

Raimo Siltala

OIKEUDELLINEN TULKINTATEORIA

OIKEUDELLINEN TULKINTATEORIA



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 261

Raimo Siltala

Oikeudellinen tulkintateoria

WITH AN ENGLISH SUMMARY

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-528-8

© 2004 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Raimo Siltala

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-236-3

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004

Sisällys

SISÄLLYS	V
KAAVIOT	XIII
ESIPUHE	XV
 I JOHDANTO	 1
1 Tutkimuksen tehtävänasettelu	3
1.1 Tuomarin oikeudelliset ratkaisuideologiat Jerzy Wróblewskin mukaan	 3
1.2 Oikeudelliset ratkaisutilanteet Kaarle Makkosen mukaan	8
1.3 Tutkimuksen tavoite	11
1.4 Tutkimuksen peruskäsitteet	13
1.5 Tutkimuksen rakenne	20
 II OIKEUDEN MAHDOLLISTEN MAAILMOJEN SEMANTIikka: OIKEUDELLISET TULKINTAMALLIT	 25
2 Tulkintamallit ja totuusteoriat	27
3 Oikeudellinen korrespondenssiteoria: vertailtavien asiantilojen vastaavuus	 33
3.1 Kaarle Makkonen ja oikeudellisen ratkaisun isomorfiatilanne	 33
3.2 Kielen kuvateoria Ludwig Wittgensteinin <i>Tractatus</i> <i>Logico-Philosophicus</i> -teoksessa Erik Steniusksen analyysin mukaan	 35
3.2.1 Todellisuuden sisäinen ja ulkoinen rakenne	35
3.2.2 Oikeudellinen tosiseikasto analysoituna faktakompleksina	 39
3.3 Isomorfia-avain ja kuvasuhteen adekvaattisuus	44
3.4 Isomorfia, oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet	49

3.5	Kielen ja maailman kuvasuhde sekä Tarskin semanttinen totuusteoria	55
3.6	Isomorfiatilanteen muuntuminen tulkintatilanteeksi	58
3.7	Oikeudellisen korrespondenssiteorian arviointia	60
4	Oikeudellinen koherenssiteoria: institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden yhteensopivuus	63
4.1	Totuus lause- tai uskomusjärjestelmän koherenssina	63
4.2	Aleksander Peczenik ja Robert Alexy oikeudellisen koherenssin käsitteestä	66
4.3	Institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttavat oikeusperiaatteet sekä oikeudellinen eheys Ronald Dworkinin mukaan	72
4.4	Duhem-Quinen teesi: tieteellisen teorian holistisuus ja alimääräytyneisyys	78
4.5	Totaalikoherenssi ja osittaiskoherenssi	83
4.6	Paluu oikeudellisen koherenssin määritelmään	87
4.7	Oikeudellisen koherenssiteorian suhde sen tutkimuksellisiin vaihtoehtoihin	90
5	Oikeudellinen uusretoriikka: universaaliauditorion yhteisöllinen hyväksyntä	93
5.1	Oikeudellinen argumentaatio, uusretoriikka ja topiikka	93
5.2	Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet sekä staattinen ja dynaaminen oikeusnormin voimassaolokäsitys	96
5.3	Chaim Perelmanin universaaliauditorio puhujan ajatuksellisenä konstruktiona	105
5.4	Retoriikan valtakunta ja arvo-objektivismi	109
5.5	Oikeudellinen uusretoriikka ja sen tutkimukselliset vaihtoehdot	116
6	Yhteiskunnallinen pragmatismi: oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset	119
6.1	”... mikä on totuuden hyötyarvo empiirisinä kokemuksina mitattuna?”	119
6.2	Filosofinen pragmatismi ja oikeudelliset tulkintamallit	125
6.3	Pragmatismi oikeudessa ja oikeustieteessä	126
6.4	”Nämä oikeudelliset oppirakennelmat muodostavat järjestelmän, jonka tarkoituksena on kannustaa ihmisiä toimimaan taloudellisesti tehokkaalla tavalla...”	135
6.5	Oikeuden taloustieteellisen analyysin arviointia	139

7	Oikeudellinen eksegeesi: lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset tavoitteet	143
7.1	Tieteenteoreettinen positivismi ja oikeuspositivismi	143
7.2	Oikeuspositivismin muunnelmat	149
7.2.1	Analyyttinen filosofia ja analyttinen oikeuspositivismi	150
7.2.2	Institutionaalinen oikeuspositivismi	156
7.2.3	Eksklusiivinen ja inklusiivinen oikeuspositivismi	158
7.3	Intentionaalisuus ja kollektiivitoimijat	163
7.4	Ranskan ja Belgian eksegeettinen koulu	167
7.5	Prejudikaattioikeudellinen eksegeesi	170
7.6	Oikeudellisen eksegeesin arviointia	174
8	Analyttinen oikeusrealismi: toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset	177
8.1	Filosofinen realismi ja oikeusrealismi	177
8.2	”Oikeus ei ole mikään taivaalla leijuva henkiolento...”	183
8.3	Oikeusrealismin muunnelmat	186
8.4	Tuomarinideologia ja oikeuden tunnistamissääntö	190
8.5	Oikeuden muodollinen pätevyys ja täytäntöönpanon tehokkuus	196
8.6	Analyttisen oikeusrealismin arviointia	201
9	Oikeudellinen konventionalismi: vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt	205
9.1	Oikeudellisen konventionalismin perusteet	205
9.2	Tavanomainen oikeus ja yhteisön oikeusvakaumus	209
9.3	Yhteisölliset konventiot institutionaalisina tosiasioina	213
9.3.1	Raa’at tosiasiat ja institutionaaliset tosiasiat	213
9.3.2	Institutionaalisten tosiasioiden ominaispiirteet John Searlen mukaan	217
9.3.3	Yhteisölliset konventiot yhteisön jäsenten vastavuoroisina odotuksina ja keskinäistä yhteistoimintaa edistävinä asenteina	223
9.3.4	Nominalismi vs. realismi: yksilölliset vai aidosti kollektiiviset intentiot?	226
9.4	Yhteisöllinen konventionalismi ja oikeudellinen tulkintaoppi	228
10	Oikeudellinen tulkintaformalisismi: oikeuden loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemiset määreet	233
10.1	Georg Friedrich Puchtan oikeuskäsitteiden genealogia	233
10.2	Christopher Columbus Langdell ja Yhdysvaltain <i>case law</i> -metodi	238

10.3 Oikeudellisen formalismin osatekijät Robert S. Summersin mukaan	241
10.4 Oikeudellisen tulkintaformalismin kritiikki ja sen tutkimukselliset vaihtoehdot	243
11 Luonnonoikeusfilosofia: oikeus yhteisöllisenä tai uskonnollisena oikeudenmukaisuutena	249
11.1 Luonnonoikeusopin muunnelmat	249
11.2. Oikeuden sisäinen moraalit Lon L. Fullerin mukaan ja luonnonoikeuden vähimmäissisältö H.L.A. Hartin mukaan	256
11.3 Oikeuden perustana olevat seitsemän perushyvä John Finnisin mukaan	263
11.4 Luonnonoikeusfilosofia ja oikeudellinen tulkintaoppi	271
11.5 Luonnonoikeudellisen tulkintaopin arviointia	273
12 Radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi: tilannesidonnainen oikeudenmukaisuus	277
12.1 Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti	277
12.2 Tilannesidonnainen ratkaisuharkinta: oikeutta yhtenäistävien metanarratiivien kiistäminen	283
12.3 Dekonstruktio ja 'kriittisen teorian paluu' kansainvälisessä oikeudessa	286
12.4 Varallisuus-oikeuden tilannesidonnainen analytiikka	289
12.5 "Perusteltua lainkäyttöä ilman oikeuslähdeoppia?"	293
12.6 Tilannesidonnaisen oikeudellisen ratkaisuharkinnan arviointia	296
13 Tulkintamallit, tulkintatilanteet ja ratkaisuideologiat	299
13.1 Kymmenen tulkinta-filosofiaa	299
13.2 Oikeudelliset tulkintamallit suhteutettuna Jerzy Wróblewskin oikeudellisiin ratkaisuideologioihin ja Kaarle Makkosen oikeudellisiin ratkaisutilanteisiin	305
13.2.1 Wróblewskin sidottu ratkaisuideologia ja Makkosen oikeudellinen isomorfiatilanne	308
13.2.2 Wróblewskin oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia sekä Makkosen oikeudellinen tulkintatilanne	309
13.2.3 Wróblewskin vapaa ratkaisuideologia ja Makkosen oikeudellisesti säätelemätön tilanne	311
13.2.4 Yhteenvetokaavio tulkintamalleista, Wróblewskin ratkaisuideologioista ja Makkosen oikeudellisista ratkaisutilanteista	311
13.3 Tulkintamallien suhde filosofiseen todellisuuskäsitykseen	313

13.4 Tulkintamalleista oikeudellisiin tulkintaideologioihin	315
III TULKINTAIDEOLOGIA, TOTUUSARVO, METAKONTEKSTI	317
14 Oikeudellisen tulkintalauseen semantiikka	319
14.1 Rudolf Carnapin ekstension ja intension menetelmä	319
14.2 Todellisuuden looginen konstituutio, edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia	326
14.3 Oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteeri	331
15 Formaali, institutionaalinen ja aineellinen tulkintaideologia	335
15.1 Lainsäädäntöideologia, tuomarideologia ja yhteisöllinen oikeuskäsitys institutionaalisen tulkintaideologian osatekijöinä	335
15.2 Formaali ja aineellinen tulkintaideologia	345
15.3 Lainopin sitoutunut ja kriittinen tulkintaideologia	346
15.4 Oikeuden looginen konstituutio, edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia: oikeudelliset käsitteet, oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet sekä yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet	355
15.5 Oikeus formaalina käsitesysteeminä, oikeus institutionaalisina ja yhteisöllisinä oikeusnormeina sekä oikeus yhteiskunnallisena oikeudenmukaisuutena	364
15.6 Yhteenvedo oikeudellisten tulkintamallien ja tulkintaideologioiden keskinäissuhteesta	370
16 Miksi oikeus velvoittaa? Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti	373
16.1 Staattiset ja dynaamiset oikeudelliset ratkaisuperusteet	374
16.2 Institutionaalisen oikeuslähdeopin oikeuttamisperusteet	381
16.2.1 Pragmatistinen perustelumalli: mitä on todennäköisenä seurauksena, jos tuomari ei noudata vallitsevaa oikeuslähdeoppia?	382
16.2.2 Transsendentaalis-looginen perustelumalli: Hans Kelsenin perusnormikonstruktio	389
16.2.3 Sosiologinen perustelumalli: H.L.A. Hart ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan empiiriset säännönmukaisuudet	390
16.3 Oikeuslähdeopin institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuttamisperusteet	394
16.3.1 Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta	394
16.3.2 Institutionaalinen oikeusvaltioperiaate	398
16.3.3 Suvereniteettiperiaate EU-oikeudessa	409
16.3.4 Aineelliset oikeuttamisperusteet	412

16.4 Oikeuslähdeopin institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuttamisperiaatteet sekä oikeudellinen tulkintaideologia	414
16.5 Suomen voimassa olevan oikeuden tunnistamissääntö	416
16.6 Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö	427
16.7 Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, niiden oikeuttamisperiaatteet ja yhteiskunnallinen subjektirakenne	432
17 Oikeudelliset päättelymallit	435
17.1 Induktiivinen, deduktiivinen ja abduktiivinen logiikka	435
17.2 Oikeudellisten transformaatioiden logiikka	439
17.3 Oikeudellinen tulkinta ja oikeudelliset tulkintaideologiat	442
17.4 Institutionaaliset oikeuslähteet ja oikeudelliset tulkintaperusteet	448
17.5 Oikeudellisen tulkinnan määritelmä	453
17.5.1 Oikeudellisen tulkintalauseen semanttinen ekstensio ja intensio	453
17.5.2 Konstitutiivinen sääntö: ”tosiasia x on tosiasia y, koska tulkintakehys T”	457
17.6 Tulkinta ja totuus: oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalinen, formaali ja aineellinen totuusarvo	461
17.7 Oikeudellinen systematisointi	468
17.7.1 Lainsäätäjän perussysteemi, oikeustieteen tuottamat korvaavat systeemit ja näiden identtisyysoletama Rudolf Carnapin semantiikan avulla tarkasteltuna	468
17.7.2 Oikeudelliset peruskäsitteet, dogmit ja konstruktiot	477
17.7.3 Oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka	482
17.7.4 Staattinen ja dynaaminen oikeudellinen systematiikka ...	485
17.8 Oikeusperiaatteiden punninta ja oikeuden muutosdynamiikka ...	490
17.8.1 Oikeuden rakenteellinen aksiologia: oikeussäännöt, oikeusperiaatteet ja yhteiskunnalliset arvot sekä niiden keskinäiset suhteet	490
17.8.2 Oikeuden rakenteellinen muutosdynamiikka: yhteiskunnallisten arvojen oikeudellistuminen ja formalisoituminen sekä materiaalistuminen ja dejuridisoituminen	495
17.8.3 Oikeusperiaatteet optimointikäskyinä: Jaakko Jonkan punnintamalli suhteessa oikeuden muutosdynamiikkaan	501
17.9 Oikeudellinen argumentaatio ja tieteellinen metodi	506
17.9.1 Tieteellisen metodin määritelmä	506
17.9.2 Oikeudellisen metodin määritelmä	509

IV TUOMARIN JA TUTKIJAN TIETO OIKEUDESTA	515
18 Oikeudellinen tietomuoto	517
18.1 Oikeudellisen tulkintamatriisin sitoumukset ja tuomarinäkökulman tulkinnalliset konventiot	517
18.1.1 Käsitteellistettävissä oleva oikeus: oikeuden loogis-lingvistiset määreet	518
18.1.2 Kohteellistettavissa oleva oikeus: institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi	523
18.1.3 Oikeuden ontologiset sitoumukset: institutionaalsiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet	525
18.1.4 Oikeuden tulkinnallisten merkitysten sfääri: oikeudellinen metodioppi	528
18.2 Oikeustieteen tieteenkuva, lainopin tulkintamatriisit ja tuomarinäkökulma oikeuteen	530
19 Suomalaisen lainopin tulkintamatriisit	541
19.1 Tutkimuksellinen täsmennys	541
19.2 Metafyysisistä olemuspohdinnoista tekniseen oikeusasema- analyysiin	545
19.2.1 ”...lainoppi ei nykyajan elämässä perusteiltansa voi olla muuta kuin käsitelainoppia”	545
19.2.2 ”Tarkastelun kohteeksi on otettava omistajan reaalinen oikeusasema...”	550
19.3 Kriittisen oikeusopin muunnelmat	557
19.3.1 Vaihtoehtoinen lainoppi: oikeuden marxilainen analyysi	559
19.3.2 Sosiaalinen siviilioikeus: oikeus yhteiskunnallisena mahdollisuutena heikomman sopijapuolen suojaamiseksi	568
19.3.3 Naisnäkökulma oikeuteen: oikeuden feministinen analyysi	574
19.4 Oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset	579
19.4.1 <i>Reella överbäganden</i> -juridiikka	579
19.4.2 Oikeuden taloustieteellinen analyysi	581
19.5 Perus- ja ihmisoikeudet	585
19.5.1 Perus- ja ihmisoikeuksien sisäinen sääntely- ja ratkaisulogiikka	585
19.5.2 Perus- ja ihmisoikeudet laintulkinnassa	592
19.6 Tulkintamatriisit, tulkintamatriisien aihiot ja erityiset intressisidonnaiset näkökulmat oikeuteen	599
19.7 Oikeudelliset superargumentit ja supermatriisit	606

19.8 Oikeudellisten tulkintamatriisien suhde formaaliin, institutionaaliseen ja aineelliseen tulkintaideologiaan	610
19.9 Ronald Dworkinin oikeudellinen eheys suhteessa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen metakontekstiin	612
20 Trilogian jälkisanat: analyyttinen, oikeusrealistinen, institutionaalinen ja dekonstruktivinen näkökulma oikeuteen	619
20.1 Suhteellisia totuuksia oikeudesta	619
20.2 Oikeuden filosofinen dekonstruktio	627
20.3 Kritiikki ja hiljaisuus	632
20.4 Oikeus, käsitteet ja kirjallisuus	634
20.5 <i>Kertomus valtioviisaudesta</i>	637
 SANASTO	 645
 SUMMARY	 723
 LÄHTEET	 765
 ASIASANAHAKEMISTO	 785
 HENKILÖHAKEMISTO	 793

Kaaviot

Kaavio 1:	Kielen ja maailman suhteet: todellisuuden looginen konstituutio eli sisäinen kategoriarakenne ja äärellisyyden analytiikka eli ulkoinen konfiguraatorakenne	38
Kaavio 2:	Perheen ja sotilasyksikön objektit ja predikaatit kuvasuhteeksi ymmärrettynä	40
Kaavio 3:	Perintökaaren tarkoittama ja todellisuudessa toteutunut rintaperillisten laillinen perimysjärjestys kuvasuhteeksi ymmärrettynä	43
Kaavio 4:	Etenevät ja takautuvat sivullissuhteet Simo Zittingin mukaan	45
Kaavio 5:	Takautuvaa sivullissuojaa koskeva toteutunut varallisuus-oikeudellinen kollisiotilanne Simo Zittingin sivullissuhde-kaavioon suhteutettuna	46
Kaavio 6:	Etenevää sivullissuojaa koskeva toteutunut varallisuus-oikeudellinen kollisiotilanne Simo Zittingin sivullis-suhdekaavioon suhteutettuna	47
Kaavio 7:	Oikeuspositivismin ja oikeuden muodollis-systeemisen pätevyyden sekä oikeusrealismin ja oikeuden tosiasiallisen täytäntöönpanotehokkuuden keskinäinen suhde	200
Kaavio 8:	Tulkintamallit suhteessa Jerzy Wróblewskin oikeudellisiin ratkaisuideologioihin ja Kaarle Makkosen oikeudellisiin tulkintatilanteisiin sekä tulkintamallien arviointikriteerit ja ontologiset sitoumukset	312
Kaavio 9:	Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, institutionaalinen tulkintaideologia sekä sen alaan kuuluvien tulkintamallien määrittelemät oikeudelliset validiteetti- ja tulkintakriteerit	344
Kaavio 10:	Institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutunut ja kriittinen lainopin tulkintaideologia sekä edellytetty ontologia suhteessa eri tulkintamallien validiteetti- ja tulkintakriteeriin	352
Kaavio 11:	Institutionaaliseen tulkintaideologiaan kiinnittyvän oikeudellisen tulkintalauseen ontologisten sitoumusten suhteellinen abstraktiotaso	357
Kaavio 12:	Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet suhteessa (a) voimassa-oloperustaan, (b) oikeudelliseen sääntely- ja ratkaisu-logiikkaan, (c) oikeudelliseen ratkaisuarvoon eli päätöksen-	

	tekositovuuteen, (d) oikeudelliseen systeemisyyteen, (e) metodologiaan ja (f) oikeuden rakenteelliseen aksiologiaan	362
Kaavio 13:	Formaali, institutionaalinen ja aineellinen tulkintaideologia sekä oikeudellisen tulkintalauseen looginen konstituutio, edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia	365
Kaavio 14:	Vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen suhde oikeussääntöihin ja oikeusperiaatteisiin	369
Kaavio 15:	Oikeudelliset ratkaisutilanteet, oikeudelliset tulkintamallit, edellytetty todellisuusrakenne eli oikeuden looginen konstituutio, edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia sekä tulkintaideologia ja validiteetti- ja tulkintakriteeri	371
Kaavio 16:	Oikeuslähdeopin institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuttamisperiaatteet sekä niiden vastaperiaatteet	401
Kaavio 17:	Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, niiden oikeuttamisperiaatteet sekä yhteiskunnallinen subjekti- rakenne ja tahdonmuodostus valtiollisella, yhteisöllisellä ja kollektiivisella sekä yhteisöllisellä ja yksilöllisellä tarkastelutasolla	434
Kaavio 18:	Tulkintaideologiat, tulkintamallit ja validiteettikriteerit	462
Kaavio 19:	Staatin ja dynaaminen oikeudellinen systematiikka	489
Kaavio 20:	Yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden oikeudellistuminen ja formalisoituminen sekä materiaalistuminen ja dejuridisoituminen	500
Kaavio 21:	Tieteellinen metodi oivaltamisen logiikan ja perustelemisen logiikan yhdistelmänä	508
Kaavio 22:	Institutionaaliset päätökset ja yhteisölliset käytännöt, oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet sekä oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta	526
Kaavio 23:	Oikeustieteen tieteenkuva, lainopin tulkintamatriisi ja tuomari- näkökulma oikeuteen suhteessa oikeuden äärellisyyden analytiikkaan sekä oikeuden mahdollisten maailmojen ontologiaan ja semantiikkaan	535

Esipuhe

Oikeudellisen tulkintateorian kirjoitusprosessi kesti noin puolitoista vuotta, kevästä 2003 loppukesään 2004. Kirja syntyi oivalluksesta, jonka sain maaliskuun lopulla 2003 matkalla asunto-osakeyhtiön yhtiökokoukseen Espoon Vermossa: entä jos tarkastelisin oikeudellista tulkintaoppia filosofian perinteisten totuusteorioiden avulla? Totuusteoreettista näkökulmaa oikeudelliseen tulkintaoppiin ei tietääkseni ollut aiemmin hyödynnetty, ja ajatus tuntui lupaavalta. Tutkimuksen teoreettiseksi perustaksi omaksuin kaksi analyyttisen oikeustieteen edustajaa ja keskeisteosta: Kaarle Makkosen väitöskirjan *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie* (eli *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus*) ja puolalaisen Jerzy Wróblewskin teoksen *The Judicial Application of Law*, jota olin hyödyntänyt jo väitöskirjassani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law* muutamaa vuotta aiemmin.

Kaarle Makkosen toteuttama tuomarin oikeudellisten ratkaisutilanteiden analyysi rakentuu oikeudellisen *isomorfiasuhteen* sekä siitä poikkeavien oikeudellisten ratkaisutilanteiden eli oikeudellisen tulkintatilanteen ja oikeudellisesti säätelemättömän tilanteen varaan. Hän ei kuitenkaan määrittele, mitä tuo isomorfia- eli kuvasuhde annettujen tosiseikkojen ja oikeusnormilauseessa kuvattujen tosiseikkojen välillä täsmällisesti puhuen tarkoittaa. Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen todellisuuskäsitys eli asiantilojen ontologia ja kielen kuvateoria, jota Erik Stenius on analysoinut oivallisessa Wittgenstein-kommentaarissaan *Wittgenstein's Tractatus. A Critical Exposition of the Main Lines of Thought*, tarjosi ulospääsyn Makkosen avoimeksi jättämästä pulmasta. Analysoin siis Makkosen oikeudellista isomorfiatilannetta Wittgensteinin *Tractatuksen* perusteleman asiantilojen ontologian avulla.

Jerzy Wróblewski on puolestaan analysoinut tarkkanäköisesti tuomarin oikeudellisen ratkaisuideologian vaihtoehtoja. Etenkin *oikeudellinen ja rationaalinen* ratkaisuideologia (engl.: *ideology of legal and rational judicial decision-making*) saa Wróblewskilla keskeisen merkityksen suhteessa sen vaihtoehtoihin eli yhtäältä sidottuun ja toisaalta vapaaseen ratkaisuideologiaan. Entä mitä tuo ratkaisuideologian *oikeudellisuus ja rationaalisuus* oikein tarkoittaa? Wróblewski tyytyy viittaamaan varsin lyhytsanaisesti sekä vaatimukseen formaalista legalismista, jonka mukaan ratkaisun tulee olla voimassa olevan oikeuden mukainen, että tuomioistuinratkaisun episteemisiin ja aksiologisiin perusteluihin. Oikeudellisen ja rationaalisen ratkaisuideologian täsmällinen suhde erilaisiin institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin ja oikeudelli-

siin tulkintamalleihin jää kuitenkin Wróblewskin kirjoituksissa täsmentämättä.

Laajensin ja syvensin Kaarle Makkosen oikeudellisten ratkaisutilanteiden ja Jerzy Wróblewskin oikeudellisten ratkaisuideologioiden analyysiä oikeudellisen *tulkintamallin* eli *tulkintafilosofian* avulla, käyttäen filosofian perinteisiä totuusteorioita tutkimuksellisenä referenssinä. Jäsensin oikeudellisen tulkintalauseen mahdollisten maailmojen semantiikkaa eli ylipäättään mahdollisten tulkinnallisten merkitysten alaa kymmenen erilaisen tulkintamallin avulla korrespondenssi- ja koherenssiteoriasta aina erilaisiin pragmatistisen filosofian muunnelmiin, yhteisölliseen konsensusteoriaan ja luonnonoikeusfilosofiaan. Miellyin etenkin William Jamesin *pragmatistiseen* totuuskäsitykseen:¹

”Pragmatismi puolestaan esittää sille ominaisen kysymyksen: ’Olettaen, että jokin käsitys tai uskomus on tosi’, se toteaa, ’mitä konkreettisia vaikutuksia sen totuus saa aikaan kenen tahansa käytännön elämässä? Miten sen totuus on pantavissa täytäntöön? Mitkä käytännön kokemukset tulevat poikkeamaan niistä, jotka toteutuisivat, jos tuo uskomus olisi-kin virheellinen? Lyhyesti sanottuna, mikä on totuuden hyötyarvo empirisinä kokemuksina mitattuna?’ – Samalla kun pragmatismi esittää tuon kysymyksen, se oivaltaa myös vastauksen siihen. *Todet uskomukset ovat todennettavissa, koeteltavissa ja verifioitavissa. Virheelliset uskomukset eivät sitä ole.* Tämä on tosien uskomusten käytännön merkitys, sillä se on kaikki, mitä totuus voi meille tarkoittaa.”

Erilaisten tulkintamallien avulla jäsennetty oikeudellisen tulkintalauseen mahdollisten maailmojen semantiikka ei kuitenkaan tavoittanut kysymystä oikeudellisesta *validiteetista* eli tulkintalauseen kohdentumisesta (tai kohdentamisesta) voimassa olevaan oikeuteen sekä sen tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseen. Etenkin Charles S. Peircen ja William Jamesin filosofinen pragmatismi sivuutti oikeudellista validiteettia määrittävän institutionaalisen ja yhteisöllisen ulottuvuuden, mutta myös ehdotonta yhteisöllistä tai uskonnollista oikeudenmukaisuutta painottava *luonnonoikeusfilosofia* samoin kuin oikeuden loogis-käsitteellisiä ja oikeussysteemisiä sitoumuksia painottava *tulkintaformalsmi* asettivat muut tekijät oikeuden institutionaalisten piirteiden edelle. Mikä siis perustelee oikeudellisen tulkintamallin tai oikeudellisen tulkintalauseen edellytetyn *oikeudellisuuden*?

Arvioin erilaisten tulkintamallien ja oikeudellisen tulkintalauseen suhdetta voimassa olevaan oikeuteen ja sen tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseen *institutionaalisen tulkintaideologian* ja sen konstitutiivisten osatekijöiden eli vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen avulla, jotka kiinnittyvät kukin eri

¹ James, ”Pragmatism’s Conception of Truth”, s. 142 (kursivoinnit alkutekstissä, käänös allekirjoittaneen).

tavoin institutionaaliin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin. Jotta oikeudellinen tulkintalause kohdentuisi voimassa olevaan oikeuteen eli antaisi oikeudellisesti merkityksellistä tietoa institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden tulkinnallisesta merkityssisällöstä, sen tulee olla johdettavissa oikeuden *institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta* tavalla, jota vallitseva institutionaalinen tulkintaideologia rajaa ja määrittää. Institutionaalisen tulkintaideologian osatekijät perustelevat institutionaalisia ja yhteisöllisiä oikeuslähteitä – kuten yhtäältä lainsäädäntöä ja lainvalmisteluaineistoa, toisaalta prejudikaatteja ja muuta vakiintunutta tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntöä ja kolmanneksi vakiintuneita sopimusoikeudellisia vastuunjakokäytäntöjä, muita tavanomaisoikeudellisia käytäntöjä sekä juristikunnan oikeudenalakohtaisesti eriytynyttä ammatillista itseymmärrystä ja ammattietiikkaa – eri tavoin painottaen oikeudellisen tulkintalauseen oikeudellisen *validiteetin* ja *institutionaalisen totuusarvon* ”tosi_L” tai ”epätosi_L” sekä *tulkinnallisen merkityssisällön* suhteessa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Institutionaalisen tulkintaideologian vaihtoehtoina ovat yhtäältä formaali ja toisaalta aineellinen tulkintaideologia sekä niitä vastaavat oikeudellisen tulkintalauseen totuusarvot.

En ollut tyytyväinen Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin perinteiseen sanktioperustaiseen oikeuslähdeoppiin tai Juha Pöyhösen (myöh. Karhun) radikaaliin, yksinomaan perusoikeuksien ja reaalisten argumenttien varaan rakentuvaan ”perusteltua lainkäyttöä ilman oikeuslähdeoppia” -tyyppiseen oikeuslähdeopin jäsenyykseen, joten esitin oman vaihtoehtoni tuomarin sekä institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen oikeuden tutkijan oikeuslähdeopiksi otsikolla *institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi*. Samoin Aarnion tai Pöyhösen tapa jäsentää oikeudellista systematisointia ei mielestäni ollut tyydyttävä. Aarnion mallissa ongelmana oli lainsäätäjän asettaman oikeudellisen perussysteemin ja oikeustieteen tuottamien erilaisten korvaavien systeemien identtisuuden määrittely. Pöyhösen malli rakentuu piilevästi käsiteläinopillisen päättelyn varaan eikä se sen vuoksi ole yleistettävissä muunlaisten kuin sääntöformaalien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäisten suhteiden määrittämiseen. Niinpä otin käyttöön termin *oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka*, viitaten sillä yhtäältä lainsäätäjän ja toisaalta tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten omaksumaan käsitykseen oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon kohteesta sekä oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäisistä etusijasuhteista yhtä hyvin sääntö – sääntö, periaate – periaate kuin sääntö – periaate -kollisioiden ratkaisun merkityksessä.

Jaakko Jonkan syyttäjän syyteharkintaan kehittämä oikeusperiaatteiden punnintamalli tarjosi kestävän perustan oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien arvosidonnaisten oikeudellisten ratkaisustandardien punnintaan ja keskinäiseen tasapainottamiseen, mistä oikeuskirjallisuudessa on käytetty englanninkielistä

termiä *weighing and balancing*. Jonkan malli jätti kuitenkin oikeussääntöjen, oikeusperiaatteiden sekä yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden keskinäisten suhteiden muutokset eli oikeudellisen muutosdynamiikan tilanteet avoimeksi. Esimerkiksi oikeussäännöt saattavat tietyin ehdoin muuttua vähitellen oikeusperiaatteen kaltaisiksi, tilannekohtaista punnintaa edellyttäviksi oikeudellisiksi tulkinta- ja ratkaisuperusteiksi, ja vastaavasti oikeusperiaatteet saattavat muuttua oikeussäännön kaltaisiksi, yhteiskunnallisista tausta-arvoistaan irtautuneiksi ja itsenäistyneiksi oikeudellisiksi ratkaisuarmenteiksi. Niinpä hahmotin institutionaalisten oikeussääntöjen, yhteisöllisten oikeusperiaatteiden ja institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää vailla olevien yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden keskinäistä muutosdynamiikkaa yhteiskunnallisten arvojen *oikeudellistumisen* ja *formalisoitumisen* sekä *materiaalistumisen* ja *dejuridisoitumisen* avulla. Oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen *meta-kontekstin* eli vallitsevan oikeudellisen metateorian avulla saatoinkin vastata pulmalliseen kysymykseen oikeuden sekä institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden viimekätisestä velvoittavuusperustasta.

Teoksen luvut institutionaalisesta tulkintaideologiasta, oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta, oikeudellisesta sääntely- ja ratkaisulogiikasta sekä oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalisesta, formaalista tai aineellisesta totuusarvosta kirjoitin syksyn 2003 ja kevään 2004 välisenä aikana. Loppuvuodesta 2003 olin löytänyt filosofi Rudolf Carnapin myöhäistuotantoon kuuluvan teoksen *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*. Havaitsin nopeasti, että Carnapin semantiikan *eksension ja intension menetelmän* avulla monet analyttisen ja lingvistisen oikeusteorian ongelmista olivat varsin tyylikkäästi ratkaistavissa. Esimerkiksi Aulis Aarnion oikeudellista systematisointia jäsentävä (ja mielestäni varsin pulmallinen) väite, jonka mukaan lainsäätäjän omaksuma oikeudellinen *perussysteemi* ja lainopin tuottamat erilaiset *korvaavat systeemit*, kuten käsitelainopin ja analyttisen oikeustieteen toisistaan poikkeavat omistusoikeuskäsite tai oikeustoimen pätemättömyysoppi, saattoivat olla keskenään *identtiset*, vaikka niiden mahdollistamat oikeudelliset tulkintalauseet ja mahdollisesti myös käsitys oikeudellisesta validiteetista poikkesivatkin olennaisesti toisistaan, oli analysoitavissa Carnapin semantiikan käsitteistön avulla. Myös J. Alberto Coffan korkeatasoinen kommentaariteos *The Semantic Tradition from Kant to Carnap. To the Vienna Station* osoittautui tässä hyödylliseksi.

Lopuksi suhteutin oikeudellisen tulkintaopin oikeuden äärellisyyden analytiikkaan, oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen ontologiaan sekä oikeudelliseen metodioppiin oikeudellista *tietomuotoa* jäsentävien epistemologisten, loogis-lingvististen, ontologisten ja metodologisten sitoumusten merkityksessä, joita olin jo *Oikeustieteen tieteenteoria* -teoksessani tarkastellut. Pyrin nyt syventämään analyysiä ottamalla huomioon myös erilaisten oikeudellisten koulukuntien tai suuntausten ajallisen muutosdynamiikan. Pontimena oli mitä il-

meisimmin Turun yliopiston kauppaoikeuden professorin Jukka Mähösen perusteltu huomautus, jonka mukaan erityinen naisnäkökulma oikeuteen tai oikeustaloustieteellinen näkökulma oikeuteen eivät ole ainakaan toistaiseksi 'kypsyneet' täysimittaisiksi oikeudellisiksi tulkintamatriiseiksi suomalaisessa oikeustieteessä tai oikeuskirjallisuudessa. Tätä oikeudellisen ajattelun 'kehityso pillista' ulottuvuutta en ehkä ollut riittävästi painottanut *Oikeustieteen tieteen-teoria* -kirjani kahdeksannessa luvussa suomalaisen lainopin erilaisista tulkintamatriiseista.

Niinpä arvioin nyt suomalaisen lainopin käsittämien oikeudellisten tutkimussuuntausten kirjoa siitä näkökulmasta, miten hyvin tai miten vajavaisesti ne ovat toistaiseksi toteuttaneet niihin sisältyvän *tulkintajuridisen potentiaalin* suhteessa lainopin täsmentyneeseen tiedonintressiin voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön selvittämisestä. Otin tässä tarkoituksessa käyttöön termit *luonnos tulkintamatriisiksi* ja erityinen *intressisidonnainen näkökulma oikeuteen*. Oikeudellinen tutkimussuuntaus, joka ei ole ainakaan toistaiseksi saavuttanut riittävästi vakiintuneisuutta, täsmentyneisyyttä ja ajallista pysyvyyttä sekä tulkintajuridista vaikuttavuutta ja yhteisöllistä hyväksyntää juristikunnan tai laajemmin määritellyn oikeusyhteisön keskuudessa, on eräänlainen oikeudellisen tulkintamatriisin esiparadigmaattinen esimuoto, joka tosin voi ajan myötä kehittyä täysimääräiseksi ja yleiseksi oikeudelliseksi tulkintamatriisiksi. Toisaalta kyse voi olla erityisestä intressisidonnaisesta näkökulmasta oikeuteen, jolloin lainopin tuottamat oikeudelliset tulkintalauseet on kiinnitetty jonkin määrätyn yhteiskuntaryhmän, kuten naisten, lasten, vanhusten, vammaisten, jonkin etnisen vähemmistön tai tietynlaisten taloudellisten toimijoiden, erityisiin yhteiskunnallisiin etunäkökohtiin, eikä sen vuoksi ole todennäköistä, että sanotunlainen tutkimuksellinen lähestymistapa oikeuteen voisi saada yleistettävissä olevan tulkintamatriisin aseman.

Tämän teoksen kirjoitusprosessi kesti siis keväästä 2003 kesään 2004. Keväällä 2004 asiat äkisti muuttuivat. "Maailma oli tullut valmiiksi, kun työt olivat päässeet loppumaan", niin kuin kirjailija Pentti Haanpää kuvasi aikanaan osuvasti 1930-luvun lamavuosia. Jäin työttömäksi 17 yliopistovuoden jälkeen, kun yliopisto ei enää palveluksiani tarvinnut. Vaikka yliopistollinen tutkimusrahoitukseni katkesi teoksen kirjoitusprosessin aikana, saatoinkin kuitenkin viimeistellä nyt käsillä olevan teoksen. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan uutta dekaania, oikeushistorian professori Jukka Kekkosta, samoin kuin rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitoksen esimiestä, rikosoikeuden professori Martti Majasta, kiitän erinomaisen työhuoneen, tehokkaan tietokoneen ja muutoinkin hyvien työskentelyolosuhteiden järjestämisestä, joita ilman en olisi voinut nyt käsillä olevaa teosta kirjoittaa. He eivät tiedekunnan aiemmin tekemistä, kannaltani epäsuotuisista rahoitusratkaisuista vastanneet. Kiitän Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen asettamaa kustantajan

referee-lukijaa, lainsäädäntöneuvos Markku Heliniä, asiantuntevista kommenteista teoksen käsikirjoituksen varhaisversioon. Samoin kiitän Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen kustannustoimittajaa Pipsa Kostamoa huolellisesta ja ammattitaitoisesta kirjan toimitustyöstä sekä Gummerusta nopeasta ja taitavasta kirjan painotyöstä.

Ystävääni, ympäristöoikeuden professori Vesa Majamaata kiitän jälleen kerran kannustavista ja rohkaisevista kommenteista. Vesa on valanut uskoa tulevaisuuteen silloinkin, kun tutkijan leipä on käynyt tavallistakin kapeammaksi. Yhteiset keskustelumme ovat merkittävästi auttaneet minua jäsentäneet oikeutta, oikeustiedettä ja yhteiskuntaa etenkin analyttisen oikeustieteen näkökulmasta. Asianajaja Matti Kunnasta tahdon kiittää vieraanvaraisuudesta ja antoisista keskusteluistamme oikeusrealismista yhtä hyvin Mikkelin päämajakaupungissa, Saimaan rannalla Anttolan tilalla kuin Helsingin Vuorikadullakin. Matti on tehnyt parhaansa opettaakseen minulle, mitä asianajajan näkökulma oikeuteen voi tarkoittaa. Erityisen lämpimästi tahdon kiittää myös ystävääni Jarmo Lähteenmäkeä, entistä Paperiliiton pitkäaikaista johtajaa ja tällä hetkellä palkansaajakeskusjärjestöjen Eurooppa-toimiston, *KEY-Finlandin*, johtajaa Brysselissä. Jarmo on omalla esimerkillään ja tinkimättömällä sisukkuudellaan opettanut minulle sen, mitä reilu peli ja pyrkimys yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen voivat parhaimmillaan tarkoittaa. Olen myös kiitollinen yhteisistä oikeusteoriakeskusteluistamme, joista olen aina oppinut jotain uutta sekä saanut merkittävästi lisämotivaatiota tämän teoksen kirjoittamiseen.

Puolisoani Tuija Lassilaa kiitän jälleen kerran jakamattomasta tuesta ja kannustuksesta teoksen kirjoitusprosessin aikana. Omistan kirjan tyttärilleni, Annalle (8 v.) ja Pomeliinalle (10 v.), joille toivon elämässä runsain mitoin iloa, lämpöä ja onnellisuutta.

Helsingissä, 23.8.2004

Tekijä

I JOHDANTO

1 Tutkimuksen tehtävänasettelu

1.1 TUOMARIN OIKEUDELLISET RATKAISUIDEOLOGIAMAT JERZY WRÓBLEWSKIN MUKAAN

Puolalainen oikeusajattelija Jerzy Wróblewski erotti *The Judicial Application of Law* -teoksessaan toisistaan kolme tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisen ratkaisuharkinnan ideologiaa: *sidotun*, *vapaan* sekä *oikeudellisen ja rationaalisen* ratkaisuideologian.¹

Wróblewskin *sidottu ratkaisuideologia* (engl.: *ideology of bound judicial decision-making*) viittaa ideaan suljetusta, lainsäädäntökeskeisestä oikeussysteemistä, josta yksittäinen oikeudellinen soveltamisratkaisu voidaan riidattomasti johtaa loogis-deduktiivisen päättelyn avulla. Tuomarin käytettävissä olevat oikeuslähteet rajoittuvat tällöin muodollisin perustein velvoittavaan lainsäädäntöön. Wróblewskin sanoin:²

”Sidotun oikeudellisen ratkaisuideologian oppi oikeuden ’lähteistä’ on hyvin yksinkertainen ja voidaan esittää kootusti: ainoa ensisijainen oikeuslähde ovat oikeudelliset säädökset termin muodollisessa merkityksessä, joten ratkaisujen tulee perustua säädännäisen oikeuden sääntöihin.”

Sidottu tuomarin ratkaisuharkinta toteuttaa toisin sanoen paroni de Montesquieun ajatusta, jonka mukaan tuomari on vain ”suu, joka lukee lain [yksiselitteisen] kirjaimen”, ilman minkäänlaista omakohtaisen ja oikeutta luovan tulokinnan oikeutta.³ Yhteiskuntaideologisesti sidottu ratkaisumalli noudattaa yhtäältä *poliittista liberalismia*, joka pyrkii turvaamaan kansalaisten oikeudet

¹ ”The ideology of bound judicial decision-making has a very simple doctrine of the ’sources’ of law and it can be summarised briefly: the unique primary source of law is a statute in the formal sense of the term; decisions have to be based on statutory rules.” Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 265–314 (käännös allekirjoittaneen); kootusti myös Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 3–6. – Vrt. myös Wróblewski, *Contemporary Models of the Legal Sciences*, s. 88 *et seq.*, missä Wróblewski erotti toisistaan perinteisen positivistisen, modernin positivistisen, modernin antipositivistisen sekä kompleksisen ”integratiivisen” oikeustieteen.

² Wróblewski, mts. 291.

³ ”Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l’être à une telle point, qu’ils ne soient jamais qu’un texte précis de la loi. (...) Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.” Montesquieu, *L’esprit des lois*, s. 399, 404.

valtiovallan tai toisten kansalaisten puuttumista vastaan, ja toisaalta *lakipositivismia*, joka korostaa oikeuden ja lainkäytön formaalia arvoperustaa, kuten oikeudellista ennakoitavuutta ja oikeusvarmuutta, erilaisten sisällöllisten elementtien kustannuksella, joita luonnonoikeusfilosofia on puolestaan pitänyt merkityksellisinä.

Puchtan *konstruktivisen* oikeusopin eli käsitelainopin (saks.: *Begriffsjurisprudenz*) keskeisidea suljetusta, aukottomasta ja sisäisesti ristiriidattomasta oikeudellisten käsitteiden järjestelmästä toteuttaa tyypillisimmillään ajatusta sidotusta oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta. Samoin sen alaan voi lukea C. C. Langdellin perustaman Yhdysvaltain *case law* -metodin oikeudellisen tulkintaformalismin, missä prejudikaattiperustainen *common law* -oikeus palautettiin harvalukuisten yleisten periaatteiden alaisuuteen.⁴ Mannereurooppalaisissa säädännäisen oikeuden järjestelmissä oppi sidotusta ratkaisuharkinnasta on ollut läheisessä yhteydessä toteutettuihin kansallisiin lakikodifikaatioihin,⁵ mutta myös muunlainen vakioitu tulkintakriteeri voi toimia sidotun ratkaisuharkinnan normatiivisena perustana.

Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin analyttinen oikeuspositivismi ei sellaiseen täytä Wróblewskin sidotun ratkaisuharkinnan mallia, koska kumpikin tunnusti tuomarin oikeudellisen harkintavallan olemassaolon. Vaikka Kelsen puhtaan oikeusopin teoriassaan huomautti, miten johdonmukaisen positivistisen oikeuskäsityksen mukaan vain oikeus itse voi olla oikeuden lähteenä,⁶ hän samalla hyväksyi käsityksen, jonka mukaan oikeussäännöt jättävät aina lainsoveltajalle oikeudellista harkintavaltaa.⁷ Samoin Hart korosti, miten oikeussäännöillä – yhtä hyvin kuin luonnollisen kielen käsitteillä – on semanttisesti tulkinnanvarainen merkityksen reunavyöhyke (engl.: *penumbra of doubt*), joka ympäröi semanttisesti riidatonta ja yksiselitteistä merkityksen ydinaluetta (engl.: *core of settled meaning*).⁸ Sekä Kelsenin että Hartin oikeusteoria edellyttää toisin sanoen teoriaa oikeudellisesta tulkinnasta, jollaista kumpikaan heistä ei kuitenkaan tuotannossaan esittänyt.

⁴ Christopher Columbus Langdellin sekä hänen oppilaidensa James Barr Amesin ja Joseph Bealen *case law* -metodista, Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, s. 14–25.

⁵ ”The ideology of bound judicial decision-making presupposes some features of the law, viz. the positivistic conception of the codified law in statutory legal systems. The law is seen as a system which is consistent and complete, a set of rules according to which one can decide any legal case without going outside the system. For the law-applying organ the system is closed and can be changed only by the law-maker. The concept of codification is extrapolated on to all of law. The completeness of legal system, often attacked by the adversaries of positivism, is linked with liberty, legal certainty and legal security.” Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 278.

⁶ ”Denn es ist eine höchst bedeutsame Eigentümlichkeit des Rechts, daß es seine eigene Erzeugung und Anwendung regelt.” Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 73; Vrt. Kelsen, mts. 239: ”In einem positivrechtlichen Sinn kann Quelle des Rechts nur Recht sein.”

⁷ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 250.

⁸ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 124–128.

Tuomarin vapaa ratkaisuideologia (engl.: *ideology of free judicial decision-making*) viittaa joukkoon erilaisia oikeudellista tulkintaformalisma vastustavia suuntauksia. Toisin kuin sidottu oikeudellinen ratkaisuharkinta, joka toteuttaa poliittisen liberalismien *Rechtsstaat*-ideologiaa, tuomarin vapaa ratkaisuharkinta ei tukeudu yhtenäiseen poliittiseen tai yhteiskuntaideologiaan, vaan sen taustalla vaikuttaa hajanainen ja monilukuinen joukko erilaisia yhteiskunnallisia aatesuuntauksia. Yhteistä niille kaikille on vain oikeudellisen tulkintaformalismien kritiikki. Nyt hyväksyttävät oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet laajenevat käsittämään paljon muutakin kuin vain lainsäädännön ja sen sisäisen systematiikan, johon Wróblewski suljettu oikeudellinen ratkaisuharkinta yksinomaisesti kiinnittyi. Samoin oikeudelliset tulkintamenetelmät laajenevat käsittämään muutakin kuin vain loogis-deduktiiviset, syllogistiset päätelmät, joihin sidottu oikeudellinen ratkaisuideologia kiinnittyi.

Esimerkiksi ranskalaisen François Gényn mukaan tuomarin tuli päätöksenteossaan hyödyntää avointa, monitieteistä ja yhteiskunnallisesti suuntautunutta vapaata tieteellistä tutkimusta (ransk.: *libre recherche scientifique*).⁹ Saksalainen vapaa-oikeuskoulu (saks.: *Freirechtslehre* t. *Freirechtswerbung*) kiinnitti puolestaan oikeudellisen tulkinnan tuomarin omakohtaiseen oikeudelliseen intuition sekä yhteisölliseen *oikeudentuntoon* (saks.: *Rechtsgefühl*) tai *arvo-tajuntaan* (saks.: *Wertfühlen*) tuolloin vielä vallalla olleen konstruktivisen oikeusopin eli käsitelainopin edustaman formaalin käsitelogiikan ja oikeussysteemien pohdintojen sijaan. Wróblewski lukee vapaan oikeudellisen ratkaisuharkinnan alaisuuteen myös 1930-luvun natsi-Saksan *Führerstaat*-ideologian.¹⁰

Yhdysvalloissa Roscoe Poundin ja O.W. Holmesin 1800- ja 1900-luvun taitteen sosiologinen oikeustiede sekä 1920-luvulla syntynyt varsinainen amerikkalainen oikeusrealismi korostivat vastaavasti tuomarin oikeutta luovaa merkitystä. Holmes määritteli oikeuden 'pahan miehen' eli potentiaalisen lainrikkokojan oikeudellisen tiedonintressin avulla, viitaten tämän tekemiin ennusteisiin siitä, miten (esimerkiksi) Massachusettsin tai Englannin tuomioistuimet tulevat todennäköisesti menettelemään, jos hän toimii niin-tai-näin eli omaa hyötyä tavoitellakseen rikkoo lakia.¹¹ Samoin John Chipman Gray päätteli, että muodollisesti velvoittava lainsäädäntö on vain yksi mahdollisista oikeuslähteistä, joihin ratkaisua tekevä tuomari voi tukeutua ratkaisua tehdessään, ja vasta lopullinen tuomioistuinratkaisu on aidossa mielessä oikeutta.¹²

⁹ Gényn oikeusajattelusta, Bouckaert, "Gény, François (1861–1959)".

¹⁰ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 285, 298.

¹¹ Holmes, "The Path of the Law", s. 460–461.

¹² "And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as part of the Law itself, why they are to be coordinated with the other sources which I have mentioned. It has been sometimes said that the Law is composed of two parts, – legislative law and judge-made law, but, in truth, all the Law is judge-made law." Gray, *The Nature and Sources of the Law*, s. 125. (Käännös allekirjoittaneen.)

”Ja tämä on syynä siihen, miksi lainsäädäntöön eli oikeudellisiin säädöksiin tulee suhtautua oikeuslähteinä, ei varsinaisesti osana oikeutta, ja miksi ne tulee liittää toisten edellä mainitsemieni oikeuslähteiden yhteyteen. Joskus on sanottu, että oikeus koostuu kahdesta osasta, lainsäädännöstä ja tuomioistuinten luomasta oikeudesta, mutta todellisuudessa kaikki oikeus on tuomioistuinten luomaa oikeutta.”

Vapaa oikeudellinen ratkaisuideologia sivuuttaa muodollisesti velvoittavan lainsäädännön ja tukeutuu sen sijaan toteutuneeseen oikeuskäytäntöön, erilaisiin sosiaalisiin normeihin sekä oikeusyhteisössä vallitseviin arvoihin tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavina perusteina.¹³ Sitovan oikeudellisen ratkaisuideologian painottamien muodollisen oikeusturvan ja ratkaisujen ennakoitavuuden sijaan vapaa oikeudellinen ratkaisuideologia korostaa yksittäistapauksellista kohtuullisuutta ja sisällöllistä oikeudenmukaisuutta.

Oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia (engl.: *ideology of legal and rational judicial decision-making*) viittaa välittävään kantaan Wróblewskin sidotun ja vapaan ratkaisuharkinnan välillä. Se väistää onnistuneesti sidotun ratkaisuideologian ’ultra-rationalistisen virhepäätelmän’, jonka mukaan tuomarin tekemä lainsoveltamisratkaisu on täydellisesti ennalta määrätty, mutta samoin se väistää vapaan ratkaisuideologian ’irrationaalisen virhepäätelmän’, jonka mukaan tuomarin ratkaisuharkinta on ennalta rajoittamaton.¹⁴ Tuomarin ratkaisuharkinnan formaalia lakisidonnaisuutta ja rationaalista perusteltavuutta painottava ratkaisuideologia kiinnittyy kahteen modernia oikeutta jäsentävään periaatteeseen: *ratio* ja *auctoritas* eli ratkaisun rationaalinen perusteltavuus institutionaalisten oikeuslähteiden tarjoamien ratkaisuperusteiden avulla sekä oikeusvaltiollinen päätöksenteon lakisidonnaisuus.¹⁵

Wróblewskin oikeudellisen ja rationaalisen ratkaisuideologian *oikeudellisuus* viittaa ratkaisua jäsentävään formaaliin legalismiin eli vaatimukseen, jonka mukaan ratkaisun tulee olla voimassa olevan oikeuden mukainen.¹⁶ Lakisidonnaisuus voi viitata muodollisiin perustein velvoittavien oikeussääntöjen kokonaisuuteen, niin kuin Wróblewski ja muut analyyttisen oikeuspositivismin edustajat ovat katsoneet, tai se voi viitata paitsi oikeussääntöjen myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden kokonaisuuteen, niin kuin Ronald Dworkin ja, laveasti tulkiten, myös Alf Ross ovat asian mieltäneet. Legalismivaatimuksen voi ilmaista myös yleisemmin

¹³ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 292–293.

¹⁴ Wróblewski, mts. 306.

¹⁵ Oikeudellisesta *ratio et auctoritas* -ideologiasta, Bergholtz, *Ratio et Auctoritas. Ett komparativt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål*; Aarnio, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*; Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 179–196.

¹⁶ ”Legality is ultimately treated as a formal legality which accepts the consistency of decision with the law in force.” Wróblewski, mts. 306.

viittaamalla institutionaaliin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin, joista institutionaaliin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet ovat hyväksyttävän oikeudellisen argumentaation avulla johdettavissa.

Wróblewskin oikeudellisen ja rationaalisen ratkaisuideologian *rationaalisuus* viittaa puolestaan tuomioistuinratkaisun episteemisiin ja aksiologisiin perusteluihin sen sisäisen ja ulkoisen justifioinnin eli oikeuttamisen merkityksessä.¹⁷ *Sisäinen* perustelu (engl.: *internal justification*) viittaa lainsoveltamisratkaisun aineellisen lopputuloksen sekä sen normi- ja faktapremissien keskinäiseen suhteeseen siinä merkityksessä, että ratkaisu on asianmukaisesti johdettavissa sen tueksi esitetyistä normi- ja faktapremisseistä. Normipremissit on johdettu institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteopin käsittämistä ratkaisuperusteista, kun taas faktapremissit tarkoittavat käsillä olevan tapauksen oikeudellisesti merkityksellistä tosiseikastoa. *Ulkoinen* perustelu (engl.: *external justification*) viittaa sanottujen ratkaisupremissien itsensä oikeuttamiseen ratkaisuun nähden ulkoisten perustelukriteerien avulla.

Wróblewski jäsentää oikeudellista perusteluketjua eri perustelutasojen avulla siten, että ratkaisun sisäinen perustelu käsittää perusteluketjun ensimmäisen tason ja sen ulkoinen perustelu toisen tason päättelypremissit. Kolmannen tason perustelurationaalisuus käsittää päätöksenteon 'oikeuttamisen eli justifioinnin logiikan' (engl.: '*logic of justification*'), jonka avulla ratkaisun sisäiset ja ulkoiset perustelut ovat oikeutettavissa. Perusteluketjun neljäs taso koostuu kolmelle edelliselle perustelutasolle välttämättömien päättelypremissien tunnistamisesta (engl.: *the identification of the presuppositions necessary for any justification of the first three levels*). Sen viides taso käsittää lopulta viimekätiset premissit, joiden avulla neljän edellisen perustelutason edellyttämät premissit ovat oikeutettavissa tai selitettävissä (engl.: *ultimate premises which justify or explain the justification made on the four preceding levels*).¹⁸ Sitä, mitä nämä ratkaisevat, viimekätiset eli perusteluketjun sulkevat viidennen perustelutason premissit ovat, Wróblewski ei kuitenkaan täsmennä.¹⁹

Wróblewskin tuomarin mahdollisten ratkaisuideologioiden kolmijako sidotuun, vapaaseen sekä oikeudelliseen ja rationaaliseen ratkaisuharkintaan tarjoaa hyvän lähtökohdan oikeudellisen tulkintateorian edelleen kehittelylle. Sellaiseen jaottelu on kuitenkin vielä karkea ja jättää monta kysymystä avoimeksi.

¹⁷ "Rationality is defined as a proper justification of decisions with good reasons. This is contrasted with the non-rational decision which is badly justified and the irrational decision which gives no reasons at all." Wróblewski, mts. 306.

¹⁸ Wróblewski, mts. 210–211.

¹⁹ Olen pohtinut sanottua kysymystä laaja-alaisesti väitöskirjassani, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 215–216. – Oikeuden perimmäisistä premissistä eli oikeuden *infrastruktuureista* analyttisen oikeuspositivismin kirjoituksissa, Siltala, mts. 34–39, 229–231, 255–260, 264–267.

Mihin oikeudellinen tulkinta on sidottu, jos tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa hahmotetaan Wróblewskin sidotun ratkaisuideologian tarkoittamalla tavalla? Miten rajoittamaton ja vapaa on Wróblewskin vapaa oikeudellinen ratkaisuharkinta, vai onko sekin sidoksissa johonkin muuhun kuin varsinaisiin institutionaalsiin oikeuslähteisiin? Entä mitä täsmällisesti ottaen tarkoittaa oikeudellisen ja rationaalisen tulkintaideologian vaatimus päätöksenteon lakisidonnaisuudesta ja rationaalisesta perusteltavuudesta? Mikä on oikeudellisen tulkintalauseen suhde erilaisiin filosofisesti perusteltavissa oleviin *tulkintamalleihin* tai oikeuden tulkintaideologiaan, joka ottaa huomioon myös oikeuden institutionaaliset ja yhteisölliset piirteet? Entä mikä on oikeudellisen tulkintalauseen arviointiin sovellettava oikeudellinen *validiteetti- ja tulkintakriteeri*?

1.2 OIKEUDELLISET RATKAISUTILANTEET KAARLE MAKKOSEN MUKAAN

Väitöskirjassaan *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia* Kaarle Makkonen erotti toisistaan kolme oikeudellista ratkaisutilannetta: isomorfiatilanteen, tulkintatilanteen ja (oikeudellisesti) säätelemättömän tilanteen.²⁰

Isomorfiatilanteessa annettujen eli toteutuneiden tosiseikkojen sekä oikeusnormilauseessa määriteltujen tosiseikkojen välillä vallitsee kuvasuhde, jolloin sovellettava oikeusnormi on välittömästi tunnistettavissa ja sovellettavissa tapaukseen ilman, että olisi tarpeen turvautua varsinaiseen oikeudelliseen tulkintaan.²¹ Makkonen erottaa isomorfiatilanteen osalta edelleen kolme mahdollista tilannetta sen mukaan, seuraako oikeusnormista vain yksi mahdollinen oikeusseuraamus, onko mahdollisia oikeusseuraamuksia useampia kuin yksi tai ovatko useat mahdolliset oikeusseuraamukset ristiriidassa keskenään. Jos mahdollisia oikeusseuraamuksia on vain yksi, kyse on yksinkertaisesta isomorfiatilanteesta. Oikeudellinen päättely noudattaa loogis-deduktiivista muotoa, missä oikeusseuraamus johdetaan oikeusnormilauseen ja käsillä olevan oikeustositseikatokuvauksen yhdistelmästä logiikan päättelysääntöjen avulla.²²

Vaikka isomorfiatilanne edellyttää, että sovellettava oikeusnormi on riidaton ja yksiselitteinen tulkinnalliselta merkityssisällöltään, sen sisältämä oikeusohje saattaa kuitenkin sallia useamman kuin yhden oikeusseuraamuksen. Makkonen käyttää esimerkkinä rikoslain yksittäisten rikossäännösten rangaistusasteikkoja, joiden asettamissa rajoissa tuomioistuimen määräämän rangaistuksen on

²⁰ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 95–96. – Makkonen väitteli varsinaisesti kirjan saksankielisellä laitoksella *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie* vuonna 1965.

²¹ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 96, 102–116.

²² Makkonen, mts. 109.

lain mukaan oltava. Sanotussa tilanteessa lainsoveltajan on tehtävä arvosidon-
nainen valinta erilaisten vaihtoehtoisten oikeusseuraamusten väliltä, eikä päät-
tely enää noudata puhtaasti loogis-deduktiivista mallia näiden väliintulevien
arvosidonnaisten tekijöiden vuoksi.

Lisäksi lainsoveltajan ratkaistavaksi saattaa tulla normiristiriitatilanne, missä
kaksi tai useampia oikeudellisen isomorfiatilanteen ehdot täyttävää oikeusnor-
mia soveltuu yhtä lailla käsillä olevaan tapaukseen eivätkä niiden tarkoittamat
oikeusseuraamukset ole samanaikaisesti toteutettavissa. Vakiintuneet formaalit
konfliktinratkaisunormit, kuten *lex superior derogat legi inferiori*, jonka mu-
kaan hierarkkisesti ylempi säädös syrjäyttää hierarkkisesti alemman säädök-
sen,²³ *lex posterior derogat legi priori*, jonka mukaan myöhempi säädös syr-
jäyttää aiemman säädöksen, tai *lex specialis derogat legi generali*, jonka mu-
kaan sisällöllisesti täsmentynyt erityislaki syrjäyttää yleislain, tulevat tällöin
sovellettavaksi.²⁴ Jollei normiristiriita ole senkaltaisten kriteerien avulla rat-
kaistavissa, lainsoveltaja joutuu tekemään viime kädessä arvosidonnaisen va-
linnan tapaukseen soveltuvien oikeusnormien kesken.²⁵

Tulkintatilanteessa ei vallitse isomorfiatilanteen tarkoittamaa yksi yhteen-
-kuvasuhdetta maailmassa toteutuneiden ja oikeusnormilauseessa määriteltyjen
tosiseikkojen välillä, vaan edellytetty kuvasuhde on 'ohentunut' likimääräiseksi
tai käynyt epätarkaksi sovellettavan oikeusnormin tai oikeusnormikompleksin
kielellisen ilmiön epäselvyyden vuoksi. Tällöin lainsoveltaja kykenee tunnis-
tamaan, minkä oikeusnormin tai oikeusnormien alaisuuteen käsillä oleva oi-
keustositseikasto mitä ilmeisimmin kuuluu, mutta oikeusseuraamuksen vahvis-
taminen edellyttää sovellettavan oikeusnormin käsittämien kielellisten ilmaus-
ten merkityssisällön täsmentämistä.²⁶

Makkonen erottaa kaksi mahdollista tapausta sen mukaan, tuleeko tapauk-
sessa kysymykseen vain yksi oikeusnormi vai onko ratkaisijan tehtävä valinta
useamman oikeusnormin kesken. Kummassakin tapauksessa oikeusnormin so-
veltaminen edellyttää tulkintaa eli merkityksen *antamista* kyseisen oikeus-
normilauseeseen sisältämille kielellisille ilmauksille.²⁷ Makkonen viittaa vakiintu-
neisiin oikeudellisiin tulkintaperusteisiin, kuten lainsäätäjän historialliseen tar-
koitukseen ja säätämishetkellä vallinneisiin yhteiskunnallisiin olosuhteisiin

²³ Sanottu konfliktinratkaisunormi edellyttää samalla käsitteellisesti Kelsenin ja Merklin hah-
motteleman formaalin oikeusnormihierarkian olemassaolon.

²⁴ Makkonen, mts. 113.

²⁵ "Käytännössä ratkaisijan toiminta ristiriitatilanteessa siis muodostuu lähinnä siitä, että hän
harkitsemillaan perusteilla *valitsee* toisen ristiriitaisista säännöksistä ratkaisunsa perustaksi." Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 114 (kursivointi Makkosen).

²⁶ Makkonen, mts. 96, 116–144.

²⁷ Makkonen toteaa, että "... tulkinta on annettujen tosiseikkojen sisällyttämistä oikeusnormiin,
merkityssisällön *antamista* säännöstekstille." Makkonen, mts. 139 (kursivointi alkutekstissä).
Samoin mts. 153–154.

(lat.: *occasio legis & ratio legis*), joita virallinen lainvalmisteluaineisto ilmentää. Lisäksi hän viittaa vahvasti Otto Brusiinin oikeusajattelun hengessä ratkaisuhetkellä vallitsevien sosiaalisten, taloudellisten, kulttuuristen, teknologisten ja poliittisten tekijöiden vaikutukseen lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa.²⁸ Kun sovellettava oikeusnormilause sisältää aidosti arvostuksenvaraisia käsitteitä, valinta eri tulkintavaihtoehtojen kesken jää ratkaisijan omakohtaisten yhteiskunnallisten preferenssien varaan.²⁹ Makkonen ei ehkä painota riittävästi vallitsevan *institutionaalisen tulkintaideologian* ja sen osoittamien institutionaalisten ja yhteisöllisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden merkitystä tuomarın tai muun lakia soveltavan viranomaisen oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana tekijänä.

Säätlemättömässä tilanteessa oikeusjärjestyksestä ei löydy lainkaan oikeusnormia, jonka alaan käsillä oleva oikeustapaus kuuluisi.³⁰ Syynä tähän voi olla nopea luonnontieteellis-tekninen tai yhteiskunnallinen kehitys, johon lainsäädäntö (ja oikeuskäytäntö) reagoivat tietyllä viiveellä. Se voi myös olla seurausta lainsäätäjän tietoisesta valinnasta eli siitä, että jokin yhteiskunnan osa-alue on tietoisesti jätetty vakiintuneiden yhteisöllisten käytäntöjen eli tavanomaisen oikeuden normien varaan.³¹ Vallitsevan institutionaalisen oikeuslähteopin mukaan kyse on oikeudellisesti säätlemättömästä tilanteesta vain, jos tuomarilla tai muulla lainsoveltajalla ei ole käytettävissä minkäänlaisia institutionaalisia tai yhteisöllisiä oikeuslähteitä, joiden alaan myös vakiintuneet, tavanomaista oikeutta ilmentävät institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt kuuluvat. Jos sanottu käsite määritellään suppeammin eli vain tapausta käsittelevän lainsäädännön puuttumisena oikeudellisen tulkintaformalismin tarkoittamalla tavalla, voi toki puhua säätlemättömän tilanteen käsilläolosta, vaikka tuomarilla tällöin on ratkaisuoheenaan muita institutionaalisia tai yhteisöllisiä tulkinta- ja ratkaisuperusteita.

Makkonen korostaa, että raja oikeudellisen tulkintatilanteen ja oikeudellisesti säätlemättömän tilanteen välillä on liukuva ja tulkinnanvarainen.³² Säätlemättömässä tilanteessa ratkaisijan tulee hyödyntää oikeudellista *analogiaa* tai, jos perusteita oikeuden analogiseen soveltamiseen ei ole, oikeudellista vastaakohtaispäätelmää (lat.: *argumentum e contrario*).³³ Otto Brusiinin mukaan oi-

²⁸ Makkonen, mts. 123.

²⁹ Makkonen, mts. 125.

³⁰ Makkonen, mts. 96, 144–164. – Tuomarın harkinnasta oikeudellisesti säätlemättömässä tilanteessa, Brusiin, *Tuomarın harkinta normin puuttuessa, passim*. – Brusiin painottaa monimuotoisen yhteiskuntatieteellisen tiedon hyödyntämistä tilanteessa, jossa tuomarilla ei ole käytettävissään tapaukseen soveltuva oikeusnormia. Brusiin, mts. 204–229.

³¹ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 146–147, 148.

³² Makkonen kirjoittaa osuvasti: ”Yhtä vähän kuin voimme auringon spektrissä sanoa, milloin sininen loppuu ja violetti alkaa, yhtä vähän voimme juridisessa ’ratkaisuspektrissä’ sanoa, milloin tulkinta loppuu ja analogia alkaa.” Makkonen, mts. 158.

³³ Makkonen, mts. 154.

keudellisesti säätelemättömässä tilanteessa tuomarin tulee hyödyntää erilaisten yhteiskuntatieteiden, kuten taloustieteen, politologian tai sosiologian, tuottamaa tietoa oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista.³⁴

Isomorfiatilanne on loogis-käsitteellisesti ensisijainen suhteessa Makkosen kolmiportaisen ratkaisutilannetytologian kahteen muuhun tapaukseen, oikeudelliseen tulkintatilanteeseen ja oikeudellisesti säätelemättömään tilanteeseen nähden, sillä kaksi viimeksi mainittua ovat määriteltävissä vain isomorfiasuhteen puuttumisen avulla. Niissä kuvasuhdetta yhtäältä toteutuneiden ja toisaalta oikeusnormissa määriteltyjen tosiseikkojen välillä ei vallitse, joten on turvaututtava semanttisten merkitysten antamiseen oikeusnormin käsittämille kielellisille ilmauksille, jos kyse on oikeudellisesta tulkintatilanteesta, tai oikeudelliseen analogiaan, jos kyse on oikeudellisesti säätelemättömästä tilanteesta.

1.3 TUTKIMUKSEN TAVOITE

Jerzy Wróblewskin kolme oikeudellista ratkaisuideologiaa sekä Kaarle Makkosen oikeudellisten ratkaisutilanteiden kolmijakoluokitus tarjoavat toimivan teoreettisen kehyksen tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisen ratkaisuharkinnan analysoimiseksi. Samalla tuo tulkintakehys soveltuu myös institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen lainopin tutkijan tuottamien oikeudellisten tulkintalauseiden analyysiin. Wróblewskin ja Makkosen teoreettista viitekehystä on kuitenkin syytä tarkentaa täsmällisemmän kuvan saamiseksi tutkimuskohteesta. Makkosen oikeudellisten ratkaisutilanteiden kolmijako isomorfia-, tulkinta- ja säätelemättömään tilanteeseen tai Wróblewskin vastaava kolmijako sidottuun, oikeudelliseen ja rationaaliseen sekä vapaaseen oikeudelliseen ratkaisuideologiaan on toisin sanoen liian karkea ja yleinen tavoittaakseen riittävän täsmällisellä tavalla tuomarin tai muun lainsoveltajan tahi oikeuden tutkijan tulkintatoiminnan keskeiset osatekijät suhteessa vallitsevan oikeuslähteen tunnistamiin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin.

Mitä tarkoittaa Makkosen oikeudellisen isomorfiatilanteen edellyttämä *kuvasuhde* annettujen ja toteutuneiden tosiseikkojen välillä? Mikä on institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian merkitys tuomarin ratkaisuharkintaa tai yleisesti oikeuden tutkijan tulkintaprosessia ohjaavana tekijänä? Mitä täsmällisesti ottaen tarkoittaa Wróblewskin *oikeudellinen ja rationaalinen* ratkaisuideologia? Mikä on Wróblewskin sidotun ja vapaan ratkaisuideologian tai Makkosen isomorfiatilanteen ja säätelemättömän tilanteen suhde oikeuden institutionaaliseen ja yhtei-

³⁴ Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, s. 204–229 sekä etenkin s. 220–225 (= sosiologia), 225–226 (= politologia) ja 226–227 (= taloustiede). Vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteen-teoria*, s. 159–188 ja etenkin s. 167–184.

sölliseen arvoperustaan? Millaiset yhtäältä yleiset ja filosofiset, toisaalta oikeudelliset eli institutionaaliset ja yhteisölliset osatekijät rajaavat oikeuden mahdollisten maailmojen semantiikan eli ylipäättään oikeudellisesti perusteltavissa olevien tulkintojen rajat? Entä miten vallitseva oikeudellinen *tietomuoto* (ransk.: *épistémè*) rajaa ja määrittää oikeuden 'sanat' ja oikeuden 'asiat' yhdistävää *äärellisyyden analytiikkaa* sekä oikeudellisen tulkintalauseen *edellytettyä todellisuuskäsitystä*?

Tavoitteenani on määrittää *oikeudellinen* tulkintakehys eli ne institutionaaliset, yhteisölliset, käsitteelliset tai yhteiskunnalliset osatekijät, joilla on *oikeudellista ratkaisuarvoa*. Tarkastelen oikeudellista tulkintalauseetta ja sen merkitysoipillista konstituutiota kolmesta eri näkökulmasta. Arvioin ensin oikeuden *mahdollisten maailmojen semantiikkaa* kymmenen ideaalityyppisen tulkintamallin eli tulkintafilosofian avulla, jolloin analyysin vertailukohtana ovat filosofian perinteiset totuusteorioiden termin laajassa merkityksessä. Toiseksi arvioin, minkä edellytysten vallitessa oikeudellinen tulkintalause kohdentuu voimassa olevaan oikeuteen institutionaalisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla, 'parhaaseen mahdolliseen maailmaan' institutionaalisesta tulkintaideologiasta irtautuneen eli kriittisen oikeusopin tarkoittamalla tavalla tai kolmanneksi oikeudellisten käsitteiden aukottomaan ja sisäisesti ristiriidattomaan järjestelmään oikeudellisen tulkintaformalismin tarkoittamalla tavalla. Kolmanneksi arvioin teoksessa oikeudellisen tulkintalauseen sidonnaisuutta vallitsevaan oikeudelliseen tietomuotoon (ransk.: *épistémè*), jonka osatekijöitä tarkastelin jo *Oikeustieteen tieteenteoria* -kirjassani.

Kaarle Makkonen on ollut etevin suomalaisen analyttisen oikeusteorian edustajista. Jerzy Wróblewskilla on ollut johtava asema analyttisen argumentaatioteorian edustajana sekä kansainvälisen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmän jäsenenä.³⁵ Makkosen *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia* ja Wróblewskin *The Judicial Application of Law* tarjoavat näin tukevan teoreettisen perustan ja erinomaisten lähtökohdan oikeudellisen tulkintaopin edelleen kehittelylle. Lisäksi Otto Brusiinin korkeatasoinen väitöskirja *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* on ollut yhtenä tutkimuksellisenä esikuvanani. Brusiinin vaikutus näkyy selvimmän kirjan jaksossa oikeudellisesta pragmatismista sekä oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten merkityksestä laintulkinnassa, mutta Brusiinin ajattelun vaikutusta on nähtävissä myös yleisesti kirjan oikeusrealistisissa painotuksissa. Tutkimukseni neljäntenä keskeislähteenä on *semantiikka* eli oppi kielellisten ilmausten merkitysoipillisesta konstituutiosta. Tarkastelen oikeudellisen tulkintalauseen se-

³⁵ Kansainvälinen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmä on julkaissut kaksi merkittävää oikeusvertaillevan ja oikeusteoreettisen argumentaatioteorian tutkimusta: McCormick & Summers, eds., *Interpreting Statutes. A Comparative Study* (1991) ja samat eds., *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (1997). Ryhmään ovat kuuluneet vuonna 1990 kuolleen Jerzy Wróblewskin ohella muun muassa Aulis Aarnio, Robert Alexy, Neil McCormick, Enrico Pattaro, Aleksander Peczenik ja Robert S. Summers. Itse toimin ryhmän sihteerinä sen kahdessa kokouksessa Italian Bolognassa ja Tampereella *Interpreting Precedents* -kirjan viimeistelyvaiheessa.

mantiikkaa Wienin piirin eli loogisen positivismin keskeishahmoihin kuuluneen Rudolf Carnapin kehittämän *ekstension ja intension menetelmän* avulla.³⁶

Teokseni lähtökohtana on näin kahden kiistattoman mestarin, Jerzy Wróblewskin ja Kaarle Makkosen, analyyttinen oikeusteoria, jota pyrin syventämään ja laajentamaan *institutionaalisen, formaalin ja aineellisen tulkintaideologian* ja niiden käsittämien oikeudellisten *validiteetti- ja tulkintakriteerien* sekä oikeudellisen *sääntely- ja ratkaisulogiikan* avulla. Tutkimuksellisten esikuvieni tavoin tarkastelutapani on vahvasti analyyttinen. Makkosen termein voisi ehkä puhua *rakenneanalyyttisestä* tutkimuksesta etenkin siltä osin kuin soveltamani lähestymistapa perustuu oikeudellisen tulkintalauseen rakenteellisten osatekijöiden jäsentämiseen Rudolf Carnapin semantiikan järjestelmän keskeiskäsitteiden avulla.³⁷ Tavoitteenani on perustella yleinen teoria oikeudellisesta *tulkintakehyksestä* tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovien, velvoittavien tai ohjaavien tekijöiden merkityksessä, jotka tekijät voidaan kootusti esittää *institutionaalisen tulkintaideologian* ja sen konstitutiivisten osatekijöiden avulla.

1.4 TUTKIMUKSEN PERUSKÄSITTEET

Tutkimukseni oikeudellisesta tulkintateoriasta ja tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eri tavoin sitovista, velvoittavista tai ohjaavista tekijöistä tukeutuu varsin vahvasti määrättyihin tutkimuksellisiin peruskäsitteisiin, joista osa on vanhempaa perua ja osa vain tätä tutkimusta varten kehiteltyjä:

- *oikeudellinen tulkintalause*,
- *semanttinen ekstensio ja intensio*,
- *oikeudellinen tulkintakehys*,
- *tulkintamalli eli tulkintafilosofia*,
- *institutionaalinen, formaali ja aineellinen tulkintaideologia*,
- *oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri*,
- *institutionaalinen, formaali tai aineellinen totuusarvo*,
- *oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka*,
- *oikeudellinen ratkaisuarvo*,
- *oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta*,
- *institutionaaliset oikeussäännöt ja yhteisölliset oikeusperiaatteet*
- *oikeuden äärellisyyden analyytiikka, institutionaalinen ja yhteisöllinen eksistenssi sekä oikeudelliset päättelymallit ja oikeudellisten transformaatioiden logiikka* vallitsevan oikeudellisen tietomuodon (ransk.: *épistémè*) osatekijöinä, ja
- *looginen konstituutio, edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia* oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen metafysiikan sitoumuksina.

³⁶ Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 1 et seq.; Coffa, *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*.

³⁷ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyyttinen tutkimus*.

Lause on kieliopillisesti oikein muotoiltu kielellinen ilmaus, jonka semanttinen *ekstensio* eli semanttinen *kohdereferenssi* (saks.: *Bedeutung*; engl.: *reference*; lat.: *nominatum*) on yhtä kuin sen *totuusarvo* ja jonka semanttinen *intensio* on yhtä kuin sen *propositionaalinen ajatussisältö* (saks.: *Sinn*; engl.: *sense*) eli todellisuuden vain mahdollista tai tosiasiallisesti toteutunutta asiantilaa koskeva väittämä. Lauseen totuusarvo on määritettävissä vain suhteessa jonkin filosofisen totuusteorian asettamaan *truth-maker*-tyyppiseen arviointikriteeriin, jonka täyttyminen 'tekee' lauseesta toden. *Oikeudellinen tulkintalause* on tavallisimmin tuomarin tai muun viranomaisen eli institutionaalisen lainsoveltajan tai lainopin tutkijan tuottama, syntaktisesti oikein muotoiltu kielellinen ilmaus, jonka semanttisena ekstensiona on oikeudellinen *validiteetti* ja *institutionaalinen totuusarvo* ja jonka semanttisena intensiona on (voimassa olevan) oikeuden tietynhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö*. Nämä ovat arvioitavissa institutionaalisen tulkintaideologian vakioiman oikeudellisen *validiteetti- ja tulkintakriteerin* avulla.

Tulkintakehys on tuomarin tai tutkijan oikeudellista tulkintaa eri tavoin määrittävien ja rajaavien tekijöiden, kuten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä sovellettavien oikeudellisten päättelymallien kokonaisuus. Tulkintakehys on oikeudellisen tulkintalauseen merkityso pillista konstituutiota eli yhtäältä semanttista *ekstensiota* eli oikeudellista *validiteettia* ja institutionaalista totuusarvoa sekä toisaalta semanttista *intensiota* eli tulkinnallista merkityssisältöä määrittävä *merkitys- ja perustelukonteksti*, joka asettaa oikeudelliseen tulkintalauseeseen sovellettavan oikeudellisen *validiteetti- ja tulkintakriteerin*. Tulkintakehys on toisin sanoen Hans Kelsenin ja Alf Rossin termin oikeudellinen *tulkinta-avain* eli *tulkintaskeema* (saks.: *Deutungschema*; tansk.: *tydnings-skema*),³⁸ joka rajaa oikeudellisen tulkintalauseen merkitys- ja perustelukontekstin sekä antaa tietynlaisille institutionaalisille ja yhteisöllisille asiantiloille oikeudellisen merkityksen. Oikeudellisen tulkintalauseen yhteydessä voi käyttää termiä *tulkintaideologia*.

Tulkintamalli eli *tulkintafilosofia* on se osa oikeudellista tulkintakehystä, joka asettaa filosofian erilaisiin totuusteorioihin rinnastuvalla tavalla *tulkintakriteerin*, jonka avulla oikeudellisen tulkintalauseen hyväksyttävyyttä ja perusteltavuutta voi arvioida esimerkiksi vertailtavien asiantilojen vastaavuuden (= oikeudellinen korrespondenssiteoria), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden koherenssin (= oikeudellinen koherenssiteoria) tai toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten (= analyttinen oikeusrealismi) tarkoittamalla tavalla. Tulkintamalli määrittää näin oikeuden *mahdollisten maailmojen semantiikan* rajat eli ylipäättään mahdollisten merkitysten alan tulkintalauseen oikeudellisuuteen katsomatta eli siitä riippumatta, vastaako se

³⁸ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 et seq.

vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian mukaisia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden tietynlaisen yhdistelmän tarkoittamalla tavalla.

Oikeudellinen *tulkintaideologia* määrittää laaja-alaisemmin oikeudellisen *validiteetti- ja tulkintakriteerin*, jonka avulla voi arvioida paitsi oikeudellisen tulkintalauseen tulkinnallista merkityssisältöä myös sen semanttista ekstentiota eli kohdentuvuutta voimassa olevaan oikeuteen (= *institutionaalinen* tulkintaideologia), oikeudellisten käsitteiden kokonaisjärjestelmään (= *formaali* tulkintaideologia) tai yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, joilta oikeusperiaatteilta edellytetty institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuvat (= *aineellinen* tulkintaideologia). Tulkintaideologia on samalla yhteisnimitys yhden tai useamman oikeudellisen tulkintamallin eli tulkintafilosofian kokonaisuudelle, joita yhdistää sidonnaisuus samantyyppiseen oikeudelliseen validiteetti- ja tulkintakriteeriin. *Institutionaalinen tulkintaideologia* on tulkintaideologian vaihtoehtoista keskeisin. Se määrittää oikeudellisen eli oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* tukeutuvan validiteetti- ja tulkintakriteerin, jonka institutionaalisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet voivat toteuttaa. Institutionaalinen tulkintaideologia käsittää oikeusyhteisössä vallitsevan *lainsäädäntöideologian*, kollektiivisen *tuomarinideologian*, *yhteisöllisen oikeuskäsityksen* tai näiden tietynlaisen yhdistelmän vakioiman oikeudellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin.

Oikeudellisen tulkintaideologian määrittämä *validiteetti- ja tulkintakriteeri* liittyvät läheisesti yhteen. Kyse on ikään kuin saman kolikon kahdesta puolesta tavalla, jota Rudolf Carnapin semantiikan järjestelmän mukainen *ekstension ja intension metodi* toteuttaa. Institutionaalisen tulkintaideologian asettama tulkintakriteeri määrittää tulkintalauseen (tietynhetkistä) *tulkinnallista merkityssisältöä*, joka vastaa tavanomaisen väitelauseen *propositionaalista ajatussisältöä* eli sen semanttista intensiota. Validiteettikriteeri määrittää puolestaan oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalista, formaalia tai aineellista *validiteettia*, joka rinnastuu tavanomaisen lauseen *totuusarvoon* sen semanttisen kohdereferenssin eli ekstension merkityksessä. Oikeudesta voi olla vain 'suhteellisia totuuksia': lauseita, joiden totuusarvo on suhteessa omaksutun tulkintaideologian vakioimaan oikeudelliseen validiteettikriteeriin.

Voimassa oleva oikeus koostuu yksilöitävissä oleviin institutionaalisiin päätöksiin perustuvista *oikeussäännöistä* ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvista *oikeusperiaatteista* ja niihin rinnastuvista oikeudellisista *ratkaisustandardeista*, joilla on oikeudellista *ratkaisuarvoa* eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus ja jotka kiinnittyvät (eri tavoin) oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*. Oikeussäännöt ovat *tyyppitapauksellisia* oikeudellisia tulkinta-

ja ratkaisuperusteita, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo on irtautunut niistä yhteiskunnallisista arvo- ja tavoiteperusteista, joiden nojalla sanottu sääntö alun perin saatettiin voimaan. Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat *tilannesidonnaisia* oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo on määritettävissä vain suhteessa niiden taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoiteperusteisiin. Oikeussäännöt ovat vahvasti (sääntö)formaaleja ja oikeusperiaatteet vain heikosti formaaleja ratkaisuperusteita. Tuomarin subjektisidonnaiset uskonnolliset, poliittiset tai muut arvopreferenssit eivät kuulu voimassa olevan oikeuden alaan, jolleivät ne samalla täytä ehtoa oikeusperiaateilta edellytettävästä riittävästä institutionaalisesta tuesta ja yhteisöllisestä hyväksynnästä.

Oikeuden *institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta* koostuu arvoista ja tavoitteista, jotka on hyväksytty erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa eli joko institutionaalisissa tai yhteisöllisissä käytännöissä sekä niitä vastaavissa oikeuslähteissä, joita ovat esimerkiksi kansallinen ja EU-lainsäädäntö, virallinen lainvalmisteluaineisto, kansallinen tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntö, tavanomainen oikeus sekä sopimus oikeudelliset vastuun- jako- ja muut yhteisölliset käytännöt, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö.

Institutionaalisen tulkintaideologian mukainen validiteetti- ja tulkintakriteeri perustelee tulkintalauseen kohdentuvuuden voimassa olevaan oikeuteen eli sen oikeudellisen validiteetin sekä oikeudellisesti perusteltavissa olevan tulkinnallisen merkityssisällön. Institutionaalista totuusarvoa ilmentävä määre ”*tosi_L*” tai ”*epätosi_L*” on liitettävissä oikeudelliseen tulkintalauseeseen institutionaalisen tulkintaideologian määrittämin ehdoin. Tulkintalauseen oikeudellisuus viittaa oikeudellisen tulkinnan edellytettyyn liittymään oikeuden vallitsevaan *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*, jota oikeudellisen tulkintalauseen ’metafysiikan tarpeisto’ eli sen loogisen konstituution, edellytetyn ontologian ja rakenteellisen aksiologian sitoumukset yhteisesti ilmentävät. Näistä etenkin institutionaaliin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet ovat keskeisimmät. Formaali ja aineellinen tulkintaideologia puolestaan perustelevat muun kuin oikeudellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin joko oikeudellisten (perus)käsitteiden systeemin tai riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää vailla olevien yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden avulla.

Oikeudelliseen tulkintalauseeseen Q liitetty määre ”*tosi_L*” viittaa tulkintalauseeseen, joka täyttää *jonkin* institutionaalisen tulkintaideologian määrittämistä oikeudellisista validiteettikriteereistä vertailtavien asiantilojen vastaavuuden eli rakenneyhtäläisen kuvasuhteen (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäisen koherenssin (= *oikeudellinen*

koherenssiteoria), universaaliauditorion yhteisöllisen hyväksynnän (= *oikeudellinen uusretoriikka*), lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkupe-
räisten oikeudellisten tavoitteiden (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneiden ja
toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten eli tehokasta oikeussuojaa tuomio-
istuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytännössä nauttivien, yksittäisille
oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien (= *analyyt-
tinen oikeusrealismi*) tai vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käy-
täntöjen (= *oikeudellinen konventionalismi*) tarkoittamalla tavalla. Institutio-
naalinen totuusarvo ”tosi_L” tai ”epätosi_L” tarkoittaa oikeudellisen tulkintalau-
seen totuusarvoa, joka on määriteltävissä vain suhteessa *johonkin* institutionaa-
lisen tulkintaideologian vakioimista oikeudellisista validiteettikriteereistä, ja
määreen ”tosi_L” (tai ”epätosi_L”) alaindeksi ”L” tarkoittaa tarkasteltavana olevan
totuusarvon *oikeudellisuutta* (engl.: *legal*) eli sen suhdetta institutionaaliseen
tai yhteisölliseen validiteettikriteeriin.

Esimerkiksi lause, jonka mukaan ”oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_L”,
tarkoittaa, että Q toteuttaa (a) oikeudellisen korrespondenssiteorian, (b) oikeu-
dellisen koherenssiteorian, (c) oikeudellisen uusretoriikan, (d) oikeudellisen
eksegeesin, (e) analyyttisen oikeusrealismin, (f) oikeudellisen konventionalis-
min tai (g) näiden tietynlaisen yhdistelmän määrittelemän oikeudellisen *validi-
teettikriteerin*. Täsmällisemmin ilmaistuna oikeudellinen tulkintalause Q on
esimerkiksi tosi_{OIKEUSREALISMI} jos ja vain jos se täyttää analyyttisen oikeusrealis-
min mukaisen oikeudellisen validiteettikriteerin tehokasta oikeussuojaa tuo-
mioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä
nauttivien oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä, tosi_{KOHERENSSI} jos ja
vain jos se täyttää oikeudellisen koherenssiteorian mukaisen oikeudellisen vali-
diteettikriteerin institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niis-
tä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisen yhteen-
sopivuuden merkityksessä tai tosi_{KONVENTIONALISMI} jos ja vain jos se täyttää
oikeudellisen konventionalismin mukaisen oikeudellisen validiteettikritee-
rin vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen merkityk-
sessä.

Määre ”tosi_F” viittaa vastaavasti tulkintalauseeseen, joka täyttää formaal-
lin tulkintaideologian mukaisen loogis-käsitteellisen ja oikeussysteemisen vali-
diteettikriteerin, missä määreen ”tosi_F” (tai ”epätosi_F”) alaindeksi ”F” tarkoittaa
totuusarvon *formaalia* eli *loogis-käsitteellistä ja oikeussysteemistä* perustaa
oikeudellisen tulkintaformalismin merkityksessä. Määre ”tosi_Y” viittaa puoles-
taan tulkintalauseeseen, joka täyttää aineellisen tulkintaideologian
mukaisen yhteiskunnallisen tai aksiologisen validiteettikriteerin, missä mää-
reen ”tosi_Y” (tai ”epätosi_Y”) alaindeksi ”Y” tarkoittaa totuusarvon *yhteiskunnal-
lista* eli *arvo- tai tavoiteperustaista oikeudenmukaisuutta* tulkintaopillisen kon-
sekventialismin tai arvoperustaisen luonnonoikeusfilosofian tarkoittamalla ta-
valla.

Oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka on yhtäältä lainsäätäjän ja toisaalta tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien hyväksymien oikeudellisten *sääntely- ja ratkaisumallien* kokonaisuus, joiden avulla institutionaalisten oikeussääntöjen ja yhteisöllisten oikeusperiaatteiden keskinäiset suhteet ovat määritettävissä (a) sääntö – sääntö, (b) periaate – periaate ja (c) sääntö – periaate -merkityksessä. Oikeudellinen *sääntelylogiikka* ja *sääntelymalli* (tai -mallit) viittaa lainsäätäjän tekemiin oikeussysteemiin valintoihin, ja oikeudellinen *ratkaisulogiikka* ja *ratkaisumalli* (tai -mallit) viittaa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien vastaaviin valintoihin.

Oikeudellinen ratkaisuarvo tarkoittaa yksittäisen oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen eli institutionaaliisiin päätöksiin perustuvan oikeussäännön tai yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvan oikeusperiaatteen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovaa, velvoittavaa tai ohjaavaa vaikutusta. Prejudikaattien osalta puhutaan yksittäisen ennakkoratkaisun prejudikaattivaikutuksesta. Termi ”oikeudellisen ratkaisuarvo” on siis soveltamisalaltaan tätä laajempi, sillä se käsittää kaikenlaisista institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä asianmukaisesti johdettujen oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden vaikutuksen tuomarin ratkaisuharkintaan.

Oikeuteen ei ole eikä voi olla mitään absoluuttista, ’itseannettua’ tai itseoikeutettua *näkökulmaa ei-mistään*, niin kuin *Oikeustieteen tieteenteoria* -teoksessani perustelin. On vain suhteellisia totuuksia oikeudesta, joiden paikkansa pitävyys on sidoksissa yhteisössä omaksuttuihin tieto-opillisiin ja loogis-käsitteellisiin reunaehdoin.³⁹ Oikeudellinen *tietomuoto* (ransk.: *épistémè*) ensinnäkin määrittää *kohteellistettavissa* ja *käsitteellistävissä* olevaa tietoa (voimassa olevasta) oikeudesta oikeuden *äärellisyyden analytiikan* tarkoittamalla tavalla. Toiseksi se määrittää oikeuden *institutionaalista ja yhteisöllistä eksistenssiä* määrittävät ontologian sitoumukset esimerkiksi oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden tai, täsmällisemmin ilmaisten, toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten tai vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen merkityksessä, jos on omaksuttu analyttisen oikeusrealismin tai oikeudellisen konventionalismin mukainen käsitys oikeudesta. Kolmanneksi oikeudellinen tietomuoto käsittää oikeudellisen metodopin mukaiset *oikeudelliset päättelymallit* ja oikeudellisten *transformaatioiden logiikan*, joiden avulla päättely oikeudellisen normi- ja faktapremissin yhdistelmästä oikeudelliseen tulkintalauseeseen Q on mahdollinen.

³⁹ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 30–31, 731–732, missä pohdin oikeustieteen tutkijan näkökulmaa oikeuteen. Onnistunut termi *näkökulma ei-mistään* on lainattu amerikkalaisfilosofi Thomas Nagelin teoksen *The View from Nowhere* otsikosta, joskaan Nagel ei pohdi teoksessa erityisesti oikeutta tai oikeudellisia ongelmia. Käsituksestäni, jonka mukaan oikeudesta voi esittää vain *suhteellisia totuuksia* eli väitteitä, jotka ovat sidoksissa joko vallitsevan oikeudellisen tietomuodon (ransk.: *épistémè*) tai jonkin sille vaihtoehtoisen tarkastelutavan konstitutiivisiin premisseihin, Siltala, mts. 731–732.

Oikeudellinen tietomuoto voi toteutua joko tutkijan *teoreettisen* tiedonintressin ja sitä vastaavan *reflektoidun teoreettisen tiedon* tai, vaihtoehtoisesti, tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan *praktisen* tiedonintressin ja sitä vastaavan *hiljaisen tekijän tiedon* käsittämien tulkintaopillisten kokemussääntöjen tarkoittamalla tavalla. Tuomarin tai muun lainsoveltajan praktisesta näkökulmasta arvioiden lainopillisen tulkintamatriisin episteemiset ja loogis-käsitteelliset sitoumukset muuntuvat tulkinnallisiksi konventioiksi ja oikeudellista päättelyä ohjaaviksi kokemussäännöiksi.

Oikeuden *looginen konstituutio*, *edellytetty ontologia* ja *rakenteellinen aksiologia* ovat oikeudellisen 'metafysiikan tarpeistoa' eli oikeudellisen *todellisuusrakenteen* osatekijöitä oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen edellyttämien loogis-käsitteellisten, ontologisten ja aksiologisten sitoumusten merkityksessä. Ne ovat läheisessä yhteydessä toisiinsa, mutta ne tarkastelevat oikeutta ja oikeudellista tulkintalauseetta kukin hieman eri näkökulmasta.

Looginen konstituutio painottaa oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden loogislingvististä käsitteellistettävyyttä. Oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen looginen konstituutio on mahdollista määritellä esimerkiksi W. N. Hohfeldin ja analyttisen oikeustieteen tarkoittamalla tavalla suhdekäsitteiksi ymmärrettyjen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, vailla semanttista referenssiä voimassa olevan oikeuden rajaaman merkitysavaruuden ulkopuolisessa todellisuudessa. *Edellytetty ontologia* kiinnittää tarkastelun oikeuden, oikeudellisen tulkintalauseen tai institutionaalisen tulkintaideologian ontologisiin eli institutionaalista tai yhteisöllistä (tai muunlaista) eksistenssiä koskeviin määreisiin, kuten institutionaalisiin päätöksiin perustuviin oikeussääntöihin ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuviin oikeusperiaatteisiin, institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää vailla oleviin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin tai oikeudellisiin peruskäsitteisiin ja niiden keskinäisiin suhteisiin. *Rakenteellinen aksiologia* tarkastelee oikeutta yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden sekä niiden keskinäissuhteiden muutosdynamiikan avulla yhteiskunnallisten arvojen oikeudellistumisen ja formalisoitumisen sekä näille käännteisten ilmiöiden, oikeussääntöjen materiaalustumisen ja dejuridisoitumisen, avulla.

Oikeuden looginen konstituutio kiinnittyy toisin sanoen oikeuden kielelliseen ulottuvuuteen esimerkiksi analyttisen oikeustieteen tarkoittamien abstraktien ja suhdekäsitteiksi miellettyjen roolikäsitteiden tai kriittisen oikeusopin tarkoittamien konkreettisten, vahvasti tilanne- ja henkilösidonnaisten käsitteiden merkityksessä. Oikeuden edellytetty eli rakenteellinen ontologia kiinnittyy oikeuden ontologisiin sitoumuksiin esimerkiksi oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten asiantilojen, voimassa olevien oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden tai institutionaalisten päätösten ja yhteisöllisten käytäntöjen tahi yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden merkityksessä. Oikeuden rakenteellisen aksiologia kiinnittyy oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperus-

tan käsittämiin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin sekä niiden keskinäisten suhteiden muutoksiin. Oikeuden looginen konstituutio painottaa *formaalin* tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla oikeuden loogis-lingvistisiä ja oikeus-systeemisiä määreitä. Oikeuden edellytetty ontologia korostaa *institutionaalisen* tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla yhtäältä institutionaalisiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja toisaalta yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden merkitystä tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Oikeuden rakenteellinen aksiologia korostaa *aineellisen* tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla oikeuden sidonnaisuutta yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin.

1.5 TUTKIMUKSEN RAKENNE

Tutkimukseni oikeudellisesta tulkintaopista sekä tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa määrittävästä tulkintakehyksestä jakaantuu johdannon lisäksi kolmeen pääluokkaan. Niistä ensimmäisessä, ”Oikeuden mahdollisten maailmojen semantiikka: oikeudelliset tulkintamallit”, tarkastelen kymmentä erilaista *tulkintamallia* eli *tulkintafilosofiaa*, jotka rajaavat oikeuden ylipäättään mahdollisten tulkinnallisten merkitysten alan. Arvioin eri tulkintamallien filosofisia sekä käsitteellisiä, institutionaalisia, yhteisöllisiä ja aineellisia sitoumuksia, joiden yhteisvaikutuksesta sovellettava *tulkintakriteeri* on määritettävissä. Tarkastelun painopiste on oikeudellisen tulkintalauseen ja sen arviointikriteerien suhteessa filosofian erilaisiin *totuusteorioihin*. Tulkintalause, joka täyttää jonkin filosofisessa katsannossa perustellun tulkintamallin asettaman arviointikriteerin, ei ole kuitenkaan vielä oikeudellinen, jollei se saa samalla riittävää tukea oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvo-perustasta tavalla, jota institutionaalinen tulkintaideologia ja sen konstitutiiviset osatekijät eli oikeusyhteisössä vallitseva lainsäädäntöideologia, kollektiivinen tuomarinideologia ja yhteisöllinen oikeuskäsitys yhteisesti määrittävät.

Kirjan toisessa pääluvussa, ”Tulkintaideologia, totuusarvo, metakonteksti”, tarkastelen ensin oikeudellisen tulkintalauseen semantiikkaa Rudolf Carnapin *ekstension ja intension menetelmän* avulla. Perustelen keskeisväitteen oikeudellisen tulkintalauseen semanttisen ekstension ja intension määrittelystä suhteessa oikeudellisen tulkintaideologian eri vaihtoehtoihin formaalin, institutionaalisen ja aineellisen tulkintaideologian merkityksessä. Perustelen toisin sanoen väitteen, jonka mukaan oikeudellisen tulkintalauseen semanttinen ekstensio on yhtä kuin sen formaali, institutionaalinen tai aineellinen *validiteetti* sekä vastaava totuusarvo ja sen semanttinen intensio on yhtä kuin sen (tietynhetkinen) *tulkinnallinen merkityssisältö*. Tarkastelen myös oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen sisänrakennettua todellisuuskäsitystä eli oikeudellisen ’metafysiikan’ osatekijöitä suhteessa yhtäältä yhteisöllisen kielen käsitteisiin ja nii-

den keskinäissuhteisiin, toisaalta (esimerkiksi) maailman asiantiloihin tai institutionaalsiin oikeussääntöihin ja yhteisöllisiin oikeusperiaatteisiin sekä kolmanneksi yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin oikeuden *loogisen konstituution*, *edellytetyn ontologian* ja *rakenteellisen aksiologian* tarkoittamalla tavalla. Määrittelen myös yhtäältä institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutuneen* (engl.: *committed*) ja siitä kriittisesti *irtautuneen* (engl.: *detached*) lainopin tutkimuksen tavoitteet suhteessa institutionaaliseen tulkintaideologiaan ja sen käsittämiin tutkimuksellisiin sitoumuksiin.

Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen *metakonteksti* eli oikeudellinen *metateoria* perustele institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä asianmukaisesti johdettujen oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäiset etusijasuhdet ja suhteellisen oikeudellisen ratkaisuarvon tuomarin ratkaisuharkinnassa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan suhteutettuna. Samoin se perustele esimerkiksi sovellettavan oikeudellisen sopimusmallin tai kollektiivisen prejudikaatti-ideologian vastaavat valinnat suhteessa omaksuttuun oikeudelliseen sääntely- ja ratkaisulogiikkaan.

Kirjan toisessa osassa arvioin myös oikeuden viimekätistä velvoittavuusperustaa suhteessa Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenik pragmatistiseen, Hans Kelsenin transsendentaalis-loogiseen sekä H.L.A. Hartin ja Neil MacCormickin sosiologis-empiiriseen oikeuslähteopin justifikaatiomalliin. Tämän jälkeen perustelen oman institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteopin jäsenykseni oikeuden *institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan* käsittämien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden avulla. Prejudikaattiperustainen oikeus ja etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden prejudikaatti-vaikutus on osoittautunut perinteisen suomalaisen oikeuslähteopin kompastuskiveksi. Suomalainen oikeus on perinteisesti tukeutunut vahvasti parlamentaariseen lainsäädäntöön, prejudikaateilla on ollut vain säädännäistä oikeutta täydentävä asema eikä prejudikaattien 'oikeudellinen lukutaito' ole kovin kehittynyt oikeuden soveltajien tai tutkijoidenkaan keskuudessa.

Prejudikaattiperustaisen oikeuden merkitys on käsitykseni mukaan merkittävästi muuttanut myös suomalaisen tuomarin soveltamaa oikeuslähte- ja laintulkintaoppia 1990-luvun ja 2000-luvun oikeuskehityksen myötä, mikä tosiseikka myös oikeuskirjallisuuden on viimein syytä tunnustaa. Toisin kuin oikeuskirjallisuuden perinteinen kanta, jota esimerkiksi Aarnion perinteinen ja Hannu Tolosen ajallisesti tuoreempi oikeuslähteopin jäsenitys kumpainenkin tahollaan ilmentävät,⁴⁰ pyrin omassa mallinnuksessani ottamaan huomioon myös

⁴⁰ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 217–256 ja etenkin s. 230–235; Tolonen, *Oikeuslähteoppi*, s. 126–132 ja etenkin s. 126–127. Koska Aarnion (ja Peczenikin) malli on laadittu jo 1980-luvulla eli ennen Suomen liittymistä Euroopan unionin perustamissopimuksen sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen oikeudellisiin velvoitteisiin, Aarnion *Laintulkinnan teoria* -teoksessa esitettyä käsitystä oikeuslähteopista ei voi moittia eurooppaoikeudellisen aineiston sivuuttamisesta syyl-

eurooppaoikeudellisen normiston ja etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden prejudikaattivaikutuksen sekä yhtenäisen ja vakiintuneen (kansallisen) yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön vaikutuksen myös suomalaisen tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan.⁴¹

Jaksossa oikeudellisesta päättelystä tarkastelen oikeudellisen päättelyn rakennetta ja suhdetta deduktiiviseen, induktiiviseen ja abduktiiviseen logiikkaan. Perustelen etevän ruotsalaistutkijan Aleksander Peczenikin ajattelua seuraten väitteen, jonka mukaan oikeudellinen päättely noudattaa oikeudellisten *transformaatioiden logiikkaa*. Oikeudellisten transformaatioiden avulla on toteutettavissa ajatuksellinen siirtyminen ensinnäkin institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä normipremissiin N , toiseksi maailman mahdollisten asiantilojen kokonaisuudesta oikeudellisesti merkitykselliseen faktapremissiin F sekä kolmanneksi siten rajattujen oikeudellisten normi- ja faktapremissien yhdistelmästä oikeudelliseen tulkintalauseeseen Q , jonka mukaan ”voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö suhteessa tosiseikastoon f hetkellä t on q ”. Määrittelen oikeudellisen tulkinnan yhtäältä oikeudellisen tulkintalauseen semanttisen ekstension ja intension menetelmän avulla Rudolf Carnapin ajatuksiin viitaten sekä toisaalta kielifilosofi John Searlen konstitutiivisen säännön ” x on (engl.: *counts as*) y , koska T ” avulla, missä x on luonnollinen tai institutionaalinen tosiasia, y tulkittu institutionaalinen tosiasia ja T oikeudellinen tulkintakehys esimerkiksi institutionaalisen tulkintaideologian merkityksessä.

Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään* eikä oikeudesta voi olla senkaltaisia absoluuttisia ja ’itseannettuja’ totuuksia, jollaisia oikeusfenomenologian ja modernin luonnonoikeusfilosofian kirjoituksissa on taajaan esitetty. Niinpä oikeu-

listymättä vahvasti anakronistiseen päättelyyn. Aarnio ei ole kuitenkaan päivittänyt esittämänsä, oikeuskirjallisuudessa standardiaseman saavuttanutta oikeuslähdeoppiaan vastaamaan sittemmin muuttunutta oikeustilaa. Myös Tolosen oikeuslähdeoppi rakentuu vahvasti Aarnion premissien varaan. Vrt. Tolonen, mts. 28: ”Tässä esityksessä pyritään Aarnion luokittelun edelleen kehittämiseen. (...) Toisaalta seuraavan esityksen koko aspekti on toisenlainen kuin Aarnion.” Tolonen perustaa toisin sanoen omat oikeuslähdeopin kehittelynsä pikemminkin hermeneutiikan kuin Aarnion analyyttisen argumentaatioteorian varaan. Tolosen arvio Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden merkityksestä, Tolonen, mts. 126–127.

⁴¹ ”Mies, jolla on vasara, näkee nauvoja kaikkialla”, niin kuin ystäväni ympäristöoikeuden professori Vesa Majamaa kerran huomautti. Kun väitöskirjani *A Theory of Precedent* käsiteli prejudikaatteja, voi hyvin olla, että hahmotan oikeutta vahvemmin prejudikaattiperustaisen oikeuden näkökulmasta kuin edeltävän tutkijapolven kirjoittajat, jotka ovat tottuneet yksinomaan kansallisiin oikeuslähteisiin sekä säädännäisen oikeuden ehdottomaan etusija-asemaan tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Toisaalta Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden prejudikaattivaikutusta on mahdollon kiistää nykyisen oikeustilan vallitessa. Viittaus EU-oikeuden etusijan kansalliseen oikeuteen nähdessä perustelleiden Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ratkaisuihin sekä niiden (vähittäiseen) hyväksyntään myös EU:n jäsenmaiden kansallisessa oikeudenkäytössä riittää tämän väitteen perustelemiseksi.

dellisen tulkintalauseen (institutionaalinen) totuusarvo on määritettävissä vain suhteessa omaksutun tulkintaideologian vakioimaan oikeudelliseen validiteettiin ja tulkintakriteeriin. Määrittelen oikeudellisen tulkintalauseen *institutionaalisen* totuusarvon ”tosi_L” (tai ”epätosi_L”), *formaalin* totuusarvon ”tosi_F” (tai ”epätosi_F”) sekä *aineellisen* totuusarvon ”tosi_Y” (tai ”epätosi_Y”) suhteessa institutionaalisen, formaalin tai aineellisen tulkintaideologian asettamaan oikeudelliseen, systeemiseen tai yhteiskunnalliseen validiteettikriteeriin. Lisäksi syvennän kirjan toisessa pääluvussa Jaakko Jonkan oikeusperiaatteiden punnintamallia ottamalla myös ajallisen ulottuvuuden huomioon oikeuden rakenteellisen aksiologian (ja ontologian) muutosdynamiikan tarkoittamalla tavalla. Yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden *oikeudellistuminen* ja *formalisoituminen* sekä, käänteisesti, oikeussääntöjen *materiaalistuminen* ja *dejuridisoituminen* vaikuttavat keskeisellä tavalla siihen, miten voimassa olevan oikeuden säännöt ja periaatteet sekä yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet ovat suhteessa toisiinsa.

Kirjan päättävässä kolmannessa pääluvussa ”Tuomarin ja tutkijan tieto oikeudesta” liitän oikeudellisen tulkintalauseen tarkastelut vallitsevan oikeudellisen *tietomuodon* (ransk.: *épistémè*) määreiden yhteyteen. Termi ”tietomuoto” perustuu ranskalaisfilosofi Michel Foucault’n ihmistieteiden tiedonarkeologiaan, jota hyödynsin *Oikeustieteen tieteenteoria* -teoksessani. Vallitseva oikeudellinen tietomuoto vakioi tutkimuksellisen ’koordinaatiston’, jota vasten *kohteellistettu* ja *käsitteellistetty* tieto oikeudesta on oikeuden *äärellisyyden analytiikan* edellyttämällä tavalla mahdollinen. Lisäksi oikeudellinen tietomuoto käsittää oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen ontologian sitoumukset sekä oikeudellisen metodiopin säännöt oikeudellisten päättelymallien ja oikeudellisen transformaatioiden logiikan merkityksessä. Sivuan *Oikeustieteen tieteenteoria* -kirjani keskeistematiikkaa mutta syvennän ja täsmennän nyt analyysia etenkin suomalaisen lainopin käsittämien oikeudellisten tulkintamatriisien muutostekijöiden sekä tuomarin ja tutkijan toisistaan eriytyneen oikeudellisen tiedonintressin osalta. Teoksen lopussa on laajahko sanasto *analyyttisestä argumentaatioteoriasta* (oikeuden) *äärellisyyden analytiikkaan*, jota voi hyödyntää myös systemaattisena yhteenvetona kirjan keskeisteemoista.

Luvussa ”Trilogian jälkisanat: Analyyttinen, realistinen, institutionaalinen ja dekonstrukttiivinen näkökulma oikeuteen” arvioin väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law* (1998/2000), habilitaatiotutkimukseni *Oikeustieteen tieteenteoria* (2003) ja nyt käsillä olevan teoksen *Oikeudellinen tulkintateoria* tutkimuksellisia sitoumuksia ja etenkin sanottuja teoksia yhdistäviä ja erottavia piirteitä. Olen kyseisissä teoksissa sitoutunut varsin vahvasti *analyyttiseen* lähestymistapaan yhtäältä Hans Kelsenin, H.L.A. Hartin, Neil McCormickin, Aleksander Peczenikin ja muun muassa Jerzy Wróblewskin analyyttisen oikeuspositivismin ja toisaalta Alf Rossin (ja osin myös H.L.A. Hartin) analyyttisen oikeusrealismin merkityksessä. Analyyttistä näkökulmaa on täydennetty Neil McCormickin ja Ota

Weinbergerin *institutionaalisella oikeuspositivismilla*, joka painottaa lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeutta luovien institutionaalisten puhetekojen merkitystä, Ronald Dworkinin *oikeudellisella konventionalismilla*, joka korostaa oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien merkitystä tuomarin ratkaisuharkinnassa, sekä ranskalaisfilosofi Jacques Derridan *filosofisesta dekonstruktioista* omaksutuilla ideoilla, joiden avulla saattoi käydä kriittistä vuoropuhelua analyttisen ja institutionaalisen oikeusteorian kanssa. Kirjan varsinaisen tekstiosuuden päättävä *Kertomus valtioviisaudesta* on eräänlainen kunnianosoitus kahdelle suurelle kirjailijalle ja 'mahdollisten maailmojen' mestarille, tanskalaiselle H. C. Andersenille ja argentiinalaiselle Jorge Luis Borgesille.

II

OIKEUDEN MAHDOLLISTEN MAAILMOJEN SEMANTIikka: OIKEUDELLISET TULKINTAMALLIT

2 Tulkintamallit ja totuusteoriat

Tulkintafilosofia eli *tulkintamalli* määrittelee filosofisessa katsannossa perustellun näkökulman, jonka avulla oikeudellisen tulkintalauseen hyväksyttävyyttä, perusteltavuutta, oikeellisuutta tai adekvaattisuutta on mahdollista arvioida. Tulkintamallin mahdollisia osatekijöitä on kolme: (1) *kielelliset ilmaisut*, joiden avulla oikeudellisen tulkintalauseen käsittämät todellisuuden asiantilat sekä oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet on mahdollista ilmaista, (2) *maailma* eli kielen ulkoinen todellisuus, jossa oikeusnormeissa määritelty asiantilat joko toteutuvat tai jäävät toteutumatta, ja (3) *yhteisö*, jolle oikeudellinen tulkintalause kohdennetaan ja joka sen hyväksyttävyyttä ja perusteltavuutta arvioi. Tulkintamalli liittyy näin yhteen oikeuden 'sanat' eli oikeudelliset käsitteekategoriat ja oikeuden 'asiat' eli oikeudelliset ilmiöt tai instituutiot tavalla, jonka oikeus- ja kieliyhteisössä vallitseva oikeudellinen tietomuoto (ransk.: *épistémè*) kykenee tunnistamaan mielekkääksi tavaksi puhua oikeudesta ja sen tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä. Tulkintalauseen suhde tulkintamallin kolmeen osatekijään eli kielellisiin ilmauksiin, maailman asiantiloihin sekä kieli- ja oikeusyhteisöön määrittää oikeudellisen tulkinnan suhteellisen sidonnaisuuden asteen Jerzy Wróblewskin edellä esitetyn ratkaisuideologioiden luokituksen tai Kaarle Makkosen oikeudellisten ratkaisutilanteiden luokituksen merkityksessä.

Oikeudellisia tulkintalauseita on mahdollista arvioida kymmenen erilaisen tulkintamallin eli tulkintafilosofian avulla, joiden kokonaisuus rajaa yhteisesti oikeuden *mahdollisten maailmojen semantiikan* eli ylipäättään oikeudellisesti ja semanttisesti mahdollisten tulkintojen sfääriin asettamalla *tulkintakriteerin*, jonka avulla oikeudellisen tulkintalauseen hyväksyttävyyttä ja perusteltavuutta on mahdollista arvioida:

- a) *Oikeudellinen korrespondenssiteoria*: oikeusnormissa määritellyn ja maailmassa toteutuneen asiantilan vastaavuus eli rakenneyhtäläinen kuvasuhde *filosofisen realismin* tarkoittamalla tavalla,
- b) *Oikeudellinen koherenssiteoria*: institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäinen yhteensopivuus,
- c) *Oikeudellinen uusretoriikka*: oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen yhteisöllinen hyväksyntä universaaliauditoriossa analyttisen *argumentaatioteorian* tarkoittamalla tavalla,
- d) *Yhteiskunnallinen konsekventialismi*: oikeuden taloudelliset, sosiaaliset, moraaliset tai muut yhteiskunnalliset ulkoisvaikutukset *filosofisen pragmatismen* tarkoittamalla tavalla,

- e) *Oikeudellinen eksegeesi*: lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset tavoitteet *analyyttisen* tai *institutionaalisen oikeuspositiivismin* sekä eksegeettisen oikeusajattelun tarkoittamalla tavalla,
- f) *Analyyttinen oikeusrealismi*: toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset eli tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ratkaisukäytännössä nauttivat, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennetut oikeudet ja velvollisuudet *analyyttisen oikeusrealismin* tarkoittamalla tavalla,
- g) *Oikeudellinen konventionalismi*: vakiintuneet oikeudellisesti merkitykselliset institutioitaaliset ja etenkin yhteisölliset käytännöt,
- h) *Oikeudellinen tulkintaformalisismi*: loogis-käsitteelliset ja oikeussystemiset arviointikriteerit konstruktivisen oikeusopin eli käsitelainopin tai muunlaisen formalistisen tulkintaopin tarkoittamalla tavalla,
- i) *Luonnonoikeusfilosofia*: ehdoton yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus klassisen tai modernin *luonnonoikeusopin* tarkoittamalla tavalla, ja
- j) *Radikaali oikeudellinen kontekstualismi*: aidosti tilannesidonnainen eli *ad hoc* -perustainen, ei-yleistettävissä oleva yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus.

Tulkintamallit eli tulkintafilosofiat ovat rinnastettavissa perinteisiin filosofian totuusteorioihin, joiden avulla määrätyn propositionaalisen ajatussisällön todellisuudesta esittävän (väite)lauseen totuusarvo on määritettävissä.

Totuuden *korrespondenssiteoriaan* rinnastuva oikeudellinen korrespondenssiteoria on filosofisessa katsannossa vahvin, sillä se vastaa Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen kielen kuvateoriaa ja sen hyödyntämää semantiikan käsitteistöä.¹ Oikeudellinen koherenssiteoria, oikeudellinen uusretoriikka ja pragmatistiseen totuusteoriaan tukeutuva konsekventialistinen tulkintateoria rinnastuvat nekin perinteisiin totuusteorioihin, mutta käsitys tulkintalauseen oikeellisuudesta on totuusteoreettisessa katsannossa korrespondenssiteoriaa heikompi.

Oikeudellinen koherenssiteoria sivuuttaa kysymyksen kielen käsitteiden semanttisesta kohdereferenssistä ulkoisen todellisuuden ilmiöiden merkityksessä. Koska kaikki tieto maailmasta on sidoksissa yhteisöllisen kielen käsitteisiin ja lauseisiin, meillä ei voi olla totuuden korrespondenssiteorian edellyttämää tietoa kielen ja maailman keskinäisestä isomorfia- tai muunkaanlaisesta suhteesta. ”Kieleni rajat ovat samalla maailmani rajat”, niin kuin Ludwig Wittgenstein huomautti *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksessa,² eikä meillä ole pääsyä kielen ulkopuolelle kielen ja maailman välisen suhteen arvioimiseksi. Toisaalta myös täydellisen koherentit keijukaissadut (engl.: *coherent fairy-tales*) yhtä

¹ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*; Miettinen, *Logiikka*, s. 53.

² Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 5.6 (s. 148/149): ”Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt – The limits of my language mean the limits of my world.” (Kursivoinnit Wittgensteinin.)

hyvin kuin J. K. Rowlingin *Harry Potter* -kirjojen kuvaama taikamaailma täyttävät koherenssiteorian asettaman lauseen totuusehdon, jos ja kun tarkasteltavana olevat lauseet rajataan riittävän tiukasti eli käsittämään vain esimerkiksi Rowlingin kirjat ja niitä riittävän yhdenmukaisesti kommentoivat ja analysoivat tekstit sekä rajataan valtaosa luonnontieteellisestä kirjallisuudesta tämän kirjallisen todellisuuskäsityksen ulkopuolelle. Silti asioita laajemmasta eli aidosti luonnontieteellisestä merkityks- ja perustelukontekstista arvioiden keijukaisia, maahisia tai Rowlingin kirjoissaan kuvaamia ankeuttajia eli Azkabanin velhovankilan vartijoita tai Tylypahkan velhokoulun opettajia ei ole olemassa muualla kuin kyseisen kirjailijan luomassa fiktiivisessä todellisuudessa. Kohteeksi hyväksyttävien lauseiden kohderajaus ja omaksuttu tulkinnallinen kehys – luonnontieteellinen vaiko kirjallisuustieteellinen – vaikuttaa merkittävästi niiden oikeellisuuden arvioimiseen.

Oikeudellinen uusretoriikka korostaa tosien lauseiden sidonnaisuutta yhteisön kollektiivisesti hyväksymiin uskomuksiin. Tiedeyhteisö voi myös olla kollektiivisesti täydellisesti väärässä, niin kuin (luonnon)tieteiden historia osoittaa. Esimerkiksi aurinkokeskinen planeettajärjestelmä sai syrjäyttää maakeskisen planeettajärjestelmän vasta uudella ajalla. Galileo Galilei joutui vielä kieltämään oppinsa katolisen inkvisition edessä 1600-luvulla, kun Galilein tähtitieteen havainnot eivät vastanneet tuon ajan tiedeyhteisön, tai oikeammin katolisen kirkon, omaksumaa tiede- ja todellisuuskäsitystä.³ *Konsekventialistinen* totuuskäsitys määrittelee totuuden *pragmatistisen* filosofian tarkoittamalla tavalla käsityksen, uskomuksen tai lauseen käytännön hyödyllisyytenä, toimivuutena ja koeteltavuutena. Pragmatistisen totuuskäsityksen vaikutusta on havaittavissa myös yhteisöllistä konsensusta painottavassa uusretoriikassa sekä yhteisöllisten käytäntöjen merkitystä korostavassa oikeudellisessa konventionalismissa. Kaikki luonnontieteelliset lauseet, yhtä vähän kuin esimerkiksi oikeudelliset tulkintalauseet, eivät kuitenkaan ole empiirisesti koeteltavissa tai muunnettavissa käytännön toiminnan perustaksi.

Miten esimerkiksi lauseet: ”Tiedän että maa on ollut olemassa jo kauan ennen syntymääni”⁴ tai ”Tiedän, etten ole koskaan käynyt kuussa.”⁵ ovat empiirisesti koeteltavissa? Filosofi Ludwig Wittgenstein päätteli, että edellä mainitun kaltaiset väittämät ovat kaiken epäilyn ulkopuolella eli ehdottoman varmoja, koska ne ovat – asiaa hieman eri näkökulmista arvioiden – vallitsevan maailmankuvan lukkoon lyöty perusta, ei-propositionaalisen esitiedon järjestelmä, kulloinkin vakioitujen tieto-opillisten ennakko-oletusten kokonaisuus eli joukko filosofisten perusteluketjujen päätepisteitä. Sen vuoksi niiltä puuttuu ’tavallisten’ lauseiden tosi/epätosi -ominaisuus: ”Tiedon käsite ei itse sovellu siihen, mitä sen käytössä edellytetään”, niin kuin filosofi Georg Henrik von Wright

³ Galileo Galilei (1564–1642) joutui inkvisition uhkaamana kieltämään oppinsa, jonka mukaan maa pyörii akselinsa ympäri ja kiertää aurinkoa, mutisten samalla väitetysti itseksensä: ”E pur si muove.” (”Se liikkuu t. pyörii sittenkin.”).

⁴ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 84 (s. 48) *et seq.*

⁵ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 111 (s. 54).

asian ilmaisi.⁶ Sovellettavan totuusteorian tai yhteisöllisen tietomuodon lukitsevat episteemiset ja loogis-käsitteelliset koordinaatit määrittelevät toisin sanoen sen, mikä on totta ja mikä virheellistä sanottujen yhteisöllis-kulttuuristen reuna-ehdojen vallitessa.

Totuuden korrespondenssiteoria, koherenssiteoria, konsensusiteoria ja konsekventialistinen totuusteoria perustelevat kukin *filosofisesti* omaehtoisen lähestymistavan maailmaa kuvaavien lauseiden totuusarvotematikkaan. Niitä voi soveltaa myös oikeudellisten tulkintalauseiden kohdentuvuuden sekä tulkinnallisen merkityssisällön arvioimiseen, mutta niiden asiallinen soveltamisala on samalla tätä laajempi. Oikeudellinen eksegeesi, analyttinen oikeusrealismi ja oikeudellinen konventionalismi kiinnittyvät sitä vastoin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, eikä niiden soveltaminen tuon institutionaalisen ja yhteisöllisen merkityskontekstin ulkopuolella ole ongelmatonta. Filosofian myöhemmälle kehitykselle merkityksellistä Tarskin *semanttista* totuusteoriaa voi tulkita luontevasti totuuden korrespondenssiteorian keskeisoletuksia vasten.

Filosofisiin totuusteorioihin kuuluu myös käsitys, jonka mukaan predikaatti ”on tosi” on semanttisesti tyhjä ja merkityksetön. Englanniksi totuuskäsitteen semanttisen merkityksen kiistävä käsitys tunnetaan englanninkielisessä kirjallisuudessa nimellä *redundancy theory of truth*.⁷ Niinpä esimerkiksi lauseiden ”Venus on aamutähti” ja ”On totta, että Venus on aamutähti” ekstensionaalisesa totuusarvossa ei ole eroa. Toisaalta lauseet: ”Se, mitä nyt sanon, on totta”, ”Tämän kirjan sivun 250 seitsemäs lause on tosi” tai *valehtelijan paradoksin* mukainen kreetalaisen puhujan esittämä lause, jonka mukaan ”kaikki kreetalaiset valehtelevat” (eli se, mitä joku kreetalainen sanoo, on määritelmällisesti epätotta) edellyttävät toisenlaista totuuskäsitystä, koska kyseisten lauseiden semanttinen ekstensio ei ole reduktiivisen totuuskäsityksen edellyttämällä tavalla tyhjä.

Oikeudellinen eksegeesi pyrkii lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten oikeudellisten tavoitteiden mahdollisimman autenttiseen rekonstruktion lainvalmisteluaineiston sekä tuomioistuinratkaisun perustelujen valossa. *Analyttinen oikeusrealismi* määrittelee oikeuden toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten eli tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten ratkaisukäytännössä nauttivien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena. *Oikeudellinen konventionalismi* tukeutuu vakiintuneisiin, oikeudellisesti merkityksellisiin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin käytäntöihin esimerkiksi tavanomaisen oikeuden, sopimusoikeudellisten käytäntöjen, juristikunnan ammatillisen itseymmärryksen ja ammatti-

⁶ von Wright, ”Wittgenstein varmuudesta”, s. 19.

⁷ Walker, ”Theories of Truth”, s. 322–325.

etiikan sekä muiden yhteisöllisten konventioiden merkityksessä. Tulkinnan puhtaasti filosofiset premissit saavat tällöin ainakin osin väistyä institutionaalisten ja yhteisöllisten arviointikriteerien tieltä, kun taas totuuden korrespondenssiteoria, koherenssiteoria, yhteisöllinen konsensusiteoria ja konsekventialistinen totuusteoria voivat kiertää senkaltaiset institutionaaliset rajoitukset.

Oikeudellinen tulkintaformalismi ja siihen liittyvä *loogis-käsitteellinen konseptualismi* painottavat oikeuden loogis-käsitteellistä ja oikeussysteemistä ulottuvuutta. Oikeudellinen tulkinta on sidottu kiinteästi oikeudellisten peruskäsitteiden muodostamaan kokonaissysteemiin, eikä tulkinta ole mahdollinen ilman sitä edeltävää oikeudellisen käsitesystematiikan vakioimista. Klassinen ja moderni *luonnonoikeusfilosofia* tukeutuu ylipositiivisiin, arvosidonnaisiin tulkintaperusteisiin esimerkiksi keskeisten perus- ja ihmisoikeuksien, Lon L. Fullerin jäsentämän oikeuden sisäisen moraalien tai John Finnisin ehdottamien itseannettujen yhteisöllisten perushyvien eli perusarvojen merkityksessä. Lopuksi radikaali yhteiskunnallinen *kontekstualismi* hyväksyy vain *ad hoc* -perustaisen, eiyleistettävissä olevan tilannesidonnaisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden tulkinnan äärimmäisen joustavaksi arviointikriteeriksi. Loogis-käsitteellinen konseptualismi, luonnonoikeusfilosofia, radikaali kontekstualismi sekä yhteiskunnallinen konsekventialismi tukeutuvat sellaisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin, jotka eivät saa oikeudellisesti arvioiden riittävää tukea oikeuden vallitsevasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta.

Oikeudellinen *tulkinta-aktivismi* (engl.: *judicial activism*) ja oikeudellinen *tulkintapassivismi* (engl.: *judicial restraint*) voidaan määritellä tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisena tulkintaideologiana, joka on määrättyssä suhteessa lainsäädäntöön, prejudikaatteihin ja muihin institutionaalsiin oikeuslähteisiin. *Oikeudellinen passivismi* viittaa ratkaisuideologiaan, jonka mukaan tuomioistuin tai muu lakia soveltava viranomainen on tiukasti sidottu lainsäädäntöön, prejudikaatteihin ja muihin institutionaalsiin oikeuslähteisiin pelkäämään niiden muodollis-juridisen velvoittavuuden perusteella, eikä tuomioistuintuilla ei ole lupa arvioida niiden sisällöllistä hyväksyttävyyttä tai oikeellisuutta. Tämä vastaa Jerzy Wróblewskin sidottua oikeudellista ratkaisuideologiaa.⁸ *Oikeudellinen aktivismi* viittaa puolestaan ratkaisuideologiaan, jonka mukaan tuomioistuin tai muu viranomainen voi – ja tietyin ehdoin sen myös pitää – ratkaisua tehdessään irtautua muodollisesti velvoittavasta lainsäädännöstä, prejudikaateista tai muista institutionaalisista oikeuslähteistä, jos ne eivät täytä joitain ennalta-asetettuja sisällöllisiä vähimmäisvaatimuksia.

Oikeudellinen aktivismi liittyy etenkin tulkinta- ja perustelukontekstiin, jossa on kyse (muiden kuin varsinaisten valtiosääntötuomioistuinten) oikeudesta arvioida

⁸ Kokoavasti oikeudellisesta aktivismista ja passivismista, Uoti, *Euroopan ihmisoikeustuomioistuin – lainkäyttäjä oikeuden tekijänä*, s. 156 et seq.; Rossetti, ”Judicial Review”.

muodollisesti velvoittavan lainsäädännön tai yksittäisten prejudikaattien perustuslainmukaisuutta (engl.: *judicial review*) esimerkiksi Saksan tai Yhdysvaltain oikeudessa. Tämä vastaa Jerzy Wróblewskin vapaata oikeudellista ratkaisuideologiaa suhteessa muuhun voimassa olevaan lainsäädäntöön kuin valtiosääntöön tai prejudikaattiperustaiseen oikeuteen, joista poikkeaminen on siis tietyin ehdoin sallittu. Toisaalta suhteessa voimassa olevaan perustuslakiin, jossa sanotunlainen toimintavaltaisuus on tuomioistuimille annettu esimerkiksi Yhdysvaltain voimassa olevan perustuslain tavoin, kyse on sidotusta ratkaisuideologiasta.

3 Oikeudellinen korrespondenssiteoria: vertailtavien asiantilojen vastaavuus

3.1 KAARLE MAKKONEN JA OIKEUDELLISEN RATKAISUN ISOMORFIATILANNE

Totuuden *korrespondenssiteoria* määrittelee lauseen, käsityksen tai uskomuksen totuuden vastaavuutena eli korrespondenssina maailmassa vallitsevan asiantilan kanssa. Oikeudellinen korrespondenssiteoria perustuu oikeussäännössä määritellyn sekä maailmassa vallitsevan asiantilan keskinäiseen vastaavuuteen eli isomorfiasuhteeseen Kaarle Makkosen oikeusteorian tarkoittamassa merkityksessä. Mutta mitä Makkosen keskeistermi *isomorfia*- eli *kuvasuhde* kahden vertailtavana olevan asiantilan välillä oikein tarkoittaa?

Hieman yllättäen Makkonen ei määrittele, mitä hän isomorfiasuhteella täsmällisesti ottaen tarkoittaa. Hän tyytyy vain toteamaan, että oikeudellisessa isomorfiatilanteesta käsillä on ”niin selvä ja kaikin puolin kirkkaasti hahmotettu tapaus, että sovellettava oikeusnormi on ilman muuta ratkaisijalle heti tiedossa. Annettujen tosiseikkojen ja oikeusnormilauseessa kuvattujen tosiseikkojen välillä vallitsee tällöin kuvasuhde.”¹ Kyse on toisin sanoen ongelmattomasta oikeudellisesta *rutiiniratkaisutilanteesta*, jonka Makkosen rakenneanalyyttinen tarkastelu erottaa oikeudellisen tulkintatilanteen ja säätelemättömän ratkaisutilanteen tarkoittamasta enemmän tai vähemmän vaikeasta eli aidosti tulkinnavaraisesta tai täydellisesti säätelemättömästä oikeudellisesta ongelmasta (engl.: *hard case*). Isomorfiatilanteesta tapaukseen sovellettavasta oikeusnormista ei ole epäselvyyttä, mutta tällöinkin ratkaisuohteesta saattaa olla seurauksena useampi kuin yksi oikeusseuraamus, joiden välillä ratkaisijan on tehtävä valinta. Esimerkiksi rikoslain säännökset sisältävät tavallisesti laajan rangaistusasteikon, jonka rajojen sisällä langetettavan rangaistuksen tulee olla, ja lisäksi ratkaisijan on ehkä tehtävä myös valinta useamman kuin yhden rangaistuslajin välillä esimerkiksi sakkorangaistuksen tai ehdollisen tai ehdottoman vankeusrangaistuksen merkityksessä.

Isomorfiatilanne käsittää siis myös tapaukset, joissa annetut tosiseikat ovat sanotunlaisessa kuvasuhteessa kahteen tai useampaan keskenään ristiriitaiseen

¹ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 96. – Sivuutan tässä Makkosen tekemän erottelun oikeusnormin ja oikeusnormilauseen välillä. Tarkkaan ottaen isomorfia vallitsee (tai on vallitsematta) yhtäältä oikeusnormilauseen käsittämän ja toisaalta annetun eli maailmassa tosiasiallisesti toteutuneen tosiseikastokuvauksen välillä.

oikeusnormiin, jolloin tuomarin on valittava, mitä oikeusnormia hän näistä käsillä olevaan tapaukseen soveltaa. Kyse on silloinkin isomorfiatilanteesta, ei oikeudellisesta tulkinta- tai aukkotilanteesta, koska yhdenmukaisuudesta yhtäältä oikeusnormin sisältämän ja toisaalta faktisesti toteutuneen tosiseikaston välillä ei ole epäselvyyttä.² Tilannetta, jossa vallitsee isomorfia sekä oikeusnormin tosiseikastokuvauksen ja maailmassa vallitsevan asiantilan että oikeusnormin määrittelemän oikeusseuraamuksen välillä, voisi ehkä kutsua, Makkosen kielenkäytöstä siis tältä osin poiketen, *ankaraksi* eli *ehdottomaksi* isomorfiatilanteeksi. Tavallisempaa on kuitenkin ainakin jonkinlainen tulkinnallinen väljyys oikeusnormin oikeusseuraamusosiossa, jolloin käsillä on tältä osin oikeudellinen tulkintatilanne tai mahdollisesti jopa oikeudellisesti säätelemätön tilanne, jollei lainsäätäjällä ole liittänyt velvoitenormiin lainkaan sanktiouhkaa.³ Makkonen siis määrittelee isomorfian vain suhteessa asiantilojen vastaavuuteen, käsitellen määrättävän oikeusseuraamuksen tulkinnanvaraisuutta tästä erillisenä kysymyksenä.

Makkosen isomorfiasuhdetta voi tarkastella totuuden *korrespondenssiteorian* valossa. Korrespondenssiteoria määrittelee totuuden lauseen ilmaiseman propositionaalisen ajatussisällön sekä maailmassa vallitsevan asiantilan keskinäisenä vastaavuutena eli korrespondenssina, jolloin isomorfiasuhde tarkoittaa *rakenneyhtäläistä* suhdetta lauseen ilmaiseman ja maailmassa vallitsevan asiantilan välillä. Loogisin ja johdonmukaisin sovellus totuuden korrespondenssiteoriasta modernissa filosofiakirjallisuudessa on Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksessa esittämä kielen kuvateoria. Hieman yllättäen Makkonen ei tätä Ludwig Wittgensteinin (varhais)filosofiaa lainkaan hyödynnä, vaikka hän analyyttistä kielifilosofiaa teoksessaan muutoin soveltaakin.⁴ Makkonen ei myöskään tunnu havaitsevan tai ainakaan hän ei selväsanaisesti käsittele sitä tosiseikkaa, että oikeudellinen tulkinta väistämättä edeltää oikeudellista isomorfiatilannetta. Yksittäisen ratkaisutilanteen tunnistaminen kuvasuhteen kaltaiseksi tilanteeksi edellyttää sovellettavan *isomorfia-avaimen*

² Samoin: ”Koska isomorfia merkitsee juuri sitä, että säännöstä tarkoittava[n] oikeusnormilauseen merkitys on täysin selvä, ei siitä luonnollisesti voi syntyä epäselvyyttä. Esimerkiksi rangaistusasteikon puitteissa tapahtuva rangaistuksen yksilöidyn määrän harkinta ei ole asteikon sisältävän reaktionormin tulkintaa. Kun laki jättää oikeusseuraamuksen avoimeksi, ei säännöksen merkityssisältöön sisälly siltä osin mitään, joka tulkinnalla olisi selvitettävissä.” Makkonen, mts. 108–109.

³ Esimerkiksi jalankulkijoille tieliikennelaissa annettu yleinen kehoitus heijastimen käyttöön, jonka noudattamatta jättämiseen ei ole liitetty minkäänlaista oikeudellista sanktiota, on säätelemätön tilanne normiin liitetyn oikeusseuraamuksen osalta, mikäli Makkosen tarkoittama isomorfiasuhde normin tosiseikastokuvauksen ja toteutuneen asiantilan välillä tilanteessa täyttyy. Jos normin edellyttämää oikeusseuraamusta ei ole lainkaan määriteltä, ei Hans Kelsenin sanktio-perustaisen oikeusteorian valossa ole kyse oikeusnormista lainkaan.

⁴ Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* ei siis kuulu Makkosen kirjan lähteistöön, kuten ei muukaan maineikkaan itävaltalaisfilosofin keskeistuotanto.

vakioimista käsillä olevaa tapausta varten, eikä se ole mahdollista ilman tapausten kannalta merkityksellisen normi- ja fakta-aineiston tulkintaa. Palaan kysymykseen arvioituani ensin, mitä kielen ja maailman kuvasuhteella eli isomorfiasuhteella ylipäättään tarkoitetaan.

3.2 KIELEN KUVATEORIA LUDWIG WITTGENSTEININ *TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS* -TEOKSESSA ERIK STENIUksen ANALYYsin MUKAAN

3.2.1 Todellisuuden sisäinen ja ulkoinen rakenne

Filosofi Ludwig Wittgenstein perusteli *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksessaan ajatuksen *kielen kuvateoriasta*, jonka mukaan kielen lauseiden ja maailman asiantilojen välillä vallitsee rakenteellinen *kuvasuhde* eli rakenneyhtäläisyys. *Todellisuus* on Wittgensteinin mukaan mahdollisten ja toteutuneiden asiantilojen, ei esimerkiksi olioiden tai ideoiden, kokonaisuus. *Asiantilat* koostuvat elementaaristen eli yksinkertaisten olioiden (asioiden, esineiden) yhteydestä, konfiguraatiosta.⁵ *Maailma* käsittää vallitsevat asiantilat eli tosiasiat.⁶ Wittgenstein ei tee terminologista eroa erilaisten objektien eli olioiden (asioiden, esineiden) sekä niiden erilaisia ominaisuuksia ja keskinäisiä relaatioita kuvaavien predikaattien välillä, mihin *Tractatuksen* lauseen 2.01 sulkeisiin asetettu viittaus ”asioihin” ja ”esineisiin” osaltaan viittaa.⁷ Oliot (asiat, esineet) ja predikaatit (ominaisuudet, relaatiot) voivat kuitenkin ilmetä maailmassa vain osana vallitsevia asiantiloja.⁸ Maailma on vallitsevien tosiasioiden kokonai-

⁵ ”Yksityinen asiantila on olioiden (asioiden, esineiden) yhteys.” Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus eli Loogis-filosofinen tutkielma*, § 2.01. – Sitä, mitä nämä elementaariset oliot, asiat tai esineet (saks.: *Gegenstände, Sachen, Dinge*) ovat, Wittgenstein ei kuitenkaan täsmennä. Näin myös Coffa, *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*, s. 150: ”Wittgenstein said virtually nothing directly about the character of objects. There is no example of an object in the *Tractatus* and not even a hint of what these might be.” Vrt. myös Coffa, mts. 393 (= alaviite 8 sivulle 150), missä Coffa viittaa Wittgensteinin *Tractatusta* edeltäviin sekä sen jälkeisiin pohdintoihin asiasta.

⁶ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 2.04. (s. 36) ja § 2.06 (s. 36): ”Die Gesamtheit der bestehenden Sachverhalte ist die Welt.” ja ”Das Bestehen und Nichtbestehen von Sachverhalten ist die Wirklichkeit.” Vrt. Stenius, *Wittgensteins Tractatus*, s. 31.

⁷ Stenius, mts. 62–63. Predikaateista määreinä (engl.: *qualities*) ja relaatioina (engl.: *relations*), jotka voivat olla joko kaksi- tai useampipaikkaisia, Stenius, mts. 21 (alav. 4).

⁸ Stenius, mts. 25 (kursivoinnit Steniuksen): ”The particular objects are perceived because this breaking-up [of a field of perception into simpler facts] is combined with a *structuring* of the simpler facts into *things* and *predicates* of things (i.e. into objects and qualities of objects and/or relations between objects). *The things and predicates* enter into the field of perception only as *elements* of facts, and that is their function.” Vrt. Stenius, mts. 28 sekä s. 68: ”... objects and predicates enter into the world only as elements of facts, ... objects and predicates in isolation are unthinkable.” – Wittgensteinin *Tractatuksen* suhteesta Carnapin semantiikkaan, Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 9.

suus. Tosiasiat 'sijaitsevat' *loogisessa tilassa* (saks.: *im logischer Raum*), missä jokin yksittäinen asiantila voi yhtä hyvin toteutua kuin jäädä toteutumatta.⁹

*Tractatus Logico-Philosophicus*ta on luonnehdittu kantilaisittain 'puhtaan kielen kritiikiksi'.¹⁰ Sen kirjoittajan tavoitteena oli määritellä kielen ja maailman rajat eli se, mistä voi mielekkäällä tavalla puhua: "Minkä ylipäänsä voi sanoa, sen voi sanoa selvästi, ja mistä ei voi puhua, siitä on vaiettava."¹¹ Kun kieltä käytetään loogis-syntaktisesti ja semanttisesti oikein, sen lauseet ovat rakenteellisessa *kuva- eli isomorfiasuhteessa* semanttiseen kohdereferenssiinsä eli maailmassa vallitseviin tai vähintäänkin mahdollisiin asiantiloihin. Edellytyksenä on se, että kielen loogis-syntaktinen rakenne vastaa todellisuuden sisäistä kategoriarakennetta eli tapaa, jolla vallitsevat tai vain mahdolliset asiantilat ovat rakentuneet yksittäisistä osatekijöistään.

Filosofi Georg Henrik von Wrightin ja Norman Malcolmin mukaan ajatus kielen ja maailman kuvasuhteesta juolahti alun perin Ludwig Wittgensteinin mieleen hänen luettuaan oikeudenkäynnistä, jossa juristit olivat havainnollistaneet autokolarin tapahtumainkulkua pienoismallien avulla.¹² Onnettomuutta kuvaavan pienoismallin pohjakartta, ajoneuvot ja nuket keskinäisine välimatkoineen ja muine havaittavissa olevine suhteineen kuvaavat maailmassa tosiasiallisesti toteutunutta faktakonstellatiota eli määrättyjen objektien (ajoneuvot, ihmiset, katu, yms.) ja predikaattien (tilannenopeus, kulkusuunta, yms.) samanaikaista ilmentymää. Samalla tavoin kielen lauseet, jos ne on muodostettu loogis-syntaktisesti ja semanttisesti oikealla tavalla, ovat rakenneyhtäläisessä suhteessa semanttiseen kohdereferenssiinsä eli maailmassa vallitseviin asiantiloihin.

Kielestä itsestään esitetyt väitteet ovat semanttisesti tyhjiä *tautologioita*, vailla muunlaista semanttista referenssiä kuin lauseiden itsensä perustelema *analyytinen* totuus eli käsitteistä ja niiden yhteisöllisesti sovituista määritelmistä johdettavissa olevat ominaisuudet. Kun kielen ja maailman keskinäisestä suhteesta tai maailman sisäisestä rakenteesta ei voinut mielekkäällä tavalla puhua, filosofisen ontologian sekä samalla myös Wittgensteinin *Tractatuksen* itsensä sisältämät lauseet olivat mielettömiä, vailla semanttista referenssiä kielen ulkoisessa todellisuudessa.¹³

⁹ "Die Tatsachen im logischer Raum sind die Welt." Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 1.13 (s. 30).

¹⁰ Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicuksen* suhteesta Immanuel Kantin *Puhtaan järjen kritiikkiin*, Stenius, mts. 214–226.

¹¹ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus eli Loogis-filosofinen tutkielma*, s. 3.

¹² von Wright, "Elämäkerran luonnos", s. 18; Malcolm, *Ludwig Wittgenstein. Muistelma*, s. 89.

¹³ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 6.54 ja 7 (s. 88): "6.54. Lauseeni selvittävät siten, että se, joka minut ymmärtää, huomaa lopulta lauseideni olevan mielettömiä, noustuaan niitä pitkin – niiden päällä – niiden yläpuolelle. (Hänen on niin sanoakseni heitettävä pois tikkaat kiivettyään niillä ylös). – Hänen on voitettava nämä lauseet, sen jälkeen hän näkee maailman oikein. – 7. Mistä ei voi puhua, siitä on vaiettava."

Filosofi Erik Stenius (1911–1990) on analysoinut tarkkanäköisesti Wittgensteinin *Tractatuksen* käsitystä kielen ja maailman suhteesta oivallisessa tutkimuksessaan *Wittgenstein's Tractatus. A Critical Exposition of the Main Lines of Thought*. Stenius tarkoittaa tosiasian tai asiantilan *sisäisellä* rakenteella sen rakenteellisia ainesosia eli erilaisia objekteja (olioita, asioita, esineitä) ja predikaatteja (ominaisuuksia, monipaikkaisia relaatioita), joiden yhteisyys muodostaa määrätyn asiantilan (elementaarisen) kategoriarakenteen. Asiantilan *ulkoisella* rakenteella Stenius tarkoittaa tapaa, jolla määrätty maailman kategoriat eli objektit ja predikaatit ovat liittyneet yhteen vallitsevaksi asiantilaksi.¹⁴ Asiantilan sisäinen rakenne tarkoittaa sen käsittämien erilaisten objektien ja predikaattien sekä mahdollisten muiden rakenteellisten ainesosien kokonaisuutta eli 'mahdollisten maailmojen' *konstituutiorakennetta*, kun taas asiantilan ulkoinen rakenne tarkoittaa sen toteutunutta *konfiguraatiorakennetta* objektien ja predikaattien vallitsevaksi asiantilaksi eli tosiasiaaksi tai monilukuiseksi faktakompleksiksi yhteenliittymisen (tai yhteenliittämisen) merkityksessä.¹⁵

Todellisuuden *sisäinen* rakenne käsittää yhtäältä kielen *loogisen syntaksin* mukaiset olioiden ja predikaattien nimet sekä lauserakenteen edellyttämät loogiset konnektiot sekä toisaalta *elementaariontologian* mukaiset objektit eli oliot (asiat, esineet) ja predikaatit (ominaisuudet, relaatiot) käsittävän kategoriarakenteen, joiden yhteisyyttä voimme kutsua todellisuuden *loogiseksi konstituutioksi*. Maailman *ulkoinen* rakenne käsittää tosiasiallisesti toteutuneet objekti–predikaatti–konfiguraatiot ja toteutuneet tosiasialauseet eli tosiseikastokuvaukset, joiden semanttisena kohdereferenssinä on maailma erilaisten vallitsevien asiantilojen kokonaisuutena. Todellisuuden sisäinen kategoriarakenne ilmentää 'mahdollisten maailmojen' loogista konstituutiota sen elementaaristen rakenneosien kokonaisuuden merkityksessä, kun taas maailman ulkoinen rakenne vastaa tosiasiallisesti toteutuneen maailman tilaa, johon *loogisen semantiikan* perustamat merkitysrakenteet sekä filosofisen *epistemologian* käsittämät tietoteoreettiset keskeiskäsitteet ja tosi/epätosi -kvaliteetin perustavat arviointikriteerit soveltuvat.¹⁶

Ehkä voi myös sanoa, että todellisuuden (elementaari)ontologian ja kielen loogisen syntaksin keskinäinen suhde on *intensionaalinen*, jolloin elementaariontologian lauseet ovat vailla mielekästä semanttista referenssiä Wittgensteinin kielen kuvateorian tarkoittamassa merkityksessä ja niihin voidaan liittää

¹⁴ Stenius, *Wittgenstein's Tractatus*, s. 79: "Whereas the *external* structure of the world as a fact (or some other possible world) refers to what is *actually* the case in a given world, the *internal* structure of substance pertains only to what could *possibly* be the case in any world."

¹⁵ Termi *konfiguraatiorakenne* on allekirjoittaneen, mutta ajatus on nähdäkseni Steniuksen.

¹⁶ Stenius käyttää termiä "deskriptiivinen kuvateoria" (engl.: *descriptive picture theory*) viittaamaan yhdenmukaisuuteen lauseen ulkoisen rakenteen ja sen semanttisen referenssin välillä sekä "ontologinen kuvateoria" (engl.: *ontological picture theory*) viittaamaan kielen ja todellisuuden sisäisen rakenteen yhdenmukaisuuteen. Stenius, mts. 177.

vain intensionaalinen mieli. Epistemologian ja kielen loogisen semantiikan keskinäinen suhde on puolestaan *ekstensionaalinen*, jolloin tarkasteltavana olevat käsitteet viittaavat todellisuudessa vallitseviin asiantiloihin olioiden ja predikaattien erilaisten konfiguraatioiden merkityksessä sekä saavat tosi/epätosi-kvaliteetin.¹⁷ Toteutuneet asiantilat sekä toteutuneet tosiseikastokuvaukset liittävät kielen 'sanat' eli loogiset ja semanttiset käsitekategoriat sekä maailman 'asiat' eli erilaiset objektit (oliot, asiat, esineet) ja predikaatit (ominaisuudet, relaatiot) yhteen tavalla, jonka yhteisö tunnistaa mielekkääksi tavaksi puhua maailmassa vallitsevista asiantiloista.¹⁸ Michel Foucault' n ihmistieteiden arkeologian termin voi tällöin puhua *äärellisyyden analytiikasta*, viitaten kielen ja todellisuuden ulkoisen rakenteen keskinäissuhteeseen.

Vastaavuussuhteet kielen ja maailman välillä ovat kokoavasti seuraavanlaiset:

Kaavio 1: Kielen ja maailmat suhteet: todellisuuden looginen konstituutio eli sisäinen kategoriarakenne ja äärellisyyden analytiikka eli ulkoinen konfiguraatio-rakenne



¹⁷ Kuvasuhteen intensionaalisuus ja ekstensionaalisuus ovat omaa tulkintaani eivätkä löydy Steiniuksen oivallisesta Wittgenstein-kommentaarista. Wittgensteinin ontologisten premissien vallitessa kuvasuhde voi täsmällisesti puhuen olla vain ekstensionaalinen, mistä syystä termi ”intensionaalinen” on asetettu yllä olevassa, kielen ja maailman suhteita kuvaavassa kaaviossa sulkeisiin.

¹⁸ Oikeuden sanoista ja asioista Foucault' n ihmistieteiden tiedonarkeologian merkityksessä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 1–4, 400, 421–431, 926 (= hakusana *äärellisyyden analytiikka*).

Isomorfiasuhde kielen ja maailmassa vallitsevan tai vähintäänkin mahdollisen asiantilan välillä edellyttää kuvasuhdetta sekä sisäisen että ulkoisen kategoriarakenteen merkityksessä.

Vaikka kaksi keskenään isomorfiasuhteessa olevaa asiantilaa ovatkin yhtenevät sekä sisäiseltä että ulkoiselta rakenteeltaan, niiden aineellinen sisältö voi siitä huolimatta olla varsin erilainen.¹⁹

3.2.2 Oikeudellinen tosiseikasto analysoituna faktakompleksina

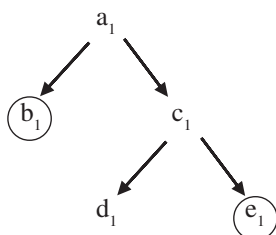
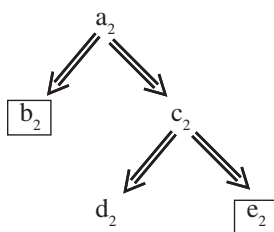
Rajallista toteutuneiden tosiasioiden tai vähintäänkin mahdollisten asiantilojen kokonaisuutta, joka on eri tavoin analysoitavissa ja mallinnettavissa määrättyjen objektien (olioiden, esineiden, asioiden) ja predikaattien (ominaisuuksien, relaatioiden) kokonaisuutena, Stenius kutsuu *jäsennetyksi* eli *määritellyksi kentäksi* (engl.: *articulate field*).²⁰ Se koostuu yhden tai useamman analysoidun tosiasian eli vallitsevan asiantilan yhteenliittymästä eli *faktakompleksista*, joka on tarkastelua varten mallinnettu jotain määrättyä tulkinta-avainta apuna hyödyntäen. Jäsennetyksen faktakompleksin semanttisena kohdereferenssinä voi olla vaikkapa viisihenkinen perhe ja sen yksittäisten jäsenten määrättyt ominaisuudet ja lapsi–vanhempi-suhteet tai armeijan joukko-osasto ja siihen kuuluvien sotilaiden määrättyt ominaisuudet ja käskyvaltasuhteet. Käytän jatkossa myös termejä *analysoitu faktakompleksi* eli (oikeudellinen) *tosiseikasto* tarkasteltavana olevien yksittäisten asiantilojen kokonaisuuden merkityksessä. Termi ”tosiseikasto” antaa samalla analyysille oikeudellisen sävyn, jota Steniuksen alkuperäistekstissä ei ole.

Stenius käyttää esimerkkinä kahta analysoitua tosiseikastoa eli faktakompleksia, joissa kummassakin on viisi objektia ja kaksi predikaattia eli yksi ominaisuus ja yksi kaksipaikkainen relaatio. Tosiseikastojen välillä vallitsee määrättyjen edellytysten vallitessa rakenneyhtäläisyys:²¹

¹⁹ Stenius, *Wittgenstein's Tractatus*, s. 94.

²⁰ Stenius, mts. 91.

²¹ Stenius, mts. 70–71, 91–96.

Kaavio 2: Perheen ja sotilasyksikön objektit ja predikaatit kuvasuhteeksi ymmärrettynä**Tosiseikasto A****Tosiseikasto B**

Kaavio A:

objektit: a_1 : Alan
 b_1 : Brian
 c_1 : Christopher
 d_1 : David
 e_1 : Eric

ominaisuus: älykkyys
 (= ympyröity kirjain)

kaksipaikkarelaatio: isä-poika-suhde
 (= yksinkertainen nuoli)

Kaavio B:

a_2 : Adams
 b_2 : Barratt
 c_2 : Colman
 d_2 : Denison
 e_2 : Ellis

roikeus
 (= neliöity kirjain)

käskyvaltasuhde
 (= kahdennettu nuoli)

Kaavio A:n objekteina ovat tietyn perheen jäsenet $a_1 - e_1$. Tarkasteltavana ominaisuutena on henkilön (poikkeuksellinen) älykkyys, mitä kirjaimen ympyröinti kuvaa, ja tarkasteltavana kaksipaikkaisena relaationa on isä-poika-suhde, mitä yksinkertainen nuolisymboli kuvaa. Kaaviossa a_1 on b_1 :n ja c_1 :n isä, ja c_1 on d_1 :n ja e_1 :n isä. Henkilöt b_1 ja e_1 ovat (poikkeuksellisen) älykkäitä.

Kaavio B:n objekteina ovat armeijan joukko-osastoon kuuluvat sotilaat $a_2 - e_2$. Tarkasteltavana ominaisuutena on henkilön (poikkeuksellinen) urheus, mitä kirjaimen neliöinti kuvaa, ja tarkasteltavana kaksipaikkaisena relaationa on käskyvaltasuhde eli esimiehen valta antaa alaiselle sitovia sotilaskäskyjä, mitä kahdennettu nuolisymboli kuvaa. Kaaviossa a_2 on käskyvaltasuhteessa b_2 :teen ja c_2 :teen, ja c_2 on käskyvaltasuhteessa d_2 :teen ja e_2 :teen. Henkilöt b_2 ja e_2 ovat (poikkeuksellisen) urheita.

Sanotut kaksi analysoitua ja mallinnettua tosiseikastoa ovat keskenään rakenneyhtäläiset sisäisen eli 'ontologisen' kategoriarakenteensa (engl.: *categorical structure*) osalta, koska niiden rakenteellisten elementtien välillä vallitsee yksi yhteen -tyyppinen korrespondenssi- eli vastaavuussuhde: esimerkiksi objektia a_1 (= Alan) vastaa a_2 (= Adams), objektia b_1 (= Brian) vastaa b_2 (= Barratt), ja niin edelleen jokaisen kaavioon kuuluvan objektin osalta. Samoin tarkasteltavat ominaisuudet (= älykkyys/urheus) ja kaksipaikkarelaatiot (= isä–poika-suhde/esimies–alainen-käskyvaltasuhde) löytävät yksi yhteen -tyyppisen vastineensa tosiseikastojen sisäisessä eli 'ontologisessa' kategoriarakenteessa.

Tarkasteltavien tosiseikastojen kategoriarakenteen yhtäläisyys ei vielä takaa, että elementit olisivat myös ulkoisesti rakenneyhtäläisessä suhteessa toisiinsa. Isomorfia voisi rikkoutua esimerkiksi siten, että c_1 eli olisikaan a_1 :n lapsi, b_1 ei olisikaan (poikkeuksellisen) älykäs, d_2 ei olisikaan c_2 :n käskyvallan alainen tai e_2 ei olisikaan (poikkeuksellisen) urhea. Steniuksen esimerkissä kummankin tarkasteltavana olevan tosiseikaston ulkoinen rakenne vastaa kuitenkin toinen toistaan siten, että tosiseikaston A ominaisuutta "älykkyys" vastaa poikkeuksetta tosiseikaston B ominaisuus "urheus", ja tosiseikaston A kaksipaikkaista relaatiota isä–poika-suhde vastaa aina tosiseikaston B käskyvaltasuhde. Niinpä sanotut tosiseikastot ovat sisäisen ja ulkoisen rakenneyhtäläisyytensä perusteella isomorfiasuhteessa keskenään.

Yhdestä tai useasta toteutuneesta tosiasiasta tai vain mahdollisesta asiantilasta koostuvat tosiseikastot ovat rakenneyhtäläiset, jos niiden molempien sisäinen kategoriarakenne eli objekti- ja predikaattirakenne on sama ja jos sanotut objektit ja predikaatit eli toteutuneet, objekteihin liitetyt ominaisuudet ja objektien väliset relaatiot vastaavat tarkasti, yksi yhteen toisiaan sovelletun tulkinta- eli isomorfia-avaimen tarkoittamalla tavalla.

Isomorfiasuhteen yleisenä edellytyksenä ovat Steniuksen mukaan seuraavat seikat:²²

- a) isomorfiasuhde voi vallita vain *tosiasioiden* eli maailmassa toteutuneiden tai vähintäänkin mahdollisten *asiantilojen* välillä, ei olioiden (asioiden, esineiden) välillä, ja sanotut tosiasiat on mahdollista esittää *analysoidun faktakompleksin* (engl.: *articulate field*) muodossa,
- b) vain tosiasiat, jotka ovat analysoitavissa vakioitun järjestelmän tai mallin muotoon, voivat olla keskenään rakenneyhtäläiset,
- c) rakenteellinen kuvasuhde eli isomorfiasuhde edellyttää tarkasteltavilta tosiseikastoilta yhtäläistä *sisäistä (kategoria)rakennetta* eli objektien ja predikaattien yhtäläisyyttä sekä vakioitua *isomorfia-avainta*, jonka avulla kuvasuhteen olemassaolo tosiseikastojen eri elementtien välillä on todettavissa, ja

²² Stenius, *Wittgenstein's Tractatus*, s. 93–94.

- d) isomorfiasuhde on *symmetrinen* ja *transitiivinen* eli käännettävissä ja siirrettävissä oleva relaatio.

Isomorfiasuhde voi vallita vain toteutuneiden tai vähintäänkin mahdollisten asiantilojen välillä, ei yksittäisten objektien (olioiden, asioiden, esineiden) tai predikaattien (ominaisuuksien, relaatioiden) välillä (= kohta a). Syynä on Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus*ssa omaksuma katsantokanta, jonka mukaan yksittäiset oliot (asiat, esineet) ja predikaatit (määreet, relaatiot) voivat asettua mielekkään kielellisen kuvauksen kohteeksi vain osana maailmassa toteutunutta tai vähintäänkin mahdollista asiantilaa.²³ Tosiasian tai asiantilan käsittämien kategorioiden eli objektien tai predikaattien on oltava vakioitavissa analyysia varten kiinteän mallin tai järjestelmän muotoon, koska muutoin isomorfiasuhdetta ei voisi kiinnittää tosiseikastoissa mihinkään (= kohta b). Tosiseikastojen sisäisen ja ulkoisen rakenteen vastaavuus lukitaan isomorfia-avaimella, joka vakioi tarkasteltavien faktakompleksien merkitykselliset objektit (oliot, esineet, asiat) ja predikaatit (ominaisuudet, relaatiot) toteutettavaa analyysia varten (= kohta c). *Isomorfia-avain* toisin sanoen määrittää sen, mitkä ominaisuudet tarkasteltavina olevissa malleissa ovat vertailun kannalta merkityksellisiä ja mitkä puolestaan eivät.

Edellä olevien kahden tapauksen isomorfisuus perustui tarkasteltujen ominaisuuksien (älykkyys/urheus) ja kaksipaikkaisten relaatioiden (isä–poika-suhde/käskyvaltasuhde) rakenteelliseen yhtäläisyyteen käsillä olevassa loogisessa kentässä. Jos tarkastelun kohteeksi olisi valittu jonkin muu ominaisuus- tai relaatiopari, kuten perheenjäsenten punatukkaisuus ja sotilaiden vasenkätisyys tai viha/rakkaus -suhteet eri henkilötahojen välillä, valittu isomorfia-avain ei olisi tuottanut tulokseksi rakenneyhtäläistä kuvasuhdetta kyseisten perheenjäsenten ja sotilasyksikön jäsenten välillä. Sanottu voidaan yleistää koskemaan mitä tahansa muutakin yksittäisten objektien ominaisuuksien tai relaatioiden tilaa tarkasteltavana olevassa loogisessa kentässä. Vain valitun isomorfia-avaimen avulla tarkastelun kohteena olevien maailmassa toteutuneiden tai vain mahdollisten asiantilojen loogisten kenttien rakenteelliset yhtäläisyydet ovat havaittavissa.

Isomorfiasuhteelta edellytetty symmetrisyys ja transitiivisuus eli käännettävyys ja siirrettävyys takaavat sen, että kuvasuhdeanalyysin tuottamat päätelmät ovat sovellettavissa myös muihin vastaaviin tapauksiin (= kohta d). Niinpä Steniuksen yksittäisten perheenjäsenten ja joukko-osaston sotilaiden määrättyjen ominaisuuksien ja keskinäisten relaatioiden rakenneyhtäläisyyttä tarkastellut esimerkki voidaan yleistää koskemaan mitä tahansa tosiseikastoa, jonka sisäinen ja ulkoinen rakenne ovat sanotun mallin kanssa yhtenevät. Esimerkiksi

²³ ”... that objects and predicates enter into the world only as elements of facts, and that objects and predicates in isolation are unthinkable.” Stenius, *Wittgenstein’s Tractatus*, s. 68.

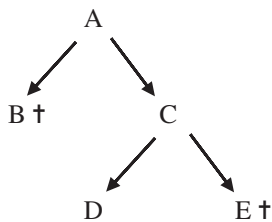
voimassa olevan perintökaaren (5.2.1965/40) 2 luvun 1 §:n säättää rintaperillisten perimysjärjestyksestä:

”Lähinnä saavat perinnön rintaperilliset.

Kukin lapsista saa yhtä suuren osan perinnöstä. Milloin lapsi on kuollut, tulevat lapsen jälkeläiset hänen sijaansa, ja joka haara saa yhtä suuren osan.”

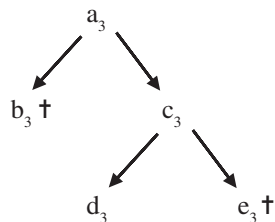
Perintökaaren mukaista laillista perimysjärjestystä voidaan kuvata seuraavan mallin avulla, joka tässä noudattaa Steniuksen edellä esitettyä perhesuhteiden ja sotilaiden käskyvaltasuhteiden analyysimallia:

Kaavio 3: Perintökaaren tarkoittama ja todellisuudessa toteutunut rintaperillisten laillinen perimysjärjestys kuvasuhteeksi ymmärrettynä



Kaavio C

objektit:	A: vanhempi (= isä/äiti) B: lapsi (= poika/tytär) C: lapsi (= poika/tytär) D: lapsenlapsi E: lapsenlapsi
ominaisuus:	on kuollut (= risti kirjaimen jäljessä)
kaksipaikkarelaatio:	vanhempi–lapsi-suhde (= nuoli)



Kaavio D

a ₃ :	Antti (= isä)
b ₃ :	Belle (= tytär)
c ₃ :	Cecilia (= tytär)
d ₃ :	Daavid (= tyttärenpoika)
e ₃ :	Esko (= tyttärenpoika)
	on kuollut (= risti kirjaimen jäljessä)
	vanhempi–lapsi-suhde (= nuoli)

Lainkohdan ja siitä laaditun mallin perusteella b₃ ja c₃ jakavat lähtökohtaisesti perinnön tasan a₃:n kuoleman jälkeen. Tapauksessa b₃ on kuitenkin kuollut jo aiemmin, joten perintö menee kokonaisuudessaan c₃:lle. Myös e₃ on kuollut ennen a₃:a, mutta se ei tässä vaikuta perimysjärjestykseen.

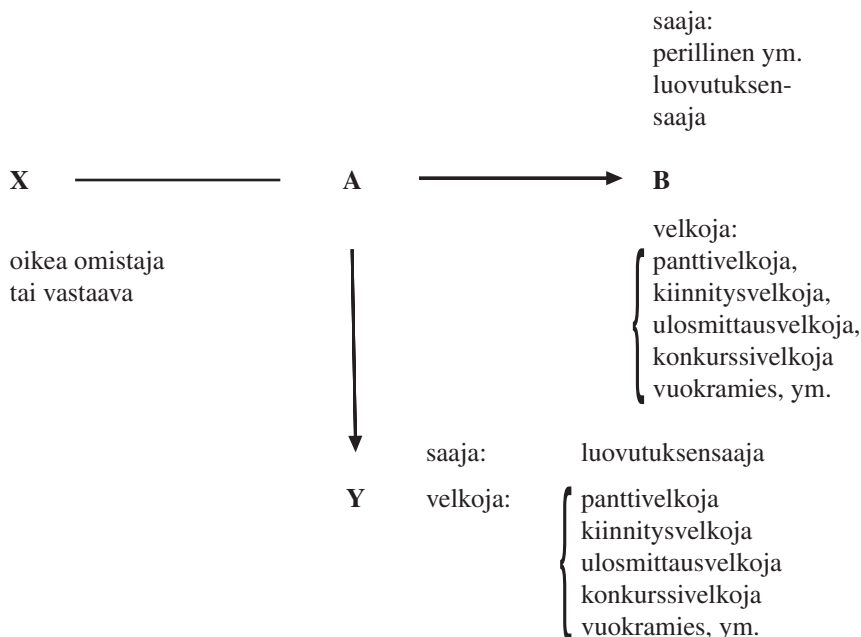
3.3 ISOMORFIA-AVAIN JA KUVASUHTEEN ADEKVAATTISUUS

Kaavion 2 mallit A ja B ovat rakenneyhtäläiset kaavion 3 malleihin C ja D nähden, niin kuin edellä totesin. Ne ovat rakenneyhtäläiset sekä sisäisen, 'ontologisen' kategoriarakenteensa (l. loogisen konstituutionsa) että toteutuneen ulkoisen konfiguraatorakenteensa eli objekteihin tosiasiallisesti liitettyjen predikaattien (ominaisuuksien, kaksipaikkarelaatioiden) puolesta. Kuvasuhteen olemassaolo on todettavissa valitun isomorfia-avaimen avulla, missä tarkasteltavana olevat objektit ($a_1 \dots e_3$), ja niiden ominaisuudet (älykkyys/urheus/ominaisuus "olla kuollut") sekä kaksipaikkaiset relaatiot (isä-poika-suhde/sotilaallinen käskyvaltasuhde/perintöoikeudellinen rintaperillissuhde) vastaavat rakenteellisesti yksi yhteen toisiaan. Samalla kunkin mallin *deskriptiivinen sisältö* on varsin erilainen: malli A kuvaa perhesuhteita ja yksittäisen perheenjäsenen (poikkeuksellista) älykkyyttä, malli B kuvaa armeijan käskyvaltasuhteita ja yksittäisen sotilaan (poikkeuksellista) urheutta ja mallit C ja D kuvaavat yhtäältä lainsäädännön tarkoittamaa ja toisaalta tosiasiallisesti toteutunutta rintaperillisten oikeusasemaa koskevaa perintöoikeudellista järjestelmää sekä jo aiemmin kuolleiden perintöoikeudellista asemaa siinä.

Erik Steniuksen analysoima kielen kuvateoria sekä isomorfiasuhde lainsäädännössä asetetun ideaalittyyppisen eli (vain) mahdollisen tosiseikastokuvauksen sekä maailmassa toteutuneen tosiseikaston välillä voidaan yleistää lainsäädännön yleiseksi malliksi siltä osin kuin lainsäätäjät on turvautunut yksiselitteiseen oikeussääntöön oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien hyödyntämisen sijaan. Esimerkiksi varallisuus oikeuden mahdollisesti toteutuvia sivullisuojarahkaatioita ja niissä sovellettavia oikeudellisia kollisionratkaisuperusteita voi havainnollistaa Simo Zittingin tarkoittamalla tavalla:²⁴

²⁴ Zitting, *Sivullissuojasta varallisuus oikeudessa*, s. 27–30.

Kaavio 4: Etenevät ja takautuvat sivullissuhteet Simo Zittingin mukaan



Kaaviossa:

X = oikea omistaja tai vastaava

A = myyjä tai vastaava

B = luovutuksensaaja, velkoja, vuokramies

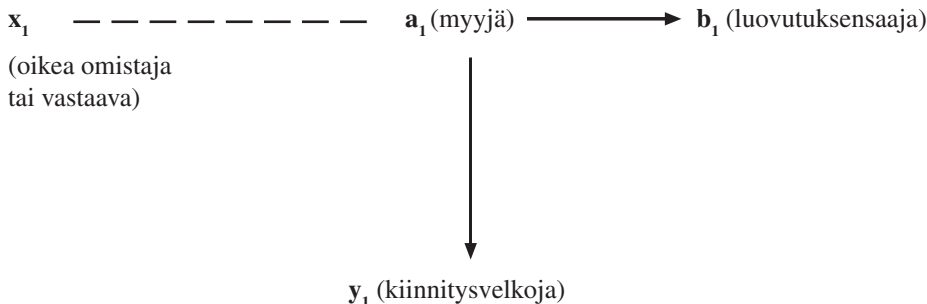
Y = luovutuksensaaja, velkoja, vuokramies

X – B = etenevä sivullissuhde

Y – B = takautuva sivullissuhde

Voimassa olevan varallisuus oikeuden omaksuma sivullissuhteita koskeva systematiikka voidaan esittää kootusti yllä olevan kaavion muodossa. Kun ratkaistavana oleva kollisiotilanne on toteutunut esimerkiksi esineen luovutuksensaajan b_1 ja myyjän a_1 kiinnitysoikeuden hyväkseen saaneen velkojan y_1 :n välillä, kaavio osoittaa tarkasteltavaksi tulevat oikeussuhteet, jolloin tapaukseen voidaan soveltaa voimassa olevan oikeuden tarkoittamaa kollisionratkaisunormia.

Kaavio 5: Takautuvaa sivullisuoja koskeva toteutunut varallisuus oikeudellinen kollisiotilanne Simo Zittingin sivullissuhdekaavioon suhteutettuna



Kaaviossa:

x_1 = oikea omistaja tai vastaava

a_1 = myyjä tai vastaava

b_1 = luovutuksensaaja

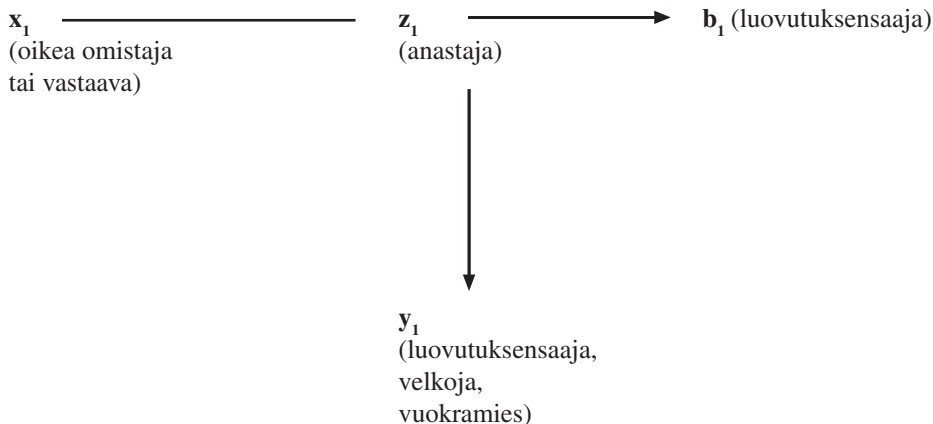
y_1 = kiinnitysvelkoja

$x_1 - b_1$ = etenevä sivullissuhde

$y_1 - b_1$ = takautuva sivullissuhde

Kuvasuhde kahden analysoidun tosiseikaston eli lainsäätäjän tarkoittaman ja maailmassa tosiasiallisesti toteutuneen asiantilan välillä katkeaa, jos asiantilat eivät vastaa toisiaan yksi yhteen -tavalla sisäiseltä tai ulkoiselta rakenteeltaan tai jos valittu isomorfia-avain ei tue sanotunlaista rakenneyhtäläisyyttä. Tämä olisi tilanne yllä olevassa kaaviossa esimerkiksi silloin, jos a_1 :n tilalla olisikin esineen x_1 :ltä anastanut henkilö z_1 esineen oikean omistajan tai vastaavan disponontikelpoisen henkilön sijaan. Jos isomorfiasuhdetta tarkasteltavana olevan oikeusnormin sekä käsillä olevan tosiseikastokuvauksen kesken ei vallitse, päädytään – Makkosen termien – joko oikeudelliseen tulkinta- tai aukkotilanteeseen, missä vaillinaista eli epäadekvaattia kuvasuhdetta on tulkinnallisesti täydennettävä siten, että keskenään erilaiset tai täysin puuttuvat elementit saataan rakenteellisesti riittävän yhteneviksi, jotta tulkinta tai analogia olisi mahdollinen tai, vaihtoehtoisesti, käsillä olevaa tosiseikastoa on tulkittava jotain toista oikeusnormia vasten, joka mahdollistaisi varsinaisen kuvasuhteen toteamisen. Tässä senkaltaisen normin tarjoaisi asetus rikoslain voimaannpanemisesta eli RVA 11 § (19.12.1889), jonka mukaan muun muassa anastetun esineen omistaja ei saa saantosuoja esineeseen sen oikeaa omistajaa vastaan vilpittömästä mielestään huolimatta. Tämän voi esittää kaaviona seuraavasti:

Kaavio 6: Etenevää sivullisuojaa koskeva toteutunut varallisuus oikeudellinen kollisiotilanne Simo Zittingin sivullissuhdekaavioon suhteutettuna



Kaaviossa:

x_1 = oikea omistaja tai vastaava

(a_1 = myyjä tai vastaava)

z_1 = anastaja

b_1 = luovutuksensaaja

y_1 = luovutuksensaaja, velkoja, vuokramies

$x_1 - b_1$ = etenevä sivullissuhde

$y_1 - b_1$ = takautuva sivullissuhde

Jollei (Suomen) voimassa olevasta oikeudesta löydy tapaukseen soveltuvaa kollisionormia, on päädyttävä oikeudelliseen tulkintaan tai analogiaan Makko- sen oikeudellisten ratkaisutilanteiden kolmiportaisen luokituksen tarkoittamal- la tavalla. Silloin tehtävä ratkaisu perustuu olennaisesti erilaisten normatiivis- ten premissien varaan, eikä kuvasuhteen toteamiselle ole riittävää perustaa.

Isomorfia-avaimen valinta on toisin sanoen ratkaiseva kuvasuhteen olemas- saololle. Jos oikeudellinen tulkinta-avain on valittu tavalla, jota Suomen voi- massa oleva oikeus ei tunne, kyse ei ole Suomen voimassa olevan oikeuden sisällön mallintamisesta. Tämä olisi tilanne esimerkiksi silloin, jos väitettäisiin RVA 11 §:n vastaisesti, että anastetun esineen *bona fide* luovutuksensaaja voisi Suomen oikeuden mukaan saada saantosuoja esineen oikean omistajan oikeu- dellista hallinnanpalautuskannetta vastaan. Yleistäen olisi kyse *fiktiivisestä* kuvauksesta, jonka semanttisena kohdereferenssinä ei olisi voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen merkityssisältö vaan vaihtoehdoisen, kriittisen tai avoi-

men poliittisen lainopin tarkoittama ja tutkijan itsensä hyväksymien yhteiskuntaideologisten premissien valossa *ideaalinen* eli *paras mahdollinen* tulkinta oikeudesta vastaisen lainsäädännön *de lege ferenda* -tutkimuksen tai vastaisen oikeuskäytännön *de sententia ferenda* -tutkimuksen merkityksessä. Tutkimuksen premissit voivat silloin kiinnittyä esimerkiksi marxilaiseen tai feministiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan tai taloudellista kustannustehokkuutta ja transaktiokustannusten minimointia korostavaan oikeustaloustieteelliseen lähestymistapaan.

Valittu isomorfia-avain ja sen avulla jäsennetty kuvasuhde kahden oikeustoisiseikaston eli lainsäädännöstä tai muista institutionaalisista oikeuslähteistä johdetun faktakompleksin sekä tosiasiallisesti toteutuneen asiantilan välillä ei ole Suomen oikeuden kannalta *adekvaatti*, jollei tarkastelun kohteena olevien asiantilojen kesken vallitse isomorfinen rakenneyhtäläisyys. Tämä on tilanne, jos kyseisten toiseikastojen *sisäinen kategoriarakenne* eli oikeuden 'mahdollisten maailmojen' rakenneosina olevat objektit (oliot, esineet, asiat) ja predikaatit (ominaisuudet, relaatiot) eivät vastaa toisiaan lukumääräisesti tai keskinäisiltä loogisilta suhteiltaan tai jos niiden *ulkoinen (konfiguraatio)rakenne* eli vertaillavat asiantilat poikkeavat toisistaan yksittäisten objektien ja niihin liitettyjen ominaisuuksien tai keskinäisten kaksi- tai useampaipaikkaisten relaatioiden osalta.²⁵ Kuvasuhde ei toisin sanoen vallitse, jos vertaillavien faktakompleksien toteutunut ulkoinen rakenne poikkeaa toisistaan, vaikka tilojen sisäiset rakenneosat sinänsä vastaisivatkin toisiaan. Tällöin objekteihin liitetyt predikaatit (ominaisuudet, relaatiot) ovat jakautuneet eri tavoin kuin vertailukohteessa, ja kuvasuhde voi olla todettavissa vain jonkin toisen isomorfia-avaimen avulla. Lisäksi valitun tulkinta- eli *isomorfia-avaimen* tulee olla *adekvaatti* suhteessa sanottujen asiantilojen sisäiseen ja ulkoiseen rakenteeseen, jotta rakenneyhtäläisyys olisi olemassa.²⁶

Esimerkiksi Steniuksen perheenjäsenet/sotilasyksikkö -esimerkissä kaaviossa 2 on yhteensä kymmenen objektia ($a_1, \dots, e_2$), kaksi ominaisuutta, joita kirjaimen ympyröinti tai neliöinti osoittaa (älykkyys/urheus) sekä joko yksinkertaisella tai kahdennetulla nuolella osoitettu kaksipaikkainen relaatio (isä-poika-suhde/käskyvaltasuhde). Jos objekteihin liitetyt ominaisuudet tai relaatiot poikkeavat eri loogisissa kentissä toisistaan, ei isomorfia- eli kuvasuhde vallitse, vaikka tilojen sisäinen eli 'ontologinen' konstituutorakenne onkin yhtäläinen. Toisaalta asiantilojen sisäinen kategoriarakenne on tulkinnanvarainen asia sekin, sillä objekteja on

²⁵ Stenius, *Wittgenstein's Tractatus*, s. 102–105.

²⁶ Stenius toteaa, että kuva on tosi, jos (1) sovellettava tulkinta-avain (engl.: *key of interpretation*) on adekvaatti ja (2) mallien ulkoinen rakenne on keskenään identtinen. Ulkoinen identtisyys edellyttää samalla mallien sisäisen kategoriarakenteen eli loogisen konstituution yhtenevyyttä. Stenius, mts. 105.

toisenlaisen jäsenyyksen mukaan yhteensä 24: kymmenen objektia ($a_1, \dots, e_2$), kaksi kirjaimen ympyröintisymbolia (= ominaisuus ”älykkyys”), kaksi kirjaimen neliöintisymbolia (= ominaisuus ”urheus”), viisi yksinkertaista nuolta (= isä–poika-suhde) sekä viisi kahdennettua nuolta (= käskyvaltasuhde).²⁷

Jollei tarkasteltavana olevien asiantilojen sisäinen ja ulkoinen rakenneyhtäläisyys toteudu väitetyllä tavalla, valittu isomorfia-avain on epäadekvaatti eikä kykene perustamaan kuvasuhdetta kyseisten (oikeus)tosiseikastojen välille. Lisäksi isomorfiasuhde voi tulkintani mukaan toteutua vain formaalien ja soveltamishdoiltaan riittävän täsmällisesti määriteltyjen oikeussääntöjen kohdalla, eikä se ole sovellettavissa oikeusperiaatteisiin niiden määritelmällisen tilannesidonnaisuuden vuoksi. Oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien aidosti tilannekohtaiset soveltamishdot eivät ole vakioidavissa ratkaistavana olevasta yksittäisestä oikeustapauksesta käsitteellisesti riippumattoman isomorfia-avaimen muotoon, jollaista kuvasuhteen toteaminen edellyttäisi, niin kuin alla tarkemmin perustelen.

3.4 ISOMORFIA, OIKEUSSÄÄNNÖT JA OIKEUSPERIAATTEET

Voimassa oleva oikeus koostuu oikeusnormeista. *Oikeusnormi* on kielen avulla ilmaistu oikeudellinen tulkinta- ja ratkaisuperuste, jossa kaksi asiantilaa eli määrätty *oikeustosiseikasto* ja määrätty *oikeusseuraamus* on liitetty toisiinsa *deonttisen* l. normatiivisen operaattorin avulla. Oikeusnormeja ovat yhtäältä institutionaalsiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt, jotka ovat tunnistettavissa oikeuden tunnistamissäännön ja institutionaalisen oikeuslähdeopin kriteerien avulla, ja toisaalta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit, joiden tunnistamiseen H.L.A. Hartin oikeuden tunnistamissääntö ei sellaisenaan sovellu. Oikeussäännöillä ja oikeusperiaatteilla on oikeudellista ratkaisuarvoa eli ne vaikuttavat (eriateisesti) tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudelliseen ratkaisuharkintaan ja ovat siten osa voimassa olevaa oikeutta, jos ja vain jos ne ovat *institutionaalisen tulkintaideologian* eli vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden tietynlaisen yhdistelmän hyväksymiä oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita. Käsittelen institutionaalista tulkintaideologiaa lähemmin kolmannessa pääluvussa ”Tulkintaideologia, totuusarvo, metakonteksti”.

²⁷ Vrt. Stenius, mts. 95, alav. 1.

Oikeussäännöt ovat niiden taustalla vaikuttavista tai ainakin vaikuttaneista yhteiskunnallisesta arvo- ja tavoiteperustastaan irtautuneita ja itsenäistyneitä oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo on tavallisesti vahva. Kun oikeussäännön tarkoittama asian tila on toteutunut ja lisäksi määrätty prosessioikeudelliset edellytykset kuten jutun asianmukainen vireilletulo tuomioistuimessa täyttyvät, tuomioistuimilla ja muilla lakia soveltavilla viranomaisilla eli institutionaalisilla lainsoveltajilla on lakiin perustuva velvollisuus panna oikeussäännössä määritelty oikeusseuraamus täytäntöön. Esimerkiksi kaaviossa 3 kuvatussa tilanteessa lainmukainen perimysjärjestys antaa c_3 :lle yksinoikeuden perintöön a_3 :n kuoleman jälkeen, ja viranomaisten tulee antaa tälle asiantilalle oikeussuojaa, jos asia saatetaan niiden päätettäväksi. Institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen oikeussääntöjen käsittämät faktakuvaukset ovat ideaalityyppejä eli valitun tulkinta-avaimen suhteen vakioituja eli *tyyppitapauksellisia* tosiseikastokuvauksia.

Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat *tilannesidonnaisia*, määrättyjen yhteiskunnallisten arvo- tai tavoiteperusteiden kanssa tiiviisti yhteenkietoutuneita oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo on ainakin tavallisesti oikeussääntöjä helpompi. Erilaiset oikeusperiaatteet, kuten kohtuullisuusperiaate sopimusoikeudessa tai kestävän kehityksen periaate ympäristöoikeudessa, johtavat jo määritelmänsä mukaisesti tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan ratkaisuharkinnan aidosti tilannesidonnaiseen punnintaan sekä kaikkien tapauksessa merkityksellisten oikeusperiaatteiden keskinäiseen tasapainottamiseen, missä oikeusperiaatteita tai vastaavia muita oikeudellisia ratkaisustandardeja arvioidaan niiden ilmentämiä yhteiskunnallisia arvo- ja tavoiteperusteita vasten. Kun esimerkiksi sopimusoikeudellisen kohtuusperiaatteen soveltaminen johtaa Juha Pöyhösen (nyk. Karhun) analyysin mukaan aina tilannesidonnaiseen punnintaan ja sopimusoikeuden taustalla vaikuttavien (vähintään) neljän eri oikeusperiaatteen keskinäiseen tasapainottamiseen,²⁸ ratkaisijalla ei ole käytettävissä sisäiseltä ja ulkoiselta rakenteeltaan vakioitua tosiseikastoa, johon toteutunutta sopimusoikeudellista asiantilaa olisi mahdollista verrata.

Oikeudellisen korrespondenssiteorian edellyttämä isomorfiasuhde oikeusnormin ja maailmassa toteutuneen asiantilan välillä voi sen vuoksi perustua vain riittävän yksiselitteisesti määriteltyyn, yksittäisen oikeussäännön käsittämään oikeustositseikastoon. Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit eivät rakenneyhtäläisen kuvasuhteen ehtoa täytä. Isomorfinen kuvasuhde yksittäisen oikeusperiaatteen ja tosiasiallisesti toteutuneen asiantilan välillä on mahdollinen vain, jos kyseinen oikeusperiaate on ensin muunnettu formaaliksi, joko/tai -tyyppiseksi oikeussäännöksi esimerkiksi

²⁸ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 259 et seq.

tyyppitapauksellisten kohtuuttomuustilanteiden tai kestäväää kehitystä ilmentävän jätteiden uusiokäytön järjestämisvelvollisuuden merkityksessä.

Toisaalta Kaarle Makkonen katsoo, että isomorfiatilanne voisi toteutua myös oikeusperiaatteiden yhteydessä.²⁹ Tämä aiheutuu nähdäkseni siitä, että Makkonen määrittelee oikeusperiaatteet ratkaisevasti toisin kuin allekirjoittanut.³⁰

”Esillä olevassa tutkimuksessa meitä kiinnostaa vain se, olkoot luokittelu ja kriteerit mitkä tahansa, että voimme *nimetä* tiettyjä periaatteita, joita pidämme yleisinä oikeusperiaatteina. Se riittää niiden ratkaisufunktion tutkimiseksi.”

Makkosen ratkaisu oikeusperiaatteiden määrittelyyn on toisin sanoen *nominalistinen* ja *konventionalistinen*,³¹ mikä jättää oikeusperiaatteiden tunnistamisessa käytetyt sisällölliset kriteerit, kuten Dworkinin oikeusteorian keskeisidean oikeusperiaateilta edellytetystä (institutionaalisesta tuesta ja) yhteisöllisestä hyväksynnästä, avoimeksi. Makkosella oikeusperiaatteet eivät ole puhtaasti tilannekohtaiseen harkintaan johtavia, määritelmänsä mukaisesti arvo- tai tavoitesidonnaisia ratkaisuperusteista Dworkinin tarkoittamalla tavalla. Tästä Makkosta ei voi moittia, sillä hänen väitöskirjansa *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie* ilmestyi saksaksi jo vuonna 1965 eli ennen Dworkinin (tai Alexyn) myöhempää tulkintaa oikeusperiaateista.³² Niinpä Makkonen arvioi oikeusperiaatteita osana luonnonoikeudellista tutkimustraditiota, missä ne on nähty säädännäistä oikeutta sisällöllisesti rajoittavina, ylipositiivisina normeina. Toisaalta hän tarkastelee oikeusperiaatteita osana suljetun oikeudellisen systeemin ja sidotun oikeudellisen ratkaisun ideaa. Oikeusperiaatteet ovat myös perustavan yhteiskuntaideologisen maailmankuvan ilmentymiä,³³ rinnastuen tämän teoksen termein oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämiin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin. Makkonen tulkitsee oikeusperiaatteet oikeudelliselta ratkaisufunk-

²⁹ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 203–209.

³⁰ Makkonen, mts. 181 (kursivointi Makkosen).

³¹ Vastaavasta nominalistis-konventionalisesta oikeusperiaatteiden määrittelystä myöhemmässä oikeuskirjallisuudessa, Tähti, *Periaatteet Suomen julkisoikeudessa*, s. 4.

³² Makkosen väitöskirjan *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie* suomenkielinen laitos, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus*, ilmestyi vasta 1981.

³³ Kokoavasti Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 184. Vrt. Makkonen, mts. 217: ”Suoritettu selvittely osoittaa, että yhteiskuntajärjestyksien takana olevien perusasetumusten pohjalta voidaan pelkistää esiin ns. yleisiä oikeusperiaatteita, ideologisia perusnäemyksiä, jotka osaksi sisältyvät oikeusjärjestykseen eksplisiittisesti lakeihin kirjoitettuina, ja osaksi implisiittisesti. Edelleen on nähty, että tällaisilla yleisillä oikeusperiaateilla voi olla erilaisia tehtäviä, osittain ne tarkoittavat laajempia organisatoris-systemaattisia periaatteita, kohdistuvat itse normijärjestelmään, ja osaksi niillä voi olla juridisessa ratkaisutoiminnassa ilmenevä ratkaisufunktio.”

tioltaan tavallisimmin reaktiotapanormeiksi, jotka ohjaavat varsinaisesti sovellettavaksi tulevan oikeusnormin tai sen alaan lukeutuvan oikeusseuraamuksen valintaa.³⁴

Myöhemmässä suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa oikeusperiaatteet on tavallisesti määritelty Ronald Dworkinin oikeusteorian tarkoittamalla tavalla. Dworkin on määritellyt oikeusperiaatteet oikeudellisiksi ratkaisuperusteiksi, jotka täyttävät seuraavat toisiinsa lomittuvat ehdot:³⁵

- (a) oikeusperiaatteiden merkitys tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa ei perustu niiden muodolliseen syntytapaan, josta Dworkin käytti termiä *the test of pedigree* sääntöjen virallisen 'kantakirjan' tai 'sukupuun' merkityksessä,³⁶ vaan niiden oikeudellinen ratkaisuarvo perustuu niiden nauttimaan *institutionaaliseen tukeen* ja *yhteisölliseen hyväksyntään* erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä,³⁷
- (b) oikeusperiaatteet noudattavat *moniarvoista* oikeudellista ratkaisulogiikkaa eli ne soveltuvat yksittäiseen oikeustapaukseen *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisesti, eivät kaksiarvologiikkaa noudattavien oikeussääntöjen tavoin *joko/tai* tai *kaikki-tai-ei-mitään* -tyyppisesti,³⁸

³⁴ Makkonen, mts. 217: "Argumentaatiotekniikassa ne [oikeusperiaatteet] toimivat lähinnä valintaperusteina ratkaisijan harkitessa, minkä useammasta vaihtoehdosta (oikeusseuraamuksen tai oikeusnormin) hän asettaa etusijalle."

³⁵ Kokoavasti oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista suhteessa yhtäältä Ronald Dworkinin ja toisaalta Robert S. Summersin oikeusteoriaan, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 41–63.

³⁶ "But this *test of pedigree* [i.e. a rule of recognition] will not work for the *Riggs* and *Henningsen* principles. The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a *sense of appropriateness* developed in the profession and the public over time. Their continued power depends upon this sense of appropriateness being sustained." Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40 (kursivoinnit lisätty).

³⁷ "Yet we could not devise any formula for testing how much and what kind of institutional support is necessary to make a principle a legal principle, still less to fix its weight at a particular order of magnitude. We argue for a particular principle by grappling with a whole set shifting, developing and interacting standards (themselves principles rather than rules) about *institutional responsibility*, *statutory interpretation*, *the persuasive force of various sorts of precedents*, the relation of all these to *contemporary moral practices*, and hosts of *other such standards*. We could not bolt all of these together into a single 'rule', even a complex one, and if we could the result would bear little relation to Hart's picture of a rule of recognition, which is the picture of a fairly stable master rule specifying 'some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule ...'" Dworkin, mts. 40–41 (kursivoinnit lisätty).

³⁸ "The difference between legal principles and legal rules is a *logical* distinction. Both sets of standards point to a particular decision about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an *all-or-nothing* fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it case it contributes nothing to the decision. (...) But this is not the way the sample principles in the quotations operate. Even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met." Dworkin, mts. 24, 25 (kursivoinnit lisätty).

- (c) oikeusperiaatteilla, toisin kuin oikeussäännöillä, on sisällöllisen *painoarvon* eli tärkeyden olottuvuus,³⁹
- (d) oikeussääntöjen oikeudellinen *ratkaisuarvo* on vahva, kun taas oikeusperiaatteiden oikeudellinen ratkaisuarvo on (ainakin tavallisesti) oikeussääntöjä heikompi,⁴⁰
- (e) oikeusperiaatteiden keskinäinen kollisiotilanne tuomarin ratkaisuharkinnassa ei johda siihen, että toinen käsillä olevista oikeusperiaateista tulisi katsoa myös tulevaisuudessa oikeudellisissa ratkaisutilanteissa merkityksettömäksi, vaan kyse on ainoastaan oikeusperiaatteiden suhteellisen painoarvon *tilannesidonnaisesta* arviosta käsillä olevan tapauksen rajaamassa ainutkertaisessa soveltamiskontekstissa,⁴¹ ja
- (f) oikeusperiaatteiden yksittäistapauksellisen tulkinnallisen merkityksisällön määrittäminen noudattaa arvosidonnaista *punnintaa* ja keskinäistä *tasapainottamista* (engl.: *weighing and balancing*), missä yksittäisen oikeusperiaatteen tai ratkaisustandardin oikeudellinen ratkaisuarvo on määritettävissä vain sen taustalla vaikuttavia yhteiskunnallisia arvo- ja tavoiteperusteita vasten.⁴²

Saksalainen Robert Alexy on lisäksi korostanut, että oikeusperiaatteet tulee ymmärtää tuomarille tai muulle lainsoveltajalle osoitettuina optimointikäskyinä (saks.: *Optimierungsgebote*) eli velvollisuutena toteuttaa oikeusperiaatteen yksilöimä yhteiskunnallinen arvo tai tavoite niin suurella määrällä kuin se on mahdollista yksittäisessä oikeudellisessa soveltamistilanteessa. Suomalaisessa

³⁹ "Principles have a dimension that rules do not – the *dimension of weight or importance*. (...) it makes sense to ask how important or how weighty it [a principle] is." Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 26, 27 (kursivointi lisätty).

⁴⁰ "Only rules dictate results, come what may. When a contrary result has been reached, the rule has been abandoned or changed. Principles do not work that way; they incline a decision one way, though not conclusively, and they survive intact when they do not prevail." Dworkin, mts. 35. – Samoin Dworkin, mts. 26: "A principle like 'No man may profit from his own wrong' does not even purport to set out conditions that make its application necessary. Rather, it states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision." Vrt. myös: "Rather, it [a legal principle] states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision. (...) All that is meant, when we say that a particular principle is a principle of our law, is that the principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a *consideration inclining in one direction or another*." Dworkin, mts. 26 (kursivointi lisätty).

⁴¹ "Principles ... incline a decision one way, though not conclusively, and they survive intact when they do not prevail." Dworkin, mts. 35.

⁴² "When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example [in *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*]), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one." Dworkin, mts. 26. – Dworkin mukaan oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäinen kollisio tulee sekin ratkaista periaatetasolla: "The court weights two sets of principles in deciding whether to maintain the rule ..." Dworkin, mts. 78.

oikeuskirjallisuudessa etenkin Jaakko Jonkka on seurannut Alexyn käsitystä oikeusperiaatteista.⁴³

Velvoittavuudeltaan *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisten oikeusperiaatteiden noudattama oikeudellinen (säätely- ja) ratkaisulogiikka on näin toinen kuin *joko/tai* -tyyppisten oikeussääntöjen noudattama säätely- ja ratkaisulogiikka:⁴⁴ oikeusperiaate velvoittaa ratkaisijaa mutta vain siinä määrin kuin jokin kyseiseen tapaukseen soveltuva ja suhteessa käsillä olevaan oikeustositukseen painoarvoltaan vahvemmasi katsottu vastaperiaate ei tee sen merkitystä tyhjäksi käsillä olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa oikeudellisessa soveltamiskontekstissa. Oikeuskirjallisuudessa oikeusperiaatteet on saatettu määritellä osana vallitsevaa sopimusmallia yksittäisen sopimuksen tai sopimusehdon kohtuullistamista arvioitaessa⁴⁵ tai osana syyttäjän syyteharkintaa ohjaavia oikeudellisia ratkaisuperusteita.⁴⁶ Lisäksi aivan viimeaikainen keskustelu on liittänyt oikeusperiaatteet etenkin ihmis- ja perusoikeuksien yhteyteen.⁴⁷ Nämä kehitystendenssit saattavat samalla lisätä oikeusperiaatteiden suhteellista systeemistä jäsennystä.

Kun oikeusperiaatteet mielletään Dworkinin ja myöhemmän suomalaisen oikeuskirjallisuuden tavoin aidosti tilannesidonnaisiksi, yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden kanssa yhteenkietoutuneiksi oikeudellisiksi ratkaisuperusteiksi, joiden tapauskohtaista ratkaisuarvoa ei ole mahdollista ennalta tai edes jälkikäteen systeemisesti vakioda, niiden ja maailmassa toteutuneen asiantilan välillä ei voi vallita rakenneyhtäläistä isomorfia- eli kuvasuhdetta. Sen vuoksi oikeusperiaatteet sijoittuvat Kaarle Makkosen kolmiportaisessa ratkaisutilanteiden luokituksessa – ja tältä osin siis Makkosen omasta kannasta poiketen – aina joko oikeudelliseen tulkintatilanteeseen tai oikeudellisesti säätlemättömään tilanteeseen, ei koskaan isomorfiseen kuvasuhteeseen normin ja todellisuuden asiantilan välillä.⁴⁸ Koska oikeusperiaatteen soveltaminen oikeudelliseen ongelmaan edellyttää aina sen ilmentämien yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden punnintaa, periaatesidonnaisen oikeudellisen ratkaisuharkinnan lopputulosta ei voi yleistää muihin enemmän tai vähemmän samankaltaisiin ratkaisutilanteisiin ilman, että tilannesidonnainen oikeusperiaate muunetaan samalla ainakin osin säätely- ja ratkaisulogiikaltaan tyyppitapaukselli-

⁴³ Jonkka, *Syytekynnys, passim*.

⁴⁴ Oikeudellinen säätelylogiikka on tekstissä laitettu sulkeisiin, koska oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit eivät varsinaisesti noudata lainsäädännön omaksumaa oikeudellista säätelylogiikkaa vaan ainoastaan oikeuskäytännön ilmentämää oikeudellista ratkaisulogiikkaa.

⁴⁵ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*.

⁴⁶ Jonkka, *Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista*.

⁴⁷ Perusoikeuskeskeisestä laintulkintaopista, esim. Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 571–575, 578–582, 830–831.

⁴⁸ Vrt. Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 95–96.

seksi ja sääntöformaaliksi oikeudelliseksi tulkinta- ja ratkaisuperusteeksi. Ehkä voi myös sanoa, että oikeusperiaatteiden tarkoittamien asiantilojen osalta kuvasuhde on enemmän tai vähemmän *epätarkka* ja edellytetty isomorfia sen vuoksi enintään *likimääräinen*. Mutta tilanne on tällöin sama kuin Kaarle Makkosen termin oikeudellisessa tulkinta- tai aukkotilanteessa, jolloin isomorfiasuhdetta kahden käsillä olevan asiantilan välillä ei ylipäättään ole osoitettavissa.

3.5 KIELEN JA MAAILMAN KUVASUHDE SEKÄ TARSKIN SEMANTTINEN TOTUUSTEORIA

Oikeudellinen isomorfia- eli kuvasuhde oikeussäännössä määritellyn ja maailmassa toteutuneen asiantilan välillä perustuu *realistiseen* käsitykseen todellisuudesta. Tieteellinen tai filosofinen *realismi* on monikollinen käsite. Tieteenfilosofien Ilkka Niiniluodon ja Sami Pihlströmin mukaan se voi viitata (ainakin) ontologisen, semanttisen, tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvän, epistemologisen, aksiologisen, metodologisen ja eettisen realismin filosofisiin sitoumuksiin.⁴⁹ Totuuden korrespondenssiteoria edellyttää (ainakin) ontologista ja semanttista realismia.⁵⁰

Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* edustaa *ontologista realismia*, jonka mukaan todellisuus on (ainakin pääsääntöisesti) ihmismielestä riippumaton. Todellisuuden olioiden, ilmiöiden tai asiantilojen eksistenssi on toisin sanoen siitä riippumaton, ovatko ne tietyllä hetkellä minkään yksittäisen subjektin mentaalisen tajunnantilan tai havainnonsisällön kohteena. Samalla *Tractatus*-vaiheen Wittgenstein edustaa semanttista totuuden *korrespondenssiteoriaa*, jonka mukaan lause on tosi, jos ja vain jos se vastaa todellisuudessa vallitsevaa asiantilaa eli tosiasiaa. Yleisesti korrespondenssiteoria viittaa käsitykseen, jonka mukaan yksittäinen uskomus, teoria tai väitelause on tosi, jos ja vain jos se vastaa ulkoista asiantilaa, joka on kyseisen uskomuksen haltijasta tai väitelauseen esittäjästä (ainakin pääsääntöisesti) riippumaton. Oliot, entiteetit tai asiantilat, joiden eksistenssi on sidoksissa yhteisöllis-kulttuurisiin uskomuksiin, ovat tai ainakin saattavat olla ontologisen realismin näkökulmasta arvioituna pulmallisia.

Karl Popper on jakanut todellisuuden oliot kolmeen 'maailmaan'. Popperin *maailma 1* käsittää materiaalis-fyysiset objektit ja prosessit, *maailma 2* tietoisuuden mentaaliset tilat ja prosessit ja *maailma 3* määräytyvät ihmisten sosiaalisen toiminnan tuotokset. *Maailma 3* käsittää ihmismielestä irtautuneet yhteisöllis-kulttuuriset oliot, entiteetit tai artefaktit, kuten matematiikan luvut, tieteelliset

⁴⁹ Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, *passim* ja etenkin s. 2–13. Ks. myös Pihlström, *Tutkii-ko tiede todellisuutta?*, s. 30–66, 72–73.

⁵⁰ Palaan filosofisen realismin määrittelyyn alla luvussa analyttisestä oikeusrealismista.

teoriat, Sibeliuksen 7 sinfoniaa, yhteisvaluutta euron sekä voimassa olevan oikeuden normit ja instituutiot.⁵¹ Popperin *maailma 3:n* koostumus vastaa toisin sanoen Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John Searlen tarkastelemaa *institutionaalisia tosiasioita*. Institutionaalisia tosiasioita ovat esimerkiksi avio-
liitto, osakeyhtiö, Suomen voimassa oleva perustuslaki, valtiopäiville kokoon-
tunut Suomen eduskunta tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle Euroopan
unionin perustamissopimuksen 234 artiklan nojalla tehty ennakkoratkaisuy-
pyyntö.⁵² Popperin *maailma 3:n* entiteetit yhtä hyvin kuin sääntösidonnaiset
institutionaaliset tosiasiat voidaan kuitenkin hyväksyä realistisesti määritellyn
ontologian alaan termin laajassa merkityksessä, koska niiden olemassaolo ei
ole sidoksissa minkään yksittäisen subjektin tietynhetkiseen tajunnantilaan tai
havainnonsisältöihin, vaan niillä on omaehtoinen ja ainakin tiettyssä mielessä
pysyvä yhteisöllis-kulttuurinen eksistenssi.⁵³

Semanttinen realismi määrittelee totuuden korrespondenssina eli vastaavuus-
tena kielellisten ilmausten ja todellisuuden ilmiöiden tai, kuten Wittgensteinil-
la, asiantilojen välillä. Niinpä puolalaisen loogikon Alfred Tarskin semanttisen
totuuskäsityksen mukaan lause *p*, jonka mukaan ”lumi on valkoista”, on tosi,
jos ja vain *p* eli jos ja vain jos lumi on valkoista. Samoin lause, jonka mukaan
”luovutuksensaaja B ei Suomen voimassa olevan oikeuden mukaan saa saanto-
suojaa esineen oikean omistajan X hallinnanpalautuskannetta vastaan” on tosi,
jos ja vain jos luovutuksensaaja B ei Suomen voimassa olevan oikeuden mu-
kaan saa saantosuoja esineen oikean omistajan X hallinnanpalautuskannetta
vastaan. Yleisesti lause *S*, jonka mukaan ”asiantila *p* vallitsee maailmassa”, on
tosi, jos ja vain jos asiantila *p* todellakin vallitsee maailmassa.⁵⁴ Korrespondens-
siteorian mukaan lauseen totuusarvon määrittämiseksi sitä tulee verrata maail-
massa vallitsevaan asiantilaan eli esimerkiksi siihen, onko lumi (todellakin) valkois-
ta tai saako luovutuksensaaja *b*, Suomen voimassa olevan oikeuden mukaan saanto-
suoja esineen oikean omistajan *x*₁ hallinnanpalautuskannetta vastaan.

Tarskin semanttinen totuusteoria samoin kuin Wittgensteinin *Traktatuksen*
idea maailman asiantilojen ja kielen lauseiden välillä vallitsevasta rakenneyhtä-
läisyydestä toteuttavat kumpikin totuuden korrespondenssiteorian mukaista kä-
sitystä lauseen totuusehdoista. Toisin kuin Wittgenstein, Tarski ei kuitenkaan

⁵¹ Popper, *Objective Knowledge*, s. 106 et seq.

⁵² Institutionaalisesta ontologiasta, Austin, *How to Do Things with Words*; Searle, *The Construc-
tion of Social Reality*; sama, *Speech Acts*; institutionaalisesta oikeuspositivismista, McCormick
& Weinberger, *An Institutional Theory of Law*.

⁵³ Myös Ilkka Niiniluoto hyväksyy Popperin *maailma 3:n* entiteetit muutoin realistisesti määrit-
telemäänsä ontologiaan. Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, s. 23.

⁵⁴ Sivuutan tässä tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvän realismin, tietoteo-
reettisen realismin, aksiologisen realismin, metodologisen realismin sekä eettisen realismin, joi-
ta olen käsitellyt toisaalla Niiniluodon ja Pihlströmin analyysin pohjalta. Kokoavasti Siltala,
Oikeustieteen tieteenteoria, s. 76–79. Vrt. myös tämän teoksen luku 8.1 ”Filosofinen realismi ja
oikeusrealismi”.

tee oletusta kielen ja maailman atomaaris-elementaarisesta tai minkään muunkaanlaisesta rakenteesta, vaan hän tyytyy esittämään formaalin totuuskäsitteen ilman mitään erityisiä ontologisia reunaehtoja. Tarskin semanttinen totuuskäsitys on formaali totuuskäsitteen määritelmä, eikä siitä voi johtaa yksittäisen (väite)lauseen tosi/epätosi -arvoa. Lause, jonka mukaan ”A:lla on omistusoikeus esineeseen x ”, on tosi, jos ja vain A:lla on omistusoikeus esineeseen x . Se, mitä keskeistermillä ”omistusoikeus” tarkoitetaan, on arvioitava Tarskin teoriasta erillään Suomen voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden valossa.

Tarski jakaa kielen yhtäältä *objektikieleen* eli ”kieleen, josta puhutaan” ja jonka käsittämien lauseiden tosi/epätosi -arvosta on kyse, ja *metakieleen* eli ”kieleen, jossa puhumme” ja jossa sanottu kielellinen tarkastelu tapahtuu.⁵⁵ Kielen objektitason ja metatason erottaminen estää valehtelijan paradoksin kaltaisten *itsereferentiaalisten* eli itseensä viittaavien lauseiden filosofisen dilemman, joka on perinteisen totuusteorian valossa osoittautunut pulmalliseksi. Valehtelijan paradoksi on tunnetuin esimerkki itseensä viittaavasta lauseesta. Kun kreetalainen sanoo (samalla myös itseään koskien): ”Kaikki kreetaiset valehtelevat.” – onko lause tosi vai epätosi? Kun lauseen puhuja on itse kreetalainen, lause S, jonka mukaan ”kaikki kreetaiset valehtelevat”, on tosi, jos ja vain jos S on epätosi. Alfred Tarskin tekemä erottelu objektikielen ja metakielen välillä kykenee ratkaisemaan valehtelijan paradoksin, mutta samalla se edellyttää äärettömän määrän metatason kieliä alemman asteisten kielten totuusarvon määrittämiseksi. Metakieli on aina semanttisesti rikkaampi kieli kuin sen objektikieli, koska se käsittää objektikielen ilmausten ohella myös objektikielen formaalit totuusehdot, mutta ajatus periaatteessa äärettömästä lausejoukosta yksittäisen lauseen totuusarvon edellytyksenä on vain heikosti intuitiivinen totuuden edellytys.⁵⁶

Isomorfia- eli kuvasuhde kahden eri asiantilan tai moniosaisen faktakompleksin eli tosiseikaston välillä perustuu niiden ulkoisen (ja sisäisen) rakenteen väliseen rakenneyhtäläisyyteen. Kielen ja maailman vastaavuus kiinnittyy Wittgensteinilla maailmassa vallitseviin asiantiloihin eli tosiasioihin ja niitä kuvaaviin lauseisiin todellisuuden ulkoisen *konfiguraatorakenteen* merkityksessä, kun taas väitteet todellisuuden loogisesta konstituutiosta eli sisäisestä *konstituutorakenteesta* ovat Wittgensteinin mukaan vailla mielekästä semanttista referenssiä.

⁵⁵ Tarski, ”Semanttinen käsitys totuudesta”, s. 112–113. Vrt. Raatikainen, ”Ajattelu, kieli ja merkitys – näkökulmia nykyajan filosofian avainteemoihin”, s. 16–18.

⁵⁶ Carnap ennakoi *Logische Syntax der Sprache* -teoksessaan Tarskin tekemän erottelun *objektikielen* ja *metakielen* välillä. Carnap käytti itse termejä *objektikieli* ja *syntaksikieli*. Carnap, *The Logical Syntax of Language*, s. 4. Carnapin ja Tarskin totuuskäsitysten vertailusta, Coffa, *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*, s. 300–305.

Tulkinta edeltää rakenteellisen isomorfiasuhteen vahvistamista.⁵⁷ Kuvasuhteen toteaminen kahden asiantilan tai tosiseika(sto)n välillä on sidoksissa tarkastelua varten ainakin hetkellisesti vakioituun tulkinta- tai isomorfia-avaimen, jollaisen valinta eri vaihtoehtojen joukosta edellyttää tarkastelun kohteena olevien asiantilojen ulkoisen konfiguraatorakenteen eli niiden käsittämien elementaaristen olioiden (asioiden, esineiden) ja predikaattien (ominaisuuksien, relaatioiden) ennakkollista tulkintaa. Isomorfia-avaimen vaihtaminen toiseen tekee yhdenlaisen kuvasuhteen mahdottomaksi mutta se tekee samalla toisenlaisen kuvasuhteen toteamisen mahdolliseksi. Isomorfiasuhde on toisin sanoen aina *suhteellista* eli määrätyn isomorfia-avaimen suhteen vakioitua rakenneyhtäläisyyttä, joka voi toteutua vain määrätynlaisen, ennalta vakioidun tulkinnallisen kehyksen vallitessa. Jos tulkintaa varten vakioidulle isomorfia-avaimelle annettu tulkinta muuttuu, alkuperäinen kuvasuhde rikkoutuu ja sen tilalle tulee joko (a) uudenlainen tarkka kuvasuhde, jos asiantilojen välillä vallitsee rakenneyhtäläisyys myös uuden isomorfia-avaimen alaisuudessa, (b) kuvasuhteen käyminen epätarkaksi, jos tarkasteltavat tosiseikastot eivät vastaa toisiaan kuin enintään likimääräisesti, mitä voimme kuvata Makkosen termillä (oikeudellinen) tulkintatilanne, tai (c) kuvasuhteen täydellinen puuttuminen, jos tarkasteltavat tosiseikastot eivät vastaan lainkaan toisiaan, mitä voimme kuvata Makkosen termillä oikeudellisesti säätelemätön tilanne.

3.6 ISOMORFIATILANTEEN MUUNTUMINEN TULKINTATILANTEEKSI

Kaarle Makkonen erotti siis toisistaan oikeudellisen *isomorfiatilanteen*, jossa annettujen eli maailmassa tosiasiallisesti toteutuneiden ja oikeusnormilauseessa määriteltyjen tosiseikkojen välillä vallitsee kuvasuhde, oikeudellisen *tulkintatilanteen*, jossa on epäselvää, kuuluuko arvioitavana oleva tosiseikasto määrätyn oikeusnormin alaisuuteen, sekä *säätelemättömän tilanteen*, jossa tuomarilla tai muulla lainsoveltajalla ei ole käytettävissään oikeusnormia, jonka alaan ratkaistavana oleva tapaus kuuluisi.⁵⁸ Oikeudellista isomorfiatilannetta voi kutsua myös rutiiniratkaisutilanteeksi, missä tosiseikastojen rakenteellinen yhtenevyys eli kuvasuhteen olemassaolo perustelee loogis-deduktiivisen päättelymallin soveltamisen tapaukseen, kun taas oikeudellinen tulkintatilanne ja oikeudellisesti säätelemätön tilanne vastaavat enemmän tai vähemmän vaikeaa,

⁵⁷ Makkonen tuntuu sivuuttavan tämän kysymyksen kirjoittaessaan: ”Koska isomorfia merkitsee juuri sitä, että säännöstä tarkoittava[n] oikeusnormilauseen merkitys on täysin selvä, ei siitä luonnollisesti voi syntyä epäselvyyttä.” Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 108.

⁵⁸ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 96.

varsinaista oikeudellista harkintaa edellyttävää oikeusongelmaa (engl.: *hard case*). H.L.A. Hartin terminologiaa käyttäen isomorfiatilanteet sijoittuvat oikeussäännön kielellisen ilmiänsun tulkinnallisesti riidattomalle ydinvyöhykkeelle (engl.: *core of settled meaning*), kun taas aidosti oikeudellista harkintaa edellyttävät ratkaisutilanteet sijoittuvat säännön kielellisen ilmiänsun tulkinnanvaraiselle reunavyöhykkeelle (engl.: *penumbra of doubt*).⁵⁹ Ronald Dworkin on korostanut, miten tuomarin tai muun lainsoveltajan tulee vaikeassa ratkaisutilanteessa punnita ja tasapainottaa keskenään oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyviä oikeusperiaatteita ja vastaavia muita oikeudellisia ratkaisustandardeja.

Isomorfia- eli kuvasuhteeseen perustuvan oikeudellisen analyysin soveltamisala on varsin rajallinen. Institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut sääntöjä heikommin formaalit oikeudelliset ratkaisustandardit rajautuvat sen käyttöalan ulkopuolelle, samoin kuin tosiseikastoltaan ainakin osittain avoimet, joustavat tai muutoin aitoa tulkinnallista soveltamisharkintaa vaativat oikeussäännöt. Lisäksi isomorfia-avaimen valinta ja siten kuvasuhteen olemassaolo yhtäältä säännön asettaman ja toisaalta maailmassa toteutuneen asiantilan kesken on aina riitautettavissa yhteiskunnallisten tai oikeudellisten arvostusten ja käsitysten muuttuessa. Mitään pysyvästi ja kiinteästi vakioituja oikeudellisia ratkaisutilanteita tai isomorfiasuhteita ei ole, eikä mikään yksittäinen oikeuden tulkinta voi olla privilegioitu siten, että se olisi oikeudellisen kritiikin ja tulkinnallisten muutosten ulottumattomissa oikeuden yhteiskunnallisten eli institutionaalisten ja yhteisöllisten reunaehtojen muuttuessa.

Jos aiemmin vallinnut kuvasuhde oikeussäännön määrittelemän ja maailmassa vallitsevan asiantilan välillä riitautetaan esimerkiksi oikeuden institutionaalisessa ja yhteisöllisessä arvoperustassa tapahtuneisiin muutoksiin vedoten, oikeudellinen rutiiniratkaisutilanne muuttuu joko oikeudelliseksi tulkintatilanteeksi tai jopa oikeudellisesti säätelemättömäksi tilanteeksi. Viime vuosikymmenten aikana Suomen oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta onkin kokenut varsin syvällisiä muutoksia etenkin Euroopan unionin lainsäädännön, Euroopan ihmisoikeussopimuksen sekä muun ylikansallisen ihmisoikeusnormiston, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä riittävän yhtenäisen ja vakiintuneen kansallisen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön vaikutuksesta.

Suhtautuminen etenkin perus- ja ihmisoikeuksiin, sukupuolisidonnaiseen yhteiskunnalliseen tasa-arvoon, etnisten ja muiden vähemmistöryhmien (perus)oikeuksiin sekä globaaleihin ympäristöarvoihin ja kestävään kehityk-

⁵⁹ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 120–132. Hart käyttää tästä oikeuden semanttisesta avoimuudesta tai väljyydestä englanninkielistä termiä *open texture*.

seen ovat muuttuneet merkittävästi myös Suomessa. Yhteiskunta on myös maallistunut, jolloin uskonnollisten arvojen vaikutus tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan on merkittävästi vähentynyt esimerkiksi 1960-luvun tilanteeseen verrattuna. Niinpä monet aiemmin riidattomina isomorfiatapauksina käsitellyistä ratkaisutilanteista ovatkin yllättäen muuttuneet vaikeiksi oikeusongelmiksi, jotka edellyttävät lainsoveltajalta varsinaista oikeudellista harkintaa joko oikeussääntöjen tulkinnan tai oikeusperiaatteiden punninnan ja keskinäisen yhteensovittamisen merkityksessä etenkin silloin, kun ratkaistavana olevala tapauksella on liittymä perus- ja ihmisoikeuksiin.

Muutokset yhteiskunnan institutionaalisessa ja yhteisöllisessä arvoperustassa vaikuttavat voimassa olevan oikeuden sisältöön sekä tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan tavallisesti juuri oikeusperiaatteiden ja muiden oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisustandardien välittämistä. Kun aiemmin tyyppitapauksellisten soveltamistilanteiden ongelmattomaksi ratkaisuperusteeksi mielletyt oikeussäännöt *materiaalistuvat* arvosidonnaista punnintaa edellyttäviksi oikeusperiaateiksi tai kun yhteiskunnalliset arvot tai tavoitteet *oikeudellistuvat* institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiviksi oikeusperiaateiksi, yhtäältä oikeudellisten isomorfiatilanteiden ja toisaalta oikeudellisesti säätelemättömien tilanteiden ala vastaavasti kaventuu.

3.7 OIKEUDELLISEN KORRESPONDENSSITEORIAN ARVIOINTIA

Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen tarkoittamalla tavalla tulkittuna totuuden korrespondenssiteoria asettaa varsin ankarat ehdot todellisuuden loogiselle konstituutiolle eli todellisuuden rakenteelliselle ontologialle vertailtavien asianteilojen sisäisen konstituutio- ja ulkoisen konfiguraatorakenteen merkityksessä. Asiantilan sisäinen rakenne tarkoittaa sen käsittämien erilaisten objektien ja predikaattien sekä mahdollisten muiden rakenteellisten ainesosien kokonaisuutta eli mahdollisten maailmojen *konstituutiorakennetta*, kun taas asiantilan ulkoinen rakenne tarkoittaa sen toteutunutta *konfiguraatorakennetta* eli tapaa, jolla määrättyt objektit ja predikaatit ovat liittyneet yhteen tosiasiallisesti vallitsevaksi asiantilaksi tai monilukuisiksi faktakomplekseiksi. Tämä Wittgensteinin kielen kuvateoriaan palautettavissa oleva käsitys todellisuudesta soveltuu nähdäkseni hyvin oikeudellisten tosiseikastokuvausten yhteyteen, mutta samalla oikeuden tulkinnallinen ulottuvuus rajautuu väistämättä tarkastelun ulkopuolelle.

Filosofisena ja semanttisena teoriana totuuden korrespondenssiteoria on perusteltu ja intuitiivisesti uskottava. Lause, jonka mukaan ”pöytä on valkoinen” on tosi, jos ja vain jos pöytä on valkoinen, niin kuin Tarskin semanttinen

totuusteoria asian määrittelee. Epistemologian alaan kuuluva kysymys, mistä oikein tiedämme, onko pöytä todellakin valkoinen, rajautuu kuitenkin ahtaasti ymmärretyn korrespondenssiteorian semanttisen sfäärin ulkopuolelle. Totuuden korrespondenssiteoriaa voi myös arvioida kriittisesti muiden filosofisten totuusteorioiden avulla. Filosofisen koherenssiteorian näkökulmasta arvioiden totuuden korrespondenssiteoria sivuuttaa kokonaan inhimillisen tiedon lingvistiset ja yhteisölliset ulottuvuudet, vaikka kaikki käsitteellistettävissä oleva tieto onkin väistämättä sidoksissa yhteisössä käytettyyn kieleen ja muihin tietyin ehdoin totena pidettyihin lauseisiin. Pragmatistisen totuusteorian näkökulmasta arvioiden korrespondenssiteoria sivuuttaa inhimillisen tiedon liittymät käytännön toimintaan ja todennettavissa tai koeteltavissa oleviin empiirisiin havaintokokemuksiin. Samalla inhimillisen tiedon tulee kelvata myös käytännön toiminnan perustaksi pragmatistisen totuuskäsityksen edellyttämällä tavalla. Filosofiseen pragmatismiin perustuvan totuuden konsensusteorian näkökulmasta arvioiden korrespondenssiteoria sivuuttaa tiedon yhteisölliset piirteet, joita esimerkiksi Thomas S. Kuhnin tieteensosiologia on painottanut. Tiede- tai muu yhteisö määrittää viime kädessä sen, mikä hyväksytään tieteellisen tai käytännöllisen tiedon piiriin.

Oikeudellinen korrespondenssiteoria perustelee johdonmukaisella tavalla *rakenneyhtäläisen* mallin oikeudellisen kielen ja maailman suhteesta, jonka osaksi lainsäätäjän asettamat tai tuomioistuinten ja muiden viranomaisten vahvistamat oikeudelliset tosiseikastokuvaukset on mahdollista saumattomasti liittää. Ajatus tiedosta ja totuusta kielen 'sanojen' ja maailman 'asioiden' vastaavuutena on intuitiivisesti varsin helposti hyväksyttävissä: lauseen totuus on yhtä kuin sen käsittämän proposionaalisen ajatussisällön tarkoittaman asiantilan vallitsevuus kielen ulkoisessa todellisuudessa. Tuomarin tai muun lainsoveltajan näkökulmasta oikeudellinen korrespondenssiteoria sivuuttaa kuitenkin juuri ne oikeudellisen tulkintaopin kysymykset, joihin tuomari toivoisi saavansa perustellun vastauksen eli kysymyksen tulkinnallisesti vaikeiden tai kokonaan säätelemättömien tapausten ratkaisemisesta eli oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisestä silloin, kun sanotunlaista isomorfiatilannetta oikeussäännön ja maailman asiantilojen välillä ei vallitse. Kaarle Makkosen termin kyse on oikeudellisista tulkintatilanteista ja oikeudellisesti säätelemättömistä ratkaisutilanteista. Jerzy Wróblewskin termin voi puhua yhtäältä oikeudellisen ja rationaalisen sekä toisaalta vapaan ratkaisuideologian alaan kuuluvista soveltamistilanteista. Oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit rajautuvat jo määritelmällisesti oikeudellisen korrespondenssiteorian ulkopuolelle, koska ne edellyttävät tilannesidonnaista punnintaa, jollaista korrespondenssiteorian ankarat episteemiset ja metodiset reunaehdot eivät salli.

Oikeudellisen korrespondenssiteorian vaihtoehdot, kuten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja

perustelulauseiden keskinäiseen koherenssiin kiinnittyvä *oikeudellinen koherenssiteoria*, universaaliauditorion eli tulkinnan tarkoitetun kohdeauditorion hyväksyntään kiinnittyvä *oikeudellinen uusretoriikka*, lainsäätäjän tai prejudi-kaattituomioistuimen alkuperäisiin tavoitteisiin kiinnittyvä *oikeudellinen eksegeesi*, toteutuneisiin ja toteutettavissa oleviin oikeusvaikutuksiin kiinnittyvä *analyttinen oikeusrealismi*, vakiintuneisiin institutionaalsiin ja yhteisöllisiin käytäntöihin kiinnittyvä *oikeudellinen konventionalismi* tai oikeuden taloudellisiin tai muihin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin kiinnittyvä *yhteiskunnallinen konsekventialismi*, määrittelevät oikeudellisen tulkinnan filosofiset tai institutionaaliset reunaehdot oikeudellista korrespondenssiteoriaa väljemmin. Tällöin myös Makkosen tarkoittamat oikeudelliset tulkintatilanteet ja oikeudellisesti säätelemättömät tilanteet samoin kuin Wróblewskin tarkoittamat oikeudellisen ja rationaalisen ratkaisuideologian tai vapaan ratkaisuideologian alaan lukeutuvat soveltamistilanteet tulevat tulkintaopillisen tarkastelun kohteeksi.

4 Oikeudellinen koherenssiteoria: institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden yhteensopivuus

4.1 TOTUUS LAUSE- TAI USKOMUSJÄRJESTELMÄN KOHERENSSINA

Totuuden *koherenssiteoria* hylkää korrespondenssiteorian käsityksen idean totuudesta *semanttisena* relaationa kielen ja maailman eli todellisuutta kuvaavien havaintolauseiden ja maailmassa vallitsevien asiantilojen välillä. Koherenssiteoria myöntää avoimesti sen, että tieto maailmasta on aina sidoksissa kielen ja yhteisöllisen maailmankuvan lukittuihin postulaatteihin. Kaikki tieto todellisuudesta on välttämättä sidoksissa yhteisöllistä maailmankuvaa jäsentävien lauseiden tai kielen avulla ilmaistujen uskomusten kokonaisjärjestelmään, sillä ei yksinkertaisesti ole mitään kielen ulkoista semanttista referenssiä tai vakioitua kiintopistettä, johon voisimme verrata yksittäisiä lauseita, uskomuksia tai teoriafragmentteja niiden totuusarvon määrittämiseksi ja paikkansa pitävyyden arvioimiseksi. Tieto maailmasta on aina määrättyjen episteemisten eli tietoteoreettisten ja loogis-käsitteellisten ennakkoehtojen rajaamaa, eikä meillä ole mitään keinoa irtautua kielestä tai, ranskalaisfilosofi Michel Foucault’n termin, vallitsevasta yhteisöllis-kulttuurisesta *tietomuodosta* (ransk.: *épistémè*) sen selvittämiseksi, miten asiat maailmassa oikein ovat. Sen vuoksi ei ole myöskään minkäänlaista fenomenologien haaveilemaa filosofista oikopolkua ’asioihin itseensä’ (saks.: *das Ding an sich*) eli todellisuuden väitetyksi ’itseannettuun’ olemukseen siten, että vallitsevan oikeudellisen tai muunlaisen tietomuodon vakioimat episteemiset ja loogis-käsitteelliset reunaehdot voitaisiin sivuuttaa.¹

Koherenssiteorian ongelmana on väitetyksi tosien lauseiden, käsitysten tai uskomusten osoittaminen sellaisiksi kielen ulkoisen vertailukohdan eli semanttisen referenssin puuttuessa: miten erottaa sisäisesti johdonmukaiset keijukaisadut tosista uskomuksista todellisuutta koskevien havaintolauseiden tai esimerkiksi voimassa olevaa oikeutta koskevien oikeudellisten tulkintalauseiden

¹ Vrt. toisin Husserl, *Fenomenologian idea*, s. 104–105: ”Tutkimuksen on pitäydyttävä *puhtaa-seen näkemiseen*, mutta ei aktuaalisesti immanentiin; se on tutkimusta puhtaan ilmeisyyden sfäärissä ja nimenomaan olemustutkimusta. Mainitsimme myös, että sen kenttä *absoluuttisen itseannetun sisäinen a priori*.” (Kursivoinnit Husserlin.)

merkityksessä? Teorian kriitikoiden mielestä usko todellisuutta koskevien väitteiden koherenssiin totuuden kriteerinä rinnastuu Wittgensteinin sanomalehtiesimerkkiin, jossa henkilö ostaa useamman kappaleen saman päivän sanomalehteä vain varmistuakseen siitä, että jokin sen sisältämä tieto pitää varmasti paikkansa.² Vaikka totuuden *määritelmä* kiinnitettäisiin kielen ja maailman vastaavuuteen totuuden korrespondenssiteorian tarkoittamalla tavalla, totuuden operationaaliset *arviointikriteerit* on kuitenkin lukittava yhteisön hyväksymään lause- tai uskomusjärjestelmään totuuden koherenssiteorian tarkoittamalla tavalla, koska tieto maailmasta on voitava kielellistä eli käsitteellistä kieliyhteisön tunnistamalla tavalla ennen sen paikkansa pitävyyden arvioimista. Eikäsitteellistettävissä olevat, puhtaasti intuitiiviset uskomukset todellisuudesta rajautuvat väistämättä tutkimuksellisesti tai laajemmin yhteisöllisesti kontrolloitavissa olevan tiedon ulkopuolelle.

Lisäksi isomorfia- eli kuvasuhteen olemassaolo kielen ja maailman asiantilojen kesken, johon korrespondenssiteorian mukainen käsitys tulkinnallisesta tai muunlaisesta totuudesta kiinnittyi, on sekin vain Tarskin ja Wittgensteinin semanttisen totuuskäsityksen edellyttämä (metafyysinen) postulaatti, jota ei voi empiirisesti todentaa ja josta Wittgensteinin *Tractatuksen* mukaan ei ollut mahdollista edes mielekkäällä tavalla puhua.³ Niinpä edellä Wittgensteinin ja Steiniuksen yhteydessä esitetty ajatus kielen väitelauseiden ja maailmassa toteutuneen ulkoisen *konfiguraatiorakenteen* yhtenevyydestä joudutaan perusteettomana hylkäämään, koska yksinkertaisesti ei ole mitään havaintokielen ulkoista kohdereferenssiä, joka olisi verifioitavissa eli osoitettavissa paikkansa pitäväksi tai falsifioitavissa eli osoitettavissa virheelliseksi yhteisössä käytetystä kielestä ja sen käsitteistä riippumatta ja irrallaan. Todellisuus jää siten viime kädessä arvoitukseksi. Jäljelle jää vain joukko eri tavoin käytännössä koeteltuja ja hyväksi havaittuja uskomuksia ja väitelauseita, joihin perusteltu tieto maailmasta on mahdollista kiinnittää.⁴

Totuuden koherenssiteorian mukaan luotettava tieto maailmasta voi perustua vain lauseiden tai uskomusten kokonaisjärjestelmään, eikä yksittäisen lauseen totuusarvo ole määritettävissä kuin suhteessa toisiin vastaaviin lauseisiin. Koherenssiteorian mukaan totuus on yhteisössä käytetyn kielen tai yhteisön omaksuman (kollektiivisen) uskomusjärjestelmän sisäinen kvaliteetti, ei kielen ja maailman asiantilojen välinen vastaavuussuhde, koska yksinkertaisesti ei ole mitään kielen käsitejärjestelmästä riippumatonta tapaa saada tietoa todellisuudesta tai varmistaa maailmaa kuvaavien yksittäisten havaintolauseiden paik-

² Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 265 (s. 154).

³ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 6.53 – 7 (s. 186–189).

⁴ ”Hylätyksi tuleminen voi koitua myös protokollalauseiden kohtaloksi. Mikään lause ei nauti *noli me tangere*- eli koskemattomuuden periaatteesta, jolla Carnap luonnehti protokollalauseita.” Neurath, ”Protokollalauseet”, s. 99 (Kursivointi Neurathin).

kansa pitävyys. Koska luonnollinen kieli ei ole suljettu lausejärjestelmä, vaan todellisuutta eri tavoin kuvaavien lauseiden lukumäärä on periaatteessa ääretön, yksittäisen lauseen totuusarvon ehtona on ääretön muiden lauseiden muodostama joukko. Käytännössä tarkastelun kohteena oleva lausejoukko rajataan puhujan kulloisenkin tiedonintressin mukaisesti esimerkiksi suhteellisuusteoriaa käsittelevien lauseiden joukkoon, jos kyse on teoreettisen fysiikan erään osan alueen lauseista, tai määrättyjen institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden joukkoon, jos kyse on institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen lainopin tuottamista oikeudellisista tulkinta- ja perustelulauseista.

Koherenssi tarkoittaa määrättyyn lause- tai uskomusjärjestelmään kuuluvien yksittäisten käsitysten, uskomusten tai (väite)lauseiden sekä niiden varaan rakentuvan tieteellisen päättely- tai selitysrakenteen sisäistä yhteensopivuutta, johdonmukaisuutta ja ristiriidattomuutta. Se on toisin sanoen kielen käsitteistön, tieteellisen teorian tai oikeudellisten tulkintalauseiden joukon *sisäinen* ominaisuus, joka määrittää kielen käsitteiden tai lauseiden keskinäisiä suhteita ilman, että olisi tarpeen turvautua totuuden korrespondenssiteorian tarkoittamaan referenssi- eli viittaussuhteeseen kielen käsitteiden ja kielen ulkoisen todellisuuden välillä. Wienin piirin edustajan Otto Neurathin (1882–1945) sanoin:⁵

”Jos on esitetty jokin väite, sitä tulee arvioida vasten muiden olemassa olevien lauseiden kokonaisuutta. Jos se on niiden kanssa yhdenmukainen, se liitetään niiden yhteyteen, ja jos se ei ole niiden kanssa yhdenmukainen, se nimetään ’epätodeksi’ ja hylätään [tosien lauseiden joukosta] tai, vaihtoehtoisesti, olemassa olevaa tieteellisten lauseiden järjestelmää muutetaan siten, että tuo uusi lause on sovitettavissa sen osaksi, mutta tähän keinoon turvaudutaan yleensä vasta perusteellisen harkinnan jälkeen. *Ei voi olla mitään muunlaista tieteellisen ’totuuden’ käsitettä.*”

Samoin Neurath huomautti:⁶

⁵ ”If a statement is made, it is to be confronted with the totality of existing statements. If it agrees with them, it is joined to them; if it does not agree, it is called ’untrue’ and rejected; or the existing complex of statements of science is modified so that the new statement can be incorporated; the latter decision is mostly taken with hesitation. *There can be no other concept of ’truth’ for science.*” Neurath, *Philosophical Papers*, s. 53 (kursivointi Neurathin; käänös allekirjoittaneen), Coffa, *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*, s. 365.

⁶ ”Assertions are to be compared with assertions, not with ’experiences’ or with a world, or with anything else. All of these senseless *duplications* belong in a more or less refined metaphysics and are therefore unacceptable. Each new assertion will be contrasted with the totality of those available assertions that have already been brought into harmony with each other. *An assertion is called ’correct’ when it can be incorporated into this totality.*” Neurath, ”Soziologie im Physikalismus”, s. 403 (kursivoinnit Neurathin; käänös allekirjoittaneen), Coffa, teoksessa: *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*, s. 365.

”Väitelausetta tulee verrata toisiin väitelauseisiin, ei inhimillisiin ’koke-
muksiin’, maailmaan tai mihinkään muuhunkaan. Kaikki nämä merki-
tyksettömät *kahdentumat* kuuluvat enemmän tai vähemmän hienostuneeseen
metafysiikkaan eivätkä ne sen vuoksi ole hyväksyttävissä. Jokaista
uutta väitelausetta tulee verrata niiden lauseiden kokonaisuuteen, jotka
on jo edellä saatettu keskenään yhteensopiviksi. *Lauseetta pidetään ’tote-
na’ kun se on sisällytettävissä tähän kokonaisuuteen.*”

Jos koherenssiteorian mukainen käsitys totuudesta hyväksytään, oikeudellises-
sa tulkinnassa on keskeistä institutionaalisten ja kirjalliseen muotoon saatettu-
jen yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta-
ja perustelulauseiden keskinäinen yhteensopivuus eli koherenssi. Kaarle
Makkosen kolmiportaiseen ratkaisutilanteiden luokitteluun sovellettuna kyse
on oikeudellisesta tulkintatilanteesta tai oikeudellisesti säätelemättömästä tilanteesta,
ei – ainakaan tavallisesti – oikeudellisesta isomorfiatilanteesta.⁷ Oikeudellinen
koherenssiteoria tarjoaa samalla tuomarille tai oikeuden tutkijalle monipuolisemmat
työvälineet oikeudellisten ratkaisutilanteiden analyysiin kuin tulkinnan korrespondenssiteoria,
jonka asiallinen soveltamisala rajoittuu edellä kerrotulla tavalla oikeudellisten isomorfiatilanteiden
eli rutiiniluonteisten ja oikeudellisesti ongelmattomien ratkaisutilanteiden analyysiin.
Jos ja kun kuvasuhteen olemassaolo käsillä olevan oikeustapauksen ja määrätyn oikeus-
säännön käsittämän tosiseikastokuvauksen välillä on onnistuneesti riitautettu,
ei oikeudellinen korrespondenssiteoria enää sovellu tapauksen syvällisempään
analysointiin.

Oikeudellinen koherenssiteoria kiinnittää oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerit
institutionaalisista ja kirjalliseen muotoon saatetusta yhteisöllisistä oikeuslähteistä
asianmukaisesti johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäiseen
koherenssiin.

4.2 ALEKSANDER PECZENIK JA ROBERT ALEXY OIKEUDELLISEN KOHERENSSIN KÄSITTEESTÄ

Entä mitä tieteellisen teorian, lausejoukon tai oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden
keskinäinen *koherenssi* täsmällisesti ottaen tarkoittaa? Tieteellisen teorian tai yleisesti
minkä tahansa rajatun lausejoukon koherenssi voidaan jakaa yhtäältä *synkroniseen* eli
tietyllä hetkellä vaikuttavaan koherenssiin, joka on määritettävissä teorian tai lausejoukon
ajallisesti vakioitujen tai ajallisista muuttujista riippumattomien ominaisuuksien avulla,
ja toisaalta *diakroniseen* eli *narratiiviseen* koherenssiin, jolloin myös tieteellinen
oppitraditio ja muut

⁷ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 95–96.

ajallisesti muuttuvat osatekijät saavat konstitutiivista merkitystä. Oikeudellisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa yhdistyvät sekä synkroninen että diakroninen koherenssikäsitys. Sekä synkroninen että diakroninen koherenssi ovat määrittävissä tarkasteltavana olevan teorian, lausejoukon tai, oikeudellisessa asiayhteydessä, institutionaalista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä asianmukaisesti johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden *sisäisten* ominaisuuksien ja määreiden avulla ilman, että viittausta kielen ulkoiseen todellisuuteen lauseiden tai yksittäisten käsitteiden semanttisen kohdereferenssin merkityksessä tarvitsisi tehdä.

Aleksander Peczenik on määritellyt oikeudellisen koherenssin kvantifioitavissa olevien määreiden avulla, jotka liittyvät teorian *sisäiseen lauserakenteeseen*, sen hyödyntämiin *käsitteisiin* sekä teorian *kohteeseen*.⁸ Peczenik määrittelee koherenssin suhteessa teorian tai lausejoukon *täydelliseen perustelurakenteeseen* (engl.: *perfect supportive structure*), joka saa näin toimia oikeudellisen tulkinta- ja perustelulauseiden joukon normatiivisena ideaalina.⁹

”Mitä lähempänä täydellistä perustelurakennetta määrättyyn teoriaan kuuluvat lauseet ovat, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.”

