relativismi liittyy luontevasti positivismin ja konventionalismin, absolutismi taas luonnonoikeusteorioihin. Tämän takia *Kelsen* pitääkin luonnonoikeudellista käsitystä oikeusjärjestyksestä staattisena, kun taas positivismi näkee oikeusjärjestyksen dynaamisena. Ks. esim. *Finnis*, s. 33 ja 34. *Kelsen*, s. 396 ja 400.

²⁹³ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, s. 35, 38 ja 69. Ks. *Oker-Blom*, s. 290.

kea kohdistuvan lakipositivismille ominaiseen jakoon vahvasti ja heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin tämän jaon jyrkässä muodossa.²⁹⁴

Ratkaisua varten supertuomari Hercules joutuu hahmottamaan teoreettisen kuvan oikeusjärjestelmästä samalla lailla kuin tutkijakin, hän hahmottaa sääntöjen ja periaatteiden väliset suhteet ja hän myös erottaa virheelliset ennakkopäätökset virheettömistä. Dworkin ottaa myös huomioon mahdollisuuden, että on toinen tuomari *Herbert*, joka toimii lakipositivistisen mallin mukaan ja olettaa, että hänellä on todellista itsenäistä harkintavaltaa toimia omien henkilökohtaisten näkemystensä mukaisesti. Tämä perustuu siihen, että hän katsoo olevan vain sellaisia oikeuksia, jotka lainsäätäjä on erikseen osoittanut ja koska häntä sitovat vain lainsäätäjän määräykset. Selvää on, että Dworkinin mielestä Hercules päätyy parempiin ratkaisuihin kuin Herbert, koska Herculesta ohjaavat sääntelemättömissä kysymyksissä ja kiperissä tapauksissa oikeusperiaatteet.²⁹⁵

Myöhemmin Dworkin tarkentaa Herculeen toimintaa siten, että hän noudattaa tulkinnessa oikeuden *integriteetti-mallia*, jonka Dworkin määrittelee ideaalimalliksi.²⁹⁶ Tässä yhteydessä Dworkin asettaa Herculeen rinnalle tuomari *Hermes*, joka myös hyväksyy integriteetti-mallin mutta joka pyrkii laintulkinnassa ns. historialliseen tai subjektiiviseen tulkintaan eli selvittämään lainsäätäjän tahtoa.²⁹⁷ Tämän takia Hermes päätyy huonompiin ratkaisuihin kuin Hercules, joka käyttää objektiivista tulkintamenetelmää. Dworkin asettaa Herculeen selkeästi ideaaliksi tavallisille kuolevaisille ja erehtyväisille tuomareille.

2. *Dworkinin teesi*. Hercules- käsite voidaan sinänsä hyväksyä, kun se tulkitaan ideaaliksi, puolueettomaksi ja objektiiviseksi näkökulmaksi, jota sekä lainopissa että ratkaisutoiminnassa tulee tavoitella. Myös käsitys oikeusperiaatteiden sitovasta asemasta suhteessa tulkitsijaan tai ratkaisijaan voidaan hyväksyä. Toisaalta voidaan myös suoraan puhua argumentoinnille asetettavista vaatimuksista ja edellytyksistä. Käsitteellisesti tärkeää on kuitenkin huomata, että oikeusperiaatteiden sitovuuden hyväksyminen ei pakota hyväksymään oppia ainoasta oikeasta ratkaisusta. Edellinen ei implikoi jälkimmäistä.²⁹⁸

Voidaan odottaa, että Herculeksen tekemä ratkaisu on ainoa oikea ratkaisu, jos on mahdollista muodostaa absoluuttinen näkökulma, jota Hercules edustaa. Dworkin katsookin, että *usein* voidaan osoittaa vaikeassakin jutussa ainoa oikea ratkaisu. Toisaalta tämä kanta merkitsee myös, että aina ei voida osoittaa ainoaa oikeaa ratkaisua, vaan joissakin tapauksissa ainoaa oikeaa ratkaisua ei

²⁹⁴ Ks. *Hannu Tolonen*, Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä, s. 180 ja 181.

²⁹⁵ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, s. 105–107, 121, 125, 129 ja 130.

²⁹⁶ *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 239 ja 244. Integriteetti-mallista tarkemmin, ks. kappale 5.6.3, kohta 3.

²⁹⁷ *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 317.

²⁹⁸ *Peczenik*, *On law and Reason*, s. 232.

ole. Kysymys on nimenomaan asianosaiselle kuuluvan oikeuden ja tätä kautta ratkaisun löytämisestä. Oikeudet ovat olemassa ennen ratkaisua, eli niitä ei tehdä ratkaisuisa. Tällä Dworkin näyttää pyrkivän ratkaisemaan tuomioistuinten päätöksiin liittyvän *takautuvan vaikutuksen ongelman*. Epäselvissä tapauksissa näyttää siltä, että jälkikäteen päätetään, mikä aiemmassa tapahtumassa oli oikein ja väärin. Osalliset eivät siis voineet tietää velvollisuuksiaan, ja kuitenkin heitä pidetään vastuullisina. Tämä ei merkitse, että tavalliset tuomarit aina löytäisivät oikeudet täydellisesti ja että eri tuomarit tekisivät samanlaisen ratkaisun.²⁹⁹ Eri asia on, löydetäänkö se todellisissa ratkaisuisa. Dworkin siis pyrkii selkeästi erottamaan totuuden tiedon epävarmuudesta.³⁰⁰ Tämä implikoi myös kannan, jonka mukaan *usein on olemassa ainoa oikea tieto lain sisällöstä*, vaikka sitä ei aina käytännössä löydetäisikään, koska todellisessa elämässä ei ole Hercules-tutkijoita.

Ainoan oikean ratkaisun -opin yhteydessä pidetään silmällä yleensä *positiivista tietoa*, ei negatiivista. Edellä olemme todenneet, että usein voidaan sanoa hyvin suurella varmuudella, että voimassa olevan oikeuden mukaan »näin ei ole». Ainoassa oikeassa tiedossa tai ratkaisussa on näin ollen kysymys mahdollisuudesta edetä mahdollisen (väärän ja oikean) totuuden alueesta *ehdottoman totuuden* alueelle. Tämä muodostaa näkökulman aiheeseen myös tässä.

Dworkin ei itse asiassa näytä pitävän ainoan oikean ratkaisun teesistä kiinni varsinaisessa loogisessa tai tietoteoreettisessa merkityksessä. Dworkinin näkökulma oikeuteen ei ole *deskriptiivinen* niin kuin lakipositivisteilla vaan korostetun *normatiivinen*. Hän puolustaa teesin merkitystä tuomareiden toimintaa ohjaavana ideaalina, ja toisaalta hän pyrkii osoittamaan teesin kiellon haitalliset vaikutukset sekä tuomareiden työhön että yhteisössä laajemmin. Dworkin näyttää olevan huolissaan tuomioistuinten ratkaisujen legitimiisyydestä ja oikeusvarmuudesta. Jos lähtökohtana on, että ainoaa oikeaa ratkaisua ei ole, on hyvin vaikea tehdä ratkaisuja, joissa pyritäisiin parhaaseen mahdolliseen tulokseen. Olisi myös vaikea vaatia asianosaisia tyytymään oikeuden päätökseen, jos samalla todettaisiin, että muitakin yhtä hyviä ratkaisuja on. Sama koskee mainittua takautuvan vaikutuksen ongelmaa. Ei voi olla oikeaa vastausta kysymykseen, kenen tai minkä elimen tulkinta tai ratkaisu sitoo oikeusalamaisia, jos ei hyväksy oppia ainoasta oikeasta ratkaisusta. Toisin sanoen velvollisuus noudattaa esim. tuomioistuimen päätöksiä edellyttää tätä oppia. *Ainoa oikea ratkaisu onkin ratkaisu, joka vaatii itselleen asemaa ja oikeuttaa asemansa olla ainoa oikea ratkaisu.*³⁰¹

²⁹⁹ Dworkin, Taking Rights Seriously, s. 81, 279, 280.

³⁰⁰ Dworkin, A Matter of Principle, s. 120.

³⁰¹ Dworkin, Taking Rights Seriously, s. 282–285 ja Law's Empire, s. ix ja 373 ja MacCormick, Dworkin as Pre-Benthamite, s. 187.

Relativismin avoin myöntäminen murentaisi Dworkinin mukaan lain ja tuomioistuinten ratkaisujen legitimiisyyden. Dworkin edellyttää näin ollen myös yhteisöllistä pätevyyttä erityisessä normatiivisessa merkityksessä. Päätös, tulkinta tai ratkaisu on oikea, vain jos sitä pidetään pätevänä ajasta ja yhteisöstä riippumatta.³⁰²

Dworkin näyttää vetoavan myös tuomioistuinten ratkaisupakkoon, kun hän puolustaa oikeudellisten käsitteiden kaksiarvoista käyttöä sillä, että ratkaisun tekeminen edellyttää kaksiarvoisuutta. On valittava esim. pätevän tai epäpätevän sopimuksen välillä. Vasta-argumentti, että totuuden ja epätotuuden lisäksi on kolmas vaihtoehto, ei siis hänen mielestään päde.³⁰³ Dworkinin lähtökohta on näin ollen myös lauselogiikan mukainen kaksiarvologiikka eli bivalenttisuus.

3. *Opin eri versiot.* Aarnion esitykseen perustuen voidaan ainoan oikean ratkaisun opissa erottaa kolme erivahvuista versiota.³⁰⁴

1. Vahvimman version mukaan oikeudellisessa tulkinta- tai ratkaisutilanteessa on aina olemassa oikea vastaus tai ratkaisu ja se voidaan aina löytää.
 2. a. Edellistä heikomman version mukaan oikea vastaus on usein olemassa ja se on mahdollista löytää, mutta käytännössä sitä ei aina löydetä.
 - b. 2-version heikomman tulkinnan mukaan usein on olemassa paras mahdollinen vastaus, ja se voidaan esittää, mutta käytännössä sitä ei aina löydetä.
 3. Edellisiä vielä heikomman version mukaan oikea/paras mahdollinen vastaus on ideaali, jota ei voi saavuttaa, mutta joka toimii tulkinta- ja päätöksenteko-ohjeena.
1. ja 2. kohtia voidaan lisäksi arvioida erikseen sen mukaan, katsotaanko rat-

³⁰² Dworkin, *Law's Empire*, s. 81 ja 82.

³⁰³ Dworkin, *A Matter of Principle*, s. 124–126. Makkonen kiistää tällaisen kaksiarvoisuusteorian. Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 248.

Dworkinilla kaksiarvologiikka ja ratkaisupakko näyttävät olevan selkeässä yhteydessä, ja yhteys on järkevä, kun otetaan huomioon, että hän näyttää myös rajaavan ainoan oikean ratkaisun mahdollisuuden vain yleisempiin tulkintakysymyksiin esim. siihen, onko vahingonkorvausvelvollisuutta vai ei, mutta ei kysymykseen, mikä on korvauksen oikea määrä, jos velvollisuus vahvistetaan. Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 285 ja Oker-Blom, s. 305.

Dworkinin argumentit ainoan oikean ratkaisun tueksi ovat osittain samoja, joita myös Suomessa esitettiin aiemmin. Ks. Oker-Blom, s. 253–260. Vastaavasti Suomessa esitetty kritiikki oppia vastaan ks. Oker-Blom, alk. s. 262.

³⁰⁴ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 159 ja 160. Aarnio tukeutuu tässä Wróblewskiin. 2-kohdan alaluokittelu on tehty tässä.

kaisijan voivan itse tietää, onko hän tehnyt oikean ratkaisun. Dworkinin teesi on tällöin lähimpänä 2 a. -versiota.

Aarnion mukaan perinteisesti keskeistä ainoan oikean vastauksen ja ratkaisun teesissä on ollut annetun tulkinnan tai tehdyn ratkaisun oikeuttaminen (*ex post*). Erivahvuissa versioissa on tällöin kysymys siitä, kuinka vahva oikeutus tulkinnalle tai ratkaisulle pyritään esittämään.

Keskeinen Aarnion Argumentti Dworkinia vastaan on, että Dworkinin teoria perustuu olennaisessa määrin olettamukseen tietyistä ja tietynsisältöisistä ehdottomista arvoista ja oikeuksista, jotka toimivat kiintopisteinä ja joihin viime kädessä vain voidaan ankkuroida tulkinnan tai ratkaisun oikeellisuus. Oikeellisuuden kriteereinä toimivat nämä oikeudet, viime kädessä tasa-arvo lain edessä. Juuri tällaiset ehdottomat kriteerit Aarnio kiistää länsimaiseen oikeuskäsitukseen soveltumattomana, jolloin hänen mukaansa koko teesi ainoasta oikeasta ratkaisusta menettää pohjansa.³⁰⁵ Tämä argumentti ei kuitenkaan suoraan kiistä Dworkinin päättelyä, vaan hänen lähtökohtansa. Argumentti on kylläkin yhteensopiva tässä omaksutun konventionalistisen näkemyksen kanssa. Oikeuksien ja periaatteiden »olemassaolo» tai tunnustaminen oikeusjärjestyksen keskeisiksi lähtökohdiksi voi perustua vain niiden omaksumiseen yhteisössä, ei sitä edeltäviin ehdottomiin lähtökohtiin.

Ainoan oikean tulkinnan tai ratkaisun yhteensopimattomuus Aarnion ajattelun kanssa on ilmeinen. Voidaan sanoa, että Aarnion samoin kuin *Makkosen* keskeisimpiä sanomia on, että rutiiniratkaisuja lukuunottamatta ei ole yhtä ainoaa oikeaa vastausta. Aarniolle keskeinen asetelma on mahdollisuus kahteen erilaiseen tulkintaan, joiden väliseen valintaan esim. lakiteksti eivätkä usein muutaakaan oikeuslähteet anna yksiselitteistä ratkaisua.³⁰⁶ Aarnion ja Makkosen lähtökohdat sisältävät skeptisen asenteen, jota voidaan verrata esim. *Frankin* sääntöskeptismiin. Skeptisyys kohdistuu ennen kaikkea kirjoitetun lain ohjauksen ja oikeudellisten ratkaisujen determinismiin.³⁰⁷ Dworkin ja Aarnio pyrkivät myös ratkaisemaan indeterminismin ongelman eri tavoilla. Dworkin katsoo tuomareita sitovien oikeusperiaatteiden (ja niiden ilmentämien luonnollisten oikeuksien) osoittavan usein oikean ratkaisun, vaikka lakiteksti vaikenisi. Kysymys on näiden oikeuksien löytämisestä, myös riidanalaisten oikeuksien ja ristiriitaisten vaa-

³⁰⁵ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 165. Samoin Hart, postscript, s. 253.

³⁰⁶ Näin selkeästi Aarnio esim. *On Legal Reasoning*, s. 97 ja 119, Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt?, s. 150, *The Rational as Reasonable*, s. 2, 3, 117, 185 ja 208, *On Truth and Acceptability*, s. 38 ja *Laintulkinnan regulatiivinen periaate*, s. 610 ja 615.

³⁰⁷ Dworkinin terminologian mukaisesti kysymyksessä olisi lähinnä ns. *ulkoinen* skeptisismi. Tässä omaksutulla relativismilla on puolestaan yhteisiä piirteitä Dworkinin kuvaaman *sisäisen* skeptismin kanssa. Dworkin, *Law's Empire*, s. 78, 79 ja 84.

timusten tapauksissa. Aarnio puolestaan lähtee siitä, että viimekätinen *valinta* tapahtuu arvojen ja arvostusten avulla. Hän ei kuitenkaan palauta ratkaisua emotivistisesti yksilöiden tuntemuksiin vaan yleisellä tasolla käytävään rationaaliiseen arvokeskusteluun, dialogiin.³⁰⁸ Tärkeä lähtökohta Aarnion ja Makkosen ajattelutavalle on kielen avoimuus, jota tarkastellaan edempänä.

On huomattava, että toteamus, että lain säännös sallii useammanlaisia, tulkintoja tai ratkaisuja tai useammanlaisten seuraamusten määräämisen, ei vielä riitä kumoamaan oppia yhdestä ainoasta tiedosta tai ratkaisusta. Kysymys on tämän jälkeen siitä, voiko yksi vaihtoehdoista olla aineellisesti ainoa oikea. Vastaavasti esim. korkeimman oikeuden muuttunut linja ei vielä tee oppia kestäväksi, koska »ainoa oikea» voidaan nähdä aikaan suhteutettuna tai toiset ratkaisut voidaan nähdä väärinä niin kuin Dworkin näyttää eräissä tapauksissa tekävän.³⁰⁹

4. *Paras mahdollinen tulkinta tai ratkaisu.* Dworkinin kantaa voidaan lähestyä myös erolla propositionaaliseen totuuteen ja institutionaaliseen totuuteen, joita analysoitiin edellä kappaleessa 3.3.2. Mikään tulkinta tai oikeuden ratkaisu ei ole sellainen, että sen totuus tai oikeellisuus voitaisiin verifioida ekstensionaalaisesti, siis propositionaalisen totuutena. Tiedon varmuutta ei näin ollen voida kytkeä ulkoiseen verifiointiin. Sen sijaan ratkaisun totuudessa on kysymys *ratkaisun hyvydestä* ja sen johdonmukaisesta suhteesta yhteisön instituutioihin. Instituutiot manifestoituvat normatiivisesti oikeuslähteissä ja oikeudellisissa argumenteissa. Ratkaisun oikeellisuudessa on kysymys argumenttien ja ratkaisun johdonmukaisuudesta suhteesta instituutioihin. Totuus muuntuu tällöin kysymykseksi *parhaasta mahdollisesta oikeuttamisesta ja ratkaisusta tai tiedosta*, joka tulkitaan lisäksi *vahvaksi tulkinta- ja päätöksentekoaaliksi*, eli edellä mainituista versioista 2 b. versioksi.³¹⁰ Vahvemmassa versiossa oppia ei voida ylläpitää. Tämä johtuu siitä, että muuta totuuden kriteeriä ei ole, kuin paras mahdollinen oikeuttaminen. Selvyyden vuoksi on todettava, että Dworkin ei ehkä itse hyväksyisi tätä tulkintaa ja totuuskäsityksen heikennystä, koska hänen lähtökohtansa näyttäisivät edellyttävän selkeästi vahvempaa totuuskäsitystä.³¹¹

³⁰⁸ Aarnio, Laintulkinnan teoria, s. 267–274.

³⁰⁹ Ks. Oker-Blom, s. 279–282.

³¹⁰ Aarnio, laintulkinnan regulatiivinen periaate, s. 606 ja 607.

³¹¹ Ks. esim. Dworkin, A Matter of Principle, s. 138. Dworkinin oma kanta ei ole kuitenkaan täysin yksiselitteinen, koska hän on myös itse tulkinnut oppia ainoasta oikeasta ratkaisusta parhaaksi oikeuttamiseksi. A Matter of Principle, s. 142 ja 143.

Aarnio näyttää tulkitsevan Dworkinin teesin ainoasta oikeasta ratkaisusta parhaana mahdollisena ratkaisuna. Aarnio, On Truth and Acceptability, s. 39 ja The Ratinonal as Reasonable, s. 163 ja 180.

Totuus parhaan mahdollisen oikeuttamisen merkityksessä tarkoittaa oikeuttamisen ja argumentoinnin hyvyttä absoluuttisessa merkityksessä. Dworkin nimenomaisesti varoittaakin olettamasta mitään yhteisön konventioiden ulkoisia totuuskriteereitä.³¹² Varoitus on paikallaan, joskin se on yhteensopimaton edellä esitettyjen Dworkinin omien lähtökohtien kanssa. *Lainopin totuuskriteereinä voivat toimia vain oikeuslähteet ja argumenttien objektiivisuus ja hyväksyttävyyys*. Argumentit eksplikoivat mainittuja konventioita. Oikeusperiaatteiden kohdalla tämä merkitsee, että niiden nauttima muodollinen institutionaalinen tuki on heikko, koska ne oikeutetaan pääasiallisesti aineellisesti.³¹³ Toisaalta myös aineellinen oikeuttaminen vetoaa *yhteisön omaksumiin arvoihin*, tärkeimpinä periaatteet ja tavoitteet.

Parhaiten perusteltu ratkaisu ja parhaiten argumentoitu kanta on tässä merkityksessä ainoa oikea ratkaisu ja kanta. Tällä tavalla tulee ymmärrettäväksi myös Dworkinin kanta mahdollisuudesta ainoaan oikeaan ratkaisuun kiperissä tapauksissa, jotka ovatkin Dworkinin ensisijaisen huomion kohteena. Näille tapauksille on tyypillistä juuri se, että tavanomaisista oikeuslähteistä esim. säädöksistä ei löydy suoraa ohjetta ratkaisun pohjaksi, vaan ratkaisu on perusteltava käytämällä syvemmän tason argumentteja, esim. juuri oikeusperiaatteita. Tällöin puhutaan juuri kaikki asianhaarat huomioon ottavasta ratkaisumallista (*all things considered*).

Tulkinta, jonka mukaan ainoa oikea ratkaisu lievennetään parhaaksi mahdolliseksi ratkaisuksi, antaa paremmat aseet puolustautua Dworkiniin kohdistettua kritiikkiä vastaan, joka perustuu indeterministiseen suhteeseen esim. lakitekstin ja ratkaisujen välillä. Kritiikki lähtee toteamuksesta, että koska yleisen tason kieltä käyttävät *tekstit ja käsitteet ovat välttämättä jossain määrin avoimia* eli kategorisia, epätarkkoja ja monimerkityksellisiä suhteessa todellisuuden monimuotoisuuteen ja partikulaarisuuteen, ei voida varmuudella määritellä, mikä vaihtoehtoista ratkaisusta on oikea (*open texture*, *Porosität der Begriffe*). Hart tukeutuen suoraan *Wittgensteiniin* ja *Waismanniin* katsoi, että käsitteillä ja säännöillä on ns. ydinvyöhyke (*core*) eli tyyppi- eli selvät tapaukset, joissa sanan ja konkreettisen tapauksen vastaavuus on riidaton, mutta myös epävarmuus- tai »varjo- vyöhyke» (*penumbra*), joissa tapauksissa vastaavuus on epäselvä.³¹⁴ Epävarmo-

³¹² Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 289 ja *A Matter of Principle*, s. 137.

³¹³ Ks. *MacCormick*, Dworkin as Pre-Benthamite, s. 189 ja *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 33.

³¹⁴ Tämä argumentti ainoan oikean ratkaisun oppia vastaan, joka on keskeinen elementti *Hartin* oikeusteoriassa, pohjautuu *Wittgensteinin* näkemyksiin kielen ja käsitteiden avoimuudesta. Se selittää hyvin myös *Makkosen* kritiikin. Hart, *The Concept of Law*, alk. s. 120, *Wittgenstein*, *Untersuchungen*, I 80, 141 ja 142. ja Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoimin-

ja tapauksia ei voida koskaan etukäteen tyhjentävästi määrätä. Epäselvät tai -varmat tapaukset eivät ole täysin samanlaisia toisiinsa tai tyyppitapaukseen nähden, mutta niillä kaikilla on jotain yhteistä; ne ovat *perheyhtäläisiä*.³¹⁵ Luova tulkinta on näin ollen välttämätöntä.

Kielen avoimuutta ei pidä kuitenkaan tulkita yksinkertaistaen siten, että sanojen merkitykset suoraan osoittavat oikeudellisen tulkinnan tai ratkaisun perusteet sanojen merkitysten ydinalueella. Lakipositivistilta jää helposti huomauttamatta, että lähdetekstin ymmärtäminen ei ole sama asia kuin sen käyttäminen, kun lähtökohtana on, että tuomari tyyppitapauksessa vain »toteaa» tai »vahvistaa» lainmukaisen ratkaisun. *Kielen ymmärtäminen ja lainopillinen tulkinta eivät ole sama asia*. Juuri tästä »oikotiestä» Fuller näyttää kritisoidan Hartia.³¹⁶ Kielen mukainen tyyppitapaus ei ole sama kuin helppo tapaus tai ratkaisu oikeudellisessa tulkinnassa tai ratkaisutoiminnassa. Keskeisintä kielen avoimuuden argumentissa on, että yleisellä tasolla olevan käsitteen, oikeuden tai säännön merkityssisältö ei osoita tiettyä tulkintaa tai ratkaisua konkreettisemmassa tilanteessa. Tulkinta tai ratkaisu eivät voi olla deduktioita, ne eivät voi määräytyä käsitteellisesti, vaan subsumptio kategorioiden alaisuuteen edellyttää aina aineellista harkintaa. Vahvemman version mukaan näin on, vaikka voitaisiinkin riidattomasti todeta, että tilanne kuuluu käsitteen, oikeuden tai normin alaisuuteen sanamuodon mukaisesti. Lievemman version mukaan suoraan (käsitteellisesti) voidaan osoittaa oikea vastaus vain ns. tyyppi- tai normaalitapauksessa, ei »varjoalueella». Viimeksi mainittu versio sopii paremmin yhteen perinteisen lakipositivismin kanssa, mutta tämä merkitsee osittaista tulkintatulosten ja rat-

nan ongelmia, s. 112, 117, 124, 125, 132. Argumentti muodostaa myös keskeisen lähtökohdan Aarnion kritiikille Dworkinia kohtaan. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 164 ja 165. Ks. myös Aarnio, *Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä*, s. 193.

Käsite *open texture* on peräisin Waismannilta, joka katsoi, että *empiiriset käsitteet* olivat avoimia, eli verifikaatio ei ole deterministinen, vaan riippui luokittelusta ja määrittelystä. Vastaan tulee aina tapauksia, joissa on harkittava sovelletaanko käsitettä verifiointissa vai ei. Myös Waismann tukeutui Wittgensteiniin. Waismann, s. 119–121 ja Bix, s. 51.

Hartin ajattelun vastaavuus Makkosen erotteluun isomorfia-, tulkinta ja säätelemättömään tilanteeseen on ilmeinen. Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 96.

³¹⁵ Marmor, s. 133.

³¹⁶ Fuller, *Positivism and Fidelity to Law*, s. 662, 663 ja 666.

Kielen avoimuuden kohdalla on huomattava tärkeä ero *käsitteiden merkitysten avoimuuteen* eli niiden käyttämiseen *kielen sääntöjen soveltamisena* ja siitä johtuvaan oikeudellisten ratkaisujen *indeterministisyyteen*. Wittgenstein tarkasteli edellistä ilmiötä kun taas Hart piti silmällä jälkimmäistä. Tämä käy selkeästi ilmi artikkelista Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, s. 64. Bix, s. 64–66. Kielen ja tekstin avoimuuteen palataan vielä edempänä.

kaisujen dedusointia (tyyppitapauksissa). Selvää näin ollen on, että preferoin vahvempaa versiota.

Ratkaisujen indeterministisyys onkin varmasti oikea havainto, koska johdonmukaista, oikeuslähdeopin mukaista ja hyväksyttävää oikeuttamista vahvempaa suhdetta oikeuslähteen ja tulkinnan tai päätöksen välille ei voida muodostaa. Tämä ei kuitenkaan vielä muodosta riittävää perustelua Dworkinin suhteellisen vahvaa tulkintaa kohtaan, koska hän nimenomaisesti olettaa, että säädösten sanamuodoista riippumatta ja oikeusperiaatteisiin tukeutuen voidaan osoittaa oikea tai paras ratkaisu. Aineellisesti oikea ratkaisu ei ole sama asia kuin mahdollisuus sanamuodon mukaiseen tulkintaan.

Dworkinin keskeisinä lähtökohtina ovat ehdottomat ja oikeuden institutioihin nähden aprioriset oikeudet. Ellei tällaisia oikeudenkäyntiä edeltäviä oikeuksia olisi, tuomioistuimien loisi niitä takautuvasti. Myös kiperissä tapauksissa kysymyksessä on ensisijaisen oikeuden »löytäminen» ja tätä kautta painavamman periaatteen osoittaminen.³¹⁷ Tämä naturalistinen käsitys oikeuksista ei ole kuitenkaan helposti yhteensovitettavissa Dworkinin muutoin antirealistiseen ja konstruktivistiseen ajatteluun.³¹⁸ Luonnonoikeudellisessa teesissä pysyvistä periaatteista on selkeä *realistinen* sävy. Oikeudet ovat kontingenteista yhteisöistä riippumatta, ja niiden oikea sisältö löydetään. Vaikka hyväksyttäisiin Dworkinin luonnolliset (abstaktit eli esi-institutionaaliset) oikeudet lähtökohdiksi, niin on kuitenkin selvää, että näistä käsitteistä tai niiden perusteella ei voi varmuudella johtaa tai oikeuttaa vain tiettyjä ratkaisuja tai tulkintoja.³¹⁹ Periaatteiden painottaminen ja punninta, joka sisältyy olennaisena osana Dworkinin oppiin apiorisista oikeuksista, edellyttää jo *harkintaa*. Epäselvissä tapauksissa ristiriitaisten käsitysten pohjalta oikeudenkäynnissä joudutaan määrittelemään asianosaisten oikeudet, joten on vaikea puhua jo sitä ennen olevista oikeuksista. Kun argumentointi sisältää aitoa ja luovaa harkintaa, eivät johtopäätökset voi olla deterministisiä. Dworkinin periaatteille antama suuri merkitys ja hänen suosimansa kaikki seikat huomioon ottava harkinta puhuvat pikemminkin yhden ainoan ratkaisun teesiä vastaan kuin sen puolesta.³²⁰

Mainitut aprioriset oikeudet, fundamentaalisimpana tasa-arvo lain edessä ovat myös hyvin yleisen tason käsitteitä ja abstraktioita, ja siten myös sisällöltään hyvin epämääräisiä. Kaikki mahdolliset tulkinnat ja ratkaisut, jotka perustuvat niihin, edellyttävät siirtymistä konkreettisemmalle tasolle, jolloin joudutaan käyt-

³¹⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 81, 86 ja 104. MacCormick, Dworkin as Pre-Benthamite, s. 192.

³¹⁸ MacCormick, Dworkin as Pre-Benthamite, s. 185.

³¹⁹ Ks. Aarnio–Alexy–Peczenik II, s. 259.

³²⁰ Peczenik, *On law and Reason*, s. 304 ja 307–309.

tämään aineellista oikeuttamista ja todellista harkintaa. Tämä puolestaan implikoi, että *on aina olemassa useampia vaihtoehtoja, koska harkinta ja tulkinta voi olla myös toisin*.³²¹ Positiivisessa merkityksessä ei voi olla universaalisti oikeaa eikä edes yhteisössä ehdottomalla tavalla oikeaa tulkintaa *ex ante*.

Esitetty käsitteiden merkitysten avoimuuteen perutuva argumentti ei kuitenkaan vieläkään riitä suoraan horjuttamaan kuvattua heikompa tulkintaa. Voidaan nimittäin edelleen täysin järkevästi puhua *parhaasta mahdollisesta oikeuttamisesta ja argumentoinnista ex post*.³²² Paras mahdollinen tulkinta sallii näin ollen lähtökohtaisesti käsitteiden avoimuuden.³²³ Olettamuksena tällöin kuitenkin on, että useissa tapauksissa voidaan osoittaa paras mahdollinen tulkinta, joka on myös *ainoa paras mahdollinen*, eli muita yhtä hyviä ei voida osoittaa.

Käsitteiden avoimuuden perusteella voidaan kuitenkin epäsuorasti osoittaa riittävät argumentit myös parhaan mahdollisen tulkinnan version horjuttamiseksi. Jos joudutaan myöntämään, että on useita yhtä hyviä eli parhaita mahdollisia tulkintoja tai ratkaisuja, romuttuu asiallisesti ottaen koko teesi ratkaisevalla tavalla. Tulkintojen ja ratkaisujen ja Dworkinin »perusoikeuksien» välillä on välttämättä aineellinen harkinta niin kuin edellä on todettu. Tämä korostuu varsinkin Dworkinin keskeisinä pitämässä kiperissä tapauksissa, jotka ratkeavat vain kaikkien relevanttien seikkojen huomioonottamisella harkinnan avulla. Oikeudet ja periaatteet ovat pikemminkin harkinnan tuloksia kuin sitä edeltävät lähtökohdat. Pyrkimyksistään huolimatta Dworkin ei pysty tarjoamaan selkeää aineellista Arkhimedeon pistettä, johon harkinta voisi yksiselitteisellä tavalla tukeutua.

Hyvänä esimerkkinä on Dworkinin itse tarkastelema USA:n korkeimman oikeuden *DeFunis* -tapaus, jossa kysymys on siitä, loukkaako huonommassa asemassa olevan vähemmistön positiivinen suosiminen yhdenvertaisuuden periaatetta.³²⁴ Asetelma voidaan nähdä sekä yhdenvertaisuuden mukaisena että sen vastaisena. Lainopin piirissä suositusta vahvempana argumenttina voidaan tällaisessa tapauksessa tukeutua vain *ex post* siihen tapaan, jolla korkein oikeus ongelman ratkaisee. Korkeimman oikeuden ennakkopäätös merkitsee harkintaa ja valintaa, joka linjaa voimassa olevan oikeuden sisältöä. Päätös modifioi jatkuvassa muutostilassa olevaa voimassa olevaa oikeutta ja on määräävä oikean lainopillisen tiedon sisällön suhteen.

³²¹ Gadamer, s. 375.

³²² Tekstien avoimuuskysymyksestä *Dworkin*, *A Matter of Principle*, s. 128–130.

³²³ Ks. *Dworkin*, *A Matter of Principle*, s. 132.

³²⁴ *DeFunis v. Odegaard*, 94 S. Ct. 1704 (1974). Juutalainen *DeFunis* ei päässyt opiskelemaan lakia Washingtonin yliopistoon, vaikka hänen pisteensä olivat sellaiset, että hän olisi päässyt opiskelemaan, jos hän olisi ollut musta, filippiiniläinen, meksikolainen tai intiaani. *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, alk. s. 223.

Näin ollen on mahdollista esittää useita »perusoikeuksiin» vetoavia tulkinta- tai ratkaisuvaihtoehtoja. Joudutaan toteamaan, että aina on olemassa vaihtoehtoja, joiden välille itse lähtökohtana olevan »perusoikeuden» perusteella ei voida tehdä eroa. Kiintopisteenähän olivat vain mainitut »perusoikeudet», joiden suhteen kaikki muut käytettävät argumentit voivat olla toisinkin. Muiden argumenttien käyttäminen mahdollistaa näin ollen jo suoraan useiden tasavertaisten tulosten saavuttamisen. Dworkinin »perusoikeudet» ovat käsitteellisesti mahdollisimman yleisiä ja abstrakteja. Niiden merkityssisältö on näin ollen myös mahdollisimman avoin. Tasa-arvo, vapaus tai orjuuden kielto sallivat useanlaisia parhaita ratkaisuja, joiden suhteen pelkästään näiden käsitteiden avulla ei voida tehdä valintaa. Tätä itse asiassa korostaa Dworkinin painottama oikeusperiaatteiden ohjaama harkinta. Kaikki seikat huomioon ottava harkinta merkitsee jo käsitteellisesti, että lainopin tulkinnat ja tuomioistuinten päätökset sekä myös lainsäätäjän ratkaisut edellyttävät hyvin suuren argumenttijoukon huomioon ottamista, jolloin Dworkinin »perusoikeuksien» merkitys jää välilliseksi ja etäiseksi. Tämän takia voidaan itse »perusoikeuksiin» nähden esittää useita parhaita tulkintoja tai ratkaisuja. Tätä ei muuta se, että usein säädöksen tai ennakkopäätöksen perusteella yhteisön voidaan sanoa omaksuneen yhden niistä voimassa olevaksi oikeudeksi.

Edellä mainittu ei kuitenkaan estä sitä, että periaatteessa edelleen voitaisiin puhua parhaasta mahdollisesta perusteleumisesta, joka määräytyy kaikkien relevanttien oikeuslähteiden ja parhaan mahdollisen päättelyn perusteella. Hyvin perusteltu ratkaisu on juuri tällainen paras mahdollinen ratkaisu. Hyvin perusteltu merkitsee tällöin aineellisesti ja asiallisesti ottaen aukottomalta näyttävää perustelua *ex post*. Esitettyjen argumenttien perusteella lopputulos ei voisi olla toisin. Klassinen esimerkki on tulkinnan tai ratkaisun esittäminen *praktisen syllogismin* muodossa.

Laintulkinnassa päättely argumenteista johtopäätökseen ei ole kuitenkaan loogisesti pätevää vaan aineellista. Argumenttien lisäksi käytettävä päättelysääntö ei ole ehdottomassa asemassa vaan sekin voidaan riitauttaa. Voidaan esittää vaihtoehtoinen tapa päätellä samoista argumenteista erilaiseen johtopäätökseen. Argumentteja voidaan painottaa eri lailla, ja ne voidaan yksinkertaisesti ymmärtää eri lailla. Siksi lainopillinen tulkinta on merkitysten luovaa käyttämistä ei johtopäätösten johtamista tai löytämistä varsinaisessa merkityksessä.

Itse asiassa aiemmin mainittu esimerkkilause: »Tiedän varmasti, että näin ei ole» perustuu myös tähän asetelmaan, koska tiedusteltaessa perusteluja väitteelle, joudutaan käytännössä esittämään useita argumentteja. Tällöin voidaan sanoa, että usein on yksi ainoa paras mahdollinen ratkaisu ideaalina ja suhteessa ao. yhteisöön ja esitettyihin argumentteihin. Kysymys voi olla esim. lain sään-

nöksen kieltämisestä tilanteessa, jossa myös muut oikeuslähteet ja tuloksen moraalinen hyväksyttävyyys ja mahdollisten muiden väliintulevien tekijöiden mahdollisuus on otettu huomioon. Lopputulos on, että säännöksen kieltävä lause on ehdoton epätotuus, koska säännös otetaan lähtökohdaksi, eikä väliintulevia tekijöitä ole. *Johtopäätöksen varmuus on suoraan verrannollinen käytettyjen argumenttien varmuuteen ja niiden muodostaman kokonaisuuden vakuuttavuuteen.* Tässä yhteydessä tärkeintä on, että tällaisesta harkintaprosessista on hyvin vaikea sanoa, että se tulee suorittaa tietyllä tavalla, edes *ex post* näkökulmasta. Harkinta voi perustellusti olla myös toisin.

Yksiselitteisen lain säännöksen kieltö voi olla ehdoton epätotuus. Turvautuminen sitä alempana oikeuslähdehierarkiassa oleviin oikeuslähteisiin on sen sijaan aina epävarmempaa. Mitä alemmas hierarkiassa mennään, sitä epävarmemmaksi johtopäätökset tulevat. Toisaalta yksiselitteisen lain säännöksen kieltö voi olla myös totuus. On otettava huomioon mahdollinen ristiriidassa oleva toinen säännös. Säädösten tasolta on *siirryttävä voimassa olevan oikeuden tasolle*, koska varmuus edellyttää myös muiden säännösten ja lähteiden tuntemista. *Desuetudon* ja muiden väliintulevien tekijöiden mahdollisuus edellyttävät periaatteessa kaikkien oikeuslähteiden tuntemista, ja lopulta myös johtopäätöksen mahdollinen aineellinen ei-hyväksyttävyyys on otettava huomioon.³²⁵ Korkea-asteinen varmuus edellyttää näin ollen erittäin hyvää *koko yhteisön oikeustradition tuntemista ja ymmärtämistä*.

Asetelmassa, johon olemme päätyneet, ei ole kuitenkaan enää kyse Dworkinin teesistä. Itse lopputulos ei ole myöskään enää keskeisessä asemassa, vaan koko käytettyjen argumenttien ja mahdollisten päättelysääntöjen joukko. Johtopäätös voidaan riitauttaa riitauttamalla yksikin esitetyistä argumenteista tai tapapäätellä.³²⁶ Vaihtoehtojen esittäminen ja kritiikki perustuukin normaalisti juuri vaihtoehtoihin argumentteihin. Näiden vaihtoehtojen kesken ei puolestaan voida esittää mitään ehdottomia kriteerejä.³²⁷ Tulkintavaihtoehdon esittäjä *ei* näin ollen myöskään *voi tietää, onko* hänen esittämänsä *vaihtoehto oikea tai paras*, koska hän voi viitata vain käyttämiinsä argumentteihin eikä mitään niiden ulkopuolista ehdotonta kriteeriä ole käytettävissä. Dworkin näyttää sen sijaan edellyttävän tietoa, joka jää lausumattomaksi, transsendentiksi.³²⁸

³²⁵ Ks. Aarnio, Juridisen tutkimuksen näköaloja, s. 401.

³²⁶ Aarnio, On Legal Reasoning, s.

³²⁷ Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia, s. 247 ja 248. Ks. Oker-Blom, s. 318.

³²⁸ Ks. Dworkin, Taking Rights Seriously, s. 81, 93, 130 ja 337 ja Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 164.

5. *Ainoa oikea tieto ja objektiivisuus.* Edellä kerrotun perusteella olemme päätyneet siihen, että *oppia ainoasta oikeasta tai edes parhaasta mahdollisesta ratkaisusta* tai tulkinnasta ei voida ylläpitää.³²⁹ Tämä ei johdu siitä, että se varsinaisesti voitaisiin osoittaa vääräksi, vaan siitä, että sen *merkitys suhteellistuu ja katoaa olemattomaksi ja mitäänsanomattomaksi*. Myös rutiini- tai isomorfiaratkaisujen kohdalla kysymys on aina tulkinnasta ja yksiselitteiseksi kehittyneen tai muodostetun, mutta kuitenkin yhden vaihtoehtoisen ratkaisutradition tuntemisesta, joten tältäkin osin teesi voidaan käsitteellisellä tasolla asettaa kyseenalaiseksi, vaikka useimmissa tapauksissa käytännön ratkaisutoiminta näyttääkin päältäpäin »automaattiselta».³³⁰ Tämä koskee aiemmin esitettyjä opin 1. ja 2. muotoja.

Mikä on tämän tuloksen merkitys lainopin tietoteorian ja sen kannalta, että aiemmin lainopillisen tiedon on oletettu olevan *objektiivista*. Lainopillisen tiedon objektiivisuutta olen puolustanut sillä, että kysymys ei ole subjektiivisesta tiedosta, ja epäsuorasti, että voidaan esittää varmoja negatiivisia väitteitä, eli lausua hyvin suurella varmuudella miten tulkinta tai ratkaisu ei ole. Omaksumani objektiivisuus tarkoittaa tällöin samaa kuin normatiivisen subjektivismin ja solipsismin eli ehdottoman relativismin ja emotivismin kieltäminen. Toisaalta se kieltää myös absolutismin. Kysymys on yhteisöä ja sen traditiota ja normeja koskevista väitteistä, ei väitteistä esim. yksilöiden tuntemuksista tai mielipiteistä eikä toisaalta myöskään yliyhteisöllisistä normeista.

Ehdoton väite siitä, että asia ei ole tietyllä tavalla edellyttää myös objektiivisuutta, eli se ei kuvaa lausujan käsitystä vaan todella vahvassa mielessä yhteisön sääntöjä. Tämä ehdoton väite edellyttää luonnollisesti myös olettamusta, että kukaan ei voi sitä relevanteilla argumenteilla menestyksellisesti kiistää. Myös epävarma, suositteleva tai varauksellinen lause kertoo yhteisöstä, ei sen kertojasta. Näillä perusteilla oppi ainoasta oikeasta tiedosta tai ratkaisusta ei ole käsitteellisessä yhteydessä lainopin objektiivisuuteen nähden, ja *lainoppi voi olla objektiivista siitä huolimatta, että käsitystä ainoasta oikeasta (positiivisesta) tiedosta ei hyväksytty*. Saman oikeusjärjestelmän puitteissa objektiivinen harkinta voi päättyä useaan erilaiseen yhtä hyvin perusteltuun johtopäätökseen, ja objektiivisiin kriteereihin vedoten voidaan päättyä toisiinsa nähden ristiriitaisiin tulkintatuloksiin.³³¹

³²⁹ Eri asia on »parhaan mahdollisen ratkaisun malli» *ideaalimallina*, ei kognitiivisena mallina, joka on asiallisesti ottaen sovellutus edellä mainitusta normista mahdollisimman suureen varmuuteen, kun lisäksi otetaan huomioon ratkaisun hyväksyttävyyys. Ks. Aarnio, Laintulkinnan regulatiivinen periaate, s. 598.

³³⁰ Ks. kappale 3.3.3, kohta 2.

³³¹ Ks. Oker-Blom, s. 296.

Mielenkiinto on kohdistettava jälleen ehdottoman epätotuuden poissulkemisen jälkeen jäävään alueeseen loogisessa avaruudessa, nimittäin *mahdollisen totuuden alueeseen*. Juuri tämän alueen supistamisesta mahdollisimman kapeaksi on kysymys lainopillisessa argumentoinnissa.³³² Kysymys on myös tulkintaa ohjaavasta normista, jonka mukaan lähtökohtaisesti on pyrittävä yhtäältä mahdollisimman suureen varmuuteen mutta toisaalta myös mahdollisimman eksakteihin lopputuloksiin.³³³ Ehdottoman ja mahdollisen totuuden ero jää suhteelliseksi ja tarkemmin määrittelemättömäksi. Ideaalitapauksessa jäljelle jää vain yksi vaihtoehto. Tässä mielessä, kun oletetaan, että lainopissa pyritään esitettyjen argumenttien perusteella yhteen ratkaisuun joko ehdottomana kantana, suosituksena tai preferoituna vaihtoehtona, voidaan lähtökohdaksi hyväksyä aiemmin esitetyistä ainoan oikean vastauksen teeseistä versio 3. Tämä vaihtoehto on kuitenkin niin heikko, että kyseenalaista on, voidaanko sitä pitää enää varsinaisena ainoan oikean vastauksen teesinä. Lisäksi sitä pitää edelleen heikentää, koska mitenkään ehdottomana tätä ohjetta ei voi pitää. Jäljelle jäävä ohje kuitenkin ilmentää lainopin selkeää *pyrkimystä mahdollisimman kapeaan mahdollisen totuuden alueeseen*.

Lainopissa tämä voi tapahtua myös tuoden esiin avoimesti päättelyn epävarmuus, eli esim. esittämällä *tulkintasuosituksia*. Heikoin perustein esitetty varma kannanotto osoittautuu helposti virheelliseksi. Edellä ainoan oikean tulkinnan tai ratkaisun teesin analyysin yhteydessä todettiin, että päättely voidaan esittää niin, että se johtaa yhteen mahdollisuuteen, eli kaikki muut mahdollisuudet suljetaan argumentoinnilla pois. Tämä voi tapahtua kuitenkin vain lukuisten ehdollistamisten kautta, eli turvautumalla näkyvästi erilaisiin argumentteihin siinä laajuudessa kuin tilanne edellyttää. *Mahdollisen totuuden alueella argumentit ja tätä kautta esitetty lopputulos voidaan menestyksellisesti riitauttaa*. Tämä riitautus voi kuitenkin tapahtua vain esittämällä objektiivisia ja relevantteja vasta-argumentteja.

Vaihtoehtoiset parhaat mahdolliset tulkinnat ovat näin ollen tulkintoja mainitulla, käytännössä kuitenkin varsin kapealla mahdollisen totuuden alueella. Näitä vaihtoehtoja tukevat yhteisön piirissä objektiiviset ja hyväksyttävät argumentit, joten ehdotonta ratkaisua niiden välillä ei voida tehdä. Tätä viime kädessä nähdäkseni merkitsee ainoan oikean tulkinnan tai ratkaisun kielto. Kysymys on näin ollen siitä, että *lainopillinen tieto on objektiivista mutta epävarmaa*. Näillä edellytyksillä voidaan puhua lainopillisesta tiedosta ilman vakavampia varauksia. Epävarmuuden avulla ei voida myöskään kiistää tässä omaksutua kognitivismia.

³³² Ks. Aarnio, Laintulkinnan regulatiivinen periaate, s. 595 ja 598.

³³³ Ks. Wikström, Oikeuskäytännön tulkinnasta, s. 127.

5. LAINOPPI JA TIETOTEORIA

5.1 Totuuden ja epävarmuuden ongelmat

1. Rationaalinen tieto. Perinteisen yleisen tietoteorian mukaan tieto voidaan määritellä hyvin perustelluiksi tosiksi uskomuksiksi.¹ Tieto merkitsee näin ollen uskomusta, ja tiedon edellytyksenä on, että sille voidaan esittää *oikeutus* eli riittävät perustelut. Olettamuksena on myös, että tieto on tosi. Määritelmä merkitsee myös *ex post*, ei heuristista näkökulmaa tietoon; kysymys on esitetyn uskomuksen tarkastelusta.² Tarkemman analyysin vuoksi määritelmä on syytä esittää seuraavana kaaviona:

Tieto on

1. tosi ja
2. oikeutettu (perusteltu)
3. uskomus.

Kysymyksessä on tiedon suppea määritelmä, siis tieto esim. esitettynä yksittäisen väitelauseen muodossa. Lähtökohtana on väitelause »*väitän, että p*», tai

¹ Ks. *Lammenranta*, Tietoteoria, s. 79 ja *Niiniluoto*, Johdatus tieteenfilosofiaan s. 73 ja *Niiniluoto*, Informaatio, tieto ja yhteiskunta s. 16 ja 17. Ks. myös *Haaparanta–Niiniluoto*, joka määrittelee toisaalta tieteiden järjestelmälliseksi ja järkipäiseksi uuden tiedon hankkimiseksi ja toisaalta viittaa tietyin varauksin tunnettuun *Platonin*, tässäkin hyväksi käytettyyn tiedon määritelmään: »Tieto on hyvin perusteltu tosi uskomus». *Platon*, *Theaitetos*, s. 341.

² Ks. *Goldman*, What is Justified Belief?, s. 21.

Selvytyden vuoksi on todettava, että tietoa ei tule samaistaa tosiasialliseen uskemukseen tai muuhun mentaaliseen asiantilaan. Tiedolla ja uskomuksella tarkoitetaan tässä käsitteellistä asiaa, *käsitteellistä uskomusta*. Uskomuksella viitataan näin ollen varsinaisesti sen *merkitysisältöön*, ei siihen tosiseikkaan, että henkilöt x_1 – x_n uskovat tai että muutoin yleisesti *uskotaan*. Jälkimmäinen vaihtoehto ei ole järkevä, koska se ensiksi merkitsee lauseen mielen ja sisällön, siis aiheen muuttamista, ja toiseksi väite tosiasiallisesta uskemuksesta tarvitsisi oikeutukseen tutkimustuloksia tästä asiantilasta esim. empiirisen tutkimuksen tuloksina.

sama lyhyemmin »p», joka voidaan määritellä myös ekvivalentiksi lauseen »*tiedän, että p*» kanssa. Koska tieto määritelmän mukaan käsitteellisesti sisältää oikeutuksen, totuuden ja samansisältöisen uskomuksen, voidaan lauseen »p» sanoa implikoivan lauseet »*p on tosi*», »*on oikeutettua väittää, että p*» ja »*uskon, että p*».

Lainopin suhteen p merkitsee tässä voimassa olevasta oikeudesta kertovaa lausetta (*normilause*), niin että sen voidaan katsoa viittaavan toiseen lauseeseen, objektikielen lauseeseen, joka ilmaisee normin (*normi-ilmaus*).³ Normilause määritellään tässä varsin laajasti ja suhteellistetaan, niin että se käsittää sekä ehdottomat väitteen että tulkitsevat ja suosittelevat lauseet. Aiemminhan on omakuttu näkemys, jonka mukaan kysymys on vain eriaisteisesta varmuudesta mutta ei vahvemmassa loogisesta erosta niiden kesken tai erilaisesta sisällöstä.

Lainopin kohdalla käsitys totuudesta on selkeästi erilainen kuin esim. luonnontieteissä. Aiemmin on jo tuotu esille lainopin aineellisen totuuden institutionaalinen luonne. Hyväksyttävyyss-termin käyttö myös osoittaa, että ekstensionaalista, bivalenttista ja jyrkästä tosi/epätosi -dikotomiasta on luovuttu. Lainopissa totuus viittaa yleensä sääntöjen rationaaliseen ja intersubjektiiiviseen pätevyteen, joten keskeisessä asemassa on *argumenttilause* ja sen suhde *normilauseeseen johtopäätöslauseena*. Johtopäätöksen esittämistä ja vetoamista argumenttiin kutsutaan tässä *oikeuttamiseksi*. Johtopäätöstä voidaan pitää totena tai hyväksyttävänä (laajassa merkityksessä), jos oikeuttamista kokonaisuudessaan eli viime kädessä argumentteja pidetään pätevinä ja hyväksyttävinä.

Tietoteoriassa keskeinen *rationaalisuuden* käsite ei määritelmästä käy suoraan ilmi, mutta se on implisiittisesti mukana. Niin kuin aiemmin on jo todettu rationaalisuudella (laajassa merkityksessä) on useita eri merkityksiä, joista vain eräillä on tässä tutkimuksessa keskeinen asema. Tutkimuksen jälkiosan kannalta keskeisin on rationaalinen oikeutetun ja järkevän (*reasonable*) merkityksessä. Rationaalisuudella tarkoitetaan johtopäätöksen ja argumentin välistä eli oikeuttamisen johdonmukaisuutta. Edellisen sivun kaavio viittaa juuri tähän rationaalisuuden muotoon.

Toinen merkitys, jota moraali- ja oikeusfilosofiassa voidaan kutsua rationaalisuuden kapeaksi tai varsinaiseksi merkitykseksi, viittaa keinojen ja tavoitteiden väliseen johdonmukaisuuteen, käytännölliseen rationaalisuuteen suppeassa merkityksessä eli intentionaliseen tai utilitaristiseen rationaalisuuteen. Kolmas tärkeä rationaalisuuden muoto tarkoittaa eri tietojen, siis eri johtopäätösten välistä johdonmukaisuutta lauseiden välisenä yhteensopivuutena. Tämä johdonmu-

³ Ks. *Helin*, On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics, s. 65 ja 66 ja *Aarnio*, The Rational as Reasonable, alk. s. 49.

kaisuuden merkitys perustuu ajatukseen sitä, että johtopäätöslauseet eli tieto laajassa merkityksessä muodostaa tiedollisen *systeemin*, jonka oletetaan olevan ristiriidaton (konsistentti).

Rawlsiin viitaten termi *rational* (suppeassa merkityksessä) viittaa tässä tavoiteltaviin hyviin, *taktiikan* sääntöihin ja niiden mukaiseen johdonmukaisuuteen.⁴ Termi *reasonable* viittaa puolestaan näiden hyvien tavoittelua säänteleviin varsinaisiin sääntöihin, *oikeusnormeihin*, siis *oikeaan*, ja tämän sääntelyn aineelliseen johdonmukaisuuteen, ennen kaikkea tämän sääntelyn johdonmukaiseen *oikeuttamiseen*. Oikeuttaminen tapahtuu *argumentoinnin* ja *lainopillisen tulkinnan* muodoissa. On huomattava, että päämäärät voivat olla sekä asetettuina tavoitteina praktisessa päättelyssä että argumentteina lainopillisessa tulkinnassa.

Oikeusteoriassa keskeisen ns. argumentaatioteorian analyysi perustuu hyvin pitkälle rationaalisuuteen *reasonable*-merkityksessä.⁵ Yksilörationaalisuus (egoistinen lähtökohta) eli rationaalisuus toisessa merkityksessä yhdessä yhteisöön sitoutumisen (sisältäen myös altruistisen elementin) kanssa muodostivat edellä puolestaan keskeisen lähtökohdan opille yhteiskuntasopimuksesta.⁶ Rationaalisuus kolmannessa, *konsistenssin* merkityksessä on keskeisessä asemassa deonttisen logiikan systeemeissä. Tällöin tarkastelun kohteena voi olla juuri *normi-ilmausten tai -lauseiden muodostama systemi*. Silmällä pidetään johtopäätöslauseiden välisiä loogisia suhteita.

2. *Systematiikan merkitys*. Normiväitteiden lisäksi lainopissa toinen keskeinen lausetyyppi ovat *lainopin systematiikkaa* konstituivat tai esittävät lauseet. Systematiikka on erotettava selkeästi edellä mainitusta normilauseiden systemistä loogisena systeeminä. Lisäksi *Saarenpää* tapaan voidaan erottaa toisistaan *lakisystemaattisuus* ja *asioiden systematiikka*.⁷ Näitä eroja voidaan eksplikoida myös *Brusin*in käyttöön ottaman käsiteparin *oikeusjärjestys* ja *oikeusjärjestelmä* avulla.⁸ Edellisellä voidaan tällöin viitata normi-ilmausten tai -lauseiden sellaisenaan muodostamaan kokonaisuuteen tai säännösten ja säädöksissä omaksut-

⁴ *Rawls*, *Political Liberalism*, alk. s. 48 ja s. 300. Ks. myös *von Wright*, *Tiede ja ihmisjärki*, s. 21.

⁵ Argumentaatioteorialla viitataan mm. *Aarnion*, *Peczenikin*, *Alexyn* ja *Wróblewskin* tutkimuksiin.

⁶ Nämä kaksi lähtökohtaa eivät palaudu toisiinsa, mikä ilmentää yleisemmin *hyvän* ja *oikean* toisiinsa palautumattomuutta, mikä on keskeinen lähtökohta sopimusopissa ja sen mukaisessa deontologisessa moraalikäsitelyssä.

⁷ *Saarenpää*, *Tasajaon periaate*, s. 21. Moderneissa laajoissa säädöksissä jo lakitekstin tasolla voi olla varsin pitkälle meneviä systematisointeja, jolloin ne sisältävät myös aineksia mainitusta asioiden systematiikasta. Hyvä esimerkki on vuoden 1995 maakaari.

⁸ *Brusin*, s. 195.

tuihin systematisointeihin ja jälkimmäisellä voimassa olevan oikeuden tai sen osan lainopin tasolla systematisoituun kokonaisuuteen. Jälkimmäinen on samalla oppi edellisestä ja niiden metasysteemi. Systematisointi palvelee argumentointia, ja sillä on keskeinen asema normilauseiden oikeuttamisessa.⁹

Systematiikalla on keskeinen asema lainopillisen tiedon kannalta, ja siksi siihen kannattaa kiinnittää myös tässä huomiota. Systematisointi on välittömässä aineellisessa yhteydessä tulkintaan, koska tapa hahmottaa oikeusjärjestelmä ja normien väliset suhteet heijastuu välittömästi tulkinnassa ja sääntöjen sisällöissä.

Aarnioon viitaten voidaan todeta, että systematiikalla on selkeästi vahvempi asema kuin *Alchourrón* ja *Bulygin* olettavat.¹⁰ Systematiikalla pyritään säännöt kytkemään tarkoituksenmukaisiksi kokonaisuuksiksi ja esittämään ne tietyn kokonaisuuden osina ja tiettyjen käsitteiden alaisina. Kysymys ei ole vain joukosta sääntöjä tai normilauseita vaan loogisesti vahvemmassa asiasta.¹¹ *Systematiikka käsitteineen konstituoii oikeusjärjestelmää* ja tätä kautta tietoa oikeusjärjestyksestä. Omaksuttu systematiikka on ei-deduktiivisessa merkityksessä määräävässä asemassa suhteessa tulkintaan, koska kysymys on usein yksityiskohdasta, jonka ymmärtäminen riippuu asiakokonaisuudesta, jonka osaksi se hahmotetaan, ja tavasta, jolla hahmottaminen tapahtuu. Toisaalta konventionalismin mukaisesti pidän selvänä, että yksittäiset tulkinnat, sovellutukset ja niiden hyväksyttävyys vaikuttavat puolestaan määräävällä tavalla systematiikkaan ja sen muutoksiin. Kysymys on tässä myös *harkinta-tasapainon* sovellutuksesta.

Alchourrón ja *Bulygin* näkevät systematisointeina vain sisällöllisesti ekvivalenttien systeemien erilaisen esittämisen ja lähtökohtana olevaan systeemiin sisältyvien loogisten seuraamusten esittämisen. Kelseniläisen lakipositivismin hengessä he pyrkivät erottamaan selkeästi tavanomaisen systematisoinnin, joka ei muuta normistoa, ja lakia muuttavan, kriittisen systeemin muuttamisen.¹² Lainopin käyttämien systematisointien osalta tällainen erottelu ei ole kuitenkaan mahdollinen, eikä erilaisia mutta loogisesti ekvivalentteja systematiikkoja voi olla. Tulkinnan jälkeisillä normien erilaisilla esittämistavoilla, joita *Alchourrón* ja *Bulygin* tarkoittavat systematisoinnilla, ei puolestaan ole relevanssia lainopin kannalta.¹³

⁹ Ks. *Wikström*, How to Prove Propositions in Legal Dogmatics, s. 300.

¹⁰ *Alchourrón–Bulygin*, Normative Systems, esim. s. 50, 70, 79, 87 ja 88. Ks. *Aarnion* kritiikki, On Legal Reasoning, s. 278, 280 ja 281, On Changes in the Systematics of Law, s. 162, 168 ja 170 ja The Rational as Reasonable, s. 145–149.

¹¹ *Aarnio*, On Legal Reasoning, s. 281.

¹² *Alchourrón*, Systematization and Change in the Science of Law, s. 172, 175, 177, 181 ja 182 ja *Bulygin*, Legal Dogmatics and the Systematization of Law, s. 204. Ks. *Pöyhönen*, Juridisista teorioista, s. 93.

¹³ *Bulygin*, Legal Dogmatics and the Systematization of Law, s. 199 ja 209.

Erilainen konteksti, erilaiset käsitteet, erilainen tapa jäsentää normistoa ja lähdetekstejä ja erilainen tapa tulkita niitä välttämättä johtaa erisältöiseen normistoon ja tulkinnan johtopäätöksiin. Tämän takia erilaista esittämistapaa ja muutosta ei voida erottaa toisistaan sellaisella ehdottomalla tavalla kuin Alchourrón ja Bulygin olettavat. Tämä johtuu siitä, että normiston kuvaamiselle (*description*) ja arvostamiselle (*evaluation*) ei voida tehdä sellaista kategorista erottelua kuin he olettavat. Lähdemateriaalin »löytäminen» ja »kuvaaminen» ei voi myöskään olla asiallisesti sellaista empiiristä, kovien tosiseikkojen löytämistä tai tutkimista kuin he olettavat.¹⁴

Systematiikkaan liittyvät normaalisti välittömästi myös *oikeusperiaatteet*, jotka ohjaavat tulkintaa ja vaikuttavat näin lainopillisen tulkinnan lopputulokseen.¹⁵ Useissa tapauksissa systematiikalla pyritään ilmaisemaan *instituutiota*, jonka alaisista normeista on kysymys. Kysymys on siis asiallisesti käsitteellisestä kontekstista, johon normit luetaan.¹⁶ Instituutiot, systematiikka ja omaksutut periaatteet yhdessä vaikuttavat selkeästi normien sisältöön. Systematisoivilla lainopin lauseilla vaikutetaan näin ollen voimassa olevan oikeuden sisältöön, eli normien sisältö määräytyy myös niiden perusteella.¹⁷ Systematiikan avulla, *systemaattisella tulkinnalla* voidaan täyttää myös aukot, joita esim. sääöksissä on. Systematiikalla yksinkertaisesti osoitetaan, *mistä asiassa on kysymys ja miten asia luokitellaan*. Luokittelu on välittömässä yhteydessä luonnollisen kielen käsitteiden kategorisuuteen. Omaksuttu systematiikka antaa usein muutoinkin puitteet ja lähtökohdat varsinaiselle laintulkinnalle. Tämä asettaa systematiikan myös aineellisesti *määrävään asemaan* suhteessa yksittäisiin sääntöihin, niistä kertoviin lauseisiin ja ratkaisuihin.¹⁸ Yksittäinen normi tai normilause ei itsessään voi osoittaa oikeaa kontekstiaan tai sitä miten se on tulkittava. Se voidaan ymmärtää ja tulkita vain kokonaisuuden kautta. Toisaalta myös säännöt määrävät

¹⁴ Ks. Alchourrón–Bulygin, Normative Systems, s. 72 ja 74, Alchourrón, Systematization and Change in the Science of Law, s. 174 ja 183 ja Bulygin, Legal Dogmatics and the Systematization of Law, s. 197.

¹⁵ Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, alk. s. 64.

¹⁶ Ks. Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 143.

¹⁷ Tätä ei muuta se, että *lakien esitöissä* voi olla varsin pitkälle meneviä systematisointeja. Usein säädöksiä tai yksittäisiä säännöksiä annettaessa kuitenkin edellytetään tietty systemaattinen järjestelmä tunnetuksi, ja säädös tai säännös tarkoitetaan osaksi sitä. Nämä ovat luonnollisesti myös annettuja lähtökohtia lainopissa.

¹⁸ Ks. Aarnio, On Legal Reasoning, s. 277 ja 296 ja The Rational as Reasonable, s. 145 ja 146 ja Saarenpää, Tasajaon periaate, s. 23.

Ks. myös Wittgenstein, Varmuudesta 105. ja von Wrightin esipuhe, s. 18. Ks. myös Aarnio, Sananen »lakipositivismista», s. 277 ja 282. Erityisesti systematiikan *dynaamisuudesta*. Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 156

systematiikkaa, ja tulkinnan ja lainmuutokset voivat aiheuttaa muutoksen systematiikassa.¹⁹ Entinen systematiikka ei ole enää adekvaatti. Tämän takia lainopin *systemaattiset käsitteet* eivät voi olla puhtaan muodollisia siinä merkityksessä kuin esim. lauselogiikassa on totuttu, vaan ne *ovat* selkeästi *sisällöllisiä*. Muodon ja sisällön ero systematiikan ja sääntöjen välisenä suhteena on suhteellinen, ja kysymys on pikemminkin erosta käsitteiden yleisyysasteessa.

Myös lainsäätäjä pitää silmällä jotain systematiikkaa ja kokonaisuutta eli instituutiota, kun säädös annetaan. Tällöin yksittäiset säännöt saavat tulkinnassa sisältöä kontekstinsa kautta ja tätä kautta systematiikasta ja ao. instituutiosta. Tätä on pyritty eksplikoidaan jo aiemmin institutionaalisen totuuden yhteydessä kappaleessa 3.3.3. Systematisoinnilla ohjataan esim. säännökset omille paikoilleen koherentiksi oletetussa järjestelmässä. Alustava ohjaus tapahtuu yleensä jo lainsäätäjän toimesta, kun säännökset annetaan järjestetyn säädöksen muodossa, mutta lainopin rooli on muutoin tässä merkittävä. Toisaalta lainopissa suoritettu systematisointi vaikuttaa ja otetaan usein lähtökohdaksi ja annetuiksi puitteiksi myöhemmässä lainsäädännössä.²⁰

Lainopillinen tieto on *tulkittua tietoa* ja johtopäätösten tasolla. Argumentointia tai oikeuttamista voidaan luonnehtia tämän tulkinnan tarkemmaksi metodiksi.²¹ Tärkeä merkitys esim. tulkinnassa on, katsotaanko säädöksessä olevan säännöksen ilmaisevan pääsäännön vain onko se katsottava poikkeukseksi yleisestä periaatteesta.²² Systematiikka on tällöin määräävä tekijä tulkinnassa ja vaikuttaa johtopäätöksen sisältöön. Systematiikka on asiallisesti ottaen määräävä myös siihen nähden, mitä ja minkäsisältöisiä normeja katsotaan olevan voimassa.

Instituutioiden määräävä vaikutus on laajempi kuin mikä ilmenee pelkästään ns. *systemaattisen tulkinnan* muodossa.²³ Kysymys on siitä, miten normit luetaan ja ymmärretään. Tämä merkitsee myös, että kontekstin ja *kokonaisuuden muuttaminen* esim. instituution muuttumisen tai uudelleentulkinnan kautta, myös systematiikan muuttaminen *muuttaa normiston sisältöä*. Tällöin kokonaisuus,

¹⁹ Aarnio, Muodon uusi tuleminen, s. 275.

²⁰ Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 143 ja 144.

²¹ Tässä pidetään silmällä laintulkintaa laajassa merkityksessä, jolloin sillä viitataan argumentointiin kaikkien oikeuslähteiden perusteella, ei vain säädösten tulkintaan (laintulkinta suppeassa merkityksessä).

²² On tietysti mahdollista, että säädöksestä tai sen esitöistä ilmenee nimenomaisesti säädöksen tai säännöksen asema systeemissä tai pääsääntönä tai poikkeussääntönä. Myös säädöksessä ilmaistu systematiikka ilmaisee ajatuksen siitä, minkä kokonaisuuden säännökset muodostavat ja mihin instituutioon ne liittyvät.

²³ Systematiikan merkityksestä tulkinnassa ja systemaattisesta tulkinnasta ks. Wróblewski, The Judicial Application of Law, s. 77, 78 ja 100–103.

jonka osana yksittäiset säännöt ovat, on muuttunut. Systematiikalla on tämän takia lainopin tietoteorian kannalta vahvempi asema kuin usein havaitaan.

Kuvatun aineellisesti varsin vahvan aseman vuoksi selvää on, että systematisointia *ei voida pitää vain tarkoituksenmukaisuuskysymyksenä* tai mielivaltaisena faktojen järjestämisenä. Systematisoinnin vapaus on varsin rajoitettua, koska sen edellytetään eksplikoivan oikeudellista traditiota ja antavan oikean kuvan yhteisön oikeusjärjestelmästä. Siksi muutos on yleensä hidas, ja näkyvämpiä muutoksia tapahtuu usein vain muiden yhteiskunnallisten muutosten tai murrosten jälkeen.

3. Argumentit ja johtopäätös. Luvun alussa olevassa kaaviossa mainituista tiedon eri elementeistä tai oluttuvuuksista uskomus ja oikeuttaminen ovat varsin ongelmattomia. Jos henkilö väittää tietävänsä, niin hän väittää myös uskovan.²⁴ Edellä esitetyn määritelmän mukaisesti väite tai tieto näyttäisi implikoivan myös riittävät argumentit väitteen tueksi. Väitteen tekijän edellytetään pystyvän esittämään tällaiset argumentit. Totuusedellytys puolestaan johtuu oikeastaan uskomuksesta ja argumenteista yhdessä. Väite edellyttää myös uskomusta lauseen totuudesta. Toisaalta ei ole korrektia sanoa, että väite implikoi väitteitä henkilön uskomuksista. Tämä merkitsisi aiheen eli lauseen kohteen vaihtamista, mitä johtopäätöstä ei analyytisesti voida tehdä. Kysymys voi olla vain erilaisista *episteemisistä modaliteeteista* saman asian suhteen. Pelkkä uskomus tiedon yhtenä välttämättömänä mutta ei riittävänä elementtinä ei sen sijaan edellytä argumentteja eikä totuutta. Uskomus ei myöskään implikoi tietoa.²⁵ Vastaavasti ehdoton normilause implikoi vastaavaa normisuositusta, mutta ei päinvastoin.

