

JUHLAJULKAISU  
AARNE NUORVALA  
1912 · 18/4 · 1982

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vammala 1982, Vammalan Kirjapaino Oy

ISBN 951-855-049-2

ISSN 0356-7222

978-951-855-871-5 (PDF)

## Oikeussäännösten pätevyydestä, tehokkuudesta ja hyväksyttävyydestä

1. Oikeusjärjestyksestä puhuttaessa erotetaan usein toisistaan *sisäinen* ja *ulkoinen* näkökulma.<sup>1</sup> Tyypillisesti sisäisestä näkökulmasta oikeusjärjestystä tarkastelevat tuomari ja hallintovirkamies silloin, kun he soveltavat oikeussääntöjä ratkaistavana olevaan yksittäistapaukseen. Heidän vastattavanaan on kysymys: mikä tässä nimenomaisessa tapauksessa on (Suomen) oikeusjärjestyksen sisältö? Ratkaisijaa kiinnostaa tällöin viime kädessä se, mitkä oikeussäännöt sitovat häntä päätösvallan käyttäjänä. Hieman toisin ilmaisten, tuomari ja hallintovirkamies pyrkivät selvittämään itselleen, miten he esillä olevassa tilanteessa ovat velvolliset toimimaan — toimiakseen oikeusjärjestyksen mukaisesti.

Sisäiselle näkökulmalle on niin ikään luonteenomaista, että se rajoittuu aina *tiettyyn* oikeusjärjestykseen.<sup>2</sup> Niinpä suomalainen tuomari ja hallintovirkamies ovat tehtävänsä mukaisesti kiinnostuneita nimenomaan Suomen oikeusjärjestyksen sisällöstä. Huomion suuntaamiseksi johonkin ulkomaiseen oikeusjärjestykseen vaaditaan erityinen peruste, kuten tuon oikeusjärjestyksen oletettava merkitys oman oikeuden tulkinnalle. Joissakin tilanteissa — ennen muuta kansainvälisessä yksityisoikeudessa — ulkomaisella oikeudella saattaa olla myös arvoa suoranaisena oikeuslähteenä.

Koko ratkaisuideologia nojautuu vihdoin ajatukselle siitä, että lainsoveltaja noudattaa *voimassa olevaa oikeutta*. Kumottu tai kumoutunut laki ei OK 1:11:ssä ilmaistun lähtiökohtaperiaatteen mukaan voi olla ratkaisun perusteena.<sup>3</sup> Tuomari ja hallintovirkamies joutuvat siis

<sup>1</sup> Ks. näistä käsitteistä esimerkiksi Aarnio, Aulis, On Legal Reasoning. Loimaa 1976 s. 3 ss.

<sup>2</sup> Selkeän havainnollisesti esitellään sisäistä näkökulmaa Stig Strömholmin teoksessa Rätt, rättskällor och rättslämpning. Lund 1981 s. 67 ss.

<sup>3</sup> Ratkaisujen lakisidonnaisuudesta voidaan puhua nimenomaan siinä merkityksessä, että ratkaisun on aina *perustuttava* kirjoitettuun lakiin. Ks. Aarnio, Denkweisen der Rechtswissenschaft. Wien 1979 s. 24 ss.

käymään rajaa paitsi territoriaalisesti myös oikeushistorian suuntaan. Aivan samoin kuin ulkomainen oikeuskin voi viittaus oikeushistorialliseen näkökohtaan olla tulkinnallinen apuneuvo, mutta pelkästään oikeushistoriallista arvoa omaava lähde ei ole *oikeuslähde* sinänsä.

Sisäisestä näkökulmasta katsoen oikeuden voimassa olo on läpi-kotaisin käytännöllinen ongelma. Tuomari sen paremmin kuin hallintovirkamieskään ei joudu asettamaan yleisluontoista kysymystä siitä, mitä oikeuden voimassa olo *merkitsee*.<sup>4</sup> Ratkaisija tarkastelee asiaa niin sanoakseni tässä ja nyt. Hänen on löydettävä konkreettinen vastaus konkreettiseen kysymykseen. Yleistä muotoa olevalle kysymykselle voimassaolon käsitteestä ei löydy sijaa tässä praktisessa käyttö-yhteydessä.