Peczenikin ja Alexyn mukaan jonkin teorian tai perustelulauseiden perustelurakenteen täydellisyyttä eli koherenssia arvioitaessa keskeistä on:¹⁰ (1) perustelulauseiden lukumäärä, (2) argumentaatio- eli perusteluketjujen pituus, (3) lauseiden välillä vallitseva vahva tuki, (4) perusteluketjujen väliset suhteet, (5) perusteiden välinen etusijajärjestys, (6) molemminpuoliset perustelusuhteet, (7) käsitteiden yleisyys, (8) käsitteelliset ristiinviittaukset, (9) perusteluteorian käsittämien tapausten määrä ja (10) teorian käsittämien elämänalueiden moninaisuus. Kohdat (1)–(6) viittaavat teorian perustelulauseisiin, kohdat (7) ja (8) teorian sisältämiin käsitteisiin sekä kohdat (9) ja (10) teorian kohteeseen.

Peczenikin ja Alexyn mukaan seuraavat keskeisteet pitävät paikkansa:¹¹

1. *Ceteris paribus*¹² mitä enemmän perusteltuja lauseita teoriaan kuuluu, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
2. *Ceteris paribus* mitä pidemmät teorian käsittämät perusteluketjut ovat, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.

⁸ Peczenik, ”Coherence”, s. 124–125.

⁹ ”The more the statements belonging to a given theory approximate a perfect supportive structure, the more coherent the theory.” Peczenik, *On Law and Reason*, s. 160; Alexy & Peczenik, ”The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, s. 131 (käännös allekirjoittaneen).

¹⁰ Peczenik, mts. 160–177.

¹¹ Peczenik, *ibid.*; Alexy & Peczenik, mas. 132–143, 144–145. Alexy & Peczenik, *ibid.* – Peczenikin ja Alexyn koherenssikäsitteen numerointi 1–10 vastaa edellä esitettyjä perusteluteorian ominaisuuksia. Tiivistetysti Peczenikin ja Alexyn koherenssikäsitteestä myös Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 263–264.

¹² *Ceteris paribus* (lat.) ~ muuten samanlaisin ehdoin, samoissa olosuhteissa, teorian muut osatekijät yhtäläisiksi olettaen.

3. *Ceteris paribus* mitä enemmän vahvasti perusteltuja lauseita teoriaan kuuluu, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
- 4.1. *Ceteris paribus* mitä suurempi on yhden ja saman päättelypremissin tukemien johtopäätösten määrä, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
- 4.2. *Ceteris paribus* mitä suurempi on itsenäisten päättelypremissien osuus teoriassa, jolloin sama johtopäätös seuraa niistä kustakin, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
5. Jos teoria sisältää periaatteita, niin *ceteris paribus* mitä suurempi on periaatteiden keskinäisten prioriteettisuhteiden määrä, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
- 6.1. *Ceteris paribus* mitä suurempi on teorian käsittämien lauseiden välisten empiiristen relaatioiden määrä, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
- 6.2. *Ceteris paribus* mitä suurempi on teorian käsittämien lauseiden välisten analyttisten relaatioiden määrä, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
- 6.3. *Ceteris paribus* mitä suurempi on teorian käsittämien lauseiden välisten normatiivisten relaatioiden määrä, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
- 7.1. *Ceteris paribus* mitä useampia senkaltaisia lauseita teoria sisältää, jotka eivät sisällä yksilöityjä (eris)nimiä, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
- 7.2. *Ceteris paribus* mitä suurempi on teorian käsittämien yleiskäsitteiden määrä ja mitä suurempi on niiden yleisyysaste, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
- 7.3. *Ceteris paribus* mitä enemmän samankaltaisuuksia teorian käsitteiden välillä vallitsee, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
- 8.1. *Ceteris paribus* mitä useampia käsitteitä teoriassa T_1 on yhteisenä toisen teorian T_2 kanssa, sitä koherentimpia nämä kaksi teoriaa ovat keskenään.
- 8.2. *Ceteris paribus* mitä enemmän senkaltaisia käsitteitä teoria T_1 sisältää, jotka muistuttavat toisen teorian T_2 käsitteitä, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
9. *Ceteris paribus* mitä suuremman yksittäistapausten määrän teoria kattaa, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.
10. *Ceteris paribus* mitä useampia elämänalueita teorian soveltamisalue käsittää, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.

Peczenikin ja Alexyn lähestymistapa tarjoaa *operatiivisessa* muodossa käsitteelliset ja metodiset työvälineet jonkin teorian tai lausejoukon koherenssin eli sen lauserakenteen yhdenmukaisuuden ja ristiriidattomuuden määrittelemiseksi. Entä mistä tiedämme, onko oikeudellinen koherenssi todellakin yhtä kuin Peczenikin ja Alexyn yksilöimien, kvantifioitavissa olevien muuttujien joukko? Kyseinen koherenssin määritelmä on, niin kuin minkä tahansa tulkinnanvaraisen ja semanttisesti avoimen käsitteen määrittely,¹³ altis G. E. Mooren peruste-

¹³ Oikeudesta filosofi Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 25–32, 895.

leman avoimen kysymyksen dilemmalle. Mooren kritiikin kohteena olivat *naturalistiseen virhepäätelmään* (engl.: *naturalistic fallacy*) syylistyneet etiikan teoriat, jotka määrittivät etiikan perustan ja kohteen eli *hyvän* käsitteen esimerkiksi suurimmalle mahdolliselle joukolle tuotetun mielihyvän käsitteen avulla utilitaristisen moraaliteorian mukaisesti. Mooren mukaan mikä tahansa naturalistis-reduktiivinen ”hyvän” määritelmä on aina alistettavissa avoimelle kysymykselle: ”olet määritellyt (esimerkiksi) hyvän käsitteen tavalla *x*, mutta *onko x* tosiaankin hyvä?”¹⁴ Mooren kanta johti siihen, ettei ”hyvän” käsite ollut lainkaan määriteltävissä. Ulospääsyn naturalistisesta virhepäätelmästä tarjoaa vain analyyttisen ja lingvistisen filosofian mukainen metaetiikka, joka tarkastelee metatasolla ”hyvää”, ”oikeaa” ja ”oikeudenmukaista” koskevaa kielenkäyttöä esimerkiksi G. H. von Wrightin *The Varieties of Goodness* eli *Hyvän muunnelmät* -teoksen tavoin.¹⁵

Peczenik ja Alexy määrittelevät oikeudellisen teorian täydellisen perustelurakenteen tavalla, jota kvantifioidut määreet (1)–(10) ilmentävät, mutta *onko* oikeudellinen koherenssi todellakin yhtä siten määritellyn oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden ominaisuuksien kanssa? Peczenikin ja Alexyn ajatus koherenssista teoriaan kuuluvien lauseiden perustelurakenteen sisäisenä ominaisuutena on käsitykseni mukaan lähtökohtaisesti oikea, mutta teoriaa on etenkin sen sisältämien käsitteiden ja kohteen eli soveltamisalan osalta muutettava. Lisäksi idea koherenssin osatekijöiden operatiivisesta kvantifioitavuudesta on vaikeasti puolustettavissa: koherenssi *holistisena* käsitteenä ei ole määriteltävissä kvantifioitujen muuttujien avulla. *Iudex non calculat* – miten esimerkiksi Ronald Dworkinin tarkoittama oikeudellinen eheys eli koherentein mahdollinen tulkinta oikeuden vallitsevasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä metakontekstista olisi palautettavissa Peczenikin ja Alexyn tarkoittamien kvantitatiivisten muuttujien muotoon?

Nähdäkseni teorian soveltamisalan laajuus (= kohdat 9 ja 10) ei liity lainkaan sen koherenssiin tai inkoherenssiin vaan teorian asialliseen soveltamisalaan, joka on eri asia kuin teorian sisäinen johdonmukaisuus ja ristiriidattomuus. Samoin teorian soveltamien käsitteiden yleisyys tai erityisyys (= kohta 7) ei ole sen koherenssia tai inkoherenssia määrittävä ominaisuus, vaan se liittyy (vain) teorian hyödyntämien käsitteiden soveltamisalaan. Lisäksi monet Peczenikin ja Alexyn määritelmän alakohdista ovat koherenssin käsitteen määrittelyn kannalta vähemmän ilmeisiä, kuten perustelulauseiden lukumäärä (= kohta 1),

¹⁴ Moore, *Principia Ethica*, s. 58–72. ”’Good’, then, if we mean by it that quality which we assert to belong to a thing, when we say that the thing is good, is incapable of any definition, in the most important sense of that word.” Moore, mts. 61. Naturalistisesta virhepäätelmästä (engl.: *naturalistic fallacy*) ja sen kritiikistä, Moore, mts. 62 *et seq.*

¹⁵ von Wright, *The Varieties of Goodness*; sama, *Hyvän muunnelmät*. – Englanninkielinen alkuteos *The Varieties of Goodness* ilmestyi vuonna 1963.

perusteluketjujen pituus (= kohta 2),¹⁶ periaatteiden keskinäisten prioriteettisuhteiden määrä (= kohta 5),¹⁷ suhde yksilöityihin käsitteisiin ja yleiskäsitteisiin (= kohta 7),¹⁸ teorian kattavuus suhteessa yksittäistapauksiin ja eri elämänalueisiin (= kohdat 9 ja 10),¹⁹ ja niin edelleen. Sitä vastoin vahvasti perusteltujen lauseiden määrä (= kohta 3), teorian päättelypremissien ja johtopäätösten suhde (kohta 4), teorian käsittämien empiiristen, analyttisten ja normatiivisten relaatioiden määrä (= kohta 6) sekä teorioiden sisältämien käsitteiden ristiinviittaavuus ja samankaltaisuus (= kohta 8) ovat merkityksellisiä teorian koherenssia arvioitaessa, joskaan teorian kvantitatiivisista ominaisuuksista ei mielestäni ole mahdollista pitää kiinni.

Peczenik ja Alexy syyllystyvät nähdäkseni *kategoriavirheeseen* (engl.: *category-mistake*) filosofi Gilbert Rylen tarkoittamassa merkityksessä:²⁰ teorian tai lausejoukon sisäinen koherenssi tai inkoherenssi on sen sisäiseen lauserakenteeseen liittyvä relationaalinen ja käsitesidonnainen ominaisuus, jota ei – yhtä vähän kuin yhteisön käyttämän luonnollisen kielen sisäistä logiikkaa yksittäisten termien tai lauseiden keskinäisten suhteiden merkityksessä – voi määritellä kvantitatiivisten ominaisuuksien avulla ilman, että itse koherenssin käsite samalla muuttuu toiseksi. Väite teorian tai lausejoukon T_1 toista teoriaa tai lausejoukkoa T_2 suuremmasta tai vähäisemmästä koherenssista voi perustua vain niiden sisäisen lauserakenteen käsitteellisten ja loogisten sidosten arviointiin, eikä tuo arvio ole saatettavissa ”mitä enemmän perustelulauseita, sitä koherentimpi teoria” (= kohta 1), ”mitä pidemmät perusteluketjut, sitä koherentimpi teoria” (= kohta 2) tai ”mitä suurempi johtopäätösten ja itsenäisten päättelypremissien määrä, sitä koherentimpi teoria” (= kohdat 4.1 ja 4.2.) -tyyppisten *kvantitatiivisten* kriteerien muotoon ilman perustavan kategoriarehdyksen vaaraa.

¹⁶ Peczenikin ja Alexyn kohtiin (1) ja (2) viitaten: kahden toinen toisensa aukottomasti perustelevala lauseen A ja B muodostama teoria on toisin sanoen koherentimpi kuin tuhannen lauseen monimuotoinen palapeli, jonka yksittäisten palojen (eli tieteellisen teorian lauseiden) väliset suhteet ovat väistämättä tulkinnanvaraisemmat, jollei kyse ole logiikan tai matematiikan kaltaisesta formaalista kielestä.

¹⁷ Institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit eivät ole, toisin kuin formaalit, tyyppitapaukselliset oikeussäännöt, lukittavissa ennalta tai edes jälkikäteen vakioitavissa olevan oikeudellisen (käsite)systematiikan muotoon, vaan niiden soveltuvuus yksittäiseen oikeustapaukseen edellyttää niiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden arvosidonnaista *punnintaa* ja keskinäistä *tasapainottamista*. Sen vuoksi oikeusperiaatteiden keskinäiset prioriteettisuhteet eivät ole määritettävissä kuin enintään rajoitetusti yleistettävissä ja vakioitavissa olevalla tavalla.

¹⁸ Miksi yleiskäsitteet taipuisivat erityiskäsitteitä helpommin koherentin (perustelu)teorian osiksi? Kyse on tältä osin (perustelu)teorian soveltamisalan laajuudesta, ei sen osatekijöiden keskinäissuhteiden määrittämisestä koherenssista.

¹⁹ Teorian kattavuus ei nähdäkseni liity sen koherenssiin vaan sen soveltamisalan laajuuteen, joka teorian semanttisena kohdereferenssinä tulee erottaa sen sisäisen perustelurakenteen ominaisuuksista.

²⁰ Ryle, *The Concept of Mind*, s. 17–19.

Teorian tai lausejoukon koherenssi on sen sijaan *relationaalinen*, *käsitesidonnainen* ja *holistinen* ilmiö: yksittäisen teorian tai lausejoukon *synkroninen* koherenssi on (alustavasti) määritettävissä sen sisältämien lauseiden eli joko tieteellisten havaintolauseiden ja niiden tueksi esitettyjen perustelulauseiden tai oikeudellisten *tulkintalauseiden* ja niiden tueksi esitettyjen, institutionaalisista ja kielelliseen muotoon saatetuista yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettujen *perustelulauseiden* keskinäisten suhteiden avulla.

Mitä vahvempien käsitteellisten relaatioiden avulla teorian tai lausejoukon sisältämät *väitelauseet* eli joko empiiriset havaintolauseet (= tieteellinen teoria) tai normatiiviset tulkintalauseet (= oikeudellinen tulkintateoria) ja niitä tukevat *perustelulauseet* ovat liittyneet toisiinsa, sitä koherentimpi teoria on kyseessä.

Lauserakenteen koherenssi tarkoittaa teorian tai lausejoukon sisältämien väitelauseiden ja niiden tueksi esitettyjen perustelulauseiden keskinäistä yhdenmukaisuutta ja ristiriidattomuutta. Myös teoriassa käytettyjen käsitteiden keskinäisillä riistiinviittaavuussuhteilla on tässä merkitystä. Aksiomatisoitu lausejärjestelmä, kuten rajattu logiikan tai matematiikan lauseiden joukko, on aina ehdottoman koherentti eli sisäisesti johdonmukainen ja ristiriidaton. Sitä vastoin luonnollisen kielen avulla ilmaistut lauseet, joiden avulla määrättyjä todellisuuden ilmiöitä kuvataan, selitetään ja ennustetaan, jos kyse on luonnontieteen havaintolauseista, tai lauseet, joiden avulla määrättyjä yhteiskuntatodellisuuden ilmiöihin liitettyjä merkityksiä tulkitaan ja tehdään ymmärrettäväksi, jos kyse on erilaisten ihmis- ja yhteiskuntatieteiden lauseista, eivät toteuta aksiomaattisuusehtoa väitelauseiden ja niiden tueksi esitettyjen perustelulauseiden välillä. Kyse on loogisessa katsannossa huomattavasti heikommasta teorian sisäisen lauserakenteen yhdenmukaisuudesta ja ristiriidattomuudesta.

Oikeudellisessa tulkintakontekstissa yhdistyvät molemmat koherenssikäsitteen osatekijät eli synkroninen ja diakroninen koherenssi. *Synkroninen* koherenssi viittaa voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä koskevien tulkintalauseiden sekä niiden tueksi esitettyjen, institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä asianmukaisesti johdettujen oikeudellisten perustelulauseiden keskinäisiin suhteisiin käsitteellisten, empiiristen tai normatiivisten perustelurelaatioiden merkityksessä. Oikeudellinen tulkintalause on *synkronisen* koherenssikäsityksen valossa sitä paremmin perusteltu, mitä vahvempaa tukea se saa institutionaalisista ja kielelliseen muotoon saatetuista yhteisöllisistä oikeuslähteistä asianmukaisesti johdetuista oikeudellisista perustelulauseista ja niiden keskinäisistä suhteista.

Oikeudellinen tulkintalause on *diakronisen* koherenssikäsityksen valossa sitä paremmin perusteltu, mitä vahvempaa tukea se saa parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian valossa tulkitusta oikeudellisesta eheydestä

(engl.: *law as integrity*).²¹ Dworkinin ajatus oikeudellisesta eheydestä sivuaa myös tulkintaopillista *konventionalismia*, jonka teoreettisia perusteita arvioin tuonnempana.

4.3 INSTITUTIONAALISTA TUKEA JA YHTEISÖLLISTÄ HYVÄKSYNTÄÄ NAUTTIVAT OIKEUSPERIAATTEET SEKÄ OIKEUDELLINEN EHEYDÄ RONALD DWORKININ MUKAAN

Amerikkalainen oikeusfilosofi Ronald Dworkin on kehittänyt omaa oikeusteoriaansa aina 1960-luvun lopulta lähtien, jolloin hänen keskeisartikkelinsa ”The Model of Rules I” ilmestyi.²² Dworkin kritisoi siinä etenkin H.L.A. Hartin *The Concept of Law* -teoksen edustamaa analyttistä oikeuspositivismia, joka hänen mukaansa sivuutti muiden ratkaisuperusteiden kuin varsinaisten oikeussääntöjen merkityksen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Hartin mukaan tuomarin ratkaisuharkinta rinnastuu lainsäätäjän suhteellisen vapaaseen eli vain perustuslain säännösten ja ylikansallisten sopimusvelvoitteiden rajoittamaan harkintaan tilanteessa, jossa voimassa olevat oikeussäännöt eivät rajoita hänen päätöksentekoaan. Dworkinin mukaan myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat *oikeusperiaatteet* ja vastaavat, varsinaisia oikeussääntöjä heikompa institutionaalista tukea nauttivat ja heikommin formaalit oikeudelliset *ratkaisustandardit* vaikuttavat tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, eikä mitään oikeudellisesti vapaata ja rajoittamatonta harkinta-aluetta jää niiden ulkopuolelle.

A Matter of Principle -artikkelikokoelman kirjoituksessaan ”Is There Really No Right Answer in Hard Cases?” sekä aiemman *Taking Rights Seriously* -kirjan artikkeleissa ”Hard Cases” ja ”Can Rights Be Controversial?” Dworkin perusteli idean yhdestä oikeasta ratkaisusta myös vaikeaan oikeudelliseen ongelmaan, jota käsitystä hän puolusti myös *Taking Rights Seriously* -teoksen toisen painoksen jälkikirjoituksessa ”Appendix: A Reply to Critics”²³. Koska tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellinen ratkaisuharkinta on sidottu institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiviin oikeusperiaatteisiin silloinkin, kun lainsäätäjän, tuomioistuinten tai muiden viranomaisten selväsanaisesti asettamat oikeussäännöt vaikenevat ratkaistavana olevasta asiasta

²¹ Dworkin, *Law's Empire*, *passim*; Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*.

²² Dworkin, ”The Model of Rules I”, *passim*. Kirjoitus sisältyy vuonna 1977 julkaistuu kirjoituskokoelmaan *Taking Rights Seriously* vuodelta 1977. Sen toinen, laajennettu laitos ilmestyi jo vuotta myöhemmin, ja siinä Dworkin myös vastaa laajasti saamaansa kritiikkiin.

²³ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 331–338 (= luku ”Munzer and No Right Answer”).

tai niiden tuomarin päätöksentekoa ohjaava vaikutus on muutoin riittämätön, myös vaikeaan oikeudelliseen ongelmaan on Dworkinin mukaan usein yksi oikea ratkaisu. Dworkinin oikeusteoriaa koskevassa keskustelussa tuo yhden oikean ratkaisun teesi on saanut monesti ylikorostuneen aseman, eikä Dworkinin itsensä sille asettamia reunaehdoita ole aina tyydyttävästi havaittu.²⁴

Myöhemmässä tuotannossaan eli *Law's Empire* -teoksessa ja sen jälkeen ilmestyneissä teksteissään Dworkin on kehitellyt ajatusta *oikeudellisesta eheydestä* tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana ideaalina, ja kiistanalainen idea yhdestä oikeasta ratkaisusta on saanut paljon väistyä väljemmin kriteerein määritellyn oikeudellisen koherenssin analyysin tieltä. Oikeudellinen eheys tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavana mittapuuna edustaa vahvemmin systeemistä käsitystä oikeusperiaatteista kuin Dworkinin varhaistuotannon keskeisartikkeli "The Model of Rules, I". Tuolloin Dworkin vielä katsoi, että oikeusperiaatteilla on vain heikko oikeudellinen ratkaisuarvo eli ne kykenevät vain viemään tuomarin ratkaisuharkintaa määrättyyn suuntaan ilman, että niillä olisi jutussa lopullisesti ratkaisevaa merkitystä.²⁵

"Vain säännöt kykenevät määräämään yksittäisen oikeusjutun lopputuloksen, kävi miten tahansa. Kun jutussa on päädytty säännölle vastakkaiseen lopputulokseen, tuo sääntö on joko hylätty tai sen sisältöä on muutettu. Oikeusperiaatteet eivät toimi samalla tavoin. Ne vain vievät [tuomarin] ratkaisuharkintaa määrättyyn suuntaan, kykenemättä sitä lopullisesti päättämään, ja ne säilyvät koskemattomina silloinkin, kun ne eivät johonkin tapaukseen sovellu."

Tämä on tosin ilmeisessä ristiriidassa Dworkinin oman keskeisesimerkin eli *Riggs v. Palmer* -tapauksessa vahvistetun oikeusperiaatteen kanssa. Siinä oikeusperiaate, jonka mukaan *kukaan ei saa hyötyä tekemästään vääryydestä*, syrjäytti

²⁴ Vrt. Dworkin, "Pragmatism, Right Answers, and True Banality", s. 365, missä Dworkin korostaa yhden oikean ratkaisun teesin *pragmaattista* ja anti-metafysiista luonnetta: "My thesis about right answers in hard cases is, as I have said, a very weak and commonsensical legal claim. It is a claim made within legal practice rather than at some supposedly removed, external, philosophical level. I ask whether, in the ordinary sense in which lawyers might say this, it is ever sound or correct or accurate to say, about some hard case, that the law, properly interpreted, is for the plaintiff (or for the defendant). I answer that, yes, some statements of that kind are sound or correct or accurate about some hard cases." – Samoin Dworkin *Taking Rights Seriously* -teokseen sisältyvässä kirjoituksessa "Can Rights Be Controversial?", s. 279 (kursivointi lisätty): "My arguments suppose that there is *often* a single rights answer to complex questions of law and political morality."

²⁵ "Only rules dictate results, come what may. When a contrary result has been reached, the rule has been abandoned or changed. Principles do not work that way; they *incline a decision one way, though not conclusively*, and they survive intact when they do not prevail." Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 35 (kursivointi lisätty; käännös allekirjoittaneen). – Vrt. Dworkin, mts. 26: "All that is meant, when we say that a particular principle is a principle of our law, is that the principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one direction or another."

säädännäisessä oikeudessa asetetun pätevän oikeussäännön, jonka mukaan testamentin tekijän määrämuodossa ilmaistua viimeistä tahtoa tulee kunnioittaa. Oikeusperiaatteella oli toisin sanoen *Riggs v. Palmer* -tapauksessa vahva, muodollisesti velvoittavan oikeussäännön sivuuttava oikeudellinen ratkaisuarvo,²⁶ joskaan Dworkin ei itse käytä termiä *oikeudellinen ratkaisuarvo*, jolla siis viittaaan oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovaan, velvoittavaan tai ohjaavaan vaikutukseen. Myöhemmässä tuotannossaan, kuten keskeisessä *Law's Empire* -teoksessa, Dworkin liittää oikeudellisen eheyden vaatimuksen selväsanaisesti oikeudellisen koherenssin yhteyteen, jolloin tuomarin tai muun lainsoveltajan sidonnaisuus oikeusperiaatteisiin ja vastaaviin ratkaisustandardeihin on aiempaa suurempi:²⁷

”Oikeudellinen eheys asettaa tuomareille vaatimuksen, että heidän tulee, siinä määrin kuin se on mahdollista, mieltää oikeus *keskenään yhdenmukaisten periaatteiden kokonaisuutena*, jotka määrittävät yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta, reiluutta ja puolueetonta oikeudenkäyntiä, ja se asettaa heille velvollisuuden antaa näille oikeusperiaatteille oikeus-suojaa heidän ratkaistavikseen tulevissa tapauksissa siten, että jokaisen päätöksenteon kohteena olevan henkilön asemaa arvioidaan samojen yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta ja reiluutta määrittävien standardien avulla.”

Dworkinin vaatimus oikeudellisesta eheydestä asettaa tuomarille tai muulle lakia soveltavalle viranomaiselle velvollisuuden tulkita voimassa olevaa oikeutta parhaalla eli *koherentimmalla* mahdollisella tavalla paitsi muodollisin perustein velvoittavien oikeussääntöjen myös riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja vastaavien oikeudellisten *ratkaisustandardien* valossa. Pyrkimys oikeudelliseen eheyteen asettaa tuomareille ja muille institutionaalisille lainsoveltajille varsin vaativan tehtävän:²⁸

²⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 23. – Onko *Riggs v. Palmer* -tapauksen oikeusohje sittenkin joko/tai -tyyppinen oikeussääntö, ei enemmän-tai-vähemmän -tyyppinen oikeusperiaate, niin kuin itse olen taipuvainen ajattelemaan?

²⁷ ”Law as integrity ask judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a *coherent set of principles* about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person’s situation is fair and just according to the same standards.” Dworkin, *Law’s Empire*, s. 243 (kursivointi lisätty; käännös allekirjoittaneen).

²⁸ ”[Integrity in adjudication] requires our judges, so far as this is possible, to treat our present system of public standards as expressing and respecting a coherent set of principles, and, to that end, to interpret these standards to find implicit standards between and beneath the explicit ones.” Dworkin, *Law’s Empire*, s. 217 (käännös allekirjoittaneen). Dworkin erottaa teoksessa kaksi oikeudellisen eheyden piirrettä, joista toinen on osoitettu lainsäätäjälle ja toinen eli yllä olevan tekstilainauksen ilmentävä käsitys on osoitettu tuomioistuimille ja muille institutionaalisille lainsoveltajille. Dworkin, *ibid.* – Oikeusperiaatteista, vrt. myös MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 152 *et seq.*

”[Oikeudellinen eheys] asettaa vaatimuksen, että tuomareiden tulee, siinä määrin kuin se on mahdollista, mieltää voimassa olevan oikeuden käsittämät ratkaisuperusteet keskenään yhdenmukaisten oikeusperiaatteiden kokonaisuutena sekä tässä tarkoituksessa tulkita kyseisiä ratkaisustandardeja siten, että myös oikeusjärjestyksen hiljaisesti edellyttämät ratkaisuperusteet ovat löydettävissä.”

Ajatus oikeudellisesta eheydestä on Dworkinin *Law's Empire* -teoksen punainen lanka eli tutkimuksellinen *credo*, jonka varaan kirjoittajan keskeisargumentaatio rakentuu.²⁹ Mutta mitä Dworkin täsmällisesti ottaen tarkoittaa *oikeudellisella eheydellä*? Tekstin analyytinen selkeys peittyä ajoittain sankan retoriikan hälyn ja pauhun alle, eikä ajatuksen kirkkaus ole aina ollut kirjoittajan tavoitteista ensisijaisin.³⁰ Jotain oikeudellisen integriteetin eli oikeudellisen eheyden luonteesta on yhtä kaikki Dworkinin tekstin perusteella lupa päätellä.

Dworkin ensinnäkin korostaa tuomarin oikeudellisen ratkaisutoiminnan vahvasti *konstruktivistista* luonnetta. Oikeusjuttua ratkaisevan tuomarin yhteiskunnallinen tehtävä rinnastuu ketjuromaaniin (engl.: *chain novel*) kirjoittamiseen, missä tuomarin yhtä hyvin kuin ketjuromaanin kirjoittavan kirjailijan tulee jatkaa joko oikeudellista tai vain fiktiivistä sarjakertomusta parhaalla eli *koherentimmalla* mahdollisella tavalla.³¹ Tuomari, yhtä vähän kuin ketjuromaanin jatkava kirjailija, ei voi ratkaista yksittäistä oikeusjuttua täydellisen mielivaltaisella tavalla, vaan tuomarin tulee osaltaan jatkaa toteutunutta 'oikeudellista jatkokertomusta' kansalaisille kohdennetuista oikeuksista ja velvollisuuksista

²⁹ Näin esimerkiksi: "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 (kursivointi lisätty); "how to make ... the best story ... from the standpoint of political morality", Dworkin, mts. 239; "Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, the *best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community*." Dworkin, mts. 255 (kursivointi lisätty); "... that the grounds of law lie in integrity, in the *best constructive interpretation of past political decisions* ...". Dworkin, mts. 262 (kursivointi lisätty); "He [Hercules] is guided instead by a sense of *constitutional integrity*; he believes that the American Constitution consists in the best available interpretation of American constitutional text and practice as a whole, and his judgment about which interpretation is best is sensitive to the great complexity of political virtues bearing on that issue." Dworkin, mts. 397–398 (kursivointi lisätty); "... which interpretation, all things considered, makes the community's legal record the *best it can be from the point of view of political morality*." Dworkin, mts. 411 (kursivointi lisätty).

³⁰ Vrt.: "The courts are the capitals of law's empire, and judges are its princes, but not its seers and prophets. It falls to philosophers, if they are willing, to work out law's ambitions for itself, the purer form of law within and beyond the law we have." Dworkin, *Law's Empire*, s. 407. – Vrt. Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen ankara motto: "... ja kaikki, mikä on tietoa, eikä vain hälyä ja pauhuna kuultua, mahtuu kolmeen sanaan." Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, s. 1 (kursivointi Wittgensteinin), mitä vaatimusta Dworkinin teksti tuskin täyttää.

³¹ Dworkin, "How Law Is Like Literature"; sama, *Law's Empire*, s. 228–238.

sekä vallan, vastuun ja niukkojen aineellisten resurssien yhteiskunnallisesta allokaatiosta parhaalla eli koherenteimmalla mahdollisella tavalla. Oikeudellinen eheys tarkoittaa toisin sanoen *oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen metakontekstin* eli *yhteiskunnallisen metanarratiivin* rekonstruoimista ja jatkamista tavalla, joka tekee oikeutta yhteiskunnan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyneille yhteiskunnallisille arvoille ja tavoitteille.

Kirjailijalla on aina mahdollisuus toteuttaa tarinassa yllättävä, täydellisesti ennalta-arvaamaton juonenkäännös. Samoin etenkin ylimmän oikeusasteen tuomari tai tuomarikollegio saattaa yllättäen kumota jokin vakiintuneesti noudatetun prejudikaatin ja asettaa sen tilalle täysin uuden oikeusohjeen. Näin on myös aika ajoin oikeuskäytännössä tapahtunut, kun oikeuden taustalla vaikuttava yhteiskunnallinen eli yhtäältä institutionaalinen ja toisaalta yhteisöllinen arvoperusta on riittävän syvällisesti muuttunut. Ketjuromaanin aiemmat juonenkäänteet eivät sido kirjailijaa kuin tiettyyn rajaan asti. Vastaavasti juttua ratkaisevalla tuomarilla on omaksutun kollektiivisen tuomarinideologian asettamissa rajoissa lopullinen päätäntävalta siihen, miten hän hän prejudikaatioikeudellista tai muunlaista, institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin kiinnittyvää oikeudellista tulkintatraditiota käsillä olevassa yksittäistapauksessa tulkitsee ja jatkaa. Hän voi antaa vakiintuneelle *ratio dicta* -jaottelulle uudenlaisen tulkinnan, mikä ketjuromaanin yhteydessä tarkoittaisi yllättävän juonenkäänteen toteuttamista. Samoin tuomari voi yksinkertaisesti kumota aiemman prejudikaatin, mikä ketjuromaani-vertauksessa kaiketikin tarkoittaisi täysin uudenlaisen sivujuonen aloittamista.

Toiseksi Dworkin korostaa oikeudellisen eheyden sidonnaisuutta oikeutta ja vallitsevaa poliittista yhteiskuntamoraalia jäsentäviin *oikeusperiaatteisiin*, joihin tuomarin tulee turvautua silloin, kun käsillä oleva oikeudellinen ongelma ei ratkea muodollisin perustein velvoittavien oikeussääntöjen avulla. Tyypitilanteita, joissa ratkaisijan tulee tukeutua institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiviin oikeusperiaatteisiin tai vastaaviin ratkaisustandardeihin, on nähdäkseni kolme: (a) oikeussääntöjen avoimeksi jättämä ratkaisutilanne, jossa tuomarilla ei ole tapaukseen soveltuvaa oikeussääntöä käytettävissään, (b) oikeussääntöjen keskinäinen ristiriita, joka on ratkaistava muuntamalla ratkaisuharkinta sääntöjen taustalla vaikuttavien periaatteiden arvosidonnaiseksi punninnaksi ja keskinäiseksi yhteensovittamiseksi,³² ja (c) tilanne, jossa

³² Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 77–78. ”Suppose a court decides to overrule an established common law rule that there can be no legal liability for negligent misstatements, and appeals to a number of principles to justify this decision, including the principle that it is unjust that one man suffer because of another man’s wrong. The court must be understood as deciding that the set of principles calling for the overruling of the established rule, including the principle of justice just mentioned, are as a group of greater weight under the circumstances than the set of principles, including the principle of stare decisis, that call for maintaining the rule as before. The court weighs two sets of principles in deciding whether to maintain the rule; it is therefore misleading to say that the court weighs the rule itself against one or the other set of these principles.”

sinänsä pätevän oikeussäännön soveltaminen johtaisi käsillä olevassa tapauksessa aksiologisesti kestävämpään lopputulokseen.

Kolmanneksi Dworkin korostaa oikeudellisen integriteetin liittymäkohtia tulkinnalliseen, pohdiskelevaan asenteeseen oikeuden soveltamisessa,³³ mikä johtaa *holistiseen* tarkastelutapaan suhteessa muodollisin perustein velvoittaviin oikeussääntöihin sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiviin oikeusperiaatteisiin ja muihin sääntöjä heikommin formaaleihin ratkaisustandardeihin.

Dworkin havainnollistaa oikeudellisen eheyden vaatimusta fiktiivisen super-tuomari *Herculeen* avulla, jonka hän oli esitellyt jo vuonna 1975 *Taking Rights Seriously* -teoksen artikkelissa ”Hard Cases”. Hercules on Dworkinin luoma ajatuksellinen ideaali, jolla on paitsi yliveritaiset juridiset tiedot ja taidot myös rajattomasti aikaa, ymmärrystä ja kärsivällisyyttä myös vaikeiden oikeudellisten ongelmien ratkaisemiseen parhaalla eli koherenteimmalla mahdollisella tavalla (engl.: *a lawyer of superhuman skill, learning, patience, and acumen*).³⁴ Tuomari Hercules – ja vain hän – pystyy (re)konstruoimaan parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian, jonka avulla käsillä olevaan oikeustapaukseen soveltuvien oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden suhteellinen painoarvo voidaan määrittää koherenteimmalla mahdollisella tavalla (engl.: *the best constructive interpretation of past political decisions*).³⁵ Vaikkei kukaan inhimillinen tuomari pysty täyttämään Dworkinin yli-inhimillisen supertuomari *Herculeen* mittoja, näillä on yhtä kaikki oikeudelliseen eheyteen perustuva velvollisuus pyrkiä sanotun ideaalin toteuttamiseen yksittäisessä ratkaisussa.³⁶

”Oikeus ei ehkä ole saumattomasti yhteen liittyvien perustelujen verkko, mutta jutun kantajalla on lupa odottaa, että Hercules toimii ikään kuin se sellaisen muodostaisi. (...) Hänen [tuomari *Herculeen*] tulee hahmottaa

³³ ”Law’s empire is defined by attitude, not territory of power or process. (...) It is an *interpretive, self-reflective attitude* addressed to politics in the broadest sense. (...) Law’s attitude is *constructive*: it aims, in the interpretive spirit, to lay principle over practice to show the best route to a better future, keeping the right faith with the past. It is, finally, a fraternal attitude, an expression of how we are united in community though divided in project, interest, and conviction.” Dworkin, *Law’s Empire*, s. 413 (kursivoinnit lisätty).

³⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 105; vrt. sama, *Law’s Empire*, s. 239 *et seq.*

³⁵ Dworkin, *Law’s Empire*, s. 262.

³⁶ ”The law may not be a seamless web; but the plaintiff is entitled to ask Hercules to treat it as if it were. (...) He [Hercules] must construct a scheme of abstract and concrete principles that provides a coherent justification for all common law precedents and, so far as these are to be justified on principle, constitutional and statutory provisions as well.” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 116–117 (käännös allekirjoittaneen). – Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa etenkin Aulis Aarnio on korostanut kansalaisten perustellun oikeusturvaodotuksen merkitystä, siltä kuitenkin ajatteluaan Dworkinin oikeudellisen eheyden tai supertuomari *Herculeen* kaltaiseen ajatukselliseen referenssiin. Aarniolle rationaalisen harkinnan diskurssisääntöihin sitoutuneen oikeusyhteisön enemmistön kanta saa toimia oikeudellisen tulkintalauseen viimekätisenä arviointikriteerinä. Oikeusturvaodotuksesta, Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 186–189; rationaalisesta hyväksyttävyydestä, Aarnio, mts. 278–287 ja etenkin s. 285.

oikeus abstraktien ja konkreettisten oikeusperiaatteiden kokonaisuutena, joiden avulla on mahdollista esittää sisäisesti johdonmukainen perustelu kaikille common law -oikeuden käsittämille prejudikaateille ja, siinä määrin kuin ne perustuvat periaatesidonnaisille lähtökohdille, myös perustuslain ja muun lainsäädännön käsittämille yksittäisille säännöksille.”

Dworkinin fiktiivinen supertuomari Hercules tarjoaa tuomarille tai muulle institutionaaliselle lainsoveltajalle yhtä hyvin kuin oikeuden tutkijalle ajatuksellisen referenssin eli viitekohdan, johon tuomarin tekemän oikeudellisen ratkaisun tai tutkijan perusteleman oikeudellisen tulkintalauseen normatiiviset premissit tulee kiinnittää oikeudellisen koherenssiteorian tarkoittamalla tavalla. Tällöin myös ajatus yhdestä oikeasta ratkaisusta on Dworkinin mukaan tietyin ehdoin mahdollinen. Sittenkin Hercules on vain ajatuksellinen konstruktio, jonka avulla Dworkin jäsentää tuomarin oikeudellista ratkaisutoimintaa, eikä senkaltaisen ajatuksellisen ideaalin avulla perusteltu oikeudellinen tulkintaratkaisu voi olla normatiiviselta velvoiteperustaltaan sanottua ajatuskonstruktiota itseään vahvempi. Entä mistä tiedämme, toteuttaako tuomarin tai muun lainsoveltajan antama ratkaisu tai oikeuden tutkijan tuottama oikeudellinen tulkintalause todellakin supertuomari Herculeen avulla määritellyn oikeudellisen eheyden vaatimukset? Myönteinen vastaus edellyttää sitoutumista vahvasti *konstruktiiiviseen* käsitykseen institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäisistä suhteista, jonka tulkinnan myös supertuomari Hercules voisi vahvistaa. Esitetyn oikeudellisen metateorian eli institutionaalisen ja yhteisöllisen metanarratiivin arviointi voi viime kädessä perustua vain myöhemmän tuomarin tai oikeuden tutkijan rekonstruktiiiviseen käsitykseen oikeudellisen koherenssin reunaehdoista.

Oikeudellisen koherenssiteorian etuna on joka tapauksessa ainakin yksi asia: toisin kuin asiantilojen edellytettyyn isomorfiasuhteeseen perustuva oikeudellinen korrespondenssiteoria, koherenssiteoria tarjoaa perustellun vastauksen myös aidosti tulkinnanvaraisen oikeusongelman ratkaisemiseen. Oikeudellisen korrespondenssiteorian asiallinen soveltamisalahan rajoittui vain täysin riidattomien rutiiniratkaisutilanteiden arviointiin, jollaista rajoittavaa oletusta oikeudellinen koherenssiteoria ei tee.

4.4 DUHEM-QUINEN TEESI: TIETEELLISEN TEORIAN HOLISTISUUS JA ALIMÄÄRÄYTYNEISYYS

Oikeudelliseen tulkintaoppiin sovellettuna filosofisen koherenssiteorian mukainen käsitys totuudesta lausejoukon tai uskomusjärjestelmän sisäisenä ominaisuutena merkitsee (ainakin) kahta seikkaa.

Ensinnäkin, koherenssiteorian mukainen totuus on *holistinen* tosiasia, missä määrättyllä tavalla rajatun lausejoukon, kuten tieteellisen teorian käsittämien

väitelauseiden tai institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden, kokonaisuus on aina määräävässä asemassa sen yksittäisiin osatekijöihin eli yksittäisiin lauseisiin nähden. Tieteellinen selittäminen on holistinen tapahtuma, missä jotain yksittäistä todellisuuden ilmiötä tai tapahtumaa pyritään selittämään jonkin tieteellisen teorian käsittämän lausejoukon avulla, eikä ole mitään keinoa koetella jotain teorian sisältämää yksittäistä (väite)lauseetta irrotettuna sen laajemmasta teoriakontekstista eli sanotun teorian käsittämien muiden (väite)lauseiden kokonaisuudesta.

Lisäksi tiede rakentuu aina olemassa olevan tieteellisen oppitradition varaan. Tilanne, jossa vakiintunut tieteellinen tutkimustraditio täydellisesti katkaistaisiin ja korvattaisiin toisella, merkitsisi radikaalia tieteellistä vallankumousta Thomas S. Kuhnin tieteensosiologian merkityksessä eli äkillistä tieto-opillista katkosta tai murrosta Michel Foucault'n tiedonarkeologian tarkastelemassa merkityksessä.³⁷ Vastaavasti kuvitteellinen oikeudellinen ja yhteiskunnallinen *tabula rasa* -tilanne, jossa vakiintunut oikeudellinen tulkintatraditio täydellisesti sivuutettaisiin, merkitsisi yhteiskunnallista vallankumousta, jossa yhteiskunnan institutionaaliset rakenteet korvataan toisilla, tai vaihtoehtoisesti alkuperäistä yhteiskuntasopimusta käsitteellisesti edeltävää alkutilaa (engl.: *original position*) esimerkiksi John Rawlsin oikeudenmukaisuusteorian tarkoittamassa merkityksessä.³⁸ Tavallisempaa on kuitenkin tieteellisen teorian yhtä hyvin kuin oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden kokonaisuuden osittainen ja vaiheittainen muuntaminen paremmin empiirisiä havaintoja tai oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa vastaavaksi.

Tieteellisen teorian yhtä hyvin kuin oikeudellisten perustelulauseiden ajallisesti muuntuviissa variaatioissa on pikemminkin kyse, Wienin piiriin kuuluneen filosofi Otto Neurathin osuvaa tieteenteorian metaforaa lainatakseni, *laivan korjaamisesta avomerellä* kuin vakiintuneen tieteellisen tai oikeudellisen maailmankuvan täydellisestä purkamisesta ja alusta pitäen uudelleen rakentamisesta.³⁹

³⁷ Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*; Foucault, *Les Mots et les choses*; sama, *L'Archéologie du savoir*.

³⁸ Tietämättömyyden verhon (engl.: *veil of ignorance*) takana järjestäytynyttä yhteiskuntaa edeltävässä alkutilassa laadittavasta yhteiskuntasopimuksesta, Rawls, *A Theory of Justice*, s. 136–142.

³⁹ Neurath, ”Protokollalauseet”, s. 96 (kursivoinnit Neurathin). – Suomentaja Reijo Vilkkö toteaa tekstin selitysosassa: ”Protokollalauseet ovat protokollakielen (ts. ’kokemuskielen’ tai ’fenomenaalisen kielen’ – Carnap puhuu myös ’ensimmäisestä kielestä’) yksinkertaisimpia lauseita, jotka Carnapin mukaan eivät kaipaa varmennusta vaan toimivat perustana tieteen kaikille muille lauseille. Ne viittaavat suoraan kokemuksessa annettuun ja kuvaavat siten välittömän kokemussisällön, ts. mahdollisimman yksinkertaisen tiedettävissä olevan asiantilan.” Raatikainen, toim., *Ajattelu, kieli, merkitys. Analyttisen filosofian avainkirjoituksia*, s. 417–418 (loppuviite 1). – Vrt. myös Coffa, *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*, s. 358: ”The elements of the Protocol are ’the sentences that need no justification but serve as foundation for all of the remaining sentences of science.’” (Sisäläinaus: Carnap, ”Die physikalische Sprache als Universalsprache der Wissenschaft”, s. 438.)

”*Ei ole olemassa mitään keinoa jolla tieteen lähtökohdaksi voitaisiin ottaa lopullisesti todennetut puhtaat protokollalauseet. Ei ole olemassa mitään tabula rasaa. Olemme kuin merimiehet, joiden on korjattava laivansa avomerellä, vailla mahdollisuutta purkaa se telakalla ja koota se uudelleen parhaista osista. Ainoastaan metafysiikka voi huoletta kadota jäljettömiin. Epätäsmällisiä ’sanarykelmiä’ on aina jollakin tavalla laivan rakennelosina. Jos epätäsmällisyys vähenee tiettyssä kohdassa, saattaa se hyvinkin lisääntyä jossakin toisessa kohdassa.*”

Toiseksi, ja läheisesti tieteenteoreettiseen ja tulkintateoreettiseen holismiin liittyen, tieteelliset teoriat yhtä hyvin kuin institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen, keskenään koherenttien perustelulauseiden yhdistelmät ovat väistämättä *alimääräytyneitä* suhteessa niiden semanttiseen kohdereferenssiin eli luonnontieteellisiin havaintolauseisiin, jos kyse on luonnontieteellisistä teorioista, tai oikeudellisten tulkintalauseiden kokonaisuuteen, jos kyse on institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdetuista oikeudellisista perustelulauseista. Teorian selitys- tai perusteluvoima voidaan sen vuoksi aina ’pelastaa’ tulkitsemalla muita teorian alaan kuuluvia lauseita merkittävästi aiemmasta poikkeavalla tavalla. Kirjallisuudessa käsitystä tieteellisen teorian holistisuudesta sekä alimääräytyneisyyttä suhteessa sen kohdereferenssiin on kutsuttu *Duhem-Quinen teesiksi* fyysikko Pierre-Maurice-Marie Duhemin (1861–1916) ja filosofi Williard Orman Van Quinen (1918–2000) mukaan.⁴⁰ Quinen mukaan:⁴¹

”Reduktionismin dogmi säilyy olettamuksessa, jonka mukaan jokainen väitelause, kun sitä tarkastellaan erillään muista lauseista, voi olla kokemusperäisesti todennettavissa tai heikennettävissä. Vastaehdotukseni, joka on keskeisin osin johdettu Carnapin *Aufbau*-teoksen fysikaalista

⁴⁰ Itse asiassa fyysikko Duhemin ja filosofi Quinen käsitykset poikkeavat jonkin verran toisistaan. Duhemin nimi on kuitenkin tapana liittää Quinen yhteyteen Duhem-Quinen teesin yhteydessä muun muassa sen vuoksi, että Quine viittaa Duhemiin keskeisartikkelissaan ”Two Dogmas of Empiricism”.

⁴¹ Quine, ”Two Dogmas of Empiricism”, s. 295, 296–297 (käännös allekirjoittaneen). – ”The dogma of reductionism survives in the supposition that each statement, taken in isolation from its fellows, can admit of confirmation or infirmation at all. My countersuggestion, issuing essentially from Carnap’s doctrine of the physical world in the *Aufbau*, is that our statements about the external world face the tribunal of sense experience not individually but only as a corporate body. (...) Any statement can be held true come what may, if we make drastic enough adjustments elsewhere in the system. Even a statement very close to the periphery can be held true in the face of recalcitrant experience by pleading hallucination or by amending certain statements of the kind called logical laws. Conversely, by the same token, no statement is immune to revision. Revision even of the logical law of the excluded middle has been proposed as a means of simplifying quantum mechanics; and what difference is there in principle between such a shift and the shift whereby Kepler superseded Ptolemy, or Einstein Newton, or Darwin Aristotle?” Vrt. myös Quine, ”Empirismin kaksi dogmia”, s. 149, 151, jossa esitettyä Juha Savolaisen käännöstä on tässä jonkin verran muutettu.

maailmaa koskevasta opista, toteaa, etteivät ulkoista todellisuutta koskevat väitelauseet tule milloinkaan havaintokokemusten 'tuomioistuimen' eteen yksittäisinä vaan aina osana laajempaa jäsentynyttä kokonaisuutta. [Quinen viite Duhemiin jätetty pois] (...) Mitä tahansa väitelausetta voidaan pitää totena, tuli mitä tuli, kunhan vain teemme riittävän rajuja uudelleenjärjestelyjä muualla [totena pidettyjen] lauseiden kokonaisjärjestelmässä. Jopa hyvin lähellä vallitsevan tiedollisen järjestelmän ulointa reunaa olevaa lausetta on mahdollista pitää totena vastakkaisista kokemuksista huolimatta, jos vetoamme aistiharhojen mahdollisuuteen tai teemme muutoksia logiikan lakeina hyväksytyihin lauseisiin. Vastaavasti mikään yksittäinen lause ei ole immuuni siihen mahdollisesti tehtäville muutoksille. On jopa ehdotettu kolmannen poissuljetun lakina tunnetun logiikan lain tarkistamista kvanttimekaniikan yksinkertaistamiseksi, ja mikäpä erottaa periaatteessa logiikan lakien tarkistamisen tavasta, jolla Kepler syrjäytti Ptolemaioksen, Einstein Newtonin tai Darwin Aristoteleen?"

Mikä tahansa tieteellinen teoria voidaan Quinen mukaan 'pelastaa' empiiristen havaintojen vastaavien tekemällä riittävän suuria muutoksia teorian muihin osatekijöihin, eikä mikään yksittäinen empiirinen havainto sen vuoksi kykene osoittamaan jotain selittävää tieteellistä teoriaa vääräksi (tai oikeaksi). Tieteellinen perustelu on toisin sanoen aina holistinen kokonaisuus ja alimääräytynyt suhteessa yksittäiseen havaintolauseeseen.

Duhem-Quinen teesi on varsinaisesti tieteenfilosofinen väittämä, joka määrittelee tieteellisen selittävän teorian suhdetta sen kohdereferenssiin. Nähdäkseni sitä voi soveltaa analogisesti myös oikeudelliseen tulkintaoppiin määrätyn oikeudellisen tulkinnan tueksi esitettyjen perustelulauseiden arvioimisen merkityksessä. Tällöin periaatteessa mikä tahansa oikeudellinen tulkintalause on perusteltavissa ja pelastettavissa ulkoiselta kritiikiltä, jos sen tueksi esitettyjen oikeudellisten perustelulauseiden järjestelmään tehdään riittävän suuria muutoksia eli jos tulkintalauseen tueksi esitettyjä, institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä asianmukaisesti johdettuja oikeudellisia perustelulauseita ja niiden keskinäisiä suhteita painotetaan olennaisesti toisella tavoin.

Oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden sisäinen koherenssi voidaan tuottaa aina useamman kuin vain yhden (laisen) oikeudellisen *tulkinta-avaimen* eli tulkintaskeman avulla, eikä – ainakaan lähtökohtaisesti – ole mitään yhtä ainoa oikeaa tulkinta-avaimen ja perustelulauseiden yhdistelmää määrätyn tulkintatuloksen perustelemiseksi. Yhteen ja samaan oikeudelliseen tulkintatulokseen voi päästä useamman kuin vain yhden oikeudellisten perustelulauseiden yhdistelmän avulla, ja yksistä ja samoista oikeuslähteistä voi vallan hyvin johtaa useita erilaisia oikeudellisia tulkintalauseita, joista osa saattaa olla keskenään ristiriitaisia. Tämä oikeudellisen tulkinnan alimääräytyneisyys suhteessa institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin on olennaisesti Duhem-Quinen teesin mukainen.

Entä mikä on *Duhem-Quinen teesin* suhde Ronald Dworkinin ideaan *oikeudellisesta eheydestä* (engl.: *law as integrity*) tulkinnan semanttisena referenssinä eli ajatuksellisesti vakioituna viitekohtana, johon idea yhdestä oikeasta ratkaisusta voitaisiin kiinnittää? Onko Dworkinin ajatus parhaan eli koherenteimman mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian avulla tuotetusta oikeudellisesta eheydestä puolustettavissa?⁴² Tällöin Dworkinin ideaalinen supertuomari Hercules voisi aina (re)konstruoida oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneista oikeusperiaatteista ja muista oikeudellisista ratkaisustandardeista esittämänsä oikeudellisen tulkinnan tueksi ”saumatoman oikeudellisten perustelujen verkon” (engl.: *seamless web of reasons*),⁴³ joka on tuossa ainutkertaisessa ratkaisutilanteessa koherenteimmalla mahdollisella tavalla jäsennetty.

Vai onko meidän hyväksyttävä pikemminkin filosofi W.V.O. Quinen kriittinen kanta, jonka mukaan tieteellisen teorian käsittämien selittävien lauseiden tai, kuten tässä, institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettujen oikeudellisten perustelulauseiden joukko on aina vääjäämättä tulkinnallisesti alimääräytynyt suhteessa joko luonnontieteiden empiirisiin havaintolauseisiin tai oikeudellisiin tulkintalauseisiin? Tällöin miltei mikä tahansa oikeudellinen tulkinta olisi pelastettavissa painottamalla institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettujen oikeudellisten perustelulauseiden joukkoa jonkin verran aiemmasta poikkeavalla tavalla. Molempia vaihtoehtoja, Dworkinin keskeisajatusta oikeudellisesta eheydestä sekä Quinen teesiä tulkinnan holistisuudesta ja alimääräytyneisyydestä suhteessa sen kohdereferenssiin, ei voi samanaikaisesti hyväksyä – vai voiko?

Ristiriita Dworkinin ajatusten sekä Duhem-Quinen teesin välillä on sovittamaton vain, jos oikeudellisessa tulkinnassa sitoudutaan Dworkinin varhaistuo-
tannossaan esittämään yhden oikean ratkaisun teesiin. Duhem-Quinen teesi kiistää sen, että oikeudelliseen ongelmaan voisi olla vain yksi oikea ratkaisu: oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettuja normipremissejä on aina mahdollista tulkita tavalla, joka tekee jonkin vaihtoehtoisen tulkinnan voimassa olevasta oikeudesta vähintään yhtä hyvin perustelluksi kuin se kanta, jota ensin yhtenä ainoana oikeana ratkaisuna esitettiin. Kun Dworkinin myöhemmässä tuotannossa yhden oikean ratkaisun oppi on saanut paljon väistyä muiden painotusten, kuten parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian avulla tuotetun *oikeudellisen eheyden* tieltä,⁴⁴

⁴² ”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 (kursivointi lisätty).

⁴³ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 116.

⁴⁴ Dworkin, *Law’s Empire*, *passim*; sama, ”Pragmatism, Right Answers, and True Banality”, s. 365–366.

myös jännite Dworkinin oikeusteorian ja Duhem-Quinen teesin välillä laukeaa.

Sitoutuminen institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden koherenssiin sekä oikeudelliseen eheyteen oikeudellisen tulkinnan vakioituna viimeksi-tenä referenssinä ei ole ristiriidassa Duhem-Quinen teesin kanssa, jollei samalla tehdä oletusta yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta vaikeaan oikeudelliseen ongelmaan. Oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan avulla voi toisin sanoen perustella monilukuisen joukon oikeudellisia tulkintalauseita, jotka ovat oikeudellisen koherenssiteorian valossa riittävän hyvin perusteltuja eli saavat totuusarvon ”tosi^{KOHERENSSI}” suhteessa oikeudellisen koherenssiteorian määrittelemään institutionaaliseen totuuteen. Myöskään Dworkinin ”Hard Cases” -artikkelin esittelemää fiktiivistä supertuomari Herculesta ei tällöin tarvita oikeudellisen tulkintalauseen validiteetin ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisen ehtona.

4.5 TOTAALIKOHERENSSI JA OSITTAISKOHERENSSI

Dworkinin idea parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian rekonstruomisesta ja oikeudellisesta eheydestä oikeudellisena tulkintakriteerinä tarkoittaa pyrkimystä oikeudellisen *totaalikoherenssin* toteuttamiseen, missä käsillä olevaa yksittäistä oikeudellista ongelmaa tarkastellaan ’parhaan’ eli koherentimman mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian valossa. Oikeudellinen kokonaisteoria viittaa institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden tulkintaan holistisen oikeudellisen *metanarratiivin* avulla. Totaalikoherenssi ei välttämättä ole toteutettavissa modernin oikeuden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden monimuotoisuuden ja hajautuneisuuden vuoksi.

Voimassa oleva oikeus koostuu institutionaalsiin päätöksiin perustuvista oikeussäännöistä ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvista oikeusperiaatteista, jotka ilmentävät eri tavoin oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa. Moniarvoiselle, ’polysentriselle’ yhteiskunnalle on ominaista, että oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen ulottuvuus on rekonstruoitavissa varsin erilaisten systeemisten kiintopisteiden varaan, eikä oikeus ole enää senkaltaisen staattinen oikeussääntöjen kokonaisuus kuin käsiteläinopin valtakaudella 1900-luvun alkupuolella ja osin vielä sen jälkeenkin analyyttisen oikeustieteen aikana. Oikeussäännöt ovat myös usein tietoinen kompromissi erilaisten keskenään ristiriitaisten yhteiskunnallisten intressien kesken,⁴⁵ jolloin oikeus-

⁴⁵ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 77: ”Indeed, one of my reasons for drawing the distinction between rules and principles was just to show how rules often represent a kind of compromise amongst competing principles ...”

sääntöjen tulkinta yksittäistapauksissa toistaa ja uusintaa yhteiskunnallisia arvo- ja tavoiteperusteita. Oikeusperiaatteiden punninnassa arvo- tai tavoitesidonnainen elementti on jo määritelmällisesti läsnä. Voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tulkinta voi myös radikaalisti muuttua yhteiskunnallisten käsitysten ja arvostusten muuttuessa.

Dworkinin kunnianhimoinen ajatus oikeudellista totaalikohereenssia toteuttavan oikeudellisen eheyden saavuttamisesta yksittäisessä oikeudellisessa ratkaisutilanteessa voi toisin sanoen olla epärealistinen tavoite tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan vaikuttavien institutionaalisten ja yhteisöllisten tekijöiden monimuotoisuuden ja hajanaisuuden vuoksi. Vaikeassa oikeudellisessa tulkintatilanteessa tai oikeudellisesti säätelemättömässä tilanteessa vaatimus oikeudellisesta eheydestä saattaa johtaa äärimmäisen monimutkaiseen ja soveltamisalueeltaan puhtaasti kasuistiseen malliin, joka ei ole yleistettävissä muihin samankaltaisiin tapauksiin tai muutoinkaan operationalisoivissa toimivaksi oikeudellisen analyysin työvälineeksi. Oikeudellinen totaalikohereenssi ei ehkä ole muiden kuin fiktiivisen supertuomari Herculeen tavoitettavissa. Oikeudellisen totaalikohereenssin sijaan on tyydyttävä oikeudelliseen *osittaiskohereenssiin* eli soveltamisalaltaan vain määrättyyn oikeuskysymykseen tai tiettyyn oikeudenalaan rajoitetun oikeudellisen sääntely- ja ratkaisumallin toteuttamiseen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Sen avulla institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettu oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden joukko on saatettavissa keskenään yhdenmukaiseksi ilman, että tarvitsisi Dworkinin tavoin sitoutua oletukseen parhaasta mahdollisesta oikeudellisesta kokonaisteoriasta.

Ei kenties ole mitään oikeudellista *yhtenäisteoriaa*, *Suurta Kertomusta* tai kokoavaa oikeudellista *metanarratiivia*, joka käsittäisi kokonaisuudessaan oikeuden vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan. Oikeudellisen yhtenäisteorian sijaan tuomarin tai tutkijan käytettävissä on ehkä vain joukko vahvemmin tilannesidonnaisia oikeudellisia analyysimalleja eli, Thomas Wilhelmssonin termien, ”pieniä hyviä (vastuu)kertomuksia”,⁴⁶ joiden avulla oikeudellisia tulkintatilanteita voi jäsentää enemmän tai vähemmän tyydyttävällä tavalla ilman, että ehdottu ratkaisu tai sovellettu oikeudellinen argumentaatiomalli olisi yleistettävissä voimassa olevan oikeuden johtavaksi ratkaisuperusteeksi tai tutkimukselliseksi menettelytavaksi. Pienet hyvät vastuukertomukset ja oikeudellinen osittaiskohereenssi heijastavat modernin oikeuden fragmentoitunutta, ’tilkkutäkkimäistä’ luonnetta, missä erilaiset yhteiskunnalliset

⁴⁶ Vrt. Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 193–239. – Palaan kysymykseen oikeudellisesta metateoriasta lähemmin alla luvuissa 12.1 ”Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti”, 16 ”Miksi oikeus velvoittaa? Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti” ja 19.9 ”Ronald Dworkinin oikeudellinen eheys suhteessa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen metakontekstiin”.

arvo- ja tavoiteperusteet lomittuvat toisiinsa tavalla, joka ei ole sellaisenaan yleistettävissä muihin samankaltaisiin ratkaisutilanteisiin.⁴⁷

Osittaiskoherenssiin perustuva oikeudellinen argumentaatio noudattaa Yhdysvaltain ja osin Englannin *common law* -oikeuden kehitysdynamiikkaa oikeussäännön asiallisen soveltamisalan *analogisen laventamisen* ja faktaperustaisen poissuljennan eli *distinktiotekniikan* (engl.: *distinguishing*) vaiheittaisen ja paljolti ennakoimattoman vuorottelun merkityksessä. Keskeistä on käsillä olevan uuden oikeustapauksen suhde aiempaan ennakkoratkaisuun tai, oikeamin, siitä johdettavissa olevaan yleiseen oikeusohjeeseen (lat.: *ratio decidendi*). Mahdollisia vaihtoehtoja on kaksi: alkuperäisen prejudikaattinormin soveltamisalaa joko lavennetaan siten, että se laajenee käsittämään myös uuden oikeustapauksen oikeudellisessa katsannossa riittävän samanlaiseksi arvioidun oikeustosisekaston, jolloin kyse on prejudikaattinormin *analogisesta* soveltamisesta, tai uuden tapauksen tosiseikasto rajataan riittämättömän samankaltaisuuden vuoksi prejudikaattinormin ulkopuolelle, jolloin kyse on oikeudellisen *distinktiotekniikan* soveltamisesta. Keskeistä on toisin sanoen arvioida, onko käsillä oleva tapaus oikeudellisessa katsannossa *riittävän samankaltainen* suhteessa aiempiin, oikeuskäytännössä jo ratkaistuihin tapauksiin, joissa kyseistä oikeusohjetta on sovellettu ja täsmennetty.⁴⁸

Esimerkiksi Yhdysvaltain valmistajan tuotevastuuta koskevassa oikeuskehityksessä ”itsessään vaaralliset esineet” erotettiin vähitellen, tapausluokka kerrallaan ”ei-vaarallisista esineistä” eli esineistä, jotka olivat käyttäjälleen vaaraksi vain, jos niissä oli jokin valmistusvirhe,⁴⁹ ja kumpaankin tapausluokkaan sovelletut oikeussäännöt johtivat varsin erilaiseen aineelliseen lopputulokseen. Niinpä tuomari, jonka on ratkaistava uuden tapausluokan määrittely suhteessa itsessään vaarallinen/ei-vaarallinen esine -luokitukseen, on seuraavanlaisen ongelman edessä:⁵⁰

Kun ladattu ase, mahdollisesti väärin valmistettu ase, virheellisellä etiketillä varustettu myrkyllistä ainetta sisältänyt pullo, koostumukseltaan virheellinen shampoo, käytössä rikkoutuneet rakennustelineet, viallinen kahvinkeitin ja viallinen aerosolipullo on tuomioistuinten aiemmissa ratkaisuissa luokiteltu esineiksi, jotka ovat itsessään vaarallisia, kun taas rikkiäiset hevoskärryt, rikkoutuessaan räjähtänyt valaisin, viallinen sirkkelin vastapyörä ja viallinen vedenkuumennin on luokiteltu esineiksi,

⁴⁷ Thomas Wilhelmsson on kuvannut tämän fragmentoimiskehityksen vaikutuksia eurooppa-oikeudellisessa kontekstissa osuvan vieteriukkovertauksen avulla. Wilhelmsson, ”Vieteriukko-teoria EY-oikeudesta”, *passim*.

⁴⁸ Kasuistisesta argumentaatiosta moraalifilosofian tulkintakontekstissa, Jonsen & Toulmin, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, etenkin s. 304 *et seq.*

⁴⁹ Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, s. 9–25.

⁵⁰ Vrt. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, s. 18.

jotka eivät ole itsessään vaarallisia vaan vaarallisia ainoastaan, jos niissä on jokin valmistusvirhe, niin miten tulisi nyt luokitella viallinen juotoskolvi tai mikä tahansa muu sanotussa katsannossa toistaiseksi luokittelematon esine suhteessa sanottuun käsitteelliseen kahtiajakoon?

Keskeistä on uuden, myöhemmän tuomarin arvioitavana olevan tapauksen tai tapausluokan suhde ennakkoratkaisusta tai ennakkoratkaisujen joukosta johdettuun, tapauskohtaisesti yleistettävissä olevaan oikeusohjeeseen. Tätä *common law* -oikeuden yhteydessä syntynyttä oikeudellista päättelymallia voidaan soveltaa analogisesti myös lainsäädännön kautta syntyneisiin säädöksiin sekä muihin institutionaaliin ja kirjallisessa muodossa ilmaistuihin yhteisöllisiin oikeuslähteisiin.

Oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta voi myös äkillisesti muuttua teknisen kehityksen tai yhteiskunnan institutionaalisen arvoperustan muutosten myötä. Yksittäisiin tuomioistuin- ja viranomaisratkaisuihin perustuva oikeus on *dynaaminen* eli avoin luokittelujärjestelmä (engl.: *moving classification system*), joka jatkuvasti elää, muuntuu ja täydentyy sekä saattaa lopulta kumoutua sitä aina uusiin oikeustapauksiin sovellettaessa.⁵¹ Yhdysvaltain oikeuskäytännön 'itsessään vaarallisten esineiden' luokituksessa kävi juuri siten: 1900-luvun alkupuolella oikeustapauksessa, jossa arvioitavana oli auton valmistajan tuotevastuu sen rakenteellisesta viasta, oikeuskäytännössä vaiheittain muotoutunut, vakiintunut prejudikaatiooikeudellinen sääntö kumottiin, ja nyt aiempi poikkeussääntö nostettiin uudeksi pääsäännöksi.⁵² Yksittäisiin tuomioistuinratkaisuihin sidotun oikeudellisen tulkinnan logiikka on näin sama kuin filosofi Ludwig Wittgensteinin ideassa pelistä, jonka sääntöjä saatetaan muuttaa – ja myös tavanomaisesti muutetaan – tuon pelin kuluessa.⁵³

Sitoutuminen Dworkinin myöhästuotannon ideaan oikeudellisesta totaali-koherenssista asettaa tuomarille tai muulle lainsoveltajalle huomattavasti tiukemmat vaatimukset kuin Edward H. Levin ajatus oikeudesta dynaamisesti muuntuvana luokittelujärjestelmänä, jonka tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on varsin joustavasti tilannekohtaisesti määritettävissä. Oikeudellisen osittaiskoherenssin myötä oikeudellinen kokonaissystematiikka hajoaa oikeuden eri osalohkojen tai enemmän tai vähemmän suppeasti määriteltyjen osa-alueiden suhteelliseksi autonomiaksi, jolloin vaatimus oikeudellisesta koherenssista saattaa ääritapauksessa rajoittua vain muutaman säädöksen tai yksittäisen prejudikaatin keskinäisten suhteiden arvioimiseen.

⁵¹ Oikeuskäytännöstä muuttuvana luokittelujärjestelmänä, Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*; Smith, "The Redundancy of Reasoning", *passim*.

⁵² Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, s. 20–25. Tapaus oli *MacPherson v. Buick Motor Company* (Court of Appeals of New York, 1916; 317 N.Y. 382; 111 N.E. 1050).

⁵³ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 83 (s. 75).

4.6 PALUU OIKEUDELLISEN KOHERENSSIN MÄÄRITELMÄÄN

Hylkäsin edellä Aleksander Peczenikin ja Robert Alexyn ehdottaman koherenssin määritelmän. Peczenik ja Alexy määrittivät tieteellisen teorian tai oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden joukon koherenssin kvantifioitavissa olevien määreiden avulla, liittyen kyseisen teorian tai lausejoukon *sisäiseen lauserakenteeseen*, siinä hyödynnettyihin *käsitteisiin* sekä teorian *kohteeseen*. Perustelin kannan, jonka mukaan koherenssin määritelmään on syytä lukea vain tekijät, jotka liittyvät tieteellisen teorian tai lausejoukon sisäiseen lauserakenteeseen sekä siinä hyödynnettyihin käsitteisiin.

Määrittelen oikeudellisen tulkintateorian tai oikeudellista tulkintaa jäsentävän oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden koherenssin kokoavasti seuraavien *kvalitatiivisten*, ei kvantitatiivisten, kriteerien avulla:

Oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden joukko on koherentti, jos se toteuttaa vaatimukset (a) *loogis-käsitteellisestä ristiriidattomuudesta*, (b) *propositionaalisesta kongruenssista* eli oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisestä yhteensopivuudesta, (c) *aksiologis-normatiivisesta yhteensopivuudesta* eli oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden, vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden sekä yksilöitävissä oleviin institutionaalisiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen normatiivisesta ja arvoperustaisesta yhdenmukaisuudesta ja (d) *narratiivisesta johdonmukaisuudesta* eli *oikeudellisesta eheydestä*, joka kiinnittää oikeudellisen tulkinnan opillisen ja oikeuskulttuurisen tradition jatkuvuuteen.

Koherenssin osatekijöistä kaksi ensimmäistä eli kielen looginen syntaksi ja propositionaalinen eli lauserakenne ovat minkä tahansa tieteellisen teorian tai lausejoukon ominaisuuksia, kun taas aksiologis-normatiivinen yhteensopivuus ja narratiivinen eheys liittyvät erityisesti oikeudelliseen tulkintateoriaan. Loogis-käsitteellinen ristiriidattomuus, propositionaalinen kongruenssi ja aksiologis-normatiivinen yhteensopivuus ovat *synkronisen* koherenssin osatekijät. Oikeudellinen eheys toteuttaa *diakronista* eli narratiivista koherenssia, mutta se voidaan mieltää myös oikeudellisen totaalikohereenssin tarkoittamalla tavalla 'parhaana mahdollisena' tulkintana oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta ja metakontekstista.

Loogis-käsitteellinen ristiriidattomuus viittaa (oikeudellisten) käsitteiden ja loogisen syntaksin muodostamaan oikeutta koskevan puhunnan loogiseen kielioppiin, jota oikeudellinen tulkintateoria(kaan) ei saa loukata. Kyse on toisin sanoen yhteisön käyttämän kielen loogis-syntaktisesta kieliopista predikatiivisten eli subjekti + attribuutti -tyyppisten lauserakenteiden ja vastaavien muiden kielioppisääntöjen merkityksessä. Niinpä teoria ei voi esimerkiksi samanaikai-

sesti väittää, että ” x on a ” ja että ” x on $-a$ ” tai että oikeussääntöä p tulee tulkita samanaikaisesti tavalla q ja $-q$, syyllistymättä samalla käsitteelliseen ja loogiseen ristiriitaan.

Propositionaalinen eli teorian tai määrätyn lausejoukon *lauserakenteen kongruenssi* viittaa tieteellisen teorian käsittämien havaintolauseiden ja niitä selittävien perustelulauseiden tai, oikeudellisessa asiayhteydessä, institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäiseen yhteensopivuuteen.⁵⁴ Oikeudellisen tulkinta-teorian käsittämien oikeudellisten tulkintalauseiden tulee olla paitsi keskenään yhteensopivat myös yhdenmukaiset niiden tueksi esitettyjen oikeudellisten perustelulauseiden kanssa. Jotta oikeudellisen tulkintalauseen perustelut täyttäisivät oikeudellisuuden vaatimuksen, niiden tulee olla johdettu institutionaalisen tulkintaideologian edellyttämällä tavalla institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä, kuten voimassa olevasta lainsäädännöstä, virallisesta lainvalmisteluaineistosta, prejudikaateista ja oikeuskäytännöstä, tavanomaisesta oikeudesta, vakiintuneesta sopimuskäytännöstä sekä mahdollisista muista institutionaalisista tai yhteisöllisistä oikeuslähteistä.

Aksiologis-normatiivinen yhteensopivuus käsittää vaatimuksen (a) oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneiden yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden, (b) vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien sekä (c) yksilöitävissä oleviin institutionaalisiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen normatiivisesta ja aksiologisesta eli arvoperustaisesta yhdenmukaisuudesta. Oikeudellisen tulkintateorian käsittämät säännöt ja periaatteet eivät toisin sanoen saa olla keskenään epäyhteensopivat, ja molempien tulee saada asianmukaista tukea oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta.

Narratiivinen johdonmukaisuus viittaa amerikkalaisen Ronald Dworkinin ajatukseen *oikeudellisesta eheydestä*, jonka fiktiivinen supertuomari Hercules kykenee tuottamaan parhaan eli koherenteimman mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian avulla.⁵⁵ Oikeuden narratiivinen eheys sijoittuu aina määrättyyn oikeudelliseen tulkinta- ja perustelukontekstiin, jota oikeuden institutionaaliset, yhteisölliset, kulttuuriset ja historialliset reunaehdot rajaavat. Dworkinin vaatimus oikeudellisesta eheydestä tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana ideaalina on samalla oikeuden vallitsevasta institutionaalisesta ja

⁵⁴ Tällöin tulee tietenkin ensin edellyttää, että myös yhteisöllisistä oikeuslähteistä, kuten tavanomaisesta oikeudesta tai juristikunnan ammatillisesta itseymmärryksestä ja ammattiettiikasta, johdetut oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet on ensin saatettu kielelliseen ilmiäsuun.

⁵⁵ ”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 (kursivointi lisätty).

yhteisöllisestä *metakontekstista* eli oikeudellisesta *metateoriasta* eli oikeudellisesta *metanarratiivista* esitetty tulkinta, joka toteuttaa koherenteimmalla mahdollisella tavalla vallitsevaa oikeudellista *sääntely- ja ratkaisulogiikkaa* sekä *institutionaalista tulkintaideologiaa* (a) lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston ilmentämän *lainsäädäntöideologian*, (b) prejudikaattien, muiden tuomioistuinratkaisujen ja muiden oikeudenkäyttöä yhtenäistävien viranomaispäätösten ilmentämän kollektiivisen *tuomarinideologian*, (c) tavanomaisen oikeuden, vakiintuneiden sopimusoikeudellisten vastuunjakokäytäntöjen, juristikunnan oikeudenalakohteisesti eriytyneen ammatillisen itseymmärryksen ja ammattietiikan sekä mahdollisten muiden oikeudellisten konventioiden ilmentämän yhteisöllisen *oikeuskäsityksen* tai (d) näiden kolmen tietynlaisen yhdistelmän tarkoittamalla tavalla. Oikeudellinen eheys takaa näin sen, että oikeudellisen tulkintalauseen perustelema käsitys institutionaaliin päätöksiin perustuvien *oikeussääntöjen* ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien *oikeusperiaatteiden* oikeudellisesta validiteetista ja tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä vastaa vallitsevaa oikeudellista metateoriaa eli metakontekstia määrätyssä oikeusyhteisössä.⁵⁶

Oikeudellisen koherenssin rakenteelliset osatekijät eli *loogis-käsitteellinen ristiriidattomuus*, oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden lauserakenteen *propositionaalinen kongruenssi*, *aksiologis-normatiivinen yhteensopivuus* tulkinnan kannalta merkityksellisten yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden, vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden sekä institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen kesken samoin kuin oikeuden *narratiivinen eheys* suhteessa vallitsevaan oikeudelliseen metakontekstiin ovat oikeudellisen koherenssiteorian asettamat oikeudellisen ratkaisuharkinnan kriteerit, jotka jokin yksittäinen oikeudellinen tulkintalause kykenee vain enemmän tai vähemmän epätäydellisesti täyttämään. Kyse on toisin sanoen Lon L. Fullerin perustelemasta *ideaalisesta moraalista* (engl.: *morality of aspiration*),⁵⁷ joka saa nyt jäsentää oikeudellista ratkaisuharkintaa oikeudellisen koherenssiteorian keskeistavoitteiden saavuttamiseksi.

Duhem-Quinen teesi kaikenlaisen tulkinnan holistisuudesta ja alimääräytyneisyydestä suhteessa sen semanttiseen kohdereferenssiin soveltuu yhtä kaikki myös kerrotulla tavalla määriteltyyn oikeudelliseen koherenssiin, joka ei ole sekään immuuni tieteellisten tai oikeudellisten väitteiden ja niiden tueksi esitettyjen perustelujen yleisille lainalaisuuksille.

Toisin kuin Peczenik ja Alexy edellä päättelivät, tieteellisen tai oikeudellisen koherenssin määritelmälliset ominaisuudet eivät siis ole kvantitatiivisten kri-

⁵⁶ Palaan oikeudellisen eheyden määritelmään suhteessa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen metakontekstiin tämän teoksen toisessa pääluvussa ”Tulkintaideologia, totuusarvo, metakonteksti”.

⁵⁷ Fuller, *The Morality of Law*, s. 5–9, 41–44.

teerien avulla arvioitavissa.⁵⁸ Kyse on sen sijaan tieteellisen teorian tai oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden joukon rakenteellisten osatekijöiden keskinäisen yhteensopivuuden *kvalitatiivisesta* eli laadullisesta arvioimisesta, jonka keskeiskriteerit eivät ole saatettavissa numeerisen tai edes ordinaalisen mallin eli suhteellisen etusijajärjestyksen muotoon. Lukumääräisesti vähäisempi oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden joukko voi hyvin olla koherentimpi kuin lausemäärältään ja perusteluketjujensa pituudeltaan mittavampi lausejoukko, jos – ja vain jos – se toteuttaa edellä määritellyt oikeudellisen koherenssin kvalitatiiviset kriteerit vertailukohtaansa paremmin. Myöskään Dworikin keskeisajatus parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian⁵⁹ avulla tuotetusta oikeudellisesta eheydestä eli totaalikohereenssista ei ole saatettavissa kvantitatiivisen mallin muotoon. Vanha oikeudellinen sanonta, jonka mukaan tuomari ei oikeudellista ratkaisua tehdessään tee laskutoimituksia, *iudex non calculat*, jolla on viitattu oikeudellisen ratkaisutoiminnan muunlaiseen kuin matemaattiseen tai laskennalliseen luonteeseen, pitää näin tulkittuna myös oikeudellinen koherenssin osalta paikkansa.

4.7 OIKEUDELLISEN KOHERENSSITEORIAN SUHDE SEN TUTKIMUKSELLISIIN VAIHTOEHTOIHIN

Oikeudellisen koherenssiteorian suhteellisia vahvuuksia on ainakin kaksi. Ensinnäkin, se antaa kirjallisessa muodossa annetuille *institutionaalisille* ja *yhteisöllisille* oikeuslähteille, kuten lainsäädännölle, lainvalmisteluaineistolle, pre-judikaateille ja muulle tuomioistuin- ja viranomaiskäytännölle sekä tavanomaisoikeudellisille sopimus- ja muille vakiintuneille yhteisöllisille käytännöille, keskeisen merkityksen voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä määritettäessä. Tämä oikeuslähteopin rajausta on lähellä yhtäältä Alf Rossin edustaman *analyyttisen oikeusrealismin* ja toisaalta Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustaman *institutionaalisen oikeuspositivismin* mukaista oikeuskäsitystä. Modernin oikeuden yhtäältä lingvistiset eli kielisidonnaiset sekä toisaalta institutionaaliset ja yhteisölliset ominaispiirteet tulevat näin asianmukaisesti huomioon otetuiksi, mikä erottaa oikeudellisen koherenssiteorian esimerkiksi oikeuden yhteiskunnallisiin vaikutuksiin kiinnittyvästä oikeudellisesta konsekventialismista, jota tarkastelen jäljempänä.

Toiseksi oikeudellinen koherenssiteoria – toisin kuin oikeudelliseen tulkintaoppiin sovitettu korrespondenssiteoria – ei rajaa tulkinnallisesti vaikeita tai hankalia ratkaisutilanteita tarkastelun ulkopuolelle, vaan se pyrkii löytämään

⁵⁸ Vrt. toisin Peczenik, ”Coherence”, s. 124.

⁵⁹ Dworkin, *Law's Empire*, s. 262.

oikeudellisesti perusteltavissa olevan ratkaisun myös niihin Ronald Dworkinin analysoiman oikeudellisen eheyden tai vastaavan oikeudellisen tulkintakriteerin avulla. Korrespondenssiteorian ongelmana on sen tuottamien tulosten mielenkiinnostomuus yhtä hyvin käytännön tuomarin kuin lainopin tutkijan näkökulmasta: kun sanottu lähestymistapa soveltuu vain helppoihin ja rutiiniluonteisiin ratkaisutilanteisiin, siitä ei ole hyötyä aidosti pulmallisten ja vaikeiden oikeudellisten harkintatilanteiden jäsentämisessä. Koherenssiteorian keskeispremissit ovat sen sijaan sovitettavissa yhteen oikeuden yhteisöllistä hyväksyttävyyttä painottavan oikeudellisen uusretoriikan kanssa, niin kuin alla lähemmin perustelen.

Totaalikoherenssiin perustuvan tulkintateorian heikkoutena on sen vahvasti konstruktiivinen luonne ja siitä aiheutuva kontrolloimattomuus. Tuomarin tai oikeuden tutkijan väite, jonka mukaan esitetty oikeudellinen tulkinta toteuttaa oikeudellista eheyttä koherenteimman mahdollisen lähestymistavan merkityksessä, on aina riitautettavissa jonkin muun tulkinnallisen vaihtoehdon hyväksi Duhem-Quinen teesin tarkoittamalla tavalla eli oikeudellisten perustelulauseiden joukon tulkinnallista alimääräytymistä koskevan katsantokannan mukaisesti. Oikeudellisen *osittaiskoherenssin* tulkinnalle asettamat vaatimukset ovat tässä suhteessa lievemmat, mutta ne johtavat helposti puhtaasti kasuistiseen eli vain tapauskohtaisesti määritettävissä olevaan oikeuskäsitykseen, jolloin tulkinnan kontrolloitavuus vastaavasti menetetään. Totuuden korrespondenssiteorian kannattajien koherenssiteoriaa vastaan esittämään kritiikkiin, jonka mukaan koherenssiteoria sallii sisäisesti koherenttien keijukaistarujen esittämisen tosina kuvauksina maailmasta, oikeudellinen koherenssiteoria voi vastata vain viittamalla vakiintuneesti sovellettuihin institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sekä niiden keskinäissuhteisiin, mikä väitetyksi sulkee fiktiiviset kuvaukset oikeudesta ja yhteiskunnasta oikeudellisen tulkinnan ulkopuolelle.

Koherenssiteorian pulmallista suhdetta todellisuuteen ja korrespondenssiteorian mukaiseen totuuskäsitykseen kuvastaa hyvin kasku, joka kiersi Wienin piirissä vuoden 1935 tienoilla. Sen mukaan johdonmukainen totuuden koherenssiteorian kannattaja, kuten Otto Neurath, joutuisi ravintolaillallisella ylivoimaisen pulman eteen, koska hänellä ei ole mitään keinoa saada selville, vastaa-ko tarjoilijan hänelle tuoma annos todellakin sitä ruokalajia, jonka hän oli listalta valinnut, vai oliko tarjoilija vaihtanut tilatun annoksen toiseen. Taustalla oli Bertrand Russellin pisteliäs huomautus, jonka mukaan ainakaan hän ei ravintola-asiakkaana ollut erityisen kiinnostunut (esimerkiksi) ravintolan annoslistan käsittämien sanojen keskinäisistä suhteista vaan ainoastaan siitä, että todellakin saisi tilaamansa ja maksamansa annoksen.⁶⁰ Se, mikä tekee Russellin ja Neurathin valitsemasta annoksesta esimerkiksi ”kanaa Kievin tapaan”, on kuitenkin sidoksissa yhteisöllisesti omaksuttuun kielelliseen käsitejärjestel-

⁶⁰ Coffa, *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*, s. 367.

mään, jonka semanttiset merkitykset ovat viime kädessä määriteltävissä vain suhteessa kielen toisiin käsitteisiin. Emme voi astua kielen ulkopuolelle sen varmistamiseksi, että korrespondenssiteorian tarkoittama vastaavuussuhde kielen käsitteiden ja maailman asiantilojen välillä todellakin vallitsee, koska tieto maailmasta on väistämättä sidoksissa kielen käsitteisiin.

Matemaatikko Hans Hahn kysyi kerran Wienin piirin istunnossa Neurathilta, miksi fyysikoiden pitäisi ylipäätään tehdä empiirisiä kokeita, jos kerran tieteellisesti perusteltavissa tieto on Neurathin tarkoittamalla tavalla sidoksissa lauseiden keskinäiseen koherenssiin. Valitettavasti Neurathin vastaus ei ole säilynyt Wienin piirin arkistoissa. J. Alberto Coffan arvion mukaan ainoa looginen vastaus Hahnin kysymykseen olisi ollut, ettei mitään syytä empiirisiin kokeisiin voinut olla.⁶¹ Protokollalauseiden tai vastaavien empiiristen havaintolauseiden keskinäinen koherenssi edellyttää kuitenkin *korrespondenssiteorian* mukaista vastaavuussuhdetta kielen ja maailman välillä, jotta ylipäätään olisi kyse *havaintolauseista*.

Hyödynnettävän lähdeaineiston *institutionaalisuus* erottaa oikeudellisen koherenssiteorian oikeuden taloudellisiin ja muihin mahdollisiin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin kiinnittyvästä tulkintaopillisesta konsekventialismista. Oikeudellinen uusretoriikka saattaa kiinnittyä koherenssiteorian tavoin institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin, mutta muunkinlaiset oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet saattavat saada Perelmanin universaaliauditorion tai Aarnion ideaaliauditorion kaltaisen tulkintakriteerin hyväksynnän. Oikeuden määritelmällinen institutionaalisuus yhdistää oikeudellisen koherenssiteorian kahteen muuhun oikeudelliseen tulkintafilosofiaan: yhtäältä oikeudelliseen eksegeesiin, joka korostaa lainsäätäjän alkuperäisten tavoitteiden merkitystä analyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla, jolloin oikeuslähdeopin pääpaino on lainsäädännöllä ja sitä tukevalla lainvalmisteluaineistolla, ja toisaalta analyttiseen oikeusrealismiin, joka korostaa toteutuneita ja toteutettavissa olevia oikeusvaikutuksia, jolloin prejudikaatit sekä muu tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntö saavat oikeuslähdeopissa keskeisen sijan.

Estettä luonnonoikeusfilosofian korostamien oikeudenmukaisuuskriteerien hyödyntämiselle ei myöskään ole, jos ne vain ovat johdettavissa institutionaalisista tai kirjalliseen muotoon saatetuista yhteisöllisistä oikeuslähteistä sekä toteuttavat osaltaan oikeudellisen osittais- tai totaalkoherenssin vaatimuksen. Itsenäisen oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen asemaa luonnonoikeusfilosofian perustelemat sisällölliset tulkintakriteerit eivät kuitenkaan saa, jolleivät ne samalla nauti riittävää institutionaalista ja yhteisöllistä tukea erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä.

⁶¹ Coffa, *ibid.*

5 Oikeudellinen uusretoriikka: universaaliauditorion yhteisöllinen hyväksyntä

5.1 OIKEUDELLINEN ARGUMENTAATIO, UUSRETORIikka JA TOPIikka

Yhteisöllinen konsensussteoria ja oikeudellinen uusretoriikka hylkäävät sekä perinteisen korrespondenssiteorian että koherenssiteorian tieteellisen totuuden ja oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteereinä. Oikeudellinen korrespondenssiteoria kiinnitti siis oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerit isomorfia- eli kuvasuhteeseen oikeussäännössä määritellyn ja maailmassa toteutuneen tosiseikaston välillä. Tarkastelun painopiste oli oikeudellisen näyttö- eli faktakysymyksen sekä edellytetyn isomorfiasuhteen arvioinnilla, kun taas oikeusnormin tulkinnallinen merkityssisältö katsottiin lähtökohtaisesti ongelmattomaksi. Oikeudellinen koherenssiteoria puolestaan kiinnitti tulkinnan institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisiin suhteisiin, missä edellä esittämäni tulkinnan mukaan kielellisten osatekijöiden loogis-käsitteellinen ristiriidattomuus, propositionaalinen kongruenssi, aksiologis-normatiivinen yhteensopivuus ja narratiivinen oikeudellinen eheys Ronald Dworkinin tarkoittamassa merkityksessä saivat määrittää oikeudellista totaalikohereenssia. Tulkinnallinen totuus oikeudesta oli kiinteästi sidoksissa paitsi yhteisössä käytettyyn kieleen ja sen rakenteellisiin ominaisuuksiin myös yhteisölliseen maailmankuvaan.

Pragmatistinen käsitys oikeudellisesta tulkinnasta käsittää joukon yhteisöllisen totuuskäsityksen muunnelmia, jotka kiinnittävät tieteellisen teorian, oikeudellisen tulkintalauseen tai käytännön toimintaa jäsentävän uskomuksen totuuden (a) *yhteisölliseen hyväksyntään*, (b) *vakiintuneisiin institutionaalsiin ja yhteisöllisiin käytäntöihin* tai (c) *todennettavissa ja koeteltavissa oleviin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin*. Yhteisöllinen hyväksyntä oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerinä ilmentää oikeudellista uusretoriikkaa ja yhteisöllistä konsensussteoriaa. Vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt viittaavat oikeudelliseen konventionalismiin. Oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset viittaavat tulkintaopilliseen konsektionalismiin. Yhteistä pragmatistisen totuusteorian ja tulkintaopin variaatioille on tieteellisen teorian, uskomuksen tai oikeudellisen tulkintalauseen kiinnittäminen yhteisöllisesti määräytyneeseen käytännön toimintaan ja koeteltavissa oleviin luonnontieteellisiin tai yh-

teiskunnallisiin vaikutuksiin. Pragmatistisen totuusteorian eri muunnelmat saattavat liittyä eri tavoin yhteen oikeudellisen tulkintateorian osatekijöinä, ja ne saattavat tukeutua osaltaan myös muihin oikeudellisiin tulkintamalleihin, kuten oikeudelliseen koherenssiteoriaan.

Totuuden *konsensusteoria* määrittelee tieteellisen teorian, lauseen, käsityksen tai uskomuksen totuuden yhteisöllisen hyväksynnän avulla. Oikeudellista tulkintalauseetta arvioitaessa ratkaisevaa on sen yhteisöllinen hyväksyntä *kohde-auditoriossa*, joka on enemmän tai vähemmän ideaalisesti määritelty, jotta erilaiset vapaata yhteisöllistä tahdonmuodostusta vääristävät satunnaistekijät, kuten kohderyhmään kohdistuva uhkailu, pakottaminen tai muut ei-asialliset suostuttelukeinot, rajautuvat tarkastelun ulkopuolelle. Yhteisöllisen hyväksynnän sijaan voi puhua myös yhteisöllisestä konsensuksesta tieteellisen teorian, arkipokemusta jäsentävän uskomuksen tai oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerinä. Tulkinnallinen konsensusteoria edellyttää oikeudellisesti määrittyneen kohteen, jotta olisi kysymys *oikeudellisesta* tulkintalauseesta ja sen yhteisöllisestä hyväksynnästä. Yleistäen totuuden konsensusteoria edellyttää tietynlaista käsitystä todellisuudessa vallitsevista asiantiloista, institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäisuuhteista tai vastaavista ilmiöistä, joihin yhteisöllinen hyväksyntä on totuuden konsensusteorian tarkoittamalla tavalla kohdennettavissa.

Thomas S. Kuhnin tieteensosiologian keskeisajatus, jonka mukaan tiedeyhteisön kollektiivisesti hyväksymillä uskomuksilla ja käsityksillä on ratkaiseva merkitys (luonnon)tieteellisen tiedon historiallisesti muuttuvina kriteereinä, on tieteenteoreettisilta premisseiltään totuuden konsensusteorian mukainen.¹ Toisaalta, niin kuin kuhnilainen tieteenfilosofia sinänsä avoimesti myöntää, tiedeyhteisö voi myös olla kollektiivisesti täydellisen väärässä, kun asiaa arvioidaan totuuden konsensusteorian erilaisten vaihtoehtojen, kuten totuuden korrespondenssiteorian tai pragmatistisen totuusteorian, hyväksymien kriteereiden valossa, jotka eivät ole samalla tavoin sidoksissa määrättyssä yhteisössä tietyllä hetkellä omaksuttuihin kollektiivisiin uskomuksiin. Tieteen myöhempi kehitys saattaa kumota aiemmat ehdottoman tosina pidetyt käsitykset, mistä keskiajan skolastisen luonnontieteen ja maakeskisen planeettajärjestelmän vaihtuminen uuden ajan empiiriseen luonnontieteeseen ja aurinkokeskiseen maailmankuvaan on hyvä esimerkki. Edes logiikan tai matematiikan totuudet eivät ole immuuneja tiedollisille vallankumouksille, vaan useat aikanaan apriorisina ja itsestään selvinä pidetyt totuudet ovat myöhemmin osoittautuneet virheellisiksi.

¹ Kuhnin tieteenteoriasta sekä sen (pulmallisesta) soveltuvuudesta oikeustieteeseen tai yleisesti ihmis- ja yhteiskuntatietisiin, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 387–460. – Ranskalaisfilosofi Michel Foucault päätyi ihmistieteiden tiedonarkeologiassaan samantyyppisiin päätelmiin tiedon yhteisöllisestä luonteesta. Foucault’laisen tiedonarkeologian suhteesta oikeudelliseen tietomuotoon (ransk.: *épistémè*), Siltala, mts. 1 *et seq.*

Yhteisöllinen hyväksyntä oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerinä kietoutuu yhteen tulkinnan kannalta merkityksellisen *kohdeauditorion* eli tulkinnan tarkoitetun kohderyhmän sekä muiden filosofisesta (*uus*) *retoriikasta* tai *topiikasta* johdettujen keskeisideoiden kanssa. Uusretoriikka palautuu Aristoteleen kirjoituksiin päättelystä, jonka premissit – toisin kuin varsinaisen deduktiivisen päättelyn premissit – eivät ole välttämättä tosia tai tosiksi tunnettuja vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän uskottavia, todennäköisiä tai totuudenkaltaisia niiden kohdeauditoriossa. Lisäksi aristotelisen retoriikan tai topiikan alaan kuuluva päättely ei ole premissien totuusarvon säilyttävää päättelyä. Samoin oikeudellisten fakta- ja normipremissien perusteella tehtävät tulkintopilliset päätelmät eivät voi nekään olla välttämättä tosia tai tosiksi tunnettuja vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän hyvin perusteltuja, todennäköisiä, uskottavia, hyväksyttäviä, kohtuullisia, adekvaatteja tai totuudenkaltaisia määrättyssä oikeusyhteisössä, jos aristotelisen uusretoriikan keskeisvääntämät hyväksytään oikeudellisen päättelyn lähtökohdaksi.

Aristoteleen topiikan ja retoriikan kirjoitukset löydettiin Euroopassa uudelleen 1950-luvulla, kun saksalainen Theodor Viehweg (1907–1988) ja belgialainen Chaïm Perelman (1912–1984) oivalsivat niiden merkityksen muun muassa oikeudelliselle päättelylle.² Oikeudellisen argumentaatioteorian myöhemmälle kehitykselle Perelmanin ja hänen oppilaidensa edelleen kehittäminen uusretoriikka on osoittautunut Viehwegin topiikkaa merkityksellisemmäksi. Perelmanin (ja Lucie Olbrechts-Tytecan) alulle panemaa oikeudellista uusretoriikkaa ovat sittemmin kehittäneet oikeudellisen argumentaatioteorian yhteydessä muun muassa Jerzy Wróblewski,³ Neil MacCormick,⁴ Aleksander Peczenik,⁵ Robert Alexy,⁶ Robert S. Summers⁷ ja Aulis Aarnio.⁸ He ovat kaikki kuuluneet kansainväliseen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmään, joka on tarkastellut yhtäältä säädännäisen oikeuden ja toisaalta prejudikaattien tulkintaa laajalti oikeusvertailevassa ja argumentaatioteoreettisessa katsannossa.⁹

² Aristoteles, ”Retoriikka”; sama, ”Topiikka”; Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*; Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation. La nouvelle Rhétorique*; Perelman, *Rhétoriques*; sama, *Retoriikan valtakunta*. – Perelmankin viittaa toki myös Aristoteleen *Topiikkaan*, ei vain tämän *Retoriikkaan*, esim. Perelman, ”Une théorie philosophique de l'argumentation”, s. 244.

³ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*.

⁴ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*.

⁵ Peczenik, *The Basis of Legal Justification*; sama, *On Law and Reason*; sama, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*.

⁶ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Argumentation*.

⁷ Summers, *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*; sama *Essays in Legal Theory*; sama, *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*.

⁸ Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*; sama, *Laintulkinnan teoria*; sama, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*.

⁹ MacCormick & Summers, eds., *Interpreting Statutes. A Comparative Study*; samat, eds., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Prejudikaattiperustaisesta oikeudesta myös Silta-la, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*.

Perelmanin oikeudellinen *uusretoriikka* ja paljolti sen vaikutuksesta syntynyt analyttinen *oikeudellinen argumentaatioteoria* ilmentävät totuuden konsensusteorian mukaista käsitystä tulkinnasta, missä tulkintalauseen kohdeauditorion yhteisöllinen hyväksyntä saa etusijan oikeussäännön ja maailmassa toteutuneiden asiantilojen vastaavuuteen (= oikeudellinen korrespondenssiteoria) tai kirjallisessa muodossa ilmaistujen institutionaalisten oikeuslähteiden koherenssiin (= oikeudellinen koherenssiteoria) tai muihin vastaaviin vaihtoehtoihin nähden. Suomalainen oikeudellinen argumentaatioteoria on ollut paljolti keskustelua Aulis Aarnion *rationaalisen hyväksyttävyyden* idean varaan rakentuvan teorian kanssa, johon Chaïm Perelmanin *universaaliauditorion* käsite läheisesti liittyy.

5.2 INSTITUTIONAALISET JA YHTEISÖLLISET OIKEUSLÄHTEET SEKÄ STAATTINEN JA DYNAMIINEN OIKEUSNORMIN VOIMASSAOLOKÄSITYS

Aulis Aarnio on määritellyt oikeusnormin voimassaolon ja oikeudellisen tulkintalauseen perusteltavuuden oikeudellisen argumentaatioteoriasa keskeiskäsitteiden *rationaalinen hyväksyttävyys* sekä *ideaalinen partiaaliauditorio* avulla. Koska oikeusnormin merkityssisältöä koskevat *tulkintalauseet* voidaan Aarnion mukaan aina kääntää oikeusnormin voimassaoloa koskeviksi *normilauseiksi* ja kääntäen, oikeusnormin tulkintaa ei voi milloinkaan täysin erottaa sen oikeudellisen voimassaolon konstitutiivisista kriteereistä, vaan kyse on kuin saman kolikon kahdesta eri puolesta.¹⁰ Yksittäinen oikeusnormi on Aarnion mukaan voimassa määrättyssä oikeusyhteisössä ja oikeudellinen tulkintalause on vastaavasti asianmukaisesti perusteltu, jos ja vain jos se vastaa *rationaaliseen harkintaan sitoutuneen oikeusyhteisön enemmistön* käsitystä voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä.

Aarnion mukaan puhe oikeusnormin *voimassaolosta* voi tarkoittaa kolmenlaista voimassaolon tapaa tai perustaa: muodollis-systeemistä *pätevyyttä*, tosiasiallista (*täytäntöönpano*)*tehokkuutta* tai aksiologista eli arvoperustaista *hyväksyttävyyttä*.¹¹

¹⁰ Aarnio, "On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics", s. 166: "Interpretative statements and norm statements are only two sides of the same coin."

¹¹ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 83–98. Jaottelu palautuu puolalaisen oikeusfilosofin Jerzy Wróblewskin tekemään oikeuslähteiden jaotteluun. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 75–85. Taustalla on myös Aleksander Peczenikin *skall – bör – får* -tyyppisten oikeuslähteiden luokittelu. Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 214–221. Vrt. myös Tolonen, joka jakaa oikeuslähteet formaaleihin, materiaalsiin ja reaalsiin. Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*, s. 29–68. Tolonen toteaa itsekin pyrkivänsä Aarnion jaottelun edelleen kehittämiseen, joskin hieman eri näkökulmasta kuin Aarnio (ja Peczenik). Tolonen, mts. 28.

Oikeuden *muodollis-systeeminen pätevyys* vastaa analyttisen oikeuspositivismin ja etenkin Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin edustamaa formaalia kantaa, jonka mukaan oikeusnormin voimassaolo viittaa yksinomaan sen muodolliseen syntytapaan eli siihen tosiseikkaan, että oikeusnormi joko on tai sitten ei ole säädetty voimassa olevan perustuslain tarkoittamalla tavalla. Kelsenin mukaan viime kädessä edellytetty, transsendentaalis-looginen *perusnormi* (saks.: *Grundnorm*) takaa voimassa olevan perustuslain – tai oikeammin: ajallisesti varhaisimman perustuslain, josta nykyinen perustuslaki on johdettavissa – oikeudellisen velvoittavuuden.¹² Englantilaisen H.L.A. Hartin mukaan oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö (engl.: *ultimate rule of recognition*) ja sen käsittämä viittaus voimassa olevien oikeussääntöjen muuttamista koskeviin toisen asteen kompetenssinormeihin (engl.: *secondary rules of change*) toteuttavat osaltaan analyttisen oikeuspositivismin tarkoittamaa oikeuden muodollista syntytapaa.

Tosiasiallinen (täytäntöönpano)tehokkuus oikeuden voimassaolokriteerinä tarkoittaa vaatimusta, jonka mukaan yksittäistä oikeusnormia myös tosiasiallisesti sovelletaan tuomioistuinten ja viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä, eikä kyse ole *desuetudo*-tapauksesta, jossa muodollis-systeemisesti pätevä oikeusnormi jää vaille oikeudellisen soveltamiskäytännön tukea. Oikeudellinen tehokkuuskriteeri viittaa näin amerikkalaisen ja osin myös skandinaavisen oikeusrealismin edustamaan realistis-sosiologisesti määriteltyn oikeuskäsitykseen, missä *toteunut* ja *toteutettavissa* oleva oikeus (engl.: *law in action*) saa etusijan lainsäätäjän alun perin tarkoittamaan tai lainoppineiden jäsentämään oikeuteen (engl.: *law in books*) nähden.¹³

Tanskalaisen Alf Rossin analyttisen oikeusrealismin mukaan voimassa oleva oikeus on *toteutuneiden* ja todennäköisesti myös tulevaisuudessa *toteutettavissa* olevien oikeusvaikutusten eli niiden *tehokasta oikeussuojaa* nauttivien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus, jotka ovat tunnistettavissa vallitsevan *tuomarinideologian* eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeudellisen ratkaisuideologian käsittämien normatiivisten premissien avulla. Koska tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellinen toimivalta ei ole perusteltavissa puhtaasti oikeusrealististen tai sosiologisten tekijöiden avulla ilman, että oikeus palautuu peläksi

¹² Dworkin käytti säännön muodollisesta syntytavasta lievästi ironista termiä *pedigree* eli sukupuutai kantakirja. Sanan etymologia ja alkuperäinen käyttöyhteys viittaa alun perin koirien ja vastaavien muiden kotieläinten polveutumisen jäljittämiseen ja rodullisen puhtauden varmistamiseen. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40.

¹³ Jaottelu *law in books* – *law in action* on amerikkalaisen oikeusrealismin tai sitä edeltäneen sosiologisen oikeustieteen edustajan Roscoe Poundin alun perin ehdottama. Pound, ”Law in Books and Law in Action”. – Oikeudesta toteutuneena ja myös vastaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 40–43 ja 50–59, missä arvioin tanskalaisen Alf Rossin ja H.L.A. Hartin analyttistä oikeusrealismia.

poliittiseksi vallankäytöksi ilman oikeudellista kvaliteettia, oikeuden tosiasialliseen täytäntöönpanotehokkuuteen perustuva voimassaolokäsitys edellyttää samalla määrättyjen valtiosääntöoikeudellisten ja prosessioikeudellisten kelpoisuus- eli toimivaltanormien muodollis-systeemistä pätevyyttä. Ilman valtiosääntöoikeuden oikeusnormeja tuomioistuimet ja muut lakia soveltavat viranomaiset eivät olisi tunnistettavissa oikeudellisesti toimivaltaisiksi institutionaalisiksi lainsoveltajiksi, ja ilman prosessioikeuden oikeusnormeja tuomioistuin- ja viranomaismenettely palautuisi kulloisenkin tuomarın tai muun lainsoveltajan mielivaltaan ilman oikeudellista kvaliteettia.

Oikeuden *aksiologinen* voimassaolo viittaa oikeusnormin tai oikeudellisen tulkintalauseen *arvoperustaiseen hyväksyttävyyteen* määrättyssä, joko ideaalissa tai tosiasiallisesti olemassa olevassa oikeusyhteisössä. Sisällöllisen hyväksyttävyyden vaatimusta on sovellettu etenkin oikeusperiaatteisiin ja niihin rinnastuviin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin, joilta on yhteisöllisen hyväksynnän ohella edellytetty (oikeussääntöjä heikompaa) institutionaalista tukea, jotta ne voisivat saada oikeudellista ratkaisuarvoa eli merkitystä tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavina tekijöinä. Yleisemmin aksiologiset voimassaoloperusteet ilmentävät luonnonoikeudellista käsitystä 'oikeasta oikeudesta' (saks.: *richtiges Recht*) eli ylipositiivisesta oikeudesta, joka velvoittaa yhtä hyvin lainsäätäjää kuin tuomioistumiakin.

Aarnion mukaan voimassa oleva oikeus on johdettavissa tuomaria tai muuta viranomaista eri tavoin velvoittavista oikeuslähteistä. Ne voidaan jakaa *vahvasti velvoittaviin*, *heikosti velvoittaviin* ja (vain) *sallittuihin* oikeuslähteisiin. Erottelukriteerinä eriasteisesti velvoittavien oikeuslähteiden välillä on yhtäältä tuomarille tai muulle viranomaiselle langetettavat sanktiot eli kielteisinä koetut viralliset tai epäviralliset seuraukset, mikäli hän poikkeaa vakiintuneesta oikeuslähteiden hierarkiasta, sekä toisaalta kansalaisten perusteltu oikeusturvaodotus, mistä yleinen oikeudellisten ratkaisujen perusteluvelvollisuus on ajatuksellisesti johdettavissa. Vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä ovat Aarnion mukaan lainsäädäntö ja tavanomainen oikeus, jollei lainsäädäntöä asiasta ole. Heikosti velvoittavia ovat lain esityöt eli virallinen lainvalmisteluaineisto sekä prejudikaatit eli etenkin maan ylimpien tuomioistuinten antamat ennakkoratkaisut mutta tietyin ehdoin myös muut tuomioistuinratkaisut. Sallittuja oikeuslähteitä ovat yhtäältä institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen (engl.: *committed*) ja toisaalta siitä kriittisesti irtautuneen (engl.: *detached*) lainopin tuottamat oikeudelliset tulkintalauseet,¹⁴ muiden maiden oikeusjärjestyksistä johdetut oikeusvertailevat argumentit samoin kuin reaaliset argumentit eli tul-

¹⁴ Jako institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneeseen ja siitä kriittisesti irtautuneeseen lainoppiin perustuu allekirjoittaneen käsitykseen, ei Aarnion teoriaan.

kinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset seuraukset etenkin oikeuden taloudellisten vaikutusten merkityksessä.

Oikeuslähteistä asianmukaisesti johdetun oikeusnormin tulkinnallisen merkityssisällön tulee siis Aarnion mukaan täyttää *rationaalisen hyväksyttävyyden* vaatimus, jonka hän johtaa kansalaisten oikeudenkäyttöön kohdistuvasta perustellusta oikeusturvaodotuksesta. Se on jaettavissa yhtäältä ratkaisun *ennustettavuuteen* mielivallan välttämisen merkityksessä sekä toisaalta ratkaisun aineelliseen *hyväksyttävyyteen* ja *kohtuullisuuteen*.¹⁵ Oikeudellisen ratkaisun on oltava rationaalisen harkintaprosessin tulos sekä sisällöllisesti hyväksyttävä ja kohtuullinen, jotta se täyttäisi asianmukaisesti kansalaisten perustellun oikeusturvaodotuksen lainkäytölle asettamat vaatimukset. Aarnio viittaa myös 1500-luvulla eläneen Olaus Petrin tuomarinohjeisiin pohjoismaisen oikeuskäsityksen historiallisen perustan ilmentäjänä.¹⁶

Sitoutuminen oikeusyhteisön *enemmistön* käsityksiin oikeusnormin voimassaolon kriteerinä tarkoittaa samalla sitä, että erilaiset yhteiskunnalliset vähemmistöryhmät eivät nauti Aarnion mallissa samanlaista oikeusuoja kuin oikeusyhteisön enemmistö, eikä sitoutuminen Aarnion tarkoittamalla tavalla rationaalisen harkinnan diskurssisääntöihin takaa saavutettujen oikeudellisten tulkintatulosten aineellista hyväksyttävyyttä ja kohtuullisuutta oikeusyhteisössä vähemmistön näkökulmasta arvioituna. Ratkaisuharkinnan rationaalisuus on vain *menettelyllinen* oikeusturvakriteeri, kun taas saavutetun tulkintatuloksen aineellinen hyväksyttävyys on kiinnitetty oikeusyhteisön enemmistön kantaan. Teoria ei sen vuoksi ota vähemmistöjen oikeuksia riittävän vakavasti Ronald Dworkinin kansalaisten (perus)oikeuksiin kiinnittyvän oikeusteorian tarkoittamalla tavalla.¹⁷ Etnisten, seksuaalisten, uskonnollisten ja muiden vastaavien yhteiskunnallisten vähemmistöryhmien oikeudet tulisi turvata myös Aarnion oikeudellisen ratkaisuharkinnan mallissa esimerkiksi vahvistamalla määrättyjen ihmis- ja perusoikeuksien ehdoton loukkaamattomuus, jota ei ole lupa rikkoa edes demokraattisin enemmistöpäätöksin.¹⁸

Aarnio ei määrittele *voimassa olevan oikeuden* käsitettä keskeistuotannossaan muutoin kuin viittaamalla yhtäältä edellä mainittuihin kolmeen oikeusnormin voimassaolon tapaan muodollis-systeemisen pätevyyden, tosiasiallisen

¹⁵ Hyvä johdatus Aarnion oikeusajatteluun on teos *Laintulkinnan teoria* vuodelta 1988. Kokoa-
vasti oikeusnormin voimassaolosta, Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 83–100, oikeusturvaodotuk-
sesta, Aarnio, mts. 186–189; vahvasti velvoittavista, heikosti velvoittavista ja vain sallituista
oikeuslähteistä, Aarnio, mts. 218–247; sekä rationaalisesta hyväksyttävyydestä, Aarnio, mts. 285.

¹⁶ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 186–188.

¹⁷ *Ota oikeudet vakavasti!* on Dworkinin oikeusteorian varhaisvaiheen sisältö yhdellä lauseella
ilmaistuna. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *passim*.

¹⁸ ”A right against the Government must be a right to do something even when the majority
thinks it would be wrong to do it, and even when the majority would be worse off for having it
done.” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 194.

täytäntöönpanotehokkuuden ja arvoperustaisen hyväksyttävyyden merkityksessä sekä toisaalta eri tavoin velvoittavista oikeuslähteistä johdettujen oikeudellisten tulkintalauseiden hyväksyttävyyteen ideaalisesti määritellyssä kohdeauditoriossa. Rekonstruktio Aarnion voimassa olevan oikeuden käsitteestä olisi edellä sanotun perusteella seuraavanlainen:¹⁹

Voimassa oleva oikeus on niiden vahvasti velvottavista, heikosti velvoittavista ja (vain) sallituista oikeuslähteistä johdettujen oikeusnormien eli yhtäältä muodollis-systeemisin perustein velvoittavien oikeussääntöjen sekä toisaalta aksiologisin eli arvosidonnaisin perustein velvoittavien oikeusperiaatteiden kokonaisuus, jonka *rationaalisen harkinnan kriteerit täyttävä oikeusyhteisö* voisi hyväksyä.

Rekonstruktio Aarnion tavoin ymmärretystä voimassa olevan oikeuden käsitteestä on oikeudellisen uusretoriikan ja yhteisöllisen konsensusteorian mukainen, koska oikeusyhteisön hyväksyntä eli *hyväksyttävyys rationaalisen harkinnan diskurssisääntöihin sitoutuneessa ideaalisessa oikeusyhteisössä* on asetettu oikeusnormin voimassaolon ehdoksi. Taustalla on myös oikeudellisen koherenssiteorian vaikutusta, koska tuomaria velvoittavilta oikeuslähteiltä ja niistä asianmukaisesti johdetuilta oikeusohjeilta on edellytettävä keskinäistä ristiriidattomuutta ja ainakin jonkinlaista sisällöllistä yhteensopivuutta sovittamattomien tulkinnallisten konfliktien ja anomalioiden estämiseksi. Rationaalisen harkinnan diskurssisääntöihin sitoutunut oikeusyhteisö ei voi hyväksyä oikeudellista tulkintalauseetta, jonka konstitutiiviset normatiiviset premissit sisältäisivät keskenään pysyvästi ristiriitaisia elementtejä.

Aarnion (ja Peczenikin) oikeuslähdeopin standardimalli on laadittu jo 1980-luvulla. Suomalaista tuomaria tai muuta lainsoveltajaa eriasteisesti sitova, velvoittava ja ohjaava oikeusnormisto on kuitenkin ratkaisevasti muuttunut Aarnion mallin laatimisen jälkeen. Suomi on ensinnäkin sitoutunut Euroopan ihmisoikeussopimuksen artikloihin ja tunnustanut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeudellisen toimivallan vuodesta 1990 lähtien, mistä alkaen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet ovat saaneet prejudikaattioikeudellista merkitystä myös Suomessa. Toiseksi, Suomi liittyi Euroopan unionin jäseneksi vuonna 1995, joten Euroopan yhteisön (eli sittemmin Euroopan unionin) perustamissopimus eli Rooman sopimus myöhempine muutoksineen ja lisäyksineen,²⁰ sen perusteella annettu Euroopan

¹⁹ Vrt. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 218–247, jossa on esitetty standardiesityksen sijaan saanut sittemmin eurooppaoikeudellisen oikeuskehityksen myötä vanhentunut käsitys suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan noudattamasta oikeuslähdeopista.

²⁰ Näitä ovat *Yhtenäisasiakirja* (engl.: *Single European Act*; allekirjoitettu ja tuli voimaan 1987), *Maastrichtin sopimus* (allekirjoitettu 1992 ja tuli voimaan 1993), *Amsterdamin sopimus* (allekirjoitettu 1997 ja tuli voimaan 1999), *Nizzan sopimus* (allekirjoitettu 2001 ja tuli voimaan 2003) sekä *Euroopan unionin perustustalallinen sopimus* (allekirjoitettu 2004).

unionin lainsäädäntö sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamista ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet sitovat, velvoittavat tai ohjaavat eri tavoin myös suomalaisen tuomarin tai muun viranomaisen oikeudellista ratkaisuharkintaa. Kolmanneksi, perusoikeudet saavat vahvaa tukea Suomen oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta muun muassa voimassa olevan perustuslain sekä perusoikeuksien tulkintaan perustuvan tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön merkityksessä, joten myös ne ohjaavat merkittävästi suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa. Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin mallinnus ei ymmärrettävästi sisällä näitä suomalaisen oikeuslähdeopin myöhempiä muutoksia. Neljänneksi, Aarnion (ja Peczenikin) oikeuslähdeopin jäsenitys on vahvasti oikeussääntökeskeinen, eivätkä oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat aidosti tilannesidonnaiset oikeudelliset ratkaisustandardit ole ongelmitta sijoitettavissa sen osaksi, niin kuin jo *Oikeustieteen tieteenteoria* -teoksessani perustelin.²¹

Aarnion ja Peczenikin lähtökohdiltaan staattisen oikeuslähdeopin teoreettiset perusteet ja aineellinen sisältö tulee hahmottaa 2000-luvun Suomessa varsin eri tavoin kuin kyseisen teorian syntyäaikoina eli 1980-luvulla. Nyt 2000-luvulla suomalaisen tuomarin institutionaalinen ja keskeisin osin dynaaminen oikeuslähdeoppi käsittää myös Euroopan unionin lainsäädännön, Euroopan ihmisoi-
keussopimuksen sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmis-
oikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä tietyin
ehdoin myös riittävän vakiintuneen ja yhtenäisen kansallisen yleiseurooppalai-
sen oikeuskäytännön.

Myöhemmistä oikeuslähdeopin tutkimuksista Hannu Tolosen *Oikeuslähdeoppi* jäsentää omaehtoisella tavalla länsimaisen oikeuslähdeopin filosofisia ja oikeusteoreettisia perusteita normatiivisen, materiaalisen ja reaalisen tarkastelutavan avulla.²² *Formaali* oikeuslähdekäsité painottaa suvereenin lainsäätäjän tahtoa ja formaalien oikeussääntöjen merkitystä tuomarin ratkaisuharkinnassa. *Materiaalinen* oikeuslähdekäsité korostaa oikeuden sisällöllisiä, aineellista harkintaa edellyttäviä ainesosia ja institutionaalista tukea nauttivien oikeusperiaatteiden merkitystä. *Reaalinen* oikeuslähdekäsité kiinnittyy oikeuden yhteiskunnallisuuteen ja ratkaisuharkinnan reaalisiin olosuhteisiin.²³ Tolosen jaotus muistuttaa läheisesti puolalaisen oikeusteoretikon Jerzy Wróblewskin ehdottamaa jakoa oikeusnormin *systeemiseen*, *tosiasialliseen* ja *aksiologiseen* validiteettikäsitykseen,²⁴ joskin Tolonen syventää analyysiä merkittävästi filosofisen

²¹ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 284–300.

²² Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*, s. 28 et seq.

²³ Tolonen, mts. 29–68.

²⁴ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 75–83; samoin Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 83–100, missä Aarnio erottaa toisistaan oikeusnormin muodollisen, tehokkuusperustaisen sekä aksiologiseen hyväksyttävyyteen perustuvan voimassaolon.

hermeneutiikan tarjoamien analyysivälineiden avulla. Samalla Tolonen sivuuttaa varsin lyhytsanaisesti *eurooppaoikeudellisen oikeuskäytännön* eli Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden *prejudikaattivaikutuksen* eli niiden myös suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovan, velvoittavan tai ohjaavan vaikutuksen, samoin kuin yhteinäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön vaikutuksen Suomen oikeuteen.

Tolonen kirjoittaa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimesta ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen perustelujen merkityksestä suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa:²⁵

”Vuonna 2003 meillä on noin kymmenen vuoden kokemus kahdesta ylikansallisesta tuomioistuimesta, joiden päätökset velvoittavat Suomea. Ne ovat Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja Euroopan yhteisö[je]n tuomioistuin. (...) Kysymys on tämän jälkeen siitä, mikä paino on mainittujen tuomioistuinten ratkaisujen perusteluilla. Tämä kysymys on huomattavan vaikea, eikä siihen ole kukaan ottanut selväpiirteisesti kantaa. Lähtökohdaksi lienee otettava ajatus, että niillä on sama painoarvo kuin kuin korkeimpien tuomioistuinten perusteluilla. Siten niillä on huomattava tosiasiallinen arvo, mutta suoranaisesta velvoittavasta vaikutuksesta ei voida puhua – yhtä vähän kuin korkeimman oikeuden ratkaisuperustelujen kohdalla. Perusteluni on yksinkertaisesti se, että suurempi sidonnaisuus eli velvollisuus noudattaa tuomioistuimen ratkaisuja on ehdottomasti oikeuskulttuurillemme vieras ilmiö. Lisäksi se on vallanjakoa koskevien oikeusperiaatteittemme vastainen; niihin sisältyy tuomarin riippumattomuus. Suomi ei ole myöskään sitoutunut tällaiseen järjestelmään.”

Rinnastaessaan eurooppaoikeudellisen oikeuskäytännön kansallisiin prejudikaatteihin Tolonen tuntuu osaltaan sitoutuvan Aarnion ja Peczenikin *staattiseen* oikeuslähdeopin malliin, jonka mukaan myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden oikeudellinen ratkaisuarvo olisi ennakkollisesti vakioitavissa Aarnion edellyttämällä tavalla, mikä kanta ei kuitenkaan ole kestävä, niin kuin olen *Oikeustieteen tieteenteoria* -teoksessani perustellut. Tolonen myös sivuuttaa sanotussa teoksessa perustelemani käsityksen suomalaisen tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan 2000-luvun institutionaalisesta ja keskeisin osin dynaamisesta oikeuslähdeopista, jota oikeudelliselta sääntely- ja soveltamislogiikaltaan totutusta poikkeava eurooppaoikeudellinen normisto osaltaan jäsentää. Hahmottamani oikeuslähdeoppi on *dynaaminen*, koska keskeinen osa sen käsittämistä oikeudellisista ratkaisuperusteista ei ole ennalta tai

²⁵ Vrt. Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*, s. 126–127.

edes jälkikäteen vakioitavissa kiinteään systematiikan muotoon Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin edellyttämällä tavalla, ja se on *institutionaalinen*, koska sen käsittämien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden oikeudellinen velvoittavuus on johdettavissa institutionaalisista oikeuttamisperusteista, kuten keskeisestä oikeusvaltioperiaatteesta, Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin välittömästi sanktioperustaisen pakottavuuden sijaan.²⁶

Etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet ovat oikeuslähdeoppillisesti pulmallisia, sillä ne eivät ole sijoitettavissa kiinteälle paikalle Aarnion ja Peczenikin staattiseen oikeuslähdehierarkiaan, missä oikeusnormin muodollinen synty tapa määrää sen merkitystä oikeuslähteenä. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet eivät ole vain heikosti velvoittavia oikeuslähteitä, jotka tuomari tai muu lainsoveltaja voi riittävän perusteella sivuuttaa ratkaisua tehdessään, niin kuin Aarnion (ja Peczenikin) teoria edellyttäisi prejudikaatteihin tai yleisemmin oikeuskäytännössä syntyneisiin oikeusnormeihin sovellettuina. Kyse on sen sijaan dynaamisesta oikeuslähteestä, jonka oikeudellinen ratkaisuarvo ei ole määritettävissä yksin sen muodollisen synty-tavan perusteella, vaan ratkaisevaa on yksittäisen oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen oikeus-yhteisössä nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä. Etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamista ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden oikeudellista ratkaisuarvoa eli *prejudikaattioikeudellista* vaikutusta ei siis voi systemaattisesti vakioida, vaan kyse on dynaamisesta eli systemaattisesti 'kelluvasta' oikeudellisesta tulkinta- ja ratkaisuperusteesta, jonka oikeudellinen ratkaisuarvo voi merkittävästi vaihdella perustuslain säännökseen rinnastuvasta tai jopa kansallisen perustuslain syrjäyttävästä argumentista pelkästään analogista soveltamistukea tarjoavaan reaaliseen argumenttiin.²⁷

Oikeudellisessa ratkaisutilanteessa, jossa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä syntyneen oikeusohjeen ratkaisuarvo on syystä tai toisesta osoittautunut pulmalliseksi, ratkaisevaa on viime kädessä se, miten vahvaa tukea se saa yhtenäisestä ja vakiintuneesta *yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä* Euroopan unionin jäsenmaiden sekä Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden maiden kansallisen eurooppaoikeudellisen ratkaisukäytännön merkityksessä.²⁸ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuis-ta ilmenevät yleiset oikeusohjeet noudattavat toisin sanoen varsin erilaista

²⁶ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 247–323, 761–783.

²⁷ Siltala, mts. 261–265, 274–276, 300–311, 778–781.

²⁸ Yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 274–276, 925–926.

oikeudellista *sääntely- ja ratkaisulogiikkaa* kuin perinteinen kansallinen lainsäädäntö, joka Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin mallissa oli sijoitettu sen ajatukselliseen keskiöön.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisun ilmentämä yleinen oikeusohje saattaa syrjäyttää kansallisen lainsäädännön tai jopa kansallisen perustuslain. Tämä oli tilanne esimerkiksi tapauksessa *Costa v. ENEL* 6/64, jossa arvioitavana oli yhteisöoikeudellisen sääntelyn suhteellinen etusija kansalliseen sääntelyyn nähden, sekä tapauksessa *Marleasing* C-106/89, jossa arvioitavana oli yhteisöoikeudellisten direktiivien välitön vaikutus yhteisön jäsenmaan kansalaisten oikeuksiin ja yhteisön jäsenmaiden vastaaviin velvollisuuksiin. Toisena ääripäänä ovat Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamat ratkaisut, jotka ovat Suomen oikeuden kannalta joko täysin merkityksettömiä, koska kyseinen oikeusohje koskee instituutiota, jollaista Suomen oikeus ei tunne, tai joiden vaikutus voi perustua enintään niiden tarjoamaan heikkoon analogiatukeen. Tämä olisi tilanne, jos Euroopan yhteisöjen tuomioistuin antaisi ratkaisun, jossa se arvioisi Englannin oikeuden *trust*-instituution, Saksan oikeuden *GmbH*-rajavastuuyhtiön tai yleisesti rangaistusluonteisen vahingonkorvauksen suhdetta Euroopan unionin perustamissopimukseen ja sen nojalla annettuun lainsäädäntöön tai jos Euroopan ihmisoikeustuomioistuin antaisi ratkaisun kuolemanrangaistuksen suhteesta Euroopan ihmisoikeussopimukseen.²⁹

Lisäksi Tolosen kanta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamien ratkaisujen oikeudellisesta ratkaisuarvosta on nähdäkseni kritiikille altis, sillä se ei saa tukea *eurooppalaistuneen* oikeuden keskeisellä tavalla muuttuneesta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvo-perustasta ja institutionaalisesta tulkintaideologiasta, jota institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi sekä sovellettavat oikeudelliset päättelymallit toteuttavat:³⁰

”... velvollisuus noudattaa [Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen] ratkaisuja³¹ on ehdottomasti oikeuskulttuurillemme vieras ilmiö. Lisäksi se on vallanjakoa koskevien oikeusperiaatteittemme vastainen; niihin sisältyy tuomarin riippumattomuus. Suomi ei ole myöskään sitoutunut tällaiseen järjestelmään.”

Mutta juuri senkaltaiseen ylikansalliseen eurooppalaiseen oikeusjärjestelmään, jota yhtäältä Euroopan unionin perustamissopimus myöhemmine muutoksineen

²⁹ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 261–265 sekä kokoavasti mts. 300–311 ja 778–783.

³⁰ Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*, s. 126–127.

³¹ Tai oikeammin: suomalaisen tuomarin velvollisuus noudattaa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmeneviä *yleisiä oikeusohjeita* niiden *prejudikaattivaikutuksen* merkityksessä.

ja lisäyksineen sekä sen nojalla annettu EU-lainsäädäntö sekä Euroopan ihmisoikeussopimus ja toisaalta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä niiden prejudikaattivaikutus suhteessa kansallisten lainsoveltajien oikeudelliseen ratkaisuharkintaan ilmentävät, Suomi on oikeudellisesti sitoutunut liittymällä Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen toteuttamaan ihmisoikeuksien valvontajärjestelmään vuonna 1990 sekä liittymällä Euroopan unionin jäseneksi viittä vuotta myöhemmin eli vuonna 1995. Tuon kaksijakoisen oikeudellisen järjestelmän keskeisiin piirteisiin kuuluu Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden ohjaava vaikutus kansallisten lainsoveltajien oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, jos ja kun ehto riittävän vakiintuneesta ja yhtenäisestä *yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä* täytyy.

5.3 CHAÏM PERELMANIN UNIVERSAALIAUDITORIO PUHujan AJATUKSELLISENA KONSTRUKTIONA

Oikeudellisen tulkintalauseen tarkoitetun kohderyhmän eli *kohdeauditorion* määrittely saa keskeisen merkityksen oikeudellisen konsensusteorian ja uusretoriikan kirjoituksissa. Aulis Aarnio on esittänyt oman oikeusteoriansa keskeispäätelmänä yksittäistä oikeusjuttua ratkaisevalle tuomarille yhtä hyvin kuin lainopin tutkijalle osoitetun *regulatiivisen periaatteen* eli oikeudellista tulkintaa ohjaavan yleisen ja ehdottoman toimintaohjeen:³²

”Edellä esitetystä voidaan johtaa *regulatiivinen periaate*: tulkinta- tai normikannanottoja esittävän lainopin samaten kuin lainkäytön tulee pyrkiä *tuloksiin, jotka voisivat rationaalisesti harkitsevassa oikeusyhteisössä saavuttaa enemmistön tuen.*”

Mutta mitä Aarnio oikein tarkoittaa *rationaalisesti harkitsevalla* oikeusyhteisöllä, ja miten *oikeusyhteisön* käsite täsmällisesti ottaen määritellään? Taustalla on belgialaisen filosofin ja merkittävän uusretoriikan kehittäjän Chaïm Perelmanin *universaaliauditorion* käsite, jota Aarnio tulkitsee – toisin kuin Perelman – oikeudellisen perustelun ulkoisena, objektivoituna referenssinä.

”Mikä on se yleisö, jolle argumentaatio kulloinkin kohdistuu?”, Perelman pohtii *Retoriikan valtakunta* -teoksessaan ja vastaa esittämäänsä kysymykseen toteamalla, että argumentaation kohdeauditorioon tulee lukea ”*kaikki ne, joihin*

³² Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 285 (kursivoinnit Aarnion).

puhuja haluaa argumentaatiolla vaikuttaa”.³³ ”Keitä nämä ovat?”, Perelman edelleen kysyy, vastaten: ”Heidän joukkonsa vaihtelee tuntuvasti – vain puhujasta itsestään vaikeaa päätöstä pohjustavassa yksityisessä pohdinnassa aina koko ihmiskuntaan tai ainakin niihin sen päteviin ja järjellisiin jäseniin, joiden joukon määrittelen ’universaaliauditorioksi’. Näiden ääripäiden väliin jää joukko erityisyleisöjä.”³⁴ Tieteellinen teoria, filosofinen päätelmä, etiikan tai taideestetiikan arvoarvostelma yhtä hyvin kuin oikeudellinen tulkintalause osoitetaan Perelmanin mukaan määrätyle kohderyhmälle eli *auditoriolle*, jollaisena eri tavoin määriteltävissä oleva oikeusyhteisö toimii oikeudellisessa argumentaatiossa. Oikeusyhteisö voidaan määrittellä joko laajasti, jolloin se käsittää ainakin periaatteessa kaikki oikeudellisesti täysivaltaiset kansalaisyhteiskunnan jäsenet, tai suppeasti, jolloin se käsittää vain ne henkilöt, joiden oikeudelliseen asemaan tehty ratkaisu tai ehdotettu oikeudellinen tulkintalause joko välittömästi tai välillisesti vaikuttaa.

Oikeudellisen, moraalisen tai muun vastaavan puhetilanteen tulee olla ainakin lähtökohtaisesti yleinen, sillä kahdenkeskinen eli dialoginen keskustelutilanne ajautuu yleistä puhetilannetta helpommin vastapuolen suostutteluun joko puhetilanteeseen tai vastapuolen henkilöön liittyvien kontingenttien eli satunnaistekijöiden vaikutuksesta. Samoin puhujan sisäinen monologi, kuten ajatuksellinen kamppailu ’paremman minän’ tai ’omantunnon äänen’ kanssa, tai ääneen lausuttu pohdiskeleva monologi, kuten Hamletin kuuluisa yksinpuhelu Shakespearen samannimisessä näytelmässä, johtaa yleistä keskustelutilannetta helpommin puhujan omakohtaisten motiivien perusteettomiin jälkikäteiserationalisointeihin.³⁵ *Universaaliauditorio* (ransk.: *l’auditoire universel*) on Chaïm Perelmanin mukaan puhujan mielessään hahmottama *ajatuksellinen konstruktio* eli ideaalinen argumentaation kohderyhmä, jolle hän sanansa kohdentaa.³⁶ Universaaliauditorion avulla puhuja sovittaa väitteensä ja niiden tueksi esitetyt perustelut siten, että ne täyttävät yleistettävyyden ja rationaalisuuden vaatimukset.

Kohdeauditorion määrittelyn sekä argumentaatiossa käytettyjen keinojen mukaisesti Perelman erottaa toisistaan rationaalisen *vakuuttamisen* sekä mah-

³³ Perelman, *Retoriikan valtakunta*, s. 20–21 (kursivoinnit Perelmanin). – Samoin Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’Argumentation*, s. 25: ”... il nous semble préférable de définir l’auditoire, en matière rhétorique, comme l’ensemble de ceux sur lesquels l’orateur veut influencer par son argumentation. Chaque orateur pense, d’une façon plus ou moins consciente, à ceux qu’il cherche à persuader et qui constituent l’auditoire auquel s’adressent ses discours.” (Kursivointi alkutekstissä.)

³⁴ Perelman, *Retoriikan valtakunta*, s. 21.

³⁵ Vrt. Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’Argumentation*, s. 40, 46–59.

³⁶ ”L’auditoire présumé est toujours, pour celui qui argumente, une construction plus ou moins systématisée.” Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l’Argumentation*, s. 25 (et seq.), missä kirjoittajat pohtivat kysymystä otsikon *L’auditoire comme construction de l’orateur* alla.

dollisesti erilaisin irrationaalisiin keinoin tapahtuvan *suostuttelun*.³⁷ Rationaaliiseen vakuuttamiseen tähtäävä argumentaatio osoitetaan ideaaliselle universaaliauditoriolle, kun taas irrationaalinen suostuttelu osoitetaan jollekin konkreettiselle kohderyhmälle:³⁸

”Erottelu vain harvoille suunnattujen ja kaikille tarkoitettujen esitysten välillä auttaa ymmärtämään paremmin myös suostuttelun ja vakuuttamisen vastakkaisuutta. Sen sijaan, että liittäisimme suostuttelun mielikuviin, tunteisiin ja yleensä tahattomiin henkisiin toimintoihin, jolloin vakuuttaminen puolestaan vetoaisi järkeen³⁹ – tai että pitäisimme edellistä subjektiivisena ja jälkimmäistä objektiivisena⁴⁰ – voimme antaa näille termeille teknisemmän ja samalla täsmällisemmän määritelmän sanomalla, että suostutteluun tähdätään erityisyleisölle suunnatuissa esityksissä ja vakuuttamista taas käytetään universaaliyleisöön vedottaessa. (...) Vakuuttavan esityksen premissit ja argumentit ovat yleistettävissä eli periaatteessa koko universaaliyleisön hyväksyttävissä. Näemme, että vaikka esimerkiksi filosofia onkin perinteisesti liitetty totuuden ja järjen käsitteisiin, sekin on tässä katsannossa parempi ymmärtää suhteessa universaaliyleisöön ja kulloisenkin filosofin tapaan mieltää tämä yleisö.”

Universaaliauditorio käsittää ne valistuneet henkilöt, joiden uskomuksiin ja käsityksiin puhuja pyrkii tietoisesti vaikuttamaan rationaalisten argumenttien avulla. Se ei kuitenkaan ole empiirisesti havaittavissa tai todennettavissa oleva tosiseikka vaan *ajatuksellinen konstruktio*, jonka puhuja mielessään hahmottaa ja jonka avulla hän kohdentaa esittämänsä väitteet ja niiden perustelut. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa Antti-Juhani Wihuri on mielestäni perustellusti korostanut Perelmanin universaaliauditorion luonnetta puhujan mielessään hahmottamana ajatuksellisenä konstruktiona ja argumentaation apuvälineenä erinomaisessa kirjoituksessaan ”Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta”, jossa Wihuri vertaili Aarnion ja Perelmanin ajattelua.⁴¹

”Olennaista Perelmanin universaaliauditorion käsitteessä on, että sekin on *argumenttien esittäjän konstruktio*. Se on argumenttoijan oma kuvitelma siitä, millainen universaaliauditorio on. (...) Tulkintani mukaan Perelmanin näkemysten kanssa yhdenmukaisin (koherentein) tapa hahmottaa universaaliauditorio on nimenomaan nähdä se argumenttoijan konstruk-

³⁷ Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, s. 34–40.

³⁸ Perelman, *Retoriikan valtakunta*, s. 24–25. – Perelman viittaa Immanuel Kantin *Puhtaan järjen kritiikin* vastaavaan erotteluun. Vrt. myös Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, s. 37–38.

³⁹ Perelman viittaa tässä Pascalin *Pensées*-teokseen.

⁴⁰ Perelman viittaa tässä Kantin *Puhtaan järjen kritiikkiin*.

⁴¹ Wihuri, ”Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta”, s. 363, 364–365 (kursivoinnit Wihurin); vrt. Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, s. 25–30: *L'auditoire comme construction de l'orateur*.

tiona. Kuvitellun universaaliauditorion ajatus perustuu yksinkertaisesti argumentoijan haluun argumentoida yleispätevästi eli *universalisoida* sekä argumenttinsa että niillä saavutettu lopputulos.”

Universaaliauditorio on toisin sanoen *kuvitteellinen referenssi* eli ajatuksellinen vertailukohta, jota vasten puhuja määrittää esittämiensä väitteiden ja niiden perustelujen rationaalisuutta, oli sitten kyse tieteellisen teorian, filosofisen katsantokannan, etiikan arvoarvostelman tai oikeudellisen tulkintalauseen perusteleminen.⁴²

Oikeuteen, yhtä vähän kuin filosofiaan tai mihinkään muuhun inhimillisen tiedonintressin kohteeseen, ei ole eikä voi olla *näkökulmaa ei-mistään*.⁴³ Perelmanin universaaliauditorion edellyttämä rationaalisuus on oikeuden tavoin (radikaalisti) tulkinnanvarainen yhteisöllis-kulttuurinen käsite, joka on sidoksissa paitsi puhujan omaksumaan yleiseen maailmankuvaan myös argumentaation kulloisenkin kohteen konstitutiivisiin erityispiirteisiin.⁴⁴ Ei ole mitään universaalia, yhteisölliset ja kulttuuriset rajat ylittävää rationaalisuutta, joka olisi irrotettavissa puhujan omaksuman yhteisöllis-kulttuurisen *maailmankuvan* tai, asian foucault’laisittain ilmaisten, vallitsevan *tietomuodon* määreistä. Myös universaaliauditorion edellyttämä rationaalisuus on väistämättä sidoksissa puhujan omaksumaan käsitykseen ihmisluonnosta, yhteiskunnasta sekä oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta. Esimerkiksi filosofisen argumentaation kohderyhmäksi hahmotettu universaaliauditorio saattaa olla keskeismääreiltään varsin erilainen kuin oikeudellisen tulkintalauseen, yhteisöllisen etiikan mukaisen arvoarvostelman, taide-estetiikan arvostelman tai kirjallisuustieteellisen analyysin vastaavalla tavalla hahmotettu kohdeauditorio.

Tätä universaaliauditorion sisäänrakennettua relativisuutta Perelman (tai Wihuri) ei ehkä ota riittävästi huomioon todetessaan, miten universaaliauditorioille argumentaationsa kohdentava puhuja pyrkii vakuuttamaan kuulijansa vain universaalin järjenkäytön sekä esittämiensä perusteiden ajattoman ja absoluuttisen pätevyyden voimasta, mikä sulkee paikalliset tai historialliset satunaisuudet rationaalisen argumentaation ulkopuolelle.⁴⁵

⁴² ”... *l'accord de l'auditoire universel*. Il s'agit évidemment, dans ce cas, non pas d'un fait expérimentalement éprouvé, mais d'une universalité et d'une unanimité que se représente l'orateur (...) *L'accord d'un auditoire universel n'est donc pas une question de fait, mais du droit*”, Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, s. 41 (kursivoinnit alkutekstissä).

⁴³ Vrt. Nagel, *The View from Nowhere*; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 30–32, 731–732.

⁴⁴ Näin myös Perelman: ”L'auditoire universel est constitué par chacun à partir de ce qu'il sait de ses semblables, de manière à transcender les quelques oppositions dont il a conscience. Ainsi chaque culture, chaque individu a sa propre conception de l'auditoire universel, et l'étude de ces variations serait fort instructive, car elle nous ferait connaître ce que les hommes ont considéré, au cours de l'histoire, comme *réel, vrai et objectivement valable*.” Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, s. 43.

⁴⁵ Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, s. 41 *in fine*: ”Une argumentation qui s'adresse à une auditoire universel doit convaincre le lecteur du caractère contraignant des raisons fournies, de leur évidence, de leur validité intemporelle et absolue, indépendante de contingences locales ou historiques.”

Rationaalisuuden yhteisöllis-kulttuuriset reunaehdot sallivat lukumääräisesti suuren joukon erilaisia sanotun käsitteen määrittelyjä puhujan sisäistämän maailmankuvan muista määreistä riippuen. Filosofisen argumentaation universaaliauditoriolta on lupa edellyttää varsin kehittynyttä 'ontologian tajua' ja filosofisen oppitradition tuntemusta, jollaista esimerkiksi juristeilta, teologeilta tai valtio-oppineilta ei ainakaan tavallisesti voi edellyttää.⁴⁶ Oikeudellisen tulkintalauseen ideaaliselta kohderyhmältä on puolestaan lupa edellyttää syvällisempää näkemystä oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta sekä yhteiskunnallisen vallan, vastuun ja niukkojen aineellisten resurssien jakautumisesta kuin historiantutkimuksen, yleisen taide-estetiikan tai kirjallisuustieteen tuottamien arvoarvostelmien ideaaliselta kohdeauditoriolta. Tieteenteoreettisen realistin käsitys argumentaation rationaalisuudesta on samoin varsin erilainen kuin fenomenologisen tai marxilaisen katsantokannan omaksuneen tutkijan vastaava käsitys. Oikeudellisessa tulkintakontekstissa Alf Rossin edustaman analyttisen oikeusrealismin sekä Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustaman institutionaalisen oikeuspositivismin tutkimukselliset lähtökohdat sisäistäneen tutkijan käsitys oikeudellisen tulkinta- ja perustelukannanoton ideaalisesta kohderyhmästä sekä oikeudellisen tulkinnan yleisistä rationaalisuus- ja hyväksyttävyysehdoista on ratkaisevasti erilainen kuin heideggerilaisen oikeusfenomenologian, uustomistisen luonnonoikeusfilosofian tai marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen omaksuneen tutkijan käsitys oikeudesta ja oikeudellisesta tulkinnasta.

Yhteistä universaaliauditorion esitetyille erilaisille tulkinnoille on oikeastaan vain se, että kaikenlainen kuulijoiden tunteisiin tai perusteettomiin ennakkoluuloihin vetoaminen, uhkailu tai pakottaminen, tietoisien virheellisten tai harhaanjohtavien käsitysten esittäminen, henkilökohtaisen auktoriteettiaseman väärinkäyttö tai muunlainen kuulijoiden suostuttelu on suljettu näiden asiallisen vakuuttamisen ulkopuolelle, jolloin vain asiaperusteet saavat vaikuttaa kohdeyleisön harkintaan. Perelmanin universaaliauditorion käsite muistuttaa tässä saksalaisfilosofi Jürgen Habermasin kommunikatiivisen toiminnan teorian keskeiskäsitettä *ideaalinen puhetilanne* (saks.: *ideale Sprechsituation*), joka rajaa sekin kaikenlaisen kuulijoiden manipuloinnin rationaalisen harkinnan ulkopuolelle.

5.4 RETORIIKAN VALTAKUNTA JA ARVO-OBJEKTIVISMI

Aarnio tukeutuu omassa analyttisessä argumentaatioteoriassaan Perelmanin ja Habermasin käsityksiin oikeudellisen tulkinnan kohdeauditorion määrittelystä. Lisäksi hän hyödyntää saksalaisen oikeusteoreetikon Robert Alexyn ajatusta

⁴⁶ Vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 628–632.

rationaalista oikeudellista diskurssia ohjaavista säännöistä⁴⁷ sekä – ehkä hie-
man yllättäen – myös yhteiskuntafilosofi John Rawlsin ideaa *tietämättömyyden*
verhon takana tapahtuvasta yhteiskunnallisesta päätöksenteosta.⁴⁸ Taustalla on
myös Aleksander Peczenikin kehittänyt kolmiportainen oikeuslähteopin mal-
li, jota Aarnio on soveltanut Suomen oikeuteen edellä kerrotulla tavalla.⁴⁹

Alexyn oikeudellisen argumentaation yleiset rationaalisuussäännöt asettavat
puhujaa koskevat (a) loogis-lingvistiset *johdonmukaisuussäännöt*, jotka kieltä-
vät keskenään ristiriitaisten argumenttien käyttämisen sekä vaativat puhujaa
noudattamaan logiikan kolmannen poissuljetun lakia ja yleistä transitiivisuus-
sääntöä, (b) argumentaation *tehokkuussäännöt*, jotka kieltävät harhaanjohta-
vien kielellisten ilmausten käyttämisen, (c) asenteellisen *vakavuusvaatimuk-*
sen, jonka mukaan keskustelun toiseen osapuoleen on suhtauduttava vakavasti
eikä keskustelija saa syyllistyä pakottamiseen, epärehellisyyteen tai epätasa-
puolisuuteen asia-argumenttien kustannuksella, sekä (d) argumentaation *yleis-*
tyssäännöt, jotka kieltävät puhujalta ei-yleistettävissä olevien *ad hoc* -argu-
menttien käyttämisen.⁵⁰

Rawlsin yhteiskuntateorian soveltaminen tuomarin tai muun viranomaisen
eli institutionaalisen lainsoveltajan toteuttamaan oikeudelliseen päätöksente-
koon ei ole vailla ongelmia. Rawlsin yhteiskuntateoriassa tietämättömyyden
verho (engl.: *veil of ignorance*) on yhteiskuntasopimusta käsitteellisesti edeltä-
vään *alkutilanteeseen* liittyvä ajatuksellinen konstruktio, jonka avulla hän pe-
rusteli yhteisesti hyväksyttävät yhteiskunnalliset instituutiot ja oikeudenmukai-
suusperiaatteet menettelyllisen reilun pelin (engl.: *fair play*) sääntöihin sitoutu-
neessa eli oikeudenmukaisessa yhteiskunnassa (engl.: *justice as fairness*). Ku-
vitteellisessa alkutilanteessa sopijapuolet eivät tiedä omaa yhteiskunnallista
asemaansa tai varallisuusasemaansa, joten heillä ei voi myöskään olla mitään
erityisintressejä puolustettavanaan. Heillä on hallussaan vain tieto ihmisluon-
non yleisistä lainalaisuuksista ja aineellisten resurssien rajallisuudesta yhteis-
kunnassa.⁵¹

Rawls päätteli, että sopijapuolet hyväksyisivät yhteiskunnalliset oikeuden-
mukaisuusperiaatteet, joiden mukaan jokaiselle taataan suurin mahdollinen
henkilökohtaisen vapauden ala, joka on sovitettavissa yhteen toisten vastaavan
vapauspiirin kanssa. Niukkojen aineellisten resurssien allokoinnissa noudatet-
taisiin periaatetta, jonka mukaan aineellinen tai sosiaalinen eriarvoisuus liittyy

⁴⁷ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 211–216; vrt. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, s. 177
et seq.

⁴⁸ Aarnio, *Reason and Authority*, s. 228; vrt. Rawls, *A Theory of Justice*, s. 136–142.

⁴⁹ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 188–215, 221–229; sama, *Reason and Authority*,
s. 209–214, 227–228.

⁵⁰ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, s. 187 *et seq.*; Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 211–
213.

⁵¹ Rawls, *A Theory of Justice*, s. 137–138.

yhteiskunnallisiin virkoihin ja aseisiin, jotka ovat kaikkien niiden haettavissa, jotka täyttävät virkojen kelpoisuusehdot. Yhteiskunnallinen eriarvoisuus on perusteltavissa vain *eroperiaatteen* avulla. Sen mukaan yhteiskunnan hyväosaisten aseman parantaminen on sallittua vain, jos myös yhteiskunnan heikompiensaisten asema samalla kohentuu. Rikkaan herra Puntilan varallisuutta voidaan siis entisestään kartuttaa vain, jos hänen köyhän Matti-renkinsä asema samalla kohentuu.

Kun Rawlsin tietämättömyyden verhoa sovelletaan Aarnion ehdottamalla tavalla tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, päätöksentekotilanne on olennaisesti toinen kuin Rawlsin yhteiskuntasopimusta ja järjestäytyntä yhteiskuntaa edeltävässä *tabula rasa* -tyyppisessä alkutilanteessa, jossa yhteiskunnan keskeisistä instituutioista ja oikeudenmukaisuusperiaatteista vasta oli tarkoitus päästä yksimielisyyteen. Yksittäistä oikeusjuttua ratkaiseva tuomari toimii aina tilanteessa, jossa yhteiskunnallisten ja oikeudellisten instituutioiden, kuten tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten, oikeudellisen toimivallan perusteet on jo ennalta määritetty, eikä tietämättömyyden verho ei voi sen vuoksi enää peittää yhteiskunnan institutionaalista rakennetta ja siinä omaksuttuja perustavia oikeudenmukaisuusperiaatteita. Tosin nuo oikeudenmukaisuusperiaatteet kaiken aikaa muuttuvat ja täsmentyvät lainsäädännön ja yksittäisten tuomioistuinratkaisujen myötä. Voimassa olevan oikeuden säännöt ja periaatteet sekä oikeudellisen argumentaation oikeudellisuus kuitenkin edellyttävät ennakkollisen ja riittävän täsmentyneen yhteiskuntajärjestyksen olemassaoloa.

Aarnio kirjoittaa oikeudellisen tulkintalauseen merkityksellisestä kohdeauditoriorista Chaïm Perelmanin auditoriokäsitteeseen viitaten:⁵²

”Universaaliauditorion muodostavat *valistuneet ihmiset*, henkilöt, joilla on valmius perustelujen käyttämiseen. Se on siis siinä mielessä *ideaalinen* auditorio, että kenelläkään ei ole mahdollisuutta olettaa kohdistavansa kannanottoaan universaaliauditoriolle niin, että jokainen auditorion jäsen *de facto* ottaisi kantaa asiaan.”

Aarnio erottaa yhtäältä *konkreettisen* tai *ideaalisen* auditorion sekä toisaalta *universaalisen* tai *partiaalisen* auditorion,⁵³ mutta ero yhtäältä ideaalisen ja universaalisen auditorion sekä toisaalta konkreettisen ja partiaalisen auditorion välillä ei ole kovinkaan ilmeinen. Keskeistä on Aarnion tulkinnan mukaan Perelmanin tekemä *arvokognitiivinen* ja *arvo-objektivistinen* sitoumus:⁵⁴

⁵² Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 279 (kursivoinnit Aarnion).

⁵³ Aarnio, mts. 280–283.

⁵⁴ Aarnio, mts. 279, 282 (kursivoinnit Aarnion).

”Tärkeätä perelmanlaisen universaaliauditorion käsitteessä on se, että myös *arvoarvostelmat* saavat objektiivisen luonteen. Perelman näet otaksuu, että arvoarvostelma on järkevästi perusteltu ainoastaan silloin, kun jokainen (järkevä) ihminen voi sen hyväksyä. Universaaliauditorion hyväksymisseulan lävitse pääsevät arvostukset saavat siis samanasteisen rationaalisen perustelun kuin kokemustodellisuutta koskevat väitteet. (...) Jos hyväksytään käsitys, että universaaliauditoriossa myös *arvoarvostelman* voi perustella rationaalisesti harkiten ja siten, että auditoriossa saavutetaan yksimielisyys, on päädytty kognitivistisen arvoteorian kannalle. Niin kuin aikaisemmin huomautettiin, Perelmanin esitys näyttäisi viittaavan tällaiseen mahdollisuuteen. Se merkitsee, että universaalisessa ideaaliauditoriossa voidaan tietoa kartuttamalla yhdentää auditorion kahden, alun perin eri mieltä olleen jäsenen kannat.”

Tässä Aarnio nähdäkseni erehtyy: Perelmanin auditorioteoria ei Aarnion tarkoittamaa arvo-objektivistista sitoumusta tee, ja oletus universaaliauditoriossa aina lopulta saavutettavasta arvokonsensuksesta olisi vahvasti Perelmanin aristotelisen uusretoriikan perusteiden vastainen. Katsotaan Aarnion auditorio-käsitteen analyysiä hieman lähemmin.

Konkreettinen auditorio voi olla joko universaalinen tai partiaallinen. *Konkreettinen ja universaalinen* auditorio käsittää Aarnion mukaan kaikki tietyllä hetkellä t_n elävät ihmiset. Tällä kategoriolla ei Aarnion mukaan ole sovellusta argumentaatioteoriassa, koska ajatus samalla kertaa konkreettisesta ja universaaleihin arvoihin sitoutuneesta auditoriosta on epärealistinen. *Konkreettinen ja partiaallinen* auditorio käsittää puolestaan tietyllä tavalla rajatun kuulijakunnan, esimerkiksi oikeustieteen tieteenteoriaa käsittelevän yliopistoluennon kuulijat tai eduskunnan perustuslakivaliokunnan, jolle valtiosääntöasiantuntijat esittävät lausuntoja käsiteltävänä olevasta lakiehdotuksesta. Tällöin esitetty oikeudellinen tulkintalause joko on tai se ei ole kuulijakunnan hyväksyttävissä, eikä erilaisia kuulijoiden suostuttelun, manipuloinnin tai taivuttelun keinoja ole suljettu puhujan keinovalikoiman ulkopuolelle. Aarnion rationaaliselle hyväksyttävyydelle konkreettinen ja partiaallinen auditorio ei sekään tarjoa teoreettista perustaa, sillä kansalaisten perusteltu oikeusturvaodotus rajaa irrationaaliset vaikuttamiskeinot sallitun argumentaation ulkopuolelle.

Ideaalinen auditorio voi sekin olla joko universaalinen tai partiaallinen. *Ideaalinen ja universaalinen* auditorio käsittää Perelmanin tarkoittamalla tavalla kaikkien valistuneiden ihmisten joukon. Aarnion tulkinnan mukaan Perelman on omassa universaaliauditorion käsitteessään sitoutunut *kognitivistiseen* arvoteoriaan, jolloin myös arvoarvostelmista voi rationaalisen harkintaprosessin jälkeen vallita yksimielisyys universaaliauditoriossa.⁵⁵ Aarnio on puolestaan sitoutunut relativistiseen arvoteoriaan, joten tämäkään auditoriokäsite ei sovel-

⁵⁵ Aarnio, mts. 282.

lu hänen argumentaatioteoriansa perustaksi. *Ideaalinen ja partiaallinen* auditorio käsittää lopulta joukon henkilöitä, jotka ovat sitoutuneet rationaalisen harkinnan diskurssisääntöihin, mutta sen *arvo- ja elämänmuotosidonnaisuus* Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian tarkoittamassa merkityksessä erottaa sen ideaalisesta universaaliauditorioista: ideaalisen partiaaliauditorion jäsenet ovat osallisia yhteisiin ja elämänmuotosidonnaisiin – mutta samalla toisten partiaalistien auditorioiden arvositoumuksista poikkeaviin ja sen vuoksi ei-universaaleihin – arvoihin, kun taas ideaalisen universaaliauditorion jäsenten arvositoumukset olivat Aarnion mukaan saatettavissa universaalin eli kaikkia ihmisiä yhtä lailla koskevan yksimielisyyden kohteeksi.⁵⁶

Nähdäkseni kahtiajako (ideaaliseen) universaaliauditorioon ja konkreettiseen (partiaali)auditorioon riittäisi vallan hyvin, sillä universaaliauditorio on aina myös ideaalinen auditorio, jos ja kun universaaliauditorio määrittellään ehdottamallani, Aarnion kannasta poikkeavalla tavalla, missä universaaliauditorio ei edellytä oikeusyhteisön perustavaa arvo- ja tulkintakonsensusta. Kun kyse on Perelmanin tarkoittamalla tavalla vain puhujan mielessään hahmottamasta *ajatuksellisesta konstruktiosta*,⁵⁷ ei jaottelulla ideaaliseen tai konkreettiseen universaaliauditorioon ole merkitystä: ajatuksellisena konstruktiona universaaliauditorion täsmälliset rajat ovat aina viime kädessä puhujan itsensä määritettävissä osana omaksuttua yhteisöllis-kulttuurista rationaalisuuskäsitettä. Toisaalta, kun konkreettinen auditorio on aina samalla myös partiaallinen auditorio ja kääntäen, ei tarvetta myöskään konkreettisen ja partiaallisen auditorion toisistaan erottamiseen ole.

Aarnion väite Perelmanin teorian edellyttämästä arvo-objektivismista ei nähdäkseni saa tukea Perelmanin keskeiskirjoituksista, ja oletus olisi samalla vahvasti aristotelisen uusretoriikan filosofisten perusteiden vastainen. Uusretoriikka käsittelee näet päättelyä, lauseita ja uskomuksia, jotka eivät ole määritelmällisesti tosia tai epätosia logiikan tai matematiikan tautologisten eli analyttisten lauseiden tavoin (kuten: ” $a = a$ ”) tai intuitiivis-apriorisesti ja ’itseannetusti’ tosia Descartesin rationalistisen filosofian *cogito, ergo sum* eli ”ajattelen, siis olen” -lauseen tahi yleisesti fenomenologien ja luonnonoikeusfilosofien tarkastelemien olemuksellisten ja käsitteellisten välttämättämyyksien, kuten ’asian luonnon’ (saks.: *Natur der Sache*) tai tutkimuskohdetta jäsentävien ennaltaannettujen ’asialoogisten rakenteiden’ ja ’itseannettujen’ totuuksien tavoin.⁵⁸

⁵⁶ Aarnio, mts. 283.

⁵⁷ Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, s. 25–30: *L'auditoire comme construction de l'orateur*.

⁵⁸ Luonnonoikeusfilosofian ’itseannetuista’ totuuksista, Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 64–65: ”The good of knowledge is self-evident, obvious. It cannot be demonstrated, but equally it needs no demonstration.” Samoin Finnis, mts. 85. Oikeusfenomenologiasta, Pallard & Hudson, ”Phenomenology of Law”; Vrt. yleisesti Husserl, *Fenomenologian idea*, s. 104–105: ”Tutkimuksen on pitäydyttävä *puhtaaseen näkemiseen*, mutta ei aktuaalisesti immanenttiin; se on tutkimusta puhtaan ilmeisyyden sfäärissä ja nimenomaan olemustutkimusta. Mainitsimme myös, että sen kenttä on *absoluuttisen itseannetun sisäinen a priori*.” (Kursivoinnit Husserlin.)

Kyse ei myöskään ole luonnontieteiden havaintolauseista, joiden totuusarvo on – ainakin lähtökohtaisesti – empiirisesti koeteltavissa eli osoitettavissa joko todeksi tai epätodeksi luonnontieteiden soveltaman kokeellisen ja empiirisen menetelmän avulla.

Aristotelinen retoriikka ja Perelmanin aristotelisen filosofian varaan rakentuva uusretoriikka tarkastelevat sen sijaan päättelyä, jonka hyödyntämät premissit ja jonka tuottamat johtopäätökset eivät ole välttämättä tosia tai tosiksi tunnettuja vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän uskottavia, todennäköisiä ja hyväksyttäviä niiden tarkoitettuina kohdeauditoriossa. Loogisen deduktion ja lauseiden formaalin demonstraation sijaan aristotelinen topiikka, (uus)retoriikka ja argumentaatioteoria tarkastelevat erilaisia käytännöllisen päättelyn malleja sekä yleisesti ja tavanomaisesti hyväksytyjä käsityksiä ja uskomuksia (ransk.: *opinions communes & sens commun*) ilmiöistä, jotka kuuluvat esimerkiksi oikeuden, moraalin tai yleisen filosofian alaan.⁵⁹ Kyse on toisin sanoen uskomuksista, jotka ovat (vain) enemmän tai vähemmän vakuuttavasti perusteltavissa määrätyn argumentaation kohderyhmälle, oli sitten kyse oikeudellisesta tulkinnasta, yhteisöllisen hyvän, oikean tai oikeudenmukaisen määrittelystä osana oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa, historian tutkimuksen, kirjallisuustieteen tai taide-estetiikan tuottamista arvoarvostelmista tai vaikkapa tapaetiketin konventionaalisten sovinnaisääntöjen tulkinnasta määrättyssä sosiaalisessa tilanteessa.

Uusretoriikka on lähtökohtaisen erimielisyyden, argumentaation ja perustelemisen taitoa, *ars disputationis*,⁶⁰ joka ei ole formalisoitavissa loogisten syllogismien muotoon sen premissien ja johtopäätösten määritelmällisen epävarmuuden vuoksi.

Jos yhteisöllisistä arvoista vallitsisi Aarnion tarkoittamalla tavalla universaaliauditoriossa konsensus, myös arvosidonnaisista oikeudellisista tulkintalauseista voitaisiin aina, riittävän perusteellisen harkinnan jälkeen, päästä yksimielisyyteen, ja universaaliauditorio toimisi Ronald Dworkinin oikeusteorian edellyttämän fiktiivisen supertuomari Herculeen tavoin oikeudellisen tulkinnan lukitsevana *validiteetti- ja tulkintakriteerinä*. Samalla universaaliauditorion kiinnittäminen Aarnion ehdottamalla tavalla arvo-objektivismiin ja kognitivistiseen arvoteoriaan muuttaisi Perelmanin aristotelisen uusretoriikan perusteltaan ehdottoman varmaksi päättelyksi, jonka tuottamat tulokset olisivat – muiden loogisten syllogismien tavoin – ehdottoman tosia, koska syllogistisen päättelyn ylälause eli *normipremissi*, joka tässä käsittää oikeudellisen tulkintalauseen, olisi riidattomasti palautettavissa universaaliauditorion määritelmälliseen arvokonsensuskeen. Oikeudellisen argumentaatioprosessin käynnistävä

⁵⁹ Vrt. Perelman, "Une théorie philosophique de l'argumentation", s. 255.

⁶⁰ Sampaio Ferraz, Jr., "Topique", s. 615.

tulkinnallinen erimielisyys olisi aina purettavissa universaaliauditorion määritelmällisen arvokonsensuksen avulla, eikä tarvetta Perelmanin uusretoriikan jäsentämään *pro et contra* -argumentaatioon enää olisi. Vain deduktiivisen päätelmän yksilöivästä alalauseesta eli *faktapremissistä* voisi argumentaatioon osallistuvien kesken vallita erimielisyys.

Logiikan ja matematiikan määritelmälliset eli tautologiset totuudet, Descartesin intuitiivis-aprioriset totuudet, joiden epäily ei hänen mukaansa ollut mahdollista, ja fenomenologien 'itseannetut' käsitteelliset ja olemukselliset välttämättömyydet eivät toteuta Perelmanin aristotelisen uusretoriikan keskeisajatusta (esimerkiksi) oikeudellisen argumentaation premissien määritelmällisestä epävarmuudesta ja tulkinnanvaraisuudesta sekä sen tuottamien tulosten enimmillään nauttimasta hyväksyttävyydestä, uskottavuudesta, adekvaattisuudesta ja perusteltavuudesta. Deduktiiviset päätelmät eivät uusretoriikan jäsentämää vähemmän eksaktia argumentaatiota kaipaa.⁶¹

”Se, mikä on itsestään selvää, on samalla välttämättä totta ja välittömästi sellaiseksi tunnistettavissa. Itsestään selvää lausetta ei ole tarpeen todistaa, sillä sen osoittaminen todeksi merkitsisi vain deduktiivista päätelmää, missä itsestään selvistä päättelyn premisseistä johdettaisiin jotain, mikä ei ole itsestään selvää. – Senkaltaisessa järjestelmässä ei ole tilaa argumentaatiolle.”

Perelmanin aristotelinen *retoriikan valtakunta* sijoittuu toisin sanoen loogis-käsitteelliseen tilaan, jota yhtäältä logiikan ja matematiikan formaalit tautologiat ja Descartesin aprioris-intuitiiviset, itsestään selvät totuudet sekä toisaalta puhujan tai kuulijoiden irrationaaliset tunteet, intohimot ja muut rationaalisen harkinnan ulkopuolelle jäävät ilmiöt rajaavat. Se täyttää toisin sanoen tilan, joka jää itsestään selvien totuuksien ja puhtaasti irrationaalisten tuntemusten väliin (ransk.: *entre l'évident et l'irrationnel*).⁶² Uusretoriikan mukaisessa argumentaatioissa kyse on vain enemmän tai vähemmän perusteltavissa olevien lauseiden, käsitysten ja uskomusten *hyväksyttävyydestä* kohdeauditoriossa, jota puhuja jäsentää ideaalisen universaaliauditorion kaltaisen mielessään hahmotetun ajatuksellisen konstruktion avulla. Perelmanin ja Aristoteleen tavoin hahmotetun argumentaation premissien määritelmällinen epävarmuus ja tulkinnanvaraisuus eivät jätä tilaa Aarnion tavoin tulkitulle universaaliauditorion arvokonsensukselle, kognitiiviselle arvoteorialle ja arvo-objektivismille sekä

⁶¹ Perelman, ”Une théorie philosophique de l'argumentation”, s. 248 (käännös allekirjoittaneen): ”Ce qui est évident est, à la fois, nécessairement vrai et immédiatement reconnaissable comme tel. La proposition évident n'a pas besoin de preuve, la preuve n'étant qu'une déduction nécessaire de ce qui n'est pas évident à partir de thèses évidents. – Dans un tel système, il n'y a nulle place pour l'argumentation.”

⁶² Perelman, ”Une théorie philosophique de l'argumentation”, s. 255 *in fine*.

arvo-, normi- tai tulkintapremissiltään ehdottoman varmalle päättelylle, jollaisista ne edellyttävät. Kyse on sen sijaan määritelmällisesti vain enemmän tai vähemmän uskottavien, todennäköisten, hyväksyttävien, adekvaattien tai totuudenkaltaisten lauseiden, käsitysten tai uskomusten perustelemisesta määrätyle kohdeauditoriolle esimerkiksi oikeudellisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa.

5.5 OIKEUDELLINEN UUSRETORIikka JA SEN TUTKIMUKSELLISET VAIHTOEHDOT

Ajatus oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerien kiinnittämisestä sen ideaalisen kohdeauditorion eli Chaïm Perelmanin tavoin määritellyn *universaaliauditorion* yhteisölliseen hyväksyntään tarjoaa perustellun vaihtoehdon tulkinnallisen oikeudelliselle korrespondenssi- tai koherenssiteorialle. Yhteisöllinen konsensussteoria ja oikeudellinen uusretoriikka tulevat toimeen vähemmillä rakenteellisen ontologian oletuksilla eli kevyemmällä 'metafysiikan tarpeistolla' kuin totuuden korrespondenssiteoria, joka oletti, että vertailtavana olevien asiantilojen välillä vallitsee rakenneyhtäläinen isomorfia- eli kuvasuhde. Tuo kuvasuhde ei kuitenkaan ollut itse mielekkäällä tavalla kuvattavissa tai käsitteellisesti 'haltuunotettavissa' eli kohteellistettavissa ja käsitteellistettävissä korrespondenssiteorian itsensä tarjoamien käsitteellisten ja episteemisten työvälineiden avulla Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen keskeisteesin mukaan. Vaikka filosofisen korrespondenssiteorian ajatus totuudesta tai oikeudellisen tulkintalauseen validiteetista vertailtavina olevien asiantilojen vastaavuutena onkin sinänsä teoreettisesti parhaiten perusteltu totuuden määritelmä, sen muuntaminen käytännön toiminnan perustaksi saattaa kohdata ylivoimaisia esteitä, koska meillä yksinkertaisesti ei ole ulospääsyä kielen ja logiikan kahleista maailmassa vallitseviin asiantiloihin itseensä.

Tulkinnallisen totuuden sitominen yhteisölliseen konsensuskseen ei senkaltaista viime kädessä määrittelemättömän tulkintakriteerin ongelmaa kohtaa. Sen pulmana on tulkinnallisen totuuden vesittyminen yhteisösidonnaiseksi käsitteeksi, jonka sisältö oletettavasti muuttuu aina, kun ideaaliauditorion konstitutiiviset reunaehdot muuttuvat. Ongelmana on myös oikeudellisen tulkinnan tarkoitetun kohdeauditorion määrittely tavalla, joka yhtäältä tavoittaa Perelmanin ajatuksen universaaliauditoriosta puhujan *ajatuksellisena konstruktiona* eli (vain) kuvitteellisena referenssinä, jota vasten hän esittämiensä tulkintalauseiden validiteettia ja hyväksyttävyyttä arvioi mutta joka samalla välttyisi muuntumasta hajanaiseksi joukoksi *solipsistisia*, vain kulloisellekin puhujalle ominaisia ja keskenään yhteismitattomia oikeudellisen tulkinnan kohdeauditoriosta luotuja osajäsennyksiä, joista jokainen toteuttaa vain sille ominaista yhteisöllis-

kulttuurista rationaalisuutta ilman oikeudellisen yleistettävyyden vaadetta tai oikeutusta.⁶³

Oikeudellisen tulkinnan arviointikriteerien kiinnittäminen kohdeauditorion yhteisölliseen konsensukseen väistää myös onnistuneesti totuuden koherenssiteoriaa alati uhkaavan pulman sisäisesti täydellisen johdonmukaisista keijukaissaaduista, Lewis Carrollin *Liisa ihmemaassa* ja *Liisa peilimaassa* -kirjojen kuvaamasta *nonsense*-maailmasta tai J. K. Rowlingin taidokkaasti luomien *Harry Potter* -kirjojen taikamaailmasta, jotka sinänsä täyttävät tai ainakin saattavat täyttää totuuden koherenssiteorian mukaisen ehdon määrätyn teorian tai lausejoukon sisäisestä johdonmukaisuudesta mutta ovat siitä huolimatta ilmeisen epätosia millä tahansa muilla totuuskriteereillä arvioituna. Tosin myös yhteisöllinen konsensus voi perustua täydellisen virheellisten premissien varaan, niin kuin oli asian laita katolisen kirkon inkvisition ja Galilein edustaman uudenlaisen empiirisen tiedon yhteentörmäyksessä 1600-luvulla. Yhteisöllinen konsensusteoria on myös sikäli epäitsenäinen oikeudellinen tulkintateoria, että se edellyttää tuekseen jonkinlaisen käsityksen tulkinnan kohteesta sekä sen yhteisöllisistä ja institutionaalisista reunaehdoista, jotta yhteisöllinen hyväksyntä olisi kohdennettavissa *oikeudellisiin* ilmiöihin kansalaisten moraalitajuntaa, uskonnollisia tuntemuksia tai tapaetikein vaatimuksia koskevien yhteiskunnallisten ilmiöiden sijaan. Lisäksi Perelmanin tavoin ymmärretty universaaliauditorio on sittenkin vain puhujan mielessään hahmottama konstruktio, ei tosiasiallisesti olemassa oleva tulkinnan kohdeauditorio.

Oikeudellinen koherenssiteoria kiinnittää oikeuden tulkinnan institutionaaliin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin, kun taas konsensusteoria painottaa tulkinnan tarkoitetun kohderyhmän eli universaaliauditorion merkitystä tulkinnan arviointikriteerinä. Yhdessä nämä kaksi tulkintakriteeriä – eli institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä asianmukaisesti johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden sisäinen koherenssi sekä tulkinnan tarkoitetun ja ainakin osin idealisoidun kohdeauditorion eli puhujan mielessään jäsentämän universaaliauditorion hyväksyntä – muodostavat tulkintateoreettisen kokonaisuuden, johon oikeudellinen tulkinta voidaan mielekkäällä tavalla kiinnittää etenkin silloin, kun kyse ei ole yksinkertaisesta isomorfia- eli kuvasuhteesta oikeussäännön määrittelemän ja maailmassa toteutuneen asiantilan välillä.

Oikeudellisen uusretoriikan ja institutionaalisten oikeuslähteiden keskinäisten suhteiden arviointiin perustuvan koherenssiteorian yhdistelmä soveltuu – Kaarle Makkosen termien – myös oikeudellisen tulkintatilanteen ja oikeudellisesti säätelemättömän tilanteen analyysiin, jolloin on tarpeen turvautua varsinaisesti oikeussääntöjen tulkintaan (ja systematisointiin) tai oikeusperiaatteiden arvosidonnaiseen punnintaan ja keskinäiseen tasapainottamiseen. Ongel-

⁶³ Universaaliauditorion *dekonstruktio* ranskalaisfilosofi Jacques Derridan tarkoittamassa merkityksessä voisi kiinnittyä esimerkiksi tähän universaaliauditorion solipsistiseen piirteeseen.

mat Perelmanin universaaliauditorion määrittelyssä ovat varsin samanlaiset kuin Ronald Dworkinin *oikeudellisen eheyden* toteuttamisessa: kun Perelmanin universaaliauditorio on Dworkinin fiktiivisen supertuomari Herculeen tavoin vain puhujan itselleen asettama kuvitteellinen yhteisöllinen referenssi, jota vasten hän arvioi esittämiensä oikeudellisten tulkintalauseiden oikeudellista validiteettia ja hyväksyttävyyttä, miten voimme varmistua siitä, että tuo ajatuksellinen konstruktio vastaa riittävässä määrin myös muun oikeusyhteisön käsitystä oikeudesta ja oikeuden tulkinnasta?

Tuomioistuimen tai viranomaisen tekemän ratkaisun julkilausutut perustelut kertovat toki välillisesti myös universaaliauditoriolle, oikeudelliselle eheydelle tai vastaavalle oikeudelliselle tulkintakriteerille annetusta tulkinnallisesta merkityssisällöstä, mutta ratkaisun kontrolloitavuus senkaltaisen kriteerin avulla on yhtä kaikki pulmallista. Universaaliauditorion tai supertuomari Herculeen kaltaisen ajatuksellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin toteuttama oikeudellinen rationaalisuus on myös aina alistettavissa filosofi G. E. Mooren avoimelle kysymykselle: ”olet nyt määritellyt oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteerin (esimerkiksi) Perelmanin universaaliauditorion tai Dworkinin oikeudellisen eheyden edellyttämällä tavalla x , mutta *onko* x todellakin oikeudellisesti validi ja hyväksyttävä käsitys oikeudesta?”

Oikeudellinen koherenssiteoria ja oikeudellinen uusretoriikka sivuuttavat kumpikin joukon vaihtoehtoisia oikeudellisia tulkintakriteereitä: kun arvioitavana ovat institutionaalisista oikeuslähteistä johdetut oikeudelliset tulkinta- ja perustelulauseet tai tulkinnan yhteisöllinen hyväksyntä ideaalisessa kohdeauditoriossa, oikeudellisen tulkinnan juridiset ja yhteiskunnalliset vaikutukset, joita yhtäältä analyttinen oikeusrealismi ja toisaalta yhteiskunnallinen konsektionalismi pitävät merkityksellisinä, rajautuvat tarkastelun ulkopuolelle. Oikeudellinen uusretoriikka sivuuttaa myös lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset tavoitteet, joiden mahdollisimman autenttista rekonstruktiota oikeudellinen eksegeesi pitää keskeisenä, samoin kuin ne vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt, joihin oikeudellinen konsektionalismi kiinnittää oikeudellisen tulkinnan. Myös erilaiset loogis-käsitteelliset ja oikeussystemiset arviointikriteerit, joita oikeudellinen tulkintaformalisismi pitää keskeisinä, samoin kuin luonnonoikeusopin korostamat oikeuden aksiologiset eli arvoperustaiset ulottuvuudet rajautuvat oikeudellisen uusretoriikan mukaisen tarkastelutavan ulkopuolelle.

6 Yhteiskunnallinen pragmatismi: oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset

6.1 ”...MIKÄ ON TOTUUDEN HYÖTYARVO EMPIIRISINÄ KOKEMUKSINA MITATTUNA?”

Pragmatistinen filosofia syntyi Yhdysvalloissa Charles S. Peircen (1839–1914), William Jamesin (1842–1910) ja John Deweyn (1859–1952) keskeiskirjoitusten myötä. Neljäntenä keskeisenä pragmatistina on Georg Herbert Mead (1863–1931).¹ Myös amerikkalaistuomari Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841–1935) kuuluu itseoikeutetusti pragmatistisen filosofian perustajien joukkoon.

Pragmatismi on ollut ja on edelleen etenkin amerikkalainen filosofian suuntaus. Kyse ei ole yhtenäisestä koulukunnasta vaan määrättyjen filosofien ja heidän käsitystensä lomittaisesta samankaltaisuudesta eli perheyhtäläisyydestä Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian tarkoittamassa merkityksessä. Suuntauksen sisällä on toisin sanoen joukko keskenään erilaisia painotuksia. Pragmatismien varsinaisista perustajista Peirce korosti pragmatistisen ajattelutavan elitististä ja systemaattista tieteellisyyttä, James sen liittymiä yksilöpsykologian lainalaisuuksiin ja Dewey sen yhteyttä länsimaiseen demokratiaan.² Yhteistä pragmatisteille on kuitenkin ajatus, jonka mukaan inhimillinen tieto on aina *fallibilistista* eli omaksutuille uskomuksille ja käsityksille vastakkaisen havaintojen niin edellyttäessä myös kumottavissa olevaa sekä *välineellistä* eli sidoksissa erilaisten inhimillisten pyrkimysten menestykselliseen toteuttamiseen. Oikeudellisen pragmatismien tunnusmerkkeinä on lisäksi pidetty oikeudellisen tiedon *kontekstuaalista* eli tilannesidonnaista luonnetta ja sen edellytettyä *toimivuutta* yhteiskuntaa koskevan tiedon jäsentämisessä.³

Pragmatismi korostaa tieteellisen tiedon yhtä hyvin kuin erilaisten arkitodelisuutta jäsentävien uskomusten tai arvoarvostelmien käytännön *toimivuutta*, *hyödyllisyyttä*, *tehokkuutta* ja *koeteltavuutta* filosofian perinteisten ’metafyysisten’ uskomusten tai idealististen opinkappaleiden sijaan. Keskeistä on mää-

¹ Scheffler, *Four Pragmatists. A Critical Introduction to Peirce, James, Mead, and Dewey*, s. 149 *et seq.*

² Nicholas Rescher kiteyttää kolmen pragmatistisen filosofian edustajan ajattelun peruseroavuuudet seuraavasti: ”Peirce’s pragmatism is scientifically elitist, James’s is psychologically personalistic, Dewey’s is democratically populist.” Rescher, ”Pragmatism”, s. 712.

³ Lind, ”Pragmatist Philosophy of Law”, s. 678–679 (engl.: *fallibilism and the growth of knowledge, contextualism, instrumentalism, workability*).

rätyn käsityksen tai uskomuksen koeteltu toimivuus ja hyödyllisyys käytännön inhimillisen toiminnan perustana. Pragmatistisen filosofian asettamat keskeiskriteerit soveltuvat sen kannattajien mukaan myös erilaisten käytännöllisen järjen alaan kuuluvien arvoarvostelmien, kuten moraalifilosofian, taide-estetiikan tai oikeustieteen tuottamien väite- ja perustelulauseiden arvioimiseen, oli sitten kyse hyvän, oikean ja oikeudenmukaisen arvioimisesta moraalifilosofian kriteerien avulla, kauniin tai esteettisesti vaikuttavan arvioimisesta estetiikan kriteerien avulla tai oikeudellisesti hyväksyttävän, oikean ja kohtuullisen arvioimisesta oikeustieteen kriteerien avulla.

Pragmatistisen katsantokannan mukaan tieteellisen teorian tai yleisemmin kokemustodellisuutta jäsentävien käsitysten totuuden määrittämiseksi ei ole tarpeen turvautua korrespondenssiteorian epistemologisiin tai semanttisiin ennakkoehdotoihin kielen ja todellisuuden tai, oikeudellisessa tulkintakontekstissa, oikeussäännössä määritellyn ja maailmassa tosiasiallisesti toteutuneen asiantilan isomorfisesta rakenneyhtäläisyydestä wittgensteinilaisen kuvasuhteen merkityksessä. Mutta yhtä vähän on välttämätöntä turvautua koherenssiteorian keskeisoletuksiin tieteellisen teorian havainto- ja perustelulauseiden tai, oikeudellisessa tulkintakontekstissa, institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden loogis-käsitteellisestä ristiriidattomuudesta, propositionaalisesta kongruenssista, aksiologis-normatiivisesta yhteensopivuudesta tai narratiivis-historiallisesta johdonmukaisuudesta. Pragmatistien mukaan ”tieto”, ”merkitys” ja ”totuus” ovat sen sijaan *instrumentalistisia* eli välineellisiä käsitteitä, jotka ovat kiinteässä yhteydessä inhimilliseen toimintaan, vallitseviin sosiaalisiin käytäntöihin sekä erilaisten inhimillisten pyrkimysten ja tavoitteiden toteuttamiseen. Totuus on *toimivuutta*,⁴ ei esimerkiksi asiantilojen vastaavuutta tai oikeudellisten lähdetekstien keskinäistä koherenssia.

Vaikka Peirce oli käsitellyt pragmatismia kirjoituksissaan jo 1870-luvulla, vasta William James teki sen yleisesti tunnetuksi 1900-luvun alussa. *Pragmatismi* on puolestaan Peircen käyttöön ottama termi, jolla hän pyrki erottamaan omat näkemyksensä etenkin Jamesin käsityksistä, jotka hänen mielestään vinoutuivat pragmatistisen ajattelun tieteellisiä perusteita.⁵ Peirce korosti tieteellisen tiedon objektiivisia, yksilöstä riippumattomia arviointikriteereitä sekä määritteli totuuden kokeellisten havaintojen ja tiedeyhteisön käsitysten ajateltavissa

⁴ Vrt. James, ”Pragmatism’s Conception of Truth”, s. 148 (kursivointi alkutekstissä): ”We must find a theory that will *work*; and that means something extremely difficult; for our theory must mediate between all previous truths and certain new experiences. It must derange common sense and previous belief as little as possible, and it must lead to some sensible terminus or other that can be verified exactly. To ’work’ means both these things; and the squeeze is so tight that there is little loose play for any theory.”

⁵ Peircen koottujen kirjoitusten laitoksen viides nide, joka käsittää hänen pragmatismia koskevat kirjoituksensa, on otsikoitu: *Pragmatism and Pragmaticism*.

olevan konvergenssin avulla. James sitä vastoin korosti inhimillisen tiedon vahvemmin subjektiivista luonnetta yhteisöllisenä uskomuksena, jonka varaan menestyksellinen inhimillinen toiminta on mahdollista perustaa.⁶

William James määritteli pragmatistisen totuuskäsityksen vuonna 1907 seuraavasti, samasta uskomuksen tai käsityksen totuuden sen todennettavuuden kanssa:⁷

”Pragmatismi puolestaan esittää sille ominaisen kysymyksen: ‘Olettaen, että jokin käsitys tai uskomus on tosi’, se toteaa, ‘mitä konkreettisia vaikutuksia sen totuus saa aikaan kenen tahansa käytännön elämässä? Miten sen totuus on pantavissa täytäntöön? Mitkä käytännön kokemukset tulevat poikkeamaan niistä, jotka toteutuisivat, jos tuo uskomus olisi-kin virheellinen? Lyhyesti sanottuna, mikä on totuuden hyötyarvo empiirisinä kokemuksina mitattuna?’ – Samalla kun pragmatismi esittää tuon kysymyksen, se oivaltaa myös vastauksen siihen. *Todet uskomukset ovat todennettavissa, koeteltavissa ja verifioitavissa. Virheelliset uskomukset eivät sitä ole.* Tämä on tosien uskomusten käytännön merkitys, sillä se on kaikki, mitä totuus voi meille tarkoittaa.”

James samasti selväsanaisesti määrätyn uskomuksen totuuden ja sen hyödyllisyyden inhimillisen toiminnan jäsentämisessä:⁸

”Jostain uskomuksesta voi sanoa, että ‘se on hyödyllinen, koska se on tosi’ tai että ‘se on tosi, koska se on hyödyllinen’. Molemmat lauseet tarkoittavat täsmälleen samaa asiaa eli sitä, että jokin idea saa täyttymyksensä ja on todennettavissa.”

Taustalla on filosofi Charles S. Peircen jo 1870-luvulla esittämä *pragmatism*in periaate:⁹

⁶ Rescher, ”Pragmatism”, s. 710.

⁷ James, ”Pragmatism’s Conception of Truth”, s. 142: ”Pragmatism, on the other hand, asks its usual question. ‘Grant an idea or belief to be true,’ it says, ‘what concrete difference will its being true make in any one’s actual life? How will the truth be realized? What experiences will be different from those which would obtain if the belief were false? What, in short, is the truth’s cash value in experiential terms?’ – The moment pragmatism asks this question, it sees the answer: *True ideas are those that we can validate, corroborate and verify. False ideas are those that we can not.* That is the practical difference it makes to us to have true ideas; that, therefore, is the meaning of truth, for it is all that truth is known as.” (Kursivoinnit alkutekstissä; käänös allekirjoittaneen.)

⁸ ”You can say of it [i.e. a true idea] then either that ‘it is useful because it is true’ or that ‘it is true because it is useful’. Both these phrases mean exactly the same thing, namely, that here is an idea that gets fulfilled and can be verified.” James, ”Pragmatism’s Conception of Truth”, s. 143. (Käänös: R. S.)

⁹ ”In order to ascertain the meaning of an intellectual conception we should consider what practical consequences might conceivably result by necessity from the truth of that conception; and the sum of these consequences will constitute the entire meaning of the conception.” Peirce, *Pragmatism and Pragmaticism*, s. 6 (Käänös allekirjoittaneen).

”Jotta voimme varmuudella määritellä jonkin opillisen käsityksen merkityssisällön, meidän tulee arvioida, mitä ajateltavissa olevia käytännön seurauksia sen totuudesta väistämättä seuraa, ja sanottujen seurausten kokonaisuus on yhtä kuin tuon käsityksen merkityssisältö.”

Tieteellisen teorian tai käsityksen totuus kiinnitetään sen välttämättömiin seurauksiin eli siihen, mikä muuttuisi ja olisi toisin, jos sanottu käsitys olisikin virheellinen. Tieteellisen teorian totuus on yhtä kuin sen *toimivuus*, *menestysellisyys*, *käyttökelpoisuus* ja *hyödyllisyys* aiempien empiiristen havaintojen muodostaman kokemustodellisuuden jäsentämisessä ja vastaisten havaintokokemusten ennustamisessa. Arkitodellisuutta jäsentävänä tiedollisena ja käsitteellisenä kehyksenä pragmatistinen filosofia viittaa vastaavasti jonkin käsityksen tai uskomuksen toimivuuteen ja hyödyllisyyteen käytännön toiminnan perustana. Yhteistä on ajatus tosien käsitysten ja uskomusten hyödyllisyydestä inhimillisen toiminnan perustana, oli sitten kyse tieteellisestä selittämisestä, erilaisten käytännön elämän tavoitteiden saavuttamisesta tai inhimillisen käyttäytymisen oikeellisuuden ja hyveellisuuden arvioimisesta.

Vaatus tieteellisen teorian tai käsityksen toimivuudesta on tulkittavissa sen välttämättömien luonnontieteellisten, yhteiskunnallisten tai muiden mahdollisten seurausten *koeteltavuudeksi* ja *todennettavuudeksi* määrätyn yhteisön, kuten tiedeyhteisön tai oikeusyhteisön, kollektiivisesti hyväksymien arviointikriteerien valossa. Totuus, joka on määritelty tieteellisen teorian tai yleisemmin inhimillistä kokemusta jäsentävän uskomuksen hyödyllisyytenä ja toimivuutena, on yhdistettävissä tiedeyhteisön merkitystä korostavan ja itsekin pragmatistista katsantokantaa eri tavoin painotettuna edustavan yhteisöllisen konsensus-teorian eli oikeudellisen *uusretoriikan* kanssa. Pragmatistisen totuuskäsityksen myöhemmät muunnokset ovatkin kehittyneet konsensusteorian suuntaan:¹⁰ yhteisöllisen hyväksynnän saaneet käsitykset ovat epäilemättä osoittaneet toimivuutensa tieteellisinä selityspenusteina.

Tieteellisen logiikan ja semiotiikan merkittävänä kehittäjänä tunnettu Peirce lähestyi perustellun tiedon ja totuuden tematiikkaa tieteellisen metodin määrittelyn kautta. Peirce hylkäsi aidosti tieteellisen metodiopin piiristä ensinnäkin *itsepäisyyden menetelmän* (engl.: *method of tenacity*), jonka mukaan tutkijan tulee pitäytyä jääräpäisesti alkuperäisissä uskomuksissaan ja sulkea silmänsä kaikelta niistä horjuttavalta todistusaineistolta. Toiseksi, *auktoriteettiin perustuva menetelmä* (engl.: *method of authority*) ei Peircen mukaan täytä tieteellisen metodin vähimmäisehtoja, sillä ei ole mitään takeita uskonnollisen, oikeudellisen tai minkään muunkaanlaisen auktoriteetin väitetyistä erehtymättömyydestä. Kolmanneksi, Peirce hylkäsi Descartes’in *cogito ergo sum* -päätelmän edustaman *a priori* -menetelmän (engl.: *a priori method*), joka perustuu ihmisen

¹⁰ Rescher, ”Pragmatism”, s. 710.

oletettuun kykyyn saavuttaa ehdottoman varmaa tietoa oman järkensä avulla. Peircen mukaan filosofisen metafysiikan edistymättömyys ja sen ongelmien ratkeamattomuus ovat osoituksena aprioris-intuitiivisen menetelmän heikkouksista. Lisäksi monet aikanaan apriorisina ja itsestään selvinä pidetyt totuudet ovat sittemmin osoittautuneet virheellisiksi.¹¹

Aidosti tieteelliseen menetelmään liittyy Peircen mukaan sen sijaan *julkinen perusteltavuuden ja itsensäkorjaavuuden* elementti, joka korostaa samalla tiedeyhteisön roolia.¹² Hänen mukaansa tieteellinen metodi on objektiivinen, jos:¹³

”(a) tutkimuskohteen ominaisuudet ovat tutkijan mielipiteistä riippumattomia; (b) tieteellinen tieto syntyy tutkijan ja tutkimuskohteen välisen vuorovaikutuksen tuloksena; (c) tiede ei voi perustua dogmien, uskon, ilmestyksen, auktoriteetin tai ilmestyksen varaan, vaan tiedon lähteenä ja kriteerinä tieteessä on viime kädessä itse tutkimuskohteesta saatava kokemus; (d) tutkimuskohteesta on mahdollista saavuttaa paikkansa pitävää tietoa ja tutkijayhteisössä on mahdollista päästä yksimielisyyteen tämän tiedon laadusta.”

Totuus syntyy siis tutkijan ja tarkasteltavana olevan tutkimuskohteen empiriisiin havaintoihin perustuvan vuorovaikutussuhteen tuloksena, jolloin tiedeyhteisössä on ainakin periaatteessa mahdollista saavuttaa lopulta yksimielisyys sanotun tiedon paikkansa pitävyydestä. Peircen käsitys totuudesta on *fallibilistinen*: mikä tahansa tietyllä hetkellä vallitsevista opillisista käsityksistä tai uskomuksista on riitautettavissa ja osoitettavissa virheelliseksi uusien kokeuksellisten havaintojen valossa, eikä ole mitään ’itseannettuja’ totuuksia, joiden aprioris-intuitiivinen, loogis-käsitteellinen tai vastaava totuus olisi tieteellisen koeteltavuuden ulko- tai yläpuolella. Totuus on yhtä kaikki Peircen mukaan *absoluuttinen* ominaisuus, joka on tietyin ehdoin liitettävissä määrättyyn opilliseen käsitykseen. Tilanteessa, jossa kaikki ajateltavissa olevat, määrättyä ilmiötä koskevat kokeelliset havainnot ovat tiedeyhteisön käytettävissä, Peircen mukaan tiedeyhteisön käsitykset *konvergoituvat* eli tiedeyhteisö on lopulta asiasta perustellusti yksimielinen. Tiedeyhteisö ja sen hyväksymät tieteellisen todennettavuuden kriteerit saavat näin avainroolin siinä, miten tietyllä hetkellä totena pidettyjen käsitysten ja uskomusten joukko määritetään.

Samoin William Jamesin mukaan totuus ei ole minkään käsityksen tai uskomuksen staattinen, pysyvä ja ikuinen ominaisuus *sub specie aeternitatis*, vaan se on ”jotain, joka määrätylle uskomukselle tapahtuu”, kun se (empiirisesti)

¹¹ Peirce, *Pragmatism and Pragmaticism*, s. 233–242.

¹² Kokoavasti Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus*, s. 81–85. Ks. myös Peirce, *Johdatus tieteen logiikkaan ja muita kirjoituksia*, s. 137–150.

¹³ Peirce, *Pragmatism and Pragmaticism*, s. 242–244; Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus*, s. 83.

todennetaan. Totuus on Jamesille pikemminkin verbi kuin substantiivi, niin kuin Morris Dickstein on osuvasti huomauttanut.¹⁴

Peircen ja Jamesin pragmatistinen totuuskäsitys vastaa näin tieteen sosiologi Thomas S. Kuhnin sittemmin 1960-luvulla esittämää ajatusta tieteellisen tiedon muutosdynamikasta viime kädessä *yhteisöllisenä*, tiedeyhteisön kollektiivisiin uskomuksiin kiinnittyvänä ja *fallibilistisenä* ilmiönä, joka tiedeyhteisön havaintokokemusten niin edellyttäessä on aina myös osoitettavissa virheelliseksi ja kumottavissa.¹⁵ Tiedeyhteisö päättää viime kädessä itse sen, mitä voidaan pitää riittävästi koeteltuna tieteellisenä käsityksenä, jonka varaan vastainen tieteellinen tai muu toiminta voidaan perustaa. Tieteellisen teorian tai lausejoukon koeteltavuus, toimivuus ja käyttökelpoisuus ovat toisin sanoen sidoksissa tiedeyhteisön kollektiivisiin käsityksiin ja uskomuksiin. Tieteellisen teorian osalta tämä tarkoittaa tiedeyhteisön tai sen merkityksellisen osan hyväksyntää, kun taas oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden osalta ratkaisevaa on (suppeasti tai laajasti määritellyn) tosiasiallisen oikeusyhteisön hyväksyntä. Ei ole (enää) mitään maallista tiedeyhteisöä ylempää uskonnollista auktoriteettia tai muuta tieteellistä 'muutoksenhakutuomioistuinta', joka voisi arvovaltaisesti kumota jonkin tiedeyhteisön kollektiivisesti kannattaman käsityksen ja julistaa sen tieteellisenä harhaoppina virheelliseksi.¹⁶

Amerikkalaisista pragmatisteista John Dewey korosti tieteellisen tiedon psykologisia ja koeteltavissa olevia ominaisuuksia sekä otti käyttöön termin *warranted assertability*, jonka voi (likimääräisesti) kääntää jonkin tieteellisen käsityksen tai uskomuksen *perusteltavuudeksi*, *justifioitavuudeksi* tai *todennettavuudeksi*. Dewey myös korosti tieteellisen tiedon ja tieteellisten lakien hypoteettista luonnetta: kyse on vain työhypoteeseista, joita tulee koetella empiiristä käytäntöä vasten. Tutkimuksellinen päättely on hänen mukaansa "logiikkaa,

¹⁴ "The truth of an idea is not a stagnant property inherent in it. Truth *happens* to an idea. It *becomes* true, is *made* true by events. Its verity *is* in fact an event, a process, the process, namely, of its verifying itself, its *verifi-cation*. Its validity is the process of its *valid-ation*." James, "Pragmatism's Conception of Truth", s. 142 (kursivoinnit ja sanojen osakursivoinnit alkutekstissä). Vrt. myös Dickstein, "Introduction: Pragmatism Then and Now", s. 7 (kursivointi lisätty): "James insists that truth or meaning is a process, an action leading to a pay-off, *a verb rather than a noun*."

¹⁵ Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*.

¹⁶ Katolinen kirkko piti tunnetusti tieteellistä tietoa yksinoikeutenaan vielä uuden ajan taitteessa. Niinpä Giordano Bruno poltettiin kerettiläisenä roviolla Campo dei Fierin torilla Roomassa vuonna 1600. Galileo Galilei (1564–1642) joutui inkvisition uhkaamana kieltämään oppinsa, jonka mukaan maa pyörii akselinsa ympäri ja kiertää aurinkoa, mutisten samalla väitetystä itseksensä: "E pur si muove." ("Se liikkuu t. pyörii sittenkin.") – Stalinin ajan Neuvostoliitossa myös tieteellinen totuus oli puoluekoneiston yksinomistuksessa. Teoriat, jotka eivät täyttäneet vaatimusta ideologisesta oikeaoppisuudesta, saatettiin julistaa kielletyiksi, kun taas esimerkiksi tieteellisessä katsannossa virheelliseksi osoitettu lysenkolainen käsitys ympäristöllisen olosuhteiden aiheuttamien eli hankittujen ominaisuuksien periytymisestä julistettiin epämääräisten ideologisten syiden nojalla paikkansa pitäväksi.

joka on pikemminkin suhteessa seurauksiin kuin [selitettävää tapahtumaa] edeltäviin syihin, pikemminkin tulevien tapahtumien ennustamiseen liittyvää todennäköisyyksien logiikkaa kuin deduktiivisen päättelyn mukaista varmuutta”.¹⁷ Taustalla on Deweyn vahvasti instrumentalistinen käsitys tiedosta, jonka avulla tulevien tapahtumien ennustaminen ja ylipäätään inhimillinen toiminta käyvät mahdollisiksi.

Modernia filosofista pragmatismia edustavat esimerkiksi Richard Rorty, Thomas C. Gray, Richard Posner ja Stanley Fish.¹⁸

6.2 FILOSOFINEN PRAGMATISMI JA OIKEUDELLISET TULKINTAMALLIT

Peircen, Jamesin ja Deweyn edustama pragmatistinen totuus- ja tietokäsitys voidaan liittää kolmen erilaisen tulkintamallin tai tulkintafilosofian yhteyteen: oikeudellisen uusretoriikan ja yhteisöllisen konsensusteorian painottama *yhteisöllinen hyväksyntä*, konsekventialistisen tulkintaopin korostamat oikeuden *yhteiskunnalliset ulkoisvaikutukset* sekä oikeudellisen konventionalismin painottamat *institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt* ilmentävät kukin eri tavoin tulkittua pragmatistista ja yhteisöllistä käsitystä oikeudesta ja sen tulkinnasta.

Yhteisöllisen hyväksynnän vaatimusta käsittelin jo edellä Chaïm Perelmanin ja Aulis Aarnion uusretoriikan ja yhteisöllisen totuuden konsensusteorian yhteydessä. Aarnion tulkinta ideaalisesta universaaliauditorioista perustui ’objektivoidun’, elämänmuutosidonnaisen yhteisöllisen arvokonsensuksen mahdollisuuteen, kun taas Perelmanilla universaaliauditorio osoittautui (vain) kuulijoidensa rationaaliseen vakuuttamiseen tähtäävän puhujan mielessään hahmottamaksi *ajatukselliseksi konstruktioksi*, vailla Aarnion teorian edellyttämää arvo-yhteisyyttä ja arvo-objektivismia. Nyt tieteellisen teorian tai oikeudellisen tulkintalauseen kohdeauditorio on kuitenkin määritelty toisin kuin Aarniolla tai Perelmanilla. Pragmatistisen katsantokannan mukaan tieteellisen teorian pätevyyttä tai oikeammin sen hyödyllisyyttä, toimivuutta ja selitysvoimaa arvioiva *tiedeyhteisö* yhtä hyvin kuin määrätyn oikeudellisen tulkintalauseen perusteltavuutta, oikeellisuutta tai kohtuullisuutta arvioiva *oikeusyhteisö* mielletään aidosti olemassa olevana yhteisönä, ei pelkästään objektivoituna ideaalisena tulkintakriteerinä Aarnion tarkoittamalla tavalla tai puhujan mielessään hahmotta-

¹⁷ ”... a logic relative to consequences rather than to antecedents, a logic of prediction of probabilities rather than one of deduction of certainties.” Lainaus kirjoituksessa: Mendell, ”Dewey, John (1859–1952)”, s. 204.

¹⁸ Kootusti yhteiskunnallisesta pragmatismista, Dickstein, ed., *The Revival of Pragmatism*. Vrt. myös Rorty, *Consequences of Pragmatism. (Essays: 1972–1980)*; Fish, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*.

mana ajatuksellisena konstruktiona Perelmanin tarkoittamalla tavalla. Sanotunlaiset tutkimuskohdetta idealisoivat premissit ovat pragmatistisen filosofian perustaville lähtökohdille vastakkaiset.

Oikeusyhteisö arvioi oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden hyväksyttävyyttä, perusteltavuutta tai toimivuutta. *Oikeusyhteisö* on mahdollista ymmärtää joko laajasti, jolloin se käsittää periaatteessa kaikki (täysivaltaiset) määrätyn yhteisön jäsenet, tai suppeasti, jolloin se käsittää esimerkiksi vain tietyn oikeusjutun asianosaiset samoin kuin tuomioistuimet ja muut viranomaiset eli institutionaaliset lainsoveltajat, joilla on oikeudellinen kelpoisuus voimassa olevan oikeuden sääntöjen luomiseen, muuttamiseen, täytäntöönpanoon ja kumoamiseen. Oikeudellisten tulkintalauseiden sidonnaisuus oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan erottaa ne luonnontieteiden tai muiden ihmis- ja yhteiskuntatieteiden kuin oikeustieteen tuottamista lauseista, joiden propositionaalisen merkityssisältönä on jonkin todellisuuden ilmiön selittäminen, ennustaminen tai ymmärrettäväksi tekeminen. Tarkastelen oikeudellista ja yhteisöllistä *konventionalismia* alla erikseen suhteessa yhteisön jäsenten vastavuoroihin odotuksiin (engl.: *mutual expectations*) ja yhteistoimintaa edistäviin asenteisiin (engl.: *cooperative dispositions*), joita institutionaaliin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja etenkin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet ilmentävät.

6.3 PRAGMATISMI OIKEUDESSA JA OIKEUSTIETEESSÄ

Pragmatistinen oikeusajattelu sai alkunsa amerikkalaistuomari Oliver Wendell Holmes, Jr.:n (1841–1935) ajoittain varsin oraakkelimaisista ja aforistisista pohdinnoista, joissa hän arvioi oikeutta esimerkiksi seuraavaan tapaan: "[common law] oikeuden elinkaari ei ole ollut logiikkaa vaan sarja inhimillisiä kokemuksia",¹⁹ "yksittäiset oikeustapaukset eivät ole ratkaistavissa [oikeudellisten] yleislausekkeiden avulla"²⁰ ja "common law -oikeus ei ole mikään taivaalla leijuva henkiolento vaan jonkin tunnistettavissa olevan suvereenin tai kvasisuvereenin vallanpitäjän antama määräys".²¹

O. W. Holmesin ja Roscoe Poundin 1900-luvun taitteessa edustama *sosio-loginen oikeustiede* toimi keskeisenä innoittajana 1920-luvulla syntyneelle

¹⁹ "The life of the law has not been logic: it has been experience." Holmes, "The Common Law", s. 237.

²⁰ "General propositions do not decide concrete cases." Holmes, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), Posner, ed., *The Essential Holmes*, s. 306.

²¹ "The common law is not a brooding omnipresence in the sky but the articulate voice of some sovereign or quasi-sovereign that can be identified ...", Holmes, "Southern Pacific Co. v. Jensen", 244 U.S. 205 (1917), Posner, ed., *The Essential Holmes*, s. 230.

amerikkalaiselle oikeusrealismille, joka korosti toteutuneen ja toteutettavissa olevan oikeuden sekä oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten merkitystä lain-sääntäjän alkuperäisten tavoitteiden huolellisen eksegeesin, C. C. Langdellin edustaman formaalin syllogistisen oikeudellisen ratkaisulogiikan tai yleisesti perinteisen oikeustieteen tuottamien voimassa olevaa oikeutta systematisoivien ja tulkitsevien lauseiden eli *glossien* sijaan.²² Manner-Euroopassa Rudolf von Jheringin perustama *intressilainoppi* on vastaavasti korostanut oikeuden määritelmällistä sidonnaisuutta erilaisiin yhteiskunnallisiin intressinäkökohtiin.

Oikeudelliseen tulkintakontekstiin sovellettuna Holmesin pragmatistinen käsitys oikeudesta ja yhteiskunnasta merkitsee ainakin viittä seikkaa. Ensinnäkin, O.W. Holmesin sekä nuoren Karl Llewellynin keskeiskirjoituksissa pragmatistinen käsitys oikeudesta ja yhteiskunnasta taipui suorasukaiseksi oikeudelliseksi *ennusteteoriaksi*, missä oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö palautetaan suorasukaisesti behavioristisiin ennusteisiin tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tulevista lainsoveltamisratkaisuksista.²³

”Riita- ja rikosjuttujen käsittely, joka vieläpä toteutetaan rationaalista menettelyä noudattaen, on oikeuden asiana. Ja ne henkilöt, joiden vastuulla erilaisten riitaisuuksien käsittely on, olivatpa he sitten tuomareita, lainvalvojia, tuomioistuinta avustavia juristeja, vanginvartijoita tai muita lakimiehiä, ovat oikeutta toteuttavia virkamiehiä. *Se, mitä nämä viranomaiset tekevät riita- ja rikosasioissa, on käsitykseni mukaan yhtä kuin oikeus.* (...) Se, miten tuomarit *menettelevät* oikeusjutuissa sekä käytettävissä olevat keinot kyseisiin päätöksiin vaikuttamiseksi tai oman toiminnan järjestämiseksi niiden mukaiseksi, muodostavat tutkimuskohteena olevan ’oikeuden’. *Säännöillä* on tässä merkitystä vain siinä määrin kuin niiden avulla voi ennustaa, miten tuomarit tulevat asiassa menettelemään tai siinä määrin kuin heidät saa tekemään asiassa jotakin. Muuta merkitystä niillä ei ole kuin enintään lasten leikeissä.”

²² Vrt. Pound, ”Law in Books and Law in Action”. – Kokoavasti oikeudesta toteutuneiden ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena tanskalaisen Alf Rossin analyttisen oikeusrealismin merkityksessä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 53–54, 922–925. Yleisesti amerikkalaisesta oikeusrealismista ja sen vaikutuksista myöhempään amerikkalaiseen oikeusajatteluun, Horwitz, *The Transformation of American Law 1870–1960*, s. 169–212.

²³ ”This doing of something about dispute, this doing of it reasonably, is the business of law. And the people who have the doing in charge, whether they be judges or sheriffs or clerks or jailers or lawyers, are officials of the law. *What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself.* (...) It will be their [the judges’] *action* and the available means of influencing their action or of arranging your affairs with reference to their action which make up the ’law’ you have to study. And *rules*, in all of this, are important to you so far as they help you see or predict what judges will do or so far as they help you get judges do something. That is all their importance, except as pretty playthings.” Llewellyn, *The Bramble Bush*, s. 3, 5 (kursivoinnit alkutekstissä; käänös allekirjoittaneen). – Myöhemmin Llewellyn pyrki irtautumaan sanotun tekstikatelman jyrkkyydestä, todeten: ”They are, however, unhappy words when not more fully developed, and they are plainly at best a very partial statement of the whole truth.” Llewellyn, mts. X.

Llewellynille oikeus on toisin sanoen yhtä kuin tuomareiden ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tekemät ratkaisut. Toisaalta myös Llewellyn myöntää, että oikeussääntöjen avulla tuomarien tulevien ratkaisujen ennustaminen sekä tuleviin ratkaisuihin vaikuttaminen käy ainakin jossain tilanteissa mahdolliseksi.

Holmes oli jo aiemmin määrittellyt oikeuden *pahan miehen* eli potentiaallisen lainrikkokojen oikeudellisen tiedonintressin avulla. Holmesin ”paha mies” harkitsee lainrikkomisen hänelle tuottamia etuja sekä siitä hänelle mahdollisesti koituvia haittoja puhtaasti hyötyrationaalisella tavalla, kaikenlaiset käyttäytymisen hyväksyttävyyteen tai moitittavuuteen liittyvät moraaliset pohdinnat sivuuttaen: ”miten (esimerkiksi) Massachusettsin tai Englannin tuomioistuimet tulevat todennäköisesti asiassa menettelemään, jos toimin (lainvastaisesti) ... niin-tai-näin?”²⁴

”Pohtikaamme perimmäistä kysymystä: mitä oikeus on? Eräät kirjoittajat ovat todenneet, että se on jotain muuta kuin mitä Massachusettsin tai Englannin tuomioistuimet ovat ratkaisuissaan päättäneet, että se on järkiperäinen [sääntö]systeemi, etiikan periaatteista tai yleisesti hyväksytyistä aksiomista deduktiivisesti johdettujen johtopäätösten kokonaisuus tai mitä tahansa muuta, joka saattaa osua yksii tuomioistuinratkaisujen kanssa tai sitten ei. Mutta jos omaksumme tuttavamme *pahan miehen* näkökulman oikeuteen, havaitsemme, ettei hän piittaa tuon taivaallista aksiomista tai deduktiivisista päätelmistä. Hän tahtoo vain tietää, miten Massachusettsin tai Englannin tuomioistuimet tulevat asiassa menettelemään. Olen hänen kanssaan vahvasti samaa mieltä. *Ennusteet siitä, miten tuomioistuimet tulevat yksittäisen oikeusjutun ratkaisemaan*, ei mitään sen monimutkaisempaa, *on se, mitä tarkoitan oikeudella.*”

Holmesin pahan miehen näkökulma oikeuteen tarjosi pragmatistisesti tutkimuskohteeseensa suhtautuvalle oikeustieteelle tutkimuksellisen kiintopisteen eli vakioidun episteemisen ja metodisen referenssin, jota vasten oikeutta tuli tarkastella. Vastaavalla tavalla Holmes palautti myös oikeudellisen sopimussitovuuden niihin sanktioihin, jotka olisivat todennäköisenä seurauksena sopi-

²⁴ ”Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the *bad man* we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. *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 the Law”, s. 460–461 (käännös allekirjoittaneen; kursivoinnit lisäty).

musrikkomuksesta.²⁵ Holmesille toteutuneet tuomioistuintratkaisut olivat kuitenkin edelleen yksi oikeuslähteistä tai ”oikeuden oraakkelin käyttämistä lehdistä”,²⁶ joiden perusteella oikeuden tutkija saattoi Holmesin oikeudellisen ennusteteorian vakioituna referenssinä käytetyn ”pahan miehen” tavoin tehdä päätelmiä tuomioistuinten ja viranomaisten tulevasta ratkaisukäyttäytymisestä.

Holmesin pahan miehen näkökulma oikeuteen löytyy ehkä hieman yllättäen myös Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin muutoin analyttisen oikeuspositivismin ja perelmanilaisen uusretoriikan tutkimuksellisten premissien varaan rakentuvasta oikeuslähteopista, sillä Aarnion ja Peczenikin oikeuslähteopin mallissa vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden eli lainsäädännön ja lainsäädännön vaietessa myös tavanomaisen oikeuden oikeudellinen velvoittavuus perustellaan niskoittelevalla tuomarille todennäköisesti koituvien virallisten sanktioiden eli viime kädessä virkavirhesyytteen tai vastaavan virallismoitteen avulla.²⁷ Holmesin pahan miehen roolissa on nyt vain uppiniskainen, vallitsevan oikeuslähteopin pakottavista normeista tietoisesti poikkeava tuomari. Taustalla on myös sanktioperustainen käsitys oikeudesta analyttisen oikeuspositivismin ja muun muassa Kelsenin puhtaan oikeusopin tarkoittamalla tavalla.

Toiseksi, tulkintaopillinen *konsekventialismi* tarkoittaa tuomarin tekemän oikeudellisen ratkaisun tai oikeustieteen tutkijan tuottaman oikeudellisen tulkintalauseen arvioimista ensisijaisesti tai jopa yksinomaisesti sen tosiasiallisten yhteiskunnallisten vaikutusten valossa. Walter Wheeler Cook kirjoitti vuonna 1927 tuomarin soveltamasta tulkintametodista:²⁸

²⁵ ”The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, – and nothing else.” Holmes, ”The Path of the Law”, s. 462. – ”The only universal consequence of a legally binding promise is that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses.” Holmes, *The Common Law* (extract), Posner, ed., *The Essential Holmes*, s. 263.

²⁶ ”The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts. – The means of the study are a body of reports, of treatises, and of statutes, in this country and in England, extending back for six hundred years, and now increasing annually by hundreds. *In these sibyllian leaves are gathered the scattered prophecies of the past upon which the axe will fall.* There are what properly have been called the oracles of the law.” Holmes, ”The Path of the Law”, s. 457 (kursivointi lisätty).

²⁷ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220; Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 214; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 216–220. – Oman tutkimuksellisen vaihtoehdoni velvoiteperustana ovat (esimerkiksi Suomen) oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyneet *institutionaaliset oikeuttamisperusteet*, kuten parlamentaarinen demokratiaperiaate lainsäädännön velvoittavuuden takeena sekä oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan periaate prejudikaattiperustaisen oikeuden ja siihen rinnastuvan tuomioistuinikäytännön taustalla. Siltala, mts. 224–241.

²⁸ ”The logical situation confronting the judge in a new case being what it is, its is obvious that he must legislate, whether he will of no. By this is meant that since he is free so far as compelling logical reasons are concerned to choose which way to decide the case, his choice will turn out upon analysis to be based upon considerations of social or economic policy. An intelligent choice can be made only by estimating as far as this is possible the consequences of a decision one way or the other. To do this, however, the judge will need to know two things: (1) *what social*

”Yksittäistä oikeusjuttua ratkaiseva tuomari on ratkaisulogiikan näkökulmasta arvioiden tilanteessa, jossa hän väistämättä luo uuden oikeussäännön ja toimii siten lainsäätäjän roolissa, halusipa hän sitä tai ei. Tarkoitin, että koska mitkään pakottavat loogiset seikat eivät määrää, miten hän tulee jutun ratkaisemaan, tuomarin tekemä valinta osoittautuu sitä tarkemmin analysoitaessa määrättyjen yhteiskunta- tai talouspoliittisten näkökohtien varaan rakentuvaksi. Järkevän ratkaisun voi tehdä vain arvioimalla, siinä määrin kuin se on mahdollista, ratkaisun seuraukset suuntaan tai toiseenkin. Siihen tuomari tarvitsee kahdenlaista tietoa: (1) *mihin yhteiskunnallisiin seurauksiin tai tavoitteisiin pyritään*, ja (2) *miten ratkaisu suuntaan tai toiseen vaikuttaa sanottujen tavoitteiden saavuttamiseen*. Sellaista tietoa tuomarilla ei yleensä ole, ja sen saavuttaakseen hänen on välttämätöntä turvautua toisiin yhteiskuntatieteisiin, kuten taloustieteeseen. (...) Kaiken tieteellisen oikeustutkimuksen perustana on eräs yleisesti hyväksytty perustava oletama: käsitys, jonka mukaan lait ovat yhteisöllisiä työvälineitä eli sääntelyinstrumentteja ihmimillisen käyttäytymisen ohjaamiseksi haluttuun suuntaan.”

Cook edusti vahvasti instrumentalistista ja konsekventialistista käsitystä oikeudesta ja oikeuden tulkinnasta, jonka mukaan oikeuden *yhteiskunnalliset vaikutukset* on ensisijainen jollei peräti yksinomainen tulkintakriteeri, jota tuomarin tai muun lainsoveltajan tulee ratkaisutoiminnassaan hyödyntää perinteisten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden rinnalla tai niiden sijasta. Niinpä lainopin tuottamien oikeudellisen tulkinta- tai perustelulauseiden totuus tai oikeammin niiden *perusteltavuus, hyödyllisyys, käyttökelpoisuus, kohtuullisuus* tai vastaava muu korrespondenssiteorian ja koherenssiteorian varsinaisia totuuskäsitteitä heikompi ominaisuus on määritettävissä vain tulkinnan välttämättömäksi tai ainakin mahdolliseksi tekemiä taloudellisia, sosiaalisia, moraalisia tai muita mahdollisia yhteiskunnallisia vaikutuksia vasten.

Taustalla on pragmatistisen totuusteorian mukainen käsitys oikeudellisen tulkinta- tai perustelulauseen totuus- tai validiteettiehdosta: (1) *mihin yhteiskunnallisiin seurauksiin tai tavoitteisiin pyritään*, ja (2) *miten ratkaisu suuntaan tai toiseen vaikuttaa sanottujen tavoitteiden saavuttamiseen*? Yhteiskunnalliset tavoitteet saavat ohjata oikeuden tulkintaa etenkin oikeudellisesti sääte-

consequences or results are to be aimed at; and (2) how a decision one way or other will affect the attainment of those results. This knowledge he will as a rule not have; to acquire it he will need to call upon the other social sciences, such as economics. (...) Underlying any scientific study of the law, it is submitted, will lie one fundamental postulate, viz., that human laws are devices, tools which society uses as one of its methods to regulate human conduct and to promote those types of it which are regarded as desirable.” Cook, ”Scientific Method and the Law”, s. 249 (kursivoinnit lisätty, käännös allekirjoittaneen). – Cook korostaa, miten tuomarin tehtävänä ei ole löytää oikeussääntöjen kätkeytyjä merkityksiä vaan antaa niille merkitys. Cook, mas. 248–249: ”His [the judge’s] task is not to find the preexisting but previously hidden meanings of the terms in these rules; it is to give them a meaning.” Samoin Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 132: ”Tulkinta on merkityssisällön antamista, ei sen toteamista.”

lemättömässä tilanteessa, jossa sovellettava normipremissi ei ole johdettavissa institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä oikeudellisen argumentaation avulla. Lisäksi yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet saavat merkitystä yhteiskunnallisena soveltamiskontekstina, johon esimerkiksi Ronald Dworkinin oikeusteorian ajatus 'parhaan mahdollisen' oikeudellisen kokonaistulkinnan avulla tuotetusta oikeudellisesta eheydestä sijoittuu.²⁹

Kolmanneksi, Cookin pohdinta oikeusjuttua ratkaisevan tuomarin yhteiskunnallisesta roolista edellyttää Holmesin jo 1800-luvun lopulla esittämää ideaa "tulevaisuuden oikeusoppineesta", joka olisi oikeudellisen tilastotieteen ja oikeudellisen taloustieteen eli yleisemmin oikeuden *ihmis- ja yhteiskuntatieteellisen analyysin* asiantuntija juristien perinteisten taitojen, lakikirjan käsittämien oikeussääntöjen systematisoinnin ja tulkinnan sijaan.³⁰

"Tämän päivän juristi voi vielä tyytyä perinteiseen lakitekstin merkitysten tulkintaan, mutta tulevaisuuden oikeusoppinut on tilastotieteen ja taloustieteen asiantuntija. (...) Odotan innolla aikaa, jolloin historiallisten tulkintamenetelmien merkitys oikeuden tulkinnassa tulee olemaan vähäinen, ja seikkaperäisten lainopillisten analyysien sijaan tulemme käyttämään henkiset voimavaramme oikeuden yhteiskunnallisten tavoitteiden ja niiden saavuttamiseksi välttämättömien inhimillisten motiivien tutkimiseen. Yhtenä askeleena kohden tuota ideaalia jokaisen juristin tulisi pyrkiä taloustieteen perusteiden ymmärtämiseen. Tämänhetkinen institutionaalinen jako poliittisen taloustieteen ja oikeustieteen oppilaitoksiin on osoituksena siitä, miten paljon [oikeuden ja yhteiskunnan] filosofisessa tutkimuksessa riittää vielä tehtävää."

Holmesin oraakkelimainen ennuste, jonka mukaan tulevaisuuden oikeusoppinut tulisi olemaan *oikeuden taloustieteen* ja *oikeuden tilastotieteen* ammattilaisen perinteisen tulkintajuridiikan oppien taitajan sijaan,³¹ on osoittautunut sekä oikeaksi että vääräksi: oikeaksi siinä merkityksessä, että oikeuden yhteiskuntatieteellinen analyysi esimerkiksi oikeussosiologian ja oikeustaloustieteen mer-

²⁹ Dworkin, *Law's Empire*, s. 262.

³⁰ "For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics. (...) I look forward to a time when the part played by history in the explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them. As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me an evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made." Holmes, "The Path of the Law", s. 469, 474. (Käännös allekirjoittaneen.)

³¹ Termi *glossaaminen* viittaa varhaiseen moderniin lainoppiin keskiajalla roomalaisen oikeuden tekstikoonnosta, *Corpus Juris Civilistä*, kommentoineiden *glossaattoreiden* ja *kommentaattoreiden* sekä kanonista oikeutta vastaavalla tavalla kommentoineiden *dekretalistien* eli *kanonistien* aloittamana tekstin tulkintaoppina, jossa lainopillinen *kommentaarteksti* tulkitsee ja systematisoi oikeussääntöjä, jotka *kohdetekstistä* eli määrätyistä institutionaalisista oikeuslähteistä ovat johdettavissa. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 152–154.

kityksessä on kiistatta noussut perinteisen tulkintajuridiikan rinnalle oikeustieteen monimuotoisessa kokonaisuudessa, mutta vääräksi siinä merkityksessä, ettei erilaisten yhteiskuntatieteiden oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita selittävä, mallintava ja ennustava tiedonintressi ole kyennyt syrjäyttämään lainopin tulkinnallista tehtävänasettelua, eikä se käsitykseni mukaan pysty sitä koskaan syrjäyttämäänäkään.³²

Holmesin ennustamalle tilastotieteelliselle ja taloustieteelliselle näkökulmalle voidaan antaa laaja tulkinta oikeuden *ihmis- ja yhteiskuntatieteellisen analyysin* merkityksessä. Oikeustiede on *monikollinen* ja *perheyhtäläinen* käsite Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian tarkoittamassa merkityksessä, ja myös oikeuden ihmis- ja yhteiskuntatieteellisen analyysin osa-alueita on runsaslukuinen joukko, joista kukin tukeutuu sen taustalla vaikuttavan erityistieteen oppitraditioon sekä tutkimuksellisiin konventioihin ja sitoumuksiin. Esimerkiksi oikeussosiologian, oikeustaloustieteen, oikeudellisen tilastotieteen, oikeusantropologian tai oikeuspsykologian sekä tutkimuksellinen tiedonintressi että sovellettavat tutkimusmenetelmät poikkeavat merkittävästi toisistaan.³³

Yhteistä oikeustieteen toisistaan eriytyneille osalohkoille on vain niiden kunkin tutkimuskohteen edellytetty *oikeudellisuus* eli määritelmällinen, vähintäänkin heikko sidonnaisuus oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen perustaan*. Lisäksi oikeustieteelle on ominaista *metodologisen monismin* torjuminen eli sen metodiopillisen *credon* hylkääminen, että oikeustieteen eri osa-alueiden toisistaan poikkeavia tutkimuskohteita voitaisiin tarkastella tyhjentävästi yhden ja yhtenäisen tutkimuksellisen metodin avulla, oli sitten tutkimuskohteena oikeuden tietynhetkinen, institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettavissa oleva tulkinnallinen merkityssisältö (= oikeuden *tulkintatieteellinen* analyysi), oikeudellisesti merkitykselliset ihmismielen rakenteet ja prosessit sekä kollektiivisen tai yksilöllisen alitajunnan lainalaisuudet (= oikeuden *ihmistieteellinen* analyysi), oikeutta määrittävät yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet (= oikeuden *kulttuuritieteellinen* analyysi), oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet (= oikeuden *yhteiskuntatieteellinen* analyysi) tai oikeuden käsitteelliset, määritelmälliset tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset ominaisuudet (= oikeuden *filosofinen* analyysi).³⁴

³² Vrt. toisin Kivivuori, *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys, I*, s. 26, missä hän esitti vaatimuksen lainopin perinteisen tulkinnallisen tiedonintressin ja tutkimusmenetelmän korvaamisesta lainsäätäjän ja tuomioistuinten käyttäytymisen selittämiseksi. Aulis Aarnio on johdonmukaisesti puolustanut lainopin tulkinnallisen tiedonintressin itsenäistä yhteiskunnallista merkitystä laajassa argumentaatioteoreettisessa tuotannossaan.

³³ Oikeustieteen eri osalohkoista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 103 *et seq.*, ja kokoavasti, mts. 742–754.

³⁴ Vaatimuksen metodologisesta monismista esitti *loogisena positivismina* tunnettu tieteenfilosofian suuntaus 1920- ja 1930-luvulla. Kootusti tieteenteoreettisesta positivismista ja (analyytisestä) oikeuspositivismista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 70–76.

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa Otto Brusiin huomautti vastaavasti jo 1930-luvulla, miten tuomarin tulee osata *ajatella* esimerkiksi sosiologin, valtio-oppineen tai taloustieteilijän tavoin säätelemättömässä oikeudellisessa ratkaisutilanteessa, jossa voimassa olevan oikeuden normit eivät ohjaa hänen ratkaisuharkintaansa.³⁵ Sama pätee yleistäen oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteiden sekä oikeusfilosofian tuottamaan tietoon oikeudesta, ihmisestä ja yhteiskunnasta. Tulkintaopillinen konsekventialismi ja oikeudellinen pragmatismi avaavat oikeudellisen tulkintaprosessin erilaisten, ainakin osin empiiristä metodia soveltavien *ihmis- ja yhteiskuntatieteiden* tuottamalle oikeudellisesti merkitykselliselle tiedolle yhtäältä ihmismielen mentaalisista rakenteista ja prosesseista sekä kollektiivisen tai yksilöllisen alitajunnan lainalaisuuksista oikeuden ihmistieteellisen analyysin tuottamien tulosten tarkoittamalla tavalla sekä toisaalta oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin tuottamien tulosten tarkoittamalla tavalla. Esimerkiksi tuomarinpsykologia, todistajanpsykologia, tuomarin sosiologia sekä oikeudellinen tilastotiede ja sosiaalimatematiikka tuottavat osin empiiristä, osin käsitteellistä tietoa ihmisestä, oikeudesta ja yhteiskunnasta, jollaista pragmaattisesti tutkimuskohteeseensa suhtautuva tutkija voi työssään hyödyntää.

Neljänneksi, pragmatismia luonnehtii tulkinnan tilannesidonnaisuus eli *kontekstuaalisuus*. Riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien edellyttämän soveltamislogiikan tavoin erilaiset pragmatistiset ratkaisuperusteet soveltuvat – ainakin lähtökohtaisesti – vain kulloinkin käsillä olevaan yksittäiseen oikeustapaukseen, ilman oikeussäännön kaltaista yleistettävyyttä muihin samankaltaisiin oikeudellisiin ratkaisutilanteisiin. Pragmatistiset tulkinta- ja ratkaisuperusteet toimivat tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavina oikeuslähteinä reaalisten argumenttien eli yhteiskunnallista seuraamusharkintaa ilmentävien yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden tavoin.

Lopuksi, ja läheisesti edelliseen kohtaan liittyen, oikeudelliselle pragmatismille on ominaista *antiformalistisuus* eli sen katsantokannan kiistäminen, että oikeusnormit olisivat (käsitteellisesti) irrotettavissa niiden taustalla vaikuttavasta yhteiskunnallisesta arvo- tai tavoiteperustasta niiden oikeudellista validiteettia ja yksittäistapauksellisesti kohdennettua tulkinnallista merkityssisältöä määritettäessä, niin kuin asia lainsäätäjän tai tuomioistuinten institutionaaliin, yleistettävissä oleviin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen osalta on. Oikeudellinen formalistisuus tai sisällöllisyys määrittää oikeusnormien jaottelua yhtäältä oikeussääntöihin ja toisaalta oikeusperiaatteisiin ja muihin vastaaviin

³⁵ Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, s. 204–229 ja etenkin s. 222–223 ja 226.

oikeudellisiin ratkaisustandardeihin, mutta pragmatistinen oikeuskäsitys siis kiistää sanotun jaottelun sekä ylipäättään oikeuden formalististen piirteiden merkityksen.

Filosofiseen pragmatismiin tukeutuva yhteiskunnallinen konsekventialismi kiinnittyy etenkin oikeusperiaatteisiin ja muihin oikeussääntöjä heikommin formaaleihin ratkaisuperusteisiin, kun tulkinnan ennakoitavissa olevat taloudelliset tai muut yhteiskunnalliset vaikutukset ja jopa tuomarin tai tutkijan oma-kohtaisesti sisäistämät yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet saavat etusijan puhtaasti muodollisiin perustein velvoittaviin oikeuslähteisiin tai tulkintaperusteisiin nähden. Tuomarin yhtä hyvin kuin institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen lainopin tutkijan oikeudellisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa, jota institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteopin sitoumukset rajaavat, tulkinnan yhteiskunnalliset vaikutukset kääntyvät (vain) reaalisiksi argumenteiksi, joiden suhteellista painoarvoa oikeuteen pragmatistisesti suhtautuvat tutkijat ovat pyrkineet lisäämään.³⁶ Käytännössä oikeuden *taloudellisten* vaikutusten analyysi (engl.: *economic analysis of law*) on ollut yhteiskunnallisen konsekventialismin suuntauksista merkittävin.

Toisin kuin erilaiset formalistiset tulkintateoriat ovat esittäneet, oikeudellinen tulkinta ei voi milloinkaan tapahtua ideologisessa tai yhteiskunnallisessa tyhjiössä, vaan tuomarin tai muun lainsoveltajan tekemä oikeudellinen ratkaisu on aina monin eri tavoin sidoksissa ympäröivään yhteiskuntaan, minkä toiseikan yhteiskunnallinen konsekventialismi tunnustaa erilaisia tulkintaopillisia vaihtoehtojaan paremmin. Oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten analyysi palautuu viime kädessä ajatuksiin, joita sosiologinen koulukunta ja amerikkalainen oikeusrealismi Yhdysvalloissa sekä Rudolf von Jheringin (1818–1892) intressilainoppi, Eugen Ehrlichin (1862–1922) ja François Gényn (1861–1959) edustama vapaa-oikeuskoulu sekä muun muassa Alf Rossin (1899–1979) edustama skandinaavinen oikeusrealismi ovat Manner-Euroopassa ja Pohjois-Euroopassa esittäneet. Tarkastelen erilaisia oikeuden empiirisiä, sosiologisia ja realistisia suuntauksia lähemmin oikeusrealismin yhteydessä, ja keskityn tässä oikeuden taloustieteelliseen analyysiin.

³⁶ Näin esimerkiksi Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*, s. 22, 114 ja etenkin erityisesti s. 119–130. Timonen myös toteaa, että ”... integraation seurauksena raja de lege lata ← → de lege ferenda liudentuu tai osaksi katoaa. Kun niin käy, seuraamusargumenttien merkitys laintulkinnassa kasvaa olennaisesti.” *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*, s. 124. Samoin Timonen, ”Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa”, s. 137: ”... raja de lege ferenda -tutkimuksen ja ’perinteisen’ lainopin välillä liudentuu.” Toisaalta hän huomauttaa, että ”... seuraamusargumentit voivat oikeuslähteopillisesti olla vain reaalisia argumentteja, joiden merkitys on tilannesidonnainen ja varsin rajallinen”. Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*, s. 127. Tekstissä on semanttista huojountaa, koska Timonen esittää samanaikaisesti kaksi toisistaan poikkeavaa tulkintaa oikeustaloustieteellisen argumentin merkityksestä tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

6.4 ”NÄMÄ OIKEUDELLISET OPPIRAKENNELMAT MUODOSTAVAT JÄRJESTELMÄN, JONKA TARKOITUKSENA ON KANNUSTAA IHMISIÄ TOIMIMAAN TALOUDELLISESTI TEHOKKAALLA TAVALLA...”

O. W. Holmesin oraakkelimainen ennustus, jonka mukaan tulevaisuuden juristi tulisi olemaan lakitekstin ja muiden kirjallisten oikeuslähteiden oppineen saneluselittämisen sijaan oikeudellisen tilastotieteen ja taloustieteen asiantuntija eli yleisemmin tulkiten oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten arvioija on toteutunut selvimmin oikeuden taloustieteellisen analyysin nousuna 1960-luvulta lähtien. *Oikeustaloustiede* eli – oikeammin ja täsmällisemmin ilmaisten – *oikeuden taloudellinen t. taloustieteellinen analyysi* (engl.: *economic analysis of law* eli *law and economics*)³⁷ on alun perin Yhdysvalloissa Chicagon yliopiston yhteydessä syntynyt oikeudellinen tutkimussuuntaus.

Oikeuden taloustieteellisen analyysin klassikkoteksteihin kuuluu itseoikeutetusti R. H. Coasen ”The Problem of Social Cost” vuodelta 1960, jossa hän tarkasteli oikeudellisen sääntelyn yhteiskunnallisia ulkoisvaikutuksia. Coase perusteli kirjoituksessa oikeuden taloustieteelliselle analyysille keskeiseksi muodostuneen väitteen yhteiskunnallisten resurssien tehokkaimmasta mahdollisesta kohdentumisesta tilanteessa, jossa transaktiokustannukset ovat nolla ja jossa ulkoiset ohjauskeinot, kuten lainsäädäntö tai muunlainen oikeudellinen ohjaus, eivät vaikuta päätöksentekotilanteeseen siihen osallisten harkintaa viivottavasti.³⁸ Vuotta myöhemmin ilmestyi amerikkalaistuomari Guido Calabresin vaikutusvaltainen artikkeli ”Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”.³⁹ Sanottu artikkeli sekä kirjoittajan myöhemmät tekstit, kuten *The Costs of Accidents* vuodelta 1970, sekä Calabresin ja A. Douglas Melamedin ”Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View from the Cathedral” tarkastelivat varallisuus- ja vahingonkorvausoikeutta oikeuden taloustieteellisen analyysin tarjoamien työvälineiden, kuten taloudellisen kustannustehokkuuden (engl.: *economic efficiency*) ja optimaalisen yhteiskunnallisen rerurssiallokaation (engl.: *distributional goals*), avulla.⁴⁰ Robert Cooter rinnasti

³⁷ Terminologisesta ratkaisusta *oikeustaloustiede* vai *oikeuden taloudellinen* tai *taloustieteellinen analyysi* sekä muista oikeuden taloustieteellisen analyysin keskeiskäsitteistä, Kanninen, Määttä & Timonen, ”Oikeustaloustiede. Johdantoa lähestymistapoihin ja käsitteisiin”.

³⁸ Coase, ”The Problem of Social Cost”; Kanninen, Määttä & Timonen, ”Coasen teoreema: esittely ja arviointi”. – Kanninen, Määttä ja Timonen tiivistävät Coasen teoreeman seuraavasti: ”Jos transaktiokustannukset ovat nolla, resurssit kohdentuvat tehokkaimpaan mahdolliseen käyttöön, ellei sitä keinotekoisesti estetä.” Kanninen, Määttä & Timonen, mas. 46.

³⁹ Calabresi, ”Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. – Oikeuden taloustieteellisen analyysin synnystä, Posner, *Economic Analysis of Law*, s. 23–24.

⁴⁰ Calabresi, *The Costs of Accidents*; Calabresi & Melamed, ”Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View from the Cathedral”, s. 1093–1105.

”Prices and Sanctions” -kirjoituksessaan oikeudelliset sanktiot ja taloudellisen hinnanasetannan ihmisten käyttäytymiseen ja päätöksentekoon vaikuttavina ohjauskeinoina.⁴¹ Amerikkalaistuomari Richard A. Posnerin pääteos *Economic Analysis of Law*, jonka ensipainos ilmestyi vuonna 1973, esittelee kootusti taloustieteellinen analyysin perusteleman näkökulman oikeudelliseen sääntelyyn ja päätöksentekoon oikeuden eri osa-alueilla.⁴²

Yhteistä oikeuden taloustieteellisen analyysin kirjoituksille on oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon tarkasteleminen yleisen taloustieteen tarjoamien tutkimuksellisten työvälineiden, mallien, käsitteiden ja arvointikriteerien avulla. Oikeuden taloustieteellinen analyysi keskittyy oikeuden taloudellisten vaikutusten tarkasteluun eli siihen, millaista taloudellista *kustannustehokkuutta*, vaihdannan *transaktiokustannusten minimointia* tai optimaalista *yhteiskunnallista resurssiallokaatiota* ja oikeudenmukaista *sosiaalista riskinjakoa* yhtä hyvin voimassa oleva oikeus ja toteutuneet tuomioistuini- ja viranomaisratkaisut kuin ehdotetut lainsäädännön tai oikeuskäytännön *de lege ferenda* ja *de sententia ferenda* -tyyppiset muutokset ilmentävät.

Richard Posnerin vahvan väitteen mukaan Yhdysvaltain yksittäisistä tuomioistuinratkaisuksista muodostuvan *common law* -oikeuden käsittämät yksittäiset oikeussäännöt, oikeusperiaatteet ja oikeudelliset doktriinit ovat keskeisin osin noudattaneet taloudellista sääntelylogiikkaa eli pyrkimystä taloudellisen kustannustehokkuuden toteuttamiseen. Posner puhuu *common law* -oikeuden toteuttamasta piilevästä taloudellisesta sääntely- ja ratkaisulogiikasta.⁴³

”Useimmille lakimiehille *common law* -oikeus on keskenään yhteismittattomien oikeudenalojen kokonaisuus, joista jokaisella on oma historiansa, käsitteistönsä sekä hajanainen kokoelma erilaisia oikeussääntöjä ja oikeudellisia opinkappaleita, ja jokainen yksittäinen oikeudenalakin

⁴¹ Cooter, ”Prices and Sanctions”.

⁴² Posner, *Economic Analysis of Law*.

⁴³ ”The common law is to most lawyers a collection of disparate fields, each with its own history, vocabulary, and bewildering profusion of rules and doctrines; indeed, each field may itself seem a collection of only tenuously related doctrines. Yet we have seen that the law of property (including intellectual property), of contracts and commercial law, of restitution and unjust enrichment, of criminal and family law, and of admiralty law *all can be restated in economic terms* that explain the principal doctrines, both substantive and remedial, in the fields of (largely) judge-made law. *These doctrines form a system for inducing people to behave efficiently*, not only in explicit markets but across the whole range of social interactions. In settings in which the cost of voluntary transactions is low, common law doctrines create incentives for people to channel their transactions through the market (whether implicit – the marriage market for example – or explicit). They do this by creating property rights (broadly defined) and protecting them through remedies designed to prevent coerced transfers – remedies such as injunctions, restitution, punitive damages, and criminal punishment. In settings in which the cost of allocating resources by voluntary transactions is prohibitively high, making the market an infeasible method of allocating resources, the common law prices behavior in such a way as to mimic the market.” Posner, *Economic Analysis of Law*, s. 249–250 (kursivoinnit lisätty; käännös allekirjoittaneen).

saattaa vaikuttaa vain hyvin ohuesti toisiinsa liittyvien oikeudellisten opin-kappaleiden kokoelmalta. Kuitenkin olemme nähneet, miten varallisuus-oikeus (mukaan lukien immateriaalioikeus), sopimusoikeus ja kauppaoikeus, perusteettoman edun palautus ja vastaavat oikeussuojakeinot, rikosoikeus ja perheoikeus sekä merioikeus *voidaan kukin esittää taloudellisten käsitteiden avulla*, jotka selittävät näiden (suurelta osin) tuomioistuinten ratkaisukäytännössä syntyneiden keskeisten oikeudellisten opinkappaleiden sisällön, oli sitten kyse aineellis-oikeudellista tai oikeusturvan saatavuuteen liittyvistä kysymyksistä. *Nämä oikeudelliset opit muodostavat järjestelmän, jonka tarkoituksena on kannustaa ihmisiä toimimaan taloudellisesti tehokkaalla tavalla ei vain taloudelliseen vaihdantaan keskittyvillä markkinoilla vaan yleisesti sosiaalisessa kanssakäymisessä. Tilanteissa, jossa vapaaehtois- en vaihdannan transaktiokustannukset ovat alhaiset, common law -oikeuden doktriinit luovat taloudellisia kannustimia, jotta ihmiset suuntaisivat toimintansa yleisille markkinoille (siihen katsomatta, onko kyse sosiaalisesta kanssakäymisestä, joka vain hiljaisesti edellyttää eräänlaisen vaihdantatalouden olemassaoloa, kuten ’avioliittomarkkinat’, vai onko kyse nimenomaan taloudellisesta vaihdannasta). Common law -oikeuden opit pääsevät tähän tavoitteeseen luomalla varallisuus-oikeuksia (termin laajassa merkityksessä) sekä suojaamalla niitä erilaisten oikeusturvakeinojen avulla, joiden tarkoituksena on estää pakon käyttäminen vaihdantatilanteessa esimerkiksi oikeuden antamien kieltomääräysten, palautus- tai korvaustuomioiden, rangaistusluonteisten vahingonkorvausseuraamusten tai rikosoikeudellisten rangaistusseuraamusten avulla. Tilanteissa, jossa yhteiskunnallisen resurssiallokaation toteuttaminen vapaaehtoisen vaihdannan keinoin johtaisi liian korkeisiin, vaihdannan tyrehdyttäviin kustannuksiin, common law -oikeus hinnoittelee käyttäytymiseen liittyvät seuraukset tavalla, joka jäljittelee markkinoiden toimintaa.”*

Väite voimassa olevan lainsäädännön tai toteutuneen oikeuskäytännön taloudellisesta sääntely- ja ratkaisulogiikasta voi olla joko *deskriptiivinen* tai *normatiivinen* väite. Posnerin vahvan *deskriptiivisen* teesin mukaan Yhdysvaltain *common law* -oikeuden kehitys on perustunut olennaisin osin taloudellista tehokkuutta edistävien premissien varaan.⁴⁴ *Normatiivisen* oikeustaloustieteellisen teesin mukaan näin tulee ollakin: taloudellisen kustannustehokkuuden ja vastaavien kriteerien tulee saada ohjata *common law* -oikeuden kehitystä myös tulevaisuudessa. Muun kuin *common law* -oikeuden tulkinta- ja perustelukontekstissa sanottu vaatimus tarkoittaa sitä, että oikeuden taloudellisiin vaikutuksiin kiinnittyvät *reaaliset argumentit* (ruots.: *reella överbäganden*) saavat korostetun sijan tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden rinnalla tai niiden sijasta.