²⁴ Tällä perusteella saadaan jo lähtökohdat tunnetun ns. *Mooren paradoksin* ratkaisemiseksi. Paradoksi esitetään yleensä seuraavassa muodossa: »Uskon, että sataa, mutta ei sada.» Kun lähtökohdaksi on kielen universaalisuus, eli kysymys on kielenkäytön johdonmukaisuudesta, ja olettamuksena on, että väite tiedosta implikoi väitteen uskomisesta, niin voidaan todeta, että esitetty virke on ristiriitainen. Näillä perusteilla virkettä ei voi tulkita siten, että sen sisältämät lauseet väittävät eri asioista. Uskomus ei kohdistu esim. uskojan mentaaliseen tilaan. Tämä on paradoksin adekvaatein tulkinta. Episteeminen epävarmuus ei voi »vaihtaa puheenaihetta». Moore, A Reply To My Critics, s. 543. Heal, Moore's Paradox. A Wittgensteinian Approach ja erityisesti Wittgensteinin analyysi paradoksista, Untersuchungen, II, x-luku.

Vastaavan ristiriidan voidaan sanoa vallitsevan, jos molempien lauseiden tulkitaan ilmaisevan väitteitä mentaalisisistä tiloista: *Uskon, mutta tiedän, että ei*. Ristiriitaa ei luonnollisesti vallitse, jos ensiksi mainitun lauseen katsotaan kohdistuvan mentaaliseen tilaan ja jälkimmäisen satamis-asiantilaan. Lauseet q ja ~p eivät ole ristiriitaisia.

Jos kuvattu ristiriitaisuuden muoto halutaan erottaa varsinaisesta loogisesta ristiriidasta (lauseiden episteemisten tasoerojen vuoksi) voidaan sillä viitata *Hintikan* käsitteistön mukaisesti episteemiseen kestättömyyteen.

²⁵ von Wright, Wittgenstein, Varmuudesta, s. 15, *Hintikka*, Knowledge and Belief, s. 51–53 ja Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 214.

Argumentin ja johtopäätöksen välinen suhde ei ole loogisesti pätevä eli tautologinen tai deduktiivinen eikä se perustu empiriseen yleistämiseen eli induktioon.²⁶ Suhdetta voidaan kutsua argumentatiiviseksi, jolla halutaan korostaa, että suhde on *aineellinen* samoin kuin induktiokin. Lainopillinen tieto perustuu institutionaalisen totuuden hyväksikäyttämiseen aiemmin kuvatulla tavalla ja yhteisön normatiivisen tradition ymmärtämiseen, joten lainopillisen tiedon tuottaminen perustuu olennaisella tavalla tulkintaan (laajassa merkityksessä).²⁷

Ei-loogisesta suhteesta huolimatta argumenttien ja johtopäätöksen edellytetään olevan *johdonmukaisia* toisiinsa nähden siinä merkityksessä, että ne ovat yhdenmukaisia. Johdonmukaisuus puuttuu, jos esitetyt argumentit puoltavat enemmän toisenlaista johtopäätöstä. Johdonmukaisuus sisältää myös loogisen ristiriidattomuuden. Analogisesti *Hintikan* käyttämään terminologiaan nähden voidaan puhua *episteemisestä tai doksastisesta kestäättömyydestä* (*epistemic indefensible*). Hintikka itse käyttää tätä termiä uskomuksen ja tiedon (väitteen) välisen suhteen analyysissä.²⁸ Johtopäätös ja koko päättely on kestäättön, jos argumentit puoltavat enemmän johtopäätöksen kieltoa tai toista, edellisen poissulkevaa vaihtoehtoa johtopäätöstä.

Päättely on kestäättön, jos henkilö *a* esittää normilauseen (K_a) q ja sen tukeksi argumentit (A_a) p_1 , p_2 ja p_3 , jotka *tukevat* ($\rightarrow$) enemmän johtopäätöstä $\sim q$ kuin q . Seuraava päättely ja johtopäätös ovat näin ollen kestäättömiä:

$$A_a(p_1 \wedge p_2 \wedge p_3) \rightarrow K_a q$$

Selvää on, että negatiivinen ristiriidattomuusedellytys ei ole riittävää, vaan argumentin odotetaan tukevan positiivisesti eli *oikeuttavan aineellisesti* johtopäätöksen, mikä mahdollistaa myös sen, että argumentointi voi materiaalisesti lisätä tietoa.²⁹ Yhdessä käytettyjen päättelysääntöjen kanssa päättely voidaan kuitenkin esittää myös praktisen syllogismin muodossa.³⁰ Lainopilliselle argumen-

²⁶ Tähän kysymykseen palataan myös edempänä voimassa olevan oikeuden systeemin yhteydessä, ks. kappale 5.4, kohta 2.

²⁷ Ks. *Wikström*, Oikeuskäytännön tulkinnasta, s. 213 ja *Dworkin*, Law's Empire, s. 54.

²⁸ *Hintikka*, Knowledge and Belief, s. 9, 71 ja 79.

²⁹ Tässä aineellisen oikeuttamisen käsitettä käytetään erottamaan se loogisesta eli analyttisestä totuudesta eli selkeästi toisessa merkityksessä kuin edempänä eroteltaessa aineellinen ja muodollinen oikeuttaminen lainopillisen argumentoinnin muotoina. Ks. kappaleen 5.2 alku.

³⁰ (*Aarnio*, *Alexy* ja *Peczenik* puhuvat johtamisesta eli *transformaatiosta* eli *hypystä*. Johtamisessa johtopäätöksen (q) oikeuttaminen tapahtuu, kun lause p esitetään perusteluna lauseelle q , eikä q seuraa deduktiivisesti p :stä ($p \rightarrow q$). Hyppy edellyttää *transformaatioääntöjä*, jotka eivät ole kuitenkaan ehdottomia. Säännön esittäminen aiheuttaa sen, että päättelystä tulee deduktiivinen. *Aarnio–Alexy–Peczenik I*, s. 137–139. Perustelun ja johtopäätöksen välisestä suhteesta *Aarnio*, On Legal Reasoning, s. 98, 284 ja 314, The Rational as Reasonable, s. 72 ja 200 ja *Peczenik*, On Law and Reason, alk. s. 114. Ks. kappale 5.4, kohta 2.

toinnille on ominaista muodollisten argumenttien ja virallislähteiden keskeinen asema. Argumentointi on myös tämän takia normatiivista, koska argumentoinnissa yleensä vedotaan auktoriteettiargumentteihin ja koska johtopäätösten keskeinen sisältö on: »Näin asia on tulkittava.» Argumentti on johtopäätöksen »syy».^{30a}

Tiedon kriteeri, jonka argumenttilause välittömästi osoittaa, toimii lainopillisessa oikeuttamisessa yleensä myös *totuuskriteerinä*. Totuuskriteeri sisältyy näin ollen yleensä argumenttilauseeseen, eli argumentin voidaan tällöin sanoa implikoivan totuuskriteerin. Esim. lause »*Oikeustoimilain 37 §:n mukaan on niin, että ...*» osoittaa lakitekstin eli viime kädessä säädöksen antamisen päätöksenä ja historiallisena ja institutionaalisenä toiseikkana totuuskriteeriksi. Kysymys on johtopäätöksen oikeellisuuden osoittamisesta. Lainopin osalta käytetyt totuuskriteerit voidaan jakaa *aineellisiin*, *muodollisiin* ja ns. *tehokkuuskriteereihin*. Viimeksi mainittuihin liittyy kuitenkin eräitä käsitteellisiä ongelmia, joita tarkastellaan erikseen edempänä. Johtopäätös voidaan oikeuttaa moraalisilla tai muilla aineellisilla seikoilla, viittaamalla säädöstekstiin tai ennakkopäätöksiin (muodollisena oikeuslähteenä) tai tosiasialliseen oikeuskäytäntöön (ennakkopäätöksiin tai alempien tuomioistuinten käytäntöön).

Väite voimassa olevasta oikeudesta implikoi väitteen arvostamisesta, koska ensiksi mainittu sisältää lauseen: »näin pitää/saa olla». Tässä mielessä väite säännön pätevydestä sisältää aina aineellisen arvostuslauseen ja väitteen arvostuksen omaksumisesta. Muutoin, koska argumentti ja johtopäätös ovat toisistaan loogisesti riippumattomia, on selvää, että johtopäätös ei implikoi argumenttia tai käytettyä totuuskriteeriä. *Väite säännön pätevydestä ei näin ollen implikoi väitettä muodollisesta kriteeristä tai tehokkuudesta* (tosiasiallisesta soveltamisesta). Väite voidaan oikeuttaa muutoinkin. Normin voimassaolo ja sen kriteerit ovat eri asioita ja loogisesti eri tasoilla. Väite voimassaolosta ei lausu esim. säädöksen antamisesta tai tuomioistuimen päätöksen antamisesta. Tämän takia pätevyyskäsitteen niin laaja määrittely, että se suoraan sisältää myös argumenttinsa ja totuuskriteerinsä ei näytä tietoteoreettisesti tarkoituksenmukaiselta.

Tällä perusteella näyttäisi myös siltä, että *pätevyyden käsite* varsinaisessa merkityksessä ei sisällä juridismuodollista elementtiä eikä tehokkuselementtiä, kun säännön pätevyyttä ilmaiseva lause ymmärretään säännön voimassaoloa ilmaisevaksi lauseeksi. Voimassaolon käsitteeseen ei voida sisällyttää sellaista, mikä siitä on nimenomaisesti määritelty loogisesti (käsitteellisesti) riippumattomaksi. Pätevydestä seuraa käsitteellisesti vain arvostava lause, joka kertoo aiemmin mainitusta positiivisesta tai »virallisesta» moraalista.

Edelleen näyttäisi myös siltä, että muodolliset ja aineelliset kriteerit eivät ole

^{30a} Ks. von Wright, *Practical Reason*, s. 53.

riittäviä edellytyksiä johtopäätöslauseen johtamiselle. Kysymyshän on viime kädessä arvostavan lauseen esittämisestä ja sen aineellisesta johtamisesta, ja kriteereinä käytetään molemmissa tapauksissa tehtyjä, tosiasiallisia päätöksiä, esim. parlamentin tai tuomioistuimen. Siirtymä päätöstä kuvaavasta lauseesta arvostuksen sisältävään lauseeseen sisältää myös johtopäätöksen aineellisen hyväksynnän ainakin siinä merkityksessä, että se muunnetaan voimassa olevaa oikeutta kuvaavaksi lauseeksi. Pätevyyden laaja määrittely siten, että se suoraan kattaisi myös argumentit tai kriteerit, väitteinä, että tiettyjä päätöksiä *on* tehty, näyttää ylittävän myös olemisen ja pitämisen modaliteettien välisen rajan. Nämä kysymykset kaipaavat kuitenkin vielä tarkempaa erittelyä.

4. *Gettierin ongelma*. Usein aineellista totuutta on totuttu pitämään ongelmattomana ja itsestään selvänä tiedon ulottuvuutena. Myös edellä oleva kaavio ja esitetty tiedon määritelmä rakentuvat sen olettamuksen varaan, että tieto implikoi totuutta. Kun kysymyksessä on tieto, edellytetään, että uskomus on tosi. Toisaalta juuri totuuteen liittyy eräitä kaikkein hankalimpia käsitteellisiä ongelmia. Näiden ongelmien esille tuominen edellyttää, että *skeptismi* siinä muodossa kuin *Descartes* ja *Kant* sen ottivat huomioon, otetaan vakavasti. Omaksumani tulkinnan mukaan myös *Wittgensteinin* nimiin tässä luettu teesi *kielen universaalisuudesta*, joka on tämän tutkimuksen keskeisiä lähtökohtia, ottaa mainitun skeptismin vakavasti.

Luonnontieteiden osalta tämä merkitsee, että koskaan ei voi olla täyttä varmuutta, että väite, pidetään sitä kuinka varmana ja kuinka hyvin verifioituna tahansa, vastaa kielen ulkoiseksi oletettua todellisuutta. Kielen ulkoinen todellisuus jää aina lausumattomaksi ja tässä mielessä tuntemattomaksi, ja varminkin kokemukseen perustuva ennustus voi osoittautua vääräksi.³¹ Tieto on tässä mielessä aina epävarmaa. Tämä tarkoittaa toisin sanoen, että vakaa uskomus ja hyvät argumentit eivät takaa, että tieto on tosi.³² Totuus voidaan vain edellyttää, ja siihen voidaan uskoa esitettyjen argumenttien perusteella. *Tiedon propositionaalista totuutta ei varsinaisessa merkityksessä voi lainkaan tietää*, koska käytettävissä on vain uskomus ja esitetyt argumentit. Totuus eli suhde oletettuun lauseen kohteeseen sinänsä jää tuntemattomaksi ja lausumattomaksi. Tässä tiivistyy pitkälti teesi todellisuuden ja semantiikan lausumattomuudesta. Institutionaalisen totuuden kohdalla vastaavaa ongelmaa ei nouse, koska lähtökohtana on lauseen vastaavuus vain kielellisessä muodossa tunnettaviin yhteisön instituutioihin ja traditioon eikä lauseen kohdetta »sinänsä» oleteta lainkaan.

³¹ *Humelle* induktion ongelma eli yleistykseen perustuvan tiedon epävarmuus muodosti yhden keskeisen lähtökohdan koko hänen filosofiassaan. *Goodman*, s. 62.

³² *Goldman*, *What is Justified Belief?*, s. 11.

Valaisevan esimerkin totuuden arvoituksellisesta ja paradoksaalisestakin asemasta tietoteoriassa tarjoaa tunnettu ns. Gettierin ongelma, johon tässä pyritään myös antamaan »ratkaisu».³³ Ongelma on saanut suhteettomankin suuren huomion osakseen. Gettier pyrkii kahdella esimerkillä osoittamaan, että vaikka totuutta, oikeuttamista ja uskomusta on pidetty välttämättöminä ja riittävinä tiedon ehtoina, niin ne eivät olekaan riittäviä ehtoja. Gettier pyrkii toisin sanoen horjuttamaan käsitystä, että tosi uskomus merkitsee tietoa. Katson, että *Gettierin ongelma kuvastaa yleisellä tasolla propositionaaliseen tietokäsitykseen liittyviä ongelmia*. Esimerkkien mukaan on mahdollista, että tieto on »väärä», vaikka em. edellytykset ovat täyttyneet. Tarkastelen tässä vain ensimmäistä esimerkkiä, koska esimerkkien sanoma on sama.³⁴

Smith ja Jones ovat hakeneet tiettyä työpaikkaa (jonka vain yksi voi saada). Oletetaan, että Smithillä on hyvä perusteet uskoa, että

a. *Jones tulee saamaan työpaikan ja että Jonesilla on kymmenen kolikkoa taskussa.*

Jones voi siis pätevällä tavalla tehdä johtopäätöksen, että

b. *miehellä, joka saa työpaikan, on kymmenen kolikkoa taskussa.*

Myöhemmin käy kuitenkin niin, että Smith saa työpaikan, ja hän myös huomaa tällöin, että myös hänellä on kymmenen kolikkoa taskussa.

On siis niin, että lause b on tosi, vaikka lause a ei ole tosi, ja vaikka näyttää siltä, että a:sta voi pätevällä tavalla päätellä b:n. Smithillä on oikeutus uskoa, että a on totta, ja hän voi pätevästi päätellä, että b on totta. Kuitenkaan *ei voida sanoa, että Smith olisi tiennyt, että b on totta*, koska hän on myös uskonut, että Jones saa työpaikan (ja hän itse siis ei saa), joten oikeutus on ollut väärä.

Ongelmaan on pyritty ratkaisemaan lähinnä siten, että on etsitty määritelmään täydentävää tekijää, neljättä ehtoa, joka ehkäisisi ongelman.³⁵ Tällaiseksi ehdoksi tai tiedon tai totuuden kriteeriksi on tarjottu mm. luotettavaa menetelmää.³⁶ Ehdotukset eivät ole vakuuttavia, eikä niitä kannata tarkastella tässä enempää. Ehdotan sen sijaan seuraavaa kielen universaalisuuteen ja antirealismiin perustuvaa ratkaisua, jolla pyritään osoittamaan, että *Gettierin vastaesimerkit ovat epärelevantteja tieteen kannalta*:

Gettierin asetelma perustuu siihen, että aluksi henkilöllä on oikeutettu eli hyvin perusteltu uskomus, joten hän voi olettaa, että hänellä on tieto asiasta, eli

³³ »Ratkaisu» on samanlainen kuin Aleksanteri Suuren käyttämä tapa, jolla hän avasi Gordionin solmun.

³⁴ Gettier, erit. s. 122, Moser, s. 157 ja Lammenranta, Tietoteoria, s. 89 ja 90.

³⁵ Yrityksistä täydentää tiedon määritelmää ks. Lammenranta, Tietoteoria alk. s. 91.

³⁶ Ks. edempänä kappale 5.2, kohta 3.

että uskomus on tosi. Toiseksi käy ilmi, että oikeutus oli asiallisesti väärä, vaikka johtopäätös sattui olemaan oikea. Tilanne voidaan rinnastaa oletettuun syy-seuraus -suhteeseen, jossa seuraus on havaittu oikein, mutta syy on ollutkin jokin muu kuin oletettu, tai suhde onkin päinvastainen. Tämän jälkeen uskomusta syy-seuraus -suhteesta on korjattu uusien havaintojen perusteella. Gettierin esimerkki perustuu ajatukseen, että tieteellinen uskomus koskee asiaa, joka voi jollain lailla toteutua myöhemmin tai jonka voi käydä erikseen tarkistamassa. Asetelma perustuu siis ajatukseen, jonka mukaan olemassa olevien oikeutusten lisäksi voi käydä tarkistamassa, miten asiat todella ovat. Näinhän tieteessä ei ole. *Parhaat käytettävissä olevat argumentit eli paras mahdollinen oikeuttaminen ovat ainoa keino, jolla tiedon kohdetta voi lähestyä, eikä sitä sen lisäksi voi käydä kurkistamassa tai tarkistamassa erikseen.* Jos myöhemmin esitetään parempia argumentteja, päättelyä on muutettava. Kielen ja todellisuuden, siis oikeastaan väitelauseen ja sen kohteen välillä ei ole »Potemkinin kulisseeja» tai vastaavaa verhoa, jonka taakse voisi erikseen »kurkistaa» ja tarkistaa pitävätkö kulissit (aiempi päättely) paikkansa. Kulissin takana oleva todellista asiantilaa voidaan myös kutsua *Kantin olioksi sinänsä*, joka on transsendentti ja joka jää tavoittamattomaksi ja tuntematomaksi.

Gettierin esimerkkiä voidaan perustellusti arvostella myös sen takia, että siinä ei kuvata tietämistä eikä tietoa vaan *sattumaa ja satunnaisuutta*, joka jo käsitteellisesti on yhteensopimaton tieteellisen ajattelun kanssa.

5. *Epävarmuuden ongelma.* Vastaavalla tavalla *lainopin* kohdalla käytettävissä on vain tavanomaiset oikeuslähteet ja hyväksyttävät argumentit, joiden perusteella ainoastaan voidaan tehdä johtopäätöksiä voimassa olevan oikeuden suhteen. Totuus on tällöin myös institutionaalista, koska se on yhdenmukaisuutta argumentteihin, jotka eksplikoivat instituutioita tai muutoin yhteisön oikeudellista traditiota. Muulla tavalla lainopin lauseita ei voi »verifioida», koska kysymys on kielellisistä merkityksistä.³⁷ Lauseiden oikeellisuus palautuu kysymyksiksi päättelyn pätevyydestä ja argumenttien asemasta ja hyväksyttävyydestä. Tiedon varmuus on suoraan suhteessa argumenttien varmuuteen. Itse asiassa varmuudestakaan ei varsinaisesti voi lausua, koska ei ole olemassa mitään ehdottomia kriteerejä siitä, millä esitettyjen argumenttien varmuus todettaisiin. Enintään epäsuorasti voidaan verrata esim. erilaisia argumentointitilanteita.

Suomessa vallitsevan oikeuslähdeopin perusteella voidaan esim. todeta, että lähtökohtaisesti viittaus lain selkeään sanamuotoon on luotettavampi argumentti kuin sen kanssa ristiriidassa oleva kirjallisuuden kannanottoon. Oletamme myös tuomareiden lukevan lähteitä samalla tavalla. Edelliseen argumentointiin perus-

³⁷ Ks. Aarnio, On Legal Reasoning, s. 294 ja The Rational as Reasonable, s. 25.

tuvaa tietoa (uskomusta) voidaan näin ollen pitää luotettavampana kuin jälkimmäistä. Siitä huolimatta ei ole mahdotonta, että korkein oikeus tekee päätöksen, joka on vastoin lain sanamuotoa ja yhdenmukainen jälkimmäisen kannanoton kanssa, mikä aiheuttaa ongelmallisen tilanteen suhteessa oikeuslähdeoppiin. Oikeuslähdeoppia ei pidäkään ymmärtää ehdottomana asiana, koska se estäisi mm. virallislähteiden kritiikkiin perustuvat tulkintasuosituksukset kokonaan.

Edellä viitattiin lainopillisen *tiedon varsinaiseen epävarmuuteen* so. epävarmuuteen siitä, että *lause kertoo oikein voimassa olevasta oikeudesta*. Edellä mainittu korkeimman oikeuden »yllättävä» ja poikkeava päätös voi aiheuttaa sen, että päätös uutena argumenttina johtaa sen jälkeen toisensisältöiseen voimassa olevasta oikeudesta kertovaan lauseeseen. Toisaalta tämä edellyttää lain sanamuodon ja oikeuslähdeopin sivuuttamista.

Selkeästi eri asia on epävarmuus suhteessa tuomioistuinten rakaisuihin, eli päätösten ennustamisen epävarmuus. *Argumenttien perusteella johtopäätöksenä saadusta normilauseesta ei voi suoraan johtaa vastaavaa väitettä tuomioistuinten päätöksenteosta*. Tämä johtuu yksinkertaisesti siitä, että lause, joka kertoo voimassa olevan oikeuden sisällöstä, ei ole ekvivalentti lauseen kanssa, joka kuvaa tuomioistuimen toimintaa. Niillä on erilainen mieli, ja ne ovat loogisesti täysin eri tasoilla. Edellinen kuvaa »pitämistä» ja jälkimmäinen »olemista», eikä pitämisestä voida tehdä loogisesti pätevää johtopäätöstä olemisen suhteen. Oletamme, että päätökset vastaavat lainopin johtopäätöksiä, mutta oletuksen suhteen vallitsee epävarmuus, koska siitä ei varsinaisesti voi tietää.³⁸ Ongelma liittyy oikeusnormien voimassaolon tehokkuus-ulottuvuuteen, johon palataan edempänä.

Lainopillista tietoa, verrattuna esim. luonnontieteisiin, *voidaan pitää tavanomaista epävarmempana*. Tämä on luonnollista, koska olettamusta tiedon kohteen muuttumattomuudesta ei voida tehdä, eikä mikään tällainen kohde määrää lauseen sisältöä. Lainopillinen tieto on monin tavoin kytkeytynyt *arvostuksiin ja inhimilliseen käyttäytymiseen*, joiden leimallinen piirre on *indeterminismi*. Lisäksi tieto on riippuvainen luonnollisesta kielestä. Jo käsitteellisesti normit ovat sisällöltään sellaisia kuin ne yhteisössä on omaksuttu ja tulkittu. Lainopillisen tiedon totuusehdot ovat tavanomaista lievemmat. Lainopillisen tiedon pysyvyys ja varmuus on yhtä varmaa kuin yleensä käyttäytymisen ennustaminen, vaikka esim. tuomioistuinten ratkaisuja voimakkaasti institutionaalisenä toimintana voidaan pitää huomattavasti tarkemmin ennustettavina kuin yleensä ihmisten käyttäytymistä. Silti silmiinpistävää useissa tapauksissa on varsin suuri epävarmuus, kun tuomioistuimen ratkaisu pitää ennustaa tietyssä yksittäistapauksessa.

³⁸ Ks. *Kelsen*, s. 169 ja 170.

Sitä miten asiat »siellä» tai »todella» ovat, eli mikä voimassa olevan oikeuden sisältö tai kanta jonkin asian suhteen on, ei voida käydä erikseen tarkastamassa, eikä sitä ole edes mielekästä kysyä. Lainopin kohdalla kysymyksellä ei ole samaa merkitystä kuin esim. luonnontieteissä, joissa realistisen tradition mukaisesti usein oletetaan, että on erikseen olemassa »todellisuus sinänsä» ja oletetaan, että se on tiedosta riippumaton. Lainopillisen tiedon kohdalla kuitenkin jo aiemmin käsitelty oikeudellinen realismi nostaa esille vastaavia kysymyksiä, joten lopulliset johtopäätökset lainopin osalta Gettierin ongelmasta tehdään vasta seuraavassa kappaleessa normin voimassaolokysymyksen yhteydessä.

Varsinainen oikeudellinen esimerkki, joka on analoginen Gettierin esimerkille voidaan liittää juuri edellä mainitulla tavalla tuomioistuimen ratkaisun ennustamiseen. Esimerkki on karkea yksinkertaistus, jonka avulla pyritään vain osoittamaan eräitä keskeisiä piirteitä lainopillisessa tiedossa. Selvyden vuoksi on todettava, että ennustamista ei tässä haluta millään lailla liittää oikeusrealistiseen tietoteoriaan, vaan päinvastoin esimerkki puhuu selkeästi esim. tuomioistuinrealistista ajattelutapaa vastaan. Esimerkki on seuraavanlainen:

Tuomioistuimessa syytetyn avustajana on henkilö, joka ilmoittaa tuntevansa lain ja tämän takia tietävänsä ratkaisun jo etukäteen seuraavilla perusteilla:

a. *teko ei ole rikos, koska syytetyn kuvattu toiminta ei ole lainkaan teko, josta syyttäjää häntä syyttää.*

Tämän takia

b. *syytettyä ei tuomita.*

Tuomioistuimen ratkaisu onkin lopulta, että syytettyä ei tuomita, koska hänen katsotaan toimineen hätävarjeluksessa.

Voidaanko siis sanoa, että avustaja on tunnetut lain ja hän on tiennyt, kuinka juttu ratkaistaan? Näyttää siltä, että hän on tehnyt oikean johtopäätöksen väärästä perustelusta. Lienee selvää, että ei voida sanoa, että henkilö on tuntenut tai tiennyt lain ainakaan siinä merkityksessä, että osaisi sitä soveltaa. Pikemminkin voidaan sanoa, että henkilö ei ole ymmärtänyt tilannetta oikein, eli hän ei ole myöskään tuntenut lain sisältöä, eli mitä esillä olleilla lainkohdilla tarkoitetaan. Toisaalta hän on »tiennyt» ratkaisun eräässä merkityksessä. Hän on arvannut lopputuloksen oikein. Oikeaan osuminen on ollut kuitenkin täysin satunnaista, joten kysymys ei ole tiedosta vaan sattumasta.

Jälkimmäinen esimerkki on analoginen Gettierin alkuperäisille esimerkeille myös siinä keskeisessä suhteessa, että tapauksissa voidaan jälkeen päin tarkistaa esitetyn »tiedon» totuus. Alkuperäiset tiedon argumentit olivatkin esitetyn

ennustuksen perusteluja, joiden adekvaattisuus voidaan myöhemmin erikseen todeta. Lainopilliselle samoin kuin muullekin tieteelliselle tiedolle on ominaista, että tällaista mahdollisuutta erilliseen tarkistamiseen ei ole. Myöhemmin voidaan esittää vain parempia argumentteja. Jos silmällä pidetään lainopillisen tiedon totuutta »toteutumisena» (tehokkuutena) eli olettamuksena, että tuomioistuimet toimivat lainoppineen esittämien tulkintojen mukaan, tästä totuudesta ei varsinaisesti voi tietää, sitä ei voi käydä mitenkään erikseen tarkistamassa. Myöhempi mahdollinen erilainen kanta, jonka perusteluna viitataan esim. ensiksi esitetyn tulkinnan jälkeen annettuun ennakkopäätökseen, joka sisältää ensiksi annetusta tulkinnasta poikkeavaan kannan, merkitsee vain uutta, aiemmin esitettyyn argumenttiaineistoon rinnastuvaa argumenttia. Epävarmuutta lainopin kohdalla on omiaan lisäämään myös se, että lainopillisessa kirjallisuudessa esitetty tulkinta itsessään on tietynasteisen auktoriteetin omaava argumentti, joka voi yhtenäistää epäyhtenäisen alioikeuskäytännön tai hajottaa yhtenäisen käytännön. Toisaalta kaikkein varmimmalta tuntuva tulkinta, joka toistaa sellaisenaan lakitekstin sisällön, voi osoittautua »vääräksi» siinä merkityksessä, että korkein oikeus ja sitä seuraten kaikki alioikeudet poikkeavat lakitekstistä.

Tuomioistuin-esimerkki on myös siinä mielessä mielenkiintoinen, että se tuo esiin lainopillisen tiedon erään keskeisen ominaisuuden. Tämä on samalla eräs keskeisiä sanomia koko tässä tutkimuksessa. *Tiedossa on kysymys enemmän tavasta lausua oikein ja ymmärtää oikeudellista ajattelua ja oikeudellisia käsitteitä ja instituutiota* kuin vain siitä, että tuntee joukon erillisiä tosiseikkoja, tai edes normeja, säädöksiä tai ennakkotapauksia. Toinen asia on, että tässä voimakkaasti institutionaalisessa diskurssissa ja käsitteistössä pyritään niin suureen tarkkuuteen ja rationaalisuuteen kuin luonnollisen kielen käyttäminen antaa mahdollisuuksia. Yhteinen kieli ja vakiintunut oikeudellinen traditio antavat mahdollisuuden lähtökohtiin nähden varsin suureen varmuuteen. Tämä yhdessä muodollisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksen kanssa merkitsevät myös voimakasta pyrkimystä ristiriidattomuuteen ja ennustettavuuteen.

Kielenkäytön ja käsitteistön eksaktius ei toisaalta ole este joustavalle tulkinnalle ja soveltamiselle. Kysymyshän on tällöin tavasta, jolla käsitteistöä käytetään. Kun oikeus nähdään voimakkaasti *traditio- ja kielisidonnaisena*, eikä sille konstruoida mitään ontologiaa, korostuu oikeiden kategorioiden tuntemus ja kielenkäytön johdonmukaisuuden merkitys. Voidaankin sanoa, että lainopillinen tieto on ennen kaikkea *taitoa ajatella ja harkita tietyllä lainopillisen tradition mukaisella tavalla*. Traditio tarkoittaa samaa kuin *yhteisön omaksumat eli sopimat kielelliset merkitykset*, vaikka ne ilmenevätkin tosiasiallisen käyttäytymisen kautta. Lainopillinen traditio on tällöin osa koko yhteisön traditiota tai traditioiden »perhettä». Traditio voidaan tässä suhteessa kääntää suoraan kielenkäytön sään-

nöiksi, eli *lain tunteminen on tiettyjen erityisten kielenkäytön sääntöjen taitamista yhteisössä*. Tämä taitaminen ei kuitenkaan ole vapaata vaan sidottua, vaikka luovaakin otetta tulkinnassa ja soveltamisessa tarvitaan. Kysymys on hyvin pitkälle ohjatun taidon harjoittamisesta, taitoluistelutermein »pakollisten kuvioiden» taitamisesta.

5.2 Muodollinen ja aineellinen oikeuttaminen

Niin kuin edellä on todettu yleisellä tasolla tiedossa keskeisessä asemassa on sen aineellinen oikeaksi osoittaminen eli *oikeuttaminen*. Tieto palautuu käytettyihin päättelysääntöihin ja *argumentteihin*. Käsitettä aineellinen käytettiin erottamaan se muodollisesti eli loogisesti pätevistä päättelystä. Tässä käsitettä aineellinen oikeuttaminen käytetään kuitenkin toisessa merkityksessä, erottamaan ns. muodolliset ja aineelliset argumentit. Kysymys on erottelusta ei-analyyttisen päätelyn puitteissa.³⁹

1. *Muodolliset ja aineelliset argumentit*. Lainopilliselle tiedolle erityinen piirre on, että oikeuttamisessa voidaan osoittaa selkeästi kaksi erilaista puolta, muodollinen ja aineellinen. Erottelun osoitti selkeästi Weber.⁴⁰ Voidaan puhua myös *tiedollisesta* tai *kognitiivisesta* ja *moraalisesta* tai *aksiologisesta* oikeuttamisesta. Tiedollinen viittaa tällöin vain tietoon oikeuden muodollisista lähteistä (lainopillinen tieto suppeassa merkityksessä), mutta laajassa merkityksessä lainopillinen tieto sisältää myös aineellisen oikeuttamisen. Moraalinen tai aksiologinen oikeuttaminen laajassa merkityksessä voidaan ymmärtää aineellisena oikeuttamisena, mutta suppeamassa merkityksessä se viittaa vain yhteen ryhmään aineellisia argumentteja.⁴¹ Lähtökohta on näin ollen hyvin pitkälle sama kuin *Sum-*

³⁹ Käsitteiden sekaantumisvaarasta huolimatta käytän sanaa aineellinen molemmissa merkityksissä, koska käsitteiden käyttö on vakiintunut.

⁴⁰ Weber II, alk. s. 468. Ks. Hannu Tolonen, Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä, s. 183, Tuori, Oikeuden rationaalisuus, s. 15 ja Nousiainen, s. 13.

⁴¹ Lainopillisen näkökulman sisältämät mainitut kaksi ulottuvuutta ja niiden välinen mahdollinen jännite tulevat esiin selkeästi esim. Aarnion norminäkökulman (P₁) ja samalla normilauseen (*norm statement*) määritelmässä: P₁: »It is rational and right to accept norm N with the content I as part of valid law.» ja lausumasta »The problem of legal discourse is thus concentrated upon the external justification.» Vastaava asetelma ilmenee Peczenikillä, kun hän määrittelee lainopillisen tiedon keskeisimmän ongelman otsikolla: *The Main Problem: Knowledge, Truth and Rightness in Legal Reasoning*. Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 52, 120 ja ks. myös s. 23 ja Peczenik, On Law and Reason, s. 44.

mersilla, kun hän erottelee auktoriteettiargumentit ja aineelliset argumentit (*reasons*).⁴²

Lainopin harjoittajan, tuomarin ja oikeusalamaisen kannalta molemmantyyppisiä argumentteja voidaan pitää myös tulkintojen, ratkaisujen ja muiden *tekojen* syynä tai perusteluna, jolla teko voidaan *selittää*. Muodollisessa oikeuttamisen osalta tämä merkitsee, että perustelulauseen muodollinen tai virallinen asema sinänsä on syynä tekoon.⁴³

Muodollinen oikeuttaminen tarkoittaa, että sääntö, jota argumentilla tuetaan, on *pätevä* pätevyyden *muodollisessa* merkityksessä. Tiedollinen oikeuttaminen viittaa korostetusti *auktoiriteettiargumentteihin*, ja se on selkeästi päättelyä lain tai oikeusjärjestelmän »sisällä», eli päättelyn premisseissä viitataan niiden systemaattiseen pätevyyteen.⁴⁴ Oikeusjärjestelmän systeemi ymmärretään tällöin selkeästi kapeassa merkityksessä. Voidaan puhua myös systeemin sisäisestä (*internal justification*) tai auktoritatiivisesta oikeuttamisesta.⁴⁵ Pelkistettynä kysymys on esim. lain säännöksen tai ennakkopäätöksen sanamuodon mukaisesta tulkinnasta tietynlaisessa tilanteessa. Auktoiriteettiargumentteja ovat viittaukset myös muihin virallisiin oikeuslähteisiin niin kuin lain esityöt. Myös systemaattisia tulkintaperusteita voidaan pitää vahvasti muodollisina. Sääntöehdotus on hyvin perusteltu osa esim. säädöksen osoittamaa systeemiä.

Aineellinen oikeuttaminen tarkoittaa puolestaan, että tulkinta on *tarkoituksenmukainen* tai *hyvä* tai *oikea yksittäisenä tulkintatuloksena*. Vastaavalla tavalla voidaan puhua oikeudellisen ratkaisun aksiologisesta oikeuttamisesta. Tulkinta-asenteena tai -näkökulmana voidaan vastaavasti puhua ei-muodollisesta tai ulkoisesta oikeuttamisesta (*external justification*).⁴⁶ Oikeudellinen pitäminenhan on keskeisesti myös »hyvyyttä» näissä merkityksissä, eli arvojen ja aineellisten

⁴² Summers, Two Types of Substantive Reasons, s. 710. Ks. myös Atiyah–Summers, s. 5 ja 7. Ks. Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 92, joka kytkee Summersin erottelun suoraan oikeuslähteoppiin. Klami puhuu normirationaalisuudesta ja tavoiterationaalisuudesta. Klami, Ihmisen säännöt, s. 30.

⁴³ Raz, The Authority of Law, s. 12.

⁴⁴ Ks. Klami, Ihmisen säännöt, s. 40 ja Finalistinen oikeusteoria, s. 149 ja Aarnio–Alexy–Peczenik I, s. 149.

Wróblewski erottelee käsitteet muodollinen (*formalism*) ja ei-muodollinen (*antiformalism*) tulkintamalli tai -asenne. Jälkimmäinen viittaa kielteiseen suhtautumiseen oikeuttamisen »logiikkaan» tai rationaalisuuteen, jolloin luonnollinen vaihtoehto on tukeutua argumenttien ja johtopäätösten aksiologiseen hyväksyttävyyteen. Wróblewski, The Judicial Application of Law, s. 117.

⁴⁵ Ks. Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 119 ja Peczenik, On Law and Reason, s. 313 ja 315.

⁴⁶ Ks. Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 190.

oikeusperiaatteiden perusteella normi on tarkoituksenmukainen. Aksiologinen oikeuttaminen on keskeinen osa lainopillista sisällöllistä tai aineellista oikeuttamista. Yleisellä tasolla olevat aineelliset argumentit voidaan myös lukea oikeusjärjestelmän systeemiin tämän käsitteen laajassa merkityksessä.

Aineellinen oikeuttaminen ymmärretään tässä laajassa merkityksessä, eli sillä viitataan yleisesti *arvoihin* eli lauseen hyväksyttävyyteen sekä *oikeusperiaatteiden*, so. *oikeuksien*, että *oikeushyvien*, so. niiden *yksityisten* tai *yleisten etujen*, joihin oikeussääntöjen edellytetään usein tähtäävän, toteuttajana. Myös ns. *reaaliset argumentit* ovat tyypillisiä aineellisia argumentteja, joissa vedotaan argumentin sisältöön, ei sen muodolliseen asemaan. Varsinaisten aksiologisten argumenttien lisäksi aineellisilla argumenteilla tarkoitetaan erilaisia liike- ja kansantaloudellisia, sosiaalisia, kulttuurisia, poliittisia ja institutionaalisia seikkoja tai arvostuksia, eli ylipäänsä kaikkia materiaalisia argumentteja, jotka eivät vetoa oikeuslähteen muodolliseen asemaan.⁴⁷

Lähtökohtana on näin ollen myös *Dworkinin* ja *Summersin* käyttämä erottelu aineellisten argumenttien piirissä oikeus- (*principles, rights*) ja päämääräargumentteihin (*policy, goals*), joskin siitä on eräissä suhteissa irtauduttu ja sitä on täydennetty. Tavanomaisen lainopillisen terminologian mukaisesti aineellisilla periaatteilla ei viitata vain oikeuksiin, vaan myös tavoitteisiin.⁴⁸ Periaatteita pidetään pikemminkin eksakteihin sääntöihin nähden yleisemmän tason normeina.

Arvot edellisiä yleisempänä käsitteenä ymmärretään tässä siten, että ne ilmaisevat juuri oikeuksien tai tavoitteiden arvostamista ja niille argumentoinnissa annettavaa painoa.⁴⁹ Aineelliset argumentit ovat riippumattomia muodollis-

⁴⁷ Näin myös *Summers*, *Two Types of Substantive Reasons*, s. 710, *Eckhoff*, alk. s. 316 ja *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 313.

⁴⁸ Ks. edellä kappale 4.5, kohta 9.

⁴⁹ Jaottelun lähtökohtana voidaan pitää *Weberin* käyttäytymisen selittämisen analyysii, jossa keskeisessä asemassa on jako päämäärärationaaliseen (*zweckrational*) ja arvorationaaliseen (*wertrational*) selittämiseen. Lisäksi *Weber* erotteli emotiivisen ja traditionalistisen selityksen. *Weber* I, s. 12.

Summers mainitsee lisäksi *institutionaaliset* argumentit kolmantena tyyppinä aineellisia argumentteja. Näitä ovat esim. perustelu, että kysymyksessä on lainmuutos, jota tuomioistuin ei voi tehdä, tai asia, joka ei ole oikeudellinen. Muodollisten ja aineellisten argumenttien rinnalla *Summers* mainitsee lisäksi tosiseikka-, tulkinta ja kriittiset argumentit, mutta näiden ero edellisiin on epäselvä. *Summers*, *Two Types of Substantive Reasons*, s. 714 ja alk. s. 722.

Tavoitteena tai päämääränä voidaan pitää itse normiin nähden ulkopuolista asiantilaa (yleensä hyvin yleisluonteista), jonka vallitsemista pidetään arvokkaana (positiivinen arvo ja tavoite) tai vallitsemattomuutta pidetään arvokkaana (negatiivinen arvo ja tavoite). *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, s. 169 ja ks *Klami*, *Finalistinen oikeusteoria*, s. 58 ja 86.

Oikeushyvien, arvojen, lain tavoitteiden ja oikeusperiaatteiden erottelu on epäselvä ja suhteellinen asia. Aarnion sanoja käyttäen niiden kesken voidaan osoittaa sisäinen yhteys. *Dworkin*

ta oikeuslähteistä, mutta myös lain säännöksille voidaan osoittaa selkeitä aineellisia syitä, joiden takia ne on annettu. Tämä merkitsee, että myös nämä argumentit voidaan osoittaa erikseen ja riippumatta lakitekstin muodollisesta asemasta.⁵⁰ Lisäksi jo säännöksiä annettaessa otetaan huomioon yleiset oikeusperiaatteet ja pyritään sovittamaan ne yhteen esim. lain kollektiivisten tavoitteiden kanssa.⁵¹

Aineellisen oikeuttamisen luonnetta ei myöskään muuta se, että arvoista ja moraalista voidaan keskustella rationaalisesti ja että voidaan puhua yhteisön tosiasiallisesta ja »virallisesta» moraalista. Oikeussääntöjen ja -järjestyksenhan voidaan katsoa implikoivan viimeksi mainittua.⁵²

Muodollista ja aineellista oikeuttamista voidaan analysoida myös erityyppisinä rationaalisuuden muotoina. *Aarnion* ja *Peczenikin* käyttämiä *L- S- ja D-rationaalisuuden* muotoja voidaan modifioida tai tulkita siten, että ahtaampi ja muodollinen oikeuttaminen viittaa L- ja S-rationaalisuuteen, muodollisesti pätevään päättelyyn virallislähteiden teksteistä, joka sisältää myös loogisesti päte-

käyttää jyrkkää erottelua kollektiivisiin tavoitteisiin ja yksityisten ihmisten oikeuksiin, joista jälkimmäiset ovat lähtökohtana ja ensisijaisessa asemassa. Jaottelu ei ota huomioon mahdollisuutta, että lain tavoitteeksi voidaan hahmottaa myös yksityisten ihmisten edut tai että kollektiivisia tavoitteita voidaan toteuttaa yksilöiden etujen tai oikeuksien avulla. Laeille ja niiden säännöksille voidaan näin ollen osoittaa erilaisia, ristiriitaisia, painoarvoltaan erilaisia mutta myös päällekkäisiä ja yhdenmukaisia *arvo- ja oikeustavoitteita*. Summers, *Two Types of Substantive Reasons*, s. 728, Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 82, 90, 174 ja 191, *Oker-Blom*, s. 289 ja *Aarnio*, *The Rational as Reasonable*, s. 94 ja *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 75 ja ks. *Hannu Tolonen*, *Säännöt, periaatteet ja tavoitteet*, s. 354

⁵⁰ Ks. *Pöyhönen*, joka analysoi normien voimassaoloa formaalin ja materiaalsen tarkastelutavan painotusten avulla. Pätevyysarviointia hallitsee muodollinen argumentointi ja hyväksyttävyyssarviointia materiaalsen argumentointi. Muodollinen argumentointi on luontevaa, kun voidaan osoittaa suoraan soveltuvia oikeussääntöjä, ja materiaalsen argumentointi, kun soveltuvien sääntöjen puuttuessa tulkinta tai ratkaisu johdetaan oikeusperiaatteista. Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 32.

⁵¹ *Summers* amerikkalaiseen *common law* -oikeuskäytäntöön nojautuen mainitsee esimerkeinä seuraavat oikeusargumentit:

Tietoisuus (jostakin puutteesta tai virheellisyydestä ryhdyttäessä oikeustoimeen), oikeus rangaistusluonteiseen korvaukseen (kun vastapuoli on harhautanut tahallaan), perusteltu luottamus (oikeus korvaukseen, kun luotettu vastapuoleen), vääryydestä hyötymisen kieltö, vahingonkärsijän oma myötävaikutus ja huolimattomuus, huolenpitovelvollisuus (lapsesta) ja kielosta johtuvan hyödyn vähäisyys verrattuna siitä aiheutuvan haittaan.

Vastaavasti hän mainitsee seuraavat tavoiteargumentit:

Yleinen turvallisuus, yhteisön hyvinvointi, demokratian (ja julkisuuden) edistäminen, vaikutus (alueen) ihmisten terveydentilaan, ja perheiden eheyden edistäminen. Summers, *Two Types of Substantive Reasons*, s. 717–718.

⁵² Ks. kappale 4.1, kohta 2.

vät päättelyt.⁵³ D-rationaalisuus laajimpana ja aineellisena rationaalisuuden muotona sisältää tällöin L- ja S-rationaalisuuden lisäksi myös johtopäätösten *aineellisen hyväksyttävyyden*.

2. *Ongelmatilanteet*. Muodollinen ja aineellinen oikeuttaminen ovat yleensä kietoutuneet toisiinsa. Asiallista eroa ei useinkaan voida tehdä.⁵⁴ Eroa suhteellistaa myös se, että laintulkinnassa, siltä osin kuin esim. säännösten teksti niiden tavanomaisen merkityksen puitteissa antaa liikkumavaraa, otetaan huomioon myös normin taustalla oleva arvopäämäärät, oikeusperiaattet ja muutoinkin tulkinnan lopputuloksen hyväksyttävyys.

Vahvana *olettamuksena* voidaan pitää, että *muodollisesti hyvin oikeutettu sääntölause on myös aineellisesti oikeutettu. Näin ei kuitenkaan välttämättä ole*.⁵⁵ Keskeisimpänä muodollisen oikeuttamisen lähtökohtana ovat säädettyt lait. Sopimusopin näkökulmasta lainsäädännön voidaan katsoa olevan yleisesti oikeudenmukaisen, mikäli lainsäädäntömenettely on aiemmin kuvatulla tavalla reilu ja täyttää rationaalisen valintatilanteen ehdot. Länsimaisen kansanvaltaisen ja demokraattisen lainvalmistelu- ja säädäntömenettelyn voidaan katsoa selkeästi pyrkivän tähän.

Edellä lausuttu implikoi, että muodolliseen auktoriteettiin vetoavaa argumentointia ei pidetä mitenkään ristiriitaisena suhteessa aineellisiin argumentteihin vetoamiseen. Päinvastoin, olettamuksena on, että useimmissa tapauksissa ne voivat johtaa samaan tulokseen. Muodollisesti ja systemaattisesti pätevä tulkinta sisältää yleensä riittävästi mahdollisuuksia mm. tulkintaperiaatteiden muodossa myös aksiologisesti hyväksyttävien tulosten saavuttamiseksi esim. säännösten *ratio legis*-tulkinnan tai ns. *reaalisten argumenttien* käyttämisen kautta, mutta ei kaikissa tapauksissa.⁵⁶ Muodollisesti oikea tulkintajohtopäätös voi tulkinta- tai

⁵³ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 189, 190, 203 ja 204 ja Peczenik, *On Law and Reason*, s. 56 ja 57.

⁵⁴ Ks. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 121 ja 122.

⁵⁵ Ks. Aarnio, *Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä*, s. 202 ja 211 ja Klami, *Finalistinen oikeusteoria*, s. 72.

Kysymyksessä on myös käytännön lainkäytössä havaittu polttava ongelma, minkä osoittaa käräjätuomari Leskisen haastattelu.

⁵⁶ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 191, ks. myös s. 235, Aarnio, *On the Legitimacy of Law*, s. 208 ja Summers, *Toward a Better General Theory of Legal Validity*, s. 80 ja A Formal Theory of the Rule of Law, s. 139, Eckhoff, s. 302 ja 303 ja Raz, *The Authority of Law*, s. 3, 4 ja 27.

Selvyyden vuoksi on todettava, että tässä ei haluta väittää, että tosiasiallisesti esitetyt tulkinnat tai ratkaisut ovat yleensä myös sisällöllisesti hyväksyttäviä, vaan että muodollisesti pätevä päättelyminen antaa yleensä mahdollisuudet saavuttaa hyväksyttävä tulkintatulos tai ratkaisu. Rationaalisen diskurssin ja hyväksyttävyyden ideaalisuudesta ks. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 194.

ratkaisutilanteessa olla ristiriidassa tulkittavan säännöksen tavoitteiden tai oikeusperiaatteiden kanssa. Ristiriita kärjistyy, jos muodolliset lähteet normaalitulkinnan mukaisesti eivät salli aineellisesti hyväksyttävää johtopäätöstä. Omaksuttu kanta implikoi samalla näkemystä aiemmin mainitun *kielen avoimuuden* suhteellisuudesta. Säännös tavanomaisella tavalla tulkittuna antaa yleensä mahdollisuuksia useisiin vaihtoehtoihin mutta ei mihin tahansa vaihtoehtoihin, vaan vain varsin rajoitetulla »liikkuma-alueella». Muutoin koko säädännäisen oikeuden järjestelmän toimivuus horjuisi.

Tämä tuo esille myös näiden *oikeuttamistapojen* välisen luonnollisen *järjestyksen*. Lähtökohtana on normilauseen muodollinen oikeuttaminen, jonka jälkeen voidaan erikseen arvioida tämän lauseen aineellista hyväksyttävyyttä.⁵⁷ Muodollinen oikeuttaminen edeltää aineellista myös toisessa merkityksessä. Helppoja tai rutiiniratkaisuja lukuunottamatta joudutaan yleensä tuomaan esiin useita johtopäätöstä tukevia sekä usein myös sitä vastaan puhuvia argumentteja. Helppoissa tapauksissa riittävää on yleensä viittaaminen yhteen argumenttiin, esim. soveltuvaan säännökseen, tai esim. säännökseen ja sitä täsmentävään ennakkopäätökseen. Helppoissakin tapauksissa joudutaan kuitenkin aina suorittamaan mahdollisten väliintulevien tekijöiden poissuljenta. Vaikeissa tai kiperissä tulkintatapauksissa johtopäätös joudutaan sen sijaan yleensä johtamaan *valinnan* kautta. Valintaa puolestaan perustellaan antamalla argumenteille erilaisia *painoarvoja* (*weighting and balancing*). Tyypillistä lainopilliselle argumentoinille on myös, että lähtökohtana ovat eksakteimmat muodolliset argumentit, jotka ovat suoraan sovellettavissa. Mikäli niiden perusteella ei suoraan saada hyväksyttävää johtopäätöstä, joudutaan turvautumaan yleisluonteisempiin ja tässä mielessä »syvempiin» ja yhä *enenevässä määrin aineellisiin argumentteihin*, toissijaisiin oikeuslähteisiin, oikeusperiaatteisiin ja viime kädessä yhteisön perimmäisiin moraalisiin arvoihin, joista ensisijaisemmat argumentit on oikeuttamalla johdettu.⁵⁸ Padoksaalisesti tarkemmista perusteluista edetään väljempiin.

Aarnio katsoo, että tulkintatuloksen on oltava sekä muodollisesti että aineellisesti hyväksyttävä.⁵⁹ Edellä kuvattu järjestys ilmentää kontinentaalisen eli sää-

⁵⁷ Ks. *Marmor*, s. 118.

⁵⁸ *Ekelöf*, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? s. 27, 31, 37 ja 41, *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory, s. 101, *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, alk. s. 64, *Peczenik*, On Law and Reason, alk. s. 74 ja *Klami*, Juridisten argumenttien punnintamalli, s. 1067 ja 1073.

⁵⁹ *Aarnio*, Argumentation Theory – and Beyond, s. 393, 394 ja 398. Aarnio tarkastelee vain oikeudellisia ratkaisuja, mutta saman voidaan katsoa koskevan myös lainopillista tulkintaa, koska ratkaisussa se on seuraamuksen määräämistä edeltävä esikysymys. Ks. myös Aarnio, Laintulkinnan regulatiivinen periaate, s. 597.

dännäisen oikeuden järjestelmän peruseriaatteita ja *lakipositivistista* lähestymistapaa oikeuteen. Normilause oikeutetaan lähtökohtaisesti *oikeuslähdeopin* ja tavanomaisten *tulkintaperiaatteiden* avulla, millä tavalla usein voidaan osoittaa muodollisesti pätevä sääntö.⁶⁰ Olettamuksena on, että näin tuotetut normit ovat myös aineellisesti oikeutettuja ja että argumentointi johtaa hyväksyttäviin johtopäätöksiin. Esim. jos lakitekstin voidaan sanoa antavan suoraan soveltuvan vastauksen kysymykseen tai esillä olevaan tilanteeseen, niin olettamuksena on, että lainsäätäjällä on harkinnut normien hyväksyttävyyden ja että sovellutus tai tulkinta johtaa ao. yhteisössä hyväksyttävään tulokseen myös esillä olevan kysymyksen tai tilanteen osalta. Edellä mainittu oletamus ei kuitenkaan aina toteudu, eli voidaan joutua ongelmatilanteeseen. Ongelmatilanteet ovat samalla ongelma oikeusjärjestyksen legitiimisyyden suhteen. Ongelmatilanteen mahdollisuus ilmentää myös sen, että oikeusteoriassa normin muodollinen voimassaolo ja hyväksyttävyys voidaan erottaa toisistaan.

Muodollisesti oikean johtopäätöksen voi muuttaa *väliintulevana tekijänä* johtopäätöksen *aineellinen ei-hyväksyttävyys*.⁶¹ Lakitekstin sanamuoto voi normaalian tulkintamenetelmien käyttämisen jälkeen johtaa tietynlaisessa tilanteessa tulokseen, joka on ristiriidassa säännöksen esitöissä ilmaistun aineellisen oikeutuksen kanssa, niiden tavoitteiden, joihin säännöksellä pyritään, tai aineellisten oikeuseriaatteiden kanssa. Vastaava tilanne voi tulla eteen muiden oikeuslähteiden kohdalla, ja sama ongelmatilanne voi tulla eteen myös oikeudellista ratkaisua tehtäessä.

Dworkinin käyttämiin esimerkkeihin viitaten kuvattua ongelmatilannetta voidaan pyrkiä ratkaisemaan karkeasti ottaen *kahden erilaisen lähestymistavan* avulla. Korostetun muodollinen lähestymistapa lähtee siitä, että kun kysymyksessä on selvä lakiteksti, niin siitä on tehtävä tavanomaisten tulkintasääntöjen mukaiset normaalit johtopäätökset, vaikka tulos olisi aineellisesti huono. Vastakkaisen näkemyksen mukaan lakiteksti on aina luettava ja tulkittava ja päätökset on tehtävä siten, että johtopäätös on aineellisesti optimaalinen. Lainsäätäjän voidaan olettaa aina pyrkivän aineellisesti parhaisiin mahdollisiin lopputuloksiin. Edellistä näkemystä voidaan suhteellistaa siten, että poikkeaviin johtopäätöksiin voidaan mennä, jos voidaan osoittaa, että lainsäätäjällä on tällaisen harkintavallan ko. tapauksessa erikseen antanut esim. käyttämällä ns. joustavia ilmauksia tai periaateluonteisia säännöksiä. Jälkimmäistä voidaan puolestaan suhteellistaa siten,

⁶⁰ Aarnio puhuu kahdenlaisista tulkintaohjeista (*directives*), oikeuslähteet osoittavista ja ja itse tulkintajohtopäätöksiä tekemistä ohjaavista (*procedure of discourse*). Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 95.

⁶¹ Kelsen, s. 148 ja Aarnio–Alexy–Peczenik I, s. 154.

että aineellisesta optimoinnista voidaan luopua, jos voidaan osoittaa, että ko. tapauksessa lainsäätäjä on erikseen rajoittanut harkintavaltaa.⁶²

Edellytys aineellisesta hyväksyttävyydestä muodollisen oikeuttamisen lisäksi implikoi tulkintaa ja ratkaisutoimintaa ohjaavaa normia, *periaatetta mahdollisimman hyvistä oikeuttamisesta*, joka puolestaan implikoi periaatetta mahdollisimman hyvistä tulkinnoista ja ratkaisuksista.⁶³ Tämä puolestaan merkitsee varsin pitkälle tuomarin ns. vapaan harkintaoikeuden kieltämistä ja jaon pakollisiin, heikosti velvoittaviin ja muihin oikeuslähteisiin voimakasta suhteellistamista.

Summers katsoo Yhdysvaltojen common law -järjestelmän puitteissa, että oikeudellisessa ratkaisussa aineellinen oikeuttaminen on ensisijainen suhteessa muodolliseen oikeuttamiseen. Tämä ilmenee selkeästi siten, että relevantin ennakkopäätöksen valinta edellyttää harkintaa ratkaisun aineellisesta pätevyyydestä.⁶⁴

Vastaavasti säädännäisen oikeuden järjestelmässä voidaan asettaa kysymys säännökseen vetoavan muodollisen argumentin ja aineellisten argumenttien etusijasta. Kysymys aktualisoituu edellä määritellyssä ongelmatilanteessa, jossa muodollinen oikeuttaminen johtaa aineellisesti epätydyttävään tulokseen. Tavanomainen tulkinnan »liikkuma-vara» ei riitä. Jos aineellisen oikeuttamisen etusijaa noudatetaan koko laajuudessaan, johtaisi se siihen, että kaikissa mainituissa ongelmatilanteissa *säännösten sanamuodot voitaisiin sivuuttaa*. Tämä kuitenkin murentaisi koko säädännäisen järjestelmän pohjaa ja johtaisi ns. *kaikki seikat huomioon ottavan tulkinta- ja päätöksentekomallin* käyttämiseen. Loppuun saakka vietynä tämä merkitsisi myös *oikeussäännöistä luopumista* niin kuin edempänä voidaan havaita.

⁶² Nämä vaihtoehtoiset argumentointitavat *Dworkin* tuo esiin päätuomari *Warren Burgerin* ja tuomari *Lewis Powellin* mielipiteiden pohjalta *Tennessee Valley Authority* -tapauksessa (Supreme Court, Yhdysvallat), jota hän kutsuu *The Snail Darter* -tapaukseksi. *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978). *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 21–23. *Dworkin* näyttää itse olevan selkeästi hyvin antiformalistisella linjalla. Laista ja ennakkopäätöksistä voidaan poiketa, jos joudutaan ristiriitaan aineellisten periaatteiden kanssa, koska kirjoitettu laki ei voi syrjäyttää ihmisten keskeisimpiä oikeuksia. *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 211, 218 ja 219.

⁶³ *Summers*, *Two Types of Substantive Reasons*, s. 713.

Tulkitsen *Aarnion* käyttämän käsitteen *laintulkinnan regulatiivinen periaate* hyvin pitkälle samaksi kuin tässä esitetty periaate mahdollisimman hyvistä tulkinnoista ja ratkaisuksista. *Aarnio* puhuu (ratkaisujen) mahdollisimman hyvistä perusteluista. *Aarnio*, *laintulkinnan regulatiivinen periaate*, s. 601. Periaate voidaan tulkita myös suppeasti velvollisuudeksi oikeuttaa aineellisesti asiallisesti muodolliseen oikeuttamiseen perustuvat päätökset.

⁶⁴ *Summers*, *Two Types of Substantive Reasons*, s. 730–732. Myöhemmin *Summers* on korostanut enemmän lain muodollisuuden ja muodollisen tulkinnan hyviä puolia. Ks. esim. *The Formal Character of Law*, s. 250 ja *A Formal Theory of Law*, s. 141.

Mahdollisuus sanamuodon vastaisiin tulkintoihin ja ratkaisuihin on sekä vaikeasti hallittava että kriittinen kohta laintulkinnassa. Ongelmaa ei tässä voidaakaan ratkaista, vaan se on yhtenä lähtökohtana seuraavissa kappaleissa. Edempänä keskeisenä aiheena onkin pyrkimys luoda välineitä tämän kysymyksen käsitteelliseksi hallitsemiseksi.

3. *Lainopin metodin epävarmuus.* Edellytys aineellisesta oikeuttamisesta ja muodollisesti pätevien tulkinta- ja ratkaisuehdotusten hyväksyttävyysskontrollista ilmentää lainopillisen tiedon aineellista epävarmuutta.⁶⁵ Muodollisesti oikeutettu uskomus voi olla »väärä», eli lopullinen tulkinta tai ratkaisu poikkeaa siitä, mihin tiedollinen eli muodollinen oikeutus johtaisi. Jos epävarmuuskysymystä tarkastellaan yleistieteellisen *reliabilismin* eli luotettavuusnäkökulman kannalta, niin voidaan todeta, että epävarmuus ja totuuskyseisyys palautuvat kysymyksen tiedon *metodin luotettavuudesta*.⁶⁶ Realiabilismin mukaan tieto edellyttää välttämättä luotettavaa menetelmää. Metodina pidetään tässä yleisesti hyväksytyn oikeuslähdeopin ja tavanomaisten tulkintaperiaatteiden mukaista lainopillista argumentointia.

Lainopin metodi on epävarma, koska tulkinnan tulosten ennustettavuus on heikko. Argumentointiin sisältyy aina aineellista *harkintaa*, mikä estää deterministiset tulokset, vaikka käytettävistä tiedon lähteistä vallitsisikin yksimielisyys. *Yksimielisyys menetelmästä tai edes yksimielisyys tiedon lähteistä tai argumenteista ei vielä takaa yksimielisyyttä johtopäätöksistä*.⁶⁷ Toisin kuin *Dworkin* päätelee, epävarmuus, kun käytettävissä on säännöksiä tai ennakkopäätöksiä, joiden suhteen ei vallitse erimielisyyttä, ei merkitse mitään käsitteellistä sekaan-nusta.⁶⁸ Epävarmuus kohdistuu esillä olevaan tilanteeseen, ei oikeuslähteeseen. Yleensä lähdetekstien merkityksestä vallitseekin yksimielisyys. Epävarmuus valitsee sen suhteen, ovatko lähdetekstit lopulta soveltuvia, mitkä tekstit soveltuvat esillä olevaan tapaukseen ja mitä johtopäätöksiä lähteiden johdosta pitäisi tehdä. Kysymys on siis yleensä tulkintaerimielisyydestä.

Lainopin menetelmä ei takaa yksiselitteistä tulosta ja yksimielisyyttä, vaikka itse menetelmän suhteen vallitsisikin yksimielisyys. Päätöksenteossa jopa sovellettavan säännöksen rutiinitapauksessa on mahdollisuus tavanomaisesta poikkeavaan lopputulokseen. Juuri menetelmän epävarmuus ja epäeksaktius heikentävät reliabilistisen lähestymistavan käyttökelpoisuutta lainopissa. Reliabilismi

⁶⁵ Ks. *Klami*, Finalistinen oikeusteoria, alk. s. 141.

⁶⁶ *Golman*, What is Justified Belief?, s. 10, *Lammenranta*, Tietoteoria, alk. s. 101 ja alk. s. 110 ja *Goldman*, Reliabilism, s. 433.

⁶⁷ *Dworkin*, Law's Empire, s. 4.

⁶⁸ *Dworkin*, Law's Empire, s. 41 ja 42.

ei pysty tarjoamaan varsinaista tiedon tai totuuden aineellista kriteeriä lainopille, mutta sillä on merkittävä asema tiedon ja päättelyn muodollisena kriteerinä.⁶⁹ *Korrekti argumentointitapa on hyväksyttävän argumentoinnin välttämätön mutta ei riittävä edellytys.* Menetelmäkysymyksessä yleinen taso ei myöskään ole riittävä, ja siksi huomio on kiinnitettävä erilaisiin argumentointitapoihin ja -sääntöihin ja argumenttityyppeihin.

Ex post -näkökulmista kaikki esitettävä argumentointi on periaatteessa aina perustellusti riitautettavissa yhteisön puitteissa, ja vastaavasti lainopilliset ratkaisut ovat olennaisella tavalla ennustamattomia ja tehdyt ratkaisut kritisoitavissa. Lainopin menetelmä ei etukäteen tyhjentävästi määrää käytettäviä argumentteja. Tämä ilmenee erityisesti siten, että muodollisesti täysin korrektisti oikeutettu tulkinta tai ratkaisu voidaan perustellusti kiistää. Lainopin tulos- eli tulkintalauseiden voidaan näin ollen sanoa olevan *tiedollisesti heikosti oikeutettuja*.⁷⁰

Lainopillisella argumentoinnilla on kuitenkin myös ulottuvuus, joka tasapainottaa korostettua tiedon epävarmuutta. *Lainopillinen teksti on itse* yksi, joskin muodollisesti heikossa asemassa oleva *oikeuslähde*. Tosiasiallinen vahvuus riippuu kuitenkin tulkintatilanteesta, esim. siitä antavatko vahvemmassa asemassa olevat lähteet yksiselitteisiä vastauksia tulkintakysymyksiin. Lainopissa esitettävillä tulkinnoilla on tässä mielessä esim. suhteessa tuomioistuimen ratkaisuihin tietynlainen »itseään toteuttavan ennustuksen luonne».⁷¹ Lainopissa esitetty tulkinta tai näkemys voi muuttaa traditiota tai tulla sen osaksi joko suoraan tai epäsuorasti esim. lainsäädännön tai ennakkopäätösten kautta.

Tulkintatulosten pysyvyys ajassa on myös heikko, koska tulkinnat ovat riippuvaisia tiedon lähteistä ja argumenteista, jotka ovat muutettavissa, ja argumentointiin piilevästi tai näkyvästi sisältyvät arvostukset voivat muuttua. Oikeus ja pitämisen maailma on korostetusti inhimillisen tahdon alainen asia, kun tahto ymmärretään yhteisön tasolla, ilman metafyyysisiä ja substantiaalisia oletuksia, yhteisön tradition ja sopimuksen merkityksessä.

Metodin epäluotettavuus ilmenee kahdessa eri suhteessa. Ensinnäkin usein kysymykseen tulevat vaihtoehtoiset tavat tulkita lakitekstiä tai muita oikeuslähteitä. Kielen suhteellisesta avoimuudesta johtuen ilmaisujen merkitykset ovat epäselviä, ja tulkintaperiaate tai -tapa joudutaan valitsemaan. Toiseksi tietyt tulkinnan lopputulokset voivat estyä hyväksyttävyyssarvioinnin tai muun väliintulevan tekijän vuoksi.

⁶⁹ Lähtökohtaisesti reliabilismi edustaa *eksternalistista* epistemologiaa.

⁷⁰ *Goldman*, Strong and Weak Justification, s. 56 ja 57.

⁷¹ Ks. *Aarnio*, On Legal Reasoning, s. 243.

Viime kädessä epävarmuus johtuu sisällöllisen argumentoinnin ennalta määrytymättömyydestä ja tilannekohtaisuudesta. Arvostuksista ja muista aineellisista argumenteista tehtäviä johtopäätöksiä ei voi ennustaa, koska samoin kuin tekojen yhteydessä praktinen päättely ei determinoidu *ex ante*, vaan se on arvioitavissa vain *ex post*.⁷²

5.3 Oikeussääntöjen voimassaolosta

Oikeussääntöjen voimassaololla tarkoitetaan tässä niiden normatiivista »eksis-tenssiä» eli »olemassaoloa». ⁷³ Lainausmerkkejä on käytetty tarkoituksella, koska voimassaoloa ei yleensä ole ymmärretty, ei edes oikeusrealismin piirissä, konkreettisenä tai naivin realismin mukaisena olemassaolona. Voimassaolon sijasta voidaan puhua myös *pätevyydestä*.

Sääntöjen voimassaolosta on perinteisesti ollut kolme keskeistä tulkintaa. Oikeusrealistista tulkintaa voidaan kutsua säännön voimassaoloksi *tehokkuuden* merkityksessä. Lakipositivistisen perinteen piirissä keskeinen tulkinta on ollut joko tahtoteorian mukainen sääntöjen olemassaolo *tahdon sisältönä tai tuotteena* tai normin *systemaattinen* eli *muodollinen* voimassaolo. Luonnonoikeudelliset suuntaukset ovat korostaneet oikeussääntöjen *moraalista hyväksyttävyyttä*, jolloin kriteerinä on käytetty yleensä apriorisia, oikeuteen nähden määrävässä asemassa olevia periaatteita.⁷⁴ Aivan puhtaana näitä tulkintoja ei liene esitetty minkään oikeusteorian piirissä, vaan niissäkin teorioissa, joissa on nojaututtu yhteen tulkintaan, on jollain tavalla jouduttu ottamaan huomioon muut tulkin-nat.