Asetelman käytännöllinen luonne tulee hyvin esiin, jos palautamme mieliin, millä tavalla esimerkiksi hallintovirkamies toimii voimassa olevan oikeuden sisältöä selvittäessään. Epäilemättä tärkein ja ensisijainen lähde on lakikirja. Ratkaisija tutustuu huolella lakiteksteihin, joiden soveltumista tapaukseen hän pitää mahdollisena. Tavallista on niin ikään varmistua, onko olemassa asiaa koskevaa viranomais-ratkaisua. Käytännössä tämä tietää tutustumista asianomaisen alan oikeustapauskokoelmiin. Hankalissa tapauksissa etsitään kenties tu-kea myös lainvalmisteluasiakirjoista, perehdytään oikeuskirjallisuuteen jne. Ratkaisijan ammattitaito on siinä, että osaa rakentaa näin kerty-västä aineistosta perusteluiltaan kestävän johtopäätöksen. Osan tätä ammattitaitoa muodostavat ne oikeudellisen ajattelun yleiset periaat-teet, jotka asianomainen on koulutuksensa ja käytännön kokemuksen-sa myötä sisäistänyt. Mutta siinä onkin suurinpiirtein kaikki se, mitä ratkaisija *välittömästi* tarvitsee asemansa asettamien vähimmäisvaati-musten täyttämiseksi.

Lainsoveltajalle voidaan kuitenkin asettaa kysymyksiä, jotka eivät ratkea sisäisen näkökulman puitteissa. Otan muutaman esimerkin. Miksi ratkaisun perusteeksi otetaan lakikirjassa julkaistu lakiteksti X? Vastaus on luonnollinen: koska se on valtiosäännön mukaisessa jär-jestyksessä hyväksytty ja vahvistettu. Minkä vuoksi sitten juuri valtio-säännön mukaan toimiminen tuottaa lakitekstejä, joihin ratkaisut voi-daan sitoa? Voiko tähän muuta vastata kuin sanoa, että valtiosään-töä on (luonnollisesti) noudatettava. Mutta miksi? Entä minkä vuoksi tuomioistuinratkaisut katsotaan aineistoksi, joka ilmaisee jotakin voi-massa olevasta oikeudesta? Samaa voi sanoa lainvalmisteluasiakir-

<sup>4</sup> Strömholm, mt. s. 24 ss.

joista ja — vielä suuremmalla syyllä — oikeuskirjallisuudesta. Kaikki nämä kysymykset ja niiden sukulaiset on koottavissa yhdeksi ainoaksi perusongelmaksi: mitä on oikeuden voimassa olo? Mikä tekee määrätystä säännöstä juuri voimassa oleva oikeussäännön?

Viimeksi esiteltyt ongelmat ovat luonteeltaan *teoreettisia*.<sup>5</sup> Niihin ei voida vastata edellä luonnostellulta käytännön pohjalta. Ne eivät koske pelkästään jotakin tiettyä oikeusjärjestystä, esimerkiksi Suomen oikeutta, vaan yleensä oikeusjärjestyksiä. Kysymykset asettuvat tässä katsannossa ulkoisesta näkökulmasta.

Kun edellä todettiin, ettei lainsoveltaja tarvitse teoreettisia kysymyksenasetteluja suorittaessaan päivittäistä ammattitehtäväänsä, tuli esiin vain totuuden toinen puoli. Teoreettisilla kysymyksenasetteluilla ei tosin ole välitöntä arvoa ratkaisulle. Niistä ei voida johtaa lopputulosta eivätkä ne välittömästi perustele mitään kannanottoa. Kuitenkin niillä on oma arvonsa myös tuomarin ja hallintovirkamiehen kannalta. Teoreettisiin kysymyksiin annettavat vastaukset — mitä ne sitten ovatkin — kuuluvat *oikeudelliseen yleissivistykseen*. Sillä puolestaan on yksilölle sama arvo kuin sivistyksen tuomalla valistuneisuudella yleensä. Joka ei milloinkaan pysähdy pohtimaan esimerkiksi omien tekojensa luonnetta, joutuu tekemään ratkaisunsa ikäänkuin sokeasti. Sen enempiä kyselemättä hän toimii juuri niinkuin on käsketty tai niinkuin ennenkin on toimittu. On tarpeetonta korostaa, millaisen vaaran oikeuskulttuurille tämäntapainen yksilö erityisesti viranomaiskoneistossa muodostaa. Esimerkkejä siitä on riittämiin — niin meillä kuin muualla. Tältä kannalta katsoen tasapainoinen ammatillinen osaaminen pitää sisällään sekä sisäisen että ulkoisen näkökulman oikeusjärjestykseen ja ratkaisutoimintaan. Ja tämä kaksipuolisuus myös oikeuttaa asettamaan senkaltaisia kysymyksiä kuin kysymys oikeuden voimassaolosta.