Posner kuitenkin huomauttaa, ettei hänen teesiään *common law* -oikeuden noudattamasta taloudellisesta logiikasta eli pyrkimyksestä optimaalisen kustannustehokkuuden toteuttamiseen ole tarkoitettu kaikenkattavaksi ja kaikki

⁴⁴ Posner, *Economic Analysis of Law*, s. 249–250.

muut mahdolliset selitysmallit poissulkevaksi kokonaisteoriaksi. Tieteellisen kokonaisselityksen sijaan se on vain *likiarvoinen* kuvaus yhteiskuntatodellisuudesta, jossa erilaiset taloustieteelliset tai muunlaiset ideaalimallit voivat toteutua vain epätäydellisesti. Syynä siihen, miksi tosiasiallisesti toteutunut oikeudellinen ratkaisutoiminta poikkeaa taloudellisesta päätöksentekorationaalisuudesta, voivat Posnerin mukaan olla esimerkiksi tuomarien perinteiset ajatustottumukset ja oikeudellisen tradition jatkuvuus. Oikeuden taloudellisten vaikutusten analyysiin perustuva lähestymistapa tarjoaa kuitenkin Posnerin mukaan *parhaan mahdollisen* selityksen toteutuneiden tuomioistu- ja viranomaisratkaisujen ymmärtämiseksi sekä antaa yhtenäisen tutkimuksellisen analyysivälineistön niiden tarkastelemiseksi.⁴⁵

Oikeuden taloustieteellinen analyysi käsittää kaksi keskeistä osa-aluetta, yhtäältä lainsäädännön ja toisaalta tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeuskäytännön tarkastelun taloudellisten arviointikriteerien avulla. *Oikeudellinen sääntelyteoria* on osa oikeuspoliittista *de lege ferenda* -tutkimusta eli lainsäädännön tutkimusta ja lainsäädäntöteoriaa (saks.: *Gesetzgebungslehre*, lat. neolog.: *legisprudentia*).⁴⁶ Sen tavoitteena on oikeudellisen sääntelyn (eli regulatation) tai sääntelyn purkamisen (eli deregulaation) tarpeen arvioiminen taloudellisten kriteerien avulla. Oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten arvioimisessa tukeudutaan etenkin taloustieteen mutta myös muunlaisen oikeuden yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen tuottamaan tietoon yhteiskunnan lainalaisuuksista. Kyse on yhteiskunnallisesta tavoite–keino-harkinnasta, jossa taloudellinen kustannustehokkuus on hyväksytty tavoiterationaalisen päättelyn vakioiduksi yhteiskunnallisia tavoitteita ilmaisevaksi premissiksi. Kun oikeuden taloustieteellinen analyysi on yhdistynyt voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityksisällön määrittämiseen, voi puhua *oikeustaloustieteellisestä laintulkintaopista* eli erityisestä *intressisidonnaisesta näkökulmasta* oikeuteen, joka arvioi tuomarin tai tutkijan tuottamia oikeudellisia tulkinta- ja perustelulauseita ensisijaisesti taloudellisten kriteerien ja taloudellisten toimijoiden yhteiskunnallisten intressien avulla.

⁴⁵ Posner, *Economic Analysis of Law*, s. 252–253: ”Despite all of the above, not every common law doctrine has an economic rationale. (...) Some of the discrepancies between law and economics may be the result of simply of lags explicable in economic terms, the phenomenon economists call ‘path dependence’. Because the law for good economic reasons places heavy weight on continuity, law tends to lag behind changing social and economic conditions. Nevertheless, economic efficiency does not provide a complete positive theory of the common law. But it does provide a uniform vocabulary and conceptual scheme to aid in making the common law understandable as a coherent whole, and thus to balance the heavily particularistic emphasis of traditional legal education and reasoning.” – Mutta jos oikeuden taloustieteellinen jälkeenjääneisyys tai ”takapajuisuus” (engl: *law tends to lag behind changing social and economic conditions*) voidaan näin tulkita taloudellisen rationaalisuuden ilmaukseksi, Posnerin taloustieteelliset selitysmallit venyvät – kumilangan tavoin – kulloisenkin kohteensa mukaan, ja teorian vakioimien premissien toteutumista tai toteutumatta jäämistä on mahdoton arvioida.

⁴⁶ Lainsäädännön tutkimuksesta ja lainsäädäntöteoriasta, Tala, *Lakien vaikutukset*. – Neologistin termi *legisprudentia* viittaa belgialaisen tutkijan Luc Wintgensin luonnostelemaan tutkimusohjelmaan lainsäädännön teoreettisten perusteiden tutkimiseksi. Wintgens, ”Creation and Appli-

6.5 OIKEUDEN TALOUSTIETEELLISEN ANALYYSIN ARVIOINTIA

Kun voimassa olevan oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta on tavallisesti perustunut vain varsin rajoitetusti puhtaasti taloudellisten näkökohtien varaan, myös oikeuden taloustieteellinen analyysi on tavallisesti keskittynyt oikeuden yleisten ja teoreettisten kysymysten pohdintaan sekä *de lege ferenda* -analyysiin varsinaisen tulkintajuridiikan sijaan. Oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa on saatettu tarkastella *in abstracto* esimerkiksi vertailevan oikeustieteen tutkimukselliseen tiedonintressiin yhdistyneenä, jolloin tuomarin institutionaalinen näkökulma oikeuteen on sivuutettu. Näin tekee esimerkiksi italialainen Ugo Mattei vertailevan oikeustaloustieteen läpimurtotoeksesaan *Comparative Law and Economics*, joka yllättäen sivuuttaa jokseenkin täydellisesti tuomarin tai muun lainsoveltajan institutionaalisen näkökulman oikeuteen, vaikka vahvasti tuomarikeskeinen amerikkalainen oikeusrealismi onkin yksi tutkimuksen teoreettisista lähtökohdista.⁴⁷ Poikkeuksena on Richard Posner, joka siis on kiinnittänyt deskriptiivisen ja normatiivisen keskeisvääntönsä taloudellisten tulkintaperusteiden keskeisestä merkityksestä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa Yhdysvaltain toteutuneeseen *common law* -oikeuteen.⁴⁸

Tulkintaopillinen konsekventialismi antaa oikeuden yhteiskunnallisille ja etenkin taloudellisille vaikutuksille määräävän sijan oikeuden tulkinnassa, jolloin institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettavissa olevat oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet saavat vastaavassa määrin väistyä. Samalla myös oikeudellinen ennakoitavuus ja ennustettavuus vähenevät. Tulkinallinen pragmatismi toteuttaa suorasukaista oikeudellista finalismia,⁴⁹ missä lainsäätäjän alkuperäisten tavoitteiden tai toteutuneiden prejudikaatiooikeudellisten tuomioistuinratkaisujen kaltaiset *institutionaaliset* oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet saavat väistyä tulkinnan yhteiskunnallisten tai taloudellisten vaiku-

cation of Law from A Legisprudential Perspective. Some Observations on the Point of View of the Judge and the Legislator”.

⁴⁷ Mattei, *Comparative Law and Economics*, s. 69–146 ja etenkin s. 101–121, jossa kirjoittaja käsittelee alaotsikon *The Competitive Relationship among Sources of Law* alla lainsäätäjän oikeuslähteitä ja hyödyntää amerikkalaisten oikeusrealistien, kuten Jerome Frankin ja John Chipman Grayn, keskeistekstejä mutta sivuuttaa kokonaan tuomarin tai muun lainsoveltajan näkökulman oikeuteen, jota amerikkalaiset oikeusrealistit itse vahvasti painottivat. Tavallisempaa on kuitenkin viitata ”oikeuslähteillä” tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten, ei lainsäätäjän, päätöksenteossaan hyödyntämään lähdeaineistoon.

⁴⁸ Posner, *Economic Analysis of Law*, s. 249–250.

⁴⁹ Oikeudellisesta finalismista, Klami, *Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksenteon ja oikeusnormipropositioiden tavoitteellisesta justifyoinnista ja kontrollista*. Vrt. myös Mähönen, ”Taloustiede lain tulkinnassa”.

tusten arvioimisen tieltä tai vähintäänkin niille annetaan taloudellista markkinarationaalisuutta vastaava sisältö. Nuo oikeuden taloudelliset vaikutukset saatavat olla varsin lähellä yhteisöllisiä käytäntöjä erilaisten vakiintuneiden sopimus- ja oikeudellisten tai muunlaisten perusteiltaan tavanomaisoikeudellisten vastuunjakokriteerien merkityksessä.

Tulkinnan korrespondenssiteorian edellyttämä vastaavuus vertailtavien asiain tilojen välillä, koherenssiteorian edellyttämä yhteensopivuus institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden kesken sekä oikeudellisen uusretoriikan edellyttämä universaaliauditorion yhteisöllinen hyväksyntä saavat nyt nekin väistyä tulkintaopillisen seurausharkinnan tieltä. Käsitelainopin loogis-käsitteelliset pohdinnat oikeuden olemuksellisista ja 'itseannetuista' määreistä tai luonnonoikeusfilosofian arviot voimassa olevan oikeuden suhteesta ehdottomaan yhteisölliseen tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen yhteiskunnallinen pragmatismi siivuttaa perusteettomana metafysiikkana tai vähintäänkin tutkimuksellisesti epäkiinnostavana kysymyksenasetteluna.

Oikeustaloustieteellisellä argumentaatiolla on kuitenkin rajansa, eikä se sovellu kaikenkattavaksi tuomarin oikeudellisen tulkinnan lähtökohdaksi ilman, että sen avulla perusteltu oikeudellinen tulkinta irtautuu oikeuden vallitsevasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta. Posnerin edellä esittämät poikkeukset oikeustaloustieteellisen lähestymistavan soveltamisalaan liittyvät lähinnä tuomarien ja muiden lainsoveltajien sisäistämiin totunnaisiin ajatus- tapoihin sekä oikeudellisen tradition jatkuvuuteen, mutta sen asiallisen soveltamisalan rajoitukset voi perustella myös – ja mielestäni uskottavammin – omaksutun oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan avulla. Sovellettuna taloudellisen markkinalogiikan ohjaamaan Euroopan unionin sekä kansalliseen sisämarkkina- ja kilpailuoikeuteen, yhtiöoikeuteen, kansainvälisiin sijoitus-, rahoitus- ja luotonantoinstrumentteihin sekä arvopapereiden vaihdantaan eli yleisesti rahoitus-, tuotanto- ja vaihdantamarkkinoiden sääntelyyn oikeuden taloustieteellinen näkökulma on huomattavasti helpommin perusteltavissa kuin vaikkapa adoptio-, eutanasia-, lapsi-, vanhus-, perusoikeus- tai yleiseen sosiaaliturva-oikeuteen sovellettuna, missä muut kuin puhtaasti taloudelliset tai kustannustehokkuutta korostavat näkökohdat ovat tavallisesti vallalla. Samoin tieteen, kirjallisuuden ja muiden kulttuurin ilmiöiden palauttaminen puhtaasti taloudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan alaisuuteen ei vastaa ainkaan tutkijoiden, kirjailijoiden ja taiteilijoiden omaa ammatillista itseymmärrystä.

Oikeuden taloustieteellisen analyysin suhde *marxilaiseen* oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan on kiinnostavalla tavalla kaksitulkintainen. Oikeustaloustieteen tavoin marxilainen oikeusfilosofia on kiinnostunut oikeuden ja talouden keskinäissuhteista. Marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia yhtä hyvin kuin suomalainen 1960-luvun lopun, 1970-luvun ja 1980-luvun alun vaihtoehtoinen

lainoppi, joka sen teoreettisiin lähtökohtiin tukeutui, tarkastelevat lainsäädäntöä ja toteutunutta oikeuskäytäntöä yhteiskunnan pintatason ilmiönä, joka on määritelmällisesti alisteisessa suhteessa yhteiskunnassa kulloinkin vallitseviin taloudellisiin tuotantosuhteisiin ja -rakenteisiin, yhteiskunnan luokkakajakoon, transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintaviin liikela-keihin sekä – Kaarlo Tuorin varhaisen marxilaisen oikeuden ja yhteiskunnan monitasomallin termein – ”olemus-ilmiö-kategorioiden ilmentämään ’ekspressiiviseen’ yhteyteen” oikeuden ja yhteiskunnan eri tasojen ja niitä vastaavien erilaisten yhteiskunnallisten tietoisuusmuotojen välillä.⁵⁰

Keskeisenä erottavana tekijänä oikeustaloustieteen ja marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntateorian välillä on sitoutuminen varsin erilaiseen käsitykseen oikeuden ja talouden keskinäisistä vuorovaikutussuhteista: marxilaisille tutkijoille oikeus on vain perustavien taloudellisten lainalaisuuksien suhteellisen epäitsenäistä heijastumaa yhteiskunnan ideologisella pintatasolla, mihin nähden oikeuden ja yhteiskunnan syvemmät kerrostumat ovat aina määräävässä asemassa. Oikeuden taloustieteellisessä analyysissä oikeudellinen sääntely ja pää-
töksenteko ovat sen sijaan määräävässä asemassa talouden institutionaaliseen rakenteeseen ja toimivuuteen nähden. Oikeustaloustiede on toisin sanoen sitoutunut *instrumentalistiseen* käsitykseen oikeuden yhteiskunnallisesta roolista *social engineering* -ajattelun mukaisesti, ilman marxilaisen yhteiskuntaideologian edellyttämiä ’metafyysisiä’ sitoumuksia eli ajatusta pääoman itseään uusintavista liikelaeista sekä erilaisista yhteiskunnallisista tietoisuusmuodoista.

Myös kyseisten suuntausten poliittiset ja yhteiskuntaideologiset sitoumukset poikkeavat melkoisesti toisistaan: marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian käsitys sosiaalisesta oikeudenmukaisuudesta ja hyväksyttävistä yhteiskunnallisista päämääristä saavat tehdä tilaa vapaalle kilpailulle, markkinoiden toimivuudelle sekä taloudellista kustannustehokkuutta edistävälle oikeudelliselle sääntely- ja ratkaisulogiikalle oikeuden taloustieteellisen analyysin kirjoituksissa. Ei kuitenkaan ole mitään estettä sille, etteikö oikeustaloustieteen tuottamia tuloksia oikeuden taloudellisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista yhteiskunnassa voitaisi hyödyntää myös maltillisen hyvinvointivaltiopolitiikan työvälineenä optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation (tai uudelleenallokoinnin) ja oikeudenmukaisen sosiaalisen riskinjaon merkityksessä.

⁵⁰ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74, 75–76: ”Eri tasoille sijoittuvat [oikeudelliset] ilmiöt kehittyvät ja muuntuvat erityyppisten lainalaisuuksien ohjaamina ja erilaisista historiallista rytmistä noudattaen, eri ajassa. Niiden välillä on kuitenkin olemus-ilmiö-kategorioiden ilmentämä ’ekspressiivinen’ yhteys. (...) Mitä täsmällisesti ottaen tarkoittaa se ekspressiivinen yhteys, jonka kautta syvärakenne määrittää yhteiskunnan muita tasoja? Miten syvärakenteen ja joukkomittaisten ilmiöiden tasoiset suhteet ja ajatusmuodot kiteytyvät yhteiskunnallisessa käytännössä? Miten asetetaan perusta-päällysrakenne-skeemasta tuttu takaisinaikutuksen ongelma ja mikä on sen ratkaisu?” – Vrt. myös Tuori, ”Marxilainen oikeusteoria”, *passim*.

Entä miksi taloudellisen hyvinvoinnin lisäämiselle tai taloudelliselle kustannustehokkuudelle tulisi antaa keskeisen tai jopa ensisijaisen oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen asema? Keskustelussaan Richard Posnerin ja Guido Calabresin kanssa oikeuden taloudellisen analyysin perusteista Ronald Dworkin asetti sanotun kysymyksen muotoon: onko taloudellinen hyvinvointi itseisarvo, johon oikeudellisella sääntelyllä ja päätöksenteolla tulee pyrkiä sekä miksi taloudellinen tehokkuus tulisi omaksua oikeudellisen sääntelyn ja lainsoveltamisen lähtökohdaksi.⁵¹ Dworkin vastasi kumpaankin kysymykseen kielteisesti: pelkkä taloudellinen vauraus ja hyvinvointi eivät riitä oikeuden ja yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden perustaksi, eikä taloudellinen tehokkuus saa korvata kansalaisten oikeuksia. Dworkinin oma käsitys yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta perustuu yksilöiden tai ryhmien oikeuksia ilmentäviin oikeusperiaatteisiin (engl.: *arguments of principle*), jotka toimivat erilaisten oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäisessä kollisio-tilanteessa oikeudellisten 'valttikorttien' tavoin eli kykenevät syrjäyttämään kollektiivisia yhteiskunnallisia tavoite- tai tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia ilmentävät tulkinta- tai ratkaisuperusteet (engl.: *arguments of policy*).⁵²

Dworkin viittaa hyväksyvästi myös John Rawlsin yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuteorian edellytettyä alkutilaa jäsentäviin yhteisöllisiin reunaehtoihin, joiden tarkoittamalla tavalla yhteiskunnallinen yhdenvertaisuus on väitetysti toteutettavissa.⁵³ Rawlsin vaikutusvaltaisen oikeudenmukaisuusteorian ja sen edellyttämän alkutilan käsitteellisten reunaehtojen arviointi ei kuitenkaan kuulu tämän teoksen alaan. Nyt tehtävänä on tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eri tavoin sitovien, velvoittavien tai ohjaavien tulkinta- ja ratkaisuperusteiden eli oikeudellisen *tulkintakehyksen* määrittäminen, jolloin yhteiskunnan institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa ilmentävät oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet sekä niitä vastaavat yhteiskunnalliset käytännöt on oletettu jo ennalta olemassa oleviksi. Dworkinin Posneria ja Calabresia sekä oikeuden taloustieteellistä analyysiä kohtaan esittämä kritiikki on hyväksyttävissä hänen ehdottamansa oikeudellisen eheyden tarkoittamalla tavalla, jolloin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneet oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet muodostavat oikeudellisen tulkinnan semanttisen ja ontologisen perustan.

⁵¹ Dworkin, "Is Wealth a Value?"; sama "Why Efficiency?". Edellisessä kirjoituksessa Dworkin arvioi Richard Posnerin teosta *Economic Analysis of Law*, jälkimmäisessä Guido Calabresin teosta *The Costs of Accidents*. Kumpatkin kuuluvat *law and economics* eli *economic analysis of law* -suuntauksen klassikoihin.

⁵² Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 82–84, 364–366.

⁵³ Dworkin, "Why Efficiency?", s. 279.

7 Oikeudellinen eksegeesi: lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset tavoitteet

7.1 TIETEENTEOREETTINEN POSITIVISMI JA OIKEUSPOSITIVISMI

Oikeudellinen eksegeesi perustuu positivistiseen käsitykseen oikeudesta. Termi *positivismi* on aidosti monitulkintainen, sillä se tarkoittaa ratkaisevasti eri asiaa *tieteenteoreettisessa* ja *oikeudellisessa* asiayhteydessä.

Tieteenteoreettinen positivismi viittaa käsitykseen, jonka mukaan tieteellinen tieto voi perustua vain empiirisiin havaintoihin ja luonnontieteiden soveltamiin mekanistis-kausaalisiin selitysmalleihin, eikä metafysisillä spekulatioilla, intuitiivisella tiedolla tai tutkijan omilla arvoarvostelmilla voi olla tieteessä sijaa. Termi *positivismi* syntyi 1830-luvulla osana ranskalaisen Auguste Comten (1798–1857) tieteenteorian ohjelmaa, jonka mukaan kypsän eli positivistisen tieteen oli määrä olla vapaa tiedettä aiemmin vinouttaneista uskonnollisista ja metafysisistä harhauskomuksista. Samoin John Stuart Mill (1806–1873) korosti empiiristen havaintojen merkitystä tieteellisen tiedon lähteenä. 1920- ja 1930-luvulla vaikuttanut *Wienin piiri* eli *looginen positivismi* jatkoi edelleen positivistisen tieteenteorian kehittelyä tutkimukselliseksi esikuvakseen nostamansa Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen filosofisen ohjelman ja matemaattisen fysiikan tarjoaman tieteellisen mallin mukaisesti.¹

Looginen positivismi ja *looginen empirismi* tulee tarkkaan ottaen erottaa toisistaan, vaikka termejä käytetäänkin usein rinnakkain. *Looginen positivismi*, jota muun muassa Rudolf Carnap, Friedrich Waismann, Otto Neurath, Kurt Gödel ja Moritz Schlick edustivat, oli 1920-luvun luvun tieteenteoreettinen suuntaus, joka pyrki palauttamaan todellisuutta koskevat väitelauseet empiirisesti verifioitavissa oleviksi havaintolauseiksi eli *protokollalauseiksi* sekä rajaamaan kaikenlaisen metafysisen spekulatioiden aidon tieteen ulkopuolelle. Keskeisenä innoittajana oli Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus*, jota luettiin – vastoin tekijänsä tarkoitusta – tieteenteoreettisena ja metodisena ohjelmanjulistuksena. Termi *Wienin piiri* viittaa loogisiin positivisteihin. *Looginen empirismi*, jota esimerkiksi Hans Reichenbach ja sittemmin

¹ Wienin piirin tieteenteoriasta, Niiniluoto & Koskinen, toim., *Wienin piiri*, ja etenkin Manninen, ”Uuden filosofisen liikkeen ja sen manifesti syntyy”, mts. 27–128.

muun muassa Carl Hempel edustivat, on ajallisesti myöhempi suuntaus, jonka synty ja kehitys sijoittui Saksan Berliiniin Itävallan Wienin sijasta.²

Loogisen positivismin ja loogisen empirismin välillä on samalla runsaasti myös yhtäläisyyksiä. Molemmat syntyivät vastareaktiona 1800-luvun uuskantilaiseen ja idealistiseen tieteenfilosofiaan, korostivat empirisen tiedon ja modernin logiikan merkitystä, hyväksyivät luonnontieteellisten erityistieteiden tietenteorian tutkimukselliseksi referenssiksi sekä suhtautuivat torjuvan kielteisesti kaikenlaiseen spekulatiiviseen metafysiikkaan. Ajallisesti myöhempi looginen empirismi suhtautui osin kriittisesti edeltäjänsä, loogisen positivismin, tietenteoreettisiin sitoumuksiin. Loogisen empirismin vaikutus ulottui 1900-luvun jälkipuoliskolle, kun taas looginen positivismi oli lakannut vaikuttamasta 1900-luvun puoliväliin mennessä. Loogisina positivistina uransa aloittaneista filosofiista Carnap, Feigl ja Hempel vaihtoivat sittemmin loogiseen empirismiin.³

Georg Henrik von Wright (1916–2003) on esittänyt positivistisen tieteenkäsityksen määreinä kolme keskeistä piirrettä: ensinnäkin usko *metodologiseen monismiin*, toiseksi käsitys, jonka mukaan eksaktien luonnontieteiden ja etenkin *matemaattisen fysiikan metodi* tarjoaa metodologisen ideaalin tai standardin, johon muiden tieteenalojen metodioppi tulee suhteuttaa, sekä kolmanneksi ajatus *kausaalisen selitysmallin* käyttämisestä tieteessä erilaisten teleologis-intentionaalisten selitysten sijaan.⁴

Kyösti Raunio on puolestaan esittänyt *Positivismi ja ihmistiede* -teoksessa positivistisen tieteenkäsityksen osatekijöinä viisi sääntöä:⁵ (a) *fenomenalismin* sääntö, jonka mukaan vain välitön aistikokemus voi tarjota luotettavan perustan todellisuutta koskevalle tieteelliselle tiedolle, (b) *nominalismin* sääntö, jonka mukaan tieteessä käytetyt abstraktit käsitteet tulee johtaa havaintokokemukselta ja teoreettisten termien tulee olla käännettävissä havaintokokemuksen kielelle, (c) *arvoteoreettinen nonkognitivismi*, joka erottaa tosiasiat eli 'olemisen maailman' (saks.: *Sein*; engl.: *Is*) ja arvot tai normit eli 'pitämisen maailman' (saks.: *Sollen*; engl.: *Ought*) toisistaan ja kieltää tieteellisen tiedon statuksen arvoarvostelmilta ja normatiivisilta väittämiltä, koska nämä ovat vain puhujan tunteiden tai tahdon ilmauksia, (d) *metodologisen naturalismin* eli *metodologisen naturalistisen monismin* sääntö, jonka mukaan myös humanististen ja yhteiskuntatieteiden aloilla tulee soveltaa luonnontieteiden metodioppia, ja (e) *nomoteettinen* sääntö eli sääntö, jonka mukaan tieteessä tulee pyrkiä yleisten lakien eli yleisiä lainomaisia väitteitä sisältävien teorioiden esittämiseen todellisuudesta.

² Ray, "Logical Positivism", s. 243–251; Salmon, "Logical Empiricism", s. 233–242.

³ Salmon, "Logical Empiricism", s. 233.

⁴ von Wright, *Explanation and Understanding*, s. 4.

⁵ Raunio, *Positivismi ja ihmistiede*, s. 112–115.

Termiä ”positivismi” on käytetty tieteenfilosofisessa asiayhteydessä myös väljemmin viittamaan yleisesti tutkimukseen, jonka tiedonintressinä on vain sen selvittäminen, mikä on objektiivisin arviointikriteerein havaittavissa ilman sitoutumista mihinkään (muihin) arvo- tai ideologiasidonnaisiin näkökohtiin ja jonka tutkimusmetodinä on arvovapaiden havaintojen tekeminen todellisuuden ilmiöistä. ”Onnellinen positivisti”, niin kuin ranskalainen filosofi Michel Foucault luonnehti itseään ja omaa *ihmistieteiden tiedonarkeologian* tutkimusprojektiaan 1960-luvun lopulla,⁶ tyytyy tutkimuskohteen arvovapaaseen kuvaamiseen ja selittämiseen sen normatiivis-kriittisen arvottamisen sijaan. Ideaalina on toisin sanoen historianutkija Leopold von Ranken tutkimuksellinen lähtökohta, jonka mukaan tutkijan tulee tyytyä sen selvittämiseen, ”mitä oikein tapahtui”.⁷

Oikeuspositivismi viittaa puolestaan käsitykseen, jonka mukaan voimassa oleva oikeus on ainakin lähtökohtaisesti – tavanomaisoikeudelliset yhteisölliset käytännöt sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat yhteisölliset ratkaisustandardit pois lukien – *asetettua* oikeutta (lat.: *ius positivum*) eli joukko oikeussääntöjä, jotka ovat luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tekemien päätösten sekä rajoitetusti myös yksittäisten oikeussubjektien tekemien oikeudellisten määräämistoimien avulla.⁸ Moderni analyttinen oikeuspositivismi palautuu John Austinin jo 1830-luvulla esittämään käsitykseen, jonka mukaan oikeuden voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys tulee tarkoin erottaa toisistaan.⁹

⁶ ”Analyser une formation discursive, c’est donc traiter un ensemble de performance verbales, au niveau des énoncés et de la forme de positivité qui les caractérise; ou plus brièvement, c’est définir le type de positivité d’un discours. Si, en substituant l’analyse de la rareté à la recherche des totalités, la description des rapports d’extériorité au thème du fondement transcendantal, l’analyse des cumuls à la quête de l’origine, on est un positiviste, eh bien *je suis un positiviste heureux*, j’en tombe facilement d’accord.” Foucault, *L’Archéologie du savoir*, s. 164–165 (kursivointi lisätty).

⁷ ”Man hat der Historie das Amt, die Vergangenheit zu richten, die Mitwelt zum Nutzen zu künftiger Jahre zu belehren, beigemessen; so hoher Ämter unterwindet sich gegenwärtiger Versuch nicht: er will bloss zeigen, *wie es eigentlich gewesen*.” von Ranken lainaus teoksessa: Kalela, *Historiantutkimus ja historia*, s. 50 (kursivointi lisätty).

⁸ Viitataan tältä osin yksityisoikeudellisiin kompetenssinormeihin sekä välitystuomioistuimen toimivallan perustaviin yksityisoikeudellisiin sopimuslausekkeisiin. Kyse on tällöin oikeustoimikelpoisten oikeussubjektien sopimusoikeudellisen tahdonvapauden käyttämisestä voimassa olevan oikeuden mukaan.

⁹ ”The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation.” Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157 (käännös allekirjoittaneen).

”Oikeuden voimassaolo on yksi asia ja sen ansiot tai puutteet toinen. Se, onko jokin laki voimassa vaiko ei, on yhdenlainen kysymys, ja se, vastaako se jotain ennalta asetettua arviointikriteeriä vaiko ei, puolestaan toinen. Laki, joka on asianmukaisesti [suvereenin lainsäätäjän toimesta] säädetty, on voimassa, vaikka emme sattuisi siitä pitämään ja vaikka se poikkeaisi kriteereistä, joihin perustamme hyväksyvän tai paheksuvan arviomme.”

Oikeuspositivistisesti määritelty oikeustiede tutkii vain ja ainoastaan muodollisesti velvoittavaa oikeutta, eikä kysymys oikeuden sisällöllisestä tai arvoperustaisesta hyväksyttävyydestä kuulu sen alaan.¹⁰ Kun analyttisen oikeuspositivismin (ja analyttisen oikeusrealismin) mukaan oikeuden voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen, arvoperustainen hyväksyttävyys tulee voida erottaa tarkkarajaisesti toinen toisistaan, voimassa olevan oikeuden säännöt ovat tunnistettavissa niiden syntytapaan liittyvän formaalin tunnistamiskriteerin, kuten Hartin oikeusteorian edellyttämän oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön, avulla. Toisaalta *oikeusperiaatteet* ja vastaavat muut oikeudelliset ratkaisustandardit eivät ole tunnistettavissa yksinomaan oikeusnormin muodolliseen syntytapaan viittaavan erottelukriteerin avulla, mikä rajaa vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat eli institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat ratkaisuperusteet ankaran oikeuspositivistisesti määritellyn oikeuskäsitteen ulkopuolelle.

John Austinin tavoin itävaltalainen Hans Kelsen asetti *puhtaan oikeusopin* tavoitteeksi sen selvittämisen, *mitä oikeus on*, ei sitä, mitä oikeuden (ehkä) pitäisi olla, kun asiaa tarkastellaan esimerkiksi luonnonoikeuden tai moraali-filosofian arvosidonnaisesta näkökulmasta.¹¹ Puhtaan oikeusopin tieteellisyydellä oli kuitenkin hintansa: lainopin tulkinnallinen, voimassa olevan oikeuden tietynhetkiseen merkityssisältöön kohdentunut tiedonintressi rajautui Kelsenin tieteellistetyn oikeusopin ulkopuolelle, kun tutkijan ei ollut lupa esittää muuta kuin loogis-semanttisesti ja oikeudellisesti *mahdollisten* tulkintojen joukko ilman eri tulkintoja keskenään arvottavaa elementtiä.¹² Puhtaan oikeusopin

¹⁰ Vrt. Morawetzin osuva luonnehdinta oikeuspositivismista: ”Accordingly, positivists distinguish sharply between analytical legal theory and normative legal doctrine. The first involves the analysis of the nature of legal rules, legal validity, institutional structure, and so on, but not normative questions such as what rights should be part of the system and how those rights are to be understood. Critical theorists, like positivists, characteristically distinguish between questions about the nature of law (e.g. as legitimating ideology) and the particular merits, demerits, and uses of normative responses to legal issues. On the other hand, natural law theorists often address these issues in ways that bridge analytical and normative questions.” Morawetz, ”Law as Experience: The Internal Aspect of Law”, s. 215, alav. 74.

¹¹ ”Sie [die reine Rechtslehre] versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik.” Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 1.

¹² ”Rechtswissenschaftliche Interpretation kann nichts anderes als die möglichen Bedeutungen einer Rechtsnorm herausstellen.”, Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 353.

tutkimuksellisenä tiedonintressinä on, niin kuin Kelsen asian ilmaisi, *eine wertfreie Beschreibung ihres Gegenstandes*,¹³ tutkimuskohteena olevien oikeusnormien täydellisen arvovapaa kuvaaminen. Oikeuden tulkinnalliseen merkityssisältöön sen ei ollut lupa kajota muutoin kuin *lex superior derogat (legi) inferiori* ja *lex specialis derogat (legi) generali* -tyyppisten formaalien konfliktinratkaisunormien vahvistamisen merkityksessä.

Tutkimuksellista sekaannusta on kuitenkin aiheutunut siitä, että oikeuspositivistien varsinainen tutkimuskohde on saatettu määritellä ainakin osin tieteen-teoreettisen positivismin tarkoittamalla tavalla, kun oikeuden tunnistettavuus ja eriytettävyyys ”ei-oikeudesta” on määritelty viittaamalla empiirisesti havaittavissa oleviin tosiseikkoihin lainsäätäjän ja tuomioistuinten tosiasiallisesti tekemien nimenomaisten yksittäisten päätösten merkityksessä ja tutkijan omat ideologiset tai yhteiskunnalliset arvoarvostelmat on rajattu oikeustieteen ulkopuolelle oikeuspolitiikan – eikä siis arvovapaan tieteen – alaan kuuluvina. Niinpä esimerkiksi Alf Ross on luonnehtinut oikeuspositivismia seuraavasti:¹⁴

”Kun otamme huomioon, miten termiä ’positivismi’ käytetään yleisessä filosofiassa, on mielestäni perusteltua määritellä ’oikeuspositivismi’ laajasti tarkoittamaan tietynlaista asennetta tai lähestymistapaa oikeusfilosofian ja yleisen oikeusteorian ongelmiin, lähestymistapaa, joka perustuu *empiristisen, metafysiikkaan kielteisesti suhtautuvan filosofian periaatteisiin*.”

Luonnonoikeusoppia oikeuspositivismin ajatuksellisena vastinparina Ross luonnehtii viittaamalla katsantokantaan, jonka mukaan yksin empiristiset perusteet eivät riitä, vaan oikeuden määrittelemiseksi on välttämätöntä turvautua ”metafyysiseen tulkintaan”, missä postuloitu ihmisen rationaalinen tai jumalallinen luonto, intuitiivis-aprioriset periaatteet tai empiiriset aistihavainnot ylittävät ideat tarjoavat oikeuden viimekätisen tulkintaperustan.¹⁵

Ross määrittelee edelleen empiristisen lähestymistavan viittaamalla kahteen oikeuspositivismin ”kovan ytimen” määrittävään teesiin. Ensinnäkin, usko luonnonoikeuden olemassaoloon on virheellinen, sillä kaikki oikeus on määritelmällisesti positiivista oikeutta. Toiseksi, positiivisen oikeuden sisältö on

¹³ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 84.

¹⁴ ”Considering how the term ’positivism’ is used in general philosophy, it seems to me reasonable to take the term ’legal positivism’ in a broad sense to mean an attitude or approach to the problems of legal philosophy and jurisprudence, an approach based on the principles of an *empiricist, antimetaphysical philosophy*.” Ross, ”Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law”, s. 148 (kursivointi lisätty; käänös allekirjoittaneen).

¹⁵ Ross, ”Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law”, s. 148: ”... the belief that the law cannot be exhaustively described or understood in terms of empiricist principles, but requires metaphysical interpretation, that is, interpretation in light of the rational or divine nature of man, *a priori* principles and ideas transcending the world of the senses.”

määritettävissä puhtaasti tosiasiallisten, empiiristen tosiseikkojen avulla, perustuen yhtäältä havaintojen tekoon ja toisaalta tulkintaan, joiden kohteena ovat yhteiskunnalliset tosiseikat eli ihmisten käyttäytyminen ja käyttäytymisasenteet, eikä viittausta luonnolliseen oikeuteen tai luonnolliseen moraaliin tarvita.¹⁶ Rossin käyttämä terminologia – havaintojen teko *ja tulkinta* – kuitenkin paljastaa, ettei yksin empiirinen tai empiristinen lähestymistapa sittenkään riitä mielekkään oikeustieteellisen tutkimuksen menetelmäksi, vaikka Ross ilmoittaa *Om ret og retfærdighed* -kirjan englanninkielisen laitoksen esipuheessa vievänsä sanotussa teoksessa empiiriset periaatteet äärimmilleen.¹⁷ Empiiristen havaintojen ohella tarvitaan myös yhteiskunnallisten tosiasioiden tulkintaa, mikä ylittää ahtaasti positivistisen tieteenteorian rajoitukset. Rossilla tämä tarkoitti *tuomarinideologian* eli tuomarikunnan ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeudellisen ratkaisuideologian käyttämistä *tulkintakehyksenä* eli *tulkinta-avaimena* (saks.: *Deutungsschema*; tansk.: *tydningsskema*),¹⁸ jonka avulla määrätty yhteiskunnalliset tosiasiat voitiin tulkitta oikeudellisiksi ilmiöiksi.¹⁹

Alf Rossin *Om ret og retfærdighed* -teoksen lähestymistapa oikeuteen on tavallisinta liittää nimenomaan analyttisen oikeusrealismin yhteyteen, vaikka Ross siis itse liitti empiristisen lähestymistavan oikeuspositivismiin. Yhteistä erilaisille oikeuspositivistisille ja oikeusrealistisille suuntauksille on se, että ne mieltävät oikeuden yhteiskunnallisena *tosiasiana*, ei yhteiskunnallisena ideaa-

¹⁶ ”The second fundamental thesis of legal positivism is a doctrine pertaining to the theory or methodology of legal science. It asserts the possibility of establishing the existence and describing the content of the law of a certain country at a certain time in purely factual, empirical terms based on the *observation* and *interpretation* of social facts (human behaviour and attitudes). And it asserts, especially, that there is no use in appealing to ideas or principles taken over from natural law or natural morality.” Ross, ”Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law”, s. 149 (kursivoinnit lisätty).

¹⁷ Ross, *On Law and Justice*, s. IX: ”The leading idea of this work is to carry, in the field of law, the empirical principles to their ultimate conclusions. From this idea springs the methodological demand that the study of law must follow the traditional patterns of observation and verification which animate all modern empirical science; and the analytical demand that the fundamental legal notions must be interpreted as conceptions of social reality, the behaviour of man in society, and as nothing else.” – Toisaalta, niin kuin Markku Helin on perustellusti huomauttanut, Rossin myöhäisajatteluun sisältyy hermeneuttinen elementti, josta Ross ei tunnu olleen täysin tietoinen. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 159–169.

¹⁸ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 *et seq.* – ”Arbejdshypotesen går nærmere ud på, at retten, ligesom skakreglerne, er et overindividuel, socialt fænomen i den forstand, et de retlige handleforestillinger udgør en fælles ideologi der er virksom i en flerhed af individer, således at der derved skabes en *interpersonal menings- og motivationssammenhæng*. Retten er på en gang retsnorm og retsfænomen (retsliv). Retsnormerne er det abstrakte normative ideindhold der, anvendt som tydningsskema, gør det muligt at forstå retsfænomenerne (retslivet) som en meningsfuld sammenhæng af retshandlinger og indenfor visse grænser at forudsige retslivets forløb.” Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41 (kursivointi Rossin).

¹⁹ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56–57. Vrt. Ross, *On Law and Justice*, s. 43.

lina tai ehdottomana yhteisöllisenä ja uskonnollisena oikeudenmukaisuutena perinteisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian tavoin. Keskeisenä erona oikeuspositivistien ja oikeusrealistien välillä on kuitenkin se, että oikeuspositivistit määrittelevät oikeuden lainsäätäjän tahdonvaltaisesti asettamina yleisinä säädöksinä, kun taas oikeusrealistit ja sosiologisen koulun edustajat korostavat tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tekemien yksittäisten soveltamisratkaisujen ja tehokkaasti täytäntöönpantavissa olevan oikeuden merkitystä lainsäätäjän asettamien muodollisesti pätevien tai lainoppineiden ’glossaamien’, mahdollisesti kokonaan vaille täytäntöönpanon tehokkuutta jäävien ”paperisääntöjen” sijaan.

7.2 OIKEUSPOSITIVISMIN MUUNNELMAT

Moderni *eksegeettinen* tulkintamalli toteuttaa *analyttisen* oikeuspositivismin ja sen myöhemmän muunnelman, *institutionaalisen* oikeuspositivismin, perustelemaa ajatusta oikeudesta *tahdonvaltaisena* eli asetettuna oikeutena (lat.: *ius positivum*), joka on luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön eli toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan sekä kumottavissa vain määrättyjen institutionaalisten toimijoiden eli lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien tekemien päätösten avulla.²⁰ Analyttisen oikeuspositivismin yhtä hyvin kuin institutionaalisen oikeuspositivismin käsitys oikeudesta on ollut sääntökeskeinen, eivätkä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ole mahtuneet sen perustelemaan oikeuden määritelmän alaan. Viimeaikaista keskustelua analyttisestä oikeuspositivismista on jäsentänyt jaottelu *eksklusiiviseen* ja *inklusiiviseen* oikeuspositivismiin. Erottelu eksklusiivisen ja inklusiivisen oikeuspositivismin kesken perustuu siihen, miten lainsäätäjän ja tuomioistuinten hyväksymiin eli oikeuden tunnistamissäännön käsittämiin yhteiskunnallisiin arvoihin tulee suhtautua. Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin edustaman analyttisen oikeuspositivismin ohella on siis joukko muitakin oikeuspositivismin keskeispremissihin sitoutuneita positivistisen oikeustieteen suuntauksia ainakin institutionaalisen sekä eksklusiivisen tai inklusiivisen oikeuspositivismin merkityksessä.

Toisaalta Kaarlo Tuorin *kriittinen oikeuspositivismi* on yhdistänyt muun muassa Sakari Hännisen marxilaisesta Georg Lukács -tulkinnasta, Max Weberiltä, Jürgen Habermasilta, Michel Foucault’lta, François Ewaldilta, Fernand

²⁰ Kokoavasti analyttisestä oikeuspositivismista, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 17–21; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 32–40, 876–877; kokoavasti institutionaalisesta oikeuspositivismista, mts. 43–45, 431–443, 884.

Braudelilta, Pierre Bourdieulta, Ronald Dworkinilta sekä John L. Austinilta ja John Searlelta omaksuttuja ajatuksia omaehtoiseksi tutkimukselliseksi synteeksiksi.²¹ Vaikka Tuori esittää oman kriittisen oikeuspositivismin teoriansa vaihtoehtona ja kritiikkinä Kelsenin ja Hartin edustamalle analyttiselle eli, Tuorin termin, ”perinteiselle” oikeuspositivismille, kriittinen oikeuspositivismi ei lukeudu varsinaisesti analyttisen oikeuspositivismin traditioon sen myöhäismarxilaisten ja fenomenologisten, oikeuden ei-tahdonvaltaisuutta korostavien piirteiden vuoksi. Tuorin teorian keskeisajatus oikeuden tahdonvaltaisesti muutettavissa olevan pintatason alla vaikuttavista ’syvemmistä’ tasoista tai kerrostumista on Kelsenin tai Hartin ajattelulle lähtökohtaisesti vieras. Samoin Ronald Dworkinin oikeusteorian keskeisteesi institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista, johon Tuori osaltaan sitoutuu, ei sekään saa tukea Kelsenin tai Hartin tavasta määritellä voimassa oleva oikeus lainsäätäjän ja tuomioistuinten tekemien päätösten kokonaisuutena.²²

7.2.1 Analyttinen filosofia ja analyttinen oikeuspositivismi

Analyttinen filosofia viittaa 1900-luvun ja 2000-luvun filosofian tutkimustapaan, tyyliin ja tutkimusmentaliteettiin, joka tavallisesti yhdistetään Gottlob Fregen (1848–1925), Bertrand Russellin (1872–1970), G. E. Mooren (1873–1958) ja Ludwig Wittgensteinin (1889–1951) filosofiaan.²³ Näistä etenkin itävaltalaisfilosofi Ludwig Wittgensteinin filosofialla on ollut keskeinen vaikutus kahden 1900-luvun keskeisen filosofian suuntauksen syntyyn. Wittgensteinin varhaisfilosofia, jota *Tractatus Logico-Philosophicus* -teos edustaa, oli innoittajana Wienin piirille eli *logiselle positivismille*, johon suuntaukseen muun muassa Moritz Schlick (1882–1936), Otto Neurath (1882–1945) ja Rudolf Carnap (1891–1970) lukeutuivat. Wittgensteinin myöhäistuotanto, kuten *Filosofisia tutkimuksia* -teos sekä muut postuumisti julkaistut teokset, kuten *Sinin ja ruskea kirja*, *Filosofisia tutkimuksia* ja *Varmuudesta*, olivat puolestaan innoittajana Oxfordin koulun *lingvistiselle filosofialle* eli *luonnollisen kielen filosofialle* eli *arkikielen filosofialle*, jota Elizabeth Anscombe (1919–2001), John L. Austin (1911–1960), Gilbert Ryle (1900–1976), H.L.A. Hart (1907–1992) sekä amerikkalainen John Searle (1932–) ovat edustaneet.²⁴

Analyttisen filosofian metodiohjelman mukaan filosofian tehtävänä on kielellisten ilmausten (käsite)analyysi, jonka tutkimusmenetelmät ja -tulokset ovat

²¹ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 333.

²² Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 45–46, 640–670.

²³ Heil, ”Analytic Philosophy”, s. 22.

²⁴ Hyvän johdatuksen analyttisen filosofian keskeistematiikkaan tarjoavat A. P. Martinichin ja Ernest Sosan toimittamat teokset *A Companion to Analytic Philosophy* sekä *Analytic Philosophy. An Anthology*. Samoin Richard Rortyn toimittama *The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method* antaa hyvän poikkileikkauksen lingvistisen filosofian tutkimuksellisista pyrkimyksistä.

sidoksissa joko ideaalisesti määritellyn kielen loogiseen eli formaaliin syntaksiin esimerkiksi Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen tai Carnapin *Logische Syntax der Sprache* -teoksen tarkoittamalla tavalla tai, vaihtoehtoisesti, luonnollisen kielen yhteisölliseen kontekstiin ja käyttötapaan. Analyyttisen filosofian edustajat ovat torjuneet etenkin mannereurooppalaisen fenomenologian katteettomana metafysiikkana, jonka käsitteiltä ja lauseilta puuttuu semanttinen referenssi kielen ulkoisessa todellisuudessa. Analyyttisen filosofian mukaan tulee sen sijaan pyrkiä käsitteelliseen tarkkuuteen ja karttaa kaikkea metafysistä idealismia, tutkimuksellista introspektiota, 'itseannettuja' tai intuitiivis-apiorisia totuuksia sekä kaikkea muutakin filosofista spekulatiota, joka ei kykene tuottamaan tutkimuksellisesti koeteltavissa olevaa tietoa maailmasta.²⁵

Esimerkiksi Martin Heideggerin (1889–1976) *Oleminen ja aika* -teoksen eksistentiaalinen toteamus, jonka mukaan "täälläolon (saks. neolog.: *Dasein*) oleminen on huolta (saks.: *Sorge*)",²⁶ tuli nyt korvata *käsiteanalyttisellä* kysymyksenasettelulla, joka keskittyi kielen ja todellisuuden keskinäiseen suhteeseen sekä kielen oikeaan käyttöön määrättyssä yhteisöllisessä kontekstissa: "mitä oikein tarkoitat, kun (esimerkiksi) sanot, että 'täälläolon oleminen on huolta'?" Analyyttinen ja lingvistinen filosofia on sen sijaan kiinnostunut lauseen semanttista *totuusarvoa* määrittävistä tekijöistä: mistä tiedämme, että Heideggerin väite täälläolon olemisesta huolena on tosi tai epätosi ja miten tuo lause on ylipäättään koeteltavissa eli osoitettavissa joko paikkansa pitäväksi tai virheelliseksi? Samoin marxilainen filosofia syyllistyi analyttisen filosofian metodiohjelman valossa kestävämmien metafysiisten oletusten ylläpitämiseen, joita oli yhtä mahdoton osoittaa paikkansa pitäväksi kuin virheellisiksikään.²⁷

²⁵ A. M. Quinton kiteyttää osuvasti Oxfordin koulukunnan lingvistisen filosofian metodin suhteessa Ludwig Wittgensteiniin ja 1930-luvun loogiseen positivismiin: "In general terms, then, the method of the Oxford philosophers lay somewhere in between the professed method of Wittgenstein and the methods of the logical positivists of the 1930's. With the positivists and against Wittgenstein they believed that the job of philosophy was to set out the logical properties and relations of the various forms of discourse in a systematic way. But with Wittgenstein and against the positivists they rejected the ideal of linguistic perfection suggested by formal logic, concerning themselves with the description of language as it actually is rather than with the extrication of some ideal essence from it or with the proposal of a logically superior conceptual system as an alternative to it." Quinton, "Contemporary British Philosophy", s. 546.

²⁶ Heidegger, *Oleminen ja aika*, s. 240 *et seq.*, sekä s. 345 ("Täälläolon oleminen on huolta.")

²⁷ Kaarlo Tuori kirjoitti väitöskirjassaan *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, I Sakari Hännisen Georg Lukács -luentaan palautuvasta yhteiskunnan subjektirakenteen ja tietoisuusmuotojen monitasomallista muun muassa seuraavasti: "Eri tasoille sijoittuvat [oikeudelliset] ilmiöt kehittyvät ja muuntuvat erityyppisten lainalaisuuksien ohjaamina ja erilaista historiallista rytmää noudattaen, eri ajassa. Niiden välillä on kuitenkin olemus-ilmiö-kategorioiden ilmentämä 'ekspressiivinen' yhteys." Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, I, s. 74. – Analyttiselle ja lingvistiselle filosofialle ominainen kysymys kuuluisi jälleen: "Mitä oikein tarkoitat, kun (esimerkiksi) sanot, että 'oikeuden eri tasojen välillä vallitsee olemus-ilmiö-kategorioiden ilmentämä 'ekspressiivinen' yhteys'?"

Analyttinen oikeuspositivismi on analyttisen filosofian rinnakkaisilmiö, mutta ajallisesti se on osin 1900-luvun analyttistä filosofiaa varhaisempi. Yhteistä molemmille on pyrkimys käsitteelliseen tarkkuuteen ja torjuva suhtautuminen kaikenlaiseen tutkimuksellisesti kontrolloimattomissa olevaan metafysiikkaan. Analyttisen ja lingvistisen filosofian vaikutus on nähtävissä etenkin englantilaisen H.L.A. Hartin kirjoituksissa 1950- ja 1960-luvulla lähtien.

Analyttisen ajattelun juuret ovat palautettavissa vähintäänkin merkittävän keskiajan nominalistisen filosofin Wilhelm Ockhamilaisen (1285–1347) kirjoituksiin, jollei sitä varhaisempaan aikaan. Paavi Johannes XXII:n kanssa käydyssä opillisessa kiistassa fransiskaaniveljeskunnan lahjoitusomaisuuden omistusoikeudesta Wilhelm Ockhamilainen perusteli *Opus nonaginta dierum* -kirjoituksessaan idean omistusoikeuden jakamisesta tavalla, joka muistuttaa paljolti myöhempiä analyttisen oikeustieteen lähtökohtia. Ockhamilainen esitti myös *ajattelun taloudellisuuden lain* eli *Ockhamin partaveitsen* (lat.: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem* t. *entia non sunt multiplicanda sine necessitate* t. *frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora* t. *pluralitas non est ponenda sine necessitate*) eli periaatteen, jonka mukaan olioita tai, yleisemmin tulkittuna, filosofian selityspäätteitä ei tule olettaa yli sen, mikä on ehdottoman välttämätöntä.

John Austinin (1790–1859) perustaman ja muun muassa itävaltalaisen Hans Kelsenin (1881–1973) ja englantilaisen H.L.A. Hartin (1907–1992) merkittävästi edelleen kehittämän *analyttisen oikeuspositivismin* mukaan moderni oikeus on määriteltävissä neljän keskeisen kriteerin avulla. Ensinnäkin oikeus on määritelmällisesti positiivista, *asetettua oikeutta* (lat.: *ius positivum*), jonka aineellinen sisältö on suvereenin lainsäätäjän tahdonvaltaisesti määrättävissä, eivätkä mitkään ennalta-annetut sisällölliset kriteerit rajoita lainsäätäjän ainakin lähtökohtaisesti rajoittamatonta päätösvaltaa. Kyse ei toisin sanoen ole luonnonoikeuden muuttumattomista ja ylipositiivisista normeista vaan tietoisien inhimillisen lainsäädäntötoiminnan tuotoksista. Toiseksi, ja edelliseen liittyen, voimassa olevan oikeuden säännöt ovat tunnistettavissa velvoittaviksi oikeussäännöiksi ja erotettavissa vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin, uskonnon tai tapaetiketin käyttäytymisnormeista niiden *muodollisen syntytyavan* perusteella. Voimassa olevan valtiosäännön tarkoittamalla tavalla säädetyt lait ja sitä alemman asteiset säädökset velvoittavat syntytapansa nojalla ja ainakin lähtökohtaisesti niiden aineelliseen sisältöön katsomatta. Tosin myös Hart lievensi tätä metodista vaatimusta luonnonoikeuden vähimmäissisällön (engl.: *minimum content of natural law*) käsittämien sisällöllisten kriteerien avulla.²⁸

Kolmanneksi oikeuden velvoittavuus perustuu viime kädessä valtiolliseen pakkovaltaan eli ennalta määriteltyn *sanktiouhkaan*, joka oikeussääntöjen rik-

²⁸ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 189–195.

komiseen on lainsäädännössä liitetty.²⁹ Etenkin Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* oikeuskäsitys perustui selväsanaisesti oikeudellisen sanktion mahdollisuuteen.³⁰ Hartin oikeusteorian käsittämät toisen asteen toimivalta- ja täytäntöönpanosäännöt (engl.: *rules of change & adjudication*) sekä ontologisessa katsannossa pulmallinen oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö ovat kuitenkin poikkeus oikeuden sanktioperustaiseen määrittelyyn tämän analyyttisen oikeuspositivismin (tai analyyttisen oikeusrealismin) kirjoituksissa. Neljänneksi, analyyttinen oikeuspositivismi on kiinnittynyt *sääntökeskeiseen* oikeuskäsitykseen, eivätkä eriasteista mutta oikeudellisesti riittäväksi katsottua institutio-naalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit (ainakaan lähtökohtaisesti) kuulu sen oikeuskäsityksen alaan.

Analyyttinen oikeuspositivismi ei ole kuitenkaan kyenyt esittämään tyydyttävää teoriaa tuomarin tai tutkijan oikeudellisesta tulkintaprosessista, vaan yhtä hyvin John Austinin, Hans Kelsenin, H.L.A. Hartin kuin esimerkiksi Jerzy Wróblewskin kirjoituksissa kysymys voimassa olevan oikeuden (sääntöjen) tulkinnasta sivuutetaan varsin lyhytsanaisesti.³¹

Analyyttisen oikeuspositivismin varsinainen perustaja, John Austin, erotti yleiset lait tilannekohtaisista tai yksittäistapauksellisista käskyistä.³² Tuomioistuinratkaisut oli Austinin oma esimerkki tilannekohtaisista, yksittäistapauksellisista käskyistä.³³ Hart kiteytti edeltäjänsä oikeuskäsityksen muotoon *orders backed by threats*: Austinin oikeuskäsitys rinnastui Hartin sarkastisen vastaesimerkin mukaan pankkiryöstäjään, joka Austinin suvereenin lainsäätäjän tavoin esittää hänkin viime kädessä fyysiseen paktoon perustuvia määräyksiä, tosin nyt vain yksittäiseen pankkivirkailijaan kohdistuen: ”Rahat tai ammun!” Hart kuvasi tilannetta nimityksellä *gunman situation writ large*.³⁴ Hart kuitenkin sivuuttaa sen tosiseikan, että Austin määritteli oikeuden suvereenin lainsäätäjän antamien yleisten määräysten avulla, rajaten yksittäistapaukselliset käskyt, kuten esimerkiksi pankkiryöstäjän asettamat uhkaukset, selväsanaisesti oikeuden käsitteen ulkopuolelle.

²⁹ Myös oikeussosiologi Max Weber määritteli valtion oikeudellisen pakkovallan yksinoikeuden avulla, Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, s. 29–30, 821–824. – Samoin Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41–47 (= luku 7: ”’Dansk ret’ er regler om monopoliseret udøvelse af fysisk tvang ved offentlig myndighed”).

³⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 51–55.

³¹ Kokoavasti (ja kriittisesti) analyyttisen oikeuspositivismin oikeudellisesta tulkintaopista, Fuller, *The Morality of Law*, s. 224–227.

³² ”Commands are of two species. Some are *laws* or *rules*. The others have not acquired an appropriate name, nor does language afford an expression which will mark them briefly and precisely. I must, therefore, note them as well as I can by the ambiguous and inexpressive name of ‘occasional or particular commands’.” Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 25.

³³ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 27. Vrt. myös Austin, mts. 29.

³⁴ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 18–25.

Hans Kelsenin *Puhdas oikeusoppi* on teoria oikeustieteestä, oikeuden rakenteesta ja oikeutta koskevasta tiedosta, joka on 'puhdistettu' kaikesta ei-oikeudellisesta aineksesta, oli sitten kyse uskonnon, politiikan, moraalifilosofian, sosiologian tai vaikka taloustieteen pohdinnoista. Oikeudellisen tulkintaopin kysymykset myös Kelsen sivuuttaa varsin lyhytsanaisesti. *Puhtaan oikeusopin* toisen, laajennetun laitoksen loppuluvussa hän erotti toisistaan kaksi oikeudellisen tulkinnan lajia: yhtäältä tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten *autenttisen* eli oikeutta pätevällä tavalla luovan tulkinnan sekä toisaalta oikeustieteen tutkijoiden tai yksityisten kansalaisten *epäautenttisen* tulkinnan, jonka vaikutuksesta voimassa olevan oikeuden sisältö ei muutu.³⁵

Lainsäätäjän yhtä hyvin yksittäisen oikeusjutun arvovaltaisesti ja lopullisesti ratkaisevan tuomioistuimen tulkinta voimassa olevasta oikeudesta on autenttista eli oikeussääntöjä luovaa tulkintaa, koska tällöin asetetaan velvoittava oikeusnormi joko lainsäätäjän asettaman yleisen säädöksen tai lainsoveltajan yksittäisen tuomioistuin- tai viranomaisratkaisun sisältämän, tapauskohtaisesti 'räätäloidyn' oikeusnormin merkityksessä.³⁶ Lainsäätäjän oikeudellisen tulkinnan osalta kyse on tietenkin perustuslain säädösten tulkinnasta. Lainsäädännössä asetettujen yleisten oikeusnormien ja tuomioistuinratkaisun sisältämän yksittäisen oikeudellisen ratkaisunormin välillä on Kelsenin mukaan vain asteero, ei kvalitatiivista eli laadullista eroa. Yleiset säädökset täsmentyvät ja konkretisoituvat vähitellen alemman asteisten hallinnollisten norminasettajien ja lopulta lakia yksittäiseen oikeustapaukseen soveltavien tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toimesta. Lainopin tuottamat tulkintalauseet toteuttavat Kelsenin mukaan vain epäautenttista tulkintaa, koska tulkinnalla ei tällöin ole oikeutta luovaa eli pätevän oikeusnormin asettavaa vaikutusta.

Kelsenin mukaan oikeustieteen, jos ja kun se määritellään puhtaan oikeusopin tarkoittamalla tavalla aidosti *tieteellisenä* toimintana, tulee tyytyä vain voimassa olevien oikeusnormien sisällön arvovapaaseen kuvaamiseen, eikä sen ole lupa suosittaa jotain määrättyä oikeudellista tulkintavaihtoehtoa parhaana mahdollisena tai perustelluimpana tulkintana voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä merkityssisällöstä. Jos voimassa olevan oikeuden sisältö on aidosti tulkinnanvarainen siten, että säädöksen tai prejudikaatin sanamuoto sallii useamman kuin yhden tulkintatavan, niin kuin tavallista on ankarasti määritellyn oikeudellisen isomorfiatilanteen ulkopuolella, tutkijan tulee vain osoittaa semanttisesti mahdollisten tulkintavaihtoehtojen kirjo asettamatta niitä minäkäänlaiseen keskinäiseen preferenssi- eli etusijajärjestykseen niiden sisällöllisi-

³⁵ Konfliktinratkaisunormeista, Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960) s. 210–212, 275; autenttisesta ja epäautenttisesta tulkinnasta, Kelsen, mts. 346–354 ja etenkin s. 351–352. Vrt. Rossin käsitykseen oikeustieteestä ja oikeuspolitiikasta, Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 385 *et seq.*

³⁶ "Die Interpretation durch das rechtsanwendende Organ ist stets authentisch. Sie schafft Recht. (...) authentisch, daß heißt rechtsschaffend", Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 351, 352.

sen hyväksyttävyyden perusteella. Sekä tuomarin praktisen tiedonintressin että lainopin tutkimuksellisen tiedonintressin näkökulmasta puhtaana oikeusopin tie-teellisuuden hinta on kohtuuttoman kova: lainoppi ei saa ottaa kantaa oikeuden tietynhetkiseen tulkinnalliseen merkityssisältöön, jos ja kun tuo merkityssisältö on ainakin jossain määrin tulkinnanvarainen. Yleisemminkin oikeudellinen tulkintaoppi on oikeuspositivistisen oikeusteorian Akilleen kantapää, niin kuin myös Hartin oikeusteoria osoittaa.

Hartin oikeusteoriaan sisältyy lingvistinen teoria lainsäätäjän ja tuomioistuinten tavallisesti hyödyntämän *luonnollisen kielen* eli *arkikielen filosofian* mukaisesta käsitesemantiikasta. Kielen käsitteillä on Hartin mukaan yhtäältä merkitykseltään vakiintunut ydinalue (engl.: *core of certainty*), toisaalta vahvasti tulkinnanvarainen reunavyöhyke (engl.: *penumbra of doubt*), jolla useat erilaiset tulkinnat ovat mahdollisia.³⁷ Thomas Morawetzia mukaillen voi todeta, että itse oikeuden käsite – eli oikeus *radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä* – sijoittuu kokonaisuudessaan Hartin kaksijakoisen käsitesemantiikan vahvasti tulkinnanvaraiselle reunavyöhykkeelle.³⁸ Varsinaisesti oikeuden tulkintaan liittyvät kysymykset Hart sivuuttaa lyhytsanaisesti, koska kyse on hänen mukaansa vain sanotun semanttisen teorian soveltamisesta oikeudelliseen kontekstiin. Oikeussääntöjen vahvasti tulkinnanvaraisella reunavyöhykkeellä tuomarin harkintavalta rinnastuu Hartin mukaan lainsäätäjän verrattain vapaaseen harkintaan, jota vain voimassa olevan valtiosäännön sekä kansainvälisten sopimusvelvoitteiden sisältämät määräykset rajoittavat.³⁹

Oikeudellisen tulkintateorian ja etenkin oikeuden *yhteisöllisen* ulottuvuuden puuttuminen myös H.L.A. Hartin analyttisestä oikeusteoriasta ei ole jäänyt hänen kriitikoiltaan huomaamatta. Amerikkalainen luonnonoikeusfilosofi Lon L. Fuller piti Hartin semanttista tulkintakäsitystä riittämättömänä, sillä se ei ottanut huomioon oikeuden jo määritelmällisesti tavoitteellista ja yhteisöllistä luonnetta.⁴⁰ Samoin Ronald Dworkin on kritisoinut Hartin oikeusteoriaa oikeuden tulkinnallisen elementin sivuuttamisesta. Dworkinin mukaan tuomioistui-
met ja muut lainsoveltajat yhtä kaikki hyödyntävät vaikeissa ratkaisutilanteissa

³⁷ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 123–124.

³⁸ Morawetz, ”Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices”. – Morawetz käyttää oikeudesta termiä *deliberative practice*, jonka olen siis kääntänyt ilmaisulla oikeus *radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä*. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 25–32, 895.

³⁹ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 121–132, 200–201.

⁴⁰ Fuller, *The Morality of Law*, s. 224–227 *et seq.*, missä Fuller kritisoi paitsi Hartin myös Hans Kelsenin, John Austinin ja John Chipman Grayn käsitystä oikeuden tulkinnasta. ”These diverse ways of confronting a shared predicament suggest that there is something fundamentally wrong with the premises that serve to define the problem. I suggest that the difficulty arises because all of the writers whose views have just been summarized [i.e. Hart, Austin, Kelsen, Gray] start with the assumption that law must be regarded as *one-way projection of authority*, instead of being conceived as a *collaborative enterprise*. Fuller, mts. 227 (kursivoinnit lisätty).

eli Hartin oikeusteorian termein oikeussääntöjen tulkinnanvaraiselle semanttiselle reunavyöhykkeelle sijoittuvissa ratkaisutilanteissa myös oikeusperiaatteita ja vastaavia oikeudellisia ratkaisustandardeja, eikä tuomarin ratkaisuharkintansa vuoksi ole rinnastettavissa lainsäätäjän vapaaseen eli ainoastaan voimassa olevan perustuslain ja ylikansallisten ihmisoikeus- ja muiden sopimusten rajoittamaan ratkaisuharkintaan. Dworkinin mukaan näin tulee ollakin: institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja niihin perustuvat kansalaisten aidot oikeudet saavat ohjata tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa pulmallisiksi osoittautuneissa ratkaisutilanteissa, joissa muodollisin perustein velvoittavien oikeussääntöjen oikeudellinen ratkaisuarvo ei riitä ratkaisun normatiiviseksi perustaksi. Hart vastasi Dworkinin esittämään kritiikkiin *The Concept of Law* -teoksen postuumisti julkaistun toisen laitoksen jälkisanoina.⁴¹

Austinin tavoin puolalainen Jerzy Wróblewski rajasi yksittäiset tuomioistuinratkaisut oikeusjärjestelmän käsitteen ulkopuolelle *The Judicial Application of Law* -teoksessaan:⁴²

”Oikeusjärjestys koostuu riittävän yleisistä ja abstrakteista oikeussäännöistä. Se ei käsitä yksittäisiä lainsoveltamisratkaisuja, mukaan lukien yksittäiset tuomioistuinratkaisut.”

Kun yksittäiset tuomioistuinratkaisut rajataan näin oikeusjärjestelmän käsitteen ulkopuolelle, ei ole yllättävää, ettei Wróblewskin vahvasti analyttinen oikeusteoria käsitä lainkaan varsinaista oikeudellista tulkintateoriaa. Wróblewski tyytyi erottamaan toisistaan kolme tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnan ideologiaa: *sidotun*, *vapaan* sekä *lakisidonnaisen ja rationaalisen* päätöksentekoidelogian merkityksessä,⁴³ mutta varsinaista sisällöllistä tulkintateoriaa hänen keskeistutannostaan ei löydä.

7.2.2 Institutionaalinen oikeuspositivismi

Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalinen oikeuspositivismi* on jatkanut Kelsenin ja Hartin analyttisen oikeuspositivismin tutkimustraditiota. Se poikkeaa opillisesta edeltäjästään siinä, että se mieltää oikeuden yh-

⁴¹ Hart, *The Concept of Law* (1994), s. 238–276 ja etenkin s. 244–268. – Palaan keskusteluun inklusiivisen oikeuspositivismin yhteydessä.

⁴² ”The legal system is constituted by sufficiently general and abstract rules, but does not include individual law applying decisions and *inter alia* judicial decisions.” Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 296 (käännös allekirjoittaneen). – Wróblewski pohtii sanotussa tekstikohdassa tuomioistuinten luoman oikeuden (engl.: *judge-made law*) asemaa ja merkitystä suhteessa säädännäiseen oikeuteen (engl.: *statutory law*).

⁴³ Wróblewski, mts. 265–314; kootusti myös Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 3–6.

teiskunnallisena tosiasiana, joka on lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden oikeudellisesti toimivaltaisten viranomaisten *institutionaalisten puhetekojen* avulla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja ku-mottavissa.⁴⁴ Taustalla on lingvistisen filosofien kehittäjien Elizabeth Anscom-ben, John L. Austinin ja John Searlen kehittämä *konventionaalisten* eli *insti-tutionaalisten tosiasioiden* (engl.: *institutional facts*) sekä *institutionaalisten puhetekojen* (engl.: *speech-acts*) jäsentämä teoria kielestä ja maailmasta.⁴⁵

Sen mukaan yhteisöllinen todellisuus koostuu 'raakojen' eli materiaaalisten, empiirisesti havaittavissa olevien ilmiöiden tai tosiasioiden (engl.: *brute facts*)⁴⁶ ohella myös sääntösidonnaisista eli institutionaalisista faktoista (engl.: *institutional facts*), joissa empiirisen todellisuuden ilmiöt sekä niitä yhteisöllisesti tai oikeudellisesti kvalifioivat normatiiviset säännöt ovat erottamattomasti yhteen-kietoutuneina. MacCormickin ja Weinbergerin institutionaalinen oikeusposi-tivismi on sitoutunut sanotulla tavalla määriteltyn *realistiseen* ontologiaan. To-dellisuus on mahdollista määritellä myös toisin eli esimerkiksi ihmismielen tai (esimerkiksi durkheimilaisen tai marxilaisen) kollektiivitajunnan tietyllä hetkellä käsittämien havaintojen, oivallusten, muistikuvien ja ideoiden kokonaisuudeksi, jos idealistinen käsitys todellisuudesta on hyväksytty maailmankuvan perustaksi.

Erilaiset oikeudelliset ilmiöt, kuten Suomen voimassa oleva perustuslaki, yksityisoikeudellinen sopimus, testamentti, avioehto, omistusoikeus, valtiopäi-ville kokoontunut (Suomen) eduskunta sekä Euroopan unionin perustamissopi-muksen 234 artiklan mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisupyyntö, ovat sääntösidonnaisia eli institutionaalisia tosiasioita, joiden eksistenssi on määritelmällisesti sidoksissa sanottuja instituutioita sään-televiin oikeudellisiin konstituutiosääntöihin. Myös lainsäätäjät ja tuomioistui-met ovat oikeudellisten konstituutiosääntöjen määrittämiä ilmiöitä eli oikeudel-lisia instituutioita.⁴⁷ Ajatus sosiaalisen todellisuuden ilmiöiden käsitteellisistä sidoksista voimassa olevan oikeuden normeihin ei sinänsä ole uusi. Hans Kel-sen huomautti jo 1920-luvulla, että "valtio" on määritettävissä vain oikeussään-töjen avulla. Se on yhteisnimitys määrätyille valtiosääntö-, hallinto- ja vastaa-vien muiden oikeusnormien joukolle, eikä valtiolla ole itsenäistä eksistenssiä sanottujen oikeussääntöjen rajaaman normatiivisen sfäärin ulkopuolella.⁴⁸

⁴⁴ MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism, passim*; Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics*, etenkin s. 3–29, 148–185.

⁴⁵ Anscombe, "On Brute Facts"; sama, *Intention*; Austin, *How to Do Things with Words*; Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*.

⁴⁶ Näitä ovat esimerkiksi pöydät ja tuolit, joiden eksistenssi ei ole millään tavoin riippuvainen yhteisöllisten sääntöjen tai konventioiden olemassaolosta. – Yleisesti raaoista ja institutionaali-sista tosiasioista, Anscombe, "On Brute Facts", *passim*.

⁴⁷ Käytän termiä *institutionaaliset lainsoveltajat* viittaamaan tuomioistuihin ja muihin virkansa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltaviin viranomaisiin. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 886.

⁴⁸ Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, passim*.

MacCormickin ja Weinbergerin mukaan *oikeudellinen instituutio* on kolmenlaisten sääntöjen kokonaisuus:⁴⁹ *institutiiviset* eli instituution perustamis- eli voimaansaattamissäännöt (engl.: *institutive rules*) määrittävät oikeudellisen instituution syntyä, *konsekventialistiset* eli instituution käsittämiä oikeusseuraamuksia koskevat säännöt (engl.: *consequential rules*) määrittävät sen oikeusvaikutuksia sekä *kumoavat* eli instituution lakkauttamista koskevat säännöt (engl.: *terminative rules*) määrittävät sen voimassaolon päättymistä.

Itse määrittelen oikeudellisen instituution jonkin verran laajemmin kaikkiaan viidenlaisten sääntöjen tai sääntöryvästen kokonaisuutena: (1) oikeuden *konstituutiosäännöt* oikeusnormien synty-, transformaatio-, täytäntöönpano- ja derogaatiosääntöjen merkityksessä, joista oikeuden synty- ja derogaatiosäännöt vastaavat MacCormickin vastaavia sääntöjä (engl.: *institutive rules & terminative rules*), (2) oikeuden *tunnistamissääntö*, jonka avulla oikeus on tieto-opillisesti identifioitavissa ja erottavissa 'ei-oikeudesta', vastaten Hartin oikeuden tunnistamissääntöä (engl.: *rule of recognition*), (3) oikeudelliset *argumentaatio-säännöt* oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi, (4) oikeudelliset *artikulaatio-säännöt* eli oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden kielellistä käsitteellistämistä sääntelevät loogisen syntaksin eli 'loogisen kieliopin' säännöt, sekä (5) ensiasteen oikeudelliset *velvoitesäännöt*, jotka määrittävät oikeussäännön oikeusvaikutukset, vastaten näin MacCormickin jaottelun *konsekventialistisia* sääntöjä (engl.: *consequential rules*).

Oikeudelliset tulkintakysymykset eivät ole olleet myöskään institutionaalisen oikeuspositivismin tutkimuksellisen tiedonintressin kohteena, vaan tutkimus on keskittynyt oikeuden synty-, muuttamis-, täytäntöönpano- ja kumoamiseksi yhtäältä lainsäätäjän ja toisaalta tuomioistuimen ja muiden viranomaisten *institutionaalisten puhetekojen* avulla. Oikeuspositivismin teoreettisten premissien vallitessa oikeudellista tulkintaa on merkittävästi jäsentänyt etenkin *eksegeettinen koulukunta* (ransk.: *École de l'Exégèse*). Sen varsinainen valtakausi ajoittui 1800-luvulle mutta sen tulkintaopillista vaikutusta on yhä nähtävissä siinä, miten virallinen lainvalmisteluaineisto saa merkitystä säädännäisen oikeuden tulkinnassa, sekä periaatteessa myös siinä, miten prejudikaatin tueksi esitetyt perustelut saavat merkitystä prejudikaattituomioistuimen alkuperäisiä tavoitteita myöhemmin rekonstruoidessa.

7.2.3 Eksklusiivinen ja inklusiivinen oikeuspositivismi

Viimeaikaisessa oikeusteoriakirjallisuudessa (analyyttistä) oikeuspositivismia ja sen määritelmällistä suhdetta luonnonoikeusfilosofiaan on analysoitu käsite-

⁴⁹ MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, s. 52–53. – Oikeustieteen tieteenkuvasta epistemologisten, loogis-lingvististen, ontologisten ja metodologisten sitoumusten kokonaisuutena, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 387–460.

parin *eksklusiivinen* ja *inklusiivinen* oikeuspositivismi avulla.⁵⁰ Ratkaisevaa on tällöin se, miten oikeuden käsite on määritelty suhteessa vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin normeihin.⁵¹

Eksklusiivinen oikeuspositivismi määrittelee oikeudellisen validiteetin eli pätevyyden yksinomaan *konventionaalisten* eli oikeusnormin muodolliseen syntytapaan viittaavien perusteiden avulla. Kelsenin puhdas oikeusoppi perustelee teorian oikeustieteestä, jonka legitiimi tutkimuskohde, voimassa oleva oikeus sekä transsendentaalis-looginen perusnormi oikeuden muodollisen velvoittavuuden takeena, oli huolellisesti 'puhdistettu' kaikesta 'ei-oikeudellisesta' aineksesta, joten vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin normeilla ei voinut olla merkitystä yksittäisen oikeusnormin systeemistä pätevyyttä arvioitaessa. Voimassa olevan oikeuden sisältö on suvereenin lainsäätäjän ja asianmukaisesti voimaan saatetun yleisen lainsäädännön asettamissa rajoissa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tahdonvaltaisesti päätettävissä ilman, että mitkään oikeuden ulkoiset kriteerit asettaisivat niiden oikeudelliselle toimivallalle minkäänlaisia sisällöllisiä rajoituksia.⁵²

Eksklusiivinen oikeuspositivismi toteuttaa näin varhaisen John Austinin metodiohjelmaa, jonka mukaan oikeuden muodollinen voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys tulee tarkoin erottaa toisistaan.⁵³ Samoin päätteli myös varhainen amerikkalainen oikeusrealisti John Chipman Gray, joka tietoisesti seurasi John Austinin metodiohjelmaa *The Nature and Sources of the Law* -teoksessaan.⁵⁴

"Suuri läpimurto oikeuden perusteita koskevissa käsityksissä, jonka yleinen oikeusteoria sai viime vuosisadalla [so. 1800-luvulla] aikaan, oli sen tosiseikan tunnustaminen, ettei valtiollinen tai jonkin muun yhteisön oikeus ole mikään ideaali vaan jotain, joka on aidosti olemassa. Oikeutta ei ole se, mikä vastaa uskonnon, luonnon tai moraalin vaatimuksia. Se ei ole jotain, minkä pitäisi olla, vaan jotain, mikä on."

⁵⁰ Englanniksi: *exclusive legal positivism* (eli *strong legal positivism*) ja *inclusive legal positivism* (eli *soft t. incorporatist legal positivism*).

⁵¹ Kokoavasti eksklusiivisesta ja inklusiivisesta oikeuspositivismista, Marmor, "Exclusive Legal Positivism"; Himma, "Inclusive Legal Positivism". – Himma lukee eksklusiivisen oikeuspositivismin edustajiksi Joseph Razin, Scott Shapiron ja Andrei Marmorin sekä inklusiivisen oikeuspositivismin edustajiksi H.L.A. Hartin, Jules Colemanin, W. J. Waluchowin ja Matthew Kramerin. Myös Hans Kelsenin puhdas oikeusoppi edustaa eksklusiivista oikeuspositivismia tyypillisimmillään.

⁵² Kelsen, *General Theory of Law and State*, s. 113; sama, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 201.

⁵³ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157. Vrt. Hart, "Positivism and the Separation of Law from Morals"; Fuller, "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart".

⁵⁴ "The great gain in its fundamental conceptions which Jurisprudence made during the last century [i.e. 19th century] was the recognition of the truth that the Law of a State or other organized body is not an ideal, but something which actually exists. It is not that which is in accordance with religion, or nature, or morality; it is not that which ought to be, but that which is." Gray, *The Nature and Sources of the Law*, s. 94 (käännös allekirjoittaneen). – Vrt. myös Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 203 ("the great battle-cries of legal positivism"), jonka alaviitteen sivuviittaus John Ch. Grayn *The Nature and Sources of the Law* -teokseen on kuitenkin virheellinen.

Ronald Dworkin on käyttänyt eksklusiivisten oikeuspositivistien hyödyntämistä oikeuden muodollisista voimassaolokriteereistä kriittiseen sävyyn termiä *the test of pedigree*, viitaten oikeussäännön muodollisen syntyperän osoittavaan 'kantakirjaan' tai 'sukupuuhun',⁵⁵ joka määritelmällisesti sulkee institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat muut arvosidonnaiset oikeudelliset ratkaisustandardit oikeuden tunnistamissäännön ja samalla voimassa olevan oikeuden sfäärin ulkopuolelle.

Inklusiivinen oikeuspositivismi hyväksyy käsityksen, jonka mukaan oikeuden tunnistamissäännön käsittämät validiteettikriteerit voivat sisältää viittauksen myös arvoperustaisiin eli sisällöllisiin näkökohtiin, ja tältä osin oikeuden tunnistamiseksi on lupa turvautua aidosti moraaliperustaisiin kriteereihin. Inklusiivinen oikeuspositivismi eroaa luonnonoikeusfilosofiasta siinä, että yhteys oikeuden ja moraalien välillä on vain mahdollinen, ei välttämätön osa oikeuden käsitettä, niin kuin luonnonoikeusfilosofia asian mieltää. Himma käyttää H.L.A. Hartin *The Concept of Law* -teoksen oikeusteoriaa esimerkkinä inklusiivisesta oikeuspositivismista.⁵⁶

Toisin kuin Ronald Dworkin analyttisen oikeuspositivismin ja etenkin Hartin oikeusteorian kritiikissään katsoi, Hartin oikeusteorian edellyttämä oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö voi Hartin omien sanojen mukaan käsittää viittauksen myös joihinkin sisällöllisiin kriteereihin, mikä vastaa inklusiivisen oikeuspositivismin keskeisideoita. Hart toteaa *The Concept of Law* -teoksen "Laws and Morals" -luvun kokoavissa päätelmissä:⁵⁷

"Eräissä oikeusjärjestyksissä, kuten Yhdysvalloissa, oikeudellisen validiteetin viimekätiset arviointikriteerit käsittävät joukon selväsanaisesti määriteltyjä yhteiskunnallisia oikeudenmukaisuusperiaatteita tai sisällöllisiä arvoperusteita. Eräissä toisissa oikeusjärjestyksissä, kuten Englannissa, missä ylimmän lainsäätäjän oikeudelliselle toimivallalle ei ole asetettu mitään muodollisia rajoituksia, voimassa oleva lainsäädäntö saattaa yhtä kaikki toteuttaa varsin tarkoin määrättyjä yhteiskunnallisia oikeudenmukaisuus- tai arvoperustaisia näkökohtia."

Hart myös toteaa yleisesti oikeuspositivismista suhteessa luonnonoikeusfilosofiaan:⁵⁸

⁵⁵ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40.

⁵⁶ Himma, "Inclusive Legal Positivism", s. 125, 139, 141–143.

⁵⁷ "In some systems, as in the United States, the ultimate criteria of legal validity explicitly incorporate principles of justice or substantive moral values; in other systems, as in England, where there are no formal restrictions on the competence of the supreme legislature, its legislation may yet no less scrupulously conform to justice or morality." Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 199 (käännös allekirjoittaneen).

⁵⁸ "Here we shall take Legal Positivism to mean the simple contention that it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so." Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 180–181 (kursivointi lisätty).

”Tarkoitan tässä oikeuspositivismilla yksinkertaisesti kantaa, jonka mukaan ei ole mitenkään *välttämätön* tosiasia, että voimassa olevat lait täyttävät tietynlaiset moraaliperustaiset arviointikriteerit, vaikka ne ovat usein tosiasiallisesti senkaltaiset kriteerit toteuttaneet.”

Tämä vastaa selväsanaisesti inklusiivisen oikeuspositivismin oikeuskäsitystä. Vastauksena Dworkinille Hart toteaa *The Concept of Law* -teoksen postuumisti julkaistuissa jälkisanoinaissa:⁵⁹

”Tämä [Dworkinin kritiikki] on kahdessakin merkityksessä virheellinen. Ensinnäkin se sivuuttaa sen selväsanaisesti hyväksymäni tosiseikan, että oikeuden tunnistamissääntö voi oikeudellisen validiteetin ehtona käsittää joukon kriteereitä, joilta edellytetään yhdenmukaisuutta moraaliperiaatteiden tai sisällöllisten arvonäkökohtien kanssa. Teoriani toteuttaa näin [moraalin suuntaan] ’pehmeärajaista’ eli inklusiivista positivismia, ei Dworkinin tarkoittamaa koviin yhteiskunnallisiin faktoihin perustuvaa eli eksklusiivista positivismia. Toiseksi, mikään kirjassani [*The Concept of Law*] ei viittaa siihen, että oikeuden tunnistamissäännön käsittämien yhteiskunnallisiin faktoihin kiinnittyvien oikeudellista validiteettia määrittävien kriteerien täytyisi kiinnittyä yksinomaan tarkasteltavana olevan oikeusnormin muodolliseen syntytapaan. Tunnistamissääntö saattaa hyvinkin asettaa lainsäädännölle sisällöllisiä rajoituksia, kuten on asia Yhdysvaltain perustuslain 16. tai 19. lisäyksessä koskien uskontokunnan perustamista tai äänioikeuden rajoittamista.”

Vaikka Hartin oikeusteoria lukeutuu kiistatta inklusiivisen oikeuspositivismin alaisuuteen, tätä oikeuden ja moraalin keskinäistä sidosta ei juurikaan hyödynnetä Hartin *The Concept of Law* -teoksen ensimmäisessä, vuoden 1961 laitoksessa. Teoksen ”Laws and Morals” -luvun pohdintoja lukuun ottamatta oikeuden tunnistamissääntöä tarkastellaan yksinomaan formaalien, oikeuden muodolliseen syntytapaan liittyvien kriteerien valossa. Hartin oma esimerkki Englannin voimassa olevan oikeuden tunnistamissäännöstä on ns. *Queen rule* -sääntö: ”what the Queen in Parliament enacts is law”,⁶⁰ eikä Hart syvennä keskustelua oikeuden ja moraalin keskinäisestä suhteesta esimerkiksi Yhdysvaltain oikeuden tunnistamissäännön edellyttämien vahvemmin sisällöllisten

⁵⁹ ”This [i.e. Dworkin’s criticism] is doubly mistaken. First, it ignores my explicit acknowledgement that the rule of recognition may incorporate as criteria of legal validity conformity with moral principles or substantive values; so my doctrine is what has been called ‘soft positivism’ and not as in Dworkin’s version of it ‘plain-fact positivism’. Secondly, there is nothing in my book [i.e. *The Concept of Law*] to suggest that the plain-fact criteria provided by the rule of recognition must be solely matters of pedigree; they may instead be substantive constraints on the content of legislation such as the Sixteenth or Nineteenth Amendment to the United States Constitution respecting the establishment of religion or abridgements of the right to vote.” Hart, *The Concept of Law* (1994), s. 250 (käännös allekirjoittaneen).

⁶⁰ Hart, *The Concept of Law* (1961), esim. s. 99, 104, 108, 113, 117, 142, 145.

kriteerien suuntaan, vaikka hänen tavoitteenaan olikin perustella *The Concept of Law* -teoksessa yleinen teoria oikeudesta, jota ei ole rajattu johonkin määrättyyn oikeusjärjestykseen.

Hart viittaa modernin oikeuden tunnistamissäännön yhteydessä kirjoitettuun valtiosääntöön, muuhun lainsäädäntöön sekä prejudikaatteihin.⁶¹ Täysimääräisesti aukikirjoitettuna oikeuden tunnistamissääntö käsittää viittauksen kaikkien niiden *institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden* kokonaisuuteen – kuten Suomen oikeusjärjestyksessä voimassa olevaan perustuslakiin, parlamentaariseen lainsäädäntöön ja alemman asteisiin säädöksiin, prejudikaatteihin, muuhun vakiintuneeseen tuomioistuintkäytäntöön ja muihin oikeudenkäyttöä yhtenäistäviin viranomaispäätöksiin, viralliseen lainvalmisteluaineistoon, tavanomaiseen oikeuteen, pätevällä tavalla laadittuihin yksityisoikeudellisiin sopimuksiin, yksityisten välimiesoikeuksien ratkaisuihin ja niiden perusteluista ilmeneviin yleisiin oikeusohjeisiin, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmeneviin yleisiin oikeusohjeisiin sekä riittävän yhtenäiseen ja vakiintuneeseen yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön – joilla vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian mukaan on tai ainakin saattaa olla (eriateista) oikeudellista *ratkaisuarvoa* eli tuomarın tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriateisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus.⁶²

Muissakaan keskeiskirjoituksissaan Hart ei ole erityisesti korostanut oikeusajattelunsa liittymäiä inklusiivisen oikeuspositivismin keskeisteseihin. Esimerkiksi jyrkkäsanaaisessa väittelyssään amerikkalaisen luonnonoikeusajattelijan Lon L. Fullerin kanssa Hart tyytyi toteamaan, ettei tosin ole mitään *loogista* estettä sille, etteikö oikeuden tunnistamissääntö voisi käsittää myös määrättyjä moraaliperustaisia kriteerejä, joiden noudattamatta jättäminen johtaisi oikeudelliseen pätemättömyyteen. Hän kuitenkin jatkaa huomauttaen, etteivät valtiosäännöt tavallisesti ’etsi ikävyöksiä’ avointen soveltamiseksihtojen muodossa.⁶³

Tulkintaopillisesti eksklusiivinen oikeuspositivismi ei muuta sitä, mitä edellä Austinin, Kelsenin tai Hartin oikeudellisen tulkintaopin yhteydessä jo edellä todettiin. Kelsen toteaa, että tuomarın tai muun viranomaisen oikeudellinen tulkinta on *authenttista* eli oikeutta luovaa ratkaisunormin asettamisen merkityksessä, kun taas lainopin tutkijan yhtä hyvin kuin kenen tahansa muun kuin institutionaalisen lainsoveltajan toteuttama laintulkinta on *epäauthenttista* eikä toisin sanoen kykene asettamaan velvoittavaa oikeusnormia.⁶⁴ Tietoisuus tul-

⁶¹ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 98.

⁶² Suomalaisen tuomarın 2000-luvun institutionaalisesta oikeuslähteopista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 247–311.

⁶³ ”Constitutions do not invite trouble by taking this form [i.e. resulting in a lapse of legal validity in case of conflict with principles of morality and justice]” Hart, ”Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 361.

⁶⁴ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 350–354. – ”Die Interpretation durch das rechtsanwendende Organ ist stets authentisch. Sie schafft Recht. (...) Von der Interpretation durch ein rechtsanwendendes Organ unterscheidet sich jede andere Interpretation dadurch, daß sie nicht authentisch ist, das heißt: daß sie kein Recht schafft.” Kelsen, mts. 351, 352.

kinnan autenttisuudesta ei kuitenkaan kerro oikeuden soveltajalle mitään siitä, *miten* voimassa olevan oikeuden sääntöjä tulisi tulkinta. Kelsen ei myöskään salli oikeustieteelle minkäänlaisten tulkinnallisten suositusten tai preferenssien perustelemista voimassa olevan oikeuden tulkinnasta.⁶⁵

Sama tulkintaopillisten ohjeiden niukkuus pätee Hartin inklusiivisen oikeuspositivismin käsittämään lingvistic-semanttiseen tulkintaoppiin, joka vaikeassa eli Hartin termin oikeussäännön tulkinnanvaraiselle reunavyöhykkeelle sijoituvassa tulkintatilanteessa rinnastaa tuomarin oikeudellisen ratkaisuharkinnan lainsäätäjän suhteellisen vapaaseen eli vain voimassa olevan valtiosäännön sekä ylikansallisten ihmisoikeussopimusten ja vastaavien sitoumusten rajoittamaan päätöksentekoon. Inklusiivisen oikeuspositivismin mukainen kanta oikeuden tunnistamissäännön ja erilaisten moraalinormien keskinäiseen suhteeseen ei saanut vaikuttaa olennaisesti Hartin käsitykseen oikeudellisesta tulkinnasta. Johdonmukaisesti sovellettuna inklusiivinen oikeuspositivismi avaa rajoitetusti oikeuden tulkintaa vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin sisältämille käsityksille, joiden avulla luonnonoikeusfilosofia on perinteisesti jäsentänyt oikeutta ja sen tulkintaa. Jos lainsäätäjä on selväsanaisesti hyväksynyt esimerkiksi yhteisöllisen kohtuullisuuden sopimusten ja muiden yksityisoikeudellisten oikeustoimien velvoittavuuden edellytykseksi tai jos lainsäätäjä on asettanut perus- ja ihmisoikeuksien kunnioittamisen oikeuden soveltamisen normatiiviseksi mittapuuksi, ei sanotunlaisia oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyviä kriteereitä ole lupa sivuuttaa päteviä oikeusnormeja tunnistettaessa tai tulkittaessa.

Yhteistä oikeuspositivismin eri muunnelmille eli yhtä hyvin analyyttiselle, institutionaaliselle, eksklusiiviselle kuin inklusiiviselle oikeuspositivismille on oikeuden ja oikeudellisen tulkinnan palauttaminen viime kädessä lainsäätäjän määrämuodossa ilmoittamaan tahtoon, jonka merkitystä oikeudellisessa tulkinnassa etenkin Ranskan ja Belgian *eksegeettinen koulu* on korostanut. Filosofisessa katsannossa on kuitenkin pulmallista, mitä lainsäätäjän *kollektiivinen intentionaalisuus* oikein on.

7.3 INTENTIONAALISUUS JA KOLLEKTIIVITOIMIJAT

Oikeudellinen korrespondenssi-, koherenssi-, konsensus- ja konsekventialistinen tulkintateoria toteuttavat kukin *filosofisesti* perustelua käsitystä oikeudellisen tulkinnan arviointikriteereistä. Oikeudellinen *korrespondenssiteoria* kiinnittää siis tulkinnan oikeussäännössä määritellyn ja maailmassa tosiasiallisesti toteutuneen asiantilan keskinäiseen vastaavuuteen realistisen totuus- ja todelli-

⁶⁵ ”Rechtswissenschaftliche Interpretation kann nichts anderes als die möglichen Bedeutungen einer Rechtsnorm herausstellen.” Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 353.

suuskäsityksen mukaisesti. Oikeudellisen *koherenssiteorian* käsitys oikeudellista tulkinnasta kiinnittyy institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäiseen yhteensopivuuteen eli koherenssiin. Tulkinnan yhteisöllistä hyväksyntää painottava *konsensusteoria* ja oikeudellinen uusretoriikka asettavat painon oikeudellisen tulkintalauseen tarkoitetun, ideaalisesti määritellyn kohdeauditorion eli universaaliauditorion tai vastaavan yhteisöllisen tulkintareferenssin hyväksynnälle aristotelisen uusretoriikan mukaisesti. Yhteiskunnallinen *konsekventialismi* kiinnittää oikeuden tulkinnan sen ennakoitavissa oleviin taloudellisiin, sosiaalisiin ja muihin yhteiskunnallisiin ulkoisvaikutuksiin pragmatistisen katsantokannan mukaisesti. Yhteistä kaikille neljälle on 'filosofisen' tulkintakriteerin hyödyntäminen: oikeudellinen tulkintalause tulee suhteuttaa vakioituun tulkinnalliseen referenssiin maailmassa toteutuneiden asiantilojen, institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäisen koherenssin, universaaliauditorion hyväksynnän tai oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten merkityksessä.

Historiallis-eksegeettinen lähestymistapa arvioi oikeudellista tulkintalausesta suhteessa lainsäätäjän, prejudikaattituomioistuimen tai muun institutionaalisen norminasettajan alkuperäisiin tavoitteisiin tai tarkoituksiin, jotka normin myöhemmän soveltajan on määrä rekonstruoida joko virallisesta lainvalmisteluaineistosta, jos kyse on parlamentin valtiosäännön tarkoittamalla tavalla säättämästä laista, tai ratkaisun aineellisesta lopputuloksesta ja sen tueksi esitetyistä perusteluista, jos kyse on yksittäisestä prejudikaatista tai muusta tuomioistuim- tai viranomaisratkaisusta. Oikeudellinen eksegeesi tukeutuu näin *institutionaaliseen* tulkintamalliin, jonka liittymät filosofian perinteisiin totuuskäsityksiin ovat korrespondenssi-, koherenssi-, konsensusteoriaa tai pragmatistista lähestymistapaa ohuimmat. Filosofisen totuuskäsityksen sijaan oikeudellisen eksegeesin taustalla voi nähdä liittymän *uskonnolliseen* tulkintatraditioon, missä Raamatun ja mahdollisesti muiden pyhien kirjoitusten, kuten kirkkoisien kirjoitusten tai kirkolliskokousten tekemien päätösten, tulkinta kiinnitettiin kaikkivaltiaan Luojaan joko selväsanaisesti ilmoittamaan tai vähintäänkin kyseisistä kirjoituksista pääteltävissä olevaan tahtoon. Oikeudellisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa kaikkivaltiaan Luojaan tilalla on nyt alueellisesti ja asiallisesti *suvereeni lainsäätäjä* tai oikeudellisesti toimivaltainen *prejudikaattituomioistuin*, jonka institutionaaliseen tahdonmuodostukseen tulkinta kohdentuu.⁶⁶

Lainsäätäjä on itse asiassa monikollinen käsite, koska esimerkiksi Suomen voimassa oleva oikeusjärjestys tuntee monilukuisen joukon hierarkkisesti eritasoisia instituutioita, jotka ovat valtiopäiville kokoontuneen Suomen eduskun-

⁶⁶ Kokoavasti lainsäätäjän tahdon käsitteestä, Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 243–245.

nan tavoin kelpoisia yleisten oikeusnormien asettamiseen. Eurooppaoikeudellisen oikeusnormiston osalta lainsäädäntövaltaa käyttävät Euroopan unionin parlamentti, neuvosto ja komissio sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuin siltä osin kuin sen antamalla ratkaisuilla on yleistä prejudikaattiarvoa eli sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus myöhempien tuomioistuinten tai muiden viranomaisten oikeudelliseen ratkaisuharkintaan. Kansallista lainsäädäntövaltaa käyttävät Suomen valtiopäiville kokoontunut eduskunta, asetuksia antava tasavallan presidentti, valtioneuvosto ja yksittäiset ministeriöt sekä yksittäisiä lainsoveltamispäätöksiä tekevät erilaiset hallinnolliset toimielimet aina kunnallisen tason viranomaisiin asti. Tuomioistuimia ja muita yksittäisiä lainsoveltamisratkaisuja antavia viranomaisia ei ole tapana lukea *lainsäätjä*-käsitteen alle silloinkaan, kun niiden antamalla ratkaisuilla voi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen tavoin olla yleistä sovellettavuutta eli prejudikaatiooikeudellista vaikutusta myös muiden vastaavien oikeudellisten kysymysten arvioimiseen.

Yksittäistapauksellisesta lainsoveltamisesta vastaavat paitsi varsinaiset tuomioistuimet myös muut voimassa olevaa oikeutta virkavastuulla ja virkansa puolesta soveltavat viranomaiset eli erilaiset *institutionaaliset lainsoveltajat*. Varsinaisten prejudikaattien eli ennakkoratkaisujen tavoin niiden tekemillä päätöksillä saattaa olla vaikutusta myös tulevaan oikeudenkäyttöön. Esimerkiksi yleisten laillisuusvalvojien eli eduskunnan oikeusasiamiehen ja valtioneuvoston oikeuskanslerin tekemillä ratkaisuilla on tavallisesti myös vastaista viranomaistoimintaa ohjaava tavoite. Aiemmin myös apulaisoikeusasiamiehenä toiminut apulaisoikeuskansleri Jaakko Jonkka totesi Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa johtamassani tutkijaseminaarissa lokakuussa 2001, miten laillisuusvalvojien antamat ratkaisut esille tulleisiin oikeuskysymyksiin ovat varsin usein ”eteenpäin katsovia”, vaikka niissä muodollisesti otetaankin kantaa jo tapahtuneeseen oikeudenloukkaukseen. Arvioitaessa ratkaisujen oikeuslähdeopillista ennakkoratkaisuarvoa Jonkka korosti emeritusprofessori Aulis Aarnion ja korkeimman hallinto-oikeuden presidentin Pekka Hallbergin tavoin tehtyjen ratkaisujen tueksi esitettyjen perustelujen merkitystä oikeudellisena ohjailuvälineenä.

Tavoitteellisen, päämäärähakuisen eli *intentionaalisen* inhimillisen toiminnan teoriaa ovat modernissa filosofisessa kirjallisuudessa kehittäneet muun muassa Georg Henrik von Wright, Peter Winch ja Elizabeth Anscombe,⁶⁷ jotka kuuluvat Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian innoittaman analyttisen ja lingvistisen filosofian eli *analyttisen hermeneutiikan* tutkimustraditioon. To-

⁶⁷ von Wright, *Norm and Action. A Logical Inquiry*; sama, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, s. 37 et seq.; sama, *The Logic of Preference*; sama, *Explanation and Understanding*; Anscombe, *Intention*; sama, ”On Brute Facts”; Winch, *The Idea of A Social Science and its Relation to Philosophy*.

sin jo Aristoteles pohti antiikin Kreikassa *praktisen syllogismin* ongelmaa, johon sanotunlainen inhimillisen toiminnan tavoitteellisuus on sisäänrakennettuna. Parlamentaarisen lainsäätäjän ja tuomioistuinten lisäksi oikeudellinen ja yhteiskunnallinen todellisuus käsittää lukumääräisesti suuren joukon muitakin kollektiivitoimijoita. Näitä ovat esimerkiksi erilaiset oikeudellisesti jäsentyneet institutionaaliset tosiasiat, kuten yhdistykset, osakeyhtiöt, osuuskunnat, kuolinpesät ja muut monijäseniset oikeushenkilöt, joiden puolesta käyttävät toimivaltaa hallintoneuvoston, hallituksen ja yhtiö- tai jäsenistökokousten kaltaiset toimielimet.

Filosofiset teoriat erilaisten kollektiivisten toimijoiden kuten lainsäätäjän, monijäsenisen tuomarikollegion tai osakeyhtiön hallituksen intentionaalisesta tahdonmuodostuksesta eivät ole olleet kovin kehittyneitä.⁶⁸ Erilaiset *psykologiset* teoriat yksittäistä oikeusjuttua ratkaisevan tuomarin tai monijäsenisen tuomarikollegion päätöksentekoheuristiikasta samoin kuin erilaiset sosiologiset teoriat lainsäädäntöprosessin yleisistä yhteiskunnallisista tai poliittisista sidonnaisuuksista eivät vastaa filosofiseen kysymykseen siitä, mitä lainsäätäjän, tuomioistuimen tai osakeyhtiön kollektiivinen intentionaalisuus oikein on. *Juridinen* teoria oikeushenkilöistä ja niiden oikeudellisesta kelpoisuudesta perustelee oikeudellisesti ja institutionaalisesti merkityksellisen näkökulman aiheeseen. Oikeudellisessa katsannossa yhdistyksen, osakeyhtiön tai osuuskunnan kaltaisen oikeushenkilön kollektiivinen päätöksentekomenettely on sidoksissa voimassa olevan oikeuden käsittämiin kompetenssi- eli toimivaltanormeihin, jotka määrittelevät sen, miten ja minkä organin toimesta sen sääntömääräinen päätöksentekomenettely on oikeudellisesti pätevällä tavalla toteutettavissa. H.L.A. Hartin oikeusteorian termein kyse on toisen asteen kelpoisuusnormeista, joiden tarkoittamalla tavalla ensiasteen velvoitenormit ovat luotavissa, muutettavissa ja kumottavissa.

Juridinen teoria oikeushenkilöiden oikeudellisesta päätöksentekomenettelystä ei kuitenkaan vastaa kysymykseen institutionaalisten kollektiivitoimijoiden tahdonmuodostuksen *filosofisista* perusteista. Vaikka lainopillisessa oikeuskirjallisuudessa puhutaan tavallisesti ”lainsäätäjistä” ja ”tuomioistuimista” ikään kuin kyse olisi riidattomaan tahdonmuodostukseen kykenevistä yksilötoimijoista, filosofian näkökulmasta arvioiden asia on kaukana yksiselitteisestä. John L. Austinin ja John Searlen kielifilosofian keskeisidea *institutionaalisista puhe-teoista*, joiden avulla yhteisöllinen tai oikeudellinen todellisuus on oikeudellisen konstruktionismin tarkoittamalla tavalla konstituoitavissa eli luotavissa, sisällöllisesti muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa, samoin kuin sen taustalla vaikuttava teoria sääntösidonnaisista eli *institutionaalisista tosiasioista*, perustelevat toimivan yhteyden analyttisen kieli-

⁶⁸ Vrt. kuitenkin Tuomela, *Joint Social Action*; sama, *A Theory of Social Action*.

filosofian, modernin yhteiskuntateorian ja vallitsevan juridisen tietomuodon välille. Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustama *institutionaalinen oikeuspositivismi* on merkittävästi kehittänyt institutionaalisten puhetekojen teoriaa edelleen oikeudellisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa.

7.4 RANSKAN JA BELGIAN EKSEGEETTINEN KOULU

Ranskassa ja Belgiassa 1800-luvulla vaikuttanut *eksegeettinen koulu* (ransk.: *École de l'Exégèse*) on epäilemättä tunnetuin oikeuspositivistisista pyrkimyksistä oikeudellisen lähdeaineiston rajaamiseen tai sulkemiseen. Eksegeettisen koulun mukaan lainsäädäntö oli ensisijainen, jollei suorastaan yksinomainen oikeuslähde, jota tuomarin tai muun viranomaisen oli lupa hyödyntää ratkaisua tehdessään.⁶⁹ Oikeus oli yhtä kuin suvereenin lainsäätäjän tahdonilmaus. Si-toessaan oikeuden tulkinnan mahdollisimman tiukasti varsinaiseen lakitekstiin sekä lainsäätäjän tahtoa ilmentävään viralliseen lainvalmisteluaineistoon (ransk.: *travaux préparatoires*) eksegeettinen koulu rajasi paitsi prejudikaattiperustaisen oikeuden myös tavanomaisen oikeuden, institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit sekä muut mahdolliset yhteisölliset oikeuslähteet tai tulkinta- ja ratkaisuperusteet tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan luvallisesti vaikuttavien tekijöiden ulkopuolelle.

Eksegeettisen koulun valtakausi ajoittui vuosiin 1830–1880. Vuodet 1804–1830 olivat sen varhaisvaihetta ja vuodet 1880–1900 hajaannuksen aikaa.⁷⁰

Vaikka eksegeettisen koulun edustajat sitoutuivat myös ylipositiivisen luonnonoikeuden keskeisideoihin, luonnonoikeuden periaatteita pidettiin liian epämääräisinä, jotta ne olisivat kyenneet riittävällä tavalla ohjaamaan tuomarin ratkaisuharkintaa. Sen sijaan katsottiin, että luonnonoikeuden keskeiset periaatteet olivat saaneet riidattoman ilmiasun kirjoitetussa laissa. Säädetty laki oli jälleen ”kirjoitettua l. kirjalliseen muotoon saatettua järkeä” (lat.: *ratio scripta*), jollaise-na keskiajan oikeusoppineet, glossaattorit ja kommentaattorit, olivat mieltäneet roomalaisen oikeuden tekstien koonnoksen, *Corpus Iuris Civiliksen*.⁷¹ Bouckaert

⁶⁹ Bouckaert, ”Exegetical School”, s. 276–278. – ”The theory of legal sources of the exegetical school was dominated by the conviction that the written law was by far the most important source of the law. (...) The written law was also regarded as the nearly exclusive source of the law.” Bouckaert, mts. 277.

⁷⁰ Bouckaert, mts. 277.

⁷¹ Bouckaert, mts. 277: ”All authors of the exegetical school expressed their faith in a suprapositive natural law, to which the legislator owed full respect. The philosophical origin of their natural law views varied greatly: some were of a Christian thomistic inspiration, others were lockean, still others were hegelian. Their allegiance to natural law, however, did not alter their uncondi-

huomauttaa, että eksegeettinen koulu toimi näin välittävänä linkkinä Ranskan vallankumousvuosien rationalistisen luonnonoikeusajattelun ja 1900-luvun varsinaisen oikeuspositivismin välillä.⁷²

Lainsäädäntökeskeistä oikeuspositivismia toteuttaneen eksegeettisen koulun rinnakkaisilmiöinä olivat John Austinin 1830-luvulla alulle panema Englannin *analyttinen koulu* (engl.: *analytical jurisprudence*), josta analyttisen oikeuspositivismin voi katsoa saaneen alkunsa, sekä Saksan historiallisesta koulusta vähitellen 1800-luvun jälkipuoliskolla kehkeytynyt *käsitelainoppi* (saks.: *Begriffsjurisprudenz*), jonka kirjoituksissa oikeuden peruskäsitteet ja niiden keskinäinen järjestelmä saivat avainroolin. Käsitelainopin vaikutus tuntui Suomen lainopissa aina 1950- ja osin 1960-luvulle asti, jolloin Simo Zittingin edustama analyttinen lähestymistapa lopulta onnistui sen syrjäyttämään.⁷³

Eksegeettisen koulun läpimurron edellytyksenä oli kansallisten lakikodifikaatioiden synty 1700- ja 1800-lukujen taitteessa. Ranskan vuoden 1804 siviililakikirja (*Code civil* eli *Code Napoleon*) on kansallisista lakikoonnoksista epäilemättä tunnetuin. Kodifikaatioaste huipentui yhdistyneen Saksan siviililakikirjaan *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) vuonna 1900, mitä kehitystä Friedrich Carl von Savignyn edustama historiallinen koulu oli jyrkästi vastustanut, sillä lainsäätäjän 'mielivaltainen' kansalaisten keskinäisiin suhteisiin puuttuminen oli sen mielestä vastoin oikeuden *orgaanista*, tavanomaisoikeudellisten yhteisöllisten käytäntöjen sekä kehittyneissä oikeusjärjestyksissä myös juristikunnan ammatillisten käytäntöjen myötä toteutuvaa kehitystä. Ranskankielisessä oikeuskulttuurissa vaikuttanut eksegeettinen koulu pyrki lainsäätäjän alkuperäisen ja autenttisen tahdon selvittämiseen. Varsinaisen lakitekstin ohella etenkin viralliset lain esityöt (ransk.: *travaux préparatoires*) saivat keskeisen aseman oikeuslähteenä. Lisäksi suosittiin erilaisia loogisia ja kielellisiä tulkintamenetelmiä, kuten *e contrario* ja *a fortiori* -päättelyä sekä analogista päättelyä, jonka merkitys lisääntyi 1800-luvun loppua kohden.⁷⁴

1800-luvun lopulla ja 1900-luvun alussa suljettua oikeuslähdeoppia painottanut eksegeettinen koulu sai väistyä myös ranskaa puhuvissa maissa esimerkiksi François Gényn ideoiman monimuotoisen, jollei suorastaan eklektisen ja oikeuden perustavaa historiallisuutta painottavan 'tieteellisen' lähestymistavan (ransk.: *libre recherche scientifique*) sekä muun muassa Eugen Ehrlichin edus-

tional recognition of the written law as the decisive source of positive law. The natural law was considered to be too vague to serve as a criterion for the practical decision of the judge. Natural law principles needed to be specified by the positive legislation. As most authors of the school thought that most natural law principles were elaborated in the civil code, positive law was nearly completely identified with natural law."

⁷² Bouckaert, *ibid.*

⁷³ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 261 *et seq.* ja etenkin s. 337–351; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 628–639.

⁷⁴ Bouckaert, mts. 277–278.

taman sosiologisen *vapaa-oikeuskoulun* (saks.: *Freirechtslehre*) tieltä.⁷⁵ Toisaalta saksalaisen Rudolf von Jheringin perustama *intressilainoppi* korosti 1800-luvun lopulla voimakkaasti kaiken oikeudellisen sääntelyn sisäänrakennettua yhteiskunnallista tavoitteellisuutta, joskin tuo oikeuden määritelmällinen tarkoitussidonnaisuus oli lukuisten lainsäädäntömenettelyä jäsentävien yhteiskunnallisten ja poliittisten kompromissien sävyttämää.⁷⁶ Yhdysvalloissa Roscoe Poundin (ja Oliver Wendell Holmesin) alulle panema *sosiologinen oikeustiede* painotti oikeuden roolia ”yhteiskunnallisena insinööritaitona” (engl.: *social engineering*) eli välineenä tavoiteltavien yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseksi.⁷⁷ Taustalla olivat paitsi Rudolf von Jheringiltä myös Jeremy Benthamin utilitaristisesta yhteiskuntafilosofiasta omaksutut vaikutteet. *Skandinaavisia oikeusrealismia* edustanut Wilhelm Lundstedt omaksui hänkin ajatuksen yhteiskunnallisesta tavoitteellisuudesta oman ajattelunsa perustaksi.⁷⁸ Tulkintapöydästä oikeudellinen instrumentalismi liittyy lähinnä filosofisen pragmatismiin ja tulkinnallisen konsekventialismin yhteyteen. Ranskalaisen kielialueen oikeuskulttuurin huomattava formalistisuus, muodollinen lakisidonnaisuus ja niukkasanaanainen auktoriteettikeskeisyys esimerkiksi Ranskan korkeimman oikeuden, *Cour de Cassationin*, antamien ratkaisujen perustelukäytännössä kantaa edelleen ainakin jossain määrin eksegeettisen koulun perintöä.⁷⁹

Toisin kuin eksegeettisen koulun valtakaudella 1800-luvun Ranskassa ja Belgiassa, lainsäädäntö ei ole enää missään länsimaissa yksinomainen oikeuslähde, vaan sen rinnalle on noussut monilukuinen joukko erilaisia muita *institutionaalisia ja yhteisöllisiä oikeuslähteitä*, jotka osaltaan ohjaavat tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudellista ratkaisuharkintaa. Näitä ovat esimerkiksi prejudikaattiperustainen oikeus, jonka merkitystä myös Suomen kansallisen oikeuden *eurooppaoikeudellistuminen* sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, erilaiset vakiintuneet sopimusoikeudelliset vastuunjako- ja muut yhteisölliset käytännöt sekä riittävän yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö ovat korostaneet. Lainsäätäjän asettamien yleisten oikeussääntöjen rinnalle tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan vaikuttavat nyt myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit.

⁷⁵ Ehrlich, ”Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft”, *passim*.

⁷⁶ von Jhering, *Der Zweck im Recht*, s. I: ”Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts” eli ”tarkoitus on kaiken oikeuden luoja”, jonka von Jhering nosti teoksen motoksi.

⁷⁷ Pound, *Social Control through Law*; sama, ”Law in Books and Law in Action”.

⁷⁸ Oikeudellisen instrumentalismin taustalla on tietenkin myös Jeremy Benthamin oikeudellinen ja yhteiskunnallinen utilitarismi.

⁷⁹ McCormick & Summers, eds., *Interpreting Statutes*, s. 171–212, 500–508 (ja etenkin s. 502); samat, eds., *Interpreting Precedents*, s. 103–140.

Lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston merkitys tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkintaa ohjaavana oikeuslähteenä perustuu *oikeusvaltio-ideologiaa* toteuttavaan parlamentaariseen demokratiaperiaatteeseen, joka on poikkeuksellisen vahvasti rakenteistunut (myös) Suomen oikeuden instituutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Ajatus parlamentaarisen lainsäätäjän määrämuotoisesti ilmaiseman tahdon kunnioittamisesta on toisin sanoen lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston viimekätisen oikeudellisen velvoittavuuden perusteleva institutionaalinen oikeuttamisperuste.⁸⁰

Nykyisin eksegeettisen koulun vaikutus on nähtävissä – paitsi siis Ranskan oikeudessa edelleen vallitsevana tulkintaformalismina – myös muun muassa Suomen oikeudessa siinä, miten monimuotoinen virallinen lainvalmisteluaineisto eli erilaiset komiteamietinnöt, eduskunnan valiokuntien mietinnöt ja lausunnot sekä vastaavat asiakirjat saavat merkitystä lainsäädännön tulkinnassa.⁸¹ Lakia pyritään tulkitsemaan lainsäätäjän alkuperäisten tavoitteiden mukaisesti, jos ne ovat selvitettävissä lainvalmisteluaineiston avulla eikä kyse ole ajallisesti vanhentuneista tai muusta syystä epätydyttäväksi katsotuista yhteiskunnallisista pohdinnoista.⁸² Toisaalta eksegeettisellä tulkintamenetelmällä ja prejudikaatti-ideologialla on edelleen merkitystä etenkin Englannin prejudikaattiperustaisen *common law* -oikeuden tulkinnassa.

7.5 PREJUDIKAATTIOIKEUDELLINEN EKSEGEESI

Historiallis-eksegeettisen prejudikaatti-ideologian mukaan ennakkoratkaisua myöhemmin soveltavan tuomioistuimen tai muun viranomaisen tulee päätellä yksittäisen prejudikaatin tai prejudikaattien sarjan sisältämä yleinen oikeusohje eli myöhemmän lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava *prejudikaattinormi* (lat.: *ratio decidendi*) ennakkoratkaisun aineellisen lopputuloksen ja sen tueksi esitettyjen perustelujen avulla. Prejudikaatin varsinainen *ratio decidendi* erotetaan näin *obiter dicta* -osiosta eli prejudikaattinormin ei-velvoittavasta perustelukontekstista sanotussa ratkaisussa.

Prejudikaattioikeudellisen eksegeesin tavoitteena on prejudikaatin antaneen tuomioistuimen alkuperäisten oikeudellisten tarkoitusten tai tavoitteiden mahdollisimman *autenttinen rekonstruktio*, missä ennakkoratkaisun aineellinen

⁸⁰ Oikeuslähdeopin institutionaalisista (ja yhteisöllisistä) oikeuttamisperiaatteista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 224–246, ja kokoavasti mts. 886–888.

⁸¹ Eduskunnan työjärjestyksen 64 §:n (17.12.1999/40) mukaan eduskunnan valiokunnan mietinnön perustelut katsotaan hyväksytyiksi, jollei eduskunta toisin päättä.

⁸² Kokoavasti lainvalmisteluaineiston ja lainsäätäjän tahdon käyttämisestä oikeuslähteenä, Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 241–259.

lopputulos ja sen tueksi esitetyt oikeudelliset perustelut ovat vakioitu tulkintakriteeri, johon myöhemmän tuomarin tai tutkijan oikeudellinen päättely tulee kiinnittää. Tämä tarkoittaa sitä, että ennakkoratkaisua myöhemmin soveltavan tuomioistuimen päättelyn suunta kulkee 'taaksepäin' prejudikaatin aineellisesta lopputuloksesta sen tueksi esitettyihin tai vain hiljaisesti edellytettyihin, ratkaisun aineellisen lopputuloksen saavuttamiseksi joko loogisesti välttämättömiin tai riittäviin normi- tai faktapremisseihin, joista myöhemmän tuomarin tulee rekonstruoida ennakkoratkaisun sisältämä yleistettävissä oleva oikeusohje eli varsinainen prejudikaattinormi käsillä olevaa uutta tapausta varten. Prejudikaatteihin kohdentuva oikeudellinen eksegeesi rinnastuu lainsäädännön alkuperäisten tavoitteiden tai tarkoitusten jäljittämiseen virallisen lainvalmisteluaineiston käsittämien oikeudellisten tulkintaperusteiden avulla.

Englannin *common law* -oikeuden prejudikaattioppi noudattaa lähtökohtaisesti eksegeettistä päättelymallia, joskin prejudikaattinormin täsmällisestä määrittelystä sekä ajallisesti taaksepäin suuntautuvan oikeudellisen päättelyn rakenteesta on esitetty lukuisia erilaisia tulkintoja.⁸³ Sir Rupert Crossin (ja J. W. Harrisin) Englannin *common law* -oikeuden standardimääritelmän mukaan prejudikaatin *ratio decidendi* voidaan määritellä ratkaisun joko selväsanaisesti ilmaistujen tai vain hiljaisesti edellytettyjen välttämättömien normatiivisten premissien avulla:⁸⁴

”*Ratio decidendi* on mikä tahansa oikeussääntö, jota jutun ratkaissut tuomari on joko selväsanaisesti tai hiljaisesti pitänyt välttämättömänä perusteena määrättyyn oikeudelliseen lopputulokseen pääsemiseksi sen nojalla, mitä hän ratkaisun perusteluissa on asiasta lausunut, tai välttämätön osa hänen jurylle osoittamaansa oikeudellista ohjeistusta.”

Neil MacCormick on puolestaan määritellyt ennakkoratkaisun *ratio decidendi*n korostaen ratkaisun aineelliselle lopputulokselle riittävien normatiivisten premissien merkitystä:⁸⁵

⁸³ Kootusti Englannin prejudikaattiopista, Cross & Harris, *Precedent in English Law*; MacCormick, ”Why Cases Have Rationes and What These Are”; Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 121–123.

⁸⁴ ”The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury.” Cross & Harris, *Precedent in English Law*, s. 72 (käännös allekirjoittaneen).

⁸⁵ ”A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decisions in the case.” MacCormick, ”Why Cases Have Rationes and What These Are”, s. 170 (käännös allekirjoittaneen).

”*Ratio decidendi* on jutun ratkaiseen tuomarin joko selväsanaisesti esittämä tai vähintään hiljaisesti edellyttämä oikeusohje, joka katsotaan riittäväksi jutussa esitetyn oikeuskysymyksen ratkaisemiseksi eli näkökohta, johon tuomarin oli välttämätöntä ottaa oikeudellisesti kantaa hänen ratkaisun tueksi esittämissään perusteluissa (tai jossain hänen sen tueksi esittämissään vaihtoehtoisissa perusteluissa).”

Crossin *ratio decidendi* määritelmä korostaa prejudikaattituomioistuimen soveltaman oikeudellisen päättelyn välttämättömiä normatiivisia premissejä, kun taas McCormickin määritelmässä paino on jutun aineellisen lopputuloksen kannalta riittävillä normatiivisilla edellytyksillä. Yhteistä molemmille on ajallisesti ja loogis-käsitteellisesti ”taaksepäin katsova”, jutun aineellisesta lopputuloksesta sen perustana oleviin normatiivisiin premisseihin palautuva oikeudellisen päättelyn rakenne sekä siten toteutettavissa oleva prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten tavoitteiden tai tarkoitusten mahdollisimman autenttinen rekonstruktio.

Arthur L. Goodhart on puolestaan huomauttanut, että prejudikaattia myöhemmin soveltavalla tuomioistuimella on aina lopullinen harkintavalta siihen, miten yksittäinen prejudikaattinormi ja sen soveltamisala täsmällisesti ottaen määritellään. Keskeistä on hänen mukaansa se, miten ennakkoratkaisun oikeudellisesti merkitykselliset *faktapremissit* rajataan erilleen ratkaisun yhteydessä esitetyistä muista, prejudikaattioikeudellisesti merkityksettömistä tosiseikoista. Ennakkoratkaisun *ratio decidendi* tulee Goodhartin mukaan päätellä sen *oikeudellisesti merkityksellisten tosiseikkojen* (engl.: *facts treated as material*) perusteella:⁸⁶

”Keskeinen kysymys kuuluu: ’Mistä tosiseikoista on kyse?’ Samat tosiseikat saattavat vaikuttaa täysin erilaisilta kahden eri henkilön arvioimana. Tuomari perustaa omat päätelmänsä tapauksen fakta-aineistosta erottamilleen tosiseikoille, joita hän pitää oikeudellisesti merkityksellisinä, ja vaikka osa niiden ulkopuolelle jäävistä tosiseikoista saattaa maallikosta vaikuttaa olennaisilta, juristille ne ovat merkityksettömiä. Tuomari tekee ratkaisunsa sen mukaisesti, *miten hän jutun tosiseikat hahmottaa*. Vain näiden varaan hän perustaa tekemänsä ratkaisun, sivuuttaen tapauksen muun tosiseikaston. Tästä seuraa, että kun analysoimme yksittäistä

⁸⁶ ”The crucial question is: ‘What facts are we talking about?’ The same set of facts may look entirely different to two different persons. The judge finds his conclusions upon a group of facts selected by him as material, from among a larger mass of facts, some of which may seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts *as he sees them*. It is on these facts that he bases his judgement, and not on any others. It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. *It is by his choice of the material facts that the judge creates law.*” Goodhart, ”Determining the Ratio Decidendi of A Case”, s. 10 (kursivoinnit Goodhartin; käännös allekirjoittaneen).

oikeustapausta, tehtävänä ei ole sen tosiseikkojen ja oikeudellisen johtopäätöksen referoiminen vaan niiden tosiseikkojen rajaaminen, joiden nojalla tuomari teki jutussa ratkaisunsa, sekä sanottujen faktojen perusteella tehty oikeudelliset johtopäätökset. *Valikoimalla tapauksessa oikeudellisesti merkitykselliset tosiseikat tuomari luo oikeutta.*”

Goodhartin mukaan myöhempi tuomioistuin päättää aina sen, mitä ennakkoratkaisun käsittämistä fakta-aineistosta pidetään jutun oikeudellisen lopputuloksen kannalta merkityksellisenä eli myöhemmän tuomioistuimen oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovana, velvoittavana tai ohjaavana osatekijänä ja mikä rajautuu oikeudellisesti merkityksellisen aineiston ulkopuolelle. Korostaessaan näin myöhemmän lainsoveltajan roolia prejudikaattinormin määrittelyssä Goodhartin malli on tavallisesti joustavampi ja dynaamisempi kuin Crossin ja McCormickin perinteisempi prejudikaatiooikeudellisen *ratio decidendi* määrittely.

Prejudikaatiooikeudellinen eksegeesi ei tietenkään ole ainoa tuomarin käytettävissä oleva prejudikaatti-ideologia *common law* -oikeuden maissa kuten Englannissa ja Yhdysvalloissa. Etenkin Yhdysvalloissa sovelletaan tapauskohtaiseen oikeudelliseen päättelyyn perustuvaa prejudikaatti-ideologiaa, jossa merkityksellistä on ennakkoratkaisun ja käsillä olevan uuden oikeustapauksen tosiseikastojen riittävä tai riittämätön samankaltaisuus, kun asiaa arvioidaan oikeudellisesta näkökulmasta. Samankaltaisuusarvio oikeuttaa joko oikeudellisen analogian tai oikeudellisen distinktiotekniikan hyödyntämisen myöhemmän oikeustapauksen yhteydessä. Jos tapaukset arvioidaan määrätyn oikeudellisen tulkinta-avaimen valossa riittävän samankaltaisiksi, alkuperäistä prejudikaattinormia lavennetaan analogisesti niin, että se soveltuu myös käsillä olevaan uuteen oikeustositseikastoon. Toisaalta jos vertailtavat tosiseikastot poikkeavat riittävästi toisistaan sovellettavan tulkinta-avaimen valossa, sovelletaan prejudikaattinormin faktaperustaista poissuljentaa eli oikeudellista distinktiotekniikkaa.

Ronald Dworkinin oikeusteorian keskeisajatus *oikeudellisesta eheydestä* perustuu parhaan mahdollisen *oikeudellisen kokonaisteorian* (re)konstruktioon prejudikaattien sekä muiden institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden perusteella. Myös historiallis-eksegeettisen lähestymistavan korostamat tulkintaperusteet saavat tällöin merkitystä osana oikeudellista eheyttä eli totaalikoherenssia.⁸⁷

⁸⁷ ”Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person’s situation is fair and just according to the same standards. (...) Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people’s rights and duties, *the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community.*” Dworkin, *Law’s Empire*, s. 243, 255 (kursivointi lisätty). – Kootusti tuomarin erilaisista prejudikaatti-ideologioista, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 65–148.

7.6 OIKEUDELLISEN EKSEGEESIN ARVIOINTIA

Oikeudellinen tulkintateoria on ollut oikeuspositivistisen tutkimustradition eräänlainen Akilleen kantapää: analyttinen, institutionaalinen, eksklusiivinen ja inklusiivinen oikeuspositivismi eivät ole kyenneet perustelemaan filosofisessa katsannossa tyydyttävää oikeudellista tulkintaoppia.⁸⁸ Analyttisen tutkimustradition pääpaino on ollut toisaalla: oikeuden käsitteen ja sisäisen rakenteen määrittelyssä sekä oikeuden erottamisessa vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin normeista tavalla, jota Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* metodinen ankaruus parhaiten edustaa. Kun analyttinen, institutionaalinen, eksklusiivinen ja inklusiivinen oikeuspositivismi eivät ole oikeudellista tulkintateoriaa juurikaan kehittäneet, tulkintaopillista johtoa on etsittävä muualta.

Lähinnä oikeuspositivistista tarkastelutapaa on Ranskassa ja Belgiassa 1800-luvulla vaikuttanut *eksegeettinen koulu*. Se kiinnitti oikeudellisen tulkinnan suvereenin lainsäätäjän tahtoon eli lakitekstiin ja viralliseen lainvalmisteluaineistoon, rajaten muunlaiset institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet tuomarin oikeudellisen ratkaisuharkinnan ulkopuolelle. Englannin *common law* -oikeudessa taaksepäin katsovalla prejudikaattioikeudellisella eksegeesillä on yhä keskeinen sija. Oikeusvaltiollinen *demokratiaperiaate* eli kansanvaltaisuus ja hallinnon lainalaisuus on antanut lainsäätäjän tahdon kunnioittamiselle modernin perustelun myös analyttisen, institutionaalisen, eksklusiivisen tai inklusiivisen oikeuspositivistismin keskeiskirjoituksissa. Kansainväliselle *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmälle lainsäätäjän alkuperäisiin oikeudellisiin ja yhteiskunnallisiin tavoitteisiin viittaava *transkategorinen* argumentti on oikeudellisen tulkinnan viimekätinen, muut oikeuslähde- ja laintulkintaopin kategoriat ylittävä tulkintaperuste.⁸⁹

Historiallis-eksegeettisen tulkintaopin filosofinen perusta on ohut, eikä sen keskeiskäsitteestä *kollektiivinen intentionaalisuus* ole toistaiseksi esitetty filosofisesti tyydyttävää analyysia. Oikeudellisessa eksegeesissä on kyse *institutionaalisesta* totuudesta, missä oikeus määrittelee viime kädessä itse omat synty- ja soveltamisehtonsa Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin tarkoittamalla tavalla.⁹⁰ Eksegeettisen tulkintaideologian filosofisena perusteluna on viime kädessä uskonnollinen idea määrätyn normiauktoriteetin alkuperäisen tahdon kunnioittamisesta. Oikeudellisessa asiayhteydessä tuo auktoriteettisidonnaisuus on tulkittavissa oikeusvaltiollisen demokratiaperiaatteen ilmentymänä. Oikeudelli-

⁸⁸ Kaarlo Tuorin kriittinen oikeuspositivismi, jonka edellä erotin analyttisestä oikeuspositivistisista, ei ole sekään antanut vastausta tulkintajuridiikan keskeiskysymykseen voimassa olevan oikeuden tulkinnallisesta merkityssisällöstä. Tuorin teorian pääpaino on sen sijaan oikeuden *ontologian* pohdintoilla eli sillä, mitä oikeus on. Tuori vastaa sanottuun kysymykseen oikeuden kolmen tason ja kahden ulottuvuuden avulla. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 138 *et seq.*

⁸⁹ McCormick & Summers, eds., *Interpreting Statutes*, s. 515, 522–525.

⁹⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 73; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 436–443.

nen eksegeesi perustuu ajallisesti taaksepäin katsovaan, *rekonstruktiviseen* ideaan oikeudellisesta tulkinnasta. Esitetyn tulkinnan autenttisuus on kuitenkin vaikeasti arvioitavissa: mistä tiedämme, että se todellakin vastaa lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäistä tahtoa, kun kyse on aina lainlaati-
jan ja tuomioistuimen alkuperäisen tahdon rekonstruktioista? Viittaus lainsäätäjän hypoteettiseen tahtoon, jollaista oikeuskirjallisuudessa on ehdotettu vaikean tulkintaongelman ratkaisuksi, ei ole mitenkään ulkoisesti kontrolloitavissa.

Toisaalta myös oikeudellisen eksegeesin erilaisiin vaihtoehtoihin, kuten oikeudelliseen korrespondenssiteoriaan, oikeudelliseen koherenssiteoriaan ja oikeudelliseen uusretoriikkaan yhtä hyvin kuin konsekventialistiseen tulkinta-
teoriaan, sisältyy toki niihinkin määritelmällisesti tulkinnanvarainen elementti. Se, millaista isomorfia-avainta oikeussäännössä määriteltyjen ja maailmas-
sa toteutuneiden asiantilojen keskinäisen vastaavuuden arviointiin sovelletaan (= oikeudellinen korrespondenssiteoria), miten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelu-
lauseiden keskinäistä koherenssia eli yhteensopivuutta arvioidaan (= oikeudellinen koherenssiteoria), miten oikeudellisen tulkintalauseen ideaalinen kohde-
auditorio eli universaaliauditorio määritellään suhteessa tarkasteltavana ole-
vaan oikeusongelmaan (= oikeudellinen uusretoriikka) tai millaisia oikeudelli-
sen tulkinnan yhteiskunnallisia ulkoisvaikutuksia pidetään merkityksellisinä (= yhteiskunnallinen konsekventialismi), tuovat oikeudelliseen tulkintaan har-
kinnanvaraisen elementin, joka ei ole täysimääräisesti alistettavissa ulkoiseen kontrolliin.

Eksegeettisen tulkintamallin vahvuutena on sen määritelmällinen sidonnai-
suus lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tahdonmuodostukseen, mikä liittyy sen kiinteästi oikeuden institutionaaliseen perustaan. Esimerkiksi Aarnion oikeudellinen uusretoriikka sallii oikeuden insti-
tutionaalisten (ja yhteisöllisten) piirteiden sivuuttamisen, jos vetoaminen oi-
keudellisen tulkintalauseen ajatuksellisena referenssinä toimivaan rationaa-
liseen ideaaliauditorioon menettelyn oikeuttaa. Tuomioistuinten ja muiden insti-
tutionaalisten lainsoveltajien sisäistämä käsitys voimassa olevan oikeuden validiteetti- ja tulkintaehdoista saa tällöin väistyä rationaalisen harkinnan dis-
kurssisääntöihin sitoutuneen ideaalisen kohdeauditorion enemmistön käsi-
tysten tieltä. Vastaavasti konsekventialistinen tulkintamalli korostaa oikeuden taloudellisia tai muita yhteiskunnallisia (ulkois)vaikutuksia lainsäätäjän, tuo-
mioistuinten ja muiden viranomaisten institutionaalisen tahdonmuodostuksen sijaan.

Eksegeettinen tulkintamalli on ajallisesti taaksepäin katsova. Tämä vähentää sen tulkintaopillista painoarvoa tilanteessa, jossa yhteiskunta on syvällisen ja nopean muutoksen tilassa. Jos ja kun oikeuden institutionaalinen tai yhteisöllinen arvoperusta on tarkasteluhetkellä olennaisesti muuttunut siihen tilantee-
seen nähden, joka määrätyn säädöksen tai prejudikaatin asettamishetkellä val-

litsi, muut oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet – kuten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäinen koherenssi, tulkinnan yhteisöllinen hyväksyntä ideaalisessa universaliauditoriossa tai oikeuden ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset – tarjoavat perustellumman näkökulman oikeuden tulkintaan kuin oikeuden määritelmällistä historiallisuutta ja tulkinnan rekonstruktivista luonnetta korostava oikeudellinen eksegeesi. Samoin oikeuskäytännössä toteutuneet oikeusvaikutukset, joihin analyttinen oikeusrealismi kiinnittää oikeuden tulkinnan, sekä oikeuden liittymät ehdottomaan yhteisölliseen tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen, mitä luonnonoikeusfilosofia on puolestaan korostanut, ovat oikeudelliselle eksegeesille vaihtoehtoisia lähestymistapoja oikeudelliseen tulkintaan.

8 Analyyttinen oikeusrealismi: toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset

8.1 FILOSOFINEN REALISMI JA OIKEUSREALISMI

Filosofinen tai tieteellinen *realismi* on monikollinen yhdistelmä- eli ryväs-käsite. Ilkka Niiniluodon ja Sami Pihlströmin mukaan se voi viitata (ainakin) seuraavanlaisiin filosofisiin sitoumuksiin:¹

- 1) *ontologinen* realismi: todellisuus on ainakin osaksi ihmismielestä riippumaton,
- 2) *semanttinen* realismi: totuus on semanttinen suhde kielen ja todellisuuden välillä Tarskin totuuden korrespondenssiteorian tarkoittamalla tavalla,
- 3) *tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen* liittyvä realismi: toden ja epätoden määreet soveltuvat tieteellisen tutkimuksen kielen avulla ilmaistuihin tuotoksiin, kuten havaintokuvauksiin, lakeihin ja tieteellisiin teorioihin,
- 4) *epistemologinen* realismi: todellisuudesta on mahdollista saada luotettavaa tietoa,
- 5) *aksiologinen* realismi: totuus tai totuudenkaltaisuus on tieteellisen tutkimuksen keskeisiä päämääriä,
- 6) *metodologinen* realismi: on olemassa parhaat keinot tieteellisen tiedon saavuttamiseksi, ja
- 7) *eettinen* realismi: moraaliset arvot ovat olemassa todellisuudessa.

Tieteellisen realismin eri ilmenemismuodot menevät osin päällekkäin ja lomit-tain. Muut realismin muunnelmat edellyttävät vähintäänkin sitoutumista onto-logiseen realismiin.

Ontologinen realismi määrittelee todellisuuden ainakin osin ihmismielestä riippumattomaksi ilmiöksi. Todellisuuden ilmiöt ovat toisin sanoen olemassa siitä riippumatta, ovatko ne tietyllä hetkellä minkään yksittäisen subjektin mentaalisen tajunnantilan tai havainnonsisällön kohteena. Pöydät ja tuolit ovat ongelmaton tyyppiesimerkki ontologisen realismin hyväksymistä olioista. Eri-laiset *institutionaaliset* tai *konventionaaliset* tosiasiat ovat tässä ongelmallisem-pia, koska niiden eksistenssi on sidoksissa yhteisöllisten konventioiden eli yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asen-

¹ Niiniluoto, *Critical Scientific Realism, passim* ja etenkin s. 2–13. Ks. myös Pihlström, *Tutkii-ko tiede todellisuutta?*, s. 30–66, 72–73.

teiden olemassaoloon.² Esimerkiksi institutionaaliin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet ovat institutionaalisia tosiasioita, joiden yhteisöllinen eksistenssi on määritettävissä vain tietynlaisen oikeudellisen tulkintakehyksen avulla.

Samoin itävaltalaisfilosofi Karl Popperin *maailma 3:n* käsittämien, yksittäisestä ihmismielestä irtautuneiden yhteisöllis-kulttuuristen olioiden, entiteettien tai artefaktien, kuten matematiikan lukujen, tieteellisten teorioiden, yksittäisten taideteosten, Pariisin perusmetrin, yhteisvaluutta euron tai oikeudellisten instituutioiden, eksistenssi on sidoksissa yhteisöllisten konventioiden eli (tavallisesti) hiljaisten sopimusten olemassaoloon. Popperilla *maailma 1* käsittää materiaalis-fyysiset objektit ja prosessit, *maailma 2* tietoisuuden mentaaliset tilat ja prosessit ja *maailma 3* määrätty ihmisten sosiaalisen ja kulttuurisen toiminnan tuotokset.³ Tieteelliseen realismiin sitoutuneista filosofeista esimerkiksi Ilkka Niiniluoto hyväksyy myös yhteisöllis-kulttuuristen olioiden eksistenssin.⁴ Popperin *maailma 3:n* yhteisöllinen ontologia on näin rinnasteinen Alf Rossin analyttisen oikeusrealismin, Elizabeth Anscomben ja Peter Winchin analyttisen hermeneutiikan, John L. Austinin ja John Searlen institutionaalisten puhe-tekojen teorian sekä Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin hyväksymälle institutionaalisten eli konventionaalisten olioiden, entiteettien tai tosiasioiden ontologialle.

Semanttinen realismi määrittelee totuuden vastaavuutena kielellisten ilmausten ja todellisuuden ilmiöiden välillä. Niinpä lause S_1 , jonka mukaan ”ulkona sataa”, on Tarskin semanttisen totuusteorian mukaan tosi, jos ja vain jos ulkona sataa. Vastaavasti lause S_2 , jonka mukaan ”oikeusnormi n on voimassa oikeusyhteisössä C ”, on tosi, jos ja vain jos oikeusnormi n on voimassa oikeusyhteisössä C . Totuuden korrespondenssiteorian mukaan lauseen totuusarvon määrittämiseksi sitä tulee verrata todellisuudessa vallitsevaan asiantilaan eli esimerkiksi siihen, sataako ulkona tai onko oikeusnormi n voimassa oikeusyhteisössä C .⁵ Jos ja kun yhteisöllis-kulttuuriset tai institutionaaliset eli konventionaaliset tosiasiat esimerkiksi oikeusnormin n voimassaolosta oikeusyhteisössä C hyväksytään ontologisen (ja epistemologisen) realismin alaisuuteen, myös tosi/epätosi -kvaliteetin saavat propositiot eli niitä koskevat väitelauseet käyvät mahdollisiksi. Samalla Tarskin (ja Niiniluodon) semanttinen realismi sulkee erilaiset totuuden korrespondenssiteorian vaihtoehdot esimerkiksi koherenssi- tai konsensusteorian tai pragmatistisen totuusteorian merkityksessä aidosti tieteellisen tiedon ulkopuolelle.

² Käsittelem institutionaalisia eli konventionaalisia tosiasioita lähemmin alla jaksossa oikeudellisesta konventionalismista.

³ Popper, *Objective Knowledge*, s. 106 *et seq.*

⁴ Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, s. 23.

⁵ Tarskin totuusteoriasta, Tarski, ”Semanttinen käsitys totuudesta”; Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, s. 55–64; Pihlström, *Tutkiiko tiede todellisuutta?*, s. 45–52.

Tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvä realismi ulottaa tosi/epätosi -kvaliteetin tieteellisen teorian ja sen käyttämien käsitteiden arvioimiseen. Sen mukaan teoreettiset käsitteet, kuten kvanttifysiikan tarkastelemat positronit, kvarkit tai spin-arvo, viittaavat todellisuudessa olemassa oleviin olioihin tai entiteetteihin ja niiden ominaisuuksiin, ja erilaiset teoreettiset lait ja periaatteet, kuten Einsteinin yleinen ja erityinen suhteellisuusteoria, ovat vastaavasti joko tosia tai epätosia. Tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvä realismi hylkää tieteellisten teorioiden arviointi- tai validiteetti-perusteiden ulkopuolelle kaikenlaiset instrumentalistiset tai pragmatistiset kriteerit, joiden mukaan tieteellisen teorian toimivuudesta, menestyksellisyydestä tai hyväksytyksi tulemisesta tiedeyhteisössä voitaisiin tehdä päätelmiä sen totuudellisuudesta. Samoin se kieltää tieteellisen deskriptivismiä, jonka mukaan teoreettiset termit ovat aina palautettavissa tai käännettävissä empiirisen havaintokielen käsitteiksi. Tieteellinen teoria on realistisessa katsannossa tosi, jos sen laeilla ja käsitteillä on aidossa mielessä vastineensa todellisuudessa, ei jos se on instrumentalistisessa katsannossa tehokas, taloudellinen tai muutoin toimiva, eikä myöskään, jos sen käsittämät teoreettiset termit voidaan palauttaa empiirisiksi havaintotermeiksi.

Epistemologinen eli tieto-opillinen tai tietoteoreettinen realismi hyväksyy väitteen, jonka mukaan ihmismielestä riippumattomasta todellisuudesta voi saavuttaa tietoa. Kriittinen realisti eroaa naiivista realistista siten, että edellinen (mutta ei jälkimmäinen) tunnustaa sen tosiasian, että tieto maailmasta tukeutuu aina johonkin käsitteelliseen viitekehykseen eikä inhimillistä tietoa voi milloinkaan pitää ehdottomasti ja lopullisesti totena vaan ainoastaan totena valitun käsitteellisen kehyksen määrittämin ehdoin.⁶ Oikeustieteessä formaali, institutionaalinen ja aineellinen tulkintaideologia sekä niiden alaan kuuluvat tulkintamallit, kuten institutionaalisen tulkintaideologian alaan kuuluvat analyttinen oikeusrealismi, oikeudellinen koherenssiteoria ja oikeudellinen konventionalismi, perustelevat kukin omaehtoisen loogis-käsitteellisen ja epistemoisen viitekehyksen voimassa olevaa oikeutta koskevien oikeudellisten tulkintalauseiden validiteetin ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi. Tieto-opillisen realismin perusteet, lähteet ja arviointikriteerit ovat yhdenmukaiset ontologisen realismin, tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvän realismin sekä semanttisen realismin käsittämän totuuden korrespondenssiteorian kanssa. Näin tieto-opillinen eli tietoteoreettinen realismi on erotettavissa muun muassa epistemologisesta idealismista, fenomenologiasta, skeptisismistä ja pragmatismista, jotka kaikki kieltävät eri tavoin objektiivista todellisuutta koskevan tiedon mahdollisuuden.⁷ Tieto-opillinen realismi on lisäksi yhdenmukainen tie-

⁶ Pihlström, *Tutkiiko tiede todellisuutta?*, s. 34–35.

⁷ Pihlström, mts. 35.

teenteoreettisen *fallibilismin* eli tieteen itsensäkorjaavuuden idean kanssa.⁸ Se myös tekee ajatuksen tieteellisten teorioiden *totuudenkaltaisuudesta* mahdolliseksi.⁹

Aksiologinen tieteellinen realismi katsoo, että totuus tai jokin sille riittävän analoginen käsite, kuten totuudenkaltaisuus, on tieteellisen tutkimuksen päämäärä, eivätkä erilaiset instrumentalistisesti tai pragmatistisesti määritellyt tutkimukselliset tavoitteet riitä aidon tieteen päämääräksi. *Metodologinen* realismi arvioi parhaita käytettävissä olevia menetelmiä toden – tai vähintäänkin totuudenkaltaisen – todellisuutta koskevan tiedon saavuttamiseksi, ja tässä se on sovitettavissa yhteen ontologisen, epistemologisen sekä tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvän realismin keskeisten sitoumusten kanssa. Metodologisen antirealismen muodot kiistävät tieteellisten teorioiden pyrkimyksen totuuteen, katsoen, että teorian empiirinen adekvaattisuus van Fraassenin tarkoittamassa merkityksessä, tiedeyhteisön kollektiivinen hyväksyntä Thomas S. Kuhnin tarkoittamassa merkityksessä tai teorian pragmatistinen toimivuus käytännössä William Jamesin tarkoittamalla tavalla ovat tieteellisen teorian ja metodologian arviointikriteerit sen jollain muulla tavoin määritellyn totuudellisuuden sijaan.¹⁰ *Eettinen* realismi sitoutuu käsitykseen arvojen objektiivisesta eksistenssistä realistisesti määritellyssä todellisuudessa eikä vain esimerkiksi tiedostavien subjektien tietynlaisena tajunnansisältönä. Sen liittymät tieteenteoriaan ovat samalla heikommat kuin aksiologisen tai metodologisen realismin.

Tieteellinen realismi voidaan siis määritellä filosofisessa kirjallisuudessa esitettyjen realistisen ontologian, semantiikan, tieteellisen käsitteen- ja teorianmuodostuksen, epistemologian, tieteellisen aksiologian ja metodologian sekä etiikan keskeismääreiden avulla. *Oikeusrealismi* viittaa sen sijaan sisällöllisesti huomattavasti väljemmin määriteltyihin oikeusfilosofian tai oikeusteorian koulukuntiin tai tutkimuksellisiin suuntauksiin esimerkiksi Manner-Euroopan ja Yhdysvaltain *sosiologisen oikeustieteen*, *amerikkalaisen oikeusrealismin* sekä *skandinaavisen oikeusrealismin* merkityksessä. Nämä oikeusrealismin suuntauokset eivät suinkaan ole sitoutuneet yksiselitteisesti tieteellisen realismin mukaiseen käsitykseen tiedosta, todellisuudesta ja sovellettavasta tieteellisestä metodiopista. Yhtenäisen tieteenteoreettisen perustan sijaan erilaisia oikeusrealistisia suuntauksia yhdistää oikeastaan vain kriittinen tai torjuva suhtautuminen erilaisiin oikeudellisen idealismin tai tulkintaformalismin ilmentymiin

⁸ Tieteelliseen menetelmään liittyy Charles S. Peircen mukaan välttämättä *julkisen perusteltavuuden* ja *itsensäkorjaavuuden* elementti. Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan*, s. 81–85; Peirce, *Johdatus tieteen logiikkaan ja muita kirjoituksia*, s. 137–150; Siltala, *Oikeustieteen tieteen-teoria*, s. 469–471.

⁹ Totuudenkaltaisuudesta (engl.: *truthlikeness*), Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, s. 64–78.

¹⁰ Pihlström, *Tutkiiko tiede todellisuutta?*, s. 57–58; Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, s. 160 et seq.

esimerkiksi klassisen ja modernin luonnonoikeusfilosofian, von Savignyn edustaman historiallisen koulun, oikeuden muodollis-systeemistä pätevyyttä ja lainsäätäjän tekemiä valintoja korostavan analyttisen oikeuspositivismin, oikeuden loogis-käsitteellisiä ja oikeussysteemiä ulottuvuuksia korostavan käsiteläinopin sekä C. C. Langdellin perustaman Yhdysvaltain formalistisen *case law* -metodin merkityksessä.

Roscoe Poundin ja Oliver Wendell Holmesin edustama Yhdysvaltain sosiologinen oikeustiede sekä myöhempi varsinainen amerikkalainen oikeusrealismi ovat saaneet keskeisiä vaikutteita Charles S. Peircen, William Jamesin ja John Deweyn edustamasta pragmatistisesta filosofiasta.¹¹ Tieteenteoreettisessa katsannossa skandinaavinen oikeusrealismi on amerikkalaista vertailukohtaan- sa vahvemmin jäsentynyt, sillä sen tutkimuksellisenä lähtökohtana on ollut oikeustieteen ja sen tieteellisyyden 'pelastaminen' ruotsalaisfilosofi Axel Hägerströmin nihilistiseltä filosofisen metafysiikan totaalkritiikiltä, joka kielsi myös oikeustieteen tuottamien oikeudellisten tulkintalauseiden tieto-opillisen mielekkyyden.¹² Tanskalaisen Alf Rossin ja tulkintani mukaan myös englantilaisen H.L.A. Hartin edustama *analyttinen oikeusrealismi* mieltää voimassa olevan oikeuden *yhteiskunnallisena tosiasiana* eli toteutuneiden ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa olevien, tehokasta oikeussuojaa nauttivien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena.

Alf Rossin käsitys oikeuden ja oikeustieteen ontologiasta, epistemologiasta, semantiikasta, metodologiasta ja tieteellisestä aksiologiasta voidaan nähdäkse- ni saattaa yhdenmukaiseksi tieteellisen realismin vastaavien filosofisten si- toumusten kanssa. Toteutunut oikeudellinen ratkaisukäytäntö sekä vallitseva tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämä tuomarinideologia sovellettavan oi- keuslähde- ja laintulkintaopin merkityksessä tarjoavat oikeustieteelle vakioidun tutkimuksellisen referenssin eli ajatuksellisesti vakioidun kiintopisteen, jota vasten oikeudellista ontologiaa, semantiikkaa, tieto-oppia, aksiologiaa ja meto- dologiaa on mahdollista arvioida. Oikeus *yhteiskunnallisena tosiasiana* vastaa yleisesti realistisen tieteenfilosofian ontologisia sitoumuksia, jos ja kun myös institutionaaliset tosiasiat hyväksytään realistisen ontologian alaan.

Realistisen epistemologian jäsentämä tieto oikeudesta perustuu yhteiskun- nallisiin tosiasioihin Tarskin semanttisen totuusteorian sekä oikeuden institu- tionaalisen tieto-opin ja metodologian tarkoittamalla tavalla. Oikeusrealismi sivuuttaa näin idealistisen epistemologian, johon erilaiset *antirealistiset* tie- teenfilosofian ja oikeustutkimuksen suuntaukset, kuten klassinen ja moderni

¹¹ Amerikkalaisesta oikeusrealismista, Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*; sama, ed., *American Legal Theory*.

¹² Skandinaavisesta oikeusrealismista, Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 11–260. – *Praeterea censeo metaphysicam esse delendam* oli Axel Hägerströmin kaikenlaiseen metafysiikkaan nihi- listisesti suhtautuneen ohjelmanjulistuksen motto. Helin, mts. 32

luonnonoikeusfilosofia, oikeusfenomenologia, eksistentiaalinen oikeusfilosofia, hermeneuttinen oikeusfilosofia, oikeusteologia ja vastaavat muut suuntaukset, ovat sitoutuneet. Tosin Yhdysvaltain sosiologisen oikeustieteen ja varsinaisen amerikkalaisen oikeusrealismin teoreettisiin sitoumuksiin kuuluu vahvasti *pragmatistinen* asennoituminen oikeuteen ja yhteiskuntaan, mikä vie oikeudellista analyysia sivuun tieteellisen realismin mukaisesta tieto-opista (ja metodologiasista). Alf Rossille tieto vallitsevan tuomarinideologian normatiivisista premisseistä tarjoaa oikeustieteelle vakioidun ajatuksellisen vertailukohdan, jota tutkimuksellisenä referenssinä hyödyntäen voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on mahdollista määrittää. Vallitsevaan tuomarinideologiaan sidotun lainopin tuottamien oikeudellisten voimassaolo- tai tulkintalauseiden totuusarvo on kuitenkin aina likiarvoinen eli enemmän tai vähemmän *todennäköinen*, ei milloinkaan ehdottoman varmasti tosi tai todennettavissa oleva.

Metodologisesti oikeusrealismi on usein tarkoittanut samaa kuin *empiristinen* tai *sosiologinen* tutkimustapa, missä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytännölle on annettu ehdoton etusija lainsäätäjän alun perin asettamien, muodollisesti pätevien oikeusnormien kokonaisuuteen nähden.¹³ Oikeusrealismiin sitoutuneiden tutkijoiden kirjoituksissa *toteutunut* ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* oleva oikeus on katsottu ensisijaiseksi eri tavoin määriteltävissä olevaan ideaaliseen, parhaaseen mahdolliseen, muodollisesti velvoittavaan, lainsäätäjän ja prejudikaattituomioistuimen alun perin tarkoittamaan tai vain mahdolliseen oikeuteen nähden, joka kuitenkin saattaa olla täysin vailla tosiasiallisen täytäntöönpanon tehokkuutta.¹⁴ Oikeudellinen ennusteteoria, johon yhtä hyvin maineikas amerikkalaistuomari O. W. Holmes kuin tanskalainen tutkija Alf Ross tahollaan sitoutuivat, kiinnittää oikeudellisen epistemologian ja metodologian premissit tulevaisuutta koskeviin ennusteisiin siitä, miten tuomioistuimet ja muut viranomaiset tulevat todennäköisesti ratkaisemaan määrätyn oikeudellisen kysymyksen.

Tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvät filosofisen realismin määreet ovat oikeusrealismin tulkinta- ja merkityskontekstissa ongelmallisempia, koska tuomarinideologian (tansk.: *den normative ideologi der besjælder dommeren*)¹⁵ kaltaiset käsitteet, joihin esimerkiksi Rossin teoria tukeutuu, voi nähdäkseni tulkita yhtä hyvin tieteellisen realismin tavoin aidosti todellisuuteen viittaavina käsitteinä kuin sille vastakkaista kantaa edustavina instrumentalistisi-

¹³ Ross viittaa empiristiseen lähestymistapaan *Om ret og retfærdighed* -teoksen englanninkielisen laitoksen alkusanoissa, mutta tutkimuksellinen empirismi ei ole sama asia kuin tieteellinen realismi. Ross, *On Law and Justice*, s. IX. – Skandinaavisista oikeusrealisteista Theodor Geiger oli vahvimmin sosiologisesti suuntautunut. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Helin arvioi, ettei oikeustiede olisi voinut hyväksyä Geigerin metodista ohjelmanjulistusta muuttumatta samalla empiirisesti sosiologiaksi. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 50–51.

¹⁴ Pound, "Law in Books and Law in Action", s. 12–36.

¹⁵ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56.

na käsitteinä, joiden arviointikriteerinä on vain niiden tutkimuksellinen tarkoituksenmukaisuus oikeudellisen ennusteteorian apuvälineinä. Etenkin Rossilta vaikutteita saanut analyttinen oikeustiede on voimakkaasti korostanut oikeudellisten käsitteiden tarkoitussidonnaisuutta ja apukäsiteluontoisuutta, mikä liittyy sen pikemminkin instrumentalistiseen ja pragmatistiseen tulkintaopin traditioon varsinaisesti realistisen tieteenteorian sijaan. Eettiseen tieteelliseen realismiin ei nähdäkseni ole välttämätöntä ottaa tässä kantaa muutoin kuin viittaamalla tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sisäistämiin, institutionaalista tukea nauttiviin yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoiteperusteisiin. Kyse on tällöin yhteiskunnallisista arvo- ja tavoiteperusteista, jotka ovat *rakenteistuneet* oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli nauttivat eriaisteista, oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää esimerkiksi suomalaisen yhteiskunnan vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä institutionaalisissa ja yhteisöllisissä käytännöissä.

8.2 ”OIKEUS EI OLE MIKÄÄN TAIVAALLA LEIJUVA HENKIOLENTO...”

Yhteistä erilaisille empiristisille, oikeusrealistisille ja sosiologisille oikeustieteen suuntauksille on paitsi oikeudellisen tulkintaformalismin kritiikki myös käsitys, jonka mukaan oikeus on toteutunut ja toteutettavissa oleva *yhteiskunnallinen tosiasia*, ei vain muodollisin perustein velvoittavien säädösten, lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten tavoitteiden tai oikeusoppineiden tuottamien oikeudellisten peruskäsitteiden kokonaisuus, niin kuin lainsäädäntökeskeinen analyttinen oikeuspositivismi, oikeudellinen eksegeesi ja oikeudellinen tulkintaformalismin ovat asian hahmottaneet. Se ei myöskään ole palautettavissa osaksi ehdotonta yhteisöllistä tai uskonnollista oikeudenmukaisuutta klassisen ja modernin luonnonoikeusfilosofian tarkoittamalla tavalla.¹⁶ Vain ne yksittäisille oikeussubjekteille kohdennetut oikeudet ja velvollisuudet, jotka ovat saaneet *tehokasta oikeussuojaa* tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä ja jotka todennäköisesti tulevat sitä myös tulevaisuudessa saamaan, kuuluvat voimassa olevan oikeuden alaan aidosti oikeusrealististen tutkimuksellisten premissien vallitessa.¹⁷ Oikeus yhteis-

¹⁶ John Finnis ajoittaa modernin luonnonoikeusajattelun alun vuoteen 1660, jolloin Samuel Pufendorfin *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo* ilmestyi. Finnis, ”Natural Law: The Classical Tradition”, s. 5.

¹⁷ Käsittelin analyttistä oikeusrealismia laaja-alaisesti kirjassani *Oikeustieteen tieteenteoria*, jonka oikeuskäsitys perustui yhtäältä Alf Rossin ja H.L.A. Hartin analyttiseen oikeusrealismiin, toisaalta Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaaliseen oikeuspositivismiin*, jota Ronald Dworkinin (konventionalistisen) oikeusteorian keskeisajatus institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista sai osaltaan täydentää.

kunnallisena tosiasiana saa näin syrjäyttää oikeuden yhteiskunnallisena ideaalina, joka on aina ”kätkeyty ja saavuttamaton”,¹⁸ ”ikuisesti tuleva”,¹⁹ ”ei-mitään”,²⁰ ”sateenkaaren tuolla puolen”²¹ tai ”se, mikä on oikein Jumalan edessä”,²² niin kuin oikeusfenomenologian, uskonnollisen luonnonoikeusfilosofian ja modernin oikeusteologian tutkijat ovat asian ilmaisseet. Samoin saa väistyä Friedrich Carl von Savignyn 1800-luvulla perustaman *historiallisen koulun* idea oikeudesta orgaanisen kansanhengen (saks.: *Volkgeist*) ilmentymänä, jota tavanomainen oikeus sekä kehittyneissä oikeusjärjestyksissä oikeustieteen tulkitsema ja systematisoima oikeus (saks.: *Juristenrecht* t. *Professorenrecht*) tahollaan toteuttivat.²³

Analyttiset oikeuspositivistit korostavat lainsäätäjän tekemiä yhteiskunnallisia valintoja ja oikeuden muodollis-systeemistä pätevyyttä esimerkiksi Hans Kelsenin ja A. J. Merklin muodollisen oikeusnormihierarkian ylläpitämisen merkityksessä. Oikeusrealistit puolestaan määrittelevät oikeuden ensisijaisesti tuomioistuinten ja muiden viranomaisten yksittäisten lainsoveltamisratkaisujen sekä tehokasta oikeus-suojaa nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien avulla. Yhteistä molemmille on oikeuden mieltäminen yhteiskunnallisena tosiasiana, ei vain (saavuttamattomana) yhteisöllisenä tai uskonnollisena ideaalina klassisen ja modernin luonnonoikeusfilosofian tavoin. Lainopin tuottamien ja perustelemien oikeudellisten tulkintalauseiden suhteuttaminen esimerkiksi Rossin tuomarinideologiaan tai Hartin oikeuden tunnistamissääntöön oikeusnormin voimassaolon ja tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön viimekätisenä arviointikriteerinä johtaa samalla siihen, että oikeuden *ulkoinen* kritiikki käy mahdolliseksi esimerkiksi moraalifilosofian, luonnonoikeusfilosofian, oikeusfenomenologian tai oikeusteologian täsmentämien kriteerien avulla.

Varhainen amerikkalainen oikeusrealisti John Chipman Gray päätteli, että lainsäädäntö on vain yksi oikeuslähteistä, joihin ratkaisua tekevä tuomari voi tukeutua ratkaisua tehdessään, ja vasta lopullinen tuomioistuinratkaisu on aidossa mielessä oikeutta:²⁴

¹⁸ Hirvonen, ”After the Law”, s. 233.

¹⁹ Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484–485.

²⁰ ”*Dikē* ei ole mitään.”, Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484.

²¹ Sivenius, ”The Law and the Rainbow”, s. 239–244; vrt. Siltala, ”Sateenkaaren tuolla puolen” – polysentrisen oikeuden manifesti”, s. 306–313.

²² ”what is law (right) before God, that *ought* to be law (right) for man”, Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 168.

²³ Kokoavasti historiallisesta koulusta, Jääskinen, *Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys*.

²⁴ ”Thus far we have seen that the Law is made up of the rules for decision which the courts lay down; that all such rules are Law; that rules for conduct which the courts do not apply are not Law; that the fact that the courts apply rules is what makes them Law; that there is no mysterious entity ’The Law’ apart from these rules; and that the judges are rather the creators than the discoverers of the Law. (...) And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as part of the Law itself, why they are to be coördinated with the

”Olemme edellä havainneet, että oikeus koostuu tuomioistuinten tekemiään ratkaisuja varten asettamista säännöistä; että senkaltaiset säännöt ovat yhtä kuin oikeus; että säännöt, joita tuomioistuimet eivät sovelle, eivät kuulu oikeuden alaan; että juuri se tosiasia, että tuomioistuimet soveltavat määrättyjä sääntöjä, tekee niistä oikeussääntöjä; että ei ole mitään salamyhkäistä oliota nimeltään ’oikeus’, joka olisi näistä säännöistä irrotettuna olemassa; ja että tuomarit pikemminkin luovat oikeutta sen löytämisen sijaan. (...) Tämä on syynä siihen, miksi lainsäädäntötoimien kautta syntyneet oikeudelliset säädökset ovat oikeuslähteitä eivätkä sellaisenaan osa oikeutta ja miksi ne tulee suhteuttaa muiden edellä mainitsemiä oikeuslähteiden muodostamaan kokonaisuuteen. Joskus näkee väitettävän, että [voimassa oleva] oikeus koostuu kahdesta osasta, lainsäädännöstä ja oikeuskäytännöstä, mutta todellisuudessa kaikki oikeus on tuomioistuinten luomaa oikeutta.”

Ajatus, jonka mukaan oikeus on yhteiskunnallinen *tosiasia*, joka on sidoksissa lainsäätäjän tai tuomioistuinten tekemiin yksittäisiin päätöksiin, yhdistää analyttistä, institutionaalista, eksklusiivista tai inklusiivista oikeuspositivismia sekä amerikkalaista ja skandinaavista oikeusrealismia. Yhteistä molemmille on sen käsityksen torjuminen, että oikeus olisi ideaalinen tai metafyyminen ilmiö – jonkinlainen ”taivaalla leijuva henkiolento”, amerikkalaistuomari Oliver Wendell Holmesin sarkastista sanontaa lainatakseni:²⁵

”Common law -oikeus ei ole mikään taivaalla leijuva henkiolento vaan jonkin tunnistettavissa olevan suvereenin tai kvasisuvereenin vallanpitäjän antama määräys, vaikka eräät tuomioistuinratkaisut, joista olen ollut eri mieltä, näyttävätkin sen unohtaneen. Kyse on aina jonkin osavaltion oikeudesta ...”

Kyse on aina joko suvereenin lainsäätäjän tai oikeudellisesti toimivaltaisen tuomioistuimen tai muun lakia soveltavan viranomaisen tekemistä, yksilöitävissä olevasta päätöksestä. Se, miten oikeus yhteiskunnallisena tosiasiana on täsmällisesti ottaen ymmärretty, on jonkin verran vaihdellut oikeusrealistien kirjoituksissa.

other sources which I have mentioned. It has been sometimes said that the Law is composed of two parts, – legislative law and judge-made law, but, in truth, all the Law is judge-made law.” Gray, *The Nature and Sources of the Law*, s. 121, 125 (käännös allekirjoittaneen). – Grayn realistinen oikeuden määrittely on yllättäen varsin lähellä Kaarlo Tuorin myöhempää kriittisen oikeuspositivismin käsittämää luonnehdintaa oikeudesta, vaikkei Tuori Grayn ajatuksiin kirjaansa viittaakaan. Tuorin mukaan lainsäädäntö on ”ei-vielä-oikeutta”, ja vasta tuomioistuinten luoma oikeus on ”jo-oikeutta”. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 300; vrt. myös Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 646–652.

²⁵ ”The common law is not a brooding omnipresence in the sky but the articulate voice of some sovereign or quasi-sovereign that can be identified; although some decisions with which I have disagreed seem to me to have forgotten the fact. It always is the law of some state...” Holmes, ”Southern Pacific Co. v. Jensen”, 244 U.S. 205 (1917), Posner, ed., *The Essential Holmes*, s. 230 (käännös allekirjoittaneen).

8.3 OIKEUSREALISMIN MUUNNELMAT

Alf Rossin ja tulkintani mukaan myös H.L.A. Hartin edustaman *analyyttisen oikeusrealismin* mukaan oikeus on *toteutunut* ja myös tulevaisuudessa *toteutettavissa* oleva yhteiskunnallinen tosiasia eli yhtäältä niiden muodollisin perustein velvoittavien *oikeussääntöjen* sekä toisaalta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja muiden vastaavien oikeudellisten *ratkaisustandardien* kokonaisuus, jotka tuomioistuimet ja muut lakia soveltavat viranomaiset ovat aiemmassa ratkaisukäytännössään hyväksyneet ja jotka ne vallitsevan eli lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän *tuomarinideologian* perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa hyväksymään oikeudellisen ratkaisun normatiiviseksi perustaksi eli *valideetti- ja tulkintakriteeriksi*, jonka avulla oikeudellisen ratkaisun lainmukaisuutta ja oikeellisuutta arvioidaan, jolleivät tuomarinideologian käsittämät normatiiviset premissit sitä ennen ratkaisevasti muutu.²⁶

Analyyttisen oikeusrealismin ohella on koko joukko muita oikeuteen *realistisesti, empiirisesti* tai *sosiologisesti* suhtautuvia oikeusopin suuntauksia. Näistä amerikkalainen oikeusrealismi on sitoutunut skandinaavista vertailukohtaansa vahvemmin ihmis- ja yhteiskuntatieteellisen tiedon käyttämiseen tulevia tuomioistuin- ja viranomaisratkaisuja koskevien ennusteiden perustana. Rossin analyttinen oikeusrealismi on puolestaan lähempänä tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista tiedonintressiä kuin amerikkalaisten oikeusrealistien perustelema idea oikeuden yhteiskuntatieteellisestä analyysistä. Vaikka myös Ross sitoutuu ennusteteoreettiseen käsitykseen oikeudesta, lainopin tulkinnallinen tiedonintressi – mikä on voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö tosiseikkatun *x* suhteutettuna? – on sovittavissa yhteen Rossin oikeusajattelun kanssa.

Varsinaista amerikkalaista oikeusrealismia ennakoi Yhdysvalloissa 1800-luvun lopulla ja 1900-luvun alussa tuomari Oliver Wendell Holmes, Jr:n (1841–1935), Roscoe Poundin (1870–1964) ja John Chipman Grayn (1839–1915) edustama *sosiologinen oikeustiede*, joka suuntasi tarkastelun lain kirjaimesta tuomioistuinten ratkaisukäytännön ja oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten arviointiin.²⁷ Varsinainen *amerikkalainen oikeusrealismi* syntyi Yhdysvalloissa 1920-, 1930- ja 1940-luvuilla, edustajinaan muun muassa Jerome Frank (1889–1957), Karl N. Llewellyn (1893–1962), Walter Wheeler Cook (1873–1943) ja Felix S. Cohen (1907–1953). Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa vaikutti 1920-luvulta alkaen *skandinaavinen oikeusrealismi*, jota muun muassa

²⁶ Kokoavasti analyttisen oikeusrealismin (ja institutionaalisen oikeuspositivismin) oikeuskäsitteestä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 50–59, 877–878, 922–925.

²⁷ John Chipman Grayn voi luokitella myös varsinaisen amerikkalaisen oikeusrealismin edustajaksi.

Karl Olivecrona (1897–1980), Vilhelm Lundstedt (1882–1955), Per Olof Eke-löf (1906–1990), Torstein Eckhoff (1916–1993) ja Alf Ross (1899–1979) edus-tivat.²⁸ Amerikkalaistutkija Robert S. Summers on ehdottanut termiä *pragmaat-tinen instrumentalismi*, viitaten sillä Yhdysvaltain *filosofisen pragmatism*in (John Dewey, William James, Charles Sanders Peirce), *sosiologisen oikeustie-teen* (Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound) ja eräiden varsinaiseen *amerikka-laiseen oikeusrealismiin* kuuluneiden kirjoittajien (John Chipman Gray, W. W. Cook, Joseph Bingham, W. Underhill Moore, Herman Oliphant, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn ja Felix S. Cohen) muodostamaan ajatukselliseen kokonai-suuteen.²⁹ Summersin sinänsä perusteltu terminologia ei ole kuitenkaan yleisty-nyt alan kirjallisuudessa.

Jyrkimmät amerikkalaisista oikeusrealisteista, kuten tuomarinpsykologiaan ja psykoanalyysiin perehtynyt Jerome Frank (1889–1957), kiistivät yksittäistä ratkaisua edeltävien ja tuomaria tai muuta lainsoveltajaa oikeudellisesti velvoit-tavien oikeussääntöjen tai oikeusperiaatteiden olemassaolon. Tutkijalla on käy-tettävissään vain joukko yksittäisiä tuomioistuinratkaisuja, joissa tuomarit ja muut viranomaiset olivat reagoineet heille esitettyihin tosiseikkoihin, ja tuoma-reiden yksilölliset motiivit, ideologiset mieltymykset ja psykologiset torjunnat tarjosivat tutkijalle aineistoa vastaisten ratkaisuennusteiden laatimista varten. Frankin psykologisen tulkinnan mukaan juristien oikeusvarmuuden kaipuu ja usko tuomarin oikeudelliseen erehtymättömyyteen olivat osoituksena juristi-kunnan henkisestä kypsymättömyydestä ja lapsenomaisesta isällisen auktori-teetin kaipuusta.³⁰

Frankin jyrkkää sääntönihilismiä tavallisempaa oli korostaa oikeussääntöjen monitulkintaisuutta ja alimääräytyneisyyttä suhteessa erilaisiin yhteiskunnalli-siin ratkaisutilanteisiin eli sitä, miten oikeussäännöt eivät kyetse ainakaan yksinään ratkaisemaan pulmallista oikeudellista ongelmaa. Amerikkalaisten oikeusrealistien ja etenkin Roscoe Poundin esittämä ”mekanistisen oikeusopin” kritiikki kohdentui varsinkin Harvardin *case law* -metodin perustajan amerikkalaisten Christopher Columbus Langdellin (1826–1906) ja Joseph Bealen (1861–1943) edustamaan ääriformalistiseen käsitykseen *case law* -oikeuden tulkinnasta ja sovellettavasta oikeudellisesta päättelystä. Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -liike on 1970-luvulta lähtien jatkanut tätä oikeuden monitulkinta-suuden idean kehittelyä ja yhden oikean ratkaisun kritiikkiä.

²⁸ Eräänlaista oikeusrealistista ohjelmaa toteutti myös Saksan vapaoikeuskoulu, jota Oscar Bülow, Eugen Erhlich, Hermann Kantorowicz ja Hermann Isay edustivat. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 59–62; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 579–581.

²⁹ Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, s. 19–26 ja etenkin s. 22–23; Hor-witz, *The Transformation of American Law 1870–1960*, s. 169 *et seq.*

³⁰ Frank, *Law and the Modern Mind*, s. 259–269.

Roscoe Poundin ja O. W. Holmesin sosiologisen koulun sekä varsinaisen amerikkalaisen oikeusrealismin tutkimuksellinen metodiohjelma on sittemmin jatkunut kolmen amerikkalaisen tutkimussuuntauksen kirjoituksissa. Ensinnäkin oikeuden taloustieteellinen analyysi, *economic analysis of law* eli *law and economics* -suuntaus, on toteuttanut tuomari O. W. Holmesin oraakkelimasta ennustusta, jonka mukaan tulevaisuuden oikeusoppinut tulisi olemaan yhteiskunnallisen tilastotieteen ja taloustieteen ammattilainen perinteisen lakikirjan tai oikeustapauskokoelman käsittämien oikeussääntöjen 'glossaamisen' eli tulkinnan ja systematisoinnin sijaan:³¹

”Tämän päivän juristi voi vielä tyytyä perinteiseen lakitekstin merkitysten tulkintaan, mutta tulevaisuuden oikeusoppinut on tilastotieteen ja taloustieteen asiantuntija.”

Holmesin ennakoima tilastotieteellinen ja taloustieteellinen näkökulma oikeuteen voidaan tulkita luontevasti viittauksena sittemmin 1900-luvulla tapahtuneeseen *oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin* läpimurtoon.³² Oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden analyysi väistää lainopin perinteisen, voimassa olevaa oikeutta systematisoivan ja tulkitsevan tiedonintressin: kyse ei nyt ole lainsäädännön, prejudikaattien ja muiden institutionaalisten oikeuslähteiden tekstianalyysistä voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön selvittämiseksi vaan tiedonintressiltään ja tutkimusmetodiikaltaan toisistaan eriytyneiden *ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteiden* tutkimusmenetelmien ja arviointikriteerien soveltamisesta oikeudellisesti määrittyneeseen tutkimuskohteeseen. Filosofiseen pragmatismiin tukeutuva tulkintaopillinen *konsekventialismi* on toteuttanut johdonmukaisesti sanotunlaista yhteiskuntatieteellistä lähestymistapaa oikeuteen, niin kuin jo edellä perustelin.

Kuva oikeudesta muodostuu varsin erilaiseksi, kun se välittyy sosiologian, taloustieteen tai tilastotieteen kaltaisen empiirisen yhteiskuntatieteen käsitteistön, teorianmuodostuksen ja metodiopin kautta, jos sitä vertaa käsitykseen, jonka perinteinen voimassa olevaa oikeutta tulkitseva, systematisoiva ja punnitseva lainoppi kykenee tarjoamaan. Lainopin tulkinnallinen tiedonintressi – mikä on voimassa olevan oikeuden kanta tosiseikastoon *x*? – saa tällöin väistyä oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden analyysin tieltä. Täsmentyneemmin ilmaisten tämä tarkoittaa tutkimuksellisten kysymysten esittämistä esimerkiksi oikeuden yhteiskunnallisesta vaikuttavuudesta

³¹ ”For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.” Holmes, ”The Path of the Law”, s. 469 (käännös allekirjoittaneen).

³² Amerikkalaisen oikeusrealismin suhteesta empiiriseen yhteiskuntatieteelliseen tutkimukseen, Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science*.

(= oikeussosiologia), oikeuden toteuttamasta taloudellisesta kustannustehokkuudesta, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimointitavoitteesta ja taloudellisesti optimaalisesta yhteiskunnallisesta resurssijaosta (= oikeuden taloustieteellinen analyysi) tai oikeuden vaikuttavuudesta erilaisiin tilastollisesti arvioitavissa oleviin riskeihin yhteiskunnassa (= oikeudellinen tilastotiede ja sosiaalivakuutusmatematiikka).³³

Toiseksi amerikkalaisen oikeusrealismin vaikutus on nähtävissä Myres S. McDougalin (1906–1998) ja Harold D. Lasswellin (1902–1979) ideoiman *konfiguraatiivisen* tutkimussuuntauksen kirjoituksissa. Tutkimussuuntauksesta on käytetty myös nimityksiä *jurisprudence of the policy sciences*, *policy-oriented jurisprudence*, *contemporary legal realism* sekä *the New Haven school or approach*.³⁴ Keskeistä McDougalin ja Lasswellin oikeustutkimukselle on ollut oikeudellisten päätöksentekotilanteiden ja niiden kulloisenkin yhteiskunnallisen kontekstin tarkasteleminen ”vaiheanalyysin” (engl.: *phase analysis*) tarkoittamalla tavalla, jolloin päätöksenteon konteksti esitetään abstraktiotasolla, joka parhaiten vastaa käsillä olevaa päätöksentekotilannetta ja sen käsittämää arvo- tai tavoitenäkökohtia.³⁵ Oikeusrealistien tavoin McDougal ja Lasswell ovat kritisoineet tutkimuksellista formalismia, tukeutuen sen sijaan filosofiseen pragmatismiin edellä jo tarkastellun tulkintaopillisen konsekventialismin tavoin.

Kolmanneksi amerikkalaisen oikeusrealismin ja sosiologisen koulun metodista ohjelmaa on jatkanut Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -suuntaus, joka on edeltäjiään vahvemmin painottanut oikeuden yhteiskunnallisia ja poliittisia sidoksia. Se on pyrkinyt palauttamaan oikeuden osaksi yhteiskunnan poliittisia käytäntöjä, eikä oikeudelle ole sen kirjoituksissa jäänyt itsenäistä olemassaolon perustaa tai oikeutusta.³⁶

³³ Hyvinvointivaltion ja sosiaalivakuutus-oikeuden synnystä, Ewald, *L'Etat providence*.

³⁴ Nagan & Willard, ”Lasswell/McDougal Collaboration: Configurative Philosophy of Law”, s. 481.

³⁵ Nagan & Willard, mas. 482.

³⁶ ”*False Necessity* (...) carries to extremes the thesis that everything in society is politics, mere politics, and then draws out of this seemingly negativistic and paradoxical idea a detailed understanding of social life.” Unger, *False Necessity*, s. 1 (käännös allekirjoittaneen). – Vrt. myös Morawetzin viittaus Duncan Kennedyn kantaan, jonka mukaan oikeudessa on kyse ”politiikasta aina perusteitaan myöten” (engl.: *politics all the way down*). Morawetz, ”Law as Experience: The Internal Aspect of Law”, s. 218. Vrt. Kennedy, ”Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *passim*. Kennedy käyttää akronyymistä ilmaisua HIWTCO (”how-I-want-to-come-out” eli ”miten-aion-selvitä-jutusta”), viitaten tuomarin tai muun lainsoveltajan idiosynkraattisiin, ei-oikeudellisiin ratkaisumotiiveihin ja päätöksentekostrategioihin. Kennedy, mas. 548 *et seq.* Vrt. sama, *A Critique of Adjudication*; Kairys, ed., *The Politics of Law. A Progressive Critique*. – Martti Koskenniemen väitöskirja *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* soveltaa CLS-henkistä metodiopillisesta oikeuden dekonstruktiota kansainvälisen oikeuden argumentaatorakenteisiin.

”False Necessity (...) vie äärimmilleen väitteen, jonka mukaan yhteiskunnassa kaikki on politiikkaa, pelkkää politiikkaa, ja johtaa sitten tästä näennäisen kielteisestä ja paradoksaalisesta ideasta yksityiskohtaisen käsityksen yhteiskunnan lainalaisuuksista.”

Metodologisesti *Critical Legal Studies* -suuntausta on luonnehtinut metodinen *synkretismi* eli moniarvoisuus ja hajaannus tai suoranainen metodinen anarkismi. Duncan Kennedyn *A Critique of Adjudication* -teoksen metodinen itsereflektio on tästä hyvä esimerkki:³⁷

”Tämä teos on metodiopillisesti eklektinen. Se hyödyntää käsitteitä, lähestymistapoja ja päättelymalleja, jotka on johdettu teknisestä oikeusanalyysistä, yleisestä oikeusteoriasta, uusmarxismista, weberiläisestä sosiologiasta, semiotiikasta ja strukturalismista, psykoanalyysistä, historistisesta kerronnasta, lewiniläisestä kenttäteoriasta, fenomenologiasta, modernistisesta fiktiosta ja dekonstruktiosta.”

Kennedyn metodinen eklektismi johtaa nopeasti tieteenteoreettisiin ongelmiin siltä osin kuin siinä yhdistetään keskenään ristiriitaisia teoreettisia vaikutteita, eikä kyseinen tutkijanpositio ole erityisen vakaa. Tämä on tilanne esimerkiksi silloin, kun oikeusfenomenologia tai marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia pyritään yhdistämään perinteiseen oikeudelliseen analyysiin, strukturalismiin, psykoanalyttiseen oikeustieteeseen tai oikeuden dekonstruktion. Vastaava ongelma saattaa sinänsä rasittaa kaikkia teoreettisilta perusteiltaan huomattavan monitahoisia tutkimushankkeita.

8.4 TUOMARINIDEOLOGIA JA OIKEUDEN TUNNISTAMISSÄÄNTÖ

Alf Rossin ja H.L.A. Hartin mukaan voimassa oleva oikeus on tunnistettavissa tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti, enemmän tai vähemmän yhtenäisesti sisäistämän *tuomarinideologian* (= Ross) tai oikeuden *tunnistamissäännön* (= Hart) avulla.³⁸

³⁷ ”This book is methodologically eclectic. It uses concepts, techniques, and models of performance drawn from technical legal analysis, jurisprudence, neo-Marxism, Weberian sociology, semiotics and structuralism, psychoanalysis, historicist narration, Lewinian field theory, phenomenology, modernist fiction, and deconstruction.” Kennedy, *A Critique of Adjudication*, s. 15 (käännös allekirjoittaneen).

³⁸ Alf Rossin oikeusajattelusta yleisesti, Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 139–176, 217–224. – Kokoavasti amerikkalaisesta oikeusrealismista, Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*; sama, ed., *American Legal Theory*. H.L.A. Hartin oikeusajattelusta, Hart, *The Concept of Law* (1961); Siltala, ”H.L.A. Hart oikeusfilosofina”.

Rossin tuomarinideologia³⁹ käsittää viittauksen institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sekä niistä johdettavissa oleviin oikeudellisiin tulkinta- ja ratkaisuperusteisiin, jotka tosiasiallisesti vaikuttavat tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan. Ne voivat Rossin mukaan vaihdella sellaisenaan oikeustapaukseen soveltuvista ratkaisuperusteista vain osittain täsmentyneisiin ratkaisuperusteisiin eli määrätystä oikeuslähteestä johdettavissa oleviin yleisiin ideoihin tai oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleisiin suuntaviivoihin, joiden perusteella tuomari tai muu lainsoveltaja muotoilee varsinaisen ratkaisunormin käsillä olevaa tapausta varten.⁴⁰

Ronald Dworkinin termin voi vastaavasti puhua yhtäältä muodollisen syntytapansa nojalla velvoittavista oikeussäännöistä, jotka ovat tunnistettavissa Hartin oikeusteorian edellyttämän oikeuden tunnistamissäännön tai vastaavan kriteerin avulla, jollaisesta Dworkin on käyttänyt lievästi ironista termiä *test of pedigree* säännön virallisen 'kantakirjan' tai 'sukupuun' merkityksessä,⁴¹ sekä toisaalta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista (engl.: *principles*), erilaisista yhteiskunnallisista tavoite- eli tarkoituksenmukaisuusperusteista (engl.: *policies*) ja vastaavista muista oikeudellisista ratkaisustandardeista (engl.: *standards*), jotka eivät ole tunnistettavissa Hartin oikeuden tunnistamissäännön kaltaisen kriteerin avulla. Robert S. Summersin oikeusteorian termin kyse on erilaisista oikeudellisen formalismin ilmentymistä eli enemmän tai vähemmän *formaaleista* oikeudellisista tulkinta- ja ratkaisuperusteista. Oikeussäännöt ovat vahvasti formaaleja oikeudellisia ratkaisuperusteita, jotka ovat irtautuneet ja itsenäistyneet niiden taustalla vaikuttavista yhteiskunnallisista arvo- ja tavoiteperusteista. Oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat vain heikosti formaaleja oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, jotka ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen yhteiskunnallisten arvo- tai tavoiteperusteiden kanssa.⁴²

Oikeussäännöt perustuvat lainsäätäjän, tuomioistuinten ja viranomaisten institutionaalsiin päätöksiin, kun taas oikeusperiaatteet perustuvat vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin. Oikeussäännöt ovat *tyyppitapauksellisiin* ratkaisutilanteisiin soveltuvia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo on yleistettävissä myös muihin oikeudellisesti riittävän samankaltaisiin tapauksiin. Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat sen sijaan aidosti *tilannesidonnaisia* oikeudellisia tul-

³⁹ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56: "Retsvidenskabens beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren."

⁴⁰ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 92.

⁴¹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40.

⁴² Dworkinin ja Summersin oikeuskäsityksen keskinäisestä vertailusta, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 49–54; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 97–102, 880–882. – Ajatustensa ilmeisestä samankaltaisuudesta huolimatta Dworkin ja Summers eivät kuitenkaan viittaa toistensa käsityksiin.

kinta- ja ratkaisuperusteita, joiden arvosidonnaisen punninnan ja keskinäisen tasapainottamisen lopputulos ei ole yleistettävissä muihin samankaltaisiin tapauksiin ilman, että kyseinen oikeusperiaate saa samalla vähintään heikosti sääntöformaaleja eli säännönkaltaisia ominaisuuksia.

Tuomarien tai muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti sisäistämä oikeudellinen validiteettikriteeri vastaa H.L.A. Hartin analyyttisen oikeusteorian edellyttämää oikeuden *tunnistamissääntöä*, jonka tarkoittamalla tavalla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat tunnistettavissa. Rossin *tuomarinodeologia*⁴³ on soveltamisalaltaan laajempi kuin Hartin oikeuden tunnistamissääntö, sillä se käsittää formaalien eli muodollisen syntytapansa perusteella velvoittavien oikeussääntöjen ohella myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet, joiden merkitystä Hartin positiivinen oikeusteoria ei tunnustanut. Oma termini *institutionaalinen tulkinta-ideologia* on puolestaan semanttiselta referenssiltään laajempi kuin Hartin tai Rossin analyyttinen oikeusrealismi, sillä se käsittää analyyttisen oikeusrealismin ohella myös muut oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan sitoutuneet oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet ja niiden käyttöä ohjaavat oikeudelliset tulkintamallit.

Analyyttisen oikeusrealismin käsitys oikeudesta toteutuneena ja toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana vastaa realistisen tieteenfilosofian ontologisia sitoumuksia, kun myös sääntösidonnaiset eli institutionaaliset tosiasiat hyväksytään realistisen yhteiskunnallisen ontologian alaan. Lisäksi se, varsinaisen oikeudellisen korrespondenssiteorian tavoin, hyväksyy filosofisen korrespondenssiteorian totuuskäsityksen. Nyt filosofista korrespondenssivaatiomusta tulee kuitenkin tulkita vallitsevan tuomarinodeologian vakioimia institutionaalisen oikeuslähde- ja laintulkintaopin premissejä vasten, eikä isomorfia- eli rakenneyhtäläisen kuvasuhteen olemassaoloa oikeussäännössä määritellyn ja maailmassa toteutuneen asiantilan kesken edellytetä.

Rossin mukaan voimassa olevaa oikeutta koskevat väitteet ovat enemmän tai vähemmän todennäköisiä *ennusteita* tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tulevista ratkaisuista, missä vallitseva tuomarinodeologia toimii vakioituna oikeudellisena validiteetti- ja tulkintakriteerinä. Jos tuomarin oikeudellisen ratkaisuharkinnan perustana ovat normatiiviset premissit eli vallitsevan tuomarinodeologian käsittämät institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen tulkintaopin sitoumukset eivät äkillisesti muutu, lainopin tutkija voi tuottaa voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä oikeudellisia tulkinta- ja perustelulauseita, jotka Rossin mukaan pitävät ”huomattavalla varmuudella” paikkansa.⁴⁴

⁴³ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56.

⁴⁴ ”Retsvidenskaben beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren. Kendskab til denne ideologi (og dens tolkning) sætter os derfor i stand til med betydelig sikkerhed at forudberegne det retsgrundlag, hvorpå visse fremtidige afgørelser vil blive truffet, og som altså

”Oikeustiede tarkastelee *tuomarin sisäistämää normatiivista ratkaisuideologiaa*. Kun tunnemme sanotun ideologian (ja sille annetun tulkinnan) sisällön, voimme *huomattavalla varmuudella* ennustaa ne oikeudelliset ratkaisuperusteet, joiden varaan määrätty tulevat tuomioistuinratkaisut tulevat perustumaan ja jotka siis tulevat olemaan osa ratkaisun normatiivisia premissejä.”

H.L.A. Hart puolestaan määrittelee oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön viittaamalla tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti hyväksymiin institutionaalsiin (ja yhteisöllisiin) oikeuslähteisiin, joista voimassa olevan oikeuden säännöt sekä ensiasteen *velvoitesääntöjen* että toisen asteen *toimivalta-* ja *täytäntöönpanosääntöjen* ja – tässä katsannossa pulmallisen – oikeuden *tunnistamissäännön* itsensä tarkoittamassa merkityksessä ovat johdettavissa. Rossin tuomariniideologia käsittää siis paitsi varsinaiset oikeussäännöt myös sääntöjä heikommin täsmentyneet oikeusperiaatteet ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit edellyttäen, että tuomarit ja viranomaiset ovat sisäistäneet ne osaksi vallitsevaa ratkaisuideologiaa. Hartin voimassa olevan oikeuden määrittely on tiukemmin sääntökeskeinen, sillä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet eivät määritelmän mukaan mukaisesti ole identifioitavissa oikeuden tunnistamissäännön käsittämien formaalien, oikeuden muodolliseen syntytapaan viittaavien kriteerien avulla.⁴⁵

Kysymys, kuuluvatko myös oikeudellisen metodiopin *päättyksäännöt*, jotka määrittävät oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista, Rossin tuomariniideologian tai Hartin oikeuden tunnistamissäännön alaan, ei ole yksiselitteisesti vastattavissa. Nähdäkseni Rossin tuomariniideologiaa voi tulkita siten, että se käsittää tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämien oikeuslähteopin sitoumusten ohella myös oikeudellisen argumentaation keskeiset sitoumukset. Perusteluna on Rossin keskeisajatus, jonka mukaan oikeustieteen – tai oikeammin lainopin – tehtävänä on laatia ennusteita tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tulevasta ratkaisusta vallitsevan tuomariniideologian avulla, eikä tämä olisi mahdollista ilman oikeudellisen metodiopin tarjoamaa tulkintaopil-

vill figurere i domspræmisserne.” Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56–57 (kursivoinnit lisätty; käännös allekirjoittaneen).

⁴⁵ Tosin Hartin *The Concept of Law* -teoksen viittaukset tilanteisiin, joissa oikeuden tunnistamissääntö saattaa sisältää myös sisällöllisiä kriteereitä puhtaasti formaalien, oikeuslähteen muodolliseen syntytapaan liittyvien kriteerien ohella, liittää Hartin teorian inkluusiivisen oikeuspositivismin yhteyteen. ”In some systems, as in the United States, the ultimate criteria of legal validity explicitly incorporate principles of justice or substantive moral values; in other systems, as in England, where there are no formal restrictions on the competence of the supreme legislature, its legislation may yet no less scrupulously conform to justice or morality.” Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 199. Vrt. myös Hart, *The Concept of Law* (1994), s. 250, missä Hart vastaa postuumisti Dworkinin hänen teoriaansa kohtaan esittämään kritiikkiin.

lista tukea. Vallitseva tuomarinideologia tarjoaa Rossin mukaan lainopille *institutionaalisen tuomarireferenssin*, jota vasten sen tuottamia oikeudellisia tulkintalauseita on mahdollista arvioida.

Hartin oikeuden tunnistamissääntö on lähtökohtaisesti Rossin tuomarinideologiaa kiinteämmin sidoksissa oikeuden *institutionaaliseen epistemologiaan*, sillä Hart ei käsittele *The Concept of Law* -kirjassa oikeudellista tulkinta- ja argumentaatioteoriaa kuin ohimennen.⁴⁶ Toisaalta hän painottaa tosiasiallisesti toteutuneen tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön yhtenäisyyttä suhteessa oikeuden tunnistamissäännön rajaamiin institutionaaliin oikeuslähteisiin, mikä hänen mukaansa on osoituksena tunnistamissäännön oikeudenkäyttöä yhtenäistävästä vaikutuksesta. Oikeuden tunnistamissäännön avulla toteutettua oikeuslähteopillista yhteneväisyyttä koskevan argumentin voi nähdäkseni yleistää myös näin rajatun ja määritellyn oikeuden tulkintaan, vaikkei Hart niin selväsanaisesti itse teekään. Myös sovellettavista oikeudellisista päättelymalleista vallitsee suhteellisen laaja-alainen yksimielisyys tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten keskuudessa, minkä yhteiskunnallisen tosiasian perusteluna voi viitata oikeusyhteisössä vallitsevaan tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntöön.

Tulkitsen siis Rossin kollektiivista tuomarinideologiaa ja Hartin oikeuden tunnistamissääntöä kumpaakin siten, että ne käsittävät myös tuomarikunnan kollektiivisesti soveltaman oikeudellisen metodiopin eli oikeudelliset päättelymallit vallitsevan institutionaalisen oikeuslähteopin kriteerien ohella. Rossilla tuomarinideologian metodinen elementti viittaa yhtäältä oikeussääntöjen tulkintaan, toisaalta oikeusperiaatteiden kaltaisten oikeudellisten ratkaisustandardien punnintaan ja keskinäiseen tasapainottamiseen, vaikkei Ross vuonna 1953, jolloin *Om ret og retfærdighed* -teoksen ensipainos ilmestyi, ymmärrettävästi käyttänyt oikeusperiaatteen käsitettä samassa merkityksessä kuin sittemmin Ronald Dworkin 1960- ja 1970-luvun kirjoituksissaan. Hartilla oikeudelliset argumentaatio- eli päättelysääntö viittaavat yksinomaisesti oikeussääntöjen tulkintaan, koska oikeusperiaatteet ja vastaavat muut, (vain) riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeudelliset ratkaisustandardit rajautuvat oikeuden tunnistamissäännön soveltamisalan ulkopuolelle. Oikeudellinen systematisointi kuuluu teoreettisen lainopin alaan, joten Rossin tai Hartin oikeusteoriaan kiinnitetty institutionaalinen tuomarireferenssi, jonka tiedonintressinä on voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkinta tai oikeusperiaatteiden punninta, ei sitä kata. Tuomari ei ainakaan tavallisesti systematisoi oikeutta, vaan hän arvioi voimassa olevan oikeuden käsittämien oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä oikeudellisten argumentaatio- eli päättelysääntöjen tarkoittamalla tavalla.

⁴⁶ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 120–132, missä Hart perustelee oikeudellisen semantiikan *core of settled meanings* + *core of penumbra* -jaottelun avulla, sekä s. 200–201, missä Hart käsittelee varsin yleisellä tasolla oikeudellista tulkintaa.

Ross ja Hart tekevät kumpikin oletuksen vallitsevan tuomarinideologian tai oikeuden tunnistamissäännön määritelmällisesti *kollektiivisesta* eli yhteisöllisestä luonteesta: kyse on suhteellisen yhdenmukaisesta kriteeristä, jota tuomarit ja muut lakia soveltavat viranomaiset hyödyntävät voimassa olevan oikeuden sääntöjen (ja Rossilla mutta ei Hartilla periaatteiden) tunnistamiseksi ja erottamiseksi kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi vallitsevan yhteiskuntamoraalin, tapaetiketin tai uskonnon käyttäytymisnormien merkityksessä.⁴⁷ Oletus tuomarinideologian tai oikeuden tunnistamissäännön käsittämien oikeuslähdeopillisten ja argumentaatioteoreettisten kriteerien suhteellisen yhtenevästä luonteesta tuomarikunnan ja muiden lakia soveltavien viranomaisten keskuudessa ei ole täysin ongelmaton, mutta yleisellä tasolla se pitänee yhtä kaikki paikkansa. Hart viittaa myös Rossin tavoin siihen kielellis-käsitteelliseen tosi-seikkaan, että puhe ”oikeusjärjestyksestä” edellyttää sovellettavan tunnistamiskriteerin yhteisöllisyyttä.⁴⁸ Hän myös huomauttaa, että kysymys jonkin yksittäisen oikeussäännön voimassaolosta vain ani harvoin ajankohtaistuu oikeusyhteisössä. Tämä viittaa Hartin mukaan siihen, että tunnistamissääntö tosiasiallisesti täyttää tyydyttävällä tavalla oikeudenkäyttöä yhtenäistävän tehtävänsä oikeusyhteisössä.⁴⁹

Rossin ja Hartin analyttinen oikeusrealismi poikkeaa merkittävästi amerikkalaistuomari O.W. Holmesin sekä nuoren Karl Llewellynin *behavioristisesta*

⁴⁷ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 107 (kursivointi lisätty): ”... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.” – Samoin Hart, mts. 105: ”Secondly, it is the case that this rule of recognition, in terms of which he assesses the validity of a particular statute, is not only accepted by him but is the rule of recognition actually accepted and employed in the general operation of the system. If the truth of this presupposition were doubted, it could be established by reference to actual practice: to the way in which courts identify what is to count as law, and to the general acceptance of or acquiescence in these identifications.” Vrt. myös Hart, mts. 111: ”Here what is crucial is that there should be a unified or shared official acceptance of the rule of recognition containing the system’s criteria of validity.” (Kursivointi lisätty.) – Vrt. Alf Rossin pohdinta oikeuden ja tuomarinideologian kollektiivisesta, yhteisöllisestä luonteesta: ”Det er i det foregående talt snart om ’dommeren’, snart om ’domstolene’. Forudsætningen for, at man kan operere med begrebet ’dansk ret’ som et for det hele retssamfund fælles, identisk system er, at de individuelt forskellige dommere besjæles af en fælles, overindividuel ideologi, og at det derfor kommer ud på et, om man refererer til ’dommeren’ eller til ’domstolene’. Retten er et socialt, d.v.s. overindividuel fænomen. I det omfang, den enkelte dommer motiveres af særegen ideosynkrasi, henregnes denne ikke til ’dansk ret’ – selv om den naturligvis ligefuldt er en faktor der må tages i betragtning af den der er interesseret i at forudkalkulere en konkret retsafgørelse.” Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 48–49.

⁴⁸ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 112–113.

⁴⁹ Kysymys, kuuluuko Alf Rossin oikeusteorian tarkoittama tuomarinideologia tai H.L.A. Hartin oikeusteorian tarkoittama oikeuden tunnistamissääntö itse oikeuden sisä- vai ulkopuolelle, ei ole lyhyesti tai yksiselitteisesti vastattavissa. Olen pohtinut kysymystä Hans Kelsenin perusnormin ja Hartin tunnistamissäännön osalta väitöskirjassani *A Theory of Precedent*, s. 221–229; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 711–730. Sama argumentti soveltuu luonnollisesti *mutatis mutandis* myös Rossin tuomarinideologian vastaavaan luokitteluun.

ennusteteoriasta, jossa voimassa olevan oikeuden määritelmä palautetaan erilaisten ihmis- tai yhteiskuntatieteiden tuottamiin ennusteisiin siitä, mitä tuomarit tulevat todennäköisesti tekemään vastaisissa ratkaisutilanteissa. Lainopin tulkinnallinen eli voimassa olevan oikeuden tulkinnalliseen merkityssisältöön kohdentuva tiedonintressi muunnetaan tällöin tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa jäsentäviä erilaisia yhteiskunnallisia tai psykologisia lainalaisuuksia tarkastelevaksi *tuomarin sosiologiaksi* tai *tuomarin psykologiaksi*. Samoin amerikkalaistuomari O.W. Holmes määritteli voimassa olevan oikeuden potentiaalisen lainrikkokan eli 'pahan miehen' oikeudellisen näkökulman ja tiedonintressin avulla.⁵⁰

Rossin ja Hartin mukaan ratkaisevaa ei ole vain tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tosiasiallinen ratkaisukäyttäytyminen ja sen taustalla vaikuttavat psykologis-heuristiset, tilastollis-sosiologiset tai mahdolliset muut empiiristen yhteiskuntatieteiden tutkimat lainalaisuudet, vaan keskeistä on yhtäältä tuomarien ja muiden viranomaisten oikeudellista *ratkaisukäyttäytymistä* ja toisaalta vallitsevaa *tuomarin ideologiaa* määrittävien tekijöiden yhteisvaikutus.⁵¹ Tuo vaikutus ilmenee toteutuneiden ja institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän tuomarin ideologian perusteella myös tulevaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena. Tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti sisäistämät institutionaalisen oikeuslähteopin ja laintulkintaopin premissit tarjoavat näin vakioituneen normatiivisen mittapuun, jonka avulla oikeudellisten ratkaisujen lainmukaisuutta ja oikeellisuutta on mahdollista arvioida.

8.5 OIKEUDEN MUODOLLINEN PÄTEVYYS JA TÄYTÄNTÖÖNPANON TEHOKKUUS

Tulkintaopillinen eksegeesi kiinnitti oikeudellisen tulkinnan arviointikriteerit lainsäätäjän tai prejudikaatin asettaneen tuomioistuimen alkuperäiseen tahtoon, joka tutkijan tai myöhemmän tuomarin oli määrä rekonstruoida virallisen lainvalmisteluaineiston tai ennakkoratkaisun tueksi esitettyjen perustelujen avulla. Näkökulma oli taaksepäin katsova, historiallinen. Analyyttinen oikeusrealismi puolestaan kiinnittää oikeudellisen tulkinnan arviointikriteerit oikeudenkäytön tosiasiallisesti toteutuneisiin ja myös toteutettavissa oleviin oikeusvaikutuksiin yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien

⁵⁰ Llewellyn, *The Bramble Bush*, s. 3, 5; Holmes, "The Path of the Law", s. 460–461. – Käsittelin Llewellynin ja Holmesin oikeuskäsitystä edellä oikeudellisen pragmatismien ja tulkintaopillisen konsektionalismin yhteydessä kappaleessa 6.3 "Pragmatismi oikeudessa ja oikeustieteessä".

⁵¹ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41–66.

merkityksessä. Näkökulma on tulevaisuussuuntautunut, ennusteteoreettinen. Analyyttinen oikeusrealismi eroaa filosofisesta pragmatismista ja yhteiskunnallisesta konsekventialismista tarkastelutapansa määritelmällisen oikeudellisuuden ansiosta. Konsekventialistinen tulkintateoria arvioi oikeudellisen tulkinnan yhteiskunnallisia vaikutuksia esimerkiksi oikeuden taloudellisten tai yleisesti sosiaalisten vaikutusten merkityksessä, kun taas analyttinen oikeusrealismi keskittyy tulkinnan *oikeusvaikutuksiin* eli siihen, miten lainsäädäntö tai tuomioistuinratkaisut vaikuttavat yksittäisten oikeussubjektien oikeusasemaan näille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä. Samalla näkökulma oikeuteen on sidottu tuomioistuimen tai muun lakia soveltavan viranomaisen oikeudelliseen tiedonintressiin analyttisen oikeuspositivismin ja eksegeettisen koulun lainsäätäjakeskeisen näkökulman tai konsekventialistisen tulkintateorian yhteiskuntatieteellisen näkökulman sijaan.

Analyttinen yhtä hyvin kuin muunlainen oikeusrealismi toteuttaa *realistista* epistemologiaa, koska se mieltää oikeuden sen tarkastelijan mielentilasta riippumattomana yhteiskunnallisena tosiasiana, ei esimerkiksi institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden tekstuaalisena koherenssina, joka on toteutettavissa vain tietynlaisen yhteisöllisen tulkinta-avaimen avulla, eikä myöskään oikeuden tulkitsijan mielessään hahmottaman universaaliauditorion kaltaisen ajatuksellisen konstruktion hyväksyntänä, niin kuin asia on oikeudellisen koherenssi- tai konsensusteorian alaisuudessa. Koska analyttinen oikeusrealismi sitoutuu osaltaan realistiseen epistemologiaan ja semanttiseen totuusteoriaan, se on rinnastettavissa oikeudelliseen korrespondenssiteoriaan, joka sekin toteuttaa filosofisen realismin mukaista käsitystä oikeudesta ja yhteiskunnasta. Korrespondenssiteorian tarkastelemien oikeudellisten asiantilojen paikan saavat nyt vain ratkaisun toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset eli sen vaikutukset yksittäisten oikeussubjektien oikeusasemaan tehokasta oikeussuojaa nauttivien oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä.

Analyttiselle oikeusrealismille voimassa oleva oikeus on *toteutunut* ja toteutettavissa oleva yhteiskunnallinen tosiasia eli niiden yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja *velvollisuuksien* kokonaisuus, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet *tehokasta oikeussuojaa* ja joille ne vallitsevan *tuomarinideologian* perusteella tulevat sitä todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan.⁵² Oikeuslähteopin ja oikeudellisen tulkintaopin näkökulmasta voimassa oleva oikeus on tuomarinideologian käsittämistä *institutionaalisista* ja *yhteisöllisistä oikeuslähteistä* johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden eli yhtäältä institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja toisaalta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden kokonaisuus, joiden oikeudelli-

⁵² Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56–57.

nen validiteetti ja tulkinnallinen merkityssisältö ovat määritettävissä vallitsevan tuomarinideologian tarkoittamalla tavalla.

Tuomioistuinrealismin varaan rakentuva teoria oikeudesta perustuu samalla osin sellaisten teoreettisten ennakko-oletusten varaan, joita se ei pysty tyydyttävällä tavalla itse perustelemaan. Se, mikä on ”lainsäätäjä”, ”tuomioistuin” tai ”institutionaalinen lainsoveltaja”, ei ole määriteltävissä ilman viittausta oikeusyhteisössä muodollisesti velvoittaviin oikeussääntöihin, eikä viittaus tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä toteutuneeseen ja toteutettavissa olevaan oikeuteen ole mahdollinen ilman päätymistä loogisessa katsannossa kiellettyyn kehäpäätelmään. ”Oikeudellisesti toimivaltainen tuomioistuin” on toisin sanoen *institutionaalinen tosiasia*, joka käsitteellisesti edellyttää tietynlaisten tuomioistuinorganisaatiota ja tuomioistuinprosessia konstituovien sääntöjen olemassaolon, niin kuin Alf Ross on huomauttanut.⁵³ Ilman voimassa olevan perustuslain ja prosessioikeuden konstitutiivisia sääntöjä sellaiset oikeudelliset käsitteet kuin ”lainsäätäjä” tai ”oikeudellisesti toimivaltainen tuomioistuin” eivät olisi konstituoitavissa institutionaalisina tosiasioina. Sama pätee luonnollisesti myös muihin institutionaalsiin lainsoveltajiin. Niinpä puhtaasti oikeusrealistista oikeuden määritelmää on muunnettava tavalla, joka liittää sen osaksi institutionaalista lainsäädäntö- ja tuomioistuinorganisaatiota ja tuomioistuinprosessia sääteleviä *normatiivis-konstitutiivisia* määreitä:

Voimassa oleva oikeus on institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden eli institutionaalisten oikeussääntöjen ja yhteisöllisten oikeusperiaatteiden kokonaisuus, joiden oikeudellinen validiteetti ja tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö ovat määritettävissä vallitsevan tuomarinideologian tarkoittamalla tavalla. Sanotunlainen voimassa olevan oikeuden määrittely edellyttää pätevällä tavalla voimaansaatettujen (ja toistaiseksi eikumottujen) *konstitutiivisten* valtiosääntöoikeudellisten ja prosessioikeudellisten oikeussääntöjen voimassaoloa analyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla, joita ilman tuomioistuimet ja muut viranomaiset eivät olisi konstituoitavissa oikeudellisesti toimivaltaisiksi institutionaalisiksi lainsoveltajiksi.

Voimassa olevan oikeuden käsitteessä yhdistyvät yhtäältä Alf Rossin *analyttinen oikeusrealismi*, koska oikeus on määritettävissä toteutuneena ja toteutetta-

⁵³ Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, s. 61–62. – Samoin Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 143: ”Samalla tavoin kuin ’valtio’, ’kompetentti orgaani’ ja ’suvereeni’ myös ’tuomioistuin’ ja ’tuomari’ ovat juridisesti kvalifioituja käsitteitä. (...) Näin ollen oikeutta ei voida tyhjentävästi määritellä tuomarin käyttäytymisen avulla, koska meidän täytyy jo tuntea oikeusjärjestyistä tietääksemme, kuka on tuomari.”

vissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana eli tehokasta oikeussuojaa nauttivien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena vain Rossin kollektiivisen tuomarinideologian avulla, sekä toisaalta Hans Kelsenin analyttinen ja sittemmin Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustama *institutionaalinen oikeuspositivismi*, koska tuomioistuimet ja muut viranomaiset eivät ole konstituoitavissa oikeudellisesti toimivaltaisiksi lainsoveltajiksi muutoin kuin viittaamalla muodollis-juridisesti pätevällä tavalla voimaan saatettuihin valtiosääntö-oikeuden ja prosessioikeuden sääntöihin analyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismin edellyttämällä tavalla. Yksinään kumpikaan sanotuista oikeuden määreistä ei riitä.

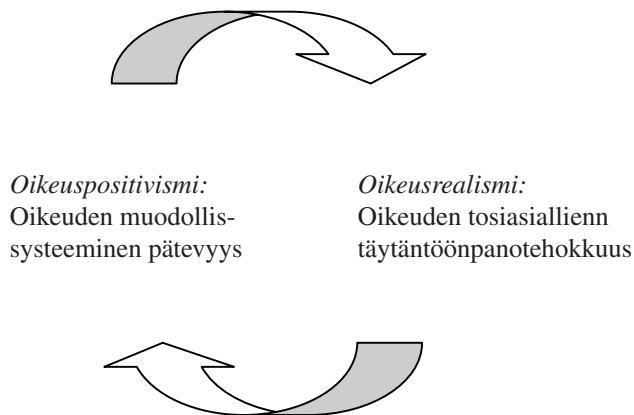
Kelsenin puhtaan oikeusopin edustaman analyttisen sekä MacCormickin ja Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin oikeudellinen normativismi edellyttää liittymää tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien tosiasialliseen oikeudelliseen ratkaisutoimintaan, jotta se olisi kohdennettavissa *voimassa olevaan* oikeuteen toteutuneiden ja toteutettavissa olevien, tehokasta oikeussuojaa nauttivien oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä. Vain Rossin tuomioistuinkeskeinen analyttinen oikeusrealismi kykenee sanotunlaisen institutionaalisen sidoksen perustelemaan. Ilman kytkentää toteutuneeseen ja toteutettavissa olevaan oikeuteen puhtaan oikeusopin oikeudellinen normativismi johtaa tilanteeseen, jossa muodollisesti pätevien oikeussääntöjen tehokkuusperustaisesta voimassaolosta ja yhteiskunnallisesta kohdentuvuudesta ei olisi minkäänlaisia takeita. Sanotusta syystä Kelsen joutui lopulta itsekkin luopumaan puhtaan oikeusopin metodisen puhtauden vaatimuksesta ja liittämään idean oikeusjärjestyksen käsittämien muodollisesti pätevien oikeusnormien kokonaistehokkuudesta (saks.: *im grossen und ganzen wirksam*) voimassa olevan oikeuden validiteettiedellytyksiin.⁵⁴

Toisaalta ilman Kelsenin, MacCormickin ja Weinbergerin normatiiviseen ja institutionaaliseen oikeusteoriaan palautuvaa oletusta valtiosääntöoikeudellisten sekä prosessioikeudellisten tuomioistuinlaitosta ja -menettelyä määrittävien konstitutiivisten sääntöjen muodollisesta pätevyydestä rossilainen tuomioistuinrealismi johtaa käsitteelliseen mahdottomuuteen, koska siinä joudutaan olettamaan annetuksi jotain sellaista, mikä ei ole määriteltävissä oikeusrealismin itsensä perustelemien premissien avulla oikeudellisesti toimivaltaisen tuomioistuimen tai muun institutionaalisen lainsoveltajan merkityksessä.

⁵⁴ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 219. – ”Eine Rechtsordnung wird als gültig angesehen, wenn ihre Normen *im grossen und ganzen* wirksam sind, das heißt tatsächlich befolgt und angewendet werden. Und auch eine einzelne Rechtsnorm verliert ihre Geltung nicht, wenn sie nur in einzelnen Fällen nicht wirksam ist, das heißt nicht befolgt oder angewendet wird, obgleich sie befolgt und angewendet werden soll.” Kelsen, mts. 219 (kursivointi Kelsenin). – Kelsen rajaa toisin sanoen yksittäiset *desuetudo*-tapaukset, joissa muodollisesti pätevää oikeusnormia ei syystä tai toisesta viranomaiskäytännössä sovelleta, oikeudellisen kokonaistehokkuusvaatimuksen ulkopuolelle.

Oikeuden määritelmä edellyttää toisin sanoen yhtäältä Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin sekä Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin jäsentämien oikeudellisten konstituutiosääntöjen *muodollis-juridisen pätevyyden* sekä toisaalta Alf Rossin ja H.L.A. Hartin analyyttisen oikeusrealismin tarkoittaman oikeuden *tosiasiallisen täytäntöönpanotehokkuuden*, missä yhtä ei määritelmällisesti voi olla ilman toista:

Kaavio 7: Oikeuspositivismin ja oikeuden muodollis-systeemisen pätevyyden sekä oikeusrealismin ja oikeuden tosiasiallisen täytäntöönpanotehokkuuden keskinäinen suhde



Toinen toisiinsa tukeutuvien oikeuden muodollis-konstitutiivisten *validiteettiehtojen* sekä oikeusrealistisesti määriteltujen *tehokkuusehtojen* keskinäinen suhde muistuttaa pysyvästi lukittua päättelyn kehää, missä päättelyn osatekijä x eli oikeuden muodollis-systeemisen pätevyys edellyttää osatekijä y :tä eli oikeuden tosiasiallista tehokkuutta, ja samanaikaisesti y edellyttää yhtä lailla x :ä.

Kelsenin oikeudellinen normativismi ja Rossin analyyttinen tuomioistuinrealismi vastaavat kumpikin myös varsin erilaista oikeudellista tiedonintressiä. Kelsen tarjoaa vastauksen oikeuden perimmäisten *konstitutiivisten kriteerien* määrittelyyn, jolloin päättelyn suunta on taaksepäin katsova, historiallinen: miten oikeuden velvoittavuus ja tuomioistuinten muodollis-juridinen asema ovat perusteltavissa? Ross puolestaan perustelee vastauksen oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittelyyn, jolloin tarkastelutapa on tulevaisuuteen suuntautunut, *ennusteteoreettinen*: miten voimassa olevan

oikeuden eli yhtäältä institutionaalsiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja toisaalta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden oikeudellinen validiteetti ja tulkinnallinen merkityssisältö ovat määritettävissä (lähitulevaisuuteen sijoittuvalla) hetkellä *t*?

8.6 ANALYYTTISEN OIKEUSREALISMIN ARVIOINTIA

Analyyttinen oikeusrealismi kiinnittää oikeuden määritelmän toteutuneisiin ja toteutettavissa oleviin oikeusvaikutuksiin eli niihin yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuihin oikeuksiin ja velvollisuuksiin, joille nämä voivat saada *tehokasta oikeussuojaa* tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tosiasiallisessa oikeudenkäytössä. Koska toteutunut oikeuskäytäntö on oikeudellisen tulkinnan vakioitu referenssi, toteutuneen oikeuskäytännön kritiikki ei ole mahdollinen oikeuden *sisäisten* kriteerien avulla muutoin kuin viittaamalla ratkaisukäytännön edellytettyyn yhtenäisyyteen, vakiintuneisuuteen ja jatkuvuuteen vallitsevan tuomarinideologian käsittämien oikeuslähde- ja tulkintaopillisten premissien valossa. Institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden vakioituna institutionaalisena oikeuttamisperusteena on tällöin oikeudellinen yhdenvertaisuus, jonka merkityksen myös Suomen voimassa oleva perustuslaki tunnustaa.⁵⁵

Samalla oikeuden *ulkoinen* kritiikki on aina mahdollinen esimerkiksi klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian, yleisen yhteiskunnallisen arvoteorian, oikeusteologian tai sisällöllisen moraalifilosofian perustelemien kriteerien avulla. Analyyttisen oikeusrealismin samoin kuin analyyttisen oikeuspositivismin etuna on käsitteellinen selkeys suhteessa esimerkiksi klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian tutkimuksellisiin pyrkimyksiin. Kun käytettävissä on Rossin tuomarinideologian tai Hartin oikeuden tunnistamissäännön kaltainen vakioitu oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri, oikeuden muodollinen voimassaolo on erotettavissa suhteellisen tarkkarajaisesti oikeuden sisällöllisestä hyväksyttävyydestä tai moitittavuudesta. Se, mitä oikeus on, on toisin sanoen erotettavissa siitä, mitä oikeuden (ehkä) pitäisi olla, kun asiaa tarkastellaan moraalifilosofian avoimen arvosidonnaisesta näkökulmasta.⁵⁶

Institutionaalisen oikeuspositivismin yhtä hyvin kuin analyyttisen oikeusrealismin etuna on se, että oikeuden *institutionaalinen* ulottuvuus eli sidonnaisuus lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien teke-

⁵⁵ Suomalaisen oikeuslähdeopin institutionaalisista oikeuttamisperusteista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 224–246.

⁵⁶ Samoin John Austin ja H.L.A. Hart pitivät käsitteellistä selkeyttä analyyttisen oikeuspositivismin keskeisenä ansiona luonnonoikeusfilosofiaan verrattuna.

miin, yksilöitävissä oleviin päätöksiin tulee asianmukaisesti huomioon otetuksi. Sitoutuminen *realistiseen* ontologiaan ja epistemologiaan, missä 'olemisen maailman' (engl.: *Is*; saks.: *Sein*) ilmiöt eli tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tekemät päätökset saavat etusijan erilaisiin 'pitämisen maailman' (engl.: *Ought*; saks.: *Sollen*) ilmiöihin nähden, kuten oikeuteen luonnonoikeusfilosofian ja oikeusfenomenologian mukaisena yhteiskunnallisena mahdollisuutena, ikuisesti saavuttamattomana ideaalina tai 'parhaana mahdollisena maailmana', saa näin jäsentää oikeudellista tietomuotoa analyyttisen oikeusrealismin vakioimien tutkimuksellisten premissien alaisuudessa ja rajoittaa sen edellyttämän 'metafysiikan tarpeiston' sellaiseksi, että se on ainakin valtaosin empiiristen työvälineiden avulla hallittavissa.

Analyyttinen oikeusrealismi ja yhteiskunnallinen konsekventialismi kiinnittävät kumpikin oikeuden määrittelyn tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön tosiasiallisesti toteutuneisiin ja toteutettavissa oleviin vaikutuksiin. Erona on se, että analyyttinen oikeusrealismi rajaa tarkastelun lainkäytön oikeudellisiin vaikutuksiin eli tehokasta oikeussuojaa nauttiviin oikeuksiin ja velvollisuuksiin, kun taas tulkintaopillinen konsekventialismi arvioi laaja-alaisemmin oikeudenkäytön yhteiskunnallisia vaikutuksia esimerkiksi tulkinnan taloudellisten tai sosiaalisten seurausten merkityksessä. Analyyttinen oikeusrealismi tukeutuu oikeudellisen korrespondenssiteorian tavoin filosofisen realismin mukaiseen käsitykseen todellisuudesta sekä tiedon ja totuuden edellytyksistä, kun taas yhteiskunnallinen konsekventialismi tukeutuu filosofisen pragmatismen tarkoittamalla tavalla instrumentalistiseen tieto- ja todellisuuskäsitykseen. Oikeudellisen korrespondenssiteorian arviot voimassa olevan oikeuden säännöissä asetettujen ja maailmassa toteutuneiden asiointilojen keskinäisestä vastaavuudesta voivat kuitenkin päätyä analyyttisen oikeusrealismin tarkastelun kohteeksi, jos ehto kyseisiin oikeustositseikkoihin liitetystä tehokkaasta oikeussuojasta tuomioistuinten ja viranomaisten oikeuskäytännössä vain täytyy.

Analyyttinen oikeusrealismi sivuuttaa koherenssiteorian pohdinnat institutionaalisten oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisestä koherenssista tulkintaopillisesti merkityksettöminä, jollei kyse ole tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten tosiasiallisessa ratkaisukäytännössä nauttivien oikeuksien ja velvollisuuksien normatiivisista taustapremisseistä Alf Rossin tuomarinideologian edellyttämällä tavalla. Oikeudellisen tulkintalauseen nauttiman ideaalisen tai tosiasiallisen yhteisöllisen hyväksynnän sijaan oikeusrealismi korostaa oikeutta konstituovien *institutionaalisten* toimijoiden eli lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemien ratkaisujen merkitystä. Käsitelainopin loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemiset pohdinnat oikeuden 'itseannetusta' ja välttämättömästä olemuksesta yhtä hyvin kuin klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian pohdinnat ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden ideaaliin saavutettavuudesta analyyttinen oikeusrealismi sivuuttaa tutkimus-

lisesti epäkiinnostavina, koska niissä ei ole kyse oikeudesta yhteiskunnallisena tosiasiana. Oikeus *toteutuneena* ja todennäköisesti myös vastaisuudessa *toteuttavissa* olevana yhteiskunnallisena ja institutionaalisenä tosiasiana saa näin ehdottoman etusijan yhtä hyvin oikeudellisen tulkintaformalismin loogis-käsitteellisiin ja oikeussysteemiin pohdintoihin kuin modernin luonnonoikeusopin arvosidonnaisiin, yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta jäsentäviin pohdintoihin nähden.

9 Oikeudellinen konventionalismi: vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt

9.1 OIKEUDELLISEN KONVENTIONALISMIN PERUSTEET

Oikeudellinen konventionalismi kiinnittää oikeuden määritelmän ja sen tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön selvittämisen vakiintuneisiin *institutionaaliin* ja *yhteisöllisiin käytäntöihin*. Näitä ovat yhtäältä *sosiaaliset konventiot* ja toisaalta *tavanomaisoikeudelliset yhteisölliset käytännöt*, kuten vakiintuneesti noudatetut sopimusoikeudelliset vastaanjakokäytännöt, yksityisten välimiesoikeuksien antamista ratkaisuksista ja niiden perusteluista johdettavissa olevat yleiset oikeusohjeet, juristikunnan ja muiden lakia soveltavien tahojen ammatillinen itseymmärrys ja oikeudellinen ammattietiikka, oikeudellisesta ja yhteiskunnallisesta päätöksenteosta vastaavien institutionaalisten toimijoiden keskinäistä toimivalta- ja vastuunjakoa koskevat yhteisölliset (valtiosääntöoikeudelliset) käytännöt sekä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian tai yhteisöllisen oikeuskäsityksen ilmentämät, riittävän yhtenäiset ja vakiintuneet yhteiskunnalliset käytännöt.¹

Oikeudelliset konventiot ovat joko *formaaleja* eli *virallisia* konventioita, kuten lainsäädäntö ja prejudikaatit sekä muu tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntö, tai *epävirallisia* konventioita, kuten tavanomaisoikeudelliset käytännöt, vakiintuneet sopimuskäytännöt sekä juristikunnan ja muiden lainsoveltajien oikeudenalakohtaisesti eriytynyt ammatillinen itseymmärrys ja ammattietiikka. Voimassa oleva oikeus koostuu oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista, jotka kiinnittyvät eri tavoin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Oikeussäännöt perustuvat formaaleihin oikeudellisiin konventioihin, joita sidonnaisuus oikeuden institutionaaliseen perustaan yhdistää. Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit perustuvat epävirallisiin konventioihin, joita sidonnaisuus oikeuden yhteisölliseen perustaan yhdistää. Toisin kuin analyttinen ja institutionaalinen oikeuspositivismi sekä analyttinen oikeusrealismi, jotka korostavat oikeudellisesti merkityksellisten ins-

¹ Yleisesti oikeudellisesta konventionalismista, Niemi, *Päämäärien valtakunta*; Lagerspetz, *The Opposite Mirrors*; formaaleista oikeudellisista konventioista, den Hartogh, *Mutual Expectations*, s. 113–126.

titutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltamien viranomaisten, tekemien päätösten merkitystä, oikeudellinen konventionalismi painottaa oikeudellisten konventioiden ja vakiintuneiden yhteisöllisten käytäntöjen merkitystä oikeuslähteenä, oli sitten kyse vakiintuneista sopimusoikeudellisista vastuunjakoperusteista, muista tavanomaisoikeudellisista käytännöistä, juristikunnan ammatillisesta itseymmärryksestä ja ammatti-etiikasta tai vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian yhteisöllisistä reunaehdoista.

Ajatus institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen oikeutta konstituivasta merkityksestä muistuttaa läheisesti Ronald Dworkinin *Taking Rights Seriously* -teoksen keskeisteesiä, jonka mukaan erilaisilla institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivilla oikeudellisilla tulkinta- ja ratkaisuperusteilla – kuten määrättyjen yksilöiden tai jonkin ryhmän oikeuksia ilmentävillä oikeusperiaatteilla, yhteiskunnallisilla tarkoituksenmukaisuus- eli tavoitenäkökohdilla sekä vastaavilla muilla arvosidonnaisilla oikeudellisilla ratkaisustandardeilla – on varsinaisten oikeussääntöjen ohella oikeudellista *ratkaisuarvoa* eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus.² Toisin kuin Dworkinin *Law's Empire* -teoksen vahvasti konstruktionistisessa oikeusteoriassa, erilaisilta oikeudellisilta tulkinta- ja ratkaisuperusteilta ei nyt edellytetä, että ne olisivat sijoitettavissa osaksi parasta eli koherenteinta mahdollista oikeudellista metateoriaa Dworkinin oikeudellisen eheyden tarkoittamalla tavalla.³ Myös muunlainen, sisäisesti vähemmän koherentiksi oletettu liittymä yhteiskunnassa vallitseviin institutionaalisiin tai yhteisöllisiin käytäntöihin riittää oikeudellisen konventionalismin edellyttämäksi oikeudelliseksi validiteetti- ja tulkintakriteeriksi.

Filosofisessa katsannossa yhteisölliset konventiot perustuvat yhteisön jäsenten *vastavuoroisiin odotuksiin* (engl.: *mutual expectations*) ja *yhteistoimintaa edistäviin asenteisiin* (engl.: *cooperative dispositions*).⁴ Se, että ”A tietää, että B tietää, että A tietää (ja niin edelleen, *ad infinitum*), että *x*”, missä *x* on mikä tahansa yhteisöllinen uskomus, jäsentää konventionaalisesti yhteisöllistä ja oikeudellista todellisuutta. Yhteisöllisiä konventioita ovat esimerkiksi yhteisössä maksuvälineenä käytetty raha, kalenteria ja ajanlaskua koskevat sopimukset, erilaisia sosiaalisia tapahtumia ja juhlatilaisuuksia koskevat tavat sekä voimas-

² ”... in those hard cases ... [lawyers] make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies and other sorts of standards.” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 22.

³ ”Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a *coherent set of principles* about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards.” Dworkin, *Law's Empire*, s. 243 (kursivointi lisätty).

⁴ den Hartogh, *Mutual Expectations*, s. 20 *et seq.*

sa olevan oikeuden normit, jos konventionalistinen oikeuden määritelmä hyväksytään tarkastelun perustaksi. Oikeudelliset konventiot ovat yksi yhteisöllisten konventioiden alalaji. Ne ovat joko *formaaleja* konventioita, kuten lainsäädäntö, prejudikaatit ja muut yksilöitävissä oleviin institutionaalsiin päätöksiin perustuvat oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet, tai *epävirallisia* konventioita, kuten tavanomaisoikeudelliset sopimus- ja vastuunjakokäytännöt sekä muut vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet.⁵ Näistä kahdesta oikeudellinen konventionalismi antaa siis etusijan epävirallisille konventioille eli erilaisille vakiintuneille yhteisöllisille käytännöille.

Toisaalta myös formaalit oikeudelliset konventiot on ehkä mahdollista palauttaa epävirallisiksi yhteisöllisiksi konventioiksi. Näin on asia, jos esimerkiksi H.L.A. Hartin oikeusteorian edellyttämä oikeuden tunnistamissääntö tulkitaan tuomarikunnan ja muiden lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymäksi yhteisölliseksi konventioksi, jota institutionaaliset lainsoveltajat tavanomaisesti hyödyntävät oikeudellisen ratkaisutoiminnan vakioituna referenssinä.⁶ Kun H.L.A. Hart perustelee oikeuden velvoittavuuden tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti sisäistämän oikeuden tunnistamissäännön avulla ja kun Neil MacCormick ja Ota Weinberger määrittelevät oikeuden yhteisöllisten puhetekojen avulla, myös analyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismin oikeuskäsitys voitaisiin ehkä määritellä yhteisöllisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla oikeusyhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden avulla perinteisen analyttisen oikeuspositivismin korostaman oikeuden sanktioperustaisen velvoittavuuden sijasta. Tällöin institutionaaliset toimijat ja niiden tekemät tietoiset lainsäädäntö- ja lainsoveltamispäätökset eivät kuitenkaan saa sitä merkitystä, joka niille lainsäätäjä- ja viranomaiskeskeisen analyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismin tai analyttisen oikeusrealismin mukaan kuuluu.

Oikeudelliset konventiot voidaan myös jakaa varsinaisiin *yhteisöllisiin konventioihin* ja vakiintuneisiin *tavanomaisoikeudellisiin käytäntöihin*.⁷ Keskeisenä erona niiden välillä on yhteisön jäseniltä edellytetty joko tietoinen tai vain hiljainen hyväksyntä suhteessa erilaisiin yhteisöllisiin käyttäytymisvelvoittei-

⁵ Formaaleista oikeudellisista konventioista, den Hartogh, *Mutual Expectations*, s. 113–116, 150–153.

⁶ Vrt. Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 107: "... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact." Samoin Hart, mts. 245 (alav. s. 97): "The question whether a rule of recognition exists and what its content is, i.e. what the criteria of validity in any given legal system are, is regarded throughout this book as an empirical, though complex, question of fact."

⁷ Reynolds & Lowery, "Convention and Custom", s. 161–162.

siin. *Tavanomaisoikeudelliset käytännöt* (engl.: *custom, customary law*) perustuvat historiallisesti kehittyneeseen, alun perin uskonnolliseen ja sittemmin maallistuneeseen yhteisölliseen traditioon, jonka oikeudellisen velvoiteperustan, täsmällisen tulkinnallisen merkityssisällön tai konventionaalisen luonteen ei tarvitse olla yhteisön jäsenten tietoisesti hyväksymä tai tunnustama. Kyse on, Markku Helinin eräässä toisessa yhteydessä käyttämää termiä lainatakseni, ”hiljaisesta tekijän tiedosta” (engl.: *tacit knowledge*), joka ohjaa yhteisön jäsenten käyttäytymistä kollektiivisesti ja vain hiljaisesti omaksuttujen käyttäytymismallien seuraamisena ilman, että kyseiseen käytäntöön osalliset henkilöt olisivat välttämättä tietoisia yhteisöllisen toimintansa konventionaalista luonteesta.⁸ Sitä vastoin varsinaiset *yhteisölliset konventiot* perustuvat ainakin lähtökohtaisesti yhteisön jäsenten tietoiseen hyväksyntään.⁹

Luonnonoikeusfilosofiasta yhteisöllisen ja oikeudellisen konventionalismin erottaa se seikka, että yhteisölliset konventiot ovat sisällöllisesti kontingentteja, eivät sisällöllisesti välttämättömiä tai ennalta-annettuja kuten luonnonoikeustradition keskeisideat esimerkiksi oikeuden sisäisestä moraalista Lon L. Fullerin oikeusteoriassa tai oikeuden ’itseannetut’ perushyvät John Finnisin oikeusteoriassa. Esimerkiksi se, käyttävätkö moottoriajoneuvot tieliikennelain tarkoittamalla tavalla tien oikeaa vaiko vasenta puolta, onko maan rahayksikkönä euro vaiko marka tai ovatko vappupäivä ja helatorstai kansallisia vapaapäiviä vai eivätkö ne sitä ole, ovat sisällöllisesti kohdeneutraaleja yhteisöllisiä konventioita, jolla ei ole liittymää luonnonoikeusopin sisällöllisiin ja ’itseannettuihin’ määreisiin. Kyse ei myöskään ole Chaïm Perelmanin tai Aulis Aarnion edustamasta yhteisöllisestä uusretoriikasta ja oikeudellisesta argumentaatioteoriasta, missä puhujan mielessään hahmottama universaaliauditorio Perelmanin uusretoriikassa tai oikeudellisen tulkintalauseen hyväksyttävyyden rationaaliseen harkintaan sitoutuneessa ideaalisessa kohdeauditoriossa Aarnion oikeudellisessa argumentaatioteoriassa olisi hyväksytty oikeudellisen tulkinnan arviointikriteeriksi. Ratkaisevaa on sen sijaan oikeusyhteisön jäsenten konventionaalisesti määriteltuihin oikeudellisiin tulkinta- ja ratkaisuperusteisiin kohdentama tosiasiallinen ja vähintäänkin hiljainen hyväksyntä.

Konventionalistinen oikeus on määritelmällisesti *sopimuksenvaraista* eli määrätyn yhteisön itse itselleen asettamaa tai vähintäänkin hiljaisesti hyväksymää oikeutta.¹⁰ Edellisessä on kyse formaaleista oikeudellisista konventioista ja

⁸ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 429; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 628–639. Englanniksi vastaava termi on *tacit knowledge*. Vrt. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, s. 191: ”To borrow once more Michael Polanyi’s useful phrase, what results from this process [of following paradigms as shared examples] is ’tacit knowledge’ which is learned by doing science rather than by acquiring rules for doing it.”

⁹ Käsitteparista ”law as unconscious conventional custom” ja ”law as a conscious conventional creation of social norms, (...) deriving from all the people in particular society”, Reynolds & Lowery, ”Convention and Custom”, s. 162.

¹⁰ Näin myös Reynolds & Lowery, ”Convention and Custom”, s. 162.

jälkimmäisessä epävirallisista oikeudellisista konventioista. Suvereenin lainsäätäjän määrätyle on oikeusyhteisölle asettama eli tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa ja kumottavissa oleva positiivinen, asetettu oikeus (lat.: *ius positivum*) on oikeudellisen konventionalismin alalaji, jossa määrätyn institutionaalisen toimijan – eli lainsäätäjän tai tuomioistuimen – institutionaalinen tahdonmuodostus saa korvata varsinaisen oikeusyhteisön tosiasiallisen hyväksynnän ja jossa institutionaaliset oikeuslähteet saavat etusijan yhteisöllisiin oikeuslähteisiin nähden. Oikeuspositivismin eri alalajit, kuten analyyttinen, institutionaalinen, inklusiivinen ja eksklusiivinen oikeuspositivismi, samoin kuin analyyttinen oikeusrealismi on tässä rajattu yhteisöllisen ja oikeudellisen konventionalismin ulkopuolelle niiden vahvemmin institutionaalisten eli lainsäädäntö-, tuomioistuin- ja viranomaiskeskeisten piirteiden vuoksi. Sidonnaisuus oikeuden yhteisölliseen perustaan ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin, kuten tavanomaiseen oikeuteen tai oikeusperiaatteisiin, riittää oikeuden konventionalistiseksi määrittelyksi.

9.2 TAVANOMAINEN OIKEUS JA YHTEISÖN OIKEUSVAKAUMUS

Tavanomaisen oikeuden filosofinen perusta on Friedrich Carl von Savignyn (1779–1861) alulle paneman *historiallisen koulun* kirjoituksissa, joissa orgaanisesti kehittyvä *kansanhenki* (saks.: *Volksgeist*), kansan *oikeustajunta* tai *yhteinen oikeusvakaumus* (saks.: *die gemeinsame Rechtsüberzeugung des Volkes*) sai ohjata oikeusoloja ilman lainsäätäjän mielivaltaista yhteisöllisiin asioihin puuttumista. Savignyn oikeuskäsitys, joka oli aiemmin tukeutunut säädännäiseen oikeuteen, muuttui radikaalisti vuonna 1814, jolloin hän julkaisi oikeudellisen kiistakirjoituksen ”Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”: kansalliset lakikodifikaatiot, joita esimerkiksi Itävallassa ja Ranskassa oli toteutettu, saivat nyt väistyä kansan aidon oikeusvakaumuksen tieltä.¹¹ Savigny asettui johdonmukaisesti vastustamaan kiistakumppaninsa Anton Friedrich Justus Thibaut’n (1774–1840) esittämää vaatimusta, jonka mukaan myös Saksan oikeus tuli ulkomaisten esikuvien, kuten Ranskan suurten lakikoonnostojen, mallin mukaisesti koota ja yhdenmukaistaa yhtenäiseksi kansalliseksi lakikodifikaatioksi.¹²

¹¹ ”Diese Konzeption musste in der Augenblick eine tiefgehende Veränderung erfahren, in dem Savigny – zuerst in der Schrift über ’Beruf unserer Zeit’ – nicht mehr das Gesetz, sondern die gemeinsame Rechtsüberzeugung des Volkes, den ’Volksgeist’, als die ursprüngliche Quelle allen Rechtes ansah.” Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 13.

¹² Thibaut’n ja Savignyn kodifikaatiokiistasta, Thibaut und Savigny. *Ihre Programmatische Schriften*, joka käsittää Thibaut’n keskustelunavauksen ”Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland” ja Savignyn siihen laatiman vastauksen ”Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” sekä näiden muita aiheeseen liittyviä kirjoituksia.

Savignyn mukaan oikeus ja sen tulkinta tuli kiinnittää lainsäätäjän mielival-
lan sijaan kansan yhteiseen oikeusvakaumukseen, jota tavanomainen oikeus ja
kehittyneemmissä oikeusjärjestyksissä myös oikeustieteen jäsentämä 'juristi-
oikeus' (saks.: *Juristenrecht* t. *Professorenrecht*) ilmensivät.¹³ Oikeustieteen
tehtävänä oli kansan oikeustajunnan eli yhteisen oikeusvakaumuksen jäsentä-
minen *oikeudellisten instituutioiden* (saks.: *Rechtsinstitute*) tai *oikeussuhteiden*
(saks.: *Rechtsverhältnisse*) ja niiden välillä vallitsevan *orgaanisen systeemi-*
yhteyden (saks.: *organische Zusammenhang*) avulla.¹⁴ Lisäksi oikeudellinen
instituutio katsottiin määrääväksi yksittäisiin oikeussääntöihin nähden. Savig-
nyn ajatus oikeudellisen systeemi yhteyden keskeisyydestä ja oikeudellisten
instituutioiden määräävästä asemasta suhteessa yksittäisiin oikeussääntöihin
johtivat osaltaan kohden Puchtan käsitelainopillista (saks.: *Begriffsjurispru-*
denz) systeemiajattelua.¹⁵

Tavanomainen oikeus tarkoittaa määrätyllä oikeudenalalla vakiintunutta
käytäntöä tai tapaa.¹⁶ Sen oikeudellinen merkitys perustuu historialliseen tradi-
tioon, jonka velvoiteperustan ei tarvitse olla yhteisön jäsenten kollektiivisesti
tiedostama, vaan myös hiljainen eli käytännön toimien ilmentämä hyväksyntä
riittää. Tavanomainen oikeus velvoittaa myös suomalaista tuomaria voimassa
olevan oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 pykälän hieman vanhahtavan sanon-
nan mukaan:

”Tuomarin pitää tarkoin tutkia lain oikeata tarkoitusta ja perustaa sekä
tuomita sen mukaan, mutta ei vastoin sitä, oman mielensä mukaan. Maan
tapa, jos se ei ole kohtuuton, olkoon hänellä myös ohjeena tuomitessan-
sa, kun säädettyä lakia ei ole.”