1. *Oikeusjärjestelmät ja tulkinnan rajat*. Voimassaolon käsitteeseen liittyy oikeusteoriassa ongelma, joka sivuaa useita muitakin sen osalueita ja käsitteitä. Vaikka oikeusteoria pyrkisikin olemaan tiettyssä määrin universaalia, tulevat rajat tässä suhteessa pian vastaan. Edellä on jo korostettu, että tässä pidetään silmällä vain länsimaisia demokratioita. Näidenkin kesken on huomattavia eroja, ja eräs keskeinen ero on jako maihin, joissa on ns. *common law* -järjestelmä, ja

⁷² Ks. von Wright, *Explanation and Understanding*, s. 117 ja Aarnio, *On Legal Reasoning*, s. 57 ja 58.

⁷³ Kirjallisuudessa puhutaan yleisesti *normeista*, mutta tulkitsen niiden tarkoittavan oikeussääntöjä tässä omaksutun terminologian mukaisesti.

⁷⁴ Aarnio, *Oikeussäännösten pätevydestä, tehokkuudesta ja hyväksyttävyydestä*, s. 9. Ks. Finnis, s. 33, 34 ja alk. s. 85. Aprioristen periaatteiden voidaan sanoa Finnisin systematiikan mukaan suojaavan inhimillisiä perushyviä.

ns. *eurooppalaisen kontinentaalisen* järjestelmän maihin, joihin myös Suomi kuuluu. Olennaisen eron muodostaa säädetyn lain asema, joka jälkimmäisissä järjestelmissä on aivan keskeinen. Tämän vuoksi oikeuspositivistinen lähestymistapa on luonnollinen ja adekvaatti kontinentaalisen järjestelmän maissa. Tämä ero heijastuu myös oikeusteoriaan. Esimerkiksi kysymykset oikeusperiaatteiden asemasta ja mahdollisuuksista syrjäyttää kirjoitetun lain säännös (*overruling*), voivat jäsentyä eri tavalla.

Schauer on tähdentänyt tätä eroa ja esimerkkinä voidaan käyttää *Dworkin*in tunnetuksi tekemää ennakkopäätöstä *Riggs v. Palmer*, jossa vuonna 1889 New Yorkilainen tuomioistuin eväsi saannon testamentin perusteella, koska saaja oli murhannut testaattorin, isoisänsä perinnön takia. Tapaukseen soveltuivat säädökset, joiden mukaan tällaista rajoitusta ei tunnettu. *Schauer* korostaa, että kysymyksessä ei ollut kiperä tapaus normaalimerkityksessä, eli tapaus, jossa soveltuvat säännöt eivät anna suoraa vastausta, vaan tuomioistuin nimenomaisesti ja avoimesti *syrjäytti* suoraan soveltuvan ja yksiselitteisen erityissäädöksen (*Statute of Wills*) yleisemmän tason aineellisen periaatteen nojalla, jonka mukaan kukaan ei saa hyötyä väärinkäytöksestään.⁷⁵ Menettely oli siis vastoin soveltuvaa säännöstä, oikeuslähdeoppia ja tulkintaperiaatteita, joten sitä on kutsuttava pikemminkin *contra legem* -ratkaisuksi, kun lailla tarkoitetaan säädöstekstiä.⁷⁶

⁷⁵ Tapaus *Riggs v. Palmer*, 115 NY 506, 22 NE 188 (1889). Amerikkalaisten ennakkotauposten osalta viitataan *Dworkin*in, *Schauer*in ja *Summers*in esityksiin.

Dworkin Taking Rights Seriously, s. 23 ja *Schauer*, s. 175–177, 189, 190 ja 209. Tapauksesta tarkemmin *Dworkin*, *Law's Empire* (*Elmers case*), alk. s. 15.

Ratkaisutilanteita, joita kutsutaan kiperiksi tapauksiksi (*hard cases*) *MacCormick*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 197, *Dworkin* as Pre-Benthamite, s. 186 ja *Pöyhönen*, *Sopimus oikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 65.

*Schauer*in mukaan sama koskee myös kahta muuta tunnettua tapausta, *MacPherson v. Buick Motor Co* ja *Henningsen v. Bloomfield Motors*. 217 NY 382, 111 NE 1050 (1916) ja 32 NJ 358, 161 A.2d 69 (1960). Näissä tapauksissa sivuutettiin suoraan soveltuva, tunnettu ja ennakkopäätösten perusteella vakiintunut sääntö. Aiemmin oli katsottu sopimusopin perinteen mukaisesti, että tuotteen valmistaja, joka ei ollut sopimussuhteessa tuotteen lopulliseen ostajaan nähden, ei ollut myöskään vastuussa tuotteen haitallisista ominaisuuksista. Tapauksilla siis perustettiin ns. tuotevastuu. Tapaukset merkitsivät myös oikeuskäytännön eli common law -järjestelmässä lain muuttumista.

⁷⁶ *Pöyhösen* oikeussääntöjen voimassaolojen tasojen luokittelussa *Statute of Wills* -säädöksen ao. säännöksen osalta kysymys olisi tällöin luokasta 2) eli tavallisesta (ei ankarasta) oikeussäännöstä, josta voidaan poiketa oikeusperiaatteen nojalla. *Pöyhönen*, *Sopimus oikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 51.

Contra legem tarkoittaa tässä »vastoin soveltuvan säännöksen sanamuotoa», kun normaalit laintulkintaperiaatteet muutoin johtaisivat soveltamiseen. *Contra legem* -käsite muodostuu käsitteellisesti ongelmalliseksi, jos sillä pyritään viittaamaan ratkaisuun vastoin voimassa olevan oikeuden sääntöä. Tällöin käsite tulee joko ristiriitaiseksi tai sitten sillä voidaan tarkoittaa

Kysymys ei ollut siitä, miten säännöstä piti soveltaa, vaan sovelletaanko sitä lainkaan ko. tilanteessa. Samalla kysymys on *antiformalistisesta* tulkinnasta.⁷⁷

Riggs-tapauksessa aineellisesti hyväksyttävä oikeusperiaate syrjäytti poikkeuksellisesti muodollisesti pätevän säännöksen. Yleisemmin Dworkin pyrkii tällaisilla esimerkeillä osoittamaan perusteita, joilla yksityisen henkilön oikeus voi syrjäyttää säädöstekstin tai kollektiivisen päämäärän, tai ratkaisu saadaan valinnalla periaatteiden välillä. Kysymys voi siis olla myös aineellisten oikeutusperusteiden välisestä priorisoinnista. Toisaalta on huomattava, että Yhdysvaltojen common law- oikeuskäytännössä voidaan osoittaa myös tapauksia, joissa kollektiivinen päämäärä, kun sitä pidetään riittävän painavana suhteessa yksityisen oikeuksiin, voi syrjäyttää nämä oikeudet. *Coleman v. MacLennan*-tapauksessa katsottiin, että koska runsas informaatio julkisen viran hakijoista edisti demokratiaa, sanomalehti, joka julkaisi vääriä tietoja, ei ollut vastuussa (korvausvelvollinen), ellei vääriä tietoja julkaistu tarkoituksellisesti (*in bad faith*).⁷⁸

Schauerin mukaan ratkaisu Riggs-tapauksessa voidaan selittää sillä, että Yhdysvaltojen tradition mukaan tällainen säädöksen syrjäyttäminen on mahdollista, ja tällaisia ratkaisuja tekeviä tuomareita pidetäänkin erityisen etevinä (esim. Judge *Benjamin Cardozo MacPherson*-tapauksessa).⁷⁹ Tämä ei päde kuitenkaan suoraan kaikkiin oikeusjärjestelmiin. On myös tiukemmin säädöksiin sidottuja järjestelmiä, joissa tuomioistuimella ei periaatteessa ole tällaista valtaa tai joissa syrjäyttäminen tulee harvemmin kysymykseen ja vaatii painavammat perustelut kuin common law-järjestelmässä. Manner-Euroopan ns. kontinentaalisen järjestelmän ja myös Englantilaisen oikeuskäsityksen eroa suhteessa yhdysvaltalaiseen järjestelmään voidaan analysoida tältä pohjalta.⁸⁰

Pidän kuitenkin selvänä, että myös kontinentaalisissa oikeusjärjestelmissä aineelliset perusteet määräävät tulkinnan lopputuloksen, kun kysymyksessä on

vain virheellistä tai lainvastaista tulkintaa. Esim. korkeimman oikeuden tekemä *contra legem* ratkaisu merkitsee yleensä, että tuomioistuimet tekevät jatkossa samanlaisia ratkaisuja samanlaisissa tilanteissa, jolloin voidaan pikemminkin sanoa, että voimassa oleva oikeus ei ao. tilanteessa ole enää sanamuodon mukainen. Ks. Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 50. Sama ongelma koskee *desuetudoa*. Jos (säädöksen) säännöstä lakaan kokonaan soveltamasta, voimassa olevan oikeuden kannalta voidaan sanoa, että säännös ei enää sisälly voimassa olevaan oikeuteen, vaikka se olisi edelleen osa muodollisesti päteviä säädöksiä.

⁷⁷ Ks. Schauer, Formalism, s. 515 ja 516.

⁷⁸ *Coleman v. MacLennan*, 78 Kan. 711. 741, 98 P. 281, 292 (1908), *Summers*, Two Types of Substantive Reasons, s. 717.

⁷⁹ Schauer, Formalism, s. 518 ja Schauer s. 179.

⁸⁰ *Atiyah-Summers*, alk. s. 96 ja alk. s. 411. Yhdysvalloissa myös tapa tulkita säädöksiä on aineellisempi ja tässä mielessä liberaalimpi.

»liikkumavaran» käyttäminen lakitekstin (normaalimerkityksen) osoittamissa puitteissa tai kun kysymyksessä on todellinen kiperä tapaus, eli lakitekstin perusteella ei voida osoittaa suoraa vastausta.⁸¹

Asiallisesti ottaen ehdotonta kieltoa syrjäyttää lain säännöksiä ei voitane ajatella missään järjestelmässä, ja esim. tilanteet, joissa oikeusohjeet johtavat absurdiin ratkaisuun, voidaan yleensä väistää, vaikka nimenomaista poikkeussäännöstä ei olisikaan käytettävissä. Ehdoton kiello säädöksen syrjäyttämisestä merkitsee käytännössä piilotettua syrjäyttämistä.⁸² Viimeksi mainittua menettelyä on kuitenkin käytännössä vaikea osoittaa.

Kirjallisuudessa tunnettu esimerkki ongelmasta on *Bolognalainen kirurgi*, jota syytettiin »veren vuodattamisen kadulle» kieltävän säännöksen rikkomisesta, koska hän oli onnettomuustilanteessa suorittanut toimenpiteitä, jotka sisälsivät valtimon avaamisen.⁸³ Myös *Sokrateen* klassinen perustelu, kun hän kieltäytyy pakenemasta ennen selkeästi epäoikeutetun ja kohtuuttoman tuomion täytäntöönpanoa, voidaan nähdä äärilakipositivistisena näkemyksenä laista ja tuomioista. Pakeneminen ja poikkeaminen yksittäistapauksessa merkitsee hänen mukaansa koko oikeusjärjestyksen syrjäyttämistä ja viime kädessä oman järjen ja rationaalisen yhteisöön sitoutumisen (sopimuksen) rikkomista. Oikeusjärjestys on toteutettava tarkalleen, viimeistä yksityiskohtaa ja sovellutusta myöten, tai muutoin koko järjestys rapautuu ja hajoaa.⁸⁴ Oikeus ei voi olla kuitenkaan »sokea» sääntöjen seuraamisessa. Yhtä hyvin muodollisesti oikeaa mutta asiallisesti ottaen väärää johtopäätöstä voidaan päinvastoin pitää koko oikeusjärjestyksen ja sen asiallisten tavoitteiden sivuuttamisena ja sen legitimitietin rapauttamisena. Tässä suhteessa oikeuden jumalattaren silmien edessä oleva side voidaan riisua.

Dworkinin käsitys tulkinnasta on näin ollen suhteutettava common law -maiden ja erityisesti Yhdysvaltojen oikeusperinteeseen, vaikka sillä on toki annettavaa laajemminkin. Tämä merkitsee, että oikeusteorian harjoittaja joutuu käytännössä yleensä pitämään silmällä *jotakin tiettyä oikeusjärjestelmää*, joka tässä tapauksessa on luonnollisesti Suomen järjestelmä, vaikka muutoin pyrkimyksenä olisikin universaali taso. Traditioissa ja järjestelmissä, myös länsimaiden kesken on selkeitä käsitteellisiä eroja.⁸⁵ Poikkeaminen näistä annetuista, joskin

⁸¹ Ks. *Aarnio*, Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä, s. 205.

⁸² *Klami*, Finalistinen oikeusteoria, s. 154.

⁸³ Ks. *Michael Moore*, s. 869 ja *Schauer*, Formalism, s. 543.

⁸⁴ *Platon*, Kriton, 46b, 48c, ja erit. 50a–53b, s. 44, 47 ja 49–53. *Letwin*, s. 58 ja 59 ja *Niklasson*, s. 10–13.

⁸⁵ *Atiyah–Summers*, s. 416 ja 417. Samoista käsitteistä (*concepts*) voi olla erilaisia käsityksiä (*conceptions*).

tosiasiallisesti väljistä puitteista merkitsee, että tutkimuksen adekvaattisuus suhteessa ao. oikeusjärjestykseen väistämättä vähenee. Olettamuksena tällöin on, että oikeusteoria käsitteellisenä ja analyttisenä tutkimuksena on *transsendentaalis-*ta myös suhteessa tosiasiallisiin oikeusjärjestelmiin, yleensä yhteen tiettyyn järjestelmään. Se reflektoi tiettyä, tosiasiallista järjestelmää. Tämä on kuitenkin vain yksi mahdollinen lähestymistapa, ja esim. kriittinen tai vertaileva metodi tarjoavat aivan toisenlaiset lähtökohdat.

2. *Kolme voimassaolon tulkintaa.* Kaikki kolme, tehokkuuteen, systeemi- tai muodolliseen voimassaoloon ja moraaliseen hyväksyttävyyteen perustuvaa tulkintaa on otettu huomioon *Wróblewskin* ja *Aarnion* tulkinnoissa, joita voidaan lähtökohtaisesti kutsua *kolmiulotteisiksi* tulkinnoiksi.⁸⁶ Asiallisesti ottaen muodollinen voimassaolo on heillä kuitenkin hallitsevassa asemassa. Voimassaolon ulottuvuudet muodostavat käyttökelpoisen lähtökohdan analyysille. Aiemmin lausutun perusteella tulkitsem näitä teorioita siten, että voimassaolon käsitteen eri ulottuvuudet viittaavat asiallisesti ottaen *erilaisiin*, itse pätevyyden käsitteestä erillisiin tiedon tai totuuden *kriteereihin*.

Voimassaolokysymykseen näyttää lisäksi sisältyvän kaksi erilaista näkökulmaa. Ensiksi sillä viitataan suoraan *erilaisiin oikeuslähteisiin*. Toiseksi *yhden lähteen piirissä* ao. lähteestä johdettua sääntöä voidaan tarkastella erikseen muodollisten kriteerien, hyväksyttävyyden ja tehokkuuden kannalta.

Wróblewskin oikeusnormin voimassaolon käsite näyttää varsin kapealta, koska se pitää silmällä vain kirjoitettuun lakiin perustuvia sääntöjä. Kysymys ei siis ole kaikkien oikeussääntöjen voimassaolosta, eikä systeemivoimassaolon osalta oteta huomioon esim. lainvalmistelutöiden tai ennakkopäätösten asemaa, vaikka näilläkin on selkeä muodollinen asemansa. Vastaavalla tavalla kuin säädösten osalta voidaan esittää kysymykset esim. ennakkopäätöksiin perustuvien sääntöjen systeemi- tehokkuus ja hyväksyttävyysepätevyydestä.

Voimassaolokäsitteiden suhde *oikeuslähteopilliseen* näkökulmaan ei ole selkeä, vaikka nämä näkökulmat liittyvätkin välittömästi toisiinsa. *Wróblewski* näyttää pitävän voimassaolokysymystä varsinaista tulkintaa edeltävänä esikysymyksenä, joka yhdessä oikeuslähteopin kanssa määrää, mitä argumentteja käytetään.⁸⁷ Näin jyrkkänä erottelua ei kuitenkaan tule nähdä, vaan tulkinta ja sen johtopäätökset vaikuttavat myös pätevyyskysymykseen. Voidaan myös sanoa, että *jokaisen argumentin kohdalla on tunnettava sen oikeuslähteen systemaattinen pätevyys, johon argumentissa viitataan*. Vastaavasti jokaisen argumentin kohdalla on erikseen harkittava sen aineellinen *hyväksyttävyys*. Hyväksyttävyys liittyy useimmiten

⁸⁶ *Aarnio*, The Rational as Reasonable, alk. s. 33.

⁸⁷ *Wróblewski*, The Judicial Application of Law, s. 85.

vain argumentoinnin tuloksen arvioimiseen, mutta kysymys voi olla myös säännöksestä, jota sellaisenaan ei enää pidetä esim. moraalisesti hyväksyttävänä. Systemivoimassaolon käsitteen voidaan myös katsoa viittaavan suoraan oikeuslähdeoppiin. Oikeuslähdeopillinen näkökulma on kattavampi, mutta muodollisena se asiallisesti ottaen sivuuttaa tehokkuus- ja hyväksyttävyysongelmat. Sellaisenaan se ei esim. salli lain säännöksen sivuuttamista ei-hyväksyttävänä.

Hyväksyttävyys ilmenee siten, että argumentoinnin on johdettava myös aineellisesti hyväksyttäviin lopputuloksiin. Lakitekstin tulkinnassa tämä ilmenee hyvin perustavaa laatua olevana tulkintaohjeena, jonka mukaan säännökset on tulkittava niin, että ne tähtäävät moraalisesti hyväksyttäviin lopputuloksiin. Olettamuksena on tällöin, että tulkinnalla pyritään toteuttamaan niitä arvoja, joilla lain tarkoitus voidaan selittää ja että muutoinkin pyritään aineellisesti mahdollisimman hyvin oikeutettuihin johtopäätöksiin.

Wróblewskin ja Aarnion tulkinnat eivät ole identtiset, mutta itse idea voimassaolon eri merkityksistä ja tulkintatavoista on kuitenkin sama, mikä tässä yhteydessä on tärkeintä. On huomattava, että mainituissa tulkinnoissa pidetään silmällä yksittäisten säännösten pätevyyttä, vaikka samalla myönnetäänkin niiden voimakas systeemisisidonnaisuus.

3. *Systemivoimassaolo.* Wróblewskilla mainitut voimassaolomuodot eivät ole tasaveroisia, vaan säädetyin lain järjestelmissä säännön voimassaolo on lähtökohteisesti ja pääsääntöisesti systeemivoimassaoloa (*systemic validity*). Voidaan myös puhua *muodollisesta* voimassaolosta.⁸⁸ Tämä ei ole kuitenkaan ehdoton pääsääntö, vaan muilla voimassaolon muodoilla on poikkeuksellisesti merkitystä systeemi-voimassaoloa *korjaavana tekijänä* (*corrective*). Wróblewski näin ollen selkeästi suhteuttaa voimassaolon muodot toisiinsa siten, että systeemivoimassaolo on pääsääntö ja muut voimassaolomuodot (*factual and axiological*) voivat aiheuttaa siihen *poikkeuksia*. Tällä perusteella Riggs-tapauksen mukainen säädöksen syrjäyttäminen on mahdollista myös säädännäisen oikeuden järjestelmissä, jos korjaaminen tulkitaan sananmukaisesti eikä vain täydentämisenä. Eri asia on, kuinka helposti pääsäännöstä voidaan poiketa. Kaikki kolme voimassaolon muotoa ilmenevät voimassaolon kriteereinä tai tunnistamissääntöinä. Kriteerejä tai tunnistamissääntöjä ei voi suoraan rinnastaa muodolliseen oikeuslähdeoppiin, jos tosiasiallinen ja arvoperusteinen voimassaolo määritellään siten, että se merkitsee mahdollisuutta poiketa pääsääntöisestä eli oikeuslähdeopin mukaisesta tulkinnasta.⁸⁹

Säädöksiä laajemman ja eri tasolla olevien oikeusnormien näkökulmasta tarkasteltuna systemaattinen tai muodollinen voimassaolo viittaa *argumenttien*

⁸⁸ Aarnio, Laintulkinnan teoria, s. 84.

⁸⁹ Wróblewski, The Judicial Application of Law, s. 76–78.

asemaan oikeuslähteiden joukossa. Tarkoiton argumentilla tässä esim. lauseita ja niiden statusta kirjoitetun lain säännöksenä. Oikeussäännön muodollinen voimassaolo tarkoittaa näin ollen vetoamista argumentin eli oikeuslähteenä käytettyjen lauseiden asemaan oikeuslähdeopin mukaisessa lähteiden hierarkiassa eli viime kädessä tosiasiallisesti tehtyihin, korkean muodollisen aseman omaaviin päätöksiin ja niiden *hierarkiaan*. Tärkeimpien oikeuslähteiden osalta muodollisuus viittaa myös niiden viralliseen asemaan osana legitiimien viranomaisten antamia, tietyn *statuksen omaavia tekstejä*. Pelkistetyimmillään sääntöjen voimassaolo säädösteksteinä ja muodollisena voimassaolona on ymmärretty *Kelsenin* puhtaassa oikeusopissa.⁹⁰ Myös *Hartin* käsitys voimassaolosta perustuu systemaattiseen voimassaoloon.⁹¹

Edellä kuvattu voimassaolokäsitys pitää silmällä vain säädöksiä, ja *muut oikeuslähteet* jäävät toissijaiseen asemaan. Selvää kuitenkin on, että esim. tuomioistuinten ennakkopäätösten merkitys oikeuslähteenä perustuu rubriikin tai varsinaisten perustelujen lauseiden asemaan viranomaisen tiettyssä järjestyksessä tekemässä päätöksessä ja sen antamassa tekstissä. Statukseen vedotaan myös, kun vedotaan lainopillisen kirjallisuuden tekstiin. Haluamatta väheksyä tekstissä esitettyjen asiallisten argumenttien merkitystä, vetoamisessa kirjallisuuteen on kysymys myös siitä, että teksti ei ole osa mitä tahansa kirjallisuutta tai tekstejä vaan on juuri tietyn ammatillisen aseman omaavan henkilön kirjoittama. Oikeuslähteen asema jo sinänsä merkitsee auktoriteettiasemaa. Systemaattisessa eli muodollisessa voimassaolossa on näin ollen keskeistä *vetoaminen lähteen muodolliseen asemaan ja auktoriteettiin yhteisössä*.⁹² Lauseiden hierarkinen asema osoittaa niille lähdekohtaisen *painoarvon argumenttina* niiden sisällöstä riippumatta.⁹³

Viime kädessä kysymys on kuitenkin siitä, että *yhteisön traditiossa on omaksuttu tietty menettely, jossa yhteisö yksplikoi ja asettaa omat sääntönsä* ja tässä mielessä hallitsee itseään ja käyttää valtaansa jäseniään eli oikeusalamaisia kohtaan. Kysymys on säädösten ja säädösvallan ja muiden oikeuslähteiden »ideoista», länsimaissa enemmän tai vähemmän *valistuksen aatteisiin* perustuen. Perustuslakia tai muita lakeja, jotka määrittelevät menettelyn, jossa lait valmistellaan ja annetaan, ei voi johtaa mistään perusnormista, vaan kysymys on omaksutuisista, ideologiaan perustuvista menettelytavoista. Tämän varassa on myös lainsäädäntömenettelyn legitiimisyys.⁹⁴ Miten säädösteksteistä päätetään, miten niitä

⁹⁰ *Kelsen*, s. 122.

⁹¹ *Hacker*, s. 21.

⁹² *Raz*, *The Authority of Law*, s. 33.

⁹³ Ks. *Klami*, *Juridisten argumenttien punnintamalli*, s. 1074.

⁹⁴ Ks. *Aarnio*, *On the Legitimacy of Law*, s. 207.

annetaan ja mikä on säädösten asema oikeuslähteenä, ei voi johtaa säännöstä, jonka mukaan perustuslakia on noudatettava. Vielä selkeämmin tämä koskee muita oikeuslähteitä.

Edellä kuvattu muodollinen voimassaolo ei tarkoita välttämättä ristiriitaa asiallisten argumenttien tai normien sisällöllisen hyväksyttävyyden kanssa. Päinvastoin useimmissa tapauksissa muodollinen auktoriteetti ja sisällöllinen hyväksyttävyys kulkevat käsi kädessä. Lainsäädäntömenettely ja oikeuslähteoppi ovat saaneet tietyn muodon juuri sen takia, että ne johtaisivat aineellisesti optimaaleihin sääntöihin. Kokonaisuutena *muodollisesti pätevä laki* (oikeusjärjestys) on auktoriteetti, jota noudatetaan, koska ja jos se on rationaalista ja aineellisesti hyväksyttävää (legitimiteetti). Tätä edellyttää myös Razin konstruktio muodollisesta laista ns. *välittävänä tekijänä*.⁹⁵ Muodollisesti oikeutetun lain kaavamainen soveltaminen on oikeutettua, jos laki noudattamisen ja soveltamisen välittömänä syynä palautuu aineellisiin (ja tossijaisiin) syihin, joilla itse laki ja vaatimus sen noudattamisesta oikeutetaan.⁹⁶

Olettamuksena on myös, että niin kauan kuin tekstejä ei muuteta, ne ovat »oikeita», eli vastaavat yhteisön traditiota. Näin ei yksittäistapauksessa kuitenkaan välttämättä ole. Tämän eron mahdollisuutta itse asiassa implikoi juuri eroteltu systemaattiseen ja hyväksyttävyysoimassaoloon. On siis mahdollista, että auktoriteettiasemassa oleva teksti lähtökohtaisesti sitoo tulkitsijan tai ratkaisijan kädet niin, että hän lähtökohtaisesti katsoo olevansa pakotettu tekemään huonon tulkinnan tai ratkaisun, eivätkä käytettävissä olevat tulkintamahdollisuudetkaan auta asiassa.⁹⁷

Tilanne on yksinkertaisesti ilmaus aiemmin esitetystä voimassa olevan oikeuden objektiivisuusedellytyksestä. Kielen avoimuudella on näin ollen selkeät rajat, ja lähdetekstit yhdessä tulkintaperiaatteiden kanssa usein osoittavat varsin tarkasti ja yksiselitteisesti määrätyissä rajoissa olevat tulkintamahdollisuudet. Asiallisesti ottaen oikeudellinen traditio on näissä rajoissa tiivistetty ja täsmennetty. Tähän perustuu koko säädännäisen lain idea. Säädännäisen lain järjestelmän toimivuus edellyttää yhtä paljon kuin common law -järjestelmäkin kehittyntä oikeustraditiota.

Joutuuko tulkitsija tai ratkaisija antamaan kuvatussa tilanteessa lopulta käsitöksensä mukaan myös objektiivisesta näkökulmasta huonon tulkinnan tai päätöksen, riippuu ratkaisevasti siitä, *salliiko ja missä määrin oikeudellinen tradi-*

⁹⁵ Raz, *The Authority of Law*, s. 17 ja *Ethics in the Public Domain*, s. 202–205.

⁹⁶ Michael Moore, s. 832 ja 833.

⁹⁷ Kysymys on samalla yhdestä lakipositivismin implikaatiosta. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, s. 55, Schauer, s. 129 ja ks. Raz, *The Authority of Law*, s. 3.

tio muodollisen systeemin mukaisesti soveltuviin oikeussääntöjen syrjäyttämisen sen takia, että ne eivät ole hyväksyttäviä tai johtavat huonoihin tulkintoihin tai ratkaisuihin.⁹⁸ Esim. lain sanamuoto normaalitulkinnan mukaisesti voi johtaa johtopäätökseen, joka on ristiriidassa ao. lain selkeiden tavoitteiden tai aineellisten oikeusperiaatteiden kanssa. Tällöin on myös siirrytty helpon laintulkinnan alueelta selkeästi *vaativampaan laintulkintaan*. Muodollisilla argumenteilla on korkea painoarvo, mutta ei niin ehdoton asema, etteivätkö ne voisi syrjäytyä vielä painavampien aineellisten argumenttien edessä.⁹⁹

Dworkin on näin ollen oikeassa, kun hän toteaa, että konventionalistisen mallin mukaisesti säädösten muodollinen asema on lähtökohtaisesti riittävä perustelu niiden soveltamiselle.¹⁰⁰ Esim. tuomarin pääsääntöisesti oletetaan omaksuvan ja hyväksyvän lainsäätäjän sekä perustelut että johtopäätöksenä olevat säädösten sanamuodot.

Selkeästi eri kysymyksiä ovat kuitenkin, kuinka pitkälle vastauksia esille tuleviin kysymyksiin saadaan tukeutumalla vain muodollisiin lähteisiin ja kuinka ehdotonta muodollisten lähtökohtien sitovuus on. Siitä, minkälainen »liikkumavara» ja harkintavalta tulkitsijalla on, ei voi lailla säätää, eikä se ole myöskään varsinaisin lainopin keinoin tai käsitteellisesti selvitettävissä, vaan riippuu yksinomaan oikeustraditiosta. Jos tulkinnasta säädetään, kysymyksessä on jälleen säädös, jota on tulkittava. Säädösten antaja on joskus yrittänyt ratkaista tämän ongelman kieltämällä erikseen kaiken tulkinnan.¹⁰¹ Yritykset ovat tuomitut epäonnistumaan. Tulkintatraditio voi olla enemmän tai vähemmän *jäykkää tai vapaata*, eli enemmän tai vähemmän *muodollista ja kaavamaisista*.¹⁰² Kysymys on samalla siitä, uskotaanko yhteisössä lainoppineen tai tuomioistuimen pystyvän kuvattuun vaativaan tulkintaan ilman, että tulkinta sortuu subjektiivisuuteen tai mielivaltaan. Vapaa tulkintatapa ottaa laajemmin huomioon oikeusperiaatteet ja päämääräargumentit kuin muodollinen, eli se pyrkii mahdollisimman suureen

⁹⁸ Selvyyden vuoksi on todettava, että aiemmin asetettu objektiivisuusedellytys merkitsee, että ratkaisua pidetään huonona ao. yhteisössä ja materiaalistien argumenttien valossa, ei tuomarin omien henkilökohtaisten mieltymysten perusteella. Kritiikki edellyttää objektiivisia argumentteja.

⁹⁹ *Eckhoff*, s. 314 ja ks. *Klami*, Juridisten argumenttien punnintamalli, s. 1079.

¹⁰⁰ *Dworkin*, *Laws's Empire*, s. 136.

¹⁰¹ Esimerkkeinä voidaan mainita *Corpus Iuris Civilis (Justianus I, v. 529)*, *Tanskan laki (Kristian V, v. 1683)* ja *Code Civil (Napoleon I, v. 1804)*. *Jørgensen Values in Law*, s. 105 ja 107. Parlamentin, säädösten, kodifikaatioiden, tulkinnan asemat ja tuomiovallan käytön etukäteen sitomisen kysymykset liittyvät historiallisesti kamppailuihin hallitsijoiden, kirkon, aatelisten ja muiden säätyjen kesken. Erityisesti katolinen kirkko vetoaa yleensä luonnonoikeuteen, ja hallitsijat ovat vedonneet lakipositivistiseen oikeuskäsitykseen.

¹⁰² Ks. *Summers*, *The Formal Character of Law*, s. 253 ja 254.

aineelliseen hyväksyttävyyteen. Kärjistettynä: Muodon ja auktoriteetin korostaminen merkitsee tulkintatulosten sisällöllisen hyväksyttävyyden väheksymistä, ja toisaalta hyvin vapaa tulkintatapa ei ota vakavasti lainsäätäjän ennakko-ohjausta ja valtaa eikä yhteisön omaksumaa päätöksentekoprosessia.

Normatiivisena ja säädösten tulkintaan liittyvänä kysymyksenä lainopillinen metodi pystyy refleктоimaan myös edellä mainitun puolen yhteisön traditiosta, vaikka se ei olisikaan suoraan saatavissa varsinaisista oikeuslähteistä. Edellä Riggs-tapauksen yhteydessä todettiin, että yhdysvaltalainen oikeusperinne selkeästi sallii tällaisen oikeussäännöksen syrjäyttämisen. Tämä seikka selittää ainakin osittain Dworkinin joskus yllättäviltä tuntuvat käsitykset laintulkinnasta ja päätöksenteosta. Kysymys on itse asiassa vielä mielenkiintoisempi ja poltavampi kontinentaalisen eli säädännäisen oikeuden maissa.

Edellä mainittu edellyttää, että *voimassa oleva oikeus* juuri sen voimakkaasta systemaattisuudesta ja muodollisuudesta johtuen *voidaan* käsitteellisesti erottaa tulkitsijan tai ratkaisijan mielestä (objektiivisesti) *parhaasta mahdollisesta lopputuloksesta*. Lausuttu edellyttää näin ollen voimassa olevan oikeuden *kritiikin* mahdollisuuden.¹⁰³ Kritiikki ei ole mahdollinen, jos voimassa oleva oikeus samaistetaan parhaisiin mahdollisiin normeihin ja ratkaisuihin, eli jos oletetaan, että traditio sallii johtopäätökset ja ja ratkaisut niin, että paras mahdollinen lopputulos aina saavutetaan. Kritiikissä voisi tällöin olla kysymys vain paremmista tai huonommista tulkinnoista ja ratkaisuista. Näin ilmeisestikään ei voi olla, koska se asettaisi kyseenalaiseksi myös säädösten muuttamisen tarpeen, ja viime kädessä kyseenalaistaa koko säädöksiin perustuvan järjestelmän. Lausuttu systemaattiseen tai muodolliseen voimassaoloon olennaisesti liittyvä piirre johdattaa jo kysymykseen oikeussääntöjen kaavamaisuudesta.

Edellä kritiikki on ymmärretty sen varsinaisessa tai vahvassa tai voimassa olevan oikeuden käsitteeseen nähden *ulkoisessa* merkityksessä. Näin ymmärretty ulkoinen kritiikki voidaan erottaa *sisäisestä* tai *kriittisestä tulkinnasta*. Ehdotonta käsitteellistä rajaa ei kuitenkaan voida tehdä. Ulkoisen ja sisäisen kritiikin erottelun lähtökohdaksi voidaan ottaa erottelu tulkinnan argumentteihin eli päättelyn muodollisiin ja aineellisiin lähtökohtiin ja johtopäätöksiin. Kun johtopäätöksenä on normilause, lähtökohtia voidaan nimittää myös oikeutuksiksi. Lainopin kannalta keskeisessä asemassa ovat muodolliset argumentit eli muodollinen oikeuttaminen. Jos kritiikin esittäjällä ja sen kohteella on samat muodolliset lähtökohdat, voidaan kritiikkiä kutsua (systeemin) sisäiseksi. Se on lähellä tavanomaista laintulkintaa, mutta sitä voidaan pitää kriittisenä tai vaihtoehtoisena tulkintana, jos vakiintuneet tai auktoritatiiviset, esim. korkeimman oikeu-

¹⁰³ MacCormick, s. 127, 128 ja 139.

den tai kirjallisuudessa esitetyt tulkinnat asetetaan kyseenalaiseksi. Yleensä ero kriitikon ja hänen kohteensa välillä palautuu tällöin erilaisiin aineellisiin argumentteihin. Ulkoinen tulkinta puolestaan asettaa muodolliset lähtökohdat ja yleensä myös säännöksen taustalla olevat säännöksen aineelliset oikeutukset kyseenalaiseksi. Ulkoinen kriitikko pitää tyypillisesti säännöksiä, ja tältä osin systeemiä joko epätarkoituksenmukaisena tai epäjohdonmukaisena, kun taas sisäinen kriitikko pitää esim. tapaa tulkita säännöksiä epätarkoituksenmukaisena.

4. *Säädösten asema.* Systeemivoimassaolon Wróblewski sitoo yksiselitteisesti säädöksiin. Ahtaimman tulkinnan mukaan kysymyksessä ovat vain säädökset sellaisenaan eli kysymyksessä on säännösten systeemi. Laveamman tulkinnan mukaan systeemiin luetaan myös edellisten loogiset seuraamukset. Vielä laveamman tulkinnan mukaan systeemiin kuuluvat lisäksi edellisten perusteella tehtävät lainopilliset tulkinnat.¹⁰⁴ Selvää on, että ilman laveinta tulkintaa ei lainopissa tulla toimeen edes säädösten osalta.

Nimitys muodollinen voimassaolo on myös osuva, koska voimassaolo johdetaan ennen kaikkea säädöksen antamista koskevista valtuuttavista, hierarkisista ja menettelyllisistä säännöistä. Säädösten antaminen on Dworkinin tarkoittama »empiirinen» tai historiallinen tosiseikka, oikein tehty päätös. Muodollisuus tarkoittaa tällöin argumenttilauseiden kuulumista säädösten systeemiin. Kysymys on myös Razin tarkoittamista käytännöllisen auktoriteetin pakottavista määräyksistä.¹⁰⁵ Siksi lakipositivistit usein katsovat lain palautuvan sosiaalisiksi tosiseikoiksi vailla liittymää moraalisiin (aineellisiin) seikkoihin. Lain sitovuus on sama asia kuin tosiasiallisen auktoriteetin tunnustaminen.

Muodollinen voimassaolo ei voi kuitenkaan rajoittua säädöksiin itseensä, koska säädökset eivät voi säädellä omaa asemaansa kokonaisuutena, vaan säädösten asemaa koskevien periaatteiden on oltava niistä erillään.¹⁰⁶ Asetelma tulee hyvin esiin Kelsenin perusnormin käsitteessä ja siihen liittyvissä ongelmissa. Säännöt eivät voi myöskään osoittaa omaa tulkintaansa, soveltamistaan tai määrätä soveltamisensa ehtoja.¹⁰⁷ Säädännäistä oikeutta laajemmat käsitteelliset puitteet voimassaololle ovat tämänkin takia välttämättömät.

¹⁰⁴ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 77 ja 78.

¹⁰⁵ Ks. Razin jako teoreettiseen ja käytännölliseen auktoriteettiin, joka on analoginen Aristoteleen jaottelulle tieteelliseen tietoon ja käytännölliseen järkeen. Edellinen viittaa uskomuksen jälkimmäinen teon syyhyn. Aristoteles, *Metafysiikka*, VI, 1 ja *Nikomakhoksen etiikka*, VI, 3. Raz, *Ethics in the Public Domain*, s. 196. Michael Moore, s. 830.

¹⁰⁶ Vrt. Kelsen, joka lausuu: »Law regulates its own creation...». Kelsen, s. 124. Ks. myös Lagerspetz, *The Opposite Mirrors*, s. 106.

¹⁰⁷ Schauer, *Rules and the Rule-Following Argument*, s. 192. Ks. myös Aarnio, *Oikeustieteellinen koulutus ja lakimiesmoraali*, s. 518.

Sekä säädösten aseman, sisällön että niiden suhteen keskeisen muodollisen oikeuslähdeopin sisällön määrää lopulta vain *yhteisön oikeudellinen traditio* ja yhteisön omaksuma käsitys omasta oikeusjärjestelmästä. Myös esim. tuomioistuinten toiminnan ja niiden aseman suhteessa muuhun yhteiskuntaan ja sen instituutioihin voi tuntea ja ymmärtää vain tradition ymmärtämisen kautta vastavalla tavalla kuin instituution alaiset normit ja käsitteet voidaan tuntea vain instituution ymmärtämisen kautta. Tällöin eteen tulevat fundamentaaliset koko yhteisön perusrakenteita koskevat kysymykset. Kysymys on tällöin mm. valtiomuodosta, valtiosäännöstä ja vallanjako-opista ja ylipäänsä valtiollisen vallan asemasta ja muodosta.

Kysymys on tradition *normatiivisesta* tulkinnasta, eli miten yhteisö sääntelee itsensä. Esim. kelseniläinen säädöshierarkia toistaa vain suoraan tietyn omaksuman, ja näin ollen kontingentin opin perustuslaista ja ylimmästä valtiollisen vallan käyttäjästä (parlamentti) ja sen alaisista muista valtioelimistä (hallitus ja sen alaiset viranomaiset).¹⁰⁸ Nämäkään säädökset eivät voi säätää omasta asemastaan tai tavasta, joilla niitä tulkitaan.

Tärkeän osakysymyksen muodostaa myös *tuomioistuinten asema* suhteessa lainsäädäntöelimiin. Kärjistäen voidaan sanoa, että mitä vähemmän tuomioistuihin luotetaan ja mitä vähemmän niille halutaan itsenäistä harkintavaltaa antaa, sitä tarkempia lakeja valmistellaan ja säädetään.¹⁰⁹ Luottamuksessa on tällöin kysymys siitä, *miten pitkälti tuomioistuinten uskotaan pystyvän refleктоimaan yhteisön normeja ilman lainsäätäjän ohjausta*. Kun silmällä pidetään vain perinteisiä oikeuslainsäätöjen oikeuksia ja velvollisuuksia sääteleviä rikos- ja siviili-oikeuden normeja, tarkan säädöksen antaminen merkitsee asiallisesti ottaen tuomioistuinten harkintavallan kaventamista, koska sillä pyritään sitomaan tuomioistuinten kädet ja määräämään ratkaisut jo etukäteen. Luonnollisen kielen käyttäminen asettaa tähän luonnollisesti rajat, ja esim. common law -järjestelmän osalta voidaan havaita, että täysin analogisina vaihtoehtoina ovat ennakkopäätöksiin perustuvat oikeussäännöt. Ennakkopäätösjärjestelmä voi olla yhtä kaavamainen kuin säädösjärjestelmäkin. Ennakkopäätösjärjestelmä on konservatiivinen, koska se korostetusti sitoutuu aiempaan käytäntöön. Toisaalta samalla tavalla »taaksepäin katsovaa» on myös sitoutuminen kenties kauan sitten annettuihin säännöksiin. Ennakkopäätösjärjestelmä ei ole myöskään välttämättä hitaampi muuttamaan kuin säädännäisen oikeuden järjestelmä. Sekä sitoutuminen ennakkopäätöksiin että lainsäätäjän hitaus voi toimia väistämättömän muutoksen jarruna.

¹⁰⁸ Ks. Kelsen, alk. s. 123.

¹⁰⁹ Schauer, s. 158.

5. *Tehokkuusvoimassaolo*. Tosiasiallinen tai tehokkuus-voimassaolo määritellään yleensä yksinkertaisesti niin, että säädöksiä tosiasiallisesti sovelletaan käytännössä. Tehokkuudella tarkoitetaan näin ollen vain sitä, noudattavatko oikeudellisia ratkaisuja tekevät viranomaiset, lähinnä tuomioistuimet, muodollisesti voimassaolevia säädöksiä. Täysin eri kysymys on, noudattavatko oikeusalamaiset säädöksiä. Tosiasiallisen tehokkuuden näkökulma ei sovellu yhteen lakipositivistisen eikä lainopillisen näkökulman kanssa.

Kelsen kytkee tehokkuuden muodolliseen voimassaoloon siten, että hän pitää sitä ja itse asiassa koko oikeusjärjestyksen tehokkuutta muodollisesti voimassa olevien *normien ehtona*.¹¹⁰ Ratkaisu ei sinänsä sano mitään, ja osoittaa, että tehokkuus joko oletetaan ongelmattomaksi asiaksi, tai päinvastoin, sitä pidetään ratkaisemattomana ongelmana. *Hart* näyttääkin pitävän lainopilliseen eli sisäiseen näkökulmaan yhteensopimattomana erillistä kysymystä yksittäisen oikeussäännön tehokkuudesta, joka ilmentää ulkoista näkökulmaa. Näin ilmeisesti onkin. *Hartilla* sisäinen näkökulma ja normilauseen esittäminen näyttää käsitteellisesti jo sisältävän normin kaikenpuolisen hyväksymisen ja pätevyyden. Myös *Hart* pitää koko oikeusjärjestyksen tehokkuutta normilauseiden esittämisen edellytyksenä.¹¹¹

Mainitut näkemykset implikoivat edellytyksen, että tuomioistuimet ja muut viranomaiset ilman muuta seuraavat säädöksiä mahdollisimman tarkasti ja pyrkivät myös tulkinnoissaan selvittämään säädöksen antajan tarkoituksen. Onko ja missä määrin näin, riippuu jälleen yhteisön traditiosta ja tosiasiallisesta yhteiskunnallisesta tilanteesta, eikä se ole lainopin varsinaisilla menetelmillä tai käsitteellisesti selvitettävissä. Tässä suhteessa se jää lainopissa lausumattomaksi ja *tuntemattomaksi*. Nykyisen Suomen vakiintunut, hyvin lakipositivistinen oikeuskulttuuri ei ole itsestäänselvyys. Lainopillisella argumentoinnilla voidaan selvittää voimassa olevan oikeuden sisältöä, mutta ei varsinaisesti sitä, noudattavatko oikeusalamaiset tai tuomarit näin eksplikoituja normeja. Myös tämä ilmentää tapaa, jolla lainoppi kuvaa yhteisön itselleen asettamaa »pitämisen» eli *ideaalimaailmaa*, ei tosiasiallista »olemisen» maailmaa.¹¹²

Selvyyden vuoksi on todettava, että tosiasiallista toimintaa esim. oikeuskäytäntöä voidaan tutkia *empiirisin* menetelmin, ja tuottaa näin esim. lainsäätäjän

¹¹⁰ *Kelsen*, s. 41, 42 ja 170.

¹¹¹ *Hart*, *The Concept of Law*, s. 100 ja 101.

Raz asettaa kysymyksen päinvastoin ja katsoo, että väite lain tehokkuudesta edellyttää lain legitimitettä eli riittävää hyväksyntää. *Raz*, *The Authority of Law*, s. 28 ja 29.

¹¹² *Summers* toteaaakin, että relevantti testi oikeusnormin pätevyydelle ei edellytä viittausta tehokkuuteen. *Summers*, *Toward a Better General Theory of Legal Validity*, s. 69. Ks. *Aarnio*, *The Rational as Reasonable*, s. 54.

tarvitsemaa tietoa. Tätä tietoahan voidaan käyttää perustelumateriaalina paitsi lainsäädännössä myös lainopissa, eli kysymys on argumenteista, joista voidaan erikseen aineellisesti oikeuttamalla johtaa pitämislauseita.¹¹³ Empiiristen tutkimusten tulosten osalta kysymys ei ole kuitenkaan normatiivisesta pätevydestä, vaan totuudesta tavanomaisessa, propositionaalisessa merkityksessä, koska ne eivät ilmaise pitämistä vaan olemista. En myöskään laske tätä oikeustieteen haaraa tavanomaisen lainopin alaan.

Edellä mainittu merkitsee myös, että kysymystä oikeusjärjestyksen tosiasiallisesta *legitimiteetistä* tai sen asteesta ei voi selvittää varsinaisilla lainopin menetelmillä. Tähän näkökulmaan liittyy kysymys oikeusjärjestyksen ulkoisesta oikeuttamisesta tai pätevydestä (*external validity*).¹¹⁴ Lainopille on ominaista, että se pysyttelee oikeusjärjestyksen sisällä, eli johtopäätökset oikeutetaan järjestelmänsisäisesti (*internal validity*). Koko järjestelmä sinänsä oletetaan päteväksi. Pohdinnat legitimiteetistä, jotka voivat asiallisesti ottaen koskea vain järjestelmää kokonaisuudessaan, menevät yli tavanomaisen lainopin tason. Muodollisilla argumenteilla ei voidakaan oikeuttaa järjestelmää ulkoisesti, koska mitään järjestelmää ei voida oikeuttaa ulkoisesti sen sisäisillä argumenteilla.¹¹⁵ Vain aineelliset päämäärä- ja periaate- tai muut aksiologiset argumentit voivat toimia sekä sisäisinä argumentteina että oikeuttaa järjestelmää myös ulkoisesti. Normaalissa argumentoinnissa niidenkin tehtävänä on perustella yksittäistä tulkintaa järjestelmän sisällä.

Tosiasiallinen voimassaolo on näin ollen varsin ongelmallinen ja samalla kuitenkin tietoteoreettisesti mielenkiintoinen kysymys. Se on kuitenkin ongelmallinen käsite vain henkilölle, joka ei hyväksy oikeusrealistista näkemystä oikeudesta. Tehokkuus–voimassaolon käsite näyttää ylittävän *pitämisen* ja *olemisen* välisen rajan, koska siinä normatiivista pätevyyttä pyritään tulkitsemaan olemista koskevana väitteenä. Oikeusrealistille säännön tosiasiallinen voimassaolo ei ole ongelma, koska se on hänen lähtökohtansa. Muut voimassaolon ulottuvuudet ovat sen sijaan hänelle sitäkin hankalampia.

6. *Desuetudo*. Tosiasiallinen voimassaolo määritellään usein siten, että *säännös ei ole kumoutunut desuetudon kautta*, eli sitä ei tosiasiallisesti ole lakattu soveltamasta. Desuetudo määritellään näin ollen suhteessa systeemivoimassaoloon ja sen ehdoilla, mikä on käsitteellisesti ilmeisen ongelmallista. Desuetudolla tar-

¹¹³ Ks. esim. Mikkola, s. 26 ja 31, Kultalahti, s. 87 ja 88 ja Halttunen, s. 18.

¹¹⁴ Sisäisestä ja ulkoisesta oikeuttamisesta Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 34. Samoin Peczenik, On Law and Reason, s. 272 ja 274

¹¹⁵ Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 235. Ks. Tuori, Oikeuden rationaalisuus, s. 28 ja 29.

koitetaan yleensä vain sääntöä, jota muodollisen oikeuttamisen ja normaalien tulkintasääntöjen mukaan tulisi soveltaa, mutta jota ei sovelletakaan.¹¹⁶ Kysymys ei siis ole tulkintaerimielisyydestä tavanomaisessa merkityksessä.

Usein katsotaan, että desuetudo edellyttää riittävän pitkää yhdenmukaista soveltamista jättämistä. Mikä tämä aika on, ei ole yleensä määrättävissä.¹¹⁷ Ongelmana on lisäksi se, että jos korkein oikeus tekee avoimen desuetudo-päätöksen, niin päätös voi olla yllätys kaikille muille tuomioistuimille, jotka ovat noudattaneet säännöstä normaalisti. Pitääkö alioikeuksien tällöinkin odottaa riittävän kauan ennakkopäätöksen antamista? Eiko kysymys ole tavanomaisesta ennakkopäätöksestä, vaikka sen oikeusohjeena olisikin sanamuodon vastainen tulkinta? Ongelma on myös, että em. ennakkopäätös muodostaa muodollisen lainopillisen argumentin oikeuslähdehierarkiassa, jolloin kysymykseksi nousee, millä edellytyksillä ennakkopäätös voi poikkeuksellisesti sivuuttaa lakitekstin. Lakitekstistä vastausta ei voi löytää. Nämä edellytykset voidaan lainopissa selvittää vain ymmärtämällä suoraan yhteisön oikeudellista traditiota ja säänneltävää asiaa. Myös desuetudon käsite sopii huonosti lakipositivistiseen tietokäsitykseen.¹¹⁸

Yleensä katsotaan, että desuetudossa kysymys ei ole yhden kerran tapahtuvasta säännöksen syrjäyttämisestä vaan laajemmasta käytännöstä. Kun silmällä pidetään ratkaisutoimintaa, hankalaksi kysymykseksi muodostuu erityisesti, miten tuomioistuimet itse tietävät, että ne ovat lakanneet soveltamasta normia, muutoin kuin em. ennakkopäätöksen perusteella. Tai kärjistäen, miten ne tietävät, että ne nyt lakkaavat soveltamasta jotakin säännöstä.¹¹⁹

Desuetudolla ei tarkoiteta säännöksen syrjäyttämistä tietynlaisessa tilanteessa tai jossakin suhteessa (*contra legem* -ratkaisu), niin kuin edellä kuvatussa Riggs-tapauksessa. Muissa suhteissa kuin kuvatussa surmaamistapauksessa perintöä ja testamenttia koskevat säädökset jäivät normaalisti voimaan. Käytännössä desuetudoa ei ole aina helppo erottaa säännöksen muuttuneesta tulkinnasta. Tulkin-

¹¹⁶ Kelsen, s. 119. Peczenik erittelee lisäksi vanhentuneen (*obsolete*) säännöksen, jonka sivuuttaminen johtuu siitä, että säännöksen edellyttämät institutionaaliset puitteet ovat kadonneet, esim. menettelyä tai viranomaisia, joihin säännöksessä viitataan, ei enää tunneta. Peczenik, *On law and Reason*, s. 28. Säännöksen soveltaminen voi tämän takia olla mahdotonta, minkä takia sen voimassaolon voidaan katsoa lakanneen.

¹¹⁷ Makkonen, Luentoja yleisestä oikeustieteestä, s. 148 ja 149, Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 79 ja Aarnio, *Rational as Reasonable*, s.

Erikoisena ratkaisuna desuetudo-ongelmaan voidaan pitää kirjoitettuun lakiin otettuja ehtoja, joiden vallitessa säädökset mitätöityisivät ilman lainsäätäjän erillistä tahdonilmaisua. Hart näyttää viittaavan tällaisten järjestelyjen olemassaoloon. Hart, *The Concept of Law*, s. 100.

¹¹⁸ Ks. Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics*, s. 104.

¹¹⁹ Ks. Aarnio, *Oikeussäännösten pätevydestä, tehokkuudesta ja hyväksyttävyydestä*, s. 14.

nan muuttamisella saavutetaan helposti sama lopputulos kuin säännöksen syrjäyttämällä. Voidaan edelleen kysyä, miten tiedetään, että säännöstä ei ole lakattu tosiasiallisesti soveltamasta. Tavanomaisista oikeuslähteistä vastausta ei löydy.

Ilmeistä onkin, että desuetudo asiallisesti ottaen liittyykin enemmän sääntöjen aineelliseen hyväksyttävyyteen. Desuetudon yhteydessä on nimittäin kysyttävä, *miksi yksittäinen säännös syrjäytetään*, jolloin vastauksena yleensä voi olla vain jollain tavalla aineelliseen hyväksyttävyyteen liittyvä perustelu.¹²⁰ Desuetudo-ongelma palautuu näin ollen kysymykseen sääntöjen hyväksyttävyydestä.¹²¹

7. *Tehokkuusvoimassaolon ongelma.* Tosiasialliseen tai tehokkuusvoimassaoloon liittyy eräs tietoteoreettisesti mielenkiintoinen kysymys. Yleinen näkemys näyttää olevan, että säädösten tehokas soveltaminen edellytetään lainopillisen argumentoinnin yhteydessä. Kysymys on eräänlaisesta lainopin mielekkyysehdosta. Jos tiedossa on esim. ennakkopäätöksen perusteella, että kysymyksessä on tilanne, jossa säännös sivuutetaan, säännökseen ei viitata lainkaan tai sitä tulkitaan tavalla, joka ottaa huomioon mainitun ennakkopäätöksen. Kun siis argumentoinnissa viitataan säännöksiin tai muihin oikeuslähteisiin, niin *oletetaan*, että ne ovat tehokkaita, eli tuomioistuimet ja muut viranomaiset noudattavat niitä. Normilauseen esittäminen implikoi näin ollen tätä oletusta.

Varsinaisena tiedollisena implikaationa tämä ei kuitenkaan ole pätevä, joutuessaan jo aiemmin kuvatussa kiellosta johtaa pitämisestä olemista. Normin tehokkuusulottuvuus on lisäksi vastaavassa asemassa kuin minkä tahansa tieteellisen väitteen totuus. Kuinka asiat »siellä» ovat, jää tuntemattomaksi. Ensiksi lainopillisen lauseen varsinainen »kohde» on lausumaton, eikä mitään »entiteettiä sinänsä» ole edes syytä olettaa.¹²² Toiseksi varsinaisesti ei voi tietää, tullaanko normilauseetta soveltamaan tuomioistuimissa siten kuin se on lainopin normilauseessa esitetty. Lainopin kieli ja oikeusnormin käsite eivät ole reaaliakieltä, vaan *Summersin* terminologian mukaisesti voidaan puhua ennemmin käsitteellisestä, institutionaalisesta ja arvostavasta kielestä.¹²³

Tiedon epävarmuus ja skepsis astuvat tässä jälleen esiin. *Siitä, miten normeja tosiasiallisesti sovelletaan tai noudatetaan, ei lainopissa varsinaisesti voi tietää.* Tämä johtuu yksinkertaisesti siitä, että lainopin lauseen funktio eikä mieli ole tosiasiallisen toiminnan kuvaaminen, vaan lause kertoo abstraktista normistosta. Perustelut eivät myöskään normaalisti pyri verifioimaan tietynlaista tosi-

¹²⁰ Aarnio, Oikeussäännösten pätevyyydestä, tehokkuudesta ja hyväksyttävyydestä, s. 10.

¹²¹ Ks. Wróblewski, The Judicial Application of Law, s. 81.

¹²² Ks. Klami, Finalistinen oikeusteoria, s. 34.

¹²³ Näillä kolmella attribuutilla Summers pyrkii määrittelemään oikeusnormin. Summers, A Formal Theory of the Rule of Law, s. 129.

asiallista käyttäytymistä vaan oikeuttamaan auktoritatiivisesti normilauseita. On mahdollista, että vaikka normilauseessa esitetään suora viittaus lakitekstiin, niin tuomioistuimet eivät noudata lausetta, tulkinnanvaraisemmista tilanteista puhumattakaan. Kielen avoimuus myös aiheuttaa, että säännökset voidaan lukea ja tulkita aivan toisella tavalla kuin mitä lainoppinut esittää.

Ilmeinen vastaus ongelmaan näyttäisi olevan viittaus tuomioistuinkäytäntöön tai korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiin. Alioikeuksien ratkaisukäytännöistä saatava tieto on kuitenkin satunnaista, eikä niille yleensä panna paljoa painoa, koska niiden ennakkopäätösarvo ja oikeuslähdeopillista asemaa pidetään heikkona. Korkeimman oikeuden linjauksille on puolestaan ominaista ennen kaikkea se, että ne viipyvät, jolloin ennen ennakkopäätöksen saamista vallitsee epä-tietoisuus. Kun ennakkopäätös on saatu, kysymys on auktoritatiivisesta oikeuslähteestä, itse asiassa varsin muodollisesta virallislähteestä ja siihen vetoamisesta oikeuttamisen merkityksessä. Kun tämän jälkeen vedotaan ennakkopäätökseen, edessä on jälleen tilanne, jossa ei varmuudella voi tietää, mitä tuomioistuimet tulevat tekemään, eikä normilauseen merkityssisältöön edelleenkaan sisälly väitetty tosiasiallisesta käytännöstä.

Oman erityisongelmansa kuvatussa tilanteessa muodostaa myös lainopillisen kritiikin mahdollisuus ja rajoitukset. Jos lainopissa kritisoidaan lakitekstiä tai ennakkopäätöstä ja esitetään normisuositus, joka on ristiriidassa lakitekstin tai ennakkopäätöksen kanssa, niin mikä merkitys kritiikillä on? Jos oikeuslähdeoppia pidetään ehdottomana, syrjäyttävät lakiteksti tai korkeimman oikeuden päätös niiden kanssa ristiriidassa olevan oikeuskirjallisuuden kannanoton. Toinen näkökulma on, että kysymys on mahdollisuudesta syrjäyttää muodollisesti pätevä sääntö aineellisilla perusteilla.¹²⁴ Lienee selvää, että kuvattu ristiriita on hahmotettava jälkimmäisellä tavalla. Toisaalta sitä, tekevätko tuomioistuimet päätöksiä kritiikin mukaisesti, on mahdoton tietää pelkästään esitetyn kritiikin ja sen kohteena olevien lähdetekstien perusteella. Vastaava ongelma voidaan hahmottaa myös esim. säädöstekstin kanssa ristiriidassa olevan ennakkopäätöksen suhteen.

Ainoa tiedon varmuutta edistävä tekijä on lopulta *yhteisen kielen ja lainopillisen tradition suhteellisen suuri tiiviys ja vakiintuneisuus*. Luottamuksen tehokkuudesta on perustuttava siihen. Edellä on jo mainittu, että lainopillinen diskurssi voimakkaasti institutionaalisisena traditiona on kehittänyt varsin eksaktin käsitteistön, tulkintatavat ja kielenkäytön. Verrattuna tavanomaiseen arkikielen käyttämiseen lainopillisen diskurssin ja käytettyjen *käsitteiden semanttinen itsenäisyys on tavanomaista korkeampi*. Tämä voi merkitä myös, mutta ei välttä-

¹²⁴ Timonen, Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä, s. 142 ja 143.

mättä, käytetyn kielen korostettua *akontekstuaalisuutta*.¹²⁵ Kysymys on idean ja sen sovellutusalan välisestä erosta. Näin siitä huolimatta, että käsitteiden on oltava välittömästi yhteydessä arkikieleen ja käsitteiden on suurelta osalta myös oltava tavanomaisen arkikielen käsitteitä, jotta lakeja voidaan noudattaa ja jotta tuomioistuinten ratkaisuja voidaan ymmärtää. Lainopin käsitteille onkin ominaista tavanomaiseen arkikieleen verrattuna varsin eksaktit merkityssisällöt. Akontekstuaalisuus merkitsee, että *kielen avoimuus on* tavallista *rajoitetumpaa*, mikä ilmenee siten, että käytettyjä käsitteitä usein tulkitaan varsin yhdenmukaisella tavalla myös uusissa ja epätavallisissa tilanteissa.

En näe kielen semanttista itsenäisyyttä ja kielen avoimuutta saman tason käsitteinä, joten ne eivät ole myöskään toisiaan poissulkevia. Ts. täydellinen semanttinen itsenäisyys ei merkitse määrättyä kielellistä tulkintaa. Sanat tai käsitteet ovat usein eksakteja ja merkitykseltään riidattomia, mutta tämä ei vielä takaa yksimielisyyttä tulkinnasta.

Kielen semanttinen itsenäisyys ei suoraan merkitse *lainopillisten tulkintojen ja ratkaisujen* suurempaa ennustettavuutta. Myöskään akontekstuaalisuus ei terminoi päätöksiä. Tässä suhteessa kysymys on sanojen ymmärtämisen ja niiden käyttämisen välisestä erosta. Sanojen merkitykseen kohdistuvasta yksimielisyydestä huolimatta, voi olla lukuisa joukko tulkintavaihtoehtoja; myös täysin vastakkaiset vaihtoehdot voivat olla avoinna yksittäisessä tulkintatilanteessa. Toisaalta traditio ja vakiintuneet tulkinnat voivat olla hyvinkin yksiselitteisiä, eksakteja ja »tiiviitä» eikä tämä koske vain rutiinilainkäyttöä.

Luonnollisen kielen itsenäisyys ja akontekstuaalisuus on rajoitettua ja suhteellista myös siinä suhteessa, että se pätee vain tietyn *elämänmuodon* sisällä. Eri yhteisöt ja yhteisöt eri aikoina, jotka tunnetaan historiassa, näyttävät kuitenkin jakavan merkittävässä määrin saman elämänmuodon.¹²⁶ Esim. säädöksen antamisen jälkeen tunnetun käsitteen käyttäminen täysin oudossa tilanteessa ei välttämättä aiheuta ongelmia. Tämän takia myös esim. vanhojen säädösten harvoin tapahtuva soveltaminen ei myöskään välttämättä ole ongelmallista, koska kielen sääntöjen muuttuminen, myös erityisdiskurssien osalta on yleensä hidas prosessi. Kielen sääntöjen ja merkitysten muuttuminen merkitsee yhteisön institutioiden ja koko elämänmuodon muuttumista. Lainopilliset tulkinnat ja ratkaisukäytännöt, vakiintuneinakin pidetyt, muuttuvat sen sijaan huomattavan nopeasti verrattuna muutoksiin itse kielessä.

¹²⁵ Ks. Schauer, Rules and the Rule-Following Argument, s. 188 ja 190. Kielen semanttisen itsenäisyyden käsitteestä, Schauer, s. 55 ja 56.

¹²⁶ Tämän ansiosta voimme suhteellisen hyvin ymmärtää esim. antiikin kreikkalaisten ajattelua, mutta tietyt erot muuttuneen elämänmuodon takia merkitsevät myös ongelmia.

8. *Hyväksyttävyyys*. Kolmas oikeussääntöjen voimassaolon ulottuvuus on niiden *hyväksyttävyyys* (aineelliset kriteerit). Varsinaisesti vain hyväksyttävyyys muodostaa merkittävän vaihtoehdon normien systemaattiselle tai muodolliselle voimassaololle. Hyväksyttävyyysvoimassaolo voidaan rinnastaa teleologiseen lähestymistapaan tämän käsitteen laajassa merkityksessä.¹²⁷ Ratkaisevaa yleensä on, mihin seuraamuksiin ja minkälaisiin sovellutuksiin normi johtaa. Edellä kuvatussa Riggs-tapauksessa kysymys on asiallisesti ottaen juuri tällaisesta tilanteesta. Toisaalta selvää myös on, että yksiselitteinen säännös tai jopa koko säädös sellaisenaan voi osoittautua arvostusten muuttuessa ei-hyväksyttäväksi. Säädöksiään korjaava lainsäätäjä voi olla vielä hitaampi kuin yhteisön moraalitradition muutos.

Hyväksyttävyyyskysymyksessä on tehtävä seuraavat tärkeät erottelut, vaikka niiden tekeminen käytännössä onkin usein hyvin vaikeaa ja vaikka ne ovat alttiita kritiikille. Erottelut ovat kuitenkin kohtalonkysymys lainopin tieteellisyyden kannalta.

Ensiksi on tehtävä erottelu voimassa olevan oikeuden ja sen objektiivisen kriitikin välille. Lähteitä esim. lakitekstiä voidaan tulkita usealla hyvin perustellulla tavalla. Toisaalta usein voidaan osoittaa, että tietty tulkinta on selkeästi omaksuttu esim. ennakkopäätösten kautta voimassa olevan oikeuden sisällöksi. Tästä huolimatta tätä kantaa voidaan *kritisoida käyttäen objektiivisia peruste-luja*. Lisäksi lainopissa voidaan esittää lakitekstin tai ennakkopäätöksen vastainen kanta myös voimassa olevan oikeuden kannaksi, jos tulkintasuosituksen esittäjä katsoo voivansa esittää niin painavan, yleensä aineellisen oikeutuksen tälle kannalle, että mainitut *muodolliset lähteet voidaan sivuuttaa*.

Toiseksi on eri asia, pitääkö henkilö tulkintajohtopäätöstä omien *subjektii-visten, henkilökohtaisten mieltymystensä* ja intressiensä perusteella hyvänä/huonona, vai voiko hän objektiivisesti argumentoiden esittää perustellun arvostel-man aineellisesta hyväksyttävyydestä. Kuvattua erottelua edellyttää mahdollisuus yleistää yleiseksi laiksi toimintamaksiimeja *Kantin* tarkoittamalla tavalla, tulkin-nan objektiivisuus, ja ylipäänsä ajatus voimassa olevasta oikeudesta. Tältä osin voidaan viitata myös jo aiemmin esillä olleeseen *Rousseau'n* käsitykseen ihmisen kahdesta luonnosta. Kysymys on subjektiivisuuden ja objektiivisuuden vä-lisestä erosta. Tämän mukaisesti lainopin sisäinen näkökulma ei ole sama asia

¹²⁷ Kirjallisuudessa voidaan erottaa teleologisuus laajassa ja suppeassa merkityksessä. Edel-linen voidaan samaistaa oikeuttamiseen aineellisten argumenttien nojalla, jolloin siihen sisäl-tyvät myös aineelliset oikeusperiaatteet (oikeudet), ja jälkimmäinen viittaa vain kollektiivi-siin tai yksilöiden tavoitteisiin tai päämääriin (*goals*). Esim. *Klami* näyttää ymmärtävän te-leologisuuden ensiksi mainitussa merkityksessä. Klami, Finalistinen oikeusteoria, alk. s. 58 ja Juridisten argumenttien punnintamalli, s. 1067–1069.

kuin tulkitsijan käsitys omista mieltymyksistään vaan hänen ymmärryksensä yhteisön oikeusjärjestyksestä. Tulkitsijan edellytetään pystyvän refleктоimaan yhteisönsä oikeustraditiota ja voimassa olevan oikeuden pitämistä ja erikseen omia mieltymyksiään. Näitä refleksioita ilmaisevilla lauseilla on myös eri mieli ja eri kohde. Tulkitsijan persoonan voidaan sanoa »jakautuvan» (*personlighetsklyvning*) Ekelöfin tarkoittamassa merkityksessä.¹²⁸ Kuvattujen objektiivisen ja subjektiivisen oikeuttamisen ero voidaan viime kädessä perustaa vain objektiivisena esitetävän perustelun rationaalisuuteen ja uskottavuuteen.

Wróblewski erottaa kaksi erilaista näkemystä hyväksyttävyyteen.¹²⁹ Radikaalin version mukaan säädökset ovat päteviä vain, jos ne ovat yhteensopivia tiettyjen hyväksyttävien ulko-oikeudellisten kriteerien, yleensä periaatteiden kanssa. Tässä versiossa voidaan erottaa yhtäältä vaatimus lukea ja tulkita säännökset näiden periaatteiden mukaisesti ja toisaalta vaatimus syrjäyttää periaatteiden kanssa ristiriitaiset säännökset.

Maltillisen näkemyksen mukaan kysymys on lisäehdosta systemaattisesti pätevään säädösten systeemiin. Radikaalia versiota voidaan kuvata myös sisältösuuntautuneeksi ja maltillista lähdesuuntautuneeksi pätevyyskäsitykseksi.¹³⁰ Maltillinen versio jättää auki kysymyksen, voidaananko ja missä määrin tulkinnan kautta »venyttää» säädöksiä tai voidaananko niitä syrjäyttää. Maltillinen versio ilmentää, että oikeusnormeissa on aina mukana arvostava elementti, eli normatiivinen diskurssi ei voi olla puhtaan deskriptiivistä, vaan se on aina evaluatiivistä.