2. Oikeuden voimassaolosta puhuttaessa yleiskieli on kiinnostavalla tavalla tautologinen. Niinpä Nykysuomen sanakirja määrittelee säännön voimassaolon *pätevyydeksi*: »Tässä kohden on voimassa sääntö» = »Tässä kohden pätee sääntö». Määritelmä ei kuitenkaan vie asiaa sanottavasti eteenpäin, sillä ongelmaksi muodostuu, kieltä näin käytettäessä, itse pätevyyden käsite. Tämän huomioon ottaen näyttääkin aiheelliselta tehdä ero voimassaolo-käsitteen kolmen eri-

<sup>5</sup> Ks. teoreettisten kysymysten käsitteestä oikeudellisessa ajattelussa esimerkiksi Aarnio, Teoreettisen tutkimuksen merkityksestä oikeustieteelle. LM 1976 s. 547 ss. Ks. myös Lehtimä, Lauri, Oikeustieteestä käyttö- ja perustutkimuksena. LM 1981 s. 567 ss., erityisesti s. 568—572 ja s. 588 ss.

*Oikeussäännösten pätevydestä, tehokkuudesta ja hyväksyttävyydestä*

laisen merkityssisällön välillä. Erottelu on sitäkin tärkeämpi, koska se peilaa kolmea oikeusteoreettista lähestymistapaa. *Jerzy Wróblewski* on luonnehtinut näitä lähestymistapoja nimityksellä *systeemivoimassaolo* (systemic validity), *tosiasiallinen voimassaolo* (factual validity) ja *arvoperusteinen voimassaolo* (axiological validity).<sup>6</sup> Seuraavassa puhutaan samaa tarkoittaen oikeussäännösten pätevydestä, tehokkuudesta ja hyväksyttävyydestä. Voimassaolo voi tällöin merkitä mitä tahansa näistä kolmesta — yksin tai yhdessä.

Kaavion avulla esitettyä voimassaolo-käsitteen eri merkityksistä saadaan seuraava asetelma:

Oikeussäännön voimassaolo

| Systeemivoimassaolo<br>(Pätevyys) | Tosiasiallinen<br>voimassaolo<br>(Tehokkuus) | Arvoperusteinen<br>voimassaolo<br>(Hyväksyttävyys) |
|-----------------------------------|----------------------------------------------|----------------------------------------------------|
|-----------------------------------|----------------------------------------------|----------------------------------------------------|

*Systeemivoimassaolo* eli normin pätevyys on aina muodollista laatua. *Wróblewskin* mukaan normi on (muodollisesti) pätevä, jos se täyttää seuraavat neljä ehtoa: (a) se on asianmukaisesti hyväksytty ja promulgoitu, (b) normia ei ole kumottu, (c) se ei ole ristiriidassa minkään samassa systeemissä pätevän normin kanssa tai (d) jos ristiriidiä vallitsee, on olemassa hyväksytty sääntö ristiriidan ratkaisemiseksi.

Oikeusnormin *tehokkuus* on pidettävä erossa sen muodollisesta pätevyydestä. Itse tehokkuuden käsite on kuitenkin monimielinen. Voidaan ajatella, että normi on tehokas yhteiskunnassa silloin ja vain silloin, kun *kansalaiset* säännönmukaisesti noudattavat sitä käyttäytymisessään. Hieman täsmällisemmin puhuen säännönmukaisuus merkitsee sitä, että jos joku (kuka tahansa) joutuu suorittamaan käyttäytymistään koskevan valinnan, on todennäköistä, että hän valitsee norminmukaisen käyttäytymistavan. Läheskään aina tehokkuutta ei kuitenkaan määritellä kansalaiskäyttäytymisen pohjalta. Päinvastoin, lähtökohtana pidetään yleensä *viranomaisen* harjoittamaan oikeussäännön soveltamista. Näin sen vuoksi, että oikeusjärjestykselle on pidetty olennaisena orgaanireaktion mahdollisuutta. Ainoastaan sellainen normi on yhteiskunnassa tehokas, jonka nojalla viranomaiset reagoivat määrättyyn käyttäytymiseen. Tällä tavoin ajatellen korostuu sa-

<sup>6</sup> *Wróblewski, Jerzy, Verification and Justification in the Legal Sciences Rechtstheorie, Beiheft 1. Berlin 1979 s. 207 ss.*

malla oikeusjärjestyksen pakkoluonne; liittyhän orgaanireaktio läheisesti yhteen nimenomaan pakkokäsitteen kanssa.

Tehokkuus saa jonkin verran eri sävyn siitä riippuen, kiinnitetäänkö huomiota jo tapahtuneeseen normin soveltamiseen vai tulevaan soveltamismahdollisuuteen. Paljon kannatusta on saanut *Alf Rossin* puolustama realistinen käsitys, jonka mukaan oikeusnormi on tosiasiallisesti voimassa, jos on todennäköistä, että normi tulee sisältymään viranomaista sitovaan normatiiviseen ideologiaan.<sup>7</sup> Eli yksinkertaistaen: jos on oletettavaa, että viranomainen sitoutuu juuri sanotunsisältöiseen oikeussääntöön.<sup>8</sup> On toisaalta pidettävä mielessä, että tehokkuus *edellyttää* — käsitteenmukaisesti — normin muodollista pätevyyttä. Niinpä kumottu normi ei voi olla tehokaskaan. Sen sijaan muodollinen pätevyys ei koskaan ole tehokkuuden riittävä ehto. Sen osoittavat desuetudotapaukset.