Jos lainsäädäntö vaikenee jostain asiasta, tuomarin tulee soveltaa sanotulla
oikeudenalalla tavanomaiseksi vakiintunutta käytäntöä, jollei tuota tapaa katso-
ta sisällöllisesti kohtuuttomaksi. Lainkohdan sanontaa ”kun säädettyä lakia ei
ole” tulee nähdäkseni tulkita siten, että se käsittää kansallisen ja EU-lainsää-
dännön ohella nykyisin myös kansalliset prejudikaatit sekä Euroopan yhteisö-
jen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilme-
nevät yleiset oikeusohjeet ja mahdollisesti myös riittävän vakiintuneen ja yhte-
näisen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön. Tämän eurooppaoikeudellisen

¹³ Savignyn oikeuskäsityksestä, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 381–399; La-
renz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 11–18; Reimann, ”Savigny, Friedrich Carl von
(1779–1861)”, s. 772–773. – Savignyn juristioikeudesta, Larenz, mts. 392. Savignyn toista
etunimeä näkee kirjoitettavan sekä c:llä että k:lla. Alan keskeislähteistä esimerkiksi Karl Larenz
käyttää muotoa Friedrich Karl ja Franz Wieacker muotoa Friedrich Carl.

¹⁴ Savignyn oikeudellisista instituutioista ja oikeussuhteista, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte
der Neuzeit*, s. 398; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 14–15, 18.

¹⁵ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 15.

¹⁶ Klami, ”Tapaoikeus”, s. 1135–1137.

normiston oikeudellista ratkaisuarvoa eli merkitystä myös suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitovana, velvoittavana tai ohjaavana tulkinta- ja ratkaisuperusteena 1800-luvun suomalainen lainsäätäjä ei ymmärrettävästi kyennyt aikanaan ennakoimaan. Nykyisin senkaltaiset oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet rinnastuvat kiistatta kansalliseen lainsäädäntöön ja oikeuskäytäntöön suomalaisen tuomarin soveltaman oikeuslähdeopin osana.¹⁷

Toisinaan moderni lainsäätäjä on nimenomaisesti jättänyt jonkin kysymyksen tarkemman ja yksityiskohtaisemman sääntelyn määrätyn ammattiryhmän omaehtoisesti kehittyvien käytäntöjen ja sisäisten arviointikriteerien varaan esimerkiksi hyvän kauppatavan, hyvän kirjanpitotavan tai hyvän tilintarkastustavan merkityksessä. Modernien lakikodifikaatioiden jälkeisenä aikana eli viimeistään 1800-luvulta lähtien tavanomaisen oikeuden rooli on ollut lainsäädäntöä ja prejudikaattiperustaista oikeutta täydentävä. Sen merkitys on pitkään ollut vähenevä – asian foucault’laisittain ilmaisten – ”lainsäätäjän ennakoimattoman puheliaisuuden” eli kansallisen ja ylikansallisen lainsäädännön valtaisan ja alati kasvavan volyymin myötä. Viimeaikaisessa suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on jopa esitetty, että tavanomainen oikeus olisi vain väistyvä, esi-moderni jäänne säädännäisen eli lähtökohdiltaan tahdonvaltaisen oikeuden aikakaudella.¹⁸ Nähdäkseni näin asia ei kuitenkaan ole. Tavanomainen oikeus ei ole vain historiallinen jäänne vaan kyse on yhtäältä säädännäisen ja toisaalta prejudikaattiperustaisen oikeuden järjestelmään väistämättä jäävien aukkokohtien tai vain heikosti oikeusnormeilla katettujen alueiden oikeudellisesta normittamisesta kyseisellä elämänalueella tavanomaisesti noudatettujen yhteisöllisten käytäntöjen sekä sillä toimivien oikeussubjektien ammatillisen itseymmärryksen ja ammattietiikan määrittämien kriteerien avulla. Näkökulmaa vaihtaen: jollain elämänalueella vakiintuneesti noudatettu yhteisöllinen käytäntö saa vähitellen tavanomaisoikeudellista merkitystä, jolleivät lainsäätäjä tai tuomioistuimet katso aiheelliseksi puuttua sen omaehtoiseen eli, historiallisen

¹⁷ Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden prejudikaatiooikeudellisesta merkityksestä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 261–265; yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä oikeuslähteenä, mts. 274–276; ja kokoavasti suomalaisen tuomarin institutionaalista (ja yhteisöllisestä) oikeuslähdeopista, mts. 778–783.

¹⁸ ”Luonnonoikeuden tavoin myös traditionaalinen, tavanomainen oikeus, joka perustuu ikimuistisiin, yhteisöllisessä elämässä toistuviin ja sitoviksi koettuihin käyttäytymistapoihin ja -tottumuksiin, on joutunut väistymään nimenomaisesti asetetun positiivisen oikeuden tieltä.” Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 6. Vrt. myös Tuori, mts. 175, missä Tuori (mielestäni aiheettomasti) kyseenalaistaa tavanomaisen oikeuden aseman itsenäisenä oikeuslähteenä modernin oikeuden tahdonvaltaisten premissien alaisuudessa. Itse määrittelen tavanomaisen oikeuden laaja-alaisemmin ja dynaamisemmin, viittaamaan tietyllä oikeudenalalla vakiintuneesti noudatettuun yhteisölliseen tai institutionaaliseen käytäntöön, jolloin tavan ikimuistoisuutta tai ylihistoriallisuutta ei ole edellytetty. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 272–274.

koulun termein ilmaisten, 'orgaaniseen' kehitykseen lainsäädännöstä ja prejudikaattiperustaisesta oikeudesta irrotettuna.¹⁹

Esimerkiksi IT-alan eli informaatioteknologian ja verkottuneen tiedonsiirron nopea kehitys on lisännyt vakiintuneiden oikeudenalakohtaisten sopimusperustaisten käytäntöjen oikeudellista merkitystä. Kun jo muutaman vuoden ikäinen lainsäädäntö on saattanut jäädä melkoisesti jälkeen alan kehityksestä, lainsäädäntöön jää vääjäämättä aukkoja eli Kaarle Makkosen termein säätelämättömiä alueita, jotka tuomarin tulee täyttää joko oikeudenalakohtaisesti noudatettujen sopimus-, vastuunjako- ja muiden vastaavien oikeudellisten käytäntöjen tai, vaihtoehtoisesti, oikeudenalakohtaisten yleisten oppien ja lavean säädös- tai oikeustapausanalogian avulla. Kun oikeudenalakohtaiset käytännöt ovat saavuttaneet riittävän oikeudenalakohtaisen yleisyyden, yhtenäisyyden ja vakiintuneisuuden, ne saavat tavanomaisoikeudellisesti velvoittavan aseman, jolloin tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan tulee ottaa ne asianmukaisesti oikeuslähteenä huomioon. Samoin erilaiset nopeasti kehittyvät kansainväliset rahoitus- ja sijoitusinstrumentit perustuvat pääosin tai yksinomaisesti alalla tavanomaisesti noudatettuun käytäntöön, jonka oikeudelliset arviointikriteerit saatetaan kiinnittää esimerkiksi Lontoon tai New Yorkin arvopaperipörssin noudattamaan vakiintuneeseen käytäntöön ja välimieslausekkeisiin kansallisen oikeudellisen sääntelyn ja yleisten tuomioistuinten toimivallan tunnustamisen sijaan.²⁰

Etenkin liikesopimussuhteissa noudatetaan tavanomaisesti yksityistä *välimiesmenettelyä*, jolloin sopimusoikeudelliset riidat eivät tule lainkaan yleisten tuomioistuinten päätettäväksi. Tähän ovat syynä yhtäältä välitystuomioistuinmenettelyn nopeus, asiantuntemus sekä annettujen ratkaisujen ei-julkisuus, toisaalta yleisen tuomioistuinprosessin ennakoimattomuus ja mahdollinen asiantuntemattomuus, kun kyse on yritystoiminnan erityistä asiantuntemusta vaativista juridisista ja teknisistä kysymyksistä. Välitystuomioistuinten soveltamat ratkaisukriteerit on määritelty väljemmin kuin yleisessä tuomioistuinprosessissa noudatetut oikeudelliset ratkaisuperusteet, jolloin ne kiinnittyvät yleisistä siviilioikeutta ja oikeusprosessia vahvemmin kyseisellä oikeudenalalla tavanomaisoikeudellisesti noudatettuihin käytäntöihin ja yleisiin oikeusperiaat-

¹⁹ Georg Jellinek on kuvannut ihmisten psykologista taipumusta liittää riittävän pitkään jatku-neeseen yhteiskunnan tosiasialliseen tilaan normatiivista merkitystä termillä *die normative Kraft der Faktischen*. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, s. 337 *et seq.* ja etenkin s. 339–340.

²⁰ Tavanomainen oikeus saattaa saada merkitystä myös valtiosääntöoikeudellisessa tulkintakon-tekstissa. Syksyllä 2003 tavanomaisoikeudellinen argumentti ajankohtaistui yllättäen valtiosään-töoikeudellisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa, kun tasavallan presidentin perinteisesti anta-man rukouspäiväjulistuksen valtiosääntöoikeudellinen perusta tuli valtioneuvoston oikeuskansle-rin arvioitavaksi. Sanottu valtionpäämiehen vakiintuneesti noudattama tavanomaisoikeudellinen käytäntö on palautettavissa aina 1600-luvulle asti, mutta sillä ei edelleenkään ole selväsanaista perustaa voimassa olevassa perustuslaissa tai muussakaan voimassa olevassa lainsäädännössä.

teisiin. Tavanomaisoikeudelliset käytännöt voitaisiin ehkä palauttaa kokonaisuudessaan osaksi sopijapuolten hiljaisesti edellyttämää sopimuskonstruktiota, jolloin sovellettavaksi tulee lähinnä sopijapuolten tahdonautonomiaan tai perusteltuun luottamuksen suojaan tukeutuva sopimusoikeuden konstituutio.

Tavanomainen oikeus rinnastuu institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiviin *oikeusperiaatteisiin* ja vastaaviin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin ainakin kolmessa suhteessa. Ensinnäkin, tavanomainen oikeus ei ole lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tahdonvaltaisten päätösten avulla luotavissa, muutettavissa tai kumottavissa analyyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla. Kyse on tietyllä oikeudenalalla vakiintuneesta yhteisöllisestä käytännöstä, eikä sen oikeudellinen velvoittavuus ole palautettavissa jonkin institutionaalisen toimijan tekemään, yksilöitävissä olevaan päätökseen. Toiseksi, ja läheisesti edelliseen liittyen, H.L.A. Hartin oikeusteorian mukainen formaali, ainakin pääsääntöisesti oikeusnormin muodolliseen syntytapaan kiinnittyvä oikeuden tunnistamissääntö ei sellaisenaan sovellu tavanomaisoikeudellisten ratkaisustandardien tunnistamiseen, koska niiltä edellytetään – institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden tavoin – myös yhteisöllistä hyväksyntää eli kohtuullisuutta, minkä ehdon myös Suomen voimassa oleva lainsäädäntö asettaa tavanomaisen oikeuden soveltamisen edellytykseksi. Kolmanneksi, tavanomaisen oikeuden käsittämät oikeusohjeet eivät tavallisesti ole lukittavissa jonkin yksiselitteisen kielellisen ilmiön muotoon, vaan tavanomaisoikeudellisen ratkaisuperusteen kielellinen ilmiö voi merkittävästikin vaihdella yksittäisestä oikeudellisesta soveltamistilanteesta toiseen.

9.3 YHTEISÖLLISET KONVENTIOT INSTITUTIONAALISINA TOSIASIOINA

9.3.1 Raa'at tosiasiat ja institutionaaliset tosiasiat

Varsinaiset yhteisölliset konventiot ovat yhteisön jäsenten tietoisesti hyväksymiä sosiaalisia tai oikeudellisia käyttäytymismormeja, joiden normatiivisen eli käyttäymistä eriasteisesti sitovan, velvoittavan tai ohjaavan merkityksen ainakin lähtökohtaisesti kaikki yhteisön jäsenet tunnustavat. Lainsäätäjän sekä tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien toimivallan osalta yhteisöllisten konventioiden filosofisena perustana ovat sääntösidonnaiset eli *institutionaaliset tosiasiat*, joita *lingvistisen filosofian* alaan kuuluva institutionaalisten puhetekojen teoria sekä sen varaan rakentuva *institutionaalinen oikeuspositivismi* ovat lähemmin analysoineet.²¹

²¹ Institutionaalista oikeuspositivismista, McCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism, passim*; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 43–45, 431–443, 884.

Ontologisesti (vain) mahdolliset asiantilat sekä maailmassa tosiasiallisesti toteutuneet tosiasiat voidaan jakaa lingvistisen filosofian tarkoittamalla tavalla yhtäältä 'raakoihin' (engl.: *brute facts*) ja toisaalta institutionaaliisiin faktoihin.²² *Raa'at tosiasiat* viittaavat todellisuuden asiantiloihin, joiden eksistenssi on ihmisestä, kielestä, kulttuurista ja yhteisöstä riippumaton erilaisten fysikaalisten ja mahdollisesti myös mentaalisten asiantilojen merkityksessä. Raakoja eli luonnollisia tosiasioita ovat esimerkiksi se, että maan etäisyys auringosta on John Searlen esimerkin mukaan 93 miljoonaa mailia, että vesi jäätyy, kun sen lämpötila on 0° celsiusta, ja kiehuu normaali-ilmanpaineessa, kun sen lämpötila on 100° celsiusta, että painovoima vetää kappaleita puoleensa voimalla, joka on suhteessa kappaleiden massaan sekä käänteisessä suhteessa kappaleiden väliseen etäisyyteen tai että "kuolemalla on aina syynsä", Eino Jutikkalan tilastollisen väestöhistorian tutkimuksen otsikkoa lainatakseni.²³ *Raa'at tosiasiat* eivät lakkaa olemasta, vaikka emme niihin uskoisi, vaikka emme niitä tietyllä hetkellä ajattelisi tai emme niistä mitään lausuisi.²⁴ Pöytien, tuolien, planeettojen, valkoisten kääpiöiden eli painovoiman vaikutuksesta romahtaneiden tähtien ja mustien aukkojen *olemassaolo*, samoin kuin kirjailija J. K. Rowlingin luoman tarumaailman velhojen, feeniks-lintujen, yksisarvisten, puolijättiläisten, taikaministeriön tai ankeuttajien kaltaisten taruolentojen *ineksistenssi*, on täysin ihmisen tahdosta ja vallitsevista yhteisöllis-kulttuurisista konventioista riippumaton tosiasia.

Institutionaaliset tosiasiat ovat puolestaan asiantiloja, joiden eksistenssi on sidoksissa tiettyjen yhteisöllisten, kulttuuristen, kielellisten tai oikeudellisten ehtojen täyttymiseen. Institutionaaliset faktat viittaavat yhteisöllisiin tosiasioihin, joita ovat esimerkiksi se, että pokeripelissä täyskäsi voittaa kolmoset ja värisuora neloset tai että shakkipelissä torni voi liikkua pelilaudan ruutujen suuntaisesti ja lähetti ruutuihin nähden diagonaalisesti. Institutionaalisia tosiasioita ovat myös esimerkiksi ne oikeudelliset tosiasiat, että Suomen voimassa oleva perintökaari (5.2.1965/40) säättää menettelystä, jota noudattaen laadittu testamentti on pätevä eli saa tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten antamissa ratkaisuissa, että Suomen ulkosuhteista päättää Suomen tasavallan presidentti yhdessä valtioneuvoston kanssa voimassa olevan perustuslain 93 §:n (11.6.1999/731) mukaan tai että Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on oikeudellisesti toimivaltainen antamaan Euroopan unionin perus-

²² Raaioista ja institutionaalisista tosiasioista, Searle, *Speech Acts*, s. 50–53; sama, *The Construction of Social Reality*, s. 27–29; Anscombe, "On Brute Facts".

²³ Jutikkala, *Kuolemalla on aina syynsä*.

²⁴ Tosin Searlen esimerkkien käyttämät mittayksiköt eli celsius ja maili ovat institutionaalisia tosiasioita, eivät raakoja tosiasioita. Raakoja tosiasioita sanotuissa esimerkeissä ovat vain maan lähemmin täsmentämätön etäisyys auringosta samoin kuin se tosiasia, että vesi tietyissä olosuhteissa jäätyy tai kiehuu.

tamissopimuksen 234 artiklan (eli entisen 177 artiklan) mukaisen ennakkoratkaisun asiassa, joka koskee eurooppaoikeudellisen normiston pätevyyttä ja tulkintaa kansallisessa tulkintakontekstissa, tai että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevillä yleisillä oikeusohjeilla on tietyin ehdoin myös suomalaisen tuomarın tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus.²⁵

Erilaiset yhteisölliset, kulttuuriset ja oikeudelliset ilmiöt, kuten Suomen voimassa oleva perustuslaki, yksityisoikeudellinen sopimus, pätevä testamentti, avioehto, omistusoikeus, osakeyhtiö, panttaussopimus, valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta, käräjäoikeuden istunto, Suomen kulttuurirahasto tai Euroopan unionin perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisupyyntö, ovat sääntösidonnaisia, institutionaalisia tosiasioita, joiden yhteisöllinen olemassaolo on sidoksissa sanottuja ilmiöitä sääteleviin konstitutiivisiin sääntöihin, jotka voivat olla joko yhteisöllisiä tai täsmentyneemmin oikeussääntöjä. Myös lainsäätäjät, tuomioistuimet ja muut lakia soveltavat viranomaiset ovat oikeudellisten konstituutiosääntöjen määrittämiä institutionaalisia tosiasioita.²⁶

John Searlen kielenkäyttö osin poikkeaa tässä teoksessa omaksutusta terminologiasta. Searle tekee erottelun esimerkiksi shakkipelin *konstitutiivisten sääntöjen* ja (pelkkien) *konventioiden* välillä.²⁷ Shakin konstitutiivisiin sääntöihin kuuluu esimerkiksi se, että peli päättyy vastapuolen kuninkaan matittamiseen, tasapeliin tai toisen pelaajan luovuttamiseen. Shakin konventioihin kuuluu puolestaan se seikka, että pelinappuloista talonpoika on tavallisesti pienempi kooltaan kuin kuningas. Searle huomauttaa, että konventiot viittaavat omaksutun yhteisöllisen järjestelyn mielivaltaisuuteen, kun taas esimerkiksi shakkipelin konstitutiiviset säännöt eivät Searlen mukaan ole samalla tavoin mielivaltaisesti määrättävissä.²⁸

Valitettavasti Searle ei kehittele pidemmälle argumenttiaan, joka erottaa määrättyä sosiaalista käytäntöä määrittelevät varsinaiset konstitutiiviset säännöt sekä pelkät yhteisölliset konventiot toisistaan. Pelin konstitutiiviset säännöt tekevät shakkipelistä nimenomaan shakin erotettuna esimerkiksi jätkänshakis-

²⁵ Kun lainsäätäjät osana voimaan tulevaa säädöstä tai tuomioistuin osana annettavaa lainsoveltamisratkaisua puhuu pöydistä ja tuoleista, onko tuon institutionaalisen puhuteon jälkeen kyse raaoista vai institutionaalisisista faktoista?

²⁶ Käytän termiä *institutionaaliset lainsoveltajat* viittaamaan tuomioistuihin ja muihin virkan-sa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltaviin viranomaisiin.

²⁷ Myös Alf Ross käyttää shakkipeliä esimerkkinä yhteisöllisistä säännöistä sekä tuomarın tai oikeudellisen toimijan sisäisestä näkökulmasta oikeuteen analyttisen oikeusrealismin tutkimuk-sellisten premissien vallitsessa. Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 22–28.

²⁸ "It is perhaps important to emphasize that I am discussing of *rules* and not *conventions*. It is a rule of chess that we win the game by checkmating the king. It is a *convention* of chess that the king is larger than a pawn. 'Convention' implies arbitrariness, but constitutive rules in general are not in that sense arbitrary." Searle, *The Construction of Social Reality*, s. 28 (kursivoinnit Searlen).

ta, tammesta, halmasta tai Harry Potter -kirjojen huispauksesta, mutta sisällöltään ne ovat, tai ovat ainakin alun perin olleet, aivan yhtä mielivaltaisia kuin minkä tahansa muun vastaavan sosiaalisen toiminnan perustavat säännöt, jollei sitten sitouduta fenomenologian tai luonnonoikeusfilosofian mukaiseen käsitykseen shakkipelin (tai oikeusjärjestyksen) 'itseannetusta' ja käsitteellisesti välttämättömästä olemuksesta, joka onnistuneesti väistää esimerkiksi kansainvälisen shakkiliiton (*Federation Internationale des Échecs – World Chess Federation*) pyrkimykset shakin virallisten sääntöjen vahvistamiseksi. *FIDE*:n ja shakkipelin laajamittaisen yhteisöllisen käytön myötä shakki-pelin säännöt ovat vakiintuneet nykyiseen muotoonsa, mutta niiden alun perin mielivaltaista ja tahdonvaltaista luonnetta tämä tosiasia ei muuksi muuta.²⁹

Shakkinappuloiden suhteellinen koko tuskin täyttää edellä esitettyä vakiintuneen yhteisöllisen konvention määritelmää ainakaan *vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden* merkityksessä, joten Searlen terminologia poikkeaa tässä teoksessa omaksutusta. Lisäksi myös päinvastaista kokoluokitusta soveltavat, 'taiteelliset' shakkinappulat ovat hyvin ajateltavissa ja arvatenkin sellaisia on myös laadittu. Searlen yhteisöllisiin konventioihin liittä-mä määre "mielivaltainen" soveltuu nähdäkseni yhtä huonosti (tai yhtä hyvin) shakkipelin konstitutiivisiin sääntöihin kuin shakkipelin kulkua määrittäviin yhteisöllisiin konventioihin. Shakkipeliä määrittäviä yhteisöllisiä konventioita ovat esimerkiksi erilaiset pelitapahtumaa jäsentävät ja lähinnä oikeusperiaatteen tai yleisen ratkaisustandardin kaltaiset normit, jotka eivät ole formuloitavissa yksiselitteisiksi säännöiksi ja jotka säätelevät esimerkiksi vastapuolen keskittymisrauhan kunnioittamista,³⁰ yleisön käyttäytymistä pelin aikana³¹ ja yleisesti peliolosuhteita.³²

Searlen institutionaalisen ontologian jako yhtäältä fysikaalisiin ja mentaalisiin *raakoihin* tosiasioihin ja toisaalta *institutionaalisiin* tosiasioihin muistuttaa myös läheisesti Karl Popperin (1902–1994) muun muassa *Objective Knowledge* -teoksessa esittämää kolmiportaista ontologiaa, jossa hän jakoi todellisuuden ilmiöt *maailma 1:n* fysikaalisiin olioihin tai asiantiloihin, *maailma 2:n* mentaalisiin tajunnantiloihin ja *maailma 3:n* objektivoituneisiin yhteisöllis-kulttuurisiin olioihin.³³

²⁹ Erilaisia shakin muunnelmia ovat esimerkiksi *Fischer Random* (engl.: *Fischer Random Chess*) jossa upseerien sijainti laudalla arvotaan määrättyjen rajoittavien reunaehtojen vallitessa, kolmen pelaajan shakki sekä shakki, jossa upseerien sallittuja siirtotapoja on eri tavoin muunneltu.

³⁰ Esimerkiksi: saako pelaaja tuijottaa vastapuolta häiritsevästi pelin aikana, saako pelaaja pukeutua räikeisiin vaatteisiin, jotka saattavat häiritä vastapuolen keskittymistä, saako pelaaja jauhaa purukumia pelin aikana?

³¹ Esimerkiksi: miten rikkumaton tulee hiljaisuuden olla pelin aikana, saako yleisö liikkua salissa ja onko kuvaaminen tai tekstiviestien kirjoittaminen ja lähettäminen pelin aikana sallittua?

³² Esimerkiksi: millainen valaistuksen tulee olla pelin aikana?

³³ Popper, *Objective Knowledge*, s. 106 *et seq.*

Ajatus sosiaalisen tai oikeudellisen todellisuuden ilmiöiden käsitteellisestä sidoksesta voimassa olevan oikeuden konstitutiivisiin sääntöihin ei sinänsä ole uusi. Hans Kelsen huomautti jo 1920-luvulla, että ”valtio” on määritettävissä vain voimassa olevien oikeussääntöjen avulla. Se on toisin sanoen yhteisnimitys voimassa oleville valtiosääntö-, hallinto- ja vastaavien muiden oikeusnormien joukolle, eikä valtiolla voi olla itsenäistä, ’organista’ tai luonnollista eksistenssiä sanottujen oikeussääntöjen rajaaman normatiivisen sfäärin ulkopuolella.³⁴

Yhteisölliset konventiot perustuvat *konstitutiivisten sääntöjen* määrittämiin *institutionaalsiin tosiasioihin*. Institutionaalisen tosiasian yleisenä muotona on John Searlen mukaan: ”X counts as Y in context C”³⁵ eli ”tosiasia x hyväksytään tosiasiaksi y eli x on y tulkintakontekstissa C”. Konstituutiosäännöt määrittävät *tulkinta-avaimen*, jonka avulla määrätty raaka tosiasia x, kuten Arkadianmäen eduskuntatalon pyöreään istuntosaliin kokoontuneiden henkilöiden puhe- ja äänestyskäyttäytyminen hetkellä ($t_1 - t_2$), on tulkittavissa institutionaalisesti tosiasiaksi eli valtiopäiville kokoontuneeksi Suomen eduskunnaksi oikeudellisessa tulkintakontekstissa C, jonka sisällön Suomen voimassa olevan valtiosääntöoikeuden normit määrittävät. Myös institutionaalinen tosiasia voi olla myöhemmän uuden oikeudellisen kvalifioinnin kohteena. Tämä on tilanne esimerkiksi silloin, kun lainsäädännöllä tai yksittäisillä tuomioistuinratkaisuilla puututaan jo entuudestaan voimassa olevien oikeudellisten instituutioiden oikeudelliseen konstituutioon tai tietynhetkiseen tulkinnalliseen merkityssisältöön.

9.3.2 Institutionaalisten tosiasioiden ominaispiirteet John Searlen mukaan

Searle luonnehtii *Speech Acts* -teoksessa institutionaalisia tosiasioita seuraavien keskeisten piirteiden avulla:³⁶ (a) yhteisöllisille käsitteille (engl.: *social concepts*) on ominaista niiden itsereferentialisuus (engl.: *self-referentiality*) eli

³⁴ Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*.

³⁵ Searle, *Speech Acts*, s. 51–52: ”[Institutional facts] are indeed facts; but their existence, unlike the existence of brute facts, presupposes the existence of certain human institutions. It is only given the institution of marriage that certain forms of behavior constitute Mr. Smith marrying Miss Jones. (...) These ‘institutions’ are systems of constitutive rules. Every institutional fact is underlain by (a system of) rule(s) of the form ‘X counts as Y in context C.’” – Samoin Searle, *The Construction of Social Reality*, s. 28, 43–51. Vrt. myös Lagerspetz, *A Conventionalist Theory of Institutions*, s. 13; den Hartogh, *Mutual Expectations. A Conventionalist Theory of Law*.

³⁶ Searle, *The Construction of Social Reality*, s. 32–37, 52–78.

itseensä viittaavuus,³⁷ (b) institutionaaliset tosiasiat ovat tavallisesti mutta eivät kuitenkaan poikkeuksettomasti luotavissa performatiivisten kielellisten ilmausten eli puhetekojen avulla, (c) raa'at tosiasiat ovat loogis-käsitteellisesti ensisijaisia institutionaaliin tosiasioihin nähden eli institutionaaliset faktat edellyttävät viime kädessä määrättyjen raakojen faktojen olemassaolon, (d) institutionaaliset tosiasiat muodostavat kokonaisjärjestelmän, jonka osatekijät ovat määrättyssä suhteessa toisiinsa, (e) yhteisölliset prosessit ja institutionaaliset teot (engl.: *institutional acts*) ovat ensisijaisia suhteessa yhteisöllisiin objekteihin tai olioihin, ja (f) institutionaaliset tosiasiat ovat tavallisesti sidoksissa yhteisössä käytettyyn kieleen. Lisäksi institutionaaliset tosiasiat perustuvat nii-
tä määrittäviin *konstituutiosääntöihin*.

Valtaosa Searlen havaitsemista institutionaalisia tosiasioita määrittelevistä ominaisuuksista on varsin ilmeisiä ja riidattomia. Se, että institutionaaliset faktat, kuten oikeudelliset instituutiot, ovat tavallisesti luotavissa, muutettavissa ja kumottavissa kielen *performatiivisen* käytön eli *institutionaalisten puhetekojen* avulla (= Searlen kohta b), vastaa Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustaman institutionaalisen oikeuspositivismin ontologisia sitoumuksia koskien oikeudellisten instituutioiden konstitutiivisia synty-, transformaatio- ja derogaatioehtoja. Oikeudelliset instituutiot ovat ainakin tavallisesti sidoksissa määrättyjen oikeudellisesti toimivaltaisten institutionaalisten toimijoiden eli yhtäältä lainsäätäjän ja toisaalta tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten institutionaaliin puhetekoihin, jos analyysin lähtökohdaksi hyväksytään analyyttisen oikeuspositivismin, institutionaalisen oikeuspositivismin tai analyyttisen oikeusrealismin keskeiset oletukset oikeussääntöjen luomisesta (= voimaantulosäännöt), sisällöllisestä muuttamisesta (= transformaatio-säännöt), oikeusvaikutusten toteuttamisesta (= konsekventialistiset säännöt) ja kumoamisesta (= derogaatiosäännöt).

Sidonaisuus institutionaaliin puhetekoihin ei ole kuitenkaan välttämätön edellytys määrättyjen yhteisöllisten tai oikeudellisten vaikutusten synnylle. Institutionaalisen toimijan hiljaisuus tai passiivisuus saattaa jossain tilanteessa riittää, samoin kuin jokin ele, jolle yhteisö on oppinut antamaan konventionaalisen merkityksen.³⁸ Oikeudellisessa tulkintakontekstissa tavanomaisoikeudel-

³⁷ "Logically speaking, the statement 'A certain type of substance, x, is money' implies an indefinite inclusive disjunction of the form 'x is used as money or x is regarded as money or x is believed to be money, etc.' But that seems to have the consequence that the concept of money, the very definition of the word 'money', is self-referential, because in order that a type of thing should satisfy the definition, in order that it should fall under the concept of money, it must be believed to be, or used as, or regarded as, etc., satisfying the definition." Searle, *The Construction of Social Reality*, s. 32. – Myös Lagerspetz käyttää rahaa esimerkkinä institutionaalisesta tosiasiasta, Lagerspetz, *A Conventionalist Theory of Institutions*, s. 45–51.

³⁸ Esimerkkinä konventionaalisesta eleestä on antiikin Rooman keisarin peukalon ylös- tai alaspäin kääntävä ele, joka ratkaisi gladiaattoritaistelussa hävinneen orjan kohtalon.

liset oikeusnormit sekä yhteisöllisiin käytäntöihin palautettavissa olevat oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit eivät toteuta MacCormickin ja Weinbergerin ehtoa oikeuden tahdonvaltaisesta konstituoitavuudesta institutionaalisten puhetekojen avulla vaan heikompi yhteisöllinen perusta riittää. Se, että institutionaaliset tosiasiat edellyttävät 'raakojen' faktojen olemassaoloa (= Searlen kohta c), on osoituksena niiden yhteisöllis-kulttuuri-sesta ja 'tulkinnallisesta' luonteesta suhteessa Popperin *maailma 1:n* ja *maailma 2:n* olioihin. Voimassa oleva oikeus institutionaalisten oikeussääntöjen ja yhteisöllisten oikeusperiaatteiden tai niiden muodostamien oikeudellisten instituutioiden yhteisnimityksenä, jollaisia ovat esimerkiksi omistusoikeus, sopimus, avioliitto, osakeyhtiö, valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta tai Suomen voimassa oleva perustuslaki, perustuu keskeisesti sen ajatuksen varaan, että oikeudelliset instituutiot muodostavat yhtenäisen systeemisen kokonaisuuden hajanaisten ja keskenään ristiriitaisten elementtien sijaan (= Searlen kohta d). Esimerkiksi ajatus osakeyhtiön kaltaisen oikeushenkilön eli institutionaalisen faktan juridisista oikeuksista ja velvollisuuksista suhteessa muihin oikeussubjekteihin ei olisi mahdollinen ilman senkaltaista oletusta.

Searlen institutionaalinen ontologia painottaa yhteisöllisten prosessien ja tekojen merkitystä yhteisöllisten olioiden ja sosiaalisten prosessien lopputuloksen sijaan (= Searlen kohta e). Oikeudellisessa tulkintakontekstissa tämä tarkoittaa oikeudellista kelpoisuutta määrittävien toimivaltasääntöjen ja yksittäisten oikeudellisten määräämistoimien käsitteellistä ensisijaisuutta siten aikaansaatuihin säädöksiin, viranomaisratkaisuihin tai sopimuksiin nähden. Institutionaalisten tosiasioiden määritelmällinen sidonnaisuus yhteisössä käytettyyn kieleen (= Searlen kohta f) on myös oikeudellisia instituutioita keskeisesti luonnehtiva piirre.³⁹ Ongelmaksi muodostuu nähdäkseni vain Searlen kohta (a), jonka mukaan yhteisöllisten käsitteiden ja institutionaalisten tosiasioiden *semanttisena referenssinä* olisivat itsereferentiaalisella eli itse itseensä viittaavalla tavalla vain sanotut yhteisölliset käsitteet tai institutionaaliset faktat. Nähdäkseni tuota oletusta tulkintaopillisen konventionalismin ei tarvitse tehdä, sillä institutionaalisten tosiasioiden 'takana' on Searlen itsensäkin tunnustamalla tavalla raakojen tosiasioiden maailma, jota konventionalististen sääntöjen avulla kvalifioidaan.

Lisäksi Searlen terminologia on tältä osin harhaanjohtavaa, sillä hän tarkoittaa yhteisöllisten käsitteiden itseensä viittaavuudella osapuilleen samaa asiaa kuin Eerik Lagerspetz väitöskirjassaan *A Conventionalist Theory of Institutions* keskeistermillä *vastavuoroiset odotukset*.⁴⁰ Searle viittaa sanotulla termillä sii-

³⁹ Tosin sopijapuolen hiljaisen suostumuksen kaltaiset oikeudelliset konstruktiot ovat tähän ilmeinen poikkeus.

⁴⁰ Lagerspetz, *A Conventionalist Theory of Institutions*; sama, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*; vrt. den Hartogh, *Expectations. A Conventionalist Theory of Law*.

hen, että esimerkiksi raha institutionaalisena tosiasiana perustuu yhteisössä yleisesti vallitsevaan uskomukseen, että määrätty fyysiset esineet eli esimerkiksi tietyntyliset setelit ja kolikot todellakin hyväksytään taloudellisessa vaihdannassa laillisina maksuvälineinä ja yleisenä arvon mittarina. Yleisesti hyväksyttyä rahaa koskevan yhteisöllisen uskomuksen laajamittainen rapautuminen esimerkiksi Weimarin Saksan 1920-luvun hyperinflaation tavoin johtaisi lopulta koko rahajärjestelmän romahtamiseen ja aiemmin laillisena maksuvälineenä pidettyjen seteleiden ja kolikoiden tai vastaavien esineiden institutionaalisen luonteen katoamiseen.⁴¹ Tämä pitää toki paikkansa, mutta kyse ei ole varsinaisesti rahaa koskevien uskomusten itsereferentiaalisuudesta eli itse itsensä määrittelevästä luonteesta, vaan määrätyn yhteisön jäsenten *vastavuoroisista odo-
tuksista* ja *yhteistoimintaa edistävistä asenteista* esimerkiksi yhteisöllisen rahajärjestelmän toimivuuteen liittyen.⁴²

Oikeammin yhteisöllisten tai institutionaalisten käsitteiden tai uskomusten itsereferentiaalisuus viittaa ilmiöön, josta Hans Kelsen kirjoitti tarkkanäköisesti puhtaan oikeusopin teoriassaan:⁴³

”Eräs oikeuden merkittävimpiä ominaisuuksia on näet se, että se sääntelee itse omaa syntyään ja soveltamistaan. Yleisten oikeusnormien luominen eli lainsäädäntömenettely on perustuslain säänteleminen, kun taas muodolliset eli prosessilait sääntelevät aineellisen oikeuden soveltamista tuomioistuimissa ja hallintoviranomaisissa. Niinpä tuomioistuinprosessiin kuuluvat oikeutta luovat ja oikeutta soveltavat toimet (joista jälkimmäiset ovat, niin kuin tulemma näkemään, itsekin oikeutta luovia) katsotaan oikeudellisiksi vain, jos niiden sisältö on oikeusnormien mukainen eli jos ne ovat oikeusnormien määrittämiä. Niinpä myös dynaamisen oikeusteorian tiedonintressi on kohdentunut niihin oikeusnormeihin, jotka sääntelevät oikeuden luomista ja soveltamista.”

⁴¹ ”If everybody stops believing it is money, it ceases to function as money, and eventually ceases to be money. (...) And what goes for money goes for elections, private property, wars, voting, promises, marriages, buying and selling, political offices, and so on.” Searle, mts. 32.

⁴² Searle viittaa myös *typetoken* -erotteluun eli eroon, joka on tehtävissä esimerkiksi suhteessa rahaan yleisen sosiaalisen instituution merkityksessä (= *type*) sekä rahaan yksittäisten seteleiden ja kolikoiden merkityksessä (= *token*). Searle, mts. 32–34, 53.

⁴³ ”Denn es ist eine höchst bedeutsame Eigentümlichkeit des Rechts, daß es seine eigene Erzeugung und Anwendung regelt. Die Erzeugung der generellen Rechtsnormen, das ist das Verfahren der Gesetzgebung, ist durch die Verfassung geregelt, und formale oder Prozessgesetze regeln die Anwendung der materiellen Gesetze durch die Gerichte und Verwaltungsbehörden. Daher die den Rechtsprozess darstellenden Akte der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung (die, wie wir gesehen werden, selbst auch Rechtserzeugung ist) für die Rechtserkenntnis nur insofern in Betracht kommen, als sie den Inhalt von Rechtsnormen bilden, durch Rechtsnormen bestimmt sind; so daß auch die dynamische Rechtstheorie auf Rechtsnormen gerichtet ist, und zwar auf jene, die die Erzeugung und Anwendung des Rechts regeln.” Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 73 (käännös allekirjoittaneen).

Kyse on toisin sanoen oikeuden viime kädessä itse itsensä määrittelevästä, konstituivasta ja legitimoivasta ominaisuudesta Kelsenin puhtaan oikeusopin normativismin sekä yleisemmin analyttisen oikeuspositivismin tutkimuksellisten premissien vallitessa, jotka kiistävät oikeuden ulkoisen velvoittavuusperustan mahdollisuuden tai oikeutuksen.⁴⁴ Kelsen perusteli voimassa olevan oikeuden suljetun sfäärin sekä alun perin hänen maanmiehensä Adolf Julius Merklin ajatuksiin perustuvan idean hierarkkisesta oikeusnormipyramidista transsendentaalis-loogisen *perusnormikonstruktion* avulla.⁴⁵ Perusnormi on uuskantilaisen tietoteorian edellyttämä ajatuksellinen välttämättömyys, jonka avulla Kelsen saattoi perustella määrätyn oikeusjärjestyksen ajallisesti varhaisimman perustuslain, sen nojalla annettujen myöhempien perustuslakien sekä tarkasteluhetkellä voimassa olevan perustuslain valtuuttamana annettujen alemman asteisten oikeusnormien velvoittavuuden ilman, että olisi joutunut loogisessa katsannossa kiellettyyn kehäpäättelmään, jolloin ”perustuslaki velvoittaa, koska on kyse velvoittavasta perustuslaista”, tai filosofisessa katsannossa yhtä lailla ongelmalliseen äärettömään regressioon, jolloin ”perustuslaki_n velvoittaa, koska se johtaa velvoittavuutensa sitä ajallisesti edeltävästä, historiallisesti varhaisemmasta perustuslaista_(n-1)”.

Oikeussosiologi Niklas Luhmann ja oikeusteoreetikko Gunther Teubner ovat analysoineet modernin oikeuden itsekonstituutiota käsitteen *oikeudellinen autopoiesis* avulla.⁴⁶ Luhmannin ja Teubnerin autopoieettinen oikeusteoria hyväksyy Kelsenin puhtaan oikeusopin idean oikeuden itsekonstituutiosta, mutta se kieltäytyy hyväksymästä mitään transsendentaalis-loogisen perusnormin kaltaista ajatuskonstruktiota oikeuden velvoittavuuden viimekätisenä perustana. Modernin oikeuden velvoittavuus on radikaalilla tavalla itseensä viittaavaa, *refleksiivistä* ja *autopoieettista*: oikeus velvoittaa, koska kyse on itse itsensä konstituivasta, määrittelevästä, sääntelevästä, legitimoivasta ja justifioivasta yhteiskunnallisesta ilmiöstä. Kelsenin transsendentaalis-loogisen perusnormin varaan rakentuvan puhtaan oikeusopin teorian yhtä hyvin kuin Luhmannin ja Teubnerin autopoieettisen oikeuskäsityksen perusongelma on kuitenkin lopulta sama kuin saksalaisen kansansadun paroni von Münchhausenin, joka syvälle suonsilmäkkeeseen vajottuaan kiskoi itse itsensä omasta tukastaan takaisin kuivalle maalle. Sama pätee Aulis Aarnion oikeuslähdeoppiin, jossa lainsäädännön velvoittavuus tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa perustel-

⁴⁴ Analyttisen oikeuspositivismin (wittgensteinilaisesta) kiinteän perustan kaipuusta, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 29–39, 197–231, 264–267.

⁴⁵ Merklin oikeusajattelusta ja normihierarkiakonstruktiosta, Merkl, ”Das Recht im Lichte seiner Anwendung”; sama, ”Das doppelte Rechtsanlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes”; sama, ”Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues”.

⁴⁶ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, s. 188 *et seq.*; Teubner, *Law as an Autopoietic System*, s. 13–46; Teubner, ”How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology in Law”, *passim*.

laan viime kädessä viittaamalla virallisen sanktion uhkaan, joka on asetettu toisaalla voimassa olevassa lainsäädännössä.⁴⁷

Kun oikeudellisen autopoiesiksen mukaan ei ole mitään oikeuden ulkopuolista semanttista referenssiä, jonka avulla oikeuden viimekätinen velvoittavuus voitaisiin perustella, joudutaan loogisen päättelyn kehään tai, vaihtoehtoisesti, päättymättömään regressiiviseen päättelyyn.⁴⁸ Nuo molemmat vaihtoehdot Kelsenin siis torjui edellytetyn, transsendentaalis-loogisen perusnormikonstruktion avulla, mutta sen tutkimuksellisenä hintana oli samalla perusnormin itsensä viimekätinen määrittelemättömyys samaisella normi/fakta -asteikolla, joka sen avulla asetettiin. Sanottu pätee soveltuvin osin myös H.L.A. Hartin oikeuden tunnistamissääntöön tai mihin tahansa muuhun oikeuden viimekätiseen velvoiteperustaan, jos oikeus ymmärretään analyyttisen oikeuspositivismin tavoin suljettuna järjestelmänä.⁴⁹

Tulkintaopillisen oikeudellisen tai yhteisöllisen konventionalismin ei tarvitse tukeutua Searlen, Kelsenin, Luhmannin tai Teubnerin havaitsemaan yhteisöllisten käsitteiden, institutionaalisten faktojen tai oikeudellisten ilmiöiden semanttiseen itsereferentiaalisuuteen eli itseensä viittaavuuteen ja autonomiseen itsekonstituuioon, vaan sanottu piirre soveltuu ainoastaan systeemisesti suljettuihin ja autonomisiin normi-, arvo-, tieto-opillisiin ja vastaaviin muihin järjestelmiin. Esimerkiksi John Finnin seitsemän itsestään selvän *perushyvän* (engl.: *basic goods*) eli *perusarvon* (engl.: *basic values*) varaan rakentuva yhteisöllinen etiikka voidaan sulkea ulkoisilta arviointikriteereiltä sanottujen normatiivisten perusteiden avulla,⁵⁰ jolloin se ei tarvitse perushyvien järjestelmään nähden ulkoista semanttista referenssiä esitettyjen eettisten tai oikeudellisten kantojen tueksi. Samoin kognitiivinen eli tieto-opin järjestelmä, jossa kaikenlainen tiedollinen epävarmuus on suljettu järjestelmän ulkopuolelle esimerkiksi jonkin uskonnollisen tai muun vastaavan auktoriteetin postuloidun erehtymättömyyden avulla, voidaan toki rakentaa suljetuksi ja sisäisesti ristiriidattomaksi järjestelmäksi. Tällöin tiedoksi luetaan vain se, minkä tuo tieto-opin järjestelmä itse asettamiensa arviointikriteerien valossa tiedoksi hyväksyy.

Kun yhteisöllisten käsitteiden yhtä hyvin kuin institutionaalisten faktojen edellytetty itseensä viittaavuus sivuutetaan, Searlen muut institutionaalisia tosiasioita luonnehtivat seikat soveltuvat hyvin niiden kohdereferenssiin. Institutionaalisten faktojen analyysiä tulee kuitenkin vielä täsmentää eräällä keskeisellä ominaispiirteellä, johon on jo edellä viitattu.

⁴⁷ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 216–220.

⁴⁸ Vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 213–214.

⁴⁹ Kokoavasti oikeuden viimekätisten premissien pulmallisesta ontologiasta, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 229–231.

⁵⁰ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, etenkin s. 85–99.

9.3.3 Yhteisölliset konventiot yhteisön jäsenen vastavuoroisina odotuksina ja keskinäistä yhteistoimintaa edistävinä asenteina

Eerik Lagerspetz on analysoinut institutionaalisia tosiasioita yhteisön jäsenen *vastavuoroisina odotuksina*. Esimerkkeinä institutionaalisista tosiasioista hän analysoi rahaa yhteisössä yleisesti hyväksyttynä maksuvälineenä, poliittista legitimitettä sekä oikeutta konventionalistisena eli institutionaalisena tosiasiana.

Vastavuoroisten odotusten yleinen muoto on Lagerspetzin mukaan seuraava:⁵¹

(MB) Uskomus p nauttii vastavuoroista hyväksyntää yhteisössä S , jos ja vain jos

- (1) jokainen yhteisössä S uskoo, että p ,
- (2) jokainen yhteisössä S uskoo, että jokainen yhteisössä S uskoo, että p , toistettuna aina i kertaa, missä i on se toistojen määrä, joka tarvitaan yhteisön S uskomusten kuvaamiseksi (ja missä $2 \leq i < \infty$),
- (3) i voi saada minkä tahansa arvon välillä 2 ja ∞ ,
- ($i + 1$) jokainen yhteisössä S uskoo, ettei kenelläkään yhteisössä S ole senkaltaisia ylemmän asteisia uskomuksia ($> i$) yhteisön S jäsenen uskomuksista, joilla olisi vaikutusta jonkun sen yksittäisen jäsenen käyttäytymiseen.

Konventionaalisen eli institutionaalisen tosiasian yleinen muoto on Lagerspetzin mukaan seuraava:⁵²

(CF) Lause ” a on F ” ilmaisee konventionaalisen tosiasian, jos ja vain jos seuraavat kaksi ehtoa ovat välttämätön ja riittävä ehto sille, että a on F :

- (1) merkityksellisessä ryhmässä yhteisön S jäseniä vallitsee vastavuoroinen uskomus, että a on F , ja
- (2) merkityksellisissä tilanteissa kohta (1) on ainakin osaperuste sille, että yhteisön S jäsenet toimivat tavalla, joka on ymmärrettävissä, kun a on F .

Yhteisössä vallitsevien eli voimassa olevien *sääntöjen* yleinen malli on Lagerspetzin mukaan seuraava:⁵³

⁵¹ Lagerspetz, *A Conventionalist Theory of Institutions*, s. 18 (käännös allekirjoittaneen).

⁵² Lagerspetz, mts. 19 (käännös allekirjoittaneen).

⁵³ Lagerspetz, mts. 22–23 (käännös allekirjoittaneen): ”(R): R is a regulative rule in S if (1) the members of S generally comply with R ; (2) there is a mutual belief in S that R is a regulative rule in S , and (3) [point] (2) is at least a partial reason for [point] (1).” – ”(DR): R is a definition rule in S if (1) the members of S generally count a ’s as F ’s; (2) it is a mutual belief in S that there is a definition rule R in S which defines a ’s as F ’s, and (3) [point] (2) is at least a partial reason for [point] (1).”

- (R) Regulaatiivinen sääntö R on voimassa yhteisössä S, jos
- (1) yhteisön S jäsenet yleisesti toimivat säännön R mukaan,
 - (2) yhteisössä S vallitsee vastavuoroinen uskomus, jonka mukaan regulaatiivinen sääntö R on voimassa yhteisössä S, ja
 - (3) kohta (2) on ainakin osittainen peruste kohdan (1) toteutumiselle.
- (DR) Konstitutiivinen sääntö R on voimassa yhteisössä S, jos
- (1) yhteisön S jäsenet yleisesti hyväksyvät a:t F:iksi,
 - (2) yhteisössä S vallitsee vastavuoroinen uskomus, että vallalla on konstitutiivinen sääntö DR, joka määrittelee a:t F:iksi,
 - (3) kohta (2) on ainakin osittainen peruste kohdan (1) toteutumiselle.

Lisäksi Lagerspetz lisää vielä päättelysäännön (RR):⁵⁴

- (RR) Sääntö R on voimassa yhteisössä S, jos S:ssä on voimassa sääntö R', joka määrittelee säännön R voimassa olevaksi yhteisössä S.

Sanotut kolme ehtoa ovat Lagerspetzin mukaan yhteensä *välttämätön* ja *riittävä* edellytys sille, että sääntö R on voimassa yhteisössä S.⁵⁵ Sanotut ehdot määrittävät siis regulaatiivisten (R) ja konstitutiivisten sääntöjen (DR) sekä niiden perusteella (vain) pääteltävissä olevien, itsessään joko regulaatiivisten ja konstitutiivisten sääntöjen (RR) voimassaoloa määrättyssä yhteisössä S.

Erilaiset yhteisölliset instituutiot, kuten raha, poliittisen vallankäytön legitimi-teetti tai voimassa oleva oikeus, ovat siis Searlen ja Lagerspetzin tarkoittamalla tavalla *konventionaalisia* eli *institutionaalisia* tosiasioita, jonka yhteisöllinen ek-sistenssi on palautettavissa yhteisön jäsenten vastavuoroisiin odotuksiin. Niiden kohteena ovat yhteisön muiden jäsenten vastainen käyttäytyminen ja sen perusta-na olevat yhteisölliset säännöt. Oikeudellisessa tulkintakontekstissa yhteisön jä-senten vastavuoroiset odotukset kohdentuvat oikeudellisen velvoittavuuden pe-rustaviin institutionaalsiin tai yhteisöllisiin tosiasioihin.

Lagerspetzin tavoin mutta tämän suhteellisen formaalia analyysiä merkittävä-si syventäen ja laajentaen hollantilainen Govert den Hartogh on tarkastellut oikeuden konventionaalisuutta eli sidonnaisuutta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin niihin osallistuvien henkilöiden vastavuoroisten odotusten ja keski-

⁵⁴ Lagerspetz, mts. 23 (käännös allekirjoittaneen): "(RR): R is a rule in S if there is a rule R' in S which defines R as a rule in S."

⁵⁵ Lagerspetz, *ibid.* – Käyttämäni terminologia, jonka mukaan sääntö *on voimassa* määrättyssä yhteisössä vastaa Lagerspetzin käyttämää englanninkielistä, semanttisesti monitulkintaista ter-miä *is*: "R is a regulative rule in S, if ... (2) there is a mutual belief in S that R is a regulative rule in S". Tämä ei ole ongelmatonta, sillä ilmaus "on voimassa" voi tunnetusti viitata monilukui-seen joukkoon erilaisia oikeusnormin voimassaoloteorioita esimerkiksi muodollis-systeemisen päte-vyyden (engl.: *formal systemic validity*), tosiasiallisen täytäntöönpanotehokkuuden (engl.: *em-pirical efficiency*) tai aksiologisen eli arvoperustaisen hyväksyttävyyden (engl.: *axiological ac-cep-tability*) merkityksessä. Ilmaus, jonka mukaan yhteisössä S *vallitsee* tai *on vallalla* sääntö R, väistää sanotun ongelman mutta on samalla kielellisesti epätarkka.

näistä yhteistoimintaa edistävien asenteiden avulla. den Hartoghin mukaan nämä kaksi yhteisöllisten konventioiden osatekijää edellyttävät samalla toisiaan:⁵⁶

”Ehdottamani konventionalistinen teoria velvollisuusnormeista käsittää kaksi osatekijää: *vastavuoroiset odotukset* ja keskinäistä *yhteistoimintaa edistävät asenteet*. (...) Aion perustella väitteen, jonka mukaan ne kumpikin edellyttävät välttämättä toisiaan. Sitoutuminen yhteistoimintaa edistäviin asenteisiin tarkoittaa, että yhteisön jäsenet ovat valmiit kunnioittamaan toistensa perusteltuja käyttäytymisodotuksia, ja nuo odotukset ovat puolestaan perusteltavissa yhteistoimintaa edistävien asenteiden avulla. Merkittävänä seurauksena tästä tosiasiasta on se, että johonkin sosiaaliin normiin osallistuvien henkilöiden vastavuoroiset odotukset eivät ole voineet kehittyä irrallaan yhteisössä jo ennalta vaikuttaneista käyttäytymisodotuksista. Vain jos vastavuoroisia odotuksia ilmentävät yhteisölliset käyttäytymismallit ovat jo entuudestaan yleisellä tasolla olemassa, on mahdollista muodostaa yksittäisessä sosiaalisessa tilanteessa konkreettisia käyttäytymisodotuksia. (...) Jos ehdottamani seuraussuhde hyväksytään, konventionalistisen teorian avulla voi vain perustella määrättyjen yhteisöllisten konventioiden tai normien olemassaolon, mutta ei niiden syntytapaa.”

Osa den Hartoghin tarkastelemista oikeudellisista konventiosta on *formaaleja*, kuten lainsäädäntö ja tuomioistuinkäytäntö, ja osa *epävirallisia*, kuten tavanomaisoikeudelliset käytännöt ja oikeusperiaatteet. den Hartogh määrittelee oikeuden kokoavasti neljän osatekijän avulla:⁵⁷

- (a) oikeus on konventionaalinen tosiasia eli yhteisön jäsenten eritasoisten vastavuoroisten odotusten kokonaisuus, joka käsittää merkittävän osuuden määrätyn ihmisryhmän keskinäisistä vuorovaikutussuhteista,
- (b) yhteisön jäsenet pyrkivät välttämään yhteisön kannalta vähemmän optimaalisia yhteistyön tuloksia,
- (c) yhteisön jäsenten keskinäistä yhteistoimintaa edistävät asenteet määrittävät osaltaan yhteisöä, ja
- (d) oikeudelle on ominaista yhden tai useamman formaalin konvention olemassaolo, jonka tai joiden avulla lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeudellinen auktoriteetti on määritettävissä.

⁵⁶ ”The conventionalist theory of obligatory norms I propose has two main components: patterns of *mutual expectations*, and *cooperative dispositions*. (...) I will argue that they have an internal reference to each other. Cooperative dispositions consist in being prepared to honour each other’s justified expectations, and those expectations are justified by the existence of the dispositions. An important corollary of this fact is that the mutual expectations of the people participating in a social norm cannot have developed independently of any pre-existing expectations. Only if the pattern of expectations already exists in a general way, is it possible to form concrete expectations of behaviour in any particular case. (...) If this corollary is accepted, it follows that the conventionalist theory can only explain the maintenance of either conventions or norms, not their emergence.” den Hartogh, *Mutual Expectations*, s. 20 (käännös allekirjoittaneen; kursivoinnit lisätty).

⁵⁷ den Hartogh, mts. 220–221.

Oikeudellinen konventionalismi edellyttää toisin sanoen ainakin jonkinlaista sidosta oikeuden yhteisölliseen ja institutionaaliseen perustaan yhteisön jäsenten eritasoisten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden merkityksessä, jotta kyse olisi modernista oikeudesta. Nähdäkseni myös yhteiskuntasopimusteoria voidaan liittää luontevasti yhteisöllisen ja oikeudellisen konventionalismin yhteyteen. Ajatus yhteisön jäsenten vastavuoroisista odotuksista ja keskinäistä yhteistoimintaa edistävästä asenteista liittää yhteisöllisen ja oikeudellisen konventionalismin etenkin ihmisen lähtökohtaista sosiaalisuutta korostavien yhteiskuntasopimusmallien yhteyteen esimerkiksi John Locken filosofian tarkoittamalla tavalla.

9.3.4 Nominalismi vs. realismi: yksilölliset vai aidosti kollektiiviset intentiot?

John Searlen filosofiaan tukeutuen Dick Ruiter on moittinut Eerik Lagerspetzia yhteisön kollektiivisen intentionaalisuuden palauttamisesta yksittäisten yhteisön jäsenten tavoitteiksi.⁵⁸ Searlen ja Ruiterin mukaan tämä ei tee oikeutta yhteisön kollektiiviselle tahdonmuodostukselle, jota ei ole mahdollista palauttaa jäännöksettä yhteisön käsittämien yksilöiden tavoitteiksi. Esimerkiksi sinfoniaorkesterin tai jalkapallojoukkueen kollektiivinen tavoitteellisuus on jotain muuta ja enemmän kuin sen yksittäisten jäsenten yhteenlaskettu yksilöllinen tavoitteellisuus.⁵⁹ Searlen kantansa tueksi esittämät perustelut eivät kuitenkaan ole kovin vakuuttavat. Hänen mukaansa yksilöiden tavoitteet eli ”minä-intentionaalisuus” eivät voi yhteenlasketunakaan muuntaa aidosti kollektiiviseksi ”me-intentionaalisuudeksi”, eivätkä erilaiset reduktiiviset selitysmallit, joissa yhteisön kollektiiviset tavoitteet palautetaan sen yksittäisten jäsenten tavoitteiksi, sen vuoksi tavoita kohdettaan.⁶⁰

”Käsitykseni mukaan kaikki nämä yritykset kollektiivisen intentionaalisuuden palauttamiseksi yksilölliseksi intentionaalisuudeksi epäonnistuvat. Kollektiivinen intentionaalisuus on biologisesti alkukantainen ilmiö,

⁵⁸ Ruiter, *Legal Institutions*, s. 22.

⁵⁹ Ruiter, *ibid.*; Searle, *The Construction of Social Reality*, s. 24.

⁶⁰ ”In my view all these efforts to reduce collective intentionality to individual intentionality fail. Collective intentionality is a biologically primitive phenomenon that cannot be reduced to or eliminated in favor of something else. Every attempt at reducing ‘We intentionality’ to ‘I intentionality’ that I have seen is subject to counterexamples. – There is a deep reason why collective intentionality cannot be reduced to individual intentionality. The problem with [I] believing that you believe that I believe, etc., and you believing that I believe that you believe, etc., is that it does not add up to a sense of *collectivity*. No set of ‘I Consciousness’, even supplemented with beliefs, adds up to a ‘We Consciousness’. The crucial element in collective intentionality is a sense of doing (wanting, believing, etc.) something together, and the individual intentionality that each person has is derived *from* the collective intentionality that they share.” Searle, *The Construction of Social Reality*, s. 24–25 (kursivoinnin Searlen; käännös allekirjoittaneen).

jota ei voi palauttaa joksikin muuksi saati kokonaan eliminoida. Kaikki näkemäni yritykset 'me-intentionaalisuuden' palauttamiseksi 'minä-intentionaalisuudeksi' ovat alttiina vastaesimerkeille. – On olemassa syvälinen peruste sille, miksi kollektiivista intentionaalisuutta ei voi palauttaa yksilölliseksi intentionaalisuudeksi. Ongelma siinä, että [minä] uskon, että sinä uskot että minä uskon jne., samoin kuin siinä, että sinä uskot, että minä uskon että sinä uskot, jne., on siinä, ettei tuo päättely johda *kollektiiviseen* intentionaalisuuteen. 'Minä-tietoisuudesta' ei voi päätyä 'me-tietoisuuteen', vaikka edelliseen liitettäisiin mitä tahansa uskomuksia. Kollektiivisen intentionaalisuuden keskeinen osatekijä liittyy jonkin asian tekemiseen (tahtomiseen, uskomiseen, jne.) yhteisesti, ja itse kunkin yksilöllinen intentionaalisuus on johdettavissa kollektiivisesta intentionaalisuudesta, jonka he keskenään jakavat."

Ongelma palautuu viime kädessä valinnaksi ontologisesti ankaramman nominalistisen eli reduktiivisen tai sallivamman realistisen todellisuuskäsityksen välillä. Ontologinen *nominalisti* palauttaa sinfoniaorkesterin, jalkapallojoukkueen, kollektiivisen lainsäätäjän tai monijäsenisen tuomioistuimen intentiot sen yksittäisten jäsenten yhteenlaskettavissa olevien tavoitteiden summaksi, kun taas ontologinen *realisti* hyväksyy myös kollektiivitoimijat ja niiden omaehtoisen tahdonmuodostuksen. Searlen päättely "me-intentionaalisuudesta" on kuitenkin tyypillinen *non sequitur*-virhepäätelmä siltä osin kuin Searle yllä olevassa tekstilainauksessa edellyttää aidosti kollektiivisen intentionaalisuuden ennakkollisen olemassaolon, kun juuri kollektiivisen tai yksilöllisen intentionaalisuuden pulmalliseksi osoittautunut eksistenssi oli nominalismi/realismi -debatin lähtökohtana. Myöskään Searlen luonnehdinta kollektiivisesta tahdonmuodostuksesta "biologisesti alkukantaisena ilmiönä" ei juuri selvennä asiaa.

Sinfoniaorkesterin kollektiivinen intentionaalisuus on aina suhteessa yhtäältä teoksen säveltäjän antamiin ja toisaalta orkesterin kapellimestarin tulkitsemiin teoksen esittämisohjeisiin, mikä takaa yksittäisten soittajien tahdonmuodostuksen ainakin summittaisen yhtenevyyden, jos ja kun yhteisenä tavoitteena on määrätyn sävellyksen esittäminen sen säveltäjän ja kapellimestarin antamien ohjeiden mukaan. Jalkapallojoukkueen väitetysti kollektiivinen tahdonmuodostus on suhteessa seuran johdon, valmentajan ja joukkueen kapteenin määrittämiin pelitavoitteisiin ja erilaisiin ennalta sovittuihin ja harjoiteltuihin taktisiin pelikuvioihin niiden saavuttamiseksi. Kollektiivisen lainsäätäjän tai monijäsenisen tuomioistuimen intentionaalisuus on suhteessa yhtäältä voimassa olevaan oikeuteen etenkin valtiosääntöoikeuden ja prosessioikeuden sääntöjen ja periaatteiden merkityksessä sekä toisaalta siihen tulkintaan, jonka istuntoa johtava eduskunnan puhemies tai oikeuden istuntoa johtava lainopillinen tuomari niille antaa. Kyse on näin tulkiten sinfoniaorkesterin yksittäisten soittajien, jalkapalloseuran yksittäisten pelaajien, lainsäädäntöön osallistuvien henkilöiden tai kollegiaalisen tuomioistuimen jäsenten yksilöllisestä tahdonmuodostuksesta, jonka intentionaalisen tahdonmuodostuksen käsillä olevan sosiaalisen tilanteen

edellyttämää riittävää yhdenmukaisuutta määrätty etuoikeutettu tulkitsijataho, kuten kapellimestari, jalkapalloseuran valmennusjohto, eduskunnan puhemies tai oikeuden puheenjohtaja, pyrkii ohjaamaan kulloinkin käytettävissä olevien tavoitteiden ja keinojen määrittämisen sekä kyseistä toimintaa jäsentävien yhteisöllisten tai oikeusnormien tulkinnan avulla.

Toisaalta puhe lainsäätäjän tai monijäsenisen eli kollegiaalisen tuomioistuimen aidosti kollektiivisesta tahdonmuodostuksesta saa tukea ainakin juristikunnan ammatillisesta itseymmärryksestä ja tavanomaisesta kielenkäytöstä,⁶¹ jossa lainsäätäjän tai prejudikaatin asettaneen tuomioistuimen alkuperäiset tavoitteet ovat keskeisellä sijalla. Itse olen kuitenkin taipuvainen hyväksymään *nominalistisen* kannan myös lainsäätäjän tai monijäsenisten tuomioistuinten kollektiiviseen tahdonmuodostukseen. Nominalistinen lähestymistapa saa nähdäkseni tukea keskiajan etevän filosofin, Wilhelm Ockhamilaisen, *ajattelun taloudellisuuden laista*, jolloin näyttötaakka ja perusteluvelvollisuus aidosti kollektiivisen intentionaalisuuden olemassaolosta on ontologista realismia kannattavalla tutkijalla.⁶² Näin tulkiten kollektiivisen lainsäätäjän ja monijäsenisen tuomioistuimen intentionaalisuus on viime kädessä yksittäisten lainsäädäntöprosessiin osallistuvien tai kollegiaalisen tuomioistuimen oikeudelliseen ratkaisutoimintaan osallistuvien henkilöiden yksilöllisen tahdonmuodostuksen yhteenlaskettu kokonaisuus, jonka yhteisölliset reunaehdot ja yhteismitallisen intentionaalisuuden 'horisontin' määrätty etuoikeutetut toimijat, kuten eduskunnan istuntoa johtava puhemies, oikeuden istuntoa johtava tuomari, jalkapalloseuran valmennusjohto tai sinfoniaorkesteria johtava kapellimestari, asettavat.

9.4 YHTEISÖLLINEN KONVENTIONALISMI JA OIKEUDELLINEN TULKINTAOPPI

Vaikka myös lainsäätäjän sekä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten institutionaalisten puhetekojen avulla luotavissa, muutettavissa, täytäntöönpantavissa ja kumottavissa oleva oikeus eli formaalit oikeudelliset konventiot kuuluvat laajasti ymmärretyn yhteisöllisen tai oikeudellisen konventionalismin alaan, tässä oikeudellinen konventionalismi on ymmärretty suppeammin eli painottaen erilaisten lainsäädännön sekä tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön ulkopuolelle jäävien yhteisöllisten käytäntöjen merkitystä. Oikeudellinen konven-

⁶¹ Entä onko oikeusyhteisön itseymmärryksessä kyse aidosti kollektiivisesta tahdonmuodostuksesta vaiko vain yksittäisten oikeusyhteisön jäsenten käsityksestä? Kysymys kiertyy loogiseksi päättelyn kehäksi, josta ulospääsy edellyttää ennakollista kannanmuodostusta kysymykseen joko yksilöllisen tai kollektiivisen tahdon olemassaolosta.

⁶² Wilhelm Ockhamilaisen *ajattelun taloudellisuuden laki* eli *Ockhamin partaveitsi* tarkoittaa siis periaatetta, jonka mukaan olioita tai, yleisemmin tulkittuna, filosofian selityspäätteitä ei tule olettaa enempää tai yli sen, mikä on ehdottoman välttämätöntä.

tionalismi koostuu siten monilukuisesta joukosta oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joilta edellytetään riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää (esimerkiksi) Suomen oikeuden *institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa* jäsentävissä yhteiskunnallisissa käytännöissä etenkin muun kuin lainsäädännön tai tuomioistuin- ja muun viranomaiskäytännön merkityksessä.

Tulkintaopillista merkitystä saavat tällöin senkaltaiset vähemmän viralliset oikeudelliset ratkaisuperusteet kuin tavanomaisoikeudelliset käytännöt, vallitsevat sopimusoikeudelliset vastuunjakokäytännöt, yksityisten välimiesoikeuksien ratkaisuista ja niiden perusteluista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, juristikunnan oikeudenalakohtaisesti eriytynyt ammatillinen itseymmärrys ja oikeudellinen ammattietikka, vallitseva lainsäädäntöideologia, kollektiivinen tuomarinideologia sekä yhteisöllinen oikeuskäsitys tai niiden tietynlainen yhdistelmä sekä vallitseva yhteiskuntamoraali siltä osin kuin se käsittää oikeudellisesti merkityksellisiä ainesosia Ronald Dworkinin oikeusteorian tarkoittamalla tavalla. Oletusta oikeuden ja kielen määritelmällisestä yhteenkietoutumisesta, kielen performatiivisesta tai, oikeammin ja täsmällisemmin ilmaisten, *perlokutionaarisesta* funktiosta sekä institutionaalisten puhetekojen *konstitutiivisesta* vaikutuksesta oikeuden edellytettyyn loogiseen konstituutioon ja ontologiseen rakenteeseen on vastaavasti höllennettävä, koska senkaltaisilta oikeuden yhteisöllistä arvoperustaa määrittäviltä toimijoilta puuttuu lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten sekä oikeudellisesti toimivaltaisten yksittäisten oikeussubjektien oikeudellinen toimivalta yleisten säädösten (= lainsäätäjä), yksittäistapauksellisten ratkaisunormien (= tuomioistuimet ja viranomaiset) tai yksityisoikeudellisten määräämistöimien (= yksittäiset oikeussubjektit) toteuttamiseen.

Vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin kiinnittyvä oikeudellinen konventionalismi saattaa myös antaa oikeudellista tulkintaa ohjaavaa merkitystä johonkin määrättyyn oikeudenalaan, kuten tekijänoikeuteen, lääkintäoikeuteen ja sosiaalivakuutuksiin, ympäristöoikeuteen tai vaikka julkisyhteisön vahingonkorvauskysymyksiin, erikoistuneiden juristien käsitykselle oikeuden tulkinnasta. Samoin jonkin tietyn ammattiryhmän eettinen itsesääntely esimerkiksi hyvän tilintarkastustavan, hyvän pörssitavan tai sananvapauden käyttöä tiedotusvälineissä koskevien eettisten normistojen merkityksessä voivat saada tulkintaopillista merkitystä oikeudellisen konventionalismin alaisuudessa. Lisäksi oikeudenalakohtaisesti eriytynyttä ratkaisukäytäntöä edustavat välitystuomioistuinten ratkaisut ja erilaisten lautakuntien ratkaisusuositukset voivat saada merkitystä, jos tuo ratkaisulinja katsotaan riittävän vakiintuneeksi ja kyseisen oikeudenalan toimijoiden ammatillista itseymmärrystä riittävän hyvin edustavaksi kannaksi.

Koska oikeudellinen konventionalismi ei edellytä lainsäätäjän tai tuomioistuinten selväsanaista hyväksyntää määrätyn tulkinnan tueksi, tulkintaopillista merkitystä voivat saada esimerkiksi lainvalmisteluaineiston ilmentämä yleinen

lainsäädäntöideologia hyvinvointivaltiollisten aineellisten resurssien uudelleenjakotavoitteiden, sukupuolten välistä tasa-arvoa ja esimerkiksi naisten tietoisuutta suosivaa erityiskohtelua edistävien pyrkimysten tai vaikka taloudellisten rahoitus-, tuotanto- ja vaihdantamarkkinoiden vapautta ilmentävien yhteiskunnallisten tausta-arvojen ja -tavoitteiden edistämisen merkityksessä. Samoin merkitystä voi saada yksittäisten prejudikaattien tai prejudikaattien sarjan ilmentämä *prejudikaatti-ideologia* suhteessa niukkojen aineellisten resurssien sekä yhteiskunnallisen toimivallan ja vastuunjaon institutionaaliin perustettiin sekä toteutuneiden tuomioistuinratkaisujen tueksi esitettyjen perustelujen ja muiden oikeuskäytäntöä yhtenäistävien viranomaisten – kuten eduskunnan oikeusasiamiehen, valtioneuvoston oikeuskanslerin, vähemmistövaltuutetun, lapsiasiainvaltuutetun tai tietosuojavaltuutetun – antamien yksittäisten soveltamisratkaisujen, lausuntojen tai yleisten lainsoveltamisohjeiden eri tavoin ilmentämä kollektiivinen *tuomarinideologia*. Lisäksi oikeudellista merkitystä voi saada laajasti ymmärretyn oikeusyhteisön *yhteinen oikeusvakaumus* esimerkiksi suhteessa tuomioistuinten toteutuneeseen rangaistuskäytäntöön, sopimus-oikeudellisiin vastuuperusteisiin, aineellisten yhteiskunnallisten resurssien jakotavoitteisiin, ja niin edelleen.

Oikeudellista konventionalismia ja Ronald Dworkinin oikeusteoriaa yhdistää tulkintaopillinen sitoumus, joka liittyy oikeuden tulkinnan institutionaalisten tai yhteisöllisten käytäntöjen yhteyteen: tuomarin tai muun lainsoveltajan tulee antaa oikeudellista merkitystä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiville oikeusperiaatteille ja muille vastaaville oikeudellisille ratkaisustandardeille, jotka ovat eriasteisesti kiinnittyneet (Suomen) oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Toisin kuin 'kyp-sän' Dworkinin oikeusajattelua ilmentävässä *Law's Empire* -teoksessa, oletusta parhaan eli koherenteimman mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian avulla toteutettavasta oikeudellisesta eheydestä ei nyt tarvitse tehdä.⁶³

Entä mikä muuttuu oikeudellisen konventionalismin tulkintaopillisten premissien alaisuudessa, jos ja kun seuraamme William Jamesin filosofisen pragmatismien hyvin perusteltua toimintaohjetta: *what concrete difference will its being true make in any one's actual life?*⁶⁴ Sidonnaisuus oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan jäsentää yhtä hyvin H.L.A. Hartin maltillista analyttistä oikeuspositivismia kuin Ronald Dworkinin oikeusperiaatekeskeistä oikeusteoriaa. Kyse on lähinnä painotuseroista: korostetaanko oikeuden *institutionaalisia* piirteitä eli sidonnaisuutta määrättyjen oikeudellisesti toimivaltaisten päätöksentekijöiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten, tekemiin ratkaisuihin, niin kuin analyttinen ja institutionaali-

⁶³ Käsittelin Dworkinin oikeusteoriaa edellä tulkintaopillisen (totaali)koherenssin alla.

⁶⁴ James, "Pragmatism's Conception of Truth", s. 142.

nen oikeuspositivismi sekä analyttinen oikeusrealismi asian mieltävät, vai painotetaanko sen sijaan oikeuden *yhteisöllisiä* piirteitä esimerkiksi tavanomaisen oikeuden ja vakiintuneiden sopimusoikeudellisten vastuunjakoperusteiden sekä juristikunnan ammattietiikan ja muiden yhteisöllisten käytäntöjen merkityksessä, niin kuin konventionalistinen tarkastelutapa asian hahmottaa.

Toisaalta oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet, jotka den Hartoghin laaja-alaisesti määrittelemä oikeudellinen konventionalismi hyväksyy, eivät olennaisesti eroa esimerkiksi kansainvälisen oikeusteoreettisen ja oikeusvertaillevan *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmän *Interpreting Statutes* -teoksessa hyödyn-
tämästä oikeudellisten tulkintaperusteiden jaottelusta:⁶⁵

- (1) lainsäädännön kielelliset merkitykset,
- (2) lainsäätäjän subjektiivinen tarkoitus,
- (3) sisällölliset arvoperusteet,
- (4) oikeusperiaatteet,
- (5) sisällölliset konventiot, kuten tavanomainen oikeus,
- (6) analoginen oikeudellinen päättely, ja
- (7) prejudikaattiperustainen oikeudellinen päättely.

Tältä osin den Hartoghin yhteisöllinen ja oikeudellinen konventionalismi on siis sovitettavissa saumatta yhteen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmän edustaman analyttisen oikeuspositivismin kanssa, eikä oikeuden konventionalistisuus juurikaan muuta lähtökohtaista kysymyksenasettelua tai saavutettuja tutkimustuloksia, niin kuin den Hartogh avoimesti myöntää.⁶⁶ Tavallisesti konventionalismi kuitenkin korostaa oikeuden *yhteisöllisiä* ominaispiirteitä eli sidonnaisuutta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin tavanomaisen oikeuden, sopimusoikeudellisten käytäntöjen, juristikunnan ammatillisen itseymmärryksen ja ammattietiikan sekä vastaavien muiden oikeuslähteiden merkityksessä, sivuuttaen pääosin institutionaaliset oikeuslähteet, joita analyttinen tai institutionaalinen oikeuspositivismi, analyttinen oikeusrealismi sekä esimerkiksi Suomen oikeudessa vallitseva institutionaalinen oikeuslähteoppi pitävät oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan erilaisia yhteisöllisiä käytäntöjä merkittävämpänä.

Yhteisöllisen konventionalismin tutkimuksellisten premissien alaisuudessa lainsäädäntö sekä prejudikaatit ja muut tuomioistuini- tai viranomaisratkaisut saavat merkitystä vain siltä osin kuin ne ilmentävät määrättyä lainsäädäntö- tai tuomarinideologiaa, joka on oikeudellisten konventioiden nojalla rekonstruoitavissa. Sen perustelemiseksi, miksi jonkin yhteiskuntaryhmän ammatillisen itseymmärryksen ja ammattietiikan sekä tietyllä alalla vakiintuneesti noudatettujen tavanomaisoikeudellisten sopimus-, vastuunjako- ja muiden yhteisöllisten

⁶⁵ den Hartogh, *Mutual Expectations*, s. 220–230; vrt. McCormick & Summers, eds., *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, s. 512–525.

⁶⁶ den Hartogh, *Mutual Expectations*, s. 230.

käytäntöjen tulisi saada oikeudellisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla ehdoton etusija lainsäätäjän ilmaisemaan selväsanaiseen tahtoon tai tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toteutuneeseen ratkaisukäytäntöön nähden, pelkkä viittaus oikeuden konventionalistiseen luonteeseen ei vielä riitä, kun lainsäädäntö ja prejudikaattiperustainen oikeus yhtä kaikki saavat modernissa oikeudessa keskeistä oikeuslähteopillista merkitystä. Modernin oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta tukeutuu toisin sanoen vahvemmin lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien tahdonmuodostukseen kuin vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin, joilla on tavallisesti institutionaalisia oikeuslähteitä täydentävä, oikeuslähteiden keskinäisessä kollisiotilanteessa väistävä rooli. Toisaalta institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien yhteisöllisten ratkaisustandardien merkitys myös Suomen voimassa olevaa oikeutta jäsentävänä osatekijänä on viime aikoina lisääntynyt Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden prejudikaattivaikutuksen sekä riittävän yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön myötä.

10 Oikeudellinen tulkintaformalismi: oikeuden loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemiset määreet

Oikeudellinen tulkintaformalismi käsittää joukon tulkintaopillisia suuntauksia, joita yhdistää eri tavoin toteutunut sitoutuminen oikeuden *loogis-käsitteelliseen* tai *oikeussysteemiseen* perustaan esimerkiksi varsinaisen loogis-käsitteellisen *konseptualismin* eli Saksan konstruktivisen oikeusopin eli käsitelainopin (saks.: *Begriffsjurisprudenz*) merkityksessä, jota etenkin Georg Friedrich Puchtan kirjoitukset edustavat. Toisaalta Harvardin dekaanin C. C. Langdellin perustama formaali *case law* -metodi edustaa amerikkalaista tulkintaformalismia, jossa yksittäisten oikeustapausten käsittämät yleiset oikeusohjeet pyrittiin palauttamaan harvalukuisten yleisten oikeusperiaatteiden alaisuuteen ja muodollis-looginen päättely sai korvata aidosti sisällöllisen oikeudellisen harkinnan. Yleisesti oikeuden formaalit eli erilaiset muotosidonnaiset ja rakenteelliset määreet ovat saaneet ehdottoman etusijan oikeudellisen tulkintaformalismin kirjoituksissa.¹

10.1 GEORG FRIEDRICH PUCHTAN OIKEUSKÄSITTEIDEN GENEALOGIA

Saksalaisen Friedrich Carl von Savignyn (1779–1861) perustama historiallinen koulu muuntui 1800-luvun jälkipuolella oikeuden loogis-käsitteellisiä ja systeemiä piirteitä korostavaksi *konstruktiviseksi* oikeusopiksi eli *käsitelainopiksi* (saks.: *Begriffsjurisprudenz*). Käsitelainoppia edustivat etenkin Georg Friedrich Puchta (1798–1846), Bernhard Windscheid (1817–1892) ja nuori Rudolf von Jhering (1818–1892), joka myöhemmin kääntyi suuntauksen teräväksi kriitikoksi.² Käsite-

¹ Kokoavasti kontinentaalaisesta ja amerikkalaisesta oikeudellisesta formalismista, Pihlajamäki, ”Den rättsliga formalismen och kritiken av den. En rättsjämförande granskning av den finska rättsvetenskapen under 1900-talets första decennier”. – Pihlajamäki korostaa oikeudellisen formalismin liittyviä 1900-luvun alun Euroopassa yhtä hyvin kuin Yhdysvalloissa nopeasti kehittyneen vaihdantatalouden edellyttämään oikeudelliseen ennakoitavuuteen. Formalismin kritiikin hän yhdistää uskottavasti hyvinvointivaltion syntyyn. Pihlajamäki, mas. 54, 66–67.

² Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 49. – Varttunut Jhering tuli tunnetuksi ankarana käsitelainopin kriitikkona sekä intressilainopin nimellä tunnetun omaehtoisen koulukunnan perustajana. Termi *käsitelainoppi* (saks.: *Begriffsjurisprudenz*) on intressilainoppia merkittävästi kehittäneen Philipp Heckin ehdottama. Larenz, *ibid*.

lainopin mukaan *oikeudellisiin peruskäsitteisiin* ja niiden keskinäisiin suhteisiin oli kiteytynyt oikeuden ja oikeudellisen ajattelun muuttumaton elementti, jollaista historiallinen koulu oli pyrkinyt tavoittamaan ”kansanhengen” (saks.: *Volksgeist*) ja kansan orgaanisesti muotoutuneen oikeustajunnan kaltaisten selitystekijöiden avulla. Savigny oli painottanut yhteisöllisten, historiallisesti vaikiintuneiden oikeudellisten instituutioiden merkitystä, kun taas Puchta kiinnitti oman oikeusajattelunsa oikeudellisiin *käsitteisiin* (saks.: *Begriffe*) ja *oikeuslauseisiin* (saks.: *Rechtssätze*) sekä niistä tehtäviin loogis-käsitteellisiin eli loogis-deduktiivisiin päätelmiin.³

Puchta otti myös käyttöön termin *oikeuskäsitteiden genealogia* (saks.: *Genealogie der Begriffe*), viitaten sillä oikeudellisten käsitteiden keskinäisiin suhteisiin formaalis-loogisen, suljetun ja aukottoman käsitesysteemin merkityksessä. Tosin jo Savigny oli korostanut systemaattisen eli ”filosofisen” tulkintamenetelmän käyttöä historiallisen eli eksegeettis-hermeneuttisen menetelmän rinnalla.⁴ Puchta havainnollisti ajatusta oikeuskäsitteiden genealogiasta myös formaalin *käsitepyramidin* (saks.: *Begriffspyramide*) avulla: oikeudelliset käsitteet muodostavat loogis-systeemisen, hierarkkisen, ristiriidattoman, suljetun ja aukottoman kokonaisuuden, missä yksittäisen oikeuskäsitteen soveltamisalalta on sitä laajempi mutta sen aineellinen sisältö on samalla sitä tyhjempi, mitä korkeammalla se sijaitsee oikeudellisten käsitteiden hierarkiassa. Käänteisesti oikeudellisen käsitteen soveltamisalalta on sitä suppeampi mutta sen aineellinen sisältö on vastaavasti sitä ’täydempi’, mitä alempana se sijaitsee oikeudellisessä käsitehierarkiassa.⁵ Puchtan soveltama metodi oli ankan loogis-deduktiivinen.⁶

Käsitepyramidin huippu koostuu abstrakteista ja yleisistä oikeuskäsitteistä, joiden avulla on saavutettavissa suuri oikeudellinen yleiskatsauksellisuus oikeudellisista instituutioista mutta joiden sisällöllinen informaatioarvo tuomarin oikeudellisen ratkaisutoiminnan apuna on vähäinen. Käsitepyramidin alemmilla tasoilla sisällölliset elementit saavat enenevässä määrin merkitystä, mutta tuo sisällöllisyys merkitsee samalla käsitteen asiallisen soveltamisalan kaventumisesta. Yksityisoikeudellisen käsitepyramidin huipulle Puchta, samoin kuin myöhemmin Windscheid, sijoitti subjektiivisen oikeuden käsitteen.⁷ Muut kuin

³ Kootusti käsitelainopista ja etenkin Puchtan oikeusajattelusta, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 19–24; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 399–402; Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, s. 109–113; Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, s. 198–211.

⁴ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 17–18, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 397–398.

⁵ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 20–21.

⁶ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 400: ”Da Puchta die ’organischen Rechtsverhältnisse’ und ’Institutionen’ Savignys in der Sache aufgegeben hat, ist die Hierarchie der Begriffe von den Axiomen aus abwärts lückenlos hergestellt und die Deduktion der einzelnen Rechtssätze und Entscheidungen erst in Strenge möglich geworden.”

⁷ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 30.

oikeudelliset käsitteet rajautuivat ymmärrettävästi Puchtan oikeudellisen käsiteformalismin ulkopuolelle.

Esimerkiksi tierasite (saks.: *Wegeservitut*) oli Puchtan käsiteluokituksessa subjektiivinen oikeus eli valta määrättyyn, toisen henkilön omistamaan esineeseen sen tietynlaisen käytön merkityksessä,⁸ eikä tierasitteen laajempaa yhteiskunnallista tai muutakaan kontekstia ollut tarpeen arvioida.

Toisin kuin itävaltalaisten Adolf Julius Merklin ja Hans Kelsenin 1900-luvulla kehittämässä formaalissa oikeusnormihierarkiassa eli oikeusnormipyramidissa, missä alemman asteinen oikeusnormi saa aina oikeudellisen velvoittavuutensa ylemmän asteiselta oikeusnormilta, Puchtan käsitepyramidin osatekijät saavat merkitystä myös oikeuden aineellista sisältöä, eikä vain sen formaalia rakennetta, määritettäessä.⁹ Esimerkiksi (oikeus)henkilön, oikeudellisen vastuunalaisuuden ja rikosoikeudellisen syyksiluettavuuden (saks.: *Person, Verantwortlichkeit, Zurechnungsfähigkeit*) käsitteet liittyivät vielä Puchtan kirjoituksissa yhteiskuntaeettisten kysymysten yhteyteen, eikä oikeushenkilön käsite (saks.: *Rechtssubjekt*) ollut vielä kehittynyt senkaltaiseksi formaaliksi suhdekäsitteeksi, jollaisena Kelsen sitä myöhemmin arvioi puhtaan oikeusopin teorian osana.¹⁰

Käsitelainoppineille tieto oikeudesta oli välttämättä konstruktivistista eli *systemistä* ja *loogis-käsitteellistä*. Se ei enää ollut historiallista tietoa kansanhengen ilmentämistä yhteisöllisistä käytännöistä, kuten Friedrich Carl von Savignyn historiallisen koulun oikeuskäsitystä ilmentävissä teksteissä.¹¹ Se ei myöskään ollut palautettavissa yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden ideaan, kuten antiikin klassisen tai keskiajan aristotelis-tomistisen luonnonoikeusfilosofian kirjoituksissa. Puchtan käsiteformalismin taustalla oli sen sijaan 1700-luvun rationalistisen luonnonoikeusajattelu ja etenkin Christian Wolffin idea oikeuden systeemisestä rakenteesta ja sovellettavasta loogis-deduktiivisesta päättelymallista. Nyt nuo oikeuden systeemisistä rakennusosat haettiin kuitenkin Saksassa 1800-luvulla sovelletusta pandektioikeudesta,¹² ei oikeuden ja

⁸ Larenz, mts. 21.

⁹ Tosin Kelseninkin puhtaan oikeusopin teoriassa *lex superior derogat legi inferiori* ja *lex posterior derogat legi priori* -tyyppiset formaalit konfliktinratkaisunormit saavat ohjata oikeudellista tulkintaa.

¹⁰ Larenz, mts. 23.

¹¹ Savignyn oikeuskäsityksestä, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 381–399; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 11–18. – Larenz kiteyttää Savignyn oikeuslähdeopin seuraavasti: ”Savigny – zuerst in der Schrift über ’Beruf unserer Zeit’ – nicht mehr das Gesetz, sondern die gemeinsame Rechtsüberzeugung des Volkes, den ’Volksgeist’, als die ursprüngliche Quelle allen Rechtes ansah. Die Form, in der sich eine solche Überzeugung allein bilden kann, ist offenbar nicht die einer logischen Deduktion, sondern die der unmittelbaren Empfindung und Anschauung.” Larenz, mts. 13–14. – Ks. myös yleisesti Jääskinen, *Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys*, *passim*.

¹² *Pandektioikeus* oli roomalaista (siviili)oikeutta, jota sovellettiin tuolloin vielä valtiollisen hajanaisen, ei-yhdistyneen Saksan ruhtinaskunnissa vielä 1800-luvulla. Yhdistyneen Saksan siviililakikirja *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) tuli voimaan vasta vuonna 1900.

yhteisöllisen oikeudenmukaisuuden ideasta ja ihmisen muuttumattomasta luonnosta niin kuin aikanaan Wolffilla.¹³

Toisaalta historiallisen koulun esittämä ajatus, jonka mukaan kehittyneissä oikeusjärjestyksissä ammatillisesti eriytynyt juristikunta sai toimia kansan aidon oikeustajunnan tulkkina, vaikutti merkittävästi konstruktiivisen oikeusopin eli käsitelainopin oikeuskäsitykseen. Tieteellisen oikeusopin jäsentämä 'juristi-oikeus' (saks.: *Juristenrecht* t. *Professorenrecht*) eli oikeusopin loogis-käsitteelliset ja systeemiset pyrkimykset saivat näin oikeudessa ratkaisevan merkityksen.¹⁴

"[Oikeus]tieteen tehtävänä on *mieltää oikeuslauseet systemaattisena kokonaisuutena* eli keskenään sidoksissa olevina ja toinen toisistaan johdettavissa olevina lauseina, jotta yksittäisten oikeuslauseiden polveutuminen yleisistä periaatteista sekä noista periaatteista johdettavissa olevat uloimmat oikeudelliset versot ovat esitettävissä. Tässä tarkoituksessa tuodaan osaksi oikeudellista tietoisuutta ja edelleen kehiteltäviksi myös sellaiset oikeuslauseet, jotka sisältyvät vain kätkeytyksi kansallisen oikeuden henkeen ja jotka eivät ole tulleet arvioitaviksi välittömästi kansanhengeä ilmentävien yhteisön jäsenten toimien tai lainsäätäjän tietoihin valintojen myötä, vaan joiden näkyväksi tekeminen on *tieteellisen deduktion aikaansaannosta*. Näin oikeustiede astuu kolmantena oikeuslähteenä kahden aiemman oikeuslähteen rinnalle. Sen tuottama oikeus on *tieteellistä oikeutta* eli, kun se juristikunnan toimesta saatetaan päivänvaloon, *juristioikeutta*."

Puchtan käsitelainoppi nosti näin tieteellisen oikeusopin jäsentämän *juristi-oikeuden* kolmanneksi keskeiseksi oikeuslähteeksi lain ja tavanomaisen oikeuden rinnalle.¹⁵ Tulkintaopillisesti käsitelainoppi merkitsi sitoutumista ankaraan

¹³ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 23; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 373–374.

¹⁴ "Es ist nun die Aufgabe der Wissenschaft, die *Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhang*, als einander bedingende und voneinander abstammende, zu *erkennen*, um die Genealogie der einzelnen bis zu ihrem Prinzip hinauf verfolgen und ebenso von den Prinzipien bis zu ihren äussersten Sprossen herabsteigen zu können. Bei diesem Geschäft werden Rechtssätze zum Bewußtsein gebracht und zutage gefördert werden, die in dem Geist des nationalen Rechts verborgen, weder in der unmittelbaren Überzeugung der Volksglieder und ihren Handlungen noch in den Aussprüchen des Gesetzgebers zur Erscheinung gekommen sind, die also erst *als Produkt einer wissenschaftlichen Deduktion* sichtbar entstehen. So tritt die Wissenschaft als dritte Rechtsquelle zu den ersten beiden; das Recht, welches durch sie entsteht, ist *Recht der Wissenschaft*, oder, da es durch die Tätigkeit der Juristen ans Licht gebracht wird, *Juristenrecht*." Puchta, *Cursus der Institutionen*, I, s. 36; lainaus teoksessa: Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 21 (kursivoinnit lisätty; käännös allekirjoittaneen). – Vrt. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 400–401; sekä Wieacker, mts. 399: "Puchtas *Gewohnheitsrecht* (I 1828; II 1837) geht den für die Pandektenwissenschaft unvermeidlichen Weg von Volksgeist zum Juristenmonopol konsequent zu Ende."

¹⁵ Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, s.199.

tulkintaformalismiin, joka sulki yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet oikeudellisen harkinnan ulkopuolelle: oikeudelliset ilmiöt sijoitettiin osaksi oikeuskäsitteiden tai oikeuslauseiden muodostamaa loogis-systeemistä kokonaisuutta, josta tuomarin tai oikeuden tutkijan tuli johtaa sanotun käsitteen välttämättömät loogis-käsitteelliset seuraukset.¹⁶ Puchtan oikeudellinen tulkintaformismi mielsi tuomarin ratkaisutoiminnan suljettuna, aukottomana ja formaalina käsittekalkyylinä, missä aksiomaattis-deduktiivinen logiikka ja formaalit päättelymallit lukitsivat oikeudellisen tulkinnan perustan.

Saksalainen käsitelainoppi pyrki ainakin pääsääntöisesti¹⁷ toteuttamaan suljetun oikeudellisen ratkaisuharkinnan mallia, johon läheisesti liittyivät myös yhden oikean ratkaisun ideaali sekä paroni de Montesquieun esittämä vaatimus, jonka mukaan tuomarin tuli olla vain ”suu, joka lausuu julki lain [yksiselitteisen] kirjaimen”,¹⁸ ilman minkäänlaista omaehtoista tulkinnallista vapautta. Tuomarin tuli tyytyä vain passiivisen ”subsumtioautomaatin” rooliin,¹⁹ eikä hänen ollut lupa arvioida oikeudellisten käsitteiden tai oikeuslauseiden yhteiskunnallista kontekstia eli, tämän teoksen termein ilmaisten, niiden liittyviä oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan.²⁰ Väistämättömänä seurauksena oli oikeustieteen vieraantuminen oikeuden yhteiskunnallisesta, poliittisesta ja moraalaisesta todellisuuserustasta.²¹ Toisaalta konstruktivisen oikeusopin kannattajat tunnustivat myös niiden ratkaisutilanteiden olemassaolon, joihin oikeudelliset käsitteet eivät antaneet tyydyttävää vastausta, jolloin tuli turvautua oikeudelliseen analogiaan. Tämä ei kuitenkaan täyttänyt koulukunnan asettamaa ankaraa metodista vaatimusta loogis-deduktiivisen päättelyn soveltamisesta oikeudellisessa ratkaisutilanteessa.²² Manner-Euroopassa toteu-

¹⁶ Vrt. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 433: ”Eine gegebene Rechtsordnung ist stets ein geschlossenes System von Institutionen und Rechtssätzen, und zwar unabhängig von der sozialen Realität der durch die Institutionen und Rechtssätze geregelten Lebensverhältnisse. Unter dieser Voraussetzung ist es aber prinzipiell möglich, alle anstehenden Rechtssätze allein durch eine logischer Operation richtig zu entscheiden, welche den Fall unter das hypothetische Urteil subsumiert, das in einem allgemeinen dogmatischen Lehrsatz (und implicite auch in der rechtswissenschaftlichen Begriffen) enthalten ist.”

¹⁷ Käsitelainoppineet hyväksyivät siis määräedellytyksin myös oikeudellisen analogian käyttämisen, mikä poikkeaa ankan loogisen deduktion vaatimuksista.

¹⁸ Montesquieu, *L'esprit des lois*, s. 399, 404: ”Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à une telle point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. (...) Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.” – Vrt. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, s. 199–200.

¹⁹ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 433. – Myöhemmät amerikkalaiset oikeusrealistit moittivat senkaltaista lainsoveltajan subsumtiologiikkaa puhuen tuomarista ”kolikkoautomaatin” (engl.: *slot-machine judge*) kaltaisena, täysin epäitsenäisenä oikeudellisten ratkaisujen tekijänä.

²⁰ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 22.

²¹ ”... die Entfremdung der Rechtswissenschaft von der gesellschaftlichen, politischen und moralischen Wirklichkeit des Rechts ...”, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 401.

²² Bydłinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, s. 112.

tuneet kansalliset lakikodifikaatiot sekä käsitelainopin vahvasti käsitteellissysteemisestä pyrkimykset vaikuttivat merkittävästi myös oikeudenalakohtaisten yleisten oppien kehittymiseen saksalaisen kielialueen oikeustieteessä. Lain-säädännössä systeemisistä pyrkimykset huipentuivat vuonna 1900 voimaan tul- leeseen yhdistyneen Saksan siviililakikirjaan *Bürgerliches Gesetzbuch*.

Suomalainen käsitelainoppi sai runsaasti vaikutteita saksalaiselta esikuval- taan. Yhteistä molemmille oli oikeuden hahmottaminen oikeudellisten peruskä- sitteiden eli ”varsinaisten oikeuskäsitteiden” ja niiden muodostaman systeemi- sen kokonaisuuden avulla. Oikeudellinen tulkinta oli mahdollinen vasta kun tarkasteltavana olevan yksittäisen oikeudellisen instituution, kuten avoimen yhtiön tai kuolinpesän, varsinainen ideaalinen olemus eli sen suhteellinen si- jainti oikeudellisten peruskäsitteiden kokonaisjärjestelmässä oli ensin määritel- ty. Ongelmana oli sitoutuminen myöhemmin pulmallisena koettuun olemuksel- liseen metafysiikkaan ja substanssikäsitteisiin, mitä ajallisesti myöhempi ana- lyttinen oikeustiede ankarasti kritisoi. Käsittelen suomalaista käsitelainoppia ja sen tutkimuksellisia vaihtoehtoja lähemmin luvussa suomalaisen lainopin tulkintamatriiseista.

10.2 CHRISTOPHER COLUMBUS LANGDELL JA YHDYSVALTAIN *CASE LAW* -METODI

Yhdysvalloissa oikeudellinen tulkintaformalismi on liittynyt etenkin Harvardin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan dekaanin Christopher Columbus Langdellin perustamaan formaaliin *case law* -metodiin, joka hänen oppilaiden- sa James Barr Amesin ja Joseph Bealen edelleen kehittämänä vakiinnutti no- peasti asemansa johtavana menetelmänä amerikkalaisessa oikeustieteessä. Langdellin *case law* -metodi tarkoitti harvalukuisten yleisten periaatteiden johtamista yksittäisistä prejudikaateista. Neil Duxbury on tiivistänyt tämän ”langdellilaisen ortodoksian” lähtökohdat seuraavasti:²³

²³ ”Langdellian legal science can be seen to consist of four interrelated elements. First, there is the intense respect for *stare decisis*. For Langdell, to be able to discern the precedential status of any case is to have found the key to the science of law. Secondly, anyone gifted with the ability to discern in this fashion will of necessity realize that most reported cases are in fact unhelpful repetitions of extant principles and precedents. Thirdly, anyone who has realized that only a handful of cases are truly relevant to the science of law must also recognize that the number of fundamental legal doctrines is similarly limited. Fourthly, the task of the legal scientist is to classify these fundamental doctrines so as to demonstrate their logical interconnection, as well as to dispel the myth of their formidable number.” Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, s. 15 (käännös allekirjoittaneen).

”Langdellilaisen oikeustieteen voi nähdä koostuvan neljästä keskenään yhteenliittyvästä osatekijästä. Ensinnäkin *stare decisis* -oppi saa siinä valtaisan merkityksen. Langdellille taito määrittää yksittäisen ennakkoratkaisun prejudikaatiooikeudellinen arvo merkitsi samalla avainta oikeustieteeseen. Toiseksi jokainen, joka kykenee siten erittelemään ennakkoratkaisuja, havaitsee väistämättä, että useimmat raportoiduista tapauksista ovat itse asiassa vain aiempien oikeudellisten periaatteiden ja prejudikaattien epäitsenäisiä toisintoja. Kolmanneksi jokainen, joka on oivaltaanut, että oikeustieteelle aidosti merkityksellisiä oikeustapauksia on sangen harvalukuinen määrä, oivaltaa myös, että perustavanlaatuisten oikeudellisten oppien lukumäärä on vastaavalla tavalla rajallinen. Neljänneksi, oikeustieteen harjoittajan tehtävänä on näiden perustavanlaatuisten oppien luokittelu niiden keskinäisten loogisten yhteyksien osoittamiseksi sekä sen perusteettoman myytin kumoamiseksi, että niitä olisi huomattavan runsaslukuinen joukko.”

Langdellilainen tulkintaformalisismi tai ’ortodoksia’ korosti toisin sanoen *stare decisis* -oppia sekä yksittäisten prejudikaattien taustalla vaikuttavia yleisiä periaatteita, joiden lukumäärä oli lisäksi varsin rajallinen. Langdell oli saanut *case law* -metodiinsa vaikutteita englantilaisen John Austinin analyttisestä oikeustieteestä sekä 1800-luvun positivistisesta tiedeideaalista, joiden avulla Yhdysvaltain oikeustiede oli nyt määrää ’tieteellistä’.²⁴ Oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset sekä oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eriasteisesti rakenteistuneet arvot ja tavoitteet rajautuivat Langdellin oikeudellisen tulkintaformalismin ulkopuolelle, kun oikeudellinen ennakoitavuus sekä perustavien yleisten oikeusohjeiden analyysi saivat etusijan oikeudelliseen arvo- tai tavoiterationaalisuuteen nähden.²⁵

Langdellin, Amesin ja Bealen formaali *case law* -metodi tarjosi helpon maalin Roscoe Poundin ja Oliver Wendell Holmesin edustaman sosiologisen oikeustieteen ja myöhemmän varsinaisen amerikkalaisen oikeusrealismin esittämälle kritiikille, jonka mukaan tuomioistuinratkaisujen aikaan saamat tosiasialliset oikeudelliset ja etenkin yhteiskunnalliset vaikutukset ovat tärkeämpiä kuin kyseisten ratkaisujen taustalla väitetysti vaikuttavat loogis-käsitteelliset tai oikeussysteemisistä periaatteet, lainsäätäjän alkuperäiset tavoitteet tai oikeusoppineiden laatimat ’glossat’. Langdellin ankara tulkintaformalisismi ei ymmärrettävästi tavoittanut Roscoe Poundin myöhempää ajatusta oikeudesta yhteiskunnallisena insinööritaitona eli keinona tavoiteltavien yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseksi, yhtä vähän kuin maineikkaan amerikkalaistuomari Oliver

²⁴ Mendell, ”American Jurists, 1860–1960”, s. 33.

²⁵ ”... Langdell had argued that law – meaning always private law – should be reduced by legal scientists to a small group of logically categorized founding principles.” Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, s. 21. – Yleisesti C.C. Langdellin, James Barr Amesin ja Joseph Bealen *case law* -metodista, Duxbury, mts. 14–25.

Wendell Holmesin radikaalia ideaa ”pahan miehen” eli potentiaalisen lainrikkokojan oikeudellisen tiedonintessin ja näkökulman soveltamisesta myös oikeustieteessä osana ennusteteoreettista lähestymistapaa oikeuteen.²⁶ Holmesille esimerkiksi oikeudellinen sopimussitovuus merkitsi vain niitä sanktioita eli epämiellyttäviä seuraamuksia, jotka olisivat sopimusrikkomuksen todennäköisenä seurauksena.²⁷

Langdellin perinteinen, yksittäisiin oikeustapauksiin keskittynyt *case law* -metodi sivuutti myös täydellisesti uudenlaisen yhteiskuntatieteellisen näkökulman oikeuteen, jonka myöhempää eli 1900-luvulla tapahtunutta läpimurtoa Holmes oli oraakkelimaiseen tapaansa ennakoanut jo 1800-luvun lopulla.²⁸

”Tämän päivän juristi voi vielä tyytyä perinteiseen lakitekstin merkitysten tulkintaan, mutta tulevaisuuden oikeusoppinut on tilastotieteen ja taloustieteen asiantuntija.”

Niin kuin edellä oikeudellisen pragmatismen yhteydessä perustelin, Holmesin profeettallinen visio tilastotieteellisestä ja taloustieteellisestä näkökulmasta oikeuteen voidaan tulkita laajasti oikeuden *ihmis- ja yhteiskuntatieteellisen analyysin* eli tuomarinsykologian tai tuomarinsosiologian kaltaisten oppiaineiden läpimurron merkityksessä. Tutkimuskohteena ei tällöin ole voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö vaan tuomarien, syyttäjien, asianajajien tai muiden oikeudellisten toimijoiden oikeudellisesti merkitykselliset mentaalis-tajunnalliset rakenteet ja prosessit sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuudet, jos kyse on oikeuden ihmistieteellisestä analyysistä, tai oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet, jos kyse on oikeuden yhteiskuntatieteellisestä analyysistä.²⁹

²⁶ Ajatus oikeudesta yhteiskunnallisena insinööritaitona jatkui myöhemmin etenkin skandinaavista oikeusrealismia edustaneen Vilhelm Lundstedtin kirjoituksissa. O. W. Holmesin ennusteteoreettinen näkökulma oikeuteen oli yksi amerikkalaisen oikeusrealismin keskeisiä opinkappaleita.

²⁷ ”The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, – and nothing else. If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference.” Holmes, ”The Path of the Law”, s. 462.

²⁸ ”For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.” Holmes, ”The Path of the Law”, s. 469 (käännös allekirjoittaneen).

²⁹ Amerikkalaisen oikeusrealismin suhteesta empiiriseen yhteiskuntatutkimukseen, Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science*.

10.3 OIKEUDELLISEN FORMALISMIN OSATEKIJÄT ROBERT S. SUMMERSIN MUKAAN

Olen toisaalla perustellut Robert S. Summersin ja Ronald Dworkinin käsityksiin tukeutuen väitteen, jonka mukaan oikeusnormin tai oikeudellisen ratkaisuperusteen formalistisuus voi olla:³⁰

- (a) *konstitutiivista* eli normin muodolliseen syntytapaan ja voimassaolo-perustaan liittyvää *validiteettiformalismia* oikeussääntöjen yhteiskunnallisista arvo- ja tavoiteperusteista irtautumisen ja itsenäistymisen tai oikeusperiaatteiden yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden kanssa yhteenkietoutumisen merkityksessä,
- (b) *systeemistä* formalismia joko staattisen ja suljetun tai dynaamisen ja yhteiskunnallisille arvo- tai tavoiteperusteille avoimen oikeusnormien systeemisen jäsennyksen merkityksessä,
- (c) oikeudelliseen *ratkaisuarvoon* eli oikeudelliseen *päätöksentekositovuuteen* liittyvää formalismia (engl.: *mandatory formality*) oikeudellisen ratkaisuperusteen joko vahvan tai heikon oikeudellisen ratkaisuarvon eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovan, velvoittavan tai ohjaavan vaikutuksen merkityksessä,
- (d) *rakenteellista* eli *normiloogista* formalismia kaksiarvologiikkaa noudattavan eli *joko/tai* -tyyppisen oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan tai, vaihtoehtoisesti, moniarvologiikkaa noudattavan eli *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisen oikeudellisen (sääntely- ja) ratkaisulogiikan merkityksessä,³¹
- (e) *metodiopillista* formalismia oikeussääntöjen yhteiskunnallisista arvo- ja tavoiteperusteista itsenäistyneen tulkintamenettelyn tai periaatteiden yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden kanssa määritelmällisesti yhteenkietoutuneen punninnan ja keskinäisen tasapainottamisen merkityksessä, ja
- (f) *ekspressiivistä* eli *lingvististä* formalismia oikeusnormin kielelliseen ilmiäsuun liittyvien loogis-käsitteellisten ja semanttisten määreiden merkityksessä.

Oikeudellisen formalismin eri ilmenemismuotoja voi kutsua myös yhteisnimityksellä *deonttinen formalismi* eli oikeudellinen *sääntöformalismi*. Oikeudellisesti toimivaltaisten institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten, yksittäisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt toteuttavat tai ainakin saattavat toteuttaa korkeaa sääntöformalismia,

³⁰ Summersin oikeudellisesta formalismista ja sen liittymistä Ronald Dworkinin oikeussääntö/oikeusperiaate -keskusteluun, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 41–63; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 97–102, 756–761.

³¹ Koska oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit eivät ole oikeussääntöjen tavoin lainsäätäjän tahdonvaltaisesti määrättävissä, ne eivät noudata varsinaista oikeudellista sääntelylogiikkaa lainsäätäjän tekemien valintojen merkityksessä, mistä syystä sanottu termi on pantu tekstissä sulkeisiin.

kun taas vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet toteuttavat määritelmällisesti alhaista sääntöformalismin. Oikeudellisten peruskäsitteiden järjestelmä siinä muodossa, jollaisena saksalaiset käsitelainoppineet sen hahmottivat, toteutti poikkeuksellisen vahvaa oikeudellista sääntöformalismin yhtä hyvin konstitutiivisen, systeemisen, oikeudelliseen päätöksentekositovuuteen eli oikeudelliseen ratkaisuarvoon liittyvän, normiloogisen, metodiopillisen kuin lingvistisenkin formalismin merkityksessä.

Erilaisissa oikeudellisen *tulkintaformalismin* muunnelmassa, joista saksalainen käsitelainoppi on ollut pisimmälle kehitetty, oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö on kiinnitetty oikeudellisten käsitteiden systeemiseen, aukottomaan ja sisäisesti ristiriidattomaan kokonaisuuteen, eivätkä oikeuden tai oikeudellisten käsitteiden sisällölliset ominaisuudet saa oikeutta konstituovaa merkitystä (= kohta a). Oikeudellinen käsitejärjestelmä noudattaa lisäksi staattisen, ennalta vakioitun oikeudellisen sääntely- ja ratkaisumallin logiikkaa, eivätkä dynaamiset eli tilannesidonnaiset ratkaisuperusteet saa siinä merkitystä (= kohta b). Yksittäiset oikeudelliset instituutiot sijoittuvat vahvasti käsitesidonnaiseen tulkinta- ja perustelukontekstiin, eikä oikeudellinen tulkinta ole edes mahdollinen muutoin kuin ennalta vakioitua oikeuden loogis-käsitteellistä ja oikeussysteemistä kehikkoa vasten. Summersin termin kyse on tuomarin oikeudellista päätöksentekoa vahvasti sitovasta käsitteellisestä formalismista, jolla näin on vahvaa oikeudellista ratkaisuarvoa (= kohta c). Normiloogisesti ja metodiopillisesti oikeudellinen tulkintaformalismin toteuttaa Jerzy Wróblewskin sidotun ratkaisuideologian mallia, vastaten oikeudellista isomorfiatilannetta Kaarle Makkosen tarkoittamalla tavalla, koska tuomarin vapaan ratkaisuharkinnan ala sidotaan täydellisesti oikeudellisten käsitteiden kokonaissysteemin avulla (= kohdat d ja e). Oikeuden loogis-lingvistiset määreet ovat nekin vahvasti formaaleja eli muotosidonnaisia, eivät sisällöllisiä eli erilaisiin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin viittaavia ominaisuuksia, kun loogis-käsitteellisen konstruktivismiin käsitys oikeudesta ja sen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisestä on hyväksytty tarkastelun lähtökohdaksi (= kohta f).

Oikeudellisen tulkintalauseen suhteellisen formalistisuuden aste määräytyy sen metafysiikan sitoumusten eli loogisen konstituution, edellytetyn ontologian ja rakenteellisen aksiologian mukaisesti. Jos oikeudellisen tulkintalauseen looginen konstituutio, edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia kiinnittyvät oikeussääntöihin, joiden oikeudellisen sääntöformalismin aste on korkea niin konstitutiivisen formalismin, systeemisen formalismin, oikeudelliseen sitovuuteen eli ratkaisuarvoon liittyvän formalismin, normiloogisen eli rakenteellisen formalismin, metodiopillisen formalismin kuin lingvistisenkin formalismin merkityksessä, myös niiden varaan rakentuva oikeudellinen tulkintalause toteuttaa korkeaa oikeudellista formalismia. Jos oikeudellisen tulkintalauseen edellytetty todellisuusrakenne kiinnittyy sitä vastoin oikeusperiaatteisiin tai muihin vastaaviin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin, joiden

oikeudellisen sääntöformalismin aste on suhteellisen alhainen, myös niiden varaan rakentuva oikeudellinen tulkintalause toteuttaa alhaista oikeudellista formalismia.

Summersin oikeudellisen formalismin osatekijät vastaavat samalla Ronald Dworkinin yleistä oikeussääntö/oikeusperiaate -jaottelua siten, että oikeudellinen tulkinta- ja ratkaisuperuste, jonka konstitutiivinen eli validiteettiformalismi, systeeminen formalismi, oikeudelliseen ratkaisuarvoon liittyvä formalismi, normilooginen eli rakenteellinen formalismi, metodiopillinen eli argumentaatioteoreettinen formalismi sekä lingvistinen formalismi on korkea, vastaa Dworkinin oikeussäännön käsitettä. Vastaavasti oikeudellinen tulkinta- ja ratkaisuperuste, jonka erilaiset oikeudellisen formalismin määreet konstitutiivisen, systeemisen, oikeudelliseen ratkaisuarvoon liittyvän, normiloogisen, metodiopillisen ja lingvistisen formalismin merkityksessä olivat suhteellisen alhaiset, vastaa Dworkinin oikeusperiaatteen tai siihen rinnastuvan oikeudellisen ratkaisustandardin käsitettä.

10.4 OIKEUDELLISEN TULKINTAFORMALISMIN KRITIIKKI JA SEN TUTKIMUKSELLISET VAIHTOEHDOT

Saksalaisen käsitelainopin terävin kritiikki tuli 1800-luvun lopulla sekä 1900-luvun taitteessa oikeuden määritelmällistä tavoitteellisuutta ja intressisidonnaisuutta korostaneen *intressilainopin* taholta. Rudolf von Jheringin ja Philipp Heckin mukaan oikeus ei ole suljettu ja aukoton looginen käsitejärjestelmä, jollaisena käsitelainopin edustajat olivat sen esittäneet esimerkiksi Puchtan *oikeuskäsitteiden genealogian* eli hierarkkisen ja väitetysti logiikan lakeja noudattavan käsitepyramidin tarkoittamalla tavalla, vaan kyse on intressisidonnaisesta yhteiskunnallisesta ilmiöstä, jonka käsittämien oikeusohjeiden soveltaminen yksittäistapaukseen edellyttää oikeuden intressisidonnaisen institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan tuntemusta. *Der Zweck ist der Schöpher des ganzen Rechts* – yhteiskunnallinen tavoitteellisuus eli tarkoitussidonnaisuus on kaiken oikeuden luoja, niin kuin von Jhering asian kiteytti *Der Zweck im Recht, I* -teoksensa motossa.³²

Toisaalta myös saksalainen *vapaa-oikeuskoulu* (saks.: *Freirechtsschule* t. *Freirechtswerbung*) riitautti käsitelainopin oletuksen tuomarin tai muun lainsoveltajan noudattamasta oikeudellisesta tulkintaformalismista. Tuomarin oikeudellinen ratkaisutoiminta ei ollut yksi yhteen palautettavissa loogis-deduktiiviseen päättelyyn tai formaaliin käsitelogiikkaan, jollaisena käsitelainoppi-

³² von Jhering, *Der Zweck im Recht, I*, s. I.

neet olivat sen mieltäneet, vaan oikeussäännöt jättivät aina tuomarille itsenäistä harkintavaltaa. Tuomarilla on toisin sanoen aina myös oikeutta luova tehtävä.³³ Vapaa-oikeuskoulun radikaali ajatus tuomarin lähtökohtaisesti luovasta ja vapaasta oikeuden tulkinnasta, missä yhteisöllistä oikeudenmukaisuutta toteuttava *oikeudentunto* (saks.: *Rechtsgefühl*) tai yhteisöllinen *arvotajunta* (saks.: *Wertfühlen*) sai korvata käsitelainopillisen tulkintaformalismin, ei milloinkaan saavuttanut laajaa kannatusta juristikunnan keskuudessa, toisin kuin intressilainopin keskeisteesi oikeuden määritelmällisestä yhteiskunnallisesta intressisidonnaisuudesta.³⁴ Tuomarin oikeutta luovaa tehtävää korostaneella vapaa-oikeuskoululla oli yhteyksiä myös varhaiseen oikeussosiologian tutkimukseen, ja Eugen Ehrlichin tuotanto edustaakin yhtäläisesti molempia lähestymistapoja oikeuteen.³⁵

Ranskalaisen François Gényn ajatus ”vapaasta tieteellisestä tutkimuksesta” (ransk.: *libre recherche scientifique*) laintulkinnan perustana ja oikeuden yhteiskunnallisesta tehtävästä (ransk.: *fonction sociale*) perustelivat osaltaan vaihtoehdon käsitelainopin oikeudelliselle tulkintaformalismille. Intressilainopin, vapaa-oikeuskoulun ja vastaavien mannereurooppalaisten tutkimussuuntausten rinnakkaisilmiönä Yhdysvalloissa oli 1900-luvun taitteessa vaikuttanut Roscoe Poundin ja Oliver Wendell Holmesin edustama *sosiologinen oikeustiede*, joka painotti tuomarien roolia oikeuden luomisessa sekä mielsi oikeuden eräänlaisena ”yhteiskunnallisena insinööritaitona”, jonka avulla vallitseviin yhteiskuntasuhteisiin voitiin tietoisesti vaikuttaa. Myöhempi 1920-, 1930- ja 1940-luvun amerikkalainen oikeusrealismi perustui merkittävästi sosiologisen oikeustieteen ja etenkin tuomari Holmesin aiemmin esittämiin ideoihin.

Tämän teoksen termin voi todeta, ettei käsitelainopin oikeudellinen tulkintaformalismin tavoittanut oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvo-perustaan kiinnittyneitä oikeusperiaatteita ja muita vastaavia oikeudellisia ratkaisustandardeja, joita tuomarit ja muut lainsoveltajat yhtä kaikki hyödyntävät oikeudellisessa ratkaisutoiminnassaan institutionaalisiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ohella. Analogisen oikeudellisen päättelyn käyttö laajensi käsitelainopin soveltamisalaa, mutta tällöin loogis-käsitteellisistä päätelmistä ja tieteellisestä ehdottomuudesta oli vastaavasti luovuttava.

³³ Rudolf von Jheringin ”pragmaattisesta käänteestä” (saks.: *Jherings Wendung zu einer pragmatischen Jurisprudenz*) sekä Philipp Heckin, Heinrich Stollin ja Rudolf Müller-Erzbachin edustamasta varhaisesta intressilainopista, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 46–48, 49–58; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 574–579; Oscar Bülowin, Eugen Ehrlichin, Hermann Kantorowiczin (= pseudonyymi Gnaeus Flavius) ja Hermann Isayn edustamasta vapaa-oikeuskoulusta, Larenz, mts. 59–62; Wieacker, mts. 579–581.

³⁴ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 62. – Oikeudentunto tai oikeustaju (saks.: *Rechtsgefühl*) on Hermann Isayn käyttämä termi. Larenz, mts. 61.

³⁵ Eugen Ehrlichin oikeusajattelusta, Ehrlich, ”Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft”; sama, ”Soziologie und Jurisprudenz”.

Suomessa konstruktivisen oikeusopin kritiikki toteutui yhtäältä skandinaavisesta oikeusrealismista vaikutteita saaneiden ruotsinkielisten tutkijoiden, kuten Erik af Hällströmin, C. H. Ekin, Berndt Godenhjelm ja Lars Erik Taxellin, 1940-luvulla edustaman pragmaattisen instrumentalismin eli *reella överbägnanden* -juridiikan muodossa, joka korosti oikeuden yhteiskunnallisten ja etenkin taloudellisten vaikutusten merkitystä laintulkinnassa. Toisaalta käsitelainopillisen tulkintaformalismin kritiikkiä edusti 1950-luvulla Simo Zittingin edustama analyttinen oikeustiede, missä Alf Rossin ja muiden pohjoismaisten tutkijoiden maltillinen skandinaavinen oikeusrealismi ja amerikkalaisen Wesley Newcomb Hohfeldin toteuttama varhainen omistusoikeuskäsitteen analyysi saivat kohdata toisensa.³⁶ Zittingin ja hänen seuraajiensa analyttinen lähestymistapa oikeuteen ja sen tulkintaan sanoutui jyrkästi irti käsitelainopin katteettomista 'metafyysisistä' oletuksista: käsitelainopin olemuspohdintojen tilalle tuli oikeudellisten funktiokäsitteiden vain oikeudellista systematisointia palveleva sekä oikeudellista kielenkäyttöä yksinkertaistava ja lyhentävä semanttinen tarkoitussidonnaisuus, ja analyttisen oikeustieteen suosima tekninen oikeusasema-analyysi sai korvata käsitelainopin spekulatiivisena koetun olemus- eli substanssilogiikan. Kuitenkin myös analyttisen lainopin kirjoituksissa oikeus miellettiin edelleen vahvasti käsitesidonnaisena eli lingvistisenä ilmiönä, ei esimerkiksi empiirisenä tai sosiologisena yhteiskunnallisena ilmiönä, jota tarkasteltaessa oikeuden kielellis-käsitteellinen elementti olisi voitu sivuuttaa.³⁷

Oikeudellisen korrespondenssiteorian tavoin konstruktivisen oikeusopin eli loogis-käsitteellisen konseptualismin tavoin määritelty oikeudellinen tulkintaformalismi soveltuu täysimääräisesti vain rutiiniluonteisten oikeudellisten ratkaisutilanteiden analyysiin, ja vaikeat eli aidosti tulkinnanvaraiset oikeudelliset ratkaisutilanteet rajautuvat sen ulkopuolelle. Kaarle Makkosen termein käsitelainopillinen tulkintaformalismi soveltuu ongelmitta vain oikeudellisten isomorfiatilanteiden analyysiin, missä oikeussäännössä määritellyn ja maailmassa toteutuneen asiantilan välillä vallitsee rakenteellinen kuvasuhde, kun taas oikeudelliset tulkintatilanteet sekä oikeudellisesti säätlemättömät tilanteet rajautuvat loogis-käsitteellisen tarkastelutavan ulkopuolelle. Molempien tulkintafilosofioiden, oikeudellisen korrespondenssiteorian ja loogis-käsitteellisen tulkintaformalismin, taustalla on varsin yksinkertaistettu käsitys oikeudellisesta *käsitesemantiikasta*, jollaista myös H.L.A. Hartin oikeusteoria osaltaan toistaa. Hartin mukaan luonnollisen kielen eli arkikielen käsitteillä yhtä hyvin kuin lainsäätäjän tai tuomioistuinten asettamalla oikeussäännöillä on yhtäältä merki-

³⁶ Skandinaavisesta oikeusrealismista ja sen tieteenkuvasta sekä sen vaikutuksista suomalaiseen lainoppiin, Helin, *Lainoppi ja metafysiikka, passim*; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 628–639.

³⁷ Palaan suomalaisen lainopin analyttiseen koulukuntaan alla jaksossa lainopin tulkintamatrikseista.

tykseltään vakiintunut ja riidaton ydinalue, toisaalta vahvasti tulkinnanvarainen tai monitulkintainen reunavyöhyke, jolla useat erilaiset tulkinnat käsitteen tai säännön merkityssisällöstä ovat mahdollisia.³⁸ Kysymys, miten keskeiserottelu käsitteen merkityksen ydinalueen ja monitulkintaisen semanttisen reuna-alueen eli yhtäältä rutiiniluonteisten tapausten ja toisaalta vaikeiden tulkintatapausten välillä tehdään, jää kuitenkin Hartin teorian valossa avoimeksi.

Luonnollinen kieli eli arkikieli viittaa määrättyssä kieliyhteisössä tosiasiallisesti puhuttuun kieleen, jota semanttinen väljyys ja monitulkintaisuus väistämättä rasittavat. Oikeudellisessa sääntelyssä ja oikeudellisessa päätöksenteossa semanttinen väljyys on paitsi ilmeinen ongelma, koska säädösten ja päätösten kielellinen monitulkintaisuus merkitsee vääjäämättä oikeudellista ennakoimattomuutta ja yllätyksellisyyttä, myös kiistaton etu, koska luonnollisen kielen avulla ilmaistut oikeudelliset säädökset ja viranomaispäätökset taipuvat joustavasti aina uusien ja ennakoimattomien oikeustositseikastojen normatiiviseksi ratkaisuperustaksi. Vain keinotekoiset *formaalit kielet*, kuten logiikan tai matematiikan täydellisesti ennalta määritellyt kielet, on mahdollista määritellä siten, että ne ovat semanttisesti täysin yksitulkintaisia. Inhimillisen tai yhteisöllisen toiminnan oikeudelliseksi sääntelyinstrumentiksi niistä ei joustamattomuutensa vuoksi kuitenkaan ole. Oxfordin lingvistisen filosofian suuntausta kutsutaan myös *luonnollisen kielen filosofiaksi* eli *arkikielen filosofiaksi*, koska se – toisin kuin *Wienin piiri* eli *looginen positivismi*, joka haki tieteellisen eetoksensa Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksesta – piti määrätyn kieliyhteisön tosiasiallisesti omaksumaa luonnollista kieltä viimekätisenä tulkintareferenssinä, johon myös filosofian tai erilaisten tieteiden tuottamat lauseet oli suhteutettava niiden oikeellisuuden arvioimiseksi. Wittgensteinin postuumisti julkaistu *Filosofisia tutkimuksia* ja hänen muu myöhäistuotantonsa tarjosi filosofisen perustan lingvistisen filosofian tarkasteluille. H.L.A. Hartin oikeusteoria soveltaa lingvistisen filosofian eli, filosofi G. H. von Wrightin termin, *analyttisen hermeneutiikan* keskeisideoita oikeudelliseen tulkinta- ja merkityskontekstiin.

Hartin formaalin oikeudellisen käsitesemantiikan, oikeudellisen korrespondenssiteorian yhtä hyvin kuin loogis-käsitteellisen tulkintaformalismin ongelmia on ainakin kolme: ensinnäkin semanttisesti riidattomien ja yksiselitteisten (isomorfia)tilanteiden tunnistaminen ja erottaminen oikeudellisista tulkintatilanteista, toiseksi oikeussäännön tai oikeudellisen käsitteen tulkinnallisen reunavyöhykkeen alaan kuuluvien ilmiöiden käsittely, kun tulkintaformalismin hyväksymä deduktiivinen (käsite)logiikka ei niihin sovellu, ja kolmanneksi oikeuden tulkinnallisen muutosdynamiikan salliminen sekä sen selittäminen, miten oikeudelliset isomorfiatilanteet tai loogis-syllogistiset ratkaisutilanteet

³⁸ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 123–124.

voivat *deformalisoitua* eli *materiaalistua* oikeudellisiksi tulkintatilanteiksi ja, käänteisesti, miten oikeudelliset tulkintatilanteet voivat *formalisoitua* oikeudellisiksi isomorfiatilanteiksi, jotka edellyttävät loogis-syllogistista päättelyä.

Oikeus ei ole vain staattinen oikeudellisten käsitteiden tai muuttumattomien yleisten oikeudellisten periaatteiden järjestelmä, jollaisena Puchta ja muut Saksan käsitelainoppineet, Langdellin formalistinen *case law* -metodi Yhdysvalloissa ja muut oikeudellisen tulkintaformalismin muunnelmat ovat sen mieltäneet. Kun tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa rajaavat institutionaaliset ja yhteisölliset reunaehdot muuttuvat, myös rajalinja yhtäältä rutiiniluonteisten ja vaikeiden ratkaisutilanteiden sekä toisaalta tyyppitapauksellisten ja tilannesidonnaisten oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden välillä vastaavasti siirtyy. Oikeudellinen tulkintaformalismi ja oikeudellinen korrespondenssiteoria soveltuvat kuitenkin heikosti oikeuden rakenteellisen muutosdynamiikan analyysiin, koska ne rajaavat muut kuin soveltamisalaltaan täysin yksiselitteiset oikeussäännöt tai semanttisesti täysin riidattomat oikeudelliset käsitteet ja muut kuin loogis-syllogistiset päätelmät tuomarin oikeudellisen ratkaisuharkinnan ulkopuolelle. Tosin jo käsitelainopin viittaus oikeudelliseen analogiaan pulmallisissa ratkaisutilanteissa rikkoo illuusion puhtaasti loogisesta deduktiosta samoin kuin Puchtan formaalin oikeuskäsitteiden genealogian eli käsittepyramidin, koska kyse ei tällöin ole loogis-deduktiivisesta päättelystä vaan väljemmin määritellystä oikeudellisesta tulkinnasta.

Käsitelainopin yhtä hyvin kuin 'langdellilaisen ortodoksian' täydellistä sokeutta oikeuden yhteiskunnallisille, moraalille ja poliittisille syille, perusteille, ulottuvuuksille ja vaikutuksille on vaikea hyväksyä moniarvoisessa yhteiskunnassa, jonka *institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta* on laajentunut käsittämään joukon yleiseurooppalaisia ja osin jopa universaaleja eli globaaleja arvoja esimerkiksi keskeisten ihmisoikeuksien suojaamisen merkityksessä. Kun moderni oikeus on amerikkalaistutkija Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*), jonka *episteeminen, loogis-käsitteellinen, konstitutiivinen ja metodinen* identiteetti on vain heikosti jäsentynyt ja aina avoin uusille tulkinnoille, on yhteiskunnallisesti helpompi hyväksyä jokin muu mahdollisista oikeudellisista tulkintamalleista kuin oikeudellinen tulkintaformalismi ja sen hyväksymät loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemiset tulkinta- ja ratkaisuperusteet.

Esimerkiksi Ronald Dworkinin keskeisidea *oikeudellisesta eheydestä* tuomarin oikeudellisen ratkaisuharkinnan arviointikriteerinä, jolloin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyneet yhteisölliset oikeusperiaatteet toimivat välittäjinä institutionaalsiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja yhteiskunnassa vallitsevien yksilöllisten arvojen ja kollektiivisten yhteiskunnallisten tavoitteiden kesken, tarjoaa uskottavamman perustan tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliselle ratkaisuharkinnalle kuin oikeudellisen tulkintaformalismin loogis-käsitteelliset pohdinnat. Oikeudellinen tulkinta-

formalismi, joka irrottaa oikeudellisen sääntelyn ja oikeudellisen päätöksen teon sen taustalla vaikuttavista yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista, ei anna tuomarille tyydyttäviä tulkinnallisia apuvälineitä etenkin tilanteessa, jossa oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan syvälliset muutokset edellyttäisivät aidon yhteiskunnallisen valinnan tekemistä oikeuden semanttisesti mahdollisten maailmojen välillä.

11 Luonnonoikeusfilosofia: oikeus yhteisöllisenä tai uskonnollisena oikeudenmukaisuutena

11.1 LUONNONOIKEUSOPIN MUUNNELMAT

Analyttinen oikeuspositivismi teki edellä jyrkän eron oikeuden muodollisen voimassaolon ja sen sisällöllisen hyväksyttävyyden välillä: vain suvereenin lainsäätäjän asettamat oikeusnormit ovat aidosti velvoittavaa oikeutta, ja arviot oikeuden sisällöllisestä hyväksyttävyydestä tai moitittavuudesta eivät kuulu neet oikeustieteen vaan moraalifilosofian tai jonkin muuan tieteenalan piiriin.¹ Samoin analyttinen oikeusrealismi ja osin myös institutionaalinen oikeuspositivismi määrittelevät oikeuden tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tosiasiallisesti tekeminä ratkaisuin eli niinä oikeuksina ja velvollisuuksina, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet ja joille ne myös tulevaisuudessa tulevat todennäköisesti antamaan tehokasta oikeussuojaa. Oikeuspositivistille ja oikeusrealisteille oikeus on *yhteiskunnallinen tosiasia*, ei vain yhteiskunnallinen mahdollisuus, saavuttamaton ideaali tai tavoittamaton haavekuva 'parhaasta mahdollisesta' maailmasta, joka on aina "kätkeytyä ja saavuttamaton",² "ikuisesti tuleva",³ "ei-mitään",⁴ "se, mikä on oikein Jumalan edessä"⁵ tai – *Ihmemaa Ozin* laulun termein – jotain, joka on "sateenkaaren tuolla puolen".⁶

Luonnonoikeusfilosofia kiinnittää oikeuden voimassaolon ja sen tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön ehdottoman *yhteisöllisen* tai *uskonnollisen oikeudenmukaisuuden* ideaan. Kun oikeus on osa laajempaa yhteiskunnallista oikeudenmukaisuuden ideaa, kysymykset oikeuden muodollisesta voimassaolosta ja oikeuden sisällöllisestä hyväksyttävyydestä kietoutuvat erottamattomalla tavalla yhteen vastoin John L. Austinin ja analyttisen oikeuspositivismin esittämää metodista vaatimusta. Se, miten tuo yhteisöllinen tai uskonnollinen

¹ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 1 *et seq.*

² Hirvonen, "After the Law", s. 233.

³ Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484–485.

⁴ "Dikē ei ole mitään." Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484.

⁵ "what is law (right) before God, that ought to be law (right) for man", Minkinen, *Thinking without Desire*, s. 168.

⁶ Sivenius, "The Law and the Rainbow", s. 239–244; vrt. Siltala, "'Sateenkaaren tuolla puolen' – polysentrisen oikeuden manifesti", s. 306–313.

oikeudenmukaisuusideaali on täsmällisesti ottaen määritelty, on merkittävästi vaihdellut eri aikoina. Historiallisesti luonnonoikeusoppi voidaan jakaa: (1) antiikin *klassiseen*, (2) keskiajan *skolastiseen*, (3) 1600- ja 1700-luvun *rationalistiseen* sekä (4) 1950-luvun jälkeiseen *moderniin* luonnonoikeusfilosofiaan. Luonnonoikeusopin traditio voidaan jakaa myös karkeammin yhtäältä *klassiseen* eli antiikin ja keskiajan luonnonoikeuteen ja toisaalta *moderniin* eli 1600-luvun puolivälistä nykyaikaan ulottuvaan luonnonoikeuteen. John Finnis ajoittaa modernin luonnonoikeusajattelun alun vuoteen 1660, jolloin Samuel Pufendorfin *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo* ilmestyi.⁷ Moderni luonnonoikeusfilosofia vastaa näin määriteltynä rationalistista luonnonoikeusoppia ja sen jälkeisiä luonnonoikeusajattelun suuntauksia.

Ajatus yhteisöllisten asioiden oikeasta järjestyksestä, jonka varaan myös kaiken positiivis-oikeudellisen sääntelyn tulee rakentua, oli tunnettu jo antiikin oikeusajattelussa. Painottaessaan oikeuden loogis-käsitteellisiä välttämättömyyksiä ja arvosidonnaisia määreitä luonnonoikeusfilosofia on ajatuksellisesti varsin lähellä kahta myöhempää oikeusajattelun suuntausta: yhtäältä 1800-luvun ja 1900-luvun alkupuolen saksalaista käsiteläinoppia, joka painotti oikeuden välttämättömiä loogis-käsitteellisiä ja systeemisiä piirteitä Puchtan *oikeuskäsitteiden genealogian* eli formaalin oikeudellisen käsitepyramidin tavoin, ja toisaalta 1900-luvun oikeusfenomenologiaa, jolle oikeuden apriorinen, empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävä ja 'itseannettu' olemus, oikeutta määrittävät 'asialoogiset rakenteet' (saks.: *die immanente sachliche Wesensstruktur*) ja asianmukaisuus tai 'asian luonto' (saks.: *Natur der Sache*) ovat olleet keskeisiä.⁸ Antiikin Kreikassa *asian luonto* viittasi oikeuden yhteisölliseen perustaan ja aristoteliseen hyvän elämän politiikkaan.

Kreikan luonnonoikeusfilosofia kiteytyi Aristoteleen (384–322 e.Kr.) ajatuksen hyveellisestä elämästä ja sen keskeisistä edellytyksistä kreikkalaisen kaupunkivaltion (kreik.: *polis*) rajaamassa yhteisöllisessä kontekstissa,⁹ missä uuden ajan yhteiskuntafilosofian keskeinen vastakkainasettelu yhteisöllisten intressien tai kollektiivisen hyvän ja kansalaisten yksilöllisten (perus)oikeuksien välillä oli vielä tuntematon. Aristoteleen mukaan ihminen oli *zoon politikon*, valtiollinen eli poliittinen olento, jonka hyvän ja oikean elämän edellytykset olivat kiinteällä tavalla sidoksissa määrätynlaiseen yhteisölliseen ja poliittiseen elämänmuotoon.¹⁰ Lainsäätäjän tehtävänä oli järjestää kaupunkivaltion olot

⁷ Finnis, "Natural Law: The Classical Tradition", s. 5.

⁸ Oikeusfenomenologiasta, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 111–118; oikeuden "asialoogiset rakenteet" viittaa Hans Welzelin ajatteluun, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 111–112; vrt. myös Pöyhönen, "Oikeuden fenomenologia Adolf Reinachin mukaan"; Pallard & Hudson, "Phenomenology of Law"; Minkkinen, *Thinking without Desire*, etenkin luvut "In an Orderly World" (mts. 48–65) ja "Right Things to Come" (mts. 66–82).

⁹ Yleisesti Sihvola, *Hyvän elämän politiikka. Näkökulmia Aristoteleen poliittiseen filosofiaan*.

¹⁰ Aristoteles, *Politiikka*, s. 9–10; Sihvola, "Selitykset", s. 233.

siten, että kansalaiset saattoivat elää hyveellistä ja kohtuullista elämää Aristoteleen hyve-etiikan tarkoittamalla tavalla sekä osallistua *poliksen* yhteisten asioiden järjestämiseen. Aristoteleen tarkkanäköisen havainnon mukaan yleinen laki on aina väistämättä epätarkka eikä kykene ottamaan huomioon yksittäisen tapauksen kaikkia ominaispiirteitä, ja sen vuoksi oikeuden soveltamisessa tarvitaan myös yksittäistapauksellista kohtuusharkintaa. Hyvä laki on Aristoteleen mukaan kuin lesboslaisten talonrakentajien käyttämä taipuisa, lyijystä tehty mitta, joka oli sovitettavissa kulloinkin mittaamisen kohteena olleen rakennuskiven mukaan.¹¹

”Kohtuunmukaisen toiminnan perusluonteena on juuri lain korjaaminen sikäli kuin sen yleisyydestä seuraa aukkokohtia. Tästä syystä kaikkea ei säädetä lailla, sillä monissa tapauksissa on mahdotonta tehdä lakia, ja niin yksittäiset päätökset ovat välttämättömiä. Epäsäännöllisen mitta on samanlainen; sen tulee olla kuten lesboslaisessa talonrakennustekniikassa käytetty lyijyinen mittalanka, joka mukautuu kiven muotoon eikä pysy suorana. Ja samoin yksittäinen päätös ottaa huomioon olosuhteet.”

Sofokleen tragedia *Antigone*, missä Antigone hautaa veljensä perinnäistapojen edellyttämällä tavalla vastoin isänsä, kuningas Kreonin, antamaa nimenomaista käskyä, ilmentää hyvin antiikin Kreikan luonnonoikeusajattelun vanhinta kerrostumaa. Luonnonoikeudelliset perusteet olivat Antigonen teon puolella: kreikkalaisten uskomuksen mukaan vainajalla oli oikeus tulla haudatuksi, ja hautaaminen oli hänen lähiomaistensa ja siten yhtä hyvin Antigonen kuin hallitsija Kreoninkin ikimuistoinen velvollisuus, joka ei ollut kumottavissa hallitsijan antamalla määräyksellä. Vai syrjäyttääkö kuningas Kreonin antama laki perinteiset luonnonoikeudelliset velvoitteet? Antigonen dilemma kiteyttää tahdonvaltaisen positiivisen oikeuden ja luonnonoikeuden ylipositiivisten vaatimusten välisen ristiriidan, jonka jännitteen varaan myös myöhempi oikeusfilosofinen ongelmanasettelu on keskeisellä tavalla jäsentynyt.¹²

Keskiajalla Tuomas Akvinolainen (1225–1274) kehitti omaehtoisen ja vaikuttavan synteisin *skolastisesta* luonnonoikeusfilosofiasta, perustaen käsityksensä yhtäältä Aristoteleen *teleologiseen* eli päämäärähakuiseen todellisuuskäsitykseen, toisaalta katolisen kirkon *teologiseen* eli uskonnolliseen maailmankuvaan. Tuomaan ajatuksilla on ollut erittäin keskeinen merkitys luonnonoikeusopin myöhemmälle kehitykselle. Erilaisia luomakuntaa jäsentäviä normatiivis-konstitutiivisia järjestyksiä eli lakeja¹³ termin laajassa merkityksessä on Tuo-

¹¹ Aristoteles, *Nikomakhoksen etiikka*, s. 104. – Samoin Akvinolainen, *Summa Theologiae*, s. 631.

¹² Antigonen tragediasta ja antiikin luonnonoikeusajattelusta, Hirvonen, *Oikeuden käynti. Antigonen laki ja oikea oikeus*.

¹³ Tuomas Akvinolaisen *Summa Theologiae* -teoksen (valikoitujen otteiden) kääntäjä, Juha-Pekka Rentto, käyttää tältä osin termejä ”ikuinen laki” ja ”luonnollinen laki”, ei esimerkiksi ”ikuinen oikeus” ja ”luonnollinen oikeus”. Akvinolainen, *Summa Theologiae*, s. 575 et seq.

mas Akvinolaisen mukaan neljä. *Ikuinen laki* (lat.: *lex aeterna*) tarkoittaa Luo-
 jan asettamaa suurta maailmanjärjestystä tai maailmansuunnitelmaa, joka kä-
 sittää niin elottoman kuin elollisenkin luonnon normatiivis-konstitutiivisen jär-
 jestyksen. *Luonnollinen laki* (lat.: *lex naturalis*) on se osa ikuista lakia, joka
 määrittää ihmisen sijaa luomakunnassa. Samalla se on ylipositiivista oikeutta,
 joka saa ristiriitatilanteessa syrjäyttää maallisen hallitsijan asettaman *inhimilli-*
sen lain (lat.: *lex humana*) määräykset. Neljäntenä on vielä ilmoitettu *jumalalli-*
nen laki (lat.: *lex divina*) eli kymmenen käskyn, Vuorisaarnan tai lähimmäisrak-
 kauden kultaisen säännön kaltaiset käyttäytymisohjeet, jotka Jumala on ihmi-
 selle antanut ja jotka säätävät ihmisten suhteesta sekä Jumalaan että toisiin
 ihmisiin.¹⁴

Luonnollisen lain eli luonnonoikeuden periaatteet ovat Tuomaalla osa laa-
 jempaa maailmanselitystä eli ikuista lakia, joka siis käsittää paitsi ihmisyhteis-
 ön säännöt myös elottoman ja elollisen luomakunnan olioiden keskinäiset
 suhteet. Ihmisen luontaisena pyrkimyksenä on ojentautua kohden Luojaansa
 ylipositiivisen luonnonoikeuden eli luonnollisen lain tarkoittamalla tavalla.
 Luonnollinen laki asettaa yleisen velvollisuuden tehdä hyvää ja karta pahaa:¹⁵

”[Luonnollisen l]ain ensimmäinen määräys on siis tämä: Hyvää on tehtä-
 vä ja tavoiteltava ja pahaa vältettävä. Sille rakentuvat kaikki muut luon-
 nollisen lain määräykset ...”

Luonnonoikeuden ylimmät periaatteet ovat Tuomaan mukaan itsestään tunnet-
 tuja eli itsestään selviä,¹⁶ eivätkä ne ole osoitettavissa tosiksi viittaamalla joi-
 hinkin muihin periaatteisiin. Tuomas myös määritteli lain käsitteen yleisesti
 siten, että yhteisen hyvän edistäminen on sen määritelmällinen osatekijä:¹⁷

”... lain määritelmä: laki on yhteisöstä huolta pitävän tahon laatima
 yhteishyvän suuntainen ja julkistettu järjen järjestely.”

Inhimillinen laki koostuu maallisen hallitsija antamista määräyksistä. Nämä
 ovat kuitenkin aidosti velvoittavaa oikeutta vain, jos ne edistävät kaikkien
 yhteistä hyvää eli uskonnollisesti määriteltä yhteisöllistä oikeudenmukaisuut-

¹⁴ Akvinolainen, mts. 569–638.

¹⁵ Akvinolainen, mts. 604. – Ohje tehdä hyvää ja välttää pahaa on sisällöllisesti siinä määrin
 avoin, ettei siitä ole toimintaohjeeksi ilman täsmentyneempää normatiivista sisältöä. Mitä ”hy-
 vän” tekeminen toisin sanoen tarkoittaa, ja mitä ”hyvä” oikein on? Hyvän määrittely on toisin
 sanoen altis G. E. Mooren avoimen kysymyksen dillemmalle.

¹⁶ Samoin Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 33: ”...Aquinas asserts as plainly as
 possible that the first principles of natural law, which specify the basic forms of good and evil and
 which can be adequately grasped by anyone of the age and reason (and not just by metaphysicians),
 are *per se nota* (self-evident) and indemonstrable.”

¹⁷ Tuomas Akvinolainen, mts. 574.

ta ja jos ne lisäksi on saatettu asianmukaisella tavalla kaikille tiedoksi. Epäoikeudenmukainen laki ei Tuomaan mukaan ole velvoittavaa oikeutta lainkaan vaan oikeuden vääristymää tai lain ”turmellusta” eli maallisen hallitsijan epäoikeutettua mielivaltaa tai väkivaltaa (lat.: *lex iniusta non est lex sed legis corruptio*).¹⁸ Samalla Tuomas korosti, että ihmisjärjen avulla on mahdollista saada tarkempaa tietoa luonnonoikeuden yksityiskohtaisista velvoitteista. Näin Tuomas loi osaltaan perustaa uuden ajan rationalistiselle luonnonoikeusajattelulle, joka nosti ihmisjärjen avainasemaan voimassa olevan oikeuden sääntöjen tunnistamisessa.

1600- ja 1700-luvulla *rationalistisen luonnonoikeusajattelun* kannattajat perustelivat ankan systemaattisen luonnonoikeudellisten oikeussääntöjen järjestelmän, joka olisi voimassa jopa sen ”kohtuuttoman oletuksen vallitessa”, niin kuin Hugo Grotius (1583–1645) asian ilmaisi, ettei Jumala olisi lainkaan olemassa tai ettei hän välittäisi ihmisten toimista. Luonnonoikeuden ylimmät periaatteet eli aksiomat olivat nyt johdettavissa ihmisen muuttumattomasta luonnosta ihmisjärjen avulla. Tuloksena oli monimuotoinen luonnonoikeudellinen sääntöjärjestelmä, joka Grotiuksella kulminoitui *pacta sunt servanda* eli ”sopimukset on pidettävä” -periaatteeseen. Ajan tiedeihanteena oli geometria, joten myös luonnonoikeuden säännöt miellettiin aksiomaattisena järjestelmänä, jossa luonnonoikeuden ylimmästä periaatteesta voitiin loogis-deduktiivisen päättelyn avulla johtaa yksityiskohtaisempien sääntöjen kokonaisuus. Muita rationalistisen luonnonoikeusopin edustajia olivat muun muassa Samuel Pufendorf (1632–1694) ja Christian Wolff (1679–1754).

Jo Tuomas Akvinolainen oli hyväksynyt *Summa Theologiae* -teoksessa ihmisjärjen käyttämisen yksityiskohtaisten sääntöjen johtamiseksi luonnonoikeuden yleisistä periaatteista, mutta Tuomaalla nuo periaatteet olivat viime kädessä palautettavissa kaikkivaltiaan Luojan suureen maailmanjärjestykseen, eivät vain ihmisen muuttumattomaan luontoon. Rationalistisen luonnonoikeusajattelun kehittämä oikeudellinen systematiikka loi perustan 1700-luvun lopun ja 1800-luvun alun suurille eurooppalaisille lakikodifikaatioille. Wolffin luonnonoikeudellinen systematiikka toimi lisäksi mallina Puchtan oikeuskäsitteiden genealogian formaaleille ja systeemisille pyrkimyksille. Ihmisen väitetysti muuttumattomaan luontoon sekä ihmisjärjen mahdollisuuksiin perustuvan

¹⁸ ”Vastaan, kuten Augustinus sanoo kirjassaan *Vapaasta tahdosta*, ettei se näytä olevan laki, joka ei ole oikeudenmukaista. Laki on sen vuoksi lainvoimainen siinä määrin kuin se on oikeudenmukainen. Mutta inhimillisissä asioissa sanotaan jotain oikeudenmukaiseksi sillä perusteella, että se on järjen mittapuun mukaan oikein. Järjen ensimmäinen mittapuu taas on luonnollinen laki, kuten edellä sanotusta käy ilmi. Tämän vuoksi jokainen ihmisten asettama laki on siinä määrin lain luontoinen kuin se johtuu luonnollisesta laista. Jos se taas on jossakin suhteessa epäsoinnussa luonnollisen lain kanssa, se ei ole enää laki vaan lain turmelus.” Tuomas Akvinolainen, *Summa Theologiae*, s. 616. Vrt. myös Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 351–368, missä kysymystä epäoikeudenmukaisesta laista on seikkaperäisesti arvioitu.

luonnonoikeusopin ongelmana on luonnonoikeuden perimmäisen hypoteesin mielivaltaisuus: onko ihminen perusluonteeltaan väkivaltainen ja taipuvainen kaiken tuhoavaan sisällissotaan, niin kuin Thomas Hobbes (1588–1679) väitti, vai onko ihminen sosiaalinen olento ja kykenevä yhteistoimintaan toisten kanssa, niin kuin kansainvälistä oikeutta merkittävästi kehittänyt hollantilainen Hugo Grotius (1583–1645) asian mielsi?

Kun oikeudellinen käsite- ja tulkintaformalisismi eivät olleet kyenneet estämään 1930-luvun ja 1940-luvun kansallissosialistisen Saksan räikeitä oikeudenloukkauksia, luonnonoikeusajattelu tuntui jälleen tarjoavan ulospääsytien oikeuden kriisistä maailmansodan jälkeen. Mielivaltaisuudet ja sortotoimet, joita Saksan juutalaisiin ja muihin 'ei-arjalaisiin' väestöryhmiin oli 1930-luvulla kohdistettu sinänsä muodollisesti velvoittavan lain nojalla, perustelivat paluun luonnonoikeuden muuttumattomiin periaatteisiin eli luonnonoikeuden renessanssin.

Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin mukaan oikeustieteen tiedonintressinä oli *eine wertfreie Beschreibung ihres Gegenstandes*¹⁹ eli sen tutkimuskohteen, voimassa olevan oikeuden käsittämien normien, arvovapaa kuvaaminen, eikä tutkijan ollut lupa omakohtaisesti arvottaa oikeuden aineellista sisältöä ilman, että arvovapaa oikeustiede olisi samalla muuntunut ideologiasidonnaiseksi oikeuspolitiikaksi. Puhtaan oikeusopin esipuheessa Kelsen oli itse pitänyt perustelemansa metodiohjelman poliittista arvovapautta ja täydellistä avoimuutta suhteessa erilaisiin yhteiskuntaideologioihin parhaana osoituksena sen tieteellisestä 'puhtaudesta' ja asetettujen tutkimuksellisten tavoitteiden saavuttamisesta: olihan *Puhdas oikeusoppi* luokiteltu eri kirjoittajien kriittisissä arvioissa milloin fasistiseksi, milloin liberalistiseksi, kapitalistiseksi, bolsevistiseksi, katolilaiseksi, protestanttiseksi, ateistiseksi tai suorastaan anarkistiseksi teoriaksi oikeudesta, teorian kulloisenkin kriitikon omista ideologisista preferensseistä tai torjunnoista riippuen.²⁰ On ilmeistä, ettei Kelsenin puhtaan oikeusopin formaali oikeudellinen normativismi kyennyt täyttämään sitä oikeudellista ja moraalista arvotyhjiötä, jonka Saksan 1930-luvun sekä sotavuosien kokemukset olivat jättäneet jälkeensä. Kuvaavaa on aiemmin uskantilasta oikeusfilosofiaa edustaneen Gustav Radbruchin (1878–1949) kääntyminen johdonmukaiseksi luonnonoikeusfilosofian kannattajaksi sodan jälkeen: *yliposiitiivinen oikeus* (saks.: *übergesetzliches Recht*) saisi tästä lähin vallita *laillistetun vääryyden* (saks.: *gesetzliches Unrecht*) sijaan, niin kuin Radbruch asian ilmaisi heti sodan jälkeen vuonna 1946.²¹

¹⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 84.

²⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. V; sama, *Reine Rechtslehre* (1934), s. XII–XIII. – Itävaltalainen Hans Kelsen oli itse juutalainen ja emigroitui sodan alta Yhdysvaltoihin, missä hän julkaisi vuonna 1945 teoksen *General Theory of Law and State* eli englanninkielisen käännöslaitoksen *Allgemeine Staatslehre* (1925) ja *Reine Rechtslehre* (1934) -teoksista.

²¹ Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht"; sama, "Fünf Minuten Rechtsphilosophie". – "Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche

Toisen maailmansodan jälkeinen *moderni luonnonoikeusajattelu* on syntynyt vastareaktionä Kelsenin puhtaan oikeusopin ja Puchtan käsitelainopin kaltaisille oikeudelliselle tulkinta- tai muulle formalismille. Modernin luonnonoikeusfilosofian vaikutus on nähtävissä etenkin siinä, miten keskeiset ihmis- ja perusoikeudet on tunnustettu useiden länsimaiden perustuslaeissa sekä ylikansallisissa ihmisoikeussopimuksissa. Etenkin Euroopan ihmisoikeussopimus ja siihen liitetty suhteellisen tehokas ylikansallinen ihmisoikeuksien valvontajärjestelmä, jota sanottuun sopimukseen liitetty yksilövalitusoikeus, ihmisoikeusloukkauksen kohteeksi joutuneelle henkilölle tuomittava hyvitysseuraamus, jonka sopimusvaltio on velvollinen tälle suorittamaan, sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamista yksittäisistä soveltamisratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden prejudikaattivaikutus suhteessa kansallisten tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudelliseen ratkaisuharkintaan ilmentävät, ovat osoittautuneet oikeudellisesti merkityksellisiksi. Ihmis- ja perusoikeudet ovat näin muuttuneet moraalisisista tai uskonnollisista oikeuksista tehokasta oikeussuojaa nauttiviksi juridisiksi oikeuksiksi eli, Ronald Dworkinin termin, oikeudellisiksi *valttikorteiksi* sekä valtiovallan mieltävaltaa että toisten kansalaisten mahdollisia oikeudenloukkauksia vastaan.²²

Modernissa luonnonoikeusopissa lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeudellista harkintavaltaa on lisäksi pyritty rajoittamaan tavalla, josta Lon L. Fullerin, John Finnisin ja Ronald Dworkinin tuotanto on parhaana esimerkkinä. Sinänsä ajatus kansalaisten (perus)oikeuksista, joita lainsäätäjä ei kykene loukkaamaan edes muodollisesti pätevällä tavalla säädetyin lain avulla, on palautettavissa uuden ajan alun yhteiskuntafilosofiaan, jota ajatus yhteiskuntasopimuksesta keskeisesti jäsentää. Yhteistä kaikelle luonnonoikeusfilosofialle, oli sitten kyse antiikin klassisesta, keskiajan skolastisesta, uuden ajan alun rationalistisesta tai sodanjälkeisen ajan modernista luonnonoikeusajattelusta, on oikeuden aineellisen sisällön korostaminen sen muodollisen velvoittavuuden sijaan. Ylipositiivinen oikeus, jonka sisältönä on ehdottoman *yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden* toteuttaminen, saa etusijan lainsäätäjän asettamiin ja muodollisesti velvoittaviin yleisiin säädöksiin yhtä hyvin kuin tuomioistuinten ja muiden viranomaisten antamiin yksittäistapauksellisiin ratkaisuihin nähden.

Satzung, so daß ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist. Man nennt diese Grundsätze das Naturrecht oder das Vernunftrecht." Radbruch, "Fünf Minuten Rechtsphilosophie", s. 328.

²² Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 82–84, 364–366.

11.2 OIKEUDEN SISÄINEN MORAALI LON L. FULLERIN MUKAAN JA LUONNONOIKEUDEN VÄHIMMÄIS- SISÄLTÖ H.L.A. HARTIN MUKAAN

Voiko rikoslaki olla oikeudellisilta vaikutuksiltaan taannehtiva? Voiko salaiseksi julistettu laki, jonka sisältöä kansalaiset eivät kykene selvittämään itselleen, olla voimassa olevaa oikeutta? Onko laki, jonka sisältöä kansalaiset eivät kykene ymmärtämään, velvoittavaa oikeutta? Voiko laki vaatia käyttäytymistä, joka objektiivisesti arvioiden on mahdoton täyttää? Voivatko lait asettaa kansalaisille ristiriitaisia käyttäytymisvaatimuksia? Voiko lainsäädännön ja toteutuneen oikeuskäytännön välillä olla sovittamaton ristiriita? Entä voiko voimassa olevan oikeuden sisältö vaihdella päiväkohtaisesti siten, että eilisen laki on tänään täydellisesti oikeushistoriaa, ja sama pätee tämänpäiväiseen lakiin huomenna?

Amerikkalainen luonnonoikeusteoreetikko Lon L. Fuller (1902–1978) vastasi jokaiseen sanotuista kysymyksistä kielteisesti teoksessaan *The Morality of Law*. Fuller perusteli viime kädessä Aristoteleen filosofiaan palautuvan idean oikeuden tarkoitussidonnaisuudesta, ja lisäksi oikeus on hänen mukaansa määritelmällisesti yhteisöllinen ilmiö. Myös lainsäätäjää velvoittaa, Fullerin termin, *oikeuden sisäinen morali* eli ”moraali, joka tekee oikeuden mahdolliseksi”.²³ Fuller luonnehtii oikeuden sisäistä moraalialia myös *menettelylliseksi* eli *institutionaaliseksi* luonnonoikeudeksi.²⁴ Fullerin mukaan lainsäätäjän on noudatettava kahdeksaa sääntöä, joista jokaisen rikkominen merkitsisi tarkoitetun lainsäädäntöhankeeseen epäonnistumista. Nämä kriteerit ovat:²⁵

- (1) yleisyys: lakien pitää olla yleisiä, ei vain yksittäistä tapausta varten laadittuja,
- (2) promulgaatio: lait pitää tehdä julkisesti tunnetuiksi (eli promulgoida),
- (3) taannehtivuuskielto: lait eivät saa olla vaikutuksiltaan taannehtivia,
- (4) sisällöllinen selkeys: lakien pitää olla sisällöltään ymmärrettäviä,
- (5) ristiriidattomuus: lait eivät saa olla keskenään ristiriidassa,
- (6) kohtuullisuus: lait eivät saa vaatia kansalaisilta asioita, jotka näiden on mahdotonta täyttää,
- (7) ajallinen pysyvyys: lait eivät saa olla ajallisesti liian lyhytkestoisia, ja
- (8) systeeminen kongruenssi: lainsäädännön sekä oikeudellisen tulkin-
ta- ja soveltamiskäytännön keskinäinen vastaavuus.

²³ Fuller, *The Morality of Law*, s. 33 et seq.

²⁴ ”In my third chapter [of *The Morality of Law*] I treated what I have called the internal morality of law as itself presenting a variety of natural law. It is, however, a procedural or institutional kind of natural law ...”, Fuller, mts. 184.

²⁵ Fuller, mts. 33–94. Englanniksi Fullerin alakohdat ovat: (1) *The Generality of Law*, (2) *Promulgation*, (3) *Retroactive Laws*, (4) *The Clarity of Laws*, (5) *Contradictions in the Law*, (6) *Laws Requiring the Impossible*, (7) *Constancy of the Law through Time*, (8) *Congruence between Official Action and Declared Rule*. – Vrt. Hart, ”Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 349–353.

Niinpä lainsäätäjä, joka säätäisi taannehtivan rikoslain, salaiseksi julistetun salatun lain, sisällöltään täysin käsittämättömän lain tai joukon *ad hoc* -tyyppiä 'kertakäyttölakeja', joista kutakin voitaisiin soveltaa vain yhden ainoan kerran ja vain yhteen ainoaan tapaukseen, syyllistyisi Fullerin mukaan oikeuden sisäisen moraalin loukkaamiseen. Sama pätee muodollisesti pätevällä tavalla säädettyihin lakeihin, jotka vaativat kansalaisilta objektiivisesti katsoen mahdottomien tai keskenään ristiriitaisten asioiden täyttämistä. Kyse ei tällöin olisi kansalaisia velvoittavasta oikeudesta lainkaan vaan eräänlaisesta oikeuden vääristymästä eli epäkelvosta ja vajavaiseksi jääneestä yrityksestä säätää laki.

Prejudikaatteihin eli tuomioistuinten antamiin ennakkoratkaisuihin perustuva oikeus, jollaisesta Englannin ja Yhdysvaltojen *common law* -oikeus on paras esimerkki mutta jollaista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa myös Euroopan unionin oikeus ainakin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamien ratkaisujen yleisten oikeusohjeiden prejudikaattivaikutuksen osalta noudattaa, tuntuu täyttävän varsin heikosti Fullerin oikeuden sisäisen moraalin vaatimukset.²⁶ Fullerin näkökulma oikeuteen, niin Yhdysvaltain *common law* -oikeutta *The Morality of Law* -teoksen kirjoittaja itse edustaakin, vastaa hieman yllättäen lähinnä lainsäätäjän näkökulmaa oikeuteen, ja ainoastaan kohdan kahdeksan vaatimus lainsäädännön sekä oikeudellisen tulkinta- ja soveltamiskäytännön keskinäisestä vastaavuudesta samoin kuin mahdollisesti kohdan kuusi ehto, jonka mukaan lait eivät saa vaatia kansalaisilta asioita, jotka näiden on mahdoton täyttää, tuovat analyysiin oikeusrealistisia painotuksia.

Sitä vastoin vaatimukset lakien yleisyydestä, tunnetuksi tekemisestä eli promulgoinnista, sisällöllisestä selkeydestä, ristiriidattomuudesta ja ajallisesta pysyvyydestä samoin kuin taannehtivan lainsäädännön kieltä soveltuvat varsin huonosti prejudikaattiperustaiseen oikeuteen. Yksittäiset prejudikaatit tai muut tuomioistuinratkaisut koskevat lähtökohtaisesti vain sitä yksittäistä oikeustositseikastoa, jota varten ne alun perin annettiin, ja ratkaisunormin yleistettävyyks käsillä olevaan myöhempään tapaukseen on arvioitava erikseen (= *contra* Fullerin kohta 1). Prejudikaatin antanut tuomioistuin ei tavallisesti esitä jutun prejudikaattinormia (lat.: *ratio decidendi*) minkään arvovaltaisen ja yleisesti hyväksytyn normiformuloinnin muodossa, vaan ratkaisun sisältämän prejudikaattinormin täsmällinen sisältö on pääteltävä (esimerkiksi) sen aineellisen lopputuloksen ja ratkaisun tueksi esitettyjen perustelujen avulla, sovellettavasta prejudikaatti-ideologiasta riippuen (= *contra* Fullerin kohta 2). Prejudikaattiperustainen oikeus on usein oikeusvaikutuksiltaan taannehtivaa, koska kyse on aiemman ratkaisun sisältämän oikeusohjeen yleistämisestä käsillä olevaan myöhempään tapaukseen (= *contra* Fullerin kohta 3). Vaatimus kielellisestä selkeydestä saattaa sekin jäädä prejudikaattiperustaisessa oikeudessa toteutu-

²⁶ Vrt. Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 131–132; Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 165–168.

matta, koska ratkaisun varsinainen prejudikaattinormi (eli *ratio decidendi*) sekä sen ei-velvoittava perustelukonteksti (eli *obiter dicta*) ovat ratkaisussa tavallisesti yhteenkietoutuneina ja erotettavissa toisistaan vasta myöhemmän, prejudikaattia soveltavan tuomarin toimesta (= *contra* Fullerin kohta 4).

Prejudikaattiperustainen oikeus toteuttaa ainakin lähtökohtaisesti heikompaan systeemistä formalismia kuin säädännäinen oikeus,²⁷ joten useiden keskenään enemmän tai vähemmän ristiriitaisten prejudikaattien samanaikainen voima-saolo on hyvin mahdollista, ja tällöin tulee turvautua esimerkiksi oikeudellisen analogian ja distinktiotekniikan hyödyntämiseen voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön selvittämiseksi (= *contra* Fullerin kohta 5). Lisäksi kysymys prejudikaattiperustaisen oikeuden ajallisesta pysyvyydestä on säädännäistä oikeutta pulmallisempi, koska prejudikaatit ovat yksittäistä oikeustapausta varten annettua oikeutta, jonka asiallinen soveltamisala on sidoksissa jutussa esitettyyn tosiseikastoon, eikä ole lainsäädännön dero-gaatiomenettelyyn rinnastuvaa yksinkertaista menettelyä, jota soveltaen vanhentuneet tai muutoin epätydyttäväksi arvioidut prejudikaatit voitaisiin julistaa kumotuksi (= *contra* Fullerin kohta 7).

Niinpä prejudikaattiperustaista oikeutta varten tarvitaan varsin erilaiset metatason normit oikeuden sisäisestä moraalista kuin mitä Fuller alun perin esitti lähinnä säädännäistä oikeutta silmällä pitäen.²⁸ Keskeistä on tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti ja tavallisesti varsin yhtenevällä tavalla sisäistämä *prejudikaatti-ideologia*, jonka vakioimien kriteerien avulla tuomarit kykenevät toteuttamaan keskeiserottelun prejudikaatin sisältämän, ratkaisuohteeltaan yleistettävissä olevan varsinaisen prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*) sekä sen ei-velvoittavan perustelukontekstin (lat.: *obiter dicta*) välillä, niin kuin jo väitöskirjassani *A Theory of Precedent* perustelin. Vain varsinaisella prejudikaattinormilla eli ennakkoratkaisun *ratio decidendi* -osiolla on oikeudellista *ratkaisuarvoa* eli myöhemmän tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus.

Fuller puhuu siis lainsäätäjää sitovasta moraalista, mutta samalla hän tekee keskeisen erottelun kahdenlaisen moraalikoodin, vähimmäis- eli velvollisuus-

²⁷ Tosin täysimääräinen sitoutuminen Ronald Dworkinin *oikeudellisen eheyden* mukaiseen prejudikaatti-ideologiaan merkitsisi myös huomattavan korkeaa oikeuden systeemistä formalismia, vaikka oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka käsittääkin tällöin formaalien oikeussääntöjen ohella myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja näiden keskinäiset suhteet.

²⁸ Fullerin oikeuden sisäisen moraalin käsittämien perusteiden laajentamisesta prejudikaattiperustaiseen oikeuteen, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 165–175, missä jäsenisin kyseistä teemaa seuraavien alakohtien avulla: (1) appositeness (i.e. expediency) and adequacy of normative and factual information given in a precedent, (2) fair predictability of outcome, (3) systemic balance (i.e. congruence), (4) ideological commitment and argumentative skills, (5) respect for the basic conceptions of justice and fairness in society, (6) integrity in argumentation.

moraalin (engl.: *morality of duty*) ja ideaalisen moraalin (engl.: *morality of aspiration*), välillä. Velvollisuusperustainen *vähimmäismoraali* moraaliksi asettaa määrätyn minimistandardin, joka kansalaisten, viranomaisten tai lainsäätäjän täytyy täyttää, tyyliin: ”tee näin!” tai ”älä tee noin!”. *Ideaallinen moraaliksi* asettaa sen sijaan aristotelisen hyvän elämän tai, kuten tässä, lainsäädännön tavoiteltavan ideaalin, joka tulee pyrkiä täyttämään niin suuressa määrin kuin on mahdollista.²⁹ Robert Alexyn (ja Ronald Dworkinin) terminologiaa hyödyntäen voi sanoa, että Fullerin velvollisuusmoraali perustuu sääntöihin, kun taas ideaalinen moraaliksi perustuu pikemminkin periaatteisiin lainsäätäjälle tai lainsoveltajalle asetettujen *optimointikäskyjen* (saks.: *Optimierungsgebote*) merkityksessä. Ideaalisessa moraalissa on toisin sanoen kyse eräänlaisesta *supererogatorisesta* ’pyhimysmoraalista’, jonka lähtökohtana ei ole lainsäädännölle asetettu vähimmäistaso, vaan pyrkimys oikeusjärjestyksen ilmentämien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden mahdollisimman täysimääräiseen toteuttamiseen.

Fullerin mukaan vain vaatimus lakien promulgoimisesta eli saattamisesta yleisesti tiedoksi on formalisoitavissa velvollisuusmoraalin vaatimaan muotoon, kun taas seitsemän muuta lainsäätäjää sitovaa moraaliohjetta ovat ’vain’ ideaalisen moraalin ilmentymiä, jotka lainsäätäjän tulee pyrkiä täyttämään niin suuressa määrin kuin mahdollista. Vain silloin kun lainsäädännössä noudatetaan mahdollisimman täysimääräisesti ideaalisen oikeuden sisäisen moraalin sääntöjä, siinä toteutuu – Fullerin kieltämättä varsin korkealentoisen retoriikan termein – pyrkimys oikeudelliseen täydellisyyteen ja oivallisuuteen (engl.: *aspiration toward perfection in legality; legal excellence*) ja ideaalisen lainmukaisuuden toteuttamiseen (engl.: *a utopia in legality*), jotka ovat osoituksena lainsäätäjän todellisesta ammattitaidosta ja yhteisöllisen luottamustoimen moitteettomasta täyttämisestä (engl.: *a sense of trusteeship; the pride of the craftsman*).³⁰

Oikeudellista tulkintateoriaa sivuaa oikeastaan vain Fullerin kohta kahdeksan, joka asettaa vaatimuksen lainsäädännön sekä oikeudellisen tulkinta- ja soveltamiskäytännön keskinäisestä vastaavuudesta eli kongruenssista. Fuller korostaa näiden kahden institutionaalisen toimijan, lainsäätäjän ja tuomioistuimen, keskinäistä yhteistyötä, vuorovaikutusta ja molemminpuolista riippuvuutta voimassa olevan oikeuden sääntöjen asettamisessa ja täytäntöönpanossa. Tuomarin tai tutkijan oikeudellisen tulkintatoiminnan ohjeistus jää yhtä kaikki Fullerilla varsin yleisten näkökohtien varaan. Keskeistä on niiden yhteiskunnallisten epäkohtien tunnistaminen, joita silmällä pitäen määrätty oikeudellinen säädös tai prejudikaatti alun perin annettiin (engl.: *true reason of the remedy*).³¹

²⁹ Fuller, *The Morality of Law*, s. 5–9, 41–44.

³⁰ Fuller, mts. 41, 43.

³¹ Fuller viittaa englantilaisen Heydon-tapauksen yhteydessä lausuttuun vuodelta 1584. Fuller, mts. 82–83.

Lisäksi tuomarin yhtä hyvin kuin tutkijan tulee tunnustaa oikeuden määritelmällinen yhteisöllinen tavoitteellisuus eli tarkoitussidonnaisuus, eikä oikeudellinen tulkinta saa typistyä puhtaasti kielellis-semanttiseksi operaatioksi, jollaisena H.L.A. Hart sen mielsi. Sen täsmällisempää tulkintaohjetta Fuller ei kuitenkaan tuomarille, muulle lainsoveltajalle tai oikeuden tutkijalle tarjoa.³²

H.L.A. Hart on kritisoinut ankarasti Fullerin keskeisajattusta oikeuden sisäisestä moraalista eli moraalista, joka tekee oikeuden mahdolliseksi.³³ Fullerin lainsäätäjälle ja vain rajoitetusti tuomarille osoittamissa toimintaohjeissa ei Hartin tulkinnan mukaan ole kyse moraalinormeista lainkaan vaan ylipäättään tavoitteellisen inhimillisen toiminnan – kuten lainsäädännön – yleisistä toimintaedellytyksistä. Aivan kuten terävä veitsi on *hyvä*, koska se täyttää hyvin sille asetetun tehtävän (esimerkiksi) leivän leikkaamisessa, ja aivan kuten käynniltään tarkka kello on *hyvä*, koska sen tehtävänä on ajan näyttäminen,³⁴ samoin vallitsevaa lainsäädäntöä ja toteutunutta tuomioistuinkäytäntöä on mahdollista arvioida sen teknisen toimivuuden, tehokkuuden ja tarkoituksenmukaisuuden näkökulmasta ilman kytkentää moraalin arvoperustaisiin pohdintoihin oikeasta ja väärästä tai hyvästä ja pahasta termin ”hyvä” muussa kuin teknisessä merkityksessä.

Hartin sarkastisen vastaesimerkin mukaan Fullerin oikeuden sisäinen moraalirinnastuu sisäiseltä logiikaltaan ’myrkyttämisen moraaliiin’ (engl.: *morality of poisoning*): ”jos tahdot tehokkaasti myrkyttää jonkun, niin vältä myrkkijä, joiden muoto, väri tai koko on omiaan herättämään uhrin huomion”.³⁵ Tehokkaat ja tarkoituksenmukaiset keinot määrätyn tavoitteen saavuttamiseksi eivät edellytä tukeutumista moraalien arvoperusteisiin. Pelkkä viittaus vallitseviin kausaalisuhteisiin määrättyjen tavoitteiden ja määrättyjen keinojen välillä riittää. Toisaalta myös Hartin oma, muutoin oikeuspositivististen tai oikeusrealis-

³² Fullerin argumentaatio tuo yllättäen mieleen jopa Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* yhteiskuntaideologisen avoimuuden, jota Kelsen piti parhaana osoituksena teoriansa tieteellisten tavoitteiden saavuttamisesta, joskin Fuller, toisin kuin Kelsen, asettaa myös joitain rajoituksia oikeuden sisäisen moraalien käsittämille arvoperusteille: ”In presenting my analysis of the law’s internal morality I have insisted that it is, over a wide range of issues, indifferent toward the substantive aims of law and is ready to serve a variety of such aims with equal efficiency. (...) But a recognition that the internal morality of law may support and give efficacy to a wide variety of substantive aims should not mislead us into believing that *any* substantive aim may be adopted without compromise of legality.” Fuller, *The Morality of Law*, s. 153 (kursivointi Fullerin). Vrt. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. V.

³³ Siis Fullerin termein: *internal morality of law* ja *the morality that makes law possible*.

³⁴ Välineellisen ja teknisen hyvän käsitteistä, von Wright, *Hyvän muunnelmat*, s. 34–35, 49–80, 191–193. – Välineellinen hyvä liittyy etenkin työvälineiden ja muiden instrumenttien hyvyden arviointiin, kun taas tekninen hyvä liittyy johonkin kykyyn tai taitoon. Tarkka kello toteuttaa välineellistä hyvää eli täyttää hyvin sille asetetun tehtävän. Taitava kelloseppä toteuttaa teknistä hyvää eli on hyvä ammattinsa osaavana kelloseppänä. von Wright, *mts.* 49.

³⁵ Hart, ”Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 343–363 ja etenkin s. 350. Vrt. Fuller, *The Morality of Law*, etenkin s. 33–94.

tisten premissien varaan rakentuva oikeusteoria käsittää ehkä hieman yllättäen luonnonoikeudellisen elementin, jota hän kutsui *luonnonoikeuden vähimmäisisällöksi* (engl.: *minimum content of natural law*). Sen perustana olevat ihmisluontoa ja ihmisyhteisöä koskevat truismit eli itsestään selvät totuudet muodostavat Hartin mukaan luonnonoikeusajattelun terveen ytimen.³⁶

Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisältö rakentuu sen kontingentin mutta yhtä kaikki hänen mukaansa paikkansa pitävän oletuksen varaan, ettei ihmisyhteisö ole mikään ”itsemurhakerho”, joka suhtautuisi täydellisen välinpitämättömyyden kansalaistensa elossa pysymiseen, vaan kyse on yhteisöllisestä sääntöjärjestyksestä, joka lainsäädännön ja lainkäytön avulla pyrkii turvaamaan edellytykset ihmisyhteisön elämän jatkumiselle.³⁷ Niinpä lainsäätävä, joka täysin sivuuttaisi senkaltaiset kontingentit mutta yhtä kaikki paikkansa pitävät oikeudellisen sääntelyn tosiasialliset psyko-sosiaaliset reunaehdot kuin ihmisten haavoittuvuus, (vain) rajallinen altruistisuus, summittainen tasavahvuus ja (vain) rajallinen ymmärrys sekä aineellisten resurssien rajallisuus, ei voisi luottaa näiden vapaaehtoiseen *normikonformiteettiin* eli vapaaehtoiseen sääntöjen noudattamiseen minkään muunkaanlaisen oikeudellisen sääntelyn kohdalla.³⁸ Kyse on kuitenkin vain *kontingentista* yhteisöllis-kulttuurisesta tosiasiasta, joka voisi yhtä hyvin olla toisinkin, ei käsitteellisestä ja loogisesta välttämättömyydestä. Fanaattisten uskonnollisten yhteisöjen piirissä kollektiivista itsetuhoisuutta esiintyy aika ajoin eskatologisten käyttäytymismotiivien yhteydessä. Sodankäynnin tai poliittisen terrorin välineenä itsemurhaa on myös käytetty esimerkiksi Japanin sodanaikaisten kamikaze-lentojen, palestiinalaisten Israelia ja tshetsheenien Venäjää vastaan toteuttamien itsemurhapommi-iskujen sekä *al Qaida* -järjestön New Yorkin *World Trade Centerin* kaksoistorneihin 11.9.2001 kohdistaman massiivisen terrori-iskun merkityksessä. Kantilaisittain yhteisölliseksi käyttäytymisnormiksi yleistettynä tällainen itsetuhoisuus johtaisi otaksuttavasti varsin nopeasti koko yhteisön häviämiseen.

Nähdäkseni Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisällön perustana on, filosofi G. H. von Wrightin termin, *tekninen normi*,³⁹ joka perustaa kausaalisen syy–seuraus-vaikutussuhteen määrättyjen yhteiskunnallisten tavoitteiden ja niiden saavuttamiseksi välttämättömien tai riittävien keinojen välille, ei luonnonoikeusfilosofian tarkoittama normatiivinen pitämissuhde eikä myöskään oikeusfenomenologian tarkoittama käsitteellinen tai olemuksellinen välttämättömyys osana oikeuden ’itseannettua’, empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävää eli apriorista olemusta. Luonnonoikeuden vähimmäissisältö asettaa lainsäätä-

³⁶ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 194: ”The simple truisms we have discussed (...) disclose the core of good sense in the doctrine of Natural Law.”

³⁷ Hart, mts. 188.

³⁸ Hart, mts. 189–195.

³⁹ von Wright, *Hyvän muunnelmat*, s. 254–257, 273.

jälle toimintaohjeen: jos tahdot saada aikaan tehokkaan oikeusjärjestyksen, niin toimi lainsäätäjänä (tai tuomarina) siten, että kansalaisten hengen, terveyden ja fyysisen koskemattomuuden suoja sekä ainakin jonkinlainen omaisuuden suoja tulevat riittävällä tavalla turvatuiksi.⁴⁰ Hartin tarkoituksena ei siis ollut perustella aidosti sisällöllisten luonnonoikeusnormien kokonaisuutta muutoin analyytisen ja oikeuspositivistisen (tai oikeusrealistisen) oikeusteoriaansa ytimeen.

Tekninen normi on toimintaohje, joka ei perusta normiaddressaatille min-käänlaista normatiivista toimintavelvollisuutta vaan ainoastaan määrittää, miten tulee menetellä, *jos* tahtoo saada aikaan määrätyn seurauksen tai (oikeus)vaikutuksen esimerkiksi pätevän testamentin laatimisen merkityksessä. Jos siis tahdot laatia esimerkiksi pätevän testamentin, niin sinun pitää tehdä se voimassa olevan perintökaaren edellyttämällä tavalla: hankkia paikalle saman-aikaisesti kaksi esteetöntä todistajaa, varmistua siitä, että he tietävät, että on kyse testamentista, pyytää heidän molempien allekirjoitus testamenttiasiakirjaan, ja niin edelleen. Ainoa sanktio, joka normin rikkomiseen on liitetty, on tarkoitettujen oikeustoimen pätemättömyys eli testamentin tarkoitettujen oikeusvaikutusten raukeaminen. Oikeudellisessa tulkintakontekstissa on siis kyse tietynlaisen oikeudellisen kelpoisuuden eli toimivallan perustavista normeista.

Fuller luonnehti itse käsitystään oikeuden sisäisestä moraalista *menettelylliseksi* eli *institutionaaliseksi* teoriaksi luonnonoikeudesta (engl.: *a procedural or institutional kind of natural law*).⁴¹ Hartin tavoin tulkittuna myös Fullerin oikeuden sisäinen moraal, yhtä hyvin kuin Hartin sarkastisen vastaesimerkin 'myrkyttämisen moraal', voidaan tulkita joukoksi lainsäätäjälle ja (rajoitetummin) tuomioistuimille osoitettuja *teknisiä normeja*, jotka määrittävät hyvän, onnistuneen ja tehokkaan lainsäädännön tai tuomioistuinten oikeudellisen ratkaisukäytännön tosiasiallisia reunaehtoja, eikä kyse ole aidosti luonnonoikeudellisesta 'oikeasta oikeudesta' (saks.: *richtiges Recht*) ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden tavoittelemisen, saati saavuttamisen, merkityksessä.

Hart myös huomauttaa, että on selkeämpää todeta esimerkiksi taannehtivasta rikoslaista, että se kylläkin on pätevällä tavalla voimassa olevaa oikeutta, jos se vain on säädetty tuolloin voimassa olleen valtiosäännön edellyttämällä tavalla, mutta että se on oikeuden ulkoisten arvoperustaisten, moraalifilosofisten tai vastaavien muiden kriteerien valossa arvioituna kelvotonta, huonoa ja moitittavaa lainsäädäntöä. Fuller puolestaan toteaisi, että laki loukkaa oikeuden sisäistä

⁴⁰ Hart käyttää Fullerin kahdeksankohtaisesta oikeuden sisäisestä moraalista luonnehdintaa "principles of good craftsmanship [for a conscientious legislator]". Hart, "Lon L. Fuller: *The Morality of Law*", s. 347.

⁴¹ Fuller, *The Morality of Law*, s. 184.

moraalia eikä siten täytä lainsäätäjälle asetetun ideaalisen moraalin vaatimuksia. Hart ja Fuller puhuvat kumpikin samasta asiasta, mutta varsin erilaisia arviointikriteerejä käyttäen. Fullerin termein Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisältö vastaa lainsäädännön velvollisuus- tai vähimmäismoraalia, kun taas Fullerin oikeuden sisäinen moraali pyrkii pikemminkin ideaalisen, velvollisuudet ylittävän *supererogatorisen* 'pyhimysmoraalin' toteutumiseen lainsäädännössä. Toinen siis puhuu Hartin tavoin lainsäädännön ja lainkäytön vähimmäis-standardista, toinen Fullerin tavoin ideaalisesta eli parhaasta mahdollisesta lainsäädännöstä.

Fullerin oikeuden sisäinen moraali yhtä vähän kuin Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisältö ei perustele varsinaista oikeudellista tulkintateoriaa tai aseta vakioitua *tulkintakriteeriä*, johon yksittäisen oikeussäännön tulkinta tai institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivan oikeusperiaatteen arvosidonnainen punninta ja tasapainottaminen suhteessa toisiin vastaaviin periaatteisiin voitaisiin kiinnittää. Fullerin käsitys oikeuden määritelmällisestä tavoitteellisuudesta ja yhteisöllisyydestä asettaa tulkinnallisen kehyksen, joka rajaa oikeudellisen tulkintaprosessin semanttisesti mahdollisen maailman Hartin semanttis-käsitteellistä tulkintaoppia tiukemmin mutta jättää kuitenkin tulkinnan arviointikriteerit viime kädessä avoimiksi. Toisaalta myös Hartin analyttiseen oikeusteoriaan sisältyy heikosti tavoitteellinen tai tarkoitussidonnainen elementti, sillä hän rajaa aidosti itsetuhoiset sääntely- tai päätöksentekomotiivit oikeuden ja yhteiskunnan ulkopuolelle, koska ihmisyyhteisö ei ole mikään kollektiivinen itsemurhakerho. Sen pidemmälle menevää sitoumusta oikeuden määritelmällisestä tarkoitussidonnaisuudesta Hart ei kuitenkaan ole valmis tekemään.⁴²

11.3 OIKEUDEN PERUSTANA OLEVAT SEITSEMÄN PERUSHYVÄÄ JOHN FINNISIN MUKAAN

Englantilainen John Finnis (1940–) on perustellut vaikutusvaltaisen modernin käsityksen luonnonoikeusfilosofiasta, joka, toisin kuin amerikkalaisen Lon L. Fullerin menettelyllinen eli institutionaalinen luonnonoikeusteoria, perustuu oikeuden välttämättömiin ja 'itseannettuihin' eli itsestään selviin sisällöllisiin elementteihin. Taustalla on (uus)tomistinen eli Tuomas Akvinolaisen ajatuksiin pohjautuva käsitys luonnonoikeudesta, jota Finnis on jatkanut sen perustana olevien perushyvien tarkempaan analyysiin.⁴³ Aristoteleen, Tuomas Akvinolaisen ja Lon L. Fullerin tapaan Finnis korostaa inhimillisen toiminnan *tavoitteel-*

⁴² Hartin hyväksymän oikeuden tavoitteellisen vähimmäiselementin kritiikistä myös Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 82.

⁴³ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 46; vrt. McCormick, "Natural Law Reconsidered".

lista ja yhteisöllistä luonnetta. Ihmisyhteisö on olemassa vain ihmisten monimuotoisen hyvinvoinnin kannalta välttämättömien tavoitteiden saavuttamiseksi, ja tämä perustelee Finnisin mukaan seitsemän itseannetun perushyvän aseman lainsäädännön ja oikeuskäytännön yläpuolella.⁴⁴

Finnisin mukaan on inhimillinen kokemus opettaa meille, että on seitsemän itsestään selvää *perushyvä* (engl.: *basic goods*) eli *perusarvo* (engl.: *basic values*), joita lainsäätäjän yhtä hyvin kuin tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tulee oikeudellisessa päätöksenteossaan kunnioittaa: elämä, tieto, leikki, esteettinen kokemus, sosiaalisuus (ystävyyks), käytännöllinen järkevyyks ja uskonto.⁴⁵ Perushyvät ovat oikeutta koskevan päättelyn itsestään selvä ja sen vuoksi ei-todennettavissa oleva lähtökohta. Esimerkiksi tiedon perushyvä-ominaisuudesta Finnis toteaa:⁴⁶

”Tiedon hyvyys on itsestään selvää, ilmeistä. Sitä ei voi todistaa, mutta se ei myöskään minkäänlaista todistamista tarvitse.”

Elämä viittaa laajasti ihmisten elossapysymistä ja vapaata itsemääräytymistä rakentaviin tekijöihin, mukaan lukien fyysinen ja henkinen terveys, pyrkimys tuskattomaan elämään sekä elämän jatkamiseen. *Tieto* viittaa maailmaa jäsentävien tosien uskomusten ja teoreettisen tiedon itseisarvoiseen, eikä vain instrumentalistiseen merkitykseen. Finnis viittaa myös siihen tunnettuun tosiseik-

⁴⁴ John Finnisin ajattelua on Suomessa soveltanut etenkin Juha-Pekka Rentto, joka on luonut omaehtoisen ja vaikuttavan synteisin uustomistisesta luonnonoikeusfilosofiasta väitöskirjassaan *Prudentia Juris. The Art of the Good and the Just*. Seuraan tässä kuitenkin suoraan Finnisin ajattelua.

⁴⁵ Englanniksi: *life, knowledge, play, aesthetic experience, sociability (friendship), practical reasonableness, 'religion'*. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 85–99. – Perushyvien lukumäärä on konventionaalinen asia eli tarkoituksenmukaisuuskysymys, eikä Finnisin perushyvien lukumäärään seitsemän liity mitään olemuksellisia määreitä. John Rawlsin vastaava lista käsitti neljä kohtaa: *liberty, opportunity, wealth, self-respect*. Finnis, mts. 82. – Finnis viittaa myös Thomas E. Davittin kirjoitukseen ”The Basic Values in Law: A Study of the Ethicolegal Implications of Psychology and Anthropology” vuodelta 1968, jossa on kootusti esitelty erilaisia perushyvä- tai perusarvoteorioita, joita antropologian, psykologian ja filosofian kirjallisuudesta on runsaasti löydetty. Teoriat alkavat yhden tai kahden perusarvon malleista, päättyen lopulta 12 perusvietin ja 14 perusarvon malliin. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 97.

⁴⁶ ”The good of knowledge is self-evident, obvious. It cannot be demonstrated, but equally it needs no demonstration.” Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 64–65 (käännös allekirjoittaneen). Vrt. Finnis, mts. 85 (kursivointi lisätty): ”Here each one of us, however extensive his knowledge of the interests of other people and other cultures, is alone with his own intellectual grasp of the *indemonstrable (because self-evident) first principles of his own practical reasoning*.” – Vrt. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 306: ”Rationality is a basic value which is not further justifiable in the legal discourse, and respect for rationality is treated as the strength and weakness of the judicial application of law.”; McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 268: ”My belief that I ought to strive to be rational is not a belief which I can justify by reasoning.”. Vrt. myös Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 215–216; Wittgenstein, *Varmuudesta*; von Wright, ”Wittgenstein varmuudesta”.

kaan, jonka mukaan skeptikon (tai nihilistin) esittämä väite kaiken inhimillisen tiedon paikkansa pitämättömyydestä on itsensä kumoava väite, jos ja kun skeptikko niin sanoessaan tarkoittaa väittää, että hänen esittämänsä teesi on tosi.⁴⁷ *Leikki* eli erilaiset pelit (engl.: *play*) viittaavat itsetarkoitukselliseen, joko rituaalinomaiseen tai vain rentouttavaan ja viihdyttävään toimintaan, jolla ei ole välineellisiä tarkoitusperiä.⁴⁸ Ihminen on *homo ludens*, ”leikkivä ihminen”, niin kuin historian tutkija Johan Huizinga on asian ilmaissut, jonka erilaisia leikinomaisia pyrkimyksiä taide, kulttuuri ja erilaiset yhteisölliset käytännöt heijastavat. *Esteettinen kokemus* viittaa kauneuden kokemukseen taideteoksista tai luonnonilmiöistä nauttimisen merkityksessä. *Sosiaalisuus* viittaa ihmisten yhteisöllisyyteen, sosiaaliseen kanssakäymiseen ja ystävyysuhteisiin, joita ihmiset yleisesti arvostavat.

*Käytännöllinen järkevyy*s tarkoittaa praktista harkintaa eli käytännöllistä järkeä (kreikk.: *phronesis*; lat.: *prudentia*),⁴⁹ jonka avulla ihmiset voivat päättää elämänsä kulusta ja valinnoistaan. Käytännöllisellä järkevyydellä on Finnisin oikeusajattelussa keskeinen merkitys, ja hän määrittelee sen kaikkiaan yhdeksän kriteerin avulla:⁵⁰ (1) sisäisesti johdonmukaisen elämänsuunnitelman toteuttaminen, (2) perushyvien rationaalinen arvottaminen suhteessa toinen toisiinsa, (3) perushyvien universalisuus ja objektiivisuus eli riippumattomuus yksittäisten henkilöiden arvostuksista, (4) ajatuksellinen välimatka eri perushyvistä esitettyihin tulkintoihin siinä merkityksessä, että perushyviin liitetyt täsmentyneet merkitykset eivät ole ajallisesti vakioituja vaan voivat merkittävästikin muuttua ihmisen elämänsä aikana ja suhteessa erilaisiin inhimillisiin pyrkimyksiin, (5) perushyvistä esitettyjen tulkintojen oikeanlainen eli riittävä muttei liiallinen sidonnaisuus ihmisen elämässään tekemiin valintoihin siinä merkityksessä, ettei sitoutumista määrättyihin perushyviin ja niistä esitettyihin tulkintoihin tule hylätä kevein perustein mutta ettei sanottuihin merkityksiin tule myöskään fanaattisesti takertua olosuhteiden tai elämäntilanteiden muuttuessa, (6) konsekventialistisen eli seuraushakuisen etiikan (vain rajallinen) merkitys arvosidonnaisia kysymyksiä arvioitaessa, (7) vaatimus perushyvien kunnioittamisesta kaikessa toiminnassa,⁵¹ (8) vaatimus yhteisen hyvän

⁴⁷ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 73–75. Samoin Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 115 (s. 55): ”Se, joka haluaisi epäillä kaikkea, ei pääsisi edes epäilyyn asti. Itse epäilemisen peli jo edellyttää varmuutta.”

⁴⁸ Pelit voivat olla yhden henkilön pelattavia, kuten pasianssi, tai sosiaalisia pelejä, jotka edellyttävät kaksi tai useampia pelaajia, kuten shakki tai jalkapallo.

⁴⁹ Finnis, mts. 102.

⁵⁰ Englanniksi käytännöllisen järkevyyden osatekijät ovat: (1) *a coherent plan of life*, (2) *no arbitrary preferences amongst values*, (3) *no arbitrary preferences amongst persons*, (4) *detachment*, (5) *commitment*, (6) *the (limited) relevance of consequences*, (7) *respect for basic values in every act*, (8) *the requirement of the common good*, (9) *following one's conscience*. Finnis, mts. 100–133.

⁵¹ ”Reason requires that every basic value be at least respected in each and every action.” Finnis, mts. 120.

toteuttamisesta, ja (9) vaatimus omantunnon seuraamisesta.

Lopuksi *uskonto* seitsemäntenä perushyvinä eli perusarvona viittaa ylimaallisen kokemukseen, elämän rajallisuuden eli kuoleman kohtaamiseen sekä moraalisten valintojen ja tahdonvapauden perustelemiseen 'tuonpuoleisen' kaltaisten tekijöiden avulla. Finnis määrittelee uskonnon laajasti, jolloin se käsittää yhtä hyvin Ciceron tai Sartren maalliset pohdinnat kuin perinteisemmätkin uskonnollisen eetoksen muodot.⁵²

Finnis perustaa väitteensä inhimillisten perushyvien universaaliudesta antropologisiin ja historiallisiin tosiseikkoihin eri ihmisyhteisöistä.⁵³ Nämä Finnisin universaalit väitteet eri ihmisyhteisöille yhteisistä piirteistä muistuttavat Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisällön perustana olevia, väitetysti itsestään selviä tosiasioita ihmisten psykologisista lainalaisuuksista sekä yhteisön aineellisten resurssien niukkuudesta. Hartilla nuo truismit, joiden varaan positiivisoi-keudellinen eli tahdonvaltainen oikeudellinen sääntely oli syytä perustaa sen tehokkuuden ja toimivuuden takaamiseksi, perustelivat vain yhteisön koossapysymisen ja sen (useimpien) yksittäisten jäsenten hengissä pysymisen. Min-kaanlaista sisällöllistä yhteisöllisen hyvän toteuttamishjelmaa tai aristotelista "hyvän elämän politiikkaa", jollaiseen *kommunitaristinen* eli aidosti yhteisöllinen etiikka on pyrkinyt, Hartin luonnonoikeuden vähimmäisteoria ei sisältänyt. Tuloksena Hartin päättelystä saattoi olla vain, niin kuin hän sen itse ilmaisi, luonnonoikeuden *vähimmäissisältö*.

Seitsemän perushyvin eli perusarvon taustalla on joukko universaaleja eli yleismaailmallisesti päteviä antropologis-historiallisia tosiseikkoja ihmisestä ja

⁵² Finnis asettaa termin "uskonto" yksinkertaisiin lainausmerkkeihin, '*religion*', millä hän viittaa termin tavanomaista laajempaan merkityssisältöön. Finnisin uskonnon määritelmä on kuitenkin intuitiivisesti epäuskottava, sillä esimerkiksi Sartren eksistentialistinen filosofia, jonka Finnisin uskonnon määritelmä siis käsittää, nimenomaisesti kiistää Jumalan tai muun yliluonnol-lisen toimijan olemassaolon, niin kuin Finnis itsekin toteaa. Finnisin tavoin määriteltynä mikä tahansa ihmisen moraalisten valintojen vapautta korostava uskomusjärjestelmä tulee hyväksyä käsitteen "uskonto" alaan, mikä ei vastaa yhteisössä vakiintunutta, yleistä kielenkäyttöä.

⁵³ "These surveys [in anthropological literature] entitle us, indeed, to make some rather confi-dent assertions. All human societies show a concern for the value of human life; in all, self-preservation is generally accepted as a proper motive for action, and in none is the killing of other human beings permitted without some fairly definite justification. All human societies regard the procreation of new human life as in itself a good thing unless there are special circumstances. No human society fails to restrict sexual activity; (...) All human societies display a concern for truth, through education of the young in matters not only practical (e.g. avoidance of dangers) but also theoretical or speculative (i.e. religion). (...) ... all societies display a favour for the values of co-operation, of common over individual good, of obligation between individuals, and of justice within groups. All know friendship. All have some conception of *meum* and *tuum*, title or property, and of reciprocity. All value play, serious and formalized, or relaxed and recreational. All treat the bodies of dead members of the group in some traditional and ritual fashion different from their procedures for rubbish disposal. All display a concern for powers or principles which are to be respected as suprahuman; in one form or another, religion is universal." Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 83–84.

ihmisyhteisöstä, joka pyrkii vastaamaan jäsentensä tarpeisiin. Nämä tosiseikat ovat kiinteä perusta, jonka varaan toimiva eli jäsentensä tarpeet asianmukaisesti täyttävä ihmisyhteisö on mahdollista rakentaa, ja luonnonoikeus koostuu normeista, joiden avulla ihmiselämää jäsentävien yksilöllisten ja yhteisöllisten perushyvien toteutuminen voidaan taata. Tuomas Akvinolaisen skolastisen luonnonoikeusfilosofian tavoin Finnisin teorialle on ominaista luonnonoikeuden viimekätisten perusteiden eli perushyvien tai perusarvojen 'itseannettu' ominaisuus sekä niiden itsestäänselvyys ja yliveraisuus arviointiperusteina, jolloin niiden asemaa oikeudellisen päättelyprosessin päätepisteenä ei ole enää mahdollista perustella muiden mahdollisten tulkintaperusteiden avulla.⁵⁴

Finnisin vahvan väitteen mukaan jokainen seitsemästä perushyvistä eli perusarvosta on yhtä lailla itsenäinen suhteessa toisiin perushyviin sekä merkitykseltään itsestään selvä ja itse itsensä perusteleva. Perusarvojen välille ei voi perustella mitään pysyvää tai kertakaikkisesti vakioitua etusijajärjestystä. Itse kukin sanotuista perushyvistä on Finnisin mukaan tärkein, kun harkinta tiettyjen edellytysten vallitessa kohdennetaan juuri siihen.⁵⁵

”Olennaisempaa kuin yksittäisten perusarvojen täsmällinen lukumäärä tai sisältö onkin se, miten jokainen niistä on ensisijainen tai perustavanlaatuinen suhteessa toisiin perusarvoihin. Ensinnäkin, jokaisella niistä on yhtä lailla itsestään selvästi perusarvon luonne. Toiseksi, mitään niistä ei ole mahdollista palauttaa analyttisesti jonkin toisen perusarvon osaksi tai pelkäksi välineeksi sellaisen saavuttamiseksi. Kolmanneksi, *jokaista perusarvoa, kun tarkastelu kohdennetaan siihen, voi perustellusti pitää kaikkein tärkeimpänä. Niinpä perusarvojen kesken ei vallitse minkäänlaista hierarkkista etusijajärjestystä.* (...) Kukin perusarvoista on yhtä lailla perustavanlaatuinen. Mikään ei ole toista perustavampi, sillä kukin niistä voidaan ottaa yksitellen tarkastelun kohteeksi ja jokainen, kun tarkastelu kohdennetaan vain siihen, esittää oikeutetun vaateen omasta ensisijaisuudestaan. Sen vuoksi perusarvojen kesken ei vallitse minkäänlaista objektiivista arvohierarkkia.”

Samoin Finnis kirjoittaa:⁵⁶

⁵⁴ Vrt. Finnis, mts. 71–73, missä Finnis perustelee sanotun väitteen inhimilliseksi perushyväksi ymmärretyin tiedon (engl.: *knowledge*) osalta.

⁵⁵ ”More important than the precise number and description of these values is the sense in which each is basic. First, each is equally self-evidently a form of good. Secondly, none can be analytically reduced to being merely an aspect of any of the others, or to being merely instrumental in the pursuit of any of the others. Thirdly, *each one, when we focus on it, can reasonably be regarded as the most important.* Hence *there is no hierarchy amongst them.* (...) Each is fundamental. None is more fundamental than any of the others, for each can reasonably be focused upon, and each, when focused upon, claims a priority of value. Hence there is no objective priority of value amongst them.” Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 92, 93 (kursivoinnit lisätty; käännös allekirjoittaneen).

⁵⁶ ”The basic values, and the practical principles expressing them, are the only guides we have. Each is objectively basic, primary, incommensurable with the others in point of objective importance. (...) Reason requires that every basic value be at least respected in each and every action.” Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 119, 120 (käännös allekirjoittaneen).

”Perusarvot ja niitä ilmentävät käytännön periaatteet ovat ainoat toimintaohjeet, joihin voimme tukeutua. Kukin niistä on objektiivisesti arvioiden perustavanlaatuinen, ensisijainen ja yhteismitaton suhteessa toisiin perusarvoihin. (...) Järki asettaa vaatimuksen, jonka mukaan jokaista perusarvoa tulee vähintäänkin kunnioittaa kaikessa inhimillisessä toiminnassa.”

Elämä, tieto, leikki, esteettinen kokemus, ystävyys tai sosiaalisuus, käytännöllinen järkevyyden ja uskonto voidaan kukin vuorollaan sijoittaa harkinnalliseen keskiöön, jolloin se on Finnisin mukaan osoitettavissa tiettyjen reunaehtojen vallitessa ensisijaiseksi muihin perusarvoihin nähden. Teoreettisen ja praktisen tiedon itseisarvo on Finnisin mukaan kiistaton, sillä tieto maailmasta ja ihmisestä itsestään on aina tietämättömyyttä tai epätietoisuutta parempi olotila. *Tahto tietoon* kuuluu ihmisen perusluonteeseen,⁵⁷ ja monet ovat filosofi Sokraateen ”Tunne itsesi!” -kehotuksen tavoin korostaneet teoreettisen tiedon ja tiedollisen (itse)reflektion merkitystä. Toisaalta näkökulman vaihdos muuntaa Finnisin mukaan aina arvoteoreettisia preferenssejä, jolloin mikä tahansa seitsemästä perushyvästä voi vuorollaan olla ensisijainen muihin verrattuna. ”Hukkuva tarttuu oljenkorteen” eli pulaan joutuneelle tai vakavasti sairastuneelle elämän itseisarvo on kiistaton, jos se arvatunkin on sitä myös kaikille tai ainakin useimmille muillekin. Leikin merkitys näkyy siinä, miten valtaosa ihmisten valvellaoloajasta käytetään siihen, että ihmisillä olisi mahdollisuus myös erilaisiin vapaa-ajan toimiin, ja niin edelleen.⁵⁸

Finnisin keskeisväite eri perushyviiden yhdenvertaisuudesta ei mielestäni ole uskottava, sillä sen eri osatekijät eivät ole samalla tasolla: elämä perusarvona on ensisijainen kaikkiin muihin perushyviin nähden. Elämä eli yksilön hengissä selviytyminen ja yleinen pyrkimys ihmiselämän jatkuvuuteen, jonka H.L.A. Hart nosti (muun kuin tietoisesti itsetuhoisen) ihmisyhteisön ainoaksi varsinaiseksi toiminnalliseksi tavoitteeksi, on ehdoton edellytys Finnisin muiden perushyviiden toteutumiselle tai toteuttamiselle. Niinpä pyrkimys teoreettis-reflektoituun tai vain välineelliseen tietoon, rituaalinomainen tai vapaasti sääntöjä muunteleva leikki ja erilaiset yhteisölliset pelit, esteettisten kokemusten tavoittelu, ystävyys-suhteiden ja sosiaalisten suhteiden ylläpitäminen, päätöksentekoa ohjaava käytännöllinen järkevyyden ja uskonto termin laajassa merkityksessä, viitaten erilaisiin ’tuonpuoleisuutta’ ja yleisesti yksilön moraalista vastuuta koskeviin pohdintoihin, ovat lähtökohtaisesti kaikki alisteisia elämän jatkuvu-

⁵⁷ *Tiedontahto* viittaa ranskalaisfilosofi Michel Foucault’n keskeneräiseksi jääneeseen tutkimusprojektiin ”seksuaalisuuden historia”, missä hän tarkasteli tiedon, vallan ja minuuden rakentumisprosessien keskinäisyyksiä. Foucault, *Seksuaalisuuden historia (Tiedontahto)*. Tiedon ja vallan suhdetta Foucault oli tarkastellut jo aiemmin *Tarkkailla ja rangaista* -teoksessaan, jonka ranskankielinen alkuteos *Surveiller et punir. Naissance de la prison* ilmestyi vuonna 1975. Finnis ei Foucault’n teoriaan kuitenkaan viittaa.

⁵⁸ Finnis, mts. 92–93.

delle. Peruste on yksinkertainen ja sinänsä linjassa Finnisin (ja tietenkin myös Hartin) argumentaation kanssa: ilman elämää ei muistakaan yksilöä ja yhteisöä jäsentävistä perushyvistä olisi mahdollista nauttia.

Elämä ja ihmisyhteisön elossa pysyminen on siis ensisijainen perushyvä tai perusarvo, niin kuin Hart *The Concept of Law* -kirjassaan mielestäni oikein väittää. Hart kuitenkin erehtyy siinä, että se olisi ainoa ihmisyhteisön kollektiivinen päämäärä. Myös muilla yksilöä ja yhteisöä koskevilla näkökohdilla, joista Finnis nostaa esille kuusi muuta sinänsä uskottavaa perushyvä, on kiistattua merkitystä (myös Suomen) oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa keskeisesti jäsentävinä osatekijöinä.

Finnisin perushyvien eli perusarvojen luettelo on intuitiivisesti uskottava arvoteoreettinen perusta, jonka varaan luonnonoikeusfilosofisen argumentaation voi rakentaa, vaikka en itse pidä Finnisin keskeisväitettä eri perusarvojen eli perushyveiden 'itseannetusta' luonteesta tai lähtökohtaisesta samanarvoisuudesta suhteessa toinen toisiinsa uskottavana.

Yhteisölliset tai *poliittiset* perusarvot tai perushyvät, joihin etenkin antiikin Kreikan filosofien luonnonoikeusajattelu ja Aristoteleen keskeisajatus ihmisen yhteisöllisestä hyvästä tukeutuivat, puuttuvat Finnisin perushyvien joukosta. Samoin puuttuvat Lon L. Fullerin tarkkanäköisesti analysoimat *menettelylliset* eli *institutionaaliset* perushyvät, joita ilman Finnisin yksilölliset perushyvät eivät olisi nekään toteutettavissa modernissa yhteiskunnassa. Entä modernit ihmis- ja perusoikeudet, kuten Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan sekä Suomen voimassa olevan perustuslain takaama oikeus oikeudenmukaiseen ja puolueettomaan oikeudenkäyntiin tai yleisemmin toimivaan demokratiaan liittyvä oikeus osallistua yhteiskunnalliseen ja poliittiseen päätöksentekoon? Finnisin tarkastelemat enintään heikosti yhteisölliset perushyvät, kuten ystävyys tai sosiaalisuus ja käytännöllinen harkinta, eivät tätä perusoikeuksien yhteiskunnallista, institutionaalista ja poliittista ulottuvuutta tyydyttävällä tavalla kata.

Finnisin luonnonoikeudelliset perushyvät eli perusarvot tulee nykyisin suhteuttaa myös *yleiseurooppalaiseen ihmis- ja perusoikeusjärjestelmään*, jotta niiden oikeudellinen merkitys eli vaikutus (esimerkiksi suomalaisen) tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan asettuisi oikeaan tulkinnalliseen kontekstiin. Läpimurto-oteoksessaan *Natural Law and Natural Rights* Finnis ei kuitenkaan ota kantaa sanottuun ajankohtaiskeskusteluun muutoin kuin toteamalla, että hänelle termit *luonnolliset oikeudet* ja *ihmisoikeudet* ovat samaa tarkoittavia synonyymejä.⁵⁹

Oikeudellisessa harkintatilanteessa John Finnisin tarkastelemia *perushyviä* eli *perusarvoja* yhtä hyvin kuin Pöyhösen analysoimia perusoikeuksia ja niiden

⁵⁹ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 198: "Almost everything in this book is about human rights ('human rights' being a contemporary idiom for 'natural rights': I use the terms synonymously)."

taustalla vaikuttavia perusoikeusperiaatteita tulee *punnita ja tasapainottaa* keskenään. Tuomarin tai tutkijan tulee tällöin arvioida kunkin yksittäisen, käsillä olevan tapauksen ratkaisemiseksi merkityksellisen perusoikeuden tai perushyvän suhteellinen *rakenteistuminen* eli *sitoutuminen* osaksi (esimerkiksi Suomen) oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa. Finnisin mukaan eri perushyvien eli perusarvojen välille ei ole mahdollista vakioda oikeussääntöjen edellyttämää kiinteää ja pysyvää tai edes heikompa etusijajärjestystä, ja sama pätee Pöyhösen mukaan eri perusoikeuksien keskinäisiin suhteisiin, jos Finnisin väite perushyvien eli perusarvojen lähtökohtaisesta samanarvoisuudesta tai Pöyhösen väite eri perusoikeuksien keskinäisestä systeemisestä tasavahvuudesta hyväksytään argumentaation lähtökohdaksi.⁶⁰

Itse arvioin, että yksilölliseksi perushyväksi tai perusarvoksi mielletyn elämän kunnioittamisella samoin kuin ensimmäisen sukupolven perusoikeuksiin kuuluvan elämän, henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden suojalla on ehdoton etusija suhteessa muihin perushyviin tai perusoikeuksiin. Elämällä Finnisin tarkoittamassa merkityksessä on – siis toisin kuin Finnis itse arvioi – *ehdoton etusija* suhteessa muihin perushyviin eli tietoon, leikkiin, ystävyyteen ja muunlaiseen sosiaalisuuteen, käytännölliseen harkintaan, esteettiseen kokemukseen ja uskontoon, eikä kenenkään elämän suojaa ole lupa loukata viittaamalla muiden mahdollisten perushyvien merkitykseen käsillä olevassa tulkintakontekstissa. Vastaavasti kansalaisten henkeä ja terveyttä suojaavilla perusoikeuksilla on ehdoton etusija suhteessa muihin *klassisiin vapausoikeuksiin*, kuten omaisuuden, kotirauhan tai yksityisyyden suojaan, *hyvinvointivaltioillisiin TSS + O -oikeuksiin* eli taloudellisiin, sosiaalisiin ja sivistyksellisiin sekä tulkintani mukaan myös oikeusturvan saatavuuteen liittyviin juridisiin oikeuksiin, kuten esteettömään pääsyyn sosiaaliturvan, koulutuksen, oikeusturvan tai vastaavien muiden julkishyödykkeiden markkinoille, sekä kollektiivisiin *yhteisöllis-kulttuurisiin oikeuksiin*, kuten vähemmistönsuojaan ja ympäristöön kohdistuviin toimintarajoituksiin kestävä kehityksen toteuttamiseksi.⁶¹

Vähintäänkin heikosti täsmentyneiden prioriteetti- eli etusijasuhteiden olemassaolon voi enintään rajoitetusti perustella myös muiden perusarvojen tai perusoikeuksien välille suhteessa oikeuden vallitsevaan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Oikeusperiaatteita ei kuitenkaan voi lukita pysyvästi osaksi kiinteää ja sisäisesti ristiriidatonta oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden hierarkiaa Hans Kelsenin ja A. J. Merklin *oikeusnormipyramidin* tai Georg Friedrich Puchtan *käsitepyramidin* ja *oikeuskäsitteiden genealogian* edellyttämällä tavalla ilman, että ne samalla muuttuvat *sääntöformaaleiksi* oikeudellisiksi tulkinta- ja ratkaisuperusteiksi. Enintään heikosti systeemisen

⁶⁰ Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 77–78.

⁶¹ Palaan kysymykseen alla jaksossa 19.5.1 ”Perus- ja ihmisoikeuksien sisäinen sääntely- ja ratkaisulogiikka”.

etusijajärjestyksen ulkopuolella erilaiset *oikeudellistuneet* eli voimassa olevan oikeuden osaksi rakenteistuneet perushyvät tai perusoikeudet noudattavat dynaamista eli vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevaa systeemistä jäsenystä muiden yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien tavoin.

Ihmisoikeudet ovat muuttuneet luonnonoikeusopin mukaisista universaaleista ja ylipositiivisista arvoista osaksi modernia positiivista oikeutta sitä mukaa kun ne on hyväksytty kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa, kuten Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksessa, Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten toteutuneessa tulkintakäytännössä, kansallisessa lainsäädännössä ja kansallisten lainsoveltajien oikeuskäytännössä. Rajalinja luonnonoikeuden ja positiivisen oikeuden välillä ei siten ole kertakaikkisesti ja lopullisesti asetettu, vaan se saattaa ajan myötä merkittävästikin muuttua lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tekemien päätösten myötä.

11.4 LUONNONOIKEUSFILOSOFIA JA OIKEUDELLINEN TULKINTAOPPI

Luonnonoikeusfilosofian hyväksymien premissien alaisuudessa kysymykset oikeuden muodollisesta voimassaolosta ja oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä ovat tiiviisti kietoutuneet yhteen. Suvereenin lainsäätäjän asettama säädös tai oikeudellisesti muodollisesti toimivaltaisen tuomioistuimen antama ratkaisu velvoittaa vain, jos se on samalla sisällöllisesti hyväksyttävä ja kohtuullinen, sillä luonnonoikeusfilosofian mukaan oikeuden aineellinen hyväksyttävyys on ehdoton edellytys sen sitovuudelle. Epäoikeudenmukainen laki (lat.: *lex iniusta non est lex*) tai, tiukemmin rajattuna, ainakaan räikeän epäoikeudenmukainen laki (lat.: *lex iniustissima non est lex*) ei velvoita lainsoveltajaa tai kansalaisia, koska se ei täytä oikeuden määritelmällistä oikeudenmukaisuusehtoa. Entä miten riittävän epäoikeudenmukainen laki on luotettavalla tavalla tunnistettavissa? Kysymys kietoutuu tiiviisti yhteen myös kansalaistottelemattomuuden ja sen yhteisöllisten oikeuttamisperusteiden kanssa.⁶²

Luonnonoikeusfilosofian mukaan tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan tulee pyrkiä ehdottoman *yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden* toteuttamiseen oikeudellisessa tulkinta-, merkitys- ja perustelukontekstissa, jonka yhteiskunnassa vallitsevat asiantilat tulkitsijalle asettavat. Luonnonoikeudellinen oppi oikeuden tulkinnasta on johdettavissa niistä aineellisen *yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden* joko yhteisöllisistä tai uskonnol-

⁶² Siivuutan kuitenkin tässä kysymyksen kansalaistottelemattomuuden oikeuttamisesta, joka olisi oman kirjansa arvoinen aihe jo sellaisenaan.

lisista soveltamishdoista, joita ovat eri tavoin painottaen edustaneet esimerkiksi Aristoteleen tilannesidonnaista kohtuullisuutta, yhteisöllisen hyvän elämän politiikkaa ja lainsoveltajan tilannekohtaista harkintaa painottava hyve-etiikka; Tuomas Akvinolaisen ja keskiajan skolastiikan käsitys Luojan suuresta maailmanjärjestyksestä sekä luonnollisesta oikeudesta sen yhtenä osana; 1600- ja 1700-luvun rationalistisen luonnonoikeusfilosofian keskeisajatus ihmisen muuttumattomasta luonnosta, josta yksityiskohtainen ja aksiomaattisesti jäsentynyt luonnonoikeudellisten sääntöjen ja periaatteiden järjestelmä oli johdettavissa; tai modernin luonnon-oikeusajattelun idea ylipositiivisesta oikeudesta, joka saa oikaista lainsäätäjän tai tuomioistuinten tekemät lailliset vääryydet (à la Gustav Radbruch), oikeuden sisäisestä eli institutionaalisesta moraalista (à la Lon L. Fuller), seitsemästä itseannetusta perushyvästä eli perusarvosta (à la John Finnis), luonnonoikeuden vähimmäissisällöstä (à la H.L.A. Hart) tai universaaleista ihmisoikeuksista.

Kun oikeuden muodollinen voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttyvyys kietoutuvat luonnonoikeusajattelussa määritelmällisesti yhteen, se hylkää analyyttisen oikeuspositivismin esittämän *erotteluteesin* eli vaatimuksen voimassa olevan oikeuden sekä vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin mahdollisimman tarkkarajaisesta erottamisesta toisistaan.⁶³ Sen vuoksi luonnonoikeusfilosofian hyödyntämät oikeudelliset ratkaisuperusteet ovat pikemminkin vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien *oikeusperiaatteiden* ja niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien kaltaisia, yhteiskunnallisia arvoja tai tavoitteita ilmentäviä tulkinta- ja ratkaisuperusteita kuin lainsäätäjän, tuomioistuinten tai muiden viranomaisten yksilöitävissä oleviin institutionaaliin päätöksiin perustuvia oikeussääntöjä, joihin analyyttinen ja institutionaalinen oikeuspositivismi, analyyttinen oikeusrealismi sekä erilaiset oikeudellisen tulkintaformalismin suuntaukset ovat kukin tahollaan hieman eri tavoin sitoutuneet.

Metodiopillisesti tämä tarkoittaa sitä, että luonnonoikeusfilosofian premisien alaisuudessa oikeudellinen tulkintamenettely muuntuu pääsääntöisesti institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien oikeudellisten ja moraalisten ratkaisustandardien arvosi-donnaiseksi *punninnaksi* ja keskinäiseksi *tasapainottamiseksi*, missä yksittäisen oikeustapauksen arvioimiseksi merkityksellisten oikeusperiaatteiden tul-

⁶³ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157. – Kokoavasti analyyttisestä oikeuspositivismista, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 17–21; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 32–40, 876–877. – Kelsenin puhtaan oikeusopin puhtaus on nimenomaan metodista puhtautta, missä oikeustiede ja sen tutkimuskohde, voimassa oleva oikeus, oli määrä puhdistaa kaikesta 'ei-oikeudellisesta' aineksesta, olivatpa nämä sitten yhteiskuntamoraalin, uskonnon, talouden, politiikan tai erilaisten ideologioiden alaan kuuluvia ilmiöitä. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. IV–V, 1. – Vrt. myös Hart, "Positivism and the Separation of Law from Morals"; Fuller, "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart".

kinnallinen merkityssisältö tulee kiinnittää yhteisöllisiin tai uskonnollisiin arvoihin, jotka täyttävät esimerkiksi John Finnisin luonnonoikeusteorian asettaman vaatimuksen seitsemän 'itseannetun' perushyvän eli perusarvon kunnioittamisesta tai Lon L. Fullerin vaatimuksen oikeuden sisäisen moraalin käsittämistä menetelmällisistä eli institutionaalisista kriteereistä. Luonnonoikeusfilosofia on näin lähellä oikeudellisen konventionalismin ajatusta yhteisöllisten käytäntöjen keskeisestä merkityksestä oikeudellista tulkintaa ohjaavina perusteina. Edellytyksenä on se, että nuo yhteisölliset käytännöt täyttävät myös vaatimuksen sisällöllisestä oikeudenmukaisuudesta esimerkiksi Lon L. Fullerin tai John Finnisin tarkoittamalla tavalla.

11.5 LUONNONOIKEUDELLISEN TULKINTAOPIN ARVIOINTIA

Tutkimuksellisenä hintana luonnonoikeusfilosofiaan sitoutumisesta on analyyttisen oikeuspositivismin yhtä hyvin kuin analyyttisen oikeusrealismin korostaman keskeiserottelun poistuminen: oikeuden muodollinen voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyyys eivät ole erotettavissa toisistaan John Austinin ja Hans Kelsenin tarkoittamalla tavalla. Luonnonoikeusfilosofialle oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyyys *on yhtä kuin* sen muodollinen velvoittavuus, koska ainakaan räikeän epäoikeudenmukainen lainsäädäntö tai viranomaisratkaisu eivät velvoita tuomaria tai muuta lainsoveltajaa. Ajatus voimassa olevan oikeuden läheisestä liittymästä yhteisölliseen oikeudenmukaisuuteen on sinänsä hyvin perustelu ja intuitiivisesti helposti hyväksyttävissä.

Kun luonnonoikeusfilosofia kiinnittää oikeuden velvoittavuuden samoin kuin sen tulkinnallisen merkityssisällön aidosti sisällöllisiin määreisiin, se väistää onnistuneesti kritiikin, joka erilaisia oikeudellisen *tulkintaformalismin* suuntauksia vastaan on esitetty. Samoin se väistää analyyttistä oikeuspositivismia ja oikeudellista eksegeesiä vastaan esitetyn kritiikin lainsäätäjän mahdollisen mielivallan hyväksymisestä. Oikeudellinen tulkintaoppi onkin oikeuspositivismin heikoimmin kehittynyt osa-alue siihen katsomatta, onko kyse analyyttisestä, institutionaalisesta, eksklusiivinen vai inklusiivisesta oikeuspositivismista. Esimerkiksi John Austinin, Hans Kelsenin, H.L.A. Hartin tai Jerzy Wróblewskin keskeistuotanto ei sisällä lainkaan varsinaista oikeudellista tulkintateoriaa vaan ainoastaan satunnaisia hajahuomioita aiheesta. Niinpä oikeudellinen tulkintaformalismin on saanut osalleen runsaasti kritiikkiä, jota yhtäältä erilaiset realistisen, sosiologisen tai empiirisen oikeustutkimuksen suuntauksset, kuten Roscoe Poundin ja Oliver Wendell Holmesin edustama Yhdysvaltain sosiologinen oikeustiede, amerikkalainen ja skandinaavinen oikeusrealismi, von Jheringin edustama intressilainoppi ja saksalainen vapaa-oikeuskoulu, sekä toisaalta moderni luonnonoikeusajattelu, kuten Gustav Radbruch, Lon L. Fuller

ja John Finnis sekä tässä suhteessa vaikeammin luokiteltavissa oleva Ronald Dworkin, ovat keskeiskirjoituksissaan esittäneet.

Modernin luonnonoikeusfilosofian kirjoituksissa ylipositiivinen oikeus saa vallita laillistetun vääryyden eli suvereenin lainsäätäjän tai tuomioistuinten mielivallan sijaan saksalaisen Gustav Radbruchin mukaan, eikä sisällöltään räikeän epäoikeudenmukainen laki velvoita tuomaria tai muuta lainsoveltajaa.⁶⁴ Oikeuden sisäinen moraali eli moraali, joka tekee oikeuden mahdolliseksi, on ehtona oikeuden velvoittavuudelle amerikkalaisen luonnonoikeusfilosofin Lon L. Fullerin kirjoituksissa.⁶⁵ John Finnisin seitsemän 'itseannettua' ja itsestään selvää *perushyvä* eli *perusarvoa* tarjoavat oikeudelle perustan, jota suvereenin lainsäätäjän yhtä hyvin kuin toimivaltaisten tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tulee oikeudellisessa päätöksenteossaan kunnioittaa.⁶⁶ Jopa H.L.A. Hart, joka muutoin sitoutui (inklusiivisen) analyyttisen oikeuspositivismiin tai analyyttisen oikeusrealismin tutkimuksellisiin premisseihin, tunnusti luonnonoikeuden vähimmäissisällönmerkityksen sinänsä kontingenttina mutta yhtä kaikki paikkansa pitävänä yhteiskunnallisena tosiasiana, joka tosiasiallisesti rajaa lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeudellista harkintaa.⁶⁷

Yksinomaisena tulkinnallisena näkökulmana oikeuteen luonnonoikeusfilosofia sivuuttaa oikeudellisen ennakoitavuuden ja muodollisen oikeusturvan sekä painottaa oikeudellisen tulkinnan sisällöllistä hyväksyttävyyttä. Tietenkin myös aksiologinen hyväksyttävyys voi saavuttaa oikeudellista ennakoitavuutta, jos ja kun tulkinnan viimekätiset arviointikriteerit on määritelty riittävän yksiselitteisellä tavalla esimerkiksi John Finnisin 'itseannettujen' perusarvojen tai perushyvien tavoin. Ongelmaksi jää sanotunlaisen oikeuden ja oikeudellisen tulkinnan viimekätisten premissien itsensä oikeuttaminen, jollei Finnisin pulmallista väitettä perushyvien itsestään selvästä ja itseannetusta asemasta hyväksytä sellaisenaan oikeudellisen argumentaation perustaksi. Itse asetan oikeuden *institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan* puhtaasti aineellisen yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden edelle, kun tehtävänä on arvioida institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen sekä vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden oikeudellista validiteettia ja tulkinnallista merkityssisältöä. Institutionaalinen ja yhteisöllinen lähestymistapa tavoittaa voimassa olevan oikeuden yhteiskunnalliset reunaehdot ehdottomaan yhteisölliseen tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen kiinnit-

⁶⁴ Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht"; sama, "Fünf Minuten Rechtsphilosophie".

⁶⁵ Fuller, *The Morality of Law*, s. 33–94.

⁶⁶ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 59–99.

⁶⁷ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 189–195.

tyvää luonnonoikeusfilosofiaa paremmin: vain ne yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet, jotka vallitseva institutionaalinen tulkintaideologia eli vallitseva lainsäädäntöideologia, kollektiivinen tuomarinideologia ja yhteisöllinen oikeuskäsitys tai niiden tietynlainen yhdistelmä hyväksyy, saavat *oikeudellista* merkitystä, eivätkä tuomarin tai tutkijan omakohtaiset subjektiiviset arvot tai muunkaanlaiset yhteiskunnalliset arvot tai tavoitteet, joilta institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuvat, saa oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen asemaa.

Suhteessa edellä esitettyihin tulkintafilosofian vaihtoehtoihin luonnonoikeusfilosofia painottaa oikeudellisen tulkinnan sisällöllistä hyväksyttävyyttä: oikeudellinen tulkinta on perusteltu, jos ja vain jos se täyttää ennalta-asetetut aksiologiset vähimmäisehdot yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden täyttymisestä. Toisin kuin oikeudellinen korrespondenssiteoria, luonnonoikeusfilosofia ei sivuuta pulmallisten oikeuskysymysten arviointia, vaan juuri *lex iniusta non est lex* -tyyppiset oikeudelliset soveltamistilanteet, joissa positiivinen oikeus ja yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus ovat keskenään yhteensovittamattomassa ristiriidassa, ovat perinteisesti olleet luonnonoikeusfilosofian pohdintojen kohteena. Oikeudellinen korrespondenssiteoria siis rajasi vaikeat oikeudelliset ratkaisutilanteet määritelmällisesti tarkastelun ulkopuolelle, koska ne eivät täyttäneet vaatimusta isomorfia- eli kuvasuhteesta vertailtavina olevien asiantilojen kesken, eivätkä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet kuuluneet lainkaan korrespondenssiteorian alaan.

Oikeudellinen koherenssiteoria kiinnittää oikeudellisen tulkinnan institutionaalisten oikeuslähteiden keskinäisiin suhteisiin. Se hyväksyy yhteisölliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet vain, jos ne on ensin saatettu institutionaalisten oikeuslähteiden tavoin kirjalliseen muotoon. Luonnonoikeusfilosofia puolestaan sivuuttaa oikeuden institutionaaliset piirteet, jos vain aksiologinen ehto tulkinnan sisällöllisestä hyväksyttävyydestä sen oikeuttaa. Tältä osin luonnonoikeusfilosofia on lähinnä oikeudellisen tulkintalauseen yhteisöllistä hyväksyttävyyttä painottavaa oikeudellista uusretoriikkaa ja argumentaatioteoriaa, jota Chaïm Perelmanin ja Aulis Aarnion ajatukset saivat edellä havainnollistaa. Luonnonoikeusfilosofia ei kuitenkaan tee Aarnion tai Perelmanin tavoin oletusta universaaliauditorion tai sitoutumisesta ideaalisen yhteisöllisen rationaalisuuden tai hyväksyttävyyden ehtoihin. Universaaliauditorion tilalla on nyt yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus, jota ylipositiivinen oikeus, oikeuden sisäinen eli institutionaalinen moraali, 'itseannetut' perushyvät eli perusarvot, institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet tai luonnonoikeuden vähimmäissisältö pyrkivät toteuttamaan Gustav Radbruchin, Lon L. Fullerin, John Finnisin, Ronald Dworkinin ja H.L.A. Hartin tarkoittamalla tavalla. Fullerin lähtökohdiltaan menettelyllinen eli institutionaalinen luonnonoikeusajattelu sitoo oikeuden tulkinnan muita luonnon-

oikeusfilosofian muunnelmia vahvemmin yhteiskunnan institutionaalisiin reunaehtoihin.

Oikeuden taloudelliset tai muut yhteiskunnalliset vaikutukset, joihin filosofista pragmatismia toteuttava yhteiskunnallinen konsekventialismi kiinnittää oikeudellisen tulkinnan, voivat tulla osaksi luonnonoikeusopillista tulkintaa vain, jos ne voidaan jäännöksettä kääntää myös oikeuden arvosidonnaisen hyväksyttävyyden, perusarvojen tai ihmis- ja perusoikeuksien kielelle. Kun oikeuden taloudelliset vaikutukset toteuttavat yleensä pikemminkin markkina-rationaalisuutta eli taloudellista kustannustehokkuutta, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimointia sekä optimaalista yhteiskunnallista resurssiallokaatiota ja sosiaalista riskijakoa kuin yhteisöllistä vastuuta, sisällöllistä kohtuullisuutta tai heikomman suojaa, sanotunlaiset näkökohdat rajautuvat tavallisesti luonnonoikeudellisen tarkastelun ulkopuolelle.

Lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset tavoitteet, joihin oikeudellinen eksegeesi sitoo oikeuden tulkinnan, sekä oikeuskäytännössä toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset, joihin analyttinen oikeusrealismi kiinnittää oikeuden tulkinnan, korostavat kumpikin oikeuden *institutionaalista* perustaa eli liittymää lainsäätäjän tai tuomioistuinten tekemiin yksilöitävissä oleviin päätöksiin. Luonnonoikeusfilosofia hyväksyy lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset tavoitteet tai oikeuskäytännössä toteutuneet oikeusvaikutukset oikeudellisen tulkintaopin referenssiksi vain, jos ne täyttävät samalla aksiologisen hyväksyttävyyden vaatimuksen. Samoin edellytyksin luonnonoikeusfilosofia tunnustaa käsitelainopille ja muulle oikeudelliselle tulkintaformalismille ominaiset loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemiset sitoumukset. Kun saksalainen käsitelainoppi pyrki operoimaan 'puhtailla oikeuskäsitteillä' Puchtan formaalin oikeuskäsitteiden genealogian eli käsitepyramidin mukaisesti, oikeuden sisällöllisen hyväksyttävyyden arvioiminen rajautui jo määritelmällisesti oikeudellisen konstruktivismin loogis-käsitteellisten ja oikeussysteemisten tarkastelujen ulkopuolelle. Radikaali tulkintaopillinen kontekstualismi, jota seuraavassa luvussa käsitelen, sivuaa luonnonoikeusfilosofiaa vain siltä osin kuin kummankin eri tavoin tulkitsema vaatimus yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden toteutumisesta täyttyy.

12 Radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi: tilannesidonnainen oikeudenmukaisuus

12.1 OIKEUDEN INSTITUTIONAALINEN JA YHTEISÖLLINEN METAKONTEKSTI

Oikeustiede on määritelmällisesti monikollinen eli monialainen tieteenala.¹ Se on kumuloituva sarja *oppineita reunahuomautuksia* lakitekstin sekä muiden institutionaalisten oikeuslähteiden tekstimarginaaleissa (= oikeuden *tulkintatie-teellinen* analyysi, mukaan lukien voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä tarkasteleva lainoppi),² samoin kuin monimuotoinen joukko tekstejä, jotka tarkastelevat oikeutta määrittäviä tai oikeudellisesti merkityksellisiä ihmismielen mentaalis-tajunnallisia rakenteita ja prosesseja sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksia (= oikeustiede *ihmistieteenä*), oikeuden yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä ja merkitysrakenteita (= oikeustiede *kulttuuritieteenä*), oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita (= oikeustiede *yhteiskuntatieteenä*) sekä oikeuden määritelmällisiä, käsitteellisiä tai muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisiä ominaisuuksia (= oikeustiede *filosofiana*).

Keskiajalla lainoppi oli kirjaimellisesti *oppineiden reunahuomautusten tai-toa lakitekstin marginaaleissa*, kun tuon ajan etevimmät oikeusoppineet eli glossaattorit ja kommentaattorit laativat oikeusopilliset selityksensä roomalaisen oikeuden tekstikoonnoksen, *Corpus Juris Civiliksen*, laveisiin reunamarginaaleihin.³ Kun myöhemmät juristipolvet kommentoivat paitsi *Corpus Juris Civiliksen* tekstiä myös opillisten edeltäjiensä kyseistä tekstiä selittäviä kirjoituksia, lakitekstin marginaalit kävivät vähitellen liian ahtaiksi. Niinpä lainopilliset kommentaarit irtautuivat fyysisesti lakitekstistä ja ne julkaistiin itsenäisinä oikeudellisinä selitysteoksina, jolloin nykyisen kaltainen lainopillinen kommentaarikirjallisuus oli saanut alkunsa. Modernin lainopin rakenteellinen ja funktionaalinen idea on kuitenkin edelleen sama kuin keskiajan etevillä oikeus-

¹ Oikeustieteestä monialaisena tieteenä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 103–106.

² Keskiajan glossaattorien ja kommentaattorien alulle panemasta oikeudellisesta tulkintatraditiosta, Siltala, *Johdatus oikeusteoriaan*, s. 20–22 ja kuvaliite s. 189; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 152–153.

³ Lisäksi *dekretalistit* eli *kanonistit* 'glossasivat' kanonisen oikeuden tekstejä.

oppineilla. Kyse on kahden tekstin muodostamasta kokonaisuudesta, jossa lainopillinen *kommentaariteksti* tulkitsee, selittää ja yhtenäistää oikeudellista *kohdetekstiä* eli oikeudellisen tulkinnan kohteena olevaa lakitekstiä, lainvalmisteluaineistoa, prejudikaatteja ja muuta tuomioistuinkäytäntöä sekä muita kirjallisessa muodossa annettuja institutionaalisia ja yhteisöllisiä oikeuslähteitä, tuottaen niiden perusteella *oikeudellisia tulkintalauseita* voimassa olevan oikeuden tulkinnallisesta merkityssisällöstä.

Oikeustiede on monikollinen käsite, jonka eri osa-alueita vain tutkimuskohteen edellytetty *oikeudellisuus* eli sidonnaisuus oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen perustaan* yhdistää. Nuo kriteerit, jotka erottavat oikeustieteen esimerkiksi moraalifilosofiasta, valtio-opista ja sosiologiasta, ovat kuitenkin erottelukyvyltään varsin heikkoja. Tutkimuskohteen edellytetty oikeudellisuus on semanttisesti avoin kriteeri, kun mikä tahansa *oikeus*-etuliitteellä varustettu ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatutkimuksen tahi filosofian osalohko voi esittää perustellun vaateen kuulumisestaan oikeustieteen alaan, oli sen toteuttama tiedonintressi miten hyvin tai miten huonosti perusteltu oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan valossa arvioituna.⁴ Lisäksi oikeuden institutionaaliset ja yhteisölliset sidonnaisuudet voi nekin tutkimuksessa sivuuttaa, jollei tarkoitus ole osallistua vallitsevaa oikeudellista tietomuotoa jäsentävään eli sitä uusintavaan tai kriittisesti arvioivaan oikeudelliseen ja yhteiskunnalliseen diskurssiin.

Oikeudellinen kirjallisuus koostuu osin yhdenmukaisten, osin keskenään ristiriitaisten oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden kudelmasta, jotka toistavat, muuntelevat ja myös kritisoiivat vallitsevaa oikeuden institutionaalista tai yhteisöllistä metakontekstia eli oikeudellista ja yhteiskunnallista *metanarratiivia*, jonka keskeisenä sisältönä ovat erilaiset tulkinnat oikeuden *institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan* toteutumisesta tai, niin kuin kunkin suuntauksat kriitikot arvioisivat, toteutumatta jäämisestä. Tuo oikeudellinen metanarratiivi kohdentuu näin oikeuden määritelmään, oikeudelliseen sääntely- ja ratkaisulogiikkaan, institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähdeopin oikeuttamisperusteisiin sekä oikeudelliseen päättelymalleihin niistä esitettyjen erilaisten tulkinnallisten painotusten muodossa:

- parlamentaarisen demokratiaperiaatteen, oikeudellisen ennakoitavuuden ja oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteen sekä oikeussubjektien tahdonautonomian ja perustellun luottamuksen suojan toteuttaminen tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa (= *oikeusvaltioperiaate oikeuslähdeopin institutionaalisenä oikeuttamisperusteena*),

⁴ Esimerkiksi oikeuspoetiikan, oikeudellisen estetiikan ja oikeudellisen folkloristiikan liittyvät oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen perustaan ovat varsin heikot tai olemattomat. Silta-la, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 118–119.

- lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien puheteot, joiden avulla yksittäisille oikeussubjekteille kohdennetut oikeudet ja velvollisuudet ovat oikeudellisesti pätevällä tavalla luotavissa, muutettavissa, toteutettavissa ja kumottavissa (= *institutionaalinen oikeuspositivismi*),
- institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäinen koherenssi (= *oikeudellinen koherenssiteoria*),
- oikeudellisen tulkintalauseen yhteisöllinen hyväksyntä universaaliauditoriossa tai muussa ideaalisessa kohdeauditoriossa (= *oikeudellinen uusretoriikka*),
- lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten oikeudellisten tai yhteiskunnallisten tavoitteiden rekonstruktio (= *oikeudellinen eksegeesi*),
- oikeus yhteiskunnallisena tosiasiana eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytännössä toteutuneiden ja myös tulevaisuudessa toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten eli tehokasta oikeussuojaa nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä esimerkiksi lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten tavoitteiden tai oikeusoppineiden ’glosaaman’ oikeuden sijaan (= *analyttinen oikeusrealismi*),
- oikeudellisten peruskäsitteiden keskinäiset loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemiset välttämättömyydet (= *oikeudellinen tulkintaformalismi ja käsitelainoppi*),
- lainsäädännöstä, prejudikaattiperustaisesta oikeudesta ja muista institutionaalista oikeuslähteistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden semanttinen käsiteanalyysi sekä suhdetekäsitteiksi ymmärrettyjen, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien tekninen oikeusasema-analyysi (= *analyttinen oikeustiede*),
- marxilainen tulkinta oikeudesta esimerkiksi suhteessa vallitseviin tuotantosuhteisiin ja -rakenteisiin sekä transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintaviin liikelakeihin, yhteiskunnan monitasoiseksi mielletyn subjekti- ja tietoisuusrakenteeseen sekä oikeuden ja yhteiskunnallisen tietoisuuden eri tasojen välillä vallitsevaan ”olemusilmiö -kategorioiden ilmentämään ’ekspressiiviseen’ yhteyteen”, Frankfurtin koulun kriittiseen yhteiskuntateoriaan, jonka mukaan porvarillista oikeutta on määrää kritisoida sen itsensä tarjoamin käsitteellisin ja metodisin välinein tai oikeuden ’vaihtoehtoihin’ tulkintoihin poliittisesti tiedostavien italialaisten vasemmistotuomarien *uso alternativo del diritto* -ideologian tarkoittamalla tavalla (= *marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia; vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen lainoppi*),
- hyvinvointivaltioideologian toteuttaminen, sosiaalinen vastuunjako, yhteiskunnallisten resurssien oikeudenmukainen uudelleenallokointi sekä heikomman sopijapuolen erityisintressien suojelu (= *sosiaalinen siviilioikeus*),
- taloudellisen kustannustehokkuuden, oikeuksien markkinaistumisen, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin sekä taloudellisesti optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation ja sosiaalisen riskinjaon toteuttaminen (= *oikeustaloustieteellinen näkökulma lain-tulkintaan*),

- aristotelisen hyve-etiikan ja hyvän elämän politiikan, asian luonnon (saks.: *Natur der Sache*) sekä ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden toteuttaminen esimerkiksi oikeuden sisäisen moraalin tai itseannettujen perushyvien eli perusarvojen kunnioittamisen merkityksessä (= *klassinen tai moderni luonnonoikeusfilosofia; oikeusteologia*),
- oikeuden 'itseannetun' eli apriorisen, empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävän olemuksen tai 'asialoogisten' rakenteiden määrittely (= *oikeusfenomenologia*),
- yhteiskunnan sukupuolisidonnaisen rakenteellisen eriarvoisuuden oikaiseminen ja yhteiskunnallisen tasa-arvon toteuttaminen esimerkiksi naisten tai jonkin muun aiemmin syrjityn yhteiskuntaryhmän tietoisien suosivan erityiskohtelun ja kiintiöityjen edustuspaikkojen varaamisen avulla (= *naisnäkökulma oikeuteen ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*),
- oikeus institutionaalsiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien kokonaisuutena, jotka perustuvat viime kädessä yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden varaan (= *oikeudellinen konventionalismi*), ja niin edelleen.

Tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellinen ratkaisuharkinta sijoittuu *tulkinta- ja perustelukontekstiin*, jota erilaiset oikeudelliset tulkintaideologiat, institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä oikeudellisen päätelyn eli oikeudellisten *transformaatioiden logiikan* avulla johdettavissa olevat oikeudelliset ratkaisu- ja tulkintaperusteet eli yhtäältä institutionaalsiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja toisaalta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet samoin kuin omaksutun oikeudellisen tulkintamatriisiin käsittämät oikeudelliset päättelymallit tai tuomarinäkökulman tulkintaopilliset konventiot yhteisesti jäsentävät ja rajaavat. Kun arvioitavana ovat puolestaan erilaisten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäiset suhteet, oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäiset suhteet määrätyn oikeudellisen tulkintaideologian alaisuudessa tai erilaisten oikeudellisten päättelymallien tai tulkintaopillisten konventioiden keskinäiset suhteet, kyse on oikeudellisen tulkinta- ja perustelukontekstin *metakontekstista*, joka määrittää sovellettavat ylemmän tason eli *metatason* kriteerit sanotunlaisen kollisiotilanteen ratkaisemiseksi. Sanottu pätee myös erilaisten sopimusmallien tai erilaisten prejudikaatti-ideologioiden kesken vallitsevan kollisiotilanteen ratkaisuun.

Oikeuden *institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti* eli oikeudellinen *metateoria* tai *metanarratiivi* on institutionaalisia ja yhteisöllisiä oikeuslähteitä, oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita eli oikeussääntöjä ja oikeusperiaatteita, oikeudellisia tulkintaideologioita, sovellettavaa oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa sekä erilaisia oikeudellisia tulkinta- ja päättelymalleja kootusti jäsentävä oikeus- ja yhteiskuntateoria, joka määrittää oikeutta ja sen tulkintaa konstituoivien osatekijöiden keskinäiset suhteet, oli sitten kyse oikeus-

lähteistä, oikeusnormeista, oikeudellisen systematiikan osatekijöistä tai erilaisista oikeudellisista päättelymalleista.

Oikeudellinen metateoria perustelee tietynlaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen kiinnittämällä tarkastelun viimekätiset arviointikriteerit esimerkiksi suvereenin lainsäätäjän ehdottomaan oikeudelliseen määräysvaltaan John Austinin analyttisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla, edellytettyn yhteiskuntasopimukseen esimerkiksi John Rawlsin oikeudenmukaisuusteorian edellyttämällä tavalla, kansalaisten tahdonautonomian ja perustellun luottamuksen suojan kunnioittamiseen sopimusoikeudellisen velvoittavuuden tarkoittamalla tavalla, lainsäädäntöä käsitteellisesti, ajallisesti ja hierarkkisesti edeltäviin ihmis- ja perusoikeuksiin, universaaliauditorion yhteisölliseen hyväksyntään Chaïm Perelmanin uusretoriikan mukaisesti tai ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden toteutumiseen luonnonoikeusfilosofian tarkoittamalla tavalla. Oikeuslähdeopin yhteydessä oikeudellinen metateoria painottuu erilaisten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden viimekätisen velvoittavuuden ja suhteellisen oikeudellisen painoarvon perustelemiseen. Oikeudellinen tulkintaopin yhteydessä oikeudellinen metateoria painottuu oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäisten suhteiden arvottamiseen esimerkiksi säädännäisen oikeuden, prejudikaattiperustaisen oikeuden, tavanomaisen oikeuden tai sopimusoikeuden rajaamassa merkitys- ja perustelukontekstissa.

Oikeuslähdeopin yhteydessä oikeudellinen metateoria on oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa kootusti jäsentävä oikeudellinen justifiikaatioteoria, joka määrittää institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden oikeudellisen velvoittavuuden perustan sekä niiden keskinäiset etusijasuhteet kollisiotilanteessa eri oikeuslähteiden taustalla vaikuttavien *institutionaalisten oikeuttamisperiaatteiden* avulla. Näitä ovat lainsäädännön ja monimuotoisen virallisen lainvalmisteluaineiston velvoittavuuden takaava parlamentaarinen demokratiaperiaate, prejudikaattiperustaisen oikeuden sekä muun tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön velvoittavuuden takaava oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan periaate, sopimusperustaisen oikeuden ja tavanomaisoikeudellisten käytäntöjen velvoittavuuden takaava yksityisoikeudellisen tahdonautonomian periaate (ja perustellun luottamuksen suoja) sekä jäännös- eli residuaaliperiaatteen tavoin toimiva, oikeuden itseisarvoista tehokkuutta painottava taloudellis-hallinnollinen suvereniteettiperiaate. Myös institutionaalisten oikeuttamisperiaatteiden vastaperiaatteet, kuten yhteisöoikeudellinen toissisijaisuus- eli läheisyysperiaate, sosiaalisen siviilioikeuden mukainen sopimussuhteen heikomman osapuolen suojelun periaate tai naisoikeudellisen tulkintänäkökulman painottama naisia tietoisesti suosivan erityiskohtelun periaate voivat saada oikeuden tulkinnassa merkitystä, samoin kuin erilaiset aineellista yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta ilmentävät eli muut kuin institutionaaliset oikeuslähdeopin oikeuttamisperusteet.

Oikeudellisen tulkintaopin yhteydessä vallitseva oikeudellinen metateoria määrittelee kriteerit, joiden avulla valinta formaalin, institutionaalisen tai aineellisen tulkintaideologian käsittämän validiteetti- ja tulkintakriteerin välillä on perusteltavissa. Institutionaalinen tulkintaideologia vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden tietynlaisen yhdistelmän merkityksessä muuntaa oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet oikeudellisiksi tulkinta- ja ratkaisuperusteiksi, joilla on oikeudellista ratkaisuarvoa eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus.

Sopimusoikeudellisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti määrittää muun muassa sovellettavan *sopimusmallin* valintaa eli sitä, kiinnitetäänkö sopimuksen pätevyys ja yksittäisen sopimusehdon tulkinta sopijapuolten alkuperäiseen eli sopimuksen laatimishetkellä vallinneeseen tahdonmuodostukseen (= sopimusoikeudellinen tahtomalli), perusteltuun luottamuksen suojaan (= sopimusoikeudellinen luottamusmalli), tarkasteluhetkellä arvioitavaan aristoteliseen sopimustasapainoon ja sopimusoikeudelliseen kohtuullisuuteen (= yhteisöllinen kohtuusmalli) vaiko heikomman sopijapuolen erityisintressien suojaamiseen (= sosiaalinen siviilioikeus).⁵

Prejudikaattiperustaisen oikeuden soveltamiskontekstissa oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti määrittää keskeisellä tavalla valintaa erilaisten *prejudikaatti-ideologioiden* välillä. Vaihtoehtoina ovat esimerkiksi lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia, jossa prejudikaattituomioistuin muotoilee itse arvovaltaisella tavalla ratkaisun myöhempää tuomaria velvoittavan prejudikaattinormin esimerkiksi jutun tiivistelmässä tai otsikossa; historiallis-eksegeettinen prejudikaatti-ideologia, jossa päättelyn suunta kulkee 'takaperin' ennakkoratkaisun aineellisesta lopputuloksesta sen tueksi esitettyjen perustelujen osoittamiin välttämättömiin tai riittäviin normi- ja faktapremisseihin; oikeudellisen analogian ja distinktiotekniikan osin ennakoimaton vuorottelu, missä ratkaisevaa on käsillä olevan uuden tapauksen tosiseikaston oikeudellisessa katsannossa riittävä tai riittämätön samanlaisuus suhteessa ennakkoratkaisuun; sekä prejudikaattien tulkinta parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden valossa Dworkinin oikeusteorian tarkoittamalla tavalla.⁶

⁵ Yleisesti Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*.

⁶ Prejudikaatti-ideologian käsitteestä ja erilaisista prejudikaatti-ideologioista, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 65–148.

12.2 TILANNESIDONNAINEN RATKAISUHARKINTA: OIKEUTTA YHTENÄISTÄVIEN METANARRATIIVIEN KIISTÄMINEN

Radikaalilla tavalla tilannesidonnainen eli *kontekstuaalinen* oikeudellinen ratkaisuharkinta kiistää kokonaan oikeudellisen metakontekstin tai metanarratiivin tai siitä esitettyjen erilaisten tulkintojen merkityksen ja oikeutuksen. Oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllinen arvoperustan toteuttamisen sijaan tuomarin tai muun lainsoveltajan tulee antaa jutussa ratkaisu aidosti *ad hoc* tai jopa *ad hominem* -perustaisten, vain käsillä olevaan ainutkertaiseen tosiseikastoon soveltuvien tulkinta- ja ratkaisuperusteiden nojalla. Tavoitteena on tapauskohtaisesti 'räätälöity' yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus, joka ei ole yleistettävissä yleiseksi oikeudeksi ratkaisunormiksi minkäänlaisen vallitsevasta oikeudellisesta ja yhteiskunnallisesta metakontekstista esitetyn tulkinnan mukaisesti. Institutionaalisesta ja yhteisöllisestä metateoriasta täydellisesti irrotettu oikeudellinen ratkaisuharkinta muistuttaa lähinnä 1800- ja 1900-luvun taitteessa vaikuttaneen Saksan *vapaa-oikeuskoulun* (saks.: *Freirechtsschule, Freirechtswissenschaft*) edustamaa *ääri-voluntaristista* käsitystä tuomarin tai muun viranomaisen päätöksenteosta.⁷

Vapaa-oikeuskoulu syntyi opillisena vastareaktiona konstruktiivisen oikeusopin eli saksalaisen käsitelainopin ääri-formalistiselle laintulkintateorialle, joka oli mieltänyt tuomarin oikeudellisen päätöksenteon *loogisena syllogismina*, jossa loogisen syllogismin yläauseesta eli normipremissistä ja loogisen syllogismin alauseesta eli faktakuvauksesta voitiin johtaa määrätty oikeusseuraamus eli oikeudellinen tulkintalause ilman, että tuomarin olisi tarvinnut turvautua lainkaan varsinaiseen oikeudelliseen tulkintamenettelyyn. Vapaa-oikeuskoulun mukaan tuomarin tulee noudattaa yhteisöllistä oikeudenmukaisuutta toteuttavaa *oikeudentuntoa* tai *arvotajuntaa* käsitelainoppineiden suosiman formaalin käsitelogiikan ja loogis-deduktiivisten syllogismien sijaan. Ajatus ei ole kaukana *hyveellisen tuomarin* ideaalista, jonka tulee pyrkiä ehdottoman yhteisöllisen oikeudenmukaisuuden toteuttamiseen käsillä olevassa ainutkertaisessa tapauksessa, mitä etenkin (uustomistinen) luonnonoikeusfilosofia on korostanut. ”Hyvä tuomari on parempi kuin hyvä laki”, niin kuin perusteiltaan luonnonoikeudelliset Olaus Petrin tuomarinohjeet ovat painottaneet.

Oliver Wendell Holmesin ja Roscoe Poundin edustama sosiologinen koulu ja varsinainen amerikkalainen oikeusrealismi pyrkivät irrottamaan tuomarin oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleisesti velvoittavista oikeussäännöistä. Oikeustieteessä tuli vastaavasti luopua C. C. Langdellin kehittämästä *case law* -meto-

⁷ Saksan vapaa-oikeuskoulua edustivat muun muassa Oscar Bülow, Eugen Erlich, Hermann Kantorowicz (= pseudonyymi Gnaeus Flavius) ja Hermann Isay. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 59–62; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, s. 579–581.

dista ja sen formalistisesta päättelylogiikasta. Oikeudellinen ratkaisu liitettiin aiempaa vahvemmin tuomarin henkilöön liittyviin tekijöihin eräänlaisen varhaisen tuomarinpsykologian merkityksessä. Joseph Hutcheson korosti tuomarin oikeudellisen *intuition* merkitystä ratkaisunsa, ⁸ ja Jerome Frank suhtautui skeptisesti juristien oikeusvarmuuden kaipuuseen sekä ylipäätään yksittäistä tuomioistuinratkaisua edeltävien ja tuomaria ennakkollisesti velvoittavien oikeussääntöjen olemassaoloon. ⁹ Oikeustaloustieteen ja oikeudellisen tilastotieteen kaltaiset lähestymistavat oikeuteen saivat korvata oikeussääntöjen 'glosaamisen' ja perinteisen oikeudellisen tulkintaformalismin Holmesin oraakkeli-maisissa kirjoituksissa, jotka ennakoivat 1900-luvun oikeuden ihmis- ja yhteiskuntatieteellisen analyysin läpimurtoa. ¹⁰ Näissä *yhteiskunnallinen* tai ihmis- ja yhteiskuntatieteellinen metateoria sai korvata oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen metakontekstin.

Saksalaisen valtiosääntötutkijan Carl Schmittin (1888–1985) vahvasti tilannesidonnaista, yleisesti velvoittavista oikeussäännöistä irrotettua käsitystä oikeudesta ja valtiollisesta suvereniteetista on oikeuskirjallisuudessa luonnehdittu *desisionistiseksi* oikeusfilosofiaksi. ¹¹ Schmittin mukaan valtiopäiville koontunut parlamentti ei suinkaan ole ylin valtiollinen vallankäyttäjä, vaan valtiollinen suvereeni on se, jolla on oikeus päättää kansallisen hätätilan julistamisesta ja siihen liitettyjen poikkeustilavaltuuksien käyttämisestä. ¹² "Suvereeni on se, joka päättää poikkeustilasta." Schmittin desisionistisen oikeus- ja valtiokäsityksen mukaan valtiollinen valta perustuu viime kädessä suvereenin vallanpitäjän tahtoon, joka ainakin poikkeusoloissa on muodollisesti velvoittavan oikeuden yläpuolella. Schmitt irtautuu näin valtiollisen suvereniteetin ja ylimmän lainsäädäntövallan samastavasta perinteisestä yhteiskuntasopimusteoriasta. ¹³ Schmittin ohella muita desisionistisen oikeusajattelun edustajia ovat olleet modernin voluntaristisen suvereniteetikäsitteen varhaiset kehittäjät Jean Bodin (1530–1596) ja Thomas Hobbes (1588–1679). ¹⁴ Taustalla on myös Friedrich Nietzsche (1844–1900) nihilistinen filosofia. ¹⁵ Desisionistisen oikeus- ja yh-

⁸ Hutcheson, "The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision".

⁹ Frank, *Law and the Modern Mind*.

¹⁰ Holmes, "The Path of the Law", s. 469, 474.

¹¹ Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, s. 20–24; sama, *Poliittinen teologia*; Medina, "Decisionist Philosophy of Law".

¹² Schmitt, *Poliittinen teologia*, s. 49.

¹³ Weimarin Saksan valtiosäännön 48 artikla antoi valtakunnanpresidentille oikeuden julistaa kansallinen hätätila yleisen järjestyksen ja turvallisuuden palauttamiseksi yhteiskunnallisten levottomuuksien vallitessa. Tähän menettelyyn turvauduttiin Weimarin Saksassa kahdesti, vuosina 1919–1924 ja 1930–1932, sekä Berliinin valtiopäivätalon palon jälkeen helmikuussa 1933. Tuori, "Carl Schmitt ja vastavallankumouksen teoria", s. 15–16; Medina, "Decisionist Philosophy of Law", s. 185.

¹⁴ Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, s. 22–24; Medina, "Decisionist Philosophy of Law", s. 184.

¹⁵ Medina, "Decisionist Philosophy of Law", s. 184.

teiskuntateorian painopiste on yhtä kaikki ollut valtiosääntöoikeuden kysymyksissä ja etenkin oikeudellisen suvereniteetin määrittelyssä, ei varsinaisesti tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisen ratkaisuharkinnan analyysissä.

Suomalaisessa viimeaikaisessa oikeuskirjallisuudessa ajatus aidosti tilannesidonnaisesta, kasuistisesta eli *ad hoc* -tyyppisestä oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta ei tavallisesti ole tukeutunut ainakaan tietoisesti saksalaisen vapaa-oikeuskoulun ideologiaan tai Carl Schmittin desisionistiseen oikeuskäsitykseen, eikä amerikkalainen oikeusrealismikaan ole vaikuttanut suomalaiseen oikeusajatteluun kuin enintään välillisesti. Suomalaisen tilannesidonnaisen oikeusajattelun teoreettiset sitoumukset viittaavat yhtäältä Martti Koskenniemen väitöskirjansa *From Apology to Utopia* loppujaksossa omaksumaan kriittiseen oikeus- ja yhteiskuntateoriaan, joka saa yllättäen 'pelastaa' kansainvälisen oikeuden argumentaation hänen edellä samassa teoksessa toteuttamaltaan dekonstruktiviiselta totaalkritiikiltä, sekä toisaalta sopimusoikeudellista kohutuullistamista, varallisuusoikeudellista ratkaisuharkintaa ja yleisesti oikeuslähteoppia jäsentäviin kontekstuaalisiin tekijöihin, joita Juha Pöyhönen (myöh. Karhu) on tuotannossaan käsitellyt.¹⁶

Thomas Wilhelmssonin 2000-luvun sosiaalisen siviilioikeuden kirjoituksissa on esitetty tietoinen pyrkimys *pienten hyvien vastuukertomusten* toteuttamiseen.¹⁷ En ole lukenut tätä sosiaalisen siviilioikeuden myöhempää vaihetta aidosti tilannesidonnaisen oikeudellisen kontekstualismin traditioon, koska Wilhelmssonin pienten hyvien vastuukertomusten taustalla vaikuttaa edelleen *hyvinvointivaltiollinen* Suuri Kertomus määrättyjen oikeudellisten ja yhteiskunnallisten tavoitteiden, kuten heikomman sopijapuolen erityisintressien suojelun, oikeudenmukaisen yhteiskunnallisen riskiallokaation sekä niukkojen aineellisten resurssien maltillisen uudelleenjaon toteuttamisesta yhteiskunnassa. Kyse ei ole sen vuoksi aidosti tilannesidonnaisesta eli institutionaalisista ja yhteisöllisistä metanarratiiveista irtautuneesta ratkaisuharkinnasta. Se, mikä tekee Wilhelmssonin analysoimista pienistä vastuukertomuksista *hyviä* kertomuksia oikeudesta ja yhteiskunnasta, on toisin sanoen niiden edellytetty liittyvä hyvinvointivaltiolliseen yhteiskuntaideologiaan ja metakontekstiin.

Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit toteuttavat määritelmänsä mukaisesti aidosti tilannesidonnaista oikeudellista ratkaisuharkintaa, jollei oikeusperiaatteiden välille ole vahvistettu vähintäänkin heikosti systeemistä etusijajärjestystä esimerkiksi ihmis- ja perusoikeuksia tukevien oikeusperiaatteiden muihin mahdollisiin oikeusperiaatteisiin nähden nauttiman suhteellisen etusijan merkityksessä. Lisäksi ihmiselämää ja terveyttä suojaavilla ihmis- ja perusoikeuksilla on käsitykseni mukaan ehdoton syste-

¹⁶ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*; sama, *Uusi varallisuusoikeus*; Karhu (ent. Pöyhönen), "Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi".

¹⁷ Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 193 *et seq.*

minen etusija suhteessa muihin ihmis- ja perusoikeuksiin, kuten hyvinvointivaltioollisiin TSS (+ O) -oikeuksiin sekä globaalin vastuuyhteiskunnan aidosti kollektiivisiin, yhteisöllis-kulttuurisiin oikeuksiin.¹⁸ Jos Juha Pöyhösen *Sopimus oikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* -kirjassa toteuttama sopimus-oikeuden analyysi omaksutaan oikeudellisen analyysin perustaksi, yhteisöllisellä kohtuusperiaatteella on sopimus-oikeudessa vähintään heikko systeeminen etusija suhteessa muihin sopimus-oikeutta jäsentäviin oikeusperiaatteisiin, kuten tahtoperiaatteeseen ja perustellun luottamuksen suojan periaatteeseen, koska yhteisöllinen kohtuusperiaate voi Pöyhösen mukaan saada saman painoarvon tuomarin ratkaisuharkinnassa kuin kaksi muuta periaatetta eli sopimus-oikeudellinen tahtoperiaate ja luottamuksensuoja yhteensä. Kyse ei siis ole aidosti tilannesidonnaisesta oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta, joka olisi täydellisesti irrotettavissa vallitsevista oikeudellisista ja yhteiskunnallisista metanaratiiveista, vaikka Pöyhönen antaakin sopimus-oikeudellisille tulkinta- ja ratkaisuperusteille totutusta poikkeavan tulkinnan kohtuusperiaatteen ensisijaisuuden tunnustavalla tavalla.

12.3 DEKONSTRUKTIO JA 'KRIITTISEN TEORIAN PALUU' KANSAINVÄLISESSÄ OIKEUDESSA

Martti Koskenniemen väitöskirjan *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* keskeisteesin mukaan kansainvälisen oikeuden rajaamassa tulkinta- ja perustelukontekstissa hyödynnetty oikeudellinen argumentaatio osoittautuu keskenään tasavahvojen tai, ehkä oikeammin, yhtä heikkojen argumenttien kokonaisuudeksi, joiden avulla vaikeat oikeudelliset ongelmat eivät ole ratkaistavissa: *non liquet!* Esimerkiksi valtion suvereniteettiin tukeutuva argumentti soveltuu täsmälleen yhtä hyvin – ja samalla täsmälleen yhtä heikosti – täysin vastakkaisten kantojen tueksi, eikä ratkaisua oikeudelliseen ongelmaan ole Koskenniemen mukaan löydettävissä aidosti kansainvälis-oikeudellisten argumenttien avulla. Esimerkiksi *Right of Passage* (1960) -tapauksessa kumpikin jutun osapuolista, Portugali ja Intia, vetosivat suvereniteettiperiaatteeseen oman oikeudellisen vaateensa perusteluna.¹⁹ Samoin *Nuclear Tests* (1974) -tapauksessa molemmat jutun osapuolista eli yhtäältä Ranskan ydinkokeita vastustaneet Australia ja Uusi-Seelanti sekä toisaalta ydinkokeita Mururoan atolleilla toteuttanut Ranska vetosivat yhtäläisesti suvereniteettiperiaatteeseen oman kantansa perusteluna.²⁰

¹⁸ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 670–682.

¹⁹ Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, s. 208.

²⁰ Koskenniemi, mts. 212–213.

Jokseenkin yllättäen kirjan päätösluvussa "Beyond Objectivism" edellä taiten *dekonstruoitu* eli keskenään ristiriitaisten ja määritelmällisesti ratkeamattomien käsitteellisten dikotomioiden ja oppirakennelmien kokonaisuudeksi osoittautunut kansainvälisoikeudellinen argumentaatio kuitenkin 'pelastetaan' ja kriittinen oikeus- ja yhteiskuntateoria elvytetään tilannesidonnaisen, 'pieni-muotoisen' normatiivisuuden (engl.: *being normative in the small*),²¹ metodisen ja tavanomaiset tieteenalarajat ylittävän diskursiivisen avoimuuden,²² tutkijan omakohtaisen yhteiskunnallisen sitoutumisen ja eettisen vastuunottamisen (engl.: *authentic commitment & integrity as a lawyer*) sekä kontekstuaalisen oikeudenmukaisuuden (engl.: *contextual justice*) toteuttamisen avulla, jolloin kansainvälisoikeudellista ongelmaa arvioiva juristi joutuu hylkäämään perinteisen oikeudellisen ammatillisen itseymmärryksensä ja määrittelemään kantansa käsillä olevaan ratkaisutilanteeseen ilman totuttuja oikeudellisia apuvälineitä.²³

Tavanomaiset oikeudelliset *metanarratiivit* – kuten valtiollinen suvereenisuus, velvoittavat oikeuslähteet tai kansainvälisessä oikeudessa vakiintuneet yleiset oikeusperiaatteet – on nyt hylättävä tilannesidonnaisen ratkaisuharkinnan hyväksi, missä yhteiskunnalliset, poliittiset tai moraaliset ratkaisuperusteet saavat etusijan. Lopputuloksena on eräänlainen Hans Kelsenin puhtaalle oikeusopille käänteinen *epäpuhdas oikeusoppi*, missä tavanomaiset yleistettävissä olevat juridiset ratkaisuargumentit torjutaan samalla, kun erilaisiin poliittisiin käytäntöihin, kriittisen yhteiskuntateorian mukaiseen yhteisölliseen oi-

²¹ "Rather than be normative in the whole (and be vulnerable to the objections of apologetism-utopianism) he [i.e. the international lawyer] should be *normative in the small*. He can attempt, to the best of his capability, to isolate the issues which are significant in conflict, assess them with an impartial mind and offer a solution which seems best to fulfil the demands of the critical programme, as outlined in the previous section. In this way, he can fulfil his *authentic commitment*, his *integrity as a lawyer*." Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, s. 496–497 (kursivoinnit lisätty).

²² "For issues of *ad hoc* justice are both difficult to solve and can never be solved with the kind of certainty lawyers once hoped to attain. Their solution in a justifiable way requires entering intellectual realms formerly held prohibited from the lawyer. (...) this involves venturing into history, economics and sociology, on the one hand, and politics on the other. It involves the isolation and appreciation of what is significant in the particular case – in other words, realizing whatever authentic commitment there might exist for the parties in conflict. This is a task of practical reason. If my formulation of it seems question-begging and *leaves open the 'method'* whereby it should be conducted, this is only because *no such given 'method' can be outlined in the abstract* which would fulfil what is reasonable in some particular circumstance." Koskeniemi, mts. 497 (kursivoinnit lisätty).

²³ "Engaging in practical reasoning, the lawyer shall have to recognize that solving normative problems in a justifiable way requires, besides impartiality and commitment, also wide knowledge of social causality and of political value and, above all, capacity to imagine alternative forms of social organization to cope with conflict. It shall lead him to overstep the boundaries between practice and doctrine, doctrine and theory. The construction of *contextual justice* will demand an imaginative effort to *rethink the contexts* in which traditional roles have been formulated and in which their social effects have remained so unsatisfactory. The rethinking of contexts, again, makes it possible to imagine alternative social routines both for the lawyer and his 'clients' while the very dynamism of the process *excludes claims of objectivity and universal normative truth*." Koskeniemi, mts. 498 (kursivoinnit lisätty).

keudenmukaisuuteen tai ratkaisijan omakohtaisiin eettisiin sitoumuksiin liittyvät ratkaisuperusteet hyväksytään ratkaisun normatiiviseksi perustaksi. Koskenniemi ei ole kuitenkaan palannut tilannesidonnaisen yhteisöllisen oikeudenmukaisuuden ja juristin autenttisen sitoutumisen tematiikkaan myöhemmässä tuotannossaan, joten teorian käytännön sovellutukset jäävät paljolti arvailujen varaan.

Entä onnistuuko Koskenniemen ehdottama uudenlainen tulkinnallinen lähestymistapa oikeuteen väistämään ne metodiopillisen dekonstruktion ansat, joihin perinteinen oikeudellinen argumentaatio kirjoittajan mukaan vääjäämättä lankesi? Eikö Koskenniemen ehdottama kriittisen oikeus- ja yhteiskunta-teorian mukainen visio yhteiskunnasta ilman yleisesti velvoittavia oikeussääntöjä ole täsmälleen yhtä haavoittuva kirjoittajan itsensä ja Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -koulun edustamalle metodiselle dekonstruktiolle kuin perinteinen kansainvälinen oikeus, jonka Koskenniemi otti edellä oman dekonstruktii-visen metodinsa kohteeksi? Koskenniemen myöhemmässä teoksessa *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960* loppuratkaisuna esitetään toiveikas paluu *kulttuuriseen formalismiin*, joka kirjoittajan mukaan ei eroa Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* formalismista muutoin kuin enintään (postmodernin) ironisen asenteensa puolesta,²⁴ mutta miten *tämä* tutkijanpositio voisi välttää *From Apology to Utopia* -teoksen perusteleman metodisen dekonstruktion uhan?

Nähdäkseni Koskenniemen kaksi teosta muodostavat yhdessä päättymättömän argumentaation kehän, missä *From Apology to Utopia* toistuvasti purkaa ja hajottaa sitä oikeudellista formalismia, johon *The Gentle Civilizer of Nations* toiveikkaasti päättyy, ja *The Gentle Civilizer of Nations* puolestaan julistaa ikuista paluuta samaiseen oikeudelliseen formalismiin, jonka *From Apology to Utopia* jo osoitti katteettomaksi. Vain *From Apology to Utopia* -teoksen epäus-kottava loppuratkaisu, jossa tilannesidonnainen, eettisesti sitoutunut ratkaisuharkinta saa 'pelastaa' kriittisen yhteiskuntateorian dekonstruktion uhalta antiikin Kreikan tragedian pakotetun *deus ex machina* -tyyppisen loppuratkaisun tavoin, rikkoo Koskenniemen päättelyn kehän. Se on kuitenkin yhtä avoin sekä *From Apology to Utopia* -teoksen *dekonstruktiiviselle* että *The Gentle Civilizer of Nations* -teoksen *formalistiselle* eli *rekonstruktiiviselle* kritiikille.

²⁴ Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, s. 494–509 ja etenkin s. 503–504 ja 508–509. Koskenniemi oli johtamani tutkijaseminaarin vierasana 6.11.2002 ja vastasi joukkoon ennalta valmisteltuja kysymyksiä, joita kansainvälisen oikeuden tutkijat Päivi Leino, Anja Lindroos ja Jarna Petman hänelle esittivät. Kysymys – ja Koskenniemen vastaus – kulttuurisen formalismin suhteesta Kelsenin puhtaan oikeusopin ajatteleen tuli esille tuossa yhteydessä.

12.4 VARALLISUUSOIKEUDEN TILANNESIDONNAINEN ANALYTIikka

Teoksessaan *Uusi varallisuus oikeus* Juha Pöyhönen tarkastelee modernia varallisuus oikeudetta perusoikeuslähtöisestä näkökulmasta käsin. Pöyhösen analyysi etenee yleisestä erityiseen ja abstraktista konkreettiseen: (1) vallitsevan perusoikeusjärjestelmän sisäisistä, *horisontaalisista sidosperiaatteista* eli vastavuoroisuus-, suhteellisuus- ja yhdenvertaisuusperiaatteesta,²⁵ (2) varallisuus oikeusnormiston *aineellisten soveltamisreunaehtojen* eli hyvän tavan vastaisuuden kiellon, kohtuuttomien sopimussuhteiden voimaansaattamisen kiellon sekä oikeuden väärinkäytön kiellon²⁶ ja (3) varallisuus oikeuden *yleisten periaatteiden* eli varautumis-, luottamuksensuoja- ja avoimuusperiaatteen²⁷ kautta (4) varallisuus oikeudellisen *soveltamisharkinnan* kontekstisidonnaisiin *rakennaelementteihin* oikeudellisen ja yhteiskunnallisen toimintaympäristön, kokonaisjärjestelyn, intressitahon ja riskiposition merkityksessä.²⁸

Lisäksi Pöyhönen erottaa modernissa oikeudessa neljä keskeistä muutostekijää: *sosiaalistumisen, markkinaistumisen, ekologisoitumisen* sekä *informatisointumisen*.²⁹ Näillä hän viittaa sosiaalisen siviilioikeuden, oikeustaloustieteen, oikeusekologian ja oikeusinformatiikan edellyttämiin erityisiin oikeudellisiin näkökulmiin heikomman osapuolen suojelun (= sosiaalinen siviilioikeus), taloudellisen kustannustehokkuuden (= oikeustaloustiede), ympäristöarvojen suojelun (= oikeusekologia) ja uuden informaatioteknologian (= oikeusinformatiikka) merkityksessä. Valtiosääntöoikeudellinen *perusoikeusnäkökulma* on tavallaan viides keskeinen muutostekijä, jonka varaan Pöyhönen oman tarkastelutapansa viime kädessä perustaa. Hieman yllättäen kansallisten oikeusjärjestysten rajat ylittävä globalisaatio, yleiseurooppalainen oikeudellinen ja taloudellinen integraatio sekä vastaavat oikeudelliset *kansainvälistymistendenssit* eivät lukeudu Pöyhösen oikeudellisten muutostekijöiden joukkoon, vaikka hänen kiistanalainen teesinsä toimivien markkinoiden perusoikeusluonteisuudesta edellyttäisi juuri senkaltaista päättelyn premissiä.³⁰ Kirja päättyy ideaan *tilanneherkstä* eli aidosti kontekstisidonnaisesta oikeudesta ja oikeustieteestä, joka saa syrjäyttää Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin edustaman systeemisidonnaisen ja formaalin oikeuskäsityksen.

Analyyysin lopputuloksena on samalla kertaa *analyttinen* ja *kontekstuaalinen* eli, kirjoittajan termein, *tilanneherkkä* malli varallisuus oikeudesta eli omis-

²⁵ Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 72–81.

²⁶ Pöyhönen, mts. 86–109.

²⁷ Pöyhönen, mts. 109–134.

²⁸ Pöyhönen, mts. 159–184.

²⁹ Pöyhönen, mts. 20–23.

³⁰ Pöyhönen, mts. 82–84; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 677–678.

tusoikeutta, sopimusoikeutta ja vahingonkorvausoikeutta koskevien oikeussääntöjen systematisoinnista ja tulkinnasta sekä oikeusperiaatteiden punninnasta ja keskinäisestä tasapainottamisesta. Pöyhönen sitoutuu vahvasti perusoikeuskeskeiseen laintulkintaoppiin, joka mieltää vallitsevan perusoikeusjärjestelmän käsittämät perusoikeudet lähtökohtaisesti tilannesidonnaista punnintaa ja tasapainottamista edellyttäviksi oikeusperiaatteiksi, mutta teoksen metodinen jäsenitys on muutoin pikemminkin analyttisen lähestymistavan mukainen. Jännite yhtäältä analyttisen ja toisaalta kontekstuaalisen lähestymistavan välillä jää lopulta ratkaisematta, vaikka kirjoittajan omat painotukset ovatkin lähempänä kontekstuaalista tilanneherkkyyttä kuin analyttisen oikeustieteen mukaista ajatusta puhtaasti teknisten apukäsitteiden avulla toteutetusta oikeudellisesta systematiikasta.³¹

Pöyhönen jäsentää varallisuus oikeudellista ratkaisuharkintaa neljän rakenelementin eli oikeudellisen toimintaympäristön, kokonaisjärjestelyn, intressitahon ja riskiposition avulla.³²

Toimintaympäristö viittaa varallisuus oikeudellisen normiston yhteiseen yhteiskunnalliseen taustaan eli niihin vakiintuneisiin yhteisöllisiin toimintatapoihin ja konventioihin, jotka sanotunlaista yhteisöllistä toimintaa määrittävät. Toimintaympäristön perusteella määritetään se, mikä katsotaan alalla vakiintuneeksi, normaaliksi tai tavanomaiseksi toiminnaksi esimerkiksi taloudellisen vaihdannan saamien muotojen tai esineen hyväksyttävän käytön merkityksessä. Toimintaympäristön merkitys näkyy siinä, että oikeudellisen analyysin lähtökohtana tulee olla tarkasteltavana olevan oikeudellisen instituution tyypilliset tai tavanomaiset käyttötavat sanotussa tulkinta- ja merkityskontekstissa, eikä oikeudellista instituutiota ole lupa tarkastella vain abstraktina oikeusnormien kokonaisuutena. Samalla oikeudellisen analyysin tilannesidonnaisuus merkittävästi lisääntyy.³³

Kokonaisjärjestely sitoo joukon oikeudellisesti merkityksellisiä yksittäistapahtumia ajatuksellisesti yhteen. Pöyhösen oma esimerkki oikeudellisesta kokonaisjärjestelystä on kokonaisharkintaa edellyttävä *projekti* monimuotoisten oikeudellisten sopimusjärjestelyjen kokonaisuutena. Projekti eli yhteishanke

³¹ Olen tarkastellut Pöyhösen sitoutumista vallitsevaan perusoikeusjärjestelmään ja perusoikeuskeskeiseen käsitykseen laintulkinnasta myös teoksessani Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 670–682. – Vrt. myös Aarnio, ”Uusi varallisuus oikeus – vai vanha”, missä Aarnio tarkastelee Pöyhösen teoriaa perinteistä analyttistä oikeuskäsitystä vasten.

³² Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 159–186.

³³ Pöyhönen, mts. 160–161, 162–169. – ”Kun tarkastelun painopiste siirtyy soveltuvien normien löytämisestä normin soveltamisen ongelmiin, juridisessa harkinnassa korostuu harkinnan tilannekohtaisuus. Kontekstia tarvitaan sen varmistamiseksi, että oikeusnormien soveltaminen on paikallaan ja asianmukaista. (...) Painopisteen siirtyminen tilannekohtaisuuteen ei siten poista normeja koskevia voimassaolo- ja oikeuslähdeopillisia kysymyksiä. Sen sijaan tilannekohtaistuminen merkitsee lainopin ongelmanratkaisuvoiman uudelleen kohdentamista.” Pöyhönen, mts. 161.

saa nyt korvata irtaimen esineen kaupan, jota tavallisesti on käytetty sopimuksen prototyyppinä eli sopimusoikeudellisen analyysin lähtökohtana pistemäisen eli sopimusehdoiltaan tietyllä hetkellä lopullisesti sovittavan oikeustoimen merkityksessä. Kokonaisjärjestelyyn perustuvan oikeudellisen analyysin ideaana on arvioida määrättyä (varallisuus)oikeudellista ilmiötä vasten laajempaa merkitysyhteyttä yksittäisten ja erillisten oikeussuhteiden abstraktin erittelyn sijaan.³⁴ Kokonaisjärjestely ajatuksellisenä tulkinta- ja merkitysyhteytenä rinnastuu Hans Kelsenin ja Alf Rossin oikeusajattelun keskeiskäsitteeseen *tulkinta-avain* eli *tulkintaskeema* (saks.: *Deutungschema*; tansk.: *tydningsskema*),³⁵ jonka avulla erilaiset yhteiskunnalliset ilmiöt ovat oikeudellisesti konstituoitavissa. Pöyhösen tarkastelutapa on kuitenkin holistisempi ja 'sosiologisempi', yhteiskunnan taloudellisen metalogiikan ohjaamat käytännöt paremmin huomioon ottava kuin Kelsenin tai Rossin suhteessa juridisempi tulkintaskeeman määrittely.

Intressitaho viittaa oikeudellisessa kokonaisjärjestelyssä mukana oleviin toimijoihin näiden muodollis-juridisesta asemasta riippumatta. Esimerkiksi velan takaaja on aina osa toteutettua rahoitus- ja vakuuskokonaisjärjestelyä siitä riippumatta, mikä hänen muodollis-juridinen asemansa siinä on. Intressitahon kriteerit ovat Pöyhösellä aineellis-oikeudelliset perinteisen muodollis-juridisen asianosaisaseman määrittelyn sijaan. Kirjoittajan tavoitteena on tältäkin osin oikeudelliseen kokonaisharkintaan pyrkiminen.³⁶

Riskipositio on Pöyhösen vastine perinteisen analyttisen oikeustieteen hyödyntämälle oikeusaseman käsitteelle. Termi "oikeusasema" viittaa analyttisen oikeustieteen kirjoituksissa esimerkiksi omistajan tai perillisen henkilösuhteina määriteltyjen tietynhetkisten oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuuteen. Riskipositio viittaa puolestaan määrätyn oikeudellisen kokonaisjärjestelyn käsitteisiin oikeussuhteisiin kunkin intressitahon juridisen vastuuaseman määrittämisen merkityksessä. Riskipositio kiinnittyy toisin sanoen oikeudellisiin suojaakeinoihin, joita kullakin kokonaisjärjestelyn intressitaholla on käytettävissään siltä varalta, että tarkastelun kohteena oleva yhteishanke joko onnistuu tai epäonnistuu.³⁷

Yhteisöllisiin käytäntöihin kiinnittyvän toimintaympäristön, oikeudellisen kokonaisjärjestelyn, laaja-alaisesti määritellyn eri intressitahojen piirin ja oikeudellisen riskiposition avulla jäsennetty oikeudellinen ratkaisuharkinta

³⁴ Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, s. 169–173.

³⁵ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 *et seq.*

³⁶ Pöyhönen, mts. 173.

³⁷ "Riskipositiossa on kysymys hahmotuksesta, jossa vastuusuhteiden juridinen tarkastelu perustuu sille, millä tavoin osapuolet ovat määrittäneet keskinäiset asemansa yhteisen hankkeen onnistumisen ja epäonnistumisen varalta. Varallisuus-oikeudellista tilannetta katsotaan – oikeastaan jatkuvasti uudelleen päivittäen – tietyistä vaiheesta, sen alusta, eteenpäin, kohti mahdollisia tulevaisuuden tilanteita." Pöyhönen, mts. 178.

johtaa varallisuus oikeudellisen päätöksenteon kontekstuaalisten eli tilannesidonnaisten piirteiden korostumiseen. Lopputuloksena on Pöyhösen *presumptiivinen kontekstualismi*, joka yhdistää oikeudellisen ratkaisuharkinnan lähtökohdaisesti keskenään ristiriitaiset osatekijät eli yhtäältä normatiiviset eli oikeudellisesti yleistettävissä olevat sekä toisaalta kontekstuaaliset eli aidosti tilannesidonnaiset piirteet keskenään:³⁸

”Normien muodollisesta pätevyydestä seuraavaa velvoittavuutta ei tule asettaa ratkaisuharkinnan lähtökohdaksi, vaan soveltuvat normit on etsittävä ja määritettävä sen mukaan, mikä soveltamisessa havaitaan *asianmukaiseksi* (Natur der Sache). Toisaalta puhtaammasta tapauskohtaisuudesta presumptiivisen kontekstualismin erottaa se, että jokainen tapaus on silti pyrittävä ratkaisemaan pitämällä silmällä sen juridisesti tyyppillisiä piirteitä.”

Oikeudelliseen fenomenologiaan viittaava *asianmukaisuus* ja oikeudellisesti tyyppilliset piirteet muodostavat Pöyhösen mukaan presumptiivisen kontekstualismin osatekijät. Tämä johtaa oikeudelliseen tilannetajuun, joka kirjoittajan runollisin termein ”kasvaa sisällöllisesti esiin perusoikeustietoisuudesta”.³⁹ Toisaalta analyysi kiinnittyy Pöyhösen edellä hahmottamiin aidosti tilannesidonnaisen varallisuus oikeudellisen ratkaisuharkinnan elementteihin yhteiskunnallisen toimintaympäristön, oikeudellisen kokonaisjärjestelyn, perinteistä analyttistä jäsenystä laajemman intressitahojen piirin sekä oikeudellisen riskiposition merkityksessä. Lisäksi Pöyhönen hahmottaa oikeudellista ratkaisutilannetta suhteessa sopimusoikeudellisen järjestelyn tyyppitapaukseksi nyt korotettuun *projektiin* aiemman sopimusoikeudellisen tyyppitapauksen eli irtaimen esineen kaupan sijaan. ”Variaation mahdollisuudet ja joustavuus, tai varallisuus oikeudellinen oikeudenmukaisuus ja kohtuus, tulevat mahdollisiksi näissä puitteissa”, kirjoittaja toteaa.⁴⁰ Pöyhösen tilanneherkkä juridiikka tarkoittaa paluuta Aristoteleen topiikkaan ja retoriikkaan, jolloin varallisuus oikeuden painopiste siirtyy kirjoittajan sanoin ”tiedosta tahdon ja oikeasta hyvän suuntaan”.⁴¹ Pöyhönen ei ole kuitenkaan valmis sitoutumaan Chaïm Perelmanin oikeudellisen uusretoriikan mukaiseen puhujan mielessään hahmottamaan universaaliauditorioon tai Aulis Aarnion oikeudellisen argumentaatioteorian objektiivisemmin määriteltynä ideaaliseen kohdeauditorioon oikeudellisen päätelyn vakioituna ajatuksellisenä referenssinä.

Kun Pöyhönen liittää tilanneherkän varallisuus oikeudellisen analyysinsä läheisesti erilaisten vakiintuneiden yhteisöllisten käytäntöjen yhteyteen oikeudel-

³⁸ Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 199 (kursivointi lisätty); vrt. myös mts. 198–201.

³⁹ Pöyhönen, mts. 199.

⁴⁰ Pöyhönen, mts. 200.

⁴¹ Pöyhönen, mts. 200–201.

lis-taloudellisen toimintaympäristön ja kokonaisjärjestelyn merkityksessä, tuomarin varallisuus oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa noudatettavat kriteerit lähtevät taloudellisten toimijoiden omaa yhteisöllistä itseymmärrystä. Pöyhösen malli antaa näin käsitteellisen etusijan eräänlaiselle taloudellisen vaihdantatoiminnan yhteisölliselle *itesääntelylle* tuomioistuinten ja muiden viranomaisten edustaman ensisijaisesti institutionaalisen oikeuskäsityksen sijaan. Taloudellista vaihdantaa määrittävät yhteisölliset ja omaehtoiset kriteerit eivät välttämättä ole samat, joihin tuomarit ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat omassa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassaan sitoutuneet.

12.5 ”PERUSTELTUA LAINKÄYTTÖÄ ILMAN OIKEUSLÄHDEOPPIA?”

Juha Karhu (ent. Pöyhönen) on arvioinut presumptiivista kontekstualismia ja oikeuslähteiden *polysentriaa* myös kirjoituksessaan ”Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi”.⁴² Karhu pyrkii siinä ”perusteltuun lainkäyttöön ilman oikeuslähdeoppia”,⁴³ jota vallitsevan perusoikeusjärjestelmän mukaiset perusoikeudet sekä fenomenologinen tai luonnonoikeudellinen asian luonto (saks.: *Natur der Sache*), reaaliset argumentit ja asianmukaisuus saavat jäsentää esimerkiksi Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin oikeuslähdeopin kiinteiden kategorioiden sijaan. Erilaisista perusoikeuksista Karhu painottaa etenkin kollektiivisia hyviä suojaavia perusoikeuksia, kuten erityistä ”ympäristöperusoikeutta”.⁴⁴ Perusoikeusliittymän osalta Karhu rinnastaa tuomarin oikeudellisen päätöksenteon eduskunnan perustuslakivaliokunnan hyödyntämään perusoikeusargumentaatioon.⁴⁵ Karhu ei jostain syystä suhteuta oikeuslähdeoppiaan lainkaan omaan institutionaaliseen (ja yhteisölliseen) oikeuslähdeopin kokonaisesitykseeni, jonka perustelin edellä *Oikeustieteen tieteenteoria* -teoksessani.⁴⁶

Voimassa olevan perustuslain tunnustamia perusoikeuksia lukuun ottamatta Karhun ehdottama oikeuslähdeoppi sivuuttaa kaikki *institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet*, joilla vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian perusteella on oikeudellista ratkaisuarvoa eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus: yhteisöoikeudelli-

⁴² Karhu, ”Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi”, s. 803–807.

⁴³ Karhu, mas. 800–803. Vrt. myös mas. 789, missä Karhu pohtii kysymystä, voitaisiinko ”erityisestä ja erillisestä oikeuslähdeopista lainkäytön laatuarvioinnissa” kokonaan luopua. Karhun oma vastaus tähän on siis myönteinen: vain perusoikeudet ja reaaliset argumentit saavat vaikuttaa tuomarin ratkaisuharkintaan, jos Karhun presumptiivinen kontekstualismi hyväksytään.

⁴⁴ Karhu, mas. 804; Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 82.

⁴⁵ Karhu, mas. 805–807.

⁴⁶ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 189–323.

nen ja kansallinen lainsäädäntö (pois lukien voimassa olevan perustuslain perusoikeussäännökset, joiden oikeudellisen ratkaisuarvon Karhu siis tunnustaa), virallinen lainvalmisteluaineisto, kansalliset prejudikaatit sekä muut tuomioistuinja- ja viranomaisratkaisut, joilla on oikeudellista prejudikaattiarvoa eli vastaista oikeudenkäyttöä yhtenäistävää ja ohjaavaa vaikutusta, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö, vakiintuneet tavanomaisoikeudelliset käytännöt, sopimusperustaiset vastuunjakoperusteet ja muut yhteisölliset käytännöt sekä mahdolliset muut institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, joille institutionaalinen tulkintaideologia eli vallitseva lainsäädäntöideologia, kollektiivinen tuomarinideologia tai yhteisöllinen oikeuskäsitys tai näiden tietynlainen yhdistelmä antaa oikeudellista merkitystä.

Karhun perustelema oikeuslähteopin malli edustaa, niin kuin hän asian ilmaisee, *perusteltua lainkäyttöä ilman oikeuslähteoppiä*,⁴⁷ joka sivuuttaa sekä institutionaalsiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt että vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa perusoikeuksien ja reaalisten argumenttien epätodennäköisen yhdistelmän hyväksi. Mutta mikä tekee Karhun oikeudellisen ratkaisuharkinnan mallista ylipäätään oikeudellisen? Nähdäkseni se ei täytä *oikeudellisen* perustelun vähimmäisvaatimusta ainakaan Aleksander Peczenikin edellyttämällä tavalla.⁴⁸

”Oikeuslähteet liittyvät sitä paitsi *käsitteeseen* ’oikeudellinen argumentaatio’. Ei voi hylätä samalla kertaa kaikkia tai lähes kaikkia oikeuslähteitä ja silti argumentoida *oikeudellisesti*.”

Kun tuomarin tai muun lainsoveltajan päätöksenteon sidonnaisuus oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan on Karhun tarkoittamalla tavalla katkaistu, kyse ei ole enää oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta.

Mielestäni Karhu jättää liian hätäiset jäähyväiset paitsi vallitsevan *institutionaalisen tulkintaideologian* jäsentämälle institutionaaliselle ja yhteisölliselle oikeuslähteopille myös Hans Kelsenin ja A. J. Merklin analysoimalle formaalille oikeusnormihierarkialle, joka on edelleen toimiva kuvaus kansallisen lainsäädännön sisäisestä rakenteesta ja ainakin osin myös Euroopan unionin lainsäädännön ja kansallisen lainsäädännön keskinäisestä suhteesta.⁴⁹ Perustuslaki

⁴⁷ Karhu, ”Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi”, s. 800–803. Tosin Pöyhönen laittaa ”perusteltua lainkäyttöä ilman oikeuslähteoppiä” -fraasin perään kysymysmerkin.

⁴⁸ ”Rättskällorna är dessutom relaterade till *begreppet* ’juridisk argumentation’. Det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem och ändå argumentera *juridiskt*.” Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226 (kursivoinnit Peczenikin; käännös allekirjoittaneen).

⁴⁹ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 284–300.

syRJäyttää kollisiotilanteessa ’tavallisen’ eduskuntalain, ja valtiopäiville koontuneen eduskunnan määrämuodossa säätämä laki syrjäyttää kollisiotilanteessa tasavallan presidentin tai valtioneuvoston antaman asetuksen perustuslain (11.6.1999/731) 106 ja 107 §:n tarkoittamalla tavalla. Lisäksi Euroopan unionin lainsäädäntö menee lähtökohtaisesti kansallisen oikeudellisen sääntelyn edelle Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamista ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön nojalla. Lainsäädännön oikeudellinen velvoittavuus voidaan perustella parlamentaarisen demokratiaperiaatteen avulla, ja prejudikaattien ja muun oikeuskäytännön taustalla vaikuttaa oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suoja. Lainsäädäntö sekä muut institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet velvoittavat yhä suomalaista tuomaria ja muuta viranomaista oikeuden institutionaalisten oikeuttamisperusteiden, kuten keskeisen *oikeusvaltioperiaatteen* nojalla, eikä Karhun radikaali ehdotus siirtymisestä oikeudenkäytössä presumptiiviseen kontekstualismiin tätä yhteiskunnallista tosiseikkaa muuksi muuta.⁵⁰

Säädännäisen oikeuden noudattamaa *staattista* oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa on kuitenkin täydennettävä muun muassa kansallisen prejudikaattiperustaisen oikeuden, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden kansalliseen oikeuteen ulottuvan prejudikaattivaikutuksen, yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ilmentämän erilaisen oikeudellisen (sääntely- ja) ratkaisulogiikan tarkoittamalla tavalla. Prejudikaattiperustainen oikeus samoin kuin vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit noudattavat *dynaamista* eli tilannesidonnaista oikeudellista (sääntely- ja) ratkaisulogiikkaa, joka ei ole ennalta tai edes jälkikäteen systemaattisesti vakioitavissa Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin jäsenyyksen edellyttämällä tavalla. Yksinomaiseksi kuvaukseksi Suomen voimassa olevasta oikeudesta ja sen tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä Karhun puhtaasti tilannesidonnaisesta mallista ei kuitenkaan ole, vaan yhtäältä staattinen ja toisaalta dynaaminen oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka lomittuvat edelleen toisiinsa esimerkiksi Suomen voimassa olevassa oikeudessa.⁵¹

⁵⁰ Oikeusvaltioperiaatteesta ja sen vaihtoehtoista institutionaalisen oikeuslähdeopin oikeuttamisperusteina, Siltala, mts. 224–246.

⁵¹ Palaan staattiseen ja dynaamaiseen oikeuslähdeoppiin alla luvussa 16 ”Miksi oikeus velvoittaa? Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti”.

12.6 TILANNESIDONNAISEN OIKEUDELLISEN RATKAISUHARKINNAN ARVIOINTIA

Radikaalisti tilannesidonnainen oikeudellinen ratkaisuharkinta irtautuu täydellisesti oikeuden institutionaalista ja yhteisöllisestä arvoperustasta sekä sitä tulkitsevista oikeudellisista metanarratiiveista ja jäsentää tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa puhtaasti *kontekstuaalisten* eli *ad hoc* -perustaisten oikeudenmukaisuusperusteiden avulla.

Martti Koskenniemen ja Juha Pöyhösen/Karhun edustama aidosti tilannesidonnainen oikeudellinen ratkaisuharkinta rajaa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan sitoutuneet *oikeussäännöt* ja *oikeusperiaatteet* tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovien, velvoittavien tai ohjaavien tulkinta- ja ratkaisuperusteiden ulkopuolelle. Samalla lakkaa myös institutionaalisen tulkintaideologian käsittämien oikeudellisten tulkintamallien vaikutus tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, jota oikeudellinen korrespondenssiteoria, oikeudellinen koherenssiteoria, oikeudellinen uusretoriikka, oikeudellinen eksegeesi, analyyttinen oikeusrealismi ja oikeudellinen konventionalismi ovat institutionaalisia ja yhteisöllisiä oikeuslähteitä eri tavoin painottaen jäsentäneet. Oikeudellista tulkintaa väitetyesti rajaavat loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemiset kriteerit, joihin oikeudellisen konseptualismin mukainen tulkintaformalismin on sitoutunut, radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi sivuuttaa katteettomana metafysiikkana.

Jos tuomarin oikeudellinen ratkaisuharkinta palautetaan säännönmukaisesti tilannesidonnaisten oikeusperiaatteiden punninnaksi, jollaisena Pöyhönen mielsi sopimuksen yksittäistapauksellisen kohtuullistamisen väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*,⁵² jos varallisuus-oikeudellinen ratkaisuharkinta hahmotetaan Pöyhösen *Uusi varallisuus-oikeus* -kirjassa esittelemän *presumptiivisen kontekstualismin* tarkoittamalla tavalla⁵³ tai jos suomalaisen tuomarin soveltama oikeuslähdeoppi jäsennetään Karhun ”Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi” -kirjoituksen tarkoittamalla tavalla yksinomaan reaalisten argumenttien sekä perus- ja ihmisoikeusargumenttien varaan,⁵⁴ menetetään ensin mainitussa tapauksessa institutionaaliin päätöksiin perustuvien *oikeussääntöjen* sekä kahdessa jälkimmäisessä tapauksessa myös yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien, muiden kuin varsinaisia ihmis- ja perusoikeuksia toteuttavien *oikeusperiaatteiden* merkitys tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa yhtenäistävänä ja vakauttavana tekijänä. Samoin Martti Koskenniemen Hans Kelsenin oikeusteorialle käänteinen *epäpuhdas oikeusoppi* sivuuttaa aidosti oikeudelliset argumentit muunlaisten eli lähinnä yhteiskunnallisten tai

⁵² Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, etenkin s. 311–316.

⁵³ Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, s. 198–201.

⁵⁴ Karhu, ”Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi”, s. 800–807.

moraalisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden hyväksi, jolloin sovellettavan ratkaisunormin yleistettävyyys ja liittymät oikeudelliseen metateoriaan samalla menetetään. Kun juristin omakohtaista vastuunottoa ilmentävät aidosti *ad hoc*-perustaiset oikeudenmukaisuuskriteerit eivät ole yleistettävissä tapauksesta toiseen tai ajallisesti vakioitavissa, ei yksinkertaisesti ole mitään yksittäisestä soveltamisratkaisusta irrotettavissa olevaa tulkintakriteeriä, jota vasten ratkaisun oikeellisuutta olisi mahdollista arvioida.

Institutionaalsiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden sijaan yhteiskunnallinen kontekstualismi antaa merkitystä erilaisille tilannesidonnaisille oikeudenmukaisuusnäkökohdille. Nämä voivat muistuttaa arvoperustaisia eli joko yhteisöllisiä tai uskonnollisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joille luonnonoikeusfilosofia on antanut merkitystä, mutta vaatimus tuomarin tai muun päätöksentekijän aidosti *ad hoc*-perustaisesta ratkaisuharkinnasta rajaa yhtä hyvin John Finnisin tar koittamat perushyvät tai perusarvot, Lon L. Fullerin oikeuden sisäisen moraalin ilmentymät, Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisällön kuin universaalit perus- ja ihmisoikeudet tuomarin tilannesidonnaisen yhteiskunnallisen ratkaisuharkinnan ulkopuolelle. Ratkaisun ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset, joita yhteiskunnallinen konsekventialismi on painottanut, voivat vaikuttaa radikaalin tilannesidonnaiseen oikeudelliseen ratkaisuharkintaan vain, jos määritelmällinen edellytys radikaalin tilannesidonnaisesta yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta samalla täyttyy. Yhteiskunnallisen pragmatismiin liittymät jonkinlaiseen yhtenäiseen metateoriaan esimerkiksi oikeuden taloustieteellisen analyysin tarkoittaman talousteorian eli taloudellisen kustannustehokkuuden, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin sekä optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation ja sosiaalisen riskinjoon merkityksessä rajautuvat tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnan ulkopuolelle, kun tavoitteena on radikaalisti tilannesidonnaisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden toteuttaminen.

13 Tulkintamallit, tulkintatilanteet ja ratkaisuideologiat

13.1 KYMMENEN TULKINTAFILOSOFIAA

Tulkintalauseen oikeellisuutta eli sen hyväksyttävyyttä ja perusteltavuutta on edellä lausutun valossa mahdollista arvioida kymmenen teoreettisilta lähtökohdiltaan varsin erilaisen, perinteisiin filosofisiin totuusteorioihin rinnastettavissa olevan *tulkintamallin* eli *tulkintafilosofian* avulla.

a) *Oikeudellinen korrespondenssiteoria* arvioi oikeudellista tulkintalauseetta oikeussäännössä määritellyn ja maailmassa toteutuneen asiantilan välisenä *rakenneyhtäläisenä* kuvasuhteena eli *isomorfiasuhteena*. Korrespondenssiteoria edellyttää yhtäältä vain mahdollisten asiantilojen sekä toisaalta toteutuneiden tosiasioiden varaan rakentuvaa ontologiaa, jollaista etenkin Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* edustaa.¹ Oikeudellisesti arvioiden korrespondenssiteorian käsittämät ratkaisutilanteet rajautuvat yksinomaan rutiiniluonteisiin soveltamistilanteisiin, joten oikeussääntöjen tulkintaa tai oikeusperiaatteiden punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista edellyttävät ratkaisutilanteet rajautuvat määritelmällisesti oikeudellisen korrespondenssiteorian ulkopuolelle. Kun korrespondenssiteorian premissien alaisuudessa jutun faktapremissit saavat korostuneen merkityksen, erilaiset institutionaaliset tai yhteisölliset oikeuslähteet saavat merkitystä tuomarin ratkaisuharkinnassa vain käsillä olevan tapauksen arvioimisen kannalta merkityksellisten oikeustositseikkojen rajaamisessa. Oikeussäännön tarkoittamien oikeusseuraamusten määrittäminen katsotaan riidattomaksi edellytetyn isomorfia- eli kuvasuhteen vallitessa. Oikeussääntö saattaa kuitenkin jättää soveltajalleen harkinnanvaraa esimerkiksi rangaistuslajin valinnan tai määrätyn rangaistusasteikon rajojen sisällä tuomittavan rangaistuksen suhteen. Jos myös oikeussäännön määrittelmä oikeusseuraamus on riidaton, käytn edellä Makkosen kielenkäytöstä poikkeavaa termiä *ankara* eli *ehdoton* isomorfiasuhde.

b) *Oikeudellinen koherenssiteoria* pitää ratkaisevana institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä asianmukaisesti johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäistä yhteensopivuutta eli koherenssia, kun arvioitavana on yksittäisen oikeudellisen tulkintalauseen oikeellisuus. Nyt myös aidosti oikeudellista tulkintaa edellyttävät oikeuskysymykset tulevat

¹ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 1.13 (s. 30/31): ”Die Tatsachen im logischen Raum sind die Welt.”

tarkastelun kohteeksi, eikä analyysi rajoitu vain rutiiniluonteisten tapausten isomorfiasuhteen vahvistamiseen niin kuin oikeudellisen korrespondenssiteorian alaisuudessa. Oikeudellinen koherenssiteoria kiinnittyy institutionaaliin ja kirjallisessa muodossa ilmaistuihin yhteisöllisiin oikeuslähteisiin, siivuttaen ainakin valtaosin oikeudellisen korrespondenssiteorian korostamat oikeudellisen näyttöiharkinnan kysymykset. Vaatimus institutionaalisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeuslauseiden sisäisestä koherenssista osoittautui edellä pulmalliseksi.

Perustelin Aleksander Peczenikin ja Robert Alexyn oikeudelliset koherenssikriteerit kvantifioineesta kannasta poikkeavan käsityksen, jonka mukaan oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden joukko on koherentti, jos se toteuttaa vaatimuksen (a) *loogis-käsitteellisestä ristiriidattomuudesta*, (b) *propositio-naalisesta kongruenssista* eli oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisestä yhteensopivuudesta, (c) *aksiologis-normatiivisesta yhteensopivuudesta* eli oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden, vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden sekä institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen keskinäisestä yhdenmukaisuudesta sekä (d) *historiallis-narratiivisesta johdonmukaisuudesta*.

c) *Oikeudellinen uusretoriikka* kiinnittää oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerit yhteisöllisen konsensusteorian tarkoittamalla tavalla *yhteisölliseen hyväksyntään* eli tulkinnan vastaanottoon ideaalisesti määritellyssä kohdeauditoriossa esimerkiksi Chaïm Perelmanin *universaaliauditorion* tai Aulis Aarnion rationaalisen harkinnan diskurssietiikkaan sekä ratkaisun sisällöllisen hyväksyttävyyden ideaan sitoutuneen *ideaaliauditorion* merkityksessä. Perelmanin universaaliauditorio on puhujan mielessään hahmottama ajatuksellinen konstruktio, jolle hän esittämänsä perustelut kohdentaa ja jonka hän pyrkii rationaalisin keinoin *vakuuttamaan* eikä vain mahdollisesti irrationaalisin keinoin *suosuttelevaan* esittämänsä kannan oikeellisuudesta. Aarnion ideaaliauditorio on Perelmanin ajatuksellista referenssiä objektiivisemmin määritelty normatiivinen mittapuu, jonka avulla yksittäisen oikeudellisen tulkintalauseen hyväksyttävyyttä tulee hänen mukaansa arvioida.

Institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdetut oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet voivat olla – ja tavallisesti myös ovat – keskeinen osa yhtä hyvin Perelmanin universaaliauditoriolle kuin Aarnion ideaaliauditoriolle osoitetun oikeudellisen tulkintalauseen tueksi esitettyjä perusteluita, kun kyse on oikeudellisesta tulkintalauseesta. Välttämätöntä se ei ole, jos tulkinnan kohdeauditorion käsitys sovellettavista tulkintakriteereistä on ratkaisevasti toisenlainen. Oikeudellinen uusretoriikka sivuaa näin ajatusta yhteisöllisestä konsensuksesta oikeudellisen tulkintalauseen oikeellisuuden ehtona. Lisäksi oikeudelliset päättelymallit ja oikeudellisten *transformaatioiden logiikka*, jota alla lähemmin tarkastelen, tukeutuu osaltaan aristoteliseen topiikkaan tai uusretoriikkaan.

d) *Yhteiskunnallinen pragmatismi* korostaa oikeuden *yhteiskunnallisia vaikutuksia*, jolloin oikeudellisen tulkintalauseen taloudelliset, sosiaaliset, moraaliset tai mahdolliset muut vaikutukset yhteiskunnassa saavat määrittää tulkinnan reunaehdot aidosti oikeudellisten eli institutionaalisten tai yhteisöllisten määreiden ja oikeusvaikutusten sijaan. Esimerkiksi oikeuden taloustieteellisen analyysin avulla johdetut tulkintalauseet saavat tällöin etusijan erilaisista institutionaalisisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä kuten lainsäädännöstä tai prejudikaateista johdettaviin oikeudellisiin tulkinta- ja ratkaisuperusteisiin nähden. Etuna on oikeuden *yhteiskunnallisen* ulottuvuuden toteutuminen oikeudellisessa päätöksenteossa. Ongelmana on oikeuden *institutionaalisten* määreiden eli lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemiin päätöksiin liittyvien ominaisuuksien sekä valtaosin myös oikeuden *yhteisöllisten* ominaispiirteiden eli muihin kuin välittömästi taloudellista toimintaa toteuttaviin yhteisöllisiin käytäntöihin liittyvien ominaisuuksien sivuuttaminen. Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet jäävät toisin sanoen konsekventialistisen tulkintaopin ulkopuolelle muutoin niiden taloudellisten yhteiskunnallisten ulkoisvaikutusten osalta.

e) *Oikeudellinen eksegeesi* kiinnittää oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerit lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisiin *oikeudellisiin tavoitteisiin*, olivatpa sen taustalla vaikuttavat oikeutta ja oikeudellista tulkintalauseetta määrittävät premissit rajattu sitten analyttisen, institutionaalisen, eksklusiivisen tai inklusiivisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla. Lainsäätäjän alkuperäiset oikeudelliset tai yhteiskunnalliset tavoitteet ovat rekonstruotavissa virallisen lainvalmisteluaineiston avulla, joka liittyy yksittäisen oikeudellisen säädöksen sen taustalla vaikuttavien tai ainakin sen säätämishetkellä vaikuttaneiden yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden yhteyteen. Prejudikaatin asettaneen tuomioistuimen alkuperäiset oikeudelliset tavoitteet ilmenevät puolestaan ratkaisun tueksi esitetyistä perusteluista sanotulle ratkaisulle välttämättömien (= Cross & Harris) tai riittävien (= MacCormick) normipremissien tai tehdyille ratkaisulle merkityksellisten näyttöharkinnan faktapremissien (= Goodhart) tarkoittamalla tavalla. Oikeudellinen eksegeesi korostaa näin lainsäädäntöä ja sen virallista tausta-aineistoa sekä prejudikaattiperustaisen oikeuden taustalla vaikuttaneita tuomioistuimen alkuperäisiä tavoitteita esimerkiksi vertailtavien asiantilojen vastaavuuden, institutionaalisten oikeuslähteiden koherenssin, oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten tai toteutuneiden oikeusvaikutusten kustannuksella.

f) *Analyttinen oikeusrealismi* kiinnittää oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerit toteutuneisiin ja myös tulevaisuudessa toteutettavissa oleviin *oikeusvaikutuksiin* eli yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuihin oikeuksiin ja velvollisuuksiin, jotka ovat saaneet *tehokasta oikeussuojaa* tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä ja jotka tulevat sitä myös tulevaisuudessa huomattavan suurella todennäköisyy-

dellä saamaan. Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet saavat näin merkitystä osana vallitsevaa *tuomarinideologiaa* eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivista ratkaisuideologiaa Alf Rossin tarkoittamalla tavalla. Oikeudellisessa ratkaisukäytännössä analyttiseen oikeusrealismiin kiinnittyvä laintulkintaoppi korostaa prejudikaatteja, muuta vakiintunutta oikeuskäytäntöä sekä muita oikeudenkäyttöä yhtenäistäviä viranomaispäätöksiä, mukaan lukien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä riittävän yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö, muunlaisten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden kustannuksella.

g) *Oikeudellinen konventionalismi* kiinnittää oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerit vakiintuneisiin *institutionaalsiin ja yhteisöllisiin käytäntöihin*, jotka ilmentävät eri tavoin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneita yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita. Yhteisöllisiä tulkinta- ja ratkaisuperusteita ovat esimerkiksi vakiintuneet sopimusoikeudelliset vastuunjako- ja muut käytännöt, muut tavanomaisoikeudelliset käytännöt, eri ammattiryhmien eettinen itsesääntely, juristien ja muiden lakia soveltavien henkilötahojen oikeudenalakohtaisesti eriytynyt ammatillinen itseymmärrys ja ammattietiikka, välimiesoikeuksien ratkaisuista ja niiden perusteluista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, kansalaisten suhteellisen yhtenäinen oikeusvaakaumus suhteessa johonkin vallitsevaa yhteiskuntamoraalia keskeisesti jäsentävään kysymykseen sekä muut yhteisölliset käytännöt, joita institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit toteuttavat. Oikeudellinen konventionalismi kiinnittyy etenkin yhteisöllisiin oikeuslähteisiin. Myös virallislouonteiset institutionaaliset oikeuslähteet saavat siinä merkitystä, mutta oikeudellisen konventionalismin liittymä oikeuden institutionaaliseen perustaan on olennaisesti heikompi kuin oikeudellisen eksegeesin, analyttisen oikeusrealismin tai oikeudellisen koherenssiteorian kohdalla.

h) *Oikeudellinen tulkintaformalisismi* arvioi oikeudellista tulkintalauseetta lain-säädäntöä ja oikeuskäytäntöä ajatuksellisesti edeltäviä *loogis-käsitteellisiä ja oikeussysteemisiä* arviointikriteereitä vasten, jolloin tuomarin tai tutkijan oikeudellinen ratkaisuharkinta irrotetaan sitä tavallisesti ohjaavista institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä. Tulkintaopillisena tavoitteena on vahvasti konstruktivisen systeemi-idean toteuttaminen lainkäytössä esimerkiksi Georg Friedrich Puchtan, nuoren Rudolf von Jheringin tai Bernhard Windscheidin edustaman oikeudellisen konstruktivismin eli saksalaisen käsitelainopin perustelemalla tavalla. Kun tulkinta on toteutettavissa vain vasten ennalta-asetettuja loogis-käsitteellisiä ja oikeussysteemisiä arviointikriteereitä esimerkiksi Puchtan oikeuskäsitteiden genealogian eli formaalin käsittepyramidin ja sen avulla vakioituneen formaalin oikeudellisen käsitte-semantiikan avulla, ei tavanomaisista institutionaalisista tai yhteisöllisistä oikeuslähteistä ole tulkinnassa apua. Yh-

teys oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan on katkennut, kun formaali oikeudellinen käsitelogiikka on saanut institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden paikan oikeudellisessa päättelyssä.

i) *Luonnonoikeusfilosofia* yhtä hyvin klassisen kuin modernin luonnonoikeusopin merkityksessä arvioi oikeudellista tulkintalauseetta aksiologisten eli *arvosidonnaisten* ja sisällöllisten kriteerien avulla. Aineellinen oikeudenmukaisuus on oikeudellisen tulkinnan johtava tavoite, ja tavanomaiset institutionaaliset oikeuslähteet voivat saada tulkintaopillista merkitystä vain, jos niiden avulla saavutettu oikeudellinen tulkintatulos toteuttaa samalla myös ehdottoman *yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden* kriteerit. Sovellettava yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus on voitu määritellä Gustav Radbruchin ylipoisitiivisena oikeutena, joka saa syrjäyttää lainsäätäjän määräämän tai tuomioistuimen hyväksymän laillistetun vääryyden, Lon L. Fullerin oikeuden sisäisenä eli institutionaalisenä moraalina, John Finnisin seitsemänä 'itseannettuna' luonnonoikeudellisena perushyvinä eli perusarvona, H.L.A. Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisältönä tai kansainvälisiin sopimuksiin perustuvina, myös Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyvinä universaaleina tai vähintäänkin yleiseurooppalaisina ihmisoikeuksina. Mahdolliset loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemiset arviointikriteerit on nekin alistettu arvosidonnaisille tulkinta- ja ratkaisuperusteille.

j) *Radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi* tukeutuu tilannekohtaiseen, *ad hoc* -perustaiseen ja määritelmällisesti ei-yleistettävissä olevaan yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerinä. Aidosti tilannesidonnaisten ratkaisuharkinta kiistää erilaisten oikeudellista eheyttä ja yhtenäisyyttä tuottavien oikeudellisten *metanarratiivien* eli oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen *metakontekstin* merkityksen. Sen vuoksi institutionaaliin päätöksiin perustuvilla oikeussäännöillä ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvilla oikeusperiaatteilla ei voi olla tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavaa vaikutusta. Martti Koskenniemen (mielestäni epäonnistumaan tuomitussa) kriittisen yhteiskuntateorian elvytysyrityksessä tämä tarkoitti päätöksentekomallia, jonka osatekijöinä olivat pienimuotoinen normatiivisuus, metodinen ja samalla konventionaaliset tieteenalarajat ylittävä diskursiivinen avoimuus, juristin omakohtainen yhteiskunnallinen sitoutuminen ja eettisen vastuun ottaminen sekä aidosti tilannesidonnaisten oikeudenmukaisuus. Samalla tuomari joutui hylkäämään tavanomaisen ammatillisen itseymmärryksensä ja määrittelemään ratkaisun käsillä olevaan ongelmaan ilman perinteisiä oikeudellisia apuvälineitä eräänlaisen Hans Kelsenin puhtaalle oikeusopille käänteisen 'epäpuhtaan oikeusopin' avulla.

Juha Pöyhönen (myöh. Karhu) on puolestaan jäsentänyt tuomarin tai oikeuden tutkijan varallisuus-oikeudellista ratkaisuharkintaa vahvasti tilannesidonnaisten päätöksentekomallin avulla, jonka rakenteellisina osatekijöinä ovat ratkaisuharkinnan yhteiskunnallinen toimintaympäristö, oikeudellinen koko-

naisjärjestely, intressitahojen piiri ja näiden riskipositiot. Tuomarin oikeudellinen ratkaisuharkinta muunnettiin näin holistiseksi ja tilannesidonnaiseksi harkinnaksi, ja perinteinen tapa jäsentää varallisuus-oikeutta esimerkiksi omistajan oikeusaseman avulla sai väistyä käsillä olevan oikeudellisen ratkaisutilanteen aiempaa laajemmin ymmärretyn taloudellis-yhteiskunnallisen tulkinta- ja perustelukontekstin tieltä. Varallisuus-oikeudessa tarkastelun painopiste siirtyi tavallaan sanan alkuosalle *varallisuus* analyttisen oikeustieteen painottaman *oikeudellisuuden* sijaan. Karhun myöhemmin esittämä ajatus ”perustellusta lainkäytöstä ilman oikeuslähteoppia” puolestaan sivuuttaa kokonaan institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet oikeuden yhteiskunnallisiin vaikutuksiin kiinnittyvien reaalisten argumenttien hyväksi. Vain vallitsevan perusoikeusjärjestelmän tunnustamat perusoikeudet saivat jäsentää tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa Karhun *presumptiivisen kontekstualismin* ja oikeudellisen *polysentrian* tarkoittamalla tavalla.

Eri tulkintamallien eli tulkintafilosofioiden soveltamisalat menevät osin päällekkäin, koska esimerkiksi analyttiseen tai institutionaaliseen oikeuspositivismiin tukeutuva oikeudellinen eksegeesi, analyttinen oikeusrealismi ja oikeudellinen konventionalismi määrittelevät kukin oikeuden institutionaalisenä tai yhteisöllisenä tosiasiana. Oikeudellinen korrespondenssiteoria voidaan mieltää eräänlaisena analyttisen oikeusrealismin rajatapauksena, jonka soveltamisala rajoittuu vain rakenneyhtäläisiin isomorfiatilanteisiin. Oikeudellinen uusretoriikka voidaan yhdistää oikeudelliseen koherenssiteoriaan esimerkiksi Aulis Aarnion analyttisen argumentaatioteorian tarkoittamalla tavalla. Kollektiivisen toimijan, kuten lainsäätäjän tai monijäsenisen tuomioistuimen, oikeudellista tahdonmuodostusta voidaan arvioida joko sen yksittäisten jäsenten yksilöllisten intentioiden yhteenlaskettuna summana tai, vaihtoehtoisesti, aidoisti kollektiivisena tahdonmuodostuksena, mikä yhdistää oikeudellisen eksegeesin ja oikeudellisen konventionalismin tutkimuksellisia sitoumuksia. Moderni luonnonoikeusfilosofia voidaan ehkä kääntää oikeudellisen tulkintaformalismin ja loogis-käsitteellisen konseptualismin kielelle, jos esimerkiksi John Finnisin perustelema ’itseannetut’ oikeudelliset perushyvät eli perusarvot hyväksytään oikeudellisen päättelyn lähtökohdaksi, jota ei ole lupa riitauttaa tai kyseenalaistaa oikeudellisia johtopäätöksiä tehtäessä. Oikeudellisten tulkintamallien kirjossa ei ole kyse toinen toisensa tarkkarajaisesti poissulkevista käsittekkategorioista vaan pikemminkin keskenään osin lomittaisten vaihtoehtoisten tarkastelutapojen kokonaisuudesta, jotka mallit on tosin luonnosteltu Max Weberin *ideaalityyppitarkastelun* edellyttämällä tavalla.

Yksittäisten teorioiden tai oikeuskäsitysten luokittelu suhteessa eri tulkintamalleihin on arvostuksen- ja tulkinnanvarainen asia sekin. Esimerkiksi H.L.A. Hartin oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön varaan rakentuva oikeusteoria on mahdollista lukea joko *analyttisen oikeuspositivismin* alaisuuteen, koska Hart perustelee oikeuskäsityksensä vasten analyttisen oikeuspositivismin

suuntauksen varsinaisen perustajan, John Austinin, analyyttistä oikeusteoriaa, ja esimerkkinä oikeuden tunnistamissäännöstä Hart tavallisesti antaa *Queen rule* -säännön: ”what the Queen in Parliament enacts is law”.² Vaihtoehtoisesti Hartin analyyttinen oikeusteoria voidaan lukea *analyyttisen oikeusrealismin* alaisuuteen, koska hän määrittelee oikeuden tunnistamissäännön oikeusrealistien päätelmiä muistuttavalla tavalla kontinenttina yhteiskunnallisena tosiasiiana, joka on vain havaittavissa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tosiasiallisessa ratkaisukäytännössä.³ Hartin oikeusteoriaa on myös mahdollista tulkita tavalla, joka täyttää yhteisöllisen *konventionalismin* käsityksen oikeudesta ja yhteiskunnasta yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden kokonaisuuden merkityksessä.

13.2 OIKEUDELLISET TULKINTAMALLIT SUHTEUTETTUNA JERZY WRÓBLEWSKIN OIKEUDELLISIIN RATKAISUIDEOLOGIOIHIN JA KAARLE MAKKOSEN OIKEUDELLISIIN RATKAISUTILANTEISIIN

Jerzy Wróblewski jaotteli siis tuomarin tai muun lainsoveltajan käytettävissä olevat oikeudelliset ratkaisuideologiat kolmeen ryhmään: sidottuun, vapaaseen sekä oikeudelliseen ja rationaaliseen ratkaisuharkintaan.⁴

Wróblewskin *sidottu ratkaisuharkinta* viittaa ideaan suljetusta, lainsäädäntökeskeisestä oikeussysteemistä, josta yksittäinen oikeudellinen soveltamisratkaisu voidaan riidattomasti johtaa formaalin, loogis-deduktiivisen päättelyn avulla. Tuomarin *vapaa ratkaisuharkinta* viittaa monilukuisen joukkoon erilaisia oikeudellista tulkintaformalisma vastustavia suuntauksia. Sidottu ja vapaa ratkaisuideologia ovat tuomarin oikeudellisen ratkaisuharkinnan kaksi ääripäätä, joiden väliin Wróblewskin oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia asettuu. Oikeudellisen ja rationaalisen ratkaisuideologian *oikeudellisuus* viittaa tuomarin ratkaisua jäsentävään formaaliin lakisidonnaisuuteen, ja *rationaalisuus* viittaa sen episteemisiin ja aksiologisiin perusteluihin ratkaisun sisäisen ja ulkoisen justifioinnin merkityksessä.

Wróblewski jäsentää oikeudellista argumentaatiota kaikkiaan viisiportaisen hierarkkisen mallin avulla, joka huipentuu viidennen justifikaatiotason premis-

² Hart, *The Concept of Law* (1961), esim. s. 99, 104, 108, 113, 117, 142, 145.

³ ”... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.” Hart, mts. 107.

⁴ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 265–314.

seihin. Hän ei kuitenkaan täsmennä, mitä nämä ”oikeudellisen perustelun viimekätiset premissit, jotka oikeuttavat tai selittävät neljän edellisen perustelutason premissit”, ovat.⁵ Wróblewskin kanta, jonka mukaan oikeudellisen päätelyn viimekätiset premissit eivät ole perusteltavissa tai arvioitavissa analyttisen oikeuspositivismin itsensä tarjoamien metodisten tai käsitteellisten premissien avulla, on nähdäkseni ominainen analyttiselle koulukunnalle, jonka tutkimukselliset menetelmät tai työvälineet eivät kannan sanotun rajan yli.⁶ Sen ylittämiseksi tarvitaan Jacques Derridan filosofiseen dekonstruktioon perustuvaa *post-analyttistä* lähestymistapaa, jollaista hahmottelin väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law* loppujaksoissa *The Quest for the Final Premises of Law, I–II*.⁷

Kaarle Makkonen puolestaan erotti toisistaan isomorfiatilanteen, tulkintatilanteen ja säätelemättömän ratkaisutilanteen.⁸ *Isomorfiatilanteessa* maailmassa toteutuneiden ja oikeussäännössä määriteltyjen asiointilöjen vallitsee kuva-suhde, jolloin sanottu oikeussääntö on välittömästi tunnistettavissa ja sellaisenaan tapaukseen sovellettavissa ilman turvautumista varsinaiseen tulkintamenettelyyn. *Tulkintatilanteessa* sovellettavan oikeusnormin kielellinen ilmaisu on siinä määrin tulkinnanvarainen, ettei ole riidatonta, toteuttaako käsillä oleva tapaus sittenkään oikeusnormin käsittämän oikeustosiselkaston vaiko ei, jolloin tarvitaan oikeudellista tulkintaa. Oikeudellisesti *säatelemättömässä tilanteessa* oikeusjärjestyksestä ei Makkosen mukaan löydy lainkaan oikeusnormia, jonka alaan käsillä oleva tapaus kuuluisi.⁹

Wróblewskin ratkaisuideologiat ja Makkosen oikeudelliset ratkaisutilanteet voidaan määritellä suhteessa toisiinsa siten, että Wróblewskin sidottu ratkaisuideologia vastaa Makkosen oikeudellista isomorfiatilannetta, jossa tulkinta määräytyy puhtaasti loogis-käsitteellisten ja oikeussysteemisten tekijöiden perusteella. Wróblewskin vapaa ratkaisuideologia, jossa tuomari ei ole sidottu lainsäädäntöön tai muihin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin, vastaa Makkosen oikeudellisesti säätelemätöntä tilannetta. Lopuksi Wróblews-

⁵ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 210–211.

⁶ ”Rationality is defined as a proper justification of decisions with good reasons. This is contrasted with the non-rational decision which is badly justified and the irrational decision which gives no reasons at all.” Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 306. – Wróblewski jatkaa todeten: ”Rationality is a basic value which is not further justifiable in the legal discourse, and respect for rationality is treated as the strength and weakness of the judicial application of law.” Wróblewski, *ibid.* – Vrt. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 268: ”My belief that I ought to strive to be rational is not a belief which I can justify by reasoning.” Vrt. myös Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 215–216.

⁷ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 197–267.

⁸ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 95–164.

⁹ Tuomarin aukkoharkinnasta, Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa, passim*.

kin oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia vastaa Makkosen oikeudellista tulkintatilannetta, jossa institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden ja niiden käsittämien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden merkityssisällön tulkinta saa ratkaisevan aseman.¹⁰ Wróblewskin oikeudellista ja rationaalista ratkaisuideologiaa voi kutsua myös tuomarin *institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin* kiinnittyväksi ratkaisuharkinnaksi erotuksena sidotusta ratkaisuideologiasta, jonka tulkintakriteerinä ovat loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemiset perusteet, ja myös erotuksena vapaasta ratkaisuideologiasta, jonka tulkintakriteereinä ovat muut kuin oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet.

Tässä teoksessa hahmottelemieni kymmenen erilaisen oikeudellisen tulkintamallin sekä Makkosen oikeudellisten ratkaisutilanteiden ja Wróblewskin oikeudellisten ratkaisuideologioiden kolmijaon välillä on samalla keskeinen näkökulmaero. Tulkintamallit eli tulkintafilosofiat on kukin määritelty itsenäisenä tulkintaopillisena kehyksenä, jonka avulla oikeudellisen tulkintalauseen tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on omaehtoisesti määritettävissä suhteessa filosofian perinteisiin totuusteorioihin tai niihin rinnastuviin arviointikriteereihin. Makkosen oikeudellinen tulkintatilanne ja oikeudellisesti säätelemätön tilanne ovat kumpikin määriteltävissä suhteessa tutkimukselliseksi referenssiksi omaksuttuun oikeudelliseen isomorfiatilanteeseen siinä merkityksessä, että kahdessa edellisessä rakenteellista kuvasuhdetta tosiseikastojen kesken ei voida osoittaa. Sitä vastoin Wróblewskin oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia samoin kuin vapaa ratkaisuideologia eivät edellytä käsitteellistä sidosta (Makkosen isomorfiatilannetta vastaavaan) suljetun ratkaisun ideologiaan.

Makkosen oikeudellisesti säätelemätön ratkaisutilanne viittaa tilanteeseen, jossa voimassa olevasta oikeusjärjestyksestä ei löydy lainkaan tapaukseen soveltuvaa oikeusnormia, jolloin minkäänlaista isomorfiasuhdetta ei voi vallita, ja tulkintatilanne viittaa tilanteeseen, jossa sovellettava normi on tulkinnanvarainen ja isomorfiasuhde siten enintään likimääräinen tai likiarvoinen. Wróblewskin tarkoittama vapaa ratkaisuideologia viittaa puolestaan tilanteeseen, jossa tuomari tai muu lainsoveltaja voi tehdä hyväksyttävän ratkaisun esimerkiksi saksalaisen vapaa-oikeuskoulun tarkoittamalla tavalla yhteisöllisen oikeuden tunnon tai arvotajunnan perusteella tai amerikkalaistuomari John Hutchesonin tarkoittamalla tavalla tuomarin omakohtaisen oikeudellisen intuition avulla – ja täysin siitä riippumatta, sisältääkö voimassa oleva oikeusjärjestys tapaukseen joko sellaisenaan soveltuvan (= Makkosen isomorfiatilanne) tai oikeudellista

¹⁰ Makkonen ei käytä termiä *institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet*, mutta tekstin ajatus vastaa nähdäkseni Makkosen kantaa.

tulkintaa edellyttävän oikeusnormin (= Makkosen tulkintatilanne). Vastaavasti myös Wróblewskin oikeudellinen ja rationaalinen eli institutionaalsiin oikeuslähteisiin kiinnittyvä ratkaisuideologia on Makkosen oikeudellista tulkintatilannetta väljemmin määritelty.

Toisaalta myös Wróblewskin oikeudellinen ja rationaalinen sekä vapaa ratkaisuideologia ovat ainakin osittain, joskin varsinaista sidottua ratkaisuideologiaa huomattavasti heikommassa merkityksessä sidoksissa määrättyyn ennalta-asetettuun tulkintakriteeriin. Wróblewskin oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia on sidoksissa lainsäädännön, prejudikaattien ja tavanomaisen oikeuden kaltaisiin institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin. Samoin Wróblewskin vapaan ratkaisuharkinnan alle sijoittamani tulkintaopillinen konsektionalismi ja luonnonoikeusfilosofian mukainen oikeudellinen aksiologia ovat sidoksissa määrättyihin yhteiskunnallisiin arvoihin tai tavoitteisiin. Konsektionalistisiin eli ennakoitavissa oleviin yhteiskunnallisiin seurauksiin tai arvoperustaisiin eli luonnonoikeusopin sisällöllisiin tulkinta- ja ratkaisuperusteisiin kiinnittyvä tulkintafilosofia ei toteuta Wróblewskin määritelmällistä ehtoa päätöksenteon oikeudellisesta ja rationaalisesta luonteesta, joten kyse ei ole institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin kiinnittyvästä oikeudellisesta ratkaisuideologiasta. Oikeastaan vain puhtaasti tilannesidonnainen, *ad hoc*-perustainen oikeudellinen ratkaisuharkinta on aidosti 'vapaata' päätöksentekoa nyt puheena olevassa merkityksessä. Sanotuin varauksin oikeudelliset tulkintamallit eli tulkintafilosofiat voidaan suhteuttaa Makkosen oikeudellisiin ratkaisutilanteisiin ja Wróblewskin oikeudellisiin ratkaisuideologioihin seuraavalla tavalla.

13.2.1 Wróblewskin sidottu ratkaisuideologia ja Makkosen oikeudellinen isomorfiatilanne

Oikeudellinen korrespondenssiteoria, joka kiinnittää tuomarin ratkaisuharkinnan oikeusnormissa määritellyn sekä (vain) mahdollisen tai tosiasiallisesti toteutuneen asiantilan vastaavuuteen, samoin kuin käsitelainopillinen tai muu *oikeudellinen tulkintaformalismi*, joka korostaa oikeudellisen tulkinnan loogis-käsitteellisiä ja oikeussysteemisiiä määreitä, vastaavat Wróblewskin ideaa sidottusta oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta ja Makkosen ideaa kuvasuhteesta eli rakenteellisesta isomorfiasuhteesta oikeussäännössä määritellyn ja maailmassa tosiasiallisesti toteutuneen asiantilan välillä.

Tuomarin ratkaisuideologiaa jäsentävien tulkintamallien ontologisina sitoumuksina ovat joko oikeudellisen korrespondenssiteorian tarkoittamat oikeudelliset *asiantilat* tai, vaihtoehtoisesti, oikeudelliset *käsitteet* ja niiden keskinäiset suhteet oikeudellisen tulkintaformalismin ja loogis-käsitteellisen konseptualismin tarkoittamalla tavalla. Oikeudellisten asiantilojen vertailuun tai oikeudelli-

siin peruskäsitteisiin tukeutuva sidottu ratkaisuideologia tai oikeudellinen ratkaisutilanne toteuttavat kumpikin *staattista* eli ennalta oikeussysteemisesti vakioitavissa olevaa käsitystä tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta. Oikeuskäsitys on *systeeminen* ja sovellettava päättelymalli *loogis-deduktiivinen*: oikeuden tulkinta kiinnitetään lainsäätäjän asettamiin yksiselitteisiin oikeudellisiin asiantiloihin oikeussääntöjen käsittämien tosiseikatokuvausten merkityksessä tai, vaihtoehtoisesti, oikeustieteen määrittämiin oikeudellisiin käsitteikategorioihin, joihin maailmassa tosiasiallisesti toteutuneita asiantiloja verrataan isomorfiatilanteen vallitsevuuden varmistamiseksi.

13.2.2 Wróblewskin oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia sekä Makkosen oikeudellinen tulkintatilanne

Oikeudellinen koherenssiteoria, oikeudellinen uusretoriikka, oikeudellinen eksegeesi, analyttinen oikeusrealismi ja oikeudellinen konventionalismi, joka liittää oikeuden tulkinnan vakiintuneiden institutionaalisten tai etenkin yhteisöllisten käytäntöjen yhteyteen, vastaavat Wróblewskin ideaa oikeudellisesta ja rationaalisesta ratkaisuideologiasta sekä Makkosen ideaa aidosti oikeudellista tulkintaa edellyttävästä tilanteesta. Tuomarin ratkaisuideologiaa jäsentävien tulkintamallien edellytettynä todellisuuskäsityksenä on tällöin joukko vallitsevista *institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä* johdettuja tai johdettavissa olevia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita yhtäältä institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja toisaalta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden merkityksessä, jotka kumpikin ilmentävät eri tavoin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneita yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita. Oikeussäännöt toteuttavat staattista eli tyyppitapauksellisiin tilanteisiin soveltuvaan oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa, kun taas oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit toteuttavat dynaamista eli tilannesidonnaista oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa.

Oikeudellinen uusretoriikka kiinnittää oikeudellisen tulkinnan arviointikriteerit kohdeauditorion yhteisölliseen hyväksyntään esimerkiksi Chaïm Perelmanin tarkoittaman, puhujan mielessään konstruoiman universaaliauditorion tai Aulis Aarnion oikeusteorian edellyttämän ideaalisen, rationaalisen harkinnan diskurssisääntöihin sitouneen oikeusyhteisön enemmistön tarkoittamalla tavalla. Se perustelee tulkinnan institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden avulla, mutta – toisin kuin oikeudellisen koherenssiteorian, oikeudellisen eksegeesin, analyttisen oikeusrealismin tai oikeudellisen konventionalismin kohdalla – senkaltainen institutionaalinen sitoumus ei kuitenkaan ole välttämätön. On hyvin ajateltavissa, että tulkinnan ideaalinen kohderyhmä antaa esimer-

kiksi yhteisölliselle kohtuullisuudelle ja tilannesidonnaiselle yhteiskunnalliselle oikeudenmukaisuudelle olennaisesti erilaisen painoarvon kuin minkä institutionaalinen tulkintaideologia ja etenkin vallitseva lainsäädäntöideologia tai tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämä tuomarinideologia niille antavat, jolloin ratkaisun oikeuslähde- ja tulkintaopillinen perusta irtautuu institutionaalisesta tulkintaideologiasta. Samoin etenkin törkeiden rikosten rangaistusseuraamusten määrittämisessä yhtäältä rikosoikeusoppineiden ja kontrollijärjestelmän ammattilaisten sekä toisaalta maallikoiden käsitykset oikeudenmukaisuudesta poikkeavat usein toisistaan. Tässä tutkimuksessa kontingentti mutta yhtä kaikki tavallisesti paikkansa pitävä oletus yhteisöllisen hyväksynnän sidonnaisuudesta institutionaaliin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin on Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin mallin tavoin tehty. Jos sanotusta oletuksesta poiketaan, oikeudellinen uusretoriikka sijoittuu Wróblewskin vapaan ratkaisuharkinnan eli Makkosen oikeudellisesti säätlemättömän ratkaisutilanteen alaisuuteen yhteiskunnallisen pragmatismen ja luonnonoikeusfilosofian tavoin.

Wróblewskin oikeudellisen ja rationaalisen ratkaisuideologian sekä Makkosen oikeudellisen tulkintatilanteen alaisuudessa noudatettava oikeuskäsitys on sidoksissa *institutionaaliseen tulkintaideologiaan* vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai niiden tietynlaisen yhdistelmän merkityksessä.¹¹ Sovellettavat oikeudelliset päättelymallit noudattavat *oikeudellista argumentaatiota* oikeussääntöjen tulkinnan ja systematisoinnin sekä oikeusperiaatteiden arvosidonnaisen punninnan ja keskinäisen tasapainottamisen eli tilannekohtaisen yhteensovittamisen merkityksessä. Oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö kiinnitetään *institutionaaliin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin* sovellettavan oikeudellisen tulkintamallin ja sen vakioiman oikeudellisen (validiteetti- ja) tulkintakriteerin osoittamalla tavalla, jolloin lainsäätäjän tai prejudikaattiuomioistuinten alkuperäiset oikeudelliset tavoitteet, toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset, vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt, institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäiset suhteet tai universaaliauditorion yhteisöllinen hyväksyntä saa toimia oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerinä.

Myös *oikeudellinen korrespondenssiteoria*, joka on tässä sijoitettu tulkintaopillisesti Wróblewskin sidotun ratkaisuideologian ja Makkosen isomofiatilanteen alaisuuteen, kiinnittyy oikeuslähdeopillisesti institutionaaliin oikeuslähteisiin, koska sen edellyttämä isomorfia- eli kuvasuhde voidaan määritellä vain suhteessa voimassa olevien oikeussääntöjen käsittämiin tosiseikastokuvauk-

¹¹ Käsittelen *institutionaalista tulkintaideologiaa* ja sen konstitutiivisia osatekijöitä lähemmin alla luvussa 15 ”Formaali, institutionaalinen ja aineellinen tulkintaideologia”.

siin. Isomorfiasuhde sulkee kuitenkin pois oikeudellisen tulkintamenettelyn, jota sekä Wróblewskin oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia että Makkosen tulkintatilanne edellyttävät.

13.2.3 Wróblewskin vapaa ratkaisuideologia ja Makkosen oikeudellisesti säätelemätön tilanne

Yhteiskunnallinen konsekventialismi korostaa oikeuden yhteiskunnallisia ulkoisvaikutuksia esimerkiksi oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon taloudellisen kustannustehokkuuden sekä optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation ja sosiaalisen riskin ja merkityksessä. Moderni *luonnonoikeusfilosofia* painottaa oikeuden määritelmällistä sidosta ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeuden mukaisuuden idean toteuttamiseen. Radikaali tulkintaopillinen *kontekstualismi* irtautuu täydellisesti oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä (tai muunlaisesta) metakontekstista ja painottaa aidosti tilannesidonnaisen, ei-yleistettävissä olevan ratkaisuharkinnan merkitystä. Nämä kolme lähestymistapaa oikeudelliseen tulkintaan vastaavat Wróblewskin ideaa vapaasta oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta ja Makkosen ideaa säätelemättömästä ratkaisutilanteesta siinä merkityksessä, ettei oikeuden mahdollisten maailmojen semantiikkaa ole niissä rajattu oikeudellisten eli institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyvien tulkinta- ja ratkaisuperusteiden avulla.

Wróblewskin vapaan ratkaisuideologian ja Makkosen oikeudellisesti säätelemättömän tilanteen osalta tuomarin ratkaisuideologiaa jäsentävien tulkinta-filosofioiden semanttisena referenssinä ovat yhteiskunnalliset *arvot ja tavoitteet*, jotka eivät tukeudu esimerkiksi Suomen voimassa olevan oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Yhteiskunnalliset arvot tai tavoitteet toteuttavat dynaamista eli tilannesidonnaista punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista edellyttävää käsitystä ratkaisuharkinnasta, jollei niitä ole vakioitu suhteessa määrättyyn yhteiskunnalliseen oikeuden mukaisuusteoriaan esimerkiksi uustomistisen luonnonoikeusopin tai tietynlaisen yhteiskunnallisen teleologian merkityksessä. Oikeuskäsitys on *aineellinen*, ei formaali eikä myöskään institutionaalinen tai yhteisöllinen.

13.2.4 Yhteenvetokaavio tulkintamalleista, Wróblewskin ratkaisuideologioista ja Makkosen oikeudellisista ratkaisutilanteista

Kokoavasti tulkintamallien suhteen Jerzy Wróblewskin oikeudellisiin ratkaisuideologioihin ja Kaarle Makkosen oikeudellisiin tulkintatilanteisiin sekä kunkin tulkintamallin tulkintakriteerin ja ontologiset sitoumukset voi esittää seuraavan sivun kaavion muodossa.

Kaavio 8: Tulkintamallit suhteessa Jerzy Wróblewskin oikeudellisiin ratkaisuideologioihin ja Kaarle Makkosen oikeudellisiin tulkintatilanteisiin sekä tulkintamallien arviointikriteerit ja ontologiset sitoumukset

Ratkaisuideologia (Jerzy Wróblewski) Ratkaisutilanne (Kaarle Makkonen)	Tulkintamalli + tulkintakriteeri	Tulkintamallin ontologiset sitoumukset
<i>Sidottu ratkaisuideologia</i> (Wróblewski) <i>Isomorfiatilanne</i> (Makkonen)	<i>Oikeudellinen korrespondenssiteoria</i> : vertailtavien asiantilojen vastaavuus <i>Oikeudellinen tulkintaformalismi</i> : loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemit tulkinta- ja ratkaisuperusteet	oikeudelliset <i>asiantilat</i> (= korrespondenssiteoria) tai oikeudelliset <i>käsitteet</i> (= tulkintaformalismi)
<i>Oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia</i> (Wróblewski) <i>Tulkintatilanne</i> (Makkonen)	<i>Oikeudellinen koherenssiteoria</i> : institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden yhteensovitus <i>Oikeudellinen uusretoriikka</i> : universaaliauditorion tai vastaavan ideaalisen kohderyhmän hyväksyntä <i>Oikeudellinen eksegeesi</i> : lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistimuksen alkuperäiset tavoitteet <i>Analyttinen oikeusrealismi</i> : toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset <i>Oikeudellinen konventionalismi</i> : vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt (+ <i>Oikeudellinen korrespondenssiteoria</i> : vertailtavien asiantilojen vastaavuus)	institutionaalisiin päätöksiin perustuvat <i>oikeussäännöt</i> + yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat <i>oikeusperiaatteet</i>
<i>Vapaa ratkaisuideologia</i> (Wróblewski) <i>Säätelämätön tilanne</i> (Makkonen)	<i>Konsekventialismi</i> : oikeuden taloudelliset tai muunlaiset yhteiskunnalliset vaikutukset <i>Luonnonoikeusfilosofia</i> : arvoperustainen hyväksyttävyyden Radikaali yhteiskunnallinen <i>kontekstualismi</i> : tilannesidonnainen, ei-yleistettävissä oleva oikeudenmukaisuus	yhteiskunnalliset <i>arvot</i> ja <i>tavoitteet</i> , jotka eivät saa tukea oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustaasta

13.3 TULKINTAMALLIEN SUHDE FILOSOFISEEN TODELLISUUSKÄSITYKSEEN

Käsitys oikeudelliseen kieleen nähden ulkoisesta tai sen kanssa yhteenkietoutuneesta todellisuudesta samoin kuin todellisuudesta saatavissa olevan tiedon luonteesta poikkeavat merkittävästi toisistaan eri tulkintamallien alaisuudessa.

Oikeudellinen korrespondenssiteoria ja analyttinen oikeusrealismi tukeutuvat *realistiseen* käsitykseen tiedosta ja todellisuudesta, jolloin voimassa olevan oikeuden määritelmä ja sen tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö kiinnitetään joko mahdollisiin ja toisaalta toteutuneisiin maailman asiantiloihin, jos on omaksuttu oikeudellisen korrespondenssiteorian mukainen käsitys oikeudesta ja yhteiskunnasta, tai toteutuneisiin ja toteutettavissa oleviin oikeusvaikutuksiin, jos on omaksuttu analyttisen oikeusrealismin mukainen käsitys oikeudesta ja yhteiskunnasta. Filosofiseen realismiin sitoutuneelle tuomarille ja tutkijalle oikeus on *yhteiskunnallinen tosiasia*, ei vain ikuisesti tavoittamaton yhteisöllinen tai uskonnollinen ideaali ehdottoman oikeudenmukaisesta yhteiskunnasta, niin kuin luonnonoikeusfilosofia asian mieltää.

Oikeudellinen koherenssiteoria ja luonnonoikeusfilosofia perustuvat *idealistiseen* käsitykseen oikeudesta, kielestä ja yhteiskunnasta. Institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäinen yhteensopivuus saa määrittää oikeudellista tulkintaa, jos on sitouduttu oikeudellisen koherenssiteorian mukaiseen käsitykseen tulkinnasta. Vastaavasti ehdoton yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus saa ohjata tulkintaa, jos on omaksuttu klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian mukainen käsitys oikeudesta ja sen ylipäättään mahdollisesta tulkinnallisesta merkityssisällöstä. Näistä vain edellinen eli oikeudellinen koherenssiteoria tukeutuu oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämiin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, kun taas jälkimmäinen eli luonnonoikeusoppi ei sanotunlaista rajoittavaa oletusta tee. Luonnonoikeusopin tarkasteluissa yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus saa toisin sanoen syrjäyttää oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämät yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet.

Pragmatistinen tulkintaoppi käsittää (ainakin) kolme yhteisöllis-kulttuurisen totuusteorian ja oikeuskäsityksen muunnelmaa, jotka kiinnittävät oikeudellisen tulkintalauseen (validiteetti- ja) tulkintakriteerit universaaliauditorion tai vastaavan ideaalisesti määritellyn kohdeauditorion yhteisölliseen hyväksyntään (= oikeudellinen uusretoriikka), vakiintuneisiin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin käytäntöihin (= oikeudellinen konventionalismi) tai tulkinnan taloudellisiin, sosiaalisiin tai muunlaisiin yhteiskunnallisiin ulkoisvaikutuksiin (= yhteiskunnallinen konsekventialismi). Oikeudellinen uusretoriikka ja oikeudellinen konventionalismi kiinnittyvät oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen ar-

voperustaan, kun taas yhteiskunnallinen konsekventialismi sivuuttaa tulkinnan institutionaaliset ja yhteisölliset rajoitukset.

Oikeudellinen eksegeesi pyrkii lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten oikeudellisten tavoitteiden mahdollisimman autenttiseen rekonstruktion lainvalmisteluaineiston tai yksittäisen prejudikaatin tueksi esitettyjen oikeudellisten perustelujen avulla. Eksegeettinen tulkintamalli perustuu lainsäätäjän, prejudikaatin asettaneen tuomioistuimen tai muun lakia soveltavan viranomaisen tulkintaopillisen auktoriteettiaseman tunnustamiseen, mikä oletus ei ole filosofisessa katsannossa ongelmaton. Totuusteoreettisesti oikeudellinen eksegeesi rinnastuu lähinnä *uskonnollisten* kirjoitusten käsittämien merkitysten mahdollisimman autenttiseen rekonstruktion, jolloin esimerkiksi Raamatun vahvistettu tekstikaanon, kirkkoisien kirjoitukset tai kirkolliskokousten ja vastaavien kirkollisten instituutioiden tekemät päätökset ovat tulkinnan kohteena. Oikeudellisessa tulkintakontekstissa määrätyn institutionaalisen toimijan, kuten lainsäätäjän tai monijäsenisen tuomioistuimen, tahdonmuodostuksen *kollektiivisuus* on osoittautunut filosofisesti pulmalliseksi kysymykseksi. Filosofisen selityserustan vajeista huolimatta eksegeettisellä lähestymistavalla on edelleen keskeinen merkitys oikeudellisessa, institutionaalisten ja yhteisöllisten reunaehtojen rajaamassa merkitys-, tulkinta- ja perustelukontekstissa.

Loogis-käsitteellinen konseptualismi ilmentää oikeudellista tulkintaformalismia, missä oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen tulkinnallinen merkityssisältö on määritettävissä vain ennalta vakioitua oikeudellisten käsittekategorioiden eli oikeudellisten peruskäsitteiden muodostamaa kokonaisjärjestelmää vasten. Oikeustiede rinnastuu geometrian, erilaisten keinotekkoisten kielten ja formaalin logiikan kaltaisiin *aksiomaattisiin* tieteenaloihin, joissa formaalis-looginen päättely ja oikeudellinen systematisointi saavat korvata varsinaisen oikeudellisen tulkinnan siinä merkityksessä, jonka Makkosen oikeudellinen tulkintatilanne sekä Wróblewskin oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia sille edellä antoivat. Oikeudellisen tulkintaformalismin alaisuudessa oikeudellinen päättely on sen premissien alkupe-
räisen totuusarvon säilyttävää, loogis-deduktiivista päättelyä, mutta tutkimuksellisenä hintana on muiden kuin rutiiniluonteisten soveltamistilanteiden rajautuminen tarkastelun ulkopuolelle. Samalla yhteys oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan katkeaa, kun formaali käsitelogiikka saa syrjäyttää institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden käsittämät ratkaisuperusteet.

Radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi perustuu ajatukselle aidosti tilannesidonnaisen, *ad hoc* tai jopa *ad hominem* -perustaisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden toteuttamisesta arvioitavana olevan oikeustapauksen rajaamassa ainutkertaisessa tulkintakontekstissa. Vahvan tilannesidonnaisuutensa ja ei-yleistettävyytensä vuoksi yhteiskunnallinen kontekstualismi ei ole luokiteltavissa minkään yleisen tai yleistettävissä olevan todellisuuskäsityksen tai tieto- ja totuusteorian alaisuuteen.

13.4 TULKINTAMALLEISTA OIKEUDELLISIIN TULKINTAIDEOLOGIOIHIN

Erilaisten tulkintamallien kirjo oikeudellisesta korrespondenssiteoriasta radikaalin tilannesidonnaiseen, *ad hoc* -perustaiseen oikeudelliseen ratkaisuharkintaan määrittää oikeuden semanttisesti *mahdollisten maailmojen* rajat eli ylipäätään mahdollisten tulkinnallisten merkitysten alan. Kysymys oikeudellisen tulkintalauseen *oikeudellisuudesta* eli sen referentiaalisesta kohdentumisesta voimassa olevaan oikeuteen jää kuitenkin vielä avoimeksi. Perustelen alla keskeisväitteen, jonka mukaan tulkintalauseen oikeudellisuus eli sen sidonnaisuus oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, jota institutionaaliin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet eri tavoin ilmentävät, on arvioitavissa vain *institutionaalisen tulkintaideologian* ja sen konstitutiivisten osatekijöiden avulla. Samalla oikeudellisen tulkintalauseen semantiikka laajenee käsittämään sen tulkinnallisen merkityssisällön ohella oikeudellisen *validiteetin*, jolloin *institutionaalinen totuusarvo* ”tosi_L” tai ”epätosi_L” on liitettävissä oikeudelliseen tulkintalauseeseen. Institutionaalisen tulkintaideologian ja totuusarvon vaihtoehtoina ovat yhtäältä *formaali* eli loogis-käsitteellinen ja oikeusssysteeminen ja toisaalta *aineellinen* eli arvo- tai tavoiteperusteinen tulkintaideologia ja totuusarvo. Erilaisten oikeudellisen tulkintaideologioiden analyysi edellyttää ensin syvällisempää perehtymistä oikeudelliseen semantiikkaan.

III TULKINTAIDEOLOGIA, TOTUUSARVO, METAKONTEKSTI

14 Oikeudellisen tulkintalauseen semantiikka

14.1 RUDOLF CARNAPIN EKSTENSION JA INTENSION MENETELMÄ

Analyttisessä katsannossa kielentutkimus voidaan jakaa kielellisten ilmausten syntaksiin, semantiikkaan ja pragmatiikkaan. *Syntaksi* tarkoittaa kielen (loogista tai deskriptiivistä) *kielioppia* eli merkkien (= aakkosten) ja ilmausten (= sanojen t. lauseiden) keskinäisten suhteiden tutkimusta. Kielen *looginen* eli *formaali* syntaksi tarkoittaa loogisesti perusteltavissa olevia kielioppisääntöjä,¹ kun taas *deskriptiivinen* kielioppi tarkoittaa määrätystä yhteisössä tosiasiallisesti käytössä olevia kielioppisääntöjä, lähentyen kielentutkimuksen pragmatismia. *Semantiikka* tutkii kielellisten ilmausten merkityso pillista konstituutiota eli, saman foucault'laisittain ilmaisten, kielen 'sanojen' ja maailman 'asioiden' keskinäisiä suhteita.² *Pragmatiikka* tarkastelee kielellisten ilmausten tosiasiallista käyttöä määrätystä yhteisöllisessä puhetilanteessa eli kielen yhteisöllisiä ja puhujakohtaisia ominaisuuksia.³ *Mahdollisten maailmojen semantiikka* tarkastelee kielellisten ilmausten ylipäättään semanttisesti mahdollisten merkitysten sfääriä eli semanttista merkitysvaruutta.

Termien *syntaksi* ja *semantiikka* merkityssisältö ei ollut täysin vakiintunut vielä vuonna 1934, kun Carnapin *The Logical Syntax of Language* -teoksen saksankielinen alkuteos *Logische Syntax der Sprache* ilmestyi. Niinpä Carnap huomauttaa, että hänen käyttämällään termillä *syntaksi* on (tieteen) kielen tutkimuksessa sama tehtävä kuin Hilbertin termillä *metamatematiikka* tai puolalaisten loogikkojen, kuten Lukasiewiczin (1878–1956), termillä *metalogiikka*, jolla hän viittaa kielen, matematiikan tai logiikan formaaleihin muoto-opin sääntöihin. Carnapin mukaan Chwistek käyttää termiä ”semantiikka” tavalla, joka vastaa lähinnä Carnapin omaa termiä ”syntaksi”. Bühler ja hänen oppilaansa olivat käyttäneet termiä *sematologia* empiirisestä eli psykologisesta tai sosiologisesta merkitysteoriasta, joka tulee erottaa *semasiologiasta* eli luonnollisten kielten yleisestä merkityso pillista.⁴ Carnap myös ennako i *Logische Syntax*

¹ Carnap, *The Logical Syntax of Language*, s. 1–4. – ”By the *logical syntax* of a language, we mean the formal theory of the linguistic forms of that language – the systematic statement of the formal rules which govern it together with the development of the consequences which follow from these rules.” Carnap, mts. 1.

² Foucault, *Les Mots et les choses*, *passim*.

³ Syntaksin, semantiikan ja pragmatiikan käsitteistä, Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan*, s. 90.

⁴ Carnap, *The Logical Syntax of Language*, s. 9.

der Sprache -teoksessa Alfred Tarskin sittemmin tunnetuksi tekemän keskeiserottelun *objektikielen* ja *metakielen* välillä, joista Carnap itse käytti nimityksiä *objektikieli* ja *syntaksikieli*.⁵

Carnapin *The Logical Syntax of Language* -teoksen vaativan pääteesin mukaan:⁶

”*Filosofia tulee korvata tieteen logiikalla, toisin sanoen eri tieteiden käyttämien käsitteiden ja lauseiden loogisella analyysillä, sillä tieteen logiikka ei ole mitään muuta kuin tieteen kielen looginen syntaksi.*”

Tämä on samalla tiivistetysti Wienin piirin metodinen ohjelmanjulistus. Vaikka hyödynnän tässä teoksessa osin myös Carnapin *Logische Syntax der Sprache* eli *The Logical Syntax of Language* -teoksen terminologiaa esimerkiksi termin *looginen syntaksi* merkityksessä, seuraan kuitenkin oikeudellisen semantiikan kehittyessä Carnapin myöhempää teosta *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*, enkä sitoudu Carnapin ja Wienin piirin loogisten positivistien ajatukseen tieteen kielen syntaksin analyysistä kaikenlaisen tieteenfilosofian täydellisesti korvaavana toimintana. Esimerkiksi oikeustieteen tieteenkuva käsittää loogis-lingvististen sitoumusten ohella myös joukon muita keskeisiä tieteenteoreettisia eli tieteenfilosofisia sitoumuksia etenkin tutkimusta määrittävien ontologisten, epistemologisten ja metodologisten sitoumusten merkityksessä.⁷

Yksittäisistä 1900-luvun kielifilosofian tutkimuksista Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* tarkastelee yksinomaan mielekkään kielen (loogista) syntaksia ja semantiikkaa, rajaten lingvistisen pragmatiikan alaan kuuluvat kysymykset tarkastelun ulkopuolelle. Wittgensteinin myöhäistuotanto, kuten postuumisti julkaistut *Philosophische Untersuchungen* eli *Filosofisia tutkimuksia* ja *Varmuudesta* -teokset, samoin kuin niiden innoittamana syntynyt analyttinen hermeneutiikka eli Oxfordin koulun lingvistinen filosofia, jota esimerkiksi Gilbert Rylen *The Concept of Mind*, John L. Austinin *How to Do Things with Words* ja H.L.A. Hartin *The Concept of Law* edustavat, tarkastelee kielen pragmaattista eli puhuja-, puhetilanne- ja yhteisösidonnaista tehtävää, rajaten kielen joko loogisen tai deskriptiivisen syntaksin ja semantiikan tarkas-

⁵ Carnap, *The Logical Syntax of Language*, 4; vrt. Coffa, *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*, s. 300–305; Tarski, ”Semanttinen käsitys totuudesta”, s. 104–117. – Myöhemmässä tuotannossaan myös Carnap käyttää termejä *objektikieli* ja *metakieli*. Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 4–5.

⁶ ”*Philosophy is to be replaced by the logic of science – that is to say, by the logical analysis of the concepts and sentences of the sciences, for the logic of science is nothing other than the logical syntax of the language of science.*” Carnap, *The Logical Syntax of Language*, s. XIII (kursivoinnit Carnapin; käänös allekirjoittaneen). Tekstilainauksen englanninkielinen termi ”tieteet” viittaa ensisijaisesti luonnontieteisiin.

⁷ Oikeustieteen tieteenkuvasta, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 387–460.

telun ulkopuolelle.⁸ Wittgensteinin termin kyse on erilaisista *kielipeleistä* (engl.: *language-games*) eli kielen monimuotoisista yhteisöllisistä tehtävistä ja merkitysyhteyksistä esimerkiksi käskemisen, rukoilemisen, arvoitusten esittämisen, lain säättämisen tai tuomioistuinratkaisun julistamisen merkityksessä.

Semantiikka tutkii siis kielellisten ilmausten merkityksiä eli yhtäältä niiden referentiaalista viittaavuutta maailman asiointiloihin, olioihin tai vastaaviin todellisuuden ontologisiin sitoumuksiin sekä toisaalta niiden joko käsitteellistä tai propositionaalista ulottuvuutta tai ominaisuuksia. Kielellinen ilmaus on joko termi tai lause.⁹ Termit voidaan jakaa edelleen predikaatteihin ja yksilötermeihin. *Predikaatti* ilmaisee oloon liitetyn ominaisuuden, kuten ”aamutähti” ja ”iltatähti” planeetta Venuksen attribuutteina tai ”rationaalinen eläin” kaikki ihmiset käsittävän luokan määreenä. *Yksilötermi* nimeää jonkin määrätyn olion tai yksilön, kuten filosofi Sokrateen tai kirjailija Pentti Haanpään. *Lauseet* ovat syntaktisesti oikein muodostettuja kielellisiä ilmauksia, jotka ilmaisevat toden tai epätoden väittämän, kuten ”Sokrates oli etevä kreikkalainen filosofi”, ”Pentti Haanpää kirjoitti teoksen *Kenttä ja kasarmi*” tai ”Kuu on (ainakin *Wallace ja Gromit: Suuri huviretki* -piirroselokuvan mukaan) koostumukseltaan *Wensleydale*-juustoa.”

Analyttisessä katsannossa kielellisen ilmauksen semanttinen eli merkityso pillinen konstituutio käsittää kaksi osatekijää: yhtäältä sen semanttisen (*kohde*)referenssin, viittauskohteen, tarkoitteen eli *ekstension* sekä toisaalta sen merkityksen, merkityssisällön, propositionaalisen ajatussisällön, mielen, käsitteen eli *intension*.¹⁰ Semantiikan käsitteistö ei toisin sanoen ole täysin vakiintunut, ja esimerkiksi Ludwig Wittgenstein määrittelee *Tractatus*ssa Fregen teorialle keskeisen *Sinn–Bedeutung*-erottelun olennaisesti toisin kuin Frege (tai Russell).¹¹ Seuraan itse jatkossa lähinnä Carnapin *ekstension ja intension menetelmän* mukaista käsitteistöä.¹²

Yksittäisen predikaatin *semanttinen kohdereferenssi* – *merkityssisältö* – (= Frege) tai *ekstensio* – *intensio* -jaottelua (= Carnap) voi parhaiten havainnollistaa modernin semantiikan varsinaisen perustajan, Gottlob Fregen (1848–1925), käyttämällä esimerkillä. Predikaateilla ”aamutähti” ja ”iltatähti” on yksi ja sama *semanttinen (kohde)referenssi* eli planeetta Venus, mutta niiden *merkitys*

⁸ Myös John L. Austinin ja John Searlen kehittämä *institutionaalisten puhetekojen teoria* sekä Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalinen oikeuspositivismi* perustuvat keskeisin osin lingvistisen pragmatiikan varaan. Kootusti analyttisestä ja lingvistisestä filosofiasta, Martinich & Sosa, eds., *A Companion to Analytic Philosophy*; samat, eds., *Analytic Philosophy. An Anthology*.

⁹ Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan*, s. 119.

¹⁰ Ekstension ja intension käsitteistä, Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 16–32; Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan*, s. 119–123; Miettinen, *Logiikka*, s. 172.

¹¹ Coffa, *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*, s. 142–143.

¹² Myös Niiniluoto seuraa lähinnä Carnapin esitystä. Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan*, s. 119 *et seq.*

on ratkaisevasti erilainen: predikaatti ”aamutähti” viittaa taivaankappaleeseen, jolla on ominaisuus ”näkyä vain aamunkoitteessa”, kun taas ”iltatähti” viittaa taivaankappaleeseen, jolla on ominaisuus ”näkyä vain iltataivaalla”, vaikka kyse on yhdestä ja samasta taivaankappaleesta, planeetta Venuksesta.¹³ Rudolf Carnap (1891–1970) perusti oman semantiikan järjestelmänsä *ekstension ja intension metodin* (engl.: *the method of extension and intension*) varaan, jota siis tässä seuraa.¹⁴

Lauseen intensio eli merkityssisältö on sen käsittämä *propositionaalinen ajatussisältö* eli *merkityssisältö*. Lauseen ekstensio eli semanttinen referenssi on sen *totuusarvo*.

Kootusti predikaatin, yksilötermin ja lauseen semanttinen ekstensio ja intensio voidaan esittää seuraavasti:¹⁵

Kielellinen ilmaus	Ekstensio	Intensio
<i>predikaatti</i> (yksipaikkainen)	olioiden luokka t. joukko	ominaisuus, yleiskäsite
<i>predikaatti</i> (useampipaikkainen)	relaatio	suhdekäsite
<i>yksilötermi</i>	olio, yksilö	yksilökäsite
<i>lause</i>	totuusarvo: tosi/epätosi	propositio, propositionaalinen ajatussisältö

Predikaatit voidaan vielä jakaa yksi- ja useampipaikkaisiin. Yksipaikkaisen predikaatin ekstensio on olioluokka ja intensio määrätty ominaisuus. Useampipaikkaisen predikaatin ekstensio on relaatio ja intensio suhdekäsite.¹⁶

Carnap tarkoittaa predikaatin ekstensiolla määrättyä olioiden, yksilöiden tai entiteettien luokkaa (engl.: *class of individuals*), ja predikaatin intensio tarkoittaa tiettyä ominaisuutta (engl.: *property*), joka kyseiseen luokkaan on liitetty.¹⁷ Nämä vastaavat Fregen keskeiskäsitteitä semanttinen kohdereferenssi (saks.: *Bedeutung*; engl.: *reference*; lat.: *nominatum*) ja merkitys eli mieli (saks.: *Sinn*; engl.: *sense*). Yksilötermin (engl.: *individual expression*) ekstensio on Carnapin mukaan määrätty yksilö (engl.: *individual*) ja intensio vastaava yksilökäsite

¹³ Frege, ”Mielestä ja merkityksestä”, s. 45–48. – Fregen semantiikan *nominatum–sense*-jaottelusta suhteessa Carnapin *extension–intension*-jaotteluun, Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 124 *et seq.* – Samoin matematiikan ilmauksilla ”2 + 1” ja ”√9” on sama ekstensio, mutta niiden intensiot poikkeavat merkittävästi toisistaan. Vrt. Miettinen, *Logiikka*, s. 172.

¹⁴ Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 1–68.

¹⁵ Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 1, 23–42; Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan*, s. 120.

¹⁶ Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan*, s. 120.

¹⁷ Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 19.

¹⁸ Modernin semantiikan historiasta ja sen suhteesta *Wienin piirin* tutkimusohjelmaan, Coffa, *The Semantic Tradition from Kant to Carnap*.

(engl.: *individual concept*) eli yksilön ainutkertaisten ominaisuuksien kokonaisuus, joille ei Fregen teoriasta löydy vastinetta.¹⁸ Lauseen (engl.: *sentence*) ekstensio on Carnapin yhtä hyvin kuin Fregen mukaan sen totuusarvo (engl.: *truth-value*) ja intensio sen ilmaisema propositio eli ajatussisältö (engl.: *proposition*).¹⁹ Tältä osin Fregen ja Carnapin semantiikan järjestelmät siis vastaavat toisiaan.²⁰ Vain epäsuorassa kerronnassa (engl.: *oblique nominatum & oblique sense*) Fregen ja Carnapin semantiikan järjestelmät poikkeavat toisistaan.²¹ Carnap perustelee omaa ekstension ja intension varaan rakentuvan käsitteistönsä valintaa sillä, ettei se ole Fregen *Sinn-Bedeutung*-jaotuksen tavoin kontekstisidonnainen.²²

Frege perustelee semantiikan myöhemmälle kehitykselle keskeisen väitteen, jonka mukaan lauseen semanttinen referenssi on yhtä kuin sen *totuusarvo*, huomauttamalla, että lauseen propositionaalisen ajatussisällön ohella annamme yleisesti merkitystä myös sen totuusarvolle.²³ Frege viittaa jo Leibnizin aikaan esittämään ajatukseen, jonka mukaan ”sellaiset sanat, jotka voidaan korvata toisillaan [lauseen] totuusarvon muuttumatta, merkitsevät samaa”,²⁴ ja jatkaa kysyen: ”Mikä muu kuin totuusarvo kuuluu jokaiselle lauseelle, jossa lainkaan on kyse sen osatekijöiden merkityksestä, mutta säilyy muuttumattomana mainitunlaisessa sijoituksessa?”²⁵ Määrittelyn seurauksena on samalla se, että yhtäältä kaikilla tosilla lauseilla ja toisaalta kaikilla epätosilla lauseilla on yksi ja sama (ekstensionaalinen) merkitys.²⁶ Lauseen ekstensionaa voi toisin sanoen olla vain jompikumpi arvoista ”tosi” tai ”epätosi” (jollei sitten hyväksy-

¹⁹ Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 25–27.

²⁰ Fregen *Sinn – Bedeutung* sekä Carnapin *extension–intension*-käsitteiden suhteesta, Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 124–129, missä Carnap perustelee kannan, jonka mukaan Fregen merkityssisältö (saks.: *Sinn*) vastaa käsitteen intensiota ja Fregen semanttinen referenssi eli *nominatum* (saks.: *Bedeutung*) vastaa käsitteen ekstensiota vain suoran kerronnan (engl.: *ordinary nominatum & ordinary sense*) semanttisessa kontekstissa.

²¹ Esimerkkinä suorasta ja epäsuorasta kerronnasta ovat lauseet: ”Planeettojen kiertoradat ovat ympyröitä.” ja ”Kopernikus väitti, että planeettojen kiertoradat ovat ympyröitä.” Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 123–124.

²² Carnap, mts. 125.

²³ ”Ajatus pysyy samana, olipa nimellä ’Odysseus’ [osana lausetta: ’Odysseus laskettiin syvässä unessa maihin Ithakassa’] merkitys vai ei. Se, että ensinkään välitämme lauseenosan merkityksestä, on osoitus siitä, että yleensä myönnämme ja vaadimme, että itse lauseellakin on merkitys. Meidän kannaltamme ajatus menettää arvoaan, kun toteamme, että joltain sen osalta puuttuu merkitys. Olemme siis oikeassa, kun emme tyydy lauseen mieleen [saks.: *Sinn*; engl.: *sense*], vaan kysymme myös sen merkitystä [saks.: *Bedeutung*; engl.: *reference*; lat.: *nominatum*]. (...) Pyrkimys totuuteen – se siis saa meidät etenemään mielestä merkitykseen. – Olemme nähneet, että lauseelle tulee etsiä merkitystä aina silloin, kun pidämme osatekijöiden merkitystä tärkeänä. Ja näin on aina silloin ja vain silloin, kun kysymme totuusarvoa. – Näin joudumme tunnustamaan lauseen *totuusarvon* sen merkitykseksi. Lauseen totuusarvolla ymmärrän sitä, että se on tosi tai että se on epätosi.” Frege, ”Mielestä ja merkityksestä”, s. 45–46 (kursivointi Fregen).

²⁴ Frege, ”Mielestä ja merkityksestä”, s. 46.

²⁵ Frege, mts. 46–47.

²⁶ Frege, mts. 47. – Frege tarkoittaa siis tässä lauseen ”merkityksellä” myöhemmästä vakiintuneesta kielenkäytöstä poikkeavalla tavalla sen semanttista kohdereferenssiä eli *ekstensiota* (saks.: *Bedeutung*; engl.: *reference*; lat.: *nominatum*) eli totuusarvoa.

tä myös moniarvologiikan mukaisia totuusarvoja esimerkiksi totuusarvon ”epävarma” merkityksessä), eikä Fregen tai Carnapin käsitteistö tee tämän täsmällisempää tai analyttisempää jaottelua mahdolliseksi. Lauseen mieli (saks.: *Sinn*) esittää määrätyn propositionaalisen ajatussisällön, jonka lauseen semanttinen referenssi (saks.: *Bedeutung*) kiinnittää todellisuuteen lauseen totuusarvon tarkoittamalla tavalla.

Carnap perustelee lauseen ekstension määrittelyä totuusarvon säilyttävien eli ekstensionaalisten konnektiivien avulla ja toteaa, että lauseen totuusarvon ja predikaatiivisen ilmauksen kesken vallitsee vahva analogia: n -asteen predikaatille (engl.: ’*predicator*’) on ominaista se tosiseikka, että siihen tulee liittää n kappaletta sisällöllisiä argumentteja (engl.: *argument expressions*), jotta tuloksena olisi kokonainen lause. Niinpä lausetta voi pitää 0-asteen predikaatiivisena ilmauksena, ja kahdella lauseella S_1 ja S_2 on sama ekstensio, jos ja vain jos ” $S_1 = S_2$ ” on tosi eli jos ja vain jos S_1 :n ja S_2 :n välillä vallitsee ekvivalenssirelaatio.²⁷

Carnapin *ekstension ja intension menetelmä* soveltuu paitsi tavanomaisten väitelauseiden myös esimerkiksi *konventionaalisten* yhteisöllisten tosiasioiden analyysiin. Arvioin sen soveltuvuutta oikeudellisten tulkintalauseiden analyysiin sen jälkeen, kun olen ensin pohtinut oikeudellisen tulkintalauseen edellyttämää todellisuuden loogista konstituutiota, edellytettyä ontologiaa ja rakenteellista aksiologiaa. Esimerkiksi hollantilainen Dick W. P. Ruiter on tarkastellut oikeudellisen instituution ontologisia ja käsitteellisiä sitoumuksia seitsemän perustavan kategorian avulla:²⁸

- (a) oikeustoimikelpoiset oikeussubjektit eli oikeushenkilöt (engl.: *legal persons*), kuten Euroopan unioni oikeudellisena toimijana,
- (b) oikeudet (engl.: *legal objects*), jotka voivat olla oikeustoimien kohteena, kuten luovutettavissa oleva omistusoikeus,
- (c) oikeudelliset kvaliteetit (engl.: *legal qualities*) eli oikeussubjektien ominaisuudet, kuten oikeushenkilön määräenemmistö,
- (d) oikeudellinen status (engl.: *legal status*) eli oikeuksien kohteen ominaisuudet, kuten kulttuurihistoriallisesti arvokkaan kohteen ominaisuus ”olla rauhoitettu”,
- (e) oikeussubjektien keskinäiset oikeussuhteet (engl.: *personal legal connections*), kuten velvoiteoikeudet,
- (f) oikeudelliset asiantilat eli konfiguraatiot (engl.: *legal configurations*) eli oikeuksien kohteiden keskinäiset suhteet, kuten omistusoikeuden ja rajoitetun esineoikeuden välinen suhde, ja
- (g) oikeussubjektin oikeusasema (engl.: *objective legal connections*) eli oikeussubjektin ja oikeuksien kohteen välinen suhde, kuten henkilön omistusoikeus määrittyyn esineeseen.

²⁷ Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 26.

²⁸ Ruiter, *Legal Institutions*, s. 96–115.

Nähdäkseni Ruiterin analyysia voidaan luontevasti tulkita Carnapin semantiikan järjestelmän avulla siten, että Ruiterin kohdat (a) ja (b) viittaavat määrätyn oikeudellisen predikaatin *ekstensioon* eli asialliseen soveltamisalaan joko oikeussubjektien tai oikeussubjekteille kohdennettujen erityisten oikeuksien merkityksessä, kun taas Ruiterin kohdat (c) ja (d) tarkoittavat kyseisen predikaatin *intensiota* siihen liitettyjen määrättyjen ominaisuuksien merkityksessä. Myös muut Ruiterin alakohdat täsmentyvät Carnapin semantiikan avulla, sillä niissä on kyse kaksipaikkaisista predikaattirelaatioista joko oikeussubjektien (= Ruiterin kohta e), erityisten oikeuksien (= Ruiterin kohta f) tai oikeussubjektien ja erityisten oikeuksien välillä (= Ruiterin kohta g).

Lauseen totuusarvon eli ekstension määrittäminen edellyttää sitoutumista tietynlaiseen *totuusteoriaan*, jota vaatimusta on tulkittu analyttisen oikeusrealismin premissien alaisuudessa totuuden *korrespondenssiteorian* mukaisella tavalla Ludwig Wittgensteinin ja Alfred Tarskin edustaman semanttisen totuuskäsityksen mukaisesti. Jos lauseen totuusarvoa määrittävät ehdot määritellään toisin, myös käsitys lauseen referentiaalisesta ekstensiosta muuttuu vastaavasti. Esimerkiksi *koherenssiteorian* mukainen käsitys yksittäisen lauseen ekstensiosta eli totuusarvosta on pääteltävissä vain suhteessa kielen muihin käsitteisiin ja lauseisiin, jolloin käsitys todellisuudesta saa vahvasti käsitteellisen ja yhteisöllisen luonteen. *Konsensusiteoria* mieltää lauseen totuusarvon määrittämisen viime kädessä yhteisöllisenä ilmiönä, jota universaaliauditorion tai vastaavan ideaalisen kohdeauditorion määreet keskeisesti rajaavat. *Pragmatistisen* totuusteorian mukaan lauseen totuusarvo on määritettävissä vain suhteessa sen koeteltavissa eli verifioitavissa oleviin seurauksiin konsekventialistisen tarkastelutavan edellyttämällä tavalla. Wittgensteinin edustama korrespondenssiteoria vastaa parhaiten Carnapin semantiikan järjestelmää, jolloin kielen 'sanat' ja maailman 'asiat' liittyvät toisiinsa kielen kuvateorian edellyttämällä tavalla.

Totuusarvoa määrittäviä tekijöitä, jotka 'tekevät' lauseesta toden eli joiden perusteella lauseen totuusarvo on ratkaistavissa esimerkiksi Wittgensteinin *Traktatuksen* perusteleman kielen kuvateorian mukaisen kielen lauseiden ja maailman asiantilojen keskinäisen vastaavuuden tai jonkin sen totuusteoreettisen vaihtoehdon, kuten tarkasteltavana olevien lauseiden keskinäisen yhteensopivuuden (= totuuden koherenssiteoria), lauseen propositionaaliseen ajatussisältöön ja referentiaaliseen totuusarvoon kohdentuvan yhteisöllisen hyväksynnän (= totuuden konsensusiteoria) tai lauseen empirisen koeteltavuuden sekä sen edellyttämien seurausten ennakoitavuuden (= pragmatistinen totuusteoria) merkityksessä, voi kutsua lauseen totuusarvoa määrittäviksi *truth-makers*-tekijöiksi. Termi *truth-makers* liittyy etenkin realistisen filosofian mukaiseen totuuden korrespondenssiteoriaan.²⁹ Vastaavasti

²⁹ Armstrong, *Truth and Truthmakers*, s. 4–52.

oikeudellisia validiteetti- ja tulkintakriteereitä voisi kutsua oikeudellisen tulkintalauseen ja *validity*- ja *sense-makers*-kriteereiksi.

14.2 TODELLISUUDEN LOOGINEN KONSTITUUTIO, EDELLYTETTY ONTOLOGIA JA RAKENTEELLINEN AKSIOLOGIA

Rudolf Carnapin tavoin ymmärretty kielen loogis-semanttinen konstituutio eli ekstensio/intensio -jaottelun toteuttaminen edellyttää sitoutumista määrätynlaiseen *totuusteoriaan* ja sitä vastaavaan käsitykseen kielen ja maailman *loogisesta konstituutiosta* lauseen ekstension eli sen totuusarvon määrittämiseksi. Etenkin Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen yhtäältä vain mahdollisten ja toisaalta toteutuneiden *asiantilojen* varaan perustuva ontologia eli käsitys todellisuuden sisäisestä ja ulkoisesta rakenteesta soveltuu hyvin yhteen (Fregen ja) Carnapin yhtäältä ekstensionaalisen eli referentiaalisen ja toisaalta intensionaalisen eli lauseiden propositionaalisten sekä käsitteiden ominaisuuksiin perustuvien merkitysten järjestelmän kanssa.³⁰ Maailma on Wittgensteinille tosiasioiden eli vallitsevien asiantilojen kokonaisuus.³¹ Tosiasiat 'sijaitsevat' *loogisessa tilassa* (saks.: *im logischer Raum*), missä jokin yksittäinen asiantila voi joko toteutua tai jäädä toteutumatta. Mahdollisten tai toteutuneiden asiantilojen varaan rakentuva käsitys kielen ja maailman välisestä suhteesta noudattaa toisin sanoen Carnapin semantiikan yhtä hyvin kuin Wittgensteinin *Tractatuksen* ontologian järjestelmän mukaista *mahdollisten maailmojen* semantiikkaa ja ontologiaa.

Todellisuus on Wittgensteinin mukaan yhtäältä mahdollisten ja toisaalta toteutuneiden asiantilojen, ei esimerkiksi olioiden, ideoiden tai havainnonsisältöjen, kokonaisuus. *Asiantilat* koostuvat elementaaristen eli yksinkertaisten olioiden (asioiden, esineiden) yhteisyydestä, konfiguraatiosta.³² *Maailma* käsittää vallitsevat asiantilat eli tosiasiat.³³ Carnapin semantiikan yksilökäsitteitä vastaavat yksilöt (= yksilötermit) ja yleistettyjä ominaisuuksia vastaavat olioiden luokat (= predikaatit) voidaan tulkita Wittgensteinin olioiden (asioiden, esineiden) kielellisenä vastineena. Lauseen propositionaalista ajatussisältöä vastaava

³⁰ Wittgensteinin *Tractatuksen* suhteesta Carnapin semantiikkaan, Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 9.

³¹ "Die Tatsachen im logischer Raum sind die Welt." Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 1.13 (s. 30).

³² "Yksityinen asiantila on olioiden (asioiden, esineiden) yhteys". Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus eli Loogis-filosofinen tutkielma*, § 2.01.

³³ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 2.04. (s. 36) ja § 2.06 (s. 36): "Die Gesamtheit der bestehenden Sachverhalte ist die Welt." ja "Das Bestehen und Nichtbestehen von Sachverhalten ist die Wirklichkeit." Vrt. Stenius, *Wittgenstein's Tractatus*, s. 31.

totuusarvo eli arvo ”tosi” tai ”epätosi” on tällöin määritettävissä suhteessa siihen, vallitseeko lauseen tarkoittama asiantila vaiko ei, kun ”asiantila” ymmärretään Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* tarkoittamalla tavalla. Taustalla on korrespondenssiteorian mukainen käsitys lauseen totuusarvoa määrittävistä tekijöistä eli *truth-makers* -tekijöistä.³⁴

Fregen, Carnapin tai Wittgensteinin tavoin jäsennetty semantiikka edellyttää toisin sanoen kielen ulkoiselta todellisuudelta tietynlaista *rakenteellista ontologiaa* eli oletusta lauseen tarkoittamien olioiden, entiteettien tai asiantilojen vähintäänkin mahdollisesta eksistenssistä sekä yhteisön käyttämältä kieleltä vastaavaa *loogista konstituutiota* eli vakioitua syntaktista ja semanttista rakennetta, joita ilman kielelliset ilmaukset ja maailman oliot, asiantilat tai vastaavat entiteetit – eli, Michel Foucault’n tiedonarkeologian termin, kielen ’sanat’ ja maailman ’asiat’ – eivät kohtaisi toisiaan vallitsevan tietomuodon tarkoittamalla tavalla. Wittgensteinin *Tractatuksen* edellyttämä rakenteellinen ontologia jäsentyy siis mahdollisten ja toteutuneiden asiantilojen varaan. Asiantilat (saks.: *Sachverhalten*) koostuvat elementaaristen eli yksinkertaisten olioiden (asioiden, esineiden) yhteisyydestä, konfiguraatiosta, joskaan Wittgenstein ei täsmennä sitä, mitä nämä elementaariset oliot, asiat tai esineet (saks.: *Gegenstände, Sachen, Dinge*) oikein ovat.³⁵ Wittgensteinin mukaan kielen looginen syntaksi on lisäksi rakentunut tavalla, joka mielekkäiden eli totuusarvon saavien lauseiden osalta vastaa rakenneyhtäläisen kuvasuhteen tavoin todellisuuden joko mahdollisia tai tosiasiallisesti toteutuneita asiantiloja. Toteutuneita asiantiloja Wittgenstein kutsui *tosiasioiksi* (saks.: *Tatsachen*; engl.: *facts*).³⁶

Erik Steniuksen oivallisen *Tractatus*-kommentaarin käsitteistöä seuraten voi vielä erottaa maailman asiantilojen sisäisen konstituutorakenteen ja ulkoisen konfiguraatorakenteen. Asiantilan sisäinen rakenne tarkoittaa sen käsittämien erilaisten objektien ja predikaattien sekä mahdollisten muiden rakenteellisten ainesosien kokonaisuutta eli ylipäätään mahdollisten maailmojen sisäistä konstituutorakennetta, kun taas asiantilan ulkoinen rakenne tarkoittaa sen toteutunutta konfiguraatorakennetta objektien ja predikaattien vallitsevaksi asiantilaksi eli tosiasiaksi tai monilukuseksi faktakompleksiksi yhteenliittymisen (tai yhteenliittämisen) merkityksessä.³⁷ Wittgensteinin *Tractatuksen* tavoin Fregen ja Carnapin semantiikka edellyttää tietynlaista vastaavuussuhdetta yhtäältä kielen sisäisen rakenteen eli *loogisen syntaksin* (eli ’loogisen kieliopin’) ja todelli-

³⁴ Yleisesti Armstrong, *Truth and Truthmakers*.

³⁵ ”Yksityinen asiantila on olioiden (asioiden, esineiden) yhteys.” Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus eli Loogis-filosofinen tutkielma*, § 2.01.

³⁶ ”Die Tatsachen im logischer Raum sind die Welt.” Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 1.13 (s. 30).

³⁷ Termi *konfiguraatorakenne* on allekirjoittaneen, mutta ajatus on nähdäkseni Steniuksen. Käsittelin Wittgensteinin *Tractatuksen* ontologiaa myös edellä oikeudellisen korrespondenssiteorian yhteydessä.

suuden *sisäisen konstituutorakenteen* sekä toisaalta kielen ulkoisen rakenteen eli toteutuneen *empiirisen syntaksin* ja todellisuuden *ulkoisen konfiguraatorakenteen* välillä. Toisin kuin Ferdinand de Saussuren ajatuksiin palautettavissa oleva ranskalainen strukturalistinen semiotiikka, joka tarkastelee kielellisiä ilmauksia täydellisesti irrotettuna niiden semanttisesta kohdereferenssistä esimerkiksi maailman olioiden tai asiantilojen merkityksessä,³⁸ Fregen ja Carnapin semantiikka on sitoutunut todellisuuden olioiden ja niiden ominaisuuksien sekä asiantilojen edellytettyyn eksistenssiin.

Ilman edellytettyä vastaavuutta kielen loogisen syntaksin ja todellisuuden asiantilojen välillä Fregen semanttinen kohdereferenssi/merkitys tai Carnapin ekstensio/intensio-jaottelu eivät olisi toteutettavissa: lauseen intensio on yhtä kuin todellisuuden mahdollisia tai tosiasiallisesti toteutuneita asiantiloja koskeva propositionaalinen ajatussisältö, eikä sen ekstensio eli totuusarvo ole arvioitavissa ilman viittausta todellisuudessa tosiasiaassa vallitsevien asiantilojen konfiguraatioon, jos ja kun on omaksuttu Wittgensteinin ja Carnapin tavoin korrespondenssiteorian mukainen käsitys tiedosta ja todellisuudesta. Tuo suhde kielen ja maailman välillä ei ole välttämättä Wittgensteinin tarkoittamalla tavalla isomorfinen, vaan heikompi vastaavuussuhde kielen loogisen syntaksin ja mahdollisten maailmojen semantiikan sisäisen ja ulkoisen rakenteen kesken riittää.

Oikeuden *looginen konstituutio*, *edellytetty ontologia* ja *rakenteellinen aksiologia* ovat oikeuden todellisuusrakenteen osatekijät. Ne ovat läheisessä yhteydessä toisiinsa, mutta ne tarkastelevat oikeutta tai yksittäistä oikeudellista tulkintalauseetta kukin hieman eri näkökulmasta.

Oikeudellisen tulkintalauseen yhtä hyvin kuin formaalin, institutionaalisen tai aineellisen tulkintaideologian *edellytetty ontologia* kiinnittää tarkastelun oikeuden rakenteellisen ontologian sitoumuksiin, kuten institutionaalisiin päätöksiin perustuviin oikeussääntöihin ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuviin oikeusperiaatteisiin institutionaalisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla, muunlaisiin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin aineellisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla tai oikeudellisiin käsitteisiin ja niiden keskinäisiin suhteisiin formaalin tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla. Oikeudellisen tulkintalauseen ontologiset sitoumukset voivat edelleen täsmentyä esimerkiksi yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden tai, vaihtoehtoisesti, toteutuneiden ja toteutettavissa olevien eli tehokasta oikeussuojaa nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuudeksi oikeudellisen konventionalismin tai analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla. Näkökulma kiinnittyy tällöin oikeuden konstitutiivisiin reunaehtoihin.

³⁸ Strukturalistisesta semiotiikasta, de Saussure, *Cours de linguistique générale*; Greimas, "Analyse sémiotique d'un discours juridique. La loi commerciale sur les sociétés et les groupes des sociétés"; Greimas & Courtés, *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*; samat, *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage. Tome 2*.

Oikeuden *looginen konstituutio* painottaa oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden loogis-lingvististä käsitteellistettävyyttä ja loogis-syntaktista 'kielioppia' erilaisten kielellisten konstruktioiden merkityksessä. Oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen looginen konstituutio on mahdollista määritellä esimerkiksi W. N. Hohfeldin tarkoittamalla tavalla suhdekäsitteiksi ymmärrettyjen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, vailla semanttista referenssiä muualla kuin voimassa olevan oikeuden rajaamassa merkitysavaruuksessa. Vaihtoehtoisesti oikeuden kielellinen konstituutio on mahdollista määritellä esimerkiksi konkreettisten, henkilö- ja tilannesidonnaisten käsitteiden avulla sosiaalisen siviilioikeuden tarkoittamalla tavalla. Tarkastelutapa kiinnittyy oikeuden kielen loogisiin ja käsitteellisiin ominaisuuksiin.

Keskeisin oikeudellisen tulkintalauseen edellyttämän ontologian ja oikeuden kielen (loogisen) syntaksin yhteisistä, oikeudellista todellisuutta koossapitävistä sitoumuksista on oikeudellisen tulkintalauseen kiinnittyminen vallitsevaan *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* voimassa olevien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovien, velvoittavien tai ohjaavien oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden merkityksessä. Oikeussäännöt perustuvat määrättyjen institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän ja tuomioistuinten, yksilöitävissä oleviin päätöksiin, kun taas oikeusperiaatteet perustuvat ensisijaisesti vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin. Vallitseva oikeudellinen metateoria eli oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti perustelee oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden oikeudellisen validiteetin, sovellettavan oikeudellisen sääntely- ja ratkaisumallin sekä oikeudellisen ratkaisuarvon tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana ratkaisuperusteena.

Oikeuden *rakenteellinen aksiologia* tarkoittaa institutionaalisiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen, vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden sekä yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden muodostamaa kokonaisuutta, keskinäissuhteita ja muutosdynamiikkaa yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden oikeudellistumisen ja formalisoitumisen sekä materiaalistumisen ja dejuridisoitumisen tarkoittamalla tavalla. Näkökulma painottaa oikeuden *institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan* merkitystä suhteessa voimassa olevan oikeuden käsittämiin sääntöihin ja periaatteisiin. Oikeuden *sisäinen aksiologia* viittaa oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden käsittämiin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, kun taas oikeuden *ulkoinen aksiologia* viittaa yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, jotka eivät saa oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää oikeudellisesti merkityksellisistä yhteiskunnallisista käytännöistä.

Oikeuden looginen konstituutio korostaa *formaalin* tulkintaideologian tavoin oikeuden loogis-lingvistisiä määreitä ja sitoumuksia. Oikeuden edellytetty eli rakenteellinen ontologia korostaa *institutionaalisen* tulkintaideologian tavoin institutionaalisiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja yhteisöllisiin käy-

täntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden merkitystä. Oikeuden rakenteellinen aksiologia korostaa *aineellisen* tulkintaideologian tavoin oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan merkitystä.

Toisaalta myös oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet tai oikeudelliset asiantilat samoin kuin institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää vailla olevat yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet tulee voida kielellisesti käsitteellistää, jotta ne voisivat olla osana oikeudellista tulkintalauseetta, joten oikeuden looginen konstituutio laajenee näin koskemaan myös institutionaalista ja aineellista tulkintaideologiaa. Oikeuden ontologiset sitoumukset ulottuvat myös kielellisten ilmausten yhtä hyvin kuin yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden tapaan 'olla olemassa', joten oikeuden edellytetty ontologia määrittää osaltaan myös formaalia ja aineellista tulkintaideologiaa. Lopuksi oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ovat kumpikin sidoksissa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, ja myös oikeudellisen kielen käsitteet saattavat kietoutua yhteen yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden kanssa,³⁹ joten oikeuden rakenteellinen aksiologia koskee sekin myös institutionaalista ja formaalia tulkintaideologiaa. Kyse on tältä osin vain näkökulma- ja painotuserosta oikeuteen ja oikeudelliseen tulkintalauseeseen.

Yleistäen oikeudelliset tulkintalauseet edellyttävät tietynlaista vakioitua käsitystä kielen *loogisesta konstituutiosta* eli kielen loogisesta syntaksista ja maailman *edellytetyistä ontologiasta* eli todellisuuden sisäisestä konstituutio- ja ulkoisesta konfiguraatorakenteesta, jotta oikeudellisten tulkintalauseiden semanttinen intensio eli tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö ja semanttinen ekstensio eli oikeudellinen validiteetti olisivat toteutettavissa formaalin, institutionaalisen tai aineellisen tulkintaideologian edellyttämällä tavalla. Oikeudelliset tulkintalauseet edellyttävät toisin sanoen tietynlaista rakenteellista ontologiaa: oikeuden ylipäättään mahdollisten maailmojen asiantilojen sisäistä *konstituutorakennetta* ja tosiasiallisesti toteutuneen maailman käsittämien tosiasioiden ulkoista *konfiguraatorakennetta* sekä sanottuja ontologisia sitoumuksia vastaavaa oikeudellisten tulkintalauseiden loogista syntaksia ja mahdollisten maailmojen semantiikkaa, jotta oikeudellisen tulkintalauseen semanttinen intensio olisi määritettävissä, rajattavissa ja kohdennettavissa voimassa olevaan oikeuteen oikeudellisen tulkintalauseen semanttisen ekstension edellyttämällä tavalla.

Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ovat oikeuden rakenteellisen ontologian edellyttämää 'metafysiikan tarpeistoa' (engl.: *furniture of the world*) eli sen ontologista ja loogis-käsitteellistä konstituutiota, jota ilman oikeuden 'sanat' ja oikeuden 'asiat' eivät liittyisi oikeudellisen tietomuodon edellyttämällä tavalla toisiinsa. Institutionaalisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisölli-

³⁹ Oikeudesta "jäähmettyneenä politiikkana" (engl.: *frozen politics*), Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, s. 92, 108.

siin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet toteuttavat samalla *institutionaalisen* tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa.

Institutionaalisten oikeussääntöjen ja yhteisöllisten oikeusperiaatteiden sijasta oikeuden looginen konstituutio ja edellytetty ontologia voivat kiinnittyä myös muunlaisiin konstitutiivisiin ja loogis-käsitteellisiin sitoumuksiin. Todelisuutta jäsentävinä loogisina konstruktioina voivat tulla kyseeseen oikeudelliset (perus)käsitteet ja niiden keskinäiset suhteet, joihin *formaali* tulkintaideologia kiinnittyy, tai yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet, jotka eivät nauti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä, ja näihin *aineellinen* tulkintaideologia puolestaan kiinnittyy. Kummassakaan viimeksi mainituksa tapauksessa tarkasteltavana oleva tulkintalause ei ole täsmällisesti puhuen *oikeudellinen*, koska se ei täytä mitään institutionaalisen tulkintaideologian asettamista institutionaalisista ja yhteisöllisistä validiteettikriteereistä.

Tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen omakohtaiset uskonnolliset, yhteiskuntaideologiset ja poliittiset arvot tai muunlaiset yhteiskunnalliset preferenssit rajautuvat institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen ulkopuolelle samoin kuin oikeustieteen luoma tieteellisten oikeuskäsitteiden järjestelmä, jolleivät nuo oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet saa samalla riittävää tukea oikeusyhteisössä vallitsevasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta. Jos ja kun sellaisiin validiteetti- ja tulkintakriteereihin vedotaan, kyse on joko käsitelainopillisesti suuntautuneen oikeustieteen loogis-käsitteellisten ja oikeussysteemisten pohdintojen tuloksesta tai vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tuottamasta tulkintalauseesta, jonka liittymät voimassa olevan oikeuden käsittämiin tulkinta- ja ratkaisuperusteisiin sekä oikeuden vallitsevaan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan ovat katkenneet puuttuvan institutionaalisen ja yhteisöllisen tuen vuoksi.

14.3 OIKEUDELLISEN TULKINTALAUSEEN VALIDITEETTI- JA TULKINTAKRITEERI

Frege tai Carnap eivät käsittele kirjoituksissaan erityisesti *oikeudellisia tulkintalauseita*, joihin Tarskin semanttinen totuusteoria tai vastaava totuuden korrespondenssisteoria ei välttämättä sovellu oikeudellisen tulkintalauseen ja sen tueksi esitettyjen oikeudellisten perustelulauseiden erityispiirteiden vuoksi. Nähdäkseni semanttista analyysiä voi kuitenkin jatkaa siten, että myös oikeudelliset tulkintalauseet tulevat sen alaan. Tämä edellyttää oikeudellisen tulkintalauseen totuusehtojen määrittelyä suhteessa sovellettavaan tulkintamalliin tai tulkintaideologiaan, jota vasten Fregen ja Carnapin luonnehtimat lauseen semanttiset määreet eli Fregen termein semanttinen kohdereferenssi ja merkityssisältö sekä

Carnapin termin semanttinen ekstensio ja intensio ovat arvioitavissa. Aivan kuten tavallisen (väite)lauseen semanttisen ekstension eli totuusarvon määrittäminen edellyttää sitoutumista määrättyyn *totuusteoriaan*, tulkintalauseen ekstension määrittäminen edellyttää vastaavasti sitoutumista tietynlaiseen *tulkinta-ideologiaan* ja sen määrittämään *validiteettikriteeriin* oikeudellisen tulkinnan formaalin, oikeudellisen eli institutionaalisen ja yhteisöllisen tai aineellisen kohdereferenssin eli totuusarvon merkityksessä.

Määrittelen oikeudellisen tulkintalauseen Carnapin semanttisen ekstension ja intension menetelmän avulla seuraavasti:

Oikeudellinen tulkintalause on tavallisesti tuomarin tai oikeuden tutkijan tuottama, syntaktisesti eli kieliopillisesti oikein muodostettu lause, jonka semanttisena *ekstensiona* on oikeudellinen *validiteetti* ja sitä vastaava *institutionaalinen totuusarvo* "tosi_L" tai "epätosi_L" (tai *formaali* totuusarvo "tosi_F" tai "epätosi_F" tai *aineellinen* totuusarvo "tosi_Y" tai "epätosi_Y") ja jonka semanttisena *intensiona* on oikeuden tietynhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö* omaksutun oikeudellisen tulkintakehityksen eli tulkintaideologian vakioiman *validiteetti- ja tulkintakriteerin* määrittämällä tavalla. Oikeudellisen tulkintalauseen voi määritellä myös *konstitutiivisen säännön* "x on (engl.: *counts as*) y, koska tulkintakehitys T" avulla, missä x on luonnollinen tai institutionaalinen tosiasia, y on (tulkittu) institutionaalinen tosiasia ja T on formaali, oikeudellinen tai aineellinen tulkintakehys.⁴⁰

Aulis Aarnion toteamus, jonka mukaan oikeudelliset tulkintalauseet ja oikeusnormin voimassaoloa koskevat lauseet ovat kuin saman kolikon kaksi puolta, on oikeudellisen semantiikan valossa vain likiarvoinen osatotuus.⁴¹ Oikeampaa ja täsmällisempää on erottaa toisistaan oikeudellisen tulkintalauseen semanttinen ekstensio ja intensio (Fregen ja) Carnapin tarkoittamalla tavalla, jolloin semanttinen ekstensio viittaa tulkintalauseen oikeudelliseen validiteettiin sekä institutionaaliseen totuusarvoon ja semanttinen intensio sen tulkinnalliseen merkityssisältöön. Sovelletavan tulkintaideologian vakioiman *validiteetti- ja tulkintakriteerin* mukaisesti oikeudellinen tulkintalause saa oikeudellisen eli institutionaalisen ja yhteisöllisen totuusarvon "tosi_L" tai "epätosi_L", jos kyse on *institutionaalisesta* tulkintaideologiasta, formaalin eli loogis-käsitteellisen ja oikeussysteemisen totuusarvon "tosi_F" tai "epätosi_F", jos kyse on *formaalista* tulkintaideologiasta, tai aineellisen eli arvo- tai tavoitesidonnaisen totuusarvon "tosi_Y" tai "epätosi_Y", jos kyse on *aineellisesta* tulkintaideologiasta. Oikeudellisen tulkintalauseen tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämi-

⁴⁰ Palaan oikeudellisen tulkinnan käsitteeseen alla luvussa 17.5 "Oikeudellisen tulkinnan määrittelmä".

⁴¹ "Interpretative statements and norm statements are only two sides of the same coin." Aarnio, "On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics", s. 166.

nen on puolestaan sidoksissa omaksutun oikeudellisen tulkintamallin määrittämään tulkintakriteeriin.

Sovellettavana *validiteetti- ja tulkintakriteerinä* voi omaksutusta tulkintamallista riippuen olla vertailtavana olevien asiointilöjen vastaavuus rakenneyhtäläisen isomorfia- eli kuvasuhteen merkityksessä (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäinen yhteensopivuus eli oikeudellinen totaali- tai vähintäänkin osittaiskoherenssi (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion tai vastaavan ideaalisen kohdeauditorion yhteisöllinen hyväksyntä (= *oikeudellinen uusretoriikka*), lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset oikeudelliset tavoitteet (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset eli tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden viranomaisen oikeuskäytännössä nauttivat, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennetut oikeudet ja velvollisuudet (= *analyyttinen oikeusrealismi*), vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt (= *oikeudellinen konventionalismi*), oikeudellista tulkintaa määrittävät ja rajaavat loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemit määreet (= *loogis-käsitteellinen tulkintaformalsmi*), oikeuden taloudelliset tai muut yhteiskunnalliset vaikutukset (= *yhteiskunnallinen pragmatismi*), ehdoton yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus, kuten 'itsean-netut' perushyvät eli perusarvot John Finnisin mukaan tai menettelyllinen eli institutionaalinen oikeuden sisäinen moraali Lon L. Fullerin mukaan (= *moderni luonnonoikeusfilosofia*) tai radikaalisti tilannesidonnainen, *ad hoc*-perustainen yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus (= *radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi*).

Muunkinlaiset tulkintakriteerit ovat toki mahdollisia. Kuitenkin vain institutionaalisen tulkintaideologian mukainen institutionaalinen tai yhteisöllinen validiteettikriteeri takaa oikeudellisen tulkintalauseen oikeudellisuuden eli sen kohdentumisen voimassa olevaan oikeuteen *jonkin* institutionaalisen tulkintaideologian alaan kuuluvan tulkintamallin ja sitä vastaavan *institutionaalisen* tai *yhteisöllisen* validiteetti- ja tulkintakriteerin tarkoittamalla tavalla.

15 Formaali, institutionaalinen ja aineellinen tulkintaideologia

15.1 LAINSÄÄDÄNTÖIDEOLOGIA, TUOMARINIDEOLOGIA JA YHTEISÖLLINEN OIKEUSKÄSITYS INSTITUTIONAALISEN TULKINTAIDEOLOGIAN OSATEKIJÖINÄ

Oikeudellisen tulkintaideologian vaihtoehtoina ovat *institutionaalinen*, *formaali* ja *aineellinen* tulkintaideologia, joista kukin määrittelee oikeudelliseen tulkintalauseeseen sovellettavan validiteetti- ja tulkintakriteerin omaehtoisesti ja toinen toisistaan poikkeavalla tavalla.

Institutionaalinen tulkintaideologia käsittää vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai niiden tietynlaisen yhdistelmän määrittelemän institutionaalisen tai yhteisöllisen validiteetti- ja tulkintakriteerin, jonka avulla tulkintalauseeseen oikeudellinen validiteetti ja tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö ovat määritettävissä suhteessa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Institutionaalinen tulkintaideologia edellyttää määrätynlaisen *rakenteellisen ontologian*, johon oikeudellisen tulkintalauseeseen validiteetti ja tulkinnallinen merkityssisältö on mahdollista kiinnittää esimerkiksi institutionaalisiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden merkityksessä. Toisaalta institutionaalinen tulkintaideologia käsittää myös ne oikeudelliset *päättelymallit*, joita tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat tavanomaisesti hyödyntävät voimassa olevan oikeuden käsittämiä oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita eli institutionaalisia oikeussääntöjä ja yhteisöllisiä oikeusperiaatteita soveltaessaan. Samoin oikeus-toimikelpoiset oikeussubjektit käyttävät niitä tulkintaopillisena referenssinä arvioidessaan oman toimintansa sekä tekemiensä oikeudellisten disponointi- eli määräämistöimien lainmukaisuutta.

Institutionaalisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet toteuttavat *institutionaalista* tulkintaideologiaa ja sen käsittämiä, oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyviä yhteiskunnallisia arvovalintoja. Oikeussäännöt ovat yhteiskunnallisista tausta-arvoistaan tai -tavoitteistaan irtautuneita ja itsenäistyneitä oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, kun taas oikeusperiaatteet ovat kietoutuneet tiiviisti yhteen ilmentämiensä yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden kanssa. Kumpikin toteuttaa oikeudellista eli institutionaalista tai

yhteisöllistä validiteetti- ja tulkintakriteeriä, mikä perustelee institutionaalisen tulkintaideologian avulla jäsennetyn oikeudellisen tulkintalauseen *oikeudellisuuden*. Vaihtoehtoina oikeudellisen tulkintaideologian institutionaaliselle ja yhteisölliselle todellisuusrakenteelle ovat oikeudellisten käsitteiden kokonaisuusysteemi *formaalin* tulkintaideologian merkityksessä sekä muiden kuin institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden kokonaisuus *aineellisen* tulkintaideologian merkityksessä.

Oikeudellisen tulkintalauseen oikeudellisen validiteetin ja institutionaalisen totuusarvon kiinnittyminen *johonkin* institutionaalisen tulkintaideologian alaan kuuluvaan validiteetti- ja tulkintakriteeriin, kuten toteutuneisiin ja toteutettavissa oleviin oikeusvaikutuksiin analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla tai vakiintuneisiin institutionaalsiin ja yhteisöllisiin käytäntöihin oikeudellisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla, perustelee oikeudellisen tulkintalauseen *institutionaalista totuusarvoa* ilmaisevan määreen ”tosi_L” tai, täsmällisemmin ilmaisten, esimerkiksi määreen ”tosi_{OIKEUSREALISMI}” tai ”tosi_{KONVENTIONALISMI}” liittämisen sen yhteyteen, niin kuin alla luvussa 17.6 ”Tulkinta ja totuus” lähemmin perustelen.

Tulkintaideologia välittää yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita oikeuden tulkintaan joko vallitseviin institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin tukeutuen tai, vaihtoehtoisesti, oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta tietoisesti ja kriittisesti irtautuen. Institutionaalinen tulkintaideologia käsittää monilukuisen joukon erilaisia tulkintamalleja, joita sidonnaisuus eri tavoin tulkittavissa olevaan oikeuden institutionaaliseseen ja yhteisölliseen arvoperustaan yhdistää. Samoin aineellinen tulkintaideologia käsittää useampia tulkintamalleja. Formaali tulkintaideologia käsittää lähinnä vain tulkintaopillisen formalismin eli käsitelainopin loogis-käsitteellisen konseptualismin.

Institutionaalinen tulkintaideologia voidaan jakaa (a) lainsäädännön ja monimuotoisen virallisen lainvalmisteluaineiston ilmentämään *lainsäädäntöideologiaan*, (b) prejudikaattiperustaisen oikeuden toteuttamaan *prejudikaatti-ideologiaan* sekä muun vakiintuneen tuomioistuinkäytännön ja muiden oikeudenkäyttöä yhtenäistävien viranomaispäätösten ilmentämään *tuomarinideologiaan*, mukaan lukien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä yhtenäisen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö, (c) tavanomaisen oikeuden, vakiintuneiden sopimusoikeudellisten vastuunjakokäytäntöjen, yksityisten välimiesoikeuksien antamien ratkaisujen ja niiden perustelujen ilmentämien yleisten oikeusohjeiden sekä muiden oikeudellisesti merkityksellisten yhteisöllisten käytäntöjen tai oikeudellisten konventioiden ilmentämään *yhteisölliseen oikeuskäsitykseen* tai (d) edellisten tietynlaiseen yhdistelmään, jossa lainsäädäntöideologia, tuomarinideologia ja yhteisöllinen oikeuskäsitys voivat kukin vaikuttaa erilaisella painoarvolla tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelli-

seen ratkaisuharkintaan. Vallitseva lainsäädäntöideologia, kollektiivinen tuomarinideologia ja yhteisöllinen oikeuskäsitys ovat sidoksissa tietynlaisiin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sekä niiden taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin, joiden eri tavoin painotettavissa olevaa kokonaisuutta voi kutsua oikeuden *institutionaaliseksi ja yhteisölliseksi arvoperustaksi*. Vallitseva oikeudellinen *metateoria* eli oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen *metakonteksti* määrittää oikeusyhteisössä erilaisten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden suhteellisen velvoittavuuden, sovellettavan oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan sekä oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden validiteetti- ja tulkintakriteerit.

Lainsäädäntöideologia vastaa ensisijaisesti lainsäätäjän näkökulmaa oikeuteen, jolloin oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri on analyttisen ja institutionaalisen oikeuspositivismin sekä eksegeettisen tulkintaopin tarkoittamalla tavalla lainsäädäntökeskeinen. Tällöin lainsäädännön ja lainvalmisteluaineiston käsittämät yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet saavat tulkinnallisen etusijan muihin mahdollisiin oikeudellisiin tulkinta- ja ratkaisuperusteisiin nähden. Lainsäädäntöideologia viittaa oikeuden institutionaaliseen ja, rajoitetummin, yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneisiin arvoihin ja tavoitteisiin, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo on pääteltävissä voimassa olevasta lainsäädännöstä ja virallisesta lainvalmisteluaineistosta. Vallitseva lainsäädäntöideologia voi toteuttaa samanaikaisesti varsin monilukuista joukkoa erilaisia yhteiskunnallisia arvoja tai tavoitteita, kuten yleisesti oikeusvaltiollista tai hyvinvointivaltiollista lainsäädäntöpolitiikkaa tai, edellisiä täsmentyneemmässä merkityksessä, esimerkiksi sukupuolten välistä yhteiskunnallista tasa-arvoa tietoisesti edistävää tai jonkin määrätyn yhteiskuntaryhmän tietoiseen suosivaan erityiskohteluun ja kiintiöityihin edustuspaikkoihin perustuvaa oikeudellista ja yhteiskunnallista ideologiaa, jolle voimassa oleva lainsäädäntö ja lainvalmisteluaineisto tarjoavat ainakin jonkinlaista institutionaalista tukea.

Valinta lainsäädäntöideologian käsittämien erilaisten tulkinnallisten vaihtoehtojen välillä palautuu viime kädessä oikeudelliseen tulkintatraditioon ja tuomarin tai tutkijan omakohtaisiin tulkinta- ja yhteiskuntaideologisiin preferensseihin. Institutionaalisiin oikeuslähteisiin sitoutuneista tulkintaideologian vaihtoehtoista *oikeudellinen eksegeesi* toteuttaa vahvimmin lainsäädäntökeskeistä tulkintaideologiaa, jolloin määrätyn säädöksen säätämishetkellä vallinnut lainsäädäntöideologia saa keskeisen merkityksen sovellettavana validiteetti- ja tulkintakriteerinä. Käytännössä virallinen lainvalmisteluaineisto ja ne yhteiskunnalliset tausta-arvot, joihin siinä hyväksyvästi viitataan, saavat tällöin ohjata tulkintaa varsinaisen oikeudellisen säädöstekstin ja sen mahdollisesti sisältämien, virallistettuja oikeudellisia tavoitteita ilmaisevien säädöstekstin johdantolauseiden ohella. Jos lainsäädäntö sivuutetaan ennalta-asetetun oikeudellisen systeemyhteyden hyväksi, kyse ei enää ole lainsäädäntöideologiaa toteuttavasta tulkinnasta vaan formaalista oikeudellisesta systeemi-ideologiasta loogis-

käsitteellisen konseptualismin ja oikeudellisen tulkintaformalismin eli käsitte-lainopillisen päättelyn tarkoittamalla tavalla.

Tuomarinideologia vastaa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viran-omaisten näkökulmaa oikeuteen, jolloin sovellettava oikeuden validiteettikriteeri on (analyttisen) oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla tuomioistuinkeskeinen ja vakiintunut tuomioistuinikäytäntö ja sen ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet saavat tulkinnallisen etusijan muihin oikeudellisiin tulkintape-rusteisiin nähden. *Prejudikaatti-ideologia* on se osa tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämää tuomarinideologiaa, joka määrittää prejudikaattiperustaisen oikeuden normien tunnistamista ja tulkin-taa. Prejudikaatti-ideologian avulla tuomari kykenee erottamaan ennakkoratkai-susta myöhemmän tuomarin ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovan, velvoittavan tai ohjaavan *prejudikaattinormin* sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista sekä antamaan prejudikaattinormille perusteltavissa olevan oikeudellisen merkityssi-sällön käsillä olevan tapauksen rajaamassa tulkintakontekstissa.¹

Vallitseva tuomarinideologia käsittää tuomioistuinten ja muiden lakia sovel-tavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti ja enemmän tai vähemmän yhdenmukaisella tavalla sisäistämän oikeudellisen ratkaisuideologian eli yhtäältä institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähde-opin ja toisaalta tavanomaisesti hyödynnettävät oikeudelliset päättelymallit. Tuomarinideologia käsittää toisin sanoen paitsi tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämän prejudikaatti-ideologian myös vakiintuneen oikeuskäytännön ja muiden oikeudenkäyttöä yhtenäistävien viranomaispäätösten tulkinnassa hyö-dynnettävän tulkintaideologian. Lisäksi tuomarinideologia käsittää myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä, tavallisesti edelliseen liit-tyen, riittävän yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön tulkinnassa käytetyt oikeudelliset validiteetti- ja tulkintakriteerit. Sitä vastoin yksityisen välimiesoikeuden antamista ratkaisuksista ja niiden perusteluista ilme-nevät yleiset oikeusohjeet ovat osa yhteisöllistä oikeuskäsitystä. Vain luonteel-taan 'julkisoikeudellisen' eli yleistä oikeudellista ratkaisutehtävää palvelevan välitystuomioistuimen ratkaisut ja niiden perustelut kuuluvat yleisen tuomarin-ideologian alaisuuteen. Rajalinja on kuitenkin tältä osin tulkinnanvarainen.

Tanskalaisen Alf Rossin edustaman *analyttisen oikeusrealismin* mukaan vallitseva tuomarinideologia tulee hyväksyä kriteeriksi, jonka avulla myös lain-opin tuottamien oikeudellisten tulkintalauseiden oikeudellista validiteettia ja tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä arvioidaan.² Analyttisen oikeus-

¹ Kokoavasti tuomarin prejudikaatti-ideologioista oikeusteoreettisessa ja oikeusvertailevassa katsannossa, McCormick & Summers, eds., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*; Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 65–148.

² Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56: ”Retsvidenskaben beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren.”

realismin premissien vallitessa voimassa oleva oikeus on toteutunut ja toteutettavissa oleva yhteiskunnallinen tosiasia eli niiden yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus, jotka nauttivat *tehokasta oikeussuojaa* tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä. Oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan sitoutuneet yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet saavat vaikuttaa voimassa olevan oikeuden validiteetin ja sen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseen vain tavalla, joka vastaa tuomioistuinten ja institutionaalisten lainsoveltajien käsitystä institutionaalisesta oikeuslähteopista ja hyväksyttävästä oikeudellisesta päättelystä.

Vallitseva lainsäädäntöideologia tai tuomarinideologia saavat keskeistä oikeuslähteopillista ja laintulkintaopillista merkitystä myös oikeudellisessa *koherenssiteoriassa*, joka sekin kiinnittyy institutionaaliin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sekä niiden taustalla vaikuttaviin ideologisiin sitoumuksiin. Se, annetaanko oikeudellisen koherenssiteorian alaisuudessa suhteellinen etusija lainsäädännölle ja lainvalmisteluaineistolle, jotka ilmentävät vallitsevaa lainsäädäntöideologiaa, vaiko prejudikaateille ja muille oikeusohjeeltaan yleistettävissä oleville tuomioistuin- ja viranomaisratkaisuille, jotka ilmentävät vallitsevaa tuomarinideologiaa, ratkeaa vallitsevan oikeudellisen metateorian eli oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen metakontekstin avulla.³ Myös yhteisöllinen oikeuskäsitys voi saada merkitystä oikeudellisen koherenssiteorian alaisuudessa.

Yhteisöllinen oikeuskäsitys tarkoittaa laajasti ymmärretyn oikeusyhteisön eli lainsäädännön ja toteutuneen oikeuskäytännön sekä muiden institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden kohderyhmänä olevien oikeussubjektien omaksumia kollektiivisia uskomuksia oikeudesta, sen validiteetista ja tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisestä, missä vakiintuneilla yhteisöllisillä oikeuslähteillä on keskeinen sija. Oikeudellisista tulkintamalleista etenkin oikeudellinen *konventionalismi* pyrkii toteuttamaan yhteisöllistä oikeuskäsitystä, jota vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt, kuten tavanomainen oikeus, vallitsevat sopimusoikeudelliset vastuunjako- ja muut käytännöt, juristikunnan oikeudenalakohtaisesti eriytynyt ammatillinen itseymmärrys ja ammattietiikka, välimiesoikeuksien ratkaisuihin ja niiden perusteluista ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä muut oikeuden institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyvät oikeudelliset konventiot il-

³ Vallitsevasta oikeudellisesta metateoriasta eli oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä metakontekstista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 241–246, 893. – Käsittelin oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä metakontekstia myös edellä Ronald Dworkinin totaalikohereenssia ilmentämän *oikeudellisen eheyden* sekä toisaalta tilannesidonnoisen oikeudellisen ratkaisuharkinnan yhteydessä. Tilannesidonnoisen ratkaisuharkinta kiistää täydellisesti oikeudellisen metakontekstin eli metanarratiivin merkityksen.

mentävät. Esimerkiksi voimassa olevaa sopimusoikeutta jäsentävät eri tavoin ja erilaisella oikeussysteemisellä painoarvolla senkaltaiset institutionaaliset ja yhteisölliset oikeusperiaatteet kuin oikeussubjektien eli sopijapuolten tahdonvapauden kunnioittaminen, perustellun luottamuksen suoja, sopimusten sisällöllinen kohtuullisuus ja likimääräisen sopimustasapainon toteuttaminen, heikoman sopijapuolen erityisintressien suojelu myös muualla kuin varsinaisissa kuluttajasuhteissa sekä taloudellisten (vaihdanta)markkinoiden toimivuus talouden institutionaalisten rakenteiden ylläpidon sekä vaihdantamarkkinoille pääsyn (engl.: *fair access to market*) merkityksessä.⁴

Vältän tässä käyttämästä senkaltaisia termejä kuin yhteisöllistä oikeudenmukaisuutta toteuttava *oikeudentunto* tai yhteisöllinen *arvotajunta* niiden erityisesti saksalaiseen vapaoikeuskouluun viittaavan merkityksen vuoksi.⁵ Toisaalta organisaatiosta kehittyvä *kansanhenki*, kansan *oikeustajunta* tai *yhteinen oikeusvakaumus*, jotka liittyvät keskeisesti 1800-luvulla vaikuttaneen historiallisen koulun oikeuskäsitykseen, eivät ole kovin kaukana nyt puheena olevasta yhteisöllisestä oikeuskäsityksestä, vaikka tarkastelun teoreettinen viitekehys onkin nyt määritelty historiallisen koulun oikeuskäsitystä laajemmin. *Yhteisöllinen oikeuskäsitys* on toisin sanoen tarkoitettu neutraaliksi ilmaukseksi suhteessa vapaoikeuskoulun keskeisideoihin, vaikka tulkintaopillisella konventionaalisuudella onkin edellä kerrotulla tavalla sisällöllinen liittymä historiallisen koulun oikeuskäsitykseen, ja tältä osin *yhteisöllisen oikeustajunnan* ja *yhteisen oikeusvakaumuksen* semanttinen referenssi siis vastaa yhteisöllistä oikeuskäsitystä. Termi *oikeusideologia* sisältää oletuksen oikeuden konstitutiivisten eli oikeutta aktiivisesti määrittelevien institutionaalisten ja yhteisöllisten sidonnaisuuksien tietoisesta hyväksymisestä oikeusyhteisössä, jollaista ehtoa tässä tarkoitettu yhteisöllinen oikeuskäsitys ei välttämättä täytä. Se rinnastuu, Michael Polanyin, Thomas S. Kuhnin ja Markku Helinin osuvaa terminologiaa lainatakseeni, pikemminkin käytännön oikeudellisen toimijan hiljaiseen tekijän tietoon kuin filosofin tai tutkijan reflektoituun teoreettiseen tietoon.⁶

Oikeudellinen uusretoriikka perustuu ajatukselle, jonka mukaan tulkinnan kohdeauditorion hyväksyntä on ratkaiseva oikeudellisen validiteetin sekä oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön arviointikriteerinä. Kohde-

⁴ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*; sama, *Uusi varallisuus-oikeus*; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 619–628, 677–678.

⁵ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 60–61. – ”Oikeudentunto” (saks.: *Rechtsgefühl*) on vapaoikeuskoulua edustaneen Hermann Isayn käyttämä termi. Larenz, mts. 61.

⁶ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 429; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 628–639. – Termi *tacit knowledge* viittaa Michael Polanyin terminologiaan. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, s. 191: ”To borrow once more Michael Polanyi’s useful phrase, what results from this process [of following paradigms as shared examples] is ‘tacit knowledge’ which is learned by doing science rather than by acquiring rules for doing it.”

auditorio on kuitenkin määritelty nyt toisin kuin tulkintaopillisen konventionaalismin alaisuudessa. Chaïm Perelmanin uusretoriikan teoriassa universaaliauditorio on puhujan mielessään hahmottama ajatuksellinen ja subjektisidonnainen konstruktio, jolle hän sanansa kohdentaa ja jonka hän pyrkii rationaalisin perustein *vakuuttamaan* esittämänsä kannan oikeellisuudesta. Aarnion analyttisen argumentaatioteorian mukainen ideaalinen ja partiaalinen auditorio on puolestaan objektiivisemmin määritelty oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri, jolla hän viittaa rationaalisin harkinnan diskurssisääntöihin sitoutuneen oikeusyhteisön enemmistön oikeuskäsitykseen. Niinpä vallitseva yhteisöllinen oikeuskäsitys ei sellaisenaan määritä oikeudellista validiteettia tai tulkintaa (Perelmanin tai) Aarnion mallissa, vaan yhteisön kollektiivinen oikeusvakaumus on ensin alistettava rationaalisten argumentaatioääntöjen testiin, joka sen on läpäistävä jotta se voisi toimia oikeudellisen uusretoriikan mukaisena oikeudellisena validiteetti- ja tulkintakriteerinä.

Vallitseva lainsäädäntöideologia, kollektiivinen tuomarinideologia ja yhteisöllinen oikeuskäsitys sekä näiden kolmen erilaiset yhdistelmät määrittelevät institutionaalisen tulkintaideologian alaan kuuluvien oikeudellisten validiteetti- ja tulkintakriteerien kirjon. Institutionaalisen tulkintaideologian sijaan pitäisi oikeammin ja täsmällisemmin puhua *institutionaalisesta ja yhteisöllisestä* tulkintaideologiasta, koska institutionaalinen tulkintaideologia käsittää myös tavanomaisen oikeuden, sopimusperustaiset vastuunjakokäytännöt, välimiesoikeuksien ratkaisusta ja niiden perusteluista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, juristikunnan ammatillisen itseyttämyksen ja ammattietiikan sekä muut vaikiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin ja oikeudellisiin konventioihin perustuvat oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet. Kielenkäyttöä lyhentääkseni käytän kuitenkin tässä teoksessa termiä ”institutionaalinen tulkintaideologia” institutionaalisen ja yhteisöllisen tulkintaideologian sijaan.

Institutionaalinen tulkintaideologia voi siis kiinnittyä erilaisiin institutionaalisiiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sekä antaa niille erilaisen oikeudellisen ratkaisuarvon siitä riippuen, pidetäänkö oikeudellista validiteettia ja oikeuden tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä arvioitaessa merkityksellisenä vertailtavien asiantilojen vastaavuutta eli rakenteellista isomorfia- eli kuvasuhdetta (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettavien oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisiä suhteita (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion yhteisöllistä hyväksyntää (= *oikeudellinen uusretoriikka*), lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisiä oikeudellisia ja yhteiskunnallisia tavoitteita (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneita ja toteutettavissa olevia oikeusvaikutuksia eli tehokasta oikeussuojaa nauttavia, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuja oikeuksia ja velvollisuuksia (= *analyttinen oikeusrealismi*), vaikiintuneita institutionaalisia ja yhteisöllisiä käytäntöjä (= *oikeudellinen konventionalismi*) vaiko näiden tietyllä tavalla painotettua yhdistelmää.

Oikeudellinen *korrespondenssiteoria* on eräänlainen rajatapaus institutionaalisen ja formaalin tulkintaideologian välillä. Se perustuu isomorfia- eli kuvasuhteeseen eli rakenneyhtäläisyyteen oikeusnormissa määritellyn ja maailmassa toteutuneen asiantilan välillä. Korrespondenssiteoria edellyttää, että tarkastelevana olevien asiantilojen vastaavuus on jo sellaisenaan riidaton ja ilmeinen eikä edellytä varsinaiseen oikeudelliseen tulkintamenettelyyn turvautumista institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettujen tulkinta- ja ratkaisuperusteiden hyödyntämisen merkityksessä.⁷ Isomorfiatilanteessa oikeudelliset soveltamisongelmat voivat liittyä vain valintaan oikeusnormin sallimien erilaisten oikeusseuraamusten kesken tai normikolliotilanteen ratkaisemiseen, jos useampi kuin yksi riidaton oikeusnormi soveltuu yhteen ja samaan tosiseikastoon eikä kyse siten ole ankarasta isomorfiatilanteesta. Edellytetyn tulkinnallisen yksiselitteisyyden ja riidattomuuden vuoksi oikeudellinen korrespondenssiteoria soveltuu vain rutiiniluonteisten ratkaisutilanteiden analyysiin.

Korrespondenssiteorian suhde institutionaalisiin oikeuslähteisiin on varsin yksioikoinen: koska se kiinnittyy oikeussääntöjen mutta ei oikeusperiaatteiden tai muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien sisältämiin tosiseikatokuvauksiin,⁸ taustalla on määritelmällinen oletus oikeussääntöjen edellyttämästä institutionaalisesta validiteettikriteeristä. Makkosen ja Wróblewskin käsitteistöä seuraten kyse ei ole varsinaisesta oikeudellisesta tulkinnasta vaan oikeudellisen isomorfiatilanteen (= Makkonen) tai täydellisesti sidotun ratkaisuideologian käsilläolosta (= Wróblewski).⁹ Sovellettava validiteetti- sekä oikeudelliseen tulkintakriteeriin rinnastuva kriteeri on nyt rakenneyhtäläinen isomorfia- eli kuvasuhde, joka tarkasteltavana olevien asiantilojen välillä vallitsee. Vaikka korrespondenssiteoria edellyttääkin oikeuden institutionaalista ontologiaa ja institutionaalista oikeuslähteoppia siinä merkityksessä, että (voimassa olevat) oikeussäännöt ovat keskeinen osa sen edellyttämää oikeudellista todellisuusrakennetta, institutionaalisen tulkintaideologian käsittämät oikeudelliset

⁷ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 96. – ”Koska isomorfia merkitsee juuri sitä, että säännöstä tarkoittava[n] oikeusnormilauseen merkitys on täysin selvä, ei siitä luonnollisesti voi syntyä epäselvyyttä. Esimerkiksi rangaistusasteikon puitteissa tapahtuva rangaistuksen yksilöidyn määrän harkinta ei ole asteikon sisältävän reaktionormin tulkintaa. Kun laki jättää oikeusseuraamuksen avoimeksi, ei säännöksen merkityssisältöön sisälly siltä osin mitään, joka tulkinnalla olisi selvitettävissä.” Makkonen, mts. 108–109. Vrt. toisin Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *passim*.

⁸ Vrt. toisin Makkonen, joka katsoo, että myös oikeusperiaatteiden kohdalla vaatimus isomorfiasuhteesta voisi toteutua. Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 203–209.

⁹ Vrt. Montesquieu, *L'esprit des lois*, s. 404: ”Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.”

tulkintakriteerit rajataan kuitenkin nyt tarkastelun ulkopuolelle. Sovellettavan validiteettikriteerin oikeudellisuus perustelee samalla korrespondenssiteorian lukemisen institutionaalisen tulkintaideologian yhteyteen.

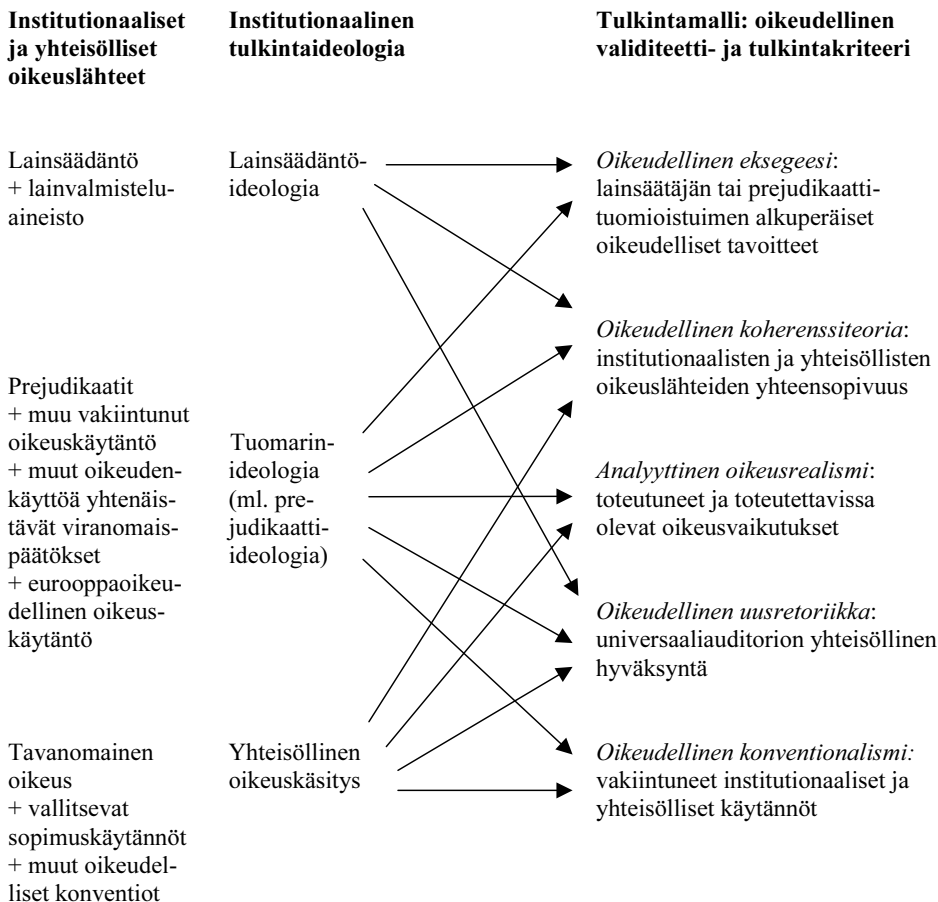
Kaarle Makkonen määrittelee oikeusperiaatteet olennaisesti toisin kuin Ronald Dworkin tai allekirjoittanut. Makkoselle oikeusperiaatteet ovat soveltamisalaltaan yleisiä normeja, jotka heijastavat vallitsevaa 'virallista' yhteiskuntaideologiaa,¹⁰ eikä hän liitä oikeusperiaatteisiin erityistä painoarvon ulottuvuutta tai institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän vaatimusta. Itse määrittelen oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet Ronald Dworkinin oikeusteoriaa seuraten ja edelleen kehittäen yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden oikeudellistumisen ja formalisoitumisen avulla. *Oikeudellistuminen* viittaa yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden kiinnittymiseen oikeuden institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan niiden erilaisissa, oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä. *Formalisoituminen* puolestaan viittaa siihen, miten oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit saattavat vähitellen muuntua ainakin jossain määrin sääntöformaaleiksi tulkinta- ja ratkaisuperusteiksi, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo irtautuu niiden taustalla vaikuttavista yhteiskunnallisista tausta-arvoista ja on yleistettävissä myös muihin tyyppitapauksellisiin soveltamistilanteisiin. Kun Ronald Dworkin kirjoitti sittemmin *Taking Rights Seriously* -teoksessa julkaistun läpimurtoartikkelinsa "The Model of Rules, I" sekä muut oikeussääntö/oikeusperiaate-jaotusta jäsentävät artikkelinsa vasta Makkosen väitöskirjan *Zur Problematik der juristischen Entscheidung* eli (*Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*) ilmestymisen jälkeen,¹¹ Makkosta ei tietenkään voi moittia siitä, ettei hän Dworkinin ajatuksia tuntenut.

Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, institutionaalinen tulkintaideologia ja sen käsittämät oikeudelliset tulkintamallit voidaan esittää kootusti seuraavan kaavion avulla. Kaavion nuolet kuvaavat oikeudellisen tulkintaideologian käsittämiä institutionaalisia tai yhteisöllisiä validiteetti- ja tulkintakriteereitä.

¹⁰ Makkonen, mts. 178–184.

¹¹ Dworkinin keskeisartikkeli "The Model of Rules, I" ilmestyi vuonna 1967, Makkosen *Zur Problematik der juristischen Entscheidung* kahta vuotta aiemmin eli vuonna 1965. Teoksen suomenkielinen laitos, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, ilmestyi vasta vuonna 1981.

Kaavio 9: Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, institutionaalinen tulkintaideologia sekä sen alaan kuuluvien tulkintamallien määrittelemät oikeudelliset validiteetti- ja tulkintakriteerit



Institutionaalinen tulkintaideologia on kokoava yhteisnimitys vallitsevan lain-
säädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeus-
käsityksen tai niiden tietynlaisen yhdistelmän muodostamalle kokonaisuudelle.
Se käsittää (a) lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston, (b) kansalli-
set prejudikaatit, muun vakiintuneen oikeuskäytännön ja muut oikeudenkäyttöä
yhtenäistävät viranomaispäätökset, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja
Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusoh-
jeet sekä riittävän yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeus-
käytännön ja (c) tavanomaisen oikeuden, vakiintuneet sopimusoikeudelliset

vastuunjakokäytännöt, yksityisoikeudellisten välimiesoikeuksien ratkaisusta ja niiden perusteluista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, juristikunnan oikeuden- alakohtaisesti eriytyneen ammatillisen itseymmärryksen ja ammattietiikan sekä vastaavat muut oikeudelliset konventiot ja yhteisölliset käytännöt. Samalla institutionaalinen tulkintaideologia käsittää ne oikeudelliset validiteetti- ja tulkintakriteerit, joita sen alaan kuuluvat institutionaaliset ja yhteisölliset tulkintamallit eri tavoin painottaen ilmentävät.

Lainsäädäntöideologiaa ilmentävät etenkin oikeudellinen eksegeesi, oikeudellinen koherenssiteoria ja oikeudellinen uusretoriikka. Tuomarinideologiaa toteuttavat etenkin analyttinen oikeusrealismi, oikeudellinen eksegeesi, oikeudellinen koherenssiteoria, oikeudellinen uusretoriikka ja oikeudellinen konventionalismi. Yhteisöllistä oikeuskäsitystä ilmentävät etenkin oikeudellinen konventionalismi, oikeudellinen koherenssiteoria, analyttinen oikeusrealismi (jos kyse on oikeuskäytännössä tavanomaisoikeudelliseksi vakiintuneesta tulkinta- ja ratkaisuperusteesta) ja oikeudellinen uusretoriikka.

15.2 FORMAALI JA AINEELLINEN TULKINTAIDEOLOGIA

Muu kuin institutionaalinen tulkintaideologia voi tukeutua yhtäältä *formaaliin systeemi-ideologiaan*, jolloin oikeustieteen jäsentämä (tieteellisten) oikeuskäsitteiden systeemi saa määrittää oikeudellisen tulkintalauseen semanttisen referenssin saksalaisen konstruktivisen oikeustieteen eli käsitelainopin tarkoittamalla tavalla. Formaali oikeudellinen systeemi-ideologia sivuuttaa kysymyksen oikeuden institutionaalisesta tai yhteisöllisestä validiteetista siinä merkityksessä, että oikeussäännöt voitaisiin palauttaa oikeuden vallitsevan institutionaalis- ja yhteisöllisen arvoperustan yhteyteen oikeudellisen koherenssiteorian, oikeudellisen uusretoriikan, oikeudellisen eksegeesin, analyttisen oikeusrealismin tai oikeudellisen konventionalismin tavoin. Varsinaiseen oikeudelliseen validiteettikriteeriin rinnastuvana kriteerinä ovat sen sijaan *loogis-lingvistiset* ja *oikeussysteemis* kriteerit eli tulkintalauseen vastaavuus ennalta-asetetun oikeudellisen ja tieteellisen käsitesysteemin kanssa.

Oikeudellisen tulkintaformalismin vahvasti systeemisten premissien alaisuudessa oikeuden tulkinta tavallaan korvataan oikeustieteen kehittämien oikeudellisten käsitelategorioiden sisäisen systematiikan vahvistamisella, joten oikeudellisen tulkinnan ja oikeudellisten tulkintalauseiden sijaan pitäisikin ehkä puhua ensisijaisesti oikeudellisesta systematisoinnista ja oikeudellisista systematisointilauseista formaalin systeemi-ideologian yhteydessä. Oikeudelliset käsitelategoriat ja niiden muodostama kokonaissysteemi määräävät otaksuttavasti yksiselitteisellä tavalla tarkasteltavana olevaan tapaukseen sovellettavan oikeusnormin ja sitä vastaavan oikeusseuraamuksen formaalin systeemi-

ideologian mukaisesti. Tältä osin loogis-käsitteellinen konseptualismi rinnastuu edellä käsiteltyyn Makkosen oikeudelliseen isomorfiatilanteeseen sekä oikeudelliseen korrespondenssiteoriaan.

Oikeudellinen tulkintaideologia voi myös tukeutua puhtaasti *aineellisiin* tulkinta- ja ratkaisuperusteisiin eli yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, jotka eivät nauti oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää tukea oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien edellyttämällä tavalla. Oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyvien yhteiskunnallisten arvojen sijaan tulkinnallisena tavoitteena on nyt muunlaisen aineellisen *yhteiskunnallisen oikeuden mukaisuuden* toteuttaminen. Oikeudellisina tulkintaperusteina ovat tällöin esimerkiksi ylipositiiviset, 'itseannetut' perusarvot eli perushyvät John Finnisin tarkoittamalla tavalla tai lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä käsitteellisesti edeltävä oikeuden sisäinen eli institutionaalinen moraali Lon L. Fullerin tarkoittamalla tavalla, jos on omaksuttu *luonnonoikeusfilosofian* mukainen käsitys oikeuden tulkinnasta. Tulkintaperusteina ovat toisaalta oikeuden taloudelliset, sosiaaliset tai muunlaiset yhteiskunnalliset ulkoisvaikutukset, jos on omaksuttu *yhteiskunnallisen konsekventialismin* mukainen käsitys oikeudesta ja sen tulkinnasta. Tulkintaperusteena on lopulta radikaalisti tilannesidonnaisen yhteiskunnallisen oikeuden mukaisuuden toteuttaminen, jos on omaksuttu aidosti *kontekstualistinen* ja ei-yleistettävissä oleva käsitys oikeudellisesta päätöksenteosta.

15.3 LAINOPIN SITOUTUNUT JA KRIITTINEN TULKINTAIDEOLOGIA

Lainopin tulkintaideologia on yksittäisen oikeuden tutkijan, tutkijaryhmän tai lainopin koulukunnan kollektiivisesti hyväksymien oikeudellisten validiteetti- ja tulkintakriteerien eli oikeuslähde- ja laintulkintaopillisten sitoumusten kokonaisuus, joiden tarkoittamalla tavalla oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämät tulkinta- ja ratkaisuperusteet välittyvät lainopin tuottamiin oikeudellisiin voimassaolo- ja tulkintalauseisiin. Vain ani harvoin lainopin lauseet kuitenkin esittävät väitteen jonkin määrätyn oikeusnormin voimassaolosta. Huomattavasti tavallisempaa on oikeudellisten *tulkinta- ja perustelulauseiden* esittäminen, joihin oletus tulkinnan kohdentumisesta voimassa olevan oikeuden normeihin on tavallisesti sisäänrakennettuna.

Lainopin tutkijan hyödyntämä oikeudellinen tulkintaideologia on joko *sitoutunut* (engl.: *committed*) tai *kriittinen* (engl.: *detached*) suhteessa vallitsevaan institutionaaliseen tulkintaideologiaan ja sen määrittämiin oikeudellisiin validiteetti- ja tulkintaperusteisiin sekä oikeudelliseen sääntely- ja ratkaisulogiikkaan.

Lainopin tulkintaideologia on *sitoutunut* suhteessa määrättyssä oikeusjärjestyksessä vallitseviin institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sekä niiden ilmentämiin oikeudellistuneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoiteperusteisiin, jos tutkija on hyväksynyt (a) lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston taustalla vaikuttavan *lainsäädäntöideologian*, (b) prejudikaattiperustaisen oikeuden, muun vakiintuneen tuomioistuinikäytännön ja muun oikeutta yhtenäistävän viranomaiskäytännön, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön ilmentämän kollektiivisen *tuomarinideologian*, (c) tavanomaisen oikeuden, sopimusoikeudellisten vastuunjakoperusteiden, välimiesoikeuksien ratkaisujen ja niiden perustelujen ilmentämien yleisten oikeusohjeiden, juristikunnan ammatillisten käytäntöjen ja ammattietiikan sekä vastaavien muiden oikeudellisten konventioiden toteuttaman *yhteisöllisen oikeuskäsityksen* tai (d) edellisten tietynlaisen yhdistelmän oikeudelliseksi *validiteetti- ja tulkintakriteeriksi*, jonka avulla hän arvioi sekä oikeudellisten tulkintalauseiden kohdentuvuutta voimassa olevaan oikeuteen eli oikeudellista validiteettia ja institutionaalista totuusarvoa ”tosi_L” että tulkinnallisen merkityssisällön hyväksyttävyyttä ja perusteltavuutta.

Vallitseva *oikeudellinen metateoria* eli oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen *metakonteksti* määrittää institutionaalisen tulkintaideologian osatekijöiden keskinäiset suhteet, joskin tuo prioriteettijärjestys on vain heikosti jäsennyt, muutoksen tilassa ja vain osin täsmentynyt esimerkiksi kansallisen lainsäädännön sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden keskinäissuhteiden osalta. Yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö toimii tältä osin kriteerinä, jonka avulla Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden rakenteistumista kansalliseen oikeuteen arvioidaan.

Oikeudellinen tulkintaideologia, joka tukeutuu vallitsevan lainsäädäntöideologian ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, kiinnittää tulkinnan ensisijaisesti voimassa olevaan lainsäädäntöön ja sitä tukevaan lainvalmisteluaineistoon. *Analyyttisen oikeuspositivismin* painopiste on ollut oikeuden käsitteen (= John Austin, H.L.A. Hart), oikeuden muodollisen velvoittavuuden (= John Austin, Hans Kelsen), oikeuden systeemisen rakenteen (= Hans Kelsen, A.J. Merkl), oikeustieteen tietoteoreettisten perusteiden (= Hans Kelsen) ja oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleisen rakenteen tai ideologioiden analyysillä (= Jerzy Wróblewski), eikä Austinin, Kelsenin, Hartin tai Wróblewskin keskeiskirjoituksissa ole juuri kehitelty oikeudellista tulkintaoppia. Sanottu pätee myös Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustamaan *institutionaaliseen oikeuspositivismiin*, jonka tutkimuksellinen pääpaino on ollut lainsäätäjän ja tuomioistuinten institutionaalisten puhetekojen teorialla oikeudellisen tulkintaopin kysymysten sijaan.

Kaarle Makkosen väitöskirja *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia* käsittelee omaehtoisella tavalla tuomarin tai hallinnollisen viranomaisen oikeudellisen harkinnan rakennetta sekä ratkaisuharkinnan tyyppitilanteita isomorfia-, tulkinta- ja säätelemättömän tilanteen merkityksessä.¹² Varsinaista sisällöllistä tulkintateoriaa ei Makkosenkaan teoksesta löydy. Analyyttisen ja institutionaalisen sekä eksklusiivisen ja inklusiivisen oikeuspositivismin keskeiskirjoitusten sijaan tulkintaopillista johtoa on etsittävä *eksegeettisen koulun* tulkintamallista, jonka tutkimukselliset premissit kiinnittyvät lainsäätäjän määrämuotoisten tahdonilmausten analysointiin, niin kuin jaksossa eksegeettisestä tulkintafilosofiasta edellä perustelin. Tutkijan tehtävänä on toisin sanoen lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten oikeudellisten tavoitteiden mahdollisimman autenttinen jälkikäteinen rekonstruktio virallisen lainvalmisteluaineiston tai yksittäisen prejudikaatin tueksi esitettyjen normatiivisten ja faktaperustelujen avulla.

Oikeudellinen *korrespondenssiteoria* seuraa vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian mukaista käsitystä oikeuden validiteettikriteereistä. Soveltavan oikeudellisen tulkintakriteerin osalta se tunnustaa vain oikeudelliseen isomorfia-tilanteeseen soveltuvan oikeudellisen päättelyn eli tavallisimmin deduktiivisen päättelyn, väistäen Makkosen analyysin perusteella kokonaan kysymyksen varsinaisesta oikeudellisesta tulkinnasta. *Analyyttisen oikeusrealismin* mukaiseen oikeuskäsitykseen sitoutunut lainopin tutkimus kiinnittää oikeuden tulkinnan toteutuneisiin ja toteutettavissa oleviin oikeusvaikutuksiin eli tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten vakiintuneessa oikeuskäytännössä nauttiviin, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuihin oikeuksiin ja velvollisuuksiin Alf Rossin oikeusajattelun tarkoittamalla tavalla. Tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien käsitys voimassa olevasta oikeudesta saa tällöin tulkintaa ohjaavan oikeudellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin aseman.

Lainopin tulkintaideologia, joka hyväksyy yhteisöllisen oikeuskäsityksen oikeudellista tulkintaa ohjaavaksi validiteetti- ja tulkintakriteeriksi, kiinnittää oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerit erilaisiin vakiintuneisiin institutionaalisiin ja etenkin yhteisöllisiin käytäntöihin oikeudellisen *konventionalismin* perustelemalla tavalla. Oikeudellinen tulkintaideologia, joka seuraa analyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismin sekä *oikeudellisen eksegeesin* tutkimuksellisia premissejä, tukeutuu lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisiin ja myöhemmin rekonstruoitavissa oleviin tavoitteisiin oikeudellisena validiteetti- ja tulkintakriteerinä. Lainopin tulkintaideologia on saattanut omaksua vaikutteita myös *oikeudellisesta koherenssiteoriasta*, jolloin institutionaalisten ja kirjallisessa muodossa ilmaistujen yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäinen yhteensopivuus saa toimia oikeudellisena validiteetti- ja tul-

¹² Makkonen, *Oikeudellisen ratkaistutoiminnan ongelmia*, s. 96 et seq.

kintakriteerinä esimerkiksi Ronald Dworkinin oikeudellisen eheyden ja totaali-koherenssin tarkoittamalla tavalla.

Oikeudellisen uusretoriikan premissien alaisuudessa puhujan mielessään hahmottaman universaaliauditorion tai vastaavan ideaalisen kohdeauditorion hyväksyntä on ratkaiseva oikeudellisen tulkintalauseen oikeudellista validiteettia sekä hyväksyttävyyttä ja perusteltavuutta arvioitaessa. Oikeudellinen koherenssiteoria ja oikeudellinen uusretoriikka voivat painottua yhtä hyvin oikeudellisen lainsäädäntöideologian, vallitsevan tuomarinideologian kuin yhteisöllisen oikeuskäsityksen ilmentämien yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden suuntaisesti tutkijan omaksumien oikeuslähde- ja laintulkintaopillisten preferenssien mukaisesti. Dworkinin ajatus oikeudellista eheydestä on kokonaisvaltainen, metatason oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri siinä merkityksessä, että se painottaa erilaisia institutionaalisia ja yhteisöllisiä oikeuslähteitä otaksuttavasti vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen metateorian tarkoittamalla tavalla.

Keskeiserottelu yhtäältä institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen lainopin ja toisaalta vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin kesken on sekin toteutettavissa oikeudellisen semantiikan keskeiskäsitteiden avulla suhteessa oikeusyhteisössä vallitsevaan institutionaaliseen tulkintaideologiaan ja sen vakioimaan oikeudelliseen validiteetti- ja tulkintakriteeriin. Vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tuottamat tulkintalauseet eivät toteuta institutionaalisen tulkintaideologian mukaista oikeudellista validiteetti- ja tulkintakriteeriä, koska kyse on määritelmällisesti *vaihtoehtoisista* oikeudellisista tulkinnoista, missä esikuvana on saattanut olla esimerkiksi Lars D. Erikssonin edustama *uso alternativo del diritto* -ideologia. Kriittisen oikeusopin tuottamien oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden semanttisena ekstensiona ei siten ole oikeudellinen validiteetti suhteessa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eikä niiden intensiona ole voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö vaan tutkijan omaehtoinen käsitys 'parhaasta mahdollisesta' tulkinnasta, jolloin tutkijan omaksumat yhteiskuntaideologiset tai arvoteoreettiset preferenssit saavat etusijan oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen velvoiteperustaan nähden.

Lainopin tulkintaideologia, joka noudattaa oikeudellisen korrespondenssiteorian, oikeudellisen koherenssiteorian, oikeudellisen uusretoriikan, oikeudellisen eksegeesin, analyttisen oikeusrealismin tai oikeudellisen konventionalismin tulkintaopillisia premissejä, toteuttaa siis institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutunutta* tulkintaideologiaa. Lainopin tutkijan omaksuma oikeudellinen tulkintaideologia on toisaalta *kriittinen* suhteessa institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sekä niiden tulkinnassa hyödynnettäviin oikeudellisiin tulkintamalleihin, jos tutkija tukeutuu vallitsevan lainsäädäntöideologian, tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai niiden yhdistelmän sijasta muunlaisiin yhteiskunnallisiin arvoihin tai tavoitteisiin vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tarkoittamalla tavalla. Toisin kuin

tietyynlaiseen tulkinnalliseen painotukseen institutionaalisen tulkintaideologian eri osatekijöistä sitoutuneessa lainopissa, kriittisen oikeusopin hyödyntämien validiteetti- ja tulkintakriteerien ala ei ole rajattu oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan.

Vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tuottamien oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden arviointikriteerinä voi olla esimerkiksi *marxilainen* oikeus- ja yhteiskuntafilosofia, jolloin taloudelliset tuotantosuhteet ja tuotantorakenteet, yhteiskunnalliset tietoisuusmuodot sekä transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman liikelait määrittävät oikeuden ja yhteiskunnan pintatason ilmiöitä sekä, Kaarlo Tuorin termin, ”olemus-ilmiö -kategorioiden ilmentämää ’ekspressiivistä’ yhteyttä” oikeuden eri tasojen välillä.¹³ Kriittisen oikeusopin vakioituna tulkintakriteerinä voi toisaalta olla esimerkiksi *feministinen* oikeus- ja yhteiskuntakäsitys sekä sitä vastaava erityinen intressidonnainen näkökulma oikeuteen naisten tai jonkin muun rajatun yhteiskuntaryhmän tietoisien suosivan erityiskohtelun ja edustuksellisten kiintiöpaikkojen varaamisen merkityksessä. Institutionaaliseen tulkintaideologiaan kriittisesti suhtautuvan tarkastelutavan lähtökohtana voi myös olla *sosiaalisen siviilioikeuden* edustama heikomman sopijapuolen intressien suojaaminen, joka nyt on yleistetty vastoin oikeusyhteisössä vallitsevaa lainsäädäntö- ja tuomari-ideologiaa sopimusoikeuden johtavaksi systematisointi- ja tulkintaperusteeksi.¹⁴ Aineellisten resurssien ja sosiaalisten riskien aiempaa oikeudenmukaisempaan uusjakoon pyrkivä sosiaalinen siviilioikeus on samalla yhteiskuntaideologisilta ja poliittisilta lähtökohdiltaan maltillisempi kuin varsinainen vaihtoehtoinen lainoppi, joka sitoutui vahvasti marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntakäsitykseen.

Lainopin *pragmaattinen instrumentalismi* eli *reella överbäganden* -juridiikka korostaa oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä asianmukaisesti johdettujen tulkinta- ja ratkaisuperusteiden sijaan.¹⁵ Samoin yleiseksi laintulkintamalliksi ymmärrettynä *oikeustaloustieteellinen* näkökulma laintulkintaan toteuttaa kriittisen oikeusopin ohjelmaa siltä osin kuin sen tuottamat tulkintalauseet eivät voi tukeutua voimassa

¹³ Marxilaisesta oikeus- ja yhteiskuntafilosofiasta, Eriksson, *Marxistisk teori och rättsvetenskap*; sama, ”Rättslig argumentering och den dialektiska logiken”; sama, ”Utkast till en marxistisk jurisprudence”; Tuori, ”Marxilainen oikeusteoria”, sama, *Valtionhallinnon sivulinorganisaatiosta*, 1, s. 70–81. – Ajatus ”olemus-ilmiö-kategorioiden ilmentämästä ’ekspressiivisestä’ yhteydestä” oikeuden ja yhteiskunnallisten tietoisuusmuotojen eri tasojen välillä palautuu Kaarlo Tuorin oikeuden monitasomallin marxilaiseen varhaisversioon. Tuori, *Valtionhallinnon sivulinorganisaatiosta*, 1, s. 74. Kokoavasti suomalaisesta vaihtoehtoisesta lainopista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 541–549.

¹⁴ Sosiaalisesta siviilioikeudesta, Wilhelmsson, *Social civilrätt*; sama, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”; sama, ”Sosiaalinen siviilioikeus”; sama, ”Sosiaalinen suorituseste”; Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Vrt. Helin, ”Monet on metodit”, s. 311.

¹⁵ Oikeustaloustieteen suhteesta oikeuslähdeoppiin, Timonen, ”Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa”; Mähönen, ”Taloustiede lain tulkinnassa”. – Rajoitetusti, esimerkiksi Euroopan unionin ja kansallisen sisämarkkina- ja kilpailuoikeusnormiston tulkinnassa,

olevan oikeuden vallitsevaan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan EU:n ja kansallisen kilpailu-, sisämarkkina-, yhtiö-, arvopaperi- ja rahoitus-oikeudellisen lainsäädännön ja oikeuskäytännön ulkopuolella.

Kriittinen oikeustutkimus voi myös täydellisesti irtautua oikeuden institutionaalisista ja yhteisöllisistä sidonnaisuuksista, joihin lainopin tutkimuksellinen tiedonintressi kiinnittyy, ja tarkastella sen sijaan esimerkiksi *messiaanista* ideaa oikeudesta,¹⁶ joka on aina ”kätkeyty ja saavuttamaton”,¹⁷ ”ikuisesti tuleva”,¹⁸ ”ei-mitään”,¹⁹ ”sateenkaaren tuolla puolen”²⁰ tai ”se, mikä on oikein Jumalan edessä”.²¹ Tällöin ei ole enää kyse lainopin *tulkinnallisen* eli oikeuden tulkinnalliseen merkityssisältöön kohdentuvan tiedonintressin toteuttamisesta, vaan oikeusfenomenologian, modernin luonnonoikeusfilosofian, oikeusteologian tai jonkin muun mannereurooppalaisen oikeusfilosofian suuntauksen hyväksymistä tutkimuksellisista pyrkimyksistä.²²

Ajatuksellinen rajalinja yhtäältä institutionaaliseen tulkintaideologiaan ja sen käsittämiin institutionaaliin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin ja oikeudellisiin tulkintamalleihin sitoutuneen sekä toisaalta niistä kriittisesti irtautuneen lainopin välillä ei ole kertakaikkisesti vakioitu ja pysyvä, vaan se saattaa oikeuskehityksen myötä merkittävästikin muuttua, ja näin on myös tapahtunut. Oikeustaloustieteellisen tarkastelutavan painottama markkinarationaalisuus ja taloudellinen kustannustehokkuus on saanut kasvavaa merkitystä etenkin kilpailuoikeudellisessa soveltamiskontekstissa yleiseurooppalaisen oikeuskehityksen myötä, koska oppi työvoiman, pääoman, tavaroiden ja palveluiden vapaasta liikkuvuudesta on keskeinen osa Euroopan unionin perustamissopimuksen, lainsäädännön ja oikeuskäytännön ilmentämää institutionaalista tulkintaideologiaa.²³ Koska Suomi on Euroopan unionin täysivaltainen jäsenmaa, sanotunlaiset oikeudelliset validiteetti- ja tulkintaperusteet saavat myös meillä merkitystä Euroopan unionin perustamissopimuksen ja sen nojalla annetun lainsäädännön, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä ilmenevien

oikeustaloustieteellinen lähestymistapa voi hyvin olla osa vallitsevaa institutionaalista tulkintaideologiaa, joka tältä osin toteuttaa alkuperäisen Rooman sopimuksen ja sen nojalla annetun muun eurooppaoikeudellisen sääntelyn hyväksymiä, vahvasti taloudelliseen kustannustehokkuuteen liittyviä tavoitteita.

¹⁶ Kokoavasti Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*. s. 847–852.

¹⁷ Hirvonen, ”After the Law”, s. 233.

¹⁸ Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484–485.

¹⁹ Hirvonen, mts. 484: ”*Dikē* ei ole mitään.”

²⁰ Sivenius, ”The Law and the Rainbow”; vrt. Siltala, ”’Sateenkaaren tuolla puolen’ – polysentrisen oikeuden manifesti”.

²¹ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 168.

²² Oikeustieteestä monikollisena ja Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian tarkoittamana perheyhtäläisenä käsitteenä, jota vain tutkimuskohteen määritelmällinen *oikeudellisuus* eli sidonnaisuus oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen perustaan* yhdistää, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 103–158.

²³ Kokoavasti kilpailuoikeuden kansallisesta ja eurooppaoikeudellisesta ulottuvuudesta, Kuoppamäki, *Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa*.

yleisten oikeusohjeiden prejudikaattivaikutuksen sekä yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön perusteella. Samoin yhteiskunnan vallitsevan arvoperustan vähittäinen muutos kohden aiempaa herkempää yhteiskunnallisen eriarvoisuuden tiedostamista esimerkiksi erilaisten etnisten, seksuaalisten ja muiden vähemmistöjen oikeuksia koskevissa kysymyksissä on, sitä mukaa kun sanotunlainen muutos on sitoutunut Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, laajentanut institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sitoutuneen lainopin alaa suhteessa kriittisen oikeusopin vastaaviin yhteiskunnallisiin tavoitteisiin.

Institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutunut* lainoppi sekä *kriittinen* eli institutionaalisesta tulkintaideologiasta irtautunut lainoppi voidaan esittää koavasti suhteessa erilaisten oikeudellisten tulkintamallien asettamaan validiteetti- ja tulkintakriteeriin:

Kaavio 10: Institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutunut ja kriittinen lainopin tulkintaideologia sekä edellytetty ontologia suhteessa eri tulkintamallien validiteetti- ja tulkintakriteeriin

Lainoppi
+ edellytetty ontologia

(*Käsitelainoppi*
+ oikeuskäsitteiden systeemi)

Institutionaaliseen tulkinta-ideologiaan *sitoutunut* lainoppi + oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyneet oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet

Kriittinen lainoppi + oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta irralliset yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet

Tulkintamalli: oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteeri

A. Formaali validiteetti- ja tulkintakriteeri:
(*Oikeudellinen tulkintaformalsmi*: loogis-käsitteelliset perusteet)

B. Institutionaalinen validiteetti- ja tulkintakriteeri:
Oikeudellinen korrespondenssiteoria: vertailtavien asiantilojen vastaavuus, isomorfia
Oikeudellinen koherenssiteoria: institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäissuhteet
Oikeudellinen uusretoriikka: universaaliauditorion yhteisöllinen hyväksyntä
Oikeudellinen eksegeesi: lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset tavoitteet
Analyyttinen oikeusrealismi: toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset
Oikeudellinen konventionalismi: vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt

C. Aineellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri:
Konsekventialismi: yhteiskunnalliset vaikutukset
Luonnonoikeusfilosofia: ehdoton yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus
Radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi: aidosti tilannesidonnainen oikeudenmukaisuus

Institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutunut* lainoppi käsittää siis tutkimuksen, jonka soveltama oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri on määritelty oikeudellisen korrespondenssiteorian, oikeudellisen koherenssiteorian, oikeudellisen uusretoriikan, oikeudellisen eksegeesin, analyttisen oikeusrealismin, oikeudellisen konventionalismin tai niiden määrätynlaisen yhdistelmän tarkoittamalla tavalla. Institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneet oikeudelliset tulkintalauseet kiinnittyvät oikeuden *institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa* ilmentäviin oikeudellisiin tulkinta- ja ratkaisuperusteisiin eli yhtäältä institutionaalisiin päätöksiin perustuviin oikeussääntöihin ja toisaalta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuviin oikeusperiaatteisiin ja vastaaviin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin. Tarkasteltavana olevien asiantilojen rakenneyhtäläiseen kuvasuhteeseen kiinnittyvä oikeudellinen korrespondenssiteoria hyväksyy ainoastaan tyyppitapaukselliset oikeussäännöt oikeudellisen ontologian alaan. Muut institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneet tulkintamallit hyväksyvät myös oikeusperiaatteet ja vastaavat, oikeussääntöjä heikommin täsmentyneet ratkaisustandardit voimassa olevan oikeuden alaan.

Kriittinen oikeusoppi pyrkii toteuttamaan muita kuin institutionaalisen tulkintaideologian alaan kuuluvia eli oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan tunnustamia yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita. Oikeuden ennakoitavissa oleviin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin ja tavoitteisiin kiinnittyvä tulkintaopillinen pragmatismi, arvoperustainen luonnonoikeusfilosofia sekä radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi toteuttavat *aineellista* tulkintaideologiaa, jonka käsittämät yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet poikkeavat merkittävästi oikeuden vallitsevasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta ja metakontekstista. Käsitelainopin edustama *formaali* tulkintaideologia määrittelee tulkintalauseeseen sovellettavan validiteetti- ja tulkintakriteerin loogis-käsitteellisten ja systeemisten määreiden avulla. Koska käsitelainoppi on nykyisin lähinnä oikeushistoriallinen jäänne, se on laitettu yllä olevassa kaaviossa sulkeisiin.

Aiemman *Oikeustieteen tieteenteoria* -teokseni tutkimukselliset koordinaatit oli lukittu Alf Rossin ja H.L.A. Hartin edustamaan analyttiseen oikeusrealismiin sekä Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustamaan institutionaaliseen oikeuspositivismiin, jonka sääntösidonnaista oikeuskäsitystä täydensin vielä Ronald Dworkinin lähinnä oikeudelliseen konventionalismiin ja oikeudelliseen koherenssiteoriaan liittyvällä ajatuksella institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista ja vastaavista oikeudellisista ratkaisustandardeista. Määrittelin *Oikeustieteen tieteenteoria* -teoksessa voimassa olevan oikeuden Alf Rossin (ja H.L.A. Hartin) edustaman analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla seuraavasti:²⁴

²⁴ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 53. Vrt. myös Siltala, mts. 922–925.

Voimassa oleva oikeus on *toteutunut* ja *toteutettavissa* oleva *yhteiskunnallinen tosiasia* eli niiden muodollisesti velvoittavien *oikeussääntöjen* sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja vastaavien muiden oikeudellisten *ratkaisustandardien* kokonaisuus, jotka tuomioistuimet ja muut lakia soveltavat viranomaiset eli institutionaaliset lainsoveltajat ovat tosiasiallisesti hyväksyneet ja jotka ne vallitsevan eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän *tuomarinideologian* perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa hyväksymään oikeudellisen ratkaisun normatiiviseksi perustaksi eli mittapuuksi, jonka avulla ratkaisun lainmukaisuutta ja oikeellisuutta arvioidaan.

Lainopin vallitsevan doktriinin määrittelin *Oikeustieteen tieteenteoria* -kirjassani vastaavasti institutionaalisen tuomarireferenssin avulla eli viittaamalla tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien omaksumaan käsitykseen sovellettavasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä oikeuslähteopista sekä oikeudellisista päättelymalleista analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla. Vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin määrittelin vastaavasti tutkimuksena, joka ei sanotunlaista sitoumusta institutionaaliseen tuomarireferenssiin tee.²⁵

Vaikka pidän edelleen Rossin analyttisen oikeusrealismin mukaista voimassa olevan oikeuden määrittelyä perustelluimpana vaihtoehtona, voimassa oleva oikeus on voitu perustellusti määritellä myös toisin institutionaalisen tulkintaideologian käsittämien institutionaalisten ja yhteisöllisten premissien alaisuudessa. Moderni oikeus on Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*), jonka loogis-käsitteellisestä, episteemisestä, konstitutiivisesta tai metodisesta identiteetistä ei välttämättä vallitse perustavaa yksimielisyyttä oikeusyhteisössä edes silloin, kun voimassa olevan oikeuden määritelmällinen sidonnaisuus yhteiskunnan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan on sinänsä tunnustettu. Voimassa olevan oikeuden määrittelyä on sen vuoksi mahdollista höllentää siten, että institutionaalisen tulkintaideologian mukainen sidonnaisuus oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan katsotaan riittäväksi erottelukriteeriksi voimassa olevan oikeuden erottamiseksi 'ei-oikeudesta'. *Institutionaalinen tulkintaideologia* ja sen alaan kuuluvat, eri tavoin painotettavissa olevat institutionaaliset ja yhteisölliset validiteetti- ja tulkintakriteerit ovat tällöin vakioitu tulkintaopillinen referenssi, jota vasten oikeudellisen tulkintalauseen semanttinen ekstensio eli oikeudellinen *validiteetti* ja *institutionaalinen totuusarvo* "tosi_L" tai "epätosi_L" sekä semanttinen intensio eli *tulkinnallinen merkityssisältö* ovat määritettävissä.

Näin laajemmin ymmärrettyinä tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti sisäistämä tuomarinideologia on vain osa institu-

²⁵ Kokoavasti Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 525–528, 888–889, 921.

tionaalista tulkintaideologiaa, jota yhtäältä lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston taustalla vaikuttava institutionaalinen *lainsäädäntöideologia* ja toisaalta erilaisiin vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin, kuten tavanomaiseen oikeuteen ja sopimusoikeudellisiin käytäntöihin, juristien ammatilliseen itseymmärrykseen ja ammattietiikkaan sekä muihin oikeudellisiin konventioihin, perustuva *yhteisöllinen oikeuskäsitys* myös osaltaan jäsentävät. Oikeudellisen tulkintalauseen validiteettia ja totuusarvoa ”tosi_L” sekä sen tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä arvioitaessa vallitseva lainsäädäntöideologia, kollektiivinen tuomarinideologia, yhteisöllinen oikeuskäsitys tai näiden tietynlainen yhdistelmä saavat tällöin merkitystä voimassa olevan oikeuden validiteetti- ja tulkintakriteerinä. Eri tavoin painotettuna nämä institutionaaliset tai yhteisölliset arviointikriteerit ilmentävät oikeudellisen korrespondenssiteorian, oikeudellisen koherenssiteorian, oikeudellisen uusretoriikan, oikeudellisen eksegeesin, analyttisen oikeusrealismin, oikeudellisen konventionalismin tai näiden tietynlaisen yhdistelmän mukaista käsitystä tulkintalauseen oikeudellisesta validiteetista ja tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä.

Vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen lainoppi hylkää oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyneet institutionaaliset päätökset ja yhteisölliset käytännöt eli oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet muunlaisten yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden tai formaalien oikeuskäsitteiden edellyttämän systeemyhteyden hyväksi. Kun voimassa oleva oikeus on edellä kerrotulla tavalla radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö, estettä menettelylle ei sinänsä ole. Kriittisen oikeusopin tuottamat oikeudelliset tulkintalauseet eivät kuitenkaan esitä tulkintaopillisia väitteitä *voimassa olevasta* oikeudesta, jotka siis toteuttaisivat vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian mukaisen oikeudellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin, vaan ne perustelevat eri tavoin määriteltävissä olevia tulkintoja *parhaasta mahdollisesta* maailmasta, oikeudesta ja yhteiskunnasta.

15.4 OIKEUDEN LOOGINEN KONSTITUUTIO, EDELLYTETTY ONTOLOGIA JA RAKENTEELLINEN AKSIOLOGIA: OIKEUDELLISET KÄSITTEET, OIKEUSSÄÄNNÖT JA OIKEUSPERIAATTEET SEKÄ YHTEISKUNNALLISET ARVOT JA TAVOITTEET

Tavanomaisen todellisuutta kuvaavan väitelauseen eli proposition ontologiset ja loogis-käsitteelliset sitoumukset käsittävät viittauksen joko mahdollisiin asiantiloihin (saks.: *Sachverhalten*) tai tosiasiallisesti toteutuneisiin tosiasioihin (saks.: *Tatsachen*), jos tarkastelun lähtökohdaksi hyväksytään Ludwig Wittgen-

steinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen perusteleman kielen kuvateorian mukainen käsitys todellisuuden loogisesta konstituutiosta ja edellytetystä ontologiasta.²⁶ Oikeudellisen tulkintalauseen edellytetty *todellisuusrakenne* eli oikeudellisen metafysiikan sitoumukset tarkoittaa vastaavasti oikeudellisen kielen ja oikeudellisten asiantilojen *loogista konstituutiota*, *edellytettyä ontologiaa* ja *rakenteellista aksiologiaa* koskevia sitoumuksia, joihin institutionaalisen, formaalin tai aineellisen tulkintaideologia vakioima oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteeri on mahdollista kiinnittää.

Oikeudellisen tulkintalauseen metafysiikka sen loogisen konstituution, edellytetyn ontologian tai rakenteellisen aksiologian sitoumusten merkityksessä koostuu: (a) *oikeudellisten käsitteiden* systeemistä, jos on sitouduttu *formaaliin* tulkintaideologiaan, (b) oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* palautettavissa olevista, institutionaalisiin päätöksiin perustuvista *oikeussäännöistä* ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvista *oikeusperiaatteista*, jos on sitouduttu *institutionaaliseen* tulkintaideologiaan, tai (c) yhteiskunnallisista *arvoista* tai *tavoitteista*, jotka eivät täytä oikeusperiaatteille asetettua vaatimusta riittävästä institutionaalisesta tuesta ja yhteisöllisestä hyväksynnästä oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä, jos on sitouduttu *aineelliseen* tulkintaideologiaan. Institutionaaliset oikeussäännöt ja yhteisölliset oikeusperiaatteet sekä niitä vastaavat institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet samoin kuin oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta ovat oikeudellisen tulkintalauseen metafysiikan sitoumuksista merkittävimmät, jos ja kun tuomarin tai tutkijan tavoitteena on lausua jotain *voimassa olevasta* oikeudesta.

Se, mille tarkastelu- tai abstraktiotasolle oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen edellyttämä todellisuusrakenne lukitaan institutionaalisen tulkintaideologian alaisuudessa, on puhtaasti tarkoitussidonnainen asia. Institutionaalisen tulkintaideologian alaisuudessa vaihtoehtoina ovat: (a) oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta, (b) institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, (c) oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ja (d) oikeudet ja velvollisuudet. Nämä on voitu täsmällisemmin määritellä esimerkiksi toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten, lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuinten alkuperäisten tavoitteiden tai yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden kokonaisuuden merkityksessä, viitaten yhtäältä analyttisen oikeusrealismin, toisaalta oikeudellinen eksegeesin ja kolmanneksi oikeudellisen konventionalismin ontologisiin määreisiin.

Institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin kiinnittyvän oikeudellisen tulkintalauseen edellyttämä todellisuuden konstituutorakenne voidaan kiinnittää mihin tahansa seuraavan sivun kaavion osoittamista vaihtoehtoista. Oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen ontologisten sitoumusten abstraktiotaso nousee aina ylemmälle tasolle siirryttäessä ja laskee alemmalle tasolle siirryttäessä.

²⁶ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, s. 30 et seq.

Kaavio 11: Institutionaaliseen tulkintaideologiaan kiinnittyvän oikeudellisen tulkintalauseen ontologisten sitoumusten suhteellinen abstraktiotaso

ABSTRAKTI TARKASTELUTASO



Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta

Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet eli yksilöitävissä olevat institutionaaliset päätökset ja vakiintuneet yhteisölliset käytännöt

Oikeusnormit eli voimassa olevat oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet

Yksittäisille oikeussubjekteille kohdennetut oikeudet ja velvollisuudet

KONKREETTINEN TARKASTELUTASO

Tarkastelun abstraktiotaso alenee siirryttäessä oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta kohden yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuja oikeuksia ja velvollisuuksia, missä institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet sekä oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ovat välittävinä tasoina.

Oikeusnormit eli oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ovat tavallisesti hyvin perusteltu valinta oikeudellisen semantiikan edellyttämäksi todellisuusrakenteeksi, koska ne vastaavat hyvin juristien ammatillista itseymmärrystä eli käsitystä voimassa olevan oikeuden rakenteesta. Lisäksi ne ovat samalla abstraktiotasolla kuin yhtäältä oikeudelliset käsitteet tai käsitekategoriat sekä toisaalta yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet, joihin formaali ja aineellinen tulkintaideologia tahollaan kiinnittyvät. Myös oikeudellisten käsitteiden ja yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden tarkastelussa noudatettava abstraktiotaso on tarkoituksidonnaisesti valittavissa, joskin oikeudellisten käsitteiden osalta on epäselvää, mikä vastaisi oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden taustalla vaikuttavaa oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa. Kaiketi kyse olisi jonkinlaisesta oikeudellisten käsitteiden 'syvälogiikasta', mitä sanotulla termillä täsmällisesti ottaen sitten tarkoitetaankaan. Yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden osalta vastaava tarkastelu käsittäisi 'arvospektrin' vain yksittäiselle henkilölle ominaisista arvopreferensseistä aidosti yhteisöllisiin arvoperusteisiin sinänsä suomalaista yhteiskuntaa jäsentävien mutta samalla oikeudellisesti arvioiden riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää vailla olevien arvovalintojen merkityksessä, vastaten tarkastelun yksilötasolla

institutionaalisen tulkintaideologian mukaisia yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuja oikeuksia ja velvollisuuksia sekä tarkastelun kollektiivitasolla oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa.

Tuomarin tai muun lainsoveltajan yhteiskunnallinen ratkaisufunktio ja siihen kiinteästi liittyvä oikeudellinen tiedonintressi on sidottu vallitsevan oikeudellisen metateorian eli oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen metakontekstin tarkoittamalla tavalla institutionaaliseen tulkintaideologiaan ja sen käsittämiin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin, oikeudellisiin päättelymalleihin sekä tuomarille asetettuun oikeudelliseen ratkaisupakkoon eli siihen tosiseikkaan, että tuomarilla on virkaan perustuva velvollisuus antaa asianmukaisesti vireille saatetussa oikeusjutussa perusteltu ratkaisu. Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet sekä institutionaalinen tulkintaideologia rajaavat tuomarin käytettävissä olevan harkintavallan alan tavalla, jota tämä ei voi ylittää, jos ratkaisun *oikeudellisuus* tahdotaan säilyttää eikä päätöstä ole tarkoitus (tai edes sallittua) tehdä ensisijaisesti tai yksinomaisesti moraalisten, uskonnollisten, taloudellisten, poliittisten tai vastaavien muiden arviointikriteerien perusteella. Toisaalta institutionaalisen tulkintaideologian käsittämille oikeuslähteille annettava oikeuslähdeopillinen ja tulkintaopillinen painoarvo vaihtelee merkittävästi sen mukaan, annetaanko eri oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäisessä kollisiotilanteessa suhteellinen etusija ensisijaisesti vallitsevaa lainsäädäntöideologiaa, kollektiivista tuomarinideologiaa, yhteisöllistä oikeuskäsitystä vaiko näiden määrätynlaista yhdistelmää toteuttaville oikeudellisille validiteetti- ja tulkintakriteereille.

Sekä oikeussääntöjen että oikeusperiaatteiden oikeudellinen validiteetti- ja tulkintaperuste on johdettavissa oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta niiden yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden merkityksessä, joille vallitseva institutionaalinen tulkintaideologia antaa merkitystä niiden nauttiman riittävän institutionaalisen tai yhteisöllisen tuen vuoksi. Kun oikeus määritellään vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla, vain institutionaalisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet voivat saada oikeudellista ratkaisuarvoa eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovan, velvoittavan tai ohjaavan vaikutuksen, kun taas tuomarin omakohtaiset, subjektisidonnaiset arvot tai muunlaiset yhteiskunnalliset preferenssit rajautuvat voimassa olevan oikeuden ulkopuolelle.²⁷ Tuomarin omakohtaiset yhteiskunnalliset arvopreferenssit voivat kuitenkin saada merkitystä Wróblewskin vapaan ratkaisuideologian ja Makkosen säätelemättömän ratkaisutilanteen yhteydessä, jolloin voimassa olevan oikeuden käsittämät säännöt ja periaatteet eivät sido tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa. Rajalinja yhtäältä institutionaalisen ja toisaalta aineellisen tai formaalin tulkintaideologian välillä on

²⁷ Samoin Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 48–49.

määritettävissä vain suhteessa oikeuden vallitsevaan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan.

Alf Rossin analyttisen oikeusrealismin mukaan lainopin tehtävänä on laatia ennusteita tulevista tuomioistuinratkaisuksista vallitsevan *tuomarinideologian* eli tuomarikunnan ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeuslähte- ja laintulkintaopin käsittämien ratkaisupremissien avulla, mutta myös tuomarin henkilösidonnaiset, *idiosynkraattiset* ratkaisumotiivit on hänen mukaansa syytä ottaa huomioon sanotunlaisia ennusteita laadittaessa.²⁸

”Oikeus on yhteisöllinen eli ylyksilöllinen ilmiö. Tuomarin omakohtaiset ratkaisumotiivit, siinä määrin kuin ne vaikuttavat hänen päätöksentekoonsa, eivät lukeudu Tanskan voimassa olevan oikeuden alaan, vaikka ne luonnollisesti ovat yksi osatekijä, joka tulee [t. voidaan] ottaa huomioon, kun tehtävänä on arvioida jonkin tulevan tuomioistuinratkaisun sisältöä.”

Voimassa olevan oikeuden tulkinnallista merkityssisältöä koskevissa oikeudellisissa voimassaolo- tai tulkintalauseissa, jotka siis rossilaisittain arvioituna ovat ennusteita tulevista ratkaisuksista ja niiden normatiivisista premisseistä, oikeuden määritelmällinen yhteisöllisyys eli ’ylyksilöllisyys’ kietoutuu yhteen tuomarin omakohtaisten, idiosynkraattisten ratkaisumotiivien kanssa. Viimeksi mainitut voivat olla esimerkiksi tuomarin uskonnollista tai poliittista vakaumusta ilmentäviä arvoja. Rossin kanta johtaa siihen, että oikeudellisia ennusteita laativan oikeustieteen – tai oikeammin: lainopin – tutkimuskohde on laajempi kuin vain voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tai tuomaria eriasteisesti sitovien institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden kokonaisuus, koska myös tuomarin puhtaasti idiosynkraattiset ratkaisumotiivit on hänen mukaansa syytä ottaa huomioon tulevia tuomioistuinratkaisuja koskevia ennusteita laadittaessa.²⁹

Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ja vastaavat muut oikeudelliset ratkaisustandardit ovat määriteltävissä niiden vahvan tai heikon (*sääntö*) *formalismin* perusteella.³⁰

²⁸ ”Retten er et socialt, d.v.s. overindividuelst fænomen. I det omfang, den enkelte dommer motiveres af særegen ideosynkrasi, henregnes denne ikke til ’dansk ret’ – selv om den naturligvis ligefuldt er en faktor der må tages i betragtning af den der er interesseret i at forudkalkulere en konkret retsafgørelse.” Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 48–49 (käännös allekirjoittaneen).

²⁹ Rossin oikeusajattelun filosofinen dekonstruktio saattaisi kiinnittyä tähän pulmalliseen suhteeseen oikeuden määritelmällisen yhteisöllisyyden ja tuomarin omakohtaisten ratkaisumotiivien kesken.

³⁰ Taustalla on Ronald Dworkinin ja Robert S. Summersin oikeudellinen ajattelu. Summersin oikeusteoreettisia kirjoituksia on koottu muun muassa teoksiin *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*, *Essays in Legal Theory* ja *The Jurisprudence of Law’s Form and Substance*. Dworkin on pohtinut oikeusperiaatteita aina varhaisesta *Taking Rights Seriously* -teoksestaan lähtien. Itse luin Dworkinin ja Summersin kirjoituksia rinnakkain väitöskirjassani *A Theory of Precedent*, ja perustelin väitteen, jonka mukaan Dworkinin oikeusperiaatteet vastaavat Summersin vain heikosti formaaleja oikeudellisia ratkaisuperusteita, (ja kääntäen), ja Summersin tarkastelutapa vain on Dworkinia analyttisempi. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 43–54. Oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäissuhteista ja ajallisesta muutosdynamikasta, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 97–102, 377–381, 879–880, 880–882, 904–905.

Oikeussäännöt ovat *vahvasti* formaaleja oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita eli:

- (a) niiden oikeudellinen validiteetti eli voimassaolo perustuu siihen, että ne on saatettu voimaan *muodollisesti pätevällä* eli voimassa olevan valtiosäännön edellyttämällä tavalla,
- (b) ne noudattavat *binääristä* sääntely- ja ratkaisulogiikkaa eli soveltuvat yksittäiseen oikeustapaukseen *joko/tai* -luonteisesti,
- (c) niiden oikeudellinen *ratkaisuarvo* eli oikeudellinen päätöksentekositovuus tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on suuri, jolloin tapaukseen soveltuva oikeussääntö kykenee yksinäänkin määrittämään jutun oikeudellisen lopputuloksen, ja sen oikeudellinen ratkaisuarvo on yleistettävissä myös muihin oikeudellisessa katsannossa samankaltaisiin tapauksiin,
- (d) niiden keskinäiset suhteet normikonfliktien ratkaisun ja *pääsääntö/poikkeussääntö* -luokitusten merkityksessä ovat ennalta määritettävissä ja vakioitavissa suljetun ja staattisen oikeudellisen systematiikan tarkoittamalla tavalla, jolloin säännöt muodostavat vahvasti systemisen kokonaisuuden esimerkiksi Hans Kelsenin ja A. J. Merklin oikeusnormihierarkian merkityksessä,
- (e) niiden soveltaminen yksittäiseen oikeustapaukseen edellyttää sääntöjen *tulkintaa* ja *systematisointia* niiden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön ja keskinäisten etusijasuhteiden määrittämiseksi, ja
- (f) ne ovat yhteiskunnallisista arvo- ja tavoiteperusteista *irtautuneita* ja *itsenäistyneitä* oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joten sääntöjä ei ole välttämätöntä palauttaa niiden taustalla vaikuttavien tai ainakin niiden voimaantulohetkellä vaikuttaneiden yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden yhteyteen niiden oikeudellisen validiteetin ja tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi.

Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat ratkaisustandardit ovat vain *heikosti* formaaleja oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita eli:

- (a) niiden merkitys tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa perustuu niiden erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttimaan *institutionaaliseen tukeen* ja *yhteisölliseen hyväksyntään*, ei yksittäiseen oikeudelliseen säädökseen tai tuomioistuin- tai viranomaisratkaisuun, niin kuin oikeussääntöjen muodollinen validiteetti,
- (b) ne noudattavat *moniarvoista* (sääntely- ja) ratkaisulogiikkaa eli soveltuvat yksittäiseen oikeustapaukseen vain *enemmän-tai-vähemmän* -luonteisesti,
- (c) niiden oikeudellinen *ratkaisuarvo* eli oikeudellinen päätöksentekositovuus tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on (ainakin tavallisesti) varsinaisia oikeussääntöjä heikompi, jolloin yksittäinen asiaan vaikuttava oikeusperiaate pystyy vain viemään tuomarin tai

- muun lainsoveltajan ratkaisuharkintaa tiettyyn suuntaan ilman, että se kykenisi määräämään jutun oikeudellisen lopputuloksen, eikä tuon oikeudellisen punninnan lopputulos ole sellaisenaan yleistettävissä muihin oikeudellisesti riittävän samankaltaisiin tapauksiin,
- (d) niiden keskinäiset suhteet periaatteiden kollisionratkaisun ja *johtava/väistävä periaate* -luokitusten merkityksessä ovat määritettävissä vain sisällöllisten punnintanormien avulla, jolloin periaatteet muodostavat vain enintään heikosti systeemisen kokonaisuuden,
 - (e) niiden soveltaminen yksittäiseen oikeustapaukseen edellyttää oikeusperiaatteiden arvosidonnaista *punnintaa* ja *keskinäistä tasapainottamista*, jolloin yksittäisen oikeusperiaatteen suhteellinen painoarvo on määritettävissä vain suhteessa sen ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin sekä muiden asiaan vaikuttavien periaatteiden vastaaviin yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin, ja
 - (f) oikeusperiaatteet ovat kietoutuneet yhteen määrättyjen yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden kanssa, joten niiden oikeudellisen validiteetin ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittäminen ei ole mahdollista ilman viittausta sanotunlaisiin yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin.

Kokoavasti oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden vahva tai heikko oikeudellinen *formaalisuus* on määritettävissä suhteessa: (a) oikeudelliseen *validiteetti- eli voimassaoloperustaan*, (b) oikeudelliseen *sääntely- ja ratkaisulogiikkaan*, (c) oikeudelliseen *ratkaisuarvoon* eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovaan, velvoittavaan tai ohjaavaan vaikutukseen, (d) staattiseen tai dynaamiseen oikeudelliseen *systeemikäsitykseen*, (e) oikeudelliseen *metodologiaan* ja (f) *rakenteelliseen aksiologiaan* suhteessa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Tämän voi esittää myös seuraavan sivun kaavion avulla:

Kaavio 12: Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet suhteessa (a) voimassaoloperustaan, (b) oikeudelliseen sääntely- ja ratkaisulogiikkaan, (c) oikeudelliseen ratkaisuarvoon eli päätöksentekositovuuteen, (d) oikeudelliseen systeemisyyteen, (e) metodologiaan ja (f) oikeuden rakenteelliseen aksiologiaan

	Oikeussäännöt	Oikeusperiaatteet
(a) Voimassaoloperusta	lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemät institutionaaliset päätökset = muodollinen validiteetti tai tosiasiallinen täytäntöönpanotehokkuus = analyttisen oikeuspositivismin tai analyttisen oikeusrealismin mukainen institutionaalinen voimassaolo	vakiintuneet, oikeudellisesti merkitykselliset yhteisölliset käytännöt + oikeussääntöjä heikompi institutionaalinen tuki = oikeudellisen konventionalismin mukainen yhteisöllinen voimassaolo
(b) Sääntely- ja ratkaisulogiikka	<i>joko/tai</i> -tyyppinen soveltuvuus kaksiarvologiikan tarkoittamalla tavalla	<i>enemmän-tai-vähemmän</i> -tyyppinen soveltuvuus moniarvologiikan tarkoittamalla tavalla
(c) Ratkaisuarvo	vahva oikeudellinen ratkaisuarvo: kykenee yksinäänkin määräämään jutun aineellisen lopputuloksen	heikompi oikeudellinen ratkaisuarvo: kykenee vain ohjaamaan tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa tiettyyn suuntaan
(d) Systeemisyyt	<i>staattinen</i> eli ennalta vakioitavissa oleva oikeudellinen systematiikka	<i>dynaaminen</i> eli vain tilannesidonnaisesti määritettävissä oleva oikeudellinen systematiikka
(e) Metodologia	yleistettävissä oleva tulkinta ja systematisointi	tilannesidonnainen punninta ja keskinäinen tasapainottaminen (engl.: <i>weighing and balancing</i>)
(f) Rakenteellinen aksiologia: suhde yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin	oikeudellinen sääntöformalismi: yhteiskunnallisista arvo- ja tavoiteperusteista irtautunut ja itsenäinen asema oikeudellisena tulkinta- ja ratkaisuperusteena	argumentatiivinen avoimuus: yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden kanssa yhteenkietoutunut ja epäitsenäinen asema oikeudellisena tulkinta- ja ratkaisuperusteena

Oikeussäännöt ovat *tyyppitapauksellisia* eli yleistettävissä olevia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, jotka ovat irtautuneet ja itsenäistyneet niistä yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista, joiden nojalla ne alun perin saatettiin voimaan. Oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat *tilannesidonnaisia* oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, jotka ovat kietoutuneet yhteen määrättyjen yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden kanssa, eikä niiden oikeudellinen ratkaisuarvo ole kuin enintään rajoitetusti yleistettävissä koskemaan myös muita oikeudellisesti samankaltaisia tapauksia.

Käsitys oikeusperiaatteiden vain heikosta oikeudellisesta ratkaisuarvosta kuitenkin muuttuu, jos Ronald Dworkinin myöhemmän *Law's Empire* -teoksen keskeisidea *oikeudellisesta eheydestä* hyväksytään oikeudelliseksi validiteetti- ja tulkintakriteeriksi sekä oikeudellisen ratkaisuharkinnan perustaksi Dworkinin varhaistuotantoon kuuluvan *Taking Rights Seriously* -teoksen ja etenkin sen sisältämän ”The Model of Rules, I–II” -kirjoituksen heikommin systeemisen oikeuskäsityksen sijaan. Tällöin paras eli koherentein mahdollinen oikeudellinen kokonaisteoria eli, tämän teoksen termein, koherentein mahdollinen tulkinta oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä *metateoriasta* saa toimia vakioiduna tulkintaopillisena referenssinä, jota vasten tulkinnan oikeellisuutta arvioidaan etenkin vaikeissa oikeudellisissa ratkaisutilanteissa. Oikeudellinen päättely toteuttaa myös tällöin institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden arvosidonnaista punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista, mutta nyt oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ratkaisuarvo eli tuomarin ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava merkitys on olennaisesti suurempi kuin jos oikeusperiaatteet mielletään argumentteina, jotka pystyvät vain ohjaamaan tuomarin ratkaisuharkintaa määrättyyn suuntaan mutta eivät kykene lopullisesti ratkaisemaan käsillä olevaa tapausta.³¹

³¹ Vrt. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 35 (kursivoinnit lisätty): ”Only rules dictate results, come what may. When a contrary result has been reached, the rule has been abandoned or changed. Principles do not work that way; they *incline a decision one way, though not conclusively*, and they survive intact when they do not prevail.” Samoin Dworkin, mts. 26 (kursivointi lisätty): ”A principle like ‘No man may profit from his own wrong’ does not even purport to set out conditions that make its application necessary. Rather, it states *a reason that argues in one direction*, but does not necessitate a particular decision.”

15.5 OIKEUS FORMAALINA KÄSITESYSTEMINÄ, OIKEUS INSTITUTIONAALISINA JA YHTEISÖLLISINÄ OIKEUSNORMEINA SEKÄ OIKEUS YHTEISKUNNALLISENA OIKEUDENMUKAISUUTENA

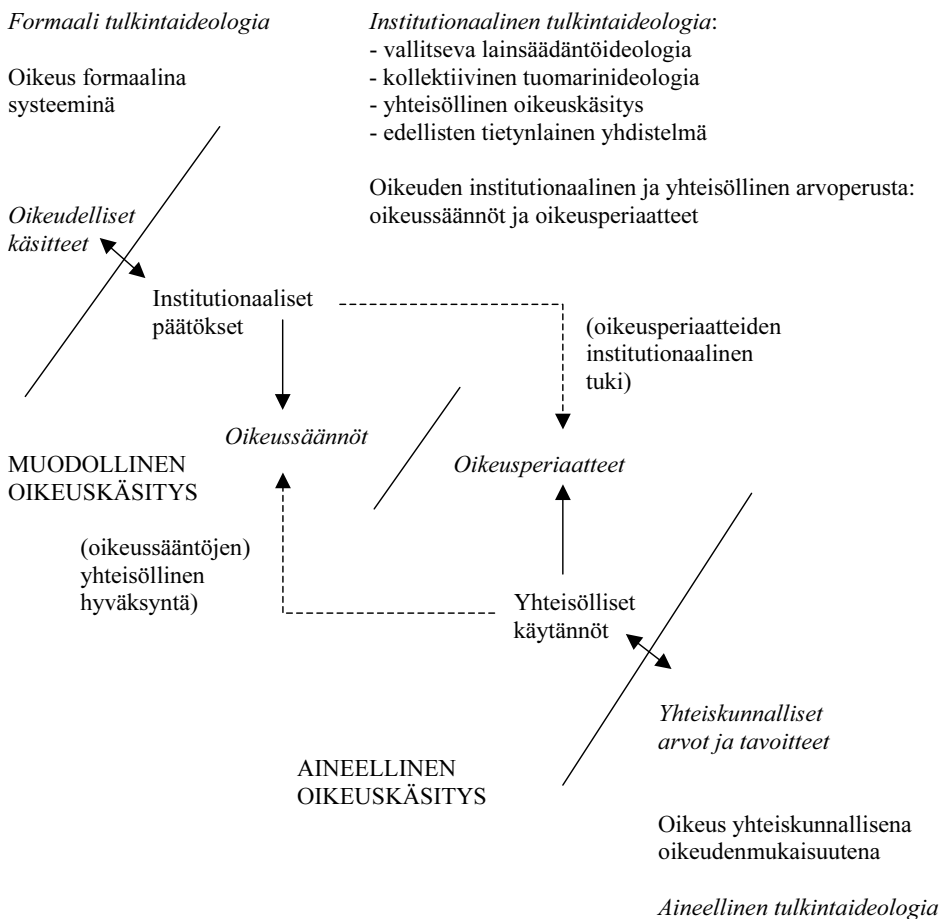
Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ovat kumpikin eri tavoin sidoksissa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Oikeussääntöjen osalta oikeuslähde- ja laintulkintaopillisen tarkastelun painopiste on niiden *institutionaaliseen* päätöksentekoon liittyvillä ominaisuuksilla, koska oikeussääntöjen muodollinen validiteetti ja oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa ovat palautettavissa yksittäisten oikeudellisesti toimivaltaisten institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten, tekemiin päätöksiin. Toisaalta myös yhteisöllinen hyväksyntä voi saada rajoitetusti merkitystä oikeussääntöjen pätevyyttä ja tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä arvioitaessa. Tämä on tilanne esimerkiksi silloin, kun oikeusperiaatteet tai vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat saaneet vähintäänkin heikosti sääntöformaaleja, tyyppitapauksellisen oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen kaltaisia ominaisuuksia tai kun jokin yksittäinen oikeussääntö sivuutetaan tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa tulkinnallisena *desuetudo*- tai *contra legem* -tilanteena jonkin oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan vahvemmaksi katsotun oikeusperiaatteen hyväksi, mitä katkonuolen esittämä heikompi vaikutussuhde oikeussääntöjen ja yhteisöllisten käytäntöjen välillä ilmentää alla olevassa kaaviossa.

Oikeusperiaatteiden osalta tarkastelun painopiste on niiden vakiintuneisiin *yhteisöllisiin käytäntöihin* kiinnittyvillä ominaisuuksilla, koska oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit eivät määritelmänsä mukaisesti ole lainsäätäjän, tuomioistuinten tai muiden viranomaisten tahdonvaltaisesti määriteltävissä eli luotavissa, muutettavissa tai kumottavissa. Ratkaisevaa on sen sijaan niiltä edellytetty oikeussääntöjä heikompi institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä. Toisaalta institutionaalisilla käytännöillä on välillistä merkitystä myös oikeusperiaatteiden ratkaisuarvoa määritettäessä, mikä perustelee katkonuolen osoittaman heikomman vaikutussuhteen oikeusperiaatteiden ja institutionaalisten päätösten välillä alla olevassa kaaviossa. Oikeusperiaatteiden liittymät yksittäisiin institutionaalsiin päätöksiin voivat toteutua esimerkiksi sidonnaisuutena virallisen lainvalmisteluaineiston tai yksittäisen oikeudellisen säädöksen johtantolauseiden ilmentämään vallitsevaan lainsäädäntöideologiaan tai prejudikaattien sekä muiden tuomioistuin- ja viranomaisratkaisujen perusteluissa esitettyjen oikeudellisten näkökohtien ilmentämään kollektiiviseen tuomarinideologiaan.

Formaali, institutionaalinen ja aineellinen tulkintaideologia sekä oikeudellisen tulkintalauseen edellyttämät ontologiset sitoumukset formaalien oikeudel-

listen *käsitteiden*, institutionaaliin päätöksiin perustuvien *oikeussääntöjen* ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien *oikeusperiaatteiden* sekä yhteiskunnallisten *arvojen* ja *tavoitteiden* merkityksessä voidaan esittää kootusti seuraavan kaavion muodossa:

Kaavio 13: Formaali, institutionaalinen ja aineellinen tulkintaideologia sekä oikeudellisen tulkintalauseen looginen konstituutio, edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia



Oikeuden (sääntö)formaalit piirteet lisääntyvät kaavion vasenta yläkulmaa kohden, jossa sijaitsevat formaali tulkintaideologia ja käsitys oikeudesta formaalina (käsite)systeeminä, ja ne vähenevät kaavion oikeaa alakulmaa kohden, jossa

sijaitsevat aineellinen tulkintaideologia ja käsitys oikeudesta yhteiskunnallisena oikeudenmukaisuutena. Vastaavasti oikeuden aineelliset eli sisällölliset piirteet lisääntyvät kaavion oikeaa alakulmaa kohden ja vähenevät kaavion vasenta yläkulmaa kohden siten, että oikeussäännöt ovat vahvemmin formaaleja ja oikeusperiaatteet heikommin formaaleja eli suuremmassa määrin sisällöllisiä oikeudellisia ratkaisuperusteita toinen toisiinsa verrattuna. Kaavion ajatuksellinen diagonaali eli halkaisija vasemmasta yläkulmasta oikeaan alakulmaan käsittelee oikeuden mahdollisten maailmojen semantiikan eli ylipäättään mahdollisten tulkinnallisten merkitysten sfäärin sekä sen edellyttämät *loogis-käsitteelliset*, *ontologiset* ja *aksiologiset* sitoumukset yhtäältä oikeudellisten käsitteiden eli käsitteekategorioiden, toisaalta oikeusnormien eli institutionaalisten oikeussääntöjen ja yhteisöllisten oikeusperiaatteiden ja kolmanneksi muunlaisten yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden merkityksessä. Kaavion toinen ajatuksellinen diagonaali sen vasemmasta alakulmasta oikeaan yläkulmaan, jonka eri puolille oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet sijoittuvat, jakaa oikeuden sekä sen edellyttämät loogis-käsitteelliset, ontologiset ja aksiologiset sitoumukset ensisijaisesti formaaliin ja ensisijaisesti aineelliseen oikeuskäsitykseen.

Oikeudellisen tulkintalauseen edellytetty todellisuusrakenne eli sen loogis-käsitteelliset, ontologiset ja aksiologiset sitoumukset kattavat ajatuksellisen jännevälin oikeudellisten käsitteiden aukottomasta, loogisesta ja sisäisesti ristiinriidattomasta kokonaisjärjestelmästä yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, jotka – toisin kuin institutionaalisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet – eivät nauti oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää. Institutionaalisen tulkintaideologian mukaiset yksilöitävissä oleviin institutionaalisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet sijoittuvat sanottujen ääripäiden eli formaalien oikeudellisten käsitteiden ja aineellisten yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden väliin.

Kun oikeus määritellään *formaalin* tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla oikeudellisten (perus)käsitteiden loogisena systeeminä, oikeudellinen tulkinta – tai ehkä oikeammin: oikeudellinen systematisointi – kiinnitetään oikeudellisiin käsitteisiin ja niiden keskinäisiin suhteisiin, jolloin oikeudellisena validiteetti- ja tulkintakriteerinä on määrätyn oikeudellisen käsitteen ja siihen liitetyn tulkinnallisen merkityssisällön formaali systeeminmukaisuus. Kun oikeus määritellään *aineellisen* tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla yhteiskunnallisina arvoina ja tavoitteina vailla liittymää oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, oikeudellisena validiteetti- ja tulkintakriteerinä ovat tuomarin tai tutkijan omakohtaisesti sisäistämät yhteiskunnalliset arvopreferenssit ja aineellisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden toteuttaminen.

Kun oikeus määritellään *institutionaalisen* tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnitty-

vien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden eli yhtäältä institutionaalisten oikeussääntöjen ja toisaalta yhteisöllisten oikeusperiaatteiden kokonaisuutena, oikeudellisena validiteetti- ja tulkintakriteerinä on se *institutionaalinen tuki* ja *yhteisöllinen hyväksyntä*, jota oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet nauttivat erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla. Viimekätisenä validiteetti- ja tulkintakriteerinä on oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta sellaisena kuin oikeusyhteisössä vallitseva oikeudellinen metateoria eli oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti sen täsmentyneemmin hahmottaa esimerkiksi vertailtavien asiantilojen vastaavuuden (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäisen koherenssin (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion yhteisöllisen hyväksynnän (= *oikeudellinen uusretoriikka*), lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten oikeudellisten tavoitteiden (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten eli tehokasta oikeussuojaa nauttivien oikeuksien ja velvollisuuksien (= *analyytinen oikeusrealismi*) tai vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen (= *oikeudellinen konventionalismi*) merkityksessä.

Oikeussääntöjen validiteetti perustuu lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien tekemiin yksilöitävissä oleviin päätöksiin. Toisaalta myös erilaisten yhteisöllisten konventioiden ja tavanomaisen oikeuden kautta muotoutuneet oikeusperiaatteet voivat ajan myötä täsmentyä ja saada vähitellen oikeussäännön kaltaisia eli *sääntöformaaleja* ominaisuuksia, jolloin myös yhteisöllinen hyväksyntä voi toimia säännönkaltaisen oikeudellisen ratkaisuperusteen osittaisena velvoiteperustana. Oikeudellinen *desuetudo*-tilanne, jossa muodollisesti pätevä oikeussääntö jätetään tuomioistuimen tai muun viranomaisen toimesta soveltamatta, samoin kuin *contra legem*-tilanne, jossa tuomari tai muu lainsoveltaja tulkitsee velvoittavaa oikeussäännöstä tietoisesti vakiintuneen tulkintakäytännön vastaisesti, voidaan tavallisesti selittää viittaamalla oikeussäännön puuttuvaan yhteisölliseen hyväksyntään sekä säännölle vastakkaisten oikeusperiaatteiden vaikutukseen. Samoin H.L.A. Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisällön käsittämät oikeudelliset soveltamistilanteet voidaan tehdä ymmärrettäväksi oikeussääntöjen taustalla vaikuttavien erilaisten yhteisöllisten käytäntöjen avulla.

Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit tukeutuvat ensisijaisesti vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin, mutta myös niiltä edellytetään – tosin oikeussääntöjä heikompaa – institutionaalista tukea esimerkiksi virallisen lainvalmisteluaineiston ja yksittäisten säädösten johdantolauseiden ilmentämän lainsäädäntöideologian tai yksittäisten tuomioistuinten tai muiden viranomaisratkaisujen perustelujen ilmentämän tuomarinideologian tarkoittamassa merkityksessä. Sanotusta syystä edellä esitetty kaavio tunnustaa

heikomman vaikutusyhteyden myös yhtäältä institutionaalisten päätösten ja oikeusperiaatteiden sekä toisaalta yhteisöllisten käytäntöjen ja oikeussääntöjen välillä. Nämä vaikutussuhteet on merkitty edellä olevaan kaavioon katkovii-valla.

Yksittäinen oikeussääntö voi *materiaalistua* eli muuntua arvosidonnaista punnintaa edellyttävän, tilannesidonnaisen oikeusperiaatteen kaltaiseksi tulkinta- ja ratkaisuperusteeksi, jos se syystä tai toisesta menettää itsenäisyytensä oikeudellisena ratkaisuperusteena suhteessa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin. Lisäehtona on se, että kyseinen oikeudellinen ratkaisuperuste on edelleen riittävällä tavalla rakenteistunut Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli nauttii riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä, jotta se täyttää oikeusperiaatteen tai oikeudellisen ratkaisustandardin määritelmälliset edellytykset. Toisaalta arvo- tai tavoitesidonnainen oikeusperiaate voi vähitellen *formalisoitua* eli saada oikeussäännön kaltaisia eli sääntöformaaleja ominaisuuksia, jos sen aineelliset soveltamisedellytykset irtautuvat ja itsenäistyvät sanotuista yhteiskunnallisista tausta-arvoista ja -tavoitteista sekä saavat yleistettävissä olevan, tyyppitapauksellisesti sovellettavan oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen luonteen.

Ronald Dworkinin mukaan luonnehdinta oikeusperiaatteiden *validiteetista* on ongelmallinen, koska oikeusperiaatteet ovat asteluonteisia, enemmän-tai-vähemmän -tyyppisiä ratkaisuperusteita, kun taas oikeusnormin validiteetti edellyttää binääristä eli joko/tai -tyyppisen arvion mahdollisuutta. Dworkin on ilmaissut oikeusperiaatteiden pulmallisen aseman suhteessa oikeudelliseen validiteettiin seuraavasti, missä sulkeet nähtävästi ilmaisevat kirjoittajan tiedollista epävarmuutta:³²

”(Tuntuu oudolta sanoa jostain oikeusperiaatteesta, että se on oikeudellisesti pätevällä tavalla voimassa. Tämä saattaa johtua siitä, että oikeudellinen validiteetti on kaikki-tai-ei-mitään-tyyppinen käsite, joka soveltuu oikeussääntöihin mutta joka ei sovi yhteen yksittäisen oikeusperiaatteen sisällöllisen painoarvon ulottuvuuden kanssa.)”

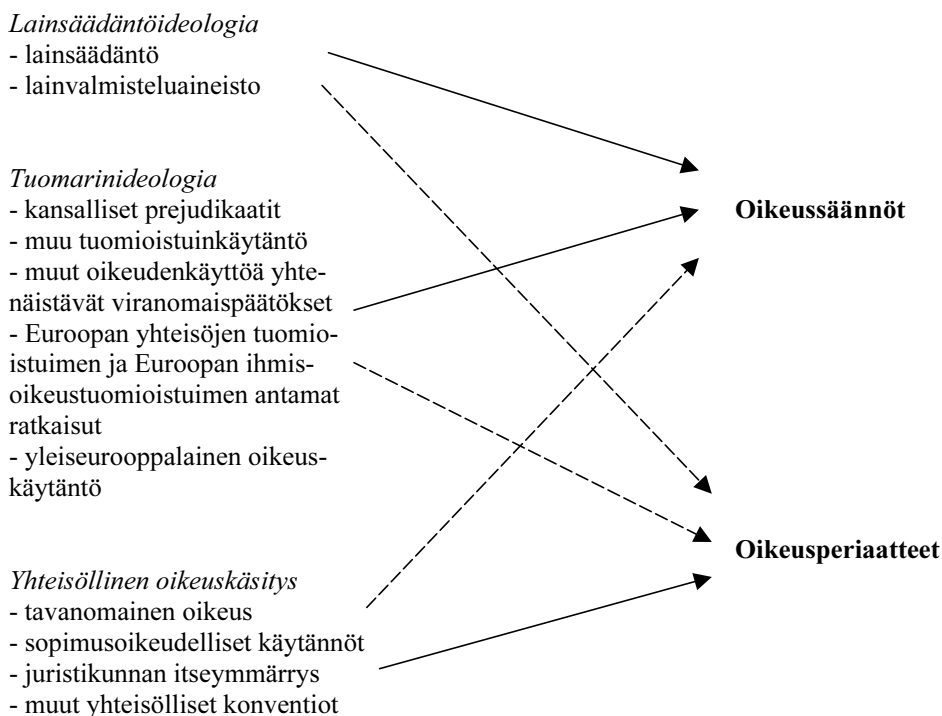
Toisin kuin Dworkin, olen hyväksynyt voimassa olevan oikeuden alaan myös oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit, jos ne ovat rakenteistuneet eli kiinnittyneet voimassa olevan oikeuden institutionaali-seen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli täyttävät institutionaalisen tulkinta-

³² ”(It seems odd to speak of a principle as being valid at all, perhaps because validity is an all-or-nothing concept, appropriate for rules, but inconsistent with a principle’s dimension of weight.)” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 41 (käännös allekirjoittaneen).

ideologian asettaman ehdon vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian tai yhteisöllisen oikeuskäsityksen niille tarjoamasta institutionaalisesta tai yhteisöllisestä tuesta. Dworkinin perustelema kanta ei estä moniarvologiikkaa eli *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppistä oikeudellista ratkaisulogiikkaa noudattavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien hyväksymistä voimassa olevan oikeuden alaan, jos määritelmällinen edellytys niiden sidonnaisuudesta vallitsevaan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvo-perustaan vain täyttyy.

Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet saavat seuraavalla tavalla tukea lainsäädäntöideologiasta, kollektiivisesta tuomarinideologiasta ja yhteisöllisestä oikeuskäsityksestä:

Kaavio 14: Vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen suhde oikeussääntöihin ja oikeusperiaatteisiin



Institutionaalsiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt tukeutuvat ensisijaisesti vallitsevaan lainsäädäntöideologiaa ja kollektiiviseen tuomarinideologiaan, mutta myös yhteisöllinen oikeuskäsitys voi saada välillistä merkitystä institutionaalisia oikeussääntöjä arvioitaessa. Oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudel-

liset ratkaisustandardit tukeutuvat ensisijaisesti yhteisölliseen oikeuskäsitykseen, mutta myös kollektiivinen tuomarinideologia ja vallitseva lainsäädäntöideologia voivat saada välillistä merkitystä yhteisöllisiä oikeusperiaatteita arvioitaessa.

15.6 YHTEENVETO OIKEUDELLISTEN TULKINTAMALLIEN JA TULKINTAIDEOLOGIOIDEN KESKINÄISSUHTEISTA

Oikeudellinen ratkaisutilanne, oikeudelliset tulkintamallit eli tulkintafilosofiat, oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen edellytetty todellisuusrakenne eli loogis-käsitteelliset, ontologiset ja aksiologiset sitoumukset sekä formaali, institutionaalinen ja aineellinen tulkintaideologia ja niitä vastaavat validiteetti- ja tulkintakriteerit voidaan esittää kokoavasti seuraavan sivun kaavion avulla. Kaaviossa oikeudellinen korrespondenssiteoria voidaan esittää joko Wróblewskin sidotun ratkaisuideologian ja Makkosen oikeudellisen isomorfiatilanteen tai, vaihtoehtoisesti, Wróblewskin oikeudellisen ja rationaalisen ratkaisuideologian ja Makkosen oikeudellisen tulkintatilanteen alla, sillä siinä on piirteitä molemmista. *Oikeuslähdeopillisesti* se kuuluu institutionaalisen tulkintaideologian alaisuuteen, koska se on sitoutunut institutionaalsiin päätöksiin perustuviin oikeussääntöihin ja niiden käsittämiin oikeustositseikastokuvauksiin, mutta *tulkintaopillisesti* se toteuttaa sidotun ratkaisuideologian (= Wróblewski) ja isomorfiatilanteen (= Makkonen) mallia. Tässä oikeudellinen korrespondenssiteoria on sijoitettu ensisijaisesti kaavion keskimmäiseen osioon, joka käsittää Wróblewskin oikeudellisen ja rationaalisen ratkaisuideologian ja Makkosen oikeudellisen tulkintatilanteen.

Kaavio 15: Oikeudelliset ratkaisutilanteet, oikeudelliset tulkintamallit, edellytety todellisuusrakenne eli oikeuden looginen konstituutio, edellytety ontologia ja rakenteellinen aksiologia sekä tulkintaideologia ja validiteetti- ja tulkintakriteeri

Oikeudellinen ratkaisutilanne	Tulkintamalli eli tulkintafilosofia	Edellytety todellisuus-rakenne: oikeuden looginen konstituutio, edellytety ontologia & rakenteellinen aksiologia	Tulkintaideologia & validiteetti- ja tulkintakriteeri
Sidottu ratkaisuideologia (Wröblewski)	(Oikeudellinen <i>korrespondenssiteoria</i> : vertailtavien asiointilöjen vastaavuus)	oikeudelliset käsitteet ja niiden muodostama systeemi	formaali tulkintaideologia: loogis-käsitteellinen ja oikeussysteeminen validiteetti- ja tulkintakriteeri
Isomorfiatilanne (Makkonen)	<i>Oikeudellinen tulkintaformalismi</i> : loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemisistä välttämättömyydet		
Oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia (Wröblewski)	<i>Oikeudellinen korrespondenssiteoria</i> : vertailtavien asiointilöjen vastaavuus	oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyneet oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet eli institutionaalisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet	institutionaalinen tulkintaideologia: oikeudellinen eli institutionaalinen tai yhteisöllinen validiteetti- ja tulkintakriteeri
Tulkintatilanne (Makkonen)	<i>Oikeudellinen koherenssiteoria</i> : institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden koherenssi		
	<i>Oikeudellinen uusretoriikka</i> : universaali-auditorion yhteisöllinen hyväksyntä		
	<i>Oikeudellinen eksegeesi</i> : lainsäätäjän tai prejdikaattiuomioistuin tavoitteet		
	<i>Analyttinen oikeusrealismi</i> : toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset		
	<i>Oikeudellinen konventionalismi</i> : vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt		
Vapaa ratkaisuideologia (Wröblewski)	<i>Yhteiskunnallinen konsekventialismi</i> : oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset	yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet, joilla ei oikeus-periaatteilta edellytetyä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää	aineellinen tulkintaideologia: yhteiskunnallinen eli arvo- tai tavoiteperustainen validiteetti- ja tulkintakriteeri
Säätelämätön tilanne (Makkonen)	<i>Luomonoikeusfilosofia</i> : ehdoton yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus		
	<i>Radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi</i> : aidosti tilannesidonnainen oikeudenmukaisuus		

16 Miksi oikeus velvoittaa? Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti

Tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellinen ratkaisuharkinta sijoittuu yhteiskunnalliseen tulkinta- ja perustelukontekstiin, jota kaksi varsin erilaista osatekijää määrittävät ja rajaavat. Maailman asiantilat ja oikeudellinen näyttö-harkinta rajaavat ratkaisun *tosiasiallisen* eli faktakontekstin, jonka avulla oikeudellisen ratkaisun *faktapremissi* on määritettävissä. Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet sekä niistä oikeudellisen päättelyn avulla johdettavissa olevat oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet rajaavat puolestaan ratkaisun *normatiivisen* kontekstin, jonka avulla ratkaisun oikeudellinen *normipremissi* on määritettävissä. Oikeuslähteiden sekä oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäiset suhteet muodostavat ratkaisun metatason eli toisen asteen soveltamiskontekstin eli *metakontekstin*, jossa oikeuslähteiden ilmentämät oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan elementit liittyvät määrättyllä tavalla yhteen.

Mutta mihin institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden oikeudellinen *ratkaisuarvo* eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus perustuu? Miksi juuri *institutionaalisen tulkintaideologian* käsittämille oikeudellisille eli institutionaalisille ja yhteisöllisille ratkaisuperusteille tulisi antaa etusija voimassa olevan oikeuden tulkinnallista merkityssisältöä määritettäessä? Miksei tuomari voi sivuuttaa institutionaalisia oikeussääntöjä ja yhteisöllisiä oikeusperiaatteita sekä pyrkiä sen sijaan asiassa *parhaaseen mahdolliseen* ratkaisuun, joka on voitu määritellä esimerkiksi oikeuden taloudellisten, sosiaalisten tai muunlaisten yhteiskunnallisten vaikutusten (= *tulkintaopillinen konsekventialismi*), ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden ja esimerkiksi 'itseannettujen' perushyvien (= *moderni luonnonoikeusfilosofia*), oikeudellisten peruskäsitteiden muodostaman loogisen ja 'tieteellisen' systeemin sekä Puchtan oikeuskäsitteiden genealogian (= *oikeudellinen tulkintaformalismi*) tai aidosti tilannesidonnaisen, *ad hoc* -perustaisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden (= *radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi*) tarkoittamalla tavalla – ja täysin siihen katsomatta, mitä vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian mukaiset oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet sekä oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka mahdollisesti asiasta lausuvat?

Vastaus liittyy keskeisesti tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan tekemän ratkaisun edellytettyyn *oikeudellisuuteen*. Aleksander Peczenik on todennut osuvasti (institutionaalisten ja yhteisöllisten) oikeuslähteiden merkityksestä tuomarin ratkaisuharkinnassa:¹

”Oikeuslähteet liittyvät sitä paitsi *käsitteeseen* ’oikeudellinen argumentaatio’. Ei voi hylätä samalla kertaa kaikkia tai lähes kaikkia oikeuslähteitä ja silti argumentoida *oikeudellisesti*.”

Jos tuomari sivuuttaa vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian käsittämät, tarkasteltavana olevan oikeuskysymyksen kannalta merkitykselliset institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, kuten lainsäädännön, lainvalmisteluaineiston, prejudikaatit ja muun tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön sekä tavanomaisesti vakiintuneet sopimusoikeudelliset ja muunlaiset yhteisölliset käytännöt, kyse ei ole *oikeudellisesta* ratkaisuharkinnasta lainkaan vaan esimerkiksi moraali- tai yhteiskuntafilosofian, oikeusteologian, estetiikan tai tapaetiketin alaan kuuluvista pohdintoista.² Täsmentyneemmin tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eri tavoin sitovia, velvoittavia tai ohjaavia oikeuslähteitä sekä niiden taustalla vaikuttavia institutionaalisia päätöksiä ja yhteisöllisiä käytäntöjä, oikeussääntöjä ja oikeusperiaatteita, oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa sekä oikeudellisen tulkintalauseen oikeudellista validiteettia ja tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä voi analysoida *institutionaalisen tulkintaideologian* ja sen konstitutiivisten osatekijöiden eli vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen avulla. Vallitseva oikeudellinen *metateoria* puolestaan määrittää eri oikeuslähteiden keskinäiset suhteet tarkastelun metatasolla, kiinnittäen erilaisten oikeuslähteiden suhteellisen oikeudellisen velvoittavuuden niiden taustalla vaikuttaviin institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuttamisperusteisiin.³

16.1 STAATTISET JA DYNAAMISET OIKEUDELLISET RATKAISUPERUSTEET

Oikeuslähdeopin käsittämät oikeuslähteet ja niistä johdettavissa olevat oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet voidaan jakaa *staattisiin* ja *dynaamisiin* oikeuslähteisiin. *Staattinen* oikeuslähdeoppi perustuu ajatukselle, jonka mu-

¹ ”Rättskällorna är dessutom relaterade till *begreppet* ’juridisk argumentation’. Det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem och ändå argumentera *juridiskt*.” Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226 (kursivoinnit Peczenikin; käännös allekirjoittaneen).

² Näin käy esimerkiksi Juha Karhun (ent. Pöyhösen) ehdottamalle ”perusteltua lainkäyttöä ilman oikeuslähdeoppia” -mallille. Karhu, ”Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi”.

³ Institutionaalisesta oikeuslähdeopista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 189–323; oikeuslähdeopin oikeusfilosofisista perusteista, Tolonen, *Oikeuslähdeoppi, passim*.

kaan oikeuslähteiden ja niistä johdettavissa olevien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden oikeudellinen ratkaisuarvo eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus on ennalta määritettävissä ja vakioitavissa yleistettävissä olevalla tavalla. *Dynaaminen* oikeuslähdeoppi kiistää oletuksen oikeuslähteiden sekä niistä johdettavissa olevien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden oikeudellisen ratkaisuarvon systeemisestä vakioitavuudesta. Kyse on tilannesidonnaisesta arviosta, jota ei ole mahdollista ennalta tai edes jälkikäteen vakioida ja yleistää staattisen oikeuslähdeopin edellyttämällä tavalla.

Esimerkkinä staattisten premissien varaan rakentuvasta oikeuslähdeopista on Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin oikeuslähdeopin standardiesitys 1980-luvulta,⁴ jossa tuomaria ja muuta viranomaista eriasteisesti velvoittavat oikeuslähteet on jaettu niiden muodollisen syntytyavan perusteella kolmeen eri luokkaan:⁵

- (1) *vahvasti velvoittavat* oikeuslähteet, joiden noudattamatta jättämisestä tuomaria tai muuta lainsoveltajaa uhkaa virallinen sanktio moitittavasta virkavirheestä,
- (2) *heikosti velvoittavat* oikeuslähteet, joiden sivuuttamisesta tuomarilla tai muulla lainsoveltajalla on kansalaisten oikeusturvaodotuksen nojalla perusteluvelvollisuus, ja lisäksi ratkaisu todennäköisesti muuttuu valitettaessa ylemmässä oikeusasteessa, jollei ole jo kyse tosiasiallisesti ylimmästä oikeusasteesta korkeimman oikeuden antaman ratkaisun tai senkaltaisen hovioikeusratkaisun merkityksessä, johon korkein oikeus ei tulisi myöntämään valituslupaa, ja
- (3) *sallitut* oikeuslähteet, joihin tuomarilla on lupa vedota ratkaisun perusteluissa ilman, että hänellä olisi siihen edes heikkoa velvollisuutta.

Neljäntenä luokkana voi vielä erottaa:

- (4) *kielletyt* ratkaisuperusteet, joita tuomarin ei ole lupa hyödyntää ratkaisua tehdessään.

Tuomaria vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä ovat Aarnion mukaan vain lainsäädäntö hierarkkisesti eriasteisten (kansallisten) oikeudellisten säädösten merkityksessä voimassa olevasta perustuslaista alemman asteisiin säädöksiin sekä

⁴ Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, s. 35–44 Aarnio, *Oikeussäännösten tulkinnasta*, s. 220–247.

⁵ Peczenik käyttää oikeuslähteiden *skall – bör – får* -kolmijakoa. Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 214–221. Suomenkielinen terminologia on peräisin Aarnion kirjoittamasta alan perusesityksestä, Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220–221. – Vastaavanlaista, joskin neliportaista oikeuslähteiden luokittelua on soveltanut myös kansainvälinen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmä, johon sekä Aarnio että Peczenik ovat kuuluneet. McCormick & Summers, eds., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, s. 554–555; Peczenik, "The Binding Force of a Precedent", s. 461–479.

tavanomainen oikeus. Heikosti velvoittavia oikeuslähteitä ovat lain esityöt ja (kansallisten) tuomioistuinten antamat prejudikaatit eli ennakkoratkaisut. Sallittuja oikeuslähteitä ovat Aarnion ja Peczenikin mukaan muun muassa lainopillinen kirjallisuus, oikeusvertailevat ja oikeushistorialliset tulkintaperusteet sekä reaaliset argumentit eli avoin seuraamusharkinta.⁶ Kiellettyjä ratkaisuperusteita ovat lain tai hyvän tavan vastaiset argumentit samoin kuin esimerkiksi avoimen poliittiset argumentit.⁷ Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin malli on kootusti seuraavanlainen:⁸

A. *Vahvasti velvoittavat oikeuslähteet*: velvoittavat tuomaria virkavastuun uhalla

1. lainsäädäntö
2. tavanomainen oikeus

B. *Heikosti velvoittavat oikeuslähteet*: tuomarilla on kansalaisten oikeusturvaodotuksesta johdettu perusteluvelvollisuus, jos hän ei hyödynnä heikosti velvoittavaa oikeuslähdettä päätöksenteossa, minkä ohella ratkaisu todennäköisesti muuttuu ylemmässä oikeusasteessa.

3. lainsäätäjän tarkoitus/lainvalmisteluaineisto
4. prejudikaatit

C. *Sallitut oikeuslähteet*: ei erityistä sanktiota oikeuslähteen sivuuttamisesta, mutta tarjoavat lisätukea perusteluille vaikeissa ratkaisutilanteissa.

5. oikeusvertailu,
6. oikeushistoria,
7. lainoppi (oikeustiede),
8. teleologinen argumentti, ja
9. arvot ja arvostukset

Oikeuslähteiden etusijajärjestys noudattaa siis Aarniolla ja Peczenikillä *staattista* mallia, jossa lainsäädäntö ja tavanomainen oikeus saavat etusijan suhteessa muihin institutionaalsiin ja ei-institutionaalsiin oikeuslähteisiin. Lainsäädännön ja maantavan jälkeen etusijan saavat lainvalmisteluaineisto ja prejudikaatti-

⁶ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 222–247.

⁷ Aarnio mainitsee myös rotu- tai sukupuolierotteluun vetoamisen kiellettyinä argumenttina. Myöhemmän tasa-arvolainsäädännön tietyin edellytyksin hyväksymä sukupuoliperustaisen tietoisuuden suostuvan erityiskohtelun (engl.: *positive discrimination*) idea on kuitenkin lainsäätäjän tähän hyväksymä poikkeus. Oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka on samalla muuttunut oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan muutosten myötä.

⁸ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220–221. Vrt. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 78–95, ja etenkin kaavio mts. 93.

perustainen oikeus, ja niiden jälkeen erilaiset sallitut oikeuslähteet. Staattinen oikeuslähdeoppi noudattaa Hans Kelsenin ja A. J. Merklin keskeisajatusta muodollisesta *oikeusnormihierarkiasta*, jossa yksittäisen oikeusnormin suhteellinen sijainti säädöshierarkiassa määrittää sen oikeudellista velvoittavuutta: perustuslaki syrjäyttää ristiriitatilanteessa tavallisen eduskuntalain, laki syrjäyttää sen kanssa ristiriitaisen tasavallan presidentin tai valtioneuvoston antaman asetuksen, ja asetus syrjäyttää sen kanssa ristiriitaisen alemman asteisen hallinnollisen säädöksen.⁹ Staattinen oikeuslähdeoppi rakentuu samalla *sääntökeskeisen* oikeusnormikäsitteen varaan: oikeusperiaatteita ja muita systeemiseltä ratkaisuarvoltaan vaihtelevia ratkaisuperusteita se ei pysty käsittelemään.

Aarnion suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa laajalti hyväksytty oikeuslähdeopin esitys on kirjoitettu huomattavasti ennen Suomen liittymistä Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja sen kansallista voimaansaattamista vuonna 1990 sekä ennen Suomen liittymistä Euroopan unioniin vuonna 1995. Sen vuoksi Aarnion malli ei ota lainkaan kantaa eurooppaoikeudellisen normiston oikeudelliseen ratkaisuarvoon eli sen suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitovaan, velvoittavaan tai ohjaavaan vaikutukseen. Lisäksi *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisista ilmenevät yleiset oikeusohjeet* sekä tietyn edellytyksin myös yhtenäinen ja vakiintunut *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö* Euroopan unionin jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden maiden kansallisen oikeudenkäytännön merkityksessä vaikuttavat osaltaan myös suomalaisen tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan. Nämä tuomioistuinten tai muiden viranomaisten tekemiin ratkaisuihin palautettavissa olevat yleiset oikeusohjeet ovat samalla vahventaneet prejudiikaattiperustaisen oikeuden asemaa myös Suomen oikeudessa.

Dynaaminen oikeuslähdeoppi riitauttaa Kelsenin ja Merklin muodollisen oikeusnormihierarkian, analyttisen ja institutionaalisen oikeuspositivismin edustaman puhtaasti sääntökeskeisen oikeusnormikäsitteen sekä Aarnion ja Peczenikin kolmiportaisen käsityksen oikeuslähteiden ja niistä johdettavissa olevien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden oikeudellisesta velvoittavuudesta. Dynaamisen oikeuslähdeopin mukaan mitään yleistä ja vakioitua, tuomaria ennakkollisesti velvoittavaa oikeuslähteiden hierarkiaa ei ole mahdollista esittää, vaan erilaisten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden suhteellinen painoarvo tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on määritettävissä vain tapaus- ja tilannekohtaisesti. Kyse on tosin sanoen tilannekohtaisesti muuttuvista eli systeemisesti 'kelluvista' ratkaisuperusteista, joita ei ole mahdollista ennalta tai edes jälkikäteen vakioda osaksi Aarnion ja Peczenikin

⁹ Tarkoitan *asetuksella* tässä tasavallan presidentin, valtioneuvoston tai yksittäisen ministeriön antamaa säädöstä. EU-oikeudellisessa tulkintakontekstissa *asetuksella* (engl.: *regulation*) on toinen merkitys.

ehdottamaa kolmiportaista ja staattista oikeuslähteiden hierarkiaa. Samalla oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit saavat oikeudellista merkitystä oikeussääntöjen rinnalla. Esimerkiksi Pekka Timosen lähestymistapa ilmentää ainakin lähtökohtaisesti dynaamista eli systeemisesti avointa käsitystä tuomaria velvoittavista oikeuslähteistä:¹⁰

”Oikeuslähteiden luokittelu niiden velvoittavuuden perusteella on lainopin metodiohjeena hylättävä. Valintaa kahden tulkintavaihtoehdon välillä ei voida tehdä sen perusteella, minkälaisista lähteistä (muista kuin laista ja poikkeuksellisesti tavanomaisesta oikeudesta) ne on johdettu.”

Vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden lain ja tavanomaisen oikeuden osalta Timonen pitäytyy kuitenkin edelleen staattiseen oikeuslähdekäsitykseen, ja vain Aarnion ja Peczenikin pysyttämä ero heikosti velvoittavien ja sallittujen oikeuslähteiden välillä poistuu.¹¹ Timonen perustaa oman ajattelunsa Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeoppiin mutta muuntaa sitä dynaamisempaan suuntaan. Samoin Juha Pöyhösen väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* esittämä keskeisidea oikeustoimilain 36 §:n (17.12.1982/956) nojalla tapahtuvasta sopimuksen tai sen yksittäisen sopimusehdon jälkikäteisestä kohtuullistamisesta, missä punnintaa ohjaavat perusteet ovat palautettavissa sopimusoikeudelliseen tahtoperiaatteeseen, luottamusperiaatteeseen, aristoteliseen sopimustasapainoon tai heikomman sopijapuolen suojaan, toteuttaa dynaamista eli tilannesidonnaista lähestymistapaa tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan.¹²

Sittemmin Juha Karhu (ent. Pöyhönen) on yleistänyt ehdottamansa *tilanneherkän* ja *polysentrisen* lähestymistavan eli *presumptiivisen kontekstualismin* kaikkeen oikeudelliseen ratkaisuharkintaan. Karhun esittämän ”perusteltua lainkäyttöä ilman oikeuslähdeoppia” -teesin mukaan fenomenologinen tai luonnonoikeudellinen ’asian luonto’ (saks.: *Natur der Sache*) tai ’asialoogiset rakenteet’ ja etenkin taloudellisia arvoja edistävät reaaliset argumentit saavat etusijan Aarnion ja Peczenikin perinteiseen oikeuslähdeoppiin nähden.¹³ Vain vallitsevasta eli voimassa olevan perustuslain joko selväsanaisesti tunnustamasta tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämästä perusoikeusjärjestelmästä johde-

¹⁰ Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*, s. 122; vrt. myös Timonen, ”Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi – oikeuslähdeopin eräiden lähtökohtien tarkastelua”, s. 685, missä Timonen jakaa oikeuslähteet kahteen luokkaan: lakiin vahvasti auktoritatiivisena oikeuslähteenä sekä muihin, lakia alempiin ja yksinomaan aineellisiin oikeuslähteisiin, joka luokka käsittää siis kaikki muut mahdolliset oikeuslähteet.

¹¹ Timonen, ”Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi – oikeuslähdeopin eräiden lähtökohtien tarkastelua”, s. 666–667.

¹² Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 286–330 ja etenkin s. 311–316, missä on esitetty yleinen malli sopimusoikeudellisen kohtuuttomuuden kokonais-arvioinniksi. Vrt. myös Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus, passim*.

¹³ Karhu, ”Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi”, s. 800–803.

tuilla oikeudellisilla ratkaisuperusteilla eli perusoikeusargumenteilla on Karhun oikeuslähdeopissa oikeudellisesti pätevän argumentin asema. Karhu rinnastaa tuomarin oikeudellisen päätöksenteon tältä osin eduskunnan perustuslakivaliokunnan hyödyntämään perusoikeusargumentaatioon.¹⁴

Nähdäkseni Aarnio ja Peczenik sekä Pöyhönen/Karhu ovat kumpikin osin oikeassa ja samalla keskeisin osin väärässä. Aarnio ja Peczenik ovat oikeassa siinä, että voimassa olevaan oikeuteen toki sisältyy edelleen staattinen eli oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan vakioitavissa ja ennalta määritettävissä oleva elementti etenkin säädännäisen oikeuden käsittämien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden muodossa. Tämä on kuitenkin vain osatotuus, sillä prejudiikaattiperustainen oikeus ja etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö, jotka nekin vaikuttavat suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, eivät senkaltaista kriteeriä täytä. Yksittäisen eurooppaoikeudellisen tuomioistuinratkaisun oikeudellinen ratkaisuarvo ei ole ennalta vakioitavissa tai määritettävissä irrallaan sen aineellisesta sisällöstä sekä liittymistä oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan.

Pöyhönen/Karhu on puolestaan oikeassa siinä, että osa tuomarin ratkaisuharkintaan vaikuttavista ratkaisuperusteista todellakin noudattaa dynaamista eli vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevaa, ei-vakioitavissa olevaa systeemistä jäsenystä, mutta tämäkin on yhtä lailla osatotuus tuomarin oikeuslähdeopista. Se tosiseikka, että eriasteista institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit samoin kuin esimerkiksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet (joita Pöyhönen siis ei oikeuslähdeopissaan käsittele) noudattavat sanotunlaista dynaamista jäsenystä, ei vaikuta säädännäisen oikeuden ja siitä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden luonteeseen Kelsenin tarkoittamalla tavalla staattisina ratkaisuperusteina. Pöyhösen oikeuslähdeopin mallin edellyttämiä lopullisia jäähyväisiä Kelsenin ja Merklin muodolliselle oikeusnormihierarkialle ei vielä tarvitse jättää,¹⁵ mutta myöskään Aarnion ja Peczenikin malli ei enää täytä 2000-luvun suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan institutionaalille oikeuslähdeopille asetettavia vaatimuksia. Totuus löytyy näiden kahden ääripään eli yhtäältä staattisen ja tyyppitapauksellisen sekä toisaalta dynaamisen ja tilannesidonnaisen tarkastelutavan väliltä.

Suomen vallitsevaan oikeuslähdeoppiin sisältyy aineksia sekä staattisesta että dynaamisesta oikeuslähdeajattelusta. Lainsäädäntö sekä EU-lainsäädännön että kansallisen oikeudellisen sääntelyn merkityksessä edustaa yhä staattista

¹⁴ Karhu, ”Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi”, s. 805–807.

¹⁵ Vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 284–300.

oikeus- ja oikeuslähdekäsitystä: ratkaisevaa on tietyn oikeudellisen ratkaisuperusteen muodollinen synty tapa valtiolain asettaman parlamentaarisen lainsäädäntömenettelyn tai vastaavan, esimerkiksi Euroopan unionin perustamissopimuksen sääntelemän menettelyn tuloksena. Ronald Dworkin on käyttänyt tästä kriittiseen sävyyn englanninkielisen termiä *test of pedigree*, viitaten oikeuslainsäädäntömuodollisen syntyperän osoittamaan 'kantakirjaan' tai 'sukupuuhun'.¹⁶ Lainsäädäntö velvoittaa, koska se on säädetty voimassa olevan perustuslain tarkoittamalla tavalla, niin kuin Kelsenin ja Merklin muodollinen oikeusnormihierarkia edellyttää, ja näin voimassa oleva oikeus takaa – paradoksaalisesti ja loogisen kehäpäättelyn omaisesti – itse oman oikeudellisen velvoittavuutensa. Lainsäädäntö velvoittaa, koska kyse on perustuslain tarkoittamalla tavalla säädetystä ja sen vuoksi velvoittavasta laista!

Toisaalta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden ratkaisuarvo ei ole määritettävissä yksin staattisen, oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen muodolliseen synty tapaan keskittyvän tarkastelun avulla. Kun kyse on eurooppaoikeudellisen oikeuskäytännön tavoin dynaamisesta ratkaisuperusteesta, ratkaisevaa ei ole vain sen muodollinen synty tapa vaan sen rakenteistuminen esimerkiksi Suomen oikeuden vallitsevaan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan sekä eurooppaoikeudellisen normiston osalta myös yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön, mitä sen nauttima *institutionaalinen tuki* ja *yhteisöllinen hyväksyntä* erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä joko Suomen oikeudessa tai, laajemmin arvioiden, yhtenäisessä ja vakiintuneessa yleiseurooppalaisessa tulkintakäytännössä ilmentävät.¹⁷

Dynaaminen oikeuslähdekäsitys määrittää keskeisesti myös kansallisten prejudikaattien, tavanomaisen oikeuden, lainopillisessa oikeuskirjallisuudessa esitettyjen oikeudellisten tulkintaperusteiden sekä reaalisten argumenttien eli tulokannan yhteiskunnallisten vaikutusten merkitystä tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa. Prejudikaattien osalta se merkitsee yksittäisen ennakkoratkaisun käsittämisen *ratio decidendi* - jaotuksen tilannekohtaista muuntuvuutta, jolloin prejudikaattia myöhemmin soveltavalla tuomarilla tai muulla lainsoveltajalla on aina mahdollisuus tulkita prejudikaattinormia olennaisesti aiemmasta ratkaisukäytännöstä poikkeavalla tavalla. Tavanomaisoikeudellisille sopimus- ja muille vastaaville yhteisöllisille käytännöille on

¹⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40.

¹⁷ Staattisen ja dynaamisen oikeuslähdeopin osatekijöiden yhteenlukumisesta Suomen oikeudessa, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 284–300; Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden oikeudellisesta ratkaisuarvosta eli prejudikaattivaikutuksesta suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa, Siltala, mts. 261–265; kootusti suomalaisen tuomarikunnan noudattamasta oikeuden tunnistamissäännöstä oikeuslähdeopin sääntöjen merkityksessä, Siltala, mts. 896–900; yhtenäisestä ja vakiintuneesta yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä, Siltala, mts. 274–276, 925–926.

samoin ominaista alhainen sääntöformalismi sekä tilannekohtainen muuntuvuus yhteiskunnallisten olosuhteiden tai arvostusten muuttuessa. Lainopillisessa oikeuskirjallisuudessa esitettyjen oikeudellisten tulkintalauseiden painoarvo vaihtelee yhtäältä niiden tueksi esitettyjen, institutionaalista tai yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettujen argumenttien vakuuttavuuden ja toisaalta oikeusoppineiden suhteellisen yksimielisyyden (lat.: *communis opinio doctorum*) tai opillisen erimielisyyden (lat.: *discordans opinio doctorum*) mukaisesti.

Reaaliset argumentit ovat jo määritelmällisesti vahvasti tilannesidonnaisia argumentteja, koska kyse on avoimesta yhteiskunnallisesta seuraamusharkinnasta. Samoin institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit ovat jo määritelmällisesti väljiä, enemmän-tai-vähemmän-tyyppisiä oikeudellisia ratkaisuperusteita, jotka elävät ja muuntuvat kulloinkin käsillä olevan oikeudellisen ratkaisutilanteen mukaisesti. Yhteistä dynaamisille tulkinta- ja ratkaisuperusteille on niiden oikeussääntöjä suurempi ajallinen muuntuvuus sekä sisällöllisille arviointikriteereille annettu merkitys: oikeudelliseen yhdenvertaisuuteen tai aineelliseen oikeudenmukaisuuteen palautettavissa olevien oikeuslähteiden merkitys tuomarin ratkaisuharkinnassa ei perustu yksin niiden muodolliseen syntytapaan, vaan ainakin osin myös niiden aineelliseen sisältöön.

Juha Karhun ankara vaatimus *perustellusta lainkäytöstä ilman oikeusläheoppia* eli tuomarin oikeudellisen ratkaisuharkinnan palauttamisesta reaalisien argumenttien sekä eduskunnan perustuslakivaliokunnan hyödyntämään perusoikeusargumentaatioon rinnastuvien tulkinta- ja ratkaisuperusteiden yhdistelmäksi sivuuttaa kaiken sen, mitä näiden kahden ääripään väliin sijoittuu. Karhu toisin sanoen sivuuttaa voimassa olevan oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyvät oikeuslähteet yhtä hyvin lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston, prejudikaattien, muiden tuomioistuinin ja viranomaisratkaisujen, vakiintuneiden sopimus- ja muunlaisten tavanomaisoikeudellisten käytäntöjen kuin mahdollisten muiden oikeuslähteiden merkityksessä. Voimassa olevan oikeuden sekä vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian käsittämien institutionaalisten ja yhteisöllisten sitoumusten valossa Karhun kanta ei ole hyväksyttävissä.

16.2 INSTITUTIONAALISEN OIKEUSLÄHDEOPIN OIKEUTTAMISPERUSTEET

Institutionaaliset oikeuslähteet vaikuttavat ohjaavasti tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan osana vallitsevaa *institutionaalista (ja yhteisöllistä) tulkintaideologiaa*, joka kiinnittyy erilaisiin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin tavalla, jota vallitseva lainsäädäntöideologia, kollektiivinen tuomarinideologia sekä yhteisöllinen oikeuskäsitys tai niiden tietynlainen yh-

distelmä kokoavasti jäsentävät. Näitä ovat esimerkiksi lainsäädäntö ja lainvalmisteluaineisto, kansalliset prejudikaatit, muut tuomioistuinratkaisut ja muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset sekä tavanomainen oikeus, vakiintuneet sopimusoikeudelliset vastuunjakokäytännöt, erilaisten välimiesoikeuksien ratkaisuisista ja niiden perusteluista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, juristikunnan oikeudenalakohtaisesti eriytyneet ammatilliset käytännöt ja ammattietiikka sekä muut oikeudelliset konventiot.

Entä *miksi* oikeus ja sen konstitutiivisena osatekijänä olevat oikeuslähteet oikein velvoittavat tuomaria tai muuta lainsoveltajaa? Miten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden oikeudellinen ratkaisuarvo eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus on perusteltavissa? Entä miten institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutuneen* tai siitä tietoisesti ja kriittisesti *irtautuneen* kriittisen lainopin tutkijan soveltama oikeuslähdeoppi on perusteltavissa?

16.2.1 Pragmatistinen perustelumalli: mitä on todennäköisenä seurauksena, jos tuomari ei noudata vallitsevaa oikeuslähdeoppia?

Vakiintuneen, Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin ajatteluun palautuvan oikeuslähdeopin justifikaatio on nähdäkseni viime kädessä Charles S. Peircen, William Jamesin ja John Deweyn ajatuksiin perustuvan pragmatistisen eli *instrumentalistisen* filosofian premissien mukainen: *mitä on todennäköisenä seurauksena, jos* tuomari tai muu lakia soveltava viranomainen päättää olla noudattamatta vallitsevaa oikeuslähdeoppia ja sen tarkoittamia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita ratkaisua tehdessään? Aarnio kirjoittaa:¹⁸

”Oikeuslähteet on toisinaan jaettu kolmeen ryhmään eli vahvasti velvoittaviin (pakollisiin), heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin. Ryhmittely sellaisenaan koskee kuitenkin vain *käytännön* lainsoveltamista. Kysymys on siitä, miten tiukasti tuomari tai hallinnollinen lainkäyttäjä on sidottu tiettyihin oikeuslähteisiin.

(a) Vahvasti velvoittavat oikeuslähteet

Velvoittavuudella vahvassa mielessä tarkoitetaan tällöin sitä, että oikeuslähteen sivuuttamisesta seuraa lainsoveltajalle sanktio, so. rangaistus virkavirheestä. Oikeuslähteen käyttö on tässä mielessä pakollista.

Tähän ryhmään kuuluu Suomessa kaksi oikeuslähdetä: *laki* ja *maantapa*. Ne mainitaan molemmat OK [oikeudenkäymiskaaren] 1:11:ssä virallisina oikeuslähteinä. Lainkohdan mukaan tuomio, joka ei perustu

¹⁸ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220 (kursivoinnit Aarnion); vrt. Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 214–215.

yhteenkään muodollisesti voimassa olevaan lainkohtaan tai, OK 1:11:n edellytyksin, maantapaan, ei ole 'laillinen'.

OK 24:3:ssa puolestaan säädetään: 'Jokainen tuomio perustettakoon syihin ja lakiin eikä mielivaltaan, ja pantakoon siihen selvästi ne pääsyyt *ja se lainkohta*, joihin päätös perustuu' (kursiv. tässä). Säännös osoittaa, että laki on pakollinen oikeuslähde *kahdessa* mielessä: (a) Tuomion on oltava lain mukainen eli tuomioistuin ei saa tuomita vastoin tapaukseen soveltuvaa lainkohtaa ja (b) lainkohta on mainittava tuomioperusteluissa."

Aarnion (ja Peczenikin) päättelyn rakenne on tässä sama kuin amerikkalaistuumari Oliver Wendell Holmesilla, joka perusteli oikeuden sanktioperustaisen pakottavuuden *pahan miehen* eli lainrikkomisen suhteellisia hyötyjä ja mahdollisia haittoja rationaalisesti arvioivan henkilön oikeudellisen tiedonintressin avulla: miten (esimerkiksi) Massachusettsin tai Englannin tuomioistuimet tulevat menettelemään, jos toimin niin-tai-näin eli lainvastaisesti tavalla x ?¹⁹ Nyt Holmesin lainrikkojan roolissa vain on uppiniskainen tuomari tai muu lakia virkansa puolesta soveltava viranomainen: millainen virallinen tai epävirallinen sanktio eri oikeuslähteiden sivuuttamiseen on määrättyssä oikeusyhteisössä liitetty? Sanktiot on keskeisin osin määritelty lainsäädännössä itsessään tuomarin mahdollisen virkavirhesyytteen osalta, jolloin lainsäädäntö perustelee paradoksaalisesti ja *autopoieettisen* oikeuskäsityksen ja -teorian tarkoittamalla tavalla itse oman oikeudellisen velvoittavuutensa.

Termi *autopoiesis* on johdettu kreikan kielen sanoista *autos* ja *poiesis*, joista *autos* viittaa toimijaan itseensä ja *poiesis* valmistamiseen. Oikeuden autopoieettisen taustafilosofia on yhtäältä Kelsenin puhtaan oikeusopin ja toisaalta yleisen systeemiteorian mukainen. Kyse on siitä, miten itse itseään säätelevien organismien teoria voidaan siirtää yhteisölliseen ja oikeudelliseen tulkinta- ja merkityskontekstiin. Autopoieettinen oikeusteoria perustelee idean modernista oikeudesta, joka Kelsenin tarkoittamalla tavalla konstituoii, määrittelee, rajaa, sääntelee ja legitimoi viime kädessä itse itsensä.²⁰ Se, mitä oikeus on erotettuna

¹⁹ "Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or England courts are likely to do in fact. I am much of his mind. 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 the Law", s. 460–461.

²⁰ "Eräs oikeuden merkittävimpiä ominaisuuksia on näet se, että se sääntelee itse omaa syntyään ja soveltamistaan. Yleisten oikeusnormien luominen eli lainsäädäntömenettely on perustuslain sääntelemä, kun taas muodolliset eli prosessilait sääntelevät aineellisen oikeuden soveltamista tuomioistuimissa ja hallintoviranomaisissa. Niinpä tuomioistuinprosessiin kuuluvat oikeutta luovat ja oikeutta soveltavat toimet (joista jälkimmäiset ovat, niin kuin tuleamme näkemään, itsekin oikeutta luovia) katsotaan oikeudellisiksi vain, jos niiden sisältö on oikeusnormien mukainen eli jos ne ovat oikeusnormien määrittämiä. Niinpä myös dynaamisen oikeusteorian tiedonintressi on kohdentunut niihin oikeusnormeihin, jotka säätelevät oikeuden luomista ja soveltamista." Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 73 (käännös allekirjoittaneen).

'ei-oikeudesta', on määritettävissä vain oikeuden itsensä asettamia tai hyväksymiä kriteereitä, kuten Kelsenin puhtaan oikeusopin *transsendentaalis-logista perusnormia*, vasten.²¹

Autopoeettinen oikeusteoria hylkää kaikki positiivisen eli tahdonvaltaisesti asetetun oikeuden ulkopuoliset vakioidut ajatukselliset referenssit eli kiintopisteet, joista oikeuden velvoittavuus olisi johdettavissa ja joihin se olisi ajatuksellisesti palautettavissa, oli sitten kyse erehtymättömästä uskonnollisesta auktoriteetista skolastisen luonnonoikeusopin mukaan, rationalistisen luonnonoikeuden välttämättä tosista aksiomista, jotka on johdettu ihmisjärjen muuttumattomista lainalaisuuksista rationalistisen luonnonoikeusopin mukaan, 'itseannetuista' ja itsestään selvistä perusarvoista eli perushyvistä John Finnisin modernin luonnonoikeusopin mukaan, marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian edellyttämistä yhteiskunnan taloudellista perustaa määrittävistä lainalaisuuksista tai oikeusfenomenologian hahmottamista apiorisista eli empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävistä, 'itseannetuista' välttämättömyyksistä, oikeuden 'asialoogisista rakenteista' (saks.: *die immanente sachliche Wesensstruktur*)²² tai itseannetusta yhteisöllisestä 'asian luonnosta' (saks.: *Natur der Sache*). Oikeudellinen *autopoesis* toteuttaa samalla äärimmilleen vietyä Kaarlo Tuorin meillä edustamaa *Frankfurtin koulun* ehdottamaa *immanentin kritiikin* metodiohjelman, missä tarkastelun kohde, moderni oikeus, tarjoaa itse käsitteelliset, normatiiviset ja metodiset työvälineet oman oikeudellisen velvoittavuutensa ja hyväksyttävyytensä arvioimiseksi.²³

Toisaalta Aarnio viittaa myös kansalaisten perusteltuun oikeusturvaodotukseen mielivallan välttämisen ja ratkaisun aineellisen hyväksyttävyyden tai kohtuullisuuden merkityksessä oikeudenkäytön taustaehtoina,²⁴ ja Peczenik puolestaan viittaa lainsäädännön taustalla vaikuttaviin demokratian ja oikeusvaltion käsitteisiin sekä ajatukseen oikeudellisen tradition kunnioittamisesta oikeuden viimekätisinä justifikaatioperusteina.²⁵ Yhtä kaikki, tuomarille langetettavan virkavirhesanktion mahdollisuus on Aarnion mukaan lainsäädännön välitön velvoittavuusperusta.

Pragmatistisen *mitä on seurauksena, jos...* -tyyppisen päättelyn mukaan vahvasti velvoittavan oikeuslähteen sivuuttamisesta on todennäköisenä seurauksena tuomarin viranhoitoon kohdistuva virallinen moite tai, jos rikosoikeudellisen rangaistusvastuun muodolliset edellytykset täyttyvät, syyte tuomarin

²¹ Oikeudellisesta autopoesiksesta, Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, s. 188 *et seq.*; Teubner, *Law as an Autopoietic System*, s. 13–46; Teubner, "How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology in Law".

²² Oikeuden "asialoogiset rakenteet" viittaa Hans Welzelin ajatteluun, Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, s. 111.

²³ Tuori, "Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin", s. 324.

²⁴ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 186–189.

²⁵ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226, 228; vrt. myös Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 211–212.

tahallisesta tai tuottamuksellisesta virkavirheestä. Käytännössä tuomarin virkavirhesyyte voi toteutua vain huomattavan yksiselitteisen, luonteeltaan teknisen ja sääntötyyppistä eli sääntöformaalia oikeudellista sääntelylogiikkaa noudattavan lainsäädännön kohdalla, mistä ajoittain tuottamuksellisesti tapahtuvat rikosoikeudellisten rangaistusasteikkojen ylitykset tuomioistuimissa rangaistus-seuraamusta määrättäessä ovat esimerkkinä. Jos tuomioistuin ylittää joko rikostyyppikohtaisen tai yleisen rangaistusasteikkomaksimin, virallinen moite on jopa varsin todennäköinen seuraus sanotunlaisesta menettelystä. Vahvemmin tulkinnanvaraisen lainsäädännön eli joustavien yleislausekkeiden, tunnusmerkistöltään osin avoimeksi jätettyjen sääntöjen sekä vain väljästi määriteltyjen oikeudellisten ratkaisustandardien tai oikeusperiaatteiden osalta tuomarin toimintaan kohdennettu virkavirhesanktio on huomattavasti vaikeammin toteutettavissa: miten tuomari tai muu lainsoveltaja voitaisiin saattaa Aarnion ja Peczenikin tarkoittamalla tavalla virkavastuuseen esimerkiksi oikeustoimilain 36 §:n ilmentämän yleisen sopimusoikeudellisen *kohtuullistamisperiaatteen* tai maankäyttö- ja rakennuslain 1 §:n ilmentämän *kestävän kehityksen periaatteen* virheellisestä soveltamisesta, kun kyseisen oikeudellisen standardin soveltamiskriteerit eivät määritelmänsä mukaisesti ole yksiselitteisesti ennalta määritettävissä tai sääntömuotoisesti vakioitavissa?

Tilanne on toinen, jos jokin alun perin abstrakti ja yleinen oikeusperiaate on riittävällä tavalla täsmentynyt esimerkiksi *tyyppitapauksellisten* kohtuuttomuustilanteiden tai kestävää kehitystä tyypillisesti loukkaavan oikeudellisen menettelyn merkityksessä. Esimerkiksi vakiosopimusehto, joka antaa toiselle sopijapuolelle yksipuolisen oikeuden sopimusehtojen jälkikäteisen muuttamiseen, täyttää tavallisesti sopimusoikeudellisen tyyppikohtuuttomuuden tunnusmerkistön. Kestävän kehityksen periaate on puolestaan konkretisoitunut lainsäädännössä ja oikeudenkäytössä esimerkiksi yleiseksi kierrätysvelvollisuudeksi, vanhan rakennuskannan suojeluksi ja ympäristön pilaamiskielloksi.²⁶ Riittävässä määrin täsmentyneenä yleinen oikeusperiaate tai oikeudellinen standardi voi saavuttaa senkaltaisen yksiselitteisyyden ja formaalin *säännönkaltaisuuden*, että sen käyttö myös oikeudellisen lainmukaisuusarvostelman normipremissinä eli vakioituna normatiivisena referenssinä on mahdollinen.²⁷

Tuomarin ratkaisutoimintaan kohdistuva virallinen moite tai virkavirhesyyte edellyttää tämän tekemästä soveltamisratkaisusta riippumattoman arviointikriteerin olemassaoloa. Kun on kyse puhtaasti tapaus- ja tilannesidonnaista harkintaa edellyttävän oikeusperiaatteen punninnasta, ei ole mitään ennalta vakioitua tai

²⁶ Olen esimerkit velkaa ympäristöoikeuden professori Vesa Majamalle.

²⁷ Sopimusoikeudellisesta kohtuullistamisesta, Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, passim*; kestävän kehityksen periaatteesta ympäristöoikeudessa, Kuusiniemi, ”Ympäristöoikeus oikeudenalana”, s. 76–77; Ekroos & Majamaa, *Maankäyttö ja rakennuslaki*, s. 42–47.

vakioitavissa olevaa kriteeriä, johon tehdyn ratkaisun oikeellisuutta tai lainmukaisuutta voitaisiin verrata. Kyse on toisin sanoen oikeudellisen sääntelyn suhteellisen *sääntöformalismin* asteesta: mitä suurempi sääntelyn sääntöformalismin aste on, sitä helpommin tuomarin ratkaisuharkintaan kohdennettu virallinen moite tai muu sanktio on toteutettavissa. Käänteisesti: mitä joustavampi, avoimempi tai tulkinnanvaraisempi oikeussääntö tai mitä periaateluonteisempi oikeudellinen ratkaisuperuste on kyseessä, sitä epätodennäköisempi on virallinen moite tai virkavirhesyyte lain virheellisestä soveltamisesta. Lisäksi mahdolliset *desuetudo*-tapaukset ja oikeuden *contra legem* -tulkinnat myös vahvasti sääntöformaalin sääntelyn kohdalla muuntavat tilannetta: tuomarilla on tietyin edellytyksin mahdollisuus jättää muodollisesti voimaan saatettu lain säännös soveltamatta (= *desuetudo* -tapaus) tai tulkita lakia sen sanamuodon vastaisesti (= *contra legem* -tulkinta) ilman, että Aarnion tarkoittama virallismoite esimerkiksi tuomariin kohdennettuna virkavirhesyytteenä toteutuu. Avoin *contra legem* -tilanne voidaan tavallisesti välttää turvautumalla lainsäädännön (tai oikeuskäytännön) laventavaan tai supistavaan tulkintaan. Prejudikaattioikeuden yhteydessä puhutaan *distinktiotekniikan* tai vastaavan keinon soveltamisesta.²⁸

Heikosti velvoittavan oikeuslähteen sivuuttamisesta on Aarnion mukaan seurausena ratkaisun todennäköinen muuttuminen ylemmässä oikeusasteessa, jos jompikumpi (tai molemmat) jutun asianosaisista ei ole lopputulokseen tyytyväinen ja hakee siihen muutosta, jollei kyse jo ole ylimmästä oikeusasteesta. Toisaalta tuomarin toimintaan saattaa myös kohdistua ammatillinen moite muun juristikunnan taholta sillä perusteella, että ratkaisu ei ole parhaalla mahdollisella tavalla perusteltu, kun vakiintunut oikeuskäytäntö tai yksiselitteiset ja tuoreet lain esityöt on siinä jätetty huomiotta. Ratkaisun todennäköinen muuttuminen valitusteitse ei tietenkään sovellu ylimpiin oikeusasteisiin, jolloin ainoaksi sanktioksi jää ammatillinen moite, joka ratkaisun tehneeseen tuomariin ehkä kohdistuu. Toisaalta Aarnio tunnustaa myös *contra legem* -tilanteiden olemassaolon, joissa lainsoveltaja tietoisesti poikkeaa lain sanamuodosta ilman, että häneen välttämättä kohdistettaisiin virallista tai edes epävirallista moitetta.²⁹

Prejudikaattiperustaisen oikeuden luonteeseen kuuluu sen dynaamisuus, joustavuus ja nopea yhteiskunnallinen muuntuvuus, kun myöhempi tuomioistuimien arvioi ja vahvistaa aiemman ennakkoratkaisun käsittämän *ratio dicta* -jaottelun aina uudelleen kulloinkin ratkaistavana olevan tapauksen ainutkertaisen oikeustositseikaston valossa. Tutkijan tai tuomarin käytettävissä on joukko oikeusyhteisön hyväksymiä *prejudikaatti-ideologioita*, kuten oikeudellisen

²⁸ Yleisesti Summers & Eng, "Departures from Precedent".

²⁹ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220: "... vaatimusta [lainsäädännön noudattamisesta] voidaan rikkoa *contra legem* -tilanteessa, mutta laista poikkeamiselle on silloin oltava painavat perusteet."

analogian ja distinktiotekniikan käyttöön perustuva oikeudellinen *malliratkaisuideoologia*, jolloin prejudikaattia myöhemmin soveltava tuomioistuim arvioi ennakkoratkaisun ja käsillä olevan uuden oikeustapauksen suhteellista samankaltaisuutta, päätyen joko prejudikaattinormin analogiseen laventamiseen tai sen faktaperustaiseen poissuljentaan eli oikeudellisen distinktiotekniikan käyttöön. Muita mahdollisia prejudikaatti-ideologioita ovat muun muassa *lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia*, missä prejudikaattituomioistuim määrittelee itse arvovaltaisesti ja lopullisesti antamansa ratkaisun käsittämän prejudikaattinormin; taaksepäin katsova *prejudikaattioikeudellinen eksegeesi*, missä ennakkoratkaisun välttämättömät tai riittävät normi- ja faktapremissit ovat avainasemassa prejudikaattinormia jälkikäteen rekonstruoitaessa; tai *oikeudellisen eheyden* toteuttaminen parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian valossa aiempien prejudikaattien sarjasta tai kokonaisuudesta Ronald Dworkinin tarkoittamalla tavalla.³⁰ Prejudikaattinormit, yhtä vähän kuin oikeusperiaatteet tai muut oikeudelliset ratkaisustandardit, eivät myöskään ole sidottuja kiinteään tai kielellisesti vakioituun normiformulointiin.

Sallitun oikeuslähteen sivuuttamiseen ei ole liitetty mitään virallisia tai epävirallisia sanktioita tai kielteisiä seurauksia lainsoveltajalle. Kyse on vain ratkaisun perustelujen vahventamisesta hyväksyttävien lisäargumenttien avulla tai senkaltaisten lisäperustelujen pois jättämisestä.

Aarnion ja Peczenikin pragmatistisen oikeuslähteopin perustelun ongelmaksi jää *desuetudo*-tapausten ja *contra legem* -tulkintatilanteiden selittäminen. Jos lainsäädännön velvoittavuus on vahvaa, viime kädessä virkavirhesyytteen uhallla tehostettua velvoittavuutta, miten voidaan selittää tai tehdä ymmärrettäväksi tilanteet, joissa lainsoveltaja jättää muodollisesti pätevän lainsäädännön soveltamatta tai tulkitsee lakia sen sanamuodon vastaisesti ilman, että tuomariin kohdennettu virallinen moite tai virkavirhesyyte toteutuu? Aarnio ja Peczenik myös korostavat, että oikeuslähteiden kolmijako vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin on vain *prima facie* -luonteinen oikeudellisen argumentaation lähtökohta, josta voidaan poiketa, jos ja kun se on kaikki asiaan vaikuttavat näkökohdat huomioon ottaen perusteltua.³¹ Staattinen, suljettu ja hierarkkinen oikeuslähteiden kolmijako-oppi on sen vuoksi kaiken aikaa vaarassa muuntua dynaamiseksi, avoimeksi ja ei-hierarkkiseksi oikeuslähteopiksi, missä yksittäisen oikeuslähteen painoarvo on vain tapaus- ja tilansidonnaisesti määritettävissä Timosen ja Pöyhösen tarkoittamalla tavalla.³²

³⁰ Tuomarin prejudikaatti-ideologioista, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 1–148; sama, ”Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta”, s. 674–691.

³¹ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 225: ”Rättskällennormerna har *prima facie*-karaktär: Varje rättskällennorm kan sätta ur spel i ett konkret fall om tillräckligt starka skäl motiverar det.” Vrt. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220–222.

³² Timonen, ”Tutkijan ja tuomarin oikeuslähteoppi – oikeuslähteopin eräiden lähtökohtien tarkastelua”; Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*; sama (Karhu), ”Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi”.

Toisaalta, Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin mallin ongelmana on sen vähemmän optimaalinen kohdentuvuus etenkin suhteessa eurooppa-oikeudelliseen normistoon sekä mallin asiallisen laajuuden että sen sisällöllisen tarkkuuden osalta. Etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden prejudikaatio-oikeudellinen ratkaisuarvo ei ole vakioitavissa tavalla, jota Aarnion (ja Peczenikin) malli edellyttäisi, ja sama pätee yleisesti institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiviin oikeusperiaatteisiin oikeudellisina tulkinta- ja ratkaisuperusteina.³³ Yleisesti *dynaamisten* eli systeemisesti avointen mutta yhtä kaikki Suomen oikeuteen enemmän tai vähemmän vahvasti *rakenteistuneiden* oikeudellisten ratkaisuperusteiden sovittaminen Aarnion mallin osaksi ei ole sellaisenaan toteutettavissa. Aarnion ja Peczenikin oikeuslähteiden kolmijakomalli on laadittu ajankohtana, jolloin Suomi ei ollut sitoutunut Euroopan ihmisoikeussopimuksen oikeudellisiin velvoitteisiin eikä liittynyt Euroopan unionin jäseneksi, joten asiallisen laajuuden osalta mallia ei moittia syylistymättä anakronistiseen päättelyyn. Sisällöllisen tarkkuuden suhteen asia on toisin: malli ei tee oikeutta dynaamisille eli systeemisesti ei-vakioitavissa oleville oikeudellisille ratkaisuperusteille.

Kolmanneksi, vahvasti ja heikosti velvoittavien oikeuslähteiden oikeudellisen ratkaisuarvon perusteleminen niiden noudattamatta jättämisestä tuomarille tai muulle institutionaaliselle lainsoveltajalle todennäköisesti aiheutuvan virallisen tai epävirallisen sanktion eli joko virkavirhesyytteen avulla lainsäädännön ja tavanomaisen oikeuden osalta sekä ammatilliseen moitteeseen avulla prejudikaattien ja lainvalmisteluaineiston osalta ei ole *filosofisesti* tyydyttävä perustelu. Vetoaminen tuomaria tai muuta lainsoveltajaa koskevaan institutionaaliseen pakeroon ei myöskään täytä vaatimusta Chaïm Perelmanin tarkoittamalle *universaaliauditoriolle* suunnatusta perustelusta tai Jürgen Habermasin tarkoittamaa *ideaalista puhetilannetta* (saks.: *ideale Sprechsituation*), jotka kumpikin rajaavat muun muassa kuulijan pakottamisen rationaalisen harkinnan ulkopuolelle, vaikka Aarnio Perelmanin uusretoriikkaan ja Habermasin diskurssiteoriaan muutoin sitoutuukin. Institutionaalinen pakko on filosofisessa katsannossa riittämätön argumentti, vaikka John Austinin ja Hans Kelsenin edustama positivistinen oikeuskäsitys siihen yleisesti tukeutuukin.

³³ Myös Euroopan unionin oikeuden asetusten (engl.: *regulations*) ja direktiivien (engl.: *directives*) keskinäinen etusijasuhte on pulmallinen eikä välttämättä noudata kansallisen lainsäädännön toteuttamaa hierarkkista mallia.

16.2.2 Transsendentaalis-looginen perustelumalli: Hans Kelsenin perusnormikonstruktio

Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin mukaan oikeuden velvoittavuus perustuu *transsendentaalis-loogiseen* perusnormiolettamaan.³⁴ *Perusnormi* (saks.: *Grundnorm*) on uuskantilaisen tieteenfilosofian mukainen ajatuksellinen konstruktio, jota ilman tieto oikeudesta eli, ranskalaisfilosofi Michel Foucault’n termein, määrätty oikeudellinen *tietomuoto* ei olisi mahdollinen. Modernin oikeuden tieto-opillinen *kohteellistaminen* ja loogis-lingvistinen *käsitteellistäminen*, sen *institutionaalinen ja yhteisöllinen eksistenssi* sekä *mahdollisten maailmojen semantiikka* ja erilaiset *oikeudelliset päättelymallit* edellyttävät tietynlaisen oikeudellisen tietomuodon olemassaolon.³⁵ Koska oikeusnormit on Kelsenin mukaan osoitettu tuomareille ja muille lakia soveltaville viranomaisille, perusnormin sisältönä voi olla esimerkiksi: ”perustuslakia ja sen nojalla annettuja lakeja ja lakeja alemman asteisia säädöksiä on noudatettava tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.”

Suomen oikeudessa tasavallan presidentin, valtioneuvoston tai yksittäisen ministeriön antama asetus johtaa Kelsenin tarkoittamalla tavalla velvoittavuutensa valtiopäiville kokoontuneen eduskunnan säätämästä laista, laki johtaa velvoittavuutensa perustuslaista, voimassa oleva perustuslaki johtaa velvoittavuutensa historiallisesti ensimmäisestä perustuslaista ja historiallisesti varhaisin perustuslaki johtaa velvoittavuutensa transsendentaalis-loogisesta perusnormista, jolloin mitään oikeuden ulkopuolista velvoittavuusperustaa ei Kelsenin mukaan tarvitse edellyttää. Transsendentaalis-loogisen perusnormin avulla voimassa olevan oikeuden normit erotetaan kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi moraalin, uskonnon, tapaetiketin tai estetiikan käyttäytymisnormien merkityksessä. Samalla hierarkkisesti jäsennetty oikeusnormipyramidi voidaan käsitteellisesti sulkea ilman, että on tarpeen turvautua mihinkään oikeuden ulkopuolisiin validiteettiperusteisiin esimerkiksi ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden tai apriorisen, ’itseannetun’ ja ’asialoogisiin rakenteisiin’ tai käsitteellisiin välttämättömyyksiin perustuvan yhteisöllisen ’asian luonnon’ merkityksessä modernin luonnonoikeusfilosofian, oikeusfenomenologian tai oikeusteologian tarkoittamalla tavalla.

Kelsenin edellytetyn, transsendentaalis-loogisen perusnormikonstruktion ongelmana on sen pelkästään ajatuksellinen eli hypoteettinen luonne: jos perustuslain ja sen nojalla annettujen alemman asteisten säädösten oikeudellinen velvoittavuus perustuu vain juristikunnan kollektiivisesti sisäistämään ajatuk-

³⁴ Transsendentaalis-loogisesta perusnormikonstruktiosta, Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 204–209.

³⁵ Oikeudellisten ilmiöiden tieto-opillisesta kohteellistamisesta ja loogis-kielellisestä käsitteellistämisestä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 421–460.

selliseen välttämättömyyteen, ei perusnormin rajaama ja ylläpitämä tieto oikeudesta voi sekään olla pelkästään hypoteettista tietoa vahvempaa.³⁶ Kelsenin tavoin ymmärrettynä voimassa olevaa oikeutta koskevat normiväitteet sisältävät aina vähintäänkin piilevän viittauksen oikeudellisen tiedon perustana olevaan transsendentaalis-loogiseen ennakkoehtoon: ”normi *N* on pätevä oikeussääntö edellyttäen, että transsendentaalis-looginen perusnormikonstruktio on ensin hyväksytty oikeuden muodollis-systeemistä validiteettia koskevan päättelyn perustaksi.” Jos perusnormikonstruktio osoittautuu perusteettomaksi, katoaa myös kaikelta voimassa olevaa oikeutta koskevalta validiteetti- ja tulkinta-tiedolta oikeudellinen perusta.

Samoin kuin Aarnion ja Peczenikin staattisessa oikeuslähdeopin mallissa, puhtaan oikeusopin perusteleman oikeuskäsityksen ratkeamattomana pulmana on dynaamisten, systeemisesti ei-vakioitavissa olevien ratkaisuperusteiden soveltaminen yhteen Kelsenin transsendentaalis-loogisen oikeuslähdeopin perustelumallin kanssa. Aidosti tilannesidonnaisten oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden oikeuslähdeopillinen merkitys ja tulkintaopillinen ratkaisuarvo eivät ole ennalta määritettävissä tai vakioitavissa Kelsenin ja Merklin oikeusnormihierarkian tai Aarnion ja Peczenikin kolmiportaisen oikeuslähdeopin jäsenyyksen edellyttämällä tavalla. Näitä ovat etenkin kansallinen prejudikaattiperustainen oikeus, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmis-oikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden prejudikaattivaikutus, yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö sekä tavanomaisoikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet. Sanotunlaiset dynaamista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa noudattavat tulkinta- ja ratkaisuperusteet eivät sen vuoksi ole sisällytettävissä Kelsenin puhtaan oikeusopin edellyttämän perusnormin alaan.

16.2.3 Sosiologinen perustelumalli: H.L.A. Hart ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan empiiriset säännönmukaisuudet

H.L.A. Hartin oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö, jonka avulla oikeus on erottavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi vallitsevan yhteiskuntamoraalin tai uskonnon käyttäytymisnormien merkityksessä, on Hartin oman tulkinnan mukaan kontingenti eli ei-välttämätön mutta yhtä kaikki tosiasiallisesti vallitseva empiirinen yhteiskunnallinen säännönmukaisuus, jonka olemassaolo on pääteltävissä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tavallisesti varsin yhdenmukaisesta voimassa olevan oikeuden tunnistamis- ja soveltamiskäytän-

³⁶ Vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 206–209, 229–231 ja 264–267; MacCormick, ”Raimo Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*, Opponent’s Review”, s. 430.

nöstä.³⁷ Oikeuden tunnistamissääntö ei voi itse olla pätevä oikeussääntö, koska se tarjoaa sovellettavan arviointikriteerin pätevien eli voimassa olevien oikeussääntöjen tunnistamiseksi.³⁸

”Tarvitsemme oikeudellisen validiteetin käsitettä, ja tavanomaisesti sitä käytämme, vain vastataksemme kysymyksiin, jotka syntyvät jonkin sääntöjärjestelmän *sisällä*, missä jonkin yksittäisen säännön kuuluminen tuohon sääntöjärjestelmään riippuu siitä, täyttääkö se tunnistamissäännön asettamat kriteerit. Kysymystä validiteetista ei voi ulottaa itse tunnistamissääntöön, joka senkaltaiset kriteerit asettaa. Se ei voi itse olla pätevä tai ei-pätevä [sääntö], vaan se ainoastaan hyväksytään tarkoituksenmukaisena kriteerinä näin käytettäväksi [voimassa olevan oikeuden sääntöjen tunnistamiseksi].”

Jos oikeuden tunnistamissääntö määritellään Hartin ehdottamalla tavalla viittaamalla tuomarien ja muiden viranomaisten tosiasiallisen ratkaisutoiminnan ilmentämiin empiiris-sosiologisiin säännönmukaisuuksiin ilman normatiivisen velvoittavuuden vaadetta, vältetään Hans Kelsenin pelkästään hypoteettiseen, transsendentaalis-loogiseen perusnormiin liittyvät filosofiset ongelmat oikeuden viimekätisen velvoittavuusperustan itsensä oikeuttamisesta. Hartin *empiiris-sosiologinen* tulkinta oikeuden tunnistamissäännöstä johtaa kuitenkin nurinkuriseen tilanteeseen, jossa oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö onkin identifioitavissa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa tosiasiallisesti soveltamien institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden avulla, eikä suinkaan päin vastoin Hartin itsensä tarkoittamalla tavalla eli siten, että tuomaria asianmukaisesti velvoittavat oikeuslähteet olisivat tunnistettavissa oikeuden tunnistamissäännön avulla. Päätely kulkee toisin sanoen käänteisesti tuomioistuinten tosiasiallisesti soveltamista oikeuslähteistä oikeuden tunnistamissääntöön, ei oikeuden tunnistamissäännöstä velvoittavien oikeuslähteiden tunnistamiseen, niin kuin Hartin oikeusteoria edellyttäisi.³⁹

Oikeuden tunnistamissäännön empiiris-sosiologinen määrittely johtaa lopulta siihen, että sanottu kriteeri on yksi yhteen palautettavissa *semanttiseen*

³⁷ Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 107: "... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact."

³⁸ "We only need the word 'validity', and commonly only use it, to answer questions which arise *within* a system of rules where the status of a rule as a member of the system depends on its satisfying certain criteria provided by the rule of recognition. No such question can arise as to the validity of the very rule of recognition which provides the criteria; it can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use in this way." Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 105–106 (kursivointi Hartin; käännös allekirjoittaneen).

³⁹ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 221–226; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 487–488, 722–730.

kohdereferenssiinsä eli tuomioistuinten tosiasialliseen ratkaisukäytäntöön argentiinalaisen kirjailijan Jorge Luis Borgesin keisarillisten kartanpiirtäjien tieteellistä tarkkuutta jäsentävän filosofisen dilemman tavoin.⁴⁰

”...kartanpiirtämisen taito saavutti tuossa keisarikunnassa sellaisen täydellisyyden, että yksittäisen maakunnan kartta peitti kokonaisen kaupungin ja keisarikunnan kartta kokonaisen maakunnan. Ajan myötä näitä suunnattomia karttoja alettiin pitää riittämättöminä, joten kartografiset kollegiot valmistivat lopulta kartan, joka oli saman kokoinen kuin keisarikunta ja vastasi sitä täydellisesti...”

Aivan kuten Borgesin fiktiivisten kartanpiirtäjien tieteellisen eksaktiuden huipentuma eli kartta, joka oli täysin identtinen kohdereferenssinsä eli keisarikunnan maantieteellisen topografian kanssa, myös oikeuden tunnistamissääntö, jota ei voi käsitteellisesti erottaa vallitsevasta tuomioistuinkäytännöstä, on vailloa omaehtoista käsitteellistä ja tieto-opillista identiteettiä eli *on yhtä kuin* vallitseva tuomioistuinkäytäntö. Sama pätee mihin tahansa oikeudellisen analyysin työvälineeseen, jota ei voi käsitteellisesti erottaa sen semanttisesta kohdereferenssistä eli voimassa olevasta oikeudesta, joka on voitu määritellä esimerkiksi tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tosiasiallisesti toteutuneena ratkaisukäytäntönä analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla.

Olen toisaalla perustellut Hartin omasta käsityksestä poikkeavan tulkin, jonka mukaan Hartin tunnistamissääntö käsitteellisen, ontologisen ja episteenmisen *oikeuslei-oikeus* tai *normilfakta* -kahtiajaon viimekätisenä kriteerinä ei ole itse sijoitettavissa sanotun kriteerin alaisuuteen ilman, että joudutaan joko filosofisessa katsannossa pulmalliseen loogiseen kehäpäättelmään tai yhtä lailla ongelmalliseen päättymättömyyteen regressioon.⁴¹ Oikeuden tunnistamissääntö ei voi olla aidosti velvoittava oikeussääntö, niin kuin Hart itsekin arvioi, koska ei ole ’ylempää’ sääntöä, johon oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin oma validiteetti voisi perustua, mutta toisin kuin Hart arvioi, tunnistamissääntö ei voi myöskään olla vain tuomarikunnan keskuudessa vallitseva empiirinen säännönmukaisuus, koska tällöin jouduttaisiin – Borgesin keisarillisten kartanpiirtäjien tavoin – tilanteeseen, jossa tunnistamissääntö on lopulta käsitteellisesti ja tieto-opillisesti yhtä semanttisen kohdereferenssinsä, tosiasiallisesti toteutuneen oikeuskäytännön, kanssa. Kyse on sen sijaan ontologiselta, episteemiseltä ja käsit-

⁴⁰ ”... En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, esos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él.” Borges, ”Del rigor en la ciencia”, s. 143 (käännös allekirjoittaneen).

⁴¹ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 221–231; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 711–730. Vrt. Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 107–108.

teelliseltä statukseltaan radikaalilla tavalla *ratkemattomasta* erottelukriteeristä, jota oikeus/ei-oikeus tai sääntö/fakta -kahtiajaon toteuttaminen yhtä kaikki välttämättä edellyttää. Tunnistamissääntö on toisin sanoen sekä velvoittava sääntö että tosiasiallinen yhteiskunnallinen säännönmukaisuus, ja samalla se ei ole aidosti kumpikaan niistä.⁴²

Hartin empiiristä oikeusfilosofiaa seuraten skotlantilainen Neil MacCormick on perustellut oikeuden tunnistamissäännön velvoittavuuden tuomarikunnan ammatillisen identiteetin ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan yhdenmukaisuuden paineen avulla.⁴³

”Koska vain mielipuoli määritteli ja omaksuisi sellaisen [oikeuden tunnistamis]kriteerin ilman, että hän tietoisesti pyrki suhteuttamaan sen kriteereihin, joita hänen käsityksensä mukaan toiset samanlaisessa vastuusasemassa olevat henkilöt käyttävät, on vahvoja syitä odottaa, että tuomarikunnan keskuudessa vallitsee tältä osin huomattava yksimielisyys ja yhdenmukaisuus ...”

MacCormickin mukaan tunnistamissääntö käsittää juristiprofession ja etenkin tuomarikunnan kollektiivisesti omaksuman oikeudellisen ratkaisuideologian, jonka käsittämien premissien avulla nämä säännönmukaisesti ratkaisevat vireille tulevat oikeusjutut. Se, miten oikeuden tunnistamissääntö voi saada vähintäänkin heikon normatiivisen ja kollektiivisen velvoittavuuden tuomarikunnan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana kriteerinä ilman, että joudutaan lopulta turvautumaan esimerkiksi Kelsenin puhtaan oikeusopin perusnormikonstruktion kaltaiseen transsendentaalis-loogiseen ja tietoteoreettiseen ennakkoehtoon, jää MacCormickin yhtä hyvin kuin H.L.A. Hartin oikeusteoriassa vastausta vaille.

Engelmana Hartin ja MacCormickin empiiris-sosiologisen justifikaatioteorian soveltamisessa on myös sen heikko tai olematon normatiivinen perusteluvoima: jos lainsäädännön ja muiden oikeuslähteiden velvoittavuuden viimekätisenä takeena on vain tuomarikunnan otaksuttavasti yhdenmukainen ammatillinen itseyemmärrys oikeussääntöjen (ja oikeusperiaatteiden)⁴⁴ sekä tunnista-

⁴² *A Theory of Precedent* -teoksessa käytin oikeuden tunnistamissäännön pulmallisesta ontologiasta ja epistemologiasta ranskalaisfilosofi Jacques Derridalta ja tämän ajatuksia edelleen jatkaneelta Rodolphe Gaschéltä lainattua termiä radikaali *ratkeamattomuus* eli *luokittelemattomuus* (engl.: *radical undecidability*). Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 229–231, 255–260, 264–267.

⁴³ ”Since only a madman would frame and adopt such a standard [i.e. rule of recognition] without conscious animadversion to the standards he sees and understands others in a like position of responsibility to be using, there are strong reasons to expect a high degree of agreement and conformity among the judiciary in this matter ...” MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 241 (käännös allekirjoittaneen).

⁴⁴ Institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden tunnistaminen ei ole mahdollista Hartin tunnistamissäännön kaltaisen formaalin eli oikeudellisen tulkintaja ratkaisuperusteen muodolliseen syntytapaan kiinnittyvän kriteerin avulla, koska kyse on nyt yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden kanssa erottamattomasti yhteenkietoutuneista

missäännön itsensä tunnistamisessa, tilanne on varsin lähellä loogista päättelyn kehää, jossa yhteiskunnallinen käytäntö perustellaan sen itsensä avulla. Samalla se on varsin lähellä *Humen lain* kieltämää päättelyä tosiasioista normeihin tai arvoihin, jos ja kun päättelyn faktapremissinä on määrätty yhteiskunnallinen käytäntö ja johtopäätöksenä ovat vallitsevan oikeuslähdeopin osoittamat oikeussäännöt (ja oikeusperiaatteet).

16.3 OIKEUSLÄHDEOPIN INSTITUTIONAALISET JA YHTEISÖLLISET OIKEUTTAMISPERUSTEET

Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin pragmatistinen oikeuslähdeopin perustelutapa, Hans Kelsenin transsendentaalis-looginen päättelymalli sekä H.L.A. Hartin ja Neil MacCormickin empiiris-sosiologinen tarkastelutapa ajautuivat kukin ylitsepääsemättömiin ongelmiin, kun tehtävänä oli institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden oikeudellisen velvoittavuuden perustelevaaminen. Vastausta onkin etsittävä toisaalta, oikeuslähdeopin *institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuttamisperiaatteiden* suunnalta.

16.3.1 Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta

Institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden velvoittavuus voidaan palauttaa niiden kunkin taustalla vaikuttaviin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuttamisperiaatteisiin ja niitä vastaaviin yhteiskunnallisiin käytäntöihin. Institutionaalisten oikeuslähteiden velvoittavuuden perustelevassa metateorias-
sa on kaksi toisiinsa liittyvää osatekijää: yhtäältä oikeuslähteiden *institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuttamisperiaatteet*, joiden avulla eri oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden oikeudellinen velvoittavuus, sääntely- ja ratkaisulogiikka sekä keskinäiset etusijasuhdet ovat perusteltavissa, ja toisaalta voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden edellyttämä *institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä* erilaisten oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten käytäntöjen, kuten lainsäädännön ja lainvalmistelun, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomais-
ten oikeudellisen ratkaisukäytännön, vakiintuneiden sopimusoikeudellisten

ratkaisuperusteista Ronald Dworkinin oikeusteoriassaan perustelemalla tavalla. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40, 44. Vrt. kuitenkin: ”In some systems, as in the United States, the ultimate criteria of legal validity explicitly incorporate principles of justice or substantive moral values; in other systems, as in England, where there are no formal restrictions on the competence of the supreme legislature, its legislation may yet no less scrupulously conform to justice or morality.” Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 199. Tämä luonnehdinta oikeuttaa Hartin oikeusteorian lukemisen *inklusiivisen oikeuspositivismin* alaisuuteen. Samoin Hart, *The Concept of Law* (1994), s. 250.

vastuunjakokäytäntöjen ja muun tavanomaisen oikeuden sekä näiden keskinäissuhteiden, merkityksessä.

Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet kiinnittyvät eri tavoin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Oikeussäännöt perustuvat ainakin lähtökohtaisesti lainsäätäjän tai tuomioistuinten tekemiin *institutionaalisiin päätöksiin*. Myös yhteisöllisellä hyväksynnällä voi tässä olla merkitystä, sillä erilaisissa yhteisöllisissä käytännöissä vakiintuneet oikeusperiaatteet saattavat vähitellen formalisoitua rajoitetusti säännönkaltaisiksi ratkaisuperusteiksi. Toisaalta muodollisesti velvoittava mutta sisällöllisesti räikeän epäoikeudenmukainen oikeussääntö saattaa jäädä soveltamatta tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytännössä, jos se loukkaa senkaltaisia sisällöllisiä, tehokkaasti toteutettavissa olevalle oikeudelle asetettavia vähimmäisvaatimuksia, jollaisia esimerkiksi H.L.A. Hartin *luonnonoikeuden vähimmäissisältö* ilmentää hänen muutoin analyttisen oikeuspositivismin tai analyttisen oikeusrealismin premissien varaan rakentuvassa oikeusajattelussaan.⁴⁵ Oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien osalta vakiintuneet *yhteisölliset käytännöt* ovat ratkaisevassa asemassa, mutta myös niiden osalta esimerkiksi virallisen lainvalmisteluaineiston tai tuomioistuinratkaisujen perustelujen tarjoama välillinen institutionaalinen tuki saa merkitystä.

Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen *metakonteksti* eli vallitseva oikeudellinen *metateoria* viittaa siihen, miten erilaiset institutionaaliset, yhteisölliset sekä mahdollisesti muunlaiset oikeuslähteet ja niiden taustalla vaikuttavat justifikaatioperusteet on suhteutettu toinen toisiinsa määrättyssä oikeusyhteisössä. Suomen oikeuden vallitseva oikeudellinen metateoria käsittää muun muassa keskeisen *oikeusvaltioperiaatteen*.

Oikeusperiaatteiden yhteydessä käytetty keskeistermi *institutionaalinen tuki* perustuu Ronald Dworkinin oikeusteoriaan. Hän viittaa sillä lainsäädännössä tai oikeuskäytännössä vakiintuneita oikeussääntöjä väljemmin ja epäsuoremmiin määritelyihin yhteiskunnallisiin tosiseikkoihin ja arviointikriteereihin, joista määrätyn oikeusperiaatteen tai yleisemmin oikeudellisen ratkaisustandardin tilannesidonnainen merkitys tuomarın oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana tulkinta- ja ratkaisuperusteena on pääteltävissä. Yksittäisen oikeusperiaatteen tai ratkaisustandardin oikeudellista ratkaisuarvoa arvioitaessa tulee tarkastella erilaisia varsinaisia oikeussääntöjä väljemmin rajattuja ja ajallisesti muuntuvia yhteiskunnallisia arviointikriteereitä, jotka määrittävät toimivallan, vastuun ja niukkojen aineellisten resurssien jakoa yhteiskunnassa, yleistä oikeudellista tulkintaoppia, prejudikaateista ja muista tuomioistuin- tai viranomaispäätöksistä johdettavissa olevia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperus-

⁴⁵ Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisällöstä (eng.: *minimum content of natural law*), Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 189–195.

teita sekä senkaltaisten kriteerien suhdetta vallitsevan poliittisen yhteiskuntamoraalin käytäntöihin.⁴⁶

Oikeusperiaatteet eivät ole tunnistettavissa Hartin oikeusteorian edellyttämän oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön käsittämien, säännön muodolliseen syntyperään liittyvien kriteerien avulla, koska kyse on yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden kanssa tiiviisti yhteenkietoutuneista oikeudellisista, moraalista ja yhteiskunnallisista tulkinta- ja ratkaisuperusteista. Hart toteaa postuumisti julkaistussa vastineessaan Dworkinin kritiikkiin, ettei sinänsä ole mitään käsitteellistä estettä sille, etteikö oikeuden tunnistamissääntö voisi käsittää myös joitain sisällöllisiä tai moraaliperustaisia kriteerejä, ja esimerkiksi Yhdysvaltain perustuslaissa näin on nimenomaisesti säädetty. Mitään välttämättömyyttä tai käsitteellistä yhteyttä oikeuden ja jonkin määrätyn sisällöllisen moraalikäsitteen kesken ei Hartin mukaan kuitenkaan vallitse, kun analyttisen oikeuspositivismin (tai analyttisen oikeusrealismin) mukainen oikeuskäsitys hyväksytään tarkastelun perustaksi.⁴⁷

Oikeuden institutionaaliin ja yhteisöllisiin oikeuttamisperiaatteisiin palautuva oikeuslähdeopin perustelumalli väistää nähdäkseni onnistuneesti ne tutkimukselliset karikot, jotka sen edellä esitettyihin ajatuksellisiin vaihtoehtoihin liittyvät. Kelsenin perusnormikonstruktion ongelmana on sen pelkästään edellytetty, *transsendentaalis-looginen* status, mikä antaa oikeudelliselle velvoittavuudelle ja voimassa olevaa oikeutta koskevalle tiedolle yhtä lailla hypoteettisen, edellytetyn tai transsendentaalis-loogisen luonteen. Hartin ja MacCormickin empiiris-sosiologisesti määritellyn tunnistamissäännön pulmana on sen yksi yhteen -palautettavuus tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tosiasialliseen oikeudenkäyttöön, jos tunnistamissäännön määritte-

⁴⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40 (kursivoinnit lisätty): ”Yet we could not devise any formula for testing how much and what kind of institutional support is necessary to make a principle a legal principle, still less to fix its weight at a particular order of magnitude. We argue for a particular principle by grappling with a whole set shifting, developing and interacting standards (themselves principles rather than rules) about *institutional responsibility*, *statutory interpretation*, the *persuasive force of various sorts of precedents*, the relation of all these to *contemporary moral practices*, and hosts of other such standards. We could not bolt all of these together into a single ‘rule’, even a complex one, and if we could the result would bear little relation to Hart’s picture of a rule of recognition, which is the picture of a fairly stable master rule specifying ‘some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule ...’”

⁴⁷ Vrt. Hart, *The Concept of Law* (1994), s. 250: ”This [i.e. Dworkin’s criticism] is doubly mistaken. First, it ignores my explicit acknowledgement that the rule of recognition may incorporate as criteria of legal validity conformity with moral principles or substantive values; so my doctrine is what has been called ‘soft positivism’ and not as in Dworkin’s version of it ‘plain-fact positivism’. Secondly, there is nothing in my book [i.e. *The Concept of Law*] to suggest that the plain-fact criteria provided by the rule of recognition must be solely matters of pedigree; they may instead be substantive constraints on the content of legislation such as the Sixteenth or Nineteenth Amendment to the United States Constitution respecting the establishment of religion or abridgements of the right to vote.” – Samoin Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 199.

lyssä seurataan Hartin itsensä ehdottamaa tulkintaa. Aarnion ja Peczenikin hyödyntämä sanktioperustainen ja pragmatistinen päättely, jossa oikeuslähdeopin velvoittavuus palautetaan sen noudattamasta jättämisestä tuomarille todennäköisesti koituviin virallisiin ja epävirallisiin sanktioihin, on sekä loogisessa että arvofilosofisessa katsannossa epätydyttävä vaihtoehto, vaikka oikeuden täytäntöönpanoon liitetty sanktiouhka onkin yksi (analyyttisen) oikeuspositivismin keskeisiä teoreettisia lähtökohtia. Kun oikeuden velvoittavuus perustellaan viime kädessä lainsäädännön itsensä asettamien oikeudellisten velvoitteiden ja sanktioiden avulla, syylistytään lisäksi loogisessa katsannossa kiellettyyn kehäpäätelmään.⁴⁸

Peczenikin viittaus lainsäädännön taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvoihin oikeuden *historiallisen jatkuvuuden*, *oikeusvarmuuden* ja *demokratian* merkityksessä,⁴⁹ samoin kuin Aarnion ajatus kansalaisten muodollisesta ja aineellisesta *oikeusturvaodotuksesta* osana länsimaista demokratiakäsitystä, mikä edellyttää ratkaisujen perustelemista määrättyjen oikeuslähteiden avulla,⁵⁰ ei ole kaukana omasta tutkimuksellisesta lähtökohdastani, joka palauttaa oikeuslähteiden velvoittavuuden niiden taustalla vaikuttaviin institutionaalsiin oikeuttamisperusteisiin.⁵¹ Yhtä kaikki, Aarnion ja Peczenikin mukaan lainsäädännön (ja tavanomaisen oikeuden) välittömänä velvoittavuusperustana on sen sanktioperustainen pakottavuus, kun asiaa tarkastellaan tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen näkökulmasta.

Nähdäkseni Aarnion ja Peczenikin pragmatistinen päättely, joka perustuu uppiniskaiseen tuomariin kohdennettavissa olevien virallisten tai epävirallisten sanktioiden mahdollisuuteen, mieltää tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkintaa jäsentävän yhteiskunnallisen syy–seuraus-suhteen virheellisesti eli käänteisellä tavalla. Kokoavasti lainsäädännön velvoittavuuden perustelevan institutionaalisen syy–seuraus-suhteen voi ilmaista seuraavasti:

⁴⁸ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220; sama, *The Rational as Reasonable*, s. 92; Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 227–229.

⁴⁹ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226. Peczenikin ajattelun taustalla on akateemikko Georg Henrik von Wrightin filosofia, johon Peczenik sanotussa tekstikohdassa myös viittaa. – Vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 211–212, missä katson Peczenikin ja von Wrightin kannasta poiketen, ettei oikeusnormi voi olla olemassa (engl.: *exist*) ilman, että se ensin katsotaan *päteväksi* (engl.: *valid*) jonkin oikeusnormijärjestelmän asettamien validiteettikriteerien nojalla. Muunlainen tulkinta olisi nähdäkseni käsitteellinen *kategoriavirhe* (engl.: *a category-mistake*) filosofi Gilbert Rylen tarkoittamassa merkityksessä. Vrt. Ryle, *The Concept of Mind*, s. 17–20.

⁵⁰ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 186–189.

⁵¹ Samoin Hannu Tolonen viittaa demokratian, oikeusvaltiollisuuden, ennakoitavuuden ja oikeusvarmuuden periaatteisiin lainsäädännön justifikaatioperiaatteina. Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*, s. 103.

Tuomariin kohdistuvan virkavirhesanktion mahdollisuus on seurausta lainsäädännön taustalla vaikuttavasta *parlamentaarisesta demokratiaperiaatteesta*, joka antaa lainsäätäjän määrämuodossa ilmaistulle tahdolle oikeudellista ratkaisuarvoa eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitovan, velvoittavan tai ohjaavan merkityksen osana oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa keskeisesti jäsentävää *oikeusvaltioperiaatetta*, eikä tuomariin tietyissä tilanteissa kohdennettavissa oleva virkavirhesanktio tai muu moite ole lainsäädännön oikeudellisen velvoittavuuden itsenäisesti perusteleva syy.

Lainsäädäntö ja tavanomainen oikeus eivät velvoita tuomaria ainakaan ensisijaisesti sen vuoksi, että lainsäädännön noudattamatta jättämisestä voi tietyissä tilanteissa seurata virallinen moite tai jopa virkavirhesyyte, eivätkä prejudikaatit ja lainvalmisteluaineisto velvoita sen vuoksi, että niiden sivuuttamisesta saattaa seurata tuomariin kohdistuva ammatillinen moite tai muu tuomarin itsensä kielteisenä kokemaa seuraamus, vaan – käänteisesti – institutionaalisten tai yhteisöllisten oikeuslähteiden aiheuttomasta sivuuttamisesta oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa saattaa seurata tuomariin kohdentuva virallinen tai epävirallinen moite, koska nuo oikeuslähteet ovat *rakenteistuneet* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* eli nauttivat eriasteista mutta oikeudellisessa katsannossa riittävää *institutionaalista tukea* ja *yhteisöllistä hyväksyntää* oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä eli institutionaalisissa päätöksissä ja yhteisöllisissä käytännöissä sekä ilmentävät siten suomalaisen yhteiskunnan perustavia arvovalintoja suhteessa yhteiskunnallisen vallan, vastuun ja niukkojen aineellisten resurssien jakoperusteisiin. *Oikeusvaltioperiaate* on keskeisin institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteopin taustalla vaikuttavista justifikaatioperiaateista.

16.3.2 Institutionaalinen oikeusvaltioperiaate

Oikeusvaltioperiaate on vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteopin taustalla vaikuttava keskeinen *institutionaalinen oikeuttamisperuste*, joka käsittää lainsäädännön ja monimuotoisen virallisen lainvalmisteluaineiston velvoittavuuden perustelevan parlamentaarisen demokratiaperiaatteen, prejudikaattien sekä muun tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön velvoittavuuden perustelevan oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan periaatteen sekä sopimusoikeuden ja osin tavanomaisen oikeuden velvoittavuuden perustelevan oikeussubjektien tahdonautonomian ja perustellun luottamuksen suojan periaatteen. Näistä lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen perusteleva parlamentaarinen demokratiaperiaate on perinteisesti ollut keskeisin suomalaisen yhteiskunnan institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa jäsentävistä justifikaatioperiaateista.

Oikeusvaltioperiaatteen merkitys tuomarin oikeudellisessa päätöksenteossa on johdettavissa suomalaisen yhteiskunnan vallitsevasta *institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta* eli oikeudellisesti merkityksellisistä yhteiskunnallisista käytännöistä, jotka määrittävät oikeudellisesti toimivaltaisten yhteiskunnallisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten sekä oikeustoimikelpoisten yksittäisten oikeussubjektien, keskinäiset oikeudelliset toimivalta- ja vastuusuhteet sekä oikeudenmukaiset niukkojen aineellisten resurssien jakoperusteet yhteiskunnassa. Oikeusvaltioperiaate on tulkittavissa myös institutionaalisen tulkintaideologian eli vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen perusteleman institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen yhteisnimitykseksi.

Se tosiseikka, että parlamentaarisesti valitun lainsäätäjän tahdon kunnioittamista ilmentävä *demokratiaperiaate* on keskeinen osa suomalaisen yhteiskunnan institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa, on todennettavissa viittaamalla voimassa olevaan perustuslakiin⁵² sekä erilaisiin oikeudellisesti merkityksellisiin sääntösidonnaisiin yhteiskunnallisiin käytäntöihin, jotka määrittävät (esimerkiksi) lainsäätäjän ja tuomioistuinten kesken vallitsevat oikeudelliset toimivalta- ja vastuunjakosuhteet samoin kuin niukkojen aineellisten resurssien jakoperiaatteet yhteiskunnassa. Lainsäätäjän määrämuotoisen tahdon kunnioittamiseen kiinnittyvä demokratiaperiaate on samalla osa laajempaa oikeusvaltioperiaatetta, joka jäsentää kootusti suomalaisen oikeuden ja yhteiskunnan perimmäistä arvoperustaa, jota institutionaalinen tulkintaideologia jäsentää sen käsittämien oikeuslähteiden ja oikeudellisten päättelymallien tarkoittamalla tavalla.

Vallitsevan oikeuslähteopin *institutionaalisia ja yhteisöllisiä oikeuttamisperusteita* on neljä, ja ne liittyvät seuraavalla tavalla eri oikeuslähteisiin:

- (a) *parlamentaarinen demokratiaperiaate* eli lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen ja hallinnon lainalaisuus perustelee lainsäädännön ja välillisesti myös monimuotoisen virallisen lainvalmisteluaineiston oikeudellisen ratkaisuarvon eli velvoittavuuden tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa,
- (b) *oikeudellinen yhdenvertaisuus ja perustellun luottamuksen suoja* eli oikeussubjektien muodollinen oikeusturva perustelevat kansallisen prejudikaattiperustaisen oikeuden, muun vakiintuneen tuomioistuinikäytännön, oikeudenkäyttöä yhtenäistävän muun viranomaiskäytännön, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä

⁵² Voimassa olevan perustuslain (11.6.1999/731) 2 § säättää *kansanvaltaisuudesta ja oikeusvaltioperiaatteesta*.

- riittävän vakiintuneen ja yhtenäisen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön oikeudellisen ratkaisuarvon eli velvoittavuuden tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa,⁵³
- (c) *tahdonautonomia* eli sopimusvapauden kunnioittaminen (ja perustellun luottamuksen suoja) perustelevat yksityisten oikeussubjektien siviilioikeudellisen määräämisvaltansa turvin tekemien sopimusten sitovuuden ja oikeudellisen ratkaisuarvon eli velvoittavuuden tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa,⁵⁴ ja myös tavanomainen oikeus voidaan tavallisesti palauttaa oikeussubjektien hiljaisesti hyväksymän sopimuskonstruktion alaisuuteen, ja
- (d) *suvereniteettiperiaate* eli ylimmän vallanpitäjän antamien (taloudellishallinnollisten) määräysten sanktioperustainen ja itsetarkoitussellinen pakottavuus perustelee eri oikeuslähteiden oikeudellisen velvoittavuuden siltä osin kuin ne eivät ole palautettavissa parlamentaariseen demokratiaperiaatteeseen, oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan periaatteeseen tai sopimus-oikeudellisen tahdonautonomian (ja perustellun luottamuksen suojan) periaatteeseen.

Lisäksi voidaan vielä erottaa oikeuslähdeopin ei-institutionaalisen eli aineellisen oikeuttamisperusteena:

- (e) *aineellinen oikeudenmukaisuus* eli kansalaisten materiaallinen oikeusturva ratkaisun sisällöllinen kohtuullisuuden, hyväksyttävyyden ja oikeellisuuden merkityksessä perustelee reaalisten argumenttien eli yhteiskunnallisen seuraamusharkinnan oikeuslähdeopillisen merkityksen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.⁵⁵

Parlamentaarinen demokratiaperiaate eli lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen, oikeudellinen yhdenvertaisuus ja perustellun luottamuksen suoja eli kansalaisten muodollinen oikeusturva sekä oikeussubjektien yksityisoikeudellisen tahdonautonomian kunnioittaminen (ja perustellun luottamuksen suoja) sekä sanottuja oikeuttamisperusteita vastaavat institutionaaliset ja yhteisölliset käytän-

⁵³ Oikeudellisen yhdenvertaisuuden vaatimusta ilmentää myös voimassa olevan perustuslain (11.6.1999/731) 6 §:n ajatus yhdenvertaisuudesta lain edessä. – Luottamuksensuojaperiaatteen vaikutuksesta sopimusoikeudessa, Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 139–162; luottamusperiaatteesta vero-oikeudessa, Soikkeli, *Luottamuksensuoja verotuksessa*, *passim*.

⁵⁴ Sopimukset voivat olla joko *aineellisia* eli määrätyn sopimussuhteen aineellista sisältöä koskevia tai *prosessuaalisia* eli yksityisoikeudellisen välitystuomioistuimen toimivallan perustavien sopimusten, joista laki välimiesmenettelystä (23.10.1992/967) säättää.

⁵⁵ Oikeudellinen yhdenvertaisuus (= kohta c) ja aineellinen oikeudenmukaisuus (= kohta e) vastaavat nähdäkseni Aarnion kansalaisen perustellun oikeusturvaodotuksen elementtejä mielvallan välttämisen ja ratkaisun sisällöllisen hyväksyttävyyden merkityksessä. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 186–189. – Demokratiaperiaatteesta, vrt. Peczenikin ajatus demokratian, oikeusvarmuuden ja tradition kunnioittamisesta oikeuslähdeopin viimekätisenä perustana. Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226.

nöt lainsäädäntömenettelyn, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytännön sekä tavanomaisoikeudellisten sopimus- ja muiden yhteisöllisten vastuunjakokäytäntöjen merkityksessä ilmentävät eri tavoin oikeusvaltioperiaatetta. Myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit voidaan luontevasti liittää sen osaksi formaalien oikeussääntöjen ohella, kunhan ne vain saavat riittävää tukea oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta.

Oikeusvaltioperiaate, taloudellis-hallinnollinen suvereniteettiperiaate sekä vallitseva käsitys aineellisesta oikeudenmukaisuudesta ovat vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteopin taustalla vaikuttavat oikeuttamisperiaatteet. Niiden *vastaperiaatteina* voidaan lisäksi erottaa seuraavanlaiset periaatteet:

Kaavio 16: Oikeuslähteopin institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuttamisperiaatteet sekä niiden vastaperiaatteet

Institutionaalinen tai yhteisöllinen oikeuttamisperiaate

Institutionaalisen tai yhteisöllisen oikeuttamisperiaatteen vastaperiaate

A. *Lainsäädäntöideologia:*
parlamentaarinen demokratiaperiaate

suvereniteettiperiaate

B. *Tuomariniideologia:*
oikeudellinen yhdenvertaisuus
+ perustellun luottamuksen suoja

sosiaalinen siviilioikeus:
kohtuusperiaate & heikomman osapuolen erityisintressien suojeleminen sopimusoikeudessa;
erityinen naisnäkökulma oikeuteen:
naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän tietoisuuden suosivan erityiskohtelun periaate

C. *Yhteisöllinen oikeuskäsitys:*
yksityisoikeudellinen tahdonautonomia
(+ perustellun luottamuksen suoja)

sosiaalinen siviilioikeus:
kohtuusperiaate & heikomman osapuolen erityisintressien suojeleminen sopimusoikeudessa

D. *Sanktioperustainen, itsetarkoituksellinen oikeudellinen pakottavuus:*
suvereniteettiperiaate

läheisyys- eli toissijaisuus- eli
subsidiariteettiperiaate EU-oikeudessa

E. *Aineellinen yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus:*
vallitseva käsitys aineellisesta
yhteiskunnallisesta oikeuden-
mukaisuudesta

vaihtoehtoiset tulkinnat aineellisesta
yhteiskunnallisesta oikeuden-
mukaisuudesta

Demokratiaperiaatteelle vastakkainen ja eräänlaisen residuaali- eli jäännösperiaatteen tavoin toimiva *suvereniteettiperiaate* painottaa oikeudellisen ja hallinnollisen määräämisvallan itseisarvoisuutta, jota ei ole tarpeen tai ainakaan mahdollista palauttaa oikeusyhteisön parlamentaariseen tahdonmuodostukseen tai muullakaan tavoin ilmaistuun yhteisölliseen hyväksyntään. Suvereniteettiperiaate täydentää parlamentaarista demokratiaperiaatetta etenkin Euroopan unionin oikeudessa, jonka lainsäädäntöä sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ratkaisuksista ilmeneviä yleisiä oikeusohjeita institutionaalinen *demokratia-vaje* osin yhä rasittaa, mutta sen ilmentymiä on myös muunlaisessa hallinnollisessa sääntelyssä, jota ei ole mahdollista palauttaa sen kohderyhmänä olevien oikeussubjektien joko välittömään tai edustukselliseen hyväksyntään. Tosin jo Amsterdamin sopimus vahvisti yhteispäätösmenettelyn merkitystä Euroopan unionin päätöksenteossa, jolloin Euroopan parlamentti ja Euroopan neuvosto vastaavat osin yhteisesti Euroopan unionin lainsäädännöstä. Tätä kirjoittaessani EU-tasolla allekirjoitettu mutta ei vielä kansallisten parlamenttien toimesta hyväksytty Euroopan unionin *perustuslaillinen sopimus* ja siihen liittyvä EU:n *perusoikeuskirja*, jos ne tulevat asianmukaisesti voimaan, vähentävät Euroopan unionin päätöksentekojärjestelmän institutionaalista demokratiavajetta vahventaessaan Euroopan parlamentin sekä kansalaisten perusoikeuksien suhteellista asemaa unionin päätöksentekojärjestelmässä.

Sopimusoikeudelliselle tahdonautonomialle vastakkaisia oikeuttamisperiaatteita ovat sopimusoikeudellinen *kohtuusperiaate* sekä *heikomman suojelun periaate*, jotka perustelevat tietoisien poikkeaman sopijapuolten alkuperäisen tahdon kunnioittamisen tai perustellun luottamuksensuojan periaatteesta. Molemmissa on kyse eri tavoin tulkitun *sosiaalisen siviilioikeuden* keskeisideoista, joita ei ole mahdollista yleistää sopimusoikeuden johtaviksi periaatteiksi ilman, että lähtökohtaisesta sopimusvapauden ja sopimussitovuuden periaatteesta joudutaan samalla luopumaan. *Naisioikeusnäkökulma oikeuteen* ja yleisemmin määritelty *oikeudellinen tasa-arvotutkimus*, jotka ovat esittäneet yhteiskunnallisen vaatimuksen naisten tai joidenkin muiden yhteiskuntaryhmien tietoisesta suosivasta erityiskohtelusta, samoin kuin jo mainitut sosiaalisen siviilioikeuden ilmentymät eli sopimusoikeuden johtavaksi (tai ainakin keskeiseksi) periaatteeksi yleistetty kohtuusperiaate ja heikomman suojelun periaate, merkitsevät nekin tietoista poikkeamaa oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan ideaalista.

Myös oikeudelliselle vastaperiaatteelle voi olla vastaperiaate, joka pyrkii palauttamaan esimerkiksi institutionaalisen demokratiavajeen rasittaman oikeuslähteen institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeutuksen. Oikeudellista ja taloudellishallinnollista tehokkuutta korostavan suvereniteettiperiaatteen vastaperiaatteena on Euroopan unionin oikeudessa *läheisyys-* eli *toissijaisuus-* eli *subsidiariteettiperiaate*, joka pyrkii palauttamaan eurooppaoikeudellisen sääntelyn jälleen demokratiaperiaatteen yhteyteen sekä saamaan sille yhteisöllisen hy-

väksynnän viemällä sääntelyn (rajoitetusti) kansalliselle tai jopa sitä alemmalle eli paikalliselle tasolle. Vallitsevan aineellisen oikeudenmukaisuuskäsityksen vastaperiaatteena on puolestaan joukko *vaihtoehtoisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuusteorian* mukaisia käsityksiä oikeudesta ja yhteiskunnasta esimerkiksi marxilaisen tai feministisen oikeus- ja yhteiskuntaideologian merkityksessä, jolloin tutkijan tai tutkijaryhmän sisäistämät yhteiskuntaideologiset preferenssit saavat korvata vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian käsittämät institutionaaliset ja yhteisölliset arvoperusteet.

Vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian käsittämien institutionaalisten oikeuslähteiden oikeuttamispeusteita on mahdollista jäsentää seuraavaan tapaan. *Lainsäädäntö* ilmentää demokratiaperiaatteen mukaista yhteiskunnallista tahdonmuodostusta, jota valtiopäiville kokoontunut eduskunta Suomessa toteuttaa. Kansallista lainsäädäntövaltaa on merkittävästi delegoitu Euroopan unionin lainsäädäntöelimille Suomen liityttyä unionin jäseneksi. Niinpä *suvereenin lainsäätäjän* käsite kattaa valtiopäiville kokoontuneen Suomen eduskunnan ja hierarkkisesti alempien kansallisten norminasettajien, kuten asetuk-sia antavan tasavallan presidentin, valtioneuvoston ja ministeriöiden ohella myös Euroopan unionin neuvoston, parlamentin ja komission niiden yleisen oikeudellisen säädösvallan merkityksessä. Lisäksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamilla ratkaisuilla saattaa olla prejudikaattioikeudellista eli ylimmän kansallisen tuomioistuimen antamaan ennakkopäätökseen rinnastuvaa merkitystä.

Taustalla on suomalaisessa yhteiskunnassa omaksuttu institutionaalinen työnjako ja yhteiskunnallinen vastuunalaisuus, josta voimassa olevan perustuslain (11.6.1999/731) 2 § 1 momentti säättää otsikon *kansanvaltaisuus ja oikeusvaltioperiaate* alla seuraavasti:

”Valtiovalta Suomessa kuuluu kansalle, jota edustaa valtiopäiville kokoontunut eduskunta.”

Perustuslain 2 § 3 momentti säättää vastaavasti:

”Julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.”

Valtiopäiville kokoontuneen eduskunnan asettaman lainsäädännön velvoittavuus on näin palautettavissa voimassa olevan perustuslain säännöksiin Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin ja A. J. Merklin perusteleman formaalin oikeusnormihierarkian tarkoittamalla tavalla.⁵⁶ Perustuslain itsensä velvoittavuutta ei kuitenkaan

⁵⁶ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 228 *et seq.*; Merkl, ”Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues”, *passim*.

ole välttämätöntä perustella senkaltaisen transsendentaalis-loogisen perusnormikonstruktion avulla, jollaiseen Kelsen siis turvautui kaiken oikeudellisen tiedon välttämättömänä ajatuksellisenä edellytyksenä, vaan viittaus oikeuden ja yhteiskunnan institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämiin oikeuttamisperusteisiin, kuten parlamentaariseen demokratiaperiaatteeseen, riittää:

Voimassa oleva perustuslaki ja sen antaman valtuutuksen nojalla voimaansaattettu muu lainsäädäntö velvoittaa tuomaria ja muuta lainsoveltajaa tämän oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa, koska parlamentaarinen demokratiaperiaate eli lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen on rakenteistunut osaksi suomalaisen yhteiskunnan institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa, jota oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten, keskinäiset oikeudelliset toimivalta- ja vastuunjakokäytännöt toteuttavat.

Tuomarin ratkaisuharkintaa sitovista, velvoittavista tai ohjaavista oikeuslähteistä *lainsäädäntö* ja monimuotoinen virallinen *lainvalmisteluaineisto* toteuttavat kumpikin parlamentaarisen demokratiaperiaatteen mukaista lainsäätäjän historiallista tarkoitusta tai, oikeammin, erilaisten yhteiskunnallisten tavoitteiden muodostamaa *tarkoituskompleksia*: jottei lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen periaatetta loukattaisi, parlamentaarisen lainsäädäntömenettelyn läpikäynyttä oikeudellista säädösaineistoa ei ole lupa sivuuttaa oikeudenkäytössä ilman erityisiä perusteita. Virallinen lainvalmisteluaineisto antaa puolestaan tietoa lainsäädännön taustalla vaikuttaneesta oikeudellisesta ja yhteiskunnallisesta sääntelyideologiasta eli vallitsevasta tai ainakin lainsäädäntöhetkellä vallinneesta *lainsäädäntöideologiasta*.

Lainsäädäntö viittaa yhtäältä *EU-lainsäädäntöön* ja toisaalta *kansallisiin* säädöksiin voimassa olevasta perustuslaista ja valtiopäiville kokoontuneen Suomen eduskunnan säätämistä laeista aina alemman asteisiin hallinnollisiin säädöksiin. Euroopan unionin lainsäädäntö toteuttaa parlamentaarista demokratiaperiaatetta huomattavasti heikommin kuin kansallinen lainsäädäntö. On puhuttu yhteisöoikeudellisen sääntelyn institutionaalisesta *demokratiavajeesta*, millä on viitattu yleisellä ja yhteisellä kansanäänestyksellä valitun Euroopan parlamentin lainsäädäntövallan olennaisiin kavennuksiin suhteessa ei-parlamentaarisesti valittujen Euroopan unionin komission aloite- ja päätösvaltaan, Euroopan unionin neuvoston päätösvaltaan sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeudelliseen ratkaisuvaltaan.⁵⁷

⁵⁷ Kriittisesti Euroopan unionin legitimeettiperustasta ja etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamien ratkaisujen suhteesta EU:n perustamissopimukseen (eli Rooman sopimukseen), Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*. Vrt. toisin Cappelletti, joka puolustaa sanotun tuomioistuimen tekemiä ratkaisuja, Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, s. 384–401 (= luku "Is the European Court 'Running Wild'?").

Tämä tilanne voi kuitenkin muuttua Euroopan unionin perustuslaillisen sopimuksen hyväksymisen myötä. Euroopan unionissa oikeus, talous ja politiikka myös kietoutuvat toisiinsa tavalla, jollaiseen kansallisen oikeuden tulkintakontekstissa ei ole totuttu, ja oikeudellisesti sitovaksi tarkoitettu järjestely voi menettää oikeudellisen merkityksensä, jos riittävän moni EU:n (suurista) jäsenmaista jättää sovitut oikeudelliset velvoitteet täyttämättä. Esimerkiksi EU:n vakaus- ja kasvusopimus on osoittautumassa vain paperilla velvoittavaksi vailla täytäntöönpanon tehokkuutta, kun tätä kirjoittaessani (elokuussa 2004) lähes kaikki 25-jäseniseksi laajentuneen EU:n jäsenmaista ovat sanotun sopimuksen asettaman budjettialijäämärajan ylittäneet, eikä asiassa ryhdyttäne sopimuksen edellyttämiin sanktiotoimiin kyseisiä maita kohtaan. Toisaalta EU:n perustuslaillisen sopimuksen yhtä hyvin oikeudellinen kuin poliittinenkin merkitys on kiistaton, jos ja kun se tulee EU-tasolla voimaan, sillä sen myötä muutetaan paitsi EU:n sisäisiä toimivaltasuhteita esimerkiksi yhteisen ulkoministerin ja presidentin viran perustamisen myötä myös Euroopan unionin jäsenmaiden suhdetta sen toimielimiin EU:n päätösvaltaan kuuluvien asioiden osalta.

Toisin kuin Euroopan parlamentin edustajia, Euroopan unionin komission ja neuvoston sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen jäseniä ei valita demokraattisessa valintamenettelyssä, minkä vuoksi parlamentaarinen julkisen valvankäytön kontrolli ei niihin ulotu. Parlamentaarinen demokratiaperiaate ei toisin sanoen läpäise ja kannata yhteisöoikeudellista lainsäädäntöä yhtä tehokkaasti kuin kansallista parlamentaarista lainsäädäntöä, ja sen vuoksi EU-oikeuden velvoittavuuden perustelemiseksi on välttämätöntä turvautua myös taloudellis-hallinnolliseen *suvereniteettiperiaatteseen* kansanvaltaisuutta täydentävänä jäännösperiaatteena. *Toissijaisuus*- eli *läheisyysperiaate* tarkoittaa EU-oikeudessa oikeudellisen päätöksenteon hajauttamista tai palauttamista kansalliselle tai jopa sitä alemmalle tasolle, pyrkien näin vähentämään parlamentaarisen kontrollin ulkopuolelle jäävän sääntelyn institutionaalista ja yhteisöllistä demokratiavajetta. Tältä osin toissijaisuusperiaate on EU-oikeudessa analoginen yleisen sopimusoikeudellisen velvoittavuuden perustelevalle oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittamisen periaatteelle, joka tunnustaa (ei-valtiollisen) yhteisöllisen oikeuden merkityksen esimerkiksi vakiintuneiden tavanomaisoikeudellisten käytäntöjen ja velvoittavien sopimusten tarkoittamalla tavalla.

Lain esityöt eli monimuotoinen virallinen *lainvalmisteluaineisto* erilaisten komiteoiden ja toimikuntien laatimien selvitysten, hallituksen eduskunnalle antaman lakiesityksen sekä eduskunnan valiokuntien tuottamien mietintöjen ja lausuntojen merkityksessä antaa taustatietoa lainsäädännön historiallisesta tarkoituksesta, tavoitteista ja alkuperäisestä yhteiskunnallisesta kontekstista. Toisin kuin varsinainen säädösteksti, lainvalmisteluaineistoa ei parlamentaarisesti hyväksytty. Poikkeuksena ovat eduskunnan valiokunnan mietinnön perustelut, jotka eduskunnan työjärjestyksen 64 §:n (17.12.1999/40) mukaan katsotaan

hyväksytyiksi, jollei eduskunta toisin päättä, mikä vahventaa niiden oikeuslähdeopillista painoarvoa. Muilta osin lainvalmisteluaineisto toteuttaa demokratia-periaatetta vain välillisesti ja vain siltä osin kuin lopulta voimaan saatettu lainsäädäntö on tullut hyväksytyksi lainvalmisteluasiakirjojen tarkoittamassa muodossa. Niinpä lainvalmisteluaineisto saa merkitystä lähinnä kansallisen lainsäädännön taustalla vaikuttavan oikeudellisen ja yhteiskunnallisen *tarkoituskompleksin* selventäjänä. Lainvalmisteluaineiston oikeudellinen ratkaisuarvo on sitä suurempi, mitä 'lähempänä' se on lopullisesti hyväksyttyä säädöstä. Eduskuntakäsittelyn aikana tuotetut lainvalmisteluasiakirjat katsotaan tavallisesti painavammiksi kuin hallituksen eduskunnalle antamaa lakiesitystä edeltäneet asiakirjat.

Yksityisoikeudelliset sopimukset täydentävät lainsäädäntöä ja rinnastuvat lainsäädäntöön siltä osin kuin yksittäisille oikeussubjekteille on annettu lainsäädäntöitse yksityisoikeudellinen disponointi- eli määräämisvalta oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan suhteessa toisiin oikeussubjekteihin. Yksityisoikeudellinen disponointikompetenssi toteutuu yleisen sopimuskelpoisuuden kautta: oikeussubjekteilla on valta tehdä oikeudellisia määräämistöimiä, jotka muuttavat heidän siviilioikeudellista oikeusasemaansa esimerkiksi sopimusten, testamentin, lahjoitusten tai välitystuomioistuimen toimivallan perustavan välityssopimuksen laatimisen keinoin. Sopimusperustaisen oikeuden velvoittavuuden perustelevana oikeuslähdeopillisena taustajustifikaationa on, oikeusyhteisössä omaksutusta *sopimusmallista* riippuen, esimerkiksi oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittaminen tai perustellun luottamuksen suoja. Länsimainen oikeusvaltioperiaate käsittää toisin sanoen idean, jonka mukaan oikeussubjekteilla on rajoitetusti valta määrätä itse oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan suhteessa toisiin oikeussubjekteihin. Myös sopimusoikeudellinen kohtuusperiaate ja heikomman hyvittämisen periaate saavat sopimusoikeudessa merkitystä, mutta ne ovat poikkeussäännön tai täydentävän oikeusperiaatteen asemassa suhteessa tahdonautonomiaan ja perustellun luottamuksensuojan periaatteisiin.

Prejudikaatit, muu vakiintunut *tuomioistuinkäytäntö* ja muut *oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset*, kuten ylimpien laillisuusvalvojien antamat ja oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevat ratkaisut, toteuttavat ihmisten muodollista oikeusturvaa ja oikeudellista yhdenvertaisuutta perustuslain 6 §:n tarkoittamalla tavalla. Perustuslain 6 § 1 momentissa on asiasta yleissäännös otsikon *Yhdenvertaisuus* alla:

”Ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä.”

Sanotun perustuslainkohdan momenttien käsittämät erityiset syrjintäkiellot tämentävät tätä edelleen. Niinpä perustuslain 6 § 1 momentissa säädetään seuraavasti:

”Ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella.”

Vaatimus muodollisesta oikeusturvasta ja oikeuskäytännön ennakoitavuudesta tarkoittaa, että kansalaisilla on perusteltu oikeus odottaa, etteivät tuomioistuinten ja muut viranomaiset äkillisesti ja ilman perustelua syytä muuta voimassa olevan oikeuden vakiintunutta tulkinta- ja soveltamiskäytäntöä. Oikeuskäytännön ennakoitavuudessa on sittenkin kyse vain *muodollisesta* oikeusturvakäsityksestä, ei aineellisesta oikeudenmukaisuudesta tai ratkaisujen sisällöllisestä hyväksyttävyydestä. Tässä mielessä oikeusvaltioperiaate on oppi määrättyjen juridisten muotojen noudattamisesta ja perusteltujen odotusten kunnioittamisesta lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä. Prejudikaattioikeuden ideaan kuuluu samalla ajatus *ratio decidendi lobiter dicta* -distinktion ajallisesti muuntuvasta ja dynaamisesta luonteesta. Yksittäisen tuomioistuinratkaisun käsittämä prejudikaattinormi ei ole ainakaan tavallisesti kertakaikkisesti ennalta lukkoon lyöty oikeudellinen tulkinta- ja ratkaisuperuste,⁵⁸ vaan *ratio dicta* -jaottelun tarkka kohderajaus jää aina viime kädessä prejudikaattia myöhemmin soveltavan tuomioistuimen harkintavaltaan. Tämä takaa prejudikaattiperustaisen oikeuden dynaamisen ja ajallisesti muuntuvan luonteen, mutta samalla oikeudellinen ennakoitavuus merkittävästi vähenee. Vallitsevan *prejudikaatti-ideologian* määreet, joiden perusteella yksittäisen ennakkoratkaisun sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus myöhemmän tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan määräytyy, ovat tässä avainasemassa.

Prejudikaattioikeuden taustalla vaikuttava justifikaatioperiaate voidaan muotoilla seuraavasti:

Prejudikaatit ja tätä heikommissa mielessä myös muu vakiintunut oikeuskäytäntö velvoittavat tuomaria tämän oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa, koska oikeudellinen yhdenvertaisuus ja perustellun luottamuksen suoja eli kansalaisten muodollinen oikeusturva sitä edellyttävät. Oikeudellinen yhdenvertaisuus on tunnustettu perustuslaissa, joten se saa tukea myös lainsäätäjän tahdon kunnioittamista edellyttävältä parlamentaariselta demokratiaperiaatteelta.

Tavanomaisen oikeuden taustajustifikaationa on viittaus kaikkiaan neljään edellä mainittuun institutionaaliseen ja ei-institutionaaliseen oikeuttamisperusteeseen: lainsäädännön taustalla vaikuttavaan demokratiaperiaatteeseen, prejudikaattioikeuden ilmentämään oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustel-

⁵⁸ *Otsikkopositivismista* sekä lainsäädäntöä jäljittelevästä prejudikaatti-ideologiasta, jotka kumpikin pyrkivät rajoittamaan prejudikaatin myöhemmän soveltajan ratkaisuharkintaa, Siltala, ”Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta”, s. 676 ja 682–683.

lun luottamuksen suojan ideaan, oikeussubjektien tunnustettuun tahdonautonomiaan ja osin myös aineelliseen oikeudenmukaisuuteen.

Tavanomaisen oikeuden oikeudellinen ratkaisuarvo on ensinnäkin tunnustettu voimassa olevan oikeudenkäymiskaaren 1:11:ssä, joten tältä osin sen oikeuslähdeopillinen merkitys on palautettavissa demokratiaperiaatteeseen lainsäätäjän selväsanaisen hyväksynnän merkityksessä. Tavanomaisoikeudellisilta käytännöiltä edellytetään jo määritelmällisesti yhteisöllistä vakiintuneisuutta, mikä liittyy ne prejudikaattiperustaisen oikeuden ja muun oikeuskäytännön taustalla vaikuttavan oikeudellisen ennakoitavuuden ja perustellun luottamuksen suojan yhteyteen. Tavanomaisoikeudelliset käytännöt voidaan myös nähdä oikeudenalakohtaisina hiljaisina tai, harvemmin, selväsanaisina sopimuksina sanotun yhteisöllisen käytännön eri osapuolten kesken, joten niissä on aineksia myös oikeussubjektien yksityisoikeudellisen tahdonautonomian kunnioittamisen periaatteesta. Lisäksi tavanomaisen oikeuden käytäntöjen on lain mukaan oltava sisällöllisesti hyväksyttäviä, joten ne toteuttavat myös aineellista oikeudenmukaisuutta eli kansalaisten sisällöllistä oikeusturvaodotusta. Sitä vastoin viittaus oikeuden pakottavuuden perustuvaan suvereniteettiperiaatteeseen ei ole tarpeen tavanomaisoikeudellisten käytäntöjen perustelemiseksi. Oikeussubjektien sopimusoikeudellisen tahdonautonomian kunnioittaminen sekä oikeudellista ennakoitavuutta korostava oikeudellisen yhdenvertaisuuden idea ja perustellun luottamuksen suoja ovat suhteellisesti vahvimmat justifikaatioperusteet tavanomaisen oikeuden taustalla.

Tavanomainen oikeus ja vakiintuneet sopimusoikeudelliset vastuunjako- ja muut yhteisölliset käytännöt velvoittavat tuomaria tämän oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa, koska oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittaminen, oikeudellinen ennakoitavuus ja perustellun luottamuksen suoja, parlamentaarinen demokratiaperiaate sekä aineellinen yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus sitä edellyttävät.

Kokoavasti oikeusvaltioperiaate siis edellyttää, että tuomari noudattaa: (a) *parlamentaarisen demokratiaperiaatteen* eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen ja kansanvaltaisuuden perusteella voimassa olevaa perustuslakia ja sen nojalla voimaansaatettua muuta lainsäädäntöä sekä, tätä heikommassa merkityksessä, virallista lainvalmisteluaineistoa, (b) *oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan* perusteella kansallisten tuomioistuinten asettamia prejudikaatteja, muuta vakiintunutta oikeuskäytäntöä, muita oikeudenkäyttöä yhtenäistäviä viranomaispäätöksiä, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmeneviä yleisiä oikeusohjeita sekä riittävän yhtenäistä ja vakiintunutta yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä, ja (c) oikeussubjektien *tahdonautonomian ja perustellun luottamuksen suojan* kunnioittamisen perusteella yksityisoikeudellisia sopimuksia ja tavanomaisoikeudellisesti vakiintuneita yhteisöllisiä käytäntöjä. Oikeusvaltioperiaate on

institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden oikeuttamisperiaatteista merkittävin. Suvereniteettiperiaate ja aineellinen yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus ovat sen vaihtoehdot oikeudellisen päätöksenteon yhteiskuntaideologisina taustapremisseinä.

Oikeusvaltioperiaate voidaan tulkita myös *institutionaalisen tulkintaideologian* eli vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen prejudikaatti- ja muun tuomarinideologian sekä yhteisöllisen oikeuskäsityksen yhteisnimitykseksi.

16.3.3 Suvereniteettiperiaate EU-oikeudessa

Kansallisen prejudikaattioikeuden rinnalle on tullut 1990-luvulla kaksi ylikansallista normistoa, joiden oikeuslähdeopillinen merkitys on rinnastettavissa yhtäältä lainsäädäntöön ja toisaalta prejudikaattiperustaiseen oikeuteen: *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamista ratkaisuksista yleistettävissä olevat oikeusohjeet* ovat myös suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa keskeisesti ohjaavaa oikeuslähteistöä, jos ja vain jos ne ovat rakenteistuneet osaksi yhtenäistä ja vakiintunutta *yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä*.⁵⁹ Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö viittaa *oikeudelliseen dialogiin* eli vuoropuheluun, jota yhtäältä kansalliset tuomioistuimet ja muut viranomaiset sekä toisaalta Luxemburgissa istuntonsa pitävä Euroopan yhteisöjen tuomioistuin ja Strasbourgissa kokoontuva Euroopan ihmisoikeustuomioistuin käyvät Euroopan unionin oikeuden ja Euroopan ihmisoikeuksien yleissopimuksen tulkinnasta. Lähtökohtaisena institutionaalisenä oikeuttamisperusteena on, niin kuin lainsäädännössä ja prejudikaattiperustaisessa oikeudessa yleisestikin, yhtäältä parlamentaarinen demokratiaperiaate sekä toisaalta oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suoja.

Eurooppaoikeudellisen *yhtenäistulkinnan* idean perusteella yhteisöoikeuden soveltamisalue käsittää koko Euroopan unionin maantieteellisen alueen. Oikeuskirjallisuudessa on ollut tapana puhua yhteisöoikeudellisten normien *välillisestä* eli *tulkintavaikutuksesta* viitaten eurooppaoikeudellisten normien kansallista oikeudenkäyttöä yhtenäistävään ja ohjaavaan vaikutukseen, ei yhtenäistulkinnasta, jota termiä siis itse käytän.⁶⁰ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on hyväk-

⁵⁹ Korkeimman oikeuden emerituspresidentti Olavi Heinonen huomautti sattuvasti Helsingin Sanomien haastattelussa 6. joulukuuta 2001, miten jokaisesta suomalaisesta tuomarista tuli myös ihmisoikeustuomari ja EU-tuomari Suomen liittyttyä Euroopan ihmisoikeussopimukseen sekä Euroopan yhteisön jäseneksi 1990-luvulla. Heinonen, ”KKO:n Heinonen varoittaa tuomaripulasta lähivuosina”, *in fine*. Samoin Heinonen, ”Korkeimman oikeuden rooli muuttuvassa ympäristössä”.

⁶⁰ Sacha Prechal on puhunut *johdonmukaisesta* tulkinnasta (engl.: *consistent interpretation*). Prechal, *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, s. 200–245.

synyt sanotun opin muun muassa ratkaisussaan *von Colson* (14/83), jonka mukaan yhteisöoikeuden direktiivien tulkinnan tulee olla yhdenmukainen Euroopan unionin eri jäsenmaissa ja näiden tuomioistuimissa.⁶¹ Samansuuntainen vaikutus on myös Euroopan unionin perustamissopimuksen 10 artiklan (eli entisen 5 artiklan) käsittämällä yleisellä lojaliteettivelvoitteella.⁶² Sinänsä jo Euroopan unionin perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen soveltama *ennakkoratkaisumenettely* sekä sitä tukeva *acte clair* ja *acte éclairé* -oppi perustuvat keskeisesti ajatukseen EU-oikeuden normien yhdenmukaisesta ja yhtenäisestä tulkinnasta koko Euroopan unionin alueella. Myös Euroopan ihmisoikeussopimus ja sille Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä annettu tulkinta perustuvat ajatukselle ihmis-oikeuksien universaalista tai vähintäänkin yleiseurooppalaisesta vähimmäis-standardista, jota Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden sopimusvaltioiden tulee asianmukaisesti noudattaa.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on ottanut aktiivisen eli 'lainsäätäjän roolin' periaatteellisesti erittäin merkittävien ja kauaskantoisten oikeuskysymysten ratkaisijana, jotka perinteisen mannereurooppalaisen ja pohjoismaisen valtiosääntöoikeudellisen oikeustradition valossa kuuluisivat pikemminkin lainsäätäjän kuin tuomioistuinten asialliseen toimivaltaan.⁶³ Tältä osin oikeudellinen yhdenvertaisuus, ennakoitavuus ja perustellun luottamuksen suoja eivät voi toimia EU-oikeudellisen ratkaisukäytännön institutionaalisena taustajustificaatina, koska sanotut ratkaisut ovat merkinneet pikemminkin oikeudellista yllätyksellisyyttä ja ennakoimattomuutta kuin oikeudellista jatkuvuutta ja ennakoitavuutta, eikä se saa tukea myöskään parlamentaarista demokratiaperiaattees-ta, koska kyse ei ole päätöksistä, joihin parlamentaarinen kontrolli voisi yltää. Periaatteellisesti erittäin merkittäviä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tekemiä ratkaisuja ovat esimerkiksi oppi yhteisöoikeuden oikeuslähdeopillisesta etusijasta kansalliseen oikeuteen ja jopa kansalliseen perustuslakiin nähden (*Costa v. ENEL* 6/64, yms.), oppi yhteisön direktiivien välittömästä vaikutuk-

⁶¹ "... the Member States' obligation arising from a directive to achieve the result envisaged by the directive and their duty under Article 5 of the Treaty to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfilment of that obligation, is binding on all authorities of Member States including, for matters within their jurisdiction, the courts. It follows that, in applying the national law and in particular the provisions of national law specifically introduced in order to implement Directive no. 76/207, national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in the third paragraph of Article 189." Prechal, *Directives in European Community Law*, s. 200.

⁶² Joutsamo *et al.*, *Eurooppaoikeus*, s. 310.

⁶³ Vastakkaisia kantoja edustavat oikeuskirjallisuudessa yhtäältä kehitykseen kriittisesti suhtautunut Hjalte Rasmussen ja siihen myönteisemmin suhtautunut Mauro Cappelletti. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policy-making*, *passim*; Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, s. 384–401.

sesta (*Marleasing* C-106/89, yms.) sekä oppi jäsenvaltion vahingonkorvausvastuusta tilanteessa, jossa EU:n asettamaa direktiiviä ei ole asianmukaisesti saatettu kansallisesti voimaan (*Francovich* C-6/90 & C-9/90, yms.).

Siltä osin kuin parlamentaarinen demokratiaperiaate tai oikeudellisen yhdenvertaisuus ja perustellun luottamuksen suoja eivät kykene tarjoamaan yhteisöoikeudelliselle lainsäädännölle tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön palautuville yleisille oikeusohjeille riittävää institutionaalista oikeutusta, sen institutionaalisenä justifikaatioperusteena voi olla vain jäännösperiaatteen tavoin toimiva *suvereniteettiperiaate*. Oikeudellinen ja hallinnollinen suvereniteettiperiaate viittaa tässä (lähinnä) muille Euroopan unionin toimielimille kuin Euroopan unionin parlamentille delegoituun lainsäädäntö- ja tuomiovaltaan ja vastaaviin oikeudellisen toimivallan kavennuksiin Suomen kansallisen lainsäätäjän sekä kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten oikeudellisessa toimivallassa. Puhtaasti kansallisesta näkökulmasta arvioituna myös Euroopan unionin parlamentin päätöksentekoa saattaa sen vahvasti monikansallisen luonteen vuoksi rasittaa eräänlainen demokratiavaje, vaikka europarlamentin edustajat onkin sinänsä valittu demokraattista menettelyä noudattaen, jos yksittäistä jäsenvaltiota ja oikeusjärjestystä edustavien, kansallisesti valittujen edustajien vaikutusvalta jää siinä kovin vähäiseksi tai marginaaliseksi.

Suvereniteettiperiaate perustelee ylimmän vallanpitäjän antamien määräysten viime kädessä itsetarkoituksellisen tai, ehkä oikeammin, taloudellisiin ja poliittisiin realiteetteihin palautettavissa olevan pakottavuuden ilman, että sanotunlainen lainsäädäntö tai oikeudellinen ratkaisukäytäntö voisi tukeutua parlamentaariseen demokratiaperiaatteeseen tai oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksensuojan periaatteeseen sen institutionaalisen (tai yhteisöllisen) justifikaation merkityksessä. Suvereniteettiperiaatteen ilmentyminä voivat olla esimerkiksi Euroopan unionin *hallinnollinen tehokkuus*, oikeudellisen sääntelyn *vaikuttavuus* unionin alueella, mitä eurooppaoikeuden etusijaa kansalliseen oikeuteen nähden korostavat Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamat tuomioistuinratkaisut pyrkivät osaltaan edistämään, *taloudellinen ja hallinnollinen kustannustehokkuus* sekä erilaisten institutionaalisten reunaehtojen rajaamien rahoitus-, tuotanto- ja vaihdantamarkkinoiden tehokas toimivuus Euroopan unionin talousalueella.

Euroopan unionin demokratiavajetta on yritetty vähentää vetoamalla yhteisen Euroopan ideaan, 'kansalaisten Eurooppaan' ja (yleis)eurooppalaiseen identiteettiin sekä Euroopan unionin laajentumis- ja liittovaltiokehitykseen, jota yhteinen raha, yhteiset kulttuurihankkeet ja syvenevä puolustusyhteistyö ilmentävät. Parlamentaarisen demokratiaperiaatteen kaltaista legitimaatiota ja vallankäytön 'läpinäkyvyyttä' ne eivät kuitenkaan pysty EU:n lainsäädännölle tai tuomioistuin- ja viranomaisratkaisuille tarjoamaan. Samoin toissijaisuus- eli läheisyysperiaate on pyrkinyt avaamaan eurooppaoikeudellista sääntelyä kansallisesti tai paikallisesti tulkitulle demokratiaperiaatteelle sekä paikalliselle

oikeudelliselle ja poliittiselle tahdonmuodostukselle. Ehdotettu eli EU-tasolla kesällä 2004 allekirjoitettu mutta tätä kirjoittaessani (kesällä 2004) ei vielä kansallisesti hyväksytty Euroopan unionin perustuslaillinen sopimus merkitsee myös keskeisiä muutoksia EU:n institutionaaliseen rakenteeseen ja oikeuttamisperustaan (jos se tulee asianmukaisesti voimaan), mikä vähentää EU:n institutionaalisen demokratiavajeen ja sitä täyttävän suvereniteettiperiaatteen merkitystä.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden velvoittavuus perustuu osin oikeudelliseen yhdenvertaisuuteen ja perustellun luottamuksen suojaan, jonka kohdemääränä ovat nyt Euroopan ihmisoikeussopimuksen suojaamat erityiset ihmisoikeudet tai, täsmällisemmin ilmaisten, niiden vähimmäistaso, ja osin myös pakottavaan suvereniteettiperiaatteeseen, koska ihmisoikeuksien ylikansallinen valvontajärjestelmä rajoittaa osaltaan Suomen kansallista suvereniteettia parlamentaarin lainsäädäntövallalle ja tuomioistuinten lainkäyttövallalle asetettujen päätösvalan rajoitusten myötä. Asiallisesti on tietenkin kyse myös perustavan *aineellisen oikeudenmukaisuuden* toteuttamisesta universaalien tai ainakin yleiseurooppalaisen ihmisoikeuksien vähimmäisstandardin tarkoittamalla tavalla, jollaista sääntelyideologiaa myös Suomen voimassa olevan perustuslain perusoikeussäännökset osaltaan ilmentävät. Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen sisällöllinen liittyminen universaaleihin tai vähintäänkin yleiseurooppalaisella tasolla määriteltyihin ihmisoikeuksiin ja yhteisölliseen hyväksyntään korvaa mahdollisen vajeen sanottujen ratkaisujen institutionaalisessa tai yhteisöllisessä tuessa, jos ja kun ratkaisut koetaan niiden eurooppalaisessa kohderyhmässä hyväksyttäväksi ja perustelluiksi.

16.3.4 Aineelliset oikeuttamisperusteet

Aineelliset oikeusperiaatteet, reaaliset argumentit eli oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ottaminen tulkinnassa huomioon sekä muut sisällölliset ratkaisuperusteet ilmentävät eri tavoin kansalaisten aineellista eli ratkaisun sisällölliseen hyväksyttävyyteen ja kohtuullisuuteen kohdistuvaa oikeusturvaodotusta. Oikeusperiaatteet ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit, joilla on Ronald Dworkinin tarkoittamalla tavalla sisällöllisen painoarvon tai tärkeyden ulottuvuus,⁶⁴ välittävät oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsitelmiä arvoja ja tavoitteita osaksi voimassa olevaa oikeutta. Niillä on, toisin kuin oikeussäännöillä, sisällöllinen ulottuvuus, jota vaatimus yhteisöllisestä hyväksynnästä ja tärkeydestä ilmentää.

⁶⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 26: "Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance."

Reaaliset argumentit kiinnittyvät oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa oleviin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin. Reaalisten argumenttien ja muiden ei-institutionaalisten ratkaisuperusteiden, kuten institutionaalista tukea vailla olevien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden, lainopin tuottamien oikeudellisten tulkintalauseiden tai yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä irrallisten oikeusvertailevien tulkintaperusteiden, oikeudellinen ratkaisuarvo eli merkitys tuomarın tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavina tulkinta- ja ratkaisuperusteina on olennaisesti heikompi kuin institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden, koska ne eivät saa tukea oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta institutionaalisen tulkintaideologian ja sen käsittämien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden tavoin.

Muista mahdollisista oikeuslähteistä *lainopillinen oikeuskirjallisuus* on epäitsenäinen oikeudellinen tulkinta- ja ratkaisuperuste suhteessa muihin oikeuslähteisiin. Sen tehtävänä on tuottaa voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä oikeudellisia tulkintalauseita, jotka on perusteltu käsitteellisten, institutionaalisten, yhteisöllisten tai aineellisten oikeuslähteiden ja niitä vastaavien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden avulla. Lainopin tulkintalauseet voivat perustua joko vallitsevan lainsäädäntöideologian, tuomarınideologian tai yhteisöllisen oikeuskäsityksen mukaiseen käsitykseen voimassa olevasta oikeudesta, jolloin kyse on edellä esitetyn valossa institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutuneesta* lainopista. Toisaalta *kriittisen* lainopin oikeudelliset tulkintalauseet irtautuvat vallitsevasta institutionaalisesta validiteetti- ja tulkintakriteeristä ja pyrkivät sen sijaan toteuttamaan tutkijan itsensä tai jonkin määrätyn yhteiskuntaryhmän preferoimaa oikeus- ja yhteiskuntaideologiaa esimerkiksi marxilaisen tai feministisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen merkityksessä, jolloin kyse on vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tutkimuksellisesta tiedonintressistä.

Lainopin hyödyntämät tulkintaperusteet viittaavat sekä sitoutuneen että kriittisen lainopin osalta muihin, joko institutionaalisiin, yhteisöllisiin, aineellisiin tai käsitteellisiin perusteisiin, eikä lainopilla ole enää itsenäisen ja omaehtoisen oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen asemaa. Roomalaisen oikeuden sitaattilakien ja vahvasti auktoriteettiperustaisen, itse itsensä oikeuttavan lainopin aika on peruuttamattomasti mennyttä. Kun lainopin tuottaman oikeudellisen tulkintalauseen perusteluna on viittaus voimassa olevaan lainsäädäntöön tai viralliseen lainvalmisteluaineistoon, tulkinnan institutionaalisena taustapremissinä on parlamentaarinen demokratiaperiaate eli lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen. Kun lainopin tuottaman tulkintalauseen perusteluna on viittaus prejuddikaattiperustaiseen oikeuteen, vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön, muuhun oikeudellista yhtenäisyyttä luovaan viranomaiskäytäntöön, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmeneviin yleisiin oikeusohjeisiin tai yhtenäiseen ja vakiintuneeseen yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön, tulkinnan institutionaalisena taustaoletuksena on si-

toutuminen oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan periaatteeseen. Kun lainopin tutkija viittaa oikeudellisen tulkintalauseen perusteluna vakiintuneeseen tavanomaisoikeudelliseen sopimus- tai muuhun yhteisölliseen käytäntöön, tulkinnan institutionaalisena ja yhteisöllisenä taustaoletuksena on ajatus vakiintuneiden yhteisöllisten käytäntöjen taustalla vaikuttavista justifikaatioperusteista.

Kun lainopin tutkija viittaa oikeudellisen tulkintalauseen perusteluna institutionaalsiin oikeussääntöihin ja yhteisöllisiin oikeusperiaatteisiin, hän on samalla sitoutunut vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian mukaiseen oikeuden loogiseen konstituutioon, edellytettyyn ontologiaan ja rakenteelliseen aksiologiaan. Lainopin tuottaman oikeudellisen tulkintalauseen tueksi esitetty viittaus muuhun lainopilliseen kirjallisuuteen noudattaa oikeudellisen päättelyn *metatasolla* vastaavaa avointa justifikaatiologiikkaa, jonka sisältö määräytyy kulloinkin kyseeseen tulevan oikeuslähteen tai oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen mukaan.

16.4 OIKEUSLÄHDEOPIN INSTITUTIONAALISET JA YHTEISÖLLISET OIKEUTTAMISPERIAATTEET SEKÄ OIKEUDELLINEN TULKINTAIDEOLOGIA

Oikeuslähdeopin taustalla vaikuttavat institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuttamisperiaatteet kiinnittävät institutionaalisten oikeussääntöjen ja yhteisöllisten oikeusperiaatteiden oikeudellisen ratkaisuarvon eli velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian ja sitä vastaavan oikeudellisen *metateorian* tarkoittamalla tavalla oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Vaikka lainsäädännöllä ja parlamentaarisella demokratiaperiaatteella on edelleen keskeisin asema suomalaisen yhteiskunnan institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa määrittelevänä oikeuslähteenä, viime vuosikymmeninä myös Suomen oikeudessa on tapahtunut selvä siirtymä perinteisestä lainsäädäntökeskeisestä oikeuskäsityksestä kohden vahvemmin *prejudikaattiperustaista* käsitystä oikeudesta, kun Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä käsitykseni mukaan myös riittävän yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö ovat saaneet merkitystä myös suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Tämä on asettanut uudenlaiset vaatimukset voimassa olevan oikeuden tulkinnalle, sillä prejudikaatit ja muut yksittäisiin tuomioistuinratkaisuihin perustuvat yleiset oikeusohjeet edellyttävät varsin erilaista *oikeudellista lukutaitoa* kuin perinteinen säädännäisen oikeuden tulkinta.⁶⁵

⁶⁵ Siltala, *A Theory of Precedent, passim*; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 343–357; sama, ”Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta”.

Prejudikaattiperustainen oikeus perustuu vertailuun kahden eri oikeustapauksen ja niiden käsittämän oikeusohjeen kesken. Keskeistä on prejudikaatista johdettavissa olevan yleisen oikeusohjeen eli varsinaisen prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*) erottaminen sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) sanotussa ratkaisussa sekä prejudikaattinormin soveltaminen käsillä olevaan uuteen tosiseikastoon. Kyse ei siis ole lainsäätäjän asettaman yleisen oikeusnormin soveltamisesta käsillä olevaan tosiseikastoon, vaan tuomioistuinten luoma eli prejudikaattiperustainen oikeus on aina tapauskohtaista oikeutta. Lisäksi yhteisöllisellä oikeuskäsityksellä on edelleen oikeuslähde- ja tulkintaopillista merkitystä etenkin siltä osin kuin lainsäädäntö tai vakiintunut oikeuskäytäntö eivät ole jotain oikeuskysymystä riittävällä tavalla oikeudellisesti normittaneet, eikä tavanomaisessa oikeudessa ole kyse pelkästään historiallisesta jäänteestä positiivisen oikeuden järjestelmässä.⁶⁶

Aidosti tilannesidonnaiseen oikeudelliseen ratkaisuharkintaan perustuvan oikeuslähdeopin edellyttämät muutokset eli eräänlaiset *jäähyväiset Kelsenille* siinä kolmitahoisessa merkityksessä, että Hans Kelsenin muodollinen normihierarkia, H.L.A. Hartin oikeussäännön muodolliseen validiteettiin kiinnittyvä oikeuden tunnistamissääntö sekä Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin staatinen oikeuslähdeoppi voitaisiin Juha Karhun *presumptiivisen kontekstualismin* tarkoittamalla tavalla hylätä ja siirtää oikeushistorian marginaaleihin,⁶⁷ antaisi virheellisen kuvan Suomen voimassa olevan oikeuden käsittämistä säännöistä ja periaatteista, niiden toteuttamasta oikeudellisesta sääntely- ja ratkaisulogiikasta sekä oikeuden vallitsevasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä metakontekstista. *Dynaamista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa* noudattavien oikeuslähteiden – kansallisen prejudikaattiperustaisen oikeuden, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden, yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön sekä erilaisten aineellisten oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien – lisääntyneen oikeudellisen ratkaisuarvon jälkeenkin suomalaisen tuomarin sekä institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen lainopin tutkijan oikeuslähdeopin runkona on parlamentaarisen lainsäädännön ja vastaavien institutionaalisten oikeuslähteiden velvoittavuus, jonka lomaan erilaiset dynaamiset, lainsäädäntöä vahvemmin tilannesidonnaiset oikeuslähteet asettuvat.

Juha Karhun (ent. Pöyhösen) oikeuslähdeopin keskeisteesi ”perustellusta lainkäytöstä ilman oikeuslähdeoppia”, missä yhtäältä perusoikeuksien tilannesidonnainen punninta ja toisaalta reaaliset argumentit etenkin oikeuden taloudellisten vaikutusten merkityksessä saavat ehdottoman etusijan tavanomaisiin

⁶⁶ Toisin Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 175; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 272–274.

⁶⁷ Karhu, ”Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi”, *passim*.

institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin nähden,⁶⁸ ei saa tukea oikeuden vallitsevasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta, jossa lainsäädännöllä, prejudikaateilla ja muilla perinteisillä institutionaalisilla ja yhteisöllisillä oikeuslähteillä on edelleen keskeinen sija. Aarnion ja Peczenikin hahmottelema staattinen ja suljettu oikeuslähdeopin jäsennys ei kuitenkaan enää yksin riitä. Dynaamiset oikeuslähteet, kuten Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö, edellyttävät kuitenkin varsin toisenlaista oikeuslähde- ja tulkintaopin mallinnusta kuin säädännäinen oikeus. Tältä osin tuomarin oikeudellinen ratkaisuharkinta rinnastuu yhtäältä *common law* -oikeuden hyödyntämiin prejudikaatti-ideologioihin ja toisaalta Ronald Dworkinin keskeisajatuksen institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisesta punninnasta ja keskinäisestä tasapainottamisesta.

16.5 SUOMEN VOIMASSA OLEVAN OIKEUDEN TUNNISTAMISSÄÄNTÖ

Suomen voimassa olevan oikeuden tunnistamissääntö käsittää viittauksen seuraaviin *institutionaalsiin* ja *yhteisöllisiin* oikeuslähteisiin, joista tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovat, velvoittavat tai ohjaavat oikeudelliset ratkaisuperusteet eli institutionaalsiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet ovat oikeusyhteisössä sovellettavien oikeudellisten päättelymallien edellyttämällä tavalla johdettavissa.⁶⁹

- (1) *EU-lainsäädäntö* eli Euroopan yhteisön perustamissopimus (eli Rooman sopimus) myöhempien muutoksineen ja lisäyksineen⁷⁰ sekä Euroopan unionin toimielinten perustamissopimuksen valtuuttamana antamat asetukset (engl.: *regulations*), direktiivit ja oikeusohjeitaan yleistettävissä olevat yksittäiset päätökset,
- (2) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet*,
- (3) *Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet*,

⁶⁸ Karhu, ”Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi”, s. 803–807.

⁶⁹ Olen käsitellyt suomalaisen tuomarin institutionaalista oikeuslähdeoppia ja sen teoreettisia perusteita myös teoksessani Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 189–323.

⁷⁰ Näitä ovat siis *Yhtenäisasiakirja* (engl.: *Single European Act*; allekirjoitettu ja tuli voimaan 1987), *Maastrichtin sopimus* (allekirjoitettu 1992 ja tuli voimaan 1993), *Amsterdamin sopimus* (allekirjoitettu 1997 ja tuli voimaan 1999), *Nizzan sopimus* (allekirjoitettu 2001 ja tuli voimaan 2003) sekä *Euroopan unionin perustuslaillinen sopimus* (allekirjoitettu 2004).

- (4) *kansallinen lainsäädäntö* voimassa olevasta perustuslaista normihierarkkisesti alemman asteisiin säädöksiin kuten tasavallan presidentin, valtioneuvoston ja yksittäisen ministeriön antamiin asetuksiin ja sitä alempiin hallinnollisiin säädöksiin,
- (5) *sopimusperustainen oikeus*,
- (6) *tavanomainen oikeus* eli vakiintunut yhteisöllinen käytäntö, jollei eurooppaoikeudellista tai kansallista lainsäädäntöä tahi vakiintunutta oikeuskäytäntöä ole käytettävissä,
- (7) *kansalliset prejudikaatit* eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ja mahdollisesti muiden tuomioistuinten antamat ratkaisut, joiden käsittämä oikeusohje on yleistettävissä myös muihin vastaaviin tapauksiin,
- (8) *muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset*,
- (9) *lainvalmisteluaineisto* ja
- (10) *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö*.

Myös aineelliset oikeuslähteet saattavat vaikuttaa tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, kuten *lainopillinen oikeuskirjallisuus*, *oikeusvertailevat*, *oikeushistorialliset* tai *oikeuslingvistiset* tulkintaperusteet sekä *reaaliset argumentit* esimerkiksi oikeuden taloudellisten tai muunlaisten ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten merkityksessä. Aineellisten tulkintaperusteiden alaa ei ole ennalta mitenkään rajattu. Etenkin erilaisten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden eriasteinen *rakenteistuminen* eli kiinnittyminen Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan niiden oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttiman *institutionaalisen tuen* ja *yhteisöllisen hyväksynnän* merkityksessä määrittää niiden oikeudellista ratkaisuarvoa. Täsmennyneemmin ilmaisten suomalaista tuomaria tai muuta institutionaalista lainsoveltaa jaa velvoittava oikeuslähdeoppi käsittää seuraavanlaiset ratkaisuperusteet.

A. *Velvoittavat oikeuslähteet* ovat institutionaalisia ja yhteisöllisiä oikeuslähteitä, jotka ovat vahvasti rakenteistuneet Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, tukeutuvat vallitsevan oikeudellisen metateorian valossa keskeiseen institutionaaliseen tai yhteisölliseen oikeuttamisperusteeseen, kuten oikeusvaltioperiaatteen erilaisiin ilmentymiin, ja joiden oikeudellisen sääntöformaalisuuden aste eli oikeudellinen ratkaisuarvo irrotettuna niiden taustalla vaikuttavista tai vaikuttaneista yhteiskunnallisista arvo- tai tavoiteperusteista on tavallisesti korkea:

- (1) *EU-lainsäädäntö* eli Euroopan yhteisön perustamissopimus (eli Rooman sopimus) myöhempien lisäyksineen ja muutoksineen sekä Euroopan unionin toimielinten oikeudellisen toimivaltansa rajoissa antamat asetukset, direktiivit ja oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevat yksittäiset päätökset,
- (2) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet*, joiden mer-

kitys suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa rinnastuu EU-lainsäädäntöön, kansalliseen perustuslakiin tai vähintäänkin kansalliseen lainsäädäntöön ja saattaa kollisiotilanteessa mennä jopa kansallisen perustuslain edelle, jolloin on Euroopan yhteisön osalta tavallisesti kyse vahvasti valtiosääntöoikeudellisten tai vastaavien kysymysten normittamisesta ja ihmisoikeusnormiston osalta keskeisten ihmisoikeuksien suojan määrittelystä, kuten esimerkiksi:

- oppi yhteisöoikeuden jäsenvaltojen yksilöille luomista välittömästä vaikutuksesta (*Van Gend en Loos*, 26/62)
 - oppi jäsenvaltion vahingonkorvausvastuusta tilanteesta, jossa yhteisön direktiiviä ei ole saatettu asianmukaisesti kansallisesti voimaan (*Francovich*, C-6 & 9/90)
 - EU-oikeuden *ensisijaisuus*- eli *etusijaperiaate*: yhteisöoikeuden normin ja kansallisen oikeuden normin keskinäisessä ristiriitatilanteessa on sovellettava ensisijaisesti Euroopan unionin oikeussääntöjä, jolloin kansallisen oikeuden säännöt väistyvät EU-oikeuden tieltä (*Costa v. ENEL*, 6/64 ja *Simmenthal II* 106/77)
 - Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen periaatteellisesti erittäin tärkeät ratkaisut esimerkiksi ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan tarkoittaman oikeudenmukaisen ja puolueettoman oikeudenkäynnin järjestämisestä
- (3) *kansallinen lainsäädäntö* eli voimassa oleva perustuslaki, tavallista tai vaikeutettua lainsäädäntömenettelyä noudattaen säädetyt eduskuntalait,⁷¹ tasavallan presidentin, valtioneuvoston ja yksittäisten ministeriöiden antamat asetukset ja päätökset sekä sitä alemman asteiset hallinnolliset säädökset aina kunnallisen tason säädöksiin ja päätöksiin asti,
- (4) *tavanomainen oikeus*, jollei eurooppaoikeudellista tai kansallista lainsäädäntöä tai vakiintunutta eurooppaoikeudellista tai kansallista oikeuskäytäntöä ole, ja
- (5) *sopimusperustainen oikeus*.

Kansallinen lainsäädäntö on suomalaisen tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa velvoittavana oikeuslähteenä varsin ongelmaton tapaus, sillä se on kiinnittynyt vahvasti Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan ja sen oikeuslähteopillinen asema on täysin vakiintunut ja yleisesti hyväksytty. Valtioapäiville kokoontuneen eduskunnan säätämät lait sekä alemmanasteiset säädökset voidaan myös sovittaa ongelmitta yhteen Kelsenin ja Merklin muodollisen oikeusnormihierarkian, Hartin formaalin oikeuden tunnistamissäännön sekä Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähteopin kanssa. Samoin Suomen voimassa oleva oikeus tunnustaa sopimusperustaisen oikeuden sekä tavanomaisen oikeuden velvoit-

⁷¹ Esimerkiksi kirkkolain muuttaminen edellyttää voimassa olevan perustuslain 76 §:n lakiviitauksen mukaan kirkolliskokouksen aloitteen.

tavuuden. Lainsäädäntö ilmentää *institutionaalista* käsitystä oikeudesta vallitsevan lainsäädäntöideologian merkityksessä, kun taas tavanomainen oikeus ja sopimusperustainen oikeus ilmentävät *yhteisöllistä* oikeuskäsitystä. Kansallinen lainsäädäntö, tavanomainen oikeus ja sopimusperustainen oikeus toteuttavat samalla pohjoismaalaisittain tulkittua *oikeusvaltioperiaatetta* yhtäältä parlamentaarisen demokraatiaperiaatteen eli lainsäätäjän tahdon (= lainsäädäntö) sekä toisaalta oikeussubjektien tahdonautonomian ja perustellun luottamuksen suojan (= sopimusperustainen oikeus, tavanomainen oikeus) kunnioittamisen merkityksessä.

EU-lainsäädännön oikeuslähdeopillinen asema tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana tulkinta- ja ratkaisuperusteena on sekin riidaton, vaikka sen institutionaalinen oikeuttamisperuste onkin ainakin toistaiseksi olennaisesti heikompi kuin kansallisen lainsäädännön, koska sen velvoittavuuden perustelemiseksi joudutaan turvautumaan myös itsearvoista hallinnollista tehokkuutta toteuttavaan *suvereniteettiperiaatteeseen* Euroopan unionin lainsäädäntömenettelyä yhä rasittavan institutionaalisen demokratiavajeen peittämiseksi. Euroopan unionin perustuslaillinen sopimus, jos ja kun se tulee ehdotetussa muodossa EU:ssa voimaan, tulee tätä tilannetta muuttamaan unionin vallankäytön parlamentaarista kontrolloitavuutta ja 'läpinäkyvyyttä' lisäävällä tavalla.

Demokratiavaje rasittaa samalla myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin johdettuja yleisiä oikeusohjeita, jotka kuitenkin ovat enemmän tai vähemmän yhtenäisellä ja vakiintuneella tavalla rakenteistuneet Euroopan unionin jäsenmaiden tai ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden maiden kansalliseen oikeuteen. Vasta riittävän yhtenäisen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö Euroopan unionin jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden maiden kansallisen oikeudenkäytön merkityksessä vaikuttaa välillisesti eli oikeusvertailevan argumentin myötävaikutuksella myös suomalaisen tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan. Eräät Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamat periaatteellisesti erittäin merkittävät linjaratkaisut, jollaisia ovat esimerkiksi *Van Gend en Loos* (26/62), *Francovich* (C-6 & 9/90), *Costa v. ENEL* (6/64) sekä *Simmenthal II* (106/77), ja niistä johdetut yleiset oikeusohjeet ovat kiistatta myös suomalaista tuomaria velvoittava oikeuslähde, jonka oikeudellinen ratkaisuarvo rinnastuu kansalliseen perustuslakiin ja joka saattaa EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden keskinäisessä kollisiotilanteessa jopa mennä kansallisen perustuslain edelle sanottujen oikeusohjeiden yhtenäisessä ja vakiintuneessa yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä nauttivan institutionaalisen tuen sekä Suomen ylikansallisten sopimusvelvoitteiden perusteella.⁷² Institutionaali-

⁷² EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden suhteesta ja etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden oikeudellisesta ratkaisuarvosta, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 261–265, 284–296; yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä, Siltala, mts. 274–276; kokoavasti suomalaisen tuomarin oikeuslähdeopista, Siltala, mts. 778–783.

nen suvereniteettiperiaate kattaa vajeen, jonka täyttämiseen parlamentaarinen demokratiaperiaate tai oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan periaate eivät riitä.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sitä tulkitsevan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen taustalla voi nähdä myös pyrkimyksen perustellun luottamuksen suojan sekä aineellisen oikeudenmukaisuuden toteuttamiseen sisällöllisten ihmisoikeuksien tosiasiallisen suojaamisen merkityksessä, ja saman argumentin voi esittää myös Euroopan unionin perustamissopimuksesta sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä. EU-oikeuden taustalla vain on alun perin ensisijaisesti taloudellisia ja sittemmin myös esimerkiksi sosiaalisia ja ekologisia arvoja painottava yhteiskuntaideologia ja yhtenäisen eurooppalaisen oikeusalueen idea esimerkiksi ihmisoikeuksien lähtökohtaisen ensisijaisuuden sijaan. Sanotunlaiset yhteiskuntaideologiset tavoitteet ovat *ra-kenteistuneet* yhtäältä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen toteuttamaan ihmisoikeuksien oikeudelliseen suojaan ja toisaalta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen vahvistamaan EU-oikeuden tulkintaan.

On toki edelleen mahdollista puhua *velvoittavista* oikeuslähteistä,⁷³ kunhan pidämme mielessä, että päättelyn suunta on nyt käänteinen Aarnion ja Peczenikin oikeusläheopin malliin, missä lainsäädännön ja tavanomaisen oikeuden (vahvan) velvoittavuuden takeena oli uppiniskaiseen eli vahvasti velvoittavista oikeuslähteistä poikkeavaan tuomariin kohdistuva sanktiouhka amerikkalais-tuomari O. W. Holmesin pragmatistisen päättelyn ja pahan miehen näkökulman tavoin. Päättely on nyt käänteinen Aarnion ja Peczenikin malliin nähden, koska vaikuttava syy eli oikeuden sanktioperustainen velvoittavuus on nyt vaihtunut yhteiskunnalliseksi *seuraukseksi* eli oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta johdetuksi vaikutukseksi. Lainsäädäntö ei siis velvoita tuomaria ainakaan ensisijaisesti sen vuoksi, että sen sivuuttamisesta on lainsäädännössä itsessään asetettu virallisen moitteen ja tietyn ehdoin virkavirhesanktion uhka, vaan tuo sanktiouhka on seurausta oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa jäsentävästä oikeusvaltiollisesta ja parlamentaarisesta demokratiaperiaatteesta.

Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus, joka saatettiin Suomessa voimaan tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä säädettynä eduskuntalakina, rinnastuu oikeudelliselta velvoittavuudeltaan kansalliseen lainsäädäntöön, koska kyse on Suomen oikeuden näkökulmasta arvioituna 'kertaluonteisesta' sopimusvelvoitteesta, johon ei ole liitetty (esimerkiksi) Euroopan neuvostolle delegoitua kansallista lainsäädäntövaltaa, joskin sanotun sopimuksen tulkinnallinen merkitys-

⁷³ Aarnio ja Peczenik siis puhuvat omassa standardiesityksen aseman saaneessa oikeusläheopin mallissaan *vahvasti velvoittavista* oikeuslähteistä lainsäädäntöön ja tavanomaiseen oikeuteen viitaten sekä *heikosti velvoittavista* oikeuslähteistä lainvalmisteluaineistoa ja tuomioistuin-käytäntöä tarkoittaen.

sisältö kaiken aikaa merkittävästi täsmentyy Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten oikeuskäytännössä. Tämä seikka eli Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten ratkaisukäytäntö ja sen käsittämien yleisten oikeusohjeiden prejudikaattivaikutus suhteessa myös suomalaisen tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan antaa ihmisoikeuksia turvaavalle juridikalle vahvemmin yksittäisiin tuomioistuinratkaisuihin ja prejudikaattiperustaiseen oikeudelliseen sääntely- ja ratkaisulogiikkaan sidotun luonteen.

Euroopan ihmisoikeussopimus ja sen lisäpöytäkirjat on aikanaan sopijavaltioissa hyväksytty ja saatettu ratifioimalla kansallisesti voimaan, eikä uutta sopimusperustaista 'ihmisoikeuslainsäädäntöä' ole mahdollista säätää ilman sopimukseen osallisten valtioiden nimenomaista hyväksyntää esimerkiksi sopimukseen liitettyjen lisäpöytäkirjojen hyväksymisen ja kansallisen voimaansaattamisen muodossa. Euroopan unionin oikeus on sekin saatettu muodollisesti laintasoisella säädöksellä Suomea sitovaksi oikeudeksi. Keskeisenä erona Euroopan ihmisoikeussopimukseen on kuitenkin se, että Rooman sopimus on 'itsetäydenteinen' oikeudellinen järjestely, jolla on delegoitu kansalliseen suvereniteettiin kuuluvaa lainsäädäntövaltaa Euroopan unionin toimielimille eli Euroopan unionin parlamentille, neuvostolle ja komissiolle sekä *de facto* myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle. Perustamissopimusta on useaan otteeseen myöhemmin täydennetty, mikä prosessi tuntuu olevan jatkuvana vireillä. Tällä hetkellä (eli kesällä 2004) Euroopan unionin perustuslaillinen sopimus ja siihen liittyvä perusoikeuskirja ovat jäsenmaiden kansallista hyväksyntää vailla.

Myös EU-oikeus tukeutuu perinteistä kansallista oikeutta vahvemmin Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ratkaisusta ilmeneviin yleisiin oikeusohjeisiin niiden kansallista oikeudenkäyttöä eri tavoin ohjaavan prejudikaattivaikutuksen merkityksessä. Eräät keskeisistä EU-oikeuden opeista ovat syntyneet avoimesti Kelsenin oikeusnormihierarkista poikkeavalla tavalla Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten antamien yksittäisratkaisujen ja niiden prejudikaattivaikutuksen myötä, mikä kanta on sittemmin, tosin merkittävällä viiveellä, saanut myös yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön hyväksynnän EU:n jäsenmaiden kansallisten lainsoveltajien taholta.

B. *Ohjeelliset oikeuslähteet* ovat institutionaalisia tai yhteisöllisiä oikeuslähteitä, jotka ovat rakenteistuneet velvoittavia oikeuslähteitä heikommin Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, tukeutuvat vallitsevan oikeudellisen metateorian perusteella velvoittavia oikeuslähteitä suhteessa heikompaan institutionaaliseen tai yhteisölliseen oikeuttamisperusteeseen ja joiden oikeudellisen sääntöformaalisuus on tavallisesti velvoittavia oikeuslähteitä alhaisempi. Niiden ratkaisuarvo itsenäisenä oikeudellisena ratkaisuperusteena on määritettävissä vain viittaamalla niiden kanssa yhteenkietoutuneisiin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden tavoin:

- (6) *lainvalmisteluaineisto*,
- (7) *kansalliset prejudikaatit* eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ennakkoratkaisut sekä mahdolliset muut tuomioistuinratkaisut, joilla katsotaan olevan ennakkotapausarvoa,
- (8) *muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset*,
- (9) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet*, joiden merkitys suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa ei ole rinnastettavissa kansalliseen perustuslakiin tai vähintäänkin kansalliseen lainsäädäntöön, jolloin on Euroopan unionin oikeuden osalta tavallisesti kyse kilpailu- tai sisämarkkinaoikeudesta tai kansallisten tukien kaltaisista oikeuskysymyksistä ja ihmisoikeusnormiston osalta vähemmän keskeisten ihmisoikeussopimuksen artiklojen tulkinnasta.

Virallinen lainvalmisteluaineisto, korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden antamat prejudikaatit sekä muiden tuomioistuinten tai viranomaisten lainsoveltamisratkaisut, joiden käsittämä oikeusohje on yleistettävissä myös muihin vastaaviin tapauksiin, vaikuttavat tai ainakin saattavat vaikuttaa myöhemmän tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan. Niiden oikeudellinen ratkaisuarvo on tavallisesti heikompi kuin edellä käsiteltyjen institutionaalisten tai yhteisöllisten oikeuslähteiden eli EU-lainsäädännön, kansallisen lainsäädännön, tavanomaisen oikeuden, sopimusperustaisen oikeuden tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien, vahvasti yhtenäiseen ja vakiintuneeseen yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön kiinnittyvien yleisten oikeusohjeiden oikeudellinen ratkaisuarvo. Niiden taustalla vaikuttava institutionaalinen tai yhteisöllinen oikeuttamisperuste on vallitsevan oikeudellisen metateorian valossa heikompi kuin lainsäädännöllä ja vastaavilla institutionaalisilla oikeuslähteillä tai, kuten virallisella lainvalmisteluaineistolla, vain välillisesti parlamentaariseen demokratiaperiaatteeseen kiinnittyvä. Tosin valiokunnan mietinnön perustelut katsotaan eduskunnan työjärjestyksen 64 §:n (17.12.1999/40) mukaan hyväksytyiksi, jollei eduskunta toisin päättä, mikä oikeuttaa niiden rinnastamisen tältä osin tietyin varauksin itse säädöstekstiin. Lisäksi nyt puheena olevien oikeuslähteiden suhteellinen sääntöformaalisuus eli itsenäisyys niiden taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoiteperusteisiin nähden on tavallisesti edellä tarkasteltuja oikeuslähteitä vähäisempi.

Prejudikaateilla eli etenkin ylimpien tuomioistuinten antamilla ennakkoratkaisuille on yleisesti hyväksytty ja vakiintunut asema osana Suomen voimassa olevaa oikeutta konstituivia institutionaalisia oikeuslähteitä, vaikka vallitseva eli tuomioistuinten kollektiivisesti ja otaksuttavasti enemmän tai vähemmän yhtenevällä tavalla sisäistämä *prejudikaatti-ideologia* ja prejudikaattien oikeudellinen 'lukutaito' ei olekaan kovin täsmentynyt.⁷⁴ Ennakkoratkaisujen seuraa-

⁷⁴ Prejudikaatti-ideologian käsitteestä ja yleisesti prejudikaattioikeuden teoreettisista perusteista, Siltala, *A Theory of Precedent*, *passim*.

minen myöhemmässä oikeudenkäytössä ilmentää oikeudellista yhdenvertaisuutta, perusteltua luottamuksen suojaa ja oikeudellista jatkuvuutta toteuttavaa institutionaalista oikeusvaltioperiaatetta, mutta Suomessa vallitsevan oikeudellisen metateorian valossa prejudikaatit ovat ainakin lähtökohtaisesti voimassa olevaa lainsäädäntöä täydentävä oikeuslähde, joka siis on alisteinen parlamentaarista demokratiaperiaatetta ja valtiollista tahtoa toteuttavalle lainsäädännölle.

Prejudikaattiperustaisen oikeuden soveltaminen myöhempään oikeustapaukseen edellyttää varsinaisen prejudikaattinormin erottamista sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista suhteessa käsillä olevan uuden oikeustapauksen ainutkertaiseen oikeudelliseen tulkinta- ja merkityskontekstiin. Tämä on omiaan alentamaan prejudikaattiperustaisen oikeuden sääntöformaalisuutta ja sitoo sen säädannäistä oikeutta kiinteämmin erilaisten yhteiskunnallisten arvo- tai tavoiteperusteiden yhteyteen. Vallitsevan oikeudellisen metateorian valossa yksittäisen prejudikaatin oikeudellinen ratkaisuarvo on tavallisesti vähäisempi kuin yleisen säädöksen, mutta myös vastakkainen tilanne on Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden prejudikaattivaikutuksen kohdalla mahdollinen. Myös muiden viranomaisten, kuten ylimpien laillisuusvalvojien, antamilla ratkaisuihin voi olla myöhempää oikeuskäytäntöä ohjaavaa vaikutusta, jos ratkaisun sisältämä oikeusohje vain on yleistettävissä myös muihin riittävän samankaltaisiin tapauksiin ja jos se saa oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää muista vallitsevista yhteiskunnallisista käytännöistä.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin johdettavissa olevat yleiset oikeusohjeet ovat *dynaaminen* oikeuslähde, jota ei voi sijoittaa vain yhteen oikeuslähteiden velvoittavuuskategoriaan Aarnion ja Peczenikin staattisen ja hierarkkisen oikeuslähdeopin mallin edellyttämällä tavalla. Tietyin ehdoin eurooppaoikeudellinen oikeuskäytäntö voi siis rinnastua kansalliseen perustuslakiin tai jopa mennä sen edelle. Tavallisimmin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden oikeudellinen merkitys on kuitenkin vähäisempi, rinnastuen oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan lähinnä kansallisiin prejudikaatteihin, muihin oikeudenkäyttöä yhtenäistäviin viranomaispäätöksiin ja lainvalmisteluaineistoon. Keskeistä on tarkasteltavana olevien ratkaisujen suhde yhtenäiseen ja vakiintuneeseen yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön eli niiden institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä Euroopan unionin jäsenmaiden ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden maiden kansallisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eurooppaoikeudellisia kysymyksiä koskevassa oikeuskäytännössä.

C. *Mahdolliset muut oikeuslähteet* ovat oikeuslähteitä, jotka eivät saa tukea vallitsevan oikeudellisen metateorian eli oikeuden institutionaalisen ja yhteisöl-

lisen arvoperustan käsittämistä yhteiskunnallisista arvoista tai tavoitteita ja joiden sääntöformaalisuuden aste eli riippumattomuus (institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää vailla olevista) yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista on alhainen tai täysin olematon:

- (10) *lainopillinen oikeuskirjallisuus*,
- (11) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet*, joilla ei ole ainakaan välitöntä sovellettavuutta Suomen oikeudessa,
- (12) *oikeusvertailevat, oikeushistorialliset, oikeuslingvivistiset, oikeusekologiset* ynnä muut vastaavat ratkaisuperusteet, ja
- (13) *reaaliset argumentit* eli yhteiskunnallinen seuraamusharkinta esimerkiksi oikeuden taloudellisten vaikutusten arvioimisen merkityksessä.

Myös lainopillisessa kirjallisuudessa esitetyillä oikeudellisilla tulkintalauseilla saattaa olla vaikutusta tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, vaikkei niillä varsinaisen eli institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteen tai sellaisesta asianmukaisesti johdetun oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen asemaa voi ollakaan. Lainoppi on kiistanalaisiin tai tulkinnanvaraisiin kysymyksiin sovellettua oikeudellisen *perustelemisen taitoa* (lat.: *ars disputationis*), jonka oikeuslähde- ja laintulkintaopillinen vaikuttavuus on muiden, institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden varassa. *Communis opinio doctorum* eli oikeudenalan johtavien tutkijoiden yksimielinen tai ainakin lähes yksimielinen käsitys oikeuden tulkinnasta saa tavallisesti enemmän merkitystä kuin *discordans opinio doctorum* eli oikeusoppineiden vahvasti jakautunut tai hajautunut kanta johonkin oikeudelliseen kysymykseen. Lainopin aineellisena oikeuttamisperusteena on määritelmällisesti epäitsenäinen viittaus etenkin institutionaaliin tai yhteisöllisiin mutta myös aineellisiin oikeuslähteisiin esimerkiksi lainsäädännön, prejudikaattien ja muun tuomioistuini- ja viranomaiskäytännön tai tavanomaisen oikeuden merkityksessä. Itsenäistä institutionaalisen oikeuslähteen asemaa lainopilla ei voi enää olla. Enintään se voi ilmentää itsenäisenä tulkinta- ja ratkaisuperusteena juristikunnan keskuudessa vallitsevaa tavanomaisoikeudelliseksi muodostunutta käsitystä voimassa olevan oikeuden tulkinnasta yhteisöllisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla.

Muut aineelliset tulkintaperusteet eli *oikeusvertailevat, oikeushistorialliset, oikeuslingvivistiset, oikeusekologiset* ja vastaavat näkökohdat samoin kuin *reaaliset argumentit* eli ratkaisun taloudelliset ja muunlaiset yhteiskunnalliset vaikutukset ovat argumentteja, joita tuomari yhtä hyvin kuin institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutunut tai siitä kriittisesti irtautunut lainopin tutkija voi hyödyntää, edellinen oikeudellista ratkaisua tehdessään tai jälkimmäinen oikeudellista tulkintalauseetta perustellessaan. Lainopillisessa oikeuskirjallisuudessa

nessa esitettyjen tulkinta- ja perustelulauseiden tavoin niiden institutionaalinen tuki yhteiskunnassa on heikko tai täysin olematon. Kyse ei siten ole aidosti *oikeudellisesta* tulkintaperusteesta siinä merkityksessä, että nuo argumentit voitaisiin palauttaa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan esimerkiksi lainsäädännön tai prejudikaattien tavoin. Aineellisten tulkintaperusteiden taustalla voi sen sijaan nähdä pyrkimyksen aineellisen *yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden* toteuttamiseen, joskin eurooppaoikeudellisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa oikeusvertailevat perusteet voivat saada myös tätä suuremman painoarvon yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön, EU-oikeudessa noudatettavan oikeudellisen yhtenäistulkinnan idean sekä ihmisoikeuksien universaalin tai ainakin yleiseurooppalaisen vähimmäisstandardin kansallista oikeudenkäyttöä yhtenäistävän prejudikaattivaikutuksen vuoksi.

Oikeuden tunnistamissääntö eli sovellettava institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi saattaa jonkin verran vaihdella oikeudenalakohtaisesti. Esimerkiksi rikosoikeudessa sovellettu oikeuslähdeoppi on legaliteettiperiaatteen (lat.: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) vuoksi rajatumpi ja lainsäädäntökeskeisempi kuin siviilioikeudessa, missä myös yksityisten kansalaisten siviilioikeudelliset määräämistoimet saavat merkitystä oikeussubjektien keskinäisiä oikeussuhteita muotoavana tekijänä. Myös vero-oikeudessa muodollinen lakisidonnaisuus on tulkinnallinen lähtökohta, jota verottajalle suodut toimivaltuudet veronkiertotapauksissa kuitenkin muuntavat rikosoikeutta välttävään suuntaan. Samoin lainopin tutkijalle mahdollisten oikeudellisten tulkintamatriisien kirjo saattaa vaihdella oikeudenalakohtaisesti: sosiaaliset näkökohdat saavat ymmärrettävästi suuremman merkityksen kuluttajansuojaoikeudessa kuin arvopaperien ja muiden rahoitusinstrumenttien vaihdannassa tai yritysjuridiikassa. Taloudellinen kustannustehokkuus ja muut oikeustaloustieteellisen lähestymistavan painottamat tulkinta- ja ratkaisuperusteet saavat suhteessa suuremman oikeudellisen painoarvon silloin, kun arvioitavana ovat markkinarationaalisuuden ohjaama taloudellinen vaihdanta kansalaisten (muunlaisten kuin varallisuus oikeuksia koskevien) perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisen tai sosiaalioikeuden kysymysten sijaan.

Etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet voivat saada suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa varsin erilaisen ratkaisuarvon siitä riippuen, millaista institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää ne nauttivat yhtenäisessä ja vakiintuneessa *yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä*. Sanotut oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet saattavat tietyin ehdoin sivuuttaa jopa kansallisen perustuslain. Toisaalta EU-lainsäädännön tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden saattaa olla käytännössä mahdollonta syrjäyttää edes kansallista lakia tai asetusta, jos eurooppaoikeudellinen

säädös tai tuomioistuinratkaisu koetaan räikeällä tavalla Suomen oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa loukkaavaksi.

Institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähdeopin tai tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten sisäistämisen oikeuden tunnistamissäännön sisältö ei ole myöskään ajallisesti vakioitu, vaan se voi merkittävästikin muuttua oikeuden yhteiskunnallisten reunaehtojen muuttuessa, ja näin on myös tapahtunut. Euroopan ihmisoikeussopimuksen kansallinen voimaansaattaminen vuonna 1990 sekä Suomen liittyminen Euroopan unioniin vuoden 1995 alusta muuttivat ratkaisevalla tavalla suomalaisen tuomarin oikeuslähde- ja laintulkintatoppia, kun ylikansalliset eurooppaoikeudelliset oikeusnormit sekä oikeudelliselta sääntely- ja ratkaisulogiikaltaan totutusta poikkeavat oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet eli Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet ja tiettyin ehdoin myös yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö tulivat suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitovaksi, velvoittavaksi tai ohjaavaksi oikeuslähteeksi. Vielä 1980-luvulla vetoaminen päämiehen ihmisoikeuksiin oli ollut varsin heikko argumentti suomalaisissa tuomioistuimissa ja viranomaisissa. Se oli mielletty lähinnä vain *moraalisesti* tuomaria sitovaksi tulkintaperusteeksi, joka sai väistyä aidommin oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden tieltä. Samoin EU-oikeus oli ymmärrettävästi vailla oikeudellista merkitystä maamme oikeudenkäytössä ennen Suomen liittymistä Euroopan unionin jäseneksi vuonna 1995.

Vasta Suomen sitoutuminen Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen velvoitteisiin, joita Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö merkittävällä tavalla kaiken aikaa täsmentää, muutti tilanteen toiseksi.⁷⁵ Sittenmin 1990-luvulla ja 2000-luvulla Korkein oikeus on useasti viitannut muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevaan 6 artiklaan antamiensa ratkaisujen perusteluissa. Esimerkiksi kysymys syytetyn oikeudesta saada esittää jutun todistajalle kysymyksiä oikeudenkäynnin aikana on ratkaistu johdonmukaisesti sanotun artiklan ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaisesti, eikä todistajan kuulemista vain esitutkinnassa ole katsottu riittäväksi.⁷⁶ Ihmisoikeusargumentti on tältä osin muuttunut *ylivertaiseksi* oikeudelliseksi tulkinta- ja ratkaisuperusteeksi eli, Ronald Dworkinin termin, *oikeudelliseksi valttikortiksi*, jonka avulla yksittäinen oikeusjuttu pikemminkin voitetaan kuin hävitään. Samalla suomalaisen tuomarin soveltama oikeuden tunnistamissääntö eli institutionaali-

⁷⁵ Syynä siihen, että Suomi liittyi Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen vasta tuolloin, lienee ollut sopimuksen yhteiskunnallinen ja poliittinen luonne. Vasta Neuvostoliiton romahtaminen vuonna 1989 lisäsi siinä määrin Suomen ulkopoliittista liikkumatilaa, että sopimukseen liittyminen kävi mahdolliseksi.

⁷⁶ Näin esimerkiksi KKO 1997:128.

nen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi ja oikeudelliset päättelymallit ovat muuttuneet vastaavasti.

Suomen vallitseva oikeuslähdeoppi käsittää viittauksen varsin monilukuihin joukkoon institutionaalisia ja yhteisöllisiä oikeuslähteitä, jotka voidaan edelleen jakaa *velvoittaviin*, *ohjeellisiin* ja (vain) *mahdollisiin* ratkaisuperusteisiin, kunhan jaottelun sisällölliset liittymät oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan pidetään mielessä eikä oikeuden sanktioperustaista velvoittavuutta nosteta oikeuden velvoittavuuden perustelevaksi syyksi Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin mallinnuksen tavoin. Velvoittavia ja ohjeellisia oikeuslähteitä voi kutsua yhteisnimityksellä *institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet*, koska ne toteuttavat erilaisia oikeudellisesti merkityksellisiä yhteiskunnallisia käytäntöjä esimerkiksi lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston, tuomioistuin- ja muun viranomaiskäytännön sekä tavanomaisoikeudellisten sopimus- ja muiden yhteisöllisten vastuunjakokäytäntöjen merkityksessä.

Oikeuslähdeopin kolmijako velvoittaviin, ohjeellisiin ja vain mahdollisiin oikeuslähteisiin on yhtä kaikki läpivietävissä vain *staattisten* oikeuslähteiden eli lähinnä EU-lainsäädännön ja kansallisen lainsäädännön osalta. *Dynaamiset* oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet, kuten Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevät yleiset oikeusohjeet ja yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö, eivät ole yksiselitteisesti ja ennalta vakioitavissa olevalla tavalla luokiteltavissa tai oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan määritettävissä. Oikeuslähdeopin kolmijako on tältä osin vain didaktinen, koska dynaamista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa noudattavat oikeuslähteet voivat sijoittua mihin tahansa aarniolaisen oikeuslähdeopin kolmesta velvoittavuuskategoriasta.

16.6 YLEISEUROOPPALAINEN OIKEUSKÄYTÄNTÖ

Tehokkaasti täytäntöönpantavissa oleva eurooppaoikeudellinen oikeusnormisto syntyy *oikeudellisena dialogina* yhtäältä Euroopan unionin lainsäätäjän, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja toisaalta eurooppaoikeuden soveltamisesta ja täytäntöönpanosta vastaavien Euroopan unionin jäsenmaiden sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden maiden kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten kesken. Kansallisilla tuomioistuimilla on oikeus ja tietyin ehdoin myös velvollisuus tehdä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle unionin perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen *ennakkoratkaisupyyntö* asiassa, joka koskee EU-oikeuden normien pätevyyttä tai tulkintaa kansallisen oikeudenkäytön rajaamassa soveltamiskontekstissa. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella on puolestaan Euroopan ihmisoikeussopimukseen perustuva oikeudellinen toimivalta käsitellä *yksi-*

lövalitukset, kun sellaisen tehnyt henkilö katsoo jonkin Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineista valtioista loukanneen hänen Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen toteutuneessa oikeuskäytännössä vahvistettuja ihmisoikeuksiaan. Sanottujen tuomioistuinten tekemien päätösten kansallinen täytäntöönpano on aina kansallisten viranomaisten vastuulla.

Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö tarkoittaa yhtäältä Euroopan unionin jäsenmaiden ja toisaalta Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden eli kansallisesti voimaansaattaneiden maiden kansallisten valtiosääntötuomioistuinten, muiden ylimpien tuomioistuinten ja mahdollisesti muiden kansallisten tuomioistuinten ja lakia soveltavien viranomaisten riittävän *yhtenäistä ja vakiintunutta* eurooppaoikeudellisen oikeusnormiston eli yhtäältä Euroopan unionin oikeuden ja toisaalta Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytäntöä. Koska Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen ja niistä ilmenevien yleisten oikeusohjeiden täytäntöönpano on aina Euroopan unionin jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden maiden kansallisten lainsoveltajien tehtävänä, eurooppaoikeudellisen sääntelyn tehokas täytäntöönpano edellyttää molemminpuolista *vuorovaikutussuhdetta* yhtäältä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja toisaalta kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten kesken. Ilman kansallisten lainsoveltajien hyväksyntää Euroopan unionin lainsäädäntö sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yksittäiset ratkaisunormit sekä niistä yleistettävissä olevat oikeusohjeet jäisivät kuolleeksi kirjaimeksi, ilman tehokkaan täytäntöönpanon mahdollisuutta.

Tilanteessa, jossa Euroopan unionin lainsäädännön tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevän yleisen oikeusohjeen oikeudellinen ratkaisuarvo eli *prejudikaattivaikutus* suhteessa suomalaisen tuomarin tai muun viranomaisen oikeudelliseen ratkaisuharkintaan on syystä tai toisesta epäselvä, kansallisen lainsoveltajan tulee perehtyä oikeusvertailevasti myös muiden Euroopan unionin jäsenmaiden tai, vastaavasti, Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden maiden kansallisten valtiosääntö- ja muiden ylimpien tuomioistuinten ja mahdollisesti (mutta rajoitetummin) myös muiden kansallisten tuomioistuinten ja institutionaalisten lainsoveltajien riittävän yhtenäiseen ja vakiintuneeseen oikeudelliseen ratkaisukäytäntöön sen seikan arvioimiseksi, miten vahvasti kyseinen oikeusnormi on kiinnittynyt eri maiden kansallisen oikeudenkäytön yhteisesti ilmentämään *yleiseurooppalaiseen* oikeuteen.

Yksittäisen eurooppaoikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen oikeudellisen ratkaisuarvon arvioimiseksi saattaa olla tarpeen perehtyä oikeusvertailevasti esimerkiksi Saksan perustuslakituomioistuimen, Saksan, Ranskan, Englannin, Espanjan ja Italian ylimpien tuomioistuinten sekä muiden Euroopan unio-

nin keskeisten jäsenmaiden tai, vastaavasti, Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden maiden ylimpien valtiosääntö- ja muiden tuomioistuinten toteutuneeseen ratkaisukäytäntöön. Kun EU-oikeuden käsittämän oikeusnormin oikeudellinen ratkaisuarvo on syystä tai toisesta riitautettu ja tulkinnanvarainen, kyse on tavallisesti Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamista keskeisistä, tavallisimmin valtiosääntöoikeuden toimivaltasäännösten alaan kuuluvista ja periaatteellisesti merkittävistä linjaratkaisuista, kuten EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden keskinäisestä etusijasuhteesta. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen osalta kyse on tavallisimmin periaatteellisesti erittäin merkittävistä linjaratkaisuista, jotka määrittelevät ihmisoikeussopimuksen ydinaluetta eli tärkeimpinä pidettyjä ihmisoikeuksia ja niiden tulkintaa suhteessa kansalliseen valtiosääntöön tai siihen rinnastuvaan sääntelyyn.

Ennen keskeisten kansallisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten hyväksyntää esimerkiksi *Costa v. ENEL* (6/64) ja *Simmenthal II* (106/77) -tapausten vahvistama oppi yhteisöoikeuden suhteellisesta etusija-asemasta Euroopan yhteisön jäsenmaiden kansalliseen oikeuteen nähden oli oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan varsin epäselvä, vaikka Euroopan yhteisöjen tuomioistuin oli sanotun opin selväsanaisesti hyväksynyt antamissaan ratkaisuissa. Vasta kun tuo oppi oli vähitellen saanut myös Euroopan yhteisön jäsenmaiden kansallisten perustuslakituomioistuinten ja muiden ylimpien tuomioistuinten hyväksynnän, oli mahdollista sanoa, että se kuuluu yleiseurooppalaisen oikeuden alaan sen Euroopan yhteisön jäsenmaiden kansallisessa oikeudenkäytössä nauttiman riittävän yhtenäisen ja vakiintuneen *institutionaalisen tuen* ja *yhteisöllisen hyväksynnän* vuoksi. Aihetta koskevia kansallisia linjaratkaisuja olivat esimerkiksi Saksassa *Internationale Handelsgesellschaft GmbH* eli *Solange I* -tapaus (11/70 & 2 BvL 52/71), *Wünche Handelsgesellschaft* eli *Solange II* -tapaus (2 BvR 197/83), *Kloppenburger* (2 BvR 687/85) ja ratkaisu *Maastrichtin sopimuksesta* (2 BvR 2134/92 & 2159/92), Ranskassa *Maastricht I* (92-308 DC) ja *Maastricht II* (92-312 DC) -tapaukset ja Italiassa *Frontini v. Ministero delle Finanze* (183/73) -tapaus.⁷⁷ Sama oikeudellinen tulkinta-argumentti ja perustelumalli voidaan nähdäkseni ulottaa myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamiin periaatteellisesti erittäin merkittäviin linjaratkaisuihin ja niiden saamaan vastaanottoon ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden valtioiden kansallisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä.

Käytännössä valtaosa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevistä yleisistä oikeusohjeista on kansallisten lainsoveltajien ja siten myös suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavina tulkinta- ja ratkaisuperusteina varsin selviä ja riittämättömiä. Tilanteet, joissa senkaltaisen oikeusohjeen oikeudellinen ratkaisu-

⁷⁷ Yleisesti ja kootusti Oppenheimer, ed., *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*.

arvo on kiistanalainen, ovat harvinaisia poikkeuksia. Tarkasteltaessa esimerkiksi Euroopan unionin sisämarkkinoiden toimivuutta tai kansallisia tuotantotukia Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen tavanomaisiksi muodostuneita tulkintoja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä viittaus tulkinnan kansallisten lainsoveltajien oikeuskäytännössä nauttimaan institutionaaliseen tukeen ja yhteisölliseen hyväksyntään on käynyt tarpeettomaksi tuon kansallisen tulkintakäytännön yhtenäisyyden ja vakiintuneisuuden vuoksi. Prejudikaattiperustaisen oikeuden määritelmällinen sidonnaisuus *ratio decidendi lobiter dicta* -erotteluun tai sille analogiseen jakoon ennakkoratkaisun myöhempää tuomaria velvoittavan osion ja sen ei-velvoittavan perustelukontekstin välillä soveltuu luonnollisesti myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmeneviin yleisiin oikeusohjeisiin, mikä tekee sanottujen tuomioistuinten oikeuskäytäntöön perustuvasta oikeudesta lain-säädäntöön perustuvaa oikeutta dynaamisemman, joustavamman ja samalla vaikeammin ennakoitavissa olevan.

Yksittäinen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antama ratkaisu ja sen sisältämä yleinen oikeusohje voi olla *vahvasti* yleiseurooppalaiseen oikeuteen kiinnittynyt ja ainakin osin myös sääntöformaaleja piirteitä saanut oikeudellinen ratkaisuperuste esimerkiksi *Van Gend en Loos* (26/62), *Costa v. ENEL* (6/64), *Francovich* (C-6 & 9/90) ja *Simmenthal II* (106/77) -tapausten tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklaa eli oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vähimmäisvaatimuksia jäsentävien, periaatteellisesti erittäin keskeisten ratkaisujen tavoin. Toisaalta yksittäiseen tuomioistuinratkaisuun perustuva oikeusohje voi olla *heikommin* yleiseurooppalaiseen oikeuteen kiinnittynyt ja heikommin sääntöformaaleja piirteitä saanut oikeudellinen tulkinta- ja ratkaisuperuste esimerkiksi osin keskenään ristiriitaisten kilpailu- ja sisämarkkinaoikeutta määrittävien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisujen, kuten *Dassonville* (8/74), *Cassis de Dijon* (120/78), *Campus Oil* (72/83) ja *Keck* (C-267 & 268/91) -tapausten, tai ihmisoikeussopimuksen sisällöllisesti vaihtelevien ja muuntuvien oikeudellisten tulkintojen merkityksessä. Kolmanneksi kyse voi olla ratkaisusta, jonka käsittämä yleinen oikeusohje kohdentuu oikeudelliseen instituutioon, jollaista Suomen voimassa oleva oikeus ei lainkaan tunne esimerkiksi Englannin oikeuden *trust*-instituution, Saksan oikeuden rajavastuuyhtiön (saks.: *Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*), Espanjan oikeuden rangaistusluonteisen vahingonkorvausseuraamuksen tai Venäjän oikeuden hyväksymän kuolemanrangaistuksen merkityksessä.⁷⁸ Tällöin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamalla ratkaisulla voi

⁷⁸ Alkuperäinen Euroopan ihmisoikeussopimus vuodelta 1950 ei kuolemanrangaistusta kieltänyt. Vasta sopimuksen kuudes pöytäkirja kuolemanrangaistuksen poistamisesta (vuodelta 1983) sekä 13. lisäpöytäkirja kuolemanrangaistuksen poistamisesta kaikissa olosuhteissa (vuodelta 2002) sen kieltävät.

olla enintään heikosti analogista tai *de lege ferenda* -tyyppistä vaikutusta Suomen voimassa olevan oikeuden tulkintaan, jos sitäkään.

Aina Euroopan unionin lainsäätäjän tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tarkoittama yleinen oikeusohje ei saa kansallisten lainsoveltajien hyväksyntää. Tämä oli tilanne esimerkiksi neuvoston antamassa asetuksessa 404/93 (13.2.1993), joka sääteli banaanien maahantuontia unionin alueella. Saksa nosti kanteen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimessa ja riitautti kyseisen asetuksen oikeudellisen pätevyyden. Saksan kansallisen tulkinnan mukaan asetus loukka- si sen kansalaisten perustuslailla turvattuja, omaisuudensuojaan ja liiketoimin- nan vapauteen liittyviä perusoikeuksia, sillä asetuksella rajoitettiin merkittävästi Saksassa toimintaansa harjoittavien, banaanija kolmansista maista maahan- tuovien yrittäjien oikeuksia.⁷⁹ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin vah- visti asetuksen pätevyyden ratkaisussaan C-280/93 (annettu 5.10.1994). Euroo- pan yhteisöjen tuomioistuimen kantaa kritisoitiin ankarasti Saksassa, ja saksal- laiset banaanien maahantuojat nostivat kansallisessa tuomioistuimessa toisen kanteen oikeuksiansa vahvistamiseksi. Saksan valtiosääntötuomioistuin (*Bundesverfassungsgericht*), jonka arvioitavaksi tapaus viimein päättyi, antoi asiassa toimeenpanokiellon, kieltäytyi pyytämästä asiassa uutta ennakkoratkaisua Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelta sekä antoi alemmalle kansalliselle hal- lintotuomioistuimelle Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisusta poikkeavat ratkaisuohjeet päätöksessään 25.1.1995.⁸⁰

Vähän myöhemmin vastaava oikeusongelma päättyi Euroopan unionin neu- voston toisen asetuksen (478/95) perusteella arvioitavaksi Hampurin vero- oikeuteen (*Finanzgericht*), joka päätti pyytää asiassa uuden ennakkoratkaisun Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelta. Nyt Euroopan yhteisöjen tuomioistuin yllättäen muutti aiempaa kantaansa, ja kahdessa ratkaisuissaan (C-364 & 365/ 95, annettu 10.3.1998) se katsoi asetuksen EU:n perustamissopimuksen vastai- seksi, koska se asetti banaanien maahantuojat perusteettomasti erilaiseen ase- maan. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi näin *ex post facto* Saksan kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten viiden vuoden ajan noudattaman tulkintakäytännön. Saksan kansallisessa oikeudessa vallinnut Euroopan yhtei- söjen tuomioistuimen antaman ennakkoratkaisun vastainen tila oli kestänyt viiden vuoden ajan eli vuodesta 1993 vuoteen 1998 asti, jolloin Euroopan yhteisöjen tuomioistuin pyörsi asiassa kantansa.

Banaanien maahantuontia koskenut oikeusriita kuvaa hyvin Euroopan yhtei- söjen tuomioistuimen (tai vastaavasti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen) ja kansallisten lainsoveltajien keskinäistä molemminpuolista vuorovaikutussuh- detta. Eurooppaoikeudellisen oikeusnormin oikeusvaikutuksen toteuttaminen

⁷⁹ Kokoavasti Bindreiter, *Why Grundnorm?*, s. 182–184.

⁸⁰ Bindreiter, *Why Grundnorm?*, s. 183.

edellyttää aina myös Euroopan unionin jäsenmaiden tai, vastaavasti, Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden maiden kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten hyväksyntää, jotta kyse olisi tehokkaalla tavalla täytäntöönpantavissa olevasta oikeudesta. *Van Gend en Loos* (26/62), *Costa v. ENEL* (6/64), *Francovich* (C-6 & 9/90) tai *Simmenthal II* (106/77) -tapauksen kohdalla Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen kanta vakiintui vähitellen, muutaman vuosikymmenen viiveellä vallitsevaksi oikeustilaksi myös yhtenäisessä ja vakiintuneessa yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä. Sitä vastoin banaani- ja maahantuontia koskeneen Euroopan unionin neuvoston asetuksen 404/93 kohdalla Saksan kansallisten viranomaisten ja lainsoveltajien kanta lopulta (tai ainakin toistaiseksi) voitti, ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuin joutui asiassa perääntymään.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen noudattaman *teleologisen* tulkintaopin ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen noudattaman *dynaamis-evolutiivisen* tulkintaopin seurauksena EU-oikeuden tai Euroopan ihmisoikeusnormiston tulkinta on myös voinut äkillisestikin muuttua eurooppaoikeudellisen normiston keskeisten tavoitteiden, institutionaalisen ja yhteisöllisen toimintakontekstin tai kansallisten yhteisöllisten arvostusten muuttuessa. Mikään ei myöskään estä sanottuja tuomioistuinta muuttamasta jatkossa tulkintalinjaansa, jos tarvetta siihen ilmenee. Tämä antaa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmeneville yleisille oikeusohjeille kansallisia prejudikaatteja lähtökohtaisesti dynaamisemmän ja joustavamman roolin.⁸¹

16.7 INSTITUTIONAALISET JA YHTEISÖLLISET OIKEUSLÄHTEET, NIIDEN OIKEUTTAMISPERIAATTEET JA YHTEISKUNNALLINEN SUBJEKTIRAKENNE

Institutionaaliset oikeuslähteet eli kansallinen ja EU-lainsäädäntö, virallinen lainvalmisteluaineisto, kansalliset prejudikaatit, muu vakiintunut tuomioistuin-käytäntö ja muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö toteuttavat valtiollista tahdonmuodostusta. Oikeus kiinnittyy tällöin lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tekemiin yksilöitävissä olevin päätöksiin analyttisen ja institutionaali-

⁸¹ Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen noudattamasta tulkintaideologiasta, Pekkanen, ”Euroopan ihmisoikeussopimuksen evolutiivisesta tulkinnasta”; Uoti, *Euroopan ihmisoikeustuomioistuin – lainkäyttäjän oikeuden tekijänä, passim*.

sen oikeuspositivismiin tai analyyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla. Institutionaaliset oikeuslähteet tukeutuvat lainsäädännön ja lainvalmisteluaikaneiston osalta parlamentaariseen demokratiaperiaatteeseen sekä prejudikaattien ja muiden viranomaispäätösten osalta oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan periaatteeseen.

Yhteisölliset oikeuslähteet eli tavanomainen oikeus, vakiintuneet sopimusoikeudelliset vastuunjako- ja muut yhteisölliset käytännöt, välimiesoikeuksien antamista ratkaisuista ja niiden perusteluista johdettavissa olevat yleiset oikeusohjeet, juristikunnan ja muiden lakia soveltavien tahojen oikeudenalakohtaisesti eriytynyt ammatillinen itseymmärrys, ammatilliset käytännöt ja oikeudellinen ammattietiikka, oikeudellisesta ja yhteiskunnallisesta päätöksenteosta vastaavien institutionaalisten toimijoiden keskinäistä toimivalta- ja vastuunjakoa koskevat yhteisölliset (valtiosääntöoikeudelliset) käytännöt sekä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian tai yhteisöllisen oikeuskäsityksen ilmentämät, oikeudellisesti merkitykselliset yhteisölliset käytännöt ilmentävät eri tavoin yhteisöllistä oikeuskäsitystä oikeudellisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla. Yhteisölliset oikeuslähteet tukeutuvat etenkin tavanomaisen oikeuden ja sopimusoikeudellisten vastuunjakokäytäntöjen osalta oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittamisen ja perustellun luottamuksen suojan periaatteeseen.

Institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteopin kannalta merkityksellinen yhteiskunnallinen subjektirakenne jäsentyy kolmen tekijän varaan. Institutionaaliset oikeuslähteet ilmentävät *valtiollista* tahdonmuodostusta, jota valtiolliset ja ylikansalliset *instituutiot*, kuten valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta, kansalliset tuomioistuimet ja muut lakia soveltavat viranomaiset, Euroopan unionin oikeudelliseen norminantoon kelpoiset toimielimet sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuin, toteuttavat kansallisen valtiosäännön tai ylikansallisten sopimusten, kuten Euroopan unionin perustamissopimuksen, antamin valtuutuksin. Yhteisölliset oikeuslähteet ilmentävät kansalaisyhteiskunnan yhteisöllistä tahdonmuodostusta yhtäältä *kollektiivisen* eli kansalaisyhteiskunnan tai sen määrätyn osa-alueen, kuten tekijänoikeuteen tai vahingonkorvausoikeuteen perehtyneiden juristien, yhteisöllisen tahdonmuodostuksen merkityksessä. Tätä etenkin tavanomainen oikeus ja vakiintuneet sopimusoikeudelliset vastuunjakokäytännöt ilmentävät. Toisaalta yhteisölliset oikeuslähteet ilmentävät yhteiskunnan yksittäisten jäsenten *yksilöllistä* tahdonmuodostusta oikeudellisesti toimivaltaisten oikeussubjektien tekemien yksittäisten oikeudellisten dispositioni- eli määräämistöimien merkityksessä.

Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, niiden oikeuttamisperiaatteet sekä yhteiskunnallinen subjektirakenne ja tahdonmuodostus voidaan esittää kokoavasti seuraavasti:

Kaavio 17: Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, niiden oikeuttamisperiaatteet sekä yhteiskunnallinen subjektirakenne ja tahdonmuodostus valtiollisella, yhteisöllisellä ja kollektiivisella sekä yhteisöllisellä ja yksilöllisellä tarkastelutasolla

	Valtiollinen (+ kollektiivinen) tarkastelutaso	Yhteisöllinen + kollektiivinen tarkastelutaso	Yhteisöllinen + yksilöllinen tarkastelutaso
Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet	lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemät päätökset eli institutionaaliset oikeuslähteet, kuten lainsäädäntö, prejudikaatit ja muut viranomaispätökset	vakiintuneet, oikeudellisesti merkitykselliset yhteisölliset käytännöt, kuten tavanomainen oikeus, sopimusoikeudelliset käytännöt sekä juristikunnan ammatillinen itseymmärrys ja ammattietiikka	oikeudellisesti toimivaltaiten oikeussubjektien yksittäiset oikeudelliset disponointi- eli määräämistoisimet
Oikeuslähteiden oikeuttamisperiaatteet	parlamentaarinen demokratia- periaate (= lainsäädäntö) + oikeudellinen yhdenvertaisuus ja perustellun luottamuksen suoja (= prejudikaatit ja muu oikeuskäytäntö) + jäännösoikeuttaan tavoin toimiva, itseisarvoinen taloudellis-hallinnollinen suvereniteettiperiaate (= demokratiaajteen tai oikeudellisen ennakoimattomuuden rasittamat institutionaaliset oikeuslähteet)	oikeudellinen yhdenvertaisuus + perustellun luottamuksen suoja (= tavanomaisoikeudelliset käytännöt, sopimusoikeudelliset vastuunjakoperusteet, juristikunnan ammatillinen itseymmärrys ja muut yhteisölliset oikeuslähteet)	tahdonautonomian kunnioittaminen + perustellun luottamuksen suoja (= yksityisoikeudelliset sopimukset)
Yhteiskunnallinen subjektirakenne ja tahdonmuodostus	valtiolliset instituutiot + ylikansalliset instituutiot, kuten EU:n toimielimet	kansalaisyhteiskunta: vakiintuneet yhteisölliset eli ylikansalliset käytännöt	kansalaisyhteiskunta: oikeussubjektien yksilöllinen tahdonmuodostus

17 Oikeudelliset päättelymallit

17.1 INDUKTIIVINEN, DEDUKTIIVINEN JA ABDUKTIIVINEN LOGIIKKA

Oikeudellinen argumentaatio noudattaa Aristoteleen filosofiaan palautuvan, 1950-luvulla Euroopassa uudelleen löydetyn *topiikan* eli (*uus*)*retoriikan* päätelysääntöjä. Aristoteleen hahmotteleman topiikan ja retoriikan tavoin oikeudellinen argumentaatio on päättelyä, jonka normi- ja faktapremissit, toisin kuin deduktiivisen päätelmän premissit, eivät ole välttämättä tosia tai tosiksi tunnettuja vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän uskottavia, hyväksyttäviä, perusteltuja tai todennäköisiä. Aristotelinen retoriikka, toisin kuin deduktiivinen päättely, ei myöskään ole premissien alkuperäisen totuusarvon säilyttävää päätelyä, joka tuottaisi välttämättä tosiksi (tai välttämättä epätosiksi) tunnetuista premisseistä välttämättä tosia (tai välttämättä epätosia) seurauslauseita. Vastavalla tavalla oikeudellisen argumentaation tuottamat johtopäätökset eli oikeudelliset tulkinta- ja perustelulauseet ovat vain enemmän tai vähemmän hyvin perusteltuja, todennäköisiä, uskottavia, hyväksyttäviä, todennäköisiä tai enintään totuudenkaltaisia tahi tosia suhteessa määrättyyn tulkintaideologiaan ja sen vakioimaan oikeudelliseen validiteetti- ja tulkintakriteeriin määrättyssä oikeusyhteisössä sekä oikeudellisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa.¹

Deduktiivisen päättelyn ala on rajattu oikeudellisessa argumentaatiossa vain Kaarle Makkosen isomorfiatilanteiden ja Jerzy Wróblewskin sidotun ratkaisuideologian tarkoittamiin tapauksiin, joissa oikeussäännössä määritellyn ja maailmassa toteutuneen tosiseikaston kesken vallitsee rakenteellinen isomorfia- eli kuvasuhde tai joissa on kyse oikeudellisista käsitteistä tehtävistä päätelmistä loogis-käsitteellisen tulkintaformalismin tarkoittamalla tavalla. Tosin jälkikäteen eli siinä vaiheessa, kun päättelyn normi- ja faktapremissit on yksiselitteisellä tavalla määriteltä, oikeudellinen päätelmä on aina esitettävissä loogis-deduktiivisen syllogismin muodossa. Oikeudellisen argumentaation keskeiset ongelmat eivät kuitenkaan liity ensisijaisesti päätelmän loogiseen muotoon tai esitystapaan. Ongelmat liittyvät ensinnäkin oikeudellisen päättelyn *normipremissin* N johtamiseen institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden rajaamasta oikeudellisesta lähdeaineistosta, toiseksi päättelyn *faktapremissin* F määrittämiseen maailman asiantilojen kokonaisuudesta oikeudellista näyttö-

¹ Vrt. Aristoteles, ”Retoriikka”; sama, ”Topiikka”.

harkintaa ohjaavien todistustaakkanormien valossa ja kolmanneksi päättelyn lopputuloksen eli *oikeudellisen tulkintalauseen* Q johdamiseen määrätyn normi- ja faktapremissin yhdistelmästä tavalla, joka ei täytä formaalin logiikan vaatimuksia mutta on yhtä kaikki oikeudellisesti perusteltu.

Modernissa oikeusajattelussa saksalainen Theodor Viehweg ja belgialainen Chaïm Perelman löysivät Aristoteleen retoriikan ja topiikan uudelleen 1950-luvulla.² Perelmanin ja tämän kanssa yhteistyössä toimineen mutta suhteellisen tuntemattomaksi jääneen Lucie Olbrecht-Tytecan oikeudellinen *uusretoriikka* on osoittautunut oikeudellisen argumentaatioteorian myöhemmälle kehitykselle merkittävämmäksi kuin Viehwegin edustama topiikka. Perelmanin argumentaatioteorian ajatuksia ovat kehittäneet oikeudellisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa merkittävästi muun muassa Jerzy Wróblewski,³ Neil MacCormick,⁴ Robert Alexy,⁵ Aulis Aarnio,⁶ Aleksander Peczenik⁷ ja osin myös Robert Summers,⁸ jotka ovat kaikki kuuluneet kansainväliseen *Bielefelder Kreis*-tutkijaryhmään. Kyseinen Saksan Bielefeldissä henkistä kotipaikkaansa pitänyt tutkijaryhmä on tarkastellut yhtäältä säädännäisen oikeuden ja toisaalta prejudikaattien tulkintaa oikeusvertailevassa ja argumentaatioteoreettisessa katsannossa.⁹

Oikeudellisen *näyttöharkinnan* eli oikeudellisen argumentaation *faktapremissin* täsmentämisen alaan kuuluva kysymys, *mitä oikein tapahtui?*, kuuluu sitä vastoin *abduktiivisen logiikan* alaan. Abduktiivinen logiikka on *päättelyä parhaaseen mahdolliseen selitykseen* eli parhaaseen mahdolliseen selittävään hypoteesiin (engl.: *an inference to the best explanation*).¹⁰ Jaakko Hintikan

² Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*; Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation. La nouvelle Rhétorique*.

³ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*; sama, *Meaning and Truth in Judicial Decision*.

⁴ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*.

⁵ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Argumentation*.

⁶ Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*; sama, *Laintulkinnan teoria*; sama, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*.

⁷ Peczenik, *The Basis of Legal Justification*; sama, *On Law and Reason*; sama, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*.

⁸ Summers, *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*; sama *Essays in Legal Theory*; sama, *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*.

⁹ MacCormick & Summers, eds., *Interpreting Statutes. A Comparative Study*; samat, eds., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. – Väitöskirjani *A Theory of Precedent* alkuosan *How to Do Things with Precedents* keskeisenä tutkimuksellisenä tavoitteena oli syventää *Bielefelder Kreis*-tutkijaryhmän saavuttamia tutkimustuloksia kirjoittamalla puuttuneet yhteydet yleisen prejudikaattiteorian sekä Jerzy Wróblewskin tuomarin oikeudellisten ratkaisuideologioiden (→ tuomarin *prejudikaattioikeudelliset* ratkaisuideologiat), Alf Rossin yleisen tuomarinideologian (→ tuomarin *prejudikaatti*-ideologia) ja H.L.A. Hartin oikeuden tunnistamissäännön (→ *prejudikaattioikeuden* tunnistamissääntö) välille. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 3–14 *et seq.*

¹⁰ Abduktiivisesta logiikasta, Peirce, *Johdatus tieteen logiikkaan ja muita kirjoituksia*, s. 240–241 sekä, samaan teokseen sisältyen, Bertilsson & Christiansen, ”Jätkisanat”, s. 469–471.

interrogatiivisessa logiikassa on puolestaan sallittua esittää lisäkysymyksiä, joiden avulla saadaan johdettua lisäpremissiä varsinaisen johtopäätöksen tekemistä varten.¹¹

”Miksi koira ei haukkunut?” kysyi *abduktiivisen* logiikan asiantuntija Sherlock Holmes *The Adventure of Silver Blaze* -tarinassa, kiinnittäen tarinassa kuulijan huomion ”yöllisen koiran erikoiseen tapaukseen”. Tapansa mukaan Holmes vastasi hetkeä myöhemmin itse esittämäänsä kysymykseen: ”... koska koira tuns i öisen kulkijan.” Syyllinen oli toisin sanoen henkilö, jonka hevostalleja yöllä vartioinut vahtikoira oli entuudestaan hyvin tuntenut. Holmesin abduktiivinen logiikka on ajatuksellisesti ’taaksepäin’ suuntautuvaa päättelyä toteutuneesta lopputuloksesta eli seurauksesta vaikuttaviin syihin eli sen joko välttämättömiin tai riittäviin premiseihin. Abduktiivisen logiikan avulla haetaan toistaiseksi tuntematonta päätelmän faktapremiss iä eli hypoteesia, jonka avulla toteutunut asiantila tai tapahtumainkulku voidaan parhaiten selittää. Sherlock Holmesin päättely noudattaa nimenomaan abduktiivisen logiikan sääntöjä, ei esimerkiksi *deduktiivisen* logiikan sääntöjä, missä päättelyn molemmat premissit eli yleisen lainalaisuuden ilmaiseva yläause ja yksittäisen tosiasian ilmaiseva alalause ovat molemmat entuudestaan tunnettuja ja vain niistä välttämättä seuraavat johtopäätökset ovat toistaiseksi lausumatta julki. Holmesin päättelyssä ei ole myöskään kyse *induktiivisesta* logiikasta, joka perustuu yksittäistapausten eli yksittäisten havaintojen perusteella tehtyyn empiiriseen yleistykseen. Toisin kuin loogis-deduktiivinen päättely, induktiivinen päättely ei ole premissien alkuperäisen totuusarvon säilyttävää päättelyä.

Esimerkkinä deduktiivisesta logiikasta on seuraava *modus ponens* -tyyppinen loogis-deduktiivinen päätelmä eli looginen syllogismi:

Yläause: Kaikki ihmiset ovat kuolevaisia (eli: jos x on ihminen, niin x on kuolevainen).

Alalause: Sokrates on ihminen.

Johtopäätös: Sokrates on kuolevainen

Päätelmän yläauseena on yleinen lainalaisuus, jonka mukaan kaikki ihmiset ovat kuolevaisia. Sen voi muotoilla myös siten, että jos x on ihminen, niin x on kuolevainen. Alalauseena on väite, jonka mukaan Sokrates on ihminen eli kuuluu luokan ”ihminen” alaisuuteen. Päätelmän lopputuloksena on johtopäätös, jonka mukaan (myös) Sokrates on kuolevainen. Jos ja kun päätelmän ylä- ja alalause ovat tosia, myös niiden perusteella tehty johtopäätös on tosi. Tieto Sokrateen kuolevaisuudesta sisältyy toisin sanoen jo käsitteellisesti päätelmän lähtökohtana oleviin premiseihin, eikä deduktiivinen päättely lisää tietoaamme

¹¹ Hintikka, *Inquiry as Inquiry. A Logic of Scientific Discovery, passim*.

maailmasta muutoin kuin siinä heikossa merkityksessä, että päätelmän kahteen premissiin implisiittisesti sisältynyt tieto Sokrateen kuolevaisuudesta lausutaan sen johtopäätöksessä selväsanaisesti julki.

Logiikka on, kuten Ludwig Wittgenstein kertoo F. P. Ramsayn hänelle kerran huomauttaneen, *normatiivinen tiede*.¹² Se käsittelee muodollisesti pätevän päätelyn sääntöjä, ja päättelyn premissien ja niistä seuraavan johtopäätöksen aineellinen totuus eli (esimerkiksi) vastaavuus maailman asiantilojen kanssa totuuden korrespondenssiteorian merkityksessä on arvioitava erillään toteutetun päättelyn muodollisesta pätevydestä. Esimerkiksi seuraava päätelmä on sinänsä muodollis-logisesti moitteeton, vaikka sen premissit ja niistä tehty johtopäätös ovatkin aineellisessa katsannossa ilmeisen virheelliset ainakin muualla kuin *Wallace* ja *Gromit* -vaha-animaatiohahmojen *Suuri huviretki* -seikkailun määrittelemässä (fiktiivisessä) todellisuudessa:

Kaikki maata kiertävät taivaankappaleet ovat *Wensleydale*-juustoa.
Kuu on maata kiertävä taivaankappale.

Siis: kuu on *Wensleydale*-juustoa.

Induktiivinen päättely perustuu yksittäisten empiiristen havaintojen perusteella tehtyyn yleistykseen. Esimerkkinä induktiivisesta logiikasta on päätelmä:

Korpit $a_1 \dots a_n$ ovat mustia.

Siis: myös korppi $a_{(n+1)}$ on musta (eli kaikki korpit ovat mustia).

Induktiivinen päättely ei ole premissien totuusarvon säilyttävää päättelyä, jonka johtopäätöksen totuusarvo olisi määritettävissä yksin loogis-käsitteellisten tekijöiden ja päätelmän premissien entuudestaan tunnetun totuusarvon perusteella, vaan kyse on yksittäisten empiiristen havaintojen perusteella tehdystä induktiivisesta yleistyksestä. Kun kaikki tarkasteluhetkeen asti havaitut korpit $a_1 \dots a_n$ ovat olleet mustia, sen perusteella voi (varauksin) tehdä johtopäätöksen, että myös korppi $a_{(n+1)}$ on musta eli että kaikki korpit ovat mustia. Induktion tuottama johtopäätös on aina vain enemmän tai vähemmän todennäköinen. Se ei voi olla loogis-käsitteellisesti tai välttämättä tosi niin kuin deduktiivisen (eli loogis-syllogistisen) päätelmän johtopäätös.

Induktiivinen yleistys on totuusarvoltaan *kontingenti* väitelause, joka on aina osoitettavissa virheelliseksi eli paikkansa pitämättömäksi vastaesimerkin eli sanotulle väitteelle vastakkaisen empiirisen havainnon avulla. Sitä ei ole mahdollista osoittaa välttämättä todeksi eli paikkansa pitäväksi 'kaikissa mahdollisissa maailmoissa' eli todeksi *sub specie aeternitatis*. Korppiesimerkkiin

¹² Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 81, s. 74.

sovellettuna induktiivisen päätelmän määritelmällisesti kontingentti luonne tarkoittaa sitä, että vaikka korpi $a_1 \dots a_n$ ovatkin olleet mustia, on aina mahdollista, että seuraava havainto eli korppi $a_{(n+1)}$ osoittautuukin *corvus corax* -lajin eimustaksi geneettiseksi värimuunnokseksi eli esimerkiksi albiinoksi korpiksi, ja tällöin korppeja koskenut induktiivinen yleistys osoittautuu virheelliseksi. Toisin kuin deduktiivinen päättely, induktiivinen päättely lisää tietoaamme maailmasta, mutta tuon tiedonlisän hintana on induktiivisen yleistyksen määritelmällinen epävarmuus.

17.2 OIKEUDELLISTEN TRANSFORMAATIOIDEN LOGIIKKA

Oikeudellinen argumentaatio eli päättely määrätyn normi- ja faktapremissin yhdistelmästä määrättyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen ei ole ainakaan tavallisesti matematiikan tai formaalin logiikan hyödyntämää eksaktia eli päätelmän premissien alkuperäisen totuusarvon säilyttävää *deduktiivista* päättelyä, vaikka oikeudellinen ratkaisu onkin aina jälkikäteen, *ex post facto*, esitettävissä loogis-deduktiivisen syllogismin muodossa. Ongelmana ei kuitenkaan ole päättelyn looginen muoto vaan sen normi- ja faktapremissien määrittäminen ja etenkin normipremissin johtaminen institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä tavalla, joka ei säilytä premissien alkuperäistä totuusarvoa mutta joka on yhtä kaikki omaksutun institutionaalisen tulkintaideologian valossa oikeudellisesti perusteltavissa. Samoin pulmallista on päätelmän lopputuloksena olevan oikeudellisen tulkintalauseen johtaminen sen perustana olevista normi- ja faktapremisseistä ei-deduktiivisesti mutta yhtä kaikki oikeudellisesti perusteltavissa olevalla tavalla.