Mainittu radikaali versio, jota voidaan myös kutsua luonnonoikeudelliseksi näkemykseksi, implikoi, että oikeudellisessa tulkinnassa ja ratkaisussa säädökset ja muut tavanomaiset oikeuslähteet eivät muodosta riittävää argumentaatiomateriaalia. Erikseen on aina tutkittava myös tulkinnan tai ratkaisun suhde systemaattisessa mielessä ulko-oikeudellisiin periaatteisiin, jotka muodostuvat Wróblewskin mukaan pakollisiksi oikeuslähteiksi. Periaatteet eivät voi myöskään olla kirjoitettua lakia alemmanasteisia lähteitä, vaan päinvastoin ne on asetettava niiden yläpuolelle, koska mahdollinen ristiriita ratkeaa periaatteen mukaisesti. Myös Dworkinin näkemys lainopillisesta tulkinnasta lähenee eräissä suhteissa tätä radikaalia versiota.¹³¹

¹²⁸ Ekelöf, Rättegång I, s. 60.

¹²⁹ Wróblewski, The Judicial Application of Law, s. 80.

¹³⁰ Termit *content-* ja *source-oriented* tulevat Summersilta. Summers, The Formal Character of Law, s. 252.

¹³¹ Ks. erityisesti, kun Dworkin katsoo, että *Courtesyssä* (Dworkinin fiktiivisessä ihanneyhteisössä) tulkinta tapahtuu niin, että käytäntö nähdään parhaassa mahdollisessa valossa. Dworkin, Law's Empire, esim. s. 67.

Edellä lausuttu puolestaan implikoi sen mielenkiintoisen seuraamuksen, että esim. lakiteksti tai muutkaan tavanomaiset oikeuslähteet eivät riitä kertomaan, mitä ja minkäsisältöisiä voimassa olevan oikeuden normit ovat. *Wróblewskin* mukaan tämä johtaa ns. toiminnallisen, tehokkaan tai käytännöllisen lain (*operative law*) käsitteen omaksumiseen. Toiminnallinen laki merkitsee todellista, voimassa olevaa lakia, josta on erotettava laki säädösten ja muiden tavanomaisten oikeuslähteiden mukaan. Erottelu on siis analoginen amerikkalaisten realistien erottelulle »*law in action*» ja »*law in books*». ¹³² Voidaan kuitenkin kysyä, eikö jo erilaisten väliintulevien tekijöiden mahdollisuus merkitse myös kuvatun radikaalin version ulkopuolella, että voimassa olevan oikeuden kuvaaminen edellyttää laajempaa pohjaa.

Ilmeistä on, että säädännäisen lain oikeustraditio ei aseta aineellisia oikeusperiaatteita radikaalin version mukaiseen vahvaan asemaan voimassa olevan oikeuden käsitteen suhteen. Periaatteilla on tärkeä merkitys, mutta toisessa ja heikommassa merkityksessä.

Edellisestä onkin selkeästi erotettava aiemmin mainittujen aineellisten periaatteiden asema oikeusjärjestyksen perustana. Tässä omaksutun konventionaalisen näkemyksen mukaan yhteisön *oikeudenmukaisuuden periaatteet ilmenevät pääsääntöisesti säädöksissä ja muissa virallislähteissä ja niiden tulkinnassa ja tätä kautta oikeussäännöissä*. Kysymys on enemmän sääntöjen sisältöön ja tulkintaan liittyvästä kysymyksestä kuin erillisestä oikeuslähteestä. Olettamuksena on, että säädökset ovat periaatteiden mukaisia, ja toisaalta myös, että säädökset osoittavat yhteisön oikeusperiaatteet. Sääntöjä arvioidaan periaatteiden avulla, ja periaatteet oikeutetaan sääntöjen avulla. Periaatteet voidaan nähdä tältä osin transsendentaalisina ja niitä voidaan lähestyä myös puhtaan *analyttisesti*. Periaatteet ovat tällöin sellaiset ja sellaisessa asemassa kuin ne on omaksuttu systemaattisesti ja muodollisesti pätevässä lähteistössä. Tällöin periaatteet nähdään systeemin sisällä (oikeusjärjestelmä laajassa merkityksessä), ei sen ulkopuolella. ¹³³

Tavanomaiset oikeuslähteet voidaan selittää ja ymmärtää oikeudenmukaisuuden periaatteiden avulla, jolloin periaatteet luonnollisesti ilmenevät tavassa lukea säädöksiä ja muita oikeuslähteitä ja tulkita niitä. Vaikka periaatteita näin voidaan käyttää tulkinnassa hyväksi, niitä ei aseteta itsenäisen oikeuslähteen asemaan, vaan niitä käytetään argumentoitaessa ja käytettäessä tavanomaisia oikeuslähteitä. ¹³⁴ Periaatteita käytetään tällöin *normatiivisesti tulkintaohjeina*.

¹³² *Wróblewski*, The Judicial Application of Law, s. 84.

¹³³ Ks. *Raz*, Legal Principles and the Limits of Law, s. 828, 831 ja 839.

¹³⁴ Ks. *Pöyhönen*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, alk. s. 57.

Periaatteiden normatiivinen käyttö tulkinnassa mahdollistaa myös esitettyjen tulkintojen, ratkaisujen ja lähdetekstien kritiikin. Kritiikki on myös selkeästi erotettava voimassa olevaa oikeutta eksplikoivasta lauseesta. Myös tämän takia kysymys ei voi olla varsinaisesta itsenäisestä oikeuslähteestä. Tämä erotteluhan pohjautuu erotteluun voimassa olevan oikeuden ja tulkitsijan mielestä parhaan mahdollisen tulkinnan välillä niin kuin edellä jo todettiin.

Oikeussääntöjen hyväksyttävyyttä ei ole vielä suinkaan analysoitu riittävällä tavalla. Se muodostaa hyvin keskeisen ja mielenkiintoisen, joskin myös ongelmallisen elementin säännön käsitteessä. Hyväksyttävyyssysymystä tarkastellaan jatkossa kuitenkin vain erään näkökulman eli oikeussääntöjen kaavamaisuuskysymyksen kautta. Tässä mielessä sääntöjen analyysia jatketaan kappaleessa 5.6.

Voimassa olevaa oikeutta luonnehditaan usein sääntöjen systeemiksi. Määritelmä ei vielä kerro paljoa tästä systeemistä tai sen loogisesta luonteesta. Eriytyisen ongelman muodostaa edellytys systeemien ristiriidattomuudesta, ja epäselvä on myös voimassa olevan oikeuden suhde esim. säädöksiin. Nämä kysymykset muodostavatkin keskeisen aiheen seuraavassa kappaleessa.

5.4 Voimassa olevan oikeuden systeemi

1. Eri tason systeemit. Ajatus voimassa olevasta oikeudesta systeeminä perustuu suoraan tässä lähtökohtina oleviin holismiin ja koherentismiin. *Kelsenin* mukaan yksittäiset oikeussäännöt voidaan ymmärtää vain osana systeemiä.¹³⁵ Myös *Steniuksen* ajatukset ovat adekvaatteja lainopin kannalta, kun voimassa olevan oikeuden sääntöjen edellytetään muodostavan koherentin ja yksitasoisen kokonaisuuden. Kun lainopin normilauseet sääntölauseina tarkoittavat lauseita, jotka kertovat objektikielen asemassa olevista sääntö-ilmauksista, voidaan *sääntölause* luontevasti tulkita väitteeksi, että sääntö kuuluu tiettyyn normisysteemiin, yhteisön oikeusjärjestykseen.¹³⁶ Tässä huomio kiinnitetään myös normilauseiden konsistenssiin, vaikka tämä kysymys muutoin jääkin toissijaiseen asemaan suhteessa oikeusjärjestyksen koherenssiin laajemmassa merkityksessä.

¹³⁵ *Kelsen*, s. 3, 112 ja 113.

¹³⁶ *Stenius*, *The Principles of a Logic of Normative Systems*, s. 115 ja *Ross' Paradox and Well-Formed Codices*, s. 379.

Vrt. *Weinberger*, joka kieltää kokonaan mahdollisuuden normatiivisten lauseiden deskriptiiviseen tulkintaan. *Weinberger*, *Law, Institution and Legal Politics*, s. 78.

Voimassa olevan oikeuden systeemikäsityksellä on selkeä yhteys ajatukseen voimassa olevasta oikeudesta päämäärien valtakuntana. *Hintikka* käytti käsitettä *deonttisesti täydellinen maailma* (*deontically perfect world*), jolla hän halusi kuvata juuri normien mukaista ideaalimaailmaa yhtenä mahdollisista maailmoista. Tämän mukaisesti, jos yhteisön, jossa sääntö on voimassa, tosiasiallista tilaa pidetään aktuaalimaailmana, on oltava looginen vaihtoehto eli mahdollinen maailma, jossa vallitsee säännön mukainen tila. Kiellettyjen ja käskettyjen tekojen osalta tämä ideaalimaailma on se maailma, jossa kiellettyä tekoa ei tehdä ja käsketty teko tehdään. Näiden osalta riittää, että on ainakin yksi säännön mukainen mahdollinen maailma, jossa käskyn osalta teko tehdään ja kiellon osalta tekoa ei tehdä. Jos teko on sallittu, mahdollisia ideaalimaailmoja on oltava ainakin kaksi, koska teko saadaan tehdä tai olla tekemättä.¹³⁷ Koska normijärjestelmät sisältävät aina sallivia normeja, *implikoi normijärjestelmä aina useampia ideaalimaailmoja*. Normijärjestelmät sallivat toisin sanoen aina vaihtoehtoisia tapoja toimia.

Von Wright toteaa, että deonttisen ideaalimaailman avulla voidaan selittää deonttisen logiikan järjestelmien ristiriidattomuusedellytys, joka on usein nähty ongelmana. On katsottu, että todelliset normijärjestelmät eivät ole ristiriidattomia. *Von Wrightin* mukaan kysymys ei varsinaisesti ole normien välisestä ristiriidattomuudesta, vaan niiden *asiantilojen* välisestä ristiriidattomuudesta, joihin normit tähtäävät. Kysymys on sääntöjen ns. lopputiloista (*end-states*). Deonttinen logiikka on näin ollen siinä mielessä ideaalista, että se esittää ideaalisten eli päämäärien valtakuntien asiantilat, jotka ovat sääntöjen tavoitteina. Sääntöjen ei sinänsä tarvitse olla ristiriidattomia, mutta lähtökohtana on, että aktuaalimaailmaan nähden ideaalimaailmat ovat kukin ristiriidattomia. Yhteisön sääntöjen päämäärien pitää muodostaa ristiriidaton malli tai systeemi, eli toisin sanoen ideaalimaailman on oltava mahdollinen maailma (pitäminen edellyttää voimista, tässä ristiriidattomuusehtona). Tällöin koherentin tai *ristiriidattoman systeemin* varsinaisesti muodostavat sääntöjen päämäärinä olevat ideaalimaailmat.¹³⁸

¹³⁷ *Hintikka*, *Deontic Logic and Its Philosophical Morals*, s. 186 ja 189 ja *Some Main Problems of Deontic Logic*, s. 71–73.

Käsite deonttisesti täydellinen maailma on eräänlainen synteesi *Leibnizin* opista mahdollisista maailmoista ja *Kantin* päämäärien valtakunnan käsitteestä. *Leibniz*, *Discourse on Metaphysics* 13, *Principles of Nature and of Grace* 10 ja *Monadology* 46. ja 53–55. Ks. myös *Riley*, johdanto teokseen *The Political Writings of Leibniz*, s. 9. Vastaava oletus todellisuuden harmoniasta, on myös *Descartesilla*. Ks. *Descartes*, *Metafyysisiä mietiskelyjä*, esim. s. 114, 130 ja 131.

¹³⁸ *von Wright*, *Is and Ought*, s. 272. Alku- ja lopputilat, ks. *von Wright*, *Norm and Action*, s. 28.

Muodollisessa analyysissä muodostettua loogista esim. deonttisen logiikan systeemiä ei luonnollisesti tule samaistaa tosiasiallisiin systeemeihin, ei myöskään sääntöjen päämäärien ideaalimaailmoihin, vaan *looginen systeemi muodostaa kriteerin* arvioida muita systeemejä. Ristiriidan ja konsistenssin tunnistaminen edellyttää tällaista kriteeriä. Päämääränä olevien asiantilojen välinen ristiriidattomuus muodostaa tällöin myös kriteerin arvioida systeemin muodostavien sääntöjen ristiriidattomuutta.

Von Wright soveltaa ideaalimaailmojen mallia lainopin lauseisiin, ja toteaa, että lainopin tiedonintressi kohdistuu yhteisön tiettyä ajankohtana voimassa olevan oikeusnormien kuvaamiseen ja selittämiseen. Edellä lausutun perusteella tämä lainopin keskeinen tehtävä voidaan kuvata myös siten, että *lainoppi kuvaa aktuaalimaailmaan nähden ideaaliasiantilat eli ideaalimaailmat eli ne päämäärien valtakunnat, joihin lait tähtäävät*. Nämä maailmat varsinaisesti muodostavat voimassa olevan oikeuden systeemin.

Voimassa olevan oikeuden systeemi on toisaalta erotettava selkeästi oikeuslähteistä, esim. säädöksistä ja niiden muodostamasta systeemistä. Näin ollen voidaan osoittaa selkeästi kolmen eri tason systeemejä. Ensiksi ristiriidattomuuden kriteerinä ovat puhtaan *loogiset systeemit*, jotka ovat välttämättä ristiriidattomia, toiseksi *voimassa olevan oikeuden systeemi*, joka ei ole aina ristiriidaton mutta jonka ristiriidattomuuteen selkeästi pyritään, ja kolmanneksi »*lähdesysteemit*» esim. tietyn maan säädösten systeemi, jotka eivät käytännössä voi olla ristiriidattomia. Lainopin kannalta keskeistä on voimassa olevan oikeuden systeemin ja lähdesysteemien erottaminen toisistaan.

2. *Voimassa oleva oikeus ja oikeuslähteet*. Voimassa olevan oikeuden systeemi ja normisto on käsitteellisesti erotettava selkeästi oikeuslähteistä. *Käsitteellinen tasoerojen* sekoittuminen tapahtuu, jos esim. säädösten teksti tai niiden antaminen samaistetaan voimassa olevaan oikeuteen.¹³⁹ *Lakitekstistä kertovan lauseen merkitys* (mieli) ei ole sama kuin argumentoinnin ja tulkinnan jälkeisenä tuloslauseena esitettävän *normilauseen merkitys*. Kysymys ei ole vain jo *Benthamin* osoittamasta erosta fyysisen tekstin ja sen merkityssisällön kesken, vaan lähdetason ja oikeusjärjestyksen tasojen välillä.¹⁴⁰ Niiden välinen ero ilmenee

¹³⁹ Tämän käsitteellisen eron tekeminen olisi nähdäkseni selventänyt huomattavasti *von Wrightin* pohdintoja monografiassa *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, s. 88–91.

Suorittamallani erottelulla oikeuslähteisiin ja voimassa olevan oikeuden normistoon on paljon yhteistä *Steniuksen* suorittamaan erotteluun normikoodeksiin (*codex*) ja normisysteemiin (*system of norms*) käsitteellisesti eri tasoisine asioina. *Stenius, Ross' Paradox and Well-Formed Codices*, s. 381 ja 382.

¹⁴⁰ *Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, s. 301.

myös siinä, että lähteet ovat argumenttien ja voimassa olevan oikeuden taso johtopäätösten asemassa lainopillisessa tulkinnassa. Lainopin tiedonintressi kohdistuu voimassa olevan oikeuden sisällön tarkasteluun, ja tässä tarkastelussa tulkintanormina, työhypoteesina tai tavoitteena voidaan pitää voimassa olevan oikeuden normiston *ristiriidattomuutta*. Tämän *tulkintanormin*, joka on materiaallinen ja moraalinen periaate, asettaa *muodollisen oikeudenmukaisuuden periaate*. Viime kädessä tähän nojautuu myös lainopin, sinänsä tieteellisyyden nimissä esitettävä ristiriidattomuusvaatimus. Ristiriitainen voimassa oleva oikeus on lähtökohdaisesti epäoikeudenmukainen. Tosiasiallisten oikeusjärjestysten voidaan olettaa myös olevan riittävän koherentteja, jolloin tämä normi ei menetä adekvaattisuuttaan.¹⁴¹

Täysin eri asia kuin esim. lakitekstien ristiriidattomuus, on voimassa olevan oikeuden ristiriidattomuus. Tätä erottelua edellyttää myös oikeuslomaisten mahdollisuus noudattaa oikeussääntöjä. Säädökset tai säännökset ovat usein ristiriitaisia, mutta tämä ei merkitse voimassa olevan oikeuden ristiriitaisuutta. Olettaessa voimassa olevan oikeuden ristiriidattomuudesta on kuitenkin tavanomaista tieteellistä ristiriidattomuusolettamaa selkeästi heikompi, ja sitä voidaan kutsua *presumptiiviseksi ristiriidattomuudeksi*. Aineellinen oikeudenmukaisuus voi lisäksi edellyttää systeemin ristiriidattomuuden murtamista niin kuin edempänä tullaan havaitsemaan. Lainopillisessa tulkinnassa tavoitellaan ristiriitojen ja ns. *predicament*-tilanteiden välttämistä, jotka kuitenkin tosiasiallisessa oikeusnormien systeemissä ovat mahdollisia. Ristiriitojen välttämistä voidaan luonnollisesti pitää myös esim. lainsäätäjälle osoitettuna aineellisena ohjeena.

Tärkeää on havaita, että päätteleminen eli argumentointi oikeuslähteistä johtopäätösten tasolle tapahtuu samalla lailla sekä ongelmattomissa että ongelmallisissa tilanteissa esim. säädösten ollessa ristiriitaisia tai kun lakiteksti ei anna suoraan vastausta.¹⁴² Vaikka voimassa olevan oikeuden kanta on selkeä esim. yksiselitteisen lainkohdan perusteella eikä vastaanpuhuvia muita lähteitä tai väliintulevia seikkoja voida osoittaa, on tässäkin tapauksessa silti kysymys aineellisesta johtopäätöksestä, eli *aina on suoritettava tulkinta*. Lainopillisessa argumentoinnissa tapahtuu kaikissa tapauksissa *episteeminen siirtymä* toiselle käsitteelliseen tasolle, kun lakitekstin perusteella lausutaan voimassa olevan oikeuden sisällöstä.¹⁴³ Siirtymä ei ole koskaan loogisesti pätevä, vaan *aineellinen* ja mahdollisesti väärä. Tämän takia *johtopäätöksen, joka toistaa lakitekstin lauseen sellaisenaan, oikeellisuus ja varmuus ei perustu lauselogiikan identiteetin lakiin*,

¹⁴¹ Ks. *Lagerspetz*, The Opposite Mirrors, s. 163.

¹⁴² Ks. *Hilpinen*, Conflict and Change in Norm Systems, s. 3.

¹⁴³ *Jääskinen*, s. 221.

$p \equiv p$, vaan lakitekstin erityisen vahvaan ja etuoikeutettuun asemaan voimassa olevan oikeuden aineellisena *argumenttina*. Sanamuodon mukainen tulkinta on myös tulkinta ja aineellinen johtopäätös.

Tämän mukaisesti esim. oikeustoimilain oikeustoimen syntymistä tarjouksen ja vastauksen perusteella koskevan 4.1 §:n sisällön esittävä lause: »Hyväksyvä vastaus, joka on liian myöhään saapunut tarjouksen tekijälle, katsottakoon uudeksi, vastauksen antajan tekemäksi tarjoukseksi.» *ei ole eikä voi olla ekvivalentti* voimassa olevaa oikeutta koskevan lauseen: »Hyväksyvä vastaus, joka on liian myöhään saapunut tarjouksen tekijälle, katsottakoon uudeksi, vastauksen antajan tekemäksi tarjoukseksi.» kanssa. Kielto johtuu käsitteellisestä tasoerosta. Aineellisena päättelynä johtopäätös uudesta sitovasta tarjouksesta ei myöskään kaikissa tapauksissa ole oikea. Lainopillisena normilauseena johtopäätöslause ei voi olla ehdoton, ja oikeudellista ratkaisua silmällä pitäen mainittu johtopäätös voi poikkeuksellisesti olla väärä jonkin väliintulevan tekijän vuoksi.

Looginen tasoero ilmaisee myös sen, että lähdetekstien ja voimassa olevaa oikeutta koskevien lauseiden välillä on välttämättä siirtymä, joka sisältää materiaalista tulkintaa. Siirtymä voidaan esittää loogisesti pätevänä vain ottamalla mukaan suuri joukko lisäpremisssejä. *Peczenik* käyttää tällaisesta siirtymästä termiä *hyppy* (*jump*).¹⁴⁴ *Dworkin*in terminologian mukaisesti voidaan puolestaan puhua tulkintaa edeltävästä »laista» eli lähteistä (*preinterpretative*) ja tulkinnan jälkeisestä laista (*interpretative*).¹⁴⁵ Lähdetekstin ymmärtämisen lisäksi siirtymä vaatii aina tulkinta-askeleen.

Kuvatusta tasoerosta voidaan tehdä seuraava merkittävä johtopäätös: Aiemmin kuvattu erottelu helppoihiin ja tulkinnanvaraisiin tapauksiin, *Hartin* terminologian mukaisesti *core*- ja *penumbra*-tapauksiin, ei pakota omaksumaan jyrkkää erottelua lakiin voimassa olevan oikeuden merkityksessä sellaisena kuin *se on* ja sellaisena kuin *sen pitäisi olla*. *Marmorin* mukaan tämä erottelu implikoi erottelun *lain kuvauksen* (*description*) ja *sen luomisen* (*creation ja discretion*) välillä tulkinnassa.¹⁴⁶ Sanojen ja lauseiden yksiselitteiset kielelliset merkitykset ja sovellutusalueet koskevat varsinaisesti *lähdetekstejä* (kielen ymmärtäminen ja tulkinta). Tämä eli kielen semantiikka ei kuitenkaan suoraan merkitse yksiselitteisyyttä *voimassa olevan oikeuden* sisällön suhteen. Väliintulevien tekijöiden mahdollisuuden vuoksi lähteistä ei voida tehdä suoraa, loogisesti pätevää johtopäätöstä lain sisällöstä. Yksimielisyys lähdetekstin merkityksestä, joka normaa-

¹⁴⁴ *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 116.

¹⁴⁵ *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 65 ja 66. Ks. *Hart*, postscript s. 266.

¹⁴⁶ *Marmor*, s. 124. Ks. näiden erottelujen asema lakipositivismin keskeisenä lähtökohtana. *Kelsen*, s. 132–134 ja *Hart*, postscript, s. 244, 272 ja 273.

listi vallitsee, ei merkitse välttämättä yksimielisyyttä voimassa olevan oikeuden sisällöstä edes kielen mukaisissa tyyppitapauksissa. Useimmiten näennäisen suora johtopäätös voidaan tehdä aineellisena päättelynä lakitekstin suuren painoarvon vuoksi. Voimassa oleva oikeus on helppoissakin tapauksissa tulkittu asia (laintulkinta). Tämän takia kuvattua jyrkkää käsitteellistä erottelua lain kuvaamisen helppoissa tapauksissa ja sen »luomisen» tulkinnanvaraisissa tapauksissa välille ei voida tehdä.

Asiallisesti ottaen tällöin myös eräässä suhteessa kiistetään *Marmorin* edellä esitetty implikaatio. Koska kielellisesti yksiselitteinen lähdeteksti (esim. lakiteksti) ei merkitse yksiselitteisyyttä voimassa olevan oikeuden suhteen, ei lähdetekstin selkeä erottelu tyyppi- ja tulkinnanvaraisiin tapauksiin merkitse yhtä selkeää eroa voimassa olevan oikeuden kuvaamiseen ja sen luomiseen (tulkintaan). *Kielellisen yksiselitteisyyden suora yhdistäminen voimassa olevan oikeuden yksiselitteisyyteen merkitsee asiallisesti ottaen kielen ymmärtämisen ja laintulkinnan, oikeuden ymmärtämisen sekoittamista.* Kielen semanttinen itsenäisyys ei ole sama asia kuin tulkinnan tai ratkaisun indeterminismi, vaikka edellinen voikin aiheuttaa jälkimmäisen. Juuri kielen ymmärtämisen (omaksumisen) ja tulkinnan erottaminen on kuitenkin ollut *Marmorin* keskeisin sanoma.

Edellä lausuttu merkitsee myös, että klassinen tulkintaperiaate *interpretatio cessat in claris* olennaisimmassa suhteessa kiistetään. Periaate on tautologisesti tosi, kun kysymys on kielellisestä tulkinnasta, mutta oikeudellisena tulkintana se ei sovi yhteen edellä omaksutun tasoerottelun kanssa.¹⁴⁷

3. *Laintulkintaperiaatteiden merkitys.* Selkein ja yksinkertaisin osoitus edellä kuvatusta siirtymästä lähdetasolta voimassa olevan oikeuden tasolle ovatkin juuri perinteiset laintulkintaperiaatteet. Tulkintaperiaatteiden käytöllä pyritään paitsi poistamaan säädösten ristiriitaisuudet myös toteuttamaan kuvattu siirtymä.¹⁴⁸ *Klami* puhuu *metanormeista*, mikä ilmentää kuvattua tasoeroa. Säädökset eivät voi osoittaa omia tulkinta- tai soveltamisedellytyksiään, vaan tarvitaan välttämättä toisen tason normeja, jotka antavat kriteerit esim. valinnalle soveltuvien säännösten kesken.¹⁴⁹ Tulkinnan lopputuloksena voidaan sanoa olevan joukon *oikeussääntöjä*, jotka muodostavat osan konsistentiksi oletettua oikeusjärjestystä. Usein loogikkojen ja filosofien keskuudessa hämmentäväksi on todettu lakitekstien

¹⁴⁷ Ks. *Wróblewski*, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, alk. s. 44 ja s. 72 ja 73 ja *The Judicial Application of Law*, alk. s. 87. Myöskään *Wróblewskin* erottelut tulkinnan eri merkityksiin eivät näytä täysin yhteensopivilta omaksutun tasoerottelun kanssa. *Wróblewskilla* tulkinta kaikissa merkityksissään näyttää olevan vain *lähdetekstien merkitysten* tulkintaa. Lainopillista tulkintaa tarvitaan vain, kun tekstin merkitys on epäselvä kielellisesti.

¹⁴⁸ *Alchourrón-Bulygin*, *The Expressive Conception of Norms*, s. 115.

¹⁴⁹ *Klami*, *Ihmisen säännöt*, s. 205 ja *Finalistinen oikeusteoria*, s. 181.

ilmeinen ristiriitaisuus. Lainopin harjoittajalle tämä ei ole koskaan ollut mikään ongelma, koska kysymys on tällöin ristiriitaisuudesta vasta yhdessä, joskin keskeisessä oikeuslähteessä. Mainittu ideaalimaailman kuvaus voidaan katsoa voimassa olevan oikeuden kuvaukseksi lainopillisen tulkinnan jälkeen.

Laintulkintaperiaatteet edellyttävät välttämättä edellä kuvattua tasoeroa. Esim. periaate *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* merkitsee, että ei ole mahdollista edes uuden säännöksen kohdalla tehdä suoraa johtopäätöstä voimassa olevan oikeuden suhteen, koska on mahdollista, että on aiemmin annettu säännös, joka erityissäännöksenä sivuuttaa myöhemmän yleisempänä pidetyn säännöksen.¹⁵⁰ Säännökset eivät myöskään itse määrittele yleisyyttään. Yhdessä säädösristiriidan mahdollisuuden kanssa tämä merkitsee myös, että oikea johtopäätös voidaan periaatteessa tehdä vain tuntemalla koko oikeusjärjestys ja vasta sen jälkeen, kun mahdolliset väliintulevat tekijät on suljettu pois. Voimassa olevan oikeuden lauseita tai systeemiä ei voida johtaa analyttisesti.

Lakiteksti ja voimassa oleva oikeus (oikeussäännöt) ovat myös käsitteellisesti selkeästi eri tasolla olevia asioita. Väite voimassa olevasta oikeudesta ei näin ollen voi myöskään viitata välittömästi lain säännöksen merkityssisältöön tai sen yhteen mahdolliseen merkityssisältöön. Tällöin ei myöskään tarvitse ymmärtää esim. lakitekstien välistä ristiriitaa oikeussääntöjen väliseksi ristiriidaksi niin kuin Kelsen näyttää tekevän. Kelsen pyrkii muutoinkin varsin pitkälle samaistamaan säädöstekstin ja voimassa olevan oikeuden säännöt, mikä johtaa hänet ilmeisiin vaikeuksiin. Hän näyttää mm. sekoittavan laintulkinnan ja säädösten kumoamisen.¹⁵¹

¹⁵⁰ Mainittu periaate: Myöhemmin annettu yleissäännös ei kumoa, jollei toisin ole säädetty, aikaisemmalta ajalta olevaa erikoissäännöstä. Laintulkintaperiaatteista, *Aarnio*, Laintulkinnan teoria, s. 254 ja *Eckhoff*, alk. s. 292.

¹⁵¹ Kelsen, alk. s. 153. Ero Kelsenin olisi vain terminologinen, jos Kelsenin termin oikeusjärjestys (*legal order*) katsotaan vastaavan tässä käytettyä voimassa olevan oikeuden käsitettä ja jos oikeusjärjestyksen ideaalitulassa edellytetään olevan samalla tavalla ristiriidattoman kuin tässä oikeusjärjestyksen. Tämä tulkinta ei kuitenkaan näytä vastaavan Kelsenin ankarana lakipositivistista ajattelua.

Kelsenin näkökulmaa eksplikoi hyvin hänen erikoinen näkemyksensä *laintulkintaperiaatteista ja sääntöristiriidasta*. Tulkinta ei voi säännösten ristiriitatilanteissa johtaa säännöksen sivuuttamiseen eli kumoamiseen (*derogation*), koska tulkitsija ei voi ryhtyä lainsäätäjäksi ja kumota säännöksiä. Ristiriitaa ei voi poistaa. Toisaalta hän kuitenkin katsoo, että kun lainsäätäjä on omaksunut tulkintaperiaatteet osana positiivista oikeutta (ilmeisesti implisiittisesti), niin säännöksen kumoaminen voi tapahtua tulkinnan kautta tukeutuen tulkintaperiaatteen ilmaisemaan, ristiriidassa oleviin sääntöihin nähden *kolmannen säännön* asemassa olevaan kumoavaan sääntöön. Tulkinnan välttämättömyyden tunnustaminen ei merkitse, että tulkintaperiaatteita pitäisi välttämättä pitää loogisina periaatteina niin kuin Kelsen näyttää olettavan. Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 125–127, 225 ja 245.

Tasoorottelun myötä voidaan myös väistää sellaiset johtopäätökset, että ristiriitatilanteessa ja tulkintaperiaatteen perusteella väistytvä sääntö on pätevä, mutta sitä ei voida soveltaa. Ristiriidan ratkaiseminen tulkinnassa ei edellytä säädösten (lähdetekstien) kumoamista, vaikka lähdeteksti jäisi kokonaan tai jossain suhteessa merkityksettömäksi voimassa olevan oikeuden kannalta.¹⁵²

Säädökset tulkitaan hierarkkisesti järjestetyksi *Kelsenin* tarkoittamassa merkityksessä.¹⁵³ Tämä ei kuitenkaan merkitse oikeussääntöjen hierarkiaa, kun säännöt ymmärretään samana asiana kuin voimassa oleva oikeus suppeassa merkityksessä, vaan kysymys on vain yhdentyyppisen oikeuslähteen sisäisestä hierarkkisesta rakenteesta. Porrastuksessa (*Stufenbau*) on kysymys vain *säädösten hierarkiasta*. Itse asiassa hierarkia koskee vain tämäntyyppisen oikeuslähteen tulkintaa, eli kysymys on tulkintaperiaatteista, jotka esim. velvoittavat sivuuttamaan ylemmänasteisen kanssa ristiriidassa olevan alemman asteisen säädöksen (*lex superior derogat legi inferiori*). Lisäksi yhdenlaisia oikeuslähteitä koskeva hierarkia ei ole riittävä, vaan tulkinta edellyttää eri, mahdollisesti ristiriidassa olevien oikeuslähteiden asettamista myös »hierarkiaan» toisiinsa nähden, eli oikeuslähteoppia. Tässä mielessä *voimassa oleva oikeus oikeussääntönä on pelkästään yksitasoinen, ei hierarkkinen asia*. Se on tulkinnan tulos, kun tulkinnassa lähdemateriaalia on käytetty oikeuslähteopin osoittamalla tavalla.

Tämä merkitsee myös, että laintulkintaperiaatteet eivät ole loogisia periaatteita varsinaisessa merkityksessä, koska ne eivät toimi kriteereinä systeemin ristiriidattomuudelle, eikä niiden avulla johdeta mitään deduktiivisesti, vaan niiden avulla *aineellisesti johdetaan eli muodostetaan toisen systeemin* (voimassa oleva oikeus) *lauseita* toisen systeemin perusteella (säädökset ja muut oikeuslähteet). Laintulkintaperiaatteet ovat kuitenkin mahdollisia sekä suhteessa lähteisiin että sääntöihin ja myös verrattuna aineellisiin, esim. oikeudenmukaisuuden periaatteisiin. Tulkinnan jälkeistä yksitasaisuutta edellyttää myös mahdollisuus noudattaa ja soveltaa oikeusnormeja.

Kelsenin oppi laintulkintaperiaatteista ei ole myöskään johdonmukainen suhteessa hänen käsitykseensä laissa olevista *aukoista*. Kelsen kieltää aukkojen olemassaolon, koska tuomari johtaa säädösten perusteella normit myös lakitekstissä mainitsemattomien tekojen osalta eli hän lisää oikeusjärjestykseen normeja. Tämä ei ole yhteensopiva kanta edellä mainitun kanssa ja edellyttää lisäksi säädösten ja voimassa olevien normien välisen tason erottelua, vaikka Kelsen formuloikin johtamisen soveltamiseksi. Kelsenin oman teorian puitteissa olisi johdonmukaisempaa, jos tuomari harkintavaltaansa käyttäen »täyttäisi» aukot, jonka vallan lainsäätäjän puutteellinen toiminta hänelle delegoi. Tällöin laissa olisi aukkoja, mutta ei päätöksenteossa. Kelsen, s. 146 ja 147 ja *General Theory of Norms*, s. 131 ja 227.

¹⁵² Ks. *Suviranta*, s. 98 ja 99.

¹⁵³ *Kelsen*, alk. s. 123.

4. *Oikeusjärjestyksen aukottomuus.* Tulkintaperiaatteiden ja aineellisten oikeusperiaatteiden avulla voimassa olevan oikeuden systeemiä voidaan pitää myös *aukottomana*. *Kaikilla mahdollisilla teoilla on deonttinen määre.*¹⁵⁴ Tätä ilmentää myös lain soveltamisessa noudatettava tuomioistuinten *ratkaisupakko*. Tässä yhteydessä on huomattava, että systeemin muodollinen aukottomuus on erotettava aineellisen lainopillisen tiedon epävarmuudesta. Epävarmuudesta huolimatta tuomioistuimen on otettava kantaa teon sallittavuuden suhteen ja tunnettava oikeussäännöt (*jura novit curia*). Kysymys on eräässä mielessä takautuvasta arvioinnista, koska oikeusalamaisen tekoja arvioidaan myöhemmin, vaikka hänellä ei esim. säädöstekstien ristiriitaisuuden tai tulkinnanvaraisuuden vuoksi olisi ollut selvää käsitystä sallitusta toiminnasta. Myös oikeusalamaisia koskee näin ollen velvollisuus tuntea kaikki heidän käyttäytymistään koskeva normisto. Tässäkään suhteessa tiedon epävarmuus ei muuta kuvattua asetelmaa, koska kysymyksessä on aineellinen selonottovelvollisuus.

Systeemin aukottomuus ja ristiriidattomuus johtaa myös siihen, että voimassa olevan oikeuden systeemiä on pidettävä *suljettuna* siinä merkityksessä, että *kaikki mahdolliset teot sisältyvät oikeusjärjestykseen*.¹⁵⁵ Systeemin sulkeminen ei sen sijaan edellytä kaikkien mahdollisten tekojen tuntemista tai luettelemista, vaan niiden joukko on ääretön ja riippuu lisäksi tekojen määritelmistä. Tämän takia myöskään oikeussääntöjä ei voida tyhjentävästi luotella eikä niiden määrää voida pitää annettuna. Tässä suhteessa systeemi on *avoin*. Systeemiin sulkemista edellyttää myös luvallisuuden periaate, johon edellä on viitattu. Tällainen suljettu systeemi sisältää myös *indifferenttejä* tekoja, koska suljettu merkitsee tässä vain, että kaikilla mahdollisilla teoilla on deonttinen määre, eli niiden sallittavuus on aina määrättävissä. Määrittelemättömiä tekoja, joka on siis selkeästi

¹⁵⁴ von Wright ilmaisee tämän ns. *luvallisuuden periaatteen (principle of permission)* vuoden 1951 deonttisen logiikan ns. klassisessa systeemissä seuraavan lain muodossa: PA v ~PA. Tulkiten lain tyhjentäväksi disjunktiksi. von Wright, *Deontic Logic*, s. 9. Ks. myös *Klami*, *Finalistinen oikeusteoria*, s. 190 ja 191.

¹⁵⁵ Ks. von Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, s. 84. Mainitussa paikassa von Wright kytkee suljetun systeemin aksioomaan Pp v ~Pp. Aksiooma Pp v P-p onkin edellisen implikaatio. Ks. *Schauer*, *Formalism*, s. 535.

Ristiriidattomuus, aukottomuus ja systeemin sulkeutuneisuus ei sen sijaan edellytä välttämättä systeemin *yksinomaisuutta* (eksklusiivisuus). Oikeusjärjestys voi sallia vaihtoehtoisia sääntösystemejä ja myös alayhteisöjen muodostumista. Ristiriidattomuutta edellytetään tällöin kussakin systeemissä.

Kelsen edellyttää paljon vahvemmin oikeusjärjestykseltä *yksinomaisuutta*, eli valtion oikeusjärjestys ei hänen mukaansa salli vaihtoehtoisia normien systeemejä. Kelsen toisin sanoen edellyttää, että oikeusjärjestys valtion alueella on *homogeeninen* eikä se salli pluralismia. Kelsen, s. 410.

eri asia kuin indifferentti, ei oikeusjärjestelmien puitteissa tunneta lainkaan. Myös tämä on ilmeisen adekvaatti ratkaisu suhteessa todellisiin oikeusjärjestyksiin. Tekojen määrittelemättömyyden ja oikeusjärjestyksen välistä loogista eroa voidaan kuvata myös sopimusopin luonnontilan ja sopimuksella omaksutun oikeusjärjestyksen välisenä käsitteellisenä erona.

On helppo todeta, että usein lainsäätäjä noudattaa *säädösekonomian* periaatetta, jonka mukaan säädöksiä annetaan vain siinä määrin ja vain niistä asioista, joiden suhteen normiston muuttaminen välttämättä edellyttää säädöksen antamista. Kodifiointi-ideologia ei näytä noudattavan tätä periaatetta. Lakitekstejä annetaan usein muulloinkin »selvyyden vuoksi». Lainsäätäjän tulee tietää, annettujen säädösten lisäksi, minkä sisältöinen oikeusjärjestys on ilman säätämistöimiä ja minkä sisältöiseksi se tulee suunniteltujen säätämistöimien jälkeen. Systemin muuttaminen on keskeinen syy antaa säädöksiä. Tässä mielessä lainsäätäjän työ on selkeästi *puuttumista* olemassaolevaan, valmiiseen *systemiin*. Välttämätöntä on vain *mandatoristen* sääntöjen, kieltojen ja käskyjen antaminen. Vain niiden avulla voidaan sulkea pois käyttäytymisvaihtoehtoja, ja vain ne ovat käyttäytymisen sääntelyä, tämän käsitteen varsinaisessa merkityksessä. Tämän takia varsinaista säädösten antamisen tarvetta ei ole, jos tarkoituksena on edelleen pitää tietty käyttäytyminen sallittuna.

Vastaavasti on turhaa antaa uutta nimenomaista säännöstä, jonka mukaan aiemmassa säädöksessä kielletty teko sallitaan, ja mahdollisesti vielä erikseen kumotaan aiempi kieltoisäännös, jos pelkästään aiemman kieltoisäännöksen kumoaminen riittää yhdessä tulkintaperiaatteiden kanssa sallimaan ao. teon. Samoin, jos laki koskee tiettyä käyttäytymisen aluetta, välttämätöntä on vain niiden pykälien antaminen, jotka sääntelevät kiellettyjä ja käskettyjä tekoja. Lainsäätäjä voi myös pidäytyä säännösten antamisesta, jos esim. oikeuskäytäntö on jo omaksunut ratkaisut, jotka olisi muutoin annettu laissa. Toisaalta oikeuskäytännössä esim. korkeimman oikeuden ennakkopäätöksessä omaksuttu tulkinta, voi antaa aiheen lainmuutokselle ja tulkinnan poistamiselle.

Edellä lausuttu ilmenee selkeästi siviilioikeudessa esim. *subjektiivisten oikeuksien* sääntelyssä, jossa oikeuksien piiriin kuuluvista sallituista teoista ei yleensä nimenomaisesti säännellä. Vain kiellot ja käskyt on yleensä mainittu erikseen säädöksissä. Tästä ei kuitenkaan voi tehdä suoraa johtopäätöstä, että kaikissa muissa suhteissa oikeuden haltijalla esim. omistajalla on määräämis- tai hallintaoikeus. Samoin omaksuttuihin sopimuskäytäntöihin puututaan yleensä vain siltä osin, kuin *sopimusvapauden* rajoittamista pidetään välttämättömänä.

Rikosoikeuden osalta voidaan puolestaan todeta, että *legaliteettiperiaatteen* ilmaisevat periaatteet *nullum crimen sine lege* ja *nulla poena sine lege*, joiden osalta lailla siis tarkoitetaan yhtä oikeuslähdettä eli kirjoitettua (parlamentin an-

tamaa) lakitekstiä, ovat aineellisia tulkintaperiaatteita, jotka suoraan osoittavat tekojen sallittavuuden. Myös ne tähtäävät voimassa olevan oikeuden systeemin aukottomuuteen ja sulkemiseen.¹⁵⁶

Oikeuslähteiden ja voimassa olevan oikeuden väliseen suhteeseen liittyy välittömästi oikeuslähdeoppi. Se tuli esille myös oikeussääntöjen voimassaolon yhteydessä. Oikeuslähdeopilla onkin tärkeä tietoteoreettinen merkitys lainopille. Tämän takia seuraavassa kappaleessa oikeuslähdeoppia lähestytäänkin tietoteoreettisesta ja samalla myös oikeusteoriassa epätavanomaisesta näkökulmasta.

5.5 Systeemin valinta

1. Systeemin valinnan merkitys. Tässä tutkimuksessa määrääviä lähtökohtia ovat antirealismi, holismi, koherenttinen totuuskäsitys ja sekä muodollinen että sisällöllinen konventionalismi. Kaikkien näiden suhteen keskeinen lähtökohta voimassa olevan oikeuden ja oikeusjärjestelmän suhteen on *näkemyksellinen oikeudesta kielellisenä ja lauseiden systeeminä*. Tietyn maan esim. Suomen voimassaoleva oikeus on tämän mukaisesti ennen kaikkea *oikeussääntöjen systeemi*. Lainopin näkökulmasta keskeisempi on kuitenkin *normilauseiden systeemi*.

Tarkastelun näkökulma on tässä vahvasti *muodollinen*, koska voimassa olevaa oikeutta tarkastellaan sääntölauseiden systeeminä ja näkökulma on systeemin tasolla. Kysymykset normien aineellisesta sisällöstä, tiedon aineellisesta oikeuttamisesta ja tulkinnan johtopäätösten hyväksyttävyydestä jätetään näin ollen toistaiseksi sivuun.

Perinteinen ja vakavin kritiikki koherentismia kohtaan on ollut, että totuus voi olla minkäsiväisyyttä tahansa, jos totuuskriteerinä on lauseen ristiriidattomuus tai yhteensopivuus toisen lauseen kanssa tai suhteessa lauseiden systeemiin. Ristiriidattomien lauseiden muodostamia erilaisia systeemejä voi olla periaatteessa loputon määrä, joiden välisestä valinnasta teoria ei lähtökohtaisesti sano mitään.¹⁵⁷ Koherentismin mukainen tieto- ja totuusteoria vaatiikin täydennystä siten, että voidaan osoittaa *kriteeri systeemin valinnalle*.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Ks. Autio, s. 117.

¹⁵⁷ Ks. Niiniluoto, Johdatus tieteenfilosofiaan, s. 110 ja lainopin osalta Aarnio, On Truth and Acceptability, s. 46 ja 47 ja Marmor, s. 64.

¹⁵⁸ Koherentismin ongelma on tältä osin analoginen perinteiselle ns. *induktion* eli yleistämisen ongelmalle. Hume muotoili ongelman muotoon: Kuinka menneisyyttä koskevista havainnoista ja säännönmukaisuuksista voidaan tehdä johtopäätöksiä ja ennustuksia tulevaisuutta koskeviin tapauksiin nähden. Goodman tarkensi kysymyksen niin, että ongelmana on, *kuinka*

Täydennystä tietoteoria vaatii myös sen takia, että aiemmin on todettu, että konventionalismi edellyttää paitsi *rationaalista argumentointia*, myös elementin, joka sitoo tiedollisen systeemin yhteisön *traditioon*. Kriteerien systeemin valinnalle on näin ollen sidottava systeemi yhteisön konventioihin. *Kysymys ei näin ollen ole mistä tahansa systeemistä, vaan tietyistä, jonka tietty yhteisö on omaksunut tietyssä ajankohtana. Hartin oikeusnormien tunnistamissäännöt voidaan tulkita juuri tradition implikoimiksi kriteereiksi normien voimassaololle ja tätä kautta voimassa olevan oikeuden systeemin valinnalle. Kriteerit systeemin valinnalle ovat välttämätön esikysymys ennen yksittäisen normin määrittelemistä systeemissä.*

Kysymys on myös selkeästi suhteellisesta *tietoteoreettisesta konservatiivisuudesta*. Kun lähtökohtana on yhteisön tosiasiallisesti omaksuma normien systeemi, lähtökohtana on myös aiemmin omaksuttu ja vakiintunut systeemi. Konservatiivisuus on kuitenkin suhteellista, koska vakiintunut systeemi on myös välttämätön lähtökohta muutokselle. Esim. kritiikki voi tähdätä selkeästi oikeusjärjestyksen muuttamiseen, mutta se toisaalta edellyttää myös lähtökohtaisen järjestyksen tuntemista ja tunnustamista. Laajatkin lainsäädäntöhankkeet ovat lisäksi välttämättä luonteeltaan uusien säännösten sovittamista jo olemassaolevaan oikeusjärjestelmään. Lainsäätäjän työ on olennaisesti *interventiota* olemassa olevaan systeemiin.

Muodollisesti konventionalismi lähtee oletuksesta, että sääntöjen systeemi voi olla mikä tahansa. Systeemit ovat kontingentteja. Säännöt ja oikeusjärjestelmä on sellainen kuin yhteisö on sen omaksunut, eikä mitään ulkoista ehdotonta aineellista kiintopistettä voida osoittaa. Konservatiivinen sopimusoppi on toisaalta pyrkinyt osoittamaan, että meidän elämänmuodossamme tietyille peruseriaatteille rakentuva rationaalinen oikeusnormien systeemi ei voi olla minkälainen systeemi tahansa, vaan aivan tietynlainen systeemi, vaikka lähtökohtana ovatkin muodolliset kriteerit. Oletamus, jota aiemmin on pyritty osoittamaan todeksi on, että näiden peruseriaatteiden mukainen systeemi on adekvaatti eli vastaa esim. Suomen tosiasiallisen oikeusjärjestelmän peruseriaatteita. Tämän takia sopimusopin mukaista periaatteiden järjestelmää voidaan tarjota myös ideaaliksi ja normatiivi-

valitaan merkitykselliset ja relevantit (valid) menneisyyden havainnot ja säännönmukaisuudet. Säännönmukaisuuksia on kaikkialla, ja niitä voi löytää mistä tahansa ja missä muodossa haluaa. Kysymys on säännönmukaisuuksien valinnasta. Pragmatismien mukainen menestys ei käy kriteeriksi valinnalle, koska kysymys on tulevaisuuden menestyksestä, ei menneisyyden säännönmukaisuuksien menestyksestä. Goodmanin ratkaisu on selkeän kantilainen ja konservatiivinen: Valinta tapahtuu tietojärjestelmässä vakiintuneiden ja jo omaksuttujen predikaattien hyväksi, joista poikkeaminen edellyttää selkeitä asiallisia perusteita. Hume, An Enquiry Concerning Human Understanding, s. 37–39 ja Goodman, s. 82, 85, 87, 94 ja 98.

seksi lähtökohdaksi lainopissa, vaikka lainopin oletetaan tutkivan oikeusjärjestystä kokonaisuutena annettuna asiana.

2. *Etuoikeutetut lauseet.* Hedelmällinen lähtökohta on *Walkerin* tarjoama lähestymistapa, jossa pyritään osoittamaan tietyt *etuoikeutetut lauseet*, joiden omaksuminen lähtökohdaksi merkitsee valintaa mahdollisten systeemien välillä. Etuoikeutetut lauseet osoittavat valitun systeemin. Tätä lähtökohtaa on tarkasteltu erikseen kappaleessa 2.2.5. Mainitut etuoikeutetut lauseet ovat *välittömästi oikeutettuja*; ne ovat oikeutettuja itsessään, eivätkä ne vetoa oikeutukseksi mihinkään muihin lauseisiin. Systeemin muiden lauseiden ristiriidattomuus suhteessa etuoikeutettuihin lauseisiin määrää sen, kelpuutetaanko ne systeemiin vain ei. Lähtökohtaisesti *muiden lauseiden oikeuttamisessa välttämätön mutta ei riittävä elementti on ristiriidattomuus suhteessa etuoikeutettuihin lauseisiin*.¹⁵⁹ Ristiriitaisuus toisin sanoen estää niiden oikeuttamisen, eli lähtökohtaisesti ristiriita on riittävä *poissuljentaperuste*.

Ristiriidattomuus tarkoittaa tällöin varsinaista loogista ristiriidattomuutta eli *konsistenssia*, eli ristiriitaa ei synny sääntöjen päällekkäisten soveltamisalojen vuoksi. Konsistenssia voidaan pitää yhtenä edellytyksenä koherentille systeemille. Koherenssi laajempänä käsitteenä edellyttää tällöin myös muutoin, suhteessa omaksuttuihin arvoihin ja kategorioinnin ja pääsääntö/poikkeus-konstruktioiden osalta systeemin johdonmukaisuutta.¹⁶⁰

Kaikki muut systeemin lauseet kuin etuoikeutetut ovat näin ollen *välillisesti oikeutettuja*. Tämä ilmentää *regressioperiaatetta*, jonka mukaan näiden lauseiden oikeutus perustuu ja palautuu edellä kuvatussa merkityksessä välittömästi oikeutettujen lauseiden oikeutukseen. Poissuljentakriteerien suhteen kaikkien systeemin lauseiden oikeutus perustuu viime kädessä etuoikeutettujen lauseiden välittömään oikeutukseen.¹⁶¹ Tämä välillinen oikeuttaminen viittaa kuitenkin vain yhteensopivuuteen etuoikeutettujen lauseiden kanssa. Selvää on, että oikeuttamisessa ei lainopin yhteydessä edellytetä vain loogista ristiriidattomuutta, eikä mainittu ristiriidattomuusedellytys ole riittävä oikeutus, vaan keskeisessä asemassa on aineellinen oikeuttaminen.

Ristiriidattomuus suhteessa etuoikeutettuihin lauseisiin antaa vasta *muodolliset kriteerit* kelpuuttaa lause systeemiin. Aineellinen, *positiivinen oikeuttaminen* on selkeästi eri asia. Lisäksi lauseiden aineellinen *hyväksyttävyyys* tulee tä-

¹⁵⁹ Koherentin systeemin ristiriidattomuusedellytyksestä ks. *Aarnio*, *The Rational as Reasonable*, s. 199 ja 200.

¹⁶⁰ Ks. *MacCormick*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 106 ja *Hannu Tolonen*, *Yleisen oppien rakenteesta ja merkityksestä*, s. 191.

¹⁶¹ *Alston*, *Foundationalism*, s. 144.

män jälkeen eteen, koska se asettaa *lisävaatimuksen* kelpuutettaville lauseille. Hyväksyttävyydelle voidaan poikkeuksellisesti antaa jopa niin suuri painoarvo, että se johtaa etuoikeutetun lauseen sivuuttamiseen tai sellaisen lauseen kelpuuttamiseen systeemiin, joka lähtökohtaisesti on ristiriidassa etuoikeutetun tai muutoin systeemiin jo aiemmin hyväksytyn lauseen kanssa. Arvojen suhteen koherentti systeemi voi merkitä ristiriitaa suhteessa etuoikeutettuihin lauseisiin.

Aineelliset argumentit voivat näin ollen saada niin vahvan aseman, että niillä voidaan murtaa systeemin ristiriidattomuus ilman, että koko systeemin oikeutusta asetetaan kyseenalaiseksi. Päinvastoin, juuri oikeusjärjestelmän legitimitetti voi edellyttää systeemin murtamista. Murtaminen voi tapahtua useissa yhteyksissä kuvaamieni erilaisten *väliintulevien tekijöiden* muodossa. Mahdollisuus murtaa muodollisesti pätevä systeemi, merkitsee myös, että tässä esiteltävä tapa muodostaa voimassa olevaa oikeutta kuvaava *muodollisesti pätevä lauseiden systeemi on vain pääsääntö ja lähtökohta*. Tulkintatulosten ja ratkaisujen hyväksyttävyys voi edellyttää poikkeavaa lopputulosta. Systeemin murtamismahdollisuus osoittaa sääntölauseiden ristiriidattomuuden ja systeemisidonnaisuuden merkitysten suhteellisuuden. Tämä ei kuitenkaan merkitse, että ne tulisi hylätä, vaan ne voidaan omaksua lähtökohtana ja vahvana pääsääntönä. Kysymys on viime kädessä suppeamman ja laajemman rationaalisuuden välisestä erosta. Vastaava systeemin murtaminen ei tule kysymykseen esim. luonnontieteissä.

Lisäksi on huomattava, että erilaisilla poikkeussääntökonstruktioilla ja myös tulkinnan avulla tavoiteltu lopputulos voidaan saavuttaa murtamatta muodollisesti systeemin ristiriidattomuutta. Ilmiö on tyypillinen lainopin ja moraalin diskursseille, koska niissä on mukana usein vahva kontekstuaalinen elementti.

3. *Foundationalismi*. Erikseen on ratkaistava kysymys foundationalismista.¹⁶² Edellä koherentismiin on nimittäin yhdistetty selkeitä foundationalistia elementtejä. On siis korostettava, että sekä Walkerin teoriassa että tässä pyritään eräissä suhteissa yhdistämään foundationalismi ja koherentismi, erityisesti eettinen koherentismi, vaikka niitä on yleensä pidetty toisilleen vastakkaisina ja toisensa poissulkevinä vaihtoehtoina.¹⁶³ Walkerin kritiikin kohdalla todettiin, että hän suosittelee tietoteoriaa, joka perustuu koherenssikäsitykseen tiedosta mutta korrespondenssikäsitykseen totuudesta. Varsinaisessa ja välittömässä totuussuhteessa ovat vain välittömät havaintoraportit (*foundation*), joiden suhteen muiden, käsitteellisempien tai teoreettisempien lauseiden (*superstructure*) oletetaan muodostavan koherentin systeemin.

¹⁶² Foundationalismista on käytetty myös nimitystä *fundamentalismi*. Ks. Lammenranta, Tietoteoria, s. 136.

¹⁶³ Ks. Jääskinen, s. 224.

Lainopin yhteydessä havaintoraportit eivät voi olla etuoikeutettujen lauseiden asemassa, ja muiden lauseiden asemassa voivat olla vain tulkinnan kautta johdetut lauseet. Kappaleen 2.2.5 lopussa esitettyyn kysymykseen pyritään tässä kuitenkin antamaan ehdollisesti myönteinen vastaus. Lähtökohdaksi voidaan ottaa eräiden tiettyjen lauseiden etuoikeutettu asema.

Muutoinkin tässä omaksuttava foundationalismi on *muodollista, suhteellista ja heikossa ja modifioidussa* muodossa ja sen *ala on rajoitettu*. Tämä johtuu jo siitä, että foundationalismi on sinänsä yhteensopimaton omaksuttujen konventionalistisen kehän ja harkintatasapainon periaatteiden kanssa ja rajoittaa niiden alaa. Ilmeistä kuitenkin on, että ajatus etuoikeutetuista, sinänsä oikeutetuista lauseista on adekvaatti suhteessa lainoppiin kontinentaalisen järjestelmän maissa, vaikka niitä ei oletettaisikaan annetuiksi metafyyssisessä merkityksessä. Nämä toisilleen *vastakohtaiset lähtökohdat ja päättelytavat* luovat lainoppiin sen keskeisen *ristiriidan ja jännitteen*. Ristiriita ei ole vahingollinen, vaan päinvastoin hyödyllinen. Päättelytavat tai lähestymistavat oikeuteen pyritään tässä myös soveltamaan toisiinsa nähden. Katson, että lainopillinen tulkinta ja päätöksenteko olennaisesti sisältää tällaisen jännitteen ja *yhteensovittamisharkinnan*, ja ne antavat hedelmällisen pohjan analysoida lainopillista argumentointia. Tämä asetus sisältää myös oletuksen, jonka mukaan tulkitsijalle ei ole riittävää todeta soveltuvien virallislähteiden sisältö, vaan hän harkitsee myös johtopäätösten aineellisen hyväksyttävyyden.

Foundationalistisesta ajattelusta on kysymys, kun tulkinnan tai päätöksen lähtökohdaksi otetaan kielen sääntöjen mukaisesti *soveltuva sääntölause*, joka oletetaan tulkitsijaan nähden yhteisössä *annetuksi*. Kielen semanttinen itenäisyys tekee tämän mahdolliseksi, ja lakipositivistinen perinne velvoittaa käyttämään sitä. Foundationalismi liittyy lainopilliseen tietoon sen suppeassa merkityksessä, eli välittömästi vain muodolliseen oikeuttamiseen. Luontevaa onkin, että harkintatasapaino liittyy puolestaan laajempaan näkökulmaan oikeudesta ja aineelliseen oikeuttamiseen.

Edellä mainittua muodollisuus tarkoittaa, että tässä ei pyritä esittämään mitään aineellisesti ehdottomia tiedon lähtökohtia.¹⁶⁴ Tällaisia ovat esim. *Descartesin* rationalismin lähtökohta-aksiooma »*Cogito ergo sum*» ja *Locken* selkeät havainnot. Aineellinen foundationalismi voi olla siis sekä äärimmäistä rationalismia että äärimmäistä empirismiä. Muodollinen foundationalismi tulkitaan tässä siten, että *etuoikeutetuiksi lauseiksi osoitetaan lauseita, joiden muodollinen, käsitteellisen järjestelmän osoittama asema hyväksytään sellaisenaan tiedon lähtökohtana*. Tämä merkitsee myös tulkitsijan harkintavallan sitomista ja

¹⁶⁴ Samoin Jääskinen, s. 226.

kaventamista etukäteen. Lauseen etuoikeutettu asema ei johdu sen sisällöstä, vaan *statuksesta muodollisessa järjestelmässä*. Voidaan myös puhua etuoikeutetun lauseen *normatiivisesta* asemasta, koska status ilmaisee auktoriteetin. Ääripäissään tiukka foundationalismi ilmentää ankaraa *formalistista* lakipositivismia, ja toinen ääripää ilmentää äärimmäisen *liberaalia* tulkinta-asennetta (suhteessa virallislähteisiin), joka voidaan oikeusteorian historiassa osoittaa sekä realismin että luonnonoikeudellisen ajattelun piirissä.

Suhteellisuus ja heikkous liittyy lähtökohtana olevaan relativismiin siten, että etuoikeutetut lauseet ovat etuoikeutettuja vain tietyssä oikeusjärjestelmässä ja tietynä aikana. Heikkous johtuu myös siitä, että etuoikeutettua asemaa ei voida pitää ehdottomana, vaan vain varsin vahvana pääsääntönä. Yleensä riittää, että viitataan näiden lauseiden olemassaoloon.¹⁶⁵ Olettamuksena on, että niiden asema sinänsä on osoitus niiden oikeutuksesta.

Selvää on, että antirealismista johtuen koherentismi on sisäistä (*internal*), se perustuu uskomusten merkityssisältöjen (mielten) ristiriidattomuuteen.¹⁶⁶

4. *Oikeuslähdeopin merkitys.* Conventionalistinen lähtökohta merkitsee, että etuoikeutetuiksi lauseiksi osoitetaan lauseet, jotka välittömimmin ja varmimmin pystyvät kertomaan oikeusyhteisön omaksumista instituutioista ja normatiivisesta traditiosta. Tämän jälkeen kysymykseksi nousee, miten ja mitkä lauseet voidaan osoittaa systeemin etuoikeutetuiksi lauseiksi.

Voidaan todeta, että *oikeuslähdeoppi osoittaa mainitut etuoikeutetut lauseet. Lisäksi oikeuslähdeoppi vielä tarkemmin jaottelee erilaiset argumenttilauseet eriasteisiin etuoikeusluokkiin.* Aiemmin jo todettiin, että oikeuslähdeoppi kokonaisuutena ja sen tulkinta voidaan osoittaa vain tradition kautta, koska esim. säädösten asema kokonaisuutena yhteisössä voidaan osoittaa vain sen avulla. Oikeuslähdeoppi on keskeinen osa omaksuttua käsitteellistä traditiota, joten *traditio osoittaa etuoikeutetut lauseet ja etuoikeuden vahvuuden.* Oikeuslähdeoppi osoittaa välilliseseti yhteisön normatiivisen sopimuksen eli oikeusjärjestyksen sisällön, mutta se ei itse ole palautettavissa muuhun kuin traditioon eli yhteisiin uskomuksiin. Kuvattu foundationalistinen (mutta samalla myös koherentistinen) lähestymistapa ilmenee suoraan *lakipositivismina* ja säädännäisen oikeuden keskeisenä asemana kontinentaalisessa oikeusjärjestelmässä. Tässä ei ryhdytä käymään läpi Suomen oikeuslähdeoppia, vaan se oletetaan tunnetuksi.¹⁶⁷ Kysymys on tässä vain tämän opin tietoteoreettisesta tulkinnasta.

¹⁶⁵ Kysymys on näin ollen Dworkinin tarkoittamasta lain *empiirisestä* kysymyksestä. Dworkin, *Law's Empire*, s. 5.

¹⁶⁶ Ks. *Lehrer*, s. 67 ja 69.

¹⁶⁷ Lähtökohtana tässä on oikeuslähdeoppi sellaisena kuin *Aarnio* on sen esittänyt. Aarnio, *The Rational as Reasonable* alk. s. 78 ja *Laintulkinnan teoria* alk. s. 218.

Kysymys systeemin valinnasta on suhteutettava *totuus*kysymykseen sellaisena kuin se aiemmin on esitetty kappaleessa 3.3.2. Lähtökohtanaan on ollut ns. institutionaalinen totuus, jonka mukaan oikean sisällön yksittäiset säännöt ja sääntölauseet saavat kokonaisuudesta eli yhteisön instituutiosta ja viime kädessä koko yhteisön traditiosta käsin. Systeemin valinnassa onkin kysymys *instituutioiden ja tradition oikean ja tarkemman sisällön toteamisesta ja eksplikoinnista, eli oikean tradition »valinnasta»*. Vastausta haetaan tämän jälkeen kysymykseen, mikä on tietystä yhteisössä tietyinä hetkenä *yhteisön omaksuma tradition ja instituutioiden tarkempi vallitseva normatiivinen tulkinta*. Totuus on yhdenmukaisuutta instituutioihin ja traditioon. Oikeuslähdeoppi yhdessä normien voimassaoloa koskevien seikkojen kanssa osoittaa menetelmän, jolla oikeansisältöiset lauseet voidaan osoittaa, ja jonka avulla niiden totuus tai oikeellisuus voidaan oikeuttaa. Tiedon korostettu epävarmuus ja tulkinnanvaraisuus ei tätä asetelmaa muuta. Oikeuslähdeoppi on näin ollen ensiarvoisen tärkeässä asemassa lainopin tietoteorian kannalta.

Omaksuttu muodollisen foundationalismin mukainen lähestymistapa korostaa lainopillisen *päätelyn sidonnaisuutta* suhteessa annettuihin kriteereihin ja valmiisiin perusteisiin. Tämä sidonnaisuus ei ole kuitenkaan ehdotonta niin kuin jäljempänä voidaan havaita. Kysymys on argumenteista, jotka lainopin harjoittajaan nähden ovat annettuja lähtökohtia ja yhteisössä yleisesti hyväksyttyjä. Kysymys on samalla pyrkimisestä *objektiiviseen* päätelyyn, sillä objektiivisuus edellyttää vetoamista ensisijaisesti tällaisiin annettuihin ja julkisiin argumentteihin. Nämä argumentit ovat tulkinta ja sovellutus *julkisista perusteista tai syistä (public reasons) Rawlsin* tarkoittamassa merkityksessä.¹⁶⁸

Oikeuslähteiden voidaan sanoa muodostavan lainopillisen tiedon muodolliset totuuskriteerit. Kysymys on käytettävien *argumenttien hierarkiasta*. Normilauseen tai normisuosituksen muodollinen oikeuttaminen tapahtuu viittaamalla oikeuslähteisiin. Johtopäätöslauseen oikeellisuus perustellaan lähtökohtaisesti näiden totuuskriteerien avulla. Koska kysymys on muodollista oikeuttamista, normilause tai -suositus edellyttää erikseen aineellisen oikeuttamisen. Käytännössä aineellista oikeuttamista ei useinkaan näkyvästi tehdä. Lähtökohtana on, että esim. lain säännös itsessään, asemansa perusteella osoittaa myös järkevyy-

¹⁶⁸ Rawls, Political Liberalism, s. 214, 216, 224, 232, 235, 236 ja 248.

Kun virallisten oikeuslähteiden katsotaan välittömimmin ilmaisevan yhteisön yhteiskuntasopimuksen sisällön ja ehdot, voidaan tätä pitää myös vastauksena Rawlsin asettamaan *julkisen perustelun paradoksiin*. Paradoksin asettaa henkilö, joka kysyy, miksi päätelyssä pitää noudattaa julkista perustelua eikä harkita asiaa sellaisena kuin se on, kaikki asianhaarat huomioon ottaen. Vastauksessa olettamuksena on pyrkiminen yhteisön objektiivisen näkökulman esittämiseen. Tilanne ei ole kuitenkaan näin yksinkertainen niin kuin edempänä kappaleessa Säännöt ja harkinta voidaan havaita.

tensä, tarkoituksenmukaisuutensa ja hyväksyttävyytensä. Lain valmistelijan ja -säättäjän harkinta hyväksytään sellaisenaan, ja lisäksi hyväksi käytetään lähteen osoittamaa »liikkumavaraa» eli suoraa tulkinnanvaraisuutta.

Selkeästi eri asemassa ovat tilanteet, joissa normilause tai -suositus joudutaan oikeuttamaan säädöksiä alemmantasoisilla lähteillä. Lähteiden systemaattisesti tai muodollisesti heikompi asema edellyttää yleensä vahvempaa aineellista oikeuttamista. Tiedollinen oikeuttaminen alemman tason lähteen avulla perustuu vähemmässä määrin tekstin auktoriteettiasemaan, joten heikompi muodollinen oikeuttaminen on kompensoitava vahvemmalla aineellisella oikeuttamisella. Tämä huipentuu ns. reaalisten argumenttien käyttämiseen, jolloin kysymyksessä on pelkästään aineellinen oikeuttaminen.¹⁶⁹

5. *Lakitekstin etuoikeutettu asema.* Lainopin etuoikeutettujen lauseiden systeemin muodostavat *sääntölauseet, jotka välittömästi toistavat säädettyjen lakien säännösten sisällön. Ne ovat systeemin etuoikeutetuimmat lauseet.*¹⁷⁰ Lainopillisessa tulkinnassa tai ratkaisutoiminnassa ei yleensä tarvitse erikseen oikeuttaa näitä lauseita, vaan riittää, että viitataan säännösten muodolliseen asemaan osana oikeassa järjestyksessä annettuja säädöksiä.¹⁷¹ Lainsäätäjän tekemät valinnat otetaan suoraan argumentoinnin lähtökohdaksi. Luonnollisesti tarpeen vaatiessa ne voidaan erikseen oikeuttaa viittaamalla arvoihin, periaatteisiin tai tavoitteisiin, joiden takia säädös on annettu. Muussa kuin sanamuodon mukaisessa tulkinnassa tämä on myös välttämätöntä, koska tulkitsijan on ymmärrettävä säännösten merkitys, tavoitteet ja tehdyt valinnat, jotta hän voisi tehdä perustellun valinnan eri mahdollisten vaihtoehtojen välillä. Päätöksenteossa säädösten oikeuttamista ei pääsääntöisesti edellytetä, vaan päätöksentekijä ottaa yleensä suoraan soveltuvan säännöksen sellaisenaan päätöksenteon pohjaksi.

Lainopin tiedonintressi edellyttää yleensä myös säädösten taustojen esiintuomisen ja tätä kautta myös niiden oikeuttamisen. Tämä ei kuitenkaan sinänsä millään lailla kyseenalaista säännöksen ja sen sanamuodon etuoikeutettua asemaa. Kysymys on pikemminkin säännösten selittämisestä tai ymmärrettäväksi tekemisestä. Tätä tukee myös se, että säännösten tulkinnat pitävät lähtökohtana *sanamuotoa*. Säännösten sanamuodoilla on näin ollen tietynlainen *kanonisoitu* asema. Soveltuva lain teksti on lainopin ja oikeudellisen päätöksenteon kaanon; se on aina otettava huomioon. Lähtökohtana on luottamus kielen semanttiseen itsenäisyyteen. Tässä yhteydessä ei pyritä arvioimaan, onko tämä asiantila hyvä

¹⁶⁹ Ks. Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, s. 32 ja 33.