*Arvoperusteinen* voimassaolo liitetään usein ns. luonnonoikeudellisten suuntausten yhteyteen. Tällöin arvo, esimerkiksi oikeudenmukaisuus, ei ole pelkästään annetun eli positiivisen oikeusjärjestyksen *moraalinen mittapuu*, vaan peruste, joka antaa normijärjestelmälle *oikeudellisen pätevyyden*. Luontainen oikeus on ikäänkuin positiivisen oikeuden yläpuolella oleva pätevyyden perusta.<sup>9</sup>

Asialla on kuitenkin myös toinen puoli. Se kääntyy esiin, jos kirjoitetaan kysymys muotoon: miksi yhteiskunnassa X voimassaoleva oikeussääntö N on systemaattisesti jäänyt soveltamatta? *Eräs* selitys saattaa piillä siinä, että sanottu sääntö — olkoonkin, että se edelleen on muodollisesti kumoamatta — on lakannut vastaamasta yleisesti hyväksyttyä arvojärjestelmää. Kaikki muodollisesti pätevät oikeussään-

<sup>7</sup> Skandinaavisesta realismista antaa hyvän yleiskuvan *Jes Bjarup* teoksessa *Skandinavisk Realism*. Augsburg 1978. Ks. myös *Peczenik*, *Aleksander*, *Juridikens metodproblem*. Stockholm 1974 s. 36 ss. sekä *Strömholm*, mt. s. 90 ss.

<sup>8</sup> Rossille oikeussäännöt ovat eräänlaista *pelin sääntöjä*. Ne muodostavat yhdessä merkitys- ja motivaatioyhteyden, jota voidaan nimittää oikeusjärjestykseksi. Tämä merkitsee seuraavaa. Oikeussäännöt ovat *olemassa* ainoastaan psykologisina tietoisuussisältöinä (»ihmisten mielissä«). Olemassaoleva on vain mielentila ei sääntö sinänsä. Oikeussäännöt ovatkin vain abstrakteja ideasisältöjä, eräänlaisia tulkintamalleja, jotka tekevät mahdolliseksi selittää oikeudellisia ilmiöitä, esimerkiksi tuomarin käyttäytymistä. Kun sanomme normin N olevan *voimassa*, arvioimme, että tuomari kokee itseään sitovaksi käyttäytymismallin, jota normin edustama ideasisältö ilmaisee. — Ks. *Ross, Alf*, Om ret og retfaerdighed. København 1953 s. 22 ss. Kriittisesti Rossin ajatuksiin suhtautuu mm. *Henrik Zahle* (TfR 1974 s. 334 ss.).

On huomattava, että *Karl Olivecrona* ei sido voimassaoloa viranomaiskäyttäytymiseen. Hän tulkitsee voimassa olevan oikeuden kokoelmaksi käyttäytymissääntöjä, joita suurin piirtein noudatetaan, koska *kansalliset* katsovat ne sitoviksi. Ks. *Rättsordningen*. Ideer och fakta. Lund 2. uppl 1976 passim.

<sup>9</sup> *Aarnio*, The Form and Content of Law. Aspects of Legal Positivism. Archivum Iuridicum Cracoviense. XIII (1980) s. 17 ss.

nöt eivät siis saa voimassaolotakuuta. Ja siinä juuri on arvoperusteisen voimassaolon ydin.

Voidaan niin ikään ajatella, että viranomaisen tosiasiallisesti sovel-tama normi on ristiriidassa relevantiksi katsottavan arvojärjestelmän kanssa. Normi on toisin sanoen sekä muodollisesti pätevä että tehokas ilman, että se kuitenkaan on voimassa tietyn arvojärjestelmän näkökulmasta.

3. *Hans Kelsenin* käsitys oikeuden voimassaolosta heijastelee tärkeällä tavalla kuvattuja kolmea voimassaolon käsitesisältöä. Kelsenin mukaan oikeus on oikeusorganien asettamien normien muodostama kokonaisuus.<sup>10</sup> Toisaalta oikeusnormit kuuluvat aina pitämisen (Sol-len) maailmaan. Mikään reaalityodellisuuteen (Seinin piiriin) kuuluva asia ei perustele oikeusnormin pätevyyttä. *Oikeusnormi saa pätevyytensä aina toiselta oikeusnormilta.*

Tässä mielessä oikeusjärjestys muodostaa aina delegointiyhteyden. Tietty normi on (muodollisesti) pätevä, jos se on annettu ylemmän normin luoman kelpuutuksen turvin. Tätä tarkoittaen on puhuttu Kelsenin teorian yhteydessä usein ns. normihierarkiasta. Viimekätinen pätevyyden perusta on pyramidin huipulla oleva *perusnormi* (Grundnorm).