Oikeudellinen päättely ei ole myöskään *induktiivista* päättelyä. Lainsäätäjä, yhtä hyvin kuin tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat, ovat Kaarle Makkosen tarkoittamalla tavalla päätöksissään oikullisia.¹³ Ne voivat myös äkillisesti muuttaa vallitsevaa oikeudellista sääntely- ja ratkaisulinjaansa suhteessa tarkasteltavana olevaan oikeuskysymykseen oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan muutosten tai muiden yhteiskunnallisten muutostekijöiden seurauksena. Oikeudellisen päättelyn logiikka on tältä osin sama kuin filosofi Ludwig Wittgensteinin ideassa pelistä, jonka sääntöjä saatetaan muuttaa – ja myös tavanomaisesti muutetaan – tuon ’pelin’ eli oikeudellisen argumentaation kuluessa.¹⁴ Jos tuomarin tai tutkijan päättelyn normipremissi kiinnitetään vallitsevan tuomarinideologian osoittamiin institutionaaliseen

¹³ Oikeudellisen induktion pulmallisuudesta, Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 225–237 ja etenkin s. 233–234.

¹⁴ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 83 (s. 75).

oikeuslähteoppiin ja oikeudellisiin päättelymalleihin Alf Rossin analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla, oikeudellinen tulkintalause voi olla tosi_{OIKEUSREALISMI} eli tosi_L (tai epätosi_L) analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla, mutta kyse ei tällöinkään ole filosofisesta tai oikeudellisesta induktiosta vaan vallitsevan tuomarinideologian nojalla tehdystä päätelmästä oikeudellisten argumentaatiösääntöjen edellyttämällä tavalla.

Oikeudellista näyttöharkintaa voi hahmottaa Charles S. Peircen taaksepäin suuntautuvan *abduktiivisen* logiikan tarkoittamalla tavalla päättelynä parhaaseen mahdolliseen selitykseen tai hypoteesiin, mutta päätelmän normipremissiä abduktiivinen päättely ei tavoita.

Oikeudellinen argumentaatio on Aristoteleen retoriikan ja topiikan sekä Chaïm Perelmanin uusretoriikan tarkoittamalla tavalla deduktiivista logiikkaa heikompaa päättelyä, jossa yhtäältä institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä $N_{(1 \dots n)}$ johdetusta *normipremissistä* N_t ja toisaalta arvioitavana olevan tapauksen kannalta oikeudellisesti merkityksellisistä tosiseikoista $F_{(1 \dots n)}$ johdetusta oikeudellisesta *faktapremissistä* F_t voidaan johtaa ei-deduktiivisesti mutta oikeudellisesti perusteltavissa olevalla tavalla oikeudellinen tulkintalause Q , jonka mukaan ”voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö hetkellä t suhteessa oikeustositseikastoon F on q , koska tulkintakehys T ”. Se ei noudata deduktiivisen eikä myöskään induktiivisen päättelyn lainalaisuuksia, vaan siirtymä normi- ja faktapremissien yhdistelmästä määrättyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen toteuttaa loogisessa katsannossa heikomman ajatuksellisen siirtymän eli, Aleksander Peczenikin termin, *transformaation* eli oikeudellisen argumentaation ’loikan’ tai ’harppauksen’ määrättyjen normi- ja faktapremissien yhdistelmästä määrättyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen.¹⁵ Oikeudellinen päättely noudattaa yleistä muotoa:¹⁶

Normipremissi (tai normipremissit) N :	$N_1, N_2, N_3, (\dots) N_n$
Faktapremissi (tai faktapremissit) F :	$F_1, F_2, F_3, (\dots) F_n$

Tulkintalause Q : ”voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö (hetkellä t) suhteessa oikeustositseikastoon F on q , koska tulkintakehys T ”	

Oikeudellinen argumentaatio on toisin sanoen päättelyä, jossa yhtäältä institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä $N_{(1 \dots n)}$ johdetusta *normipremissistä* N sekä toisaalta tapauksen oikeudellisen arvioimisen kannalta merkityksellisistä

¹⁵ Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, s. 3–5, 12, 33 *et seq.*; sama, *On Law and Reason*, s. 116, 130–131, 295–301; sama, *Vad är rätt?*, s. 303–305.

¹⁶ Siivutun tässä sen seikan, että oikeudellista argumentaatiota ja oikeudellista näyttöharkintaa ohjaavat normit voivat luonnollisesti olla paitsi sääntöjä myös periaatteita tai periaatteen kaltaisia standardeja.

tosiseikoista $F_{(1 \dots n)}$ johdetusta *faktapremissistä* F on *institutionaalisen tulkinta-ideologian* määrittelemän *validiteetti- ja tulkintakriteerin* nojalla perusteltua johtaa oikeudellinen tulkintalause Q .

Peczenik erottaa kolme transformaation lajia: *oikeuden perustava transformatio* (ruots.: *det rättsgrundande språnget*) viittaa Kelsenin perusnormin kaltaiseen ajatukselliseen konstruktion, jonka avulla oikeuden viimekätinen velvoittavuus on perusteltavissa. Samoin yhteiskuntajärjestyksen perustava ja oikeuttava yhteiskuntasopimus termin 'esioikeudellisessa' eli 'oikeutta edeltävän oikeuden' merkityksessä kuulunee Peczenikin oikeuden perustavan transformaation alaan.¹⁷ *Oikeuden sisäiset transformaatiot* käsittävät yhtäältä oikeusnormin eli oikeudellisen normipremissin johtamisen institutioonaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä (ruots.: *språng till rättskällor*)¹⁸ ja toisaalta 'loikan' päättelyn normi- ja faktapremisseistä oikeudelliseen tulkintaan eli oikeudelliseen tulkintalauseeseen (ruots.: *språng till juridisk tolkning*).¹⁹ Kolmantena oikeuden sisäisenä transformaationa (eli neljäntenä yleisenä oikeudellisenä transformaationa) voi nähdäkseni vielä erottaa oikeudellisen *faktakonstruktion* edellyttämän transformaation (ruots.: *språng till juridiska fakta*), jolloin vain mahdollisista tai tosiasiallisesti toteutuneista maailman asiantiloista johdetaan ja rajataan oikeudellista näyttöharkintaa sääntelevien oikeusnormien valossa määrätty oikeudellisesti merkityksellisten tosiasioiden joukko oikeudellisen päättelyn faktapremissiksi.²⁰

Transformatio tarkoittaa ei-deduktiivista mutta institutionaalisen tulkinta-ideologian vakioiman oikeudellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin nojalla oikeudellisesti *perusteltavissa* olevaa ajatuksellista siirtymää institutioonaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä oikeudellisen päättelyn *normipremissiin* N , todellisuuden asiantilojen kokonaisuudesta oikeudellisen päättelyn *faktapremissiin* F sekä sanotulla tavalla johdettujen oikeudellisten normi- ja faktapremissien yhdistelmästä oikeudelliseen *tulkintalauseeseen* Q määrätyn oikeudellisen *tulkintakehityksen* T alaisuudessa. Tulkintakehitys T viittaa tässä *institutiionaaliseen* tulkintaideologiaan ja sen vakioimaan institutiionaaliseen tai yhteisöl-

¹⁷ Mihin yhteiskuntasopimuksen velvoittavuus voisi perustua, kun sen laatiminen sijoittuu käsitteellisesti oikeutta, järjestäytyntä yhteiskuntaa ja sopimusoikeudellista velvoittavuutta edeltävään tilaan? Väitöskirjani *A Theory of Precedent* termin kyse on oikeuden *infrastruktuuritason* premissien eli ranskalaistutkija François Ewaldin termin 'oikeutta edeltävän oikeuden' määrittelyn pulmallisuudesta.

¹⁸ Oikeampaa olisi ehkä käyttää ruotsin kielen ilmausta *språng från rättskällor till rättsnorm* Peczenikin ilmauksen *språng till rättskällor* sijaan.

¹⁹ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 304–305. – Oikeampaa olisi ehkä käyttää ruotsin kielen ilmausta *språng från rättskällor till en juridisk tolkningssats*.

²⁰ Peczenik ei itse sovelle transformaation käsitettä oikeudellisen faktapremissin konstruktion, johon sisältyy siihenkin normatiivinen elementti oikeudellista näyttöharkintaa ohjaavien sääntöjen merkityksessä sekä päättelyn epäjatkuvuuskohta eli 'loikka' tai 'harppaus' maailman asiantilojen kokonaisuudesta oikeudellisesti merkityksellisten tosiasioiden rajattuun kokonaisuuteen.

liseen validiteetti- ja tulkintakriteeriin. Oikeudellisten *transformaatioiden logiikka* käsittää keinot oikeudellisen päättelyn ajatuksellisten 'taitekohtien' eli loogisten epäjatkuvuuskohtien ylittämiseksi tilanteessa, jossa formaali, premisien alkuperäisen totuusarvon säilyttävä deduktiivinen logiikka on saanut väistyä aristotelisen retoriikan tai topiikan väljemmin määriteltyjen päättelysääntöjen tieltä.

Jos tarkastelu laajennetaan käsittämään myös muut oikeudellisen tulkintaideologian vaihtoehdot, oikeudellinen transformaatio tarkoittaa ei-deduktiivista mutta formaalin, institutionaalisen tai aineellisen tulkintaideologian vakioiman validiteetti- ja tulkintakriteerin nojalla perusteltavissa olevaa ajatuksellista siirtymää eli 'loikkaa' oikeudellisten käsitteiden systeemistä (= formaali tulkintaideologia), institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä (= institutionaalinen tulkintaideologia) tai muunlaisista yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista (= aineellinen tulkintaideologia) oikeudellisen päättelyn normipremissiin, maailman asiantilojen kokonaisuudesta oikeudellisen päättelyn fakta-premissiin sekä sanotulla tavalla johdettujen oikeudellisten normi- ja fakta-premissien yhdistelmästä oikeudelliseen tulkintalauseeseen Q.

17.3 OIKEUDELLINEN TULKINTA JA OIKEUDELLISET TULKINTAIDEOLOGIAT

Oikeudellinen päättely on sidoksissa sovellettavan oikeudellisen tulkintaideologian vaihtoehtoihin formaalin, institutionaalisen ja aineellisen tulkintaideologian sekä niiden kunkin määrittämän oikeudellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin merkityksessä. Muunkinlainen tulkinta oikeudesta on toki mahdollinen, niin kuin erilaiset vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen oikeusopin suuntaukset osoittavat. Ilman edellytettyä sidonnaisuutta formaalin, institutionaalisen tai aineellisen tulkintaideologian vakioimaan validiteetti- ja tulkintakriteeriin oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti ja tulkinnallinen merkityssisältö eivät olisi määritettävissä vallitsevan oikeudellisen *tietomuodon* edellyttämällä tavalla. Ilman institutionaalisen tulkintaideologian mukaista sidonnaisuutta oikeuden vallitsevaan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan oikeudellinen tulkintalause ei ole myöskään kohdennettavissa voimassa olevaan oikeuteen.

Oikeus *formaalina systeeminä*, joka vastaa Makkosen isomorfiatilannetta sekä Wróblewskin sidottua oikeudellista ratkaisuideologiaa loogis-käsitteellisen konseptualismin eli oikeudellisen tulkintaformalismin tarkoittamalla tavalla, noudattaa *loogis-deduktiivista* päättelymallia, missä tarkasteltavana oleva oikeudellinen ongelma alistetaan oikeudellisten peruskäsitteiden aukottoman systeemin alle. Makkosen teoriaa edelleen jatkaen kyse on ehdottomasta eli ankarasta isomorfiasta, jossa sovellettavasta oikeusnormista voi seurata vain

yksi oikeusseuraamus. Jos mahdollisia oikeusseuraamuksia on useita tai jos tapaukseen soveltuu useampi kuin vain yksi oikeusnormi, lainsoveltajan tulee tehdä valinta näiden kesken, eikä ratkaisu noudata enää puhtaasti formaalia, loogis-käsitteellistä päättelymallia.

Oikeus *institutionaalisina ja yhteisöllisinä oikeusnormeina* eli yksilöitävissä oleviin institutionaaliisiin päätöksiin perustuvina oikeussääntöinä ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvina oikeusperiaatteina, jotka ovat kumpikin kiinnittyneet oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvo-perustaan, noudattaa oikeudellisen argumentaatioteorian jäsentämiä päättelymalleja institutionaalisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla. Siinä enemmän tai vähemmän todennäköisistä, uskottavista, perustelluista tai adekvaateista oikeudellisen päättelyn premisseistä johdetaan oikeudellinen tulkintalause, joka on tosi_L tai epätos_L eli tosi tai epätos_L suhteessa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämään oikeudelliseen *validiteettikriteeriin* ja oikeudellisesti perusteltu suhteessa institutionaalisen tulkintaideologian vakioimaan oikeudelliseen *tulkintakriteeriin*.

Oikeudellinen argumentaatio on siis oikeudellisten transformaatioiden logiikan eli metatason oikeudellisten päättelysääntöjen tarkoittamalla tavalla tapahtuvaa päättelyä määrättyjen normi- ja faktapremissien yhdistelmästä määrättyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen.²¹ Voimassa oleva oikeus koostuu oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista. Institutionaaliisiin päätöksiin perustuvia, alkuperäisestä yhteiskunnallisesta arvo- tai tavoiteperustastaan irtautuneita ja itsenäistyneitä oikeudellisia ratkaisuperusteita eli oikeussääntöjä tulee *tulkita* ja *systematisoida* niiden tyyppitapauksellisen eli yleistettävissä olevan oikeudellisen ratkaisuarvon ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi. Toisaalta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvia, yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden kanssa tiiviisti yhteenkietoutuneita oikeusperiaatteita tulee *punnita* ja *tasapainottaa* keskenään niiden aidosti tilannesidonnaisen oikeudellisen ratkaisuarvon ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi.

Institutionaaliisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sitoutunut institutionaalinen tulkintaideologia vastaa Makkosen oikeudellista tulkintatilannetta sekä Wróblewskin oikeudellista ja rationaalista ratkaisuideologiaa, joiden tarkoittamalla tavalla sovellettava oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri on kiinnitettävissä vertailtavien asiantilojen keskinäiseen vastaavuuteen (= *oikeudellisen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäiseen koherenssiin (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion yhteisölliseen hyväksyntään (= *oikeudellinen uusretoriikka*), lainsäätäjän tai pre-

²¹ Oikeudellisesta metodiopista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 325–386, 496–505, 889–891.

judikaattituomioistuimen alkuperäisiin oikeudellisiin ja yhteiskunnallisiin tavoitteisiin (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneisiin ja toteutettavissa oleviin oikeusvaikutuksiin eli tehokasta oikeussuojaa nauttiviin, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuihin oikeuksiin ja velvollisuuksiin (= *analyttinen oikeusrealismi*) tai vakiintuneisiin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin käytäntöihin (= *oikeudellinen konventionalismi*) tavalla, jota institutionaalisen tulkintaideologian käsittämät erilaiset painotukset eli tulkintamallit yhteisesti jäsentävät.

Tosin oikeudellinen korrespondenssiteoria on tässä suhteessa kaksitulkintainen, vaikka se onkin tässä luettu institutionaalisen tulkintaideologian alaisuuteen. *Tulkintaopillisesti* se noudattaa Makkosen isomorfiatilanteen sekä Wróblewskin sidotun oikeudellisen ratkaisuharkinnan sääntely- ja ratkaisulogiikkaa, vaikka *oikeuslähdeopillisesti* se tukeutuu muiden institutionaalista tulkintaideologiaa toteuttavien tulkintamallien tavoin oikeuden institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyviin oikeussääntöihin. Oikeudellinen korrespondenssiteoria toteuttaa toisin sanoen formaalia oikeuskäsitystä, vaikka se onkin sitoutunut institutionaalisiin oikeuslähteisiin.

Oikeussäännön tai oikeusperiaatteen tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö määräytyy institutionaalisen tulkintaideologian asettaman oikeudellisen (validiteetti- ja) tulkintakriteerin tarkoittamalla tavalla. Oikeudellinen tulkinta on oikeudellisen argumentaation ja samalla oikeudellisen metodiopin 'kova ydin', jota oikeudellinen systematisointi osaltaan tukee. Oikeuden systematisointi tarkoittaa puolestaan varsinaista tulkintaa käsitteellisesti edeltäviä ja tulkinnan kanssa yhteenkietoutuneita oikeussysteemisiä eli vallitsevaa oikeudellista *sääntely- ja ratkaisulogiikkaa* toteuttavia valintoja, jotka lukitsevat oikeuden mahdollisten maailmojen semantiikan edellyttämän loogis-käsitteellisen kehityksen. Sitä vasten voimassa olevan oikeuden (tietynhetkisen) tulkinnallisen merkityssisällön määrittäminen käy mahdolliseksi. Oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit ovat arvosidonnaisia ja tilannesidonnaisia eli ei-yleistettävissä olevia oikeudellisia ratkaisuperusteita, joiden oikeudellisen ratkaisuarvon määrittäminen väistämättä edellyttää niiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista.

Oikeudellinen tulkinta sisältää *konstitutiivisen* elementin eli voimassa olevaa oikeutta pätevällä tai tehokkaalla tavalla luovan, muuttavan, oikeusvaikutuksia toteuttavan tai kumoavan oikeusvaikutuksen, jos kyse on oikeudellisesti toimivaltaisen lainsäätäjän, tuomioistuimen tai muun lakia soveltavan viranomaisen tuottamasta oikeudellisesta tulkintalauseesta. Lainopin tutkijan tai muun ei-institutionaalisen toimijan tuottamilla oikeudellisilla tulkintalauseilla ei tavallisesti ole vastaavaa konstitutiivista vaikutusta. Poikkeuksena ovat oikeudellisesti toimivaltaisten oikeussubjektien siviilioikeudellisen kelpoisuutensa rajoissa tekemät oikeudelliset disponointi- eli määräämistoinimet, joiden tarkoittamalla tavalla yksittäisen oikeussubjektin siviilioikeudellinen oikeusasema eli hänelle

kohdennetut oikeudet ja velvollisuudet ovat oikeudellisesti pätevällä tavalla luotavissa, muutettavissa ja kumottavissa.

Lainopin tuottamat tulkintalauseet ovat joko institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutuneita* oikeudellisia tulkintalauseita, jolloin sovellettava oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri on johdettu oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta ja tulkintalauseen edellyttämä rakenteellinen ontologia on sitoutunut institutionaalisiin päätöksiin perustuviin oikeussääntöihin sekä yhteisöllisiin käytäntöihin perustuviin oikeusperiaatteisiin vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian tai yhteisöllisen oikeuskäsityksen tarkoittamalla tavalla. Vaihtoehtoisesti lainopin tuottamat tulkintalauseet voivat olla institutionaalisesta tulkintaideologiasta *irtautuneita* eli vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin mukaisia tulkintalauseita, jolloin sovellettu validiteetti- ja tulkintakriteeri perustuu tutkijan tai tutkijaryhmän sisäistämiin, oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta sisällöllisesti poikkeaviin yhteiskunnallisiin arvoihin tai tavoitteisiin. Oikeudellisen tulkintalauseen loogisen konstituution, edellytetyn ontologian tai rakenteellisen aksiologian ei tällöin tarvitse sitoutua vallitsevan tulkintaideologian mukaiseen käsitykseen oikeudesta ja sen edellytetystä todellisuusrakenteesta.

Oikeus aineellisena *yhteiskunnallisena oikeudenmukaisuutena*, jota aineellinen tulkintaideologia jäsentää, sivuuttaa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneet oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet sekä arvioi tulkintalauseita muiden kuin institutionaalisen tulkintaideologian ilmentävien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden valossa. Aineellinen tulkintaideologia vastaa Makkosen säätelemätöntä ratkaisutilannetta ja Wróblewskin vapaata oikeudellista ratkaisuideologiaa. Yhteiskunnallinen tavoiterationaalisuus (= *konsekventialistinen tulkintaoppi*), sisällöllinen arvorationaalisuus eli ehdoton yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus (= *luonnonoikeusfilosofia*) tai radikaalisti tilannesidonnainen, vallitsevasta oikeudellisesta tai yhteiskunnallisesta metateoriasta irtautunut oikeudenmukaisuusarvio (= *yhteiskunnallinen kontekstualismi*) saa tällöin etusijan yhtä hyvin formaalin tulkintaideologian mukaiseen oikeudellisten käsitteiden järjestelmään kuin institutionaalisen tulkintaideologian tarkoittamaan oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan nähden.

Aineellisen tulkintaideologian painotukset ovat sidoksissa siihen, pyritäänkö yhteiskunnallisessa päätöksenteossa viime kädessä yhteiskunnallisten arvo- tai tavoiteperusteiden toteuttamiseen. Arvosidonnaisia tulkinta- ja ratkaisuargumentteja punnitaan ja tasapainotetaan keskenään aivan kuten riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttavia oikeusperiaatteita ja niiden yhteiskunnallisia taustapremissejä. Kollektiivisia yhteiskunnallisia tavoitteita eli tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia arvioidaan finalistisen syy-seuraus-analyysin valossa *de lege ferenda* -tutkimuksen tarkoittamalla tavalla, jolloin

keskeistä on sen arvioiminen, toteuttaako valittu oikeudellinen keino(valikoima) riittävän tehokkaalla tavalla tavoitteeksi asetetut yhteiskunnalliset päämäärät.

Jos yhteiskunnalliset arvot määritellään yksilön tai määrätyn ryhmän oikeuksina ja jos yhteiskunnalliset tavoitteet määritellään puolestaan kollektiivisina intresseinä eli tarkoituksenmukaisuusnäkökohtina Ronald Dworkinin oikeusteorian tarkoittamalla tavalla, konsekventialistisen eli seuraushakuisen vaikutusanalyysin sekä klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian edellyttämä jaottelu yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoiteperusteisiin on tehtävissä ja ylläpidettävissä:²²

”Yhteiskunnalliset tarkoituksenmukaisuusargumentit perustelevat tarkasteltavana olevan poliittisen päätöksen osoittamalla, että se edistää tai suojaa jotain määrättyä *yhteisöllistä tavoitetta*, johon yhteisö on kollektiivisesti sitoutunut. Lentokoneteollisuuden taloudellisen tuen puolesta esitetty perustelu, jonka mukaan tuki turvaa kansallista puolustusta, tukeutuu yhteiskunnallisiin tavoitteisiin tai tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin. *Oikeusperiaatekeskeiset argumentit* oikeuttavat poliittisen päätöksen osoittamalla, että siten suojataan jotain *yksilölle tai ryhmälle kuuluvaa oikeutta*. Syrjinnän kieltävän lainsäädännön tueksi esitetty perustelu, jonka mukaan yhteiskunnallisilla vähemmistöillä on oikeus yhtäläiseen oikeudelliseen suojaan ja yhteiskunnallisiin mahdollisuuksiin [kuin yhteiskunnan valtaväestöllä], tukeutuu sanotunlaiseen oikeusperiaatteeseen. Poliittista päätöksentekoa tukeva argumentaatio ei ole tyhjentävästi palautettavissa jompaankumpaan näistä kahdesta perustelutavasta. Toisinaan jotain poliittista päätöstä, kuten päätöstä myöntää ylimääräinen verovähennys näkövammaisille, voi puoltaa pikemminkin osoituksena yhteiskunnallisesta jalomielisyydestä tai hyveellisyydestä kuin joko yhteiskunnallisten tavoitteiden tai oikeusperiaatteiden avulla. Yhteiskunnalliseen tarkoituksenmukaisuuteen tai oikeusperiaatteisiin

²² *”Arguments of policy* justify a political decision by showing that the decision advances or protects some *collective goal* of the community as a whole. The argument in favor of a subsidy for aircraft manufacturers, that the subsidy will protect national defense, is an argument of policy. *Arguments of principle* justify a political decision by showing that the decision respects or secures some *individual or group right*. The argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has a right to equal respect and concern, is an argument of principle. These two sorts of argument do not exhaust political argument. Sometimes, for example, a political decision, like the decision to allow extra income tax exemptions for the blind, may be defended as an act of public generosity or virtue rather than on grounds of either policy or principle. But principle and policy are the major grounds of political justification. (...) But if the case at hand is a hard case, when no settled rule dictates a decision either way, then it might seem that a proper decision could be generated by either policy or principle. (...) I propose, nevertheless, the thesis that judicial decisions in civil cases, even in hard cases like *Spartan Steel*, characteristically are and should be generated by principle not policy.” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 82–83, 84 (kursivoinnit lisätty; käännös allekirjoittaneen). – Samoin Dworkin, mts. 90 (kursivoinnit lisätty): *”Arguments of principle* are arguments intended to establish *an individual right*; *arguments of policy* are arguments intended to establish *a collective goal*. Principles are propositions that describe *rights*; policies are propositions that describe *goals*.”

tukeutuvat perustelut ovat kuitenkin poliittisten perustelujen kaksi päämuotoa. (...) Mutta jos tarkasteltavana oleva tapaus on vaikea oikeustapaus, jonka ratkaisua mikään vakiintunut oikeussääntö ei määritä kumpaankaan suuntaan, vaikuttaisi siltä kuin ratkaisu voitaisiin tehdä yhtä hyvin yhteiskunnallisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien kuin varsinaisten oikeusperiaatteidenkin avulla. (...) Kannatan kuitenkin käsitystä, jonka mukaan siviilioikeudellisissa riita-asioissa, vaikka kyse olisi *Spartan Steel* -tapauksen kaltaisesta vaikeasta oikeudellisesta ongelmasta, ratkaisu tavallisesti tehdään ja se myös pitää tehdä oikeusperiaatteisiin tukeutuvien eikä vain yhteiskunnallisiin tavoitteisiin viittaavien perusteiden nojalla.”

Dworkinin *ota oikeudet vakavasti!* -teesin mukaan yksilön oikeuksiin perustuvat periaateargumentit ovat oikeudellisia valttikortteja,²³ jotka ohittavat kolli-siotilanteessa kollektiiviset yhteiskunnalliset tavoite- eli tarkoituksenmukaisuusperusteet.²⁴ Jaottelu yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin sekä niihin tukeutuviin periaatesidonnaisiin tai tarkoitussidonnaisiin argumentteihin ei ole kuitenkaan saanut oikeuskirjallisuudessa varauksetonta tai jakamatonta hyväksyntää. Esimerkiksi skotlantilainen Neil MacCormick on kiistänyt Dworkinin tekemän erottelun, koska yhteiskunnalliset arvot voidaan hänen mukaansa kääntää jäännöksettä tavoitteiksi ja vastaavasti yhteiskunnalliset tavoitteet arvoiksi ilman, että niiden kummankaan merkityssisältö muuttuu. Valinta, puhutaanko yhteiskunnallisista arvoista vai tavoitteista, on siten vain semanttinen eli yhteisöllisen kielenkäytön konventionalistiseen tarkoituksenmukaisuuteen liittyvä kysymys.²⁵ Puhtaasti tilannesidonnainen oikeudellinen ratkaisuharkinta, jota yhteiskunnallinen kontekstualismi jäsentää, hyödyntää täydellisen ennakkoimattomalla tavalla joko yhteiskunnallisten arvojen punnintaa tai kollektiivisten yhteiskunnallisten tavoitteiden seurausharkintaa, jollei kyse ole puhtaasti intuitiivisesta, *ad hoc* -tyyppisestä päätöksenteosta.²⁶

²³ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 82–84, 364–366.

²⁴ Yksilöllisten oikeuksien vähintäänkin *prima facie* -etusijasta kollektiivisiin tavoitteisiin nähden Dworkinin *taking rights seriously* -teesin tarkoittamalla tavalla, Alexy, ”Individual Rights and Collective Goods”, s. 178–179.

²⁵ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 259–264; vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 55. – ”What is more, when in law or in any other sphere we raise the question whether a given policy goal is desirable or not, we are raising a question of principle. For any goal *g*, to say that it is a goal which *ought* to be secured is to enunciate a principle or a judgment dependent on some unstated but presupposed principle. For this reason, the spheres of principle and of policy are not distinct and mutually opposed, but irretrievably interlocking (...) To articulate the desirability of some general policy-goal is to state a principle. To state a principle is to frame a possible policy-goal. Hence it makes perfect sense (and is true) to say both that the British Courts have a standing policy of securing fairness in judicial and quasi judicial determinations of all sorts, and that the principles of natural justice are important principles of Scots and English law.” MacCormick, mts. 263–264 (kursivointi MacCormickin).

²⁶ Tieteellisen metodiopin näkökulmasta puhtaasti tilannekohtainen, *ad hoc* -perustainen ratkaisuharkinta on ongelmallinen, koska se perustuu ei-yleistettävissä olevan ’kertakäyttömetsodin’ hyödyntämiseen. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, 483–484.

17.4 INSTITUTIONAALISET OIKEUSLÄHTEET JA OIKEUDELLISET TULKINTAPERUSTEET

Sovellettavat oikeudelliset tulkintaperusteet vaihtelevat ratkaistavasta tapauksesta ja kyseeseen tulevasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä oikeuslähdeaineistosta riippuen. Mitään universaalia eli kaikkiin mahdollisiin oikeudellisiin tulkintatilanteisiin yhtäläisesti soveltuvaa oikeudellista tulkintamallia tai Metodía isolla alkukirjaimella ei oikeudellisessa argumentaatiossa ole eikä edes voi olla oikeuden, oikeustieteen ja oikeudellisen tulkinnan radikaalisti tulkinnanvaraisen luonteen vuoksi. Institutionaalisen oikeuslähdeopin dynaamisen luonteen eli tapauskohtaisesti muuntuvien osatekijöiden tavoin myös oikeudellinen tulkinta on wittgensteinilaisittain ymmärretty perheyhtäläinen *yhdistelmä*- eli *ryväskäsite* (engl.: *cluster concept*; *paradigm concept*) eli semanttiselta kohdereferenssiltään vaihtuva-alainen käsite,²⁷ jonka täsmällinen merkityssisältö ja asiallinen soveltamisala vaihtelevat oikeudellisesta tulkintatilanteesta eli käsillä olevasta normi- ja fakta-aineistosta sekä sovellettavasta tulkintakehyksestä riippuen. Universaalín eli yleistettävissä olevan tulkintametodin sijaan on tyydyttävä vain tulkinnan *mahdollisten* osatekijöiden analyysiin, joiden avulla tutkija tai tuomari voi johtaa perustellun oikeudellisen tulkintalauseen formaalin, institutionaalisen tai aineellisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla. Näistä institutionaalisen tulkintaideologian hyväksymät oikeudelliset eli institutionaaliset ja yhteisölliset ratkaisuperusteet ovat siis merkittävimmät.

Institutionaalisen tulkintaideologian käsittämistä institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä lainsäädännön ja sitä tukevan lainvalmisteluaineiston, prejudikaattien ja muun vakiintuneen tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön, sopimuserustaisen ja tavanomaisen oikeuden sekä reaalisten argumenttien tulkinnassa sovellettavat tulkintateoriat ovat eriytyneet toisistaan. Koska säädännäinen oikeus on meillä ollut pitkään ensisijainen institutionaalinen oikeuslähde, oikeudelliset tulkintateoriat ovat perinteisesti jäsentyneet vallitsevan oikeudellisen metateorian eli oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen *meta-kontekstin* tarkoittamalla tavalla ensisijaisesti lainsäädännön käsittämien yleisten oikeusnormien tulkinnan varaan, ja prejudikaattiperustainen oikeus on pitkään ollut vain säädännäistä oikeutta täydentävä oikeuslähde. Suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan päätöksenteon normatiivinen konteksti on kuitenkin viime vuosikymmeninä merkittävästi laajentunut. Nyt se käsittää kansallisen oikeuden ohella myös kaksi ylikansallista oikeusnormistoa eli Euroopan unionin oikeuden sekä Euroopan ihmisoikeusnormiston.

Korkeimman oikeuden emerituspresidentti Olavi Heinonen on kiteyttänyt tämän suomalaisen oikeuskulttuurin murroksen hyvin todetessaan, että 2000-

²⁷ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, *passim*.

luvulla suomalaisella tuomarilla on samalla kertaa kolme roolia: suomalainen tuomari on paitsi perinteistä kansallista oikeutta soveltava tuomari myös EU-tuomari ja ihmisoikeustuomari.²⁸ Vuonna 2002 Heinonen totesi *Lakimiehen* haastattelussa:²⁹

”Suomalaisella tuomioistuimella on tänä päivänä kolmoisrooli. Ensinnäkin se soveltaa puhtaasti kansallista lainsäädäntöä. Toiseksi se huolehtii Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja muiden ihmisoikeussopimusten toteuttamisesta Suomen oikeuskäytännössä. Kolmanneksi se huolehtii EU-oikeuden noudattamisesta asioissa, joilla on kosketuspintoja EU-oikeuteen. Vielä vuoden 1990 alkukuukausina suomalainen tuomari oli lähinnä vain *kansallinen tuomari*. Nyt hän on tämän lisäksi *ihmisoikeustuomari* ja *EU-tuomari*. – Kaikissa rooleissaan hän joutuu soveltamaan säännöstöjä, jotka jättävät hänelle runsaasti harkintavaltaa. Tämän harkintavallan käyttö hänen on pystyttävä sitomaan ratkaistavaa kysymystä koskettaviin oikeusperiaatteisiin, joiden sisältöä hän joutuu selvittämän paitsi kotimaisista lähteistä myös esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EY-tuomioistuimen käytännöstä.”

Kansallisten oikeuslähteiden ohella suomalaisen tuomarin tulee tuntea myös keskeinen eurooppaoikeudellinen oikeusnormisto Euroopan unionin perustamissopimuksen ja sen myöhempien muutosten ja lisäysten, perustamissopimuksen nojalla annettujen EU-säädösten eli asetusten ja direktiivien, yksittäistapauksellisten päätösten sekä Euroopan ihmisoikeuksien yleissopimuksen ja vastaavien muiden ihmisoikeussopimusten merkityksessä. Lisäksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, jotka keskeisellä tavalla täsmentävät EU-oikeuden ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaa, saavat edellä kerrotulla tavalla prejudikaattioikeudellista merkitystä suomalaisen tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovina, velvoittavina tai ohjaavina tulkinta- ja ratkaisuperusteina. Eräänlaisena suomalaisen tuomarin neljäntenä roolina on vielä yhtenäisen ja vakiintuneen *yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön* eli Euroopan unionin jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen kansallisesti voimaan saattaneiden valtioiden kansallisen, eurooppaoikeudellisia kysymyksiä määrittävän oikeudellisen tulkintakäytännön tuntemus. Se saa merkitystä etenkin silloin, kun suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan arvioitavana on oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan pulmalliseksi osoittautunut EU-oikeuden säädös tahi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevä

²⁸ Heinonen, ”KKO:n Heinonen varoittaa tuomaripulasta lähivuosina”, *in fine*.

²⁹ Heinonen, ”Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio”, s. 79 (kursivoinnit lisätty). Olavi Heinonen vastasi haastattelijan kysymykseen: ”Mitä yleisesti voisit sanoa tuomioistuimen roolista nyky-Suomessa?”

yleinen oikeusohje, jonka oikeudellinen painoarvo ei ole määritettävissä ilman, että sen rakenteistuminen eli kiinnittyminen yhtenäiseen ja vakiintuneeseen yleiseurooppalaiseen oikeuteen tulee ensin arvioitavaksi.³⁰

Etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden vaikutus myös suomalaisen tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan on siirtänyt vallitsevan oikeudellisen metateorian painopistettä kohden prejudikaattiperustaista eli tuomioistuinten yksittäistapauksellisesti luomaa oikeutta perinteisen säädännäisen oikeuden kustannuksella.³¹ Samalla prejudikaattiperustaisen oikeuden taustalla vaikuttavat institutionaaliset oikeuttamisperiaatteet eli oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan periaate ovat saaneet lisääntyvää merkitystä lainsäädännön ja lainvalmisteluaineiston taustalla vaikuttavan parlamentaarisen demokratiaperiaatteen kustannuksella. Parlamentaarinen demokratiaperiaate on kuitenkin edelleen näistä kahdesta institutionaalisesta oikeuttamisperusteesta ensisijainen ja systeemiseltä painoarvoltaan suurempi.

Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*, eikä oikeudellinen tulkinta ole sekään mahdollinen ilman vähintäänkin hetkellisesti vakioitua näkökulmaa oikeudellisen tulkinnan kohteeseen eli voimassa olevan oikeuden sääntöihin ja periaatteisiin. Se, miten erilaiset oikeudelliset tulkintateoriat tai tulkintamallit ovat suhteutettavissa toinen toisiinsa, on sidoksissa tutkijan tai tuomarin sisäistämään oikeudelliseen *tulkintakehykseen*, jonka sisältö voi merkittävästi vaihdella tapauksesta toiseen sovellettavasta oikeuslähdeaineistosta riippuen. Yksittäisessä oikeudellisessa tulkintatilanteessa eri tulkintaperusteet lomittuvat yhteen tavalla, joka ei ole tarkkarajaisesti ennalta määritettävissä tai vakioitavissa. Oikeuden radikaalin tulkinnanvaraisuuden³² sekä institutionaalisen oikeuslähdeopin ja erilaisten oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden ryväskeiteluonteisuuden vuoksi tuomarin tai tutkijan oikeudellinen tulkinta toteuttaa senkin *dynaamista* oikeudellista ratkaisulogiikkaa, joka on määritettävissä vain suhteessa tarkasteltavana olevaan yksittäiseen ainutkertaiseen oikeudelliseen

³⁰ Yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 274–276, 925–926.

³¹ Vrt. toisin Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*, s. 126–127, joka painottaa lainsäädäntökeskeisen oikeuden merkitystä ja katsoo etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden prejudikaattivaikutuksen edelleen suomalaiselle oikeuskulttuurille vieraaksi ilmiöksi.

³² Väite oikeudesta *radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä*, josta on mahdollista esittää monilukuinen joukko toisistaan poikkeavia tulkintoja esimerkiksi analyttisen oikeuspositivismin, analyttisen oikeusrealismin, oikeusfenomenologian, klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian ynnä muiden vastaavien tutkimussuuntausten hyväksymien premissien alaisuudessa, perustuu amerikkalaisen oikeusfilosofin Thomas Morawetzin ajatuksiin. Morawetz, "Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices", s. 19–23; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 25–32.

tulkintatilanteeseen ja jonka yleistäminen myös muihin riittävän samankaltaisiin oikeudellisiin tulkintatilanteisiin edellyttää tapauskohtaista arviota.

Oikeusyhteisössä vallitseva *institutionaalinen* tulkintaideologia määrittää institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden tulkintaa. Sovellettavat oikeudelliset tulkintaperusteet ovat eriytettävissä oikeuslähteittäin siten, että vallitseva lainsäädäntöideologia ohjaa etenkin lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston tulkintaa, tuomarikunnan kollektiivinen tuomarinideologia ohjaa etenkin prejudikaattiperustaisen oikeuden sekä muun vakiintuneen tuomioistuinja viranomaiskäytännön tulkintaa, ja yhteisöllinen oikeuskäsitys ohjaa tavanomaisen oikeuden, vakiintuneiden sopimusoikeudellisten vastuunjakokäytäntöjen sekä muiden yhteisöllisten konventioiden tulkintaa. *Aineellinen* tulkintaideologia kiinnittyy muunlaisiin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, ja *formaali* tulkintaideologia pyrkii toteuttamaan käsitelainopillista ideaalia oikeuden ankaran systeemihakuisesta tulkinnasta.

Oikeudelliset *tulkintaperusteet* eli *tulkintakriteerit* määrittävät tulkintaopillisia painotuksia eli sitä, miten eri tavoin oikeuslähteistä johdettuja oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisargumentteja voidaan painottaa oikeudellisen tulkintalauseen merkityssisältöä määritettäessä. Oikeudellisessa tulkintakontekstissa etenkin seuraavat tulkintaperusteet ovat saaneet merkitystä erilaisiin tulkintamalleihin liittyneinä:

- (a) *lingvistic-käsitteelliset* tulkintaperusteet, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä on oikeudellisen säädöksen, prejudikaatin tai muun viranomaisratkaisun, yksityisoikeudellisen sopimuksen tai jonkin muun kirjallisessa muodossa annetun oikeuslähteen kielellinen ilmaisu → *oikeudellinen tulkintaformalismi*,
- (b) *historiallis-eksegeettiset* tulkintaperusteet, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä ovat oikeudellisen säädöksen, prejudikaatin tai muun viranomaisratkaisun, yksityisoikeudellisen sopimuksen tai muun oikeuslähteen alun perin asettaneen institutionaalisen toimijan, kuten lainsäätäjän, tuomioistuimen tai muun viranomaisen, tai yksityisoikeudellisen sopimukseen laatimiseen osallisten tahojen alkuperäiset oikeudelliset tarkoitukset tai tavoitteet → *oikeudellinen eksegeesi*,
- (c) *oikeussysteemiset* tulkintaperusteet, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä on institutionaalisesta tai yhteisöllisestä oikeuslähteestä johdetun oikeudellisen tulkinta- tai ratkaisuperusteen suhde vastaaviin muihin tulkinta- tai ratkaisuperusteisiin, kuten oikeudellisen säädöksen suhde muihin saman tai toistenkin oikeudenalojen säädösten muodostamaan kokonaisuuteen, yksittäisen prejudikaatin suhde useiden prejudikaattien sarjaan tai yksittäisen viranomaisratkaisun suhde useiden samantyyppisten viranomaisratkaisujen muodostamaan kokonaisuuteen → *oikeudellinen koherenssiteoria*,
- (d) *tuomioistuin- ja viranomaiskäytännössä vakiintunut tulkinta*, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä on tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien vahvistama, mahdollisesti lainsäätäjän

- tai muun norminasettajan alkuperäisistä tarkoituksista ja tavoitteista poikkeava käsitys oikeuden tulkinnasta → *analyttinen oikeusrealismi*,
- (e) *vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt*, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä ovat institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat sopimusoikeudelliset vastuunjako-
rusteet ja muut tavanomaisoikeudelliset käytännöt → *oikeudellinen konventionalismi*,
 - (f) oikeuden ennakoitavissa olevat *yhteiskunnalliset vaikutukset*, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä ovat reaaliset argumentit ja etenkin oikeuden yhteiskuntatieteellisen tai taloustieteellisen analyysin tuottamat tulokset → *yhteiskunnallinen konsekventialismi*, ja
 - (g) *oikeudellinen eheys*, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä on yhteiskunnan vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan, oikeudellisen metateorian ja vallitsevan oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan kanssa parhaiten yhteensovitettavissa oleva käsitys oikeudesta → *oikeudellinen totaali-koherenssi*.

Oikeuslähteen kielellinen ilmiö voi saada merkitystä yhtä hyvin yksittäisen oikeudellisen säädöksen, prejudikaatin tai muun viranomaisratkaisun kuin sopimusperustaisenkin oikeuden tulkinnassa. Prejudikaattien tulkinnassa tulee esikysymyksenä ratkaistavaksi ennakkoratkaisun varsinaisen prejudikaattinormin määrittely ja erottaminen sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista sanotussa ratkaisussa, kun taas säädännäisen oikeuden tulkinnassa sovellettava oikeussääntö on jo ennalta lainsäätäjän toimesta asetettu ja kielellisesti muotoiltu. Sopimusperustaisessa oikeudessa yksittäisen sopimusehdon sanamuoto voidaan sivuuttaa, jollei sopijapuolten alkuperäisestä tai myöhemmällä tarkasteluhetkellä vallitsevista tarkoituksista ole erimielisyyttä.

Lainsäätäjän, prejudikaattituomioistuimen tai sopijapuolten alkuperäiset tavoitteet voivat saada merkitystä yhtä hyvin lainsäädäntöä, toteutunutta oikeuskäytäntöä kuin sopimusperustaista oikeutta tulkittaessa, mutta tulkinnan menetelmälliset reunaehdot ovat kunkin oikeuslähteen osalta varsin erilaiset.³³ Lainsäädäntöä tulkittaessa puhutaan *lainsäätäjän historiallisen tarkoituksen* selvittämisestä, prejudikaattiperustaisen oikeuden kohdalla *eksegeettisestä prejudikaatti-ideologiasta*, jolloin myöhempi tuomari rekonstruoi ennakkoratkaisun sisältämän yleistettävän prejudikaattinormin tuon ratkaisun aineellisen lopputuloksen ja sen tueksi esitettyjen normatiivisten ja faktaperusteiden kokonaisuudesta, ja sopimusoikeuden tulkinnassa kyse on *tahtoperustaisesta sopimusmallista*, missä sopijapuolten alkuperäinen tahdonmuodostus on määräävässä asemassa sopimuksen loogis-semanticiseen konstituutioon sekä yksittäisen sopimusehdon tulkintaan nähden.

³³ Kansainväliselle *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmälle tämä lainsäätäjän alkuperäisiin tavoitteisiin viittaava *transkategorinen argumentti* eli muut tulkintakategoriat ylittävä tulkintaperuste on oikeudellisen tulkinnan viimekätinen kriteeri. McCormick & Summers, eds., *Interpreting Statutes*, s. 515, 522–525.

Etenkin tavanomaista oikeutta ja vakiintuneita sopimusoikeudellisia vastuunjakoperusteita tulkittaessa yhteisölliset ja konventionaaliset tulkintaperusteet saavat merkitystä esimerkiksi juristikunnan ammatillisesti eriytyneiden käytäntöjen ja ammattietiikan tai vakiintuneiden sopimuskäytäntöjen vahvistamisen merkityksessä. Oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa olevat taloudelliset, sosiaaliset tai muunlaiset yhteiskunnalliset vaikutukset voivat saada merkitystä reaalisina argumentteina etenkin silloin, kun vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten tulkintaperusteiden soveltaminen johtaisi räikeän epäoikeudenmukaiseksi arvioituun tulokseen. Voimassa olevan oikeuden tulkinta ei voi milloinkaan toteutua yhteiskunnallisessa tyhjiössä, vaan oikeudenkäytön tai ehdotetun oikeudellisen tulkinnan yhteiskunnalliset vaikutukset tulee pyrkiä mahdollisuuksien mukaan ennakoimaan.

Ronald Dworkinin oikeusteorian keskeisajatus *oikeudellisesta eheydestä* on *metatason* institutionaalinen ja yhteisöllinen tulkintaperuste, joka asettaa lingvistis-systeemisen, historiallis-eksegeettisen, oikeussysteemisen säädös- tai tapusanalogian, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeuskäytännössä vakiintuneen sekä erilaisten institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen ilmentämän käsityksen oikeuden tulkinnasta yhtenäisen *konstruktivisen* ja *holistisen* tulkintakehyksen alaisuuteen. Tällöin tulkinnan suhde oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan ja sitä vastaavaan metakontekstiin on hyväksytty Ronald Dworkinin oikeusteorian tarkoittamalla tavalla oikeudeksi validiteetti- ja tulkintakriteeriksi.

17.5 OIKEUDELLISEN TULKINNAN MÄÄRITELMÄ

Oikeudellinen tulkinta on määriteltävissä yhtäältä Rudolf Carnapin ajatuksia seuraten oikeudellisen tulkintalauseen semanttisen *ekstension ja intension menetelmän* avulla ja toisaalta John Searlen institutionaalisten tosiasioiden teorian yhteydessä perusteleman *konstitutiivisen säännön* ” x on y , koska tulkintakehys T ” avulla. Oikeudellisen tulkintalauseen totuusarvo on puolestaan sidoksissa omaksuttuun institutionaaliseen, formaaliin tai aineelliseen tulkintaideologiaan.

17.5.1 Oikeudellisen tulkintalauseen semanttinen ekstensio ja intensio

Kun oikeudelliset ratkaisutilanteet rajataan oikeudellisiin *tulkintatilanteisiin* Kaarle Makkosen oikeusteorian merkityksessä, *oikeudelliseen ja rationaaliiseen ratkaisuideologiaan* Jerzy Wróblewskin tarkoittamassa merkityksessä tai *institutionaalisen tulkintaideologian* käsittämiin oikeudellisiin ratkaisu- ja tulkintaperusteisiin tässä teoksessa perustellussa merkityksessä, voi puhua oikeu-

dellisesta tulkinnasta termin varsinaisessa merkityksessä. Makkosen oikeudelliset isomorfiatilanteet, Wróblewskin sidotun ratkaisuideologian käsittämät ratkaisutilanteet sekä formaalin tulkintaideologian alaan kuuluvat tapaukset jäävät tarkastelun ulkopuolelle samoin kuin Makkosen oikeudellisesti säatelemättömät ratkaisutilanteet, Wróblewskin vapaan ratkaisuideologian mukaiset ratkaisutilanteet sekä aineellisen tulkintaideologian alaan kuuluvat tapaukset, jos ja kun oikeudellisen tulkintalauseen tulee täyttää institutionaalisen tulkintaideologian asettama ehto *oikeudellisesta* eli oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan palautettavissa olevasta validiteetista, institutionaalisesta totuusarvosta ”tosi_L” (tai ”epätosi_L”) sekä tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä.

Makkosen isomorfiatilanteessa tai Wróblewskin sidotun ratkaisuideologian alaisuudessa oikeudellista tulkintaa ei lainkaan tarvita: *interpretatio cessat in claris*.³⁴ Makkosen oikeudellisesti säatelemättömässä tilanteessa tai Wróblewskin vapaan ratkaisuideologian alaisuudessa tulkinta tukeutuu olennaisesti muunlaisiin kuin oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämiin ratkaisuperusteisiin. Sama pätee myös formaalin tai aineellisen tulkintaideologian eli muun kuin institutionaalisen tulkintaideologian käsittämiin ratkaisutilanteisiin ja ratkaisuideologian vaihtoehtoihin.

Oikeudellinen tulkinta voidaan määritellä Rudolf Carnapin semanttisen *ekstension ja intension menetelmää* hyödyntäen.³⁵ Semantiikan näkökulmasta arvioiden tulkinta tarkoittaa erilaisten kielellisten ilmausten semanttisen *ekstension* ja *intension* määrittämistä. Kielelliset ilmaukset voivat olla *yksilötermejä*, kuten ”Sokrates” tai ”Ludwig Wittgenstein”, *predikaatteja* kuten ”aamutähti”, ”etevä kreikkalainen filosofi”, ”*Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen kirjoittaja” tai ”oikeudellisesti toimivaltainen lainsäätävä”, tai *lauseita*, jotka ilmaisevat toden tai epätoden propositionaalisen ajatussisällön, kuten ”Planeetta Venus on sekä aamutähti että iltatähti”, ”Sokrates oli etevä kreikkalainen filosofi”, ”Ludwig Wittgenstein on *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen kirjoittaja”, ”Kuu on koostumukseltaan *Wensleydale*-juustoa” tai ”’Omistajan oikeusasema’ on yhteisnimitys esineen omistajan oikeudellisesti suojatulle omistajanhallinnalle, luovutus- ja muulle disponointikompetenssille sekä määrätynasteiselle dynaamiselle suojalle”.

Analysoitavana tulkintaopillisena kohteena on tavallisimmin lause, jolloin tulkinta tarkoittaa lauseen semanttisen ekstension eli *totuusarvon* ja semanttisen intension eli propositionaalisen ajatussisällön eli *merkityssisällön* määrittämistä. Jos tulkinta kohdentuu predikaattiin tai (harvemmin) yksilötermiin, tul-

³⁴ *Interpretatio cessat in claris* (lat.) ~ ”selvä l. riidaton tapaus ei edellytä tulkintaa”.

³⁵ Kootusti Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 1.

kinta tarkoittaa vastaavasti sen semanttisen ekstension ja intension määrittämistä joko predikaatin tarkoittaman olioluokan ja siihen liitetyn ominaisuuden merkityksessä, jos kyse on yksipaikkaisesta predikaatista, määrätyn relaation ja siihen liitetyn suhdekäsitteen merkityksessä, jos kyse on useampipaikkaisesta predikaatista, tai (harvemmin) yksilötermin tarkoittaman yksilön ja siihen liitetyn yksilökäsitteen merkityksessä.³⁶

Oikeudellinen tulkinta tarkoittaa *oikeudellisen tulkintalauseen* semanttisen ekstension ja intension määrittämistä, missä tulkintalauseen ekstensio tarkoittaa sen tavallisen lauseen totuusarvoon rinnastuvaa formaalia, institutionaalista tai aineellista *validiteettia* ja intensio sen (tietynhetkistä) *tulkinnallista merkityssisältöä*. Kokoavasti oikeudellinen tulkinta tarkoittaa oikeudellisen tulkintalauseen semanttisen ekstension eli *oikeudellisen validiteetin* ja *institutionaalisen totuusarvon* ”tosi_L” tai ”epätosi_L” sekä semanttisen intension eli *tulkinnallisen merkityssisällön* määrittämistä formaalin, institutionaalisen tai aineellisen tulkintaideologian rajaamassa merkitys- ja perustelukontekstissa.³⁷

Omaksutun oikeudellisen tulkintaideologian vakioima *validiteetti- ja tulkintakriteeri* määrittää tulkintalauseen oikeudellista validiteettia ja tulkinnallista merkityssisältöä suhteessa: (a) formaaliin, aukottomaan ja ristiriidattomaan oikeudellisten käsitteiden eli käsittekkategorioiden systeemiin (= *formaali tulkintaideologia*), (b) institutionaalisiin päätöksiin perustuviin oikeussääntöihin ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuviin oikeusperiaatteisiin, jotka kumpikin tukeutuvat oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden kolmen tietynlaisen yhdistelmän merkityksessä (= *institutionaalinen tulkintaideologia*) tai (c) muunlaisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoiteperusteisiin, joilta oikeusperiaatteilta edellytetty institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuvat (= *aineellinen tulkintaideologia*).

Tulkintalause on *oikeudellinen* eli kohdentuu voimassa olevaan oikeuteen, jos ja vain jos se toteuttaa jonkin *institutionaalisen tulkintaideologian* käsittämistä institutionaalisisista tai yhteisöllisistä validiteetti- ja tulkintakriteereistä vertailtavien asiantilojen vastaavuuden (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäisen koherenssin (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion yhteisöllisen hy-

³⁶ Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 1, 23–42. – Vrt. myös Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 132: ”Tulkinta on merkityssisällön antamista, ei sen toteamista.” – Makkonen toisin sanoen rajaa deklaratiiviset tulkintakäsitykset oman määritelmänsä ulkopuolelle. Samalla Makkosen määritelmä rajautuu vain Carnapin semanttinen ekstensio/intensio-jaottelun jälkimmäiseen osatekijään.

³⁷ Toisaalta oikeudellinen tulkinta voidaan määritellä konstitutiivisen säännön ” x on y , koska tulkintakehyks T ”, avulla. Palaan tähän seuraavassa luvussa.

väksynnän (= *oikeudellinen uusretoriikka*),³⁸ lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten tavoitteiden (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten eli tehokasta oikeussuojaa nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien (= *analyytinen oikeusrealismi*) tai vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen (= *oikeudellinen konventionalismi*) tarkoittamassa merkityksessä.

Tulkintalause on *formaali* eli kohdentuu oikeudellisten peruskäsitteiden muodostamaan kokonaisjärjestelmään, jos ja vain jos se täyttää *formaalin* tulkintaideologian asettaman *loogis-käsitteellisen* ja *oikeussysteemisen* validiteetti- ja tulkintakriteerin loogis-käsitteellisten ja oikeussysteemisten arviointikriteerien merkityksessä (= *oikeudellinen tulkintaformalismi*). Tulkintalause on *aineellinen* eli kohdentuu yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen, jos ja vain jos se täyttää jonkin aineellisen tulkintaideologian asettamista *arvo- tai tavoiteperustaisista* validiteetti- ja tulkintakriteereistä oikeudellisen tulkintalauseen yhteiskunnallisten vaikutusten tavoiteltavuuden (= *yhteiskunnallinen pragmatismi*), ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden (= *luonnonoikeusfilosofia*) tai radikaalin tilannesidonnaisen oikeudenmukaisuuden (= *yhteiskunnallinen kontekstualismi*) merkityksessä.

Institutionaalisen tulkintaideologian rajaamien tulkinta- ja merkitysosillisten premissien alaisuudessa oikeudellinen tulkintalause edellyttää tietynlaista *rakenteellista ontologiaa* esimerkiksi institutionaalisiin päätöksiin perustuvien *oikeussääntöjen* ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien *oikeusperiaatteiden* tai, vaihtoehtoisesti, yksittäiselle oikeussubjektille kohdennettavissa olevien *oikeuksien* ja *velvollisuuksien* merkityksessä. Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ovat kiinnittyneet eri tavoin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, ja niillä on vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian perusteella oikeudellista ratkaisuarvoa eli tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus. Formaali tulkintaideologia kiinnittyy vastaavasti oikeudellisten peruskäsitteiden aukottomaksi miellettyyn systeemiin. Aineellinen tulkintaideologia kiinnittyy yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, joilla ei ole oikeusperiaatteilta edellytettyä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää. Niiden oikeudellinen ratkaisuarvo on sen vuoksi olennaisesti vähäisempi kuin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneilla oikeussäännöillä ja oikeusperiaatteilla, rinnastuen lähinnä vain reaaliin argumentteihin ja vastaaviin ei-oikeudellisiin ratkaisu- ja tulkintaperusteisiin.

Jos oikeudellinen tulkinta kohdentuu yksittäiseen oikeudelliseen *predikaattiin* eli määrättyyn oikeudelliseen *instituutioon*, joita ovat esimerkiksi avioliitto,

³⁸ Tällöin lisäehtona on tulkinnan kohdentuminen institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin universaaliauditorion muiden mahdollisten määrittelyjen sijaan.

osakeyhtiö, sotilasviranomainen, panttioikeus, maanpetos, kiinteistöasite, perustuslaki, valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta tai Euroopan unionin perustamissopimuksen 234 artiklan (eli Rooman sopimuksen alkuperäisen 177 artiklan) mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisuuppyyntö, oikeudellisen tulkinnan avulla tulee selvittää sen semanttinen ekstensio eli referentiaalinen soveltamisala tarkoitettujen oikeudellisesti määräytyneiden olioiden tai relaatioiden luokan merkityksessä sekä sen semanttinen intensio eli kyseiseen ominaisuuteen tai suhdekäsitteeseen liitetty ominaisuus tai suhdekäsite. Koska oikeudellinen tulkintalause koostuu joukosta oikeudellisia predikaatteja ja mahdollisia yksilötermejä, yksittäisten oikeudellisten instituutioiden merkityskonstituution analyysi edeltää käsitteellisesti oikeudellisen tulkintalauseen oikeudellisen kohdentuvuuden ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämistä.

17.5.2 Konstitutiivinen sääntö: ”tosiasia x on tosiasiya y, koska tulkintakehys T”

Oikeudellinen tulkinta on toisaalta määriteltävissä John Searlen *institutionaalisten tosiasioiden* analyysin yhteydessä esittelemän *konstitutiivisen säännön* tai konvention avulla. *Raa’at tosiasiat* ovat luonnollisia eli fysikaalisia tai mentaalisia tosiasioita, joiden eksistenssi ei ole millään tavoin riippuvainen yhteisöllisistä, kulttuurisista tai kielellisistä säännöistä ja konventioista. Näitä ovat esimerkiksi pöydät, tuolit, kirjat, rakennukset, taivaankappaleet tai yksilön ajatukset ja muut tajunnansisällöt. *Institutionaaliset tosiasiat* ovat sitä vastoin sääntösidonnaisia tosiasioita eli asiantiloja, joiden yhteisöllinen eksistenssi on sidoksissa määrättyihin yhteisöllisiin, kulttuurisiin tai oikeudellisiin sääntöihin ja konventioihin.³⁹

Institutionaalisia tosiasioita ovat esimerkiksi erilaiset vakiintuneet *yhteisölliset* ja *kulttuuriset* käytännöt. Esimerkiksi shakki, jalkapallon euroopan- ja maailmanmestaruuskisat, tapa aloittaa valtiopäivät jumalanpalveluksella, (miesten) tapa osoittaa vainajalle kunnioitusta ottamalla hattu päästä ja Havaijilla vuosittain järjestettävä kolmivaiheinen *triathlon*- eli teräsmieskisa ovat kaikki institutionaalisia eli vakiintuneisiin yhteisöllisiin konventioihin perustuvia tosiasioita. Samoin erilaiset *oikeudelliset* instituutiot, kuten avioliitto, osakeyhtiö, eduskunnan oikeusasiamies, valtioneuvoston oikeuskansleri, valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta ja Euroopan unionin perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisu-

³⁹ Siivutan tässä sen tosiseikan, että institutionaalisen tosiasian perustavat yhteisölliset konventiot voivat olla yhtä hyvin säännön kuin periaatteen kaltaisia normeja.

pyyntö, ovat institutionaalisia tosiasioita, joiden institutionaalinen ja yhteisöllinen eksistenssi on sidoksissa tiettyjen oikeussääntöjen (tai oikeusperiaatteiden) voimassaoloon.

Konstitutiiviset säännöt ja vakiintuneet yhteisölliset konventiot eroavat toisistaan (ainakin) kahdella tapaa. Määrättyä yhteisöllistä käytäntöä rajaavat konstitutiiviset säännöt ovat tavallisesti sisällöllisesti täsmentyneempiä kuin pelkät yhteisölliset konventiot. Ne on myös saatettu laatia selväsanaisen sääntökirjan muotoon, kuten shakin tai jalkapallon virallisesti hyväksytyt säännöt, joiden perusteella virallisia shakkiturnauksia sekä jalkapallon virallisia euroopan- ja maailmanmestaruuskisoja arvioidaan. Toisaalta konstitutiiviset säännöt edellyttävät määrättyyn yhteisölliseen käytäntöön osallistuvilta henkilöiltä jäsentyneempää tietoisuutta kyseisten sääntöjen sisällöstä, koska niitä voidaan käyttää yhteisöllisiin konventioihin perustuvaa arviota ankaramman yhteisöllisen moitteen vertailukohtana. Esimerkiksi shakin sääntöjen vastainen siirto johtaa kyseisen siirron tai koko ottelun mitätöimiseen, kun taas hattu päässä kirkossa istuvaa mieshenkilöä tai muistotilaisuudessa vainajaa puheillaan loukkaavaa henkilöä paheksuttaisiin vain suhteessa heikommin täsmentyneen yhteisöllisen konvention noudattamatta jättämisestä.⁴⁰

Institutionaaliset tosiasiat ovat yhteisöllisiä tosiasioita, jotka perustuvat raa-kojen eli fyysisten tai mentaalisten tosiasoiden *kvalifioimiseen* määrättyjen konstitutiivisten sääntöjen tai yhteisöllisten konventioiden avulla. Konstitutiiviset säännöt tai yhteisölliset konventiot asettavat määrätynlaisen *tulkintakehyksen* eli, itävaltalaisen Hans Kelsenin ja tanskalaisen Alf Rossin termein, *tulkinta-avaimen* eli *tulkintaskeeman*,⁴¹ jota apuna käyttäen määrättyt raa'at tosiasiat tai asiantilat ovat tulkittavissa oikeudellisiksi instituutioiksi.

John Searle on määritellyt konstitutiivisen säännön seuraavasti:⁴²

”'X counts as Y' or 'X counts as Y in context C.'”

⁴⁰ *De mortuis nihil nisi bene* (lat.) ~ ”kuolleista puhuttakoon vain hyvää”.

⁴¹ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 *et seq.* – Vrt.: ”... at retten, ligesom skakreglerne er et overindividuel, socialt fænomen i den forstand, et de retlige handleforestillinger udgør en fælles ideologi der er virksom i en flerhed af individer, således at der derved skabes en *interpersonal menings- og motivationssammenhæng*. (...) Retsnormerne er det abstrakte normative ideindhold der, anvendt som tydningskema, gør det muligt at forstå retsfænomenerne (retslivet) som en meningsfuld sammenhæng af retshandlinger og indenfor visse grænser at forudsige retslivets forløb.” Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41 (kursivointi Rossin).

⁴² Searle, *The Construction of Social Reality*, s. 28. Samoin Searle, *Speech Acts*, s. 51–52: ”[Institutional facts] are indeed facts; but their existence, unlike the existence of brute facts, presupposes the existence of certain human institutions. (...) These 'institutions' are systems of constitutive rules. Every institutional fact is underlain by (a system of) rule(s) of the form 'X counts as Y in context C'”. Vrt. myös Searle, *The Construction of Social Reality*, s. 43–51; Lagerspetz, *A Conventionalist Theory of Institutions*, s. 13.

Vaikkei oikeudellisella tulkintalauseella ole konstitutiivista eli voimassa olevaa oikeutta pätevällä tai tehokkaalla tavalla muuttavaa vaikutusta, jollei kyse ole lainsäätäjän, tuomioistuimen tai muun lakia soveltavan viranomaisen määrämuotoisesta institutionaalisesta puheteosta tai oikeudellisesti toimivaltaisen oikeussubjektin oikeudellisesta disponointi- eli määräämistoimesta, Searlen institutionaalisesta tosiasiasta esittämä yleinen luonnehdinta *X counts as Y in context C* voidaan yhtä kaikki ottaa oikeudellisen tulkinnan yleisen määritelmän perustaksi:

- (α) ”tosiasia x on (engl.: *counts as*) tosiasia y tulkintakontekstissa C ”,⁴³ eli
- (β) ”luonnollinen tai institutionaalinen tosiasia x on institutionaalinen tosiasia y , koska tulkintakehys T ”, eli
- (γ) ” x on y , koska T ”, missä tulkintakehys T voi olla:
 - (a) *formaalin* tulkintaideologian määrittämä *loogis-käsitteellinen* ja *oikeussysteeminen* validiteetti- ja tulkintakriteeri systeemisten *oikeuskäsitteiden* referentiaalisen kohdentuvuuden ja systeemisidonnaisen tulkinnallisen merkityssisällön arviointikriteerinä, jolloin tulkintalauseen formaali totuusarvo on ”tosi_F” tai ”epätosi_F”,
 - (b) *institutionaalisen* tulkintaideologian määrittämä *oikeudellinen* eli institutionaalinen tai yhteisöllinen validiteetti- ja tulkintakriteeri oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyvien *oikeussääntöjen* ja *oikeusperiaatteiden* oikeudellisen validiteetin ja tulkinnallisen merkityssisällön arviointikriteerinä, jolloin tulkintalauseen totuusarvo on ”tosi_L” tai ”epätosi_L”, tai
 - (c) *aineellisen* tulkintaideologian määrittämä *aineellinen* validiteetti- ja tulkintakriteeri yhteiskunnallisten *arvojen* ja *tavoitteiden* referentiaalisen kohdentuvuuden ja aineellisen tulkinnallisen merkityssisällön arviointikriteerinä, jolloin tulkintalauseen totuusarvo on ”tosi_Y” tai ”epätosi_Y”.

Määritelmässä muuttuja x on tutkijan tai tuomarin oikeudellisen tulkinnan kohde eli joko *raaka* tosiasia luonnollisen eli fyysisen tai mentaalisen asiantilan merkityksessä tai, vaihtoehtoisesti, sääntösidonnainen eli *institutionaalinen* tosiasia esimerkiksi tekstimuotoisen asiakirjan, irtaimen esineen tosiasiallisen hallinnan, määrätyn henkilön tietynhetkisen mielentilan ja tahdontoiminnan kohdentumisen tai Helsingin Arkadianmäen eduskuntatalon pyöreään istuntosaliin kokoontuneiden, enintään 200 henkilön tietyn ajanjakson ($t_1 - t_2$) käsittävän puhe- ja äänestyskäyttäytymisen merkityksessä. Määritelmässä muuttuja y on tulkittu eli *institutionaalinen tosiasia* esimerkiksi muodollisesti pätevän tai

⁴³ Searlen ilmaus ” x counts as y ” voitaisiin kääntää myös muotoon ” x hyväksytään y :ksi” tai ” x katsotaan y :ksi”. Olennaista tässä on hyväksynnän, luokittelun tai ekvivalenssirelaation *konventionaalinen* luonne.

tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten vastaisessa oikeudellisessa ratkaisukäytännössä nauttivan testamentin, irtaimen esineen omistusoikeuden, rikosoikeudellisen tahallisuuden tai valtiopäiville kokoontuneen Suomen eduskunnan merkityksessä, missä vaatimus oikeuden *muodollisesta pätevyydestä* viittaa analyyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismin sekä vaatimus *tehokkaasta oikeussuojasta* viittaa analyyttisen tai institutionaalisen oikeusrealismin tutkimuksellisiin premisseihin.

Tulkintakonteksti T on tosiasioiden $x:n$ ja $y:n$ tulkinnallinen merkitysyhteys eli tulkinta- ja perustelukonteksti eli yhtäältä *normatiivinen konteksti*, joka tekee mahdolliseksi luonnollisen tai institutionaalisen tosiasian x tulkitsemisen institutionaaliseksi tosiasiaksi y formaalin, institutionaalisen tai aineellisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla, ja toisaalta *tosiasiallinen* eli *faktakonteksti* todellisuuden asiantiloja x ja y rajaavien, joko vain mahdollisten tai tosiasiallisesti toteutuneiden yhteiskunnallisten asiantilojen merkityksessä. Oikeudellinen tulkintateoria perustuu tavallisesti sen oletuksen varaan, että jutun näyttöiharkintaa määrittävä fakta-aineisto eli ratkaisun tosiasiallinen konteksti on jo riidattomalla tavalla määritelty, ja vain tosiseikaston oikeudellinen arviointi on toistaiseksi toteuttamatta. Oikeudellinen tulkintakehys käsittää ratkaisun normatiivisen kontekstin tulkintalauseeseen sovellettavan oikeudellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin merkityksessä. Tulkintakehysten mahdollisista vaihtoehdoista *institutionaalinen tulkintaideologia* on oikeudellisesti merkittävin, koska tulkintalauseen *oikeudellisuus* eli kohdentuminen voimassa olevaan oikeuteen oikeudellisen validiteetin tarkoittamalla tavalla sekä sen tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö ovat arvioitavissa vain institutionaalisen tulkintaideologian vakioimia oikeuslähde- ja laintulkintaopin premissejä vasten.

Niinpä 'raaka' eli luonnollinen tosiasia x eli esimerkiksi "Helsingin Arkadianmäen eduskuntatalon pyöreään istuntosaliin kokoontuneiden, enintään 200 henkilön tietyn ajanjakson ($t_1 - t_2$) käsittävä puhe- ja äänestyskäyttäytyminen" on yhtä kuin institutionaalinen tosiasia y eli "valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta", koska tulkintakehystenä hyödynnetty institutionaalisen tulkintaideologian määrittämä (valtiosääntö)oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri perustelee sanotunlaisen konstitutiivisen tulkintasäännön eksistenssin. Oikeudellinen tulkintalause esittää näin yhteisöllistä todellisuutta koskevan väittämän, jonka mukaan määrätty luonnollinen tai institutionaalinen tosiasia x on tulkittavissa institutionaaliseksi tosiasiaksi y määrätyn tulkintakehysten eli institutionaalisen tulkintaideologian asettamaa validiteetti- ja tulkintakriteeriä konstitutiivisena sääntönä soveltaen. Entä millä ehdoilla tuo oikeudellinen tulkintalause saa totuusarvon "tosi_L" (tai "epätosi_L"), "tosi_F" (tai "epätosi_F") tai tosi_Y" (tai "epätosi_Y")?

17.6 TULKINTA JA TOTUUS: OIKEUDELLISEN TULKINTALAUSEEN INSTITUTIONAALINEN, FORMAALI JA AINEELLINEN TOTUUSARVO

Oikeuteen ei voi olla ”näkökulmaa ei-mistään”, vaan inhimillinen tieto oikeudesta on aina sidoksissa määrättyyn yhteisöllis-kulttuuriseen *tietomuotoon* (ransk.: *épistémè*) eli *historialliseen a prioriin* sen käsittämien tieto-opillisten, loogis-lingvististen, ontologisten ja metodiopillisten sitoumusten merkityksessä. Samoin oikeudellisen tulkintalauseen totuusarvo on määritettävissä vain suhteessa tietynlaiseen oikeudelliseen tulkintaideologiaan. Oikeudellisen tulkintalauseen *totuusarvo* eli määre ”tosi_L” oikeudellisen eli institutionaalisen ja yhteisöllisen validiteetin, määre ”tosi_F” formaalin eli loogis-käsitteellisen ja oikeussysteemisen validiteetin sekä ”tosi_V” aineellisen eli arvo- tai tavoiteperustaisen validiteetin merkityksessä on sidoksissa omaksutun tulkintamallin asettamaan *validiteettikriteeriin*. Erilaiset oikeudelliset tulkintamallit sekä omaksuttu validiteetti- ja tulkintakriteeri on mahdollista esittää kootusti kolmen erilaisen *tulkintaideologian* avulla. Tulkintaideologia käsittää yhden tai useamman tulkintamallin ja sitä tai niitä vastaavien validiteetti- ja tulkintakriteerien joukon. Oikeudesta voi olla vain *suhteellisia* totuuksia, sillä oikeudellisen tulkintalauseen totuusarvo on määritettävissä vain suhteessa määrätyn tulkintaideologian mukaiseen validiteettikriteeriin.⁴⁴

Oikeudellinen tulkintalause on *oikeudellisesti* tosi eli ”tosi_L”, jos ja vain jos se toteuttaa *institutionaalisen* tulkintaideologian vakioiman oikeudellisen validiteettikriteerin vertailtavana olevien asiantilojen vastaavuuden eli rakenneyhtäläisen isomorfiasuhteen (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisen koherenssin (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion yhteisöllisen hyväksynnän (= *oikeudellinen uusretoriikka*), lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten oikeudellisten tavoitteiden (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten eli tehokasta oikeussuojaa nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien (= *analyytinen oikeusrealismi*) tai vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen (= *oikeudellinen konventionalismi*) tarkoittamalla tavalla.

Oikeudellinen tulkintalause on *systeemisesti* tosi eli ”tosi_F”, jos ja vain jos se toteuttaa *formaalin* tulkintaideologian vakioiman *loogis-käsitteellisen* ja *oikeussysteemisen* validiteettikriteerin (= *oikeudellinen tulkintaformalismi*).

⁴⁴ Suhteellisista totuuksista oikeudesta, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 731–732.

Oikeudellinen tulkintalause on *yhteiskunnallisesti* tosi eli ”tosi_y”, jos ja vain jos se toteuttaa *aineellisen* tulkintaideologian asettaman *yhteiskunnallisen* eli *arvo- tai tavoitesidonnaisen* validiteettikriteerin (= *yhteiskunnallinen pragmatismi, luonnonoikeusfilosofia* tai *radikaali yhteiskunnallinen desisionismi*).

Kokoavasti formaali, institutionaalinen ja aineellinen tulkintaideologia, niiden kunkin käsittämät tulkintamallit sekä sovellettava validiteettikriteeri voidaan esittää kaavion muodossa seuraavasti:

Kaavio 18: Tulkintaideologiat, tulkintamallit ja validiteettikriteerit

<i>Tulkinta-ideologia</i>	<i>Tulkintamalli</i>	<i>Validiteettikriteeri</i>
formaali	tulkintaformalismi	<i>Formaali systeeminmukaisuus:</i> (a) loogis-käsitteellinen konseptualismi
institutionaalinen	oikeudellinen korrespondenssiteoria oikeudellinen koherenssiteoria oikeudellinen uusretoriikka oikeudellinen eksegeesi analyyttinen oikeusrealismi oikeudellinen konventionalismi	<i>Institutionaalisuus & yhteisöllisyys:</i> (b) vertailtavien asiointilöjen vastaavuus (c) institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden koherenssi (d) universaaliauditorion hyväksyntä (e) lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset tavoitteet (f) tehokasta oikeussuojaa nauttivat oikeudet ja velvollisuudet (g) institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt
aineellinen	yhteiskunnallinen pragmatismi moderni luonnonoikeusfilosofia yhteiskunnallinen kontekstualismi	<i>Yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus:</i> (h) yhteiskunnalliset vaikutukset (i) yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus (j) tilannesidonnaiset yhteiskunnalliset oikeudenmukaisuuskriteerit

Määrittelin edellä voimassa olevan oikeuden *analyyttisen oikeusrealismin* tarkoittamalla tavalla toteutuneena ja toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena ja institutionaalisenä tosiasiana. Oikeudellisen tulkintalauseen Q määre ”tosi_{OIKEUSREALISMI}” viittaa sen institutionaaliseen totuusarvoon *analyyttisen oikeusrealismin* tutkimuksellisten premissien vallitessa. Oikeudellinen tulkintalause Q on siten ”tosi_{OIKEUSREALISMI}” jos ja vain jos se toteuttaa analyyttisen oikeusrealismin määrittelemän oikeudellisen validiteettikriteerin toteutu-

neiden ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa olevien eli tehokasta oikeussuojaa nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä, jolloin vallitseva *tuomarinideologia* saa toimia oikeudellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin perustana.

Filosofisen korrespondenssiteorian hyväksymisellä on tutkimuksellinen hintansa: rossilaisittain (ja hartilaisittain) *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämiin oikeudellisen ratkaisuharkinnan premisseihin kiinnittyviä oikeudellisia voimassaolo- tai tulkintalauseita rasittaa määritelmällinen epävarmuus tai likiarvoisuus. Jos oletamme, että oikeudelliset *tulkintalauseet* eli voimassa olevien oikeusnormien tulkinnallista merkityssisältöä koskevat lauseet voidaan kääntää jäännöksettä oikeudellisiksi *voimassaololauseiksi* eli oikeusnormien voimassaoloa koskeviksi lauseiksi, niin oikeudellinen tulkintalause, jonka mukaan ”voimassa olevan oikeuden sisältö hetkellä t on x ”, yhtä hyvin kuin sitä vastaava oikeudellinen voimassaololause, jonka mukaan ”oikeusnormi n on hetkellä t voimassa olevaa oikeutta”, on tulevaisuutta koskeva *todennäköisyysarvostelma*, jonka oikeellisuuden vahventamiseksi tai heikentämiseksi tutkija voi vain viitata aiempien tuomioistuin- ja viranomaisratkaisujen perusteella rekonstruoimansa kollektiivisen tuomarinideologian sisältöön ja sen perusteella tehtäviin todennäköisyysarvioihin tulevien tuomioistuinratkaisujen sisällöstä.⁴⁵

”Kun oikeustieteellinen lause, jonka mukaan määrätty oikeussääntö on Tanskassa voimassa, on asiasisällöltään ennuste, jonka mukaan kyseistä sääntöä tullaan soveltamaan tulevissa tuomioistuin- ja viranomaisratkaisuissa, tästä seuraa, ettei sellainen lause voi milloinkaan olla ehdottoman varmasti tosi vaan ainoastaan *enemmän tai vähemmän todennäköinen* siitä riippuen, miten vahvojen perusteiden varaan tulevaisuutta koskevat [oikeudelliset] ennusteet voivat tukeutua. Todennäköisyysarvot voivat vaihdella välillä, joka ulottuu käytännössä varmana pidetystä tiedosta arvoihin 0,5:n todennäköisyyden vaiheilla. Tämän vuoksi oikeustieteellisiä lauseita rasittaa aina epävarmuus, joka on tärkeää pitää mielessä mutta joka aivan liian usein jätetään huomiotta. (...) Todellisuudessa väite, jonka mukaan jokin oikeussääntö on voimassa, on enintään toden-

⁴⁵ ”Når den retsvidenskabelige påstand om, at en vis regel er gældende dansk ret, som påvist efter sit realindhold er en forudsigelse om reglens anvendelse i fremtidige retsafgørelser, følger heraf, at sådanne påstande aldrig kan gøre krav på absolut sikkerhed, men kun kan hævdes med *større eller mindre sandsynlighed*, alt efter styrken af de holdepunkter, fremtidskalkulationerne hviler på. Sandsynlighedsværdien kan variere over hele feltet lige fra praktisk vished og ned til værdier omkring 0,5. Der kommer herved en relativitet ind i retsvidenskabelige sætninger, som det er vigtigt at have for øje, men som altfor ofte overses. (...) I virkeligheden er påstanden om, at en regel er gældende ret, noget højst relativt. Om man vil, kan man også sige, at en *regel kan være gældende ret i højere eller mindre grad varierende med den grad af sandsynlighed, hvormed det kan forudsiges, at den vil finde anvendelse*.” Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 58 (kursivoinnit Rossin; käännös allekirjoittaneen).

näköinen. Voimme myös halutessamme sanoa, että jokin *sääntö kuuluu voimassa olevaan oikeuteen enemmän tai vähemmän suuressa määrin siitä todennäköisyydestä riippuen, jolla voimme ennustaa, että tuota sääntöä tullaan viranomaisten toimesta tosiasiallisesti soveltamaan.*”

Analyyttisen oikeusrealismin mukainen validiteettikriteeri ja totuusarvo ”tosi_{OIKEUSREALISMI}” on toisin sanoen määrättyä (lähi)tulevaisuuden asiantilaa koskeva väite, jonka totuusarvo tarkasteluhetkellä *t* on vain enemmän tai vähemmän *todennäköinen* tai *epävarma* vallitsevan tuomarinideologian täsmennytyisyydestä ja tarkasteltavana olevasta oikeudellisesta ongelmasta riippuen. Jos tuomarin oikeudellisen ratkaisuharkinnan perustana olevat normatiiviset premissit eli vallitsevan tuomarinideologian käsittämät institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen tulkintaopin sitoumukset eivät äkillisesti muutu, oikeudellisia tulkinta- ja perustelulauseita tuottava lainopin tutkija voi esittää voimassa olevan oikeuden tarkasteluhetken – tai oikeammin: lähitulevaisuutta koskevasta – tulkinnallisesta merkityssisällöstä oikeudellisia tulkinta- ja perustelulauseita, jotka Rossin mukaan pitävät ”huomattavalla varmuudella” paikkansa:⁴⁶

”Oikeustiede tarkastelee *tuomarin sisäistämää normatiivista ratkaisuideologiaa*. Kun tunnemme sanotun ideologian (ja sille annetun tulkinnan) sisällön, voimme *huomattavalla varmuudella* ennustaa ne oikeudelliset ratkaisuperusteet, joiden varaan määrätty tulevat tuomioistuinratkaisut tulevat perustumaan ja jotka siis tulevat olemaan osa tehtävän ratkaisun normatiivisia premissejä. Mutta millainen suhde on ratkaisun premissien ja niistä tehtävän oikeudellisen johtopäätöksen kesken, jonka luonnollisesti toivomme voivamme ennustaa?”

Sittenkin on aina kyse tulevia tuomioistuin- ja viranomaisratkaisuja koskevista ennusteista eli *todennäköisyyslauseista*, joiden totuusarvoproblematiikka rinnastuu jo Aristoteleen aikanaan pohtimaan kysymykseen tulevaisuutta koskevien kontingenttien väitelauserien totuudesta. Aristoteles pohti *Tulkinnasta*-kirjoituksessaan sitä, miten tulevaisuutta koskevan kontingentin väittämän, kuten esimerkiksi lauseen: ”Huomenna on meritaistelu”,⁴⁷ totuusarvo olisi mahdollista määrittää. Rossin analyttisen oikeusrealismin premissien vallitessa

⁴⁶ ”Retsvidenskaben beskæftiger sig med *den normative ideologi der besjæler dommeren*. Kendskab til denne ideologi (og dens tolkning) sætter os derfor i stand til *med betydelig sikkerhed* at forudberegne det retsgrundlag, hvorpå visse fremtidige afgørelser vil blive truffet, og som altså vill figurere i domspræmisserne. Men hvilket forhold består der mellem præmisserne og konklusionen, der naturligvis er det vi virkelig er interesseret i at kunne forudberegne?” Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56–57 (kursivoinnit lisätty; käännös allekirjoittaneen). Vrt. myös Ross, *On Law and Justice*, s. 43.

⁴⁷ Aristoteles, ”Tulkinnasta”, 44–47.

voimassa olevan oikeuden tulkinnallista merkityssisällöä koskeva lause, jonka mukaan: ”Voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö suhteessa tosideikastoon x on p ”, rinnastuu näin Aristoteleen tarkoittamalla tavalla totuusteoreettisesti tulevaisuutta koskevaan kontingenttiin väitelauseeseen, jonka mukaan (esimerkiksi): ”Huomenna on meritaistelu”. Tulevaisuudessa (mahdollisesti) tapahtuvaa meritaistelua, yhtä vähän kuin voimassa olevan oikeuden lähitulevaisuudessa ’huomattavalla varmuudella’ toteutuvaa ja toteutettavissa olevaa tulkinnallista merkityssisältöä koskeva oikeudellinen tulkintalause, ei täsmällisesti ottaen ole sen esittämishetkellä tosi tai epätosi vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän epävarma ja todennäköinen, koska sen propositionaalisen ajatussisältönä on tulevaisuutta koskeva kontingentti asiantila, joka voi vaihtelevalla todennäköisyydellä joko toteutua tai jäädä toteutumatta.⁴⁸

Koska oikeus on amerikkalaistutkija Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*),⁴⁹ jonka semanttis-käsitteellisestä, oikeuslähdeopillisesta, konstitutiivisesta ja tulkintaopillisesta identiteetistä ei vallitse oikeusyhteisössä perustavaa yksimielisyyttä, vaikka oikeuden määritelmällinen sidonnaisuus yhteiskunnan *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* sinänsä hyväksyttäisiinkin, voimassa olevan oikeuden käsite on voitu määritellä myös olennaisesti toisin.⁵⁰ Tällöin institutionaalinen tulkintaideologia ja sen konstitutiiviset osatekijät saavat määrittää vaihtuva-alaisen institutionaalisen tai yhteisöllisen arviointikriteerin, jonka avulla oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalinen totuusarvo ja tulkinnallinen merkityssisältö ovat määritettävissä. Institutionaalinen tulkintaideologia käsittää siis oikeusyhteisössä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden tietynlaisen yhdistelmän mukaisten oikeudellisten validiteetti- ja tulkintakriteerien kokonaisuuden tavalla, jota oikeudellinen korrespondenssiteoria, oikeudellinen koherenssiteoria, oikeudellinen uusretoriikka, oikeudellinen eksegeesi, analyttinen oikeusrealismi ja oikeudellinen konventionalismi lähemmin täsmentävät.

⁴⁸ ”Kaiken on välttämättä joko oltava tai oltava olematta ja tapahduttava tai jäättävä tapahtumatta. Mutta erikseen sanottuna kumpikaan ei ole välttämätöntä. Tarkoiton esimerkiksi, että välttämättä huomenna joko on meritaistelu tai ei ole, mutta ei ole välttämätöntä, että huomenna on meritaistelu, eikä ole välttämätöntä, että sitä ei ole. Se että niin tapahtuu tai on tapahtumatta on välttämätöntä. Koska lauseet ovat tosia samoin kuin asiat tapahtuvat, niin on selvää, että kun asiat tapahtuvat niin tai näin ja vastakohdat ovat mahdollisia, niin välttämättä samoin on laita vastavien vastakkaisten väitteidenkin.” Aristoteles, ”Tulkinnasta”, 46–47. – Aristoteleen ”huomenna on meritaistelu” -tyyppiset pohdinnat ovat olleet innoittajana ajallisesti huomattavasti myöhemmälle *montarvologiikan* tutkimukselle. Se on tarkastellut lauseita, joiden totuusarvo ei ole ”tosi” tai ”epätosi” vaan esimerkiksi epävarma, enemmän tai vähemmän todennäköinen tai jotain väliltä 1 (= tosi) ja 0 (= epätosi).

⁴⁹ Morawetz, ”Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices”, s. 19–23.

⁵⁰ Oikeudesta radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 25–32, 895; oikeutta koskevien totuuksien suhteellisesta luonteesta, Siltala, mts. 731–732.

Niinpä oikeudellisen tulkintalauseen *institutionaalinen* totuusarvo ”tosi_L” voidaan määritellä kokoavasti seuraavasti:

- (a) *oikeudellinen korrespondenssiteoria*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{KORRESPONDENSSI} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon oikeussäännössä asetetun ja maailmassa toteutuneen asiantilan vastaavuudesta eli isomorfia- eli kuvasuhteesta oikeudellisen korrespondenssiteorian tarkoittamalla tavalla,
- (b) *oikeudellinen koherenssiteoria*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{KOHERENSSI} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisestä koherenssista oikeudellisen koherenssiteorian tarkoittamalla tavalla,
- (c) *oikeudellinen uusretoriikka*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{UUSRETORIikka} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon universaali-auditorion yhteisöllisestä hyväksynnästä oikeudellisen uusretoriikan tarkoittamalla tavalla,
- (d) *oikeudellinen eksegeesi*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{EKSEGEESI} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten tavoitteiden toteutumisesta oikeudellisen eksegeesin tarkoittamalla tavalla,
- (e) *analyttinen oikeusrealismi*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{OIKEUSREALISMI} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten eli tehokasta oikeus-suojaa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeuskäytännössä nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla, ja
- (f) *oikeudellinen konventionalismi*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{KONVENTIONALISMI} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon vastaavuutena vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen kanssa oikeudellisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla.

Niinpä oikeudellinen tulkintalause Q, jonka propositionaalisena ajatussisältönä on esimerkiksi q (= ”A:lla on omistusoikeus esineeseen x”) on tosi_{OIKEUSREALISMI} jos ja vain jos Q toteuttaa analyttisen oikeusrealismin asettaman oikeudellisen validiteettikriteerin tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellisessa ratkaisukäytännössä nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä. Se on vastaavasti tosi_{KONVENTIONALISMI} jos ja vain jos Q toteuttaa oikeudellisen konventionalismin asettaman oikeudellisen validiteettikriteerin

vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten konventioiden tarkoittamalla tavalla. Tulkintalauseen totuusarvo ”tosi_L” viittaa yleisesti ja merkitykseltään vaihtuva-alaisesti tilanteeseen, jossa tulkintalause täyttää *jonkin* institutionaalisen tulkintaideologian tarkoittamista oikeudellisista validiteettikriteereistä vertailtavien asiantilojen vastaavuuden, institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäisen koherenssin, universaaliauditorion yhteisöllisen hyväksynnän, lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten tavoitteiden, toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten tai vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen merkityksessä.

Jos oikeuden määritelmällisestä sidonnaisuudesta oikeuden institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan luovutaan, oikeudellisen tulkintalauseeseen validiteetti- ja tulkintakriteerinä voivat institutionaalisen tulkintaideologian käsittelemien arviointikriteerien sijasta olla myös *formaalin* tai *aineellisen* tulkintaideologian käsittämät vaihtoehdot:

- (g) *oikeudellinen tulkintaformalismi*: tulkintalause Q on tosi_{TULKINTAFORMALISMI} jos ja vain jos se toteuttaa formaalin tulkintaideologian määrittämän loogis-käsitteellisen ja oikeussysteemisen validiteettiehtdon oikeudellisen tulkintaformalismin tarkoittamalla tavalla,
- (h) *yhteiskunnallinen konsekventialismi*: tulkintalause Q on tosi_{KONSEKVENTIALISMI} jos ja vain jos se toteuttaa aineellisen tulkintaideologian määrittämän yhteiskunnallisen validiteettiehtdon oikeuden ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten tavoiteltavuudesta tulkintaopillisen konsekventialismin tarkoittamalla tavalla, ja
- (i) *luonnonoikeusfilosofia*: tulkintalause Q on tosi_{LUONNONOIKEUSFILOSOFIA} jos ja vain jos se toteuttaa aineellisen tulkintaideologian määrittämän aksiologisen validiteettiehtdon oikeuden arvoperustaisesta hyväksytävyydestä eli yhteisöllisestä tai uskonnollisesta oikeudenmukaisuudesta luonnonoikeusfilosofiaan tarkoittamalla tavalla.

Tulkintalauseen totuusarvo ”tosi_F” viittaa tilanteeseen, jossa oikeudellinen tulkintalause täyttää formaalin tulkintaideologian vakioiman loogis-systeemisen ja käsitteellisen validiteettikriteerin. Tulkintalauseen totuusarvo ”tosi_V” viittaa puolestaan tilanteeseen, jossa tulkintalause täyttää aineellisen tulkintaideologian vakioiman yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuskriteerin joko arvo- tai tavoiteperusteisen validiteettikriteerin merkityksessä. Radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi pyrkii puhtaasti tilannesidonnaiseen, *ad hoc* tai *ad hominem* -perustaiseen yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen irrallaan kaikista oikeudellisista tai yhteiskunnallisista metateorioista, joten ei ole mitään yleistettävissä olevaa yhteiskunnallista, institutionaalista, yhteisöllistä tai käsitteellistä validiteettikriteeriä, jota vasten senkaltaisen tulkintalauseen validiteettia olisi mahdollista arvioida.

Oikeudelliset tulkintaideologiat määrittävät joukon yhtäältä formaaleja, toisaalta oikeudellisia eli institutionaalisia tai yhteisöllisiä ja kolmanneksi aineel-

lisiä validiteettikriteereitä, joita vasten on mahdollista arvioida oikeudellisen tulkintalauseen referentiaalista kohdentuvuutta joko oikeudellisten käsitteiden systeemiseen kokonaisuuteen, oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan tai sanotusta arvoperustasta irrallisiin yhteiskunnallisiin arvoihin tai tavoitteisiin. Oikeudellisen tulkintalauseen formaali, institutionaalinen ja aineellinen totuusarvo ovat vastaavasti määriteltävissä suhteessa asetettuun validiteettikriteeriin. Niinpä esimerkiksi oikeudellinen tulkintalause Q, jonka merkityssisältönä on asiantila, jonka mukaan ”valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta on oikeudellisesti toimivaltainen säätämään lakeja”, että ”A:lla on omistusoikeus esineeseen x suojatun omistajanhallinnan, oikeudellisen luovutus- ja muun disponointikompetenssin sekä määrätynasteinen dynaamisen suojan merkityksessä” tai että ”A:lla on tietynsuuruinen saamisoikeus B:ltä”, on ”tosi_L” (merkityksessä ”tosi_{KORRESPONDENSSI}”, ”tosi_{KOHERENSSI}”, ”tosi_{UUSRETORIikka}”, ”tosi_{EKSEGEESI}”, ”tosi_{OIKEUSREALISMI}” tai ”tosi_{KONVENTIONALISMI}”), jos ja vain jokin institutionaalisen tulkintaideologian alaan kuuluvista oikeudellisista validiteettikriteereistä asianmukaisesti täyttyy.

17.7 OIKEUDELLINEN SYSTEMATISOINTI

17.7.1 Lainsäätäjän perussysteemi, oikeustieteen tuottamat korvaavat systeemit ja näiden identtisyysoloittama Rudolf Carnapin semantiikan avulla tarkasteltuna

Aulis Aarnio on luonnehtinut oikeudellista systematisointia lainsäätäjän asettaman oikeudellisen *perussysteemin* ja lainopin tuottaman *korvaavan systeemin* tai korvaavien systeemien sekä näiden keskinäisen *identtisyysoloittaman* avulla. Oikeudellinen perussysteemi on lainsäätäjän tarkoittama ja lainsäädännön noudattama esiteoreettinen jäsenyys. Korvaava systeemi tai systeemit on (teoreettisen) lainopin määrittelemä oikeudellinen systeemi, joka perustuu lainsäädännön omaksumaan perussysteemiin mutta jäsentää sitä edelleen astetta yleisempien oikeudellisten käsitteiden avulla. Aarnio kirjoittaa:⁵¹

”Oikeusdogmatiikan systematisointitehtävä merkitsee oikeussäännösten uudelleenjärjestämistä jonkin käsitejärjestelmän avulla siten, että yleiskatsauksellisuus lisääntyy. Ottakaamme esimerkki. Voimassa oleva perintölainsäädäntö vuodelta 1965 muodosti jo syntyessään tietyllä tavalla jäsennetyn säännöskokonaisuuden. Säännösmateriaali käy kuitenkin helpommin hallittavaksi, jos yksittäiset mutta toisiinsa nähden sisäisessä yhteydessä olevat säännökset kootaan laajasisältöisten yleiskäsitteiden alle. Yleiskäsitteet puolestaan voidaan järjestää hierarkkiseen järjestyk-

⁵¹ Aarnio, ”Lainoppi”, s. 332; vrt. sama, *Laintulkinnan teoria*, s. 288 *et seq.*

seen ja näin saada käsite-runko, joka mahdollistaa jokaisen perintökaaren säännöksen niputtamisen sille kuuluvaan asiayhteyteen. – Teoreettisesti katsoen kysymyksessä on lakiaineiston uudelleenjärjestäminen siten, että periaatteessa uusi käsitteistö ei muuta järjestelmän sisältöä. Avainasemassa systematisoinnissa ovat käsitteiden väliset yhteydet, toisin sanoen käsitejärjestelmän sisäinen rakenne. Tässä katsannossa oikeudelliset systematisoinnit vastaavat muiden tieteiden teorianmuodostusta. Käsitesystematisoinnin tuloksena syntyvät oikeudellisten ilmiöiden hallitsemisen kannalta välttämättömät teorianrakennelmat. Usein puhutaan niistä tarkoittaen oikeuden yleisistä opeista.”

Aarnion kanta vastaa *analyttisen* oikeustieteen käsitystä oikeudellisesta systematisoinnista puhtaasti kohdeneutraalina käsitejärjestelmänä eli eräänlaisena teknisenä peitepiirroksena, jonka avulla esimerkiksi omistajan tai perillisen oikeusasemaa koskevat voimassa olevan oikeuden säännöt voidaan esittää lainsäätäjän omaksumaa oikeudellista perussystematiikkaa yleisemmällä ja yleiskatsauksellisemmalla tavalla. Samoin argentiinalaiset oikeusloogikot Carlos E. Alchourrón ja Eugenio Bulygin ovat määritelleet oikeudellisen systematisoinnin alkuperäisen oikeudellisen (perus)systemin uudelleen formulointina, missä korvaava systeemi on abstraktiotasoltaan alkuperäistä systeemiä yleisempi, selviää vähäisemmällä käsitteillä mutta on normatiivisilta seurauksiltaan yhtäpitävä sen kanssa:⁵²

”Generally speaking, the reformulation of a system consists in the replacement of the basis by a new one, that is *less extensive, more general and normatively equivalent*.”

Aarnio kutsuu lainsäädäntöä jäsentäviä tekijöitä *lainsäädännön esiteoriaksi*. Sen osatekijöinä ovat:⁵³ (a) arkikokemukseen perustuvat yleistyksen vallitsevista asiantiloista kuten jonkin yhteiskunnallisen ilmiön yleisyydestä, (b) teoreettiset taustaoletukset yhteiskunnallisten ilmiöiden syistä ja seurauksista, kuten vallitseva talusteoria, (c) normatiiviset ja aksiologiset käsitykset siitä, miten asioiden pitäisi määräytyä elämänalueella olla eli erilaiset yhteiskuntaideologiat, (d) uskomukset lainsäädännön vaikutuksista yhteiskuntaan, sekä (e) aiempi lainsäädäntö ja sen noudattama oikeudellinen systematiikka. Tämä lainsäädä-

⁵² Alchourrón & Bulygin, *Normative Systems*, s. 79 (kursivoinnit lisätty). – Vrt.: ”*Reformulation of the system*: consisting in the substitution for the original basis of another one. This usually occurs when the number of sentences in the basis is very large. The replacement of a very extensive basis by another that is more restricted but deontically equivalent is considered by jurists to be an advantage, since applying the system thereby becomes simpler. On the other hand, this operation does not modify the system itself but only its representation. Frequently when jurists speak about the systematization of the law, they mean precisely what we call reformulation of the basis.” Alchourrón & Bulygin, mts. 71 (kursivointi alkutekstissä).

⁵³ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 289–291.

dännön *esiteoreettinen jäsen* eli oikeudellinen *perussysteemi* korvataan (teoreettisen) lainopin kirjoituksissa käsitesysteemillä, joka on perussysteemiä yleisemmällä tasolla mutta yhtä kaikki tuottaa samat tulkintatulokset eli on lainsäätäjän alun perin tarkoittaman perussysteemin kanssa *identtinen*.⁵⁴

”Systematoinnissa on tämän mukaan kysymys siitä, että perussysteemi S_p korvataan toisella, sen kanssa identtisellä systeemillä S_i . Identtisyys tarkoittaa sitä, että uudessa systeemissä S_i jäsentämisen kohteena ovat samat normit kuin perussysteemissä ja systematisointi tapahtuu tavalla, joka ei muuta normien sisältöä.”

Identtisyyssolettamaa eli keskeisvältettä lainsäätäjän alun perin tarkoittaman perussysteemin ja teoreettisen lainopin tuottaman korvaavan käsitesysteemin mahdollistamien oikeudellisten tulkintalauseiden täydellisestä yksi yhteen-samankaltaisuudesta voi Aarnion mukaan tulkita kahdella tavalla. *Instrumentalistinen* tulkinta johtaa korvaavaan systeemiin, joka sallii periaatteessa kaikki mahdolliset perussysteemin tulkinnat kulloisenkin oikeudellisen tiedonintressin tarkoittamalla tavalla. Systematisointi on tällöin puhtaasti tekninen apuväline oikeuden ylipäättään mahdollisten käsitesysteemien esittämiseksi mahdollisimman tarkoituksenmukaisella ja yleiskatsauksellisella tavalla. *Realistinen* tulkinta perussysteemin ja korvaavan systeemin identtisyyssolettamasta johtaa vain määrätyn tai määrättyjen korvaavien systeemien hyväksymiseen.⁵⁵

Vastaavalla tavalla argentiinalaiset oikeuslogikot Carlos E. Alchourrón ja Eugenio Bulygin ovat määritelleet kahden oikeuslauseista koostuvan *normatiivisen systeemin*, kuten Aarnion termien lainsäätäjän perussysteemin ja oikeustieteen tuottaman korvaavan oikeudellisen systeemin, keskenään samanarvoisiksi eli normatiivisesti ekvivalenteiksi, jos ja vain niiden tuottamat normatiiviset seuraukset ovat samat.⁵⁶

”Olemme luonnehtineet oikeusjärjestelmää normatiiviseksi järjestelmäksi, jonka perusta koostuu oikeuslauseista. Sillä tosiseikalla, että juristit muotoilevat uudelleen tuon järjestelmän perustan, korvaten joitain sen lauseita toisilla lauseilla, ei ole vaikutusta järjestelmän identtisyyteen, edellyttäen, että tuo uusi perusta on *normatiivisesti sama* alkuperäisen kanssa. Järjestelmä ei lainkaan muutu, jos *sen normatiiviset vaikutukset pysyvät ennallaan*.”

⁵⁴ Aarnio, mts. 295.

⁵⁵ Aarnio, mts. 297–298.

⁵⁶ ”We have characterized a legal system as a normative system whose basis is composed of legal sentences. The fact that jurists reformulate the basis of the system, substituting some sentences for others, does not affect the identity of the system, provided that the new basis is *normatively equivalent* to the original. There is no change in that system, in the sense that its *normative consequences remain the same*.” Alchourrón & Bulygin, *Normative Systems*, s. 88 (kursiivoinnit lisätty; käännös allekirjoittaneen). – Normatiivisen systeemin (engl.: *normative system*) käsitteestä, Alchourrón & Bulygin, s. 54–58 ja etenkin mts. 55: ”A system of sentences which has some normative consequences will be called a *normative system*.” (Kursivointi alkutekstissä.)

Aarnio havainnollistaa lainsäätäjän asettaman oikeudellisen perussysteemin ja (teoreettisen) lainopin tuottamien korvaavien oikeudellisten systeemien identtisyttä käsitelainopin ja analyyttisen oikeustieteen toteuttaman omistusoikeuskäsitteen avulla. Käsitelainopin holistisesta ja staattisesta omistusoikeuskäsitkystä, jonka mukaan esineen omistusoikeus saattoi siirtyä vain kertakaikkisesti ja kokonaan tietynä hetkenä henkilöltä A henkilölle B, siirryttiin 1950-luvulla analyyttisen oikeustieteen perustelevaan aiempaa hienojakoisempaan omistusoikeutta määrittävään oikeudelliseen kysymyksenasetteluun. Sen mukaan omistajan oikeusaseman eri osatekijät eli esineen omistajan *suojattu hallintaoikeus*, oikeudellinen *disponointikompetenssi* ja tietynlainen *dynaaminen suoja* suhteessa eri henkilötahoihin saattoivat siirtyä eriaikaisesti ja toisistaan irrallaan omistusoikeuden disponointi- eli vaihdantatilanteissa.⁵⁷ Uusi korvaava käsitesysteemi S_j eli oikeudellinen systeemi^{ANALYYTTINEN} teki uudenlaisen ja aiempaa käsitteellistä jäsennyttä S_i eli oikeudellista systeemiä^{KÄSITELAINOPPI} täsmennyneemmän kysymyksenasettelun mahdolliseksi, kun omistusoikeuden siirtyminen voitiin nyt hahmottaa vaiheittaisena tapahtumana ja esimerkiksi omistajan dynaamisen suojan muotoja voitiin tarkastella yksilöidysti suhteessa eri henkilötahoihin.⁵⁸ Samoin esimerkiksi oikeustoimen pätemättömyyttä voitiin Aarnion mukaan nyt tarkastella aiempaa hienojakoisemmin uuden analyttisen käsitteistön avulla.⁵⁹

Mutta mikä perustelee korvaavan systeemin S_j eli käsitesysteemin^{ANALYYTTINEN} identtisyyden lainsäätäjän asettaman oikeudellisen perussysteemin S_p tai aieman korvaavan systeemin S_i eli systeemin^{KÄSITELAINOPPI} kanssa, ja mitä tuo *identtisyys* oikein tarkoittaa? Vertailtavina olevien oikeudellisten käsitesysteemien tuottamat tai mahdollistamat oikeudelliset systematisointi- ja tulkintalauseet eivät ole suinkaan keskenään samanlaiset, vaan ajallisesti myöhempi analyttinen omistusoikeuskäsitys ja sen mahdollistamat systematisointi- ja tulkintalauseet poikkeavat merkittävästi käsitelainopin aikanaan mahdolliseksi tekemistä omistusoikeustulkinnoista. Yhteistä on samalla se, että ne kumpikin väittävät yhtä lailla tukeutuvansa voimassa olevan oikeuden normeihin. Myös muunlaisia korvaavia oikeudellisia käsitesysteemeitä voitaisiin esittää voimassa olevan omistusoikeusnormiston perusteella. Esimerkiksi systeemi^{SOSIAALINEN} korostaisi omistusoikeuden sosiaalista ulottuvuutta ja heikomman sopijaosapuolen suojaa, systeemi^{OIKEUSTALOUSTIETEELLINEN} kiinnittäisi omistusoikeuden sen taloudellisiin eli varallisuusvaikutuksiin yhteiskunnassa ja systeemi^{NAISOIKEUDELLINEN} pe-

⁵⁷ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 299–300.

⁵⁸ Aarnio, mts. 298–302. – Ehdottamani termit ”systeemi^{ANALYYTTINEN}” ja ”systeemi^{KÄSITELAINOPPI}” eivät perustu Aarnion kielenkäyttöön vaan ovat oma ehdotukseni kielenkäytön lyhentämiseksi ja eri oikeudellisten systematisointimallien erottamiseksi toisistaan.

⁵⁹ Aarnio, mts. 300–301. – Erityisesti perillisen oikeusasemaa jäsentävien oikeussääntöjen systematisoinnista, Aarnio, mts. 294–295.

rustelisi naisten erityisen suojantarpeen ja tietoisien suosivan erityiskohtelun yhteiskunnallisen oikeutuksen suhteessa voimassa olevan omistusoikeusnormiston tulkintaan. Kyse ei siis ole lainsäätäjän hyväksymän perussysteemin kanssa identtisistä käsitesysteemeistä vaan oikeudellisesta perussysteemistä esitetyistä erilaisista tulkinnoista, jotka saavat enemmän tai vähemmän institutionaalista tukea voimassa olevan oikeuden normeista.

Lisäksi identtisyuden käsite on vielä määrittelemättä. *Identtisyys* on loogikojen mukaan relaatio- eli suhdekäsite, joka tarkoittaa kahden olion, asian, entiteetin tai asiantilan samuutta. Semantiikan käsitteelliseen tai propositionaaliseen asiayhteyteen tuotuna identtisyys kääntyy kysymykseksi kahden termin tai lauseen *ekvivalenssista* eli molemminpuolisesta *materiaalisesta implikaatiosta*. Kaksi termiä tai lausetta ovat keskenään ekvivalentit, jos ja vain jos materiaaliset implikaatiot " $p \rightarrow q$ " ja " $q \rightarrow p$ " ovat molemmat tosia eli jos ja vain jos ekvivalenssi " $p \leftrightarrow q$ " eli " $p = q$ " on tosi.⁶⁰

Vaatus lainsäätäjän asettaman oikeudellisen perussysteemin ja lainopin tuottaman korvaavan systeemin tai korvaavien systeemien identtisyudesta voidaan tulkita Rudolf Carnapin *ekstension ja intensio menetelmän* perustelevan käsitteistön avulla.⁶¹ Oikeudellinen perussysteemi yhtä hyvin kuin sen korvaava (käsite)systeemi on oikeudellisten termien ja lauseiden kokonaisuus. Kaksi lausetta ovat keskenään identtiset, jos ja vain jos niiden kummankin semanttinen *ekstensio* ja *intensio* ovat täsmälleen samat eli jos ja vain jos ne täyttävät ekvivalenssiehdon tarkoittamalla tavalla ehdon molemminpuolisen materiaallisen implikaation totuudesta. Kyse on tällöin yhdestä ja samasta termistä tai lauseesta, mikä tapaus ei ole filosofisesti tai tulkintaopillisesti erityisen kiinnostava.⁶² Kiinnostavampi onkin tilanne, jossa lauseiden ekstensiota ja intensiota tarkastellaan erikseen Carnapin ehdottamalla tavalla.

Kaksi lausetta ovat *ekstensionaalisesti* ekvivalentit, jos ja vain jos niiden kummankin semanttinen ekstensio eli *totuusarvo* on sama eli jos ja vain jos ne täyttävät ekvivalenssiehdon eli ehdon molemminpuolisen materiaallisen implikaation totuudesta. Kaksi lausetta ovat *intensionaalisesti* ekvivalentit, jos ja vain jos niiden kummankin semanttinen intensio eli propositionaalinen ajatus-

⁶⁰ Wolfram, "Equivalence", s. 249: "Equivalence. Relation between two statements p and q when p implies q and q implies p . Material equivalence, in line with material implication (p implies q unless p is true and q false; q implies p unless q is true and p false), holds between p and q if and only if they they have the same truth-value. But equivalence is also often interpreted to require necessary identity of truth-value and/or identity of content and/or identity of meaning."

⁶¹ Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 1 *et seq.*

⁶² Vrt. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 5.5303 (s. 138/139): "Roughly speaking: to say of two things that they are identical is nonsense, and to say of one thing that it is identical with itself is to say nothing." – Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 216 (s. 141): "'Olio on identtinen itsensä kanssa.' – Ei ole kauniinpaa esimerkkiä hyödyttömästä lauseesta, joka kuitenkin liittyy mielikuvituksemme toimintaan. Ikään kuin asettaisimme olion mielikuvituksessamme omaan muottiinsa ja näkisimme, että se sopii."

sisältö on sama eli jos ja vain jos ne täyttävät ekvivalenssiehdon eli ehdon molemminpuolisen materiaalisen implikaation totuudesta. Kaksi lausetta, jotka täyttävät ekstensionaalisen ekvivalenssiehdon, saavat saman totuusarvon eri muuttujien arvoilla, mutta kyseisten termien tai lauseiden propositionaalinen merkityssisältö saattaa olla erilainen. Kaksi lausetta, jotka täyttävät myös intensionaalinen ekvivalenssiehdon, ovat loogisesti eli analyttisesti ekvivalentit.⁶³

Kaksi oikeudellista käsitesysteemiä ovat puolestaan *ekstensionaalisesti* ekvivalentit, jos ja vain jos niiden semanttinen ekstensio eli *oikeudellinen validiteetti* ja *institutionaalinen totuusarvo* ovat samat eli jos ja vain jos ne täyttävät ekvivalenssiehdon eli ehdon molemminpuolisen materiaalisen implikaation totuudesta. Oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalinen totuusarvo ”tosi_L” (tai ”epätosi_L”) viittaa siis institutionaalisen tulkintaideologian vakioimaan institutionaaliseen tai yhteisölliseen validiteettikriteeriin oikeudellisen korrespondenssiteorian, oikeudellisen koherenssiteorian, oikeudellisen uusretoriikan, oikeudellisen eksegeesin, analyttisen oikeusrealismin tai oikeudellisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla. Vastaavasti kaksi oikeudellista käsitesysteemiä ovat *intensionaalisesti* ekvivalentit, jos ja vain jos niiden kummankin semanttinen intensio eli niiden mahdolliseksi tekemien oikeudellisten tulkintalauseiden *tulkinnallinen merkityssisältö* on sama eli jos ja vain jos ne täyttävät ekvivalenssiehdon eli ehdon molemminpuolisen materiaalisen implikaation totuudesta.

Aarnion tarkastelemat lainsäätäjän perussysteemin korvaavat oikeudelliset käsitesysteemit, kuten käsitelainoppi ja analyttinen oikeustiede tai jokin niiden rajoitettu osa-alue esimerkiksi omistusoikeuskäsitteen tai oikeustoimen pätemättömyysopin merkityksessä, ovat *ekstensionaalisesti* ekvivalentit, jos ja vain jos systeemin_{KÄSITELAINOPPI} ja systeemin_{ANALYTTINEN} semanttinen ekstensio eli oikeudellinen validiteetti ja (institutionaalinen) totuusarvo ovat täsmälleen samat oikeudellisten muuttujien eri arvoilla. Oikeudelliset käsitesysteemit, kuten käsitelainoppi ja analyttinen oikeustiede, ovat puolestaan *intensionaalisesti* ekvivalentit, jos ja vain jos systeimin_{KÄSITELAINOPPI} ja systeimin_{ANALYTTINEN} semanttinen intensio eli niiden mahdollistamien oikeudellisten systematisointi- ja tulkintalauseiden tulkinnalliset merkityssisällöt ovat täsmälleen samat oikeudellisten muuttujien eri arvoilla.

Intensionaalisesti eli mahdollistamiensa oikeudellisten systematisointi- ja tulkintalauseiden tulkinnallisen merkityssisällön osalta systeemi_{KÄSITELAINOPPI} ja systeimi_{ANALYTTINEN} poikkeavat merkittävästi toisistaan. Analyttinen oikeustiede teki mahdolliseksi omistusoikeuden siirtymisen tarkastelun vaiheittaisena

⁶³ Carnap käyttää termejä *Equivalence* and *L-Equivalence* viittaamaan yhtäältä ekstensionaaliseen ja toisaalta intensionaaliseen eli loogiseen eli analyttiseen ekvivalenssiin. Carnap, *Meaning and Necessity*, s. 13–16.

tapahtumasarjana, missä omistajan oikeusaseman eri osatekijät omistajan suojatun käyttövapauden, oikeudellisen disponointikompetenssin ja määrätynasteisen dynaamisen suojan kokonaisuuden merkityksessä saattoivat siirtyä eriaikaisesti, ja tarkastelu voitiin lisäksi eriyttää suhteessa eri henkilötahoihin. Ajatus omistusoikeuden siirtymisestä omistajan oikeusaseman eri osatekijöiden mahdollisesti eriaikaisena ja vaiheittaisena tapahtumana on hahmotettavissa vain systeemin^{ANALYYTTINEN} vakioimien oikeudellisten premissien alaisuudessa, kun taas systeemi^{KÄSITELAINOPPI} ei vastaavan analyysin välineeksi taipunut. Samoin oikeustoimen pätemättömyysoppi jäsenyytä käsittelainoppia täsmentyneemmin analyyttisen oikeustieteen tarkoittamalla tavalla. Käsittelainoppi ei sanotulla tavalla eriytettyä ja hajautettua oikeudellista kysymyksenasettelua sallinut, vaan sen mukaan omistusoikeus siirtyi määrättyllä hetkellä kokonaan, eikä oikeudellinen pätemättömyys ollut sekään hajotettavissa analyyttisen lähestymistavan tarkoittamalla tavalla. Molemmat oikeudelliset käsitesysteemit eli systeemi^{KÄSITELAINOPPI} ja systeemi^{ANALYYTTINEN} perustuivat siis yhtä lailla voimassa olevan oikeuden normeihin, mutta niiden välittämä kuva oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä on samalla varsin erilainen.

Nähdäkseni edes *ekstensionaalinen* ekvivalenssiehto ei kuitenkaan täyty systeimin^{KÄSITELAINOPPI} ja systeimin^{ANALYYTTINEN} kesken. Suomen voimassa olevan oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta oli 1950-luvulle tultaessa muuttunut tavalla, jota käsittelainoppi ei enää tyydyttävällä tavalla tavoittanut mutta jonka analyyttisen oikeustieteen aiempaa täsmentyneempi ja hienojakoisempi kysymyksenasettelu kykeni tavoittamaan. Simo Zitting huomautti kerran saksalaiseen oikeusoppineeseen Hans Fehriin viitaten, miten uuden omistusoikeuskäsitteen ”oli määrä tulla”, kun varallisuus oikeuden yhteiskunnallinen konteksti vaihtui staattisesta agraariyhteiskunnasta uudenlaiseen vaihdantatalouden lakien sääntelemään yhteiskuntaan.⁶⁴ Systeemi^{KÄSITELAINOPPI} vastasi tyydyttävällä tavalla sotaa edeltäneen agraari-Suomen *staattista* omistusoikeuskäsitystä, kun taas teollinen tuotanto ja lisääntyvä vaihdantatalous edellyttivät uudenkaltaista *dynaamista* omistusoikeuskäsitystä, jollaisen vasta systeemi^{ANALYYTTINEN} kykeni tarjoamaan. Sittenkin käsittelainopin ja analyyttisen oikeustieteen suljettu oikeudellinen systeemilogiikka on saanut murtaa erilaisten tilannesidonnaisten ja systeemisesti avoimien oikeudellisten ratkaisargumenttien kirjoksi eriasteista mutta oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien ja niiden keskinäissuhteiden jäsentämisen merkityksessä.

Oletus lainsäätäjän asettaman oikeudellisen perussysteemin sekä lainopin tuottamien erilaisten korvaavien oikeudellisten käsitesysteemien identtisyysdes-

⁶⁴ Zitting, ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, II”, s. 530–531.

tä voi toteutua vain, jos uusi korvaava systeemi täyttää sekä ekstensionaalisen että intensionaalisen ekvivalenssiehdon tavalla, jota Alchourrónin ja Bulyginin ajatus korvaavan oikeudellisen systeemin suhteessa suppeammasta käsitteistöstä, laajammasta soveltamisalasta ja normatiivisten seurausten ennallaan pysymisestä ilmentää.⁶⁵ Tapaus, jossa uusi korvaava systeemi S_j kattaa paitsi aiemman systeemin S_i mukaiset normatiiviset seuraukset määräytyjen oikeudellisten systematisointi- ja tulkintalauseiden merkityksessä myös joukon muita oikeudellisia systematisointi- ja tulkintalauseita, ei täytä intensionaalista ekvivalenssiehtoa, mutta tarkasteltavana olevat lausejoukot voivat yhtä kaikki olla ekstensionaalisesti ekvivalentit. Mielestäni näin asia ei ollut edes käsitelainopin ja analyttisen oikeustieteen perustelemien korvaavien oikeudellisten sistemien eli systeemin_{KÄSITELAINOPPI} ja systeemin_{ANALYYTTINEN} kesken, koska käsitelainopin mukainen oikeudellinen käsitesystematiikka ei enää tavoittanut adekvaatilla ja oikeudellisesti tyydyttävällä tavalla oikeuden syvällisesti muuttunutta institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa ja oikeudellisen tulkinnan muuttuneita yhteiskunnallisia reunaehtoja, joita voimassa olevan oikeuden säännöt (ja periaatteet) yhteisesti ilmentävät.

Lisäksi oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan kasvava hajautuminen vaikeuttaa yhtenäisen oikeudellisen perussysteemin tai sen korvaavien sistemien perustelemista. Jos voimassa olevan oikeuden vaikuttavat yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet ovat vahvasti hajautuneet ja epäyhtenäiset, lainsäädäntö saa kompromissihakuisen sääntelyn luonteen, eikä mitään yhtä ja yhtenäistä oikeudellista perussysteemiä ehkä ole sen perusteella (re)konstruoitavissa. Etenkin vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen lainoppi on mieltänyt oikeuden sisäisesti ristiriitaisten systeemi-impulssien kokonaisuutena, jolloin (vain) mahdollisten oikeudellisten tulkinta- ja systematisointimallien perusteleminen on ollut mahdollista.⁶⁶ Myös EU-oikeudellisen sääntelyn on nähty lisäävän oikeuden sisäistä epäsystemisyyttä aika ajoin yllätyksellisesti esiin ponnahtavan vieteriukon tavoin Thomas Wilhelmssonin sattuvaa metaforaa lainatakseni.⁶⁷

Ajatus oikeuden *polysentriasta* on korostanut oikeuden sisäistä pirstoutuneisuutta sekä tarvetta oikeudellisen ontologian ja oikeudellisen etiikan uudelleen määrittelyyn perinteisen oikeusvaltio- ja yhteiskuntasopimustradition korvaavalla tavalla.⁶⁸ Prejudikaattiperustaisen oikeuden ja etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilme-

⁶⁵ "Generally speaking, the reformulation of a system consists in the replacement of the basis by a new one, that is *less extensive, more general and normatively equivalent*." Alchourrón & Bulygin, *Normative Systems*, s. 79 (kursivoinnit lisätty).

⁶⁶ Oikeudesta mahdollisuutena, Wilhelmsson, "Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat", s. 347–353.

⁶⁷ Wilhelmsson, "Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta".

⁶⁸ Hirvonen, ed., *Polycentricity*; Eriksson, Hirvonen, Minkkinen & Pöyhönen, "Introduction: A Political Manifesto"; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 701–706.

nevien yleisten oikeusohjeiden sekä yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön vaikutus myös suomalaisen tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan on syvällisesti muuttanut Suomen voimassa olevan oikeuden noudattamaa sisäistä *sääntely- ja ratkaisulogiikkaa*. Etenkin ylikansalliset prejudikaatit samoin kuin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat muuntaneet tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa aiempaa vahvemmin tilannesidonnaiseksi päätöksenteoksi.

Erilaisten oikeudellisten systematisointi- ja tulkintamallien semanttinen ekstensio poikkeaa toisistaan myös silloin, kuin vertailtavana ovat yhtäältä institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneet ja toisaalta siitä kriittisesti irtautuneet oikeudelliset systematisointi- ja tulkintamallit. Vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tuottamat ja perustelemat oikeudelliset systematisointi- ja tulkintalauseet sekä oikeudelliset tulkintamallit eivät määritelmänsä mukaisesti kiinnity oikeuden vallitsevaan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, joten ne eivät myöskään voi saada ekstensionaalista määrettä ”tosi_L” (tai ”epätosi_L”) institutionaalisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla. Vain aineellisen tulkintaideologian mukainen validiteettikriteeri ja toetusarvo ”tosi_Y” (tai ”tosi_Y”) on niille mahdollinen.

Aarnion teesi lainsäätäjän asettaman oikeudellisen perussysteemin ja oikeustieteen tuottaman korvaavan systeemin tai korvaavien systeemien identtisuudesta tulee edellä sanotun valossa pääosin hylätä. Rudolf Carnapin semanttisen *ekstension ja intension menetelmä* tuottaa – juuri analyttisen koulun metodeitten hyväksymällä tavalla – Aarnion soveltamaa lähestymistapaa täsmentyneemmän kysymyksenasettelun, jonka avulla oikeudellisen systematisointi- tai tulkintalauseen semanttista ekstensiota eli oikeudellista validiteettia ja institutionaalista totuusarvoa sekä sen semanttista intensiota eli tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä on kumpaaakin mahdollista tarkastella toisistaan erillään. Modernin oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan hajautuneisuus perustelee lisäksi sen, että myös analyttisen oikeustieteen käsitys oikeudellisen arvoperustan lähtökohtaisesta yhtenäisyydestä tulee korvata monimuotoisemmalla käsityksellä oikeuden yhteiskunnallisista reunaehdoista. Lainsäätäjän asettaman vakioituneen oikeudellisen perussysteemin ja teoreettisen lainopin tuottamien erilaisten korvaavien systeemien identtisuuden sijaan on perusteltua puhua oikeudellisesta *sääntely- ja ratkaisulogiikasta* eli erilaisten oikeudellisten *sääntely- ja ratkaisumallien* kokonaisuudesta, joka lähestymistapa sallii monilukuisten, keskenään aidosti erilaisten eli ei-identtisten oikeudellisten systematisointimallien laatimisen. Samalla se hyväksyy myös oikeusperiaatteet ja vastaavat, ensisijaisesti yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeudelliset ratkaisustandardit Aarnion alkuperäistä identtisyyssehtoa väljemmin määritellyn oikeudellisen käsitesystematiikan alaisuuteen.

17.7.2 Oikeudelliset peruskäsitteet, dogmit ja konstruktiot

Aulis Aarnion ajatus lainsäätäjän hyväksymän oikeudellisen perussysteemin ja teoreettisen lainopin tuottamien korvaavien käsitteellisten systeemien identtisydestä, jota tarkastelin edellä Rudolf Carnapin semanttisen ekstension ja intension metodin perustelevan ekstensionaalisen ja intensionaalisen ekvivalenssivaatimuksen avulla, ei vielä vastaa kysymykseen oikeudellisen systematisointimallin sisäisestä rakenteesta ja suhteesta oikeudelliseen tulkintaan. Oikeudellista systematisointia voi tarkastella myös Juha Pöyhösen oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden varaan rakentuvan *sopimusmallianalyysin* avulla. Oikeudelliset peruskäsitteet, lainopilliset dogmit ja niitä täydentävät lainopilliset konstruktiot ovat Pöyhösen tarkoittamalla tavalla oikeudellisen systeeminrakennuksen vakioituja kiintopisteitä, joiden avulla määritetään oikeudenalakohtaiset pääsääntö/poikkeus -luokitukset eli se, mikä kahdesta tai useammasta oikeussäännöstä on pääsääntö ja mikä tai mitkä pääsääntöä suppeammin tulkittavia poikkeussääntöjä määrättyssä tyyppitapauksellisessa soveltamistilanteessa. Lisäksi oikeudellisten dogmien ja konstruktioiden avulla määritetään yleisesti yksittäisen oikeussäännön normatiiviseen kontekstiin eli normiympäristöön liittyvät kysymykset.⁶⁹

Oikeudellinen peruskäsite on Pöyhösen mukaan ”varsinainen oikeuskäsite”, jolla ”pyritään tiivistetyssä muodossa antamaan tietoa voimassaolevan oikeuden sisällöstä”.⁷⁰ Oikeudelliseen peruskäsitteeseen ”pyritään kokoamaan ne yhdistävät ja tärkeät seikat, joiden katsotaan sisältyvän kaikkiin sopimukseen”.⁷¹ Esimerkkeinä sopimusoikeudellisista peruskäsitteistä Pöyhönen mainitsee tahdon, toiminnan, luottamuksen, oikeustoimen ja tahdonilmaisun käsitteet. Sillä, valitaanko oikeudellisen analyysin lähtökohdaksi *käsitelainopin* mukainen tahdonilmaisun käsite, pikemminkin *analyyttiseen* tarkastelutapaan viittaava sopijapuolen perustellun luottamuksen suoja vaiko jokin aidosti tilanne- ja henkilösidonnainen käsite, kuten ”velallinen, jolla on rajalliset varat”, ”työtön velallinen”, ”velallinen, jolla on suppea ammattikokemus ja koulutus” tai ”pienyrittäjä, jolla on rajoitettu taloudellinen kantokyky”,⁷² niin kuin *sosiaalinen siviilioikeus* asian hahmottaa, on keskeinen merkitys sille, miten oikeuden mahdollisten maailmojen semantiikka eli ylipäätään mahdollisten tulkinnallisten merkitysten sfääri on rajattavissa ja konstituoitavissa.

⁶⁹ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 83: ”Dogmit ovat systeeminmuodostuksen kiintopisteitä, joiden avulla tehdään – viime kädessä oikeusperiaatteisiin perustuvia – ratkaisuja siitä, kumpi kahdesta säännöstä on pääsääntö, kumpi poikkeus, tai siitä, millaisiin seikkoihin analogiaratkaisussa tulisi kiinnittää huomiota taikka millaiseen normiympäristöön ongelmat ensi katsomalta sijoittuvat.”

⁷⁰ Pöyhönen, mts. 81.

⁷¹ Pöyhönen, mts. 82.

⁷² Wilhelmsson, *Social civilrätt*, s. 139; Pöyhönen, mts. 274.

Lainopilliset *dogmit* (ja konstruktiot) ovat oikeudellisen systeeminrakennuksen kiintopisteitä, joiden avulla siis määritetään, kumpi kahdesta säännöstä on oikeudellinen pääsääntö ja kumpi pääsääntöä suppeammin tulkittava poikkeussääntö. Esimerkkeinä oikeudellisista dogmeista Pöyhönen mainitsee tahtojen konsensuksen tahtomallissa ja perustellun vilpittömän mielen suojan luottamusmallissa. Esimerkiksi sopimusoikeuden loogis-käsitteellinen konstituutio ja ylipäättään mahdollisten tulkintojen sfääri vaihtelevat merkittävästi sen mukaan, onko sopimuksen määritelmällisenä ainesosana eli, Pöyhösen termlein, oikeudellisena dogmina sopijapuolten alkuperäisten tahtojen konsensus, perustellun vilpittömän mielen suoja ja yleinen vaihdannan intressi, aristotelinen sopimustasapaino ja tilannekohtainen sisällöllinen kohtuus vaiko heikomman sopijapuolen erityisintressien suojaaminen Pöyhösen sopimusoikeudellisen tahtomallin, luottamusmallin, oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallin (eli yhteisöllisen kohtuusmallin) tai heikomman hyvittämisen mallin tarkoittamalla tavalla.⁷³

Sopimusoikeudellisen tai muunlaisen oikeudellisen systeeminrakennuksen perustana voi toki olla jokin muunlainen oikeudellinen tai yhteiskunnallinen lähtökohta, kuten Euroopan unionin oikeudelliset integraatiotavoitteet, naisten tai jonkin muun ryhmän yhteiskunnallisten erityisintressien suojaaminen tietoisensa suosivan erityiskohtelun avulla tai vaikka vallitsevan perusoikeusjärjestelmän mukaiset yksittäisten oikeussubjektien keskinäisiin sopimussuhteisiin ulotetut horisontaalivaikutukset, jolloin oikeudellisen systematisoinnin lähtökohdaksi on omaksuttu EU-oikeudellinen, naisoikeudellinen tai perusoikeuskeskeinen näkökulma.

Konstruktiot ovat Pöyhösen keino ulottaa yleinen sopimusmalli tapauksiin, jotka lainopillinen dogmi jättää tulkinnallisesti avoimeksi tai joissa dogmin soveltaminen johtaisi epätydyttävään tilanteeseen tai tutkimukselliseen anomaliaan. Esimerkkeinä konstruktioista Pöyhönen mainitsee hiljaisen tahdon, murto-osaisen yhteisomistuksen sekä nyt myös yhteisölliseen kohtuusmalliin viitaten perusoikeusvaikutukseen. Pöyhönen korostaa lainopillisten dogmien ja konstruktioiden fiktiivistä luonnetta,⁷⁴ vaikka täsmällisempää olisi puhua niiden tehtävästä sopimusoikeuden konstitutiivisena tulkinta- ja systematisointikehyksenä Kelsenin ja Rossin analyyttisen oikeusteorian tarkoittamalla tavalla. Pöyhönen ei kuitenkaan sitoudu esimerkiksi Alf Rossin analyyttisen oikeusrealismin ajatukseen tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämästä ratkaisuideologiasta tai allekirjoittaneen ajatukseen institutionaalista tulkintaideologiasta voimassa olevan oikeuden tulkintaa ja systematisointia ohjaavana tulkinta-kehysenä.

⁷³ Pöyhönen, mts. 79–116; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 619–628.

⁷⁴ Pöyhönen, mts. 86.

Tieteenteoreettisessa katsannossa Pöyhösen ajatus lainopillisista dogmeista vastaa Thomas S. Kuhnin normaalitieteen *tutkimusparadigmaa* eli yleistettävissä olevia tieteellistä malliratkaisua määrittäviä tekijöitä, kun taas lainopillinen konstruktio vastaa Kuhnin tieteesosiologian termein tutkimuksellista *anomaliaa*.⁷⁵ Lainopillisen konstruktion avulla määrätty oikeudellinen dogmi esimerkiksi sopimusoikeudellisen tahtoperiaatteen kunnioittamisen tai luottamussuojan soveltamisalan laajentamisen merkityksessä 'pelastetaan' tapauksessa, jossa omaksutun lainopillisen dogmin oikeudellinen selitys- ja justifikaatiovoima on heikko.

Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*, eikä sopimusoikeuden tai minkään muunkaan oikeudenalan tulkintaan ja systematisointiin voi olla fenomenologien ja luonnonoikeusfilosofien haaveilemaa oikotietä ohi omaksutun oikeuden loogis-käsitteellisen jäsennyksen ja sovellettavan oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan. Sopimusmallin yleinen idea, rakenne tai muoto Pöyhösen tarkoittamalla tavalla oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden yhdistelmänä sisältää käsitteellisen ja vähintäänkin heikosti *käsitelainopillisen* elementin, joka ei tavoita sopimusoikeuden erilaisia mallinnuksia yhtäläisellä tavalla. Pöyhönen määrittelee *oikeudellisen peruskäsitteen* tavalla, joka vastaa käsitelainopin perustelemaa kantaa määrättyä oikeudellista instituutiota määrittelevistä välttämättömistä ainesosista:⁷⁶

”... [oikeudellisella] peruskäsitteellä tarkoitetaan sellaista *varsinaista oikeuskäsitettä*, jolla 'pyritään tiivistetyssä muodossa antamaan tietoa voimassa olevan oikeuden sisällöstä'. Tällaisiin käsitteisiin sisältyy oletuksia oikeusvaikutuksista. Sopimuksen peruskäsitteestä voidaan siten päätellä, että sen soveltuessa osapuolilla on tiettyjä velvollisuuksia ja oikeuksia; millaisia nuo oikeudet ja velvollisuudet ovat ja miten yksilöidysti ne voidaan johtaa peruskäsitteestä, riippuu tarkemmin sopimusmallista ja sillä kuvattavasta normistosta. (...) Peruskäsitteeseen pyritään kokoamaan ne yhdistävät ja tärkeät seikat, joiden katsotaan sisältyvän kaikkiin sopimuksiin.”

Sopimusmallin yleinen rakenne vastaa tyydyttävällä tavalla tahto- ja luottamusmallin vahvasti systeemistä, käsitteellistävää ja sääntöhakuista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa. Se ei taivu samalla tavoin arvo- ja tilannesidonnaista oikeusperiaatteiden punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista edellyttävän yhteisöllisen kohtuusmallin tai heikomman sopijapuolen hyvittämiseen tähtäävän sosiaalisen siviilioikeuden vakioiduksi vertailukohdaksi.

Oikeusperiaatteita ei voi sijoittaa osaksi sopimusmallin systeemistä jäsenystä oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden merkitykses-

⁷⁵ Pöyhönen ei viittaa Kuhnin tieteesosiologiaan, vaan tämä on omaa tulkintaani.

⁷⁶ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 81–82 (kursivoinnit Pöyhösen).

sä ilman, että niiden määritelmälliset ominaisuudet aidosti tilannesidonnaisina, yhteiskunnallisille arvoille ja tavoitteille avoimina oikeudellisina tulkinta- ja ratkaisuperusteina menetetään. Osana Pöyhösen sopimusmallia oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit joudutaan muuntamaan ainakin osin *sääntöformaaleiksi* eli oikeussäännön kaltaisiksi tulkinta- ja ratkaisuperusteiksi, jotka noudattavat nyt tyyppitapauksellista oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa. Toisaalta formaalit, institutionaalisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt taipuvat heikosti, jos lainkaan, puhtaasti sisällöllisen oikeudellisen ratkaisuharkinnan metodiseksi työvälineeksi. Pöyhösen ratkaisumalli vastaa tältä osin Ronald Dworkinin ajatusta, jonka mukaan oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäinen kollisio joudutaan ratkaisemaan sääntöjä yleisemmällä oikeusperiaatteiden tasolla.⁷⁷

Edellä sanotun valossa on syytä luopua sopimusmallin yleisestä *oikeudelliset peruskäsitteet + dogmit + konstruktiot* -rakenteesta, joka olisi yhteinen sopimus-oikeuden kaikille mahdollisille systeemisille ja käsitteellisille jäsenyksille. Oikeudellisen sopimusmallin loogis-käsitteellinen ja konstitutiivinen muoto tulee sen sijaan määritellä *kohdesidonnaisesti* kunkin neljän (tai useamman) sopimusmallin osalta. Keskeinen rajalinja kulkee sääntösidonnaisten, käsitteellisesti formalisoitavissa ja systeemisesti vakioitavissa olevien tahto- ja luottamusmallin sekä arvosidonnaiseen, tilannekohtaiseen oikeusperiaatteiden punnintaan perustuvien yhteisöllisen kohtuusmallin ja heikomman hyvittämisen mallin välissä. Tilannesidonnainen kohtuus ei ole formalisoitavissa kiinteän oikeudellisen käsitteysteemin muotoon,⁷⁸ eikä formaali, sääntöhakuinen oikeusajattelu ole muunnettavissa tilannekohtaiseksi periaatepunninnaksi⁷⁹ ilman, että oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden määritelmällisistä kriteereistä joudutaan luopumaan. Pöyhösen hahmottelemat sopimusmallit voitaisiin luonnostella uudelleen seuraavasti:

- a) *käsitelainopillinen* sopimusoikeuden tahtomalli peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden yhdistelmänä siinä muodossa kuin Pöyhönen sen esittää,
- b) *analyttis-funktionaalinen* prosessikäsitteitys sopimuksen synnystä, aineellisista oikeusvaikutuksista ja sopimuksen lakkaamisesta, missä oikeuskäsitteillä on puhtaasti esitystekninen ja tarkoitussidonnainen funktio,

⁷⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 77–78.

⁷⁸ Vrt. toisin Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 5 (kursivoitu lisäty): ”Käsillä olevan teoksen käyttövoimana on sovittelun aiheuttama sopimusoikeuden sisäinen jännite. Teos on yritys selvittää tämän jännitteen taustoja ja syitä, tapoja, joilla se on yritetty ratkaista sekä lopuksi sitä, miten sovittelua voidaan käyttää mahdollisimman rationaalisesti. Rationaalisuuden tavoittelu edellyttää, että *sovitteluinstituutti on systematisoitava, tehtävä osaksi Suomen sopimusoikeuden järjestelmää*. Sitä ei saa jättää järjestelmän ulkopuolelle, sillä jos sovittelua ei liitetä systeemiin, on vaarana, että sopimusoikeuden järjestelmä rikkoutuu sovittelun takia ja järjestelmän toiminta muuttuu ennalta arvaamattomaksi. Sopimusoikeudesta tulee ka-suistista ja yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksen toteuttamisaste laskee.”

⁷⁹ Vrt. toisin Pöyhönen, mts. 311 *et seq.*

- c) *oikeusperiaatteiden* tapauskohtainen punninta ja keskinäinen tasa-painottaminen yksittäistapauksellisen sopimuskohtuuden toteuttamisen merkityksessä, ja
- d) analyttisen oikeustieteen suosimien abstraktien oikeuskäsitteiden hylkääminen konkreettisten eli tilanne- ja henkilösidonnaisten sekä tarverationaalisuutta toteuttavien roolikäsitteiden hyväksi *sosiaalisen siviilioikeuden* mukaisessa heikomman sopijapuolen suojelun mallissa.

Näin arvioiden sopimusoikeuden systeminen 'käsite-evoluutio' on kulkenut neljänlaisen oikeudellisen kerrostuman kautta: *käsitelainopin* abstrakteista, varsinaisista oikeuskäsitteistä *analyttis-funktionaalisen* oikeustieteen puhtaasti esitysteknisiin funktiokäsitteisiin, joilla ei ole lainkaan semanttista referenssiä teknisten oikeustositseikka-oikeusseuraamus-relaatioiden ulkopuolella, edeten systemisesti ei-vakioitujen ja ei-vakioitavissa olevien *oikeusperiaatteiden* tilannekohtaiseen painoarvopunnintaan sekä päätyen lopulta *sosiaalisen siviilioikeuden* konkreettisiin, tilannesidonnaisiin ja tarverationaalsiin roolikäsitteisiin.⁸⁰

Tilannesidonnaisen periaatepunninnan varaan rakentuva sopimusoikeuden kohtuusmalli sekä heikomman hyvittämiseen tähtäävä sosiaalinen siviilioikeus ovat varsin kaukana käsitteellisiin yleistyksiin ja systemiseen vakioitavuuteen perustavasta sopimusoikeuden määrittelystä, jollaiseen käsitelainopillinen tahdomalli ja analyttisen siviililainopin valossa tulkittu sopimusoikeuden prosessimalli ovat sitoutuneet. Formaali, systeminen ja käsitteellistävä oikeusajattelu vinouttaa Pöyhösen analyysia siltä osin kuin yleinen sopimusmalli oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden yhdistelmänä hyväksytään oikeudellisen analyysin kohdeneutraaliksi ulkoiseksi kiintopisteeksi. Tämä on Pöyhösen oikeudellisen argumentaation epäjatkuvuuskohta eli *metodinen halkeama*: sopimusmallin yleinen rakenne tai muoto oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden yhdistelmänä ei ole kohdeneutraali suhteessa sen aineelliseen sisältöön eli neljään erilaiseen sopimusmalliin.⁸¹ Se, mitä Pöyhönen kirjoittaa Simo Zittingin K. A. Telarannan oikeuskäsitystä vastaan esittämästä kritiikistä, kuvastaa sen vuoksi myös nyt puheena olevaa ongelmaa:⁸²

”Systeemi-idean puute näkyy keskeisesti heikkoutena tunnistaa ja käsitellä sopimusnormistoon kuuluvia oikeusperiaatteita. Ei liene sattuma, että oikeuskäsitteille asetetut puhtauden vaatimukset johtivat suosimaan kaksijakoisia, sääntöhakuisia luokitteluja. Puhtauden seurauksena myös-

⁸⁰ Pöyhönen, mts. 274. Pöyhönen viittaa myös Wilhelmssonin teokseen *Social civilrätt*. Vrt. Wilhelmsson, *Social civilrätt*, s. 139, 221.

⁸¹ Vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 619–628.

⁸² Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 109–110 (kursivointi lisätty).

kään peruskäsitteille ei jäänyt lainkaan justifikaatioulottuvuutta vaan ainoastaan ongelmanratkaisu-ulottuvuus. Samalla katosi käsitteiden systeemiä luova ominaisuus. Tämä on sekä voima että heikkous: *heikkous oikeusperiaatteiden mutta voima oikeussäntöjen käsittelyssä.*”

De te fabula narratur – näin asia on myös Pöyhösen sopimusmalliin sisältyvien oikeudellisten peruskäsitteiden ja niiden varaan rakentuvan lainopillisten dogmien ja konstruktoiden osalta: heikkous oikeusperiaatteiden mutta voima oikeussäntöjen käsittelyssä. Väitetyt kohdeneutraalin ulkoisen referenssin eli vertailukohdan sijaan on tyydyttävä abstraktiotasoltaan huomattavasti vaatimattomampaan oikeudellisen analyysin lähtökohtaan: ideaan sopimusmallista, jonka loogis-käsitteellinen konstituutio ja edellytetty ontologia ovat kiinteästi sidoksissa siihen aineelliseen sisältöön, jonka se sopimusoikeutta jäsentävänä oikeudellisena tulkintakehyksenä voi kulloinkin saada. Tällöin myös Pöyhösen sopimusmalliajattelua rasittava metodinen halkeama sulkeutuu.

17.7.3 Oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka

Pöyhösen ehdottama sopimusmallin yleinen muoto tai rakenne oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktoiden yhdistelmänä tulee nähdäkseni korvata väljemmin määritellyllä *oikeudellisella sääntely- ja ratkaisumallilla* yhtäältä lainsäätäjän tarkoittaman ja toisaalta tuomioistuinten ratkaisukäytännössä tosiasiallisesti toteutuneen sekä institutionaalsiin oikeussäntöihin että yhteisöllisiin oikeusperiaatteisiin kiinnittyvän oikeudellisen jäsenyyksen merkityksessä. Oikeudellinen systematisointi tarkoittaa oikeudellista tulkintaa käsitteellisesti edeltäviä ja oikeudellisen tulkinnan kanssa yhteenkietoutuneita tekijöitä, jotka rajaavat oikeudellisen tulkinnan edellyttämän loogis-käsitteellisen tilan. Oikeudelliset käsitesysteemit ovat eräänlaista ”jähmettynyttä politiikkaa” eli ajallisessa katsannossa suhteellisen vakioitua tulkintaa,⁸³ joka ennakkollisesti rajaa oikeuden mahdollisten maailmojen semantiikan rajat.

Oikeudellinen systematisointi on aina tietynlainen tulkinta lainsäätäjän asettamasta oikeudellisesta perussysteemistä tai alkuperäisen oikeudellisen perussysteemin ja lainopin tuottamien aiempien korvaavien käsitesysteemien yhteisesti rajaamasta oikeuden ylipäättään mahdollisten tulkintojen kokonaisuudesta. Jos ja kun ehdotettu oikeudellinen systematiikka tekee myös uudenlaiset, aiemmasta poikkeavat kysymykset (ja vastaukset) voimassa olevan oikeuden tietyn-

⁸³ Oikeudesta ”jähmettyneenä politiikkana” (engl.: *frozen politics*), Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, s. 92, 108.

hetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä mahdolliseksi, kyse ei ole identtistä käsitesysteemeistä vaan korvaavista oikeudellisista systeemeistä, joiden ekstensionaalinen tai intensionaalinen ulottuvuus irtautuu niiden vertailukohdasta lainsäätäjän alun perin asettaman perussysteemin tai oikeustieteen perustelemien aiempien korvaavien systeemien merkityksessä. Mikään oikeudellinen käsitesystematiikka ei myöskään ole tulkinnallisesti 'viaton' eli täydellisen läpinäkyvä ja Pöyhösen virheellisesti otaksumalla tavalla kohdeneutraali suhteessa sen asialliseen kohdereferenssiin eli voimassa olevan oikeuden normeihin. Lainopin tuottama tulkinnallinen tieto oikeudesta on aina sidoksissa *johonkin* omaksuttuun oikeudelliseen systematisointi- ja tulkintakäsitykseen, eikä oikeuteen voi olla täydellisen sitoutumatonta 'näkökulmaa eimistään'.

Oikeudellinen *sääntelylogiikka* ja *sääntelymalli* (tai *-mallit*) viittaa lainsäätäjän yleisellä tasolla tekemiin oikeussysteemiin valintoihin, ja oikeudellinen *ratkaisulogiikka* ja *ratkaisumalli* (tai *-mallit*) viittaa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemiin vastaaviin valintoihin. Oikeudellinen *sääntely- ja ratkaisulogiikka* on yhteisnimitys lainsäätäjän ja tuomioistuinten hyväksymien oikeudellisten sääntely- ja ratkaisumallien kokonaisuudelle, jonka avulla *sääntö – sääntö*, *periaate – periaate* ja *sääntö – periaate* -tyyppiset normikollisiot ovat ratkaistavissa.

Omaksuttu oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka eli erilaisten oikeudellisten sääntely- ja ratkaisumallien kokonaisuus on se osa oikeudellista tulkintakehystä, joka määrittää kattavasti erilaisten oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden, oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden, keskinäiset etusijasuhteet. Lisäksi oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet edellyttävät olennaisesti toisistaan poikkeavaa oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa oikeussääntöjen kaksiarvoisen eli *joko/tai* -tyyppisen ja oikeusperiaatteiden moniarvoisen eli *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisen sääntely- ja ratkaisulogiikan merkityksessä. Oikeudellinen *sääntely- ja ratkaisulogiikka* on se osa vallitsevaa oikeudellista *metateoriaa* (eli *metakontekstia* eli *metanarratiivia*), joka määrittää laaja-alaisesti oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyvien oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäiset etusijasuhteet kollisiotilanteissa.

Oikeudellisten sääntely- ja ratkaisumallien kokonaisuus on oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen metakontekstin *toiminnallinen* ilmentymä siinä merkityksessä, että se jäsentää lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista päätöksentekoa sekä oikeudellisesti toimivaltaisten oikeussubjektien disponointi- eli määräämistöimisiä yhtenäisenä ja yhtenäistävänä tulkinnallisena kehyksenä. Aivan kuten H.L.A. Hartin oikeusteorian edellyttämä oikeuden tunnistamissääntö on vain nähtävissä siinä tavallisesti varsin yhdenmukaisessa tavassa, jolla tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat tunnistavat voimassa olevan oikeuden

säännöt,⁸⁴ samoin omaksuttu oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka ilmenee tavassa, jolla lainsäätäjät, tuomioistuimet ja muut lakia soveltavat viranomaiset hahmottavat voimassa olevien oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäiset etusijasuhdet normikollisiotilanteissa vallitsevan oikeudellisen metateorian edellyttämällä tavalla.

Varsinainen eli oikeussääntöihin sovellettava oikeudellinen systematiikka koostuu yhtäältä *formaaleista konfliktinratkaisunormeista* ja toisaalta omaksutun oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan mukaisista *pääsääntö/poikkeussääntö* -luokituksesta, joiden yhteisvaikutuksesta voimassa olevan oikeuden säännöt on mahdollista esittää ainakin periaatteessa aukottomana ja ristiriidattomana kokonaisuutena.⁸⁵ Systematisoinnin alaan termin heikommassa merkityksessä voi lukea myös oikeusperiaatteiden ja muiden oikeussääntöjä heikommien formaalien oikeudellisten ratkaisustandardien keskinäisen yhteensovittamisen vähintäänkin heikosti täsmentyneiden *johtava/väistyvä oikeusperiaate* -luokitusten määrittämisen merkityksessä. Systematisointi toisin sanoen viittaa vakioituihin käsitteellisiin ja tulkintaopillisiin perusteisiin, jotka rajaavat ja määrittävät oikeuden semanttisesti mahdollisen maailman edellyttämän loogiskäsitteellisen tilan eli ylipäätään mahdollisten tulkintojen sfäärin sekä siihen sovellettavat yleiset ja tapauskohtaiset etusijasäännöt.

Formaaleja konfliktinratkaisunormeja ovat muun muassa *lex superior derogat legi inferiori*, jonka mukaan normihierarkkisesti ylempi säädös syrjäyttää normihierarkkisesti alemman säädöksen, *lex posterior derogat legi priori*, jonka mukaan myöhempi säädös syrjäyttää aiemman säädöksen, *lex specialis derogat legi generali*, jonka mukaan sisällöllisesti täsmentynyt erityislaki syrjäyttää yleislain, sekä *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, jonka mukaan myöhempi yleislaki ei syrjäytä aiempaa erityislakia. Jos kaksi oikeussääntöä ovat keskenään ristiriidassa siten, että molempia niistä ei ole mahdollista samanaikaisesti täyttää, toinen säännöistä on katsottava konfliktinratkaisunormien perusteella kokonaan tai osittain oikeudellisesti pätemättömäksi tai, vaihtoehtoisesti, normikollisio on ratkaistava oikeudellisen tulkinnan avulla, jolloin toista tai molempia säännöistä tulkitaan joko laventaen tai supistaen normiristiriidan poistavalla tavalla. Yhtä kaikki, myös formaalien konfliktinratkaisunormien soveltaminen normikollisiotilanteeseen edellyttää ennakkolista oikeudellista tulkintaa. Se, mikä on tiettyssä soveltamistilanteessa yleislaki (lat.: *lex generalis*) ja mikä suppeammin tulkittava erityislaki (lat.: *lex specialis*),

⁸⁴ "... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact." Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 107.

⁸⁵ Oikeudelliset peruskäsitteet, dogmit ja konstruktiot ovat siis Juha Pöyhösen terminologiaa, kun taas oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka ja oikeudelliset sääntely- ja ratkaisumallit ovat omaa käsitteistöäni.

ei ole ratkaistavissa ilman kyseisten säädösten tulkinnallisen merkityssisällön määrittämistä, jota menettelyä oikeusyhteisössä omaksutut oikeudelliset sääntely- ja ratkaisumallit ja muut oikeudelliset päättelymallit puolestaan ohjaavat.

Oikeusperiaatteiden ja muiden oikeussääntöjä heikommin sääntöformaalien oikeudellisten ratkaisustandardien systematisointi sanotun termin heikossa merkityksessä tarkoittaa niiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden keskinäistä tasapainottamista tai yhteensovittamista tavalla, joka on vain rajoitetusti yleistettävissä myös muihin vastaaviin oikeudellisiin ratkaisutilanteisiin. Se ei ole sellaisenaan yleistettävissä vahvaksi ja ehdottomaksi sääntely- ja ratkaisumalliksi, sillä ehdottomien etusijasääntöjen vakioiminen määritelmällisesti tilannesidonnaisten oikeusperiaatteiden tai vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien välille muuntaisi ne *sääntöformaaleiksi*, oikeudelliselta sääntely- ja ratkaisulogiikaltaan oikeussääntöjen kaltaisiksi tulkinta- ja ratkaisuperusteiksi. Oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit voivat toisin sanoen toteuttaa vain *dynaamista*, ainakin lähtökohtaisesti vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevaa oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa tavallisesti johtavien ja väistyvien oikeusperiaatteiden keskinäissuhteiden määrittämisen merkityksessä.

Prejudikaattiperustaisen oikeuden yhteydessä puhutaan tavallisesti *prejudikaatti-ideologiasta* ja sopimusperustaisen oikeuden yhteydessä sovellettavasta *sopimusmallista* yleisen oikeudellisen sääntely- ja ratkaisumallin sijaan. Sovellettava *prejudikaatti-ideologia* määrittää keskeisen *ratio/dicta* -jaottelun määrittämistä sekä prejudikaattinormien keskinäistä yhteensovittamista oikeudenalakohtaisten tavallisesti *vallitsevien/väistyvien prejudikaattinormien* merkityksessä. Sopimusperustaisessa oikeudessa sovellettavalla *sopimusmallilla* on vastaava oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäisten etusijasuhteiden määrittämistä ja oikeudellista tulkintaa ohjaava vaikutus.

17.7.4 Staattinen ja dynaaminen oikeudellinen systematiikka

Oikeus ei ole vain staattinen ja muuttumaton ilmiö, joka olisi lukittavissa senkaltaisen pysyvän käsitesystematiikan muotoon, jollaisesta 1800-luvun saksalaiset konstruktiivisen oikeusopin eli käsitelainopin edustajat haaveilivat. Sovelletun oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan sekä sen mahdolliseksi tekemien oikeudellisten tulkintojen hyväksyttävyys ja tarkoituksenmukaisuus tulee aika ajoin uudelleen arvioitavaksi, kun oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta riittävässä määrin muuttuu. Lainsäätäjän alun perin tarkoittama oikeudellinen sääntelymalli voi toisin sanoen irtautua alkuperäisestä yhteiskunnallisesta taustastaan ja alkaa 'elää omaa elämäänsä' sovellettavana oikeudellisena ratkaisumallina tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä sekä muissa institutionaalisissa ja yhteisöllisissä

käytännöissä. Etenkin eurooppaoikeudellisessa soveltamiskontekstissa, jota Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet keskeisesti määrittävät, perinteinen staattinen oikeudellinen systematiikka eli lainsäädännössä alun perin omaksuttu oikeudellinen sääntely- ja ratkaisumalli on korvattava sen dynaamisella vaihtoehdolla, joka ottaa prejudikaattiperusteiset oikeusohjeet, oikeusperiaatteet ja muut aidosti tilannesidonnaiset oikeudelliset ratkaisustandardit paremmin huomioon.

Oikeudellinen systematiikka on *staattinen* eli suljettu ja vakioitu, jos oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden keskinäiset suhteet ovat ennalta määritettävissä formaalien konfliktinratkaisunormien sekä oikeudellisen sääntely- ja ratkaisumallin käsittämien sisällöllisten kriteerien avulla. Oikeudellinen systematiikka on *dynaaminen* eli avoin ja 'kelluva', jos oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden keskinäiset etusijasuhteet eivät ole määritettävissä ennalta tai edes jälkikäteisesti yleistettävissä olevalla tavalla, vaan ainoastaan tilannesidonnainen jäsenyys on mahdollinen.

Oikeussäännöt ovat tyyppitapauksellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, jotka ovat lukittavissa ennalta vakioitavissa olevan, sisäisesti ristiriidattoman oikeudellisen systematiikan osaksi. Oikeusperiaatteet ovat sitä vastoin tilannesidonnaisia ratkaisuperusteita, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo on (ainakin lähtökohtaisesti) määritettävissä vain suhteessa kulloinkin käsillä olevaan yksittäiseen oikeustositseikastoon ilman oikeudellisen yleistettävyyden tai universaalin sovellettavuuden vaadetta tai oikeutusta.⁸⁶ Yksittäistä oikeudellista punnintaratkaisua, jossa kahden tai useamman asiaan vaikuttavan oikeusperiaatteen keskinäiset sisällölliset painoarvot ja oikeudellinen ratkaisuarvo suhteutettuna käsillä olevaan tosiseikastoon on määritetty, ei voi yleistää yleisenä oikeudellisena ratkaisunormina sovellettavaksi. Jos sanottu yleistys kuitenkin tehdään, kyseinen oikeusperiaate on muunneltu formaaliksi oikeussäännöksi, joka nyt noudattaa tyyppitapauksellista, yleistettävissä olevaa *joko/tai* -tyyppistä sääntely- ja ratkaisulogiikkaa oikeusperiaatteen edellyttämän tilannesidonnaisen, *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisen oikeudellisen ratkaisulogiikan sijaan, joka edellyttäisi arvosidonnaista punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista. Oikeusperiaatteiden soveltamiseen rinnastuva dynaamisen systematiikan idea pätee lähtökohtaisesti myös prejudikaattiperustaiseen oikeuteen, missä omaksuttu *prejudikaatti-ideologia* määrittää oikeudellisen systematiikan rajat.

Oikeusperiaatteet toteuttavat siis enintään heikkoa eli dynaamista systematiikkaa, mutta niiden systeemisen jäsenyyksen aste voi kuitenkin jonkin verran

⁸⁶ Vrt. toisin Hannu Tolonen, joka korostaa oikeusperiaatteiden vahvasti systemaattista luonnetta. Tolonen liittää oikeusperiaatteet etenkin oikeustieteen artikuloimien oikeudenalakohtaisten yleisten oppien yhteyteen. Tolonen, *Oikeuslähteoppi*, s. 134–135.

vaihdella siitä riippuen, millaista oikeudellista *tulkintamatriisia* tai, jos näkökulma oikeuteen noudattaa tuomarin tai muun käytännön lainsoveltajan oikeudellista tiedonintressiä, vakiintuneita tulkinnallisia konventioita ja päättelymah- leja oikeusperiaatteita hyödynnettäessä sovelletaan. Osana vähintäänkin hei- kosti systeemistä oikeudellista tulkintamatriisia tai sitä vastaavaa tuomarinäkö- kulmaa oikeuteen myös oikeusperiaatteiden punnintamenettely noudattaa heik- koa eli vain heikosti ennalta vakioitavissa olevaa etusijajärjestystä. Esimerkiksi erityiselle ihmis- ja perusoikeusnäkökulmalle alistettuna oikeusperiaatteet to- teuttavat vähintäänkin heikosti systeemistä tulkinnallista kehystä, missä vallit- sevaa perusoikeusjärjestelmää toteuttaville perusoikeuksille annetaan vähin- täänkin heikko systeeminen etusija suhteessa muunlaisiin institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiviin oikeusperiaatteisiin. Lisäksi on perusteltua olettaa, että henkeä ja terveyttä suojaavilla perusoikeuksilla on ehdoton etusija suhteessa yhtäältä muihin liberalistisiin vapausoikeuksiin, ku- ten yksityisyyden suojaan, toisaalta hyvinvointivaltiollisiin yhteiskunnallista resurssiallokaatiota määrittäviin TSS (+ O) -oikeuksiin, kuten oikeuteen tervey- denhuoltoon, koulutukseen ja sosiaaliturvaan, sekä suhteessa kollektiivisiin, yhteisöllis-kulttuurisiin perusoikeuksiin, kuten jonkin etnisen ryhmän oikeu- teen omaehtoiseen kieleen ja kulttuuriseen identiteettiin.

Yksittäisten prejudikaattinormien toteuttama systematiikka on sekin lähtö- kohtaisesti enemmän tai vähemmän tilannesidonnaista luonteeltaan, mutta myös niiden suhteellisen systeemisyyden aste voi merkittävästi vaihdella sovel- lettavasta *prejudikaatti-ideologiasta* riippuen. Jos oikeutta tarkastellaan osana koherenteinta mahdollista oikeudellista metateoriaa eli oikeudellista eheyttä Ronald Dworkinin oikeusteorian tarkoittamassa merkityksessä, prejudikaatti- normit noudattavat vahvemmin systeemistä jäsenystä kuin osana ajallisesti taaksepäin katsovaa prejudikaatiooikeudellista eksegeesiä, missä ennakkorat- kaisua myöhemmin soveltavan tuomioistuimen tehtävänä on rekonstruoida sen varsinainen prejudikaattinormi ennakkoratkaisun aineellisen lopputuloksen sekä sen välttämättömien tai riittävien normi- ja faktapremissien perusteella. Systeeminen jäsenys on verraten heikko myös sovellettaessa oikeudellista malliratkaisuideologiaa, jolloin ratkaisevaa on ennakkoratkaisun sekä käsillä olevan uuden oikeustositseikaston riittävä tai riittämätön samankaltaisuus omaksuttua tulkinta-avainta vasten arvioituna, mikä oikeuttaa joko oikeudelli- sen analogian tai distinktiotekniikan hyödyntämisen myöhemmässä oikeus- tapauksessa.

Oikeusperiaatteiden ja muiden oikeussääntöjä heikommin formaalien ratkai- superusteiden osalta oikeussääntöjen keskinäissuhteisiin perustuva systemati- sointimalli, jonka osatekijöinä ovat oikeudelliset peruskäsitteet, dogmit ja konstruktio- ja jota formaalit konfliktiratkaisunormit vielä osaltaan täydentä- vät, tulee korvata mallilla, jonka osatekijöinä ovat: (a) *sisällölliset oikeudelliset punnintanormit*, jotka vastaavat oikeusperiaatesidonnaisessa ajattelussa sääntö-

sidonnaisen ajattelun formaaleja konfliktinratkaisunormeja, (b) *yhteiskunnalliset arvot tai tavoitteet*, jotka ovat *oikeudellistuneet* eli nauttivat riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää suomalaista yhteiskuntaa jäsentävissä, oikeudellisesti merkityksellisissä institutionaalisissa ja yhteisöllisissä käytännöissä, vastaten sääntösidonnaisen ajattelun oikeudellisia (perus)käsitteitä ja (c) *yhteiskunnallinen ja oikeudellinen arvoteoria*, joka määrittää oikeusperiaatteiden tilannesidonnaista punnintamenettelyä, vastaten sääntösidonnaisen ajattelun oikeudellisia dogmeja ja konstruktioita.

Oikeusperiaatteiden osalta oikeudellinen dogmi/konstruktio -jaotus on ylläpidettävissä vain vähintäänkin heikosti systeemisesti jäsentyneiden tulkintamatriisien tai erityisten oikeudellisten näkökulmien vallitessa, kuten ihmis- ja perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin tai Pöyhösen tavoin ymmärretyn, yhteisöllisen kohtuusperiaatteen suhteellisen etusijan varaan jäsennetyn sopimus-oikeudellisten oikeusperiaatteiden punnintamallin tulkintaopillisten premissien alaisuudessa, koska muutoin lainopillisten dogmien edellyttämät systeemiset kiintopisteet täydellisesti puuttuvat ja kyse on vain puhtaasti tilannekohtaisesta, *ad hoc* -perustaisesta harkinnasta.

Prejudikaattiperustaisen oikeuden osalta oikeudellisen systeeminrakennuksen osaelementit ovat vastaavasti: (a) *prejudikaattioikeudelliset konfliktinratkaisunormit*, jotka ovat sääntösidonnaisen oikeuden sisäistä eheyttä tuottavia formaaleja systematisointinormeja heikommin jäsentyneet, (b) formaali *ratio decidendi/obiter dicta* -erottelu, jonka avulla ennakkoratkaisun varsinainen prejudikaattinormi on erotettavissa sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista sanotussa ratkaisussa, ja (c) sovellettavan *prejudikaatti-ideologian (eriateistisesti) systeemistä eheyttä ylläpitävät määreet*, joiden merkitys riippuu omaksutusta prejudikaatti-ideologiasta.

Dworkinin keskeisidea oikeudellisesta eheydestä tekee mahdolliseksi vahvemmin systeemisen prejudikaattioikeudellisen jäsennyksen kuin suhteessa heikommin systeeminen idea ennakkoratkaisun konstitutiivisiin normi- tai faktapremisseihin takautuvasta päättelystä oikeudellisen eksegeesin merkityksessä tai ajatus prejudikaateista (vain) yksittäistapauksellisina malliratkaisuina oikeudellisen analogian ja distinktiotekniikan yksittäistapauksellisen ja ajoittain vain varsin vaikeasti ennakoitavissa olevan oikeudellisen vuorottelun merkityksessä. Oikeudelliset dogmit/konstruktio -jaotus on ylläpidettävissä prejudikaattiperustaisessa oikeudessa vain, jos tarkasteltavana oleva prejudikaattien sarja on vähintään heikosti systeemisesti jäsentynyt, koska muutoin lainopillisten dogmien edellyttämät systeemiset kiintopisteet puuttuvat. Kokoavasti tämä voidaan esittää seuraavana kaaviona:

Kaavio 19: Staattinen ja dynaaminen oikeudellinen systematiikka

Staattinen oikeudellinen systematiikka: *Dynaaminen oikeudellinen systematiikka:*

a) formaalit konfliktinratkaisunormit	a.1) sisällölliset oikeudelliset punnintanormit (= oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit) a.2) prejudikaattioikeudelliset konfliktinratkaisunormit (= prejudikaattiperustainen oikeus)
b) oikeudelliset peruskäsitteet tai vastaavat käsitteelliset osatekijät	b.1) oikeudellisesti merkitykselliset yhteiskunnalliset arvot tai tavoitteet (= oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit) b.2) <i>ratio decidendi/obiter dicta</i> -erottelu (= prejudikaattiperustainen oikeus)
c) oikeudelliset dogmit ja konstruktiot	c.1) oikeudellinen ja yhteiskunnallinen arvoteoria (= oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit), c.2) prejudikaatti-ideologian systeemiset määreet, kuten oikeudellinen eheys, rekonstruktiiivinen prejudikaattioikeudellinen eksegeesi tai oikeudelliseen analogiaan ja distinktiotekniikkaan perustuva malliratkaisu-ideologia (= prejudikaattiperustainen oikeus)

Kootusti oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa vallitsevan oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan toteuttamista eli (a) voimassa olevan oikeuden sääntöjen, (b) vähintään heikosti systeemisesti jäsenyneiden oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien sekä (c) prejudikaattinormien keskinäisten suhteiden määrittämisestä suhteessa vakioituun systeemiseen kiintopisteeseen, jonka avulla on ratkaistavissa se, mikä on määrättyssä oikeudellisessa tulkintatilanteessa noudatettava pääsääntö ja mikä tai mitkä siihen nähden poikkeussääntöjä (= kohta a), mikä on oikeudenalan johtava oikeusperiaate ja mitkä siihen nähden ainakin tavallisesti väistyviä oikeusperiaatteita oikeusperiaatteiden eriaasteisen systeemisen jäsennyksen mukaisesti (= kohta b) sekä mikä on prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisesti vallitseva prejudikaattinormi eli *ratio decidendi* ja mitkä siihen nähden ainakin tavallisesti väistyviä

prejudikaattinormeja prejudikaattiperustaisen oikeuden eriasteisen systeemisen jäsennyksen mukaisesti (= kohta c) omaksutun oikeudellisen *sääntely- ja ratkaisulogiikan* tarkoittamalla tavalla.

17.8 OIKEUSPERIAATTEIDEN PUNNINTA JA OIKEUDEN MUUTOSDYNAMIIKKA

17.8.1 Oikeuden rakenteellinen aksiologia: oikeussäännöt, oikeusperiaatteet ja yhteiskunnalliset arvot sekä niiden keskinäiset suhteet

Oikeuden *rakenteellinen aksiologia* tarkoittaa yksilöitävissä oleviin institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen, vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien sekä tuomarin tai muun oikeudellisen päätöksentekijän subjektisidonnaisten yhteiskunnallisten arvojen kokonaisuutta, keskinäisiä suhteita ja keskinäisten suhteiden muutoksia. Oikeuden rakenteellisen aksiologian muutosdynamikka on jäsennettävissä yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden *oikeudellistumisen* ja *formalisoitumisen* sekä näille käännteisten ilmiöiden eli *materiaalistumisen* ja *dejuridisoitumisen* avulla. Voimassa oleva oikeus koostuu institutionaaliin päätöksiin perustuvista oikeussäännöistä ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvista oikeusperiaatteista. Tuomarin tai muun lainsoveltajan puhtaasti subjektisidonnaiset yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet, joilta oikeusperiaatteilta edellytetty institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä puuttuvat, rajautuvat voimassa olevan oikeuden ulkopuolelle. Tilannesidonnaiset oikeusperiaatteet noudattavat siis varsin erilaista oikeudellista *sääntely- ja ratkaisulogiikkaa* kuin tyyppitapaukselliset oikeussäännöt.

Oikeussäännöt ovat *tyyppitapauksellisia* oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, jotka ovat irtautuneet ja itsenäistyneet alkuperäisestä voimassaolo- ja justifikaatioperustastaan eli niistä yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista, joiden perusteella ne alun perin saatettiin voimaan. Oikeussäännöt ovat tunnistettavissa niiden muodollisen syntyvän perusteella Hartin oikeuden tunnistamissäännön tarkoittamalla tavalla, jolloin ”se, mitä Suomen valtiopäiville koontunut eduskunta perustuslain tarkoittamalla tavalla säättää, on Suomessa voimassa olevaa oikeutta.”⁸⁷ Oikeussääntöä yksittäistapaukseen sovellettaessa ei ainakaan pääsääntöisesti ole tarpeen viitata sen alkuperäiseen synty- ja

⁸⁷ Hartin oma standardiesimerkki Englannin oikeuden tunnistamissäännöstä oli ns. *Queen rule*: ”what the Queen in Parliament enacts is [valid] law”. Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 108.

yhteiskunnalliseen justifikaatioperustaan eli niihin yhteiskunnallisiin arvoihin tai tavoitteisiin, joiden perusteella se alun perin saatettiin voimaan.⁸⁸ Oikeussäännöt toteuttavat *joko/tai* -tyyppistä kaksiarvologiikkaa: oikeussääntö joko soveltuu käsillä olevaan tapaukseen tai se ei siihen sovellu, eikä kolmatta vaihtoehtoa ole. Säännöt ovat, filosofi Ludwig Wittgensteinin osuvaa metaforaa lainatakseni, kuin ratakiskot, joita voi joko seurata tai olla seuraamatta mutta joita ei voi seurata enemmän-tai-vähemmän putoamatta ratakiskoilta.

Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat, enintään rajoitetusti sääntöformaalit oikeudelliset ratkaisustandardit ovat *tilannesidonnaisia*, yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden kanssa erottamattomasti yhteenkietoutuneita oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joita ei ole mahdollista tunnistaa Hartin oikeuden tunnistamissäännön kaltaisen formaalin, yksinomaan tai pääosin oikeusnormin muodolliseen syntytapaan kiinnittyvän kriteerin avulla.⁸⁹ Yksittäisen oikeusperiaatteen oikeudellista ratkaisuarvoa eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitovaa, velvoittavaa tai ohjaavaa vaikutusta ei sen vuoksi voi määrittää irrallaan oikeusperiaatteen taustalla vaikuttavista yhteiskunnallisista arvoista tai tavoitteista. Niinpä oikeusperiaatteen oikeudellisen ratkaisuarvon määrittämiseksi sen taustalla vaikuttavia yhteiskunnallisia arvoja tai tavoitteita tulee *punnita* ja *tasapainottaa* suhteessa toisten asian kannalta merkityksellisten oikeusperiaatteiden vastaaviin yhteiskunnallisiin tausta-arvoihin ja -tavoitteisiin tarkasteltavana olevan oikeustapauksen rajaamassa ainutkertaisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa. Toisin kuin oikeussäännöt, oikeusperiaatteet noudattavat moniarvologiikkaa eli ne soveltuvat yksittäiseen tapaukseen vain *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisesti. Yksittäisen oikeusperiaatteen oikeudellinen ratkaisuarvo ei myöskään ole ennalta tai edes jälkikäteen systemaattisesti vakioitavissa pysyvän ja kiinteän etusijahierarkian muotoon. Jos näin kuitenkin tehdään, kyseinen oikeusperiaate on irrotettu sen arvo- tai tavoitesidonnaisista taustapremisseistä ja muunnettu enemmän tai vähemmän *sääntöformaaliksi* eli oikeussäännön kaltaiseksi tulkinta- ja ratkaisuperusteeksi.

Oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden jaottelu institutionaaliin päätöksiin perustuviin oikeussääntöihin ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuviin oikeusperiaatteisiin noudattaa Ronald Dworkinin oikeusteorian keskeisajatusta, jonka mukaan oikeusperiaatteilla (ja vain niillä) on sisällöllinen *painoarvon ulottuvuus*, joka erottaa ne formaaleista oikeussäännöistä.⁹⁰

⁸⁸ Tosin oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten huomioon ottaminen reaalisina argumentteina on tähän poikkeus.

⁸⁹ Vrt. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40–41 ja s. 68: ”The test of institutional support provides no mechanical or historical or morally neutral basis for establishing one theory of law as the soundest. Indeed, it does not allow even a single lawyer to distinguish a set of legal principles from his broader moral or political principles.”

⁹⁰ ”Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance.” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 26.

Oikeusperiaatteiden kannalta keskeistä on niiden erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttima *institutionaalinen tuki* ja *yhteisöllinen hyväksyntä*.⁹¹

”Mutta tämä oikeussäännön muodolliseen syntytapaan liittyvä testi [eli Hartin oikeuden tunnistamissääntö] ei sovellu *Riggs* ja *Henningsen*-tapausten käsittämiin oikeusperiaatteisiin. Niiden oikeudellinen merkitys ei perustu mihinkään lainsäätäjän tai tuomioistuimen tekemään yksittäiseen päätökseen vaan *yhteisölliseen hyväksyntään*, joka on ajan myötä kehittynyt juristikunnan ja yleisesti kansalaisten keskuudessa. Niiden oikeudellinen ratkaisuarvo tulevissa ratkaisuissa riippuu tämän yhteisöllisen hyväksynnän pysyvyydestä. (...) Jos väitteemme jonkin periaatteen oikeudellisesta merkityksestä riitautetaan, voimme osoittaa sen tueksi joitain aiempia tuomioistuinratkaisuja, joissa tuo periaate on joko selväsanaisesti mainittu tai joiden perustelut siihen muutoin tukeutuvat. Voimme myös mainita minkä tahansa yksittäisen säädöksen, joka tuntuu ilmentävän kyseistä oikeusperiaatetta (ja vielä parempi, jos tuo periaate on mainittu joko säädöksen johdanto-osassa tai sen tueksi laaditussa lainvalmisteluaineistossa). Jollei väitteemme saa ainakin jonkinlaista *institutionaalista tukea* eri oikeuslähteistä, emme todennäköisesti onnistu perustelevaan kantaamme määrätyn oikeusperiaatteen oikeudellisesta ratkaisuarvosta, mutta mitä enemmän institutionaalista tukea voimme jonkin periaatteen tueksi esittää, sitä suuremman oikeudellisen painoarvon voimme sille myös antaa. – Emme voi kuitenkaan antaa mitään yksiselitteistä kaavaa sen määrittämiseksi, miten paljon ja mil-

⁹¹ ”But this test of pedigree [i.e. a rule of recognition] will not work for the *Riggs* and *Henningsen* principles. The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a *sense of appropriateness* developed in the profession and the public over time. Their continued power depends upon this sense of appropriateness being sustained. (...) True, if we were challenged to back up our claim that some principle is a principle of law, we would mention any prior cases in which that principle was cited, or figured in the argument. We would also mention any statute that seemed to exemplify that principle (even better if the principle was cited in the preamble of the statute, or in the committee reports or other legislative documents that accompanied it). Unless we could find some *institutional support*, we would probably fail to make out our case, and the more support we found, the more weight we could claim for the principle. – Yet we could not devise any formula for testing how much and what kind of institutional support is necessary to make a principle a legal principle, still less to fix its weight at a particular order of magnitude. We argue for a particular principle by grappling with a whole set of shifting, developing and interacting standards (themselves principles rather than rules) about *institutional responsibility*, *statutory interpretation*, *the persuasive force of various sorts of precedent*, the relation of all these to *contemporary moral practices*, and hosts of *other such standards*. We could not bolt all of these together into a single ‘rule’, even a complex one, and if we could the result would bear little relation to Hart’s picture of a rule of recognition, which is the picture of a fairly stable master rule specifying ‘some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule ...’”. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40 (kursivointi *Riggs* ja *Henningsen* -oikeustapauksen osalta Dworkinin, muut kursivoinnit lisäty; käännös allekirjoittaneen).

laista institutionaalista tukea tarvitaan, jotta jokin periaate olisi luokiteltavissa oikeusperiaatteeksi, saati että voisimme pysyvästi lukita sen oikeudellisen painoarvon jollekin määrätylle tasolle. Voimme vain esittää erilaisia perusteita sen puolesta, että kyse on oikeusperiaatteesta, viittaamalla monilukuiseen joukkoon vaihtuva-alaisia, muuttuvia ja keskenään vuorovaikutuksessa olevia kriteereitä (jotka itsekin ovat pikemminkin periaatteita kuin sääntöjä) ja jotka määrittävät *institutionaalisten toimijoiden yhteiskunnallista vastuuta, säädännäisen oikeuden tulkintaa, erilaisten prejudikaattien oikeudellista ratkaisuarvoa*, sanottujen arviointikriteerien suhdetta *yhteiskunnassa vallitseviin moraalisiin käytäntöihin* sekä *muuta vastaavia arviointiperusteita*. Näitä kriteereitä ei voi yhdistää yksiselitteiseksi tai edes huomattavan monimuotoiseksikaan 'säännöksi', ja jos niin voisimme tehdä, tuo 'sääntö' ei juurikaan muistutaisi Hartin kuvausta oikeuden tunnistamissäännöstä suhteellisen muuttumattomana arviointikriteerinä, joka nimeää 'jonkin ominaispiirteen tai -piirteet, joiden käsilläolo riittää varmistamaan sen, että kyse on oikeussäännöstä ...'."

Oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien arvosidonnaisten oikeudellisten ratkaisustandardien edellyttämä *institutionaalinen tuki* saattaa siis ilmetä monin eri tavoin, viitaten eri tavoin painotettavissa oleviin institutionaalisten päätöksentekijöiden oikeudellisen toimivallan, yhteiskunnallisen vastuun ja niukkojen aineellisten rerurssien jakoperusteisiin, jotka ovat johdettavissa institutionaalisen tulkintaideologian eli vallitsevan lainsäädäntöideologian tai kollektiivisen tuomarinideologian rajaamista oikeuslähteistä. *Yhteisöllinen hyväksyntä* viittaa puolestaan oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisuperusteiden sisällöllisen painoarvon tai tärkeyden ulottuvuuteen sekä etenkin yhteisöllisen oikeuskäsityksen mukaisiin yhteisöllisiin oikeuslähteisiin ja oikeudellisiin konventioihin yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden tarkoittamalla tavalla.

Oikeusperiaatteet normittavat voimassa olevien oikeussääntöjen avoimeksi jättämää, 'harmaata' vyöhykettä, joka esimerkiksi H.L.A. Hartin analyttisen oikeuspositivismin tai oikeusrealismin mukaan jäi yksittäisen oikeudellisen päätöksentekijän, kuten tuomarin tai syyttäjän, vapaan eli oikeudellisesti sääntelemättömän harkintavallan alaisuuteen. Hartin mukaan tuomari sai ratkaista vaikean oikeustapauksen, johon voimassa olevan oikeuden säännöt eivät antaneet yksiselitteistä tai muutoin tyydyttävää vastausta, tavalla, joka rinnastuu lainsäätäjän suhteellisen vapaaseen eli vain voimassa olevan valtiosäännön ja sitovien ylikansallisten sopimusvelvoitteiden, kuten erilaisten ihmisoikeussopimusten, rajoittamaan harkintavaltaan. Dworkinin mukaan vaikeassa oikeudellisessa tulkintatilanteessa, jossa oikeussäännöt eivät kykene tyydyttävällä tavalla määrittämään tapauksen ratkaisua, tuomarin tulee soveltaa myös oikeusperiaatteita ja vastaavia oikeudellisia ratkaisustandardeja, joilla on nauttimansa institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän vuoksi *oikeudellista ratkaisua-*

arvoa.⁹² Oikeusperiaatteiden ratkaisuarvo on Dworkinin mukaan ainakin lähtökohtaisesti heikompi kuin oikeussääntöjen vastaava ohjausvaikutus. Tosin Dworkinin oma esimerkki *Riggs v. Palmer* on tähän ilmeinen poikkeus, sillä siinä oikeusperiaate, jonka mukaan kukaan ei saa hyötyä tekemästään vääryydestä, sai syrjäyttää yksiselitteisen, säädännäisessä oikeudessa asetetun oikeussäännön, jonka mukaan vainajan viimeistä tahtoa tulee kunnioittaa.⁹³ Tässä teoksessa sovellettujen oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden konstitutiivisten kriteerien valossa arvioiden *Riggs v. Palmer* -tapauksen ilmentämä yleinen ratkaisuoheje toteuttaa ainakin noudattamansa joko/tai -tyyppisen sääntely- ja ratkaisulogiikan sekä oikeudellisen päätöksentekositovuutensa eli oikeudellisen ratkaisuarvonsa osalta pikemminkin oikeussääntöjen kuin oikeusperiaatteiden tapaa jäsentää tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa. Toisaalta sanotun oikeusohjeen puuttuva välitön institutionaalinen tuki lainsäädännössä tai aiemmassa tuomioistuin- ja viranomaiskäytännössä vie arviota yhteisöllisten oikeusperiaatteiden suuntaan.

Oikeudelliset (perus)käsitteet, joihin 1800-luvun jälkipuolen ja 1900-luvun alkupuolen saksalainen oikeudellinen konstruktivismi eli käsitelainoppi kiinnitti oikeudellisen systematisoinnin ja tulkinnan, ovat tavallaan oikeudellisen formalisoitumisen äärimuoto. Oikeudelliset peruskäsitteet ja niiden keskinäiset suhteet noudattavat Georg Friedrich Puchtan *oikeuskäsitteiden genealogian* eli formaalin *käsitepyramidin* mukaista hierarkkista ja suljettua systeemistä logiikkaa. Oikeudellisten käsitteiden ratkaisuarvo ei rajaudu, toisin kuin varsinaisten oikeussääntöjen vastaava ratkaisuarvo, vain tyyppitapauksellisten oikeudellisten ratkaisutilanteiden lopputuloksen määrittämiseen. Oikeudelliset käsitteet tai käsitteekategoriat noudattavat sen sijaan ankarammin määritellyn syllogistisen logiikan sääntöjä, jotka, toisin kuin oikeussääntöjen tavanomaiset tulkintasäännöt, eivät salli yksittäisiä poikkeamia yleisestä säännöstä.

Yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet, joilta puuttuu oikeusperiaateilta edellytetty riittävä institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä, ovat yhtäältä oikeudellista formalisoitumista ja toisaalta yhteiskunnallisten arvojen oikeudellistumista määrittävän ja tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa jäsentävän 'loogis-käsitteellisen tilan' toinen ulkoinen rajapinta formaalien oikeuskäsitteiden ohella. Koska sanotunlaiset yhteiskunnalliset arvot tai tavoitteet eivät voi tukeutua

⁹² "... in those hard cases ... [lawyers] make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies and other sorts of standards." Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 22.

⁹³ *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506; 22 N.E. 188 (1889); Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 23: "... all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime."

oikeuden vallitsevaan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, ne eivät ole voimassa olevan oikeuden ja sitä määrittävän institutionaalisen tulkintaideologian tunnustamia oikeudellisia tulkinta- tai ratkaisuperusteita vaan ainoastaan määrätylle henkilötaholle, kuten yksittäiselle tuomarille tai muulle lainsoveltajalle, ominaisia yhteiskunnallisia preferenssejä tai torjuntaja.

Voimassa oleva oikeus koostuu näin ollen institutionaaliin päätöksiin perustuvista oikeussäännöistä ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvista oikeusperiaatteista, jotka tukeutuvat kumpikin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan institutionaalisen tulkintaideologian käsittämien validiteetti- ja tulkintakriteerien tarkoittamalla tavalla. Tuomarin subjektisidonnaiset arvot ja muut yhteiskunnalliset preferenssit rajautuvat voimassa olevan oikeuden ulkopuolelle. Samoin sen ulkopuolelle jäävät konstruktivisen oikeusopin tai muunlaisen oikeudellisen tulkintaformalismin 'tieteellisesti' perustelemaat oikeudelliset käsitte-kategoriat ja niiden ankaran systeemisestä ja loogis-käsitteelliset keskinäissuhteet, jolleivät lainsäätäjät tai tuomioistuimet ole sanotunlaista oikeudellista käsitelogiikkaa selväsanaisesti tai vähintäänkin hiljaisesti hyväksyneet.

17.8.2 Oikeuden rakenteellinen muutosdynamikka: yhteiskunnallisten arvojen oikeudellistuminen ja formalisoituminen sekä materiaalistuminen ja dejuridisoituminen

Oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden rakenteellisen aksiologian *muutosdynamikka* käsittää tekijät, jotka määrittävät oikeussääntöjen, oikeusperiaatteiden sekä yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden keskinäisten suhteiden muutoksia. Sanotut muutostendenssit voivat toimia yhtäläisesti kahteen suuntaan. Tuomarin tai muun lainsoveltajan omaksumat yhteiskunnalliset arvot voivat *oikeudellistua* institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivaksi oikeusperiaatteeksi tai oikeudelliseksi ratkaisustandardiksi, jos ne kiinnittyvät oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan erilaisten oikeudellisesti merkityksellisten sääntösidonnaisten yhteiskunnallisten käytäntöjen tarjoaman tuen merkityksessä. Tällöin, ja vain tällöin, ne saavat oikeudellista *ratkaisuarvoa*. Voimassa olevan oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyvät oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit voivat myös vähittäin *formalisoitua* eli muuntua ainakin osittain tyyppitapaukselliseksi, *sääntöformaaleiksi* oikeudelliseksi ratkaisuperusteiksi, jotka noudattavat oikeussäännöille ominaista, yleistettävissä olevaa sääntely- ja ratkaisulogiikkaa.

Yhteiskunnallisen arvon tai tavoitteen *oikeudellistuminen* viittaa sen erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä institutionaalisissa ja yhteisöllisissä käytännöissä – kuten lainsäädännössä ja lainvalmistelussa, tuomioistuinten ja viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä, vakiintuneissa sopimus- tai

muissa tavanomaisoikeudellisissa vastuunjakokäytännöissä sekä Ronald Dworkinin mukaan myös vallitsevaa poliittista yhteiskuntamoraalia ilmentävissä yhteisöllisissä käytännöissä – nauttiman *institutionaalisen tuen* ja *yhteisöllisen hyväksynnän* lisääntymiseen siinä määrin, että kyse on lopulta arvosidonnaisesta oikeusperiaatteesta tai vastaavasta oikeudellisesta ratkaisustandardista. Oikeudellistumisen sijaan voi puhua myös yhteiskunnallisen arvon tai tavoitteen *raken-teistumisesta* oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan.

Oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen erilaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttima institutionaalinen tuki voi olla *välitöntä* eli yksittäisiin lainsäätäjän tai tuomioistuinten institutionaalisiin päätöksiin palautettavissa olevaa tai, vaihtoehtoisesti, *välillistä* tukea esimerkiksi yksittäisen säädöksen sisältämien, lainsäädännön tavoitteita ilmentämien johdantolauseiden ja monimuotoisen virallisen lainvalmisteluaineiston ilmentämän yleisen lainsäädäntöideologian, prejudikaattien ja muiden tuomioistuin- ja viranomaisratkaisujen perustelujen ilmentämän kollektiivisen tuomarinideologian tai tavanomaisoikeudellisten sopimus- ja muiden vastuunjakokäytäntöjen taustalla vaikuttavan yhteisöllisen oikeuskäsityksen merkityksessä. Riittävän vahvasti Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyneet oikeusperiaatteet, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo voi myös olla johdettavissa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevistä yleisistä oikeusohjeista sekä riittävän yhtenäisestä ja vakiintuneesta yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä, voivat tietyin ehdoin ohittaa jopa kansallisen perustuslain säännökset.

Oikeudellisen ratkaisuperusteen *formalisoituminen* viittaa sen itsenäisyyteen ja riittävyteen oikeudellisena tulkinta- ja ratkaisuperusteena suhteessa sen taustalla vaikuttaviin tai ainakin sen säätämishetkellä vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvoihin tai tavoitteisiin. Formalisoiduminen tarkoittaa oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen erilaisia muotosidonnaisia eli aineellisesta sisällöstä riippumattomia määreitä, kuten: (a) *konstitutiivista* eli *validiteettiformalismia*, joka määrittää oikeusnormin muodollista syntytapaa ja voimassaoloa, (b) *systemistä* formalismia, joka määrittää oikeusnormin ja sen oikeudellisen ratkaisuarvon systemistä vakioitavuutta suhteessa toisiin samantyyppisiin oikeudellisiin tulkinta- ja ratkaisuperusteisiin, (c) oikeudelliseen *päätöksentekositovuuteen* eli oikeudelliseen *ratkaisuarvoon* liittyvää formalismia (engl.: *mandatory formality*), (d) *raken-teellista* eli normiloogista formalismia oikeussääntöjen noudattaman binäärisen, joko/tai -tyyppisen sääntely- ja ratkaisulogiikan tai oikeusperiaatteiden enemmän- tai-vähemmän -tyyppisen oikeudellisen (sääntely- ja) ratkaisulogiikan merkityksessä, ja (e) *metodista* eli oikeussääntöjen yleistettävissä olevaan tulkintaan ja systematisointiin sekä oikeusperiaatteiden arvo- ja tilannesidonnaiseen punnintaan ja keskinäiseen tasapainottamiseen liittyvä formalismia.⁹⁴ Oikeussäännöt

⁹⁴ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 204–212, 880–882; sama, *A Theory of Precedent*, s. 47–54.

ovat vahvasti formaaleja oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, kun taas oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat vain heikosti formaaleja oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita. Tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan puhtaasti subjektisidonnaisilta uskonnollisilta, poliittisilta tai muunlaisilta arvoilta senkaltainen oikeudellinen formaalisuus, yhtä hyvin kuin oikeudellinen rakenteistuneisuuskin, puuttuu.

Yhteiskunnallisten arvojen oikeudellistumis- ja formalisoitumistendenssit voivat toteutua myös käänteisesti.

Aiemmin oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttinut oikeusperiaate tai oikeudellinen ratkaisustandardi saattaa senkaltaisen aseman myös menettää. Syynä ovat tavallisesti oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan muutokset, joiden seurauksena kyseisen oikeusperiaatteen ilmentämät yhteiskunnalliset arvot tai tavoitteet ovat käyneet epätarkoituksenmukaisiksi. Suomalaisen yhteiskunnan maallistuessa uskonnolliset arvot, jotka saivat oikeudellista merkitystä vielä 1960-luvulla, ovat saaneet suurelta osin väistyä Suomen oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa jäsentävien tekijöiden joukosta, ja niiden oikeudellinen ratkaisuarvo on nykyään varsin vähäinen varsinaisesti kirkko-oikeudellisen tai muutoin välittömästi uskonnollisia kysymyksiä sivuavan oikeudellisen tulkinta- ja perustelukontekstin ulkopuolella.⁹⁵ Kyse on oikeusperiaatteen tai oikeudellisen ratkaisustandardin *dejuridisoitumisesta* eli sen nauttiman institutionaalisen ja yhteisöllisen tuen vähittäisestä rapautumisesta ja häviämisestä yhteiskunnallisen 'arvoilmaston' muutosten myötä. Kehityksen ääripisteenä on yksittäisen oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen palautuminen tuomarin tai muun lainsoveltajan subjektisidonnaiseksi arvoksi, jolloin sen merkitys tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa rinnastuu reaaliseseen argumenttiin. Tuomari voi olla henkilökohtaiselta vakaumukseltaan hyvinkin uskonnollinen, mutta hänen oikeudelliseen ratkaisuharkintaansa Raamatusta johdetuilla ratkaisuperusteilla ei vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian perusteella saa olla vaikutusta, jollei arvioitavana ole kirkko-oikeudellinen tai muutoin erityisesti uskonnollisia kysymyksiä sivuava oikeudellinen ongelma.

Vastaavalla tavalla rajoitetusti sääntöformaaleja ominaisuuksia saavuttanut oikeusperiaate tai oikeussääntö voi senkaltaiset piirteet myös menettää, jos sen vakiintunut ja tyyppitapaukselliseksi muotoutunut oikeudellinen merkitys- ja perustelukonteksti ja sitä rajaavat institutionaaliset ja yhteisölliset reunaehdot onnistuneesti riitautetaan. Kyse on rutiiniluonteisen oikeudellisen ratkaisutilanteen muuntumisesta vaikeaksi oikeudelliseksi soveltamistilanteeksi, jolloin on välttämätöntä turvautua oikeusperiaatteen kaltaisten ratkaisustandardien taus-

⁹⁵ Hannu Salaman *Juhannustanssit*-kirjan perusteella nostettu jumalanpilkkasyyte ja Salamalle langetettu ehdollinen vankeustuomio vuonna 1968 kertoo osaltaan uskonnollisten arvojen aidosti oikeudellisesta merkityksestä vielä 1960-luvun lopulla.

talla vaikuttavien yhteiskunnallisten tausta-arvojen ja -tavoitteiden arvosidonnaiseen punnintaan ja keskinäiseen tasapainottamiseen. Syynä tähänkin ovat tavallisesti oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan kokemat muutokset.

Esimerkiksi Suomen liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen vuonna 1990 samoin kuin vuonna 1995 toteutettu perusoikeusuudistus ja vuoden 2000 uusi perustuslaki (11.6.1999/731) laajoine perusoikeussäännöksineen muuttivat monet aiemmin rutiiniluonteisina ja suhteellisen ongelmattomina pidetyt oikeudelliset soveltamistilanteet vaikeiksi tulkintatilanteiksi, joissa tuli nyt turvautua ihmis- tai perusoikeusperiaatteiden punnintaan ja keskinäiseen tasapainottamiseen. Samoin lisääntynyt tietoisuus yhteiskunnallisen eriarvoisuuden erilaisista ilmenemismuodoista ja yhteiskunnallisten vähemmistöjen erityisestä oikeudellisesta suojantarpeesta on laventanut sosiaalisen oikeusajattelun alaa, jolloin lainsoveltajan tulee turvautua yhteiskunnallista yhdenvertaisuutta ja kyseisen yhteiskuntaryhmän tietoista suosivaa erityiskohtelua edellyttävien oikeusperiaatteiden punnintaan ja keskinäiseen tasapainottamiseen tilanteessa, jossa sellaiseen menettelyyn ei aiemmin olisi ollut tarvetta. Kyse on oikeussäännön kaltaisen oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen *materiaalistumisesta* eli *deformalisoitumisesta* institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivaksi oikeusperiaatteeksi, jonka soveltaminen yksittäistapaukseen edellyttää sen ilmentämien yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden punnintaa. Kehityksen ääripisteenä on oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen *dejuridisoituminen* eli muuntuminen edellä kerrotulla tavalla pelkäksi reaalisiksi argumentiksi vailla oikeussäännön vahvasti sääntöformaaleja eli yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista irtautuneen ja itsenäistyneen oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen ominaisuuksia tai edes oikeusperiaatteen tilannesidonnaista oikeudellista ratkaisuarvoa.

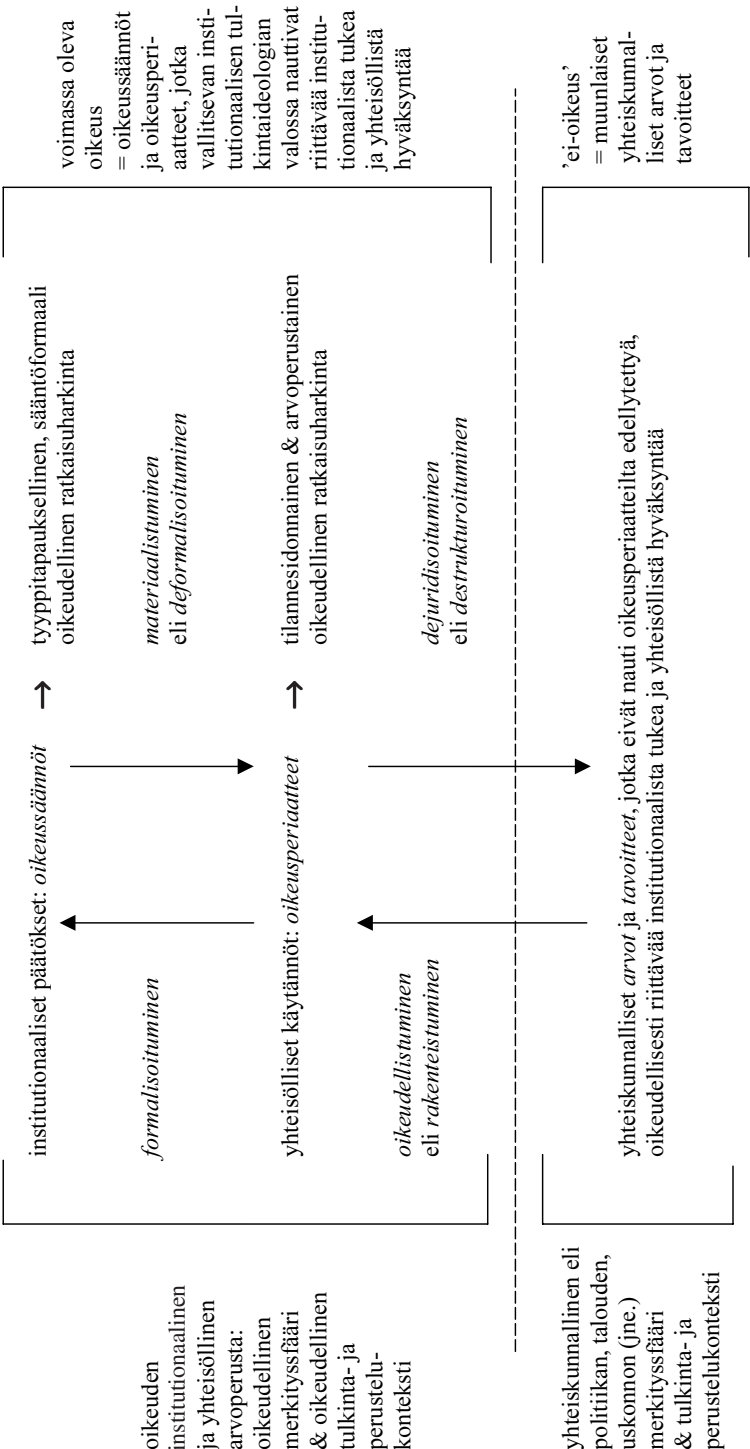
Osa oikeussääntöjen käsittämistä ratkaisutilanteista on oikeudellisesti helppoja ja ongelmattomia tapauksia Kaarle Makkonen oikeudellisen isomorfiatilanteen merkityksessä. Osa oikeussääntöjenkin alaan kuuluvista ratkaisutilanteista on aidosti vaikeita ja tulkinnanvaraisia tapauksia. Makkosen termein kyse on tällöin oikeudellisesta tulkintatilanteesta. Ratkaisutilanteet, jotka edellyttävät oikeusperiaatteiden tai niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien punnintaa, ovat nekin jo lähtökohtaisesti vaikeita soveltamistapauksia. Sovellettava oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka seuraa oikeuden rakenteellista muutosdynamikkaa, ja sovellettavat argumentaatiomallit noudattavat käsillä olevan oikeudellisen ongelman suhteellista vaativuusastetta. Aivan kuten yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet voivat *oikeudellistua* arvosidonnaista punnintaa edellyttäviksi oikeusperiaatteiksi ja edelleen *formalisoitua* tyypitapaukselliseksi oikeussäännöksi sekä, käänteisesti, formaalit oikeussäännöt voivat *materiaalistua* arvosidonnaista punnintaa edellyttäviksi oikeusperiaatteiksi ja edelleen *dejuridisoitua* pelkiksi reaalisiksi argumenteiksi, samoin rutii-

niluonteiset oikeudelliset *isomorfiatilanteet* voivat muuttua oikeudellisiksi *tulkintatilanteiksi* tai oikeudellisesti *säätlemättömiksi* tilanteiksi, ja kääntäen, oikeudellisesti säätlemättömät tilanteet tai oikeudelliset tulkintatilanteet voivat muuttua rutiiniluonteisiksi ratkaisutilanteiksi institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan syvällisten muutosten myötä. Samalla sovellettava oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka ja sovellettavat oikeudelliset päättelymallit muuttuvat toteutunutta oikeudellista ja yhteiskunnallista kehitystä vastaavasti.

Yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden oikeudellistuminen eli kiinnittyminen aiempaa vahvemmin Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan ja niitä vastaaviin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin käytäntöihin sekä formalisoituminen suhteessa oikeuden taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoiteperusteisiin vaikuttaa sekä tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen oikeudelliseen ratkaisuharkintaan että institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen lainopin tutkijan tuottamiin oikeudellisiin tulkintalauseisiin. Oikeudellisten ratkaisuperusteiden formalisoituessa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellinen harkinta muuttuu aiempaa sidotummaksi, ja institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen lainopin tutkijan suhteellinen liikkumavara samalla kaventuu. Toisaalta oikeudellisten ratkaisuperusteiden materiaalistuessa eli deformatisoituessa tuomarin oikeudellinen ratkaisuharkinta muuttuu aiempaa vapaammaksi eli vähemmän sidotuksi oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisen punninnan myötä, ja institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen lainopin tutkijan tutkimuksellinen liikkumavara samalla kasvaa.

Yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden *oikeudellistuminen* ja *formalisoituminen* sekä oikeussääntöjen *materiaalistuminen* ja *dejuridisoituminen* voidaan esittää kokoavasti seuraavan kaavion avulla:

Kaavio 20: Yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden oikeudellistuminen ja formalisoituminen sekä materiaalistuminen ja dejuridisoihtuminen



17.8.3 Oikeusperiaatteet optimointikäskyinä: Jaakko Jonkan punnintamalli suhteessa oikeuden muutosdynamikkaan

Oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien soveltaminen edellyttää siis niiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- tai tavoiteperusteiden tilannesidonnaista punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista (engl.: *weighing and balancing*). Tyypillisesti oikeusperiaatteiden punnintatilanne käsittää kaksi toisilleen vastakkaista oikeusperiaatetta, joiden samanaikainen täysimääräinen toteuttaminen ei ole mahdollista, mutta tapaukseen soveltuvia arvosidonnaisia oikeusperiaatteita voi tuki olla useampiakin. Esimerkiksi Jaakko Jonkka on kiteyttänyt rikosprosessuaalisten pakkokeinojen punnintatilanteen siten, että vastakkain ovat yksilön oikeusturvavaatimus ja valtiollinen rikosvastuun toteuttamisvaatimus.⁹⁶ Jonkan oikeusperiaatteiden punnintamalli perustuu saksalaisen Robert Alexyn ideaan oikeusperiaatteista *optimointikäskyinä* (saks.: *Optimierungsgebote*). Lähtökohtana on Ronald Dworkinin ajatus, jonka mukaan oikeusperiaatteilla on sisällöllinen painoarvon ulottuvuus (engl.: *a dimension of weight*) ja enemmän-tai-vähemmän -tyyppinen oikeudellinen velvoittavuus, joka erottaa ne formaaleista, joko/tai -tyyppisistä kaksiarvologiikkaa noudattavista oikeussäännöistä.⁹⁷ Tähän Alexy lisää vielä oletuksen, jonka mukaan lainsoveltajan tulee pyrkiä oikeusperiaatteen ilmentämien yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden täyttämiseen *mahdollisimman suuressa* määrin eli aina siinä määrin kuin se on käsillä olevassa tapauksessa mahdollista.⁹⁸

Jonkan väitöskirjan *Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista* kohteena olivat syyttäjän syyteharkintaa ohjaavat oikeussäännöt ja etenkin oikeusperiaatteet. Syyteharkinnan lähtökohtana on yleinen oikeussääntö, jonka mukaan syyttäjällä on velvollisuus nostaa jutussa syyte, jos sen tueksi on olemassa lain edellyttämällä tavalla ”todennäköisiä syitä” eikä perusteita seuraamusluontoiselle toimenpiteistä luopumiselle ole.⁹⁹ Yleinen syyteharkintanormi jättää syyttäjälle varsin runsaasti harkintavaltaa, ja oikeusperiaatteiden avulla oikeussääntöjen avoimeksi jättämää, ’harmaata’ aluetta voidaan edelleen oikeudellisesti jäsentää. Jonkka perustelee kirjassaan oikeusperiaatteiden yleisen *punnintamallin*. Syyttäjän syyteharkintaan sovellettuna sen sisältönä on seuraava arvosidonnainen lähtökohta:¹⁰⁰

⁹⁶ Jonkka, ”Näkökohtia näyttökynnyksestä”, s. 149.

⁹⁷ ”Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance.” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 26

⁹⁸ Oikeusperiaatteista optimointikäskyinä, Alexy, ”Individual Rights and Collective Goods”, s. 166: ”... that principles are optimization precepts. This means that they are norms which require that a certain state of affairs be realized to the highest degree possible relative to legal and factual possibilities.”

⁹⁹ Jonkka, *Syytekynnys*, s. 1–2.

¹⁰⁰ Jonkka, ”Näkökohtia näyttökynnyksestä”, s. 150. Samoin Jonkka, *Syytekynnys*, s. 250.

”Perusajatuksena punninnassa on, että mitä tärkeämpää rikoksen selvittäminen on ja mitä enemmän aiottu toimenpide sitä palvelisi, sitä korkeampi selvittämisisntressin painoarvo kyseisessä tapauksessa on. Vastava pätee oikeusturvaintressin kohdalla: mitä tärkeämpää arvoa aiottu toimenpide loukkaisi ja mitä syvemmälle tuo loukkaus ulottuisi, sitä korkeammaksi oikeusturvaintressin painoarvo kohoaa. Aiotun toimenpiteen oikeutus määräytyy selvittämisisntressin ja oikeusturvaintressin keskinäisten painoarvojen punninnalla.”

Syyttäjän syyteharkinnassa ovat toisin sanoen vastakkain yhtäältä rikos- ja prosessioikeudellinen jutun *selvittämisisntressi*, johon rikosoikeudellinen rangaistusvastuun toteuttamisisntressi läheisesti liittyy, ja toisaalta syytetyn *oikeusturvaintressi* eli periaate, jonka mukaan rikoksesta epäiltyä on pidettävä syyttömänä kunnes jutussa mahdollisesti toisin osoitetaan.¹⁰¹ Oikeusperiaateanalyysin lopputulos on ilmaistavissa yleisen *punnintalain* muodossa, missä (tuomarin tai) syyttäjän punnintaan vaikuttavat periaatemuotoiset osatekijät on suhteutettu eli ’tasapainotettu’ keskenään käsillä olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa soveltamiskontekstissa. Oikeusperiaatteiden punnintalaki jää väistämättä varsin yleiselle tasolle, koska oikeusperiaatteet ovat määritelmän mukaisesti aidosti tilannesidonnaisia, oikeudelliselta ratkaisulogiikaltaan enemmän-tai-vähemmän -tyyppisiä oikeudellisia ratkaisuperusteita, jotka eivät ainakaan tavallisesti kykene yksinään määrittämään jutun aineellista lopputulosta. Jonkan mukaan syyteharkintaan sovellettava punnintalaki on muotoa:¹⁰²

”1) Mitä tärkeämpää tutkinnan jatkaminen rikosvastuun toteuttamistavoitteen kannalta olisi ja mitä enemmän syyttämättä jättäminen tämän tavoitteen toteuttamista loukkaisi, sitä painavamman oikeusturvaintressin painoarvon on oltava, jotta syyttämättä jättäminen epävarmuustilanteessa olisi perusteltua. 2) Mitä tärkeämpää syyttömän suojaamisen periaatteen kannalta syyttämättä jättäminen olisi ja mitä enemmän syytteen nostaminen tätä arvoa loukkaisi, sitä painavamman selvittämisisntressin on oltava, jotta syytteen nostamista epävarmuustilanteessa voisi pitää perusteltuna.”

Erilaisista tuomarin tai syyttäjän oikeudellista ratkaisuharkintaa jäsentävistä oikeusperiaatteista etenkin perus- ja ihmisoikeusperiaatteilla on keskeinen merkitys, koska ne tukeutuvat poikkeuksellisen vahvasti 2000-luvun suomalaisen oikeuden ja yhteiskunnan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Perus- ja ihmisoikeuksien punninta korostuu etenkin ylimpien *laillisuusvalvojen* eli eduskunnan oikeusasiamiehen ja valtioneuvoston oikeuskanslerin to-

¹⁰¹ Jonkka, *Syytekynnys*, s. 248–254.

¹⁰² Jonkka, mts. 250.

teuttamassa virkamiesten virkatoimien laillisuusvalvonnassa.¹⁰³ Viranomaisten virkatoimien lainmukaisuutta ja hyvän hallinnon periaatteiden mukaisuutta arvioitaessa merkitystä on etenkin viranomaisten lainmukaisilla pakkokeinovaltuuksilla suhteessa kyseisten toimien kohteeksi joutuneiden henkilöiden ihmis- ja perusoikeuksiin.

Ihmis- ja perusoikeusperiaatteiden jäsentämässä punnintatilanteessa voivat tulla arvioitaviksi esimerkiksi poliisin, tullivirkailijan tai rajavartijan pakkokeinovaltuudet rikoksesta epäillyn henkilön kiinniottamiseksi ja rikosvastuun toteuttamiseksi, huumeiden tai muun laittoman tavaran maahantuonnin estämiseksi tai henkilöiden luvattoman maahanpääsyn estämiseksi sekä toisaalta kyseisten pakkokeinojen kohteeksi joutuneen henkilön ihmis- ja perusoikeudet, kuten voimassa olevan perustuslain 7 § turvaama oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 5 artiklan turvaama oikeus vapauteen ja turvallisuuteen. Samoin oikeusperiaatteiden punnintatilanteessa voivat olla vastakkain perustuslain 12 §:n ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklan turvaama sananvapaus, joka takaa erilaisten tiedotusvälineiden oikeuden vapaaseen tiedonvälitykseen, sekä perustuslain 10 §:n turvaama yksityiselämän suoja ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan turvaama oikeus perheen ja yksityiselämän suojaan, joita molempia perusoikeuksia ei voi samanaikaisesti täysimääräisesti toteuttaa.

Ihmis- ja perusoikeudet saavat vahvaa tukea oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta, mutta myös muunlaiset oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit saavat oikeudellista merkitystä tuomarin ratkaisuharkinnassa, jos vain vaatimus niiden nauttimasta institutionaalisesta tuesta ja yhteisöllisestä hyväksynnästä täyttyy. Etenkin perus- ja ihmisoikeuksilla on niiden nauttiman vahvan institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän vuoksi eräänlaisen oikeudellisen *valttikortin* eli ainakin tietyissä soveltamistilanteissa ylivertaisen oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen asema tuomarin tai muun viranomaisen ratkaisuharkinnassa.¹⁰⁴ Ihmis- ja perusoikeusmyönteisen laintulkinnan idea on myös hyväksytty voimassa olevan perustuslain 22 §:ssä (11.6.1999/731):

¹⁰³ Jaakko Jonkka on soveltanut kehittämäänsä oikeusperiaatteiden punnintamallia lukuisissa eduskunnan apulaisoikeusasiamiehenä ja sittemmin apulaisoikeuskanslerina antamissaan ratkaisuissa. Hyvä esimerkki oikeusperiaatteiden merkityksestä laillisuusvalvonnassa on eduskunnan oikeusasiamiehen Lauri Lehtimajan päätös kolmeen kanteluun Ilkka ja Eeva Vuoren syyttämättä jättämistä koskevassa asiassa 19.6.1997 (diaarinumerot 521, 554 ja 898/4/97), jossa Jaakko Jonkka toimi esittelijänä. Tapauksen näyttöä ja syyttäjän toimien lainmukaisuutta arvioitiin siinä vahvasti Jonkan oikeusperiaatteiden punnintamallin tarkoittamalla tavalla. – Vrt. myös Saraviita, ”Ylimmät lainvalvojat perusoikeusjärjestelmän toteuttajina”.

¹⁰⁴ Kansalaisten (perus)oikeuksista valttikortteina, Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 82–84, 364–366. – Vrt. myös Jonkka: ”Painoarvojen arviointikriteerit on etsittävä oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta. Koska perus- ja ihmisoikeuksiin konkretisoituu yhteiskuntamme perustavanlaatuisimmat arvot, on niiden vaikutukseen erityisesti kiinnitettävä huomiota.” Jonkka, ”Näkökohtia näyttökynnyksestä”, s. 150.

”*Perusoikeuksien turvaaminen.* Julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.”

Ihmis- ja perusoikeusmyönteistä laintulkintaa tarkoittava perustuslain säännös perustelee perus- ja ihmisoikeuksien etusijan suhteessa muihin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyviin oikeusperiaatteisiin, mutta ihmis- ja perusoikeuksien keskinäisen arvo-, intressi- tai normikollision ratkaisusta säännös vaikenee. Miten tulee ratkaista ristiriita esimerkiksi tiedotusvälineiden sananvapauden ja henkilön yksityisyyden suojan tai erilaisten hallinnollisten viranomaisten pakkokeinovaltuuksien ja yksittäisen henkilön henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden kesken? Senkaltaiset punnintatilanteet toistuvat usein etenkin ylimpien laillisuusvalvojien eli eduskunnan oikeusasiamiehen ja valtioneuvoston oikeuskanslerin ratkaisuharkinnassa.

Onko ensimmäisen sukupolven perinteisillä liberalistisilla vapausoikeuksilla, kuten perustuslain 7 §:n takaamalla elämän sekä henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden suojalla, ihmisoikeussopimuksen 2 artiklan takaamalla oikeudella elämään sekä 5 artiklan takaamalla oikeudella vapauteen ja henkilökohtaiseen turvallisuuteen, ehdoton etusija suhteessa erilaisiin hyvinvointivaltioilisiin TSS (+ O) -oikeuksiin eli taloudellisiin, sosiaalisiin ja sivistyksellisiin oikeuksiin (sekä oikeusturvan saatavuuteen liittyviin juridisiin oikeuksiin), joihin esimerkiksi oikeus koulutukseen, toimeentuloturvaan ja muunlaiseen sosiaaliturvaan lukeutuu, suhteessa kolmannen sukupolven kollektiivisiin, aidosti yhteisöllisiin oikeuksiin, joihin esimerkiksi voimassa olevan perustuslain 17 §:n takaama oikeus omaan kieleen ja kulttuuriin lukeutuu, tai suhteessa neljännen sukupolven oikeuksiin, kuten luonnon ja ympäristön sekä tulevien sukupolvien oikeuksiin esimerkiksi ekologisesti kestävä kehityksen merkityksessä?¹⁰⁵

Pelkkä viittaus perustuslain tunnustamaan ajatukseen perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta ei kykene sanottua ongelmaa tyydyttävällä tavalla jäsentämään, saati ratkaisemaan, kun ongelmana on juuri erilaisten perus- ja ihmisoikeuksien pulmalliseksi osoittautunut keskinäinen suhde. Kollision ratkaisemiseksi onkin turvauduttava tarkasteltavana olevien oikeusperiaatteiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden punnintaan ja keskinäiseen tasapainottamiseen käsillä olevan oikeustosisaikaston rajaamassa tulkinta- ja perustelukontekstissa. Jaakko Jonkan perustelema oikeusperiaatteiden punnintamalli tarjoaa kestävä teoreettisen lähtökohdan kollisiotilanteen analyysille, jota on kuitenkin syytä vielä täydentää oikeuden *rakenteellisen*

¹⁰⁵ Perusoikeusjärjestelmän sisäisestä logiikasta, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 670–682; sama, ”Opponent’s Report on Marja Heimonen’s *Music Education & Law. Regulation as an Instrument*”, s. 72–76; sama, ”A Response to Marja Heimonen, ‘Music Education and Law: Regulation as an Instrument’”, s. 188–193.

aksiologian muutosdynamiikalla eli tavalla, jolla oikeussäännöt, oikeusperiaatteet sekä yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet voivat muuttua suhteessa toisiinsa.

Oikeuden *rakenteellinen aksiologia* tarkoittaa siis institutionaalsiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen, vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden sekä tuomarin tai muiden oikeudellisten toimijoiden subjektisidonnaisten yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden keskinäisiä suhteita. Oikeuden rakenteellisen aksiologian muutosdynamiikka viittaa puolestaan oikeudelliseen ja yhteiskunnalliseen kehitykseen, jonka vaikutuksesta yhteiskunnalliset arvot voivat *oikeudellistua* institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiviksi oikeusperiaateiksi sekä edelleen *formalisoitua* itsenäisiksi, alkuperäisestä yhteiskunnallisesta taustajustifikaatiostaan irtautuneiksi oikeussäännöiksi ja jonka seurauksena oikeussäännöt voivat käänteisesti *materiaalistua* eli *deformalisoitua* tilannesidonnaisiksi, arvosidonnaista punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista edellyttäviksi oikeusperiaateiksi sekä edelleen *dejuridisoitua* yhteiskunnallisiksi arvoiksi tai tavoitteiksi vailla oikeusperiaatteilta (ja tietenkin myös oikeussäännöiltä) edellytettyä liittymää oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan.

Jos ja kun tietäntyyppiset perus- ja ihmisoikeuksien tai muiden mahdollisten oikeusperiaatteiden kollisiotilanteet toistuvat riittävän usein tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa, ne todennäköisesti saavat vähitellen *tyyppitapauksellisen* oikeudellisen ratkaisutilanteen luonteen. Koska vaatimus oikeudellisesta yhdenvertaisuudesta ja perustelun luottamuksen suojasta oikeudenkäytössä jäsentää oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa voimassa olevan perustuslain 6 §:n ja sitä vastaavan oikeuslähdeopin velvoittavuuden perustelevan institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen tarkoittamalla tavalla, myös perus- ja ihmisoikeuksien keskinäisiin kollisioihin sovellettavat ratkaisuperusteet voivat saada osin *sääntöformaaleja* ominaisuuksia (rajoitetun) oikeudellisen yleistettävyyden ja tyyppitapauksellisen sovellettavuuden merkityksessä. Kyse on toisin sanoen oikeusperiaatteen *formalisoitumisesta* ainakin osin oikeussäännön kaltaiseksi oikeudelliseksi tulkinta- ja ratkaisuperusteeksi.

Etenkin keskeisimmät perus- ja ihmisoikeudet, kuten ihmisoikeussopimusten ja voimassa olevan perustuslain takaama oikeus elämään, henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen, saavat käsitykseni mukaan vahvan etusijan suhteessa muihin liberalistisiin vapausoikeuksiin, kuten omaisuuden- tai kotirauhan suojaan, samoin kuin suhteessa hyvinvointivaltiolllisiin TSS + O-oikeuksiin, yhteisöllis-kulttuurisiin oikeuksiin sekä elollisen luonnon ja tulevien sukupolvien kaltaisiin oikeuksiin nähden. Vastaavanlaisia, joskin heikompiä etusijaolettamia voi hahmottaa myös muunlaisten perus- ja ihmisoikeuksien sekä muiden mahdollisten oikeusperiaatteiden keskinäisiin kollisiotilanteisiin, olkoonkin, että nuo normikollision ratkaisunormit ovat aina kumottavissa riittä-

vien vastasyiden avulla. Ääritapauksessa oikeusperiaatteiden keskinäinen kollisiotilanne ja siihen vakiintunut oikeudellinen ratkaisuperuste voivat täsmentyä ja vakiintua aina Kaarle Makkosen oikeudellisen ratkaisutilanneluokituksen mukaiseksi oikeudelliseksi isomorfiatilanteeksi, jolloin varsinainen oikeudellinen tulkinta saa väistyä oikeussäännön tarkoittaman ja maailmassa tosiasiallisesti toteutuneen asiantilan välillä vallitsevan rakenneyhtäläisen kuva-suhteen vahvistamisen tieltä. Etenkin ihmis- ja perusoikeudeksi tulkittu oikeus elämään on nähdäkseni saanut vahvan etusijan suhteessa muihin liberalistiin vapausoikeuksiin, hyvinvointivaltiollisiin TSS + O -oikeuksiin, yhteisöllis-kulttuurisiin oikeuksiin sekä elollista luontoa ja ympäristöä koskeviin oikeuksiin.

Toisaalta myös vastakkainen kehityssuunta on yhtä lailla mahdollinen, jolloin ihmis- ja perusoikeuksia tukevien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden suhteellinen vakiintuneisuus ja täsmentyneisyys tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana perusteena vähenevät. Jos ratkaisutilanteen tyyppitapauksellisuus sekä siihen tavanomaisesti sovellettujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden yleistettävyys onnistuneesti riitautetaan oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan muutosten vuoksi, oikeudellista ratkaisutilannetta on jälleen arvioitava oikeusperiaatteiden tai niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien tilannekohtaisena punnintana ja keskinäisenä tasapainottamisena ilman, että niiden välille voitaisiin määrittää edes heikkoa ja kumottavissa olevaa etusijajärjestystä. Niukkojen taloudellisten resurssien vallitessa etenkin hyvinvointivaltiollisten taloudellisten, sosiaalisten, sivistyksellisten ja juridisten oikeuksien keskinäiset kollisiotilanteet ovat vain hyvin rajoitetusti vakioitavissa tyyppitapauksellisiksi ratkaisutilanteiksi. Samoin erilaisten yhteiskunnallisten vähemmistöjen oikeuksien keskinäiset kollisiotilanteet ovat tuskin sovitettavissa sääntösidonnaisen oikeudellisen ratkaisuharkinnan yhdenmukaiseen muottiin.

17.9 OIKEUDELLINEN ARGUMENTAATIO JA TIETEELLINEN METODI

17.9.1 Tieteellisen metodin määritelmä

Vallitseva oikeudellinen *tietomuoto* (ransk.: *épistémè*) ja sitä toteuttavat lainopin oikeudelliset tulkintamatriisit sekä tuomarinäkökulman tulkinnalliset konventiot ja oikeudelliset päättelymallit liittävätkin oikeuden mahdollisten maailmojen semantiikan ja sovellettavan oikeudellisen tulkintaopin tieteellisesti perusteltavissa olevan metodin yhteyteen. Tuo sidos tieteelliseen metodioppiin on vahvempi lainopin tutkimuksellisten pyrkimysten osalta ja heikompi tuomarinäkökulman tulkintaopillisten kokemussääntöjen osalta.

Tieteellisen metodin osaelementit liittyvät yhtäältä tutkijan *oivaltamisen logiikkaan* (engl.: *logic of discovery*), toisaalta tiedeyhteisösidonnaiseen *perustelemisen logiikkaan* (engl.: *logic of justification*).¹⁰⁶ Jaottelun esitti ensimmäisenä filosofi Hans Reichenbach teoksessaan *Experience and Prediction* vuonna 1938.¹⁰⁷ Tieteellisen metodin yleinen määritelmä, joka soveltuu yhtä hyvin oikeustieteeseen kuin mihin tahansa muuhunkin tieteeseen, joka toteuttaa pyrkimystä yhtäältä tutkimukselliseen *innovatiivisuuteen* ja toisaalta tutkimukselliseen *kontrolloitavuuteen*, on seuraava:

Tieteellinen metodi on niiden metatason päättelysääntöjen kokonaisuus, joiden avulla on mahdollista toteuttaa ajallisesti kertautuva ja tutkimuksellista varianssia tuottava siirtymä tutkijan ainutkertaisesta ja yksilöllisestä *oivaltamisen logiikasta* yhteisösidonnaiseen, yleistettävissä ja toistettavissa olevaan *perustelemisen logiikkaan*, ja kääntäen.

Keskeistä on ajatuksellinen vuorottelu yhtäältä idiosynkraattisen, ainutkertaisen ja yksittäiselle tutkijalle ominaisen *oivaltamisen logiikan* sekä toisaalta yleistettävissä ja toistettavissa olevan, tiedeyhteisösidonnaisen *perustelemisen logiikan* välillä. Oivaltamisen ja perustelemisen logiikan sijaan voi puhua myös oivaltamisen ja keksimisen asiayhteydestä eli kontekstista (engl.: *context of discovery & justification*). Tämä mahdollistaa sekä uusien tutkimuksellisten ideoiden tuottamisen että saavutettujen tutkimustulosten perustelemisen tavalla, jonka tiedeyhteisö voi hyväksyä. Oivaltamisen logiikalle ja perustelemisen logiikalle annettu suhteellinen painoarvo saattaa vaihdella tieteenalakohtaisesti. Esimerkiksi lainopissa perustelemisen logiikka saa suhteessa suuremman painoarvon kuin luonnontieteissä.

Tieteellinen metodi on välittävä tekijä tutkimuksellisen päättelyn kahden keskeisen osatekijän, oivaltamisen logiikan ja perustelemisen logiikan, välillä. Päättelyprosessi etenee yhtäläisesti ja ajallisesti kertautuen kumpaankin suuntaan. Tieteellisen metodin on pystyttävä tuottamaan uutta tietoa eli tieteellisiä kontribuutioita ja tutkimuksellisia innovaatioita tukemalla yksittäisen tutkijan luovaa, intuitiivista ja sen vuoksi tietyissä rajoissa täydellisen ennustamatonta tai jopa irrationaalista oivaltamisen logiikkaa.¹⁰⁸ Saavutettujen tutkimustulosten on toisaalta saatava tiedeyhteisön tai sen riittävän suuren osan hyväksyntä

¹⁰⁶ Vrt. Ruse, ”Scientific Methodology”, s. 813.

¹⁰⁷ Reichenbach, *Experience and Prediction*, s. 6–7, 382; Raunio, *Positivismi ja ihmistiede*, s. 25.

¹⁰⁸ Oivaltamisen logiikan mahdollisen irrationaalisuuden vuoksi termi ”logiikka” soveltuu tähän tehtävään varsin huonosti, mutta termi on kuitenkin alalla vakiintunut. Vrt. Popper, *The Logic of Scientific Discovery*, *passim*. Teoksen vuonna 1934 julkaistu saksankielinen alkuteos oli *Logik der Forschung* eli tutkimuksen(teon) logiikka.

perustelemisen logiikan käsittämien tieteellisten perustelusääntöjen alaisuudessa, jotta kyse olisi tieteellisestä saavutuksesta. Oivaltamisen logiikan uutta tietoa luovan elementin on toisin sanoen oltava käännettävissä ajatuksellisen toistettavuuden ja kontrolloitavuuden tiedeyhteisösidonnaiselle kielelle ja perustelemisen logiikan yhteisöllisen elementin on oltava muunnettavissa uusia ideoita ja oivalluksia generoivaksi tutkijan ajattelun apuvälineeksi, jotta kyse olisi tieteellisestä metodista. Metodioppi eli *metodologia* on tieteenteoreettisessa katsannossa perusteltu oppi tieteellisestä metodista.

Tieteellinen metodi oivaltamisen logiikan ja perustelemisen logiikan yhdistelmänä voidaan esittää kaaviona seuraavasti:

Kaavio 21: Tieteellinen metodi oivaltamisen logiikan ja perustelemisen logiikan yhdistelmänä

Tutkijan *oivaltamisen logiikka* (engl.: *logic t. context of discovery*)
= Tutkimuksellinen generoivaisuus, innovatiivisuus, tutkimuksellisten ideoiden & tieteellisten kontribuutioiden tuottaminen



Tiedeyhteisösidonnainen perustelemisen logiikka (engl.: *logic t. context of justification*)
= Tutkimuksellinen kontrolloitavuus, perusteltavuus, toistettavuus, yleistettävyys

Oikeustieteen tieteenteoria -kirjassani havainnollistin tutkijan mahdollisesti täydellisen irrationaalisen oivaltamisen logiikan sekä tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan keskinäistä suhdetta taloustieteen Nobel-palkinnon vuonna 1994 saaneen John F. Nashin oivallusten avulla, joista osa oli matemaattisen peliteorian nerokkaita ideoita ja osa skitsofreniaan sairastuneen mielen tuottamia harhoja ulkoavaruuden olioiden Nashille lähettämistä koodatuista viesteistä. Vain tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan avulla on mahdollista tehdä mielekäs ero näiden kahden välillä.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Nasar, *A Beautiful Mind*, s. 11; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 473–474. – Nash jakoi taloustieteen Nobel-palkinnon kahden muun matemaattisen peliteorian kehittäjän, John C. Harsanyn ja Reinhard Seltenin, kanssa.

Väitetysti tieteellinen tutkimus, joka ei täytä oivaltamisen logiikan ja tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan vähimmäisvaatimuksia, ei ole tiedettä vaan jotain muuta. Älyllisestä hölynpölystä voisi olla esimerkkinä oikeudellinen astrologia tai muunlainen oikeudellinen rajatieto, joka ymmärrettävästi ei kuulu tieteellisen toiminnan piiriin. Taikauskoo ja erilaisia *huuhaa*-uskomuksia ansiokkaasti vastustavasta *Skepsis*-yhdistyksestä tunnettu suomalainen matemaatikko ja tiedemies Nils Mustelin (1931–2004) on kehittänyt oivaltavan parodisen version astrologiasta *sporalogian* nimellä. Siinä ihmiskohtaloita tulkitaan ja ennustetaan Helsingin kaupungin sisäisen raitiovaunuliikenteen aikataulujen ja raitiovaunujen suhteellisten liikkeiden avulla, rinnastuen siis astrologian tieteellisessä katsannossa ilmeisen perusteettomaan ajatukseen tähtien liikkeiden ja suhteellisen sijainnin vaikutuksesta ihmismieliin ja tuleviin ihmiskohtaloihin.

Tieteelliseen metodiin liittyy myös idea tutkimusprosessin toistettavuudesta eli ajallisesta *kertautumisesta* sekä tutkimuksen kahden ajatuksellisen kääntopisteen eli tutkijan yksilöllisen oivaltamisen logiikan ja tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan välillä tapahtuvan ajatuksellisen liikkeen tuottamasta tutkimuksellisesta muuntelusta eli varianssista. Tieteellisen metodin hyödyntäminen ei voi jäädä vain yhden yksittäisen ja ainutkertaisen käyttökeran varaan, jolloin kyse olisi tieteellisessä katsannossa kielletyn 'kertakäyttömetodin' ilmentämisestä radikaalista ajallisesta epäjatkuvuudesta ja, siihen liittyen, täydellisestä tutkimuksellisesta ennakoitamattomuudesta. Toisaalta metodin myöhempi soveltaminen ei saa myöskään merkitä aiemman tutkimuksellisen mallin tai esikuvan identtistä toisintoa, vaan vähintäänkin tutkimuskohteen määrittelyn tai rajauksen tulee olla erilainen aiempaan tapaukseen verrattuna. Eri-laisiin tutkimuskohteisiin sovellettuna tieteen metodiopin säännöt tuottavat alati uutta tietoa maailmasta ja tavasta, jolla esimerkiksi oikeuden 'sanat' ja 'asiat' ovat liittyneet toisiinsa määrätyn oikeudellisen tietomuodon alaisuudessa.

Muuttuva tieto maailman asiantiloista vaikuttaa käänteisesti myös sovellettavan tutkimusmetodin määrittelyyn. Tieteen metodisäännöt ovat itsekin generatiivisia eli ajallisesti muuntuvia, mikä viittaa niiden tehtävään eräänlaisena tieteen ja tutkimuksen *generatiivisena kielioppina* eli joukkona *metatason* päätelysääntöjä, joiden avulla voidaan johtaa aina uusia tutkimuskohdetta sekä refleksiivisellä metatasolla myös tieteellistä tutkimusmetodia itseään koskevia päätelmiä.

17.9.2 Oikeudellisen metodin määritelmä

Lainoppi on metodiopillisesti teologiseen dogmatiikkaan ja kirjallisuudentutkimukseen rinnastuva humanistinen *tulkintatiede*, jonka metodiopissa, niin kuin missä tahansa tieteessä, yhdistyvät tutkijan ainutkertainen oivaltamisen logiik-

ka ja yhteisösidonnainen perustelemisen logiikka.¹¹⁰ Lainopin metodin pääpaino on sen teksti- ja traditiosidonnaisuuden sekä tulkinnallisen tiedonintressin vuoksi perustelemisen logiikalla.¹¹¹ Olennaista on lainopin tuottaman oikeudellisen tulkintalauseen sijoittaminen oikeudelliseen *tulkinta- ja perustelukontekstiin*, jonka loogis-lingvistiset eli semanttis-käsitteelliset, epistemologiset eli oikeuslähteopilliset, ontologiset eli konstitutiiviset ja metodologiset eli tulkintaopilliset 'koordinaatit' vallitseva oikeudellinen *tietomuoto* määrittää joko lainopin tutkimuksen edellyttämän oikeudellisen tulkintamatriisin tai, vaihtoehtoisesti, tuomarinäkökulman käsittämien tulkinnallisten konventioiden ja oikeudellisten kokemussääntöjen merkityksessä. *Institutionaalinen tulkintaideologia* vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai niiden tietynlaisen yhdistelmän merkityksessä antaa vallitsevalle institutionaaliselle ja yhteisölliselle oikeuslähteopille ja laintulkintaopille täsmentyneen sisällön.

Tutkijan ainutkertainen *oivaltamisen logiikka* viittaa oikeuden semanttisesti mahdollisten maailmojen tulkinnalliseen merkityssfääriin, mukaan lukien vaihtoehtoisen, kriittisen ja avoimen poliittisen lainopin laveat oikeudelliset ja yhteiskunnalliset visiot, joita vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian asettamat institutionaaliset ja yhteisölliset reunaehdot eivät mitenkään rajoita. Tältä osin vain tieteellisen metodin yleiset vähimmäiskriteerit sekä vallitsevan oikeudellisen tietomuodon yleiset määreet asettavat väljät rajat oikeusyhteisössä vallitsevasta institutionaalisesta tulkintaideologiasta eli vallitsevasta lainsäädäntöideologiasta, kollektiivisesta tuomarinideologiasta ja yhteisöllisestä oikeuskäsityksestä tietoisesti irtautuneen tutkijan yhteiskunnallisille oikeudenmukaisuuspohdinnoille.¹¹² Tiedeyhteisösidonnainen *perustelemisen logiikka* viittaa lainopin yhteydessä oikeudellisiin tulkintalauseisiin, jotka ovat johdettavissa vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian osoittamista institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä hyväksyttävän oikeudellisen päättelyn avulla.

Institutionaaliisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet ovat oikeuden *edellytetyn ontologian*, *loogisen konstituution* ja *rakenteellisen aksiologian* edellyttämiä vallitsevan oikeudellisen maailmankuvan osatekijöitä eli oikeudellisen 'metafysiikan tarpeistoa' (engl.: *furniture of the world*), joihin oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti ja tulkinnallinen merkityssisältö on mahdollista kiinnittää. Oikeudellisen päättelyn osana oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet noudattavat varsin erilaista metodioppia, niin kuin edellä perustelin.

¹¹⁰ Oikeustieteestä monikollisena käsitteenä ja oikeustieteen tieteenaloista oikeuden tulkintatieteellisen, ihmistieteellisen, kulttuuritieteellisen, yhteiskuntatieteellisen ja filosofisen analyysin merkityksessä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 103–188, 901.

¹¹¹ Helin, "Kieli oikeustodellisuuden rakentajana", s. 1035; vrt. Siltala, mts. 150–154, 493–496.

¹¹² Oikeustieteellisen metodiopin vähimmäisvaatimuksista, Siltala, mts. 475–493.

Oikeudellinen *tulkintaprosessi* koostuu oikeudellisen päättelyn fakta- ja normipremissistä sekä niistä johdetuista oikeudellisesta tulkintalauseesta, oli sitten kyse tutkijan ainutkertaisen ja yksityisen, muilta suljetun oivaltamisen logiikan *subjektiivis-intuiitiivisesta* tulkintaprosessista tai yhteisösidonnaisen perusteleminen logiikan *intersubjektiivisesta* eli myös toistettavissa, yleistettävissä ja perusteltavissa olevasta tulkinnasta. Oikeudellinen tulkinta on päättelyä, jossa maailman ylipäättään mahdollisten asiantilojen kokonaisuudesta rajatusta *faktapremissistä* F sekä institutionaalisista tai yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdetusta *normipremissistä* N voidaan määrätyn oikeudellisen tulkintakehyksen T alaisuudessa johtaa oikeudellinen *tulkintalause* Q, joka on muotoa: ”tosiasia x on tosiasia y , koska tulkintakehys T ” eli ”voimassa olevan oikeuden sisältö suhteessa tosiseikastoon f on q , koska tulkintakehys T ”.

Oikeudellisen tulkintaopin säännöt ovat tuomarin tai tutkijan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavien metatason sääntöjen kokonaisuus, joiden avulla on toteutettavissa ei-deduktiivinen mutta oikeudellisesti perusteltavissa oleva ajatuksellinen siirtymä eli, Aleksander Peczenikin termien, oikeudellinen *transformaatio* eli ajatuksellinen ’harppaus’ tai ’loikka’: (a) maailman asiantilojen kokonaisuudesta oikeudellista näyttöuharkintaa ohjaavien normien perusteella johdettuun oikeudelliseen *faktapremissiin* F, (b) institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden kokonaisuudesta oikeudelliseen *normipremissiin* N, ja (c) näin johdettujen fakta- ja normipremissien yhdistelmästä oikeudelliseen *tulkintalauseeseen* Q, jolloin vallitseva institutionaalinen tulkintaideologia on oikeudellisena tulkintakehyksenä. Oikeudellinen tulkintalause on myös aina kontrolloitavissa käänteisen päättelyn avulla eli palauttamalla päättelyn johtopäätöksenä oleva oikeudellinen tulkintalause Q jälleen sen konstitutiiviseksi normi- ja faktapremisseiksi. Oikeudellista *tulkintaa* määrittävän tieteellisen metodin määritelmä on näin ollen kootusti seuraava:

Oikeussääntöjen *tulkintaa* ohjaava metodi on niiden metatason oikeudellisten päättelysääntöjen kokonaisuus, joiden avulla on mahdollista toteuttaa ajallisesti kertautuva ja tutkimuksellista varianssia tuottava siirtymä oikeudellisen tyyppitapauksen *faktapremissin* sekä institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteiden avulla johdetun *normipremissin* yhdistelmästä *oikeudelliseen tulkintalauseeseen* Q, joka on muotoa ” x on y , koska tulkintakehys T ” (ja kääntäen eli oikeudellisesta tulkintalauseesta ’taaksepäin’ sen konstitutiivisiin normi- ja faktapremisseihin), missä tulkintakehys T viittaa *institutionaaliseen tulkintaideologiaan* ja sen vakioimaan oikeudelliseen *validiteetti- ja tulkintakriteeriin*.

Oikeusperiaatteiden *punninta* ja keskinäinen *tasapainottaminen* on päättelyä, jonka avulla oikeusperiaatteen tai vastaavan oikeudellisen ratkaisustandardin tilannesidonnainen oikeudellinen ratkaisuarvo eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaava vaikutus on määritettävissä. Oikeusperiaatteiden painoarvopunnintaa ei voi yleistää koskemaan vastaavia

muita oikeudellisia ratkaisutilanteita ilman, että kyseiset oikeusperiaatteet saavat rajoitetusti *sääntöformaaleja*, tyyppitapauksellisesti sovellettavan oikeussäännön kaltaisia ominaisuuksia. Oikeusperiaatteiden *punninnassa* ja keskinäisessä *tasapainottamisessa* sovellettavan metodin yleinen määritelmä on seuraava:

Oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneiden eli riittävällä tavalla oikeudellistuneiden yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden eli oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien arvosidonnainen *punninta* ja keskinäinen *tasapainottaminen* on:

- (a) aidosti tilannesidonnaista oikeudellista harkintaa, missä kaikkien asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa käsillä olevan oikeustapauksen rajaamassa ainutkertaisessa merkitys- ja perustelukontekstissa, jos kyse on systemisesti täysin vapaasta punnintatilanteesta, tai
- (b) vähintään heikosti etusijaistettua oikeudellista harkintaa, missä kaikkien asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa käsillä olevan oikeustapauksen ainakin jossain määrin yleistettävissä olevassa merkitys- ja perustelukontekstissa, jos kyse on vähintäänkin heikosti keskenään etusijaistettujen eli vähintäänkin heikosti sääntöformaalien oikeudellisten ratkaisustandardien soveltamisesta.