¹⁷⁰ Ks. Aarnio, joka käyttää termiä *basic sentences*, ja katsoo lakipositivistisen perinteen edellyttävän lähtökohdaksi säädösten tekstejä. Aarnio, On Legal Reasoning, s. 302.

¹⁷¹ Ks. Aarnio, The Rational as Reasonable, s. 111.

vai huono, mutta katson sen vastaavan laajasti tosiasiallista menettelyä ja kontinentaalisen järjestelmän käsitystä oikeudesta ja lainsäädäntövallasta. Kontinentaalisisessa järjestelmässä lähtökohtana on nimenomaan sanamuoto, eikä esim. säännöksen taustalla oleva ja lainsäätäjän harkinnassa ilmennyt aineellinen *oikeutus*. Säättämisen yhteydessä lakitekstin voidaan sanoa itsenäistyneen sen valmistelijoiden ja antajien ajattelusta ja tahdosta.

Kuvattua lähtökohta-asetelmaa voimakkaasti suhteellistava seikka on, että kielen suhteellisesta avoimuudesta johtuen säännökset ovat aina vaihtelevassa määrin tulkinnanvaraisia. Myöskään tulkinnanvaraisuus ei sinänsä muuta mitenkään säännöksen ja sen sanamuodon kanonisoitua asemaa. Kysymys on epäselvyydestä, *mihin johtopäätöksiin eli tulkintoihin yleensä yksiselitteinen teksti antaa aiheen*. Myös kriittinen näkökulma lähtee yleensä nimenomaisesti sanamuodosta.

Myös silloin, kun säännös pitää erikseen oikeuttaa, säännöstekstiä auktoritatiivisena lausumana pidetään itseisarvoisena lähtökohtana. Tätä korostaa se, että säädöstekstejä pidetään yleensä ns. *pakollisina lähteinä*, eli soveltuvan säädöstekstin sivuuttamista ei yleensä sallita.¹⁷² Voimassaolon suhteen voidaan viitata suoraan aiemmin tarkasteltuun systemaattiseen voimassaoloon. Säädettyä lakitekstiä suoraan toistava lause ilmaisee yleensä kaikkein varmimmin, vaikkakaan ei riittävällä tavalla, yhteisössä omaksutut oikeussäännöt. Lakiteksti ei ole toisaalta myöskään tulkinnan välttämätön edellytys. Eri asia lisäksi on, kuinka suoraan säännös on sovellettavissa suhteessa tietynlaiseen tilanteeseen.

Säädöstekstin asema etuoikeutettuina lauseina tulee nähdäkseni selkeästi esiin kaikissa lainopillisissa teksteissä, jotka käsittelevät asioita, jotka on positiivisesti säännelty. Lähtökohtana ovat säännösten lausumat sellaisenaan, ja muiden lauseiden, jotka joko pyrkivät täydentämään tai tulkitsemaan säännöstekstejä, on oltava ristiriidattomassa suhteessa etuoikeutettuihin lauseisiin. Muodollisen foundationalismin avulla pyritään näin ollen rajoittamaan huomioon otettavia seikkojen piiriä ja osoittamaan etukäteen lähtökohdat päättelylle.¹⁷³

Niin kuin aiemmin on todettu ristiriidattomuusedellytys ainoastaan sulkee pois tietynlaisia lauseita, mutta se ei suoraan sano, minkä sisältöisiä kelpuutettavien lauseiden tulee olla.¹⁷⁴ Kysymys on olennaisesti suoran tulkinnanvaraisuuden osoittaman »liikkumavaran» käyttämisestä. Positiivinen osoittaminen jää riippumaan oikeuttamisen eli argumentoinnin sisällöstä, jota ohjaavat *positiiviset ar-*

¹⁷² Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 89 ja 98.

¹⁷³ Malli ei ole näin ollen kovinkaan kaukana Jääskisen (*Pollockiin* perustuvasta) hahmottelemasta *negatiivisen koherenssin teoriasta*. Jääskinen, s. 227.

¹⁷⁴ Ristiriita ilmaisee mahdollottoman argumentointitilanteen (*discursively impossible*). Aarnio–Alexy–Peczenik II, s. 272.

gumentointiperiaatteet, esim. pyrkimys mahdollisimman koherenttiin eli yhtenäiseen, ymmärrettävään ja johdonmukaiseen ja moraalisesti hyväksyttävään systeemiin.¹⁷⁵ Tämä merkitsee myös, että tässä omaksuttu koherentismi on sekä heikkoa että lähtökohtaisesti negatiivisessa muodossa. Negatiivinen lähtökohta antaa kuitenkin selkeät suuntaviivat myös positiiviselle argumentoinnille.

Säädösten osoittamissa puitteissakaan argumentointi ei ole vapaata, vaan huomioon on otettava myös alemmanasteiset oikeuslähteet, säädöksen tavoitteet ja yleiset oikeusperiaatteet. Hierarkkisesti ja tätä kautta loogisesti toissijaisen asemansa vuoksi argumentointi näiden »syiden» avulla ei pääsääntöisesti voi olla ristiriidassa etuoikeutettujen eli suoraan lakitekstiin perustuvan argumentoinnin kautta. *Alemmanasteisten lähteiden, tavoitteiden ja oikeusperiaatteiden* käyttö muodostuu näin luonnollisella tavalla pääsääntöisesti *säädöksiä täydentäväksi*.

Usein säädöstekstin sisällön toistaminen ei riitä sellaisenaan ratkaisuksi. Tulkintalauseet ovat tällöin systeemiä täydentäviä lauseita. Lisäksi ongelmia voi tulla eteen tilanteissa, joissa sanamuodon mukainen tai muu tavanomainen laintulkinta johtaa tulokseen, jota ei kuitenkaan voida hyväksyä moraalista tms. syistä eli aineellisten väliintulevien tekijöiden vuoksi. Tilanne on kuitenkin poikkeuksellinen, mikä myös osoittaa säädöstekstien vahvan aseman. Tätä tilannetta tarkastellaan erikseen edempänä.

Selvää on myös, että välittömästi säännösten tekstin toistavista lauseista *loogisesti johdetut lauseet* oikeuttavat asemansa argumentteina viittaamalla deduktiiviseen suhteeseen ja edellytyslauseiden muodolliseen asemaan. Seuraamuslauseen asema on yhtä vahva kuin edellytyslauseen. Tällöin voidaan puhua *sisäisestä tulkinnasta* tai *oikeuttamisesta (internal justification)*.¹⁷⁶ Asiallisesti ottaen tällöin vedotaan vain säädökseen oikeuslähteenä, koska loogisesti pätevää päättelyä pidetään aksiomaattisesti hyväksyttävänä. Vastaavasti varsinaisten laintulkintaperiaatteiden kautta tai muutoin ei-analyttisesti johdetut lauseet oikeuttavat itsensä viittaamalla tulkintaperiaatteeseen ja säännösteksteihin, jotka ovat olleet lähtökohtina (*ulkoinen tulkinta, external justification*). Oikeuttaminen edellyttää tällöin paitsi vetoamista lähteeseen myös päättelyn hyväksyttävyyttä, joka joskus joudutaan myös erikseen perustelemaan. Tulkinta sisältää aina valinnan, joka puolestaan edellyttää aineellista oikeuttamista. Vastaava sisäinen ja ulkoinen oikeuttaminen voidaan tehdä luonnollisesti myös suhteessa muihin lähdelauseisiin kuin säädöksiin. Tulkinta merkitsee samalla siirtymää argumenttitasolta voimassa olevan oikeuden tasolle.

¹⁷⁵ Ks. *Aarnio-Alexy-Peczenik II*, s. 268.

¹⁷⁶ *Alexy*, s. 221 ja 230, *Aarnio-Alexy-Peczenik II*, s. 275–277 ja *Aarnio*, *The Rational as Reasonable*, s. 119 ja 120.

Ensimmäinen eli etuoikeutetuimpien lauseiden luokka jakaantuu edelleen *alaluokkiin*. Säädosvallan vertikaalisen ja hierarkkisen jakautumisen mukaisesti säädökset on jaettu eri tasoihin säädöksiin, jolloin ristiriidan sattuessa periaatteena on, että ylempi säännös syrjäyttää alemman.¹⁷⁷

Säädöshierarkiasta huolimatta *tietoteoreettisesti keskeisessä asemassa ovat ns. tavalliset lait*.¹⁷⁸ Tämä lähestymistapa muistuttaa näin ollen eräin osin *Eckhoffin* ja *Timosen* tapaa jäsentää oikeuslähdeoppia.¹⁷⁹ Yleensä lähtökohdaksi otetaan tavallisen lain suoraan, laventavan tulkinnan tai analogian kautta soveltuva säännös, johon nähden muut soveltuvat tai muutoin huomioon otettavat lähteet ja aineelliset argumentit suhteutetaan.

Asemastaan riippumatta tavallista lakia ylemmänasteiset perustuslain säännökset voidaan tietoteoreettisesti jättää toissijaiseen asemaan. Tämä johtuu useastakin syystä. Oikeusalamaisten kannalta perustuslakia ei ole yleensä tarkoitettu suoraan ratkaisutoiminnassa sovellettaviksi säännöiksi, vaan ennemminkin ohjeeksi lainsäätäjälle. Perustuslakien edellytetään »toteutuvan», manifestoituvan tai pantavan täytäntöön tavallisten lakien muodossa.¹⁸⁰ Oikeusalamaisten oikeuksien ja velvollisuuksien osalta kysymys on varsin vahvasti *periaatteista*, joiden suhteen tavallisten lakien edellytetään olevan koherentteja.¹⁸¹ Perustuslain säännökset eivät myöskään muodosta niin tarkkaa ja kattavaa sääntöjen systeemiä ja menettelytapoja kuin tavallisten lakien säännökset. Tämä johtuu perustuslain säännösten yleispiirteisyydestä ja lainkohtien vähäisyydestä. Ne ovat pikemminkin aineellisten oikeusperiaatteiden luonteisia. Hyvänä esimerkkinä ovat esim. Suomen hallitusmuodon II luvun vapaus- ja ns. TSS-oikeudet.

Perustuslain periaatteiden lausumilla on kuitenkin tärkeä merkitys tavallisten lakien *tulkintaa ohjaavina tekijöinä*. Lähtökohtaisesti nämä periaatteet tulevat kysymykseen samoin kuin aineelliset oikeusperiaatteet muutoinkin selkeinä *väliintulevina tekijöinä*, jotka poikkeuksellisesti estävät säännöksen tavanomaisen tulkinnan joko jossakin suhteessa tai kokonaan. Myös ns. enemmistö lainsäädäntövallan aktuaalisena käyttäjänä yhteisössä on sidottu yhteiskuntasopimuksen osoittamiin periaatteisiin.¹⁸²

¹⁷⁷ *Eckhoff*, s. 286.

¹⁷⁸ Näkökulma on tällöin korostetusti ns. *tavallisen lainopin*, joka välittömästi liittyy oikeusalamaisten oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Erikseen on otettava huomioon valtiosääntöoikeus, jonka tutkimuskohteena ovat perustuslait ja korkeimpien valtiotelinten asemat ja niiden väliset suhteet.

¹⁷⁹ *Eckhoff*, s. 21, 24–27 ja 270 ja *Timonen*, Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä, s. 146 ja *Doctrine of the Sources of Law of a Scholar and of a Judge*, s. 272, 280 ja 281.

¹⁸⁰ *Kelsen*, s. 144 ja *Eckhoff*, s. 290.

¹⁸¹ *Hart*, postscript s. 264. Ks. *MacCormick*, s. 171.

¹⁸² Ks. *Sadurski*, s. 30–32.

Väliintulevan tekijän vaikutus ei ole tällöin pelkästään *negatiivinen*, so. säännöksen soveltamista rajoittava, vaan se voi olla myös *positiivinen* eli lakitekstiä täydentävä. Perustuslain lausuma periaate voi merkitä esim. tavallisessa laissa säännellyn menettelyn täydentämistä. Lainopissa ja yleisellä tasolla tämä lähestymistapa on luonnollinen. Pidän sitä oikeutettuna myös ratkaisutoiminnassa, vaikka Suomessa onkin perinteisesti ylläpidetty tulkintaa, jonka mukaan tuomioistuimet eivät saa tutkia lakien perustuslainmukaisuutta.¹⁸³ Nykyisessä EU-Suomessa tulkintaa voidaan pitää epätarkoituksenmukaisena. On epä johdonmukaista, että tuomioistuimet joutuvat ottamaan samansisältöisiä periaatteita huomioon eurooppaoikeuden ja muiden kansainvälisten sitoumusten perusteella mutta ei Suomen omien perustuslakien.

6. *Kansainväliset sopimukset ja eurooppaoikeus.* Suomen kansallisten lakien suhde eräisiin Suomea sitoviin kansainvälisiin sopimuksiin, niin kuin Euroopan neuvoston piirissä solmittuun *Euroopan ihmisoikeussopimukseen* (SopS 19/1990) ja *eurooppaoikeuteen* on eräissä suhteissa ongelmallinen.¹⁸⁴ Normikollisiot eivät olekaan harvinaisia, ja ne ovat olleet myös kirjallisuuden mielenkiinnon kohteena. Eurooppaoikeuden oikeuslähteet ovat heterogeenisiä. Osittain niiden vaikutustapa Suomen lainsäädäntöön on epäsuoraa, ja osittain niiden katsotaan tulevan suoraan voimaan ja syrjäyttävän sen kanssa ristiriidassa olevan kansallisen lainsäädännön, myös perustuslait. Varsinaisen laajennetun oikeuslähdehierarkian konstruointi ei tämän takia näytä tarkoituksenmukaiselta.

Tässä näkökulma eurooppaoikeuteen on kansallisen oikeuden näkökulma. Kysymys on siitä, mikä vaikutus eurooppaoikeudella on Suomen voimassa olevan oikeuden sisältöön.¹⁸⁵ Perinteisenä lähtökohtana kansainvälisten sitoumusten voimaansaattamisessa Suomen osalta on ollut jako ns. *monistiseen* ja *dualistiseen* malliin. Tämä dikotomia ei enää kuitenkaan näytä kaikilta osilta, erityisesti eurooppaoikeuden kohdalla toimivalta.¹⁸⁶

¹⁸³ Kysymys on hallitusmuodon 92.2 §:n tulkinnasta. *Kastari*, s. 257. Perinteisen kannan toistaa myös *Suviranta*. *Suviranta*, esim. s. 141.

¹⁸⁴ Samassa asemassa suhteessa Suomen sisäiseen oikeusjärjestykseen kuin Euroopan ihmisoikeussopimus on myös YK:n kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus. *Heinonen*, s. 91 ja 92.

¹⁸⁵ Samanlainen näkökulma mutta hallinto-oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta on *Suvirannalla*. *Suviranta*, s. 38, 70 ja 180. *Suviranta* korostaa kahden, lähtökohtaisesti itsenäisen ja erillisen *systemin yhdistymistä* yksittäistä ratkaisua tehtäessä. Näkemys on adekvaatti myös suhteessa lainopin, tuomioistuimen ja oikeusalamaisen näkökulmiin. Argumenttiaineistona on näin ollen molempien systemien lähdemateriaali ja johtopäätöksiä lauseita, jotka kuvaavat Suomen voimassa olevaa oikeutta sellaisena kuin se näiden kahden lähteen perusteella muodostuu.

¹⁸⁶ Ennen ETA-sopimusta ja Euroopan yhteisöön liittymistä kansainvälisiin sitoumuksiin perustuvan normiston ja Suomen valtion lainsäädännön suhde oli ongelmattomampi, koska kan-

Liittyminen Euroopan yhteisöihin (SopS 102 ja 103/1994) aiheutti sitoutumisen sen perustamis- ja niitä täydentäviin sopimuksiin. Vuoden 1957 *Rooman sopimuksen* perusteella jäsenyys velvoittaa hyväksymään EU-normit ja noudattamaan *Luxembourgshin* tuomioistuinten ratkaisuja. Kansallinen oikeusjärjestys on näin ollen sopeutettava eurooppaoikeuden järjestelmään sen alaan kuuluvissa kysymyksissä (eurooppaoikeuden ensisijaisuus).¹⁸⁷ Jäsenyys yhteisöissä velvoittaa myös pyrkimään laintulkinnassa eurooppaoikeuden periaatteiden mukaisiin johtopäätöksiin.¹⁸⁸ Tätä korostaa kansallisten tuomioistuinten oikeus ja ylimpien oikeusasteiden velvollisuus siirtää yhteisöjen tuomioistuimen alaan kuuluva kysymys sen ratkaistavaksi.¹⁸⁹

sainvälisten normien voimaansaattaminen tapahtui pääsääntöisesti ja tapahtuu edelleen EU:n ulkopuolella ns. dualistisen mallin mukaan eli Suomen sisäisen lainsäädännön kautta. *Joutsamo*, alk. s. 102, *Sevón*, s. 77 ja 79, *Mäenpää*, s. 1147–1149 ja *Ojanen*, s. 45, 69 ja 72. Ks. *Scheinin*in kritiikki tätä perinteistä dikotomiaa kohtaan, *Scheinin* s. 44. Ks. myös *Suviranta*, s. 74–76.

Eurooppaoikeuden normeina pidetään silmällä yhteisön perustamissopimuksia, niitä täydentäviä sopimuksia, EU:n varsinaisia säädöksiä, neuvoston antamia asetuksia, direktiivejä ja päätöksiä ja Luxembourgin Euroopan yhteisön tuomioistuinten ennakkoratkaisuja. *Joutsamo*, s. 55, 56, 106–108.

¹⁸⁷ Eurooppaoikeuden hierarkisesti ylempi asema suhteessa kansalliseen oikeuteen perustuu vahvasti yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisuihin *Costa v. Enel* 6/64, ECR 1964, 593 ja *Van Gend and Loos* 26/62, ECR 1963. Euroopan tuomioistuin on omaksunut ylimmän aseman, kansallisista oikeusjärjestyksistä riippumatta, eurooppaoikeuden tulkitsijana. *Ojanen*, s. 61, 84–86, 132, 137, 138 ja 202 ja *Suviranta*, s. 13, 18, 77–79 ja 98. Ks. *Klami*, *Supremacy and Subsidiarity*, s. 291.

Laajaa kannatusta on saanut myös tulkinta, jonka mukaan sovellutusalallaan eurooppaoikeudella on ensisijainen asema myös suhteessa myöhempiin kansallisiin lakeihin (*lex posterior* -säännön sivuuttaminen). *Ojanen*, s. 194–195

Eurooppaoikeuden ensisijaisuutta voi kuitenkin suhteellistaa ja eurooppaoikeuden alaa rajoittaa *Maastrichtin sopimuksessa* omaksuttu ns. *subsidiariteettiperiaate*. *Klami*, *Supremacy and Subsidiarity*, s. 294–296 ja 298.

¹⁸⁸ Tämä periaate tuotiin puolestaan selkeästi esiin Euroopan tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *Marleasing* C-106/89, ECR 1990, I: 4135. *Ojanen*, s. 128 ja 198.

Suviranta katsoo, että jos kansallisen säädöksen funktio on yhteisön oikeuden (eurooppaoikeuden) toteuttaminen tai se on otettu huomioon, kansallinen hallintoviranomainen on sidottu tähän kansallisen lainsäätäjän »tulkintaan». *Suviranta*, s. 87. Jos yhteisön oikeuden normi on tulkinnanvarainen eikä täsmentävää yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisua ole, voidaan eri jäsenmaissa päätyä erilaisiin säädöksiin myös eurooppaoikeuden alaan kuuluvissa kysymyksissä.

¹⁸⁹ Euroopan yhteisön perustamissopimus (Rooman sopimus) 177. art. Siirtämisvelvollisuudesta ks. *Sundström*, s. 776 ja alk. s. 780. On huomattava erottelu yhteisöjen tuomioistuimeen (*Court of Justice*) ja sen yhteydessä toimivaan yhteisöjen ensimmäisen asteen tuomioistuimeen (*Court of First Instance*). *Rajala*, s. 650 ja 658 ja *Paukku*, s. 1033.

Rooman sopimuksen 189 artiklan mukaan euroopan unionin *asetukset* ovat jäsenmaissa suoraan sovellettavia säädöksiä (ns. välitön sovellettavuus), ja ne sisältävät eräiden asiakokonaisuuksien, esim. tullin ja tullimenettelyn osalta kattavan sääntösystemin. Tiedollisesti lähtökohtana on tällöin poikkeuksellisesti suoraan *asetuksiin perustuva systeemi*, siis yhteisöjen oikeus. Ne myös syrjäyttävät samoja asioita sääntelevät kansalliset säädökset. Yhtenäisen sääntelyn ja tulkinnan varmistamiseksi tämän on katsottu merkitsevän myös kieltoa täydentää sääntelyä aineellisilla kansallisilla säädöksillä. Tulkintalinjausten antaminen on varattu yhteisöjen tuomioistuimelle, jonka ratkaisut täydentävät asetuksia.¹⁹⁰

Jäsenyys EU:ssa velvoittaa myös panemaan täytäntöön (*implementoimaan*) maansisäisesti ja yleensä säädösten muodossa *direktiivit*. Tietoteoreettisesti lähtökohtana ovat tällöin tavalliset lait, jotka sisältävät myös täytäntöönpannut direktiivit.¹⁹¹ Eräiltä osin direktiivit voivat kuitenkin olla suoraan sovellettavia säädöksiä (ns. välitön vaikutus). Suoraan sovellettavien direktiivien säännökset voivat olla tulkinnassa ja päätöksenteossa *väliintulevan tekijän* asemassa. Ristiriita suoraan sovellettavan direktiivin kanssa voi johtaa myös säännöksen syrjäytymiseen kokonaan. Eurooppaoikeuden yksi keskeisiä funktioita onkin vaikuttaminen jäsenmaiden lainkäyttöön joko säädösten kautta tai vaikuttamalla niiden *tulkintaan*. Eurooppaoikeuden alaan kuuluvissa kysymyksissä selkeänä tavoitteena on yhtenäinen tulkinta eri jäsenmaissa.¹⁹²

Euroopan ihmisoikeussopimus on tullut sopimukseen liittymisen ja erillisen voimaansaattamislain kautta osaksi Suomen oikeutta. Sopimusten ehtojen katsotaan syrjäyttävän sen kanssa ristiriidassa olevan suomalaisen lainsäädännön, *lex posterior derogat legi priori* -tulkintasäännön mukaisesti ainakin ennen voimaansaattamista annetut lait.¹⁹³ Selvää kuitenkin on, että sopimus otetaan huo-

¹⁹⁰ Asetusten välitön sovellettavuus on lausuttu nimenomaisesti *Rooman sopimuksen* 189. artiklassa. Implementointia ei tapahdu. Suomen tullilaki ei varsinaisesti voi täydentää Euroopan yhteisöjen välittömästi sovellettavaa tullilainsäädäntöä. Tullilaki sääntelee vain tuontia ja vientiä suhteessa ns. kolmansiin maihin ja tältäkin osin sääntely on asetuksia täydentävää. Tullilaki 1 § ja *HE 1994:257*, s. 1–4. Tullaus onkin säännelty miltei tyhjentävästi neuvoston asetuksilla (ETY) n:o 291/92 ja (ETY) n:o 918/83 ja komission soveltamisasetuksella (ETY) n:o 2454/93.

Jäsenmaat sääntelevät kuitenkin itse esim. hallinto-organisaationsa ja sen sisäiset järjestelyt ja lähtökohtaisesti myös hallintomenettelystä. Yhteisöjen oikeuden normit kuitenkin täydentävät kansallisia menettelysäännöksiä ja voivat väliintulevana tekijänä aiheuttaa niihin poikkeuksia. Ks. *Suviranta*, s. 128–131, 164 ja 165.

¹⁹¹ Direktiivien täytäntöönpanoon voidaan myöntää poikkeuksia.

¹⁹² *Rosas*, s. 36, *Scheinin*, s. 52, *Maunu*, alk. s. 156, *Ojanen*, s. 66 ja alk. s. 91, *Virkkunen*, s. 28 ja *Suviranta*, s. 87–96 ja 177.

¹⁹³ *Scheinin*, s. 53 ja 54 ja *Aarnio*, Kansainvälinen yhdentyminen ja oikeuslähdeoppi, s. 78 ja 79.

mioon myöhemmin annettavissa laeissa ja että sopimus vaikuttaa niiden tulkintaan. Sopimuksessa on sitouduttu myös *Strasbourg*in tuomioistuimen päätösvaltaan ja ihmisoikeustoimikunnan kannanottoihin, joten myös niiden ratkaisut on otettava huomioon laintulkinnassa ja ratkaisutoiminnassa. Myös ihmisoikeussopimuksen asemaa voidaan parhaiten kuvata asettamalla ne *väliintulevien tekijöiden* asemaan. Lähtökohtana on tällöin Suomen tavalliset lait ja niiden mukaiset menettelytavat, mutta sopimuksen säännös voi ohjata lakien tulkintaa estämällä sen kanssa ristiriidassa olevat tulkinnat, osoittamalla tiettyjä tulkintavaihtoehtoja, joihin tavanomainen tulkinta ei johtaisi, tai jopa syrjäyttämällä sen kanssa ristiriidassa olevan lain säännöksen.¹⁹⁴

7. *Muut oikeuslähteet.* Tavallisia lakeja hierarkkisesti alemmanasteiset säädökset, käytännössä lähinnä asetukset jäävät myös tietoteoreettisesti toissijaiseen asemaan. Asetukset eivät yleensä sääntelee suoraan oikeusalamaisien oikeuksia ja velvollisuuksia, ja useimmiten ne ovat tavallisten lakien säännöksiin perustuvia täsmennyksiä ja täydennyksiä.

Muut tavalliseen lakiin nähden oikeuslähdeopissa alemmantasoiset oikeuslähteet ovat tiedollisesti kauempana etuoikeutetuista säädöstekstien lauseista ja niistä tulkinnan kautta johdetuista lauseista. Myös niiden osana on säädösten täydentäjän rooli. Tämä on yleensä myös korkeimman oikeuden ennakkopäätösten funktio. Jos ilmenee ristiriita soveltuvan säännöksen ja alemmanasteiseksi määritellyn lähteen tekstin välillä, ratkaisu tapahtuu lähtökohtaisesti oikeuslähdeopin mukaisesti ylemmän hyväksi (*lex superior derogat legi inferiori*). Myös alemmanasteisten tekstien perusteella voidaan tehdä sisäisiä ja ulkoisia tulkintoja joko tietyn lähteen puitteissa, käyttäen useampia lähteitä tai yhdessä lakitekstin kanssa. Lainvalmisteluaineisto voi saada myös vahvan aseman, kun sinänsä säännellessä asiassa ei yksittäiseen kysymykseen saada vastausta lakitekstin perusteella.

Siviilioikeudessa on alueita, joita ei ole säännelty säädöksillä. Vastaava tilanne on luonnollisesti jokaisen yksittäisen kysymyksen osalta, johon säädökset tai niiden esityöt eivät anna vastausta. Tällöin korkeimman oikeuden soveltuvilla *ennakkopäätöksillä* on yleensä keskeinen asema, ja päätösten lausumilla, ensi sijassa ns. rubriikkiteksteillä on etuoikeutettujen lauseiden asema. Tämä merkitsee, että lähtökohtaisesti ao. lainopillisessa tekstissä muiden tätä samaa kysymystä koskevien lauseiden tulee olla ristiriidattomia suhteessa näihin lauseisiin.

¹⁹⁴ *Scheinin*, s. 55. Kansainvälisten sopimusten vaikutus laintulkinnan muuttumisena tai kehittymisenä voidaan osoittaa esim. korkeimman oikeuden ennakkopäätöksissä KKO 1991:84, 1993:19, 1995:5 ja 1995:44.

Edellä lausutulla on pyritty esittämään prosessia, jossa hyvin pitkälti etukäteen sidotulla tavalla lainopissa muodostetaan normilauseita. Luonnollisesti myös *systematisointi* on sidoksissa oikeuslähteiden muodostamaan systeemiin. Toisaalta systematisoinnissa lainopin harjoittaja on eräässä mielessä vapaampi kuin normilauseita ahtaassa merkityksessä esittäessään. Systematisoinnissa hyvin pitkälle pyritään järjestämään olemassaolevia säädöslauseita ja muita lähteitä tavalla, joka parhaiten reflektoi instituutioita, joiden alaisista normeista on kysymys. Siksi systematisointiin liittyy selkeämin luova elementti. Niin kuin aiemmin on todettu myös systematisointi on kuitenkin sidottua ja sen adekvaattisuus riippuu siitä, miten hyvin se vastaa yhteisön muuttuvaa oikeudellista traditiota.

Oikeuslähteopin mukainen argumenttien hierarkia ja siihen perustuva tiedollinen oikeusnormilauseiden systeemi ei ole mikään ehdoton tai tyhjentävä asia. Oikeuslähteoppia ei voi omaksua kovin vahvassa merkityksessä. Sen sijaan sen mukaista tulkintaa voidaan pitää varsin vahvana pääsääntönä ja joka tapauksessa *ehdottomana lähtökohtana*. Oikeusnormien voimassaolo ei ole pelkästään systemaattista eli muodollista voimassaoloa niin kuin edellä jo todettiin. Myös *hyväksyttävyyys* on keskeisessä asemassa. Hyväksyttävyyksysymys muodostaakin keskeisen osan seuraavien kappaleiden sisällöstä.

5.6 Säännöt ja harkinta

5.6.1 Sääntöjen kaavamaisuus (Schauerin analyysi)

Otan lähtökohdaksi tavan, jolla *Schauer* hahmottaa harkintatilanteen oikeudellisissa päätöksenteossa teoksessaan *Playing by the Rules*.¹⁹⁵ Näkökulma on korostetusti päätöksenteon näkökulma, mutta esiin tuoduilla kysymyksillä on olennaista merkitystä myös lainopin ja normitiedon näkökulmien kannalta. Kysymys on myös tavasta tulkita lakia.

Lähtökohtana voidaan pitää *Wittgensteinin* syvällistä huomautusta sääntömuotoisen etukäteisohjauksen rajallisuudesta, joka on myös *Hartin* keskeisiä lähtökohtia (kielen avoimuus).¹⁹⁶ Wittgenstein antaa esimerkin, jossa häntä käsketään näyttämään lapsille jokin peli. Hän opettaa lapsille lantinheiton, jolloin käs-

¹⁹⁵ Kattavan analyysin Schauerin teoksesta on esittänyt *Shiner*, jonka artikkeliin voidaan viitata kokonaisuudessaan. Keskeiset linjaukset Schauerin ajattelulle on esitetty myös hänen aiemmassa artikkelissaan *Formalism*.

¹⁹⁶ *Wittgenstein*, *Untersuchungen*, I 70, alaviite. Ks. *Hart*, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, s. 85 ja Schauer, s. 40.

kijä sanoo: »En tarkoittanut tuollaista peliä». Onko lantinheiton poissuljenta ollut käskijän mielessä, kun hän esitti käskynsä? Ilmeisestikään poissuljenta ei voi päätellä suoraan käskyn sanamuodosta. Voidaan olettaa, että poissuljenta tapahtui vasta myöhemmässä vaiheessa, mutta kuitenkin alkuperäisen käskyn puitteissa, ja poissuljenta voidaan myös objektiivisesti oikeuttaa vetoamalla käskyn tarkoitukseen, joka voidaan osoittaa sekä käskyn antamis- että sovellutusolosuhteilla.

Tältä pohjalta Schauer esittää problematisoivan, eräässä mielessä paradoksaalisenkin näkökulman, joten voidaan puhua *Schauerin tai säännön soveltamisen ongelmasta*. Sääntöinä voidaan pitää silmällä kaikkia virallislähteiden, erityisesti lakitekstin perusteella johdettuja eli muodollisesti oikeutettuja eksakteja sääntölausia.¹⁹⁷ Schauerin sanoma on karkeasti yksinkertaistettuna seuraava:

Keskeinen käsite hänellä on *entrenchment*.¹⁹⁸ Termi ei ole yksiselitteisesti käännettävissä, mutta tässä käytetään termiä *kaavamaisuus*, joka mielestäni hyvin kuvaa ideaa, jota käsitteellä tässä pyritään kuvaamaan.¹⁹⁹ Schauerin keskeiset käsitteelliset puitteet ovat *kaksi päätöksentekomallia, sääntöpohjainen (rule-based) malli ja partikularistinen* tai kaikki seikat huomioon ottava (*all things considered*) malli.²⁰⁰

Keskeissä asemassa on myös *säännön oikeutus* (aineellinen oikeutus), jonka hän selkeästi erottaa *säännön sanamuodosta*.²⁰¹ Säännön merkityssisältö ei näin ollen ole sama asia kuin sen oikeutus eli asialliset perustelut, joita harkinnassa on käytetty, kun esim. säädös on annettu tai jotka voidaan jälkeenpäin konstruoida säännön perusteluiksi. Säännön merkityssisältö (suppeassa merkityksessä) samais-

¹⁹⁷ Taustana on selkeästi perinteisesti tunnettu ongelma tiukasti sääntöjen sanamuodon mukaisista ratkaisuista, jotka johtavat absurdeihin lopputuloksiin. Perimmältään kysymys on siis siitä, seurataanko sääntötekstejä sokeasti.

¹⁹⁸ Schauer, s. 72.

¹⁹⁹ Merkitys *vakiintunut* ei ole tässä yhteydessä adekvaatti.

²⁰⁰ Schauer, s. 51. Partikularistista mallia Schauer kutsuu myös *keskustelumalliksi*, koska siinä aihetta korjataan ja täsmennetään jatkuvasti ja joustavasti keskustelun edetessä ja pyritään näin ollen optimaaliseen tulokseen keskustelun kohteen monivaiheisen rajaamisen avulla.

Vrt. Dworkin, joka analogisesti puhuu tasapainosta *ennustettavuuden ja joustavuuden* välillä. Hän osoittaa kolme eri tapaa ratkaista tämä tasapainottaminen, *konventionalistinen* (positivistinen), *pragmaattinen* ja Dworkinin oma *integriteettimalli*, joka on sekä koherentti että uskollinen aineellisille periaatteille (*law as integrity*). Dworkinin esityksessä konventionalismin mukainen ratkaisu muistuttaa Schauerin sääntöpohjaista mallia ja pragmaattinen ja useissa suhteissa myös Dworkinin oma malli partikularistista mallia. Dworkinin fiktiivisistä tuomarihahmoista *Herbert* ja *Hermes* käyttävät konventionalistista tai positivistista laintulkintamenetelmää, kun taas supertuomari *Hercules* luonnollisesti Dworkinin omaa integriteettimallia. Dworkin, *Law's Empire*, s. 94, 95, 147–150, alk. s. 176, s. 316 ja 317.

²⁰¹ Schauer, s. 61 ja 64.

tuu sen sijaan sen sanamuotoon. Tämä edellyttää, että sääntöilmaus sellaisenaan voidaan ymmärtää (kielenkäytön sääntöjen perusteella) tuntematta sen oikeutuksia. Tämä perustuu suoraan kielen suhteelliseen semanttiseen itsenäisyyteen. Eri asia on säännön tulkinta ja käyttö. Sääntö on Schauerille kylläkin oikeutuksen yleistetty ja kaavamainen manifestaatio tai ilmentymä (*instantiation*), mutta kuitenkin siitä käsitteellisesti ja asiallisesti eroava. Kaavamainen sanamuoto on näin ollen johdettu oikeutuksesta aineellisesti.

Malleissa keskeisen eron muodostavat tavat, joilla päätös perustellaan. Yksinkertaistaen: Jos päätös tehdään säännöksen sanamuodon mukaisesti, niin kysymyksessä on sääntöpohjainen päätöksentekomalli. Jos päätös pyritään tekemään säännön takana olevan aineellisen oikeutuksen perusteella, kysymyksessä on partikularistinen malli. Molempiin päätöksentekotapoihin sisältyy Schauerin mukaan ilmeisiä ongelmia.

1. *Sääntöpohjainen malli.* Sääntöpohjainen päätöksenteko koskee pakottavia (*mandatory*) oikeuden sääntöjä. Muutoinkin Schauer pitää silmällä vain perinteisiä rikos- ja siviilioikeuden säännöksiä, jotka sääntelevät oikeusalamaisten oikeuksia ja velvollisuuksia. Sääntöpohjainen malli johtaa väistämättä kahdenlaisiin »vääriin» ratkaisuihin. Ratkaisun virheellisyydellä Schauer tarkoittaa epäjohdonmukaisuutta suhteessa säännön oikeutukseen. Tämä johtuu puolestaan siitä, että säännöt ovat kaavamaisuutensa vuoksi välttämättä *yli- ja alisäänteleviä* (*under- and over-inclusive*).

Yksinkertaistettuna esimerkkinä Schauer käyttää ajoneuvon kuljettajan nopeusrajoitusta.²⁰² Jos maantiellä on nopeusrajoitus 80 km/t. Se on määrätty liikenneturvallisuuden takia. Sääntö on samalla kaavamaisesti, kun se on asetettu. Tämä ilmenee juuri tavassa, jolla sääntö johtaa sen takana olevan oikeutuksen suhteen »vääriin» ratkaisuihin. Useimmissa tapauksissa kuljettajan rankaiseminen, kun hän ajaa yli 80 km/t ja rankaisematta jättäminen, kun hän ajaa alle 80 km/t on oikeutettua ja siis säännön oikeutuksen mukaista, koska edellisessä tapauksessa liikenneturvallisuuden voidaan katsoa vaarantuneen ja koska jälkimmäisessä tapauksessa turvallisuutta ei ole vaarannettu. Toisaalta, tehdään myös ratkaisuja, joissa kuljettajaa rangaistaan, kun hän on ajanut yli 80 km/t nopeutta, vaikka olosuhteet ovat olleet sellaiset, että liikenneturvallisuus ei ole vaarantunut (*ylisääntely*). Vastaavasti tehdään myös ratkaisuja, joissa kuljettajaa ei rangaista, kun hän on ajanut alle 80 km/t, vaikka olosuhteet ovat olleet sellaiset, että ajonopeuden takia liikenneturvallisuus on vaarantunut (*alisääntely*). Sään-

²⁰² Schauer, s. xv ja xvi, 31, 32 ja 39. Esimerkin sanamuotoa ei tässä ole seurattu kaavamaisesti. Samaan tapaan *Atiyah–Summers*, jotka lisäksi erottelevat useita erilaisia kaavamaisuuden (muodollisuuden) ilmenemismuotoja ja erilaisia asteita. *Atiyah–Summers*, alk. s. 11.

töperustaisen päätöksentekomallin olennainen ominaisuus on näin ollen *joustamattomuus*, ja että *vain tiettyjä, etukäteen määriteltäviä tosiseikkoja pidetään relevantteina*. Muut seikat suljetaan pois asiaan vaikuttamattomina, vaikka niillä olisi merkitystä säännön oikeuttamisen kannalta.²⁰³

Vastaavasti, jos on annettu kielto viedä ravintolaan koiria, niin se koskee sanamuodon mukaisesti myös poliisin huumekoiraa ja sokean opaskoiraa.²⁰⁴ Toisaalta sanamuoto ei estä viemästä ravintolaan vuohta. Ongelmaa ei ratkaise, että säännön yhteyteen liitetään poikkeusten tai laajennusten luettelo, koska luettelo ei koskaan voi olla tyhjentävä.²⁰⁵ Tällaiset luettelot ovat epäkäytännöllisiä, ja poikkeukset ovat myös yhtä lailla kaavamaisia sovellutusaloillaan kuin pääsääntökin. Kielen avoimuudesta ja positiivisen sääntelyn riittämättömyydestä johtuen eteen tulee aina tapauksia, joissa oikeutuksen ja säännön sanamuodon mukainen ratkaisu poikkeavat toisistaan eikä tapausta ole otettu huomioon poikkeusluettelossa. Pelkällä sanamuodolla ei tulla toimeen, vaan tulkinta on välttämätöntä.

Tämän mallin suhteen eräät *Razin* keskeiset käsitteet ovat ilmeisen adekvaatteja seuraavan tulkinnan mukaisesti. Muodollisesti pätevä *sääntö* itsessään on *tekojen ja ratkaisujen syy*, ja se on myös *poissulkeva peruste* tai *syy (exclusive reason)*, niin että yli- ja alisääntelyä ei eliminoida. Poissuljenta kohdistuu vaihtoehtoihin sekä muodollisiin että aineellisiin syihin. Päätöksen syy on näin ollen sääntölauseen olemassaolo sellaisenaan ja annetun sisältöisenä, eikä päätöksessä pyritä ratkaisijankaan käsityksen mukaiseen aineellisesti parhaaseen mahdolliseen tulokseen vaan muodollisesti optimaaliseen tulokseen ja jo ennalta määrättyyn aineelliseen tulokseen. Jyrkästi omaksuttuna lainsäätäjän päätös muodollisena syynä sulkee pois aineelliset syyt, myös ne aineelliset syyt, jotka ovat päätöksen aineellisina perusteluina. Viimeksi mainittu viittaa myös lain asemaan nou-

²⁰³ Schauer, s. 84 ja 87. Sääntö sulkee pois oikeutuksen kannalta relevantteja faktoja ja tekee relevanteiksi faktoja, jotka eivät oikeutuksen kannalta ole relevantteja.

Ks. vastaava *Razin* esittämä esimerkki punaisesta liikennevalosta tilanteessa, jossa muuta liikennettä ei ole lainkaan. Raz, *The Authority of Law*, s. 16.

Kuvatut »väärät» ratkaisut näyttävät olevan myös *Ekelöfin* keskeinen ongelma, jota ratkaisemaan hän käyttää kehittämänsä *teleologista tulkintametodia*. Ekelöf *Rättegång* I, alk. s. 58.

²⁰⁴ Schauer, s. 47 ja 50.

Poliisikoiraesimerkin voi kuitenkin torjua toteamalla, että esitutkinta- ja poliisilainsäädäntö oikeuttaa sivuuttamaan mainitun kiellon. On huomattava, että tällöin on kysymyksessä kahden erilaisen painoarvon omaavan säännön kollisio, joiden yhteisellä sovellutusalueella toinen syrjäyttää toisen (tulkintaperiaatteiden mukaisesti) kummankaan sinänsä kumoutumatta muilta osin. Säännöt käyttäytyvät useissa suhteissa samoin kuin periaatteet.

²⁰⁵ McCormick, s. 70.

dattamisen/soveltamisen välittömänä ja sen aineelliseen oikeuttamiseen välillisenä syynä.²⁰⁶ Tällöin olettamuksena on, että tulkinnassa ja ratkaisutoiminnassa tullaan toimeen pelkästään sääntöjen sanamuodoilla, ilman niiden aineellisia oikeutuksia. Sääntöjen oletetaan olevan todella muodollisia »formuloita» ja tässä mielessä aineellisesti »tyhjiä». On helppo havaita, että perinteinen *lakipositivis-tinen* näkemys oikeudesta perustuu sääntöpohjaiseen malliin.

Ongelma, joka ilmenee kuvattuina »väärinä» ratkaisuina on sama, jota jo *Aristoteles* tarkasteli *epieikeian* käsitteen avulla.²⁰⁷ Kysymys on lähtökohtaisesti kohtuudesta (kohtuunmukaisuudesta). Käsitettä voidaan käyttää kuitenkin laajemmin, ja tässä sitä itse asiassa käytetään toisessa merkityksessä kuin esim. vain sovittelun lähtökohtana. Kysymys on siitä, että yleinen ja kaavamainen laki, vaikka se olisi sinänsä hyvä ja oikeudenmukainen, käyttää yleisiä, universaaleja käsitteitä, jolloin päättely ei aina yksittäistapauksessa johda oikeaan lopputulokseen. Olosuhteet, jotka nämä »virheet» aiheuttavat, ovat ilmeisiä *väliintulevia tekijöitä*. »Vääriä» johtopäätöksiä myös tulee välttämättä, koska lait ovat yleisiä (kategorisia), eikä niihin voida etukäteen täydellisesti varautua. Jos oikeudenmukaisuus hahmotetaan oikeutuksiksi, joita kaavamaisella lailla pyritään toteuttamaan, niin kaavamaisuuden virheelliset seuraamukset voidaan oikaista »korjaamalla lakia», eli poikkeamalla siitä. *Aristoteles* neuvoo myös tulkitsemaan lakia oikeutusten eli lain tarkoituksen (*ratio legis*) mukaisesti. Suppeamman ja muodollisen rationaalisuuden mukaisesti kysymys on poikkeamisesta, mutta laajemman ja aineellisen rationaalisuuden mukaisesti, johdonmukaisuuteena lain lähtökohtina oleviin oikeutuksiin, kysymys ei ole poikkeamisesta vaan johdonmukaisista johtopäätöksistä. *Epieikeia* voidaan tulkita muodollisten johtopäätösten korjaamisena, kun perusteena käytetään lakien lähtökohtana olevia varsinaisia oikeudenmukaisuuden periaatteita.

Epieikeia-näkökulma ei sovi kovin hyvin yhteen manner-Euroopassa hallitsevassa asemassa olevan, varsin pitkälti lakipositivistisen laintulkintaperinteen

²⁰⁶ *Raz*, *The Authority of Law*, s. 12, 17, 22 ja 113 ja *Ethics in the Public Domain*, s. 197 ja 198. Ks. myös *Lagerspetz*, *The Opposite Mirrors*, s. 90. Samansuuntaisesti *Atiyah–Summers*, s. 23. *Schauer*, s. 6, 89 ja 93. Poissulkeminen viittaa yksinkertaisesti siihen, että säädöstä annettaessa on suoritettu harkinta eli *valinta* sen suhteen mitä ja millä perusteilla pidetään oikeana. Poissulkeva syy ei ole sama kuin absoluuttinen syy. *Raz* ei itsekään pidä poissuljentaa ehdottomana asiana ja tekee lukuisia varauksia ja modifikaatioita mallista, jotka toisaalta myös hämärtävät käsitettä. Tässä pyritään analysoimaan poissuljentamallin *käsitteellistä käyttökel-poisuutta*, joten sitä on tulkittava ja se voidaan yksinkertaistaa. *Michael Moore*, s. 839, 852, 853 ja 864.

²⁰⁷ *Aristoteles*, *Nikomakhoksen etiikka*, V, 10. *Aristoteles* saa käsitteen sofist *Gorgiaalta* ja *Platonilta*. Kohtuus tässä merkityksessä on perustana roomalaiselle *aequitas*-instituutiolle ja anglosaksiselle *equity*-menettelylle. *Jørgensen*, *Values in Law*, s. 39, 60 ja 71.

kanssa. Tämän takia kysymys onkin korostetusti ongelmasta juuri tämän perinteen puitteissa. Sitä voidaan kutsua myös *epieikeia-ongelmaksi*. Ongelman tunnustaminen on jo merkittävää, koska se pakottaa suhteellistamaan ainakin jossain määrin hallitsevaa sääntöpohjaista mallia.

2. *Partikularistinen malli*. Partikularistinen eli kaikki seikat huomioon ottava päätöksentekomalli johtaa myös ilmeisiin ongelmiin. Tässä päätöksentekomallissa ratkaisu pyritään tekemään niin, että *ratkaisu on mahdollisimman yhdenmukainen säännön takana olevan oikeutuksen kanssa*. Asiallisesti tämä merkitsee, että päätöksessä ei sovelletakaan sääntöä vaan säännön takana olevia oikeutuksia. Tällöin soveltuva sääntö oletetaan niin joustavaksi, että se voidaan aina tulkita täysin ekvivalentiksi sen oikeutuksen kanssa.²⁰⁸ Malliin voidaan päätyä myös siten, että kiistetään mahdollisuus ymmärtää sääntöä muutoin kuin sen aineellisten oikeutusten avulla. Tällöin säännön soveltaminen on sama asia kuin sen oikeutusten soveltaminen. Tässä muodossa partikularistinen malli on luontevo *luonnonoikeudelliselle* lähestymistavalle, mutta siihen voidaan päätyä toisaalta myös pragmaattisen (instrumentalistisen) *oikeusrealismin* perusteella.

Suomessa tämäntyyppistä tulkintamallia on esittänyt oikeustointen *muotosäännösten* osalta *Lahtinen*. Hän kutsuu mallia *muoto/funktio-konstruktiksi*. Kaavamainen näkemys oikeudesta kärjistyy juuri varsinaisten muotosäännösten kohdalla, koska periaatteena on, että muotopuutteen takia oikeustoimi voidaan julistaa pätemättömäksi, vaikka se olisi aineellisesti pätevä. Mallin mukaan oikeusseuraamuksia ei kytketä itse muotovaatimusten täyttymiseen, vaan niiden aineellisten seikkojen, funktioiden tai oikeutusten toteutumiseen, joihin muotosäännökset asiallisesti tähtäävät. Näkemys muotosäännöksistä on selkeän instrumentalistinen. Malli mahdollistaa oikeustoimen pitämisen pätevänä, vaikka muotosäännöstä olisi rikottu, jos mainitut aineelliset seikat ovat toteutuneet.²⁰⁹

Oikean aineellisen oikeutuksen määrittäminen ja selvittäminen ei ole ongelmantonta. Säädöksen ilmaisevan säännön sisältö on siinä mielessä yksiselitteinen, että sen tarkka sanamuoto on erikseen vahvistettu. Oikeutus joudutaan rekonstruoimaan, ellei sitä voida osoittaa suoraan esim. lainvalmisteluasiakirjoista. Tulokinnassa tuttu tilanne on lisäksi, että vanhempien säädösten kohdalla säännös on menettänyt yhteytensä alkuperäiseen oikeutukseen (*cessante ratione non cessat lex ipsa*).

Sääntöä oikeuttavat perustelut jakautuvat Schauerin mukaan lisäksi *useam-
pitaisoisiksi oikeutuksiksi*. Jälleen yksinkertaistettuna, alunperin *Hartin* antama-

²⁰⁸ Schauer, s. 76.

²⁰⁹ Lahtinen, Oikeustoimen muoto-ongelmasta, s. 137–139 ja 143. Ks. myös Aarnio, Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä, s. 201–205.

na esimerkkinä.²¹⁰ Jos puistossa on kielletty käyttämästä moottoriajoneuvoja, niin se kieltää myös toisen maailmansodan muistotilaisuuden (tai paraatin) järjestämisen puistossa, kun tarkoituksena on, että tilaisuudessa ajetaan mm. sodassa käytetyllä kuorma-autolla. Jos oikeutuksena lausutaan, että kierto on annettu, jotta rauha ja hiljaisuus säilyvät puistossa, niin paraatin kierto on oikeutettu. Toisen eli syvemmän tason oikeutuksen mukaan puisto on perustettu kaikkien kaupunkilaisten virkistystä ja ajanviettoa varten. Tällä perusteella kierto ei estäisi tilaisuuden järjestämistä. Säännön oikeutus ei näin ollen anna selkeää vastausta. Tärkeää on havaita, että jos tässä päätöksentekomallissa pitäydytään vain ensimmäisen tason oikeutuksen käyttämiseen niin, että suljetaan pois mainittu toinen, syvemmän tason oikeutus, niin asiallisesti ottaen on jälleen kaavamaisesti sääntö (= ensimmäisen tason oikeutus), joka johtaa »väärin» ratkaisuihin suhteessa sen takana olevan toisen tason oikeutuksen kanssa.²¹¹

Kaikki seikat huomioon ottavaa mallia vastaan puhuva toinen argumentti, jolle Schauer antaa paljon painoa, on seuraava: Tällaisessa päätöksentekomallissa asiallisesti ottaen ei käytetä sääntöjä lainkaan ja se on vastoin tuomioistuimille osoitettua osaa lainsäätäjän ja lainkäyttäjän välisessä valtiollisen vallan jakautumisessa (*allocation of power*), joka on keskeinen lähtökohta säädännäisen oikeuden maiden järjestelmissä.²¹² Lainsäätäjän sääntöjen kaavamaisuuteen perustuva ohjaus ei toteudu. Tulkinta tai soveltaminen suoraan aineellisten oikeutusten perusteella merkitsee nimittäin asiallisesti muodollisen oikeuttamisen sivuuttamista. Johtopäätös on muodollisen oikeuttamisen mukainen vain, jos se on myös aineellisen oikeutuksen mukainen. Kaikki seikat huomioon ottava päätöksentekomalli on näin ollen ristiriidassa näkemyksen kanssa, joka korostaa lainsäätäjän harkintaa ja sen ohjauksen merkitystä ja asioiden järjestämistä säädösten avulla ja joka ei halua jättää itsenäistä harkintavaltaa tuomioistuimille.²¹³ Säännöille onkin ominaista menneisyydestä tulevaisuuteen tapahtuva kontrolli ja ohjaus.²¹⁴

²¹⁰ Esimerkki on keskeisessä asemassa *Hartin* ja *Fullerin* välillä käydyssä klassisessa keskustelussa sääntöjen yksiselitteisestä merkityssisällöstä ja kaavamaisuudesta, joka on tärkeä lähtökohta Schauerilla. Schauer, *Formalism*, alk. s. 524. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, s. 63 ja Fuller, *Positivism and Fidelity to Law*, s. 662 ja 663. Havainnollisen analyysin tästä keskustelusta tarjoaa myös *Marmor*, alk. s. 129.

²¹¹ Schauer, s. 73.

²¹² Schauer, alk. s. 158. Ks. *Taxell*, Rätt och demokrati, s. 136.

Taustalla on valistuksen keskeisiin teeseihin kuuluva *Montesquieun* oppi vallan kolmijako-opista. Montesquieu, book 2 ja 3.

²¹³ Ks. *Shiner*, s. 284.

²¹⁴ Tästä aiheutuvasta lainopin tietoteoreettisesta konservatiivisuudesta ks. *Aarnio*, *On Legal Reasoning*, s. 316. Normaali lakipositivistisesti asennoitunut ja sääntöjä lukeva lainoppi katsoo menneisyydessä asetettuihin sääntöihin.

Razin näkökulmasta partikularistinen malli merkitsee *sääntöjen purkamista* ja *lain auktoriteetista luopumista*. Säännöt sivuutetaan, koska tulkinnan tai ratkaisun tekijä sivuuttaa asetetun kaavan eikä sovelta sitä sellaisenaan välittömänä syynä. Säännön asema välittävänä tekijänä suhteessa sen takana oleviin aineellisiin syihin ei toteudu, koska ratkaisija perustelee ratkaisunsa suoraan näillä taustalla olevilla aineellisilla syillä. Tämän mukaisesti ratkaisija ei noudata lainsäätäjän (tai muun säännön antajan) ja ratkaisijan *työnjakoa*, koska ratkaisija ottaa uudelleen esille ja harkittavaksi asiat, jotka säännön antajan piti jo ratkaista.²¹⁵

Puhdas partikularistinen malli, jos se yhdistetään tavoiterationalismiin ja utilitarististen argumenttien käyttämiseen on myös ristiriidassa yksilöiden oikeuksiin perustuvan oikeudellisen ajattelun kanssa. Oikeudet perustuvat olennaisesti odotuksiin ja luottamukseen, jotka kohdistuvat kaavamaisiin sääntöihin.²¹⁶ On huomattava, että tämä ei aiheuta ristiriitaa *Dworkinin* ajatteluun, joka usein näyttää suosivan kaikki seikat huomioon ottavaa päätösmallia. *Dworkin* torjuu selkeästi utilitaristiset argumentit ja pyrkii korvaamaan virallisargumenttien sitovuuden aineellisten oikeusargumenttien sitovuudella. *Dworkin* katsoo odotusten kohdistuvan periaatteisiin.

Äärimmilleen vietyinä kaikki seikat huomioon ottava päätöksentekomalli merkitsee samaa kuin koko yhteisön tradition reflektointi ja ratkaisijan mielestä parhaalta tuntuvien ratkaisujen tekeminen.²¹⁷ Täysin vapaata harkintaa voidaan kritisoida mielivallasta, ja sitä voidaan kutsua myös kontrolloimattomaksi tuomiovallan käyttämiseksi.

Summersiin viitaten eksaktille ja kaavamaiselle säännölle: »*ei moottoriajoneuvoja puistossa*» voidaan ajatella vaihtoehtona joustavaa mutta epämääräistä määräystä: »*puistonvartija saa poistaa puistosta kaiken, minkä poistamisen hän näkee tarpeelliseksi*». Myös jälkimmäisen sääntelytavan edut ja haitat on helpposti osoitettavissa. Lainsäätäjä voi käyttää erilaisia kaavamaisuuden asteita, eli hän voi käyttää liukuvaa asteikkoa suhteessa lainkäyttäjän päätöksentekomalliin.²¹⁸ Kysymyksessä on näin ollen myös yleislausekkeiden ja kasuististen säännösten välisestä erosta, joita sääntelytapoja voidaan käyttää tilanteen mukaan.

3. *Säännön käsite*. Niin kuin edellä todettiin *Schauer* katsoo, että jos tuomioistuimien tekee ratkaisun kaikki seikat huomioon ottavan mallin mukaan, niin asial-

²¹⁵ *Raz*, *Ethics in the Public Domain*, s. 203.

²¹⁶ *Letwin*, s. 60 ja 61.

²¹⁷ *Schauer*, s. 82, 98 ja 101. Ks. myös edellä, kysymys luottamuksesta tuomioistuimiin, kappale 6.2

²¹⁸ *Summers*, *The Formal Character of Law*, s. 247, 250 ja 251.

lisesti ottaen luovutaan kokonaan säännöistä.²¹⁹ Puhdas partikularistinen malli merkitsee samaa kuin tarkoituksenmukaisuusharkinta ja ilmentää *instrumentalistista*, ei auktoriteettiin tai sääntöihin perustuvaa päättelyä. Malli merkitsee myös yritystä palauttaa oikeudellinen harkinta puhtaaksi tavoiterationaalisuudeksi, eli toisin sanoen kysymyksessä on *yritys palauttaa kategoriset normit hypoteettisiin*. Yleisellä tasolla tämä on selvää, koska yhteisön säännöt perustuvat sopimukseen, ja sopimus on välttämättä kontingentti. Sopimuksen ehdot ilmenevät eksaktien sääntöjen muodossa. Tämä merkitsee, että sopimus valitsee ja *sulkee pois* mahdollisia *vaihtoehtoja*. Säännöt ja sopimus ovat näin ollen käsitteellisesti ristiriidassa kaikki seikat huomioon ottavan mallin kanssa, koska se edellyttää kaikkien mahdollisuuksien avoinna olemista.²²⁰

Partikularistisen ja sääntöpohjaisen mallien välinen ero voidaan selittää myös erilaisella sääntökäsitteellä. Atiyah ja Summers selittävät eroja yhdysvaltalaisen ja englantilaisen oikeusteorian välillä juuri erilaisella sääntökäsitteellä. Yhdysvalloissa sääntökäsite on aineellisempi ja laajempi, Englannissa se on sen sijaan, lähempänä manner-Euroopan oikeusperinnettä, muodollisempi ja suppeampi. Tämä voi selittää näkemyserot myös tunnetussa *Hart-Fuller* -keskustelussa.²²¹ Tässä pidetään silmällä eurooppalaista, muodollista sääntökäsitettä.

Sääntöön käsitteellisesti sisältyy kaavamaisuus, eli sääntöön käsitteellisesti sisältyvät myös mainitut »väärät» päätökset, yli- ja alisääntely. Säännöt johtavat toisin sanoen välttämättä jossain määrin suboptimaalisiin tuloksiin.²²² Tämän takia Schauer katsoo, että *formalismi* on ekvivalentti »sääntömaisyyden» (*»ruleness»*) kanssa.²²³ Pelkästään positiivisen kielellisen merkityksensä perusteella sääntö etukäteen sitovalla tavalla pyrkii sulkemaan pois mahdollisia vaihtoehtoja (*expressio unius est alterio exclusius*). Tämä näyttäisi olevan myös Razin omaksuman poissulkevan syyn sinänsä hyväksyttävä lähtökohta. Sääntö merkitsee jo käsitteellisesti valinnan rajoittamista. Oikeuden sääntö ei voi olla joustava niin vahvassa merkityksessä kuin partikularistinen malli edellyttää.²²⁴

Summersin mukaan sääntöjen kaavamaisuus ilmentää kaiken lakiin liittyvän kaavamaisuuden (muodollisuuden).²²⁵ Kaavamaisuus on olennainen elementti laissa ja oikeudessa. Asiallisesti ottaen kysymys onkin kieleen elimellisesti liit-

²¹⁹ Schauer, s. 116.

²²⁰ Lewis, Convention, s. 70.

²²¹ Atiyah–Summers, s. 88 ja 91.

²²² Schauer, Formalism, s. 535 ja Schauer, s. 76 ja 132. Ks. myös Summers, The Formal Character of Law, s. 246.

²²³ Schauer, Formalism, s. 537.

²²⁴ Schauer, Formalism, s. 511, 512 ja 526 ja Schauer, s. 83.

²²⁵ Summers, The Formal Character of Law, s. 249.

tyvän kategorioinnin kaavamaisuudesta ja kielen semanttisesta itsenäisyydestä. Sääntöjen implikoima *etukäteisohjaus* edellyttää sanallista ja käsitteellistä, yhteisössä yleispäteväksi ja pysyväksi oletettua *kategoriointia*, joka puolestaan perustuu sanojen tunnetuksi oletettuihin ja pysyviin, lähtökohtaisesti annettuihin sovellutusalueisiin. Nämä sovellutusalat muodostavat sääntöjen varsinaisen kaavamaisuuden perustan.²²⁶ Kysymys on näin ollen *konventionaalisen kielen kaavamaisuudesta* ja sen asteesta, mikä juuri ilmentää kielen suhteellista semanttista itsenäisyyttä ja akontekstuaalisuutta.²²⁷ Tämä havainto ei voi kuitenkaan antaa vielä lopullista ratkaisua, sillä kysymys on vasta kielen, ei oikeuden kaavamaisuudesta.

Kielen kaavamaisuudella ja kategorioiden pysyvyydellä on näin ollen se merkittävä ominaisuus, että se on samalla *lainsäädännön edellytys*. Lainsäädäntö eli sääntöihin perustuva etukäteisohjaus ja poissuljenta ei ole mahdollista ilman kaavamaista ja pysyvää kieltä. Koko säädännäisen lain idean ja kontinentaalisten oikeusjärjestelmien voidaan tällä perusteella katsoa nojautuvan kielen semanttiseen itsenäisyyteen ja akontekstuaalisuuteen. Kielen avulla voidaan ohjata tulevaisuuden päätöksentekoa. Ohjaus ei toisaalta koskaan voi olla kovin tarkkaa, koska niin kuin edellä on todettu kielen semanttinen itsenäisyys on suhteellista, ja kielen avoimuus toisaalta edellyttää aina ennakko-ohjeiden tulkintaa.²²⁸ Mekaaninen ja deduktiivinen päätöksenteko ennakko-ohjeiden mukaisten johtopäätösten toteamisena ei tämän takia ole mahdollista, vaikka ennakko-ohjeet näyttäisivätkin osoittavan vain yhden mahdollisen lopputuloksen.

*Sääntö, joka oikeuttaa tekemään kaikki seikat huomioon ottavan päätöksen, ei ole sääntö lainkaan.*²²⁹ Tällöin kysymyksessä on Schauerin mukaan ns. *peukalosääntö* (*rule of thumb*), joka ei ole sääntö varsinaisessa merkityksessä, vaan *kvasisääntö* tai *prima facie* -periaate, jolle on ominaista juuri mahdollisuus yli- ja alisääntelyn eliminointiin.²³⁰ Peukalosääntö ei ole myöskään preskriptiivinen vaan deskriptiivinen, se vain kuvaa keino-päämäärä asetelmaa eikä varsinaisesti velvoita mihinkään yli sen, mitä päämäärän tavoittelu edellyttää. Kysymyksessähän on tarkoituksenmukaisuusharkinta. Oikea preskriptiivinen sääntö ei kuvaa asiantiloja vaan merkitsee *painetta* käyttäytyä säännössä osoitetulla tavalla.

²²⁶ Hart, s. 121.

²²⁷ Schauer, Formalism, s. 514 ja 534 ja ks. Shiner, s. 282. Vrt. Dworkin, joka kritisoi ankarasti tätä »semanttista» näkemystä. Dworkin, Law's Empire, s. 108.

²²⁸ Schauer, Formalism, s. 528.

²²⁹ Schauer, s. 116.

²³⁰ Nimitys peukalosääntö on peräisin Harelta, joka myös kiistää niiden sääntöluonteen ja pitää niitä *prima facie* -periaatteina. Hare, Moral Thinking, s. 38.

Vastaavasti Schauer ei hyväksy säännöille *prima facie* -luonnetta. Schauer, s. 5.

Siksi myös ratkaisijan on tehtävä päätös säännön mukaisesti sääntöperustaisessa mallissa, vaikka hän ei edes itse pitäisi ratkaisua järkevänä. Lähimpänä vertauskohtana voidaan käyttää *Kantin* jakoa kategoriisiin ja hypoteettisiin normeihin. Tällöin kategoriset normit ovat kaavamaisia sääntöjä, ja hypoteettiset normit teknisiä normeja, joiden noudattaminen edellyttää, että lähtökohtana ollut keino johtaa haluttuun lopputulokseen. Jos keino poikkeuksellisesti ei johda lopputulokseen, niin sitä ei »sovelleta».

4. *Formalismi ja instrumentalismi.* Schauer tiivistää valinnan näiden kahden mallin välillä kysymykseksi siitä *kumpaa virhetyyppiä pidetään parempana*. Toinen on hyväksyttävä, ja pyrkimys vähentää toista virhetyyppiä lisää välttämättä toisen tyyppin virheitä. Yhtäältä sääntöpohjainen malli johtaa yli- ja ali-sääntelyvirheisiin, ja ratkaisija voi aina »piiloutua» sääntöjen sanamuodon taakse ja paeta todellista harkintaa ja lainkäyttäjän vastuuta. Sanamuodoilla voi usein perustella säännön oikeutukseen nähden yhteensopimattomia ja tässä mielessä ei-järkeviä ratkaisuja. Toisaalta partikularistinen malli ei anna mitään takeita etukäteen siitä, miten tuomioistuimet tulevat ratkaisuja tekemään. Kriteerejä kontrollille tai kritiikille ei voida osoittaa. Vapaa tarkoituksenmukaisuusharkinta voi myös johtaa mielivaltaisiin päätöksiin.²³¹ Kärjistäen voidaan sanoa, että säädännäisen lain järjestelmä valitsee mieluummin ensimmäisen virhetyypin ja liberaali common law -järjestelmä jälkimmäisen.²³²

Weinberger kuvaa osuvasti käsillä olevaa ongelmaa valinnasta *formalismin* ja *instrumentalismin* välillä reitiksi *Skyllan* ja *Kharybdiksen* välitse.²³³ Tämä merkitsee myös, että tavoitteeksi ei aseteta varsinaista valintaa vaan kompromissia tai synteisiä näiden vaihtoehtojen pohjalta. Oikeudelta odotetaan sekä kaavamaisuutta että hyväksyttävyyttä, mutta nämä odotukset voivat joutua ristiriitaan.²³⁴ Tietoteoreettisesti asetelma kuvastaa samalla *foundationalismin* ja *harkintatasa-painon* välistä jännitettä ja välttämättömyyttä sovittaa ne yhteen. Muodollisuuden ja aineellisen oikeuttamisen välillä onkin tehty erilaisia valintoja, joissa heijastuvat selkeästi myös common law- ja kontinentaalisen järjestelmän taustat.

²³¹ Schauer, alk. s. 149.

²³² Schauer, s. 179.

Schauerin mukaan tosiasiallisesti Yhdysvaltojen Common law -järjestelmässä on välillä suhtauduttu varsin kaavamaisesti aiempiin ennakkopäätöksiin ja niiden ilmaisemiin sääntöihin, ja tämä järjestelmä voi olla yhtä kaavamainen kuin säädännäisen oikeuden järjestelmäkin. Schauer, s. 180 ja 187. Englannin common law -järjestelmä lienee myös kaavamaisempi kuin yhdysvaltalainen.

²³³ Weinberger, Law, Institution and Legal Politics, s. 109.

²³⁴ Aarnio, Oikeustieteellinen koulutus ja lakimiesmoraali, s. 515 ja 516, Järki ja auktoriteetti, s. 92 ja 105 ja Muodon uusi tuleminen, s. 280. Ks. myös Peczenik, On Law and Reason, s. 214.

Weber ja Kelsen ilmoittautuivat ankaran formalismin kannattajiksi, ja he pitivät sitä modernin länsimaisen oikeuden olennaisimpana piirteenä.²³⁵ Myöhemmin Raz on selkeimmin pyrkinyt jatkamaan Kelsenin osoittamilla linjoilla tässä suhteessa.²³⁶ Sen sijaan Dworkin pitää aineellista oikeutta ensisijaisena ja määrävänä, mikä ilmenee periaatteiden vahvana asemana.²³⁷

Selvää on, että Schauer on tarkoittanut mallinsa puhtaaksiviljellyiksi ja käsitteelliseksi malleiksi. Tässä mielessä ne ovat tulkinnan ja päätöksenteon »teorioita», eikä niitä ole sellaisenaan tarkoitettu kuvauksiksi tosiasiallisesta päätöksenteosta, eikä myöskään normatiivisiksi malleiksi. Käsitteellisinä malleina ne ovat käyttökelpoisia ja valaisevia tulkinnan ja päätöksenteon analyysissä. Mallit ovat yhtä paljon säännön käsitteen analyysiä kuin päätöksenteonkin. Myös tässä suhteessa tärkeää on havaita, että myös säännön käsite on muodollinen ja käsitteellisesti »puhdas» malli, jonka ei ole tarkoitettu sellaisenaan kuvaavan esim. lainopin piirissä tosiasiallisesti omaksuttua oikeussäännön käsitettä.²³⁸

5.6.2 Sääntöpohjaisen päätöksentekomallin kriittinen analyysi

1. *Rutiiniratkaisut ja tärkeät tapaukset.* Schauerin päätöksentekomalleista on hänen esittämiensä esimerkkien valossa helppo todeta, että sääntöpohjainen malli pitää selkeästi silmällä vain tietynlaisia sääntöjä ja tietynlaisia ratkaisutilanteita. Säännöt tarkoittavat vain eksaktiin muotoon laadittuja, kirjoitettuun lakiin perustuvia sääntöjä, ei esim. oikeuskäytännön kautta syntyneitä tai ns. yleislausekkeita tai muutoin avoimesti ratkaisijalle harkintavaltaa antavia säännöksiä. Voidaan myös sanoa, että Schauer ei ota huomioon, että kaikki oikeudelliset ratkaisut eivät ole samanlaisia ja että kaikki ratkaistavat jutut eivät ole yhtä tärkeitä. Kaavamaisuus liittyy, niin kuin luontevaa onkin, *massa- tai rutiiniluonte-*

²³⁵ Weber II, s. 470 ja 505. Weber näkee selkeästi vapauden ja aineellisen oikeuden toistensa vastakohtina. Muodollinen oikeus on toisin sanoen vapauden edellytys. Vaikka Weberin ideaalina näyttää olevan muodollis-rationaalinen oikeus, hän ei kuitenkaan kieltänyt modernin oikeuden myös selkeästi aineellisia elementtejä. Ks. Tuori, Oikeuden rationaalisuus, s. 24 ja 25 ja Nousiainen, s. 14, 26, 28 ja 29.