Kelsen antaa näin systeemivoimassaololle tietyn tulkinnan: normin pätevyys *perustuu* aina toiseen — siihen nähden ylempään — normiin. Systeemivoimassaolo, näin ajateltuna, on kuitenkin vain yksi puoli Kelsenin teoriaa. Ongelmaksi muodostuu näet tilanne, jossa yhtä aikaa on annettuna useampia kuin yksi perusnormin tukema normijärjestelmä. Klassinen esimerkki on Mafian antaman normijärjestelmän vertaaminen valtion oikeusjärjestykseen. Kelsen ratkaisee asian sanomalla, että perusnormi antaa oikeudellisen pätevyyden ainoastaan *sille normijärjestelmälle*, joka ainakin suurinpiirtein (im Grossen und Ganzen) on *tehokas*. Useista mahdollisista normijärjestelmistä perusnormi »päteväi» vain tehokkaimman. Seinän maailmaan kuuluva asia, tehokkuus, tulee näin muodostumaan normijärjestelmän voimassaolon välttämättömäksi ehdoksi. Systeemivoimassaolo on tältä kannalta katsoen siis sitä, että normi kuuluu tehokkaaseen normihierarkiaan, jonka ylimmällä portaalla on perusnormi. Kiinnostavaa kuitenkin on, että Kelsen edellyttää tämän lisäksi jokaiselta *yksittäiseltäkin* normilta tehokkuutta. Desuetudo-tapaukset karsiutuvat täten hänenkin voimassaolo-käsitteensä ulkopuolelle. Toisin sanoen: normi X on voimassa, jos

<sup>10</sup> *Kelsen Hans*, Puhdas oikeusoppi. Porvoo 1968 s. 207 ss. Ks. myös *Laakso, Seppo*, Puhtaan oikeusopin problematiikkaa. Oikeustiede- Jurisprudentia 1980 s. 91 ss.

se kuuluu (suurin piirtein) tehokkaaseen normijärjestelmään ja se itse ei ole käynyt de facto tehottomaksi.

Kelsen sulkee toisaalta jyrkkäsanaisesti pois mahdollisuuden, että normin voimassaolo määrittäisi arvopohjaisesti. Voimassaoleva oikeus ei tarvitse pätevyysperustakseen moraalialia. Sen vuoksi luonnonoikeus ei voi olla oikeutta sanan varsinaisessa mielessä. Se kuuluu moraalilin kategoriaan.

4. Puhdas oikeusoppi on hyvä esimerkki yrityksestä *määritellä* oikeussäännön voimassaolo jonkin tai joidenkin voimassaolo-käsitteen merkityssisältöjen kautta. Kelsenillä määritelmä kattaa muodollisen pätevyyden ja tehokkuuden. Joku toinen saattaa määritellä voimassaolon pelkän muodollisen pätevyyden avulla. Yhtä mahdollista on katsoa voimassaolevaksi vain sellainen normi, joka täyttää — muodollisten kriteerien ohella — tietyt arvopohjaiset vaatimukset.

Jokaisen määritelmän heikkous näyttää olevan siinä, että niissä ymmärretään väärin käyttämämme kielen logiikka. Emme puhu todellisuudessa niin yksioikoisesti kuin oikeusteoreetikot tahtoisivat meidän puhuvan. Ja mikä tärkeintä, erimielisyydet *syntyvät* juuri syvään rakentuneesta taipumuksestamme etsiä sanoille selviä määritelmiä. Sen vuoksi on syytä luopua määritelmäyrityksistä ja todeta, että puhumme oikeuden voimassaolosta eri tilanteissa eri tavoin. Riippuu asiayhteydestä (käyttämästämme kielestä), mitä voimassaolokäsitteen merkitystä kulloinkin pidämme silmällä.<sup>11</sup> Näin ajatellen voimassaoloproblematiikka avautuu seuraavaan tapaan.

5. *Voimassaolo pätevyyden merkityksessä* (muodollinen voimassaolo). Aluksi on syytä muistuttaa »laki»-sanon monimerkityksisyydestä. Oikeudellisessa käyttöyhteydessä se voi viitata joko *lakitekstiin* tai lakitekstin ilmaisemaan *oikeusnormiin* (lakinormiin).<sup>12</sup> Sanomme usein »Laissa tarkoitetaan...», »Lain sanamuodon mukaan...» tms., kun tarkastelemme lakikirjaa ja toteamme jotakin lakitekstin sisällöstä. Silloin kun lakiteksti on yksiselitteinen, se samalla *ilmaisee* tietyn oikeusnormin. Laki-käsitteen kaksipuolisuudesta ei silloin koidu pulmia. Kuten tiedämme, tavallisesti lakitekstit kuitenkin ovat epätasällisia tai moniselitteisiä niinkuin muutkin yleiskielemme ilmaisut. Tällöin yksi ja sama lakiteksti ilmaisee useampia kun yhden vaihtoehtoisen normin.

<sup>11</sup> Olen esittänyt tämänsuuntaisia ajatuksia kielen rakenteesta ja määritelmien tehtävistä eri yhteyksissä nojaten ajatukseni Ludwig Wittgensteinin edustamaan ns. tavallisen kielen filosofiaan. — Ks. esimerkiksi *Denkweisen der Rechtswissenschaft* s. 101 ss.

<sup>12</sup> Ks. Aarnio, Mitä lainoppi on? Helsinki 1978 s. 68 ss.

Oikeudellinen ratkaisu on tällöin siinä, että valitaan ja perustellaan yksi merkitysvaihtoehto (normi) muiden edelle.

Äsken sanotulla on seurauksia myös muodollista voimassaoloa koskevalle kielenkäytölle. Lakitekstin on, ollakseen virallinen, oltava asianmukaisesti hyväksytty ja vahvistettu sekä julkaistu. Se mikä on »asianmukaista hyväksymistä» on ilmaistu valtiosäännön (laki)-teksteissä. Vastaavasti lakia alemmanasteiset säädöstekstit edellyttävät hierarkkisesti ylempänä määriteltyjen asettamiseksi täyttymistä. *Säädöstekstit* muodostavat siis tähän tapaan portaittaisen virallistekstien systeemin. Virallistekstin tärkeä merkitys on siinä, että OK 1:11:ssä ilmaistun periaatteen mukaan oikeudellinen ratkaisu on perustettava tällaiseen tekstiin.

Asiaa voidaan tarkastella myös *normien* kannalta. Itse asiassa niin pitääkin tehdä, sillä ei vaikuta luontevalta sanoa, että *lakiteksti* luo kelpoisuuden toimia tietyllä tavalla. Lakiteksti samoin kuin muutkin säädöstekstit ovat kielellisiä ilmaisuja. Niitä käytetään ilmaisemaan määrätty normatiivinen asia, lakinormi. Näin ollen se, että lakiteksti on virallinen, perustuu itse asiassa ylemmän tekstin ilmaisemaan *normiin*. Juuri tätä ajatellen oikeusnormit on mahdollista sijoittaa kelseniläisittäin pyramidiin, jonka huipulla on valtiosäännön kelpuutettava perusnormi. Ennenkuin puutun perusnormin käsitteeseen, palautan mieliin toisen asian.

Edellä todettiin, että säädöstekstit voi ilmaista useita *normiehdokkaita*, vaihtoehtoisia normeja, joiden välillä on tehtävä valinta. Otan esimerkin perintöoikeudesta. PK 17:3:ssa säädetään perintöosuuden luovutuksen muodosta. Se on tehtävä »kirjallisesti». Muoto sallii lukuisia vaihtoehtoja allekirjoittamattomasta asiakirjasta aina täydelliseen todistusmuotoon asti. Millä edellytyksillä voi sanoa, että yksi niistä, sanokaamme vaihtoehto  $N_i$  on muodollisesti pätevä? Melko tyhjältä tuntuu vastata: jos se on annettu ylemmänasteisen normin tuoman kelpuutuksen turvin. Onhan selvää, että PK 17:3 on syntynyt virallisessa järjestyksessä ja että se siis on »laillinen». Ratkaisutoiminnan ja tutkimuksen kannalta asian ydin onkin siinä, *voidaanko normiehdokas  $N_i$  johtaa hyväksytyjä päättelyperiaatteita käyttäen virallistekstistä, tässä tapauksessa PK 17:3:sta.*<sup>13</sup> Ratkaisun on perustuttava lakitekstiin ja lakitekstin on oltava virallinen, mutta muodollinen päte-

<sup>13</sup> Viitataan tässä yhteydessä erityisesti niihin ajatuksiin, joita on kehittänyt Aleksander Peczenik. »Johtaminen» merkitsee hänen käsitteistöössään samaa kuin transformaatio. Ks. lähemmin Aarnio, Aulis — Alexy, Robert — Peczenik Aleksander, The Foundations of Legal Reasoning (osa I), Rechtsstheorie 1981 (ilmestyy).

vyys riippuu näiden seikkojen ohella siitä, onko normivaihtoehdon *valinta* hyväksyttävästi suoritettu vai ei. Hyväksyttävyys toteutuu puolestaan silloin, kun ei ole loukattu oikeuslähteitä ja niiden käyttöä koskevia periaatteita. Muodolliselta kannalta yhdenmukaista on, voidaanko tehty valinta sisällöllisesti, esimerkiksi jonkin arvojärjestelmän näkökulmasta hyväksyä. Hyväksyttävyys muodollisen pätevyyden merkityksessä on pelkästään muodollisten periaatteitten seuraamista.