²³⁶ Razilla toisin kuin Kelsenillä on teoria moraalista osana lain aineellista taustaa. Raz pyrkii antamaan formalismilleen myös aineellista sisältöä ja hän pyrkii selvästi välttämään tosiasiallisen auktoriteetin oikeuttamisen, mihin Kelsen joutuu. Kelsenin relativismi katkaisee oikeuden ja moraalien välisen yhteyden.

²³⁷ Dworkin, *Law's Empire*, ks. esim. s. 104, 231 ja alk. s. 375. Hart, postscript, s. 253 ja 254. Ks. Hannu Tolonen, Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä, s. 193 ja erit. alaviite 52.

²³⁸ Ks. Schauer, s. 12.

seen lainkäyttöön, jolle tyypillinen piirre on myös erityiset *summaariset* eli yksinkertaistetut menettelytavat ja eksaktit ja vakiodut käsitteet.²³⁹ Aiemmat esimerkit viittaavat Suomessa tyypilliseen rikesakko- tai rangaistusmääräysmenettelyssä käsiteltävään asiaan, jota useinmiten ei edes ratkaista tuomioistuimessa. Näitä yksittäisiä ratkaisuja voidaan jo menettelytapojen erityisluonteen vuoksi pitää »vähemmän tärkeinä».

Massaluonteisen lainkäytön voidaan sanoa lähtevän avoimesti liikkeelle kaavamaisuudesta, joka sallii myös menettelyn ja *harkinnan yksinkertaisuuden*. Sekä sovellettavien sääntöjen tosiseikkakuvaukset että seuraamukset ovat mahdollisimman yksiselitteisiä ja kaavamaisia, mikä toisaalta johtaa myös Schauerin kuvaamiin »väärin» ratkaisuihin.²⁴⁰ Ratkaisussa harkinnan käyttö on rajoitettu mahdollisimman kapeaksi. Tämä ei tarkoita, että näissä tapauksissa päätösten teonkuvaukset eivät vastaisi todellisia tapahtumankulkuja, vaan olennaista on, että itse säännöt on laadittu niin, että säännön kuvaavan teon todentaminen on mahdollisimman yksinkertainen kyllä/ei -ratkaisu. *Makkosen* terminologian mukaisesti pyrkimyksenä on, että kaikki ratkaisut olisivat *isomorfiatilanteita*. Tämä toisaalta yleensä merkitsee myös, että säännön ja teonkuvauksen sovellutusala on hyvin kapea, koska mahdollisimman yksiselitteisen tosiseikkakuvauksen vuoksi säännöksen ja käyttäytymisen välinen suhde lähenee ns. kuvasuhdetta.²⁴¹ Summaarisessa menettelyssä luotetaan täysin kielen semanttiseen itsenäisyyteen ja akontekstuaalisuuteen. Tyypillisesti kaavamaisuuden vuoksi syntyvät »väärit», erityisesti ylisääntelyratkaisut oikeutetaan siten, että teonkuvauksen mukainen toiminta sellaisenaan, riippumatta säännön oikeutuksesta, on jo sinänsä vaarallista menettelyä.

Rikosoikeudessa onkin perinteisesti tunnettu erottelu *konkreettiseen* ja *eikonkreettiseen* eli *abstraktiin* ja *presumoituun vaaran aiheuttamiseen*. Viimeksi mainittuja käsitteitä käytetään oikeuttamaan ratkaisut, joissa esim. ylinopeutta tai juovuksissa autoa ajanut henkilö tuomitaan rangaistukseen teon luonteen tai tekotyypin perusteella riippumatta siitä, onko hänen ajonsa tosiasiallisesti ko-

²³⁹ Ks. *Saarenpää*, Sääntö, peukalosääntö, rutiini, s. 272 ja 273.

²⁴⁰ Juuri summaarisuuteen välttämättä liittyvien epävarmuustekijöiden vuoksi menettelyyn on liitetty erityisiä »varaventiilejä», esim. takaisinsaanti summaarisessa siviiliprosessissa yksipuolisen tuomion jälkeen ja valitusmahdollisuus tuomioistuimeen rikesakko- ja rangaistusmääräysmenettelyssä. OK 12:15, rikesakkolaki 12 § ja laki rangaistusmääräysmenettelystä 8 §. On huomattava, että näissä menettelyissä ei kuitenkaan voida korjata yllä kuvattuja varsinaisia »yli- ja alisääntelyvirheitä». Ylinopeutta ajaminen on kielletty teko, vaikka se olisi tapahtunut olosuhteissa, joissa todellista vaaraa tai vaaratilanteita ei ollut. Eri asia on miten olosuhteet otetaan huomioon seuraamuksen määräämisessä.

²⁴¹ *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia, s. 96.

yksittäistapauksessa aiheuttanut vaaratilanteita, joita sääntöjen varsinaiset asialliset oikeutukset pitävät silmällä. Tekojen tyyppistä toimintaa pidetään sinänsä arkipöytätyön tai todennäköisyystiedon perusteella sellaisena, että se helposti tai usein johtaa vahinkoihin. Abstraktin vaaran tai *onnettomuusriskin* käsite oikeuttaa kaavamaisuuden ja asiallisesti myös ylisääntelyn tapauksissa, joissa onnettomuutta tai konkreettista vaarantamista ei ole tapahtunut.²⁴²

Summaarisessa menettelyssä ratkaistavat tapaukset voidaan tehdä kuvatulla tavalla »sokeasti» eli täysin riippumatta sääntöjen alkuperäisestä oikeutuksesta ja tutkimatta säännön asiallisen oikeutuksen ja teon välistä vastaavuutta. Pidän kuitenkin perusteltuna näkemystä, että ratkaisujen ja laintulkinnan sekä myös lakitekstin säännösten kaavamaisuus merkittävässä määrin katoaa, kun kysymyksessä ovat »tärkeämmät» jutut, rikosoikeudessa vakavammat rikokset ja ankarammat seuraamukset ja siviilioikeudessa käytännössä taloudelliselta merkitykseltään suuremmat jutut. Lienee selvää, että jo menettelytapasäännöksistä ja sovellettavien materiaaalisten lainsäännösten sanamuodoista voidaan päätellä, että näissä tärkeämissä ratkaisuissa korostuu yleensä kaikkien asiaan vaikuttavien seikkojen ja olosuhteiden huomioon ottaminen eli ns. kokonaisuarkki.²⁴³ Usein säännökset on tarkoituksella kirjoitettu tulkinnanvaraisemmiksi.

Makkoseen viitaten nämä tärkeämmät ratkaisut ovat usein ns. *tulkinta-* tai *sääntelemättömiä* tilanteita. Poikkeamismahdollisuuksien ja erilaisten väliintulevien tekijöiden asema tulee myös korostetuksi, ja tärkeämissä jutuissa ne otetaan yleensä myös vakavasti, eli vaikka ratkaisu ei lopulta määräytyisikään niiden mukaisesti, niiden mahdollisuus otetaan huomioon. Tärkeille tapauksille on tyyppillistä myös reaalisten argumenttien ja erilaisten yksittäisiin tapauksiin liittyvien tosiasiallisten olosuhteiden ja seuraamusten huomioon ottaminen. Tämä näkyy paitsi suuressa liikkumavarassa seuraamusten määrittämisen suhteen myös sen suhteen, miten toteen näytetyt teot kategorioidaan. Viimeksi mainittu viittaa teonkuvauksen eli normin valintaan.²⁴⁴

Tärkeämissä ratkaisuissa avoimena lähtökohtana on yleensä kielen avoimuus ja ratkaisijalle jäävä harkintavalta suhteessa soveltamiskelpoisiin sääntöihin. Näissä ratkaisuissa ratkaisutapa lähenee selkeästi *Schauerin* kuvaamaa partikularistista mallia. Näin ollen voidaan esittää teesinä, että *sääntöpohjainen päätösmalli on tyyppillinen summaarisen ratkaisumenettelyn tapauksille, mutta mitään tärkeämpänä tapausta pidetään sitä enemmän ratkaisut muuttuvat partikularis-*

²⁴² *Jareborg*, Broten, s. 136 ja 137, *Frände*, alk. s. 95 ja *Nuutila*, Rikosoikeuden ABC-kirja, s. 90 ja 91.

²⁴³ Tätä indisoivat esim. jo Suomen siviili- ja rikosprosesseissa tehtävä erottelu käräjäoikeuden erilaisiin päätösvaltaisiin kokoonpanoihin. Oikeudenkäymiskaari 2:1–6.

²⁴⁴ *Makkonen*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia, s. 102, 119 ja 132.

tisen mallin eli kaikki seikat huomioon ottavan mallin mukaisiksi. Liikenne- ja muiden »järjestysluonteisten» sääntöjen soveltaminen on hyvä esimerkki, koska niiden itsetarkoituksellisuus ja muodollinen soveltaminen on helposti oikeutettavissa.²⁴⁵ Voidaan myös sanoa, että summaarisessa menettelyssä ollaan valmiit hyväksymään »yli- ja alisääntelyvirheet», ja tärkeämissä ratkaisuisa ennakoimattomaan harkintaan liittyvät »virheet». Tämä tarkoittaa myös, että mitä yksilöllisempi käyttäytyminen, tärkeämpi juttu tai mitä suuremmat taloudelliset, inhimilliset ja moraaliset intressit ovat kysymyksessä, sitä enemmän korostuvat tapauksen erityispiirteet, jolloin kysymyksessä on luonteva partikularistisen mallin käyttöala.

Käsitteellisesti edellä esitettyä teesiä voidaan puoltaan sillä, että kaavamais-taminen merkitsee *kielenkäytön yksinkertaistamista*, huomioon otettavien seik-kojen piirin rajoittamista ja yksityiskohtien sivuuttamista ja tässä mielessä *pyrkimystä rutiinitulkintaan*.²⁴⁶ Sääntöpohjainen malli viittaa näin ollen vahvasti juuri rutiiniratkaisuihin ja summaariseen menettelyyn.²⁴⁷

Summaaristen tai rutiiniasioiden ja tärkeämpien juttujen esitettyyn erottelu-teesiin liittyy ilmeinen vaikeus, vaikka se intuitiivisesti tuntuu oikealta. Lainopil-lisesti on vaikea osoittaa tämän jaottelun adekvaattisuus. Tämä koskee erityi-sesti siviiliasioita, joiden osalta »todelliset» riidat, poislukien riidattomat velko-mukset, ovat useimmiten tyypillisiä kaikki seikat huomioon ottavia ratkaisuja. Siviilioikeudessa oikeudenkäyntiä voidaan pitää poikkeuksellisenä, kun taas ri-kosoikeus »toteutetaan» pääsääntöisesti oikeudenkäynnin muodossa.

Suomessa rikosasioissa summaarinen menettely on selkeämmin erotettu tär-keämmistä jutuista. Toisaalta myös siviiliasioissa tunnetaan erityisiä tuomiois-tuimenettelyä edeltäviä »apumenettelyjä», joissa rutiiniluonteiset asiat ratkais-taan, ja vain varsinaiset riitaisuudet käsitellään oikeudenkäynnissä. Tältä osin voidaan viitata pesänselvittäjän ja -jakajan suorittamaan pesänselvitykseen- ja jakoon kuolinpesässä, uskottujen ja toimitsijamiesten hallintoon konkurssissa ja selvittäjän toimintaa yksityishenkilön velkajärjestelyssä ja yrityssaneeraus-es-sa. Epäsuorana tukena erottelulle voidaan viitata menettelyä koskeviin seikkoi-hin ja eräisiin rikoslain säännöksiin.

Siviiliasia voidaan ratkaista valmistelussa yksipuolisella tuomiolla ennen suul-lista käsittelyä, jos vastaaja ei ole vastannut kanteeseen, ei ole esittänyt perus-tetta kanteen kiistämiseksi tai on esittänyt perusteen, joka selvästi ei vaikuta

²⁴⁵ Ks. Raz, *The Authority of Law*, s. 25.

²⁴⁶ Ks. *Saarenpää*, Sääntö, peukalosääntö, rutiini, s. 292.

²⁴⁷ Samansuuntaisia päätelmiä näyttää tekevän hallinnon ratkaisutoiminnan osalta *Suviranta*. *Suviranta*, s. 119 ja 120.

asiaan. Intressin esim. velkomuksen määrällä ei ole muutoin kuin tosiasiallisesti merkitystä, mutta toisaalta summaarisessa menettelyssä pidetään silmällä erityisesti »kaavamaisia» saamisia, vetoamista juokseviin sitoumuksiin.²⁴⁸ Rikesakko- ja rangaistusmääräysmenettelyssä käsiteltävät asiat on sen sijaan selkeästi rajattu seuraamusten ankaruuden perusteella vähäisiin rikoksiin.²⁴⁹ Lisäksi rikesakkoasiat on tyhjentävästi lueteltu ja niiden seuraamukset on vakioitu.²⁵⁰ Myös rangaistusmääräysmenettelyssä noudatetaan tosiasiallisesti kaavamaista seuraamuskäytäntöä. Siviilijutuissa vastaajan perusteltu kiistäminen johtaa laajempaan tutkintaan ja rangaistusmääräys- ja rikesakkoasioissa perustelematonkin epäilyn vastustaminen johtaa tuomioistuinkäsittelyyn.²⁵¹

Teesin tueksi voidaan vedota myös eräisiin rikosten tunnusmerkistöihin, joita voidaan pitää myös sekä oikeustradition että rikoslain kannalta keskeisinä ja edustavina. Sekä *varkauden* että *pahoinpitelyn* tunnusmerkistöt on jaettu kolmeen törkeysasteeseen, lähtökohtaiseen eli tavanomaiseen, törkeään ja lievään.²⁵² Molemmissa tapauksissa lähtökohtana oleva tunnusmerkistö on kaavamainen, se antaa teonkuvauksen, johon on ehdottomalla tavalla liitetty rangaistusseuraamus. Teon kategoriointi törkeään asteeseen edellyttää kuitenkin lain nimenomaisen sanamuodon mukaisesti kokonaisarviota eli kaikkien asiaan vaikuttavien seikkojen huomioon ottamista. Kaikissa tapauksissa seuraamuksista voidaan luonnollisesti poiketa rikoslain 3 luvun mukaisilla rangaistavuuden poistavien tai vähentävien perusteiden nojalla, ja laki myöntää runsaasti harkintavaltaa sekä seuraamusten määrän että lajin osalta. Huomioon on toisaalta otettava, että myös teon määrittely rikoksen vähäisemmäksi muodoksi, näpistykseksi tai lieväksi pahoinpitelyksi on nimenomaisesti sidottu kokonaisharkintaan.

Kokonaisuutena rangistussäännösten nykyinen muotoilu sekä harkintavalta seuraamusten osalta näyttäisikin edellä esitetyn teesin lisäksi viittaavaan siihen, että *lähtökohdaksi on otettu sääntöpohjainen ja kaavamainen päätöksentekomalli*, johon on kuitenkin liitetty lukuisia erilaisia mahdollisuuksia lähtökohdasta poikkeaviin ratkaisuihin yksittäisen tapauksen erityisten olosuhteiden perusteella.²⁵³ Lähtökohtana on näin ollen sääntöpohjainen malli, jota on kuitenkin modifioitu merkittävillä partikularistisilla elementeillä. Lakitekstissä itsessään usein suo-

²⁴⁸ Oikeudenkäymiskaari 5:13 ja 5:14.

²⁴⁹ L rangaistusmääräysmenettelystä 1 § ja Rikesakkolaki 1 §.

²⁵⁰ Rikesakkolaki 1 § ja A Rikesakosta tieliikenteessä.

²⁵¹ Oikeudenkäymiskaari 5:13 ja 14, L rangaistusmääräysmenettelystä 8 § ja rikesakkolaki 12 §.

²⁵² Rikoslaki 21:5–7 ja 28: 1–3.

²⁵³ Huomioon on otettava myös poliisimiehen ja syyttäjän mahdollisuudet ilmoittamatta ja syyttämättä jättämiseen.

raan osoitetaan mahdollisuus lähtökohdasta poikkeaviin ratkaisuihin ja käyttämään tällöin kaikki seikat huomioon ottavaa harkintaa. Lainsäätäjä on näin jo antaessaan lähtökohtaisesti kaavamaisia sääntöjä edellyttänyt, että niistä poiketaan tarpeen vaatiessa. Poikkeamismahdollisuus merkitsee myös, että *aineellista harkintaa* saadaan käyttää ja lisäksi sitä *on* myös aina *käytettävä*. Käytännöt ja viime kädessä yhteisön traditio kuitenkin määrää sen, miten näitä säännöksiä tulkitaan ja poikkeamismahdollisuuksia käytetään.

2. *Oikeusvarmuuden ongelma.* Aiemmin lausutun johdosta voidaan kysyä, eikö ennakoimattomuus ja tuomioistuinten tosiasiallisesti omaama varsin laaja harkintavalta juuri tärkeämmissä ratkaisuissa ole ristiriidassa oikeudessa niin keskeisenä pidetylle oikeusvarmuudelle.²⁵⁴ Kaavamaisuus ja sääntöpohjainen ratkaisumalli ja sen hyvinä puolina pidetyt ratkaisujen yhdenmukaisuus (muodollinen oikeudenmukaisuus), luotettavuus, ennustettavuus ja tehokkuus näyttävät puoltavan sääntöpohjaista päätösmallia ja samalla ns. *sidotun ratkaisun ideaalia*.²⁵⁵ Ennustettavuutta, oikeusvarmuutta ja kaavamaisuutta on usein pidetty *ekvivalentteina* käsitteinä. Perustelut näyttävät päältä päin vakuuttavilta, ja ne olivat selkeästi lausuttuina mm. *Weberillä*.²⁵⁶

Juuri näillä mainituilla perusteilla myös *Summers* puoltaa sääntöjen kaavamaisuutta. Hän pitääkin säännön toisen asteen oikeutuksena juuri näitä kaavamaisuuden etuja. Näiden seikkojen hän katsoo myös oikeuttavan yli- ja alisääntelyyn. Vaihtoehtona hän näkee vain jättäytymisen tulkitsijoiden tai ratkaisijoiden subjektiivisten arvostusten varaan. Muodollisen tulkinnan vaihtoehdoksi hän asettaa teleologisen tulkinnan.²⁵⁷

Sääntöjen ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan preventiivinen funktio ei toimi, elleivät oikeusalamaiset pysty mieltämään jo tekoihin ryhtyessään, pidetäänkö niitä sallittuina vai ei, ja minkälaisiin oikeudellisiin seuraamuksiin ne johtavat. Tämä yleisen tason argumentointi ei ole kuitenkaan näin yksiselitteistä, joten se kaipaa vielä tarkempaa analyysiä. Itse asiassa sääntöpohjaisen mallin puolesta yleisesti käytettyjä argumentteja voidaan käyttää sitä vastaan. Erityisesti kysymys muodollisesta oikeudenmukaisuudesta tulee ongelmalliseksi. Lähtökohtana on myös tässä *Schauerin* ajattelu.

²⁵⁴ Ks. esim. *Razin* puolustus kaavamaisuudelle: »It may be better to cause hardship in a few cases than to lead to great uncertainty in many». *Raz*, *The Authority of Law*, s. 31.

²⁵⁵ Näin esim. *Hart*, postscript s. 276.

²⁵⁶ *Weber*, II alk. s. 470. *Nousiainen*, s. 30. *Weber* katsoo aineellisen oikeuden johtavan mielivaltaan. Ks. muutosäännösten osalta *Aarnio*, *Muodon merkitys oikeudellisessa käytäytymisessä*, s. 201.

²⁵⁷ *Summers*, *The Formal Character of Law*, s. 248 ja *A Formal Theory of the Rule of Law*, s. 132. Ks. myös *Makkonen*, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s 97–101.

Sääntöpohjaiselle päätöksentekomallille on ominaista kaavamaisuus, joka asiallisesti ottaen merkitsee tiettyjen harvojen tosiseikkojen valintaa teonkuvaukseen eli yksittäisten tapausten yksilöllisten piirteiden ja tosiseikaston runsauden ja yksityiskohtien eliminointia. *Sääntöjen käyttäminen merkitsee huomioon otettavien seikkojen määrän huomattavaa rajoittamista.* Kirjoitettujen sääntöjen puitteissa voidaan ottaa etukäteen huomioon käytännössä vain muutamia tosiseikkoja, eli erilaisten tapausten samanlaisuuskriteerien lukumäärä pyritään minimoimaan. Mitä laajempi säännön soveltamisala on, sitä suppeammat nämä kriteerit ovat suhteessa kaikkiin niihin tapauksiin, joihin sääntöä sovelletaan. Samanlaisina nähdään tapaukset, joissa on nämä harvat yhteiset tosiseikat. Tällöin *sääntöpohjaista mallia vastaan voidaan argumentoida siten, että tosiasiallisesti erilaisia tapauksia ei olekaan tarkoitus kohdella eri tavalla, vaan samalla tavalla.* Vastaavasti tämä malli erottelee erilaisiksi tapauksia valittujen harvojen kriteerien perusteella, vaikka olisi useita muita tekijöitä, joiden suhteen tapaukset ovatkin samanlaiset. Malli ei ota huomioon niitä tosiseikkoja, joita ei ole etukäteen annettu ratkaiseviksi. Kaavamainen päätöksentekomalli ei tämän näkökulman mukaan edistä *muodollista oikeudenmukaisuutta* vaan toimii sitä vastaan. Päinvastoin, partikularistinen malli pyrkiessään yksilöllisiin ratkaisuihin ja ottaen huomioon kaikki tapauksen asiallisesti merkitykselliset seikat edistää paremmin muodollista oikeudenmukaisuutta, koska siinä otetaan huomioon suurempi määrä tapauksia erottavia ja yhdistäviä piirteitä.²⁵⁸ Samalla tavalla kohdellaan vain hyvin samanlaisia tapauksia.

3. *Luotettavuus ja ennustettavuus.* Luotettavuus ja ennustettavuus perustuvat kielen semanttiseen itsenäisyyteen ja akontekstuaalisuuteen. Tekoja suunnittelevien edellytetään toisin sanoen pystyvän subsumoimaan aikomansa teot yksiselitteisesti tunnettujen sääntöjen kategorioihin. Kielen suhteellinen avoimuus jo sinänsä horjuttaa tätä ja jättää aina jossain määrin tilaa tulkinnanvaraisuudelle. Luotettavuus ja ennustettavuus edellyttävät myös, että tekojen tekijät mieltävät juuri sääntöjen valitseman tosiseikat ratkaiseviksi ja sivuuttavat muut seikat, kun he ryhtyvät tekoihin. Ennustettavuuden ja kaavamaisuuden ekvivalenssi edellyttää toisin sanoen, että oikeusalamaiset ja tekojen tekijät kuvaavat ja mieltävät oman toimintansa samalla tavalla kuin lain säännöt. Tämä voidaan helposti asettaa kyseenalaiseksi.²⁵⁹

Säännön soveltaminen epätyypilliseen tai yllättävään tapaukseen verrattuna säännön tarkoitukseen tai oikeutukseen pelkästään sanamuodon mukaisen tavan-

²⁵⁸ Schauer, Formalism, s. 542 ja Schauer, s. 136 ja 137. Rutiinimenettelyn vaaroista, *Saarenpää*, Sääntö, peukalosääntö, rutiini, s. 317 ja 319.

²⁵⁹ Schauer, Formalism, s. 539 ja 540 ja Schauer, s. 138 ja 139.

omaisen tulkinnan mukaisesti voi näyttäytyä pikemminkin yllättävänä kuin ennakoitavana päätöksenä. Tällöin tapausta ei subsumoida säännön alaisuuteen, vaan tapaus pikemminkin muokataan ja kuvataan säännön mukaiseksi. Lähtökohtana on tällöin teon tai toiminnan aineellinen arvionti, kun sen johdosta esitetään vaatimuksia tai asiaa ryhdytään tutkimaan. Tuomioistuimen formalismin mukainen ratkaisu voi tällöin olla yllätys ja ristiriidassa aineellisen oikeusvarmuuden ja ennustettavuuden ja sen kanssa, miten asianosaiset ovat asian alunperin mieltäneet.

Ottaen huomioon oikeusalamaisten varsinaisen lainopillisen tiedon vähäisyyden ja elävän elämän tosiseikastojen ja yksityiskohtien runsauden, edellytystä oikeusalamaisten ja lain säännösten teonkuvausten identtisyydestä tuskin sellaisenaan voidaan pitää yllä. Lisäksi elävässä elämässä tekoja ja toimintoja harvemmin reflektoidaan ensisijaisesti oikeudellisen näkökulman mukaisesti, joten voidaan olettaa, että usein tekojen agentit pitävät aivan muita seikkoja keskeisinä, kuin mitä säädösten tosiseikastot kuvaavat. Elävä elämä ei ole lainopin harjoittamista, eivätkä oikeusalamaiset ole lainoppineita.

Toinen, mielenkiintoinen näkemys ongelmasta on, että myöskään tuomioistuimet eivät tosiasiallisesti harkitse niin kuin lakitekstiä ja lainopillista kirjallisuutta lukemalla voisi suoraan päätellä, vaan ennemminkin »terveen maalaisjärjen» mukaisesti, eli toisin sanoen reflektoiden suoraan yhteisön moraalista traditiota. Ratkaisua tehtäessä säännösten teonkuvaukset muokataan konkreettisten tapausten ja yleisten moraalikäsitteiden mukaisiksi eikä päinvastoin.

Vaikka periaatteena on, että kaikkien oikeusalamaisten on tunnettava kaikki toimintaansa koskevat säännöt, eli tietämättömyys ei vapauta velvollisuudesta noudattaa niitä (*ignorantia juris neminem excusat*), hyvin harva tavallisista kansalaisista on esim. lukenut lakikirjaa tai lainopillisia teoksia. Lain tuntemus on pääasiassa yleisen yhteisön moraalien ja tavanomaisten käytäntöjen kautta tapahtuvaa yhteisön normien tiedostamista. Eksakteista tosiseikastokuvauksista säädösten mukaisesti, tiettyjä erityisaloja niin kuin liikennesääntöjä lukuunottamatta, ei näin ollen yleensä olla tietoisia. Lain kannalta kaikkein tärkeimmän tahon, oikeusalamaisten »lain» tuntemus onkin pikemminkin moraalien tuntemista. Yhdessä ennustettavuusvaatimuksen kanssa tämä osoittaa *lain välittömän yhteyden yhteisön moraalikäsitteisiin*.

Oikeusalamaisten arkikielen mukaisen normatiivisen ajattelun voidaan lisäksi sanoa painottavan enemmän konkreettisten yksityiskohtien runsautta ja kokonaisarviointia kuin lakitekstin säännökset. Kaavamaisuus tuottaa välttämättä »ikäviä yllätyksiä» oikeusalamaisille juuri yli- ja alisääntelyn vuoksi, ja se näyttää helposti oikeusalamaisten näkökulmasta kaavamaisuudelta sen itsensä vuoksi. Mitä enemmän kaavamaisuus tuottaa näitä yllätyksiä sitä enemmän se vähentää

asiallisesti lainkäytön luotettavuutta ja ylipäänsä lain legitimitettä.²⁶⁰ *Ennustettavuudella ja varmuudella voidaankin näin ollen myös puoltaa partikularistista päätöksentekomallia.*

Systemaattinen perustelu on oikeutettua, kun sillä tavoitellaan oikeudenmukaisuutta, eli kysymys on siitä, mitä tapauksia pidetään samanlaisina tai erilaisina. Juuri systematiikka on keskeinen tapa luokitella tapauksia.²⁶¹ ItsetarkoitukSELLISEKSI systematisointi ja muu kaavamaisaminen muodostuu, kun argumentointi johtaa objektiivisesti ottaen tapausten merkityksellisten erityispiirteiden huomiotta jättämiseen. Tällainen kaavamaisuus voi ilmetä argumenteissa päätöksenteon yhtenäisyyden puolesta ja agumenteissa, joiden mukaan etukäteen halutaan tietynlaisia tai tietty määrä tietynlaisia päätöksiä. Nämä argumentithan eivät ole harvinaisia, ja vaikka niitä epäilemättä voidaan perustella yhteisön tason päämäärillä ja kokonaisuudesta käsin, liittyy niihin yksittäisten päätösten tasolla ja oikeusalamaisten oikeuturvan kannalta selkeitä ongelmia. Utilitaristiset argumentit syrjäyttävät helposti oikeusargumentit.

Sääntöpohjaisen mallin ja kaavamaisuuden ääritapauksena voidaan pitää ratkaisuperusteluja, joiden mukaan tehtävä päätös ei ole asiallisesti oikea, se ei ota huomioon tapauksen relevantteja seikkoja eikä ole sopusoinnussa sovellettavan säännön oikeutusten kanssa, mutta päätös kuitenkin tehdään, koska sen on oltava samanlainen kuin sitä edeltävät tai sitä seuraavat muut samaan sarjaan luettavat päätökset.²⁶² Päätös on huono, jotta muut päätökset olisivat hyviä ja päätösten sarja yhdenmukainen. Argumenttia voidaan kutsua *liukkaaksi tai kaltevan pinnan argumentiksi (slippery slope -argument)*.²⁶³

4. Tehokkuus. Tehokkuudella viitataan yleensä myös päätöksenteossa käytettävien kriteerien yksiselitteisyyteen ja vähyyteen. Yksinkertaisempi päätöksenteko mahdollistaa tuomioistuinten ja muiden päätöksentekijöiden *resurssien tehokkaamman käytön*, kun päätöksiä voidaan tehdä selkeillä ja yksinkertaisilla perusteilla. Tehokkuudessa kysymys on toisin sanoen siitä, että samassa ajassa samoilla resursseilla voidaan tehdä enemmän päätöksiä, eli kysymys on yksinkertaisesti tutkinnan ja *päätösharkinnan* eli huomioon otettavien seikkojen *rajoittamisesta*.²⁶⁴

²⁶⁰ Schauer, s. 141, 142, 145 ja 155.

²⁶¹ Formalismin perinteinen puolustus onkin ollut, että yksittäinen säännös ja tulkinta voi saada aineellisen *oikeutuksensa kokonaisuuden osana*, vaikka se yksittäisenä säännöksenä tai tulkintana vaikuttaa epäoikeudenmukaiselta tai muutoin epäonnistuneelta. Ks. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, s. 78.

²⁶² Ks. Dworkin, Law's Empire, s. 163.

²⁶³ Ks. Schauer, s. 156.

²⁶⁴ Schauer, s. 125 ja 146–148.

Suomen oikeudenkäyntimenettelyä koskeissa laeissa tämä näkyy selkeästi summaaristen asioiden rajoitettuna tutkintana sekä siviili- että rikosjutuissa. Lain rangaistusmääräysmenettelystä 5 §:n mukaan toimitetaan vain ns. suppea esitutkinta, jossa selvitetään ainoastaan ne seikat, jotka ovat välttämättömiä seuraamuksen määrittämiseksi.²⁶⁵ Rajoittaminen johtaa sääntöpohjaisen mallin käyttämiseen siihen liittyvine »virheineen», koska sen olennainen piirre on juuri tutkittavan tosiseikkamateriaalin rajoittaminen niihin harvoin seikkoihin, jotka sovellettavassa säännöksessä nimenomaisesti ilmaistaan. Rajoittaminen merkitsee toisin sanoen päätöksentekijän vapauttamista muiden seikkojen tutkimiselta. Juuri tehokkuusnäkökulma on keskeinen tekijä, joka oikeuttaa eron massaluonteisen lainkäytön ja summaarisen menettelyn ja tärkeämpien juttujen välille. Tehokkuus ja kustannusten minimointi oikeuttavat näin ollen vähemmän tärkeiden juttujen summittaisen tutkimisen ja harkinnan ja toisaalta resursien kohdentamisen tärkeämpiin juttuihin. Tämä merkitsee myös, että sääntöpohjainen päätöksentekomalli on halvempi ja partikularistinen malli kalliimpi.

5.6.3 Presumptiivinen positivismi

1. Lähtökohdana sääntöpohjainen malli. Edellä esitetystä kriitikistä huolimatta on selvää, että sääntöpohjaisella päätöksentekomallilla ja lähestymistavalla on paitsi väistämättömät huonot myös hyvät puolensa. Itse asiassa sääntöpohjainen lähestymistapa on välttämätön, ja tosiasiallinen päätöksenteko ja lainopillinen tulkinta noudattavat, vaikkakin vaihtelevassa määrin, juuri tätä mallia.

Aiemmin on jo todettu, että kirjoitetun lain säännöt osoittavat yksiselitteiset lähtökohdat tulkinnoille ja ratkaisuille. Laki suppeassa merkityksessä eli *kirjoitettu laki* ja sen sanamuoto on näin ollen *ensi käden kriteeri selvitettyäessä* lain laajassa merkityksessä eli *voimassa olevan oikeuden sisältöä*.²⁶⁶ Muodollisen systeemin etuoikeutettuina lauseina lakitekstin lauseet osoittavat oikean systeemin ja yhdessä omaksutun systematiikan kanssa varsin pitkälle myös *oikean kielenkäytön*, so. tulkinnessa käytettävät *käsitteet*. Tämä kielen semanttisen itsenäisyyden yksi ilmentymä mahdollistaa sen, että eri lainoppineiden tulkinnot tai »tarinat» tapauksesta voivat olla identtiset, ja erot eivät ole yleensä suuria.²⁶⁷ Keskustelu edellyttää ainakin jossakin suhteessa yhteistä »tarinaa». Yhteinen annettu

²⁶⁵ Ks. myös oikeudenkäymiskaari 5:13 ja 14, L rangaistusmääräysmenettelystä 10 § ja Riksesakkolaki 7 ja 11 §.

²⁶⁶ Ks. *Taxell*, Rätt och demokrati, s. 279 ja 280.

²⁶⁷ Yhteisestä, virallislähteisiin perustuvasta käsitteistöstä ja erilaisista tulkinnoista sen puitteissa selkeitä esimerkkejä ovat *korkeimman oikeuden* jäsenten tulkinnot, kun jaoston enemmistö ja eriävät mielipiteet muodostuvat.

käsitteistö on keskeinen edellytys, käytännössä välttämätön mutta ei riittävä konsensukselle.

Lähtökohtana ovat näin ollen tulkinnan *muodolliset kriteerit* ja muodollinen oikeuttaminen, eli lähtökohtana on auktoriteettiin ja tehtyihin viranomaispäätöksiin vetoaminen. Tämä vetoaminen ei ole kuitenkaan ehdotonta, vaan sitä suhteellistetaan aineellisella oikeus- ja tavoiterationaalisella harkinnalla. Sovelletavista virallislähteistä ja käytettävistä käsitteistä vallitsee usein yksimielisyys. Mitkä ovat säännön »oikeat», objektiiviset ja aineelliset oikeutukset ja mitä tunnetuilla käsitteillä ja teksteillä pitäisi tehdä, ei ole useinkaan yhtä selvä asia. Selvää on, että kirjoitetuissa säännöissä voidaan mainita vain eräät ratkaisuisia huomioon otettavista seikoista. Kaikkein eksaktimpienkin ja loogisesti »ankarimpienkin» sääntöjen kohdalla poikkeaminen ja väliin tulevat tekijät ovat aina mahdollisia, ja poikkeaminen voi olla yksiselitteisesti oikeutettua.

Hyvänä esimerkkinä voidaan mainita *korkeimman oikeuden* ennakkopäätös *KKO 1994:115*. Tapausta voidaan luonnehtia siten, että suhteellisen tuoreen lain selkeän säännöksen *sanamuodon mukaisesta tulkinnasta luovutaan, kun painavat aineelliset argumentit puoltavat toisenlaista ratkaisua*. Lähtökohtana on luonnollisesti soveltuva lain säännös. Aineellisia argumentteina ovat tässä tapauksessa osakeyhtiölain 3:4.1:n koko säännöksen tarkoitus ja tavoitteet sekä asianosaisten oikeusasemat, jotka sillä pyritään määrittelemään. Näitä argumentteja voidaan kutsua myös reaalisiksi argumenteiksi. Ratkaisun rubriikki on seuraava:

Osakeyhtiö A:n yhtiöjärjestyksessä oli osakeyhtiölain 3 luvun 4 §:n 1 momentin mukainen määräys, jonka mukaan yhtiön osaketta ei saanut siirtää kolmannelle ilman yhtiön hallituksen suostumusta. Määräys ei kuitenkaan koskenut osaketta, joka oli hankittu pakkohuutokaupassa. B oli ostanut pakkohuutokaupassa C:n omistamat yhtiö A:n osakkeet. C ei ollut itse saanut saannolleen A:n hallituksen suostumusta. B:n saannon merkitsemisen A:n osakeluetteloon ja osakasluetteloon katsottiin edellyttävän A:n yhtiöjärjestyksen mukaista suostumusta.²⁶⁸

Ratkaistavana tulkintatilanteeseen voidaan luonnollisesti laajemmin ottaen antaa hyvin erilaisia »tarinoita», mutta vain eräät niistä ovat yhteensopivia soveltuvien virallislähteiden ja tätä kautta voimassa olevan oikeuden kanssa.

²⁶⁸ Vuoden 1978 osakeyhtiölain 3:4.1 kuuluu seuraavasti: »Yhtiöjärjestyksessä voidaan määrätä, että osakkeen hankkimiseen luovutustoimin vaaditaan yhtiön suostumus. Sellainen määräys ei kuitenkaan koske osaketta, joka on hankittu pakkohuutokaupassa tai konkurssipesästä.» Viimeksi mainittu virke toistettiin myös yhtiö A:n yhtiöjärjestyksen suostumuslauskeassa. Yhtiölle oli asetettu lisäksi velvollisuus lunastaa osake, jonka osalta suostumus evähtiin. Tapauksesta ja ratkaisun perusteluista tarkemmin ks. *Sarvilinnan* tapauskommentaari.

Ratkaisu on oikeutettu, koska se parhaiten vastaa *säännöksen aineellisia oikeutuksia*. Sanamuodon mukainen tulkinta sen sijaan johtaisi niiden vastaiseen tulokseen. Harkinta on noudattanut laveaa ja aineellista, ei kapeaa ja muodollista rationaalisuutta. Kuvatussa tilanteessa vain sanamuodon vastaisen tulkinnan kautta yhtiö, osakkeen luovutuksensaaja, C:n velkojat ja pakkohuutokauppaostaja voidaan asettaa siihen asemaan, johon säännöksellä pyritään. Kysymyksessä ei ole desuetudo tai ns. in casu -ratkaisu, vaan selkeän tulkintaohjeen antaminen ko. ja ehkä myös muihin vastaaviin, esim. konkurssitilanteeseen.²⁶⁹

Samalla tavalla säännön aineellisen oikeutuksen perusteella on päädytty sanamuodon vastaiseen tulkintaan ratkaisussa *KKO 1994:105*:

Konkurssipesän ottaman luoton vakuudeksi voitiin konkurssisäännön 10 §:n 1 momentin estämättä vahvistaa kiinnitys konkurssipesään kuuluvaan kiinteistöön.

Konkurssisäännön 10.1 § kieltää varsin kategorisella tavalla kiinnityksen vahvistamisen konkurssipesään kuuluvan kiinteistöön konkurssin antamisen jälkeen tehdystä hakemuksesta.²⁷⁰ Ratkaisun varsinaisten perustelujen mukaisesti tämän säännöksen tarkoitus on kuitenkin suojata konkurssivelkojia velallisen tekemiä oikeustoimia vastaan, joten mitään asialliallista estettä ei ole vahvistaa konkurssipesän antamaan suostumukseen perustuvaa kiinnitystä.

Vastaavalla tavalla *korkein hallinto-oikeus* on nojautuen asiallisesti aineellisiin argumentteihin tulkinnut lakia sanamuodon vastaisesti tapauksessa *KHO 1993 B 573* (Päätös 9.9.1993 taltio 3319 (1807/6/92)):

²⁶⁹ Vastaavasti viittaamalla mm. rekisterijärjestelmän luotettavuuteen ja asianosaisten oikeusasemiin korkein oikeus perusteli ennakkopäätöksessä *KKO 1982 II 105* vuoden 1868 kiinnitysasetuksen 1.1 §:n sanamuodon vastaista päätöstä, jolla sallittiin kiinnityksen vahvistaminen muun henkilön kuin kiinteistön omistajan velasta. Tapaus poikkeaa kuitenkin selkeästi em. vuoden 1994 tapauksesta, koska kysymyksessä on nykyoloissa vanhentuneen säädöksen ja sen vanhentuneen säännöksen sanamuodon sivuuttaminen.

Kiinnitysasetuksen 1.1 §: »Sen laatuiseen kiinteään omaisuuteen, kuin jäljempänä mainitaan, myönnettäköön kiinnitys vakuudeksi sille, jolla *sen omistajalta on saatavaa* vissi määrä tai rahaa tahi tavaraa taikka jolla on oikeus häneltä kantaa määrättyä verotuloa tahi vissinä aikana käyttää kiinteää omaisuutta tahi jotakin siihen kuuluvata.» (Kursivointi tässä). Kiinnitysasetus kumoutuu 1.1.1997. Laki maakaaren voimaannpanosta 2.1/7 §. Ks. ongelmasta tarkemmin, *Majamaa*, Kiinteistön kiinnittäminen vieraasta velasta, s. 336, 337 ja 368.

²⁷⁰ KS 10.1 §:ää sovellettiin lainmuutosta 759/91 edeltäneessä muodossa: »Konkurssin alettua alkoon velallisen kiinteään omaisuuteen annettako kiinnitystä, ellei hakemus perustu maksamattoman kauppahinnan oikeutta koskeviin säännöksiin taikka ellei kiinnitystä ole ennen konkurssin alkua haettu sellaisen asianhaaran nojalla, joka 46 §:n k kohdan mukaan on, siinä mainituissa tapauksissa, kiinnitysvakuuden pätevyyden ehtona. Vastoin tätä säännöstä tehty kiinnitys olkoon tehoton.» Lain takaisinsaannista konkurssipesään voimaantuloon liittynyt muutokset 759/91 ei muuttanut säännöstä tässä käsiteltävän kysymyksen suhteen.

Ostajat olivat saaneet lainhuudon kumpikin erikseen yhteen neljäsosaan (1/4) tonttia, jolla sijaitsevan paritalon kahdesta huoneistosta lainhuudon hakijat olivat ostaneet toisen. Ensiasunnon ostajan leimaverolain 30 §:n 1 momentin 8 kohdassa tarkoitetun leimaverovapauden edellytysten katsottiin kummankin kohdalla täyttyvän.

Leimaverolain 30.1/8:n mukaan ensiasunnon ostaja on leimaverosta vapaa, jos hän mm. on hankkinut omistukseensa kiinteistön ja *vähintään puolet* sillä olevasta tai sille rakennettavasta *asuinrakennuksesta* (kursivointi tässä). Lisäksi saman pykälän 5 momentissa säädetään mm, että jos luovutuksensaajia on useita, leimaverosta vapaa on vain 1 momentin 8 kohdassa mainitut edellytykset täyttävän luovutuksensaajan omistusoikeutta vastaava osuus luovutushinnasta. Tapauksessa kumpikin ostajista oli saanut omistusoikeuden 1/4 tontista ja asuinrakennuksesta.²⁷¹ Ratkaisu on oikeutettu, mutta varsinaiset perustelut, joissa päätely pyritään »väkisin» pukemaan lain sanamuodon mukaiseksi, eivät ole onnistuneet. Asiallisesti ottaen ratkaisu on perustelematon. Ratkaisu voidaan kuitenkin luontevasti selittää siten, tuomioistuin on tässä *yhdenvertaisuuden periaatteen* perusteella täydentänyt normaalisti suppeasti tulkittavaa poikkeussäännöstä, koska lainsäätäjä ei ollut ottanut huomioon paritalotapauksia. Selkeää asiallista kriteeriä, joka perustelisi erilaisen verotuskohtelun paritalon huoneiston kohdalla suhteessa koko taloon tai osakehuoneistoon, ei voida esittää.²⁷² Muodollisen rationaalisuuden mukaan ero on olemassa, mutta aineellinen rationaalisuus kieltää sen. Onnistuneempi sanamuoto olisi ollut »puolet huoneistosta», minkä mukaisena KHO:n tulkintaa voidaan pitää.

Edellä kuvattujen esimerkkien perusteella voidaan havaita, että ennakkopäätösten antaminen on merkinnyt uudenlaista auktoritatiivista, sanamuodon vastaista tulkintaa osakeyhtiölain 3:4.1:lle, konkurssisäännön 10.1 §:lle ja leimaverolain 30.1/8 §:lle. Voidaan olettaa, että tuomioistuimet jatkossa ottavat korkeimman oikeuden tulkinnan ratkaisujen lähtökohdaksi, kunnes tulee asiaan vaikuttavia lainmuutoksia, uusia ennakkopäätöksiä tai muita väliintulevia tekijöitä. Toisaalta sanamuodosta poikkeaminen koskee vain tapauksissa osoitettuja tilanteita. Muilta osin ennakkopäätökset eivät vaikuta mainittujen säännösten tulkintaan. *Vaikka oikeuslähdeopin mukaisesti säädöksen selkeän sanamuodon pitäisi sivuuttaa ennakkopäätös, pidän selvänä, että yleensä ennakkopäätösten antamisen jälkeen voimassa olevan oikeuden sisältönä ovat säännöt, jotka ennakkopäätös-*

²⁷¹ Ko. poikkeussäännön suppea tulkinta edelleen muissa suhteissa on niin selvä ja vakiintunut, että voidaan puhua sanamuodon vastaisesta eikä vain laventavasta tulkinnasta. Toisaalta myös laventavana tulkintana ennakkopäätös merkitsee poikkeamista vakiintuneesta tavasta tulkita tällaista säännöstä.

²⁷² Osakehuoneiston osalta leimaverolaki 57 b §.

ten mukaisesti poikkeavat ao. lakitekstien sanamuodoista. Kysymys ei ole myöskään poikkeamisesta yksittäistapauksessa, jolloin voitaisiin sanoa, että poikkeamisesta huolimatta itse säännön sisältö ei muutu.²⁷³ Perustellusti voidaan sanoa voimassa olevan oikeuden muuttuneen ennakkopäätösten perusteella.

Avoimella ja joustavalla suhtautumisella poikkeamismahdollisuuksiin myös yksittäistapauksissa on lisäksi se tärkeä merkitys, että ymmärrys ja käsitys itse oikeussäännön käsitteestä tulee toisenlaiseksi. Koska väliintulevat tekijät ovat aina mahdollisia, ei ole mitään syytä ylläpitää perinteisen ahtaan lakipositivismin mukaista käsitystä ehdottoman kaavamaisista säännöistä.

Edellä kuvatuissa tapauksissa säädöksen sanamuoto on syrjäytetty painavamalla perusteella, joka muodostuu ennakkopäätöksen antamasta *muodollisesta* ja päätöksessä käytetyistä *aineellisista oikeutuksista* (perusteluista). Ratkaisuisa korkeimmat oikeudet ovat siirtyneet lähtökohtana olleesta sääntöpohjaisesta mallista partikularistiseen. Ratkaisevassa asemassa on aineellinen perustelu, koska myös annettu ennakkopäätös voidaan myöhemmin sivuuttaa painavamman aineellisen oikeutuksen perusteella.²⁷⁴ Tällöin voidaan jo puhua *Sundbergin* tapaan *pluralistisesta ennakkopäätöspöytäkirjasta* perinteisen hierarkisen sijasta.²⁷⁵

Edellisen perusteella voidaan *Razin*, *Schauerin* ja *Hartin* sanoa olevan oikeassa kritisoidessaan *Dworkinia*. Myös säännöt voivat omata painoarvoja samoin kuin periaatteet, ja ne voivat väistyä paitsi kokonaan myös osittain toisen säännön tai periaatteen takia. Periaate voi myös toisinaan syrjäyttää säännön, ja toisinaan sääntö voi syrjäyttää periaatteen.²⁷⁶

Perinteisesti vetoaminen toiseen, ristiriitaisen säännön osoittavaan lähteeseen, on muodostanut poikkeamisperusteen. Edelliseen on välittömästi liittynyt säännösten selittäminen yleis- tai erityissäännöksiksi. Tämä tuo esiin samalla systemattisen tulkinnan. Lain säännösten muuttamisen jälkeen jotkut vanhemmat säännökset voivat olla joltain osin ristiriidassa uudempien säännösten kanssa, mikä muodostaa perusteen sivuuttaa vanhemmat ristiriidan osalta, ja ehkä myös laajemminkin. Varsinaiset laintulkintaperiaatteet ohjaavat jo säännöksen sanamuodoista poikkeamiseen tämän käsitteen laajassa merkityksessä. Toinen perinte-

²⁷³ Ks. poikkeamisen yksittäistapauksessa ja säännön muuttumisen välisestä erosta *Michael Moore*, s. 876 ja 877.

²⁷⁴ Ks. *Timonen*, Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä, s. 115 ja 138–141.

²⁷⁵ *Sundberg*, s. 330 ja 331.

²⁷⁶ *Raz*, *Legal Principles and the Limits of Law*, s. 830 ja 833 ja *Hart*, postscript s. 261 ja 262. Sääntöjen painoarvoista tarkemmin *Schauer*, s. 117 ja 127.

Tähän näyttää perustuvan myös *Pöyhösen* luokittelu ankariin ja tavallisiin oikeussääntöihin sekä ensisijaisiin (*prima facie*) ja tavallisiin periaatteisiin. Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 51 ja 52.

nen tapa, jolla säännösten sanamuotoja on aineellisilla perusteilla sivuutettu, on niiden selittäminen jonkin aineellisen periaatteen poikkeuksiksi tai osoittamalla niille poikkeussäännön asema systematiikassa. Esim. rajoituksia omistajan oikeuksiin on usein tulkittu suppeasti sen takia, että niiden on katsottu olevan poikkeussääntöjä. Suora tai tavanomainen tulkinta tai soveltaminen voi estyä myös sen takia, että lopputulos on ristiriidassa säännön omien aineellisten tavoitteiden tai oikeutusten kanssa tai muiden aineellisten syiden takia niin kuin edellä esimerkkitapausten yhteydessä todettiin. Tulkinta voi olla myös sanamuodon vastainen. Poikkeava lopputulos voi siis johtua puhtaasti aineellisesta syystä.

Eri asia on, kuinka korkeana *poikkeamiskynnystä* pidetään, eli kuinka painavia perusteluja edellytetään sanamuodon vastaiselta tulkinnalta, ja mitkä ovat poikkeamisen edellytykset yksittäisessä tilanteessa tai ratkaisussa.²⁷⁷ Suomessa tämä kynnys on perinteisesti ollut varsin korkea, eli Suomen oikeus- ja tulkintaperinne on ollut korostetun formalistinen. Voidaan puhua erityisesti *suomalaisesta legalismista* tai lakipositivismista. Formalismia on kuitenkin nykyisin lievennettävä, koska jo EU-oikeuden mukanaan tuomat velvoitteet edellyttävät uudenlaisia tulkintoja ja myös suoranaisia poikkeuksia säännösten sanamuodoista. Painavin perustelu on kuitenkin suuremman huomion kiinnittäminen aineelliseen ja rationaaliseen oikeudenmukaisuuteen.²⁷⁸ Katson korkeimman oikeuden myös omaksuneen aiempaa liberaalimman tulkinta-asenteen.

Äärimmäinen tai puhdas sääntöpohjainen malli ei ole mahdollinen sen enempää rikos- kuin siviilioikeudessaakaan. Sanamuodoissa osoitetut tosiseikat ovat kuitenkin tärkeitä, koska niissä on tuotu lainsäädäntöprosessin kautta esiin, mitä tosiseikkoja yhteisössä pidetään keskeisinä ja tärkeimpinä. Kielen suhteellinen semanttinen itsenäisyys mahdollistaa päätöksenteon yksiselitteisen ohjauksen useissa tapauksissa. Myös tulkinnanvaraisissa ja sääntelemättömissä tilanteissa säännöillä on tässä suhteessa vahva, vaikkakin suhteellinen asema. Seuraavassa pyritään tarkastelemaan, mitä tällä on merkitystä lainopillisen tiedon kannalta.

Päätöksenteon ohjauksessa on kysymys yhteisön kannan ja sopimuksen eksplikoinnista ja tässä mielessä yhteisön kollektiivisen »tahdon» eli tradition toteuttamisesta ja objektiivisuuteen pyrkimisestä. Kirjoitetun lain säännökset ovat selkeästi ohjauksen tärkein elementti. Tulkitsijan ja päätöksentekijän tarve saada luotettavaa tietoa tästä kannasta tai tahdosta ja sen mahdollisista muutoksista edellyttää sääntöpohjaista mallia. Voimme olettaa, että tutkijan ja tuomarin on liityttävä osaksi lain ja päätöksenteon *traditioon mutta myös jatkettava ja kehitettävä sitä* eteenpäin. Muutoin ei voida puhua voimassa olevan oikeuden ref-

²⁷⁷ Ks. *Taxell*, Rätt och demokrati, s. 290 ja 291.

²⁷⁸ Ks. *Takki*, s. 215.

lektoinnista ja soveltamisesta. Tässä mielessä *Dworkinin* vertaus, jossa hän kuvaa tulkintaa ja päätöksentekoa *ketjuromaanin* tai romaanin uusien lukujen kirjoittamiseksi, on osuva.²⁷⁹ Romaania ei voi mielekkäästi jatkaa, jos ei tunne sen aikaisempaa juonta ja jos ei sitoudu siihen. Kysymys on siis sitoutumisesta entiseen ja annetusta muutosprosessista, jolla on jo jokin sijainti ja suunta, mutta samalla myös *kertomuksen luovasta jatkamisesta*. Dworkin jakaa tässä omaksutun näkemyksen, jonka mukaan lähtökohtana ovat tavanomaiset, sinänsä menneisyydessä olevat oikeuslähteet, mutta ne on tulkittava nykyhetkessä, antamalla niiden tulkintahetken tradition mukainen tulkinta (*objektiivinen* tai *ratio legis -tulkinta*). Intentionaalinen tulkinta palautuu konstruktiviseksi.²⁸⁰ Sääntöjen ohjaus menneisyydestä tarkoittaa näin ollen kielen suhteellista muuttumattomuutta. Lähdetekstin ymmärtäminen on sidottua, vaikka se tapahtuu nykyhetkessä.

Tulkitseminen merkitsee johtopäätöksiä termien ja lauseiden nykyisten merkitysten perusteella ja päätöksentekoa vallitsevan oikeudellisen tradition perusteella. Tämän takia en näe lainopillista tulkintaa »keskusteluna» tai »dialogina»

²⁷⁹ *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 111, 229, 232, 233, 235, 237, 239, 313 ja 338.

²⁸⁰ Kirjaimellisesti ottaen intentionaalinen (subjektiivinen tai historiallinen) tulkinta ei ole edes mahdollinen, ja esim. lain esitöiden käyttäminen argumenttina voi tarkoittaa vain niiden tulkitsemista nykyhetkessä, tulkitsijan tradition puitteissa ja suhteessa esillä olevaan tilanteeseen tai kysymykseen. »Lainsäätäjän» tai muiden lähdetekstien kirjoittajien ajatuksista tai tarkoituksista ei voi tietää, eikä niitä ole edes hyödyllistä lähteä etsimään. Skeptistä argumenttia painavampi onkin seikka, että lainsäätäjän hypoteettinen tahto on *turha konstruktio*, joka ei sinänsä tarjoa mitään oikeutusta. Asiallisesti kysymys palautuu aina aineellisiin, tavoite-, periaate- tai muihin vastaaviin perusteluihin. Tulkintaongelmia ei myöskään ratkaista siten, että käydään kysymässä vastaus hallituksen esitystä valmistelleelta ministeriön virkamieheltä, eduskunnan tai sen valiokunnan jäseneltä tai ennakkopäätösten osalta, korkeimman oikeuden tuomarilta. Käytettävissä ovat vain nimenomaiset lähdetekstit. Intentionaalisiksi nimetyt tulkintamenetelmät osoittautuvat objektiivisiksi, myös ns. hypoteettisen lainsäätäjän tahdon konstruktio. Niin kuin Dworkin osoittaa *Hermeksen* tulkintatehtävä osoittautuu mahdottomaksi. *Dworkin*, *A Matter of Principle*, s. 52–54 ja *Law's Empire*, s. 324, 330, 334–336, 351 ja 352. Samoin *Ekelöf*, *Rättegång I*, s. 57. Tulkintamalleista ja laaja intentionaalisen tulkinnan analyysi, ks. *Marmor*, s. 38 ja 39 ja alk. s. 155.

Edellä esitetyn tueksi voidaan viitata Dworkinin esimerkkiin luonnonsuojelulain tulkinnasta, joka liittyy *the Snail Darter* -tapaukseen. Seuraava päättely *toisen* henkilön tai tahdon *uskomuksista* ei ole pätevä: Jos lakitekstin mukaan (= tunnettu »lainsäätäjän tahto») rakennustoita, jotka uhkaavat uhanalaisia eliölajeja, ei saa toteuttaa, ja jos projekti X uhkaa uhanalaisia eläinlajeja y, niin lainsäätäjän tahdon mukaista on, että X:ää ei saa toteuttaa. Uskomukset, että X uhkaa y:tä ja että X:ää ei saa toteuttaa ovat *tulkinnan esittäjän uskomuksia* ja *tulkinta sen esittämishetkellä*, eivät kenenkään muun. *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 20 ja 331.

Intentionaalinen tulkinta on ominaista *Razin* tyypiselle lakipositivisille, koska Raz pyrkii personoimaan lain auktoriteetin ja näkee oikeussäännöt kielellisinä viesteinä tulkitsijalle ja ratkaisijalle. Ks. esim. *Raz*, *The Authority of Law*, s. 18 ja *Ethics in the Public Domain*, s. 218, 277 ja 278. *Michael Moore*, s. 890.

tekstin kanssa niin kuin *Gadamer*.²⁸¹ Tulkinta on tässä suhteessa yksipuolista. Toisin kuin Dworkin näyttää ajattelevan tulkitsijan kädet ovat kuitenkin varsin pitkälle sidotut.²⁸² *Sitoutuminen* lähdeteksteihin merkitsee myös sidottua tulkintaa. Tämä johtuu tulkitsijan konventionaalisesta kielestä, sen suhteellisesta semanttisesta itsenäisyydestä ja traditiosta, jonka puitteissa lainopillinen tulkinta tehdään. Nämä sitovat elementit eivät tule kuitenkaan tekstin kirjoittajan kontekstista vaan tulkitsijan tulkintahetken kontekstista. Lähdetekstit ymmärretään tulkintahetken kielen sääntöjen mukaan (vaikka kielen sääntöjen muutos onkin hyvin hidas verrattuna tulkinnan muuttumiseen) ja tulkitaan tulkintahetken oikeudellisen tradition mukaisesti. Tulkinnassa tekstien sitovuuden aste määräytyy sen mukaan, *kuinka liberaali tulkinta tulkintahetkellä sallitaan*. Tämä ei ole tekstin kirjoittajan määrättävissä. Koska sitoutuminen kohdistuu nykyhetkeen, on luontevaa, että vanhojen lähdetekstien suhteen sallitaan liberaalimpi tulkinta kuin uusien kohdalla. Traditio muuttuu, ja siksi ajan kuluessa menneisyydestä tapahtuvan ohjauksen sitovuus heikkenee.²⁸³ Tässä suhteessa kirjoittajan konteksti ja traditio jää tulkitsijalle sinänsä tuntemattomaksi, koska hänellä on vain oma traditionsa, jonka mukaisesti tulkinta voi ainoastaan tapahtua.²⁸⁴

Lainopillinen tulkinta on myös aina sen antajan tekemä tulkinta, johon liittyy *vastuu* esim. sen hyväksyttävyydestä ja seuraamuksista, eikä tulkitsija voi piiloutua esim. »lainsäätäjän selän taakse». Dworkin näyttää antavan uusien lukujen kirjoittajalle varsin vapaat kädet mutta tätä kautta myös suuren vastuun suhteessa aiempaan traditioon.²⁸⁵ Vaikein kysymys onkin, missä määrin mennyt eli tradition historia kielen semanttisen itsenäisyyden avulla sitoo nykyhetkessä jatkajan kädet ja rajoittaa tulkinta- eli etenemisvaihtoehdot.

Kertomuksen jatkaminen sisältää aina *muutoksen*, koska tarinaa on jatkettava eteenpäin muuttuvissa olosuhteissa.²⁸⁶ Paikallaan pysyminen ja tradition muuttumattomuus ei ole mahdollista, vaikka muutos olisikin hidas. Tässä mielessä pysyminen entisessä tulkintavaihtoehdossa uusissa olosuhteissa merkitsee myös

²⁸¹ *Gadamer*, s. 250, 363, 365, 367 ja 373. *Kusch*, s. 113.

²⁸² *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 52. *Gadamerin* ihmisen epävapauteesistä suhteessa traditioon, *Kusch*, s. 107.

²⁸³ Muutos on yleensä hidas, mutta ns. murrosvaiheissa se voi olla hyvinkin nopea. Tämä luonnollisesti näkyy lainmuutoksina ja muutoksena murrosta edeltävien lähdetekstien tulkinnassa.

²⁸⁴ Historiallisessa tutkimuksessa tutkija voi luonnollisesti pyrkiä ymmärtämään eri ajan kulttuuria. Toisaalta tämä voi tapahtua vain kehittämällä tai laajentamalla tutkijan omia käsitteellisiä ja kulttuurisia valmiuksia. Tutkija tai hänen lukijansa ei voi mennä oman tajuntansa ja kielensä ulkopuolelle, ja mennyt voi tarkastella vain nykyhetkestä käsin.

²⁸⁵ Ks. *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 248 ja 249.

²⁸⁶ Ks. *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 348.

muutosta, koska vaihtoehdon konteksti ja edellytykset eivät enää ole samat. Näin ollen Dworkin on oikeassa, kun hän katsoo, että katseen suuntaaminen pelkääseen menneisiin päätöksiin ei ole hyväksyttävä vaihtoehto. Toisaalta muutos lähtee annetuista lähtökohdista, ja kehittää traditiota osa kerrallaan. Niin kuin Dworkin itse toteaa, viitaten *Neurathin* tunnettuun metaforaan, merellä olevaa laivaa voi korjata vain vaihtamalla sen lankkuja yksi kerrallaan.

Sitoutuminen traditioon ja sen nykyhetken kehitysvaiheeseen on myös käsitteellisesti välttämätöntä, mikäli tulkintaa ja ratkaisuja halutaan pitää *objektiivisina*. Edellä mainittu tulkitsijan vastuu merkitsee myös vastuuta siitä, että esitetty kanta täyttää objektiivisuuden kriteerit. Objektiivisuus tarkoittaa tällöin *yhteisön* oikeudellisen tradition ja sen kehityksen eksplikoimista, ja subjektiivisuus yksilöllisten mieltymysten, arvostusten ja etujen noudattamista. Ensisijainen objektiivisuuden kriteeri on tulkinnan ja päätöksenteon yhdenmukaisuus suhteessa soveltuviin tai analogian kautta käytettäviin positiivisiin sääntöihin.²⁸⁷

Sääntöpohjainen lähestymistapa on myös toisessa suhteessa käsitteellisesti välttämätön. Varsinaisen systematiikan ohella säännöt ovat tärkein tapa, jolla tulkittava tai ratkaistava tapaus yksilöidään ja ymmärretään. Tämä määrittely voi tapahtua vain yleisemmän tason käsitteiden avulla. Kysymys on yksinkertaisesti sen *määrämisestä, mistä tapauksessa on kysymys*. Tulkinnan kohteena oleva tapaustyyppi tai ratkaisun kohteena oleva tapaus on välttämättä jotenkin määriteltävä, eli yleensä kuvattu *toiminta on määriteltävä teoiksi* kielen sääntöjen mukaisesti. Tämä määrittely merkitsee yleensä samalla tapauksen subsumoimista kielellisesti ilmaistun säännön alaisuuteen. *Marmorin* mukaan kielen ymmärtäminen merkitsee myös sen ymmärtämistä, mitä tekoja (tyyppitapauksia) sääntö koskee.²⁸⁸ Kielen säännöt antavat varsin pitkälle suuntaviitat myös tulkinnalle. Tämä ilmaisee suoraan kielen semanttisen itsenäisyyden ja akontekstuaalisuuden, mutta kieli on myös suhteellisen avointa. Etukäteen määrättyinä, mutta vain lähtökohtaisesti määrättyinä voidaankin pitää tyyppitapauksia, mutta muutoin soveltaminen on tulkinnanvaraista. Jos tulkitsija tai ratkaisija määrittelee teon siten, että määritelmä on yhteneväinen valmiin kirjoitetun säännön kanssa, merkitsee määritelmä jo lähtökohtaa soveltamiselle. Määritelmässä tapahtuu jo kielellinen subsumptio, eli oikeustosisekkujen määrittelemineen, jolloin merkittävä osa tulkintaa tai päätöstä on jo asiallisesti ottaen tehty. Välttämätön lisäaskel on kuitenkin itse soveltaminen eli oikeudellinen subsumptio.

Äärimäinen tai puhdas partikularistinen malli on myös mahdoton, koska tapaus tai tulkintatilanne on jotenkin määriteltävä ja nimettävä, mikä on mahdol-

²⁸⁷ Ks. *Schauer*, Formalism, s. 544 ja *Dworkin*, Law's Empire, s. 340.

²⁸⁸ *Marmor*, s. 148.

lista vain yleisten, jo tunnettujen ja omaksuttujen käsitteiden avulla. Määrittelemisen on varsin pitkälle, mutta ei ehdottomasti sidottua. Avainasemassa ovat yhteinen kieli, instituutiot ja niiden alaiset oikeudelliset käsitteet. Tapaus voidaan ymmärtää ja siitä voidaan lausua jotain vain kategoristen ja tässä merkityksessä kaavamaisen yhteisen kielen käsitteiden avulla. Jokainen tapaus tai tulkintatilanne ei voi olla käsitteellisesti oma itsenäinen tapauksensa tai tilanteensa, koska se jäisi muutoin lausumattomaksi. Kielen kategorisuus estää puhtaan partikularistisen mallin. *Lähtökohtana on näin ollen välttämättä oltava tässä mielessä sääntöpohjainen päätösmalli, koska ilman jo käytettävissä oleviin sääntöihin sisältyviä yleisiä käsitteitä tapaus jää määrittelemättömäksi.* Lähtökohtana on välttämättä sekä yhteinen kieli että jo olemassa olevan yhteisön oikeudellinen traditio, koska niille ei ole vaihtoehtoa. Toisaalta sääntöpohjaista mallia ei voida ylläpitää ehdottomana aiemmin mainituista syistä.

Sääntöpohjaisen mallin asema välttämättömänä lähtökohtana tulee välillisesti ilmi kaikki seikat huomioon ottavan mallin tarkemmassa määrittelyssä. Keskeisessä asemassa on mahdollisuus epätavallisiin tulkintoihin *säännöksen tai ennakkopäätöksen puitteissa*, tai kysymys on mahdollisuudesta *poiketa sanamuodosta*. Sanamuodon vastaisuus edellyttää myös käsitteellisesti sääntöpohjaista mallia lähtökohdaksi. Olettamuksena on, että mikäli soveltuvia lähdetekstejä on käytettävissä, ne otetaan kaikissa tapauksissa vakavasti huomioon, eli niitä pidetään vähintäänkin yhtenä lähtökohtana.

2. *Sääntöpohjaisen mallin aineellistaminen.* Edellisen perusteella eron sääntöpohjaisen ja partikularistisen päätöksentekomallien välillä voidaan sanoa ilmevän myös *päätöskriteerien ja -perusteiden määränä*. Puhtaana kumpikaan malli ei ole mahdollinen. Sääntöpohjainen malli suosii harvoja, muuttumattomia tosi-seikkoja päätösten perusteina ja pyrkii näkemään tapaukset kategorioituina harvempiin luokkiin, siis mahdollisimman monet tapaukset samanlaisina. Partikularistinen malli suosii sen sijaan yksityiskohtien runsautta, korostaen erilaisten tapausten välisiä eroja, ja se näkee mahdollisimman paljon erilaisia tapauksia. Voidaan myös sanoa, että sääntöpohjainen malli suosii harvoja laaja-alaisia sääntöjä, ja niihin tehtäviä harvoja, ennalta määrättyjä poikkeuksia. Partikularistinen malli sen sijaan pyrkii näkemään mahdollisimman suuren määrän yksityiskohtaisia sääntöjä ja olettaa, että huomioon on aina otettava suuri määrä ennalta määrittämättömiä poikkeusmahdollisuuksia ja väliin tulevia tekijöitä.

Presumptiivisessa positivismissa kysymys ei ole vain oikeudellista päätöksentekoa koskevasta asiasta. Jos edellytetään, että lainopillisessa kirjallisuudessa esitetty tapa argumentoida ja tuoda esiin erilaisia mahdollisia tosiseikastoja on vastaava ja adekvaatti suhteessa päätöksentekoon, sama mallien välinen ero tulee näkyviin myös lainopissa. *Kysymys on yleensä tavasta argumentoida ja tul-*

kita lakia ja siitä, nähdäänkö oikeuden säännöt mahdollisimman ehdottomina, harvoina ja laajoina kategorioina vai detaljirikkaana ja yksittäistapauksellisenä »mosaiikkina», eli kysymys on käytettävien kategorioiden laiveudesta ja samalla erilaisten poikkeusmahdollisuuksien ja väliintulevien tekijöiden huomioon ottamisesta.

Suomalaisessa siviilioikeudessa näiden kahden mallin välisen eron on tuonut esiin *Helin* tarkastelemalla 1940-luvun lainopillista kirjallisuutta. Hän osoittaa tavan, jolla skandinaavisen realismin motivoima sääntöskeptismi ja reaalisten argumenttien painottaminen johti eräillä kirjoittajilla abstraktien ja kaavamaisien sääntöjen ja yleisten luokittelujen hylkäämiseen. Samanlaisuuden sijasta huomio piti kiinnittää erilaisuuteen. He osoittivat suuren joukon erilaisia käytännön tilanteita, joissa ilmeneviin ongelmiin pyrittiin reaalisten argumentteihin tukeutuen antamaan ratkaisuja.²⁸⁹ Ilmeistä on, että myös näissä tutkimuksissa tulkin-toja on välttämättä ohjannut jokin systematiikka tai muu kielellinen kategoriointi, koska ilman niitä mitään kysymyksiä ja ongelmatilanteita ei olisi voitu edes nimetä tai kuvata. Kysymys on aina välttämättä vähintäänkin asioita nimeävistä käsitteistä.

Uudessa lainsäädännössä ja -tulkinnessa voidaan myös havaita tendenssi kohti tarkempia ja suppeampia kategorioita. Kysymys on esim. abstraktien henkilöiden eli oikeusasemien tarkemmasta määrittelystä. Yksinkertainen esimerkki on *kuluttajaostajan* määritelmä vuoden 1978 kuluttajansuojalaissa (1, 3 ja 4 §). Keskeistä tässä yhteydessä on, että aineellisen oikeudenmukaisuuden katsotaan edellyttävän, että kaikkia ostajia ei voi pitää samanlaisina tapauksina, vaan kuluttajaostajan asema suhteessa elinkeinonharjoittajamyyjään haluttiin määritellä toisenlaiseksi kuin ostajan asema muissa kaupoissa. Ostajan ja myyjän tosiasialliset asemat eivät tässä tapauksessa ole tasavertaiset, niin kuin oli edellytetty, joten oikeutettuna pidetään laajennettua myyjän vastuuta ja laajempia ostajan oikeuksia. Kehitystä voidaan kutsua *oikeuden aineellistamiseksi*.²⁹⁰ Muodollinen oikeudenmukaisuus toteutuu myös tämän uudelleenmääritelmän jälkeen, koska lähtökohtana on, että kuluttajaostajaa ja muuta ostajaa pidetään erilaisina tapauksina. Sama tarkennettu käsitteistö on myöhemmin levinnyt muuallekin lainsäädäntöön ja oikeuskäytäntöön.

Toisaalta tärkeää on havaita, että myös tarkennettu kategoria, kuluttajaostajan käsite on edelleen abstrakti oikeusasema, siis myös edelleen omalla merki-

²⁸⁹ *Helin*, Käsitteistä pääättelemisestä, s. 89 ja 90 ja *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 286. *Helin* viittaa *af Hällströmin* ja *Taxellin* tutkimuksiin.

²⁹⁰ *Wilhelmsson* puhuu materiaalisesta (substantiv) rationaalisuudesta. *Wilhelmsson*, *Social Civilrätt*, s. 36, 38, 45, *Critical Studies in Private Law*, alk. s. 60 ja Suomen kuluttajansuojajärjestelmä, s. 26 ja 28.

tys- ja soveltamisalallaan lähtökohtaisesti kaavamainen käsite.²⁹¹ Kysymys on tämän jälkeen siitä, pyritäänkö tämän käsitteen soveltamisessa kaavamaiseen vai muutkin seikat kuin kuluttajaostajan määritelmässä mainitut seikat huomioon ottavaan harkintaan.

Sääntöpohjaisen mallin asema lähtökohtana ilmenee nähdäkseni selkeästi myös tosiasiallisessa oikeudellisessa päätöksenteossa. Sääntöpohjainen malli ja sääntöjen soveltaminen ei ole kuitenkaan niin ehdoton asia kuin Raz sen näkee.²⁹² Sääntöpohjaisen mallin huonoja puolia, erityisesti edellä mainituissa »tärkeämissä» tapauksissa ja tulkintatilanteissa, voidaan ehkäistä juuri luopumalla ehdottomuudesta. *Partikularistinen lähestymistapa ja malli voidaan nähdä poikkeamismahdollisuutena sääntöjen kaavamaisesta soveltamisesta.* Ainellinen oikeudenmukaisuus edellyttää, että on käytettävissä »pakoteitä» ja »varaventiileitä» kaavamaisuudesta, kun tulkinnan tai ratkaisun lopputuloksen hyväksyttävyyttä sitä selkeästi vaatii. Ainellinen oikeudenmukaisuus edellyttää tällöin mahdollisuutta joko sanamuotojen venyttämiseen tai kokonaan niistä poikkeamiseen. Tässä pyritään näin ollen navigoimaan reittiä aiemmin mainittujen *Skyllan* ja *Kharybdiksen* välitse.

Lainsäätäjän kannalta tämä merkitsee, että säädöksissä ei pyritä täydellisyyteen, so. kaikkien tilanteiden ja poikkeusmahdollisuuksien huomioon ottamiseen, vaan tulkinnat ja poikkeaminen jätetään lainkäyttäjän harkintaan. Edes tärkeimpien erikoistilanteiden tai poikkeuksien tyhjentävä huomioon ottaminen etukäteen ei ole myöskään mahdollista.

Edellä lausuttu merkitsee myös, että Razin käsitteistö, jossa lähtökohtana on jako poissulkeviin määräyksiin (*orders*) ja kehotuksiin tai toivomuksiin (*requests*) on liian jyrkkä, vaikka Raz ei pidäkään määräyksiä absoluuttisina.²⁹³ Kehotukset poikkeavat määräyksistä, koska niihin ei Razin mukaan liity poissuljentaa. Kehotuksia on noudatettava, jos niiden painoarvo suhteessa muihin vastasyihin sitä edellyttää. Määräysten osalta kaikki seikat huomioon ottava harkinta tai mahdollisuus poikkeavaan lopputulokseen ei merkitse lain auktoriteetin kieltämistä niin kuin Raz näyttää ajattelevan.

Lähtökohdaksi voidaan hyväksyä Razin periaate laista (lakitekstistä) auktoritatiivisena syynä tulkinnalle tai ratkaisulle, mutta tällaista *perustetta tai syytä*

²⁹¹ *Wilhelmsson*, Questions for a Critical Contract Law, s. 21 ja 23. Wilhelmsson on valmis viemään aineellistamisen hyvin pitkälle, yksittäisiin konkreettisiin henkilöihin (luonnollisten henkilöiden osalta), ja sääntelyn yksi lähtökohta olisi heidän tosiasiallinen sosiaalinen asemansa ja tosiasialliset tarpeensa. *Wilhelmsson*, Critical Studies in Private Law, s. 80–83, 93, 97 ja 98.

²⁹² Ks. *Michael Moore*, s. 859.

²⁹³ *Raz*, The Authority of Law, s. 22, 23, 27 ja 33.

*ei pidetä poissulkevana, vaan se vaatii itselleen vahvasti etuoikeutetun, priorisoidun perusteen tai syyn aseman.*²⁹⁴ Auktoriteettiasemansa lakiteksti ansaitsee aineellisten oikeutustensa ja normien sopimusperustan kautta. Ei ole mitään syytä hyväksyä poissuljentaa edes lähtökohdaksi, koska väliintulevan tekijän mahdollisuus on aina pidettävä kuitenkin avoimna. Itse asiassa jyrkkä tulkinta poissulkevalle syyille merkitsee, että joudutaan sulkemaan pois kaikki asialliset edellytykset tehdä tulkintajohtopäätös tai -ratkaisu.²⁹⁵ Ajatus muiden normien tai aineellisten argumenttien poissuljennasta ei ole adekvaatti, koska vaikka muut kuin varsinaiset tulkinnan perustaksi asetetut argumentit eivät suoraan vaikuta lopputulokseen, ne otetaan huomioon, tai niiden toissijaiseen asemaan jättäminen tai sivuuttaminen joko perustellaan erikseen, tai se voidaan perustella. Usein keskeisen osan tulkintasuosituksen tai ratkaisun argumentteja muodostavat perustelut, miksi jokin seikka on jätetty toissijaiseen asemaan tai miksi se ei ole vaikuttanut lopputulokseen. Näin on myös, kun seikka suljetaan pois kaavamaisesti sen takia, että se ei sisälly säännön varsinaiseen tunnusmerkistöön, eikä voida osoittaa poikkeussääntöä, jonka tunnusmerkistöön se kuuluu. Ei ole järkevää puhua poissuljennasta, jos lopputulosta vastaankin puhuvat seikat kuitenkin *otetaan huomioon*. Tässä, *laajassa merkityksessä* lainopillinen tulkinta on yleensä *kaikki seikat huomioon ottavaa*.

Lähtökohtana ja pääsääntönä ovat kirjoitetun lain sanamuodot, niiden esitöiden tai ennakkopäätösten osoittamat säännöt ja niiden normaali, vakiintuneiden tulkintaperiaatteiden mukainen soveltaminen, mutta kaikissa tapauksissa tätä tietä ei käydä loppuun saakka, vaan avoimeksi jätetään mahdollisuus poikkeuksiin.²⁹⁶ *Ceteris paribus* -ehto on olennainen osa lainopillista tulkintaa. Yleisellä tasolla muodollinen oikeuttaminen ei ole vielä riittävä oikeuttaminen, eikä säännön muodollinen voimassaolo ole vielä riittävä eikä muut syyt poissulkeva syy. Aineellisilla mutta myös objektiivisilla perusteilla, esim. päämäärä-, oikeus- tai taroituksenmukaisuusperusteilla, jos ne ovat riittävän painavia, voidaan poiketa normaalista lopputuloksesta ja jopa sivuuttaa muodollisesti pätevä lähde kokonaan.

Pidän selvänä ja tärkeänä, että mainittu *poikkeaminen edellyttää erityistä perusteluvelvollisuutta* niin lainopillisessa tulkinnassa kuin päätöksenteossakin yleisen perusteluvelvollisuuden lisäksi. Edellytän perustelujen tällöin ilmaiseva rationaalisuutta sen aineellisessa ja laveassa merkityksessä. *Klamin* terminologiaan viitaten voidaan todeta, että sillä taholla on erityinen *argumentaatiotaakka*, joka

²⁹⁴ Ks. *Marmor*, s. 115.

²⁹⁵ *Michael Moore*, s. 885 ja 895. Ajautusta etuoikeutetusta syystä poissulkevan syyn asemasta voidaan pitää myös Mooren tavoittelemana vaihtoehtoisena auktoriteettikäsityksenä.

²⁹⁶ *MacCormick*, s. 69 ja 70 ja *Shiner*, s. 296.

vaatii normaalitulkinnasta tai muodollisen oikeusohjeen sanamuodosta poikkeamista.²⁹⁷ Myös muodollisilla lähteillä on painoarvo, ja ne voivat syrjäytyä painavamman argumentin edessä.

Siviilioikeudessa on tilanteita, joissa ei voida osoittaa suoraan soveltuvia lain säännöksiä ja ennakkopäätösten osoittamat säännöksetkin tarjoavat enintään analogisia lähtökohtia. Tällöin on selvää, että partikularistinen lähestymistapa hallitsee tulkintaa.

Presumptiivisen positivismin mukaisen ajattelutavan ilmenemisestä suomalaisessa oikeuskäytännössä voidaan jälleen esimerkkinä käyttää *korkeimman oikeuden* ratkaisua, 1994:44, jonka rubriikki on seuraava:

Osamaksukaupan rahoittanut luotonantaja ei ollut kuluttajansuojalain 7 luvun 13 §:n nojalla vastuussa vahingosta, joka oli syntynyt ostajalle sen johdosta, ettei osamaksumyyjä ollut täyttänyt muutoin kirjallisesti sovitun kaupan yhteydessä suullisesti antamaansa sitoumusta maksaa ostajan osamaksumyyjälle kaupassa luovuttamasta vaihtoesineestä ollutta maksamatonta velkaa, kun ostaja oli osamaksukaupasta laadituissa asiakirjoissa vakuuttanut, ettei vaihtoesineestä ollut velkaa eikä myyjän ottama maksuvastuu muutoinkaan ilmennyt luotonantajan käytettävissä olleista tiedoista.

Kiinnitän tässä huomiota vain korkeimman oikeuden perustelutapaan päätöksen varsinaisissa perusteluissa. Tapauksessa oli kysymys kuluttajansuojalain 7 luvun 13 §:n soveltamisesta. Säännöksen 1 momentin keskeinen merkitys on, että kulutusluoton kohdalla saamisen siirtäminen ei saa heikentää kuluttajavelallisen asemaa. Tämän takia kuluttajalla, joka on oikeutettu pidättymään maksusta tai saamaan hinnan palautusta mm. sopimusrikkomuksen johdosta myyjältä, on tämä oikeus myös luotonantaja-siirronsaajaa kohtaan, ei kuitenkaan suurempaa määrää kuin minkä luotonantaja on saanut kuluttaja-ostajalta maksuina. Kuluttaja on ko. tilanteessa asetettu parempaan asemaan kuin missä velallinen muutoin ns. tavallisen velkakirjan osalta, velkakirjalain 27 §:n mukaisesti on. KSL 7:13 on kirjoitettu ehdottomaan muotoon eikä mitään poikkeusmahdollisuuksia tuoda esiin, eikä säännöksessä nimenomaisesti mainita kokonaisharkinnasta.²⁹⁸ Perusteluissa korkein oikeus aluksi toteaa, että *tapauksessa* osamaksukaupan myyjän laiminlyönti on ollut kuluttajansuojalain 7 luvun 13 §:ssä tarkoitettu myyjän *sopimusrikkomus*. Tästä huolimatta korkein oikeus on harkinnut erikseen, onko luotonantaja tässä tapauksessa säännöksen mukaisesti vastuussa ostajaa kohtaan. Päätöksessä otettiin huomioon, että ostaja, myyjän myötävaikutuksella, oli nimen-

²⁹⁷ Ks. Klami, Juridisten argumenttien punnintamalli, s. 1072 ja 1074.

²⁹⁸ Myöskään lain esitoissa ei viitata mahdollisiin poikkeaviin ratkaisuihin, kokonaisharkintaan tai seikkoihin, jotka voivat estää säännöksen soveltamisen. Ks. HE 1985:88, s. 29 ja 30.

omaisesti antanut luotonantajan päätökseen vaikuttavista seikoista vääriä tietoja ja että ostajan ja myyjän kesken oli tehty kauppaan liittyviä sitoumuksia, joita ei oltu esitetty luotonantajalle kirjallisen sopimuksen yhteydessä. Tämän takia *tässä tapauksessa luotonantaja ei ole vastuussa ostajaa kohtaan.*

Ratkaisussa on selkeästi poikettu lähtökohtaisesti ehdottoman ja soveltuvan säännön mukaisesta lopputuloksesta perustelemalla poikkeaminen tyypillisellä kaikilla seikat huomioon ottavalla tavalla ja aineellisilla syillä. Perusteluissa on erikseen osoitettu seikkoja, jotka yhdessä puoltavat poikkeavaa ratkaisua, ja säännöksen mukaisesta vastuun- ja oikeuksien jaosta ostajan ja luotonantajan kesken on poikettu luotonantajan hyväksi. Asiallisina perusteina poikkeamiselle ovat yhtäältä ostajan väärinkäytökset (ostajan tuottamus), mikä oikeuttaa rajoittamaan hänen oikeuksiaan, ja toisaalta yllättävät ja ennakoimattomat vastuut, jotka oikeuttavat niistä vapauttamiseen luotonantajan puolella (luotonantajan luottamus).²⁹⁹

3. *Ehdottomasta lakipositivismista presumptiiviseen positivismiin.* Sääntöpohjaista mallia suhteellistaa myös kielen suhteellinen avoimuus ja kategorisuus. Tulkinnassa ja päätöksenteossa tämä ilmenee selkeästi oikeustositseikkojen määrittelyssä. Kirjoitetut tosiseikkakuvaukset ovat siinä mielessä aina yleisiä, että ne eivät voi suoraan määrätä, miten konkreettinen tapahtuma, mahdollisesti subsumoitava tapaus on kuvattava. Kuvaus voidaan aina tehdä säännön kanssa yhdenmukaisesti tai eri tavalla. Tällä tavalla sopiva sääntö voidaan usein myös valita. Valinnanvapaus ja määrittelyvapaus on kuitenkin vain suhteellista ja vaihtelee eri tapauksissa.

Kielen suhteellisen avoimuuden ja akontekstuaalisuuden välinen suhde ilmenee myös siten, että päätöksenteossa yhtäältä helppo ja tulkinnanvarainen tapaus ja toisaalta tulkintaratkaisu ja suoranainen säännöksen sanamuodon vastainen ratkaisu eivät ole useinkaan selkeästi erotettavissa toisistaan. Tiettyssä määrin ratkaisija voi itse määritellä käytettävät luokittelut ja määrätä subsumptiosta. Perinteisesti suorana säännöksen soveltamisena on esitetty myös varsin pitkälle meneviä tulkintaratkaisuja. Kysymys on tällöin *peitellyistä, ei avoimista lähdetekstien sanamuodoista poikkeamisista.* Ratkaisu on näkyvästi perusteltu sidotun ratkaisun ideaalin mukaisesti. *Tosiasiallisesti* asialliset *perustelut* ja varsinainen suoritettu tulkinta *on jätetty lausumatta*, mikä on selkeästi ristiriidassa ratkaisujen sekä yleisen että edellä esitetyn erityisen perusteluvollisuuden kanssa.

²⁹⁹ Ratkaisua voidaan myös kritisoida, ja ostajan hyväksi on esitettävissä aineellisia argumentteja. Kuluttajaostajan luottamus myyjään, käytännön autonmyyntitapojen ottaminen huomioon ja vakiosopimusehtojen keskeinen asema puoltavat ratkaisua ostajan hyväksi. Tapauksesta erikseen ja kyseisen tyyppiin tilanteisiin liittyvästä pohjoismaisesta keskustelusta ja ennakkotapauksista yleisesti *valeoikeustoiminäkökulman* ja ns. *tuottamus-* ja *legitimaatioteorioiden* puitteissa Kaisto, Onko siirronsajalla suojaa?, s. 21, 25, 27 ja 29.

Vastaavasti venyttämällä tai supistamalla käsitteiden aloja, voidaan sama ratkaisu usein nähdä joko tulkinnan tuloksena tai sanamuodon vastaisena.

Tärkeä tekijä teonkuvauksissa ja normin valinnassa on myös seuraamuksen määrittäminen. Aineellisen rationaalisuuden kannalta epätydyttävät seuraamukset, joihin oikeustositseikkojen tavanomainen määrittely ja subsumptio näyttävät johtavan, voivat myös aiheuttaa tarpeen määrittellä oikeustositseikat tavanomaisesta poikkeavalla tavalla.

Asiallisesti ottaen ratkaisuja ei nähdäkseni yleensä tehdä käytännössä eikä tulisikaan tehdä sokeasti ns. *ehdottoman lakipositivismin* mallin mukaisesti, vaan ratkaisussa harkitaan myös tulkinnan ja seuraamusten hyväksyttävyyttä suhteessa tapahtuneeseen kaikkine yksityiskohtineen.³⁰⁰ Voidaan sanoa, että hyvä ratkaisu

³⁰⁰ *Lakipositivismilla* tarkoitetaan tässä ontologista ja epistemiä näkemystä siitä, että voimassa oleva oikeus on säädettyä oikeutta (*ius positivum*) ja löydettävissä säädöksiä tulkitsemalla (*legal positivism*). Laki palautuu viranomaispäätöksiä sosiaalisina (ja institutionaalisina) tosiseikkoina. Tässä käytetään termiä lakipositivismi, ja käsite oikeuspositivismi tulkitaan *Rossin* tyyppiseksi realistiseksi oikeusteoriaksi. Kysymyksessä on siis selkeästi eri asia kuin yleistieteellinen tai filosofinen positivismi. Säädännäinen oikeus on annettua eli »tahdottua», ja tämän takia oikeuden *tahtoteoria* on usein liittynyt positivismiin. Lakipositivismista on lukuisia erilaisia tulkintoja. Ahdas näkemys lähtee siitä, että oikeudessa on kysymys vain säädetystä laista ja että muodollisesti pätevä laki (päättömenettely on ollut oikea) sitoo sen sisällöstä ja sen moraalista ansioista riippumatta. Esim. *Austin*, *Kelsen* ja *Raz* ovat »puhdaslinjaisesti» tällaisia lakipositivisteja. *Austin*, *The Province of Jurisprudence*, s. 9, 13 ja 32 ja *Raz*, *Ethics in the Public Domain*, s. 218. *Kelsenille* laki on vain perustuslain mukaisessa järjestyksessä annetut säädökset. *Kelsen*, s. 405. *Laakso*, s. 102. Ks. myös *Hart*, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, s. 49 ja 50.

Keskeiset lakipositivismin teesit ovat, että laki on »ihmisen tekemä» ja hänen tahtonsa tuote, että se ilmenee ensisijaisesti säädöksinä, jotka ovat ylin oikeudellinen auktoriteetti ja joita ei johdeta mistään niitä edeltävästä, ja kysymys on puhtaasti pitämisen »maailmasta». *Kelsen*, s. 392 ja 411. Positivismin käsitteestä ks. myös *Tolonen*, *Juha*, *Muutamia näkökohtia oikeustieteen nykytilasta*, s. 138 ja 144, *Aarnio*, *Oikeuden muoto ja sisältö*, s. 8, 10 ja 13 ja *Raz*, *The Authority of Law*, s. 37 ja 38.

Dworkin pitää positivismia yhtenä ns. *semanttisista oikeusteorioista*. Voidaan myös puhua *deskriptiivisistä* teorioista, joista *Dworkin* normatiivisen teorian kannattajana sanoutuu irti. Semanttisia teorioita yhdistää hänen mukaansa näkemys laista historiallisina tosiseikkoina, lain-säädäntöakteina ja ennakkopäätöksinä (*the plain fact view of law*). *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 7 ja 33.

Lakipositivismi ei tarkoita samaa kuin ns. *analyttinen oikeusteoria*, vaikka ne luontevasti liittyvätkin yhteen. Useimmat tunnetuimmat analyttisen suuntauksen edustajat, *John Austin*, *Kelsen* ja *Hart* ovat myös positivisteja, heidän analyysinsä perustuvat lakipositivismiin. Analyttinen suuntaus on ollut säädännäiseen oikeuteen liittyvien keskeisimpien käsitteiden analyysiä. Tämän takia esim. *Dworkinin* analyttisen suuntauksen ja konventionalismin kritiikki on samalla myös lakipositivismin kritiikkiä. Analyttinen suuntaus on enemmän metodologinen kuin ontologinen tai episteminen lähestymistapa lakiin. Analyttistä suuntausta voidaan verrata empirismiin, joka usein liittyy tieteelliseen realismiin. *Shuman*, s. 12 ja 13. Ks. *Aarnio*, *Sananen »lakipositivismista»*, s. 278.

sisältää aina kuvatun kokonaisarvion, vaikka se ei lopulliseen ratkaisuun näkyvästi vaikuttaisikaan. Tärkeää on huomata, että tässä luonnosteltava tulkinta- ja ratkaisumalli eräänlaisena *synteesinä* formalismin ja aineellisen lähestymistavan pohjalta edellyttää tulkitsijalta ja ratkaisijalta todellista aineellista harkintaa ja vastuun ottamista, ei ainoastaan epätavanomaisissa tapauksissa, vaan kaikissa tapauksissa. Presumptiivisen positivismin mukainen tulkinta ja perusteleminen on vaativampaa kuin perinteisen lakipositivismin mukainen.

Normaalista poikkeava ratkaisu on aina mahdollinen, joten sen mahdollisuus on aina tutkittava; eli sisällöllinen hyväksyttävyyys on jokaisessa ratkaisussa myös erikseen harkittava. Sama koskee johtopäätöksiä lainopillisessa tulkinnassa.³⁰¹ Eri asia ja harkinnan seuraavat vaiheet ovat kysymykset, *onko syytä ja edellytyksiä tehdä poikkeava ratkaisu.* Ratkaiseva tekijä on tradition asettaman poikkeuskynnyksen korkeus. Lisäksi on huomattava, että myös puhtaasti aineellisen harkinnan piirissä joudutaan usein ongelmatilanteisiin, jolloin joudutaan punnitsemaan erilaisiin tuloksiin ohjaavia periaatteita tai tavoitteita. Vapausperiaatteet tai tasa-arvo lain edessä voi puoltaa paitsi poikkeavaa myös muodollisesti korrektia johtopäätöstä tai ratkaisua. Vaikka poikkeamistarve ja edellytykset siihen eivät ole sama asia, olen vakuuttunut, että poikkeamistarpeen tunnustaminen ja havaitseminen ovat omiaan madaltamaan kynnystä.

Edellä kuvatun synteesin avulla voidaan torjua *Dworkinin* konventionalismin (lakipositivismin) kritiikki, jonka mukaan konventionalistiselle tulkitsijalle riittävät yhteisössä sovitut muodolliset lain kriteerit (*pedigree and historical facts*) eikä hän tarvitse aineellisia perusteluja.³⁰²

Voidaan kuitenkin olettaa, että useimmissa tapauksissa kokonaisarviossa voidaan todeta, että säännöksen suora soveltaminen johtaa sellaisenaan hyväksyttäviin seuraamuksiin tai että seuraamusten määrittämisessä säännösten mukaisesti käytettävissä oleva harkintavalta johtaa tällaisiin seuraamuksiin. Useimmissa tapauksissa sääntöpohjainen ja partikularistinen malli johtavat samaan lopputulokseen, jolloin päätös voidaan tehdä hyväksyttävällä tavalla suoran soveltamisen muodossa. *Useimmissa tapauksissa voidaan näin ollen menetellä ainakin näennäisesti ehdottoman lakipositivismin mukaisesti.* Tämä on myös koko säädännäisen järjestelmän perusedellytys.

Säännösten sanamuodoista voidaan poiketa näkyvästi tai »piilotetusti». Tapauksen oikeustosisiikkojen epätavanomainen määrittely on »piiloon jäävää» partikularismia, koska siinä poikkeamista ei tuoda näkyvästi esiin, tekemällä rat-

³⁰¹ Ks. *Pöyhönen*, Juridisista teorioista, s. 83 ja 84 ja *Peczenik*, On Law and Reason, s. 316 ja 317.

³⁰² *Dworkin*, Law's Empire, s. 136. Ks. *Hart*, postscript, s. 251.

kaisu käytettävissä olevan poikkeussäännön tai väliin tulevan tekijän perusteella. Näkyvämmiin sellaisten seikkojen huomioon ottaminen, joita säännön sanamuoto ei mainitse, tehdään määrittelemällä tosiseikat niin, että ne täyttävät käytettävissä olevan poikkeussäännön tunnusmerkit. Toinen mahdollisuus on turvautua siinä määrin väliin tuleviin tekijöihin kuin yhteisön oikeustraditio antaa siihen mahdollisuuden. Väliin tulevina tekijöinä pidetään tällöin silmällä ennen kaikkea säännösten tavoitteita ja oikeutuksia ja aineellisia oikeusperiaatteita, jotka estävät kirjoitetun lain soveltamisen normaalitulkinnan mukaisesti. Periaatteilla voidaan tarkoittaa, kansainvälisissä sopimuksissa, EU-oikeuteen sisältyviä periaatteita, perustuslain mainitsemia ja muutoin oikeusjärjestelmän tuntemia aineellisia periaatteita. Varallisuus oikeudellisten oikeustoimien tulkinnan tasolla vastaavana menettelytapana voidaan pitää sovittelua, joka tällöin nähdään poikkeamisena suhteessa esim. sopimustekstin sanamuotoon tai sääntöjen normaalitulkintoihin.³⁰³ Sekä poikkeaminen säännöistä että sovittelu voidaan nähdä *epieikeian* ilmentyminä.

Schauer on kuvannut tulkinta- ja päätöksentekoasetelmaa, jossa lähtökohtana ja vahvana pääsääntönä on sääntöpohjainen ja kaavamainen malli, mutta joka on myös tarpeen vaatiessa joustava, kun pääsääntöinen menettely johtaa epätydyttäviin lopputuloksiin, juuri käyttöön otetulla käsitteellä *presumptiivinen positivismi*.³⁰⁴ Näkyvä poikkeaminen oikeusperiaatteiden, tavoiteargumenttien tai muiden aineellisten argumenttien nojalla tulee vaihtelevassa määrin, yhteisön oikeusperinteestä riippuen kysymykseen, kun tapauksessa tai tulkintatilanteessa normaali laintulkinta ja suora säännön soveltaminen johtaa epätydyttävään ja erilaiseen lopputulokseen kuin kaikki seikat huomioon ottava harkinta.

Tärkeää on havaita, että kuvatus tyypisissä poikkeamisissa ei ole kysymys satunnaisuudesta, vaan lähtökohtaista päättelytapaa laveammasta rationaalisuudesta. Kysymys on juuri *aineellisesta rationaalisuudesta*, johon aiemmin on jo usein viitattu. Sitä edeltävänä lähtökohtana ja harkinnan vaiheena on kuitenkin *ahtaampi eli muodollinen rationaalisuus*. Sovitteluun nähden näkökulma on tässä

³⁰³ Niin kuin kappaleessa 4.5, kohdassa 8 on todettu, *sovittelu* voidaan nähdä myös sopimusten sitovuuden periaatteen toteuttamisena aineellisen rationaalisuuden mukaisesti. Harkinta on tällöin tyypillistä kaikki seikat huomioon ottavaa harkintaa, kun sen osoittama lopputulos poikkeaa selvästi ahtaasta sopimustekstin ja sääntöjen normaalimerkityksen mukaisesta lopputuloksesta. Sovittelu oikeutetaan usein juuri väliin tulevilla tekijöillä. Päätös sovitteluun ryhtymisestä merkitsee tällöin myös *kaavamaisen ja sääntöpohjaisen mallin hylkäämistä ja siirtymistä partikularistisempaan harkintaan*.

³⁰⁴ *Schauer*, s. 202–205. Aiemmin *Schauer* käytti myös nimitystä *presumptiivinen formalismi*. *Schauer*, Formalism, s. 546–548. Asiallisesti samaan tapaan myös *Dworkin*, *Laws's Empire*, s. 110.

selkeästi laajempi ja yleisemmällä tasolla. Kysymys ei ole oikeustoimen vaan lain tulkinnasta, vaikka niillä onkin sisäinen yhteys. Kun muodollinen ja aineellinen oikeuttaminen johtavat toisistaan poikkeaviin johtopäätöksiin, merkitsee säännön suora soveltaminen aineellisen oikeuttamisen sivuuttamista ja pitäytymistä muodolliseen rationaalisuuteen; ja poikkeaminen siitä aineellisen argumentin perusteella merkitsee muodollisen oikeuttamisen sivuuttamista ja tukeutumista suoraan aineelliseen rationaalisuuteen.

Paradoksaalinen piirre em. erottelussa on, että lähtökohtaisesti poikkeavalta näytävä ratkaisu ei ole lainkaan poikkeava, kun sitä tarkastellaan aineellisen rationaalisuuden näkökulmasta. Päinvastoin ratkaisu on looginen ja johdonmukainen siihen nähden; se on poikkeava vain muodolliseen rationaalisuuteen nähden. Schauerin termein sääntöpohjaisesta tulkinta- tai päätöksentekomallista, joka kuitenkin aina otetaan ensiksi lähtökohdaksi, siirrytään toisessa vaiheessa partikularistiseen malliin, kun siirtymiselle voidaan osoittaa riittävän painavat syyt.

Selvyyden vuoksi on todettava, että edellä kuvatussa asetelmassa ei ole kysymys »järjen ja tunteitten» välisestä ristiriidasta, vaan yhdenmukaisuutta korostavasta ja kaavamaisena soveltamisena ilmenevästä ja siihen nähden eri tasolla olevasta sääntelyn tarkoitukseen tai periaatteisiin nojautuvasta *rationaalisesta ja objektiivisesta harkinnasta*. Kysymys ei ole mielivallasta, koska oletan että myös kuvattu aineellinen harkinta perustuu suoraan yleisesti tunnustettuihin ja siinä merkityksessä objektiivisiin periaatteisiin tai tavoitteisiin. Viime kädessä kysymys on argumentoinnin uskottavuudesta.

Niin kuin aiemmin on todettu, manner-eurooppalainen oikeusjärjestelmä ei salli aineellista harkintaa samassa laajuudessa kuin yhdysvaltalainen common law -järjestelmä. Tämä ero kärjistyy mahdollisuuteen sivuuttaa avoimesti soveltuva lain säännös. Kontinentaalista järjestelmää on usein tulkittu niin, että sivuuttaminen ei ole sallittua. Tämä johtaa kuitenkin siihen, että sivuuttaminen, kun painavat aineelliset syyt ovat sitä edellyttävät, tehdään peitellysti.³⁰⁵

Summers näyttää pyrkivän samansuuntaiseen käsitykseen lain voimassaolosta ja tulkinnasta kuin presumptiivinen positivismi. Hän käyttää termiä »*mixture*» theory, joka viittaa juuri lain *dualistisuuteen*, muodolliseen ja aineelliseen ulottuvuuteen. Normilauseiden ja tulkintojen on oltava sekä auktoritatiivisesti oikeutettuja että hyväksyttäviä. Tarkemmin sekoitusteoria tarkoittaa pätevyyskriteerejä, joiden on koostuttava sekä lähdesuuntautuneista kriteereistä että sisällöllisistä kriteereistä. Tämän hän näkee myös keskeisenä lain legitimitietin edellytyksenä.³⁰⁶

³⁰⁵ Ks. *David-Jauffret-Spinosi*, s. 101 ja 102.

³⁰⁶ *Summers*, *Toward a Better General Theory of Legal Validity*, s. 80–82.

Myöhemmin Summers ottaa käyttöön käsitteen *suhteellisen muodollinen teoria oikeussäännöstä* (*A Relatively Formal Theory of the Rule of Law*). Keskeinen ajatus on, että lähtökohtana on oltava muodollinen oikeuttaminen, muodollisesti pätevät oikeuslähteet ja ennalta määrätty päättely, mutta tulkinta on rajoitetusti tehtävä olosuhteiden mukaan ja ottaen huomioon johtopäätösten aksiologinen hyväksyttävyyys. Summers näyttää asettavan poikkeamiselle muodollisesti pätevästä päättelystä varsin ankarat edellytykset. Hän puhuu oikeudellisesta reformista, joka näyttäisi tulevan varsin harvoin kysymykseen.³⁰⁷ Uudemmassa tuotannossaan Summers näyttää olevan halukas uhraamaan varsin pitkälle yksittäisten päätösten hyväksyttävyyden niiden muodollisen johdonmukaisuuden hyväksi.

Myös Dworkinin luonnostelema tulkintamalli, jota suomeksi voidaan kutsua *integriteetti-* tai *sisäisen eheyden malliksi* (*law as integrity*), voidaan tulkita samansuuntaiseksi pyrkimykseksi synteettiseen tulkintakäsitykseen. Synteesin lähtökohtana ovat tällöin formalismi (positivismi tai konventionalismi) ja instrumentalismi (pragmatismi). Dworkin näyttää pyrkivän malliin, joka sisältää lähtökohtiensa parhaat puolet, muodollisten argumenttien huomioon ottamisen, koherenssin, yksittäisten tapausten olosuhteiden huomioon ottamisen, yhteiskuntapoliittiset päämäärät ja ainakin jossain määrin uutena elementtinä aineellisten periaatteiden (ihmisten oikeuksien) ottamisen vakavasti. Mallin nimitys viittaa juuri uskollisuuteen (rehellisuuteen) suhteessa periaatteisiin ja tähän perustuvaan koherenssiin. Tulkinnan on katsottava sekä eteen- että taaksepäin, mikä ilmenee siten, että muodollisille lähteille pyritään antamaan aineellisesti paras mahdollinen konstruktiiivinen tulkinta.³⁰⁸ Tässä ilmenee myös Dworkinin teorian korostettu normatiivisuus.³⁰⁹

Dworkinin käsitys tulkinnasta suhteessa virallislähteisiin on hyvin liberaali, ja hän tavoittelee selkeästi partikularistisempaa mallia kuin Schauer tai Summers. Voidaan sanoa, että Dworkin hakee kolmatta vaihtoehtoa suhteessa sääntöpohjaiseen ja partikularistiseen malliin ottamalla lähtökohdaksi jälkimmäisen eikä edellistä niin kuin presumptiivisessa positivismissa. Jos periaatteisiin ja muihin aineellisiin argumentteihin nojaava päättely otetaan vakavasti määräävänä läh-

³⁰⁷ Summers, *A Formal Theory of the Rule of Law*, s. 128, 129, 134, 137 ja 138.

³⁰⁸ Dworkin, *Law's Empire*, s. 152, 160, 176, 188, 225, 226, 262 ja 410. Ks. *Uusitalo*, s. 134.

Dworkinin keskeinen käsite *integrity* on vaikea kääntää adekvaatilla tavalla. Termillä sisäisen eheyden malli pyritään kuvaamaan tämän mallin keskeisimpiä ominaisuuksia. Mallia kuvaa hyvin myös Dworkinin oma määritelmä: »*Standards as a coherent set of principles.*» Dworkin, *Law's Empire*, s. 217.

³⁰⁹ Ks. *MacCormick*, Dworkin as Pre-Benthamite, s. 187

tökohtana, näyttäisi tämä kuitenkin helposti johtavan muodollisten argumenttien esim. lainpaikkojen käyttämiseen vain näennäisperusteina, *fasadeina* niin kuin amerikkalaiset realistit tulkitsivat lainkäyttöä.³¹⁰

Dworkinilla tulkinnan vapaus ei tarkoita tulkitsijan harkinnan vapautta (*discretion*) samassa merkityksessä kuin se perinteisessä lakipositivismissa on ymmärretty. Tämän vapauden *Dworkin* aiemmin nimenomaisesti kiistikin.³¹¹ Tulkinta on hänen mukaansa sidottua ennen kaikkea suhteessa aineellisiin oikeusperiaatteisiin.³¹² Periaatteet ovat määrääviä suhteessa tulkintaan, mikä antaa varsin suuret vapaudet myös sanamuodon vastaisiin tulkintoihin. *Dworkinin* suurin ongelma on, että aksiomaattiset periaatteet voivat antaa vain suurpiirteiset kriteerit tulkinnalla ja päätöksenteolle. Voidaan kysyä, eikö *Dworkinin* suosittelema tulkintatapa johda asiallisesti ottaen ja vastoin hänen omia lähtökohtiaan varsin vapaaseen harkintaan ja tulkintojen ja päätösten heikkoon kontrolloitavuuteen.³¹³

³¹⁰ *Schauer* tarkastelee erikseen tällaista kolmatta vaihtoehtoa, joka pyrkii sovittamaan lähtökohtana olevat mallit yhteen. Kysymys on sääntöherkästä tai -sidonnaisesta partikularistisesta mallista (*rule-sensitive particularism*). Lähtökohtana on kuitenkin partikularistinen malli, joka pitää sääntöjä peukalosääntöinä ja samaistaa ne sääntöjen oikeutuksiin, mikä sallii myös sanamuotojen sivuuttamisen. Tätä ratkaisua *Schauer* pitää kuitenkin näennäisenä. *Schauer*, s. 97 ja 116. *Schauerin* ajatustavan mukaisesti ehdotettu vaihtoehto merkitseekin asiallisesti ottaen sääntöjen hylkäämistä, koska ne jäävät toissijaiseen asemaan ja niitä käytetään vain aineellisten oikeutusten ehdoilla.

³¹¹ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, alk. s. 31.

³¹² *Marmor*, s. 69.

³¹³ Ks. *Raz*, *Ethics in the Public Domain*, s. 307.

Tulkinnan vapaus perustuu olennaisesti *Dworkinin* tapaan nähdä kielelliset säännöt amerikkalaiseen tapaan hyvin aineellisina. Sanamuodon ja aineellisten oikeutuksien välillä ei nähdä olennaista eroa. Tämän takia *Dworkin* ilmeisesti ei myöskään erottele tekstin ymmärtämistä ja sen tulkintaa (käyttämistä). Ne ja samalla kielen ja oikeuden säännöt sulautuvat *Dworkinilla* yhteen, joten tekstin käyttäminen on samalla merkityksen antamista sille. *Dworkin* ei halua tunnustaa (suhteellista) kielen semanttista itsenäisyyttä ja akontekstuaalisuutta. Samoin kuin *Gadamer* hän pyrkii reflektoimaan suoraan yhteisön traditiota.

Raz katsoo, että *Dworkin* joutuu luopumaan koherenssista, koska hän painottaa normipropositioiden totuuskriteerinä yhdenmukaisuutta heterogeenisiin ja erisuuntaisiin oikeudenmukaisuuden periaatteisiin. Jäljelle jäävät vain aksiomaattiset periaatteet, joiden tueksi ei voida esittää lainsäätäjän tai muun auktoriteetin tukea tai hyväksymistä. Tämän mukaisesti *koherentismi ei ole yhteensoviva periaateuskollisuuden kanssa*. *Dworkinin* periaateuskollisuus implikoikin *foundationalismia*. Tältä osin *Razin* kritiikki näyttää kuitenkin perustuvan kelseniläiseen arvojen ja moraalien relativismiin ja subjektivismiin, mikä onkin tyypillinen piirre ahtaalle lakipositivismille. *Raz*, *Ethics in the Public Domain*, s. 304, 305 ja 309. Ks. *Dworkin*, *Law's Empire*, s. 225.

Vrt. *Uusitalon* samansuuntainen *Dworkinin* »monismin» kritiikki, joka puolestaan näyttää perustuvan oikeuden pluralismiin ja ns. kriittisen suuntauksen kanssa yhteiseen näkemykseen oikeuden sisäisistä ristiriidoista. *Uusitalo*, s. 136 ja 137.

4. *Tulkinnan ja päätöksenteon laajempi näkökulma.* Lakipositivismi ymmärretään tässä tietoteoreettisena teoriana oikeuden ontologiasta ja epistemologiasista. Se on tässä mielessä *deskriptiivinen* teoria laista. Presumptiivisessa positivismissa kysymys on positivismista, koska lähtökohtana ja pääsääntönä on, että voimassa oleva oikeus ilmenee virallislähteistä. Episteemisesti kysymys on positivismista. Laki voimassa olevan oikeuden merkityksessä ei ole kuitenkaan sama asia kuin säädökset. Voimassa oleva oikeus on pikemminkin yksi osa yhteisöön traditiota, ja sen keskeisin ja konkreettinen ilmenemismuoto kontinentaalisen järjestelmän maassa on säädetty laki. Tässä mielessä näkökulma irtautuu ainakin jossain määrin perinteisestä lakipositivistisesta näkökulmasta. *Oikeusteorian ja lainopin tutkimuskohde on säädettyä lakia laveampi.*³¹⁴

Tässä omaksuttu kanta hyväksyy näin ollen lähtökohtaisesti Razin muotoileman *koherenssitiesin*, jonka mukaan laki koostuu lähdeperustaisesta normistosta yhdessä tämän normiston parhaan mahdollisen oikeuttamisen ja tulkinnan kanssa. Teesi on Razin varsin ahtaaseen lakipositivismiin perustuvan kritiikin kohteena, ja hän liittää sen Dworkinin laintulkintaoppiin.³¹⁵

Lainopillinen tulkintakaan ei ole vain säännösten tulkintaa. Tämän takia voimassa oleva oikeus voi poiketa siitä, mitä pelkästään säädösten perusteella on pääteltävissä. Selvää on, että näkemys poikkeaa ahtaan lakipositivistisistä esim. *Kelsenin* tai Razin näkemyksistä. Toisaalta kuvattu presumptiivinen positivismi ei välttämättä poikkea lainkaan laveammin määritellystä positivismista. Nimityksellä halutaan kuitenkin korostaa säädösten asemaa yhtenä, joskin keskeisenä lainopin tiedon lähteenä muiden ohella.

Presumptiivinen positivismi näyttäisi olevan myös malli, jolla adekvaatilla tavalla voidaan kuvata tosiasiallista päätöksentekomenettelyä. Malli pitää lähtökohtaisesti tiukasti kiinni vakiintuneiden tulkintojen mukaisesti soveltuviin sääntöjen, erityisesti lakitekstin säännösten käyttämisestä tulkinnassa ja ratkaisuissa. Sääntöjen soveltaminen ei kuitenkaan ole ehdotonta ja sokeaa, vaan pyrkimyksenä on myös, että lopputulos on hyväksyttävä myös kokonais- tai kaikki seikat huomioon ottavan harkinnan ja säännön aineellisten oikeutusten mukaisesti. Mikäli nämä ajatusmallit näyttävät johtavan selvästi erilaisiin tuloksiin, ja

³¹⁴ Ks. *Shinerin* esittämä, tällaista laventamista vastustava lakipositivistin kysymys: »*But what else is legal philosophy except the task of giving a correct description of positive law*». Shiner, s. 299. Vastaus on näin ollen: Tehtävä on laajempi kuin positiivisen oikeuden tarkastelu.

³¹⁵ »*The coherence thesis: The law consists of source-based law together with the morally soundest justification of source-based law.* Raz, *Ethics in the Public Domain*, s. 195.

Teesin hyväksyminen ei luonnollisesti merkitse Dworkinin tulkintaopin hyväksymistä sellaisenaan.

voidaan esittää painavia syitä, niin suoran tulkinnan mukaisesti lopputuloksesta voidaan poiketa. Malli asiallisesti ottaen korostaa tällaisessakin tilanteessa normaalitulkinnan mukaisesti soveltuvien sääntöjen asemaa, koska se kuvaa poikkeuksellisen menettelyn nimenomaan poikkeamiseksi erikseen soveltamiskelpoiksi todettavista säännöistä. Malli asettaa myös erityisen perusteluvollisuuden tulkitsijalle tai päätöksentekijälle, kun kuvattu poikkeaminen tehdään.

Samalla lähtökohtaisesti deskriptiivinen teoria saa ontologian osalta selkeän evaluatiivisen ja *normatiivisen* luonteen. *Peczenikin* sanoin väite normin pätevydestä merkitsee lausetta: »*normia on noudatettava*».³¹⁶

Edellä mainittu sisältää myös vastauksen johdannossa esitettyyn kysymykseen. *Lainoppi on* sisällöltään *normatiivista ja tulkitsevaa*, eikä se voi asiallisesti olla kuvailevaa (deskriptiivistä).³¹⁷ Pitämistä ei varsinaisesti voi kuvata. Lainopin lauseet, erityisesti normilauseet näyttävät kuvaavan, koska niiden edellytetään olevan objektiivisia, ja tässä mielessä ne kertovat yhteisöstä; ne eksplikoivat ja tulkitsevat yhteisön normeja eli yhteisön moraalista ja oikeudellista traditiota ja instituutioita.³¹⁸ Kuvauksella ei ole kuitenkaan mitään varsinaista kohdetta, eikä niiden verifiointi tule kysymykseen. Paitsi antirealismista tämä johtuu myös siitä, että lainopin lauseet voidaan johtaa vain *oikeuttamalla* ja tulkinnan kautta. Institutionaalisen totuuskäsityksen mukaisesti lainopin lauseen totuuden osalta vedotaan yhdenmukaisuuteen suhteessa muuttuvaan oikeustraditioon ja aineelliseen hyväksyttävyyteen.³¹⁹ Asiallista eroa tulkitsevalle lauseelle ja pätevyysväitteelle ei voida tehdä. Kysymys voi olla vain käsitteellisestä analyyseistä.³²⁰ Ulkoiseen miten-kysymykseen liittyy lainopissa aina sisäinen miksi-kysymys, eikä niidenkään kesken voida tehdä jyrkkää eroa. Tässä suhteessa kaikkia lainopin lauseita voidaan pitää tulkintasuosituksina (laajassa ja erityisessä merkityksessä).³²¹

Tulkinnan esittäjä edellyttää tulkintansa olevan pätevän; ja väite pätevydestä on tulkintaa. Lainopin lauseitten mieli on ilmaista normeja ja systematisoida,

³¹⁶ *Peczenik*, *On Law and Reason*, s. 216.

³¹⁷ Ks. *Fuller*, *Positivism and Fidelity to Law*, s. 632 ja *Bobbio*, alk. s. 23. Samaan tapaan *Pöyhönen*, *Juridisista teorioista*, s. 7, 29 ja 30.

³¹⁸ Ks. *Aarnio*, *The Rational as Reasonable*, s. xiv.

³¹⁹ Ks. *Alexy*, *On Necessary Relations Between Law and Morality*, s. 177 ja 178.

³²⁰ Ks. esim. *Mazzarese*, s. 42.

On helppo havaita, että Mazzaresen analyysi ei ole yhteensopiva tässä omaksuttuun jakoon oikeuslähteisiin ja voimassa olevaan oikeuteen. Jos pätevyys ymmärretään viittauksena voimassa olevaan oikeuteen, niin väite, että *normi n on pätevä*, ei voi implikoida lausetta *normi-ilmaisu NF kuuluu oikeuslähteisiin*. Ensiksi mainittu lause ei kuvaa lähteitä, vaan niiden perusteella tehtäviä aineellisia johtopäätöksiä voimassa olevasta oikeudesta.

³²¹ Ks. *Pöyhönen*, *Juridisista teorioista*, s. 7, 29 ja 108.

mutta ei varsinaisesti kuvata ekstensionaalisesti. Vain muodollisesti, käyttäen hyväksi useampitasoista kielenkäyttöä voidaan tehdä ero normi-ilmaukselle ja sen kuvaukselle, normilauseelle. *Lainopin ja normilauseiden deskriptiivisyys on näin ollen vain muodollista*. Asiallisesti kysymys on normatiivisista ja tulkitsevista ilmauksista.

Presumptiivisen positivismin käsitettä voidaan verrata aiemmin käytettyyn jaotteluun vähemmän ja enemmän tärkeisiin tapauksiin, jolloin voidaan todeta, että rutiinimenettely on selkeästi lähempänä ehdotonta positivismia, mutta muissa jutuissa otetaan laajemmin huomioon muitakin kuin lakitekstien suoraan mainitsemia seikkoja. Tärkeiden juttujen korostunut tapauskohtaisuus ja laajempi harkinta merkitsevät myös välttämättä joko piilotettua tai avointa poikkeamista kaavamaisuudesta ja näin ollen myös ehdottomasta positivismista. Toisaalta on myös huomattava, että sovellettavat säännökset ovat näissä juttutyypeissä yleensä myös selkeästi erilaiset. Tärkeämpiä juttuja koskevat säännökset tarjoavat yleensä avoimesti vaihtoehtoisia tunnusmerkistöjä ja yleensä myös laajan harkintavallan seuraamusten määräämisessä, joten kaikki seikat huomioon ottava harkinta voidaan usein suorittaa soveltuvan säännöksen sanamuodon puitteissa. Tästä voidaan puolestaan päätellä, että jo lakia säädettäessä on luovuttu tavoitteesta sitoa lainkäyttäjän kädet ja näin ollen myös suurelta osin ratkaisujen kaavamaisuudesta.

Presumptiivinen positivismi ei vielä kerro, miten tai miksi kaikki seikat huomioon ottava harkinta voi poiketa suorasta säännön soveltamisesta. Keskeisiä asiallisia argumentteja, jotka voivat oikeuttaa poikkeuksellisen ratkaisun ovat epäilemättä *Dworkinin* käsitteistön mukaiset periaate- ja tavoiteargumentit.³²² Oikeusargumentit ilmenevät tällöin keskeisesti juuri aineellisten oikeusperiaatteiden muodossa. Tulkintojen ja sovellutusten seuraamukset ja niiden hyväksyttävyyys vaikuttavat myös toisaalta siihen, miten säännöksiä tulkitaan ja miten niiden sisältö ymmärretään.

Normeja voidaan pitää tekojen ja päätösten syynä, mutta johtopäätökset, teot ja normien muut seuraamukset ovat myös normien »syynä» eräänlaisen »takaisinvaikuttamisen» tai »takaisinkytkennän» (*feed-back*) kautta.³²³ Kysymys on *konventionalistisen kehän* ilmenemismuodoista, joita tarkastellaan vielä yleisellä tasolla seuraavassa kappaleessa. Presumptiivisen positivismin kuvaama harkintamalli liittyy myös laajempaan oikeudelliseen harkintaan, johon sisältyy mm. sään-

³²² Ekelöf korostaa tavoitteellisen argumentoinnin ja reaalisten argumenttien merkitystä. Hän näyttää pyrkivän eräissä suhteissa samanlaiseen tulkintamalliin kuin tässä. Samoin kuin *Klami* hän ymmärtää telelologisuuden laajassa merkityksessä. Ekelöf, *Är den juridiska doktrinen teknik eller vetenskap?*, s. 22, 23 ja erit. s. 28–31 ja 37.

³²³ On syytä korostaa, että »takaisinkytkennällä» ei tarkoiteta tässä samaa kuin eräitten ns. *kyberneettisten* mallien mukaisilla tieto- tai yhteiskuntateorioilla.

töjen muuttaminen ja uusien sääntöjen antaminen eli lainsäädäntö. Mainittu »takaisinvaikuttaminen» on osa *harkintatasapainoa*, joka on olennainen osa oikeudellista ajattelua.

5.7 Harkintatasapaino

1. *Goodman*. Harkintatasapainon idean lähtökohtana voidaan pitää Goodmanin valaisevia pohdintoja induktiivisen tiedon luonteesta, tiedon oikeuttamisesta ja loogisista systeemeistä. Hän kiisti yksittäisten yleistysten itsenäisyyden ja riippumattomuuden toisistaan, muusta tiedosta ja jo omaksutusta käsitteistöstä. Pohdinnat soveltuvat sellaisenaan kaikkeen tiedonmuodostukseen, ja ne tarjoavat hyvän lähtökohdan myös moraaliselle ja oikeudelliselle päättelylle.

Goodman rinnasti eräässä suhteessa induktiivisen ja deduktiivisen päättelyn. Loogisesti pätevä päättely osoitetaan oikeaksi asiallisesti ottaen tietynlaisen, eivahingollisen *kehäpäättelyn* avulla. Kehä on samanlainen kuin yleensä konventionalismin yhteydessä. Yksittäiset johtopäätökset (teoreemat) deduktiivisessa päättelyssä oikeutetaan aksioomien ja päättelysääntöjen avulla. Päättelysäännöt ja aksioomat puolestaan oikeutetaan viittaamalla johdonmukaisten lauseiden joukkoon eli teoreemoihin, jotka muodostuvat käyttämällä aksioomia ja päättelysääntöjä. Aksiooma tai päättelysääntö hylätään, jos siitä voidaan johtaa teoreemoja, jota ei haluta hyväksyä (yleensä ristiriitaisia teoreemoja); ja teoreema hylätään, jos se on ristiriidassa aksiooman tai päättelysäännön kanssa, jota ei haluta hylätä. Oikeuttaminen muodostaa näin ollen *prosessin tai edestakaisen ajatusliikkeen, jossa sovitellaan tai sopeutetaan toisiinsa päättelyn lähtökohtia ja johtopäätöksiä*. Kysymys on vuoroin molempien hyväksyttävyydestä, kun hyväksyttävyyden kriteerinä käytetään vastaavasti vuoroin molempia. Sama koskee induktiivista yleistämistä, jossa yleistyksen ja ennustukset oikeutetaan lähtökohtien (lakien) perusteella, ja lait oikeutetaan viittaamalla testattuihin yleistyksiin ja ennustuksiin.³²⁴ Vastaavasti voidaan osoittaa teorian, so. teoreettisten käsitteiden ja oletusten ja eksaktien väitteiden välinen aineellinen vuorovaikutussuhde.³²⁵

Goodmanin mukaan induktiivisen tiedon pätevyys perustuikin sen yhteensopivuuteen aiempien säännönmukaisuuksien kanssa, jotka puolestaan olivat riippuvaisia predikaateista ja määritelmistä eli kielenkäytöstä. Kielenkäyttö on puo-

³²⁴ *Goodman*, s. 63, 64 ja 66.

³²⁵ Ks. *Pöyhönen*, Juridisista teorioista, s. 67 ja 78.

lestaan sopimuksenvarainen asia. Pätevä päättely on näin ollen riippuvainen, vaikakaan ei yksinomaisesti, siitä, miten todellisuutta kuvattiin.³²⁶

2. *Rawls ja aineellinen oikeuttaminen*. Rawlsin tapaan ideaa lähtökohtien ja johtopäätösten välisestä ajatusliikkeestä voidaan soveltaa moraalín ja oikeuden alalla. Goodmanin viitaten Rawls puhuu harkintatasapainosta tai -tasapainotilasta (*reflective equilibrium*), johon pyritään mutta jota ei pysyvänä tilana voi saavuttaa. Kysymys on Rawlsin eettisen koherentismin olennaisimmasta piirteestä. Yleisellä tasolla harkintatasapainon saavuttaminen on tapa, jolla Rawlsin mukaan voidaan saavuttaa luonnontilassa sovittavat oikeudenmukaisuuden peruseriaatteen.³²⁷ Suurinta osaa Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria-teoksesta voidaan pitää tämän harkintamallin eli *rationaalisen reflektion* sovellutuksena. Teoksen osat II ja III pyrkivät nimenomaan refleктоimaan ja tarkentamaan oikeudenmukaisuuden periaatteita ja niistä tehtäviä johtopäätöksiä suhteuttamalla niitä toisiinsa. Johtopäätökset ja niiden hyväksyttävyyt vaikuttavat lähtökohtana oleviin periaatteisiin, ja periaatteet luonnollisesti niiden perusteella tehtäviin johtopäätöksiin. Kysymys on tavasta muotoilla kestäviä periaatteita, joita niiden muodostamisprosessissa muutetaan ja tarkennetaan niiden johtopäätösten ja seuraamusten perusteella, joihin ne johtavat.³²⁸ Kysymys on yhtäältä periaatteiden ja toisaalta johtopäätösten yhteensopivuudesta kaikkien niiden lauseiden kanssa, joita jo pidetään hyväksyttyinä. Lähtökohtaiseksi ja muodolliseksi hyväksymiskriteeriksi muodostuu, lisääkö ehdotettu lause kaikkien hyväksyttyjen lauseiden kokonaiskoherenssia. Nämä jo hyväksytyt lauseet ovat tyypillisesti ehdotettuja lauseita käsitteellisesti yleisemmällä tasolla. Hyväksyttävyyt viittaa näin ollen myös aiemmin tarkasteluun *institutionaaliseen totuuteen*.

On syytä korostaa, että Rawls samalla pyrkii ylittämään perinteisen loogisen eron *analyttisen* ja *synteettisen* välillä. Päättelyn oletetaan olevan rationaalista eli ristiriidatonta, mutta Rawls ehdottomasti kiistää, että kysymys olisi loogisesti pätevästä päättelystä eli deduktiosta.³²⁹ Päättely on käsitteellistä ja tässä mielessä muodollista, mutta sekä käsitteet että päättely ovat sisällöllisiä. Siksi päättely sisältää myös aina aineellista, oikeudessa yleensä oikeudenmukaisuusharkintaa.

³²⁶ Goodman, s. 119.

³²⁷ Rawls, s. 20 ja 48. Pursinainen käyttää suomenkielistä käännöstä *pohdintatasapaino*. Rawls, Oikeudenmukaisuusteoria, s. 24.

Harkintatasapainon mallia käytti selkeästi jo *Aristoteles* moraalifilosofiassa. Aristoteles, *Nikomakhoksen etiikka*, III, 3-luku.

³²⁸ Ks. McCormick, Dworkin as Pe-Benthamite, s. 182.

³²⁹ Rawls, s. 51.

Myös tässä omaksutulle konventionalismille on keskeistä, että päättelyn ja normien muodostamisen edellytetään olevan ristiriidatonta, mutta kysymys on kuitenkin aineellisesta päättelystä. Oikeuden ja lainopin ristiriidattomuus on ensisijaisesti *koherenssia* konsistenssin jäädessä toissijaiseen asemaan. Primäärisessä asemassa on rationaalisuus argumenttien ja johtopäätösten välisenä johdonmukaisuutena. Käytännössä myös konsistenssi ja muodollinen oikeudenmukaisuus ilmenevät argumentoinnin kautta.

Aineellisesti normeja voidaan johtaa vain oikeuttamalla niitä materiaalistien argumenttien avulla. Myös loogisilta näyttävät johtopäätökset, esim. konkreettisen tapauksen vieminen käsitteen alaisuuteen tai konkreettisen tapauksen tai tulkintatilanteen subsumoiminen säännön alaisuuteen sisältävät tämän ei-deduktiivisen elementin, koska olettamuksena on, että johtopäätös on johdonmukaisuuden lisäksi myös periaatteiden ja normien päämäärien kannalta aineellisesti hyväksyttävä.

Rawlsin tapa kuvata harkintatasapainoa korostaa hänen oikeudenmukaisuusteoriaansa yhteisöllistä tasoa, maltillista relativismia ja antinaturalismia. Oikeudenmukaisuuden periaatteita ja niistä tehtäviä johtopäätöksiä sovitellaan toisiinsa ja samalla suhteessa kokonaisuuteen, ja pyrkien kokonaisuuden harmoniaan.³³⁰ Konventionalismin mukaisesti keskeiset rakennuspuut ovat periaatteiden ja johtopäätösten välinen johdonmukaisuus ja oletus, että periaatteet ja johtopäätökset ovat yhteisössä yleisesti hyväksyttäviä, eli ne voidaan objektiivisesti oikeuttaa. Lähtökohtana olevien periaatteiden puitteissa päättely voisi olla myös toisin, ja koko periaatejärjestelmä voisi olla myös toisin. Esim. *Dworkinin* kritiikki Rawlsia kohtaan kohdistuukin asiallisesti ottaen juuri konventionalismiin ja sen edellyttämään *relativismiin*.³³¹

Aineellisesti tiedon lähtökohta on tällöin »ei-missään», koska mitään aineellisen foundationalismin mukaista ehdotonta kiinteää, annettua lähtökohtaa, josta vastaukset olisivat suoraan johdettavissa, ei voida osoittaa. Tiedon lähtökohda on päättelyssä itsessään, ajatuksen liikkeessä, aineellisesti argumenttien ja johtopäätösten hyväksyttävyydessä ja vakuuttavuudessa ja muodollisesti päättelyn johdonmukaisuudessa. Tällä pyritään samalla tiivistämään tämän tutkimuksen keskeisenä ajatuksena olevaa oikeusteoreettista näkemystä *lainopillisesta tiedosta erityislaatuksena rationalismiin perustuvana tieteenä*.

3. *Harkinta oikeudessa*. Harkintatasapainon ideaa voidaan soveltaa oikeudessa siten, että sitä voidaan pitää tietoteoreettisena mallina oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta, laintulkinnasta ja lainsäädännöstä. Tällöin on kuitenkin huomatta-

³³⁰ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, s. 163, 164 ja 166.

³³¹ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, s. 167 ja 177.

va, että aiemmin omaksuttu presumptiivinen positivismi rajoittaa olennaisella tavalla päättelyn soveltamisalaa. Normaalissa lainopissa on ensisijaisesti seurattava valmiina olevaa, jo suoritettua harkintaa. Oikeusjärjestys otetaan varsin pitkälle annettuna. Kysymys on jo »lukkaan lyödyistä» argumenteista ja johtopäätöksistä, erityisesti lainsäädännön muodossa. Siksi myös kysymys systeemin valinnasta ja siihen liittyvä *muodollinen foundationalismi* on edellä ollut keskeisessä asemassa. Foundationalismi kytkee koherenssin tiettyyn systeemiin ja sopimukseen. Toisaalta tulkinnan johtopäätöksiä ei voi saavuttaa dedusoimalla niitä muodollisista lähteistä. Aina on tilaa todelliselle aineelliselle harkinnalle, ja sitä joudutaan periaatteessa aina myös käyttämään, vaikkakin pääsääntöisesti valmiiksi rajatuissa puitteissa. Lisäksi harkintatasapainon idean sovellutusala voidaan nähdä selkeästi tavanomaista lainopillista näkökulmaa laueampana.

Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa lähtökohtana voidaan pitää sovellettavan säännön valintaa. Tunnettua on, että ratkaisijalla on usein, erityisesti kiperissä tai vaikeissa tapauksissa mahdollisuus valita useampien soveltumiskelpoisten sääntöjen ja niihin liittyvien erilaisten oikeusseuraamusten välillä. Ratkaiseva kriteeri valinnassa on tällöin yleensä seuraamus, jota pidetään parempana esim. kohtuus- tai reaalisten argumenttien tai asiaan vaikuttavan oikeusperiaatteen perusteella.³³² Harkinta etenee näin ollen mahdollisista sovellettavista säännöistä niiden seuraamuksiin ja takaisin valintaan sääntöjen kesken.

Keskeistä harkinnassa on valinnan suhteuttaminen tapaukseen kokonaisuudessaan, siis kaikki seikat huomioon ottaen. Jos voidaan osoittaa vain yksi soveltumiskelpoinen sääntö, on ratkaisijalla yleensä kuitenkin harkintavaltaa seuraamuksen suhteen. Kysymys on sekä seuraamuksen laadusta että määrästä. Sekä rangaistus- että vahingonkorvauseuraamusten suhteen tuomarilla on yleensä tämä harkintamahdollisuus. Kohtuuttomana tai muutoin ei-hyväksyttävänä pidettävä seuraamus, joka muutoin näyttäisi johtuvan soveltumiskelpoisesta säännöstä, voidaan välttää myös soveltumiskelpoisen poikkeussäännön, sovittelun tai varsinaisen väliin tulevan tekijän perusteella. Viimeksi mainitussa tapauksessa argumenttina voidaan käyttää oikeusperiaatteita edellä mainitulla tavalla. Tämä harkinta ei näin ollen ole vapaata, vaan sidottua aineellisen rationaalisuuden merkityksessä.

Harkinta ilmentää tällöin myös presumptiivisen positivismin mukaista ratkaisumallia, joka edellyttää soveltumiskelpoisten sääntöjen huomioon ottamista, ja erityisiä perusteluja, kun säännön tavanomaisesta soveltamisesta poiketaan. Pidän selvänä, että *erityinen perusteluvollisuus* koskee, paitsi sanamuodon vastaista tulkintaa, myös tavanomaisesta tulkinnasta tai seuraamuksesta poikkeamista sanamuotojen osoittamissa puitteissa.

³³² Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia, s. 119.

Varsinaisessa *laintulkinnassa* harkinnan eteneminen tulkinnan lähtökohtien ja lopputulosten välillä voi tapahtua sekä ratkaisutoiminnassa että lainopillisessa tulkinnassa. Kysymys on ensiksikin tavasta, jolla tulkintatilanne ja tulkittavat säännöt, myös lain säännökset ymmärretään. Itse säännön merkityssisältöön vaikuttaa, minkälaisia seuraamuksia pidetään kohtuullisina ja sopivina. Toiseksi tulkinnan johtopäätös jäsentyy usein harkinnan kautta, jossa sääntöjä epäselvissä tilanteissa valitaan ja formuloidaan yleisemmän tason argumenttien, tulkintaperiaatteiden ja aineellisten periaatteiden avulla. Toisaalta käsitys aineellisista periaatteista ja niiden sisällöstä voivat muuttua tämän täsmentämisen kautta.³³³ Esim. vahingonkorvausvelvollisuuden sisältöön vaikuttaa ratkaisevasti, kuinka laajaa korvausvelvollisuutta pidetään perusteltuna ja kohtuullisena ottaen huomioon myös mahdollisten korvausvelvollisten puolesta puhuvat seikat, esim. aiheutuvan vahingon ennalta-arvattavuus. Tämä näkyy erityisesti erilaisissa perusteissa, joilla korvattavien vahinkojen ala rajataan. Lähtökohtana on yhtäältä yleinen velvollisuus korvata aiheuttamansa vahingot ja toisaalta tästä oikeuttamalla johdetut eksaktimmat säännöt korvausvelvollisuuden sisällöstä ja sen rajoituksista, jotka ovat vuorovaikutussuhteessa. Adekvaattisuusoppi ja syy-yhteytselitys ovat tästä selkeä esimerkki.³³⁴

Lain säätäminen on kaikkein selkein tapa, jolla edellä kuvattu feed-back-mekanismi toimii. Tällä tasolla kysymys on myös näkyvästi konventionalistisesta kehästä. Selvää nimittäin on, että lainkäytössä tehdyt poikkeukset, selkeä tulkinnan muuttuminen tai muutoin lainkäytössä tai kirjallisuudessa esille tullut paine poiketa lain säännöksien sanamuodon mukaisista tulkinnoista on eräs keskeinen syy säädöstekstien muuttamiselle. Myös oikeusperiaatteiden uudenlainen korostaminen on selkeä lähtökohta lainsäädännössä. Oikeusperiaatteen esille tuominen voi tapahtua ajallisesti hyvinkin eksaktisti, esim. EU-oikeuden piirissä. Oikeuspoliittisen tai muutoin kaikki seikat huomioon ottavan *de lege ferenda*-harkinnan poikkeaminen tulkinnoista ja johtopäätöksistä *de lege sententia* on riittävä syy säännösten muuttamiselle.