6. *Normin tehokkuudesta.* Oikeusteoreettinen kirjallisuus on tulvil- laan keskustelua voimassaolosta tehokkuuden merkityksessä. Ohitan tämän keskustelun. Eräs seikka on kuitenkin huomioon arvoinen. Aja- tus tehokkuudesta voimassaolon yhtenä kriteerinä on sangen luonnol- linen ja sitä paitsi teoreettisesti perusteltavissa. Merkitköön siis nor- min tehokkuus erästä tapaa puhua voimassaolosta. Tällöinkin tuo- marin ja hallintovirkamiehen kannalta jää ongelmalliseksi, onko normin oltava tehokas *ennenkuin* se sitoo ratkaisijaa. Eikö pikemminkin ole niin, että normi käy tehokkaaksi, *koska* se sitoo lainsoveltajaa? Jos näet tehokkuus merkitsee (esim.) todennäköisyyttä siitä, että normia tullaan noudattamaan, ei tehokkuus ole kovinkaan hyödyllinen *kriteeri* sanokaamme tuomarille, jonka pitäisi asiaa ratkaistessaan tietää juuri se, sitooko tämä normi häntä.<sup>14</sup> Tätä voisi kutsua tehokkuuden dilem- maksi. Yhtäältä pelkkä muodollisesti pätevä normi saattaa jäädä kuol- leeksi kirjaimeksi, jos sitä ei sovelleta ja toisaalta normista tulee teho- kas, jos ja vain jos se sitoo ratkaisevaa viranomaista. Pätevyys ja tehokkuus muodostavat tältä kannalta katsoen yhteen kietoutuvan vyyhden, jossa mikään yksipuolinen teoreettinen kanta ei tuota tyydyt- tävää ratkaisua.

7. *Arvoperusteinen voimassaolo eli normin hyväksyttävyys.* Tär- keä jollei tärkein puoli yhteiskunnassa vallitsevaa oikeusideologiaa on mielivallan välttäminen. Emme ole halukkaita alistumaan ajatuk- seen, että asioitamme käsitellään viranomaisissa sattumanvaraisesti, puolueellisesti tai epäjohdonmukaisesti. Asetamme ratkaisutoiminnal- le ainakin kaksi vaatimusta:

(a) Päätöksenteon on oltava *rationaalista* sanan laajassa merkityk- sessä. Toisin sanoen, päättelyssä ei saa olla ristiriitaisuuksia eikä se saa loukata kolmannen poissuljetun lakia, mutta sen lisäksi har- kinnan on seurattava rationaalisen käyttäytymisen yleisiä vaatimuksia. Sellaisiin kuuluvat mm. keskustelun avoimuus, mahdollisuus riitaut-

<sup>14</sup> Aarnio, On Legal Reasoning s. 243 ss.

taa esitetty väite, velvollisuus perustella riitautettu kanta jne. Tämä ei kuitenkaan riitä.

(b) Henkilön päättely voi olla ristiriidaton ja hänen käyttäytymisensä saattaa täyttää yleiset rationaalisuusehdot. Silti hänen ratkaisunsa ei ole *sisällöllisesti hyväksyttävissä*. Se kenties tyydyttää ainoastaan tietyn arvojärjestelmän vaatimukset ja sotii toista arvojärjestelmää vastaan.<sup>15</sup>