Yleisellä tasolla voidaan osoittaa myös eräitä muita *feed-back* kytkentöjä, jotka ilmentävät konventionalistista kehää. Jo aiemmin mainittu *oikeuskirjallisuuden* asema oikeuslähteenä on selkeä esimerkki. Kirjallisuudessa tehdään tulkintoja ja suosituksia sekä esitetään kritiikkiä virallislähteiden, kirjallisuuden ja aineellisten argumenttien perustella. Tehdyt johtopäätökset puolestaan modifioivat käsityksiä voimassa olevasta oikeudesta ja tekstiä käytetään oikeuslähteenä myöhemmässä kirjallisuudessa ja ratkaisutoiminnassa.

³³³ Ks. Klami, Juridisen argumentoinnin punnintamalli, s. 1067.

³³⁴ Routamo-Ståhlberg, s. 224 ja Hemmo, alk. s. 130 ja 144.

Vastaava kehäilmiö liittyy *oikeudelliseen ratkaisutoimintaan*, varsinkin korkeimpien oikeuksien ennakkopäätöksiin. Ratkaisuja tehtäessä pyritään seuraamaan ja soveltamaan tavanomaisia oikeuslähteitä. Lisäksi tulkinnanvaraisissa ja kiperissä tapauksissa tuomioistuimen oikeutta luova tehtävä on ilmeinen. Tuomioistuimet pyrkivät seuraamaan lähteitä ja näin tehdessään ne tulevat itse oikeuslähteeksi suhteessa myöhempään ratkaisutoimintaan, kirjallisuuteen ja vaikuttavat usein myöhempään lainsäädäntöön.³³⁵ Koko idean ennakkopäätöksistä voidaan sanoa perustuvan tähän kehään.

4. *Johtopäätöksiä.* Tutkimuksen yhtenä lopputuloksena on päädytty eräänlaiseen *paradoksaaliseen, ristiriitaiseen asetelmaan*. Tietoteoreettisesti kysymys on muodollisen foundationalismin ja koherentismin välisestä jännitteestä. Niin kuin aiemmin todettiin, kysymys ei ole vahingollisesta vaan *hyödyllisestä ristiriidasta*. Ristiriita voidaan myös eräässä merkityksessä ratkaista, jos foundationalismi nähdään ratkaisuna systeemin valinta -ongelmassa. Jo aiemmin kuvatulla tavalla lähtökohta laintulkinnan tasolla on selkeän foundationalistinen ja lakipositivistinen, jonka mukaisesti lainoppi on annetun oikeusjärjestyksen kuvaamista ja eksplikoimista. Oikeudellinen tulkinta ja päätöksenteko kääntyy kuitenkin omien tavoitteidensa, oikeudenmukaisuuden toteuttamisen vastaiseksi, jos oikeuttaminen on vain puhtaan muodollista ja tässä mielessä aineellisesti »sokeaa».³³⁶ Myöskään lainoppi ei voi olla vain tehtyjen viranomaispäätösten (lähdetekstien) raportointia. Muodollisen oikeuttamiseen liittyykin välittömästi lähtökohdaksi otettujen argumenttilauseiden tulkinnanvaraisuus ja varsinainen oikeudellinen tulkinta, mikä ilmentää koherentismia. Tämä edellyttää toisaalta myös selkeää asiayhteyksien hahmottamista eli systematiikkaa.

Olenainen osa lainoppia on myös aineellinen oikeuttaminen ja näin ollen myös harkintatasapainon mukainen päättely. Tulkinnan tulosten odotetaan olevan myös aineellisesti hyväksyttäviä. Omaksuttu konventionalismi osoittaa yhtäältä yhteisön itselleen asettamat muodolliset säännöt, ennen kaikkea tavalliset lakitekstit lainopin ja ratkaisutoiminnan ehdottomiksi lähtökohdiksi, mutta toisaalta konventionalismin ilmenemismuotona voidaan pitää myös edellä kuvattua kehässä kulkevaa harkintaa.

Lähtökohdat ja niiden välinen jännite antavat nähdäkseni adekvaatin kuvan lainopillisesta harkinnasta. Perimmäisenä ongelmana on, *mikä on oikea, rationaalinen ja oikeudenmukainen johtopäätös siinä systeemissä, jossa harkinta tehdään*. Olettamuksena on, että hyvin oikeutettuja tuloksia on yleensä useita, eli

³³⁵ Ks. Weinberger, Law, Institution and Legal Politics, s. 106.

³³⁶ Ks. Fullerin kritiikki tätä, pohjimmiltaan lakipositivistista kysymyksenasettelua kohtaan, s. 656.

joudutaan tekemään valinta. Lähtökohtana on usein myös muodollisten lähteiden ja kaavamaisten sääntöjen ja toisaalta aineellisen harkinnan yhteensovittaminen ja mahdollinen jännite. Tämä koskee erityisesti ns. kiperiä tai vaikeita tulkintatilanteita tai tapauksia, mutta yhtä hyvin ns. rutiiniratkaisu voi yksittäistapauksessa osoittautua aineellisesti kestäättömäksi. Useimmiten mitään ongelmaa tai ristiriitaa ei nouse, ja muutoinkin lähdetekstien tulkinnanvaraisuus antaa yleensä riittävästi mahdollisuuksia muodollisten ja aineellisten argumenttien sopusoinnun saavuttamiseksi. Lainopillisen tulkinnan ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan vaikeus ja varsinainen haaste on kuitenkin juuri näiden, mahdollisesti ristiriitaisten lähtökohtien yhteensovittaminen.

Yhden mahdollisuuden suuntaviitoiksi tässä harkinnassa antaa edellä kuvattu *presumptiivinen positivismi*. Tulkinnan ja ratkaisutoiminnan mainittu haaste on tällöin kuvatun *ristiriidan ylittäminen* ja yhteensovitetun ja hedelmällisen tuloksen saavuttaminen. »Oikea» voidaan saavuttaa vain *muodollisesti pätevän ja aineellisesti oikeudenmukaisen synteetin kautta*.

6. SUMMARY

The Kingdom of Ends.

A Conventionalist Analysis of the Preconditions of Knowledge in Legal Dogmatics and the Foundations of Legal Orders.

6.1 Philosophical Foundation

The purpose of this study is to form *a theory of knowledge in legal dogmatics*, which is treated here as a part of the *humanities* and the *social sciences*. The title of the study is adopted from the terminology of *Immanuel Kant*, whose views I agree with in considering the object of legal dogmatics to be the ideal states of affairs of a society.

The modality of the language of legal dogmatics is normative, not descriptive in the scientific sense. In terms of the philosophy of *Leibniz*, the kingdom of ends can be seen as a certain possible world, an *ideal world* determined by legal norms. If a sentence in legal dogmatics is true, it is a fact of this ideal world, not of the actual world. In a special sense, it can be said that legal dogmatics tells about or describes a society; it tells how and with which content the community defines its ideals. Roughly speaking, this is the picture of the object of legal dogmatics presented by *Jaakko Hintikka* and adopted by *Georg Henrik von Wright*.

My principal philosophical orientations are the following: the view of the universal character of a common language as the medium of knowledge; coherentism; holism; the conventionalistic basis of the knowledge of institutions and norms; the strict separation between alethic and deontic modalities; and the direct connection between morality and law. Unlike *Hans Kelsen*, whose theory of law is based on strict boundaries between legal dogmatics, ethics and the natural sciences, I accept the separation of legal dogmatics from the natural sciences as a logical difference; however, I do not agree with his categorical distinction between law and morality.

6.2 Conventionalism

The study takes as its general philosophical starting point the *Wittgensteinian* view on language as the common conceptual basis of all information shared by the members of a society. As Wittgenstein pointed out, there cannot be any private language. Even less can there be any private law (in the philosophical sense). Law is a social and conceptual matter, and a member of society must follow the rules of language to be able to use language correctly. On the other hand, these rules are imposed by members of the same society. This is one form of the *conventionalist circle*. The common practice of the members prescribes the rules of language; there are no metaphysical rules to follow. Practice is not the same thing as rules, but it *will indicate them*. Rules are conceptual and exist on the societal level, whereby it is impossible to reduce them to the beliefs of the individual members or even to the beliefs of all the members together. Language is a social event. On the level of language and the basic concepts of the social sciences, the conventionalist circle will provide the conditions for the right understanding of concepts. As *Eerik Lagerspetz* has shown, the institutions of a society can be reduced to the *shared and common beliefs* of its members.

On the level of law and justice, the rules of language are merely the starting point. A common language is a necessary, but not a sufficient, condition for *common knowledge* in a society. On this level, there are no metaphysical rules which might serve as the origin of the rules of morality and law, nor is it possible to identify rules with practice. One cannot find real or correct rules through empirical research; they cannot be derived from constant principles but only by *rational argumentation*. The concepts of law and legal dogmatics are adopted by self-regulation and, significantly, the content of rules is adopted in the same way. The concepts of knowledge are parts of a common language; they depend on mutual beliefs. Similarly, the rules of behavior in society are enacted by the members themselves. These conclusions lead us already to a situation in which we are close to adopting some main axioms of the doctrines of *social contract* and *legal positivism*. The adoption of the rules of morality and law is a stronger commitment than the adoption of common concepts and the rules of language, for the former are binding and enforcing.

6.3 Critique of Legal Realism

The principles of philosophical conventionalism mean that we have to oppose both the constructions of natural law theories and the principles of legal realism.

However, this does not mean that we cannot be influenced by natural law theories. The idea that law is the embodiment or formal manifestation of morality is an obvious connection to these theories. In fact, the idea of a social contract is their »child«. In this study, however, I have chosen to focus on legal realism.

There are two main versions of this basic attitude towards the theory of knowledge in the field of legal dogmatics. *American legal realism*, or pragmatic instrumentalism, is based on behaviorism, which identifies law with the actual decisions of courts and because of this axiom has to face serious problems which it cannot answer satisfactorily. The other version, *Scandinavian legal realism*, especially in the form of the later legal theory of *Alf Ross*, is more sophisticated. One can call it *psychological realism*. However, despite its advanced stage of development, the theory includes fatal philosophical flaws. My argument is that it is not possible to reach a satisfactory theory of knowledge using Ross's theory.

Ross's picture of sciences in general is philosophically *positivistic*, and his ontology is *nominalistic*. To be scientific, a sentence of legal dogmatics must tell about and describe something in perceivable reality, which presumes the *reduction* of abstract concepts to sense perceptions. Ross wants to define that »piece of reality« which is the object of the sentences of legal dogmatics. This is already a fallacy as such. At the same time, Ross wants to avoid the obvious problems of American legal realism. His theory is not behaviorism in the proper sense, and he attempts to solve this problem with the concept of *ideological behaviorism*. The object of the research of legal dogmatics is the *legal ideology of judges* in a society. This ideology is the internal, not the external aspect of their decisions. Hence, the object is a part of discernible reality, a psychological phenomenon outside the language. Against this background, it is easy to understand that Ross adopts the *correspondence* theory of truth, according to which a sentence is true if and only if there is a piece of reality of which the sentence gives a correct picture. The sentence is satisfied if this relation exists. All the true sentences of legal dogmatics constitute the correct picture of the valid law in a society at a certain moment.

Ross's most serious problem is that his methodology, epistemology and ontology are not consistent. They are not parts of a uniform theory of knowledge. Actually Ross's ontology would force him to use empirical methods. If the object of research is defined as a part of perceivable reality as such, the only possibility to obtain information about it is to observe it directly perceive and to use empirical methods. Knowledge is information *a posteriori*. Hence, Ross would have to change legal dogmatics to legal sociology. However, he clearly wants to avoid this conclusion. The source of knowledge is not empirical research but the normal sources of law. This solution forces Ross to a fateful conclusion. He

wants to study independent reality outside conceptual language but at the same use the sources of information *a priori*. Hence, his general method is to use inferences known as *metaphysical fallacies*. The purpose of norm-sentences is not to describe psychological states.

Ross's theory also includes a paradox which I call the *paradox of correspondence*. According to the correspondence model of truth in the natural sciences, a sentence is true if there exists a state of affairs which is the object of the sentence. One can also say that the perceivable state is an argument for the sentence. The main thing is that the truthfulness of a sentence is determined by the state. In Ross's model, the state is sooner determined by the sentence. The psychological state, the ideology of a judge, is determined by the sentences in law books and, most importantly, by the sentences of legal dogmatics. The other end of the correspondence relation, the object of the sentence, is unnecessary and useless.

Ross applies his theory in the analysis of the *concept of right*. Ross's analysis, especially the older one, is very useful as such, but his philosophical foundation is unnecessary and fallacious. In accordance with nominalism, he concludes that the concept or a sentence telling about a right has no *semantic reference*. There is nothing to refer to, nothing to be the other end of the correspondence relation. The concept can only have a regulatory function. Ross analyzes the concept of right and concludes that it can be reduced to a certain group of legal fact-legal consequence relations. This is also directly connected to his ontology, the ideology of judges and their decisions. The concept of right includes a large group of such relations.

In the famous article *Tû-Tû*, Ross tries to show that the concept of right is also an unnecessary element in judicial inferences. The primitive *Noît-kif* people believed that if one killed a totem-animal, Tû-Tû, or bad luck, would result. If there was Tû-Tû a purgation ceremony became necessary to banish it. Ross argues that the concept of Tû-Tû is unnecessary and useless; one can instead make the direct conclusion, that if one kills a totem-animal a purgation ceremony becomes necessary. Similarly, in modern legal dogmatics it is said that if one borrows money one becomes a debtor and one's creditor collects the debt (Tû-Tû appears); and if one is the debtor (Tû-Tû exists) one has to pay off the loan. Instead of using the words »debtor« and »debt«, one can conclude directly: If one borrows money (the legal fact), one has to pay it back (the legal consequence).

Ross's analysis is clearly positivistic and *atomistic*. He wants to find out the most concrete and perceivable elements in the concept of right. He wants to reduce the unnecessary abstract concepts to these concrete elements. My argument is that this aspiration is fallacious. Not only do rights lack semantic reference,

but so do legal norms, rules and principles. Nor can one observe legal facts in the way Ross supposes. It is not possible to understand and identify the fact of borrowing and paying if one does not first understand what is meant by the concepts of debt, debtor and creditor. Legal facts, as well as the decisions of courts, are *institutional facts* which can be understood only by understanding the concepts and ideas of debt, debtor and creditor. The right and fruitful approach is *holism*, not atomism. Observing legal facts or consequences as such is irrelevant, for such facts are determined by the conceptual framework of abstract norms, legal concepts and the system of legal dogmatics. On the other hand, it is clear that the actual interpretations and applications of a right affect the idea of the right. This is an example of the conventionalist circle and the *reflective equilibrium*.

The reasons for the fallacies can be found in the philosophical foundations of Ross's theory. Nominalism forces Ross to embrace atomism. This is not a fruitful, but a strange, foundation for legal dogmatics. Ross makes the same categorical mistake as *Axel Hägerström* before him: i.e., he adopts a ready-made philosophy of knowledge of natural sciences, takes it as granted, and tries to apply it to legal dogmatics. Because of this he is forced to try to change legal dogmatics and make it more scientific; normal legal dogmatics could not fulfill the requirements of his philosophy. Another, better approach would be to change the philosophical foundation of legal dogmatics. I argue that the philosophy of knowledge must be the conceptual framework used in normal legal dogmatics. Successful research points to its conceptual foundation. The philosophical foundation must be *transcendental* in relation to legal dogmatics in practice. Historically, this was also the way philosophical positivism was constituted by physics and the other successful natural sciences in practice.

6.4 The Conceptions of Knowledge and Truth

As an axiomatic point I have adopted a strict distinction between alethic and deontic modalities. Logically it is not possible to make valid inferences from 'is' to 'ought' or in the opposite direction. This means that I accept *Hume's principle* as it is traditionally known. Those denials are valid both in relation to one state of affairs and to different states. Hence, it is not possible to make a valid inference from true sentences describing actual jurisdiction to sentences about valid law or from enactments of parliament.

The distinction adopted also means that it is not possible to identify 'ought' with something actually existing or happening. One cannot define concepts in a

way that unites 'is' and 'ought' in the same concept, e.g., as its different dimensions, for this would also be a fallacious deduction. When we talk about norms, about 'ought', we do not mean any actual feelings, ideology or actual condemning. In addition to all varieties of legal realism I reject *emotivism*.

Ilkka Niiniluoto has also defined a conception of knowledge of legal dogmatics which is based on the correspondence theory of truth. A norm proposition about law is true in a society if and only if that society has approved the norm. Niiniluoto means the *actual approval* of the society; he identifies ought with an actual phenomenon. There are two main problems with this conception. First, one must use empirical methods to study society's approval if one wants to gain information on valid law, meaning, as a matter of fact, the abandonment of normal legal dogmatics. Second, a reference relation proper applies only to unconditional norm propositions, although, they often use conditional utterances and recommendations in legal dogmatics. Niiniluoto's theory would place those sentences into a wholly different category than propositions, which is fatal. Uncertainty is often the characteristic of norm sentences. They cannot be understood as proposals to approve a new rule, for otherwise we would change the subject of the sentences.

The approval which is relevant to legal dogmatics cannot be any actual phenomenon but only a conceptional acceptance. As *Aulis Aarnio* has said, the basis of the truthfulness of norm sentences is *rational acceptability*.

My own philosophical foundation in this subject is the *coherence theory of knowledge* and partly of *truth*. A sentence is a possible truth if and only if it is consistent with other sentences which are already accepted. As a *criterion*, coherence is enough in relation to knowledge. However, as a criterion of truth it is not enough. The main problem of coherence theory is that coherence is dependent on a system: that is, it can exist only in relation to a certain system. What is the criterion for choosing the *right system*? Besides, within the framework of a system there are usually many possibilities, many possible truths. What are the criteria for determining the right or the best choice? Coherence is a negative criterion with which one can rule out sentences. However, we also need positive criteria and legal arguments to make a choice between possible norm-sentences.

On the general level of the social sciences, there are two important answers to these questions, both of which are partly right and partly defective. The classical authors and advocates of the *Enlightenment* relied on the basic rights of human beings and permanent principles of *rationality*. *Kant* and *Hegel* also adopted this solution. As the heir of romanticism, German hermeneutics, especially in the figure of *Hans-Georg Gadamer*, emphasizes the importance of the *tradition* of a society and criticizes the Enlightenment. My strategy is to make

a *synthesis* from these arguments. Basic rights (substantial principles) and the formal principles of rationality are necessary, but not sufficient. The answer to the above-mentioned questions of the right system and the right choice can be given only by knowing and understanding the tradition given in a society. Tradition provides the necessary positive criteria.

In the issue of truth a fruitful foundation is given by *Hegel*. I focus my attention on his material truth-conception which is known as the *Hegelian truth-conception*. Hegel thought that things, acts and written texts were materializations of the conceptual spirit of society. The actual is true if and only if it is identical with its sense or essence. That is why he said: *What is rational is actual; and what is actual is rational*. Instead of spirit we can also talk about common language and tradition. However, I reject Hegel's absolutism, determinism and the dialectical method.

The truth-conception constituted by the elements mentioned above I call *institutional truth*. A sentence, a decision of a court and a concept is true or the right one in a society if it is a part of a coherent conceptual system and if it is in accordance with the tradition of that society.

The synthesis mentioned above together with the conventionalism adopted also yield the preconditions to solve the problem of *objectivity*. It is important to separate ethical *absolutism* and the argument of objectivity. With the help of this distinction it is possible to consider judgements both objective and *relative*. Absolutism claims that there are certain principles or values which are valid in all societies and at all times. This is also the foundation of *Dworkin's* doctrine of the one right answer. Relativism claims that there can be objective truths only in relation to a certain society; this is my contention as well. A sentence can be true only in a certain society at certain time, but it can be true nevertheless. I claim that a sentence or a judgement in legal dogmatics can be objective when its content is to tell about the valid law of a society, for then it tells about a society, not about subjective feelings or judgements. Even when it is based on evaluations it can be objective. In accordance with Kant, general norms can be understood as the rational generalizations of maxims of behavior or values. The strength of objectivity depends on the acceptability of a sentence; and acceptability depends on the plausibility of the arguments.

6.5 The Social Contract

I adopt the concept of social contract in the modern *Rawlsian* sense as one of the main concepts of my theory of law. This means that a contract is understood

in the *hypothetical* and the *analytical* sense. The tautological axiom of contractarianism is: *If there is a legal order, there is a social contract*. In addition, the contract is understood also in the *normative sense*, which is perhaps the most important sense in this study. One important function of the contract is to give criteria for justifications and criticism of legal rules.

The functions of contractarianism are to bring together the substantial principles of justice to form a coherent whole and to show the inner and immediate connections between morality, justice and law. The assertion of a valid rule entails acceptance of that rule. My claim is that the *valid rules* of law are the *embodiments of justice* and the conclusions of rational but non-deductive and non-empiristic ethical inferences. The crucial idea is that the norms of a society are adopted by the members of that society, who regulate themselves.

One central concept of contractarianism is the *natural state*, or the original position. Its function is to form a *method* to point to the main principles of justice. The natural state is an imaginary situation, a choice and negotiation situation. Participants decide on the principles for the society they are founding and which they are going to obey. How they can decide on their own rules? Rawls's answer is the *veil of ignorance*. The participants do not know their own positions in the society; they only have all the information needed to form the principles. Anyone of them can get any position and become any member of the society. So they have to choose such principles that everyone can accept every position. *Rawls* supposes that this method guarantees the fairness of the principles chosen. The advantages and sacrifices of every position are balanced, and all positions of the members are in equilibrium with each other.

From the point of view of law and legal dogmatics the main merit of this method is that with it we can test and justify the principles of justice we adopt. I suppose that exact rules are grounded on these principles, and so we can test and justify rules, too. I refer to this method as a special point of view, the *impartial viewpoint*. I suppose that this is also the viewpoint of *legal argumentation*. It is also the viewpoint of courts and parliament when enacting statutes. The choice situation in the natural state is a clear example of the idea of parliament.

We can specify this viewpoint using the analysis of *David Gauthier*. I suppose that members of any society are both egoistic and altruistic. Especially in the field of *economics* the participants in any exchange seek maximum benefits and minimum costs. On the other hand, they have to make sacrifices and mutual concessions to reach a consensus and balance. These are general preconditions of voluntary agreements. Exchange and bargaining have to be beneficial to all participants. This is the foundation of rationality and continuity of the market.

Continuous success compels the rational participants to behave correctly.

One can ask if explicit rules of economic exchange are necessary or even useful. Does the rationality of the market not regulate the market itself? The self-regulating or perfect market is an *ideal* in the same way as the kingdom of ends. I take it as granted that this ideal is the goal of the market, but it is still an ideal only. The real market in real life is different. There are always many *disturbing factors* and *irrationality* in the real market. Not even rational plans always materialize. Basically, these are reasons for the need for rules and the necessity of regulating. I see contracts as the specific forms of *co-operation* and hence the rules of contract law are the conditions of this co-operation. The foundation is the inner rationality of the market, but the enforcing rules of law are necessary because of disturbances. We can call these two sides of rationality *means-ends rationality* (rationality in the narrow sense) and *reasonability*. These are also independent of one other. One cannot reduce rightness to goodness. This is also the foundation of the three separate forms of justice, *commutative*, *distributive* and *retributive justice*, described up by *Aristotle*.

From this point of view we can understand better the basic concepts, principles and rules of *contract law* and the *law of property*. I have analyzed some main doctrines of these areas of law, e.g., the principles of interpretation of contracts, the principle of loyalty and the doctrines and rules of invalid contracts, breaches of contract, adjustment and the rules of relations to external persons. The last are the embodiments of the principles that no third person is allowed to benefit at the expense of the parties to a contract and that it is not allowed to make contracts at the expense of third persons. I am convinced that this analysis gives a better understanding of these rules and doctrines.

6.6 Knowledge of Law

There are three dimensions of the rationality of knowledge, of which I have already mentioned two. By rationality in the narrow sense I mean *practical rationality*, means-ends rationality. An act is rational if it is a necessary, sufficient or useful means to reach a goal. Goals can be personal, which refers to *intentional* rationality, or collective, e.g., economic or cultural, goals. This can be called collectivistic rationality or *utilitarianism*. *Consistency* means the logical relations between sentences, especially between conclusions. In the area of normative language this is the form of rationality which is the interest of *deontic logic*. By rational as *reasonable*, I refer to the *justification* of knowledge, and it is this rationality on which I focus in the following.

Knowledge on a general level is often called a *true and justified belief*. This means that the concept of knowledge entails a belief, truthfulness and justification. Sentences »I know that«, »I assert that« or »It is so that« entails sentences »I believe that«, »It is true that« and »It is justified to say that«. Justification refers to the *arguments*. The central thing is the relation between a *conclusion* and its arguments. This relation is non-logical; it is not a deduction. Arguments *support* the conclusion *substantially*.

The element of truth is problematic. I think we have to pay serious attention to the objections of skepticism, although we do not have to accept them as such. Besides, skepticism is internally connected to the principle of universalism of language. We can analyze the problem by examining the famous *problem of Gettier*. The main idea of Gettier's famous examples was to show that the above-mentioned preconditions of knowledge are not enough; they are not sufficient conditions, and something more is needed. The problem is that although one can show logical problems in inference, a conclusion may be right. I claim that the whole problem is irrelevant. In science one cannot check if conclusions are right. We only have our justifications and we have to rely on them. How the things are »there« we can never know.

Analogous problems are those of truth and *efficiency* as one dimension of the concept of valid law. First, I take it as granted that there are no separate objects refer to by norm sentences or norms, and it is useless to try construe such objects. Second, logical problems arise in defining the concept of *validity* in a way that includes the efficiency of rules. Validity means that it is correct to say that things *ought to be* in a certain way. The same concept cannot include an assertion as to how something *is*. The actual jurisdiction can be an *argument* which is part of an assertion about valid law. However, the relation between a conclusion and its arguments is a non-logical relation, as I mention above, and they cannot be included in the same concept. The same problem exists between the conclusion, the assertion on valid law and the normally used *formal arguments*. A claim of valid law cannot entail an assertion about a formal source of law, e.g., that certain statute texts have been enacted.

The truth problem has led us to the significant observation that *valid law* is necessary on a different logical level than the *sources of law*. This also means that we have to argue against the axiom of classical legal positivism that law is the same thing as statutes. There is a *logical gap* between the two; it is the logical gap between a conclusion and its arguments. The system of valid law is logically independent of the source systems, e.g., the system of statutes. That is why there can be statutes or paragraphs within the sources that contradict each other and yet valid law can be consistent. The principles of interpretation are one sign of

this difference of level.

I have divided legal justification into *formal* and *substantial*. Formal justification refers here to the use of formal and official sources of law, such as statutes, the *travaux préparatoires* and precedents. I presume that well-founded conclusions based on these are also in most cases substantially acceptable. This in turn supposes that the methods of enacting statutes are in accordance with the principles of the choice situation mentioned above. This supposition means that *in most cases formally justified conclusions can also be substantially justified*. However, there will be always some cases in which this is not true. I presume that formal justification has precedence over the substantial. Hence, the conclusion is: There are always some cases in which it is not possible to make conclusions which are formally correct yet also substantially acceptable. I take it as granted that the substantial reasons determine interpretation within the limits described by the paragraphs of statutes.

As mentioned above, the central problem of coherentism is the question of how to identify the right system. From the point of view of legal dogmatics, it is a problem of the choice of the *right system of valid law* and its *correct content*. There can be many different and acceptable inferences and conclusions of valid law which are inconsistent with each other. Because of the principles of contractarianism and legal positivism adopted here it is clear that the criteria for choosing the right system is given by the *doctrine of the sources of law*. Statutes, as the most important and dominating sentences, show the system that has been adopted as the valid law in a society. Enacting statutes is also the special method which society uses when prescribing its own rules.

In the continental countries of Europe, the *sentences of statutes have a privileged position*; they mainly determine the content of valid law. It is necessary to observe them when making conclusions in legal dogmatics. One cannot ignore them when arguing. Sentences that repeat the sentences of statutes are normally directly the sentences of valid law. As a general rule, all other assertions and interpretations should be in accordance with them. The system of valid law is presumed to be coherent and consistent. Nevertheless, it is possible to deviate from the sentences of statutes, but, when deviating the sentences of statutes are still seen as the starting point. I call this epistemic attitude which has a dominating position in legal dogmatics *formal foundationalism*. It is formal because the criteria for choosing the right system are not immediate perceptions or axioms taken as granted.

However, there is a tension between this foundationalism and ethical *coherentism*. Formal foundationalism is consistent with the ideas of the Enlightenment, legal formalism and traditional legal positivism. Coherentism,

especially united with the idea of reflective equilibrium, is consistent with traditionalism and substantial justice. I said before that I have tried to reach a synthesis on the grounds of the Enlightenment and traditionalism. Similarly I seek a synthesis also on the level of law by trying to resolve the tension between formalism and the demands of substantial justice.

I think, in the area of legal dogmatics this tension is a characteristic of legal dogmatics and jurisdiction, and is thus not a harmful but a fruitful tension. There are certain compulsory texts and orders, but it is also expected that scholars and judges make good, well-founded and substantially acceptable conclusions and decisions. Thus, this is also a tension between formal and substantial justification.

There are also *two forms of rationality* in the area of judicial inference. I call the formal rationality which includes only the formal sources and conventional principles of interpretation *narrow rationalism*. The other form includes also the substantial reasons, normally *principles* (rights) and *goal-reasons* invoked when making decisions and interpretations of legal dogmatics. This is *wider rationalism*.

6.7 The Formalistic Nature of Legal Rules

Above I have concluded that in most cases formally justified conclusions can also be substantially justified, but there are always some cases in which it is not possible to make formally correct conclusions which are also substantially acceptable. This is a problem of justice and the interpretation of statutes. I have earlier presented two forms of justice, distributive and retributive. Now we need a third form of justice, drawn up by *Aristotle*. It is *epieikeia*. This means that although a certain rule is formally correct and substantially perfectly acceptable as such, it can, in a certain situation or actual case, lead to conclusions which are not acceptable.

We can examine this problem with the help of a simple example and by using an analysis done by *Frederick Schauer*. There is a rule that forbids driving a car faster than 80 km/h on a certain road. The justification for the rule is obvious. It is prescribed because of the traffic safety. However, in the normal jurisdiction and when obeying the normal principles of interpretation there will always be cases when the conclusions are not in accordance with that substantial justification of the rule although they are formally correct. In some cases the rule is *under-* and in some cases it is *over-inclusive*. In wintertime the circumstances might be such that driving 50 km/h might be dangerous, and there might be circumstances in the summertime in which driving 100 km/h is perfectly safe. In the first case, the driver has not broken the rule although he has driven dangerously; in the

second case, he has broken the rule although he has driven safely. In both cases the conclusions are »wrong» in a certain sense. They are substantially wrong because they are not in accordance with the justification of the rule in those cases.

Basically, the »wrongness» of the conclusions derives from two main reasons. First, it is a problem of *power distribution*. There is a tension between the authority which enacts general statutes and the authority which makes individual decisions. If the decision-making authority always makes only formally correct decisions, he wholly accepts the prior authority of the statute-giver. This happens at the cost of the »wrong» decisions. If, instead, one makes only decisions which are substantially correct, the decision-maker actually abandons the rule and the prior authority of the statute-giver. Decisions are made directly and only on the basis of the substantial justification. The former is the *rule-based*, the latter the *all-things-considered* model. The former method is in tension with the claim of acceptability of decisions, and the latter is in tension with the principles of the self-regulation of the people and the distribution of power between the authorities. The rule-based model is in accordance with formal justice, predictability and certainty, while the all-things-considered model is in accordance with substantial justice which is the foundation of all laws. So, this is also a question of the possibilities and limits of controlling the decisions of the judiciary beforehand.

Second, *natural language is formalistic*. This is internally connected with the first reason. The idea of positive law is bound to the formalism of language. In most European countries it is considered important that general statutes are in a central position and are issued and accepted by a parliament which is elected in general elections. In this kind of a system we are bound to language as the only possible medium and instrument. Words and concepts are categorical and formalistic. We try to divide reality with the help of definitions into »squares» or »boxes», and for this reason the conclusions and decisions are also formalistic in relation to actual cases. Making only really individual decisions is the same thing as abandoning all rules. The general method of subsumption is formalistic.

However, the *epieikeia problem is not the same in every cases*, and it is easy to notice that the statute-giver has often observed this problem. Power is often expressly given to the applier to consider different conclusions or consequences in the paragraphs of statutes; loose phrases and principles are often used on purpose. In less important and so-called mass or routine cases, the rule-based model is the normal method, but in more important cases courts are usually empowered to use wider consideration. This means that »wrong» decisions as a consequence of the rule-based model have to be accepted in routine cases. On the other hand, in the all-things-considered model one has to accept that it is not possible to determine the decisions of the courts beforehand.

We can also try to solve the *epieikeia*-problem or make a synthesis from the decision-making models described. It is possible to take one of the models as the basis and try to modify it with elements of another. It seems to me that *Dworkin* starts with the all-things-considered model, tries to observe the statutes and then incorporates them into this model. He calls this model the *integrity model*. He interpretes statutes on the condition of the substantial principles of justice. From the point of view of continental Europe, the position of statutes is too weak. My solution and that of *Schauer* are logically different, although it is ultimately not far from *Dworkin's*.

My strategy is to relativize traditional legal positivism. This means that the prior basis is positivism and the rule-based model. The new model is *presumptive positivism*. »Presumption« means first the precondition already adopted whereby well-founded, formally justified judicial conclusions and decisions are in most cases also substantially acceptable. Second, it means that as a general rule the formal sources of law determine the content of valid law and the decisions of courts.

The formal sources, especially *statutes have a distinct priority*, but this position is not unexceptional. There are always situations and cases in which it is not possible to reach a formally correct and substantially acceptable solution. On the other hand, it is impossible to give exception rules beforehand for every possible exceptional situation. There will always be the *need to make real exceptions*, unconventional interpretations, and interpretations and decisions against clear words of statutes. This is easy to show in the praxis of the Supreme Court of Finland. The need is based normally on the demands of the principles of justice or on goal-reasons. The real problem is how high the *threshold* of these exceptions is. In any case, it is self-deception to think that exceptions are impossible or unnecessary. The height of the threshold depends on the changeable tradition of legal interpretation. In Finland this tradition has been very strict and formalistic.

It is important to point out that the possibility of exceptions does not mean arbitrariness or injustice. I assume the reasons for the exceptions are objective, i.e., normally conventional substantial principles of justice or goal-reasons. Quite often the substantial reasons are the justifications of the rule being applied. Sometimes the words of a paragraph necessarily lead to a conclusion which conflicts with the justification of the paragraph. This is also the embodiment of the above-mentioned difference between narrow and wider rationalism. Normally decisions seem to be made by the rules of narrow rationalism, whereas exceptional conclusions are made by the rules of wider rationalism. Actually, this involves a *paradoxical element*. From the point of view of wider rationalism the

»exceptions» mentioned are not any exceptions at all. They are normal and logical conclusions from substantial grounds. They are exceptions only in relation to the narrow rationalism.

This arrangement is clear, in the *adjustment* of contracts, for example. By the rules of narrow rationalism it is clear that adjustment means exceptions in relation to the words of contracts. Using the rules of wider rationalism, the case is different. Adjustment means confirming the content of co-operation by the principles of justice. The central function of adjustment is to return the lost balance between the partners of a contract. From this point of view, adjustment is not against the principle *pacta sunt servanda* but in accordance with it.

This paradox also relativizes the difference between the forms of rationality mentioned. I claim that normally the conclusions and decisions which seem to be made only according to the rules of narrow or formal rationalism are actually made according to the rules of wider rationalism. I think it is necessary to use wider rationalism; in most cases it seems that only narrow rationalism is applied. In these cases formally correct conclusions are also substantially acceptable. It is not necessary to present explicitly the substantial considerations when the result is in accordance with formal rationality. The actual substantial considerations remain hidden. On the other hand, I think it is important to notice that there is a need for specific and larger arguments when deviating from normal inference.

In any case, the distinction mentioned is also a norm or a demand for well-founded interpretation and the judiciary. Narrow rationalism is not enough; wider rationalism will always be needed. The acceptability of a conclusion inferred from formal grounds must always be considered. If a conclusion is not acceptable, it is a different thing and the next stage is to consider whether it is possible to make an exceptional conclusion or decision and what the preconditions for it are. The principles of freedom and equality may prefer exceptions, but they may also prefer keeping formally correct conclusions. On the other hand, I am convinced that becoming aware of this distinction will lower the above-mentioned threshold.

HENKILÖHAKEMISTO

Ei sisällä alaviitteissä olevia henkilömainintoja

- Aarnio, Aulis, 55, 103, 224, 238, 253, 255, 264, 362
 Alchourrón, Carlos E., 238
 Anderson, Alan Ross, 57, 218
 Anscombe, G.E.M., 67
 Aristoteles, 9, 12, 88, 151, 162, 310, 365, 368
 Atiyah, P.S., 384
 Austin, John, 5, 47, 51, 68, 74, 82, 93
 Ayer, A.J., 47
 Bentham, Jeremy, 93, 151, 283
 Berkeley, George, 10, 87
 Bobbio, Norberto, 52
 Brusin, Otto, 237
 Bulygin, Eugenio, 238
 Descartes, René, 11, 35, 244, 295
 Dworkin, Ronald, 38, 55, 94, 95, 99, 133, 142, 143, 147, 154, 172, 177, 207, 208, 216, 217, 221, 222, 226, 229, 252, 256, 258, 261, 268, 279, 285, 313, 317, 330, 332, 333, 342, 345, 346, 349, 352, 363, 370
 Eckhoff, Torstein, 301
 Ekelöf, Per Olof, 69, 71, 279
 Firth, Roderick, 218
 Frank, Jerome, 92, 225
 Fuller, Lon L., 39, 228, 314
 Gadamer, Hans-Georg, 60, 132, 172, 219, 333, 362
 Gauthier, David, 163, 175, 177, 178, 181, 202, 207, 218, 220, 364
 Geiger, Theodor, 61
 Gettier, Edmund L., 244, 245, 248, 366
 Goodman, Nelson, 350
 Hare, R.M., 84
 Harman, Gilbert, 149
 Hart, H.L.A., 27, 38, 47, 51, 55, 56, 82, 93, 95, 97, 98, 111, 130, 144, 146, 161, 227, 266, 272, 285, 292, 306, 311, 314, 330
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 15, 29, 46, 55, 104, 106, 132, 150, 152, 162, 175, 362, 363
 Helin, Markku, 57, 336
 Hintikka, Jaakko, 26, 242, 282, 357
 Hintikka, Merrill B., 26
 Hobbes, Thomas, 93, 140, 142, 150, 162, 361
 Hohfeld, Wesley Newcomb, 51, 68, 74, 78
 Honoré, Tony, 156
 Hume, David, 35, 81, 82, 87, 143, 150, 151, 162, 361
 Hägerström, Axel, 46, 48, 50, 67, 86, 216, 361
 Jørgensen, Stig, 99
 Kant, Immanuel, 1, 9, 11, 22, 31, 35, 41, 42, 46, 48, 66, 85, 88, 104, 111, 132, 143, 148, 149, 152, 162, 164, 171, 172, 208, 220, 244, 278, 316, 357, 362
 Kelsen, Hans, 12, 48, 57, 81, 82, 86, 88, 90, 93, 95, 115, 131, 133, 134, 146, 266, 270, 272, 281, 287, 288, 317, 347, 357
 Klami, Hannu Tapani, 129, 286, 338
 Kripke, Saul A., 35
 Lagerspetz, Eerik, 91, 93, 168, 358
 Lahtinen, Osvi, 311
 Leibnitz, Gottfried Wilhelm, 11, 57, 90
 Lewis, David K., 29, 112, 153
 Locke, John, 10, 142, 151, 162, 178, 295
 Lundstedt, A. Vilhelm, 48, 68, 71
 MacCormick, Neil, 108
 MacIntyre, A.C., 85, 88, 318
 Makkonen, Kaarle, 225
 Malcom, Norman, 30
 Marmor, Andrei, 26, 38, 286, 334
 Mazzarese, Tecla, 103, 211
 Moore, George Edward, 7, 31, 46, 81, 115
 Neurath, Otto, 334
 Niiniluoto, Ilkka, 41, 102, 362

- Nowell-Smith, P.H., 84
 Olivecrona, Karl, 48
 Peczenik, Aleksander, 90, 98, 131, 253, 285, 348
 Platon, 9
 Poincarè, Henri, 67, 84
 Popper, Karl L., 212
 Pöyhönen, Juha, 195, 196
 Rawls, John, 137, 141, 142, 143, 147, 149, 156, 157, 160, 164, 170, 171, 173, 175, 207, 209, 218, 220, 351, 363, 364
 Raz, Joseph, 38, 97, 267, 270, 309, 313, 330, 337, 347
 Reynolds, Noel B., 163, 168
 Ross, Alf, 5, 20, 44, 45, 49, 59, 68, 87, 103, 144, 145, 359, 360
 Rousseau, Jean-Jacques, 103, 142, 152, 161, 162, 169, 171, 278
 Russell, Bertrand, 11, 18, 24, 42
 Saarenpää, Ahti E., 237
 Schauer, Frederick, 261, 306, 307, 308, 311, 315, 316, 317, 322, 330, 343, 368, 370
 Searle, John R., 67, 81
 Smith, Adam, 179
 Sokrates, 263
 Steinberg, Jules, 138
 Stenius, Erik, 281
 Strahl, Ivar, 69, 71
 Stuer Lauridsen, Preben, 50, 62
 Summers, Robert S., 99, 109, 252, 257, 275, 313, 314, 322, 344
 Sumner, L.W., 142, 157
 Sundberg, Jacob W.F., 330
 Tarski, Alfred, 18, 56
 Taxell, Lars Erik, 179, 183
 Timonen, Pekka, 301
 Waismann, Friedrich, 227
 Walker, Ralph C.S., 41, 44, 293, 294
 Weber, Max, 250, 317, 322
 Weinberger, Ota, 316
 Westermarck, Edvard, 86
 Wikström, Kauko, 120
 Winch, Peter, 30
 Wittgenstein, Ludwig, 14, 22, 26, 31, 34, 43, 56, 81, 92, 97, 104, 124, 227, 244, 306, 357
 von Wright, Georg Henrik, 39, 97, 282, 357
 Wróblewski, Jerzy, 264, 265, 270, 279, 280
 Zitting, Simo, 68, 73

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO

Suomen Korkein oikeus

KKO 1933 II 47, s. 190
KKO 1960 II 47, s. 185
KKO 1961 II 100, s. 192
KKO 1962 II 80, s. 192
KKO 1964 II 23, s. 185
KKO 1969 II 33, s. 185
KKO 1971 II 2, s. 184
KKO 1972 II 84, s. 184
KKO 1973 II 38, s. 190
KKO 1975 II 92, s. 185
KKO 1977 II 76, s. 185
KKO 1981 II 102, s. 199
KKO 1982 II 105, s. 328
KKO 1986 II 111, s. 186
KKO 1988:48, s. 199
KKO 1990:148, s. 199
KKO 1991:84, s. 305
KKO 1992:182, s. 198
KKO 1993:19, s. 305
KKO 1994:44, s. 339
KKO 1994:105, s. 328
KKO 1994:115, s. 327
KKO 1995:44, s. 305

Suomen Korkein hallinto-oikeus

KHO 1993 B 573, 328

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

Costa v. Enel 6/64, ECR 1964, s. 303
Marleasing C-106/89, ECR 1990, I:4135,
s. 303
Van Gend and Loos 26/62, ECR 1963, s. 303

Yhdysvaltojen Korkein oikeus

(Supreme Court, kirjallisuuden välityksellä)

Coleman v. MacLennan, 78, Kan. 711, 741,
98 P. 281, 292 (1908), s. 262
DeFunis v. Odegaard, 94 S. Ct. 1704 (1974),
s. 230
Henningsen v. Bloomfield Motors, 32 N.J.
358, 161 A.2d 69 (1960), s. 261
MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N.Y.
382, 111 N.E. 1050 (1916), s. 261 ja 262
Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188
(1889), s. 261
Tennessee Valley Authority v. Hill, 437 U.S.
153 (1978), s. 257

ASIAHAKEMISTO

Ei sisällä alaviitteissä tai englanninkielisessä yhteenvedossa olevia käsitteitä

- A fortiori -päättely, 123
- A posteriori, 42, 49
- A priori, 9, 23, 65, 75, 88, 154, 217
- Absoluuttinen henki, kokonaishenki, 29, 55
- Absoluuttisuus, absolutismi, 132, 208, 216
- Aikaprioriteettiperiaate, 202
- Aineellinen siirtymä, 83, 242, 284, 288
- Ainoa oikea tieto tai ratkaisu, 217
- Aksiologinen, 250
- Aksiooma, 7, 136
- Aktuaalimaailma, ks. mahdollinen maailma
- Alettinen diskurssi, 1
- Alettinen modaaliteetti, ks. modaaliteetti
- Ali- ja ylisääntely, 308
- Altruismi, 147, 179
- Alun ongelma, 15
- Amerikkalainen realismi, ks. realismi
- Analogia, 122
- Analyysi, analyyttinen, 19, 22, 51, 68, 351
- Analyyttinen sopimus, ks. yhteiskuntasopimus
- Anschauung, 31
- Antiformalismi, 262
- Antirealismi, ks. realismi
- Apodiktinen, 10, 31
- Argumentti, argumentointi, 3, 15, 20, 64, 65, 88, 109, 111, 117, 149, 173, 209, 220, 222, 227, 234, 236, 237, 241, 250, 259, 285, 292, 297, 298, 299, 327, 335, 338
- Arkhimedeen piste, 133, 207
- Arkikieli, ks. kieli
- Asetus, 304, 305
- Asymmetrisyys, 93
- Atomismi, 8, 24, 68
- Auktoriteetti, 66, 92, 118, 133, 251, 266, 270, 313
- Behaviorismi, 45, 51
 - Ideologinen behaviorismi, 51
- Bellum omnium contra omnes, 161, 166
- Bivalenssi, 7, 101, 224
- Bolognalainen kirurgi, 263
- Cessante ratione non cessat lex ipsa, 311
- Ceteris paribus, 338
- Cogito ergo sum, 295
- Coleman-tapaus, 262
- Common law -järjestelmä, 260
- Conditio sine qua non, 145
- Contra legem, 261, 274
- Data, 85
- De lege ferenda, de lege sententia, 354
- Deduktio, 120
- DeFunis-tapaus, 230
- Denuntiaatio, 190
- Deontologia, 147
- Deonttinen
 - Deonttinen logiikka, ks. logiikka
 - Deonttinen modaaliteetti, ks. modaaliteetti
 - Deonttisesti täydellinen maailma, ks. mahdollinen maailma
- Deskriptiivinen teoria, 347
- Desuetudo, 273, 328
- Determinismi, 109, 118, 153, 173
 - Indeterminismi, 247
- Dialektiikka, dialektinen, 15, 109, 163
- Direktiivi, 61, 304
- Dispositio, 10
- Distributio, 181
- Dualismi, dualismi–monismi -erottelu, 7, 52, 115, 302, 344
- Dynaaminen, dynaamisuus, 28, 133, 134, 173
- E contrario -päättely, 122
- Egoismi, 147
- Eksistenssiparadoksi, 11
- Ekstensio–intensio -erottelu, 21, 26, 51, 53, 60, 100

- Eksternalismi, 7
 Ekvivalenssi, 11, 57, 66, 285, 322
 Elämänmuoto, 28, 37, 114, 277
 Emansipaatio, 68
 Emotivismi, 47, 86, 216
 Empirismi, empiirinen menetelmä, 6, 59, 64, 272, 295
 Ennakkopäätös, 305, 330
 – Pluralistinen ennakkopäätösoppi, 330
 Ennustettavuus, 323
 Epieikeia, 195, 310, 343
 Epistemologia, episteeminen, 6, 59, 60, 118, 242, 284
 Episteeminen modalityteetti, ks. modalityteetti
 Eroperiaate, 158
 Esitieto, 11, 114
 Esse is percipi, 10
 Etiikka, 63
 Etuoikeutettu lause, 42, 44, 293, 295, 296, 298
 Etuoikeutettu peruste tai syy, 338
 EU-normi, ks. normi
 Euroopan ihmisoikeussopimus, 302, 304
 Eurooppaoikeus, 302
 Ex ante – ex post -erottelu, 34, 54, 139, 140, 158, 230, 235, 259, 260
 Expressio unius est alterio exclusius, 314
 External, ks. sivullissuhde
 Falsa demonstratio non nocet, 188
 Fasadi, 346
 Feed back, 349, 354
 Fenomenaali-kieli – fysikalistinen kieli -erot-
 telu, ks. kieli
 Fenomenalismi, 7, 11
 Fiktio, 116
 Filosofinen positivismi, ks. positivismi
 Formalismi, 118, 133, 296, 314, 316, 331
 – Antiformalismi, 262
 Foundationalismi, 44, 294, 316, 353
 Funktio, funktionaalinen, 25, 27, 71
 Galileilais-newtonilainen, 12
 Galileilais-positivistinen, 3
 Gettierin ongelma, 244
 Harkintatasapaino, 77
 Harkintavalta, 95, 135, 238, 316, 350, 346
 Havaintoraportti, 41
 Hedonismi, 182
 Hegeliläinen totuus, ks. totuus
 Herbert, Hercules ja Hermes, 221, 222
 Hermeneutiikka, hermeneuttinen kehä, 91
 Hierarkia, 266, 288, 297
 Hiljainen sopimus, ks. yhteiskuntasopimus
 Hinta, 181
 Historiallinen sopimus, ks. yhteiskuntasopi-
 mus
 Historiallinen tosiseikka, ks. tosiseikka
 Holismi, 3, 9, 24, 79, 187
 Humen periaate, 55, 81, 82
 Hypoteettinen normi – kategorinen normi
 – erottelu, ks. normi
 Hypoteettinen sopimus, ks. yhteiskuntasopi-
 mus
 Hypoteettinen syllogismi, 70
 Hyppy (looginen), 285
 Hyvin järjestetty yhteisö, 137
 Hyväksyttävyys, 66, 103, 133, 145, 215, 227,
 256, 267, 293, 306, 342, 352
 – Hyväksyttävyysovoima, 278
 Hyödyllinen ristiriita, 295, 355
 Ideaalihenkilö, 218, 220
 Ideaalimaailma, ks. mahdollinen maailma
 Idealismi, 11
 Idealisointi, 171, 226
 Identiteetin laki, 284
 Ideologinen behaviorismi, 51
 Ignorantia juris neminem excusat, 324
 Implementointi, 304
 Implikaatio, 11, 83, 128, 130, 170, 282
 Indeterminismi, 247
 Indifferentti, 289
 Individualismi, 148
 Institutionaalinen, 100
 – Institutionaalinen oikeus, 155
 – Institutionaalinen tieto, 114
 – Institutionaalinen tosiseikka, ks. tosiseikka
 – Institutionaalinen totuus, ks. totuus
 – Institutionaalinen tuki, 106
 Instituutio, 3, 67, 105, 113, 126, 177, 239, 249
 Instrumentalismi, 316
 Integriteetti-malli, 222, 345
 Intensionaalinen logiikka, ks. logiikka
 Intentionaalinen, intentionaalisuus, 100, 147
 Interpretatio cessat in claris, 286
 Intersubjektivisuus, 31, 132, 173, 216
 Interventio, 292
 Irrefleksiivisuus, 93
 Isomorfia, 119
 Julkinen peruste tai syy, 297
 Jura novit curia, 289

- Kaavamaisuus, 4, 120, 268, 306, 307, 314
 Kanonisointu, 298
 Kansainvälinen sopimus, 302
 Kansalaisyhteiskunta, 175
 Kasuismi, 313, 328
 Kategoria, 122, 314, 315, 336
 Kaupankäynnin tilanne, 170, 179
 Kauppapeli, 167
 Kehäpäättely, 30, 77, 91, 94, 152, 154, 208, 349, 350
 Ketjuromaani, 332
 Kieli
 – Arkikieli, 24
 – Fenomenaalkieli – fysikalistinen kieli-erottelu, 24, 72
 – Kielen akontekstuaalisuus, 277
 – Kielen avoimuus, 227, 277, 285, 306
 – Kielen semanttinen itsenäisyys, 38, 276, 326
 – Kielen universaalisuus, 2, 14, 149, 244
 – Kielifilosofia, 21, 46
 – Kielipeli, 23, 26, 28, 31
 – Kieliteko, 33, 81, 100
 – Käsitekieli, 24, 72
 – Metakieli–objektikieli -erottelu, 18, 42
 Kiinteistönkauppa, 199, 339
 Kiinteistönvälittäjä, 199
 Kiperä tapaus, 89, 119
 Kognitiivinen, kognitivismi, 33, 86, 212, 215
 Koherenssi, koherentismi, 3, 9, 26, 41, 42, 43, 52, 56, 57, 79, 108, 109, 208, 296, 247, 352
 Koherenttinen totuuskäsitys, ks. totuus
 Kohtuus, 181, 184, 195, 197
 Kokonaisvaltainen kokeminen (Erlebnis), 60, 219
 Kollisio, 202
 Komissiivinen modaliteetti, ks. modaliteetti
 Kommutaatio, 180
 Kompetenssisääntö, ks. sääntö
 Konkurssi, 328
 Konsensus, 104, 135, 138, 211
 Konservatiivisuus, 133, 292
 Konsistenssi, 237, 281, 293
 Konstruktiivisuus, konstruktivismi, 38, 209
 Kontinentaalinen järjestelmä, 261
 Kontingenti, 27
 Konventionalismi, 2, 6, 22, 27, 64, 91, 125, 126, 349, 355
 Korjaava tekijä, 265
 Korkein hallinto-oikeus, 328
 Korkein oikeus, 185, 198, 327, 328, 339
 Korrelaattisuhde, 126, 140
 Korrespondenssi, 7, 26, 41, 54, 61, 63, 103, 105
 Korrespondenssiparadoksi, 19, 20, 62
 Kova tosiseikka, ks. tosiseikka
 Kriittinen suuntaus (CLS), 160
 Kriteeri, 25, 26, 30, 172, 264, 283, 291, 293, 326, 327, 335
 Kritiikki, 269, 278
 Kuluttaja, 336, 339
 Kuvateoria, 22
 Käsitekieli, ks. kieli
 Käsitteistä päättely, 75
 Käyttäytymissääntö, ks. sääntö
 Laki
 – Lainsäätäjän tahto, 115
 – Laintulkintaperiaate, 123, 286
 – Lakiasäättävä tahto, 150
 – Lakipositivismi, ks. positivismi
 – Luonnonlain vähimmäissisältö, 98
 – Perustuslaki, 301
 Lantinheitto, 306
 Law in action, law in books, 280
 Legalismi, 331
 Legaliteettiperiaate, 290
 Leges imperfectae, 145
 Legitimeetti, 89, 169, 273
 Leimavero, 329
 Leviathan, 170
 Lex
 – Lex posterior derogat legi priori, 304
 – Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali, 287
 – Lex superior derogat legi inferiori, 288, 305
 Liberalismi, 138
 Liukkaan tai kaltevan pinnan argumentti, 325
 Locken ehto, 178
 Logiikka
 – Deonttinen logiikka, 12, 84
 – Intensionaalinen logiikka, 15
 – Modaalilogiikka, 11
 Lojaliteettiperiaate, 189
 Looginen
 – Looginen empirismi, looginen positivismi, 5, 50

- Looginen johtaminen, 85
- Looginen konstruktio, 11
- Looginen pätevyys, 82
- Looginen systeemi, 283
- Looginen taso, 20, 152, 283
- Lopputila (looginen), 282
- Luonnollinen
 - Luonnollinen oikeus, 154
 - Luonnollinen vapaus, 161
 - Luonnollinen velvollisuus, 143
- Luonnonlain vähimmäissisältö, ks. laki
- Luonnonoikeus, ks. oikeus
- Luonnontila, 139, 160
- Luotettavuus, 323
- Luotonantaja, 339
- Luxembourgihin tuomioistuin, 303
- MacPherson-tapaus, 262
- Mahdollinen maailma, 1, 36
 - Aktuaalimaailma, 32, 283
 - Deonttisesti täydellinen maailma, 282
 - Ideaalimaailma, 111, 272, 282, 283
 - Päämäärien valtakunta, ks. päämäärien valtakunta
- Maksiimi, 164
- Malin génie, 11
- Mandatorinen sääntö, ks. sääntö
- Markkinat, 178
 - Markkinahäiriö, 182
 - Täydelliset markkinat, 180, 181
- Marxilaisuus, 159
- Master-testi, 99
- Materiaalinen totuus, ks. totuus
- Metafyysinen
 - Metafyysinen fakta, ks. tosiseikka
 - Metafyysinen sääntö, ks. sääntö
 - Metafyysinen virhepäätely, 11, 65
- Metakieli–objektikieli -erottelu, ks. kieli
- Metanormi, ks. normi
- Metodi, metodologia, 6, 60, 258
- Minimax- ja maximin-periaatteet, 179
- Modaalilogiikka, ks. logiikka
- Modaalioperaattori, 12
- Modaliteetti
 - Alettinen modaliteetti, 22, 82
 - Deonttinen modaliteetti, 1, 82, 145, 289
 - Episteeminen modaliteetti, 241
 - Kommissiivinen modaliteetti, 145
- Modus vivendi, 157, 174
- Molekulaarinen, 25
- Moraali, 127
 - Positiivinen eli virallinen moraali, 129
 - Tosiasiallinen eli kriittinen moraali, 129
- Muoto/funktio -konstruktio, 311
- Muuttuja, 12
- Määritelmä, 19, 23
- Määräys-toivomus -erottelu, 337
- Naturalistinen sopimus, ks. yhteiskuntasopimus
- Naturalistinen virhepäätely, 31, 66, 81
- Niukkuus, 204
- Noblesse oblique, 159
- Nominalismi, 47
- Normatiivinen diskurssi, 1
- Normatiivinen ideologia, 54, 61
- Normatiivinen sopimus, ks. yhteiskuntasopimus
- Normi
 - EU-normi, 303
 - Hypoteettinen normi – kategorinen normi -erottelu, 182, 147, 314
 - Metanormi, 286
 - Normiarvostelma, 89
 - Normi-ilmaus, 63, 236
 - Normijärjestelmä, 282
 - Normikategoria, 75
 - Normilause, 236, 247, 281, 283, 291, ks. sääntö
 - Normipropositio, 102, 103
 - Normisuositus, 104
 - Normiväite, 54
 - Perusnormi, 93, 97, 270
 - Primäärinormi–sekundäärinormi -erottelu, 58, 69
 - Sosiaalinen normi, 98
- Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, 290
- Objektiivisuus, objektivismi, 29, 41, 129, 131, 174, 187, 194, 207, 208, 209, 211, 212, 222, 227, 233, 234, 278, 297, 332, 334
- Oikeudenmukaisuus, 4, 79, 177, 141, 157, 172, 180, 183, 194, 197, 204, 207, 280, 284, 232, 356
- Oikeus
 - Luonnonoikeus, 40
 - Oikeusasema, 172
 - Oikeushyvä, 252
 - Oikeusjärjestelmä, 109, 237, 260, 263
 - Oikeusjärjestys, 136, 140, 141, 162, 163,

- 237, 281, 289
- Oikeuslähde, 64, 112, 114, 227, 259, 264, 266, 279, 280, 283, 285, 297, 299, 305
- Oikeuslähdeideologia, 60
- Oikeuslähdeoppi, 60, 256, 264, 291, 296, 329
- Oikeuspakko, 140, 144, 145, 168
- Oikeusperiaate, 98, 133, 135, 141, 142, 154, 157, 172, 239, 279
- Oikeusrealismi, 3, 6, 40, 44, 45, 112
- Oikeusseuraamus, 69, 72
- Oikeussuhde, 12, 184
- Oikeussuoja, 49, 73, 76, 78
- Oikeusturva, 148
- Oikeusvarmuus, 197, 201, 322
- Sekundäärioikeus, ks. sekundäärioikeus
- Oikeuttaminen, 3, 5, 26, 90, 101, 109, 118, 129, 225, 235, 246, 250, 293, 348, 351
- Oikeutus, 130, 155, 307, 311, 330
- Olenaiset edellytykset, 185
- Ontologia, 58, 60, 89, 103
- Osakeyhtiö, 327
- Osamaksukauppa, 339
- Ostentio, 22
- Pacta sunt servanda, 195, 196
- Pahoinpitely, 321
- Pakkohuutokauppa, 327
- Panttioikeus, 191
- Paradoksaalisuus, 344, 355
- Parasiitti, 202
- Partikularistinen (kaikki seikat huomioon ottava) malli, 227, 307, 311, 319, 321, 325, 337, 338
- Perheyhtäläisyys, 27
- Persoonallisuuden jakautuminen, 279
- Perusnormi, ks. normi
- Perustuslaki, ks. laki
- Peukalosääntö, ks. sääntö
- Pluralismi, 99, 137
- Pluralistinen ennakkopäätösoppi, 330
- Poikkeamiskynnys, 331
- Poissuljentaperuste, 293
- Poissulkeva peruste tai syy, 309, 337
- Positiivinen eli virallinen moraali, ks. moraali
- Positivismi
 - Filosofinen positivismi, 50
 - Lakipositivismi, 2, 38, 94, 114, 131, 133, 256, 296, 310, 340, 341, 342
 - Presumptiivinen positivismi, 326, 340, 343, 347, 356
- Pragmatiikka, 27
- Praktinen syllogismi, 231
- Praktinen välttämättömyys, 88
- Predicament, 284
- Presumptiivinen positivismi, ks. positivismi
- Presumptiivinen ristiriidattomuus, 284
- Preventio, 322
- Prima facie, 195, 315
- Primäärinormi–sekundäärinormi -erottelu, ks. normi
- Propositionaalinen totuus, ks. totuus
- Psykologinen imperatiiviteoria, 47
- Psykologinen realismi, ks. realismi
- Psykologisointi, 86
- Puhdas oikeusoppi, 115, 131
- Puolueeton näkökulma, 174, 207, 219
- Pätemättömyys, 191
- Pätevyys, 11, 97, 99, 196, 199, 243, 260, 264, 273, 348, 356
- Päämäärien valtakunta, 1, 143, 181, 183, 283
- Ratio legis, 120, 209, 254, 310, 332
- Rationaalisuus, rationaalinen, 4, 129, 132, 133, 147, 149, 164, 169, 204, 207, 207, 236, 237, 253, 343, 351
 - Rationaalinen yhteistoiminta, 179
 - Rationaalisen valinnan tilanne, 156, 163, 170
 - Rationalismi, 3, 295, 352
- Ratkaisupakko, 289
- Ratkaisutoiminta, 353
- Reaalinen argumentti, 122, 254
- Reaalisäältä, 50
- Realismi, 6, 7, 17, 115, 229
 - Amerikkalainen realismi, 45, 103
 - Antirealism, 2, 6, 28, 215, 216
 - Psykologinen realismi, 45, 103
 - Skandinaavinen realismi, 45, 73
- Reduktionismi, 8, 50, 68, 71, 79
- Reflektio, 10, 30, 107, 271, 351
 - Irrefleksiivisuus, 93
- Regressi, regressioperiaate, 92, 293
- Reilu peli, 146, 157, 172
- Relatiivisuus, relativismi, 113, 131, 216, 352
- Reliabilismi, 258
- Retributio, 181
- Riggs-tapaus, 261
- Rooman sopimus, 303
- Rutiinitapaus, 119, 317

- Sanktio, 58, 145
- Schauerin ongelma, 307
- Sekundäärioikeus, 78
- Semantiikka, 2, 14, 17, 115
 - Semanttinen referenssi, 62, 69
- Sense–data –realismi, 7
- Sidotun ratkaisun ideaali, 322
- Sisäinen näkökulma – ulkoinen näkökulma
 - erottelu, 33, 54
- Sivullissuhde, 190, 201
 - External, 202
 - Negatiivinen ja positiivinen sivullinen, 202
 - Sivullissuoja, 206
- Skandinaavinen realismi, ks. realismi
- Skeptismi, 15, 35
- Solipsismi, 11, 31, 87, 216
- Sopimus
 - Sopimuksen tulkinta, 186
 - Sopimuskäytäntö, 196
 - Sopimusoikeus, 164
 - Sopimusoppi, ks. yhteiskuntasopimus
 - Sopimusvapaus, 290
 - Yhteiskuntasopimus, ks. yhteiskuntasopimus
- Sosiaalinen
 - Sosiaalinen normi, ks. normi
 - Sosiaalinen paine, 144, 315
 - Sosiaalinen tosiseikka, ks. tosiseikka
 - Sosiaalinen yhteistoiminta, 142
- Sovittelu, 194, 205
- Staattinen, staattisuus, 134
- Stipulaatio, 23
- Strasbourg'n tuomioistuim, 305
- Subjektiivinen oikeus, 68, 72, 182, 290
- Subjektiivisuus, subjektivismi, 29, 86, 278
- Substantiaalinen, 74
- Subsumptio, 119
- Summaarinen menettely, 318
- Summersin mallit, 344, 345
- Suoritusvirhe, 192
- Suvereeni, 47, 93
- Symptomi, 26
- Synteettinen, synteesi, 36, 65, 133, 342, 351, 356
- Systeemi, 3, 4, 31, 42, 43, 52, 110, 237, 281, 291, 304
 - Systeemivoimassaolo, 265
 - Systemaattinen perustelu ja tulkinta, 75, 112, 239, 325
 - Systematiikka, 75, 237, 306
- Syvä teoria, 154
- Syytetty, 248
- Säädosekonomia, 290
- Sääntö
 - Kompetenssisääntö, 78
 - Käyttäytymissääntö, 78
 - Mandatorinen sääntö, 290, 308
 - Metafyysinen sääntö, 37, 118
 - Peukalosääntö, 315
 - Sääntölause, sääntöilmaus, 281, 286, 287, 295, 313, ks. normi
 - Sääntöparadoksi, 34, 92
 - Sääntöpohjainen malli, 307, 308, 319, 321, 326, 335
 - Taktiikka, taktiikan säännöt, 147
 - Tunnistamissääntö, 93, 97
- Tabula rasa, 9
- Takaisinsaanti, 205
- Takautuvan vaikutuksen ongelma, 223
- Taktiikka, taktiikan säännöt, ks. sääntö
- Taloudellinen vaihdanta, 179
- Tasa-arvo, 142, 157, 160, 197
- Tasapainotila, 165, 180, 184, 198, 200
- Tavoitteet–periaatteet –erottelu, 148, 177, 252
- Tehokkuus, 325
 - Tehokkuusvoimassaolo, 272, 275
- Teleologia, 122, 138, 147, 148
- Terve järki, 7, 220
- Tiedon varmuus, 210, 212, 213, 217, 231, 234, 246, 258
- Tietämättömyyden verho, 171
- Tosiasiallinen eli kriittinen moraali, ks. moraali
- Tosiasiallinen sopimus, ks. yhteiskuntasopimus
- Tosiseikka
 - Historiallinen tosiseikka, 342
 - Institutionaalinen tosiseikka, 67
 - Kova tosiseikka, 67
 - Metafyysinen fakta, 35
 - Oikeustositseikka, 69, 72
 - Sosiaalinen tosiseikka, 97, 102
- Totuus, 235, 244, 297
 - Hegeliläinen totuus, 104, 106
 - Institutionaalinen totuus, 3, 89, 100, 108, 109, 112, 116, 351
 - Koherenttinen totuus käsitys, 26, 42, 110
 - Korrespondenssiteoria, ks. korrespondenssi

- Materiaalinen totuus, 106
- Propositionaalinen totuus, 106, 110, 244
- Totuusehto, 41, 106
- Totuuskriteeri, 20, 43, 243, 297
- Traditio, 3, 28, 37, 105, 113, 114, 120, 133, 232, 249, 266, 271, 276, 292, 297, 331
- Transitiivisuus, 93
- Transsendentaalinen, 23, 67, 96, 137, 264
- Transsendentti, 96
- Tulkintakaava, 52
- Tulkintaperiaate, 188
- Tunnistamissääntö, ks. sääntö
- Tuomarin näkökulma, 2
- Tuomioistuin, 271
- Tû-Tû, 69, 80
- Tyyppikohtuuttomuus, 196
- Tyyppitapaus, 26, 39, 111, 119, 229, 286, 334
- Tärkeä tapaus, 317
- Täydelliset markkinat, ks. markkinat
- Universaali, 221
- Uskomus, 25, 235, 241
- Utilitarismi, 147, 152, 158, 182
- Vaara, abstrakti ja presumoitu, 318
- Vaihdannan etu, 204
- Vaihdannan häiriö, 181
- Vakuutuspele, 169
- Valehtelijan paradoksi, 17
- Valistus, 114, 132
- Vallan jako, 312
- Valtio, 152, 175
- Vangin ongelman peli, 165
- Vapaa imperatiivi, 48
- Vapaamatkustaja, 202
- Varallisuusoiikeus, 164, 174, 175
- Varkaus, 321
- Vastavuoraisuus, 146, 173, 179, 187, 192
- Velkoja, 204
- Verifiointi, 50, 62, 111
- Veritas est adaequatio intellectus et rei, 7
- Väliintuleva tekijä, 4, 111, 256, 294, 301, 304, 305, 310
- Välittävä tekijä, 267
- Välitön kokemus, välitön havainto, 17, 41, 46
- Yhdenvertaisuus, 329
- Yhteensovittamisongelma, 164, 167, 295
- Yhteiskuntasopimus, 2, 21, 124, 135, 136, 139, 142, 207
 - Analyttinen sopimus, 139
 - Hiljainen sopimus, 139, 151
 - Historiallinen sopimus, 139
 - Hypoteettinen sopimus, 103, 139, 157, 173
 - Naturalistinen sopimus, 139
 - Normatiivinen sopimus, 140
 - Sopimusoppi, 125, 127, 136, 150, 292
 - Tosiasiallinen sopimus, 140
 - Yhteiskuntaryhmien välinen sopimus, 156
- Yhteistoiminnan ehdot, 169
- Yhteistoiminnan tasot, 176
- Yhteisöllinen käytäntö, 195
- Yhteisön itsesääntely, 170
- Yleinen etu, 175, 252
- Yleislauseke, 313
- Yleistäminen (normatiivinen), 150, 164, 171, 212