Toisaalta oikeusideologiamme ei muutta mitkittä hyväksy sitäkään, että kaikki mikä on yleisesti *hyväksyttyä*, on myös oikein. Hyväksyminen voi perustua pelkälle suostuttelulle ja auktoriteetille, jolloin on se enemmän manipulaatiota kuin oikeusideologian toteuttamista. Vaatimus mielivallan välttämistä näyttääkin viimekätisesti perustuvan ajatukselle *rationaalisesta hyväksyttävyydestä*: voimassaolevaa on sellainen oikeus, joka vallitsevan arvojärjestelmän pohjalta tulisi yleisesti hyväksytyksi, *jos* asioita tarkasteltaisiin rationaalisesti.<sup>16</sup> Tämä ideologia leikkaa siis hyväksyttävyydestä pois kaikki satunnaisuudet ja manipulaation mahdollisuudet. Se on jotakin sellaista, jota odotamme rationaalisesti toimivalta ja arvoperustaltaan hyväksyttävältä yhteiskunnalta. Eri asia on, että todellisuus ei ole ideaalimme kaltainen. Se on täynnä epäjohdonmukaisuuksia, mitä epämääräisempiä suostutteluja ja pyrkimystä vaikuttamiseen. *Oikeusideologia* ei kuitenkaan voi rakentua tällaiselle perustalle. Sen vuoksi on perusteltua ajatella, että rationaalinen hyväksyttävyys on eräs, mutta ei toki yksinomainen tapa puhua oikeuden voimassaolosta. Joka tapauksessa nojautumme sentapaiseen ajatuskuvioon silloin, kun haluamme *kritisoida* joko pelkästään muodollisin perustein määritettävää voimassaoloa ja/tai yhteiskunnassa tehokkaaksi osoittautunutta normia. Oikeussääntö voi näet olla sekä pätevä että tehokas ja silti samalla kertoa rationaalisen oikeusideologian vastainen. Se ei olisi yleisesti hyväksyttävissä, jos rationaalisuuden ja arvopohjaisen hyväksyttävyyden ehdot otettaisiin huomioon.

<sup>15</sup> Ks. näistä käsitteistä *Perelman, Chaim, The Rational and the Reasonable*. Teoksessa: *The New Rhetorics and the Humanities*. Dordrecht 1979 s. 117 ss. Todettakoon kuitenkin, että Perelman käyntelee mainittua käsiteparia verraten löysästi. Niinpä hänen rationaalisuuden käsitteessään ei näytä riittävästi erottuva looginen aspekti siitä, mitä Robert Alexy nimittää rationaaliseksi harkinnaksi (*rationale Diskurs*). Myöskään käsite »reasonable» ei tule erityisen selväksi Perelmanin esityksessä. Ks. *Alexy, Theorie der juristischen Argumentation*. Memmingen 1978 passim. sekä hyväksyttävyydestä *Aarnio, On Truth and Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics*. *Rechtstheorie*, Beiheft 2. 1981 s. 33 ss.

<sup>16</sup> Ks. ongelmasta *Aarnio, Rechtstheorie*, Beiheft 2 s. 37 ss.

Suomessakin paljon keskustelua herättänyt argumentaatioteoria nojautuu paljossa hyväksyttävyyden käsitteelle.<sup>17</sup> Jos siis kysytään argumentaatioteorian taustalla olevaa voimassaolokäsitettä, antaa edellä esitetty siihen (ainakin osittaisen) vastauksen. Argumentaatioteoria sallii kaikki kolme tapaa puhua voimassaolosta. Pätevyys on rationaalisen hyväksyttävyyden eräs *ehto*. Mikään ei silti estä sanomasta, että normi X on muodollisesti voimassa, koska se kuuluu perusnormin kelpuuttamaan oikeusnormien järjestelmään. Tehokkuus on hyväksyttävyyden tärkeä mutta ei yksinomainen *kriteeri*. Ja taaskin on sallittua sanoa normin olevan voimassa (tehokkuuden mielessä), jos sitä todellisuudessa sovelletaan. Kaiken tämän jälkeen jää jäljelle kolmas mahdollisuus: normi X on voimassa, jos se on rationaalisesti ja yleisesti hyväksyttävissä oikeusyhteisössä.<sup>18</sup> Monta sekaannusta vältetään, jos nämä kolme eri tapaa puhua oikeuden voimassaolosta tietoisesti pidetään erossa toisistaan. Tällöin ei poisteta ongelmia, mutta ne voidaan entistä tarkkanäköisemmin paikantaa.

<sup>17</sup> Tässä yhteydessä kiinnostavan ongelman muodostaa ns. vaihtoehtoinen lainoppi. Kysymys voidaan kirjoittaa muotoon: onko vaihtoehtoisen lainopin edustama tulkintakannanotto voimassa olevaa oikeutta koskeva väite?

Ks. yleisesti vaihtoehtoisen lainopista Eriksson, Lars D, *Marxistisk teori och rättsvetenskap*. Helsinki 1980. Sen johdosta Aarnio, Lakeja vai lainomaisuuksia? — Näkökohtia vaihtoehtoisen lainopin perusteista. Oikeus 2/1981 s. 99 ss. erityisesti s. 107 ss.

<sup>18</sup> Voimassaolo hyväksyttävyyden merkityksessä tuo esiin sen, mistä usein keskustellaan oikeuden ja moraalien suhteen yhteydessä. Voidaan sanoa, että oikeus- ja moraalisaännöt muodostavat hyväksyttävyyden kannalta yhden kokonaisuuden, jota ei voida pilkkoa erityiseksi oikeuden voimassaolon alueeksi. Kenties selkeimmin asian on suomalaisessa oikeusfilosofiassa ilmaissut Otto Brusiin teoksessa Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938 esim. s. 227.