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa oikeussääntöjen ja niihin rinnastuvien, vähintäänkin heikosti sääntöformaalien oikeudellisten ratkaisuperusteiden keskinäisten etusijasuhteiden määrittämistä. Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa täsmällisemmin ilmaistuna senkaltaisen ajallisesti vakioidun loogis-käsitteellisen ja oikeussysteemisen kiintopisteen valintaa, jonka avulla oikeudelliset *pääsääntö/poikkeussääntö* -luokitukset sekä vähintäänkin heikosti systemisesti jäsenytyneiden oikeusperiaatteiden ja prejudikaattinormien keskinäiset suhteet ovat ratkaistavissa ainakin tavallisesti *johtavien/väistyvien oikeusperiaatteiden* ja ainakin tavallisesti *vallitsevien/väistyvien prejudikaattinormien* merkityksessä. Oikeudellista systematisointia ei voi lukita yleisen määritelmän muotoon kuin varsin korkealla abstraktiotasolla:

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa (a) tyyppitapauksellisten oikeussääntöjen, (b) enintään heikosti systemisesti vakioitavissa olevien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien sekä (c) oikeudellisten prejudikaattinormien keskinäisten suhteiden määrittämistä *institutionaalista tulkintaideologiaa* vastaavan *oikeudellisen sääntely- ja ratkaisumallin* avulla, jolloin on määritettävissä se, mikä on määräytyssä oikeudellisessa tulkintatilanteessa noudatettava *pääsääntö* ja mikä siihen nähden *poikkeussääntö* (= kohta a), mikä on tietyn oikeudenalan *johtava*

oikeusperiaate ja mitkä ainakin tavallisesti siihen nähden *väistyviä oikeusperiaatteita*, jolloin kyse on oikeusperiaatteiden keskinäisestä *tasapainottamisesta*, sekä mikä on prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisesti *vallitseva prejudikaattinormi* ja mitkä ainakin tavallisesti siihen nähden *väistyviä prejudikaattinormeja* (= kohta c).

Oikeudellinen systematisointi on toteutettavissa käyttämällä joko lainsäätäjän alun perin tarkoittamaa oikeudellista *sääntelylogiikkaa* eli oikeudellista sääntelymallia (tai -malleja) tai vaihtoehtoisesti, oikeuskäytännössä toteutunutta oikeudellista *ratkaisulogiikkaa* eli oikeudellista ratkaisumallia (tai -malleja) tai soveltuvin osin näitä molempia eli oikeudellista *sääntely- ja ratkaisulogiikkaa* vakioituna ajatuksellisenä referenssinä eli vertailukohtana, jonka avulla oikeusnormien keskinäisiä etusijasuhteita ja oikeudellista kollisionratkaisua koskevat valinnat pääsääntö/poikkeussääntö, johtava/väistyvä oikeusperiaate ja vallitseva/väistyvä prejudikaattinormi -luokitusten merkityksessä ovat toteutettavissa. Institutionaalisen tulkintaideologian mukaisella oikeudellisella sääntely- ja ratkaisulogiikalla tai, monikollisesti, sen tunnustamalla erilaisilla oikeudellisilla sääntely- ja ratkaisumalleilla on keskeinen merkitys oikeudellisessa systematisoinnissa, jos ja kun omaksutun oikeudellisen systematiikan on määrä vastata oikeusyhteisössä vallitsevaa *lainsäädäntö- tai tuomarinideologiaa*. Sen sijaan *yhteisöllinen oikeuskäsitys* ei tavallisesti tai ainakaan kovin jäsentyneesti ulotu oikeudellisen systematisoinnin keskeiskysymyksiin, vaan se kohdentuu pikemminkin oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön hahmottamiseen oikeudellisten konventioiden ja erilaisten yhteisöllisten käytäntöjen avulla.

Omaksutun oikeudellisen systematiikan mukainen ajatuksellisen kiintopisteen valinta rajaa ja määrittää oikeussääntöjen tulkintaa ja vähintäänkin heikosti systeemisten oikeusperiaatteiden punnintaa. Esimerkiksi se, valitaanko sopimus-oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan lähtökohdaksi sopijapuolten tahdonautonomian kunnioittaminen, vaihdannan intressi ja sopijapuolten perusteltu luottamuksen suoja, yhteisöllinen kohtuus ja sisällöllinen sopimustasapaino, heikomman sopijapuolen erityinen suojantarve, oikeuden taloudelliset vaikutukset yhteiskunnassa vaiko naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän tietoinen suosiva erityiskohtelu, rajaa keskeisellä tavalla voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden *mahdollisten maailmojen semantiikkaa* eli ylipäätään mahdollisten tulkintojen alaa.

Tuomarinäkökulmasta arvioituna oikeudellinen metodioppi painottuu voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseen yleistettävissä olevien oikeussääntöjen tulkinnan ja tilannesidonnaisten oikeusperiaatteiden punninnan tarkoittamalla tavalla. Oikeuden systeemisen elementin arvioiminen eli oikeussääntöjen systematisointi ja oikeusperiaatteiden keskinäinen tasapainottaminen suodattuvat osaksi tuomarin oikeudellista tiedonintressiä vain siltä osin kuin sovellettava oikeudellinen tulkintamatriisi tai sitä vastaavat tuomarinäkökulman tulkinnalliset konventiot ja kokemus-

säännöt sitä edellyttävät. Osana Ronald Dworkinin perustelemaa vaatimusta oikeudellisen eheyden toteuttamisesta lainkäytössä oikeussäntöjen tulkinta ja oikeusperiaatteiden punninta on korostetun systeemistä, kun taas osana muunlaista oikeudellista tulkintamatriisia tai erityistä intressisidonnaista näkökulmaa oikeuteen käsitys oikeuden tietynhetkisen merkityssisällön määrittämisestä on huomattavasti heikommin systeemistä luonteeltaan. Institutionaalisen tuomarinäkökulman osana oikeudellinen tulkintaoppi painottuu hiljaisen tekijän tiedon mukaisiin tulkinnallisiin konventioihin, totunnaisiin oikeudellisiin päättelymalleihin ja oikeudellisiin kokemussäntöihin, jotka suhtautuvat varsinaisiin oikeudellisiin tulkintamatriiseihin vain enemmän tai vähemmän likiarvoisesti.

IV TUOMARIN JA TUTKIJAN TIETO OIKEUDESTA

18 Oikeudellinen tietomuoto

18.1 OIKEUDELLISEN TULKINTAMATRIISIN SITOUKSET JA TUOMARINÄKÖKULMAN TULKINNALLISET KONVENTIOT

Vallitseva *oikeudellinen tietomuoto* (ransk.: *épistémè*) on oikeusyhteisössä omaksuttu tulkinnallinen kehys, joka määrittää sitä, miten tieto oikeudesta ja sen tulkinnallisesta merkityssisällöstä on jäsennettävissä tuon yhteisön mielekkääksi tunnistamalla tavalla. Se käsittää ensinnäkin oikeuden *äärellisyyden analytiikan* osatekijät, jotka määrittävät *kohteellistettavissa* ja *käsitteellistettävissä* olevaa tietoa oikeudesta, jota yhtäältä institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi sekä toisaalta oikeuden 'looginen kielioppi' eli looginen syntaksi määrittävät. Toisaalta oikeudellinen tietomuoto käsittää oikeuden *institutionaalista* ja *yhteisöllistä eksistenssiä* määrittävät oikeuden edellytetyn ontologian, loogisen konstituution ja sisäisen rakenteellisen aksiologian sitoumukset esimerkiksi institutionaalisiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden tai täsmentyneemmin esimerkiksi lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten tavoitteiden, toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten tai vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen merkityksessä. Kolmanneksi oikeudellinen tietomuoto käsittää oikeudellisen metodiopin *päätelymallit* ja oikeudellisten *transformaatioiden logiikan* oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista koskevien argumentaatiomallien merkityksessä, joiden tarkoittamalla tavalla oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö on määritettävissä.

Tieteenkuva on tieteenalakohtainen tutkimusta määrittävien *ontologisten, epistemologisten, metodologisten* sekä 'loogisen kieliopin' eli *loogis-lingvististen* sitoumusten muodostama kokonaisuus. Lainopin yhteydessä käytän myös termiä oikeudellinen *tulkintamatriisi* viitaten lainopin vastaaviin sitoumuksiin.¹ Oikeudellinen tulkintamatriisi on kuin tutkimuskohteeseen ja sen erilaisiin piirteisiin eri tavoin tarkennettavissa oleva linssi, joka määrittää ja rajaa sen, miten ja millaisena voimassa oleva oikeus esimerkiksi institutionaalisiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöi-

¹ Lainopin tieteenteoreettisista määreistä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 387–460, 507–519, 912–913.

hin perustuvien oikeusperiaatteiden tai, täsmentyneemmin, yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden tai toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten kokonaisuutena ilmenee, jos on omaksuttu oikeudellisen konventionalismin tai analyttisen oikeusrealismin mukainen oikeuskäsitys. Samoin se määrittelee sen, mitä voimassa olevan oikeuden säännöistä ja periaatteista on ylipäättään mahdollista lausua tavalla, jonka oikeusyhteisö kykenee tunnistamaan oikeuden voimassaoloa eli validiteettia ja tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä mielekkäällä tavalla jäsentäväksi puheenvuoroksi.

Oikeudellinen tietomuoto on mahdollista määritellä myös formaalin, institutionaalisen ja aineellisen *tulkintaideologian* sekä oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen edellytetyn todellisuusrakenteen eli *loogisen konstituution*, *edellytetyn ontologian* ja *rakenteellisen aksiologian* avulla.

18.1.1 Käsitteellistettävissä oleva oikeus: oikeuden loogis-lingvistiset määreet

Oikeuden *loogis-lingvistinen* elementti viittaa oikeudellisten *artikulaatiosääntöjen* tarkoittamalla tavalla kielellisesti käsitteellistettävissä olevaan oikeuteen. Oikeuden suhde kieleen ja oikeudelliseen käsitesystematiikkaan vaihtelee tulkintamatriiseittain. Äärivaihtoehtoina ovat yhtäältä oikeudellinen *sääntöformalismi* ja siihen liittyvä suljettu, staattinen ja ennalta vakioitavissa oleva oikeudellinen sääntö- tai käsitesystematiikka sekä toisaalta *argumentatiivinen avoimuus* eli yhteiskunnallisille arvo- tai tavoiteperusteille avoin, dynaaminen ja vain tilannesidonnaisesti määritettävissä oleva oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäissuhteiden jäsentäminen.

Merkitykseltään nykyisin lähinnä historiallinen käsitelainoppi sekä edelleen vaikuttava analyttinen oikeustiede ovat kumpikin edustaneet vahvasti sääntösidonnaista näkökulmaa oikeuteen, jonka mukaan tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavat oikeudelliset ratkaisuperusteet ovat lukittavissa kiinteän ja ennalta vakioitavissa olevan oikeudellisen käsitesystematiikan muotoon. Muut oikeudelliset tulkintamatriisit sallivat ainakin jossain määrin myös oikeusperiaatteiden tai muiden oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisustandardien käyttämisen oikeudellisena tulkinta- tai ratkaisuperusteena. Nämä toteuttavat vain enemmän tai vähemmän avoimen, dynaamisen, 'kelluvan' ja tilannesidonnaisen oikeudellisen systematiikan ideaa, joka ei ole ainakaan lähtökohtaisesti yleistettävissä muihin vastaaviin soveltamistilanteisiin. Toisaalta osana vähintään heikosti systeemisesti jäsentynyttä lainopin tulkintamatriisia, kuten perus- ja ihmisoikeuskeskeistä laintulkintaoppia tai Juha Pöyhösen tavoin tulkittua, yhteisöllisen kohtuusperiaatteen suhteellisen systeemisen etusijan varaan rakentuvaa sopimusoikeudellisten oikeusperiaatteiden punnintaa,

myös oikeusperiaatteet voivat saada rajoitetusti sääntöformaaleja ominaispiirteitä, jolloin ne voidaan asettaa vähintäänkin heikkoon keskinäiseen etusijajärjestykseen.

Käsitelainoppi perustui oikeudellisten peruskäsitteiden eli *varsinaisten oikeuskäsitteiden* keskinäisiin suhteisiin ja kohdereferenssiin oikeudellisten ilmiöiden ideaalien olemuksen merkityksessä. Varsinaiset oikeuskäsitteet ovat vahvasti systeemisidonnaisia *substanssi-* eli *olemuskäsitteitä*, joilla on kullakin vastineensa ideaalisesti määrittyneessä todellisuudessa, kuten (yksityisoikeudellinen) ”tahdonilmaisu”, ”omistusoikeus” tai ”työsopimussuhde”. Oikeudellisten peruskäsitteiden avulla yksittäisen oikeudellisen ilmiön suhteellinen sijainti oikeuden sisäisessä systematiikassa lukittiin oikeudellista tulkintaa varten, eikä tulkinta ollut edes mahdollinen ennen sitä edeltävää oikeussysteemisen kehyksen vakiointia. Analyttinen oikeustiede riitautti käsitelainopin substanssiajattelun metafyyssisenä spekulatiiona ja perusteli sen sijaan idean teknisistä ja tarkoitussidonnaisista *suhdekäsitteistä*, joilla ei ole lainkaan semanttista referenssiä lainsäätäjän asettamien teknisten oikeustositseikka – oikeusseuraamus-relaatioiden ulkopuolella. Oikeudelliset käsitteet, kuten ”omistusoikeus”, ”perillisen oikeusasema” tai ”avoin yhtiö”, ovat analyttiselle oikeustieteelle vain teknisiä aputermejä, joiden avulla oikeudellista kielenkäyttöä voidaan merkittävästi lyhentää monimuotoisten oikeustositseikka–oikeusseuraamus-relaatioiden toistuvan luettelemisen sijaan.

Pragmaattinen instrumentalismi eli 1940-luvun *reella överväganden* -juridiikka sekä myöhempi oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi ovat pyrkineet oikeuden yhteiskunnallisten ja etenkin taloudellisten vaikutusten huomioon ottamiseen lainopissa. Reaalinen argumentaatio sai 1940-luvulla *reella överväganden* -juridiikan kirjoituksissa etusijan tuolloin vielä vallalla olleisiin käsitelainopillisiin olemuspohdintoihin ja oikeussysteemiin näkökohtiin nähden. Laintulkintaperusteina suositettiin erilaisia oikeuden yhteiskunnallisia ja taloudellisia tavoitteita, kuten vaihdannan intressiä, vaihdannan varmuutta, liike-elämän intressiä, vahinkojen estämistavoitetta, korvauksen varmistamista, yhtiövarallisuuden säilyttämistä tai yksinkertaisuus- ja halpuustavoitetta pantin realisoinnissa. Myös välittömästi yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen viittavia kohtuullisuusargumentteja saatettiin hyödyntää.²

1990-luvun lopun ja 2000-luvun alun erityinen oikeustaloustieteellinen näkökulma oikeuteen on jatkanut *reella överväganden* -juridiikan metodiohjelmaa arvioimalla oikeudellisen sääntelyn ja oikeudellisen päätöksenteon taloudellisia vaikutuksia yhteiskunnassa kustannustehokkuuden, transaktiokustannusten minimoinnin sekä toteutuneen yhteiskunnallisen resurssiallokaation ja sosiaalisen riskin ja on optimaalisuuden näkökulmasta. Samalla tapa käsitteellis-

² Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 372–373.

tää oikeudelliset ongelmat on saanut varsin kustannustietoisien ja toiminnan taloudellista tehokkuutta korostavan sävyn, missä perinteisiä oikeudellisia käsitteitä on pyritty korvaamaan taloudellisilla ja taloustieteellisillä käsitteillä. Sanotunlainen taloustieteellinen analyysi ei ole kuitenkaan muuntunut ongelmitta varsinaisen tulkintajuridiikan ja sen voimassa olevan oikeuden tulkinnalliseen merkityssisältöön kohdentuvan tiedonintressin työvälineeksi.

Institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden punnintaan perustuvat tulkintamatriisit ovat tavallaan jatkaneet käsitelainopin tapaa mieltää oikeus systeemisestä kokonaisuutena, missä voimassa oleva oikeus ei ole täydellisesti palautettavissa lainsäätäjän ja tuomioistuinten tahdonvaltaisesti asettamiin oikeussääntöihin, vaan oikeuden sisäisellä sääntelylogiikalla on oikeutta keskeisesti muotoava merkitys. Nyt tuo oikeudellisten ratkaisuperusteiden muodostama systeemi kuitenkin luodaan tilanne- ja tapauskohtaisesti ja vain rajoitetusti yleistettävällä tavalla käsitelainopin kiinteän ja staattisen käsitesystematiikan sijaan.

Aidosti tilannesidonnainen tapa käsitteellistää oikeutta dynaamisen ja avoimen systematiikan avulla on nähtävissä esimerkiksi Juha Pöyhösen väitöskirjassa *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, missä kirjoittaja tarkastelee sopimusoikeutta yleisen *sopimusmallin* eli sopimusoikeutta jäsentävien varsinaisten oikeuskäsitteiden, dogmien ja konstruktoiden avulla. Oikeudellisessa soveltamistilanteessa eli sopimuksen tai yksittäisen sopimusehdon kohtuullisuutta tai kohtuuttomuutta arvioitaessa tämä johtaa systeemisesti eivakioituihin, arvosidonnaisiin ja tilannekohtaista punnintaa edellyttäviin käsitteisiin, joiden keskinäisiä suhteita yhteisölliselle kohtuusperiaatteelle annettu suhteellinen systeeminen etusija jäsentää. Kun oikeusperiaateanalyysin tavoitteeksi on Pöyhösellä asetettu oikeuden syvätason piilevän oikeudellisen systematiikan vaikutusten projisointi oikeuden pintatason tulkintaan, oikeudellinen käsitteistö saa vahvasti teoreettisen ja rekonstruktivisen sävyn, joka saattaa merkittävästi poiketa käytännön lainopin harjoittajien ammatillisesta itseymmärryksestä.

Toisaalta oikeusperiaatteiden punnintamalli on keskittynyt tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan, kuten eduskunnan oikeusasiamiehen, valtioneuvoston oikeuskanslerin tai rikosjutun syyttäjän, oikeudellisen harkintaprosessin analyysiin, jota Jaakko Jonkan väitöskirjassaan *Syytekynnys* kehittämä punnintamalli hyvin kuvaa. Oikeuden lingvistisen tai käsitteellisen elementin tehtävä on tällöin varsin samantapainen kuin perinteisessä analyytisessä tutkimustraditiossa, vailla muita kuin oikeudellista esitystekniikkaa palvelevia tehtäviä. Perus- ja ihmisoikeuskeskeinen näkökulma oikeuden tulkintaan hyväksyy perustuslain sekä Suomea sitovien ylikansallisten ihmisoikeussopimusten ja sanottuja sopimuksia soveltavien tuomioistuinten, kuten ylimpien kansallisten tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen, omaksuman oikeudellisen käsitteistön ja systematiikan vastaisen laintulkinnan perus-

taksi. Lainsäätäjän, tuomioistuinten ja viranomaisten omaksumaa systematiikkaa saatetaan kuitenkin täydentää vallitsevan perusoikeusjärjestelmän vähintään piilevästi hyväksymillä tai hiljaisesti edellyttämillä perusoikeuksilla.

Perus- ja ihmisoikeudet toteuttavat tavallisesti vain tapauskohtaisesti määräytyvää oikeudellista jäsenystä tilanteessa, jossa eri perus- tai ihmisoikeudet ja niiden taustalla vaikuttavat oikeusperiaatteet vievät tuomarin ratkaisuharkintaa eri suuntiin ja on turvauduttava tapauksen kannalta merkityksellisten oikeusperiaatteiden arvosidonnaiseen punnintaan ja keskinäiseen tasapainottamiseen. Eri-laisten perus- ja ihmisoikeuksien sekä niiden taustalla vaikuttavien oikeusperiaatteiden kesken voi tosin vähitellen muodostua vähintäänkin heikkoja oikeudellisia etusijasääntöjä oikeudellisen formalisointumiskehityksen myötä, jolloin oikeusperiaatteiden arvosidonnainen punninta saa osin väistyä suhteessa sidotumman oikeudellisen harkinnan tieltä. Lisäksi ainakin Euroopan ihmisoikeus-sopimuksen 2 artiklan takaama oikeus elämään samoin kuin Suomen perustuslain 7 §:n mukainen elämän, henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden suoja saavat käsitykseni mukaan ehdottoman etusijan sekä suhteessa hyvinvointivaltioilisiin TSS + O -oikeuksiin että suhteessa erilaisiin yhteisöllis-kulttuurisiin tai elollista luontoa koskeviin oikeudenmukaisuus-oikeuksiin.

Suomessa 1960-luvun lopun, 1970-luvun ja 1980-luvun alun radikaalisti yhteiskunnallistunut ja politisoitunut vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen lainoppi kritisoi tuolloin vallalla ollutta analyyttistä oikeustiedettä siitä, että se sivuutti oikeuden yhteiskunnalliset ja poliittiset sidonnaisuudet oikeudellisesti merkityksettöminä ja suhtautui oikeuden tulkintaan ikään kuin kyse olisi ollut vain kielellis-semanttisesta operaatiosta ilman minkäänlaisia liittyviä yhteiskunnalliseen vallan, vastuun ja niukkojen aineellisten resurssien jakoon.³ Vaikka omistusoikeuskäsite olikin ollut yksi analyyttisen koulun keskeisimmistä tutkimuskohteista, ajatus omistamisen yhteiskunnallisista tai poliittisista ulottuvuuksista ei mahtunut Simo Zittingin ja muiden analyyttisen oikeustieteen edustajien teknisiin omistusoikeuskaavioihin ja oikeusasema-analyyseihin, jotka noudattivat Hans Kelsenin ja Felix Kaufmannin puhtaan oikeusopin metodiohjelmaa oikeuden yhteiskunnallisten ja poliittisten sidonnaisuuksien korostamisen sijaan. Oikeuden systeemis-käsitteellinen elementti siinä muodossa, jollaisena analyyttinen koulu sen ymmärsi, ei tavoittanut oikeuden yhteiskunnallista, taloudellista ja poliittista ulottuvuutta.

Vaihtoehtoista lainoppia, naisoikeusnäkökulmaa oikeuteen ja laajemmin ymmärrettyä oikeudellista tasa-arvotutkimusta yhdistää käsitys, jonka mukaan voimassa oleva oikeus ei ole ideologisesti neutraali ja tekninen yhteiskuntasuhteiden sääntelyjärjestelmä, jollaisena analyyttinen koulu on sen virheellisesti

³ Vastaavalla tavalla luonnonoikeusfilosofiaa edustanut Lon L. Fuller kritisoi H.L.A. Hartin semanttista (ja analyyttistä) tulkintateoriaa oikeuden yhteisöllisen ja tavoitteellisen ulottuvuuden sivuuttamisesta. Fuller, *The Morality of Law*, s. 224–227.

esittänyt. Tapa, jolla yhteiskuntasuhteet on kielellisesti käsitteellistetty oikeudellisessa sääntelyssä ja päätöksenteossa, heijastaa kriittisen oikeusopin käsitämien erilaisten suuntausten mukaan voimassa olevan oikeuden ja lainopin perustavaa ideologista vinoumaa joko porvarillisen yhteiskuntajärjestyksen, poliittisen konservatismiin ja kapitalistisen taloudellisen tuotantojärjestelmän uusintamisen merkityksessä, jos tutkija on omaksunut vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin mukaisen käsityksen oikeudesta ja sen tulkinasta, tai oikeudellisen 'patriarkaatin' eli sääntely- ja ratkaisulogiikaltaan maskuliinisten, hierarkkisten ja väkivaltaisten yhteiskuntasuhteiden uusintamisen merkityksessä, jos tutkija on omaksunut erityisen naisnäkökulman oikeuteen.

Arvo- ja kohdeneutraaliksi väitettyyn oikeuteen ja perinteiseen oikeustieteen seen on naisoikeustutkimuksen mukaan jo sisäänrakennettuna tietynlainen käsitys 'tavanomaisesta', 'normaalista' ja 'hyväksyttävästä' oikeudellisen sääntelyn ja oikeudellisen päätöksenteon lähtökohtana, eikä tuo lainsäädännön ja yleisesti oikeudellisen ajattelun hiljaisesti hyväksymä viitekehys kohtelee erilaisia kansalaisryhmiä samalla tavoin. Lainsäädännön ja oikeudellisen analyysin julkilausumattomana lähtökohtana on naisoikeustutkijoiden mukaan tavallisesti (keski-ikäinen) mies, ei nainen, lapsi, vanhus tai vammainen, vaikka säädökset onkin tavallisesti kirjoitettu näennäisesti sukupuolineutraalilla tavalla. Perinteiset oikeudelliset käsitteet kategoriat myös sivuuttavat naisten kannalta tärkeitä elämänalueita tai ainakaan niitä ei täysimääräisesti rinnasteta miehisen maailman ilmiöihin esimerkiksi työelämän, perheen ja lastenkasvatuksen aloilla. Naisnäkökulma oikeuteen riitauttaa näin oikeustieteen perinteisen tavan käsitteellistää tutkimuskohteensa sekä esittää vaatimuksen oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon mukauttamisesta erilaisten ihmis- ja kansalaisryhmien toisistaan poikkeaviin tarpeisiin erityisestä naisoikeudellisesta tai yleisemmin yhteiskunnallisesta tasa-arvonäkökulmasta arvioituna.

Myös sosiaalinen siviilioikeus on esittänyt vaatimuksen yleisten ja abstraktien oikeudellisten käsitteiden muuntamisesta konkreettisiksi, tilanne- ja henkilösidon naisiksi käsitteiksi. Se on riitauttanut perinteisen oikeustieteen käsitteellisen ja systeemisen elementin: analyttisen oikeustieteen yleisten ja abstraktien roolikäsitteiden, kuten *velkoja – velallinen, työnantaja – työntekijä*, sijaan tuli suosia konkreettisia, tilanne- ja henkilösidon naisia käsitteitä, kuten *työn velallinen, sairastunut velallinen* tai *velallinen, jolla on suppea ammattikokemus ja koulutus*. Luonnollisesti myös oikeudellisen käsiteparin toinen puoli eli työnantaja tai velkoja -osio tulisi vastaavasti palauttaa henkilö- ja tilannesidonnaisiksi käsitteiksi oikeudellisen analyysin tasapainon säilyttämiseksi, kuten *työn velkoja, vaikeiden taloudellisten vaikeuksien kanssa kamppaileva velkoja* tai *taloudellisilta resursseiltaan rajallinen pienyritystä työntekijänä*, mutta tähän sosiaalinen siviilioikeus ei ole ryhtynyt otaksuttavasti yhteiskuntaideologisten sitoumustensa vuoksi.

Juha Pöyhösen sopimusoikeuden analyysia seuraten voi todeta, että sopimusoikeuden ja yleisesti siviilioikeuden käsitteellistäminen ja suhde oikeudel-

liseen systeemiajatteluun on kulkenut neljänlaisen oikeudellisen kerrostuman kautta: käsitelainopin varsinaisista oikeuskäsitteistä eli systeemisidonnaisista olemuskäsitteistä analyttisen siviilioikeustieteen puhtaasti esitystekniisiin funktiokäsitteisiin, joilla ei ole lainkaan semanttista referenssiä teknisten oikeustositseikka-oikeusseuraamus-relaatioiden ulkopuolella mutta jotka ovat käsitelainopin hyödyntämien käsitteiden tavoin lukittavissa kiinteän oikeudellisen systeemin muotoon, edeten Pöyhösen kehittämään oikeusperiaatesidonnaiseen oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malliin eli sopimusoikeudellisen kohtuusmalliin, missä tilannesidonnaisia oikeusperiaatteita ei ole mahdollista ennalta tai edes jälkikäteen systeemisesti vakioda ja missä sopimustasapainon ja aristotelisen oikeudenmukaisen hinnan (lat.: *iustum pretium*) tavoittelu saa keskeisen aseman yleisten siviilioikeuden käsitteiden tulkinnan sijaan, päätyen lopulta Thomas Wilhelmssonin kehittämän sosiaalisen siviilioikeuden mukaisiin konkreettisiin eli henkilö- ja tarverationaalisesti määräyty-neisiin roolikäsitteisiin.

Analyttisen oikeustieteen mukaista abstraktia ja suhdekäsitteiksi ymmärrettyä oikeudellista käsitteistöä, jota myöhemmät sosiaalisen siviilioikeuden ja oikeusperiaatekeskeisen analyysin elementit osaltaan täydentävät, voinee pitää edelleen Suomen voimassa olevassa oikeudessa ja sitä tulkitsevassa lainopissa vallitsevana, joskin sosiaalisen siviilioikeuden ja erityisen oikeudellisen naisnäkökulman ideat ovat vaikuttaneet merkittävästi esimerkiksi yhtäältä kuluttajan-suojan ja velkasaneerauslainsäädännön, toisaalta tasa-arvolainsäädännön käsitteelliseen perustaan.

18.1.2 Kohteellistettavissa oleva oikeus: institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi

Institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi käsittää voimassa olevan oikeuden mukaiset oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet eli institutionaaliset oikeussäännöt ja yhteisölliset oikeusperiaatteet. Oikeuden tunnistamissäännön, kollektiivisen tuomarinideologian tai vastaavan erottelukriteerin avulla ne ovat tuomarien tai muiden lainsoveltajan tunnistettavissa ja erotettavissa muista yhteiskunnallisista arvoista tai tavoitteista, kuten tuomarin sisäistämistä subjektisidonnaisista arvoista esimerkiksi uskonnollisten tai poliittisten preferenssien ja torjuntajen merkityksessä.

Oikeussäännöt ovat tunnistettavissa Hartin oikeusteorian edellyttämän oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön avulla, jolloin niiden muodollinen synty tapa on ratkaiseva niiden oikeudellista ratkaisuarvoa määritettäessä. *Oikeusperiaatteet* ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit eivät ole tunnistettavissa yksin niiden muodollisen synty-tavan perusteella, vaan niiden oikeudellisen ratkaisuarvon eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti

sitovan, velvoittavan tai ohjaavan vaikutuksen määrittäminen edellyttää oikeusperiaatteiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden sisällöllistä punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista. Suhtautuminen institutionaalisen tulkintaideologian mukaiseen institutionaaliseen ja yhteisölliseen oikeuslähteoppiin tai vastaavaan oikeuden tunnistamissääntöön vaihtelee tulkintamatriiseittain.

Lainsäädäntöä kunnioittanut ja aprioriset eli säädännäisen oikeuden järjestelmää käsitteellisesti edeltäneet päätelmät ainakin pääosin torjunut suomalainen käsitelainoppi⁴ samoin kuin analyttinen oikeustiede ja perus- ja ihmis-oikeuskeskeinen laintulkintaoppi ovat sidoksissa institutionaaliseen tulkintaideologiaan ja sen mukaiseen käsitykseen institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä. Toisaalta vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen lainoppi on riitauttanut (myös) kyseiset oikeuslähteopilliset sitoumukset. Samoin 1940-luvun pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överbäganden* -juridiikka irtautui tuolloin vallalla olleesta oikeuslähte- ja laintulkintaopista sekä pyrki vahventamaan etenkin taloudellista vaihdantaa suosivien tulkintaperusteiden asemaa oikeudellisessa argumentaatiossa käsitteellis-systemaattisten tulkintaperusteiden kustannuksella. Samalla se pyrki tulkitsemaan oikeutta tavalla, joka ei ollut ainakaan täysimääräisesti palautettavissa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Sama pätee ajallisesti myöhempään oikeuden taloustieteelliseen analyysiin ja sen suosimiin taloudellisiin tulkintaperusteisiin siltä osin kuin se on ylipäätään ollut kiinnostunut vastaamaan kysymykseen voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisestä.

Poliittisen 1970-luvun vaihtoehtoisen lainopin suhtautuminen vallitsevaan oikeuslähteoppiin oli kaksijakoinen. Yhtäältä vaadittiin Antti Kivivuoren, Esko Riepulän ja Antero Jyrängin tavoin lainopin metodin radikaalia uudelleenmäärittelyä ja lainopin palauttamista muun, väitetyksi metodiopillisessa katsannossa perustellumman yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen yhteyteen esimerkiksi Kivivuoren kannattaman käyttäytymistieteellisen, Riepulän oikeussosiologisen tai Jyrängin politologisen eli politiikan tutkimuksen metodista työvälineistöä soveltavan oikeustutkimuksen merkityksessä.⁵ Jos lainopin perinteinen, voimassa olevan oikeuden tietynhetkiseen tulkinnalliseen merkityssisältöön kohdentuva tiedonintressi ja sitä vastaava metodioppi kuitenkin hyväksyttiin kriittisen oikeustutkimuksen lähtökohdaksi, myös enemmän tai vähemmän perinteinen käsitys sovellettavasta oikeuslähteopista hyväksyttiin, vaikka oikeutta nyt tarkasteltiinkin 'vaihtoehtoisen' eli tietoisesta vasemmistolaisesta *uso alternativo del diritto* -ideologian edellyttämällä tavalla. Samoin sosiaalinen siviilioikeus, erityinen naisnäkökulma oikeuteen sekä muu oikeudellinen tasa-arvotutkimus

⁴ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 316.

⁵ Kootusti Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 171–173.

ovat pyrkineet vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin laventamiseen tai muuttamiseen paremmin sanottujen suuntausten taustalla vaikuttavia yhteiskuntaideologisia tavoitteita toteuttavaksi.

Tässä muodossa esitetty jako institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutuneeseen* ja eri tavoin *kriittiseen* oikeusoppiin on karkea eikä tee täysimääräisesti oikeutta oikeudenalakohtaisille eroavuuksille. Sosiaalisen siviilioikeuden ajatuksia heikomman suojelusta on omaksuttu osaksi vallitsevaa institutionaalista tulkintaideologiaa etenkin kuluttajansuoja- ja velkasaneerauslainsäädännössä, ja erityisen naisoikeusnäkökulman ideoita on vastaavasti hyödynnetty tasa-arvolainsäädännössä. Oikeustaloustieteellisen näkökulman ajatus taloudellisen kustannustehokkuuden käyttämisestä keskeisenä oikeudellisena sääntely- ja ratkaisukriteerinä on vaikuttanut vahvimmin välittömästi taloudellista toimintaa sääntelevillä oikeudenaloilla, kuten EU:n ja kansallisen kilpailu-, sisämarkkina-, yhtiö-, arvopaperi- ja rahoitusoikeuden sääntöjen tulkinnassa. Jako institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneeseen ja siitä kriittisesti irtautuneeseen oikeuslähdeoppiin ei myöskään ole ajallisesti muuttumaton.

18.1.3 Oikeuden ontologiset sitoumukset: institutionaalsiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet

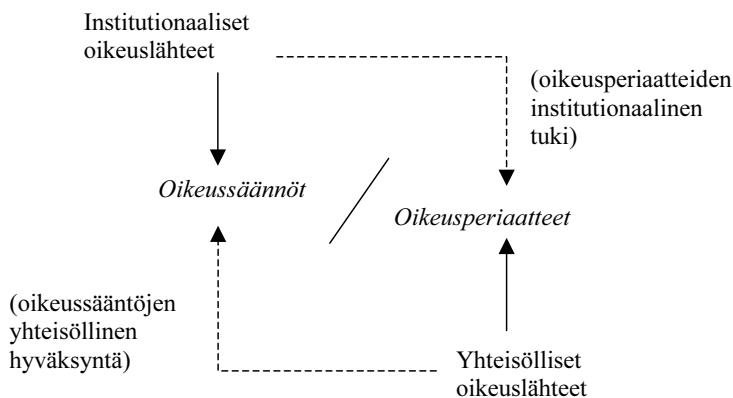
Institutionaalisen tulkintaideologian alaisuudessa oikeuden ontologiset sitoumukset koostuvat, tarkastelun abstraktiotasosta ja oikeudellisesta tiedonintressistä riippuen, esimerkiksi (a) oikeuksista ja velvollisuuksista, (b) oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista, (c) institutionaalisista päätöksistä ja yhteisöllisistä käytännöistä oikeuslähteinä tai (d) oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämistä yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista. Aineellinen tulkintaideologia kiinnittyy yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, joilta oikeusperiaatteilta ja niihin rinnastuvilta oikeudellisilta ratkaisustandardeilta edellytetty institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuvat. Formaali tulkintaideologia kiinnittyy oikeudellisiin peruskäsitteisiin ja niiden aukottomaksi edellytettyn systeemiin.

Institutionaalinen tulkintaideologia ja sen mukainen oikeuden edellytetty todellisuusrakenne eli oikeuden looginen konstituutio, edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia saavat merkitystä lainopissa, joka pyrkii voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseen. Oikeussäännöt liittyvät ensisijaisesti institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten, tekemiin yksilöitävissä oleviin päätöksiin. Oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit liittyvät ensisijaisesti erilaisiin vakiintuneisiin, oikeudellisesti merkityksellisiin yhteisöllisiin käytäntöihin. Yhteisöllisillä käytännöillä

voi rajoitetusti olla myös oikeussääntöjä konstituivaa vaikutusta esimerkiksi *desuetudo*-tapauksissa, joissa sinänsä muodollisesti voimassa olevaa oikeussääntöä ei sovelleta yksittäiseen tapaukseen esimerkiksi sille vastakkaisen ja vahvemmasi katsotun oikeusperiaatteen vuoksi, tai tilanteissa, joissa aiemmin oikeusperiaatteen tavoin vaikuttanut oikeudellinen ratkaisuperuste on vähitellen saanut sääntöformaaleja eli oikeussäännön kaltaisia ominaispiirteitä tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana tulkinta- ja ratkaisuperusteena. Toisaalta myös oikeusperiaatteet edellyttävät ainakin jonkinlaista välillistä tukea institutionaalisten toimijoiden tekemissä päätöksissä.

Kaaviona tämä voidaan esittää edellä institutionaalisen tulkintaideologian yhteydessä esitettyä mallia lainaten seuraavasti:⁶

Kaavio 22: Institutionaaliset päätökset ja yhteisölliset käytännöt, oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet sekä oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta



Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta: oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet

Eri tulkintamatriisit antavat varsin erilaisen painoarvon yhtäältä lainsäätäjän tai tuomioistuinten institutionaalisille päätöksille ja toisaalta vakiintuneille yhteisöllisille käytännöille.

⁶ Vrt. kaavio 13: Formaali, institutionaalinen ja aineellinen tulkintaideologia sekä oikeudellisen tulkintalauseen looginen konstituutio, edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia sivulla 365.

Suomalainen käsitelainoppi, joka Helinin mukaan oli lainsäädäntöä kunioittavaa oikeusoppia eikä ainakaan pääsääntöisesti pyrkinyt pakottamaan sitä aprioristen eli lainsäädäntöä loogis-käsitteellisesti edeltävien oikeuskäsitteiden muottiin,⁷ oli sanotuinkin osin sitoutunut oikeuden institutionaaliseen perustaan. Myös analyttinen oikeustiede mieltää oikeuden ensisijaisesti lainsäätäjän tekemiin valintoihin palautettavissa olevana ilmiönä, jolloin tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tehtävänä on lainsäätäjän hyväksymien oikeudellisten ja yhteiskunnallisten valintojen toteuttaminen vastaisessa oikeuskäytännössä. Perus- ja ihmisoikeusnäkökulma laintulkintaan on kiinnittynyt vahvasti oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan perusoikeuksien voimassa olevassa perustuslaissa ja ihmisoikeuksien Suomea sitovissa kansainvälisissä sopimuksissa nauttiman institutionaalisen tuen vuoksi.

Vaihtoehtoinen lainoppi, jonka yhtenä opillisena esikuvanakin oli poliittisesti tiedostavien italialaisten vasemmistotuomarien *uso alternativo del diritto* -liike, asetti suhteessa suuremman painon tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä toteutuneelle oikeudelle, eikä lainsäädännön alkuperäisille yhteiskunnallisille tavoitteille tai vallitsevalle lainsäädäntöideologialle annettu vastaavaa merkitystä. Samoin 1940-luvun *reella överbälganden* -juridiikka, 1980-luvulla syntynyt sosiaalinen siviilioikeus sekä 1990-luvulta vaikuttanut erityinen naisnäkökulma oikeuteen ja muu oikeudellinen tasa-arvotutkimus korostavat oikeutta ensisijaisesti yhteiskunnallisena mahdollisuutena ja muutospotentiaalina, jolloin tuomioistuinten luoma oikeus saa etusijan muodollisesti velvoittavaan lainsäädäntöön nähden. Vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet, jotka eivät edellytä lainsäätäjän, tuomioistuimen tai muun institutionaalisen lainsoveltajan tekemää tietoista lainsäädäntö- tai lainsoveltamispäätöstä, taipuvat muodollisia oikeussääntöjä helpommin vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tarpeisiin. Taustalla on idea oikeudellisesta arvo- ja tavoite-rationaalisuudesta, joka Lars D. Erikssonin mukaan sai ”räjäyttää hajalle” analyttisen oikeustieteen (ja käsitelainopin) syllogistisen ja vahvasti sääntökeskeisen oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan.⁸

Oikeuden taloustieteellinen analyysi irtautuu institutionaalisesta tulkintaideologiasta oikeudelliseksi tavoitteeksi asetetun taloudellisen kustannustehokkuuden, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoimisen sekä optimaalisen aineellisten resurssien allokaation ja sosiaalisen riskin jaon hyväksi. Ronald Dworkinin oikeusteorian keskeisajatus institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavina tulkinta- ja ratkaisuperusteina sai jalansijaa Suomessa vasta 1980-luvun jälkipuolella. Niinpä 1970-luvun vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoi-

⁷ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 316.

⁸ Eriksson, ”Marxilaisen lainopin lähtökohtia”, s. 26.

men poliittinen lainoppi tukeutui yleisemmin arvo- ja tavoiterationaaliseen päättelyyn Dworkinin oikeusteorian soveltamisen sijaan.

18.1.4 Oikeuden tulkinnallisten merkitysten sfääri: oikeudellinen metodioppi

Oikeudelliset *metodisäännöt* koostuvat oikeudellista argumentaatiota ohjaavien sääntöjen, periaatteiden tai standardien kokonaisuudesta, joita noudattaen institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden tietynhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö* on arvioitavissa. Oikeussääntöjä tulkitaan ja systematisoidaan niiden yleistettävissä olevan oikeudellisen ratkaisuarvon määrittämiseksi, kun taas oikeusperiaatteita ja niihin rinnastuvia oikeudellisia ratkaisustandardeja punnitaan ja tasapainotetaan keskenään niiden tilannesidonnaisen oikeudellisen ratkaisuarvon määrittämiseksi. Oikeussäännöt ovat tyyppitapauksellisia ja oikeusperiaatteet tilannesidonnaisia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita. Oikeudellisille argumentaatiosäännöille annettavat painotukset poikkeavat eri tulkintamatriiseissa toisistaan.

Käsitelainopin idea oikeudellisesta tulkinnasta oli vahvasti systeeminen ja käsitesidonnainen, kun tarkasteltavana olevan oikeudellisen ilmiön, instituution tai käsitteen suhteellinen sijainti oikeudellisten peruskäsitteiden verkostossa sai määrätä sen tulkinnallista merkityssisältöä. Muut kuin systeemisesti vakioitavissa olevat tulkinta- ja ratkaisuperusteet, kuten institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet, rajautuivat voimassa olevan oikeuden ulkopuolelle, ja oikeudellinen tulkintaoppi keskittyi käsitesidonnaiseen syllogistiseen ratkaisulogiikkaan. Toisin kuin käsitelainoppi, analyyttisen oikeustiede on mieltänyt oikeudelliset käsitteet vain teknisinä apukäsitteinä oikeudellisen kielenkäytön lyhentämiseksi. Esimerkiksi ”omistusoikeus” on sen mukaan vain tekninen apukäsite eli yhteisnimitys esineen omistajan suojatun käyttövapauden, oikeudellisen vaihdanta- ja muun disponointikompetenssin sekä määrätynasteisen dynaamisen suojan käsittämien oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaatioiden kokonaisuudelle, vailla muunlaista semanttista referenssiä kuin voimassa olevan oikeuden säännöt ja niiden mukaiset oikeudet ja velvollisuudet.

Pragmaattinen instrumentalismi eli 1940-luvun *reella överväganden* -juriidiikka sekä 1990-luvun ja 2000-luvun oikeustaloustieteellinen näkökulma oikeuteen ovat korostaneet oikeuden ennakoitavissa olevien taloudellisten vaikutusten merkitystä oikeuden tulkinnassa. Erilaisille reaalisille argumenteille, kohtuusnäkökohdille, vaihdannan intressille ja yleisesti taloudellisille näkökohdille on annettu suurempi oikeudellinen ratkaisuarvo kuin minkä vallitseva institutionaalinen tulkintaideologia sallisi. Oikeuden taloustieteellisen analyysin tietoisena oikeuspoliittisena ja tulkintaopillisena tavoitteena ovat olleet

taloudellinen kustannustehokkuus, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimointi sekä optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation ja sosiaalisen riskin jaon toteuttaminen yhtäältä *de lege ferenda*, kun kyse on ollut lainsäätäjälle osoitetuista lainsäädäntösuosituksista, ja toisaalta *de sententia ferenda*, kun kyse on ollut lainopin tulkintamatriiseihin rinnastuvasta näkökulmasta oikeuden tulkintaan.

Vaihtoehtoinen, kriittinen ja avoimen poliittinen lainoppi ovat perustelleet *vaihtoehtoisen* eli tietoisesti institutionaalisen tulkintaideologian käsittämistä laintulkintamalleista irtautuvan käsityksen oikeudesta ja sen tulkinnasta. Taus-talla on ollut poliittisesti tiedostavien eli vasemmistoideologiaan sitoutuneiden italialaistuomareiden ajatus oikeuden 'vaihtoehtoisesta' käytöstä, *uso alternativo del diritto*, sekä tietoisien arvo- tai tavoiterationaalisesta päättelystä, joka on saanut korvata käsitelainopin ja analyyttisen oikeustieteen sidotun ja syllogistisen oikeudellisen ratkaisuharkinnan. Oikeus on vaihtoehtoisen tai kriittisen oikeusopin kirjoituksissa nähty yhteiskunnallisena mahdollisuutena ja muutos-potentiaalina, ei analyyttisen koulun tavoin lainsäätäjän tarkoittamiin yhteis-kunnallisiin tavoitteisiin palautettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana.

Erityinen naisnäkökulma oikeuteen samoin kuin muu oikeudellinen tasa-arvotutkimus rakentuvat nekin vallitsevan oikeudellisen tulkintaopin kritiikin varaan, mutta vaihtoehtoisen tai avoimen poliittisen lainopin marxilaiset tai vasemmistolaiset premissit ovat nyt vaihtuneet *feministisen* oikeus- ja yhteis-kuntaideologian tai yleisemmin yhteiskunnan rakenteellista eriarvoisuutta vastustavan tasa-arvoideologian sitoumuksiksi. Naisoikeusnäkökulma oikeuteen hyväksyy oikeudelliset tulkintalauseet, joiden avulla yhteiskunnan rakenteellista syrjintää on mahdollista vähentää ja naisten suhteellista yhteiskunnallista asemaa on mahdollista parantaa esimerkiksi tietoisien suosivan erityiskohtelun ja kiintiöityjen edustuspaikkojen varaamisen avulla, joskin naisoikeustutkimuksen pääpaino on ollut – oikeuden taloustieteellisen analyysin tavoin – oikeuden yleisten ja teoreettisten kysymysten analyysillä aidommin tulkinta-juridisten ongelmien kohtaamisen sijaan.

Thomas Wilhelmssonin edustamaa *sosiaalista siviilioikeutta* voi pitää kriittisenä oikeusoppina, joka Markku Helinin sattuvan luonnehdinnan mukaan pyrkii kääntämään lainsäätäjän tekemät yksittäiset poikkeussäännöt uusiksi oikeudellisiksi pääsäännöiksi,⁹ perustellen menettelyä oikeuden perinteisen syste-

⁹ ”Kumouksen eräänä seurauksena on pääsääntöjen muuttuminen poikkeuksiksi ja poikkeuksien pääsäännöiksi. Tämä mahdollistaa analogiapäätelmät sellaisista periaatteista, jotka perinteisen doktriinin mukaan ovat poikkeuksia, ja vastakohtaispäätelmät periaatteista, joita tavallisesti pidetään pääsääntöinä.” Helin, ”Monet on metodit”, s. 311. – Helin puhuu tekstikatkelmassa Wilhelmssonin sosiaalisesta siviilioikeudesta yhtenä vaihtoehtoisen lainopin muunnelmana. Omassa jaottelussani yhtäältä 1960-luvun lopun, 1970-luvun ja 1980-luvun alun varsinainen vaihtoehtoinen lainoppi, joka tukeutui vahvasti marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntakäsitykseen, sekä toisaalta sosiaalinen siviilioikeus ja muut myöhemmän kriittisen oikeusopin suuntaukset on erotettu toisistaan. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 543, 824, 888–889.

miajattelun murtumilla, yhteiskunnallisen muutosdynamiikan vaatimuksilla sekä oikeudellisen sääntelyn tulevan suunnan ennakoimisella lainopissa. Sosiaalinen siviilioikeus irtautuu tietoisesti oikeuden vallitsevasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta sekä pyrkii nostamaan heikomman sopijapuolen erityisintressien suojan johtavan oikeusperiaatteen asemaan oikeuden lähtökohtaisesti tilannesidonnaisessa systematiikassa. Sosiaalisen siviilioikeuden oikeudelliset ja yhteiskunnalliset tavoitteet ovat osin toteutuneet esimerkiksi kuluttajansuoja- ja velkasaneerauslainsäädännössä sekä viivästyskoron koh- tuullistamista koskevassa sääntelyssä, kun lainsäätäjät ja tuomioistuimet ovat sanotut näkökohdat hyväksyneet.

Perus- ja ihmisoikeusnäkökulma laintulkintaan perustuu perus- ja ihmisoikeuk- sia ilmentävien oikeusperiaatteiden arvosidonnaiseen punnintaan ja keskinäi- seen tasapainottamiseen. Taustalla on myös ajatus ihmisoikeuksien univer- saalista tai vähintäänkin yleiseurooppalaisesta *vähimmäisstandardista* sii- nä muodossa kuin Euroopan ihmisoikeussopimus ja Euroopan ihmisoikeus- tuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet ovat asiaa normit- taneet.

18.2 OIKEUSTIETEEN TIETEENKUVA, LAINOPIN TULKINTAMATRIISIT JA TUOMARINÄKÖKULMA OIKEUTEEN

Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*, vaan oikeustieteellinen tutkimus, siinä missä mikä tahansa muukin tutkimus, on väistämättä sidoksissa tietynlai- siin tieteenteoreettisiin oletuksiin ja sitoumuksiin, joista tutkimusta määrittävät ontologiset, epistemologiset, metodologiset ja loogis-lingvistiset sitoumukset ovat keskeisimmät. Lainopin tutkijoiden *ontologian taju* ja perehtyneisyys tutkimuksen tieteenteoreettisiin sitoumuksiin ei ole ollut kovin kehittynyt,¹⁰ vaikka oikeudellisten tulkintalauseiden tuottaminen ja perusteleminen lainopin tutkimuksellisen tiedonintressin edellyttämällä tavalla ei ole lainkaan mahdolli- nen ilman *jonkinlaista* käsitystä oikeudellisen tutkimuksen kohteesta, institu- tionaalisisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä, sovellettavasta tulkintaopista ja

¹⁰ Lainoppineiden puutteellisesta ontologian tajusta, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 628–632. – Osuvan termin *ontologian taju*, joka viittaa epäsuorasti Peter Høegin romaaniin *Lumen taju*, olen velkaa Suvianna Hakalehto-Vainion, Salla Lötjösen, Kirsi Piispasen (myöh. Neiglickin) ja Sampo Teittisen (myöh. Mielityisen) muodostamalle tutkijaryhmälle, joka alusti johta- massaan tutkijaseminaarissa kahdesti keväällä 1999. Lisäksi Kaijus Ervasti alusti teemaan liittyen Alf Rossin *Om ret og retfærdighed* -teoksesta. Vasta tämän pohjustuksen jälkeen Markku Helin pyydettiin tutkijaseminaarin vieraaksi alustamaan teoksestaan *Lainoppi ja metafysiikka* sekä vastaamaan teosta koskeviin kysymyksiin. Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnas- sa vuosina 1998–2003 johtamani tutkijaseminaarin työskentelytavoista, Siltala, mts. 7–10.

oikeuden tulkinnallisista konventioista sekä oikeuden semanttis-käsitteellisistä sitoumuksista, joita oikeustieteen tieteenteoria tarkastelee lähemmin oikeuden ontologisten, epistemologisten, metodologisten ja loogis-lingvistististen määreiden alla.¹¹

Oikeudelliset tulkintamatriisit ovat tieteenteorian luomia *ideaalityyppejä* (re)konstruktioita Max Weberin oikeussosiologian tarkoittamassa merkityksessä, eikä niillä välttämättä ole lainkaan yksi yhteen -tyyppisiä vastineita yhteiskuntatodellisuudessa tai tuomarinäkökulman käsittämien tulkinnallisten konventioiden ja kokemussääntöjen joukossa. Oikeudelliset tulkintamatriisit ja tätä heikommassa merkityksessä myös erilaiset luonnokset tulkintamatriiseiksi eli esiparadigmaattiset tulkintamatriisien aihiot sekä erityiset intressisidonnaiset näkökulmat oikeuteen perustuvat lainopillisessa kirjallisuudessa esiintyvien tutkimuksellisten ja tieteenteoreettisten valintojen hahmottamiseen tutkimuksellisesti 'puhtaassa' muodossa, jolloin niiden kontingentit eli satunnaiset piirteet yhtä hyvin lainopin kirjoituksissa kuin varsinaisen tuomarinäkökulman tulkinnallisissa konventioissa ja oikeudellisissa kokemussäännöissä on tietoisesti jätetty tarkastelun ulkopuolelle Weberin ideaalityyppitarkastelun edellyttämällä tavalla.¹² Oikeudellisten tulkintalauseiden tarkastelu ideaalityyppisten oikeudellisten tulkintamatriisien avulla lukitsee tutkimukselliset koordinaatit, joita vasten tuomioistuinten vahvistamaa oikeudellista tulkintaa tai lainopillisessa oikeuskirjallisuudessa tuotettua oikeudellista tulkintalauseetta voi joko hyväksyvästi tai kriittisesti arvioida. Tuomarinäkökulman tulkinnalliset konventiot suhtautuvat puolestaan oikeudellisiin tulkintamatriiseihin likiarvoisten kuvausten tavoin.

Näkökulma oikeuteen ja sen tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseen voi olla joko tutkijan *reflektoidun teoreettisen tiedon* tai tuomarin *hiljaisen tekijän tiedon* mukainen.¹³

Oikeustieteen tieteenteoria -kirjassani hahmotin reflektoidun teoreettisen tiedon mukaista näkökulmaa suomalaisen lainopin tutkimuksellisiin sitoumuksiin. Käytännön lainopin tutkimuksissa tuomarin tai muun lainsoveltajan hiljaista tekijän tietoa myötäilevä näkökulma saa kuitenkin tavallisesti etusijan varsinaisesti tieteenteoreettisten tai filosofisten pohdintojen sijaan. Tulkintajuridiikan tutkimukset toteuttavat ainakin pääsääntöisesti pikemminkin tieteen sosiologi Thomas S. Kuhnin keskeisideaa tutkimuksellisesta mallioppimisesta eli paradigmaattisten tutkimuksellisten esikuvien seuraamisesta teoreettisen ja aidosti reflektoidun oikeudellisen tiedon saavuttamisen sijaan. Tämä selittyy

¹¹ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, passim.

¹² Ideaalityyppijäittelusta, Weber, "Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis", s. 190–191; Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, s. 1–11.

¹³ Hiljaisesta tekijän tiedosta ja reflektoidusta teoreettisesta tiedosta, Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 429; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 628–639.

tulkintalainopin omaehtoisella tiedonintressillä. Se pyrkii antamaan perustellun vastauksen kysymykseen: mikä on voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tietyntekinen *tulkinnallinen merkityssisältö* suhteessa määrättyyn oikeustositseikastoon x ? Lainopin tieteenkuvan määreet vaikuttavat kuitenkin vähintäänkin piilevästi myös lainopin tuottamien oikeudellisten tulkintalauseiden taustalla, jos ja kun tavoitteena on tuottaa oikeudellisesti perusteltuja ja tutkimuksellisesti kontrolloitavissa olevia tulkintalauseita voimassa olevan oikeuden tietyntekisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä.¹⁴

Tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa lainopin tieteenteoreettiset määreet saavat oikeudellista tulkintaa ohjaavien *tulkintaopillisten konventioiden* luonteen. Ne ovat hiljaisen tekijän tiedon mukaisia vakiintuneita yhteisöllisiä ja ammatillisia käytäntöjä sekä tulkintamatriisiin määreistä käytännön tarpeisiin muokattuja tulkintaopillisia kokemussääntöjä, jotka tosin kiinnittyvät lainopin tuottamien oikeudellisten tulkintalauseiden tavoin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen ontologiaan, vallitsevaan institutionaaliseen tulkintaideologiaan ja oikeudellisen argumentaation päättelysääntöihin mutta ilman, että tuomareilta ja muilta viranomaisilta edellytettäisiin syvällistä omakohtaista itseymmärrystä oikeudellisen velvoittavuuden viimekätisistä perusteista, oikeuden loogisesta konstituutiosta, edellytetystä ontologiasta ja rakenteellisesta aksiologiasta, institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähdeopin justifikaatioperusteista tai oikeudellisten argumentaatiomallien suhteesta logiikan varsinaisiin eli premissien alkuperäisen totuusarvon säilyttäviin päättelymalleihin tai oikeudellisten transformaatioiden logiikkaan.

Kyse on sen sijaan käytännön oikeudelliseen ratkaisuharkintaan sovitetuista yhteisöllisistä ja ammatillisista käytännöistä, joihin tuomarikunta on kollektiivisesti ja tavallisesti enemmän tai vähemmän yhtenevällä tavalla sitoutunut. Yksittäinen lainsoveltaja voi toki niin halutessaan irtautua tuomarikunnan keskuudessa vallitsevista tulkinnallisista konventioista ja ammatillisesta itseymmärryksestä ja tehdä ratkaisun joihinkin muihin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin tukeutuen. Jollei tuomari noudata vallitsevaa institutionaalista ja yhteisöllistä oikeuslähdeoppia ja yleisesti hyväksyttyjä oikeudellisia tulkintamalleja, ratkaisu ei saa tukea oikeuden *institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta*, jota institutionaaliset oikeussäännöt ja yhteisölliset oikeusperiaatteet eri tavoin ilmentävät. Ratkaisu ei tällöin ole *oikeudellinen*, koska se ei täytä vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla institutionaalisen ja yhteisöllisen perusteltavuuden vähimmäisvaatimuksia. Toisaalta Lon L. Fulleria seuraten voisi sanoa, että vain silloin, kun oikeudenkäytössä noudatetaan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavia vakiintuneita

¹⁴ Tutkijan itseymmärryksen osatekijöistä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 103–188.

tulkinnallisia konventioita sekä vastaavia yhteisöllisiä ja ammatillisia käytäntöjä, siinä toteutuu pyrkimys oikeudelliseen täydellisyyteen ja oivallisuuteen (engl.: *aspiration toward perfection in legality; legal excellence*), joka on osoituksena tuomarin todellisesta ammattitaidosta ja oikeudellisen käsityöläisen ammattilypeydestä (engl.: *a sense of trusteeship; the pride of the craftsman*).¹⁵

Markku Helinin tutkimuksessa skandinaavisen oikeusrealismin vaikutuksista suomalaiseseen lainoppiin vuosina 1920–1960 suomalaisten lainoppineiden *ontologian taju* eli ruotsalaisfilosofi Axel Hägerströmin tunnetusti vaikeaselkoisen todellisuuden teorian omaksuminen osoittautui varsin vaikeaksi haasteeksi, ja käytännön lainopin tasolla hiljainen tekijän tieto osoittautui Upsalan koulun reflektoitua teoreettista tietoa vahvemmaksi.¹⁶ Yleisemminkin suomalaisen lainopin tulkintamatriisien arvioiminen tieteenteorian näkökulmasta saa juristikunnan tavallisesti varsin puutteellisen (tieteen)teoreettisen itsereflektion vuoksi väistämättä enemmän tai vähemmän *rekonstrukttiivisen* jäsenyyksen luonteen, missä rekonstruktivisuuden aste on sitä vähäisempi, mitä jäseny-neempi käsitys lainopin kirjoittajilla on ollut tutkimuksen teoreettisista perusteista, ja ideaalityyppisen tarkastelun aste on vastaavasti on sitä suurempi, mitä pragmaattisempänä ja käytännönläheisempänä lainopin kirjoittajat ovat oman tulkintaopillisen toimintansa mieltäneet. Eri tulkintamatriiseista analyttinen oikeustiede on ollut ehkä parhaiten selvillä omista tieteenteoreettisista perusteistaan, joskin myös analyttinen oikeustiede on nähdäkseni perustunut sekin pikemminkin hiljaisen tekijän tiedon mukaiseen mallioppimiseen kuin aidosti reflektoidun teoreettisen tiedon omaksumiseen oikeuden ja oikeudellisen tiedon perusteista.¹⁷

Oikeustieteen tieteenteorian sitoumukset, jotka määrittävät tutkijan teoreettisen tiedonintressin mukaisesti tutkimuksen *ontologiaa*, *epistemologiaa*, *metodologiaa* ja *'loogista kielioppia'* eli loogis-lingvistisiä sitoumuksia, muuntuvat (tulkinta)lainopin astetta käytännönläheisemmässä merkitys- ja perustelukontekstissa oikeuden *institutionaalisen ja yhteisöllisen ontologian* sitoumuksiksi eli joko oikeuksiksi ja velvollisuuksiksi, oikeussäännöiksi ja oikeusperiaatteiksi, institutionaaliseksi päätöksiksi ja yhteisöllisiksi käytännöiksi tai institutionaaliseksi ja yhteisölliseksi arvoperustaksi tarkastelun abstraktiotasosta riippuen, *institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähdeopin* mukaisiksi oikeuslähteiksi, *oikeudellisiksi päättelysäännöiksi* oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista ohjaavien päättelysääntöjen ja -periaatteiden merkityksessä sekä oikeudellisten ilmiöiden kielellistä käsitteellistettävyyttä määrittäviksi oikeudellisiksi *artiku-*

¹⁵ Fuller, *The Morality of Law*, s. 41, 43.

¹⁶ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 429.

¹⁷ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 628–639.

laatiosäännöiksi esimerkiksi analyyttisen oikeustieteen abstraktien suhdekäsitteiden tai sosiaalisen siviilioikeuden ja naisoikeustutkimuksen vahvasti henkilö- ja tilannesidonnaisten käsitteiden merkityksessä. Osana tuomarinäkökulmaa nuo tieteenkuvan määreet muuntuvat erilaisia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, tavanomaisesti hyödynnettäviä oikeuslähteitä, erilaisia tulkinnallisia konventioita ja ammatillisia kokemussääntöjä sekä oikeuden systemisiä ja käsitteellisiä ominaisuuksia koskeviksi yhteisöllisiksi ja ammatillisiksi käytännöiksi.

Oikeustieteen tieteenkuva, lainopin tulkintamatriisi ja tuomarinäkökulma oikeuteen voidaan esittää kootusti seuraavan sivun kaavion avulla. Kaavion vasemmanpuoleinen sarake eli oikeustieteen tieteenkuvan määreet edustavat reflektoitua tiedonintressiä ja sen mukaista teoreettista tietoa oikeudesta, kun taas kaavion oikeanpuoleinen sarake eli tuomarinäkökulma oikeuteen edustaa praktista tiedonintressiä ja sitä vastaavaa hiljaista tekijän tietoa oikeudesta. Keskimmäinen sarake eli lainopin tulkintamatriisin määreet edustavat teoreettisen ja praktisen tiedonintressin sekä reflektoidun tiedon ja hiljaisen tekijän tiedon yhdistelmää, jossa tutkimuksellisen itsereflektion ja teoreettisuuden aste voi merkittävästikin vaihdella.

Oikeuden *äärellisyyden analytiikka* eli oikeuden epistemologiset ja loogislingvistiset määreet sekä oikeuden *mahdollisten maailmojen ontologia ja semantiikka* eli oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen eksistenssi ja ylipäättään mahdollisten tulkinnallisten merkitysten sfääri rajaavat ja määrittävät *oikeustieteen tieteenkuvan* sitoumukset, *lainopin tulkintamatriisien* säännöt sekä *tuomarinäkökulman tulkinnalliset konventiot*. Oikeustieteen tieteenteoria toteuttaa puhtaasti teoreettista tiedonintressiä, jonka sisältönä on reflektoitu, aidosti tieteenfilosofisessa katsannossa perusteltu tieto oikeustieteen tieteenkuvan sitoumuksista. Tuomarinäkökulma oikeuteen toteuttaa sen sijaan käytännöllistä tiedonintressiä, jonka sisältönä on hiljainen tekijän tieto oikeuden tulkintaopillisista konventioista ja kokemussäännöistä. Lainoppi toteuttaa teoreettisen ja praktisen oikeudellisen tiedonintressin eri tavoin painotettavissa olevaa yhdistelmää, jossa yhtäältä reflektoitu tieto oikeuden konstitutiivisista synty- ja soveltamishdoista sekä toisaalta hiljainen tekijän tieto oikeuden tulkinnallisista konventioista lomittuvat keskenään. Lainoppi perustelee näin ajatuksellisen siirtymän oikeustieteen tieteenkuvan filosofisten sitoumusten ja tuomarinäkökulman käytännönläheisempien tulkinnallisten konventioiden ja kokemussääntöjen välille.

Kaavio 23: Oikeustieteen tieteenkuva, lainopin tulkintamatriisi ja tuomarinäkökulma oikeuteen suhteessa oikeuden äärellisyyden analytiikkaan sekä oikeuden mahdollisten maailmojen ontologiaan ja semantiikkaan

Oikeustieteen tieteen- kuvan sitoumukset	Lainopin tulkintamatriisin määreet	Tuomarinäkökulma oikeuteen
<i>A. Oikeuden äärellisyyden analytiikka: oikeuden kohteellistettavuus ja käsitteellistettävyyys</i>		
a) <i>Epistemologia:</i> oikeuden 'kohteellista- minen' eli erottaminen 'ei-oikeudesta' tieteen- teoreettisesti perusteltavissa olevien kriteerien avulla	institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi: oikeudellinen <i>validiteettikriteeri</i>	oikeuden tunnistamissääntö (= oikeussäännöt) + riittävä institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä (= oikeusperiaatteet)
b) <i>Loogis-lingvistiset</i> sitoumukset: oikeuden 'looginen kielioppi' eli looginen syntaksi + oikeudelliset käsite- kategoriat <i>in abstracto</i>	oikeudelliset (perus)käsitteet + oikeussysteemiset määreet	käsitteelliset ja oikeus- systeemiset konventiot
<i>B. Oikeuden mahdollisten maailmojen ontologia ja semantiikka: oikeuden institutionaali- nen ja yhteisöllinen eksistenssi ja tulkinnallisten merkitysten sfääri</i>		
c) <i>Ontologia:</i> oikeus- sääntöjen ja oikeus- periaatteiden suhde oikeuden institutio- naaliseen ja yhteisöl- liseen arvoperustaan	institutionaaliin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet	tehokasta oikeussuojaa nauttivat, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennetut oikeudet ja velvollisuudet
d) <i>Metodologia:</i> oikeudel- listen transformaatioiden logiikka	institutionaalinen tulkinta- ideologia: oikeudellinen <i>tulkintakriteeri</i>	tulkinnalliset konventiot, oikeudelliset kokemus- säännöt ja päättelymallit
<i>teoreettinen tiedonintressi</i>	<i>teoreettinen/käytännöllinen tiedonintressi</i>	<i>käytännöllinen tiedonintressi</i>
<i>reflektoitu teoreettinen tieto</i>	<i>reflektoitu teoreettinen tieto/ hiljainen tekijän tieto</i>	<i>hiljainen tekijän tieto</i>

Kaaviossa :

a) Oikeustieteen *epistemologiset* sitoutumukset määrittävät *oikeus/ei-oikeus-differentiaation* toteuttamista eli oikeudellisten ilmiöiden tietoteoreettista 'kohteellistamista' oikeuden ja ei-oikeuden toisistaan erottamisen merkityksessä. Oikeudellinen epistemologia muuntuu lainopin tulkintaopillisessa merkitys- ja perustelukontekstissa institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähdeopin säännöiksi (tai periaatteiksi), jotka määrittävät sovellettavan oikeudellisen *validiteettikriteerin*. Tuomarinäkökulmasta arvioiden voimassa olevan oikeuden säännöt ovat tunnistettavissa oikeuden tunnistamissäännön avulla, kun taas oikeusperiaatteet edellyttävät väljemmin määriteltä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää oikeusyhteisössä.

Oikeuden tunnistamissääntö on H.L.A. Hartin oikeusteorian mukaan edellyttämä tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti hyväksymä arviointikriteeri, jonka avulla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat tunnistettavissa ja erotettavissa kaikesta, mikä ei ole velvoittavaa oikeutta esimerkiksi vallitsevan yhteiskuntamoraalin, uskonnon tai tapaetiketin käsittämien käyttäytymissääntöjen merkityksessä. Hart korostaa, miten oikeuden tunnistamissääntö on tavallisesti havaittavissa vain siinä varsin yhdenmukaisessa tavassa, jolla tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat tunnistavat voimassa olevan oikeuden säännöt,¹⁸ eikä kyse siis ainakaan ensisijaisesti ole tutkijan reflektiivisen ja teoreettisen tiedonintressin ilmentymästä. Oikeuden tunnistamissäännön semanttinen referenssi käsittää vain alkuperäisestä yhteiskunnallisesta synty- ja justifikaatioperustastaan irtautuneet ja itsenäistyneet eli *sääntöformaalit* oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet eli varsinaiset oikeussäännöt. Oikeusperiaatteet ovat kietoutuneet yhteen vallitsevaa yhteiskunnallista ja poliittista moraaliala toteuttavien yksilöllisten arvoperusteiden tai kollektiivisten tavoite- tai tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien kanssa, eivätkä ne ainakaan lähtökohtaisesti ole tunnistettavissa Hartin formaalin oikeuden tunnistamissäännön edellyttämällä tavalla. Sen vuoksi oikeuden tunnistamissääntö on oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien osalta korvattava väljemmällä vaatimuksella riittävästä institutionaalisesta tuesta ja yhteisöllisestä hyväksynnästä erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä.

b) Oikeustieteen tieteenteorian jäsentämät *loogis-lingvistiset sitoumukset* eli oikeuden '*looginen kielioppi*' eli *looginen syntaksi* käsittää oikeudelliset käsitekategoriat ja niiden keskinäissuhteet esimerkiksi Wesley Newcomb Hohfeldin toteuttaman oikeudellisen käsiteanalyysin ja sen osatekijöiden merkityksessä. Hohfeldin mukaan esimerkiksi omistusoikeus voidaan jäsentää omistajan oikeusasema määrittävien oikeus–velvollisuus-relaatioiden kokonaisuutena, missä

¹⁸ "... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact." Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 107.

tietynlaista (subjektiivisen) oikeuden osatekijää vastaa aina tietynlainen velvollisuuselementti, kuten omistajan oikeudellista kannevaltaa (engl.: *right*) toisen henkilötahon oikeudellinen velvollisuus (engl.: *duty*) ja omistajan disponointi-kompetenssia (engl.: *power*) toisen henkilötahon sidonnaisuus (engl.: *liability*), eikä oikeudellisilla käsitteillä ole semanttista referenssiä sanottujen oikeus-velvollisuus-relaatioiden ulkopuolella.¹⁹

Lainopin yhteydessä oikeuden abstraktit loogis-lingvistiset sitoumukset muuntuvat aineellisten oikeudellisten käsitekategorioiden ja niiden keskinäis-suhteiden, kuten omistusoikeuden tai velvoiteoikeuden, käsittämien yksittäis-ten oikeuksien ja velvollisuuksien analyysiksi voimassa olevan oikeuden sään-töjen ja periaatteiden rajaamassa merkitys- ja perustelukontekstissa. Kyse on siitä, millaisen sisällön esimerkiksi suojattu omistajanhallinta tai omistajan disponointikompetenssi saa voimassa olevan oikeuden normien perusteella. Oikeudelliset käsitekategoriat on mahdollista jäsentää usealla eri tavalla ja erilaista abstraktiotasoa noudattaen. Hohfeldin käsiteanalyttinen metodi on ollut myös suomalaisen analyttisen oikeustieteen yhtenä teoreettisena perusta-na.²⁰ Toisaalta esimerkiksi Thomas Wilhelmssonin sosiaalinen siviilioikeus mieltää oikeudellisten käsitteiden roolin varsin eri tavoin, korvaten abstraktit roolikäsitteet tilanne- ja henkilösidonnaisilla käsitteillä. Samoin erityinen nais-näkökulma oikeuteen pyrkii eroon analyttisen oikeustieteen abstrakteista roo-likäsitteistä.

Tuomarinäkökulmasta arvioiden oikeuden loogis-lingvistinen osatekijä määrittää oikeuden lingvististä ja oikeussysteemistä *pragmatiikkaa* eli kielen käsitteiden avulla ilmaistujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäisiä suhteita esimerkiksi Ronald Dworkinin oikeudellisen eheyden tar-koittamalla tavalla.²¹ Yhdysvaltain ja osin myös Englannin *common law*-oikeuden kehitys on perustunut amerikkalaistutkija Edward H. Levin tarkoitta-malla tavalla yksittäisen prejudikaatin käsittämisen oikeusohjeen eli prejudikaat-tinormin soveltamisalan analogisen laventamisen ja distinktiotekniikan osin ennakoimattomaan vuorotteluun, missä ratkaisevaa on vertailtavina olevien oikeustositseikastojen oikeudellisessa katsannossa riittävä tai riittämätön sa-mankaltaisuus. Yksittäisiin tuomioistuin- ja viranomaisratkaisuihin perustuva oikeus on perusteiltaan dynaaminen ja avoin luokittelujärjestelmä, joka jatku-

¹⁹ Kokoavasti Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, s. 36.

²⁰ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 635–636.

²¹ "Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards. (...) Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, *the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community*." Dworkin, *Law's Empire*, s. 243, 255 (kursivointi lisätty).

vasti elää, muuntuu ja täydentyy sekä saattaa lopulta kumoutua sitä aina uusiin oikeustapauksiin sovellettaessa. Oikeudellisen tulkinnan sisäinen logiikka on sama kuin filosofi Ludwig Wittgensteinin ideassa, jonka sääntöjä saatetaan muuttaa – ja myös tavanomaisesti muutetaan – tuon pelin kuluessa.²²

Esimerkiksi Yhdysvaltain valmistajan tuotevastuuta koskevassa oikeuskehityksessä 'itsessään vaaralliset esineet' erotettiin vähitellen, tapausluokka kerrallaan 'ei-vaarallisista esineistä' eli esineistä, joita olivat käyttäjälleen vaaraksi vain, jos niitä rasitti jokin valmistusvirhe, ja kumpaankin tapausluokkaan sovelletut oikeudelliset arviointikriteerit johtivat varsin erilaiseen aineelliseen lopputulokseen.²³ Oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta saattaa kuitenkin ennalta-arvaamatta muuttua yhteiskunnan teknisen kehityksen tai oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan muutosten myötä. Yhdysvaltain 'itsessään vaarallisten esineiden' luokituksessa kävi juuri näin: vuoden 1900-luvun alun oikeustapauksessa *MacPherson v. Buick* (217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)), jossa tuomioistuimen arvioitavana oli valmistajan tuotevastuu auton rakenteellisesta viasta, mistä oli ollut seurauksena ajoneuvon romuttuminen ja jutun kantajan saamat vakavat vammat, oikeuskäytännössä vaiheittain muotoutunut ja vakiintunut prejudikaatiooikeudellinen sääntö *de facto* kumottiin ja aiemmasta poikkeuksesta tehtiin nyt uusi oikeudellinen pääsääntö.²⁴

c) Oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen *ontologian* sitoumukset määrittävät oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä eksistenssiä eli institutionaalisiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden suhdetta sekä toisiinsa että oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Oikeus voidaan määritellä täsmällisemmin esimerkiksi yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden, lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten oikeudellisten tavoitteiden tai toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten eli tehokasta oikeussuojaa nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien avulla, jos on omaksuttu yhtäältä oikeudellisen konventionalismin, toisaalta oikeudellisen eksegeesin tai kolmanneksi analyttisen oikeusrealismin mukainen käsitys oikeudesta ja sen edellytyksistä todellisuusrakenteesta.

Lainopin kontekstissa oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämät ontologiset sitoumukset kohdentuvat yksilöitävissä oleviin institutionaalisiin päätöksiin perustuviin *oikeussääntöihin* ja vakiintuneisiin yhtei-

²² Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 83 (s. 75).

²³ Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, s. 9–25.

²⁴ Levi, mts. 24–25: "Nevertheless, a new freedom follows from *MacPherson v. Buick*. Under it, as the Massachusetts court has said, the exception in favor of liability for negligence where the instrument is probably dangerous has swallowed up the purported rule that 'a manufacturer or supplier is never liable for negligence to a remote vendee'. The exception now seems to have the same certainty the rule once had. The exception is now the general principle of liability ..."

söllisiin käytäntöihin perustuviin *oikeusperiaatteisiin* ja vastaaviin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin. Voimassa olevan oikeuden säännöt ovat lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten sekä rajoitetusti myös oikeustoimikelpoisten oikeussubjektien tekemien tahdonvaltaisten päätösten avulla luotavissa, muutettavissa, täytäntöönpantavissa eli oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa tavalla, jota valtiosääntöoikeuden, prosessioikeuden ja osin myös siviilioikeuden kompetenssi- eli toimivaltanormit tarkemmin määrittävät. Vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet eivät ole samalla tavoin institutionaalisten toimijoiden tahdonvaltaisesti konstituoitavissa, ja vain prosessioikeudelliset oikeusvaikutusten toteuttamis- eli täytäntöönpanosäännöt soveltuvat niihin. Koska oikeusperiaatteiden synty, sisällölliset muutokset ja oikeudellisen ratkaisuarvon lakkaaminen ovat sidoksissa vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin, ne lähentyvät oikeudelliselta ontologialtaan sekä noudattamansa oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan osalta oikeudellista konventionalismia ja tuomarinäkökulman käsittämiä oikeudellisia konventioita.

Tuomarinäkökulmasta arvioiden oikeuden ontologiset sitoumukset painottuvat tehokasta oikeussuojaa nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen ja toteutettavissa olevien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuuteen.

d) Oikeudellisen *metodologian* sitoumukset käsittävät oikeudellista päättelyä määrittävät ja rajaavat tieteenfilosofiset sitoumukset suhteessa logiikan vastaviin päättelysääntöihin esimerkiksi deduktiivisen, induktiivisen ja abduktiivisen logiikan tai aristotelisen (uus)retoriikan ja topiikan sekä oikeudellisten *transformaatioiden logiikan* merkityksessä.

Lainopin tutkimuksellisessa kontekstissa oikeustieteen metodiopin sitoumukset muuntuvat oikeudellisiksi argumentaationsäännöiksi, joiden tarkoittamalla tavalla oikeussääntöjen tulkinta ja systematisointi sekä oikeusperiaatteiden punninta ja keskinäinen tasapainottaminen ovat toteutettavissa ja muotoiltavissa oikeudelliseksi tulkintakriteeriksi. Oikeudelliset argumentaatio- eli päättelysäännöt rajaavat oikeuden mahdollisten maailmojen semantiikan eli ylipäätään mahdollisten tulkinnallisten merkitysten alan. Tuomarinäkökulmasta arvioiden kyse on voimassa olevaa oikeutta jäsentävien tulkintaopillisten konventioiden, vakiintuneiden oikeudellisten päättelymallien ja vastaavien muiden tavanomaisesti hyödynnettyjen oikeudellisten kokemussääntöjen kokonaisuudesta. Tuomarien ja muiden viranomaisten soveltamat tulkintaopilliset konventiot ja vastaavat ajatustottumukset eivät tavallisesti täytä tieteellisesti perusteltavissa olevan tiedon kriteereitä. Ne ovat käytännön lainsoveltajien hyväksi havaitsemia, käytännön tarpeisiin sovitettuja malleja oikeudellisen tulkinnan ja perustelemisen konstitutiivisista pelisäännöistä, mutta samalla ne muistuttavat enemmän tai vähemmän likiarvoisesti tai likimääräisesti lainopin tulkintamatriisien vastaavia sitoumuksia.

Tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellinen tiedonintressi rajaa hänen kiinnostuksensa institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sekä niiden tulkintaa ohjaavan institutionaalisen tulkintaideologian sitoumuksiin ja tavanomaisesti sovellettaviin oikeudellisiin päättelymalleihin. Ilman ratkaisun perustelujen antamaa tietoa oikeuden tulkinta- ja merkityskontekstista oikeusyhteisö ei kykenisi tunnistamaan tuomarin tai muun lainsoveltajan vahvistamaa tulkintaa voimassa olevasta oikeudesta määrätyt institutionaaliset ja yhteisölliset validiteetti- ja tulkintakriteerit asianmukaisella tavalla täyttäväksi oikeudeksi tulkintalauseeksi. Tuomarin yhteiskunnallisen tehtävän luonne ohjaa hänen tiedonintressiään tulkinnallisten konventioiden sekä hyväksi havaittujen oikeudellisten päättelymallien ja kokemussääntöjen suuntaan lähinnä yhteisöllisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla. Vähintäänkin löyhä liitos oikeuden tutkijan teoreettisen tiedon ja reflektoidun tiedonintressin sekä tuomarin hiljaisen tekijän tiedon ja käytännöllisen tiedonintressin välillä on tällöinkin olemassa.

Jos toisaalta analyttisen oikeusrealismin mukainen käsitys voimassa olevasta oikeudesta toteutuneiden eli tehokasta oikeussuojaa nauttivien oikeuksien ja velvollisuuksien sekä tuomarinideologian käsittämien oikeuslähde- ja laintulkintaopillisten sitoumusten merkityksessä hyväksytään myös lainopin tutkimukselliseksi referenssiksi Alf Rossin ehdottamalla tavalla, tuomarin tai muun lainsoveltajan institutionaalinen näkökulma oikeuteen saa käsitteellisen etusijan oikeustieteen rekonstruktiviisiin pyrkimyksiin nähden. Kyse on tällöin molemminpuolisesta vuorovaikutussuhteesta tutkijan ja tuomarin sekä näiden kummankin oikeudellisen tiedonintressin välillä, missä yhtäältä voimassa oleva oikeus määritellään viittaamalla institutionaaliseen tuomarinäkökulmaan ja missä toisaalta tuomarikunnan soveltama oikeuslähde- ja laintulkintaoppi on tietyssä suhteessa lainopissa omaksuttujen oikeudellisten tulkintamatriisien käsittämiin tutkimuksellisiin sitoumuksiin.

19 Suomalaisen lainopin tulkintamatriisit

19.1 TUTKIMUKSELLINEN TÄSMENNYS

Oikeustieteen tieteenteoria -teoksessani hahmotin lainopin tieteenkuvaa ”yhdeksän plus yhden” lainopin tulkintamatriisin avulla.¹ Nyt tuota kokonaisuutta on syytä hieman täsmentää, jolloin varsinaisia tulkintamatriiseja tai vastaavia lainopin suuntauksia eli joko tulkintamatriisin aihioita tai erityisiä intressidonnaisia näkökulmia oikeuteen jää jäljelle yhteensä seitsemän.

Tuorin *kriittinen oikeuspositivismi* ei tarkkaan ottaen ole lainopin tulkintamatriisi lainkaan,² vaan se on teoreettisilta sitoumuksiltaan lähinnä myöhäis-marxilainen ja fenomenologinen teoria oikeuden *ontologiasta*, jota Tuori mallintaa oikeuden kolmen tason eli oikeuden pintatason, oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason sekä kahden ’ulottuvuuden’ eli oikeusnormien ja oikeudellisten käytäntöjen avulla.³ Kriittinen oikeuspositivismi pyrkii vastaamaan oikeudellisen ontologian keskeiskysymykseen: mitä oikeus on? Samalla se väistää lainopin omaehtoisen tulkinnallisen tiedonintressin, joka kohdentuu voimassa olevan oikeuden tietynhetkiseen tulkinnalliseen merkityssisältöön. Didaktisista syistä käsittelin *Oikeustieteen tieteenteoria* -teoksessa kriittistä oikeuspositivismia myös lainopin koulukuntien yhteydessä, koska viimeaikainen teoreettisen lainopin sekä varsinaisen oikeusteorian keskustelu maassamme on käyty paljolti juuri Tuorin oikeuden monitasomallin vakioimia tutkimuksellisia lähtökohtia vasten.

Metodiopillisesti Tuorin kriittinen oikeuspositivismi voidaan nähdäkseni palauttaa Ronald Dworkinin varhaisteorian perustelemaan ajatukseen institutio-naalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden punninnasta ja keskinäisestä tasapainottamisesta joko institutionaaliseen tulkintaidologiaan *sitoutuneen* lainopin tai siitä kriittisesti *irtautuneen* eli vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin merkityksessä. Tuorin oikeusteorian selväsanaisesti oikeuspositivistiset eli oikeuden tahdonvaltaiseen muutetta-

¹ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 507–589 sekä kootusti mts. 801–811 ja 820–832.

² Vrt. Siltala, mts. 528–529, 578 (alav. 145), 562–565.

³ Kriittisen oikeuspositivismin suhteesta marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntateoriaan, Tuori, ”Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 312–316 ja etenkin s. 319; sama, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. VI–IX. – Oikeuden monitasoteorian selväsanaisesti marxilaisessa varhaisversiossa oli toisaalta fenomenologinen elementti esimerkiksi silloin, kun tarkastelun kohteena oli Tuorin tarkoittamalla tavalla ”olemus-ilmiö-kategorioiden ilmentämä ’ekspressiivinen’ yhteys” oikeuden ja yhteiskunnan eri tietoisuusmuotojen tai -tasojen välillä. Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74.

vuuteen liittyvät sitoumukset viittaavat edelliseen ja sen aidosti sisältökriittiset sitoumukset jälkimmäiseen osatekijään.⁴ Samalla teorian yhtäältä tahdonvaltaisten ja toisaalta sisältökriittisten osatekijöiden keskinäinen suhde osoittautui pulmalliseksi.⁵

Yleinen oikeusperiaatteiden punnintamalli, jota havainnollistin *Oikeustieteen tieteenteoria* -teoksessani Juha Pöyhösen sopimusoikeudellisen kohtuullistamisharkinnan mallintamisen ja Jaakko Jonkan syyttäjän syyteharkintaa jäsentävän punnintamallin avulla,⁶ on siinä määrin sisäisesti epäyhtenäinen lainopin kirjoitusten kokonaisuus, että sen aseman itsenäisenä ja omaehtoisena tulkintamatriisina voi sanotussa teoksessa esittämieni kriteerien valossa perustellusti riitauttaa. Niinpä Juha Pöyhösen sopimusoikeudellinen kohtuullistamismalli rinnastuu Thomas Wilhelmssonin sosiaalisen siviilioikeuden tutkimuksellisiin pyrkimyksiin. Jaakko Jonkan oikeusperiaatteiden punnintamalli toteuttaa puolestaan analyttisen oikeuspositivismin tai perusoikeuskeskeisen lain-tulkintaopin tutkimuksellisia tavoitteita, kun analyttistä oikeuspositivismia tulkitaan tavalla, joka sallii myös oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit.⁷

Puhe varsinaisesta oikeudellisesta tulkintamatriisista edellyttää tarkasteltavana olevalta lainopin suuntaukselta myös yhtäältä riittävää vakiintuneisuutta, täsmentyneisyyttä ja ajallista pysyvyyttä sekä toisaalta riittävää tulkintajuridista vaikuttavuutta ja yhteisöllistä hyväksyntää juristikunnan keskuudessa tai laajemmin määritellyssä oikeusyhteisössä. Etenkin institutionaalisen tulkinta-ideologian rajaamalla institutionaalisilla ja yhteisöllisillä oikeuslähteillä ja oikeudellisilla tulkintamalleilla on keskeinen merkitys voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä määritettäessä. Kyseiset vaatimukset liittyvät tavallisesti yhteen, mutta minkä tahansa yksittäisen osatekijän puuttuminen riittää estämään sen, että olisi kyse omaehtoisesta oikeudellisesta tulkintamatriisista.⁸

Vaatus oikeudellisen tulkintamatriisin riittävästä vakiintuneisuudesta, täsmentyneisyydestä ja ajallisesta pysyvyydestä suhteessa sen konstitutiivisiin osatekijöihin etenkin erilaisten oikeuslähde- ja laintulkintaopillisten sitoumusten, sääntöjen tai konventioiden merkityksessä rajaa tulkinnallisesti hajanaiset, vakiintumattomat, täsmentymättömät, epämääräiset, sisäisesti ristiriitaiset tai 'polysentriset' tulkintaopin suuntaukset varsinaisen tulkintamatriisin käsitteen ul-

⁴ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 564.

⁵ Siltala, mts. 640–670.

⁶ Siltala, mts. 556–562.

⁷ Kyse on tältä osin vain luokittelu- eli kategorisointiongelmasta. Allekirjoitan toki edelleen ne sisällölliset väitteet, jotka Tuori kriittisestä oikeuspositivismista sekä Pöyhösen ja Jonkan oikeusperiaatteiden punnintamallista *Oikeustieteen tieteenteoria* -teoksessa esitin.

⁸ Oikeudellisen tulkintamatriisin metodisista vähimmäisvaatimuksista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 475–493.

kopuolelle.⁹ Vaatimus tulkintajuridisesta vaikuttavuudesta puolestaan rajaa tulkintamatriisin käsitteen ulkopuolelle tutkimussuuntaukset, joilla on pelkästään oikeushistoriallista merkitystä tai joiden merkitys tarkasteluhetken laintulkintaoppiin on muutoin vähäinen. Samoin se estää vasta muotoutumassa olevien ja siksi toistaiseksi vakiintumattomien tai, vaihtoehtoisesti, tiede- ja oikeusyhteisön kollektiivisesti torjumien ja sen vuoksi vain jonkun yksittäisen tutkijan idiosynkraattiseksi 'yksityisomaisuudeksi' jääneiden oikeuslähde- tai laintulkintaopillisten kantojen hyväksymisen varsinaisten lainopillisten tulkintamatriisien joukkoon. Oikeudellinen tulkintamatriisi, aivan kuten yhteisön käyttämä luonnollinen kieli tai voimassa oleva oikeus, on määritelmällisesti *yhteisöllinen* ilmiö.¹⁰

Asiaa tuomarinäkökulmasta arvioiden vaatimukset sovellettavan tulkinnallisen kehyksen vakiintuneisuudesta, täsmennyneisyydestä ja ajallisesta pysyvyydestä sekä tulkintajuridisesta vaikuttavuudesta ja riittävästä yhteisöllisestä hyväksynnästä eivät edellytä täysimääräistä tutkimuksellisesta itsereflektiota tutkijan teoreettisen, reflektoidun tiedon ehtojen toteutumisen merkityksessä. Praktinen, hiljaisen tekijän tiedon mukainen käsitys oikeudesta ja sen tulkintaa rajaavista ja määrittävistä tekijöistä on tavallisesti tuomarille tai muulle institutionaaliselle lainsoveltajalle riittävä.

Modernissa suomalaisessa lainopissa on edellä sanotun valossa ainakin seitsemän ehdokasta oikeudelliseksi *tulkintamatriisiksi*, joiden tutkimukselliset määreet saattavat suodattaa myös osaksi tuomarinäkökulman tulkinnallisia konventioita ja oikeudellisia kokemussääntöjä:

- a) käsitelainoppi,
- b) analyyttinen oikeustiede,
- c) perus- ja ihmisoikeuskeskeinen laintulkintaoppi,
- d) vaihtoehtoinen lainoppi,
- e) sosiaalinen siviilioikeus,
- f) naisnäkökulma oikeuteen ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus sekä
- g) pragmaattinen instrumentalismi: *reella överbälganden* -juridiikka ja oikeustaloustieteellinen näkökulma oikeuteen.

Tulkintamatriisien lainopillisen vakiintuneisuuden ja tulkintaopillisen suuntautuneisuuden aste vaihtelee. Käsitelainoppi ja analyyttinen oikeustiede keskittyivät tietoisesti oikeudelliseen tulkintaan ja systematisointiin asetettua oikeudellista tai tulkintakriteeriä vasten. Vaihtoehtoisen lainopin pääpaino oli marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian sekä (enintään) teoreettisen lainopin pohdinnoilla, eivätkä oikeuden teoreettista perustaa tai 'syvätasoa' jäsentäneet avoimen marxilaiset pohdinnat juuri ulottuneet käytännön tulkintajuridiikan 'pintatasolle' asti.¹¹ Sosiaalinen siviilioikeus on pyrkinyt vaikuttamaan sekä

⁹ Oikeudellisesta polysentriasta, Hirvonen, ed., *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 697–706.

¹⁰ Vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 477–481.

¹¹ Näin esimerkiksi Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 2, s. 24.

oikeuden systematisointiin että sen tulkintaan, joita yhtäältä systematiikkaan painottuva teoreettinen lainoppi ja toisaalta tulkintalainoppi kumpikin tahollaan jäsentävät. Erityisen oikeudellisen naisoikeusnäkökulman ja oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen varsinainen tulkintajuridinen potentiaali on toistaiseksi paljolti hyödyntämättä, samoin kuin oikeuden taloustieteellisen analyysin vaikutus voimassa olevan oikeuden tulkintaan ja systematisointiin.¹²

Oikeudellinen tutkimussuuntaus, joka ei täytä vaatimusta riittävästä tutkimuksellisesta vakiintuneisuudesta, täsmentyneisyydestä ja ajallisesta pysyvyydestä sekä tulkintajuridisesta vaikuttavuudesta ja yhteisöllisestä hyväksynnästä on joko esiparadigmaattinen *luonnos tulkintamatriisiksi* eli tulkintamatriisin aihio tai erityinen *intressisidonnainen näkökulma oikeuteen*. Tieteensosiologi Thomas S. Kuhnin *The Structure of Scientific Revolutions* -teoksen ensipainoksen termin kyse on tutkimuksen *esiparadigmaattisesta* vaiheesta, joskaan Kuhnin luonnon-tieteisiin kehitetyn tieteenteoreettisen mallin soveltaminen oikeustieteeseen ei ole aivan ongelmatonta.¹³ Erona tulkintamatriisin luonnoksen ja erityisen intressisidonnaisen oikeudellisen näkökulman välillä on se, että tulkintamatriisin aihio saattaa hyvinkin ajan myötä kehittyä täysimääräiseksi oikeudelliseksi tulkintamatriisiksi, joka toteuttaa oikeuden taustalla vaikuttavan vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan mukaisia yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita institutionaalisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla, kun taas erityinen intressisidonnainen näkökulma oikeuteen painottaa yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita siinä määrin vallitsevasta institutionaalisesta tulkintaideologiasta poikkeavalla ja vain määrätyn intressitahon näkökulmaa painottavalla tavalla, että se todennäköisesti ei ole yleistettävissä voimassa olevan oikeuden yleiseksi ja yhte-näiseksi tulkinnalliseksi lähtökohdaksi.

Oikeudelliset tulkintamatriisit voidaan siis jakaa yhtäältä institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitotuneisiin* ja toisaalta institutionaalisesta tulkintaideologiasta kriittisesti *irtautuneisiin* eli vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin mukaisiin lähestymistapoihin.

¹² Naisoikeus- ja oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen sekä oikeustaloustieteellisen laintulkintapopin vain heikosti toteutuneesta tulkintajuridisesta identiteetistä huomauttaa perustellusti myös Jukka Mähönen, jolle olen sanotun täsmennyksen paljolti velkaa: ”Naisoikeudellinen ja tasa-arvotutkimus ja oikeustaloustiede eivät ole kuitenkaan päässeet vielä täysin samalle tasolle siten, että niitä voidaan pitää aitoina tulkintamatriiseina. Molemmissa tulkintatraditioissa on keskitytty enemmän kritiikkiin ja *de lege ferenda* -analyysiin kuin progressiiviseen laintulkintaan.” Mähönen, ”Taloustiede lain tulkinnassa”, s. 53.

¹³ Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, s. 10 *et seq.*, esim. s. 13 (”something less than science”) ja s. 17 (”pre-paradigm schools”). – Käyttämäni keskeistermi oikeudellinen *tulkintamatriisi* on johdettu Kuhnin tieteellisen läpimurtoteoksen toisen, vuoden 1970 laitoksen jälkisanoina omaksutusta terminologiasta, missä hän hylkäsi moniselitteiseksi ja monitulkintaiseksi osoittautuneen tieteellisen *paradigman* käsitteen ja otti sen sijaan käyttöön *tieteenalakohtaisen matriisin* (engl.: *disciplinary matrix*) käsitteen. Kuhn, mts. 181–191. – Oikeustieteen tieteenkuvan määreiden suhteesta Kuhnin ajatteluun, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 389–391.

19.2 METAFYYSISISTÄ OLEMUSPOHDINNOISTA TEKNISEEN OIKEUSASEMA-ANALYYSIIN

Historiallista käsitelainoppia sekä yhä keskeisesti vaikuttavaa analyyttistä oikeustiedettä yhdistää sidonnaisuus oikeuden käsitteelliseen perustaan, vaikka nuo kaksi lainopin suuntausta ovat antaneet oikeudellisille käsitteille varsin erilaisen tulkinnan. Etenkin analyyttinen oikeustiede on lisäksi pyrkinyt toteuttamaan lainsäätäjän ja tuomioistuinten hyväksymiä oikeuden vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan mukaisia yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita.

19.2.1 ”... lainoppi ei nykyajan elämässä perusteiltansa voi olla muuta kuin käsitelainoppia”

Käsitelainoppi oli suomalaisen lainopin vallitseva ja käytännössä jokseenkin yksinomainen tulkintamatriisi 1800-luvun lopulta aina 1950- ja osin jopa 1960-luvulle asti. Tosin jo 1940-luvulla oikeuden yhteiskunnallisia tavoitteita ja vaikutuksia korostanut *reella överbäganden* -juridiikka oli lyönyt kiilaa tuoloin vielä vallalla olleeseen käsitelainopin systeemilogiikkaan, mutta käsitelainopin valta-asemaa suomalaisessa oikeustieteessä se ei ollut kyennyt horjuttamaan. Vasta 1950-luvulla oikeuskäsitteiden *funktionaalisuutta* eli oikeudellista tarkoitussidonnaisuutta ja apukäsiteluontoisuutta sekä niiden *relationaalisuutta* eli suhdekäsiteluontoisuutta korostanut analyyttinen oikeustiede pystyi onnistuneesti riitauttamaan käsitelainopin teoreettiset lähtökohdat. Viimeistään 1960-luvulla analyyttinen lähestymistapa oli sysännyt käsitelainopin lopullisesti oikeushistorian lehdille. Siihen asti T. M. Kivimäen 1920-luvulla esittämä luonnehdinta kuvasi kuitenkin varsin hyvin suomalaisen oikeusopin tilaa:¹⁴

”Lainoppi on ja sen tulee etupäässä olla käsitelainoppia, sillä tarkkojen oikeuskäsitteiden katoaminen merkitsisi ei vain lainopin, vaan koko oikeuselämän kuolemaa.”

Käsitelainopin suosima konstruktiiivinen menetelmä oikeustieteessä merkitsi oikeudellisten ilmiöiden sijoittamista *oikeudellisten peruskäsitteiden* muodostamaan aukottomaan ja sisäisesti ristiriidattomaan kokonaisuuteen, jolloin oikeudellisesta käsitesysteemistä voitiin johtaa loogisesti välttämättömien päätelmien avulla oikeuslauseita. Oikeudellinen analyysi merkitsi tarkasteltavana olevan oikeudellisen ilmiön *ideaalisen olemuksen* eli varsinaisen substanssin

¹⁴ Kivimäki, ”Uusia virtauksia siviililainopin alalla”, s. 386; Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 315.

paikantamista oikeudellisten peruskäsitteiden systeemissä, jolloin yksittäisen oikeussäännön, oikeudellisen käsitteen tai oikeuslauseen suhteellinen sijainti oikeudellisen tieteenopin lukitsemassa käsitesysteemissä sai määrätä sen tulkin-taa. Ajoittain turvauduttiin myös *konstruktiviseen päättelyyn*, jolloin oikeudel-lisista peruskäsitteistä ja niiden keskinäisistä suhteista johdettiin yksittäisiin oikeudellisiin ongelmiin oikeudellisia tulkintalauseita,¹⁵ mitä myöhempi ana-lyyttinen oikeustiede kritisoi ankarasti perusteettomien käsitteellisten ja 'meta-fyysisten' oletusten ylläpitämisestä sekä oikeudellisten käsitteiden lähtökohtai-sen tarkoitussidonnaisuuden sivuuttamisesta. Lainsäätäjän mahdollisia motii-veja tai tavoitteita ei ollut lupa pohtia eksegeettisen laintulkintaopin tarkoitta-malla tavalla, oikeuden yhteiskunnalliset ja etenkin taloudelliset vaikutukset, joita *reella överbäganden* -juridiikka oli painottanut, suljettiin käsitelainopin 'tieteellisen' lähestymistavan ulkopuolelle, eikä tuomioistuinten ja viranomais-ten toteutuneessa oikeuskäytännössä vahvistettu laintulkinta ollut sekään hy-väksyttävä oikeudellinen tulkintakriteeri. Vain tieteellisesti perusteltu oikeudel-linen ja käsitteellinen systeemiyhteys oli ratkaiseva yksittäisen oikeussäännön, oikeuslauseen tai oikeudellisen instituution tulkinnallista merkityssisältöä mää-ritettäessä.

Vaikka suomalainen käsitelainoppi oli Markku Helinin seikkaperäisen tutki-muksen mukaan lainsäädäntöä kunnioittavaa käsitelainoppia eikä ainakaan ta-vallisesti pyrkinyt pakottamaan lainsäädäntöä aprioristen oikeuskäsitteiden muottiin, toisin kuin tässä suhteessa ankarampi saksalainen esikuvansa,¹⁶ käsit-teellis-systemaattisilla näkökohdilla oli yhtä kaikki avainrooli oikeuden tulkin-nallista sisältöä määritettäessä. Tosin Helinin mukaan suomalaisessa 1920-luvun siviilioikeustieteessä ainakin Ilmari Caseliuksella esiintyi jonkin verran myös konstruktivistista päättelyä eli päättelyä oikeudellisista käsitteistä aina yksittäisiin sääntötason tulkintatuloksiin asti. Niinpä omistajankiinnitystä kos-kevassa tutkimuksessaan Caselius katsoi, että omistajankiinnitys ei ollut itse-näinen subjektiivinen oikeus vaan ainoastaan "ryhmä omistusoikeuteen sisälty-viä oikeutuksia, omistusoikeuden puoli tai tapa, jolla omistaja käyttää oikeut-taan kiinteistöön". Näin konstruoimastaan omistajankiinnityksen ideaalisesta olemuksesta Caselius johti oikeudellisen tulkintalauseen, jonka mukaan omis-tajankiinnitystä ei sellaisenaan voinut luovuttaa, pantata eikä ulosmitata.¹⁷

¹⁵ Helin, "Käsitteistä päättelämisestä", *passim*.

¹⁶ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 316: "Käsitelainopista esim. Savignyn ja Puchtan tarkoitta-massa mielessä 1920-luvun konstruktivinen lainoppi eroaa kuitenkin siinä, ettei juridisten käsit-teiden katsottu olevan apriorisia, lainsäätäjän ulottumattomissa olevia entiteettejä. Päinvastoin korostettiin, että käsitteiden sisältö on positiivisoikeudellinen asia: 'Käsite on (...) haettava esille positiivisesta oikeudesta, eikä päin vastoin positiivista oikeutta ole yritettävä pusertaa käsitesys-teemin ahtaisiin rajoihin' [viittaus Caseliuksen teokseen *Panttioikeuden käsitteistä Suomen oikeuden mukaan* vuodelta 1925]."

¹⁷ Helin, mts. 318–319.

1930-luvun suomalaisen käsitelainopin taustaoletuksina olivat Helinin mukaan ensinnäkin luottamus oikeuden käsitelmääritelmien mahdollisuuteen eli ajatus, jonka mukaan oli olemassa yksi ainoa oikea tapa käsitteellistää juridiset ilmiöt, toiseksi subjektiivisten oikeuksien ymmärtäminen substansseiksi, jotka sitovat itseensä erilaisia oikeutuksia, kolmanneksi oletus, että oikeusseuraamukset eivät liittyneet yksinkertaisiin ja arkisiin tosiseikastoihin vaan subjektiivisiin oikeuksiin ja muihin kompleksisiin konstruktioihin, joita teoreettisen lainopin oikeudenalakohtaisissa yleisissä opeissa oli kehitelty, ja neljänneksi suljetun oikeudellisen systeemin idea, jonka mukaan vaikka laki saat-
taa olla aukollinen, oikeus ei sitä voi ainakaan samassa määrin olla.¹⁸ Oikeudellisten peruskäsitteiden ’tieteellinen’ systeemi sai näin keskeisen sijan käsitelainopin kirjoituksissa oikeudellisia tulkintalauseita rajaavana käsitteellisenä kehyksenä.

Koska oikeudelliset peruskäsitteet ja niiden keskinäiset suhteet olivat oikeudellisen systematiikan ja tulkinnan määritelmällinen lähtökohta, erilaiset käsitesidonnaiset *substanssi-* eli *olemuspohdinnat* olivat tuon ajan oikeuskirjallisuudessa tavallisia. Etenkin kuolinpesän ja avoimen yhtiön kaltaisten oikeudellisten ilmiöiden olemus osoittautuivat käsitelainopin pohdinnoissa ongelmalliseksi. Niinpä A. R. Heikonen pohti 1930-luvulla, onko jakamaton kuolinpesä juridinen henkilö, onko jakamaton kuolinpesä yhtiö, onko jakamaton kuolinpesä esine, onko perillisten oikeus jäämistöön saamisoikeutta, onko perintöosuus sama kuin jäämistössä olevien esineiden ja oikeuksien osuuksien summa, ja ovatko perintöosuus ja itse perillisuus identtisiä.¹⁹ Vasta kun kuolinpesäkonstruktion varsinainen substanssi eli sen oikeussysteeminen olemus oli tyhjentävästi määritelty ja sijoitettu määrätyn yleisemmän oikeuskäsitteen alle, voitiin tehdä tulkintaopillisia päätelmiä kuolinpesään liittyvistä oikeudellisista ongelmista. Vastaavasti Antti Hannikainen pohti 1940-luvulla muun muassa sitä, mikä on esineoikeuden olemus, millaisia ovat luonteeltaan rajoitetut esineoikeudet, onko pidätysoikeus vakuusoikeus varsinaisessa mielessä, onko pidätysoikeus aksessorinen oikeus, onko pidätysoikeus subsidiäärinen oikeus, onko vuokranantajan vakuusoikeus täydellinen vaiko epätäydellinen esineoikeus.²⁰

Pohdinnat oikeudellisten ilmiöiden ideaalisesta ja käsitesidonnaisesta olemuksesta, luonteesta tai substanssista antoivat käsitelainoppineiden oikeudellisille analyyseille vahvasti spekulatiivisen ja ’metafyysisen’ luonteen, mitä ana-

¹⁸ Helin, mts. 322.

¹⁹ Heikonen, *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita*, I, s. 122–160, 161–214 ja 215–236; sama, *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita*, II, s. 155–172, 173–181 ja 181–187. Vrt. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 403.

²⁰ Hannikainen, *Pidätysoikeuden rakenteesta silmälläpitäen Suomen voimassaolevaa oikeutta, passim*.

lyyttis-funktionaalisesti oikeuteen suhtautuvien kirjoittajien oli sittemmin helppo kritisoida. Käsitelainopin vahvasti käsitesidonnaisille ja metafyyisille pohdinnoille tehdään mielestäni parhaiten oikeutta, jos ne tulkitaan edellä kerrotulla tavalla oikeudellista tulkintaa edeltävinä ja oikeudellisen tulkinnan mahdollistavina ennakkolisina oikeussysteemisinä valintoina, jotka rajaavat ja kohdentavat sovellettavat oikeuden yleiset opit ja tulkinnalliset apuvälineet esimerkiksi pulmallisen kuolinpesäkonstruktion osalta joko yhtiö-, esine- tai velvoiteoikeuteen. Käsitelainopin 'metafyyminen eetos' on seurausta sen vahvasti systeemisestä ja käsitesidonnaisesta tiedekäsityksestä. Sen tulkintaopillista merkitystä tulee kuitenkin arvioida sen joko mahdolliseksi tai välttämättömäksi tekemien oikeudellisten tulkintalauseiden valossa, olkoonkin, ettei käsitelainopin tavalle oikeutta esitetyt oikeudelliset tulkintalauseet käsitteellis-systeemisten perusteiden avulla enää löydy tukea juristien tavasta hahmottaa vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian sisältö.

Viimeistään 1960-luvulla tapahtunut siirtymä käsitelainopista analyttisen oikeustieteen valta-asemaan suomalaisessa oikeustieteessä ei sujunut kitkatta, vaan vanhan koulukunnan muutosvastarinta ja pitäytyminen ehdottoman tieteellisenä pidettyyn konstruktiviseen, systeemiseen ja käsitesidonnaiseen lainoppiin oli sitkeää. Esimerkkejä käsitelainopin harjoittajien metodisesta itseymmärryksestä löytyy etenkin T. M. Kivimäen laajasta artikkelituotannosta. Vuonna 1937, jolloin käsitelainoppi oli vielä suomalaisen lainopin kiistatta vallitseva suuntaus, Kivimäki kirjoitti:²¹

”... lainoppi ei nykyajan elämässä perusteiltansa voi olla muuta kuin käsitelainoppia. (...) Yhtä vähän kuin lainsäädäntö voi enää olla kasuistista, yhtä vähän voidaan oikeustieteessä saavuttaa tuloksia deskriptiolla [oikeuskäytännön kuvauksella] ja eksegeesillä [lain esitöiden analyysillä]. Helpottaakseen lainkäyttäjän tehtävää ja ollakseen lainsäätäjän apuna, on oikeustieteen haettava yksittäisistä oikeusilmiöistä se, mikä niissä on yhteistä.”

Vielä vuonna 1958 Suomalaisen lakimiesyhdistyksen 60-vuotisjuhlassa Kivimäki puolusti käsitelainopillista metodia ja katsoi, että ”oikeustiede sittenkin on myös nykyaikana pohjimmiltaan logiikan avulla luotua käsitelainoppia”. Hän kritisoi ankarasti skandinaavista oikeusrealismia ja etenkin Vilhelm Lundstedtia, joka hylkäsi oikeuden peruskäsitteet ”maagillis-mystillisinä” ja nosti yhteiskunnan hyödyn laintulkinnan johtavaksi periaateiksi. Eikö yhteiskunta-hyöty ole käsitteenä yhtä maagillinen kuin käsitelainopin konstruktiot, kysyi Kivimäki, joka näki ei-käsitteellisen argumentaation juridisesti helppona, tuntemomaisena ja epätieteellisenä.²² Samoin Ilmari Caselius kritisoi kitkerään

²¹ Kivimäki, ”Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä”, s. 480.

²² Kivimäki, ”Oikeudellisen ajattelun kehityksestä viime vuosikymmenen kuluessa”, s. 123–124. – Kivimäen kritiikki kohdentuu siis tältä osin lähinnä *reella överbäganden* -juridiikkaan, ei Zittingin edustamaan analyttiseen lähestymistapaan.

sävyyn zittingläistä jaettua omistusoikeuskäsitystä kirjoituksessaan ”Ns. Gründer-säännösten kehittämistä” vuonna 1960:²³

”Myönnettävä on, että vallitsevat teoriat, hylkäämällä pandektioikeudelliset selitykset – joilla sentään on etunaan selvyys – puhuvat omistusoikeuden jakautumisesta, halkomisesta, pilkkomisesta ja pirstoutumisesta, ylä- ja alaomistusoikeudesta jne. Kaikilla on yhteisenä piirteenä se, että selitetään omistusoikeuden siirtymisen tapahtuvan portaattain (asteettain). Sovelletuna Gründerin ja Ostajan väliseen oikeussuhteeseen, saatetaan nähdä omistusoikeuden siirtymisessä useita eri vaiheita (momentteja), joita rappusia ravaten Ostajasta tulee vähin erin osakkeenomistaja. (...) Minulla ei ole sitä vastaan, että omistusoikeus palo[i]tellaan sillä tavoin kuin tahdotaan, ja sanottakoon kernaasti, että omistusoikeus on taikauskoa. Siltähän se usein tuntuu nykyisessä yhteiskunnassamme. Mutta juristin ei pitäisi lähteä repimään taloudellisia sopimuksia, jotka perustuvat realiteetteihin ja sopijapuolten yksimielisyyteen (reella överväganden och fakta).”

Caselius kritisoi näin ehdotusta, jonka mukaan grynder-rakentamisessa eli perustajaurakoinnissa asunto-osakkeen ostaja saisi heti äänioikeuden riippumatta siitä, mitä asunto-osakkeiden kaupassa oli sovittu omistusoikeuden siirtymis- hetkestä. Caseliuksen päättely havainnollistaa hyvin käsitelainopin hyödyntä- män konstruktivisen päättelyn riittämättömyyttä tilanteessa, jossa vaihdannan alati monimutkaistuvat ongelmat ylittivät perinteisen oikeudellisen kysymyksenasettelun rajat. Kysymys asunto-osakkeen ostajan oikeusasemasta oli aiem- paa käsitelainopillista tarkastelutapaa tarkoituksenmukaisempaa ja samalla myös yhteiskunnallisesti oikeudenmukaisempaa muotoilla siten, että asunto- osakkeen ostaja saattoi saada asunto-osakeyhtiössä päätäntävaltaa ja oikeus- suojaa asunnosta maksamalleen osasuoritukselle jo rakennusvaiheen aikana eli ennen yhtiön osakkeiden täysimääräisen omistusoikeuden siirtymistä, olivat- han grynderin ja asunto-osakeyhtiön väliset oikeustoimet *de facto* itsekontra- hointia aina siihen asti, kunnes asunto-osakeyhtiön osakkeiden ostajat saattoi- vat, osakkeista täyden kauppahinnan maksettuaan, käyttää asunto-osakeyhtiön osakkeenomistajina äänivaltaa sen yhtiökokouksessa.

Käsitelainopin karkea kysymyksenasettelu, jossa mahdollisia vaihtoehtoja oli vain kaksi – eli henkilö on joko esineen omistaja kaikkine siihen liittyvine oikeuksineen ja velvollisuuksineen tai sitten hän on toistaiseksi pelkkä ’ei- omistaja’ ilman minkäänlaisia omistamiseen liittyviä oikeuksia tai velvolli- suuksia – soveltui huonosti grynder-tyyppisen perustajaurakoinnin analysoin- tiin, kun taas analyttisen oikeustieteen toteuttama omistajan oikeusaseman analyysi sen käsitteellisten alaelementtien mahdollisesti eriaikaisen siirtymisen

²³ Caselius, ”Ns. Gründer-säännösten kehittämistä”, s. 274–275.

avulla teki aiempaa hienojakoisemman oikeudellisen kysymyksenasettelun mahdolliseksi. Lainopin tutkijoiden perustelema vastaus esimerkiksi asunto-osakeyhtiön osakkeiden omistusoikeuden jakoa koskevaan kysymykseen ei ole myöskään vailla yhteiskunnallisia ja taloudellisia sidoksia, minkä käsitelainopillinen tarkastelutapa sivuutti oikeustieteen 'tieteellisyyttä' varjellessaan. Käsitelainopillinen omistusoikeuskäsitys soveltui tyydyttävällä tavalla sotaa edeltäneen agraariyhteiskunnan tarpeisiin. Alati monimuotoistuva vaihdantayhteiskunta kuitenkin edellytti huomattavasti tarkempaa oikeudellista käsitteistöä ja oikeudellista kysymyksenasettelua etenkin monimuotoisissa vaihdantatilanteissa, ja vasta 1950- ja 1960-luvun analyttinen oikeustiede pystyi vaadittavat työvälineet tuomareille ja oikeusoppineille tarjoamaan.

Reella överbäganden -juridiikan jo 1940-luvulla esittämä vaihtoehto eli tulokinnin sitominen oikeuden yhteiskunnallisiin ja etenkin varallisuus- eli taloudellisiin vaikutuksiin, olisi valtaosin sivuuttanut tuomarin ratkaisuharkinnan aidosti *oikeudellisen* tulkinta- ja merkityskontekstin institutionaalisten oikeuslähteiden tarkoittamalla tavalla, kun taas analyttinen oikeustiede pystyi perustelemaan oikeudellisesti tyydyttävän ratkaisun myös nopeasti kehittyvän vaihdantatalouden tuottamiin monimuotoisiin yhteiskunnallisiin ongelmiin. Sittemmin oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan ja yhteiskunnallisen 'asenneilmaston' muutokset, kuten lisääntynyt tietoisuus heikomman sopiajapuolen erityisuojan tarpeesta etenkin kuluttajasuhteissa, jota sosiaalinen siviilioikeus on korostanut, sekä tietoisuus naisten ja erilaisten yhteiskunnallisten vähemmistöryhmien valtaväestöä suhteellisesti heikommasta asemasta, jota erityinen intressisidonnainen naisnäkökulma oikeuteen ja lähtökohdiltaan yleisempi oikeudellinen tasa-arvotutkimus ovat painottaneet, ovat murentaneet käsitelainopillisen tarkastelutavan edellyttämää oletusta yhteiskunnallisesta arvokonsensuksesta. Samoin kansallisen oikeuden liittymät yleiseurooppalaiseen ja jopa globaaliin oikeuskehitykseen esimerkiksi universaalien ihmisoikeuksien suojan merkityksessä, ovat asettaneet suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan täysin uudenlaisten haasteiden eteen.²⁴

19.2.2 ”Tarkastelun kohteeksi on otettava omistajan reaalinen oikeusasema ...”

Analyttisen eli *analyttis-funktionaalisen oikeustieteen* vaikutus alkoi Suomessa 1950-luvulla vastareaktiona käsitelainopin vahvasti konstruktiiiviseen ja loogis-systeemiseen päättelyyn, eikä käsitelainoppi enää 1960-luvulla kyennyt vastustamaan uudenlaisen oikeusajattelun läpimurtoa. Siinä missä käsitelain-

²⁴ Suomalaisen tuomarin muuttuneesta roolista, Heinonen, ”Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio”; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 866–871.

opin keskeiset esikuvat oli haettu saksalaisesta oikeuskirjallisuudesta, analyyttinen oikeustiede sai vaikutteita skandinaavisesta oikeusrealismista ja myös suoraan amerikkalaiselta käsiteanalyytikolta Wesley Newcomb Hohfeldilta.²⁵ Simo Zittingin väitöskirja *Omistajanvaihduksesta silmälläpitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia* vuodelta 1951 ja kaksiosainen artikkeli ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, I–II” vuodelta 1952 toivat suomalaiseen varallisuusoikeuteen täysin uudenlaisen, analyyttisen ja osin myös aiempaa realistisemman ajattelutavan, joka sai syrjäyttää käsitelainopin ’metafyysikkallla raskautetut’ olemuspohdinnat. Oikeudelliset käsitteet nähtiin nyt vain esitysteknisinä apuvälineinä, vailla olemuksellista identiteettiä tai edes *semanttista referenssiä* oikeuden ja oikeudellisen kielen ulkoisessa todellisuudessa. Zitting kirjoitti vuonna 1952:²⁶

”Tarkastelun kohteeksi on otettava *omistajan reaalin oikeusasema* ja siinä on huomioitava kaikki puolet, velvollisuuksia unohtamatta. Tällainen oikeusasema on sitten analysoitava alkutekijöihinsä, jotta saadaan selville sen eri momenttien oikeudellinen luonne ja niiden keskinäinen suhde. Analyyttisen tutkimuksen avulla voidaan valmistella edellytyksiä harkita mitä omistusoikeuden käsitteeseen on *tarkoituksenmukaista* sisällyttää. Sen vuoksi on ilmeistä, ettei omistusoikeuden käsitelmäritelmä voi olla tutkimuksen lähtökohtana. (...) Saadaksemme esille omistajan oikeusaseman eri momentit sekä niiden oikeudellisen luonteen ja keskinäiset suhteet yhtenäisen järjestelmän puitteissa, on työskenneltävä *puhtailla oikeudellisilla käsitteillä* ja *oikeuslauseilla*. Metodin puhtaus ja järjestelmän yhtenäisyys ovat erottamasti toisiinsa kytketyt, kuten *Felix Kaufmann* on esittänyt. Oikeudelliselta kannalta vieraat ainekset näet estävät järjestelmän osien aukotonta yhteenliittymistä. Jos esim. esine kytketään yhteen puhtaiden oikeuskäsitteiden kanssa, syntyy sekakäsite (*der gemischte Rechtsbegriff*), jollaisesta esimerkkinä on esineoikeus käsitettynä oikeudelliseksi vallaksi esineen yli. Vastaavasti on sosiaalinen, taloudellinen tms. intressi oikeudellisesti vierasta ainesta.”

Analyyttinen lähestymistapa on mieltänyt oikeudelliset käsitteet funktio- ja suhdekäsitteinä. *Funktionaalisuus* viittaa oikeudellisten käsitteiden tarkoitussidonnaisuuteen eli niiden käyttöön oikeudellisen tulkinnan ja systematisoinnin teknisinä apuvälineinä ilman semanttista referenssiä lainsäätäjän asettamien ja tuomioistuinten vahvistamien yksittäisten oikeus–velvollisuus-relaatioiden ulkopuolella. Oikeudellisten käsitteiden tehtävänä on analyyttisen katsantokan-

²⁵ Markku Helinin väitöskirja *Lainoppi ja metafyysikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960* on luotettava analyysi sanotusta teemasta. Helinin oman tutkijanäkökulman arvioinnista sekä Hohfeldin merkityksestä Zittingin oikeusajattelulle, jota korostan Heliniä enemmän, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 628–639.

²⁶ Zitting, ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, I”, s. 389–390, 391 (kursivointi Felix Kaufmannin osalta Zittingin, muut kursivoinnit lisätty).

nan mukaan vain lyhentää ja yksinkertaistaa oikeudellista kielenkäyttöä. Oikeudellisten käsitteiden *relationalisuus* eli suhdekäsiteluentoisuus puolestaan tarkoittaa, että oikeudelliset käsitteet viittaavat aina luonnollisten tai oikeushenkilöiden välisiin oikeussuhteisiin eli yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuihin oikeuksiin ja velvollisuuksiin, jotka ovat määritettävissä vain suhteessa toinen toisiinsa, eivätkä ne viittaa esimerkiksi henkilön ja määrätyn esineen väliseen suhteeseen. Oikeussuhteissa oleminen on aina tietynlaisissa henkilörelaatioissa olemista. Vaikka myös analyttinen oikeustiede on vahvasti käsitteellistä luonteeltaan, se yhtä kaikki kiistää käsitelainopin tekemän oletuksen oikeudellisten käsitteiden *referentiaalisuudesta* eli katsantokannan, jonka mukaan oikeudellisilla käsitteillä olisi jonkinlainen ideaalinen kohdereferenssi kielen ulkoisessa todellisuudessa. Toisin kuin käsitelainopin hyödyntämät olemukselliset substanssikäsitteet, analyttis-funktionaalisen oikeusopin hyödyntämät suhdekäsitteet ovat määriteltävissä vain suhteessa toisiinsa. Henkilön A määrätynsisältöistä oikeutta vastaa aina henkilötahon B vastaava velvollisuus, jotka saavat kumpikin sisältönsä voimassa olevan oikeuden säännöksistä, eivät esimerkiksi oikeuskäsitteiden ennalta-asetetusta loogisesta systematiikasta.²⁷

Esimerkiksi ”omistusoikeus” on nyt vain tekninen, kielenkäyttöä lyhentävä ja mahdollisimman tarkoituksenmukainen yhteisnimitys *omistajan oikeusasemaa* määrittäville, lainsäätäjän asettamien ja tuomioistuinten ratkaisullaan vahvistamien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuudelle,²⁸ eikä ole mitään lainsäädäntöä edeltävää omistusoikeuden ideaalista olemusta tai metafysisistä substanssia, jollaista käsitelainoppineet olivat omissa kirjoituksissaan pyrkineet määrittelemään. Lisäksi omistusoikeus voitiin jakaa analyttisesti, amerikkalaisen W. N. Hohfeldin ja skandinaavisten oikeusrealistien esittämällä tavalla konstitutiivisiin osakäsitteisiinsä eli omistajan *suojattuun hallinto-oikeuteen*, oikeudelliseen *luovutus- ja muuhun disponontikompetenssiin* sekä määrätynasteeseen *dynaamiseen suojaan*, joka toteutui esineen vaihdantatilanteissa. Sen sijaan että olisi lueteltu joka kerta erikseen ne oikeustositseikat ja oikeusseuraamukset, jotka lainsäätäjä oli liittänyt määrätynlaisen esineen omistamiseen, oikeudellista kielenkäyttöä voitiin nyt merkittävästi lyhentää puhumalla yksinkertaisesti ”omistusoikeudesta” sanottujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuuden yhteisnimityksenä. Omistajan oikeusaseman alaelementeillä oli kullakin täsmällinen vastineensa joukossa voimassa olevan oikeuden sääntöjä, eikä omistusoikeuden käsitteestä tai ideaalisesta olemuksesta ollut lupa tehdä päätelmiä omistusoikeuden alaan kuuluvien yksittäisten oikeusnormien tulkintaan konstruktivisen päättelyn tarkoittamalla tavalla. Samalla oikeudellinen

²⁷ Substanssikäsitteiden ja funktiokäsitteiden filosofisista perusteista, Cassirer, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*.

²⁸ Omistusoikeudesta teknisenä terminä, Ross, ”Tû-Tû”, *passim*.

analyysi ’puhdistettiin’ kaikesta ’ei-oikeudellisesta’ aineksesta Hans Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* – tai, niin kuin Zittingin yllä olevassa tekstisitaatissa, Felix Kaufmannin – esittämän metodisen vaatimuksen mukaisesti, mikä tietenkin samalla sulki pois *reella överbälganden* -juridiikan vaatimuksen vaihdannan intressien ja muiden oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ottamisesta huomioon laintulkinnassa.

Zitting sai omistusoikeuskäsitteen analyysissään vaikutteita nähdäkseni osin suoraan Hohfeldilta, osin Hohfeldin analyysia hyödyntäneiltä skandinaavisilta kirjoittajilta, kuten Alf Rossilta ja Vinding Kruselta.²⁹ Hohfeldin omistusoikeuskäsitteen analyysi tarjosi helposti omaksuttavan tutkimuksellisen mallin, jota analyytisesti suuntautuneet skandinaaviset oikeusrealistit, kuten Vinding Kruse, Östen Undén ja Alf Ross, samoin kuin Suomessa Simo Zitting saattoivat tutkimuksissaan seurata. Väitöskirjansa *Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia* ensimmäisen sivun toisessa alaviitteessä Zitting viittaakin hyväksyvästi Hohfeldin omistusoikeuskäsitteen tarjoamaan toimivaan tutkimukselliseen malliin.³⁰ Suomalainen analyytinen oikeustiede kehittyi näin tutkimuksellisen *mallioppimisen* eli käytännön eksemplaarien seuraamisen kautta tavalla, jota Thomas S. Kuhn on tieteen sosiologian kirjoituksissaan painottanut.³¹

Amerikkalainen Wesley Newcomb Hohfeld perusteli jo 1910-luvulla käsityksen, jonka mukaan ”omistusoikeus” voidaan hajottaa analyytisesti neljäksi suhderekiteeksi, joista kutakin vastaa samalla tavalla hajotetun velvollisuus-käsitteen alakäsite. Staattisessa oikeustilassa omistaja A:n oikeudellista kannevaltaa (engl.: *right*) vastaa sivullistaho B:n samansisältöinen velvollisuus (engl.: *duty*), ja A:n käyttövapautta (engl.: *privilege*) vastaa B:n ’ei-oikeus’ (engl.: *’no-right’*). Dynaamisessa eli omistusoikeuden vaihdanta- tai muussa disponointitilanteessa omistaja A:n kompetenssia eli oikeudellista toimivaltaa (engl.: *power*) vastaa B:n oikeudellinen sidonnaisuus (engl.: *liability*), ja A:n tietynasteista dynaamista suojaa (engl.: *immunity*) sivullistahoa kohtaan vastaa B:n oikeudellinen ’voimattomuus’ (engl.: *disability*). Hohfeld kutsui käsittepareja *right – duty*, *privilege – ’no-right’*, *power – liability*, *immunity – disability*.

²⁹ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 628–639. – Tekstin Hohfeld-painotus on omaa tulkintaani, kun taas Helin korostaa enemmän skandinaavisten kirjoittajien vaikutusta.

³⁰ Zitting, *Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia*, s. 1–2, alaviite 2.

³¹ Tietellisestä mallioppimisesta, tutkimuksellisista eksemplareista sekä hiljaisesta tekijän tiedosta, Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, etenkin s. 186–187, 187–198; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 628–639. – Zitting siis viittasi hyväksyvästi W. N. Hohfeldin tutkimukselliseen esikuvaan. Suomalaisen analyytisen koulun seuraavan tutkijapolven keskeinen edustaja Aulis Aarnio aloitti puolestaan väitöskirjansa *Perillisen oikeusasemasta* vuonna 1967 viittauksella oppi-isänsä Simo Zittingin varallisuus-oikeudelliseen väitöskirjaan, joka nyt tarjosi myös perintöoikeuden tutkimukselle metodisen mallin. Aarnio, *Perillisen oikeusasemasta*, s. 3 *et seq.*, etenkin mts. 3 alaviite 1.

ty oikeudellisiksi *korrelatiiviksi* eli vastinpareiksi. Ne ovat siis oikeudellisia suhdekäsitteitä, missä esineen omistaja A:n tietynlaista oikeutta vastaa aina sivullistaho B:n samansisältöinen velvollisuus, ja kääntäen, eikä oikeudellisilla käsitteillä ollut varsinaista semanttista kohdereferenssiä sanotun oikeus–velvollisuus-relaation ulkopuolella. Oikeudelliset käsitteet voitiin Hohfeldin mukaan määritellä myös negaatio- eli vastakohtapareina: *right* – ‘no-right’, *privilege* – *duty*, *power* – *disability* ja *immunity* – *liability*.³²

Käsitelainopissa keskeisellä sijalla olivat olleet varsinaisten oikeuskäsitteiden *substanssi-* eli *olemuslogiikka* sekä *oikeudellisen systeemi yhteyden* idea. Oikeudelliset käsitteet ja niitä vastaavat oikeudelliset instituutiot, kuten avoin yhtiö, panttioikeus, yksityisoikeudellinen tahdonilmaisu tai jakamaton kuolinpesä, oli nähty olemuksellisina ilmiöinä, joilla oli edellytetty vastineensa ideaalisen todellisuuden ilmiöiden joukossa. Oikeusoppineiden tehtävänä oli oikeudellisten ilmiöiden käsitteellisen ja oikeussysteemisen olemuksen määrittäminen suhteessa muihin oikeudellisiin peruskäsitteisiin. Analyyttisen oikeustieteen keskeisideana on sitä vastoin ajatus *funktionaalisista oikeuskäsitteistä* ja teknisestä *oikeusasema-analyysistä*, missä oikeudellisten käsitteiden merkitysisältö lukittiin aiempaa tiiviimmin lainsäätäjän tekemiin valintoihin käsitelainopin edellyttämän tieteellisen ja ainakin joissain tapauksissa lainsäädäntöä käsitteellisesti edeltävän ja siksi lainsäädännön sivuuttavan käsitesystematiikan sijaan.

Käsitelainopin olemuspohdintojen tilalle tullut oikeusasema-analyysi teki mahdolliseksi uudenlaisten ja aiempaa hienojakoisempien kysymysten esittämisen voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Esimerkiksi kysymys omistajan tai perillisen oikeusaseman eri osatekijöiden siirtymisen eriaikaisuudesta tai vaiheittaisuudesta kävi nyt mahdolliseksi. Samalla pohdinnat esimerkiksi kuolinpesän, avoimen yhtiön tai panttioikeuden käsitteellis-systeemisestä luokittelusta kävivät tarpeettomiksi, kun käsitelainopin olemuspohdinnat ja idealistinen metafysiikka saivat tehdä tilaa skandinaavisen oikeusrealismin lähtökohtaisesti käytännönläheisemmälle, oikeuden eräänlaiseksi ‘yhteiskunnalliseksi insinööritaidoksi’ (engl.: *social engineering*) mieltävälle lähestymistavalle.

Analyttinen oikeustiede käänsi oikeudellisten käsitteiden ideaalisia olemuksia koskevat pohdinnat *kielellisiksi* eli *semanttisiksi* kysymyksiksi: ”mitä oikein tarkoitat, kun (esimerkiksi) sanot, että kuolinpesä tai avoin yhtiö on olemukseltaan tietynlainen?” Esimerkiksi ”kuolinpesä” oli nyt vain tekninen yhteisnimitys kuolinpesän osakkaiden hallitsemalla omaisuusmassalle, ja kunakin pesän osakkaan *oikeusasema* eli oikeudet ja velvollisuudet suhteessa eri henkilötahoihin selvisivät yksinkertaisesti lakikirjaa ja lainsäätäjän omaksumaa oikeudellista systematiikkaa tutkimalla. Näin toteutettiin siirtymä käsitelain-

³² Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, s. 36.

opin olemuksellisista substanssikäsitteistä analyttisen oikeustieteen *suhde-* ja *funktiokäsitteisiin*, joilla ei ollut semanttista referenssiä oikeuden teknisten oikeustositseikka–oikeusseuraamus-relaatioiden ulkopuolella. Tarvetta käsitteellisiin pohdintoihin esimerkiksi kuolinpesän varsinaisen tai metafyyssisen olemuksen määrittelemiseksi ei enää ollut, kun analyttinen ajattelu katkaisi päätelmäketjun käsitteiden ja niitä vastaavien ideaalisten olemusten välillä.³³

Hyvä esimerkki analyttisesta lähestymistavasta oikeuteen on Markku Helinin artikkeli ”Immateriaalioikeuksien kohteesta”, joka korvasi aiemmat käsitelainopin olemuspohdinnat uudella käsiteanalyttisellä lähestymistavalla. Helinin mukaan: ”... olemuskysymykset ’Mitä X on?’ [tai] ’Mikä on X:n luonne, kohde tai olemus?’ voidaan yleensä mitään menettämättä ja täsmällisyydessä voittaen korvata semanttisella kysymyksellä ’Mitä ”X” tarkoittaa analysoitavana olevassa kielellisessä kontekstissa?’”³⁴ Olemuspohdinnat korvattiin nyt niiden oikeusvaikutusten analyysillä, jotka lainsäätäjät ja tuomioistuimet ovat määrättyihin oikeudellisiin tosiseikkoihin liittäneet. Oikeudellisilla käsitteillä oli vain esitystekninen tehtävä eräänlaisena peitepiirroksena, jonka avulla lainsäätäjän asettamien ja tuomioistuinten vahvistamien oikeustositseikka–oikeusseuraamus-relaatioiden esittäminen kävi mahdollisimman tarkoituksenmukaisella tavalla päinsä.³⁵

Vastaavasti Aulis Aarnio oli huomauttanut jo vuonna 1967 väitöskirjassaan *Perillisen oikeusasemasta*, miten hänen opillisten edeltäjiensä A. R. Heikosen ja Yrjö Hakulisen tapa esittää kysymys kuolinpesän mahdollisesta oikeushenkilöluonteesta ja ideaalisesta olemuksesta tai substanssista oli alun alkaen väärin asetettu. Kuolinpesäkäsitteen metafyyssisen tai ideaalisen määrittelyn sijaan tuli analyttisen filosofian ehdottamalla tavalla kysyä, mitä *oikeusvaikutuksia* lainsäätäjät oli perillisen oikeusasemaan liittänyt suhteessa eri henkilötahoihin perimystapahtuman eli omaisuuden siirtymisen eri vaiheissa.³⁶ ”Perillisen oikeusasema” oli vain tekninen yhteisnimitys perimystapahtumaa säätelevien oikeussääntöjen sekä niiden tarkoittamien oikeudellisten henkilörelaatioiden kokonaisuudelle. Siinä missä käsitelainopin harjoittajat olivat pohtineet, ovatko senkaltaiset vaikeasti luokiteltavat omaisuusmassat kuin jakamaton kuolinpesä tai konkurssipesä aidossa mielessä oikeushenkilöitä vaiko eivät, analyttinen oikeustiede hylkäsi kysymyksen epäkiinnostavana metafyyssisenä spekulatiiona, jolla ei ollut – eikä saanut olla – vaikutusta voimassa olevan oikeuden sääntöjen

³³ Oikeuskäsitteiden luonteesta kävivät Suomessa 1950-luvulla keskustelua Jorma Vuorio, ”Oikeustoimesta substanssi- ja funktiokäsitteenä”, ja olemuskäsitteisiin Vuoriota myönteisemmin suhtautunut B. C. Carlson, ”Suhde- ja olemuskäsitteistä lainopissa”. Carlson puolusti olemuskäsitteiden käyttöä funktiokäsitteiden rinnalla oikeustieteessä, kun taas Vuorio oli selkeämmin analyttisen koulun linjoilla.

³⁴ Helin, ”Immateriaalioikeuksien kohteesta”, s. 645–646 (kursivointi Helinin).

³⁵ Yleisesti, Ross, ”Tü-Tü”.

³⁶ Aarnio, *Perillisen oikeusasemasta*, s. 97–103 ja 104–118.

tulkintaan. Olennaista oli vain kysyä, millaisia oikeusvaikutuksia lainsäätäjä oli eri henkilösuhteisiin perimystapahtuman eri vaiheissa liittänyt.³⁷

Tosin vielä Simo Zittingilläkin esiintyy jonkin verran käsitelainopillista päättelyä, missä analyttisen katsantokannan uusi ja väitetysti aiempaa 'tieteellisempi' käsitteistö sai toimia käsitesidonnaisen lainanalogian pohjana.³⁸ Kyse on tältä osin pikemminkin käsitelainopillisen ajattelutavan jatkamisesta kuin sen perusteellisesta riittauttamisesta ja täysin toisenlaisella lähestymistavalla korvaamisesta. Varsinainen vaihtoehto oikeuden semanttis-käsitteelliselle analyysille koettiin vasta poliittisella 1970-luvulla marxilais-vasemmistolaisen oikeusanalyysin muodossa, kun 1940-luvun *reella överbäganden* -juridiikan edustama oikeuden käsitteelliseen elementtiin ja vallitsevaan oikeuslähdeoppiin vapaammin suhtautuva tutkimustapa ei ollut kyennyt käsitelainopin valta-asemaa syrjäyttämään.

Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* normativismista omaksuttu vaatimus oikeustieteen käsitteellisestä puhtaudesta ohentaa tuntuvasti Zittingin oikeusajattelun sidonnaisuutta muuhun skandinaaviseen oikeusrealismiin kuin Alf Rossin *analyttisen hermeneutiikan* mukaisesti painottuneeseen myöhäistuohtantoon. Markku Helin toteaa Zittingiin ja Jorma Vuorioon viitaten, miten "[k]elseniläisen tradition myötä osa käsitelainopillisen tieteen kuvan rakenteesta säilyi siviilioikeudessamme".³⁹ Zittingin ajattelu merkitsi aiempaa täsmentyneempää oikeudellista kysymyksenasettelua ja oikeudellisten ongelmien kielellistä käsitteellistämistä, joka oli nyt irrotettu käsitelainopin metafysisestä eetoksesta. Kyse ei ollut lainopin menetelmällisen painopisteen siirtämisestä aidosti empiristiseen, sosiologiseen tai yhteiskuntatieteelliseen suuntaan varsinaisesti oikeusrealistisen metodiohjelman edellyttämällä tavalla. Zittingin edustama analyttisen siviililainopin traditio tulisikin nähdäkseni luokitella lähemmäs Hans Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* oikeudellista normativismia ja Wesley Newcomb Hohfeldin oikeudellista käsiteanalytiikkaa varsinaisesti oikeusrealististen painotusten sijaan. Kun analyttisen koulun edustajat sanoutuivat irti käsitelainopin olemuspohdinnoista, he selvisivät edeltäjiään kevyemmällä metafysiikan tarpeistolla, mutta vahva *käsitesidonnaisuus* yhdistää molempia ajatussuuntia. Se on samalla tekijä, joka erottaa sekä käsitelainopin että analyttisen siviililainopin vahvemmin yhteiskunnallisesta *reella överbäganden* -juridiikasta, joka korostaa oikeuden taloudellisten ja muiden yhteiskunnallisten vaikutusten ennakkollista arvioimista oikeudellisessa argumentaatioissa oikeuskäsitteiden puhtauden tai hienojakoisen oikeudellisen käsiteanalyysin sijaan.

Vaikka analyttinen siviililainoppi syrjäyttikin käsitelainopin 1950- ja 1960-luvuilla, jäänteitä viimeksi mainitun käsitteellis-systeemisestä lähestymistavas-

³⁷ Aarnio, mts. 132–133.

³⁸ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 350.

³⁹ Helin, mts. 396.

ta on silti havaittavissa myöhemmässä suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa. Ajatus oikeudellisten peruskäsitteiden ja oikeuden sisäisen systematiikan merkityksestä vaikuttaa edelleen eräissä lainopin tulkintamatriiseissa alkuperäistä käsitelainoppia heikommassa ja vahvemmin tilannesidonnaisessa muodossa. Esimerkiksi Juha Pöyhösen väitöskirjan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* keskeisteesi yleisestä sopimusmallista oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktoiden yhdistelmänä sisältää piilevästi käsitelainopillisen ainesosan, niin kuin olen toisaalla perustellut.⁴⁰ Toisaalta Pöyhösen *Uusi varallisuus oikeus* -teoksessa esittämä ajatus Suomessa vallitsevan perusoikeusjärjestelmän käsittämistä, osin lainsäätäjän selväsanaisesti hyväksymistä ja osin vain piilevästi edellytetyistä perusoikeuksista viittaa jälkimmäisen tapausluokan osalta positiivis-oikeudellista sääntelyä 'syvempään' oikeudelliseen käsitesystematiikkaan, jota voi tulkita käsitelainopin keskeisideoiden valossa.⁴¹ Samoin Kaarlo Tuorin kriittisen oikeuspositivismin keskeisajatus oikeuden tahdonvaltaista pintatasoa 'syvempien' kerrostumien eli oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason käsitteellisistä ja normatiivisista elementeistä, jotka ovat ainakin osin immuuneja lainsäätäjän ja tuomioistuinten tietoisia muutospyrkimyksiä vastaan, toteuttaa vähintäänkin heikosti käsitelainopillista systeemilogiikkaa.⁴² Yleisesti lainsäädäntöä ja oikeudellista päätöksentekoa edeltävien käsitteellisten tai systeemisten ainesosien korostaminen viittaa ainkin jossain määrin käsitelainopin kaltaisiin systeemiin pyrkimyksiin.

19.3 KRIITTISEN OIKEUSOPIN MUUNNELMAT

Vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen lainoppi irtautuu vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian, oikeusyhteisössä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai niiden tietynlaisen yhdistelmän käsittämistä oikeudellisista validiteetti- ja tulkintakriteereistä sekä vallitsevaa oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa ilmentävien oikeudellisten päättelymallien kokonaisuudesta yksittäisen tutkijan tai määrätyn tutkijaryhmän preferoimien yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden hyväksi.

Vaihtoehtoinen lainoppi voidaan määritellä joko suppeasti, jolloin se käsittää 1960-luvun lopun, 1970-luvun ja 1980-luvun alun vasemmistolais-marxilaisen oikeusopin suuntauksen, tai laajasti, jolloin se käsittää myös ajallisesti myöhemmät kriittisen ja avoimen poliittisen oikeustieteen suuntaukset, joiden sisäl-

⁴⁰ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 619–628.

⁴¹ Toimivista markkinoista perusoikeusjärjestelmän edellyttämänä perusoikeutena, Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 82–83; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 670–682.

⁴² Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 2–35, 138 *et seq.*; vrt. Siltala, mts. 640–670.

ölliset liittymät marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan ovat varsinaista vaihtoehtoista lainoppia ohuimmat.⁴³ Suppeamman käsitelmäärittelyn etuna on semanttinen tarkkuus, kun varsinainen vaihtoehtoinen lainoppi sekä erilaiset myöhemmät kriittisen oikeusopin suuntaukset on mahdollista pitää ajatuksellisesti erillään. Määrittelen itse vaihtoehtoisen lainopin suppeasti, jolloin sen semanttisena referenssinä on marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan tukeutunut suomalaisen oikeusopin suuntaus, ja käsittelen muita kriittisen, yhteiskunnallisesti tiedostavan tai avoimen poliittisen oikeusopin suuntauksia yhtäältä *sosiaalisen siviilioikeuden* sekä toisaalta *naisoikeustutkimuksen* ja *oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen* ja vastaavien yhteiskuntareformististen suuntausten alla.⁴⁴

Ajallisesti suppeasti määritelty varsinainen vaihtoehtoinen lainoppi ajoittuu 1960-luvun lopulta 1980-luvun alkuvuosiin, ja 1970-luku oli sen valtakautta etenkin poliittisesti tiedostavissa yliopistopiireissä. 1980-luvun jälkipuolella vaihtoehtoinen lainoppi muuntui poliittisesti maltillisemmaksi, pikemminkin hyvinvointivaltioideologiaan ja yhteiskunnan aineellisten resurssien vähittäiseen uusjakoon kuin aidosti marxilaisen totaaliuudistuksen toteuttamiseen pyrkiväksi sosiaalseksi siviilioikeudeksi sekä myöhemmin myös muiksi kriittisen oikeusopin suuntauksiksi esimerkiksi feministiseen oikeus- ja yhteiskuntakäsitelykseen perustuvan naisoikeustutkimuksen sekä laajemmin määritellyn oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen merkityksessä.

Kriittistä oikeusoppia edustaa myös Juha Pöyhönen, joka väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* perusteli idean sopimus-oikeutta ja sopimusoikeudellista kohtuullisuutta jäsentävien oikeusperiaatteiden punninnasta. Siinä oikeustoimilain 36 §:n tunnustamalla yhteisöllisellä kohtuuseriaaiteella on systeeminen etusija eli eräänlaisen ylivertaisen 'superargumentin' asema perinteisiin sopimusoikeudellisiin oikeuttamis- ja tulkin-taperusteisiin eli tahdonvapauden ja perustellun luottamuksen suojaan nähden. Samoin Kaarlo Tuorin rakenteellinen *oikeuden monitasomalli* toteuttaa kriittisen oikeusopin metodiohjelmaa siltä osin kuin se tukeutuu Sakari Hännisen marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan yhteiskunnallisen subjektirakenteen ja vastaavien kollektiivisten ja yksilöllisten tietoisuusmuotojen erottamisen sekä 'transsendentaalisubjektiksi' ymmärretyin pääoman itseään uusintavien liikelakien merkityksessä.

⁴³ Marxilaisesta oikeusajattelusta, Tuori, "Marxilainen oikeusteoria", s. 475–478 i Eriksson, "Marxilaisen lainopin lähtökohtia"; sama, *Marxistisk teori och rättsvetenskap*.

⁴⁴ Pöyhönen määrittelee vaihtoehtoisen lainopin laajasti, käsittäen myös esimerkiksi sosiaalisen siviilioikeuden. Pöyhönen, "Vaihtoehtoinen lainoppi", s. 1237–1240. Samoin Helin pitää Wilhelmssonin sosiaalista siviilioikeutta vaihtoehtoisen lainopin yhtenä muunnelmana. Helin, "Mönet on metodit", s. 311. – Yleisesti vaihtoehtoisen lainopin tutkimuksellisista vaihtoehtoista muun muassa suhteessa R. M. Ungerin edustamaan amerikkalaiseen *Critical Legal Studies* -liikkeeseen, Tuori, "Vaihtoehto vai kritiikki, suppea vai laajennettu doktriini?", *passim*.

19.3.1 Vaihtoehtoinen lainoppi: oikeuden marxilainen analyysi

Vaihtoehtoinen lainoppi riitautti 1960-luvun lopulla ja 1970-luvulla analyytisen oikeustieteen suosiman teknisen oikeusasema-analyysin, moittien opillista edeltäjänsä tutkimuksellisesta kapea-alaisuudesta⁴⁵ sekä oikeuden yhteiskunnallisten ja poliittisten sidonnaisuuksien unohtamisesta.⁴⁶ Se pyrki radikaalilla tavalla yhteiskunnallistamaan ja politisoimaan lainopin perinteisen käsitesidonnaisen ja teknisen oikeudellisen tutkimustavan, jota etenkin analyytinen suuntaus sai sille edustaa. Niinpä 1970-luvun oikeustieteellinen keskustelu johti ajoittain varsin kiivaaseen ajatustenvaihtoon ideologisesti toisilleen vastakkaisen suuntausten eli yhtäältä vaihtoehtoisen tai avoimen poliittisen oikeustieteen ja toisaalta analyytisen oikeustieteen edustajien kesken.⁴⁷ Vaikka myös vaihtoehtoisen lainopin tutkimuksellisena lähtökohtana oli edelleen voimassa oleva oikeus etenkin velvoittavan lainsäädännön merkityksessä, oikeudellisen analyysin *yhteiskuntaideologiset* ja *arvosidonnaiset* premissit kiinnitettiin nyt marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntakäsitykseen analyytisen oikeustieteen väitetysti – ja kriittisen oikeusopin mukaan siis virheellisesti – yhteiskunnallisesti kohde- ja arvoneutraalin lähestymistavan sijaan.

Marxilaisen yhteiskuntakäsityksen mukaan oikeus on osa yhteiskunnan ideologista pinta- eli päällysrakennetta, joka heijastaa suhteellisen epäitsenäisellä tavalla yhteiskunnan taloudellisessa perustassa vallitsevia tuotantosuhteita ja -rakenteita sekä transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintavia liikelakeja oikeuden, yhteiskunnan ja yhteiskunnallisen tietoisuuden eri tasoja välittävien 'ekspressiivisten yhteyksien' avulla.⁴⁸ Tutkimukselliset mallit ja esikuvat haettiin poliittisesti tiedostavien italialaistuomarien ammatillisesta itseyymmärryksestä eli vasemmistoideologiasta (ital.: *uso alternativo del diritto*),⁴⁹ Frankfurtin kriittisen koulun yhteiskuntafilosofian metodiohjelmasta, jonka mukaan porvarillista oikeutta tuli kritisoida sen itsensä tarjoamin käsit-

⁴⁵ ”Den analytiska metodens leder med nödvändighet till semantiska analyser, begreppsutredningar, preciseringar av språkbruket, raffineringar av olika rättsliga konstruktioner, osv. Analysen söker felen i dagens doktrin, i dagens rättsliga språkbruk, men den söker inte nya områden, nya problem och frågor. Den överskrider inga gränser. Därför är påståendet att den analytiska metodens är statisk, i dialektiskt perspektiv konservativ, motiverat.” Eriksson, ”Värderingar, fakta och juridik”, s. 418.

⁴⁶ Eriksson, mts. 424: ”De flesta rättsliga problem är alltså i normativ dräkt utklädda politiska problem.” Antti Kivivuori jopa nimesi erään kirjoituksensa muotoon *Politische rechtswissenschaft*. Ks. myös Eriksson, *Marxistisk teori och rättsvetenskap, passim*.

⁴⁷ Ajalle tyypillinen ideologinen yhteenotto oli esimerkiksi Antti Kivivuoren ja Aulis Aarnion kiivas väittely, jossa lainsäätäjän (poliittisia) motiiveja tarkastellut Kivivuori kritisoi ankarasti Aarnion edustamaa analyytistä tutkimustapaa. Kivivuori, ”Suomalaisen oikeustieteen virheet, I–II”; Aarnio, ”Analyysistä, käyttäytymisen selittämisestä ja vähän muustakin”.

⁴⁸ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, I, s. 74–77; Mäenpää, ”Oikeustieteen tutkimuskohteesta”.

⁴⁹ Etenkin Lars D. Eriksson välitti *uso alternativo del diritto* -suuntauksen ideoita maahamme.

teellisin ja metodisin apuvälinein,⁵⁰ tai yleisesti marxilais-leninistisestä oikeus- ja yhteiskuntafilosofiasta, joka korostaa oikeuden sidonnaisuutta yhteiskunnassa vallitseviin tuotantosuhteisiin ja -rakenteisiin.⁵¹ Analyttisessä oikeustieteessä taloudellis-sosiaaliset näkökohdat oli siis rajattu 'ei-oikeudellisina' oikeustieteen legitimiin tiedonintressin ja metodiopin ulkopuolelle Hans Kelseniltä ja Felix Kaufmannilta omaksutun katsantokannan mukaisesti.

Toisaalta vahvasti poliittisesti sitoutuneella 1970-luvulla vaadittiin lainopin perinteisen eli voimassa olevan oikeuden sääntöjä tulkitsevan ja systematisoivan tiedonintressin korvaamista arvo- ja ideologiatietoisella yhteiskuntatutkimuksella, missä raja-aita varsinaisen politiikan tutkimuksen ja oikeustieteen välillä olisi kaadettu ja lainopista tehty, Antti Kivivuoren termien, *poliittista oikeustiedettä*.⁵² Vaatimus oikeustieteen radikaalista yhteiskunnallistamisesta sai 1970-luvulla kahtalaisen muodon. Yhtäältä vaadittiin lainopin palauttamista metodisesti muiden (empiiristen) yhteiskuntatieteiden yhteyteen esimerkiksi käyttäytymistieteiden,⁵³ oikeussosiologian⁵⁴ tai politologian⁵⁵ merkityksessä, jolloin lainoppi itsenäisenä tieteenalana olisi epäilemättä lakannut olemasta.⁵⁶ Toisaalta vaadittiin analyttisen oikeustieteen teknisen tiedonintressin syrjäyttämistä sekä lainopin yhteiskunnallisten, arvo- ja ideologiasidonnaisten näkökohtien avointa esiintuomista *vaihtoehtoisen lainopin* tarkoittamalla tavalla.

Varsinaisen vaihtoehtoisen lainopin keskeiskirjoituksia ovat Lars D. Erikssonin laaja artikkelituotanto, kuten "Rättslig argumentering och den dialektiska logiken" (1966), "Samhällstillvärd juridik" (1968), "Rakenneselitykset marxilaisessa oikeusteoriassa" (1972), "Kritisk rätts teori såsom ideologikritik" (1975), "Legalstrategins möjligheter" (1975), "Om olika argumentationsmodeller" (1979), "Utkast till en marxistisk jurisprudence" (1979), "Marxilaisen lainopin lähtökohtia" (1980) ja väitöskirja *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (1980). Vaihtoehtoisen lainopin ideoita edustavat myös muun muassa Eero Backmanin *Rikoslaki ja yhteiskunta, I* (1976), Niklas Bruunin *Kollektivavtal och rättsideologi* (1979), Kaarlo Tuorin *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 1–2*

⁵⁰ Tässä etenkin Kaarlo Tuorin panos oli keskeinen.

⁵¹ Mäenpää, "Oikeustieteen tutkimuskohteesta"; Ignatius, "Kommentari oikeustieteen kohteeseen"; Mäenpää, "Kritiikin johdosta".

⁵² Kivivuori, *Politische Rechtswissenschaft*.

⁵³ Kivivuori, *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys, I*, s. 26.

⁵⁴ Rieppola, *Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana*, s. 58–59. – *Lectio præcursoriassaan* Rieppola huomautti Kivivuoren metoditeesiin viitaten: "Muiden yhteiskuntatieteiden tavoin oikeustieteen tehtävänä on ihmisten yhteiskunnallisen käyttäytymisen kuvaaminen, selittäminen ja tekeminen ymmärrettäväksi niin suuressa määrin kuin yhteiskuntatieteiden kulloisessakin kehitysvaiheessa on ylipäättään mahdollista." Rieppola, "Oikeudellisen tutkimuksen näköaloja", s. 5. Vrt. Aarnion vastine Rieppolalle, Aarnio, "Oikeustiede ja 'oikeustiede'", s. 9–13.

⁵⁵ Jyränki, "Teesejä juridiikasta ja juristeista", s. 880–892 ja etenkin s. 887–888.

⁵⁶ Lainopin metodisesta suhteesta empiirisiin yhteiskuntatieteisiin, Siltala, *Oikeustieteen tie-teenteoria*, s. 167–184.

(1983) ja Martin Scheininin toimittama artikkelikokoelma *Omistusoikeus* (1983). Taistelevaa marxilaisuutta ehdottomimmillaan löytyy tuon ajan poliittisesti tiedostavien oikeudellisten aikakausjulkaisujen, kuten *Retfærd* ja *Oikeus* -lehtien, sivuilta 1970-luvulta ja 1980-luvun alusta.⁵⁷ Vaihtoehtoinen lainoppi syntyi siis 1960-luvun jälkipuolella, ja 1970-luku oli sen valtakautta. Viimeiset aidosti marxilaisen vaihtoehtoisen lainopin tekstit lienevät Martin Scheininin toimittama kokoomateos *Omistusoikeus* ja Kaarlo Tuorin kaksiosainen väitöskirjahanke *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 1–2*, molemmat vuodelta 1983.

Jos lainopin tulkinnallinen tiedonintressi kuitenkin hyväksyttiin oikeudellisen analyysin lähtökohdaksi, vaihtoehtoisen lainopin kirjoituksissa pyrittiin irtautumaan vallitsevan analyttisen oikeustieteen tulkintaopillisista sitoumuksista reformistisen tulkinnan hyväksi. Vaihtoehtoisen lainopin keskeisideoita olivat oikeuden yhteiskunnallinen *ideologiakritiikki*⁵⁸ sekä voimassa olevan oikeuden sisäisten jännitteiden ja ristiriitaisuuksien korostaminen, joiden perusteella (vain) *mahdollisten tulkintojen* esittäminen voimassa olevasta oikeudesta kävi päinsä.⁵⁹ Vaihtoehtoisen lainopin mukaan oikeus on syntynyt lukuisten keskenään ristiriitaisten yhteiskunnallisten tavoitteiden sekä erilaisiin lainsäädännöllisiin kompromisseihin johtaneiden poliittisten ja yhteiskunnallisten intressikonfliktien tuloksena, eivätkä voimassa olevan oikeuden säännöt sen vuoksi muodostaneet yhtenäistä oikeudellista järjestelmää, jollaiseen yhtä hyvin (historiallinen) käsitelainoppi kuin 1950- ja 1960-luvun analyttinen oikeustiede olivat virheellisesti uskoneet. Lainsäädännön sisäiset jännitteet perustelivat myös väitteen, jonka mukaan oikeudelliseen ongelmaan ei voinut olla yhtä ainoaa oikeaa ratkaisua, toisin kuin käsitelainopin ja osin vielä analyttisen oikeustieteen edustajat olivat katsoneet. Tosin analyttisen oikeusteorian keskeinen tiennäyttävä Kaarle Makkonen oli osoittanut teesin yhdestä oikeasta ratkaisusta teoreettisilta perusteiltaan virheelliseksi jo vuonna 1965 väitöskirjassaan *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*.⁶⁰

Oikeusjärjestyksen sisäiset ristiriitaisuudet ja yhteiskunnalliset tavoite- ja intressikonfliktit tekivät vaihtoehtoisen lainopin suosimat *vaihtoehtoiset* eli

⁵⁷ Marxilaisesta 'taistelevasta oikeusopista' esimerkiksi Ignatius, "Neuvosto-oikeustiede – edistykseellisten lakimiesten ensyklopedia"; Kalima, "Poliittiset työtaistelutoimenpiteet – työväestön oikeus yhteiskunnalliseen hätävarjeluun"; Blom, "Kapitalismi ja työväenluokan TSS-oikeudet"; Mäenpää, "Oikeustieteen tutkimuskohteesta"; Ignatius, "Kommentari oikeustieteen kohteeseen"; Mäenpää, "Kritiikin johdosta".

⁵⁸ Eriksson, "Kritisk rättsteori såsom ideologikritik", *passim*; Pöyhönen, "Vaihtoehtoinen lainoppi", s. 1237–1238.

⁵⁹ Eriksson, "Utkast till en marxistisk jurisprudens", s. 50; Pöyhönen, "Vaihtoehtoinen lainoppi", s. 1237: "Vaihtoehtoisessa lainopissa tutkija pyrkii hyödyntämään maksimaalisesti säännösten väljyyttä ja tulkinnanvaraisuutta; tarkastelu säilyy kuitenkin luonteeltaan lainoppina."

⁶⁰ Vrt. myös Oker-Blom, "En enda riktig lösning trots allt? – Dworkin mot finländsk bakgrund", jossa kirjoittaja arvioi suomalaista oikeuskirjallisuutta Dworkinin vastikään ilmestynyttä *Taking Rights Seriously* -teosta vasten.

vallitsevasta institutionaalisesta tulkintakäytännöstä radikaalisti poikkeavat oikeudelliset tulkinnot mahdollisiksi. Suuntauksen esikuvana oli tältä osin yhteiskunnallisesti ja poliittisesti tiedostavien italialaistuomarien *uso alternativo del diritto* -liike, joka pyrki perustelemaan vallitsevasta tulkintaideologiasta poikkeavia tulkintoja voimassa olevasta oikeudesta avoimen vasemmistolaiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan perustuen. Oikeus nähtiin nyt yhteiskunnallisena *mahdollisuutena* ja muutospotentiaalina, ei vain toteutuneena yhteiskunnallisena tosiasiana, jolloin lainsäätäjän ja tuomioistuinten vastaisiin yhteiskunnallisiin valintoihin voitiin pyrkiä vaikuttamaan.

Oikeuden (vain) mahdolliset tulkinnot sekä oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon tarve- tai tavoiterationaalisuus oli Lars D. Erikssonin mukaan asetettava analyttisen oikeustieteen ja käsitelainopin edustaman syllogistisen ratkaisulogiikan tilalle: ”... från subsumtionslogisk till målrational argumentation”.⁶¹ Oikeutta ja oikeustiedettä oli nyt määrä muuttaa sisältäpäin, oikaismalla analyttisen oikeustieteen piilevät ideologiset vinoutumat yhteiskuntatieteen ideologiakritiikin avulla sekä siirtymällä avoimen tarve- ja tavoiterationaaliseen harkintaan lainkäytössä. Avaintermi oli oikeudellinen *tavoiterationaalisuus*, joka sai syrjäyttää oikeusoppineiden loogiset syllogismit: ”tavoiterationaalisuus ... se on niin sanoaksemme porvarillisessa oikeudessa piilevä räjähdysaine”, niin kuin vaihtoehtoisen lainopin voimahahmo Lars D. Eriksson asian ilmaisi.⁶² Yhtymäkohdat 1940-luvun *reella överbälganden* -juridiikkaan ovat tältä osin ilmeiset.

Erikssonin *uso alternativo del diritto* -tyyppisten ajatusten ohella kestävimäksi yksittäiseksi oikeuden analyysivälineeksi on osoittautunut Kaarlo Tuorin kehittänyt oikeuden rakenteellinen *monitasomalli*. Sen taustalla oli yhteiskuntafilosofi Sakari Hänninen Georg Lukácsin ajatuksiin palautuva porvarillisen yhteiskunnan, yhteiskunnallisen tietoisuuden ja subjektirakenteen tasokuvaus, jonka Hänninen oli esitellyt väitöskirjassaan *Aika, paikka, politiikka. Marxilaisen valtioteorian konstituutiosta ja metodista* vuonna 1981.⁶³ Tuorin oikeuden tasomalli avasi 1980-luvun suomalaiselle oikeustieteelle keskusteluyhteyden tuon ajan teoreettisesti vahvimpaan marxilaisen yhteiskuntatutkimuksen traditioon maassamme, vaikka avoimen marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian vaikutus suomalaisessa oikeustieteessä saikin jo 1980-luvun puoliväliin tultaessa väistyä sosiaalisen siviilioikeuden ja myöhemmin myös muiden kriittisen oikeusopin suuntausten tieltä. Kaksiosaisessa väitöskirjatutkimuksessaan *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 1–2* Tuori jakoi

⁶¹ Eriksson, ”Om olika argumentationsmodeller”, s. 49.

⁶² Eriksson, ”Marxilaisen lainopin lähtökohtia”, s. 26; vrt.: ”... den målrationalella modellen, då det är denna som sas. utgör sprängstoffet i den borgerliga rätten”; sama, ”Utkast till en marxistisk jurisprudence”, s. 53.

⁶³ Hänninen, *Aika, paikka, politiikka. Marxilaisen valtioteorian konstituutiosta ja metodista*.

oikeuden, yhteiskunnallisen subjektikäsitteen ja sen edellyttämät tietoisuusmuodot Sakari Hännisen tutkimuksellista esikuvaa seuraten kolmeen eri tasoon:⁶⁴

”Kuvauksen lähtökohtana on porvarillisen yhteiskunnan subjektirakenteen eriyttäminen. Ensimmäisellä tasolla, *yhteiskunnan syvärakenteessa*, voi puhua pääomasta ’transsendentaalisubjektina’ sekä pääoman liikela-keja toteuttavista *vakioiduista keskimääräissubjekteista*. Toisella, *joukkomittaisten ilmiöiden tasolla* agentteina ovat ryhmätasoiset *kollektiivisubjektit* ja kolmannella, *yhteiskunnan konkreettisen pinnan tasolla taas intentionaaliset ja ajattelevat yksilösubjektit*. Kunkin tason subjektia luonnehtii sille ominainen ajatusmuoto: ensimmäisellä, syvärakenteen tasolla Hänninen puhuu *tajuntamuodosta*, toisella, joukkomittaisten ilmiöiden tasolla *tietoisuusmuodosta* sekä kolmannella, intentionaalisesti käyttäytyvien yksilösubjektien tai yhteiskunnan konkreettisen pinnan tasolla taas *ajattelumuodosta*. Eri tasoille sijoittuvat ilmiöt kehittyvät ja muuntuvat erityyppisten lainalaisuuksien ohjaamina ja erilaista historiallista rytmiä noudattaen, eri ajassa. Niiden välillä on kuitenkin olemusilmiö-kategorioiden ilmentämä ’ekspressiivinen’ yhteys. (...) *Yhteiskunnan syvärakenteen aspektina on oikeus oikeusmuotona, pääoman uusintamisprosessin oikeudellisena välitysmuotona, joukkomittaisten ilmiöiden tasolla erityisenä tietoisuusmuotona, oikeusideologiana, ja konkreettisen pinnan tasolla taas lakimuotona, konkreettisina oikeudellisina sääntelyinä ja niitä toteuttavien yksilösubjektien – mukaan luettuna valtio-organit – käytäntöinä.*”

Kyse ei nyt ole käsitelainopin tarkoittamasta loogis-käsitteellisestä kehyksestä, jonka avulla konstruktivinen päättely oikeudellisista käsitteistä tai oikeuden tasoelementeistä yksittäisten oikeuskysymysten tulkintaan olisi mahdollinen. Tuorin (ja Hännisen) oikeuden, yhteiskunnan ja yhteiskunnallisen subjektirakenteen tasokuvaus on sen sijaan kirjoittajan itsensä mukaan *heuristis-metodologinen apuväline*, jonka avulla oikeustieteen tutkimuskohdetta on mahdollista analysoida radikaalisti aiemmasta poikkeavalla tavalla mutta joka ei voi ratkaista yksittäisiä oikeudellisia ongelmia apriorisesti eli irrallaan konkreettisesti yhteiskuntatutkimuksesta.⁶⁵ Oikeuden ja yhteiskunnan monitasomalli toteuttaa samalla ajatusta, jonka mukaan yhteiskunnan pintatason ilmiöiden eli, Tuorin termien, *lakimuodon* analyysistä tulee edetä yhteiskunnan syvempien

⁶⁴ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74, 76 (kaikki kursivoinnit Tuorin). – Vrt. myös Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 2, s. 12–13; sama, *Oikeus, valta ja demokratia*, s. 26–27; sama, ”Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 312–316.

⁶⁵ ”Subjektirakenteen eriyttämiseen perustuva porvarillisen yhteiskunnan jäsenyys on *heuristinen kuvausmalli*; yhteiskunnallinen käytäntö on aina ykseys, jossa toimivissa agenteissa yhdistyvät eritasoiset subjektiominaisuudet. (...) monitasoluokitus on *kuvaus*, eräänlainen *metodologinen apuväline*, ei selitys.” Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74–75 (kursivoinnit lisätty).

tasojen, *oikeusideologian* ja *oikeusmuodon* olemukselliseen reflektioon, koska nämä määrittävät oikeuden pintatason ilmiöitä.⁶⁶

Vaihtoehtoisen lainopin vahvasti teoreettiset, historialliset tai yhteiskuntafilosofiset kirjoitukset jättivät varsinaisen tulkintajuridiikan tiedonintressin eli kysymyksen voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä suhteellisen koskemattomaksi. Esimerkiksi Lars D. Erikssonin idea tavoiterationaalisuudesta porvarillisen oikeuden sisällä vaikuttavana räjähdysaineena, joka väitetysti rikkoi käsitelainopin ja analyttisen koulun syllogistisen ratkaisulogiikan ja teki samalla mahdolliseksi 'vaihtoehtoiset' eli avoimen marxilaiset tulkinnat oikeudesta ja yhteiskunnasta,⁶⁷ Kaarlo Tuorin vahvasti marxilainen oikeuden, yhteiskunnallisen tietoisuuden ja subjektirakenteen monitasomalli,⁶⁸ Eero Backmanin yhteiskuntaideologinen analyysi rikosoikeuden historiallisista ja teoreettisista perusteista marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen valossa arvioituna,⁶⁹ Olli Mäenpään ja Antero Ignatiuksen analyysi oikeustieteen ja sen tutkimuskohteen marxilaisesta tulkinnasta,⁷⁰ Niklas Bruunin analyysi työehtosopimusjärjestelmän ja lakkoaseen yhteiskuntaideologisia sitoumuksista⁷¹ tai Juha Pöyhösen pohdinnat yksityisen omistusoikeuden suhteesta vaihtoehtoisen lainopin tutkimuksellisiin premisseihin Tuorin aiemmin perusteleman oikeuden ja yhteiskunnan monitasomallin tarkoittamalla tavalla⁷² kohdentuivat tutkimukselliselta tiedonintressiltään toisaalle.

Suomalaisen oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa jäsentäviä ei-marxilaisia eli 'porvarillisia' lähtökohtia ei onnistuttu sovittamaan yhteen vaihtoehtoisen lainopin kannattaman marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen kanssa kuin hyvin rajoitetussa määrin. Vasta Thomas Wilhelmssonin *sosiaalinen siviilioikeus* onnistui 1980-luvun jälkipuolella yhdistämään vaihtoehtoisen lainopin yhteiskuntapoliittiset tavoitteet ja tulkintalainopin tutkimuksellisen tiedonintressin keskenään. Samalla oikeuden ja oikeudellisen analyysin aidosti marxilaisista premisseistä on kuitenkin luovuttu yhteiskunnallisen

⁶⁶ Vrt.: "Marxilainen yhteiskuntatutkimus on ollut tietoteoreettisen perusnäkemyksen suhteen korostuneen antipositivistinen. Erityisen kriittisesti on suhtauduttu positiivisen yhteiskuntatutkimuksen perustana olevaan fenomenalismiin, rajoittumiseen ilmiötason tietoon. Marxilaisten mielestä todellinen tieteellinen tieto koskee yhteiskunnallisten ilmiöiden olemusta: pinnalta (ilmiöistä, arkitiedosta) on edettävä olemukseen eikä jätävä pinnan tasolle." Raunio, *Positivismi ja ihmistiede*, s. 132.

⁶⁷ Eriksson, "Om olika argumentationsmodeller"; sama, "Marxilaisen lainopin lähtökohtia", s. 26; sama, "Utkast till en marxistisk jurisprudence", s. 53: "... den målrationella modellen, då det är denna som sas. utgör sprängstoffet i den borgerliga rätten".

⁶⁸ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74, 76.

⁶⁹ Backman, *Rikoslaki ja yhteiskunta*, 1.

⁷⁰ Mäenpää, "Oikeustieteen tutkimuskohteesta"; Ignatius, "Kommentari oikeustieteen kohteeseen"; Mäenpää, "Kritiikin johdosta".

⁷¹ Bruun, *Kollektivavtal och rättsideologi*.

⁷² Pöyhönen, "Yksityinen omistusoikeus ja vaihtoehtoinen lainoppi".

hyvinvointivaltioideologian ja tarvesidonnaisten oikeudellisten käsitteiden hyväksi.

The lure of the mainstream: tulkintajuridiikassa lainopin vallitseva doktriini houkutti myös oikeuteen marxilaisittain suhtautuvia tutkijoita sen tarjoaman ylivertaisen *institutionaalisen legitimaation* vuoksi, vaikka tutkimuksen teoreettiset, filosofiset ja yhteiskuntaideologiset lähtökohdat olisivatkin muutoin olleet tiukasti marxilaisessa oikeus- ja yhteiskunta-ajattelussa. Väitöskirjatutkimuksensa ensimmäisessä niteessä Kaarlo Tuori perustelee Sakari Hännisen marxilaiseen Georg Lukács -tulkintaan tukeutuen keskeisidean oikeuden ja yhteiskunnallisen tietoisuuden monitasomallista lakimuodon, oikeusideologian ja oikeusmuodon tarkoittamalla tavalla.⁷³ Tuorin (ja Hännisen) marxilainen analyysi ei kuitenkaan kannata teoksen toisen niteen positiivisoikeudellisiin eli suomalaista komitealaitosta koskeviin analyysihin, vaan niissä marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia saa valtaosan väistyä perinteisen lainopillisen analyysin tieltä. Tuorin kaksiosaisen teoksen ensimmäisen ja toisen niteen väliin avautuu näin leveä metodiopillinen ja yhteiskuntaideologinen halkeama:⁷⁴

”Tutkimukseni määrällisesti laajin osa on luonteeltaan *oikeusdogmatiikkaa*. Komitealaitosta koskevia positiivisoikeudellisia ongelmia eritellessäni tukeudun totunnaiseen lainopilliseen argumentointitapaan ja -aineistoon, painottaen tosin ehkä tavallista enemmän reaaliargumentteja; vaihtoehtoista lainoppia tutkimukseni ei ainakaan pääosiltaan ole. Vaikka en kaikissa yhteyksissä ole samaa mieltä ns. vallitsevan doktriinin kanssa, pysyttäydyn kantojani perustellessani totunnaisten lainopillisten diskurssisääntöjen rajoittamalla alueella.”

Yleisemminkin vaihtoehtoisen lainopin tulkintajuridinen potentiaali jäi pääosin toteutumatta. Vaikka suuntauksen yhtenä mottona oli Italian poliittisesti tiedostavilta vasemmistotuomareilta omaksuttu iskulause *uso alternativo del diritto* eli oikeuden vaihtoehtoinen käyttö, jonka idean Lars D. Eriksson oli tuonut Suomeen, vaihtoehtoinen lainoppi keskittyi lähinnä oikeuden teoreettisten, ideologisten ja yhteiskunnallisten perusteiden analyysiin marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian tarjoamien työvälineiden avulla, eikä tulkintajuridiikan kysymyksiin samalla intensiteetillä kajottu. Välittävät tekijät yhtäältä marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian avulla jäsennetyn yhteiskunnan perustan ja toisaalta selväsanaisesti ei-marxilaisia eli ’porvarillisia’ arvoja toteuttavan lain-säädännön ja toteutuneen oikeuskäytännön välillä jäivät puuttumaan, eikä aja-

⁷³ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, etenkin s. 70–77.

⁷⁴ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 2, s. 24–25 (kursivointi Tuorin); sama, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. VII; sama, ”Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 314 *in fine*.

tus vain mahdollisista mutta väistämättä ei-toteutettavissa olevista oikeudellisista tulkintasuosituksista ehkä vaikuttanut kovin houkuttelevalta lainopin tutkimuksellisenä tehtävänasetteluna.

Vaihtoehtoisesta lainopista on jäänyt myöhempään kriittiseen lainoppiin vaikuttamaan ainakin viisi keskeistä piirrettä. Ensinnäkin sen tutkimuksellisenä perintönä on luontainen epäily kaikkia oikeudellisia ratkaisuperusteita kohtaan, jotka sinänsä toteuttavat muodollista oikeudellista ja yhteiskunnallista yhdenvertaisuutta mutta kohtelevat eri yhteiskuntaryhmiin kuuluvia kansalaisia tosiasiassa eri tavoin. Sosiaalinen siviilioikeus ja erityinen intressisidonnainen naisnäkökulma oikeuteen samoin kuin laajemmin ymmärretty oikeudellinen tasa-arvotutkimus ovat jatkaneet tätä kriittisen oikeusopin projektia, sosiaalinen siviilioikeus 1980-luvulta ja naisoikeustutkimus 1990-luvun jälkipuolelta lähtien.

Toiseksi Lars D. Erikssonin kehittämä ajatus tarve- tai tavoiterationaalisesta harkinnasta, joka saisi korvata käsitelainopin ja analyttisen oikeustieteen formaalin, loogis-syllogistisen oikeudellisen ratkaisulogiikan, on sittemmin toteutunut Thomas Wilhelmssonin sosiaalisen siviilioikeuden kirjoituksissa. Oikeudellinen tarverationaalisuus on niissä valjastettu heikomman sopijapuolen erityisintressien suojelun hyväksi. Myöhempi erityinen naisnäkökulma oikeuteen ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus ovat osaltaan jatkaneet oikeuden tarverationaalista analyysiä naisten tai jonkin määrätyn yhteiskunnallisen vähemmistöryhmän, kuten vanhusten, lasten, vammaisten tai esimerkiksi etnisten, uskonnollisten tai seksuaalisten vähemmistöjen, oikeudellisen ja yhteiskunnallisen aseman kohentamiseksi tietoisien suosivan erityiskohtelun ja kiintiöityjen edustuspaikkojen avulla.

Kolmanneksi, vaihtoehtoisen lainopin alulle panemaa oikeuden ideologia-kritiikkiä on osaltaan jatkanut myös Kaarlo Tuori, jonka kehittämä oikeuden monitasomalli perustui 1980-luvulla Sakarin Hännisen marxilaisen yhteiskuntafilosofian ja Georg Lukács -tulkinnan perusteella toteuttamaan oikeuden ja yhteiskunnan subjektirakenteen sekä vastaavien tietoisuusmuotojen eriyttämiseen. Sittemmin, 1990-luvun lopulla ja 2000-luvulla Tuori on kehitellyt oikeuden monitasoteoriaa edelleen *kriittisen oikeuspositivismin* nimellä, sitoen oikeudellisen analyysin aiempaa tiukemmin positiivista oikeutta uusintaviin yhteiskunnallisiin käytäntöihin sekä oikeuden syvempien kerrostumien normatiivisiin oikeusperiaatteisiin ja oikeudellisiin peruskäsitteisiin. Lakimuodon eli lainsäädännön, yksittäisten tuomioistuinratkaisujen ja oikeustieteen (tai oikeammin lainopin) tulkintalauseiden 'alla' vaikuttavat Tuorin mukaan oikeuden syvemmät kerrostumat, joiden avulla oikeuden pintatason ilmiöitä on mahdollista kriittisesti tai hyväksyvästi arvioida.

Tuorin teorian myöhemmissä muunnelmissa oikeuden monitasomallin terminologia muuttuu: *lakimuotoa* vastaa kriittisen oikeuspositivismin teoriassa oikeuden pintataso, *oikeusideologiaa* oikeuskulttuurin taso ja *oikeusmuotoa*

oikeuden syvätkaso.⁷⁵ Samalla marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan viittaava ajatus oikeudesta pääoman liikelakeja toistavana ja uusintavana oikeusmuodon eli sittemmin oikeuden syvätason edellyttämänä 'transsendentaalisubjektina' saa ainakin pääosin väistyä Max Weberiltä, Jürgen Habermasilta, Michel Foucault'ltä, François Ewaldilta, Fernand Braudelilta, Pierre Bourdieulta, Ronald Dworkinilta sekä John L. Austinilta ja John Searlelta omaksuttujen teoreettisten vaikutteiden tieltä. Teorian varhaisversiossa Tuori myös puhui marxilaista terminologiaa hyödyntäen tasojen "suhteellisesta itsenäisyydestä" ja "ekspressiivisestä yhteydestä, jonka kautta syvärakenne määrää oikeuden muita tasoja":⁷⁶

"Mitä täsmällisesti ottaen tarkoittaa se ekspressiivinen yhteys, jonka kautta syvärakenne määrää yhteiskunnan muita tasoja? Miten syvärakenteen ja joukkomittaisten ilmiöiden tasoiset suhteet ja ajatusmuodot kiteytyvät yhteiskunnallisessa käytännössä? Miten asetetaan perusta-päällysrakenne-skeemasta tuttu takaisinvaikutuksen ongelma ja mikä on sen ratkaisu?"

Tuori ei vastaa esittämiinsä kysymyksiin muutoin kuin viittaamalla Sakari Hännisen tasomallin mukaiseen yhteiskunnallisten ilmiöiden luokitukseen, ja Tuorin teorian varhaisversion keskeiskäsitteitä tulee tietenkin lukea vasten sen kirjoittajan omaksumaa marxilaista oikeus- ja yhteiskuntafilosofian traditiota. Teorian myöhemmässä, kriittisen oikeuspositivismin nimellä tunnetussa versiossa tasojen välisiä, aiempaan nähden täsmentyneitä suhteita on kaikkiaan kuusi: konstituutio-, rajoitus-, justifikaatio-, kritiikki-, sedimentaatio- ja konkretisaatiosuhde.⁷⁷ Näistä konstituutio- ja rajoitussuhde, samoin kuin justifikaatio- ja kritiikkisuhde, suhtautuvat nähdäkseni toisiinsa kuin kolikon kaksi puolta: jonkin oikeudellisen ilmiön mahdollistava konstituutiosuhde samalla rajoittaa ja sulkee oikeudellisesti mahdollisten maailmojen sfäärin, kun taas oikeudellinen justifikaatiosuhde merkitsee ei-totaalisen, immanentin normatiivisen kritiikin mahdollisuutta. Tuorin kanta on tosin hieman horjuva. Hän yhtäältä nimeää konstituutio- ja rajoitussuhteen toistensa vastinpareiksi, mutta toisaalta hän kirjoittaa, että justifikaatiosuhde voidaan tulkita rajoitussuhteen kääntöpuoleksi.⁷⁸ Tuorin neljä muuta oikeuden tasojen välityssuhdetta voitaisiin ehkä palauttaa oikeuden konstituutio- ja kritiikkisuhteiden muunnelmiksi.

⁷⁵ Vastaava siirtymä oikeusideologiasta oikeuskulttuuriin tapahtui myös Juha Pöyhösen oikeusajattelussa. Väitöskirjassa *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* vuodelta 1988 puhutaan jo oikeuskulttuurista, ei oikeuden ideologiakritiikistä, niin kuin vielä vuonna 1983 Pöyhösen artikkelissa "Yksityinen omistusoikeus ja vaihtoehtoinen lainoppi".

⁷⁶ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 75–76.

⁷⁷ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 217 et seq.

⁷⁸ Tuori, mts. 234–235 ja 263. Vrt. myös Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 645–646.

Neljänneksi, vaihtoehtoisen lainopin ajatus oikeuden sisäisistä jännitteistä, määritelmällisestä monitulkintaisuudesta sekä tuomarien ja muiden lainsoveltajien keskeisestä roolista oikeuden tulkinnallista merkityssisältöä määritettäessä on hyväksytty myöhemmän kriittisen oikeusopin kirjoituksissa, mikä on korostanut yhtäältä tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien roolia lainsäätäjän kustannuksella sekä toisaalta painottanut tapauskohtaisen oikeuden merkitystä perinteisen lainopin systeemisten pyrkimysten kustannuksella. Tilannekohtainen, dynaaminen ja avoin oikeudellinen systematiikka on saanut syrjäyttää analyyttisen oikeustieteen (ja käsitelainopin) staattisen, suljetun ja ennalta vakioituneen oikeudellisen systematiikan. Viidenneksi, vaihtoehtoisen lainopin 'poliittinen eetos' eli oikeuden määritelmällisesti yhteiskunnallinen ulottuvuus ja niukkojen aineellisten resurssien jakoon liittyvät sidonnaisuudet ovat saaneet jatkaa myös myöhemmän kriittisen oikeusopin, kuten sosiaalisen siviilioikeuden tai erityisen oikeudellisen näkökulman, keskeiskirjoituksissa.

19.3.2 Sosiaalinen siviilioikeus: oikeus yhteiskunnallisena mahdollisuutena heikomman sopijapuolen suojaamiseksi

Thomas Wilhelmssonin perustama *sosiaalinen siviilioikeus* on jatkanut vaihtoehtoisen lainopin aloittamaa kriittisen oikeusopin traditiota maassamme. Yhteistä molemmille on vallitsevan eli lähinnä analyyttisen oikeusopin kritiikki: oikeutta ei tarkastella lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekeminen yhteiskunnallisten valintojen kokonaisuutena, vaan se mielletään yhteiskunnallisena ideaalina, mahdollisuutena ja muutospotentiaalina. Pääpaino on teoreettisen lainopin alaan kuuluvien oikeuden yleisten oppien kehittämisellä sekä nyt myös tulkintajuridisten päätelmien tekemisellä 'vaihtoehdoisten' yleisten oppien perusteella, kun taas varsinaisen vaihtoehtoisen lainopin tutkimuksellinen tiedonintressi suuntautui edellä kerrotulla tavalla marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian yleisempien kysymysten jäsentämiseen, eikä saatuja tutkimustuloksia juurikaan kyetty siirtämään tulkintalainopin yhteyteen.

Thomas Wilhelmsson on omaksunut Lars D. Erikssonin ehdottaman *tarverationaalisen* oikeudellisen päättelymallin. Sosiaalisen siviilioikeuden mukaan oikeutta tulee tarkastella arvotietoisesta näkökulmasta, ja tietoisena yhteiskuntaideologisena tavoitteena oikeuden soveltamisessa on heikomman sopijapuolen erityisintressien suojaaminen. Yhteistä vaihtoehdoiselle lainopille ja sosiaaliselle siviilioikeudelle on myös käsitys, jonka mukaan oikeusjärjestys on keskenään ristiriitaisten systeemisten impulssien sekä yhteiskuntaideologisten sääntely- ja ratkaisumallien kokonaisuus, mikä oikeuttaa vallitsevasta institutionaalisesta tulkintaideologiasta ja siihen sitoutuneesta lainopin doktriinista poikkeavien eli (vain) *mahdollisten* oikeudellisten tulkintojen perustelemisen voimassa olevasta oikeudesta. Sosiaalisen siviilioikeuden perustelemat oikeu-

delliset systematisointi- ja tulkintalauseet saavat näin tulevaisuuteen suuntautuneiden *de sententia ferenda* -tyyppisten lauseiden luonteen. Wilhelmsson kirjoittaa selväsanaisesti Lars D. Erikssonin vaihtoehtoisen lainopin metodiohjelmaan tukeutuen oikeudesta mahdollisuutena:⁷⁹

”Yleiset opit voivat olla mahdollisia yleisiä oppeja, jotka toimivat oikeuskehityksen edelläkävijöinä. Kuten edellä todettiin, konkreettisen oikeusaineiston perusteella voidaan muodostaa monta erilaista systeemiä, monta erilaista yleisten oppien kokoelmaa; näiden mahdollisten systeemien joukkoon mahtuu myös kehitystä ennakoivia, tulevaisuuteen suuntautuneita systematisointeja. – Tulevaisuuteen suuntautuvien yleisten oppien kehittäminen ei tapahdu todellisen ja mahdollisuuksien välisen dialektiikan ’ulkopuolella’. Uusien oppien esittäminen sinänsä muodostuu oikeudelliseksi aineistoksi ja argumentiksi muuttuneen käytännön puolesta. Näiden oppien kautta oikeudellisesti mahdollinen voi – jossakin aikaperspektiivissä – tulla oikeudellisesti todelliseksi.”

Yhteistä vaihtoehtoiseslle lainopille ja sosiaaliselle siviilioikeudelle on myös sitoutuminen oikeuden ideologiakritiikkiin, mutta nyt kritiikin ponttimena on poliittisessa katsannossa maltillisempi pohjoismainen *hyvinvointivaltioideologia* vaihtoehtoisen lainopin kannattaman marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian sijaan. Sosiaalinen siviilioikeus painottaa oikeuden aineellisia eli sisällöllisiä piirteitä ennustettavuuden ja muodollisen oikeusturvan kustannuksella.⁸⁰ Samalla oikeuden yksittäistapauksellinen tulkinta sekä tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien ratkaisuharkinta saa sosiaalisen siviilioikeuden kirjoituksissa etusijan oikeuden systemiseen elementtiin ja lainsäätäjän alkuperäisiin tavoitteisiin nähden.

Sosiaalinen siviilioikeus syntyi 1980-luvun jälkipuoliskolla ja 1990-luvulla Thomas Wilhelmssonin aihetta käsittelevän laajan monografia- ja artikkelituoannon myötä.⁸¹ Sen avauspuheenvuorona oli Wilhelmssonin *Social civilrätt* -teoksen ilmestyminen vuonna 1987. Vuonna 1995 toteutuneen Suomen EU-jäsenyyden ja sen aikaansaamien syvällisten oikeudellisten ja yhteiskunnallisten muutosten myötä Wilhelmsson on suhteuttanut sosiaalisen siviilioikeuden keskeistesit myös laajempaan eurooppaoikeudelliseen soveltamiskontekstiin.⁸² 2000-luvulla hän on pyrkinyt *pienten hyvien vastuukertomusten* toteuttamiseen siviilioikeudessa, missä modernin oikeuden *Suurista Kertomuksista* eli

⁷⁹ Oikeudesta mahdollisuutena, Wilhelmsson, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, s. 347–353. Tekstilainaus, Wilhelmsson, mts. 347.

⁸⁰ Yleisesti Mononen, *Sopimusoikeuden materiaalisuudesta*, missä suomalaisen lainopin materiaalistumiskeskustelua on kootusti esitelty.

⁸¹ Wilhelmsson, *Social civilrätt*; sama, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, *passim*; sama, ”Sosiaalinen siviilioikeus” ja ”Sosiaalinen suorituseste”, s. 782–785 ja 785–787.

⁸² Wilhelmsson, *Social Contract Law and European Integration*; sama, ”Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta”.

oikeutta ja yhteiskuntaa jäsentävistä ja yhtenäistävistä oikeudellisista *metanarratiiveista* on luovuttu. Postmoderni, fragmentoitunut, polysentrinen ja aidosti tilannesidonnainen oikeus voi Wilhelmssonin mukaan noudattaa enintään pienten hyvien vastuukertomusten mukaista sääntelylogiikkaa.⁸³ Se, mikä tekee Wilhelmssonin pienistä vastuukertomuksista 'hyviä' kertomuksia, on nähdäkseni edelleen niiden vähintäänkin piilevästi edellytetty liittymä hyvinvointivalttiolliseen yhteiskuntaideologiaan, joten vallitsevan tai kriittisen oikeudellisen metateorian vaikutusta nekkään eivät välttä.

Keskeisajatuksena Wilhelmssonin perinteisessä sosiaalisessa siviilioikeudessa on ollut vallitsevan, lähinnä analyttisen oikeustieteen hyödyntämien yleisten ja abstraktien juridisten roolitermien, kuten velkoja/velallinen tai työnantaja/työntekijä -käsitteiden, korvaaminen konkreettisilla eli *henkilö-* ja *tilannesidonnaisilla* termeillä, kuten "velallinen, jolla on rajalliset varat", "työtön velallinen", "velallinen, jolla on suppea ammattikokemus ja koulutus" tai "pien-yrittäjä, jolla on rajoitettu taloudellinen kantokyky".⁸⁴ Tämä (käsitelainopin ja) analyttisen oikeustieteen lingvistiseen eli käsitteelliseen elementtiin kohdistuva kritiikki yhdistää sosiaalista siviilioikeutta sekä naisoikeus- ja oikeudellista tasa-arvotutkimusta: analyttisen oikeustieteen abstraktit ja (vain) näennäisesti kohdeneutraalit oikeudelliset käsitteet eivät tavoita niitä yhteiskuntatodellisuuden ilmiöitä, joita sosiaalinen siviilioikeus, erityinen naisnäkökulma oikeuteen tai oikeudellinen tasa-arvotutkimus pitävät merkityksellisinä sopimussuhteen heikomman osapuolen, naisten tai jonkin yhteiskunnallisen vähemmistön intressisidonnaisesta näkökulmasta arvioituna. Analyttinen lähestymistapa joko sivuuttaa sanotut kysymykset oikeudellisesti merkityksettöminä ja 'ei-oikeudellisina', koska ne eivät ole analysoitavissa yleisten ja abstraktien oikeudellisten käsitteiden avulla, tai ainakaan se ei anna niille asiaankuuluvaa merkitystä osana oikeudellista sääntelyä ja päätöksentekoa, oli sitten kyse taloudellissosiaalisen, sukupuolisidonnaisen tai muunlaisen yhteiskunnallisen eriarvoisuuden ilmentymistä.

Työnantaja- ja velkojatahoon tilanne- ja henkilösidonnaista analyysiä ei – ilmeisesti yhteiskuntaideologisista syistä – ole ulotettu sosiaalisen siviilioikeuden kirjoituksissa, vaikka analyysi *vähävaraisesta velkojasta* tai *monikanallisesta yrityksestä työnantajana* kuuluisi kaiketi sekin konkreettisten, henkilö- ja tilannesidonnaisten oikeudellisten ja yhteiskunnallisten käsitteiden alaan. Myöskään erityinen naisnäkökulma oikeuteen ei ole sekään tarkastellut tilanteita, joissa miesten suhteellinen yhteiskunnallinen asema on syystä tai toisesta naisia heikompi, vaikka naisoikeustutkimus onkin ilmoittanut olevansa oikeudellisesti ja yhteiskunnallisesti kohdeneutraali tarkastelutapa.⁸⁵

⁸³ Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt*, s. 193 et seq.

⁸⁴ Wilhelmsson, *Social civilrätt*, s. 139.

⁸⁵ Vrt. Nousiainen & Pylkkänen, *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*, s. 32.

Sosiaalinen siviilioikeus on riitauttanut vallitsevan lainopin omaksumat käsitteelliset, oikeussysteemiset ja metodiopilliset sitoumukset tulkitsemalla lainsäädännössä, toteutuneessa oikeuskäytännössä ja lainopillisessa kirjallisuudessa yleisesti hyväksyttyä *pääsääntö/poikkeussääntö* -luokitusta radikaalisti totutusta poikkeavalla tavalla. Markku Helin on kiteyttänyt sosiaalisen siviilioikeuden systemisen pyrkimyksen seuraavasti:⁸⁶

”... vaihtoehtoinen lainoppi pyrkii saamaan aikaan kopernikaanisen kumouksen oikeuden kulttuuritasolla. Kumouksen eräänä seurauksena on pääsääntöjen muuttuminen poikkeuksiksi ja poikkeuksien pääsäännöiksi. Tämä mahdollistaa analogiapäätelmät sellaisista periaatteista, jotka perinteisen doktriinin mukaan ovat poikkeuksia, ja vastakohtaispäätelmät periaatteista, joita tavallisesti pidetään pääsääntöinä.”

Perusteluna lainsäätäjän omaksumasta oikeudellisesta sääntely- ja ratkaisulogiikasta poikkeamiselle on esitetty oikeudellisen sääntelyn ja oikeudellisen ajattelun *muutosdynamikka*, oikeudellisen systematiikan murrokset eli oikeudellisen sääntelyn epäjatkuvuutta ilmentämät taitekohdat sekä yhteiskunnan tulevan oikeudellisen kehityksen reformistinen ennakoiminen siviilioikeuden yleisissä opeissa. Esimerkiksi lainsäätäjän jo hyväksymä sosiaalista suoritusasetta koskeva pisteittäinen sääntely on nähty yleisenä kehityssuuntana, joka tulee jatkossa todennäköisesti vahvistumaan ja jolle voi sen vuoksi antaa etusijan myös tällä hetkellä voimassa olevien oikeussääntöjen tulkinnassa ja systematisoinnissa sekä oikeusperiaatteiden punninnassa ja keskinäisessä tasapainottamisessa.

Termi ”sosiaalinen siviilioikeus” on merkityssisällöltään epämääräinen, sillä se voi tarkoittaa periaatteessa mitä tahansa hyvinvointivaltiollisen oikeuden *kollektiivista* ja *interventionistista* eli julkisen vallan väliintuloon perustuvaa oikeudellista sääntelyä, jonka tavoitteena on heikomman osapuolen suojelu.⁸⁷ Näin määriteltynä sosiaalisen siviilioikeuden alaan voi lukea laajalti esimerkiksi työsopimusoikeuden, huoneenvuokralainsäädännön, kuluttajansuojaoikeuden sekä vahingonkorvausoikeuden isännänvastuun kaltaiset oikeudenalat tai yksittäiset oikeudelliset sääntely- ja ratkaisumallit, joilla on pyritty suojelemaan yksityisoikeudellisen sopimussuhteen heikompa osapuolta. Sosiaalisen siviilioikeuden alaan termin laajassa merkityksessä voi lukea myös muun muassa Juha Pöyhösen väitöskirjan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimus-*

⁸⁶ Helin, ”Monet on metodit”, s. 311. – Helin puhuu tekstikatkelmassa Thomas Wilhelmssonin sosiaalisesta siviilioikeudesta, määritellen vaihtoehtoisen lainopin laajemmin kuin allekirjoittanut eli siten, että se käsittää myös sosiaalisen siviilioikeuden sekä mahdolliset muut kriittisen oikeusopin suuntaukset.

⁸⁷ Näin myös Wilhelmsson, ”Sosiaalinen siviilioikeus”, s. 782–785.

ten sovittelu edustaman käsityksen sopimusoikeudesta. Pöyhönen perustelee siinä ajatuksen sopimusoikeudellisesta kohtuullisuudesta, missä (aristotelinen) sopimustasapainoksi ymmärretty yhteisöllinen oikeudenmukaisuus ja tilannesidonnainen kohtuullisuus saavat vähintäänkin heikon systemisen etusijan sopijapuolten alkuperäiseen tahtoon tai perusteltuun luottamuksen suojaan nähden yksittäisen sopimuksen tai sopimusehdon kohtuullisuutta tai kohtuuttomuutta arvioitaessa.⁸⁸

Täsmällisemmin määriteltynä sosiaalinen siviilioikeus viittaa nähdäkseni hyvinvointivalttiollista sääntely- ja ratkaisuideologiaa toteuttavaan *interventio-nistiseen* eli yksittäisiin sopimussuhteisiin väliintulevaan oikeuteen, jonka tietoisena tavoitteena on heikomman sopijapuolen suojeleminen ja jota tavoitetta voidaan toteuttaa yhtäältä *kollektiivisesti ja ennakollisesti* esimerkiksi tuotevastuun ja kuluttajansuojalainsäädännön, vakiosopimusehtojen yleisen sääntelyn ja kuluttajaviranomaisten toimivallan perustamisen avulla, sekä toisaalta *yksilöllisesti ja jälkikäteisesti* esimerkiksi kohtuuttomien sopimusehtojen *ex post facto* tapahtuvan yksittäistapauksellisen kohtuullistamisen, vakiosopimusehtojen kuluttajan eduksi toteuttavan tulkinnan tai sosiaalista suoritusestettä koskevien yleisten oppien kehittämisen ja soveltamisen avulla.

Varsinainen vaihtoehtoinen lainoppi keskittyi oikeuden teoreettisten ja filosofisten perusteiden analyysiin, eikä se juurikaan tavoittanut tulkintajuridiikan tulkinnallista tiedonintressiä, niin kuin jo edellä perustelin. Myös muun kriittisen lainopin, mukaan lukien Thomas Wilhelmssonin sosiaalisen siviilioikeuden, tutkimuksellinen painopiste on ollut pikemminkin teoreettisen lainopin oikeussysteemisissä ja oikeudenalakohtaisten yleisten oppien pohdinnoissa kuin varsinaisen tulkintajuridiikan käytännönläheisemmissä kysymyksissä.⁸⁹ Omaksuttu käsitteellinen systematiikka *pääsääntö/poikkeussääntö* tai *johtava/väistyvä periaate* -luokitukseensa rajaa oikeuden semanttisesti mahdollisten maailmojen alan, jota vasten oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittäminen käy mahdolliseksi.⁹⁰ Sosiaalinen siviilioikeus on pyrkinyt kehittämään toistaiseksi vain mahdollisia mutta ehkä tulevaisuudessa toteutuvia tai toteutettavissa olevia oikeuden yleisiä oppeja sekä arvo- ja tavoiteratio-naalisia päättelymalleja, jotka tekevät sosiaalisesti tiedostavan tulkinnan voimassa olevasta oikeudesta mahdolliseksi.⁹¹

⁸⁸ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 199 et seq.

⁸⁹ Teoreettisen lainopin ja tulkintalainopin käsitteistä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 108–110. Osuva termi ”tulkintalainoppi” on Kaarlo Tuorin ehdottama, Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 303. Aarnio puhuu samaa tarkoittaen käytännöllisestä lainopista teoreettisen lainopin vastinparina, Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 302–305.

⁹⁰ Oikeudellisen systematisoinnin käsitteestä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 368–377, 906–908, sekä tämän teoksen s. 468–490 ja 696–698.

⁹¹ Oikeudesta mahdollisuutena sekä oikeudellisen systematiikan mahdollisista kiintopisteistä, Wilhelmsson, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, s. 347.

Sosiaalisen siviilioikeuden asema on ollut vahvin kuluttajansuojan ja vakio-sopimusehtojen sääntelyn kattamilla oikeuden aloilla, missä sopijapuolten tosiasiallinen yhteiskunnallinen asema on katsottu siinä määrin eriarvoiseksi, että jälkikäteinen, lähtökohtaista sopimussitovuutta loukkaava oikeudellinen interventio sopimussuhteeseen on katsottu tietyissä tilanteissa oikeutetuksi. Liiketoimintayritysten välisiin sopimussuhteisiin, joita koskevat riita-asiat ratkaistaan tavallisesti välimiesmenettelyssä yleisten tuomioistuinten sijaan, sosiaalisen siviilioikeuden keskeisideat eivät ole yltäneet. Yleinen sopimusoikeudellinen sääntely sekä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeuskäytäntö perustuvat nähdäkseni edelleen pääsääntöisesti yleisen sopimussitovuuden, sopijapuolten lähtökohtaisen tahdonautonomian kunnioittamisen ja perustellun luottamuksen suojan varaan. Varsinaiseen kuluttajansuojaoikeuteen rinnastuvien oikeudellisten ratkaisutilanteiden ulkopuolella sosiaalinen siviilioikeus ja heikomman osapuolen suojelua painottavat ratkaisuperusteet ovat edelleen pikemminkin oikeudellisen *poikkeussäännön* sekä lähtökohtaista sopimussitovuutta ja perusteltua luottamuksen suojaa *täydentävän oikeusperiaatteen* asemassa, eivät sopimusoikeudellisen pääsäännön tai johtavan oikeusperiaatteen asemassa.

Osin sosiaalisen siviilioikeuden oikeudelliset ja yhteiskunnalliset tavoitteet ovat yhtä kaikki jo toteutuneet Suomen voimassa olevassa oikeudessa. Sopimuksen tai yksittäisen sopimusehdon jälkikäteinen kohtuullistaminen on hyväksytty voimassa olevan oikeustoimilain 36 §:ssä (17.12.1982/956), mitä ennen vastaava säännös oli jo velkakirjalaissa. Lisäksi sosiaalisen siviilioikeuden piirissä on kehitetty yleinen oppi *sosiaalisesta suoritusesteestä* eli sosiaalisesta *force majeure*'stä. Sen mukaan velallinen, jota on ilman tämän omaa syytä kohdannut äkillinen ja odottamaton taloudellinen tai sosiaalinen onnettomuus, on voinut tietyin ehdoin saada helpotusta maksuvelvoitteisiinsa. Voimassa olevan korkolain 11 §:n (3.5.2002/340) mukaan viivästyskorkoa voidaan sovitella kuluttajan, asunnonostajan tai vuokralaisen hyväksi, jos maksun viivästyminen on aiheutunut maksuvaikeuksista, joihin tämä on sairauden, työttömyyden tai muun vastaavan perusteen vuoksi pääasiallisesti ilman omaa syytään joutunut, eikä velkaantuminen ole johtunut kevytmielisyydestä. Yritysten ja yksityishenkilöiden *velkasaneerauslainsäädäntö* eli laki yrityksen saneerauksesta (25.1.1993/47) ja laki yksityishenkilön velkajärjestelystä (25.1.1993/57) pyrkii sekin velallisen etujen suojaamiseen tämän jouduttua ylivoimaisiin maksuvaikeuksiin. Vahingonkorvauslain (31.5.1974/412) sisältämät työnantaja- ja isännänvastuun kanavointisäännökset ja korvauksen yleiset sovittelu- eli kohtuullistamissäännöt kuvastavat nekin laajasti ymmärrettyjen sosiaalisten näkökohtien merkitystä osana Suomen oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa. Oikeudellisesti (vain) mahdollinen on tältä osin muuttunut Thomas Wilhelmssonin tarkoittamalla tavalla oikeudellisesti todelliseksi.⁹²

⁹² Wilhelmsson, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, s. 347.

19.3.3 Naisnäkökulma oikeuteen: oikeuden feministinen analyysi

Naisoikeustutkimus eli erityinen *intressisidonnainen naisnäkökulma oikeuteen* arvioi oikeutta ja yhteiskuntaa siitä näkökulmasta, miten hyvin voimassa oleva lainsäädäntö, toteutunut tuomioistuin- ja muu viranomaiskäytäntö sekä lainopin tuottamat oikeudelliset tulkintalauseet toteuttavat yhteiskuntaideaaliksi omaksuttua sukupuolten välistä tasa-arvoa sekä naisten suhteellisen yhteiskunnallisen aseman parantamista. Vaihtoehtoista lainoppia, sosiaalista siviilioikeutta ja naisoikeustutkimusta yhdistää oikeuden ja lainopin vallitsevan doktriinin *ideologiakritiikki*: voimassa oleva oikeus ei ole yhteiskuntaideologisesti neutraali sääntelyjärjestelmä, jollaisena analyytinen oikeustiede on sen tahtonut esittää, eikä lainopin vallitseva doktriini eli lähinnä analyytinen lainopin suuntaus ole suinkaan arvo- tai kohdeneutraali suhteessa yhteiskunnallisesti ja oikeudellisesti merkitykselliseen *sukupuolieroon*.

Vaihtoehtoisen lainopin marxilainen oikeus- ja yhteiskuntakäsitys ja sosiaalisen siviilioikeuden hyvinvointivaltiollinen, heikomman osapuolen suojaamiseen ja aineellisten yhteiskunnallisten resurssien uudelleen allokointiin tähtäävä yhteiskuntaideologia on nyt vaihtunut erityiseen intressisidonnaiseen naisnäkökulmaan oikeuteen, joka pyrkii eri sukupuolten oikeudellisten ja tosiasiallisten vaikutusmahdollisuuksien tasaamiseen sekä naisten suhteellisen yhteiskunnallisen aseman kohentamiseen *feministisen* oikeus- ja yhteiskuntafilosofian tarkoittamalla tavalla. Alan terminologia on osin vakiintumatonta, ja naisoikeustutkijoiden taholta on myös huomattettu, miten termillä ”naistutkimus” on Suomessa neutraali tai jopa hallinnollinen merkitys.⁹³ Naisoikeustutkimus on osa yleistä naistutkimusta, joka feministisen kirjallisuudentutkimuksen, yhteiskuntatieteen, teologian ja muiden erityistä naisnäkökulmaa soveltavien tieteenalojen tavoin tukeutuu viime kädessä feministiseen filosofiaan ja todellisuuskäsitykseen.

Yleiskuvan saaminen suomalaisesta naisoikeustutkimuksesta ei ole aivan ongelmattonta, koska systemaattista kokonaisesitystä erityisestä naisnäkökulmasta Suomen oikeuteen ja suomalaiseen lainoppiin ei toistaiseksi ole,⁹⁴ ja

⁹³ Nousiainen, ”Naisoikeus” ja ”Naisoikeustutkimus”, s. 365, 366–370. Vrt. Nousiainen & Pylkkänen, *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*, s. 32: ”Suomalaisten tutkijoiden piirissä feministinen tutkimus on ymmärretty tutkimukseksi, joka tutkii sukupuolta käsitteellisesti ja käytännöllisesti sekä kritikoii vallitsevan tutkimuksen näennäisen sukupuolineutraaliuden tai -sokeuden kätkemää mieskeskeisyyttä. Naistutkimus taas ymmärretään Suomessa jollakin tavalla neutraalimmaksi tai hallinnolliseksi nimitykseksi. Naistutkimus ja feministinen tutkimus eivät kuitenkaan ole mitenkään toisilleen vastakkaiset kuvaukset. Naistutkimus suuntautuu myös sukupuolen tai sukupuolijärjestelmän tutkimiseen ja käsittelee siinä mielessä myös miehiä, mieheyttä ja maskuliinisuutta, joita miestutkimuskin tarkastelee. Mies- ja naistutkimuksella on näin monia yhteisiä lähtökohtia.”

⁹⁴ Vrt. kuitenkin Kevät Nousiaisen ja Anu Pylkkäsen johdannollinen yleisesitys *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*. Johanna Niemi-Kiesiläisen ”Oikeus ja sukupuoli” tarjoaa selkeän ja mielestäni parhaan johdatuksen aiheeseen. Riitta Turusen toimittama *Naisnäkökulmia oikeuteen* esittää otsikkonsa lupaamalla tavalla esimerkkejä erityisestä naisnäkökulmasta eri oikeudenaloihin.

yksittäisistä artikkeleista tehtävien päätelmien rasitteena on niiden lähteistön ja saavutettujen tutkimustulosten hajanaisuus ja epäyhtenäisyys. Opillista hajautuneisuutta eli yhtenäisen teoreettis-metodisen viitekehyksen puuttumista on tosin pidetty myös yhtenä naisoikeustutkimuksen keskeisenä tunnuspiirteenä.⁹⁵ Tältä osin erityinen naisnäkökulma oikeuteen rinnastuu ajatukseen oikeuden *polysentriasta*, joka myös on korostanut fragmentoituneen eli hajautuneen ja hajautetun oikeudellisen tai oikeusfilosofisen näkökulman tärkeyttä, kun sen tutkimuskohde ei ole enää alistettavissa 'totalisoivan' eli kohdettaan yhtenäistävän oikeudellisen metanarratiivin alaisuuteen.⁹⁶ Yleisesti naisoikeutta on pyritty määrittelemään sen soveltaman erityisen tutkimuksellisen näkökulman, oikeuteen ja oikeudellisiin kysymyksiin omaksutun intressisidonnaisen *naisnäkökulman* avulla.⁹⁷

”Naisoikeus ei siis viittaa *oikeudenalaan*, kuten lapsioikeus. Se tarkastelee oikeutta naisnäkökulmasta tai olettaa *sukupuolijärjestelmän* ja sukupuolieron tuottamisen olevan oikeudellisesti tärkeitä kysymyksiä. Oikeutta, sen toimintatapaa ja oikeustieteen käsitteistöä ei näet voi käsitellä sukupuolijärjestelmään nähden ulkopuolisiksi.”

Lähestymistavan ajallisen tuoreuden ja, näin rohkeneisin väittää, osin myös puutteellisen tutkimuksellisen itsereflektion vuoksi naisoikeustutkimuksen tutkimuksellista ja tulkintajuridista potentiaalia ei ole täysimääräisesti hyödynnetty. Etenkin naisoikeuden suhde suomalaiseen *kriittisen oikeusopin* tutkimustraditioon on jäänyt täsmentämättä. Itse näen naisoikeuden – tässä sosiaaliseen siviilioikeuteen rinnastuen – nimenomaan vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin alulle paneman kriittisen oikeudellisen ja yhteiskunnallisen tiedonintressin jatkajana ja edelleen kehittäjänä, jolloin sen tulkintajuridinen potentiaali on arvioitavissa jo varsin hyvin vakiintunutta sosiaalisen siviilioikeuden edustamaa oikeudellista tutkimus- ja tulkintatraditiota vasten. Vaikka erityisen oikeudellisen naisnäkökulman yleistä teoriaa ja historiallista kehitystä on esitelty laveasti erilaisten ulkomaisten esikuvien valossa etenkin Kevät Nousiaisen artikkelituotannossa,⁹⁸ naisoikeustutkimuksen vaikutukset varsinaiseen tulkintalainoppiin ovat ainakin toistaiseksi jääneet suhteellisen harvalukuisiksi varsinaisen tasa-arvolainsäädännön sekä perinteisen lapsi- ja perheoikeuden kysymysten ulkopuolella,⁹⁹ vaikka kyse siis on erityisestä (intressi-

⁹⁵ Nousiainen, ”Naisoikeustutkimus”, s. 366.

⁹⁶ Eriksson, Hirvonen, Minkinen & Pöyhönen, ”Introduction: A Polytical Manifesto”, s. 1–10.

⁹⁷ Nousiainen, ”Naisoikeus”, s. 365 (kursivoinnit Nousiaisen).

⁹⁸ Yleisesti Nousiainen, ”Kuinka vapauden poluilla kompastutaan”, s. 11–28; sama, ”Oikeuden systeemi ja naisen arki”, s. 15–57; Nousiainen & Pylkkänen, *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*.

⁹⁹ Yleisesti Turunen, toim., *Naisnäkökulmia oikeuteen*.

sidonnaisesta) näkökulmasta oikeuteen ilman liittymiä mihinkään määrättyyn oikeudenalaan.¹⁰⁰

Johdonmukaisimman määritelmän naisoikeudesta ja naisoikeustutkimuksesta on esittänyt Johanna Niemi-Kiesiläinen, joka kiinnittää naisnäkökulman oikeuteen kahteen kriteeriin: *feministiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan* ja tietynlaiseen *yhteiskuntapoliittiseen toimintaohjelmaan*.¹⁰¹

”Oman käsityksen mukaan yhteistä naistutkimukselle on *feministinen lähtökohta*. Feminismin ymmärrän tässä laajana käsitteenä, sillä mitään yhtenäistä feministisen tutkimuksen koulukuntaa ei ole olemassa. Feministisille tutkimussuuntauksille on yhteistä käsitys siitä, että sukupuolten välinen tasa-arvo on tärkeä yhteiskunnallinen tavoite, jota ei ole vielä saavutettu, ja että tällä tilanteella on yhteys siihen, miten valta yhteiskunnassa jakautuu sukupuolten välillä. (...) Useimmiten feministiseen tutkimukseen sisältyy lisäksi *poliittinen sitoumus* eli tutkimuksella pyritään parantamaan naisten asemaa ja edistämään tasa-arvoa.”

Nämä kaksi kriteeriä perustelevat naisoikeustutkimuksen omaehtoisen tutkimuksellisen identiteetin.

Naisnäkökulma oikeuteen on pyrkinyt osoittamaan, miten muodollisesti yhdenvertaiselta ja *prima facie* kohdeneutraalilta vaikuttava oikeudellinen sääntely ja oikeudellinen päätöksenteko asettavat usein miehet ja naiset tosiasiallisesti eriarvoiseen asemaan esimerkiksi työsuhteen ehtojen ja etenkin palkkauksen sekä perheen ja työn yhteensovittamisen osalta. Muodollinen oikeudellinen tasa-arvo peittää alleen tosiasiallisen yhteiskunnallisen eriarvoisuuden, jota institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutunut lainoppi eli lähinnä analyttinen oikeustiede osaltaan ylläpitää ja uusintaa oikeudellisen systematiikan, oikeudellisten tulkintalauseiden sekä sovellettujen yleisten ja abstraktien oikeudellisten käsitteiden ja oikeudenalakohtaisten yleisten oppien tasolla. Oikeuteen ja sen tietynhetkistä tilaa tarkastelemaan lainopin vallitsevaan doktriiniin on jo lähtökohtaisesti sisäänrakennettuna määrätynlainen käsitys ”tavanomaisesta”, ”normaalista” ja ”hyväksyttävästä” tulkinnallisesta vertailukohdasta oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon lähtökohtana, eikä tuo lainsäädännön, oikeuskäytännön ja oikeudellisen ajattelun hiljaisesti hyväksymä käsit-

¹⁰⁰ Vrt. Nousiainen & Pylkkänen, *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*, missä keskitytään tasa-arvolainsäädäntöön sekä oikeudellisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen ja toteutumatta jäämiseen 2000-luvun Suomessa.

¹⁰¹ Niemi-Kiesiläinen, ”Oikeus ja sukupuoli”, s. 326–327 (kursivoinnit lisätty). Niemi-Kiesiläinen jatkaa: ”Kansainväliseen kielenkäyttöön tukeutuen tuntuisi järkevältä myös Suomessa lakata pelkäämästä feministin leimaa ja ruveta puhumaan feministisestä tutkimuksesta ja feministisestä oikeustieteestä.” Niemi-Kiesiläinen, mas. 327. Hän esittää myös omana ehdotuksenaan termin ”sukupuolijärjestelmä ja oikeus”, pitäytyen kuitenkin sanotussa artikkelissa totunaiseen kielenkäyttöön.

teellis-normatiivinen viitekehys kohtelee eri kansalaisryhmiä samalla tavoin. Lainsäädännön julkilausumattomana lähtökohtana on usein (keski-ikäinen) mies, ei nainen, lapsi, vammainen, vanhus tahi etnistä tai seksuaalista vähemmistöä edustava henkilö.

Ajoittain erityisen naisnäkökulman tuottamat tulokset ovat saattaneet olla jokseenkin yllättäviä ainakin, jos esitettyjä päätelmiä tarkastellaan perinteisemmästä tutkimuksellisesta näkökulmasta. Kirjoituksessaan ”Naiset, väkivalta ja rikosoikeus” Soile Pohjonen moittii perinteistä miehistä oikeusajattelua eli Pohjosen termien *maskuliinista perinssiippiä* väkivaltaisten käsitteellisten dikotomioiden eli vastakohtaisten ja kohdettaan alistavien käsittehierarkioiden ylläpitämisestä, kun taas sille vastakkainen *feminiininen perinssiippi* pyrkii ilmiöiden keskinäistä vuorovaikutusta ja ykseyttä korostamaan ”eläytyvään olemiseen” ja ”virtaavaan ajatteluun”.¹⁰² Yhtä kaikki, kun tutkimuskohteena on rikoslaki ja naisiin kohdistuva väkivalta, Pohjonen päätyy lopulta itsekin suosittamaan rikosoikeudellisen sääntelyn eli väkivaltaisen, sanktioperustaisen ja väitetyksi maskuliinista perinssiippiä ja alistavaa hierarkia-ajattelua tyypillisimmällään edustavan miehisen lähestymistavan käytön laajentamista yhteiskunnan reaktionä väkisinmakaamistapauksiin.¹⁰³

Perinteinen logiikka joutuu taipumaan mutkalle *Möbiuksen silmukan* tavoin, jotta ehdotettu feminiininen perinssiippi ja vaadittu rikosoikeuden ankaroittaminen saadaan sovitettua yhteen Pohjosen ehdottamalla tavalla. Aidosti feminiinisen perinssiipin mukainen reaktio tilanteeseen edellyttäisi otaksuttavasti molempien osapuolten tapahtuneeseen tilanteeseen eläytymistä, rikoksenteikijän omaehtoista moraalista vastuunottoa ja keskustelemaan sovittelumenettelyyn turvautumista väkivaltaista ja hierarkkista maskuliinista perinssiippiä toteuttavan rikoslain pakottavien sanktioiden soveltamisen sijaan. Nähdäkseni Pohjosen kannattamaa feminiinistä perinssiippiä ei ole ylipäättään mahdollista sovittaa yhteen määritelmällisesti sanktioperustaisen oikeuskäsityksen ja rikosoikeudellisen vastuun toteuttamisen kanssa, jolloin ’eläytyvään olemiseen’ ja ’virtaavaan ajatteluun’ perustuvan oikeudellisen analyysin perusteita olisi etsittävä pikemminkin oikeusfenomenologian tai modernin luonnonoikeusajattelun suunnalta.¹⁰⁴

Lainopissa voi puhua yleisemmin määritellystä *oikeudellisesta tasa-arvotutkimuksesta*, jos kaikenlainen yhteiskunnallinen syrjintä eli eri väestöryhmiin kohdistuva eriarvoistava kohtelu on tutkijan *kriittisen* ja *reformistis-emansi-*

¹⁰² Pohjonen, ”Naiset, väkivalta ja rikosoikeus”, s. 173, 178.

¹⁰³ Pohjonen, mas. 173–200 ja etenkin s. 198–200.

¹⁰⁴ Vrt. Rentto, *Toissijainen valtio. Kirjoituksia kansalaisvastuun ensisijaisuudesta subsidiari-teettiperiaatteen mukaisessa valtioajattelussa*, missä kirjoittaja korostaa voimakkaasti henkilökohtaisen eettisen vastuunottamisen merkitystä ja paheksuu valtion interventionistista puuttumista kansalaisten moraalien jäsentämiin valintoihin.

patorisen tiedonintressin kohteena, oli tosiasiallisen syrjinnän perusteena sitten henkilön sukupuoli, ikä, uskonto, seksuaalinen suuntautuneisuus, kieli, etninen syntyperä ja identiteetti tai sosiaalinen ja varallisuusasema naisoikeustutkimuksen tarkasteleman sukupuolisidonnaisesti eriytyneen kohtelun sijasta tai sen rinnalla. Oikeudellisella tasa-arvotutkimuksella ja heikomman suojelulla on näin käsitteellinen sidos Thomas Wilhelmssonin sosiaalisen siviilioikeuden ohjelmaan, joka sekin pyrkii edistämään heikomman sopijapuolen asemaa siviilioikeudellisessa tulkinta- ja perustelukontekstissa. Erityistä intressidonnaista naisnäkökulmaa oikeuteen tai laajemmin ymmärrettyä oikeudellista tasa-arvotutkimusta voi näin ollen pitää oikeudellisena tutkimussuuntauksena tai luonnoksena oikeudelliseksi tulkintamatriisiksi, jossa oikeudellisen analyysin lähtökohdaksi on hyväksytty yhteiskunnallisen tasa-arvon edistäminen joko naisten tai yleisemmin erilaisten syrjittyjen vähemmistöryhmien suhteellista yhteiskunnallista asemaa kohentamalla.

Varsinaista naisoikeustutkimusta laajemmin ymmärretty oikeudellinen tasa-arvotutkimus vaatii oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon mukauttamista erilaisten kansalaisryhmien toisistaan poikkeaviin tarpeisiin. Perheoikeudessa tämä on tarkoittanut vaatimusta erilaisten uusperheiden sekä samaa sukupuolta olevien henkilöiden keskinäisen liiton kohtelemisesta perhe-, perintö-, vero- ja sosiaalioikeudellisesti samalla tavoin kuin perinteistä miehen ja naisen välistä avioliittoa. Työoikeudessa on esitetty perusteltu vaatimus samapalkkaisuudesta sekä miesten ja naisten vaativuudeltaan vastaavien työtehtävien palkkauksen ja muiden työehtojen rinnastamisesta keskenään. Samoin lasten, vanhusten, saamelaisien, romanien, vammaisten, maahanmuuttajien sekä etnisten, uskonnollisten ja seksuaalisten vähemmistöjen ja muiden yhteiskunnallisten erityisryhmien erityistarpeet, jotka poikkeavat yhtä hyvin yhteiskunnan valtaväestön kuin muiden yhteiskunnallisten vähemmistöjen intresseistä, olisi otettava aiempaa paremmin huomioon oikeudellisessa sääntelyssä ja päätöksenteossa sekä lainopin tuottamissa oikeudellisissa tulkintalauseissa.¹⁰⁵

Oikeudellisen tasa-arvoideologian edustajat ovat kannattaneet *tietoista suosivaa erityiskohtelua* eli *positiivista syrjintää* toteuttavaa lainsäädäntöideologiaa yhteiskunnallista eriarvoisuutta tehokkaimmin korjaavana keinona. Sen mukaan erilaisille syrjittyjen yhteiskuntaryhmien edustajille, kuten naisille, saamelaisille tai romaneille, on annettava etusija yhteiskunnassa vastaisuudessa avautuvien virkojen ja luottamustoimien jaossa tai yleisemmin aineellisten resurssien kohdentamisessa. Naistutkijat ovat myös esittäneet yleisen vaati-

¹⁰⁵ Lapsinäkökulmasta oikeuteen ja lasten perusoikeuksista, Nieminen, *Lasten perusoikeudet*; sama, ”Lasten perus- ja ihmisoikeussuojan ajankohtaisia ongelmia”; Kurki-Suonio, *Äidin hoivasta yhteishuoltoon. Lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinnat*; vanhusten oikeuksista, Kalliomaa-Puha & Mäki-Petäjä-Leinonen, ”Muuttuva vanhuus ja vanhusten oikeudet”; Mäki-Petäjä-Leinonen, *Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema*.

muksen miehisestä referenssistä eli ajatuksellisesta vertailukohdasta luopumisesta lainsäädännössä, lainkäytössä ja oikeudellisessa ajattelussa.¹⁰⁶ Ylikansallinen ja eurooppaoikeudellinen ulottuvuus vaikuttaa naisoikeustutkimukseen ja oikeudelliseen tasa-arvotutkimukseen yhtäältä perus- ja ihmisoikeusnäkökulman kasvavan painoarvon, toisaalta EU-oikeudellisen sääntelyn sekä yksittäisten Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen ilmentämien yhteiskunnallista tasa-arvoa määrittävien yleisten oikeusohjeiden merkityksessä.

19.4 OIKEUDEN YHTEISKUNNALLISET VAIKUTUKSET

19.4.1 *Reella överväganden* -juridiikka

Skandinaavisen oikeusrealismin vaikutus Suomen lainoppiin on ollut kahtalainen. Kestävämpi vaikutus on ollut Simo Zittingin edustamalla analyttisellä (siviili)oikeustieteellä, jonka taustalla on nähtävissä myös Hans Kelsenin ja Felix Kaufmannin edustaman puhtaan oikeusopin keskeisidea oikeudellisen ajattelun käsitteellisestä ja metodisesta puhtaudesta. Toisaalta skandinaavisen oikeusajattelun vaikutus näkyi suomalaisessa lainopissa jo vuosikymmentä aiemmin eli 1940-luvulla, jolloin se sai oikeuden yhteiskunnallisia ja etenkin taloudellisia tai varallisuusvaikutuksia painottaneen ilmiön varsinkin Suomen ruotsinkielisten kirjoittajien, kuten Erik af Hällströmin, C. H. Ekin, Berndt Godenhielmin ja Lars Erik Taxellin, tuotannossa.¹⁰⁷ Tämä suomalaisen siviili-oikeuden *pragmaattinen instrumentalismi* eli *social engineering* tai *reella överväganden* -juridiikka painotti voimakkaasti oikeuden yhteiskunnallisia tehtäviä, tavoitteita ja vaikutuksia aikana, jolloin käsiteläinopin formaali, käsiteläsidonnainen ja ankaran systeeminen tulkintatapa oli vielä Suomessa vallalla. Esimerkiksi vaihdannan varmuus, pantin realisoitavuus tai liike-elämän intressit saivat oikeuden tulkinnassa merkitystä käsiteläinopin olemuksellisten, käsiteläloogisten ja oikeussysteemisten pohdintojen sijaan. *Reella överväganden* -juridiikka eli pragmaattinen instrumentalismi pyrki näin avaamaan oikeuden tulkintaa erilaisille reaalisisille ja yhteiskunnallisille argumenteille.

¹⁰⁶ Yleisesti Nousiainen & Pyllkänän, *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*, s. 237–241.

¹⁰⁷ Ks. esim. Ek, *Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrätt*; Godenhielm, *Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll*; Taxell, *Aktiebolagsstyrelsens kompetens att rättsshandla*; af Hällström, *Verkan av ägareförbehåll på rättsförhållandet mellan säljaren och köparen*; ja kokoavasti Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 368–377 kirjoittajan siinä mainitsemine lähteineen.

Pragmaattinen instrumentalismi on alun perin amerikkalaistutkija Robert S. Summersin termi, jolla hän viittaa *filosofisen pragmatism*in (John Dewey), Yhdysvaltain *sosiologisen oikeustieteen* (Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound) ja eräiden varsinaiseen *amerikkalaiseen oikeusrealismiin* kuuluneiden kirjoittajien (John Chipman Gray, W. W. Cook, Joseph Bingham, W. Underhill Moore, Herman Oliphant, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn ja Felix S. Cohen) muodostamaan väljään opilliseen kokonaisuuteen. Markku Helin käyttää samaa termiä viittaamaan Suomessa 1940-luvulla vaikuttaneiden ruotsinkielisten oikeusoppineiden Erik af Hällströmin, C. H. Ekin, Berndt Godenhielmin ja L. E. Taxellin kirjoituksiin, joissa oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset saivat keskeistä merkitystä oikeudellisena tulkintaperusteena.¹⁰⁸

Oikeus nähtiin nyt *yhteiskunnallisena insinööritaitona*,¹⁰⁹ jonka avulla yhteiskunnallisiin olosuhteisiin voitiin tietoisesti vaikuttaa, ei enää konstruktivisen oikeusopin tarkoittamalla tavalla ennalta-annettuna ja loogisesti aukottomana tieteellisten peruskäsitteiden systeeminä, johon yksittäiset oikeudelliset käsitteet, oikeuslauseet, instituutiot tai oikeussäännöt tuli sijoittaa niiden oikeudellisen olemuksen ja tulkinnallisten vaikutusten selvittämiseksi. *Reella överväganden* -juridiikka liitti oikeuden ja oikeuden tulkinnan sen *yhteiskunnalliseen* ja etenkin taloudelliseen tai varallisuusoikeudelliseen tulkinta- ja perustelukontekstiin tuolloin vielä vallalla olleen käsitelainopin määrittelemän loogiskäsitteellisen ja oikeussysteemisen soveltamiskontekstin tai myöhemmän analyttisen oikeustieteen määrittelemän lingvistisen ja institutionaalisen tulkinta- ja perustelukontekstin sijaan.

Reella överväganden -juridiikan kannattajat tahtoivat laajentaa perinteistä lainsäädäntökeskeistä oikeuslähteoppia siten, että *reaalisilla argumenteilla* ja myös yksittäisillä *prejudikaateilla* olisi aiempaa suurempi painoarvo tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Pääpaino oli kuitenkin reaalisilla argumenteilla, eivätkä yksittäiset tuomioistuinratkaisut saaneet vahvasti oikeutta määrittelevää tehtävää, jollainen niillä on ollut amerikkalaisen tai analyttisen (skandinaavisen) oikeusrealismin kirjoituksissa. Reaalisten argumenttien hyödyntämisestä lainsäädännössä oli seurauksena suuntauksen kannattajien tunnistamalla tavalla oikeudenkäytön lisääntyvä kasuistisuus sekä sitä vastaava tarve kehittää joustavia oikeudenalakohtaisia standardeja ja oikeudellisia yleislausekkeita, jotka täsmentyisivät vasta tuomioistuinten ja muiden viranomais-

¹⁰⁸ Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, s. 19–26 ja etenkin s. 22–23; Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 371. Helin myös huomauttaa, että Ekin, af Godenhielmin, Taxellin ja af Hällströmin tiedekäsitys oli varsin lähellä amerikkalaista oikeusrealismia.

¹⁰⁹ ”Yhteiskunnallinen insinööritaito” eli *social engineering* -ideologia viittaa amerikkalaisen sosiologisen oikeustieteen edustajan Roscoe Poundin 1900-luvun alussa esittämiin ajatuksiin. Pound, *Social Control through Law*. Pound puolestaan viittaa hyväksyvästi *intressilainopin* perustajana tunnetun Rudolf von Jheringin ajatuksiin, Pound, mts. 65.

ten vastaisessa oikeuskäytännössä. Suuntauksen kriitikot arvostelivat *reella överväganden* -juridiikkaa liian laajasta oikeuslähdeopista ja oikeudellisen systematiikan sivuuttamisesta.¹¹⁰ Kun oikeuden 'tieteellinen' systematiikka sai *reella överväganden* -juridiikan edustajien kirjoituksissa väistyä, oikeudellinen ennakoitavuus ja muodollinen oikeusvarmuus samassa määrin vähenivät.

Pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överväganden* -juridiikka ei koskaan saavuttanut samanlaista oikeudellisen ajattelun valta-asemaa, jollainen käsitelainopilla oli 1800-luvun lopulta aina 1950- ja osin 1960-luvulle asti ja jollaisen aseman käsitelainopin syrjäyttänyt analyyttinen oikeustiede saavutti 1960-luvun suomalaisessa (siviili)oikeustieteessä. *Reella överväganden* -juridiikan ajatus oikeudesta yhteiskunnallisena insinööritaitona eli oikeudellisen sääntelyn vahvasti *instrumentalistisesta* tehtävästä yhteiskuntasuhteiden järjestämisessä samoin kuin ajatus oikeuden ennakoitavissa olevien taloudellisten tai varallisuusvaikutusten hyödyntämisestä laintulkinnassa ovat vaikuttaneet merkittävästi myöhempään oikeustieteeseen. Käsitys, jonka mukaan oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ovat eräänlainen laintulkinnan viimekätinen arviointikriteeri, jota tuomari tai lainopin tutkija ei voi sivuuttaa oikeuden sisäisen käsite- tai systeemilogiikan vaatimusten hyväksi, on nykyisin laajalti hyväksytty suomalaisessa lainopissa.¹¹¹

19.4.2 Oikeuden taloustieteellinen analyysi

Oikeustaloustiede eli, oikeammin ja täsmällisemmin ilmaisten, *oikeuden taloudellinen* tai *taloustieteellinen analyysi* on jatkanut puoli vuosisataa myöhemmin *reella överväganden* -juridiikan alulle panemaa metodiohjelmaa suomalaisessa oikeustieteessä. Se arvioi oikeudellisen sääntelyn sekä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toteutuneen ratkaisukäytännön taloudellisia vaikutuksia yhteiskunnassa taloustieteen hyödyntämien käsitteiden, teoreettisten mallien, metodisten apuvälineiden ja arviointikriteerien avulla.¹¹² Lainopin tulkinta- ja perustelukontekstiin sovellettuna oikeuden taloustieteellinen analyysi pyrkii arvioimaan, miten hyvin yhtäältä voimassa oleva tai vasta ehdotettu lainsäädäntö, toisaalta toteutunut tai tulevaisuudessa mahdollisesti toteutettavissa oleva oikeuskäytäntö sekä kolmanneksi lainopin hyödyntämä oikeudellinen argumentaatio toteuttavat *taloudellista kustannustehokkuutta* esimerkiksi liike-

¹¹⁰ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 374–378.

¹¹¹ Näin esimerkiksi Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 239–241.

¹¹² Termi *oikeustaloustiede* on kohtalaisen vakiintunut suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa. Sujuva johdatus oikeuden taloustieteelliseen analyysiin on Mähönen, "Law and economics: eriytyminen ja kehitys".

toiminnan transaktiokustannusten minimoinnin, optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation ja sosiaalisen riskinjaon merkityksessä.

Sovellettavina tutkimusmenetelminä ovat erilaiset taloustieteen analyysimenetelmät eli oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon mallintaminen taloustieteen kehittämien hypoteesien, selitysmallien ja muuttujien avulla. Ei siis ole mitään erityistä oikeustaloustieteellistä metodioppia, joka olisi erillinen ja itsenäinen yleisen taloustieteen soveltamaan metodioppiin nähden. Oikeuden taloustieteellinen analyysi voidaan edelleen jakaa joukkoon tutkimuksellisesti eriytyneitä tutkimusaloja, joissa yhtäältä taloudellinen ja toisaalta jokin muu näkökulma oikeuteen ovat yhdistyneet keskenään. Näitä ovat esimerkiksi oikeudellinen sääntely- eli regulaatioteoria, käyttäytymispainotteinen oikeustaloustiede, vertaileva oikeustaloustiede, oikeustaloudshistoria ja oikeusekonometria eli oikeuden taloudellisiin kysymyksiin sovellettu tilastotiede.¹¹³ Lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä analysoiva oikeuden taloustieteellinen analyysi voidaan jakaa kahteen osaan: yhtäältä voimassa olevan oikeuden ja toisaalta tulevaisuudessa mahdollisesti laadittavan oikeuden hyödyntämien oikeudellisten sääntely- ja ratkaisumallien arvioimiseen.¹¹⁴ Vastaiseen tuomioistuin- ja muuhun viranomaiskäytäntöön vaikuttamaan pyrkivää oikeuspoliittista tutkimusta voi kutsua myös *de sententia ferenda* -tutkimukseksi.¹¹⁵

Oikeudellinen sääntelyteoria on oikeussosiologisesti tai taloustieteellisesti sävytynyttä lainsäädännön tutkimusta ja yleistä lainsäädäntöteoriaa (saks.: *Gesetzgebungslehre*; lat.: neolog.: *legisprudentia*). Sen tutkimuksellisenä tavoitteena on perustella oikeudellinen sääntelymalli, joka toteuttaa parhaalla mahdollisella tavalla taloudellista kustannustehokkuutta, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimointia tai, jonkin verran sosiaalisemmin painotettuna, optimaalista yhteiskunnallista resurssiallokaatiota eli niukkojen aineellisten resurssien ja monimuotoiseen sosiaaliseen kanssakäymiseen liittyvien riskien oikeudenmukaista jakautumista yhteiskunnassa. Oikeudellinen sääntelyteoria väistää lainopin tulkinnallisen tiedonintressin eli kysymyksen voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä ja arvioi sen sijaan

¹¹³ Oikeustaloustieteen eri osalohkoista, Mähönen & Määttä, ”Uusia näkökulmia oikeustaloustieteeseen”, *passim*. Vertailevasta oikeustaloustieteestä, Mattei, *Comparative Law and Economics*; Ralli, ”Vertaileva oikeustaloustiede”.

¹¹⁴ Yleisesti oikeustaloustieteestä, Kanninen & Määttä, toim., *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*, 1–3; oikeustaloustieteellisen argumentaation yleisestä teoriasta, Oker-Blom, *Bakom rätten. En rättsekonomisk argumentationsmodell*; oikeustaloustieteen suhteesta lainopin perinteiseen oikeuslähte- ja laintulkintaoppiin, Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*, s. 31–130; sama, ”Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa”; Mähönen, ”Taloustiede oikeuden tulkinnassa”.

¹¹⁵ Oikeuspoliittisesta *de sententia ferenda* -tutkimuksesta, Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 60, 119, 170, 421–422.

lainsäätäjän hyödyntämien oikeudellisten sääntelymallien taloudellista kustannustehokkuutta ja yhteiskunnallista vaikuttavuutta.¹¹⁶

Lainopilliseen tulkintakontekstiin sovellettuna oikeuden taloustieteellinen analyysi perustelee omaehtoisen mallin oikeuslähde- ja laintulkintaopista, joka merkittävästi poikkeaa vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian käsittämistä sitoumuksista. Oikeuden taloustieteellinen analyysi antaa joko ehdotoman etusijan tai vähintäänkin keskeisen merkityksen oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa oleville *taloudellisille* vaikutuksille voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä määrittäessä.¹¹⁷ Aivan kuten vaihtoehtoisen lainopin kirjoituksissa, joissa lainsäädäntö, oikeudellinen ratkaisutoiminta ja oikeudellinen tutkimus pyrittiin palauttamaan oikeuden taloudelliseen perustaan, oikeuden taloustieteellinen analyysi on sekin keskittynyt lähinnä yleiseen oikeudelliseen sääntely- ja ratkaisulogiikkaan sekä oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten arvioimiseen varsinaisesti tulkintajuridiikan alaan kuuluvien kysymysten analysoimisen sijaan.¹¹⁸

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa Pekka Timonen on arvioinut yhtiöoikeudellista sääntelyä yhtäältä perinteisen aarniolaisen oikeuslähdeopin ja toisaalta neoinstitutionalistisen oikeustaloustieteen avulla väitöskirjassaan *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima* sekä teemaa sivuavissa muissa kirjoituksissaan. Timonen on pyrkinyt vahventamaan taloustieteellisten tulkintaperusteiden asemaa oikeuden tutkijan soveltamassa oikeuslähdeopissa tietoisena metodihjelmansa liittymistä yhtäältä *reella överbäganden* -juridiikkaan, toisaalta kriittisen oikeusopin edustamaan ajatukseen ideaalisesta eli 'parhaasta mahdollisesta' oikeudellisesta tulkinnasta, joka voi sivuuttaa vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian mukaisen oikeuslähde- ja laintulkintaopin asettamat rajoitukset. Timonen hyödyntää oikeuden taloudellisia vaikutuksia *reaalisena argumenttina*, jolle hänen mukaansa voi antaa tavanomaista suuremman paino-

¹¹⁶ Lainsäädäntöteorioista, Tala, *Lakien vaikutukset. Lakiuudistusten tavoitteet ja niiden toteutuminen lainsäädäntöteoreettisessa tarkastelussa*; oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta lainsäädäntöön, Määttä, *Environmental Taxes*; Kaisanlahti, *Sidosryhmät ja riski pörssiyrityksessä; de lege ferenda* -tutkimuksen perusteista, Linna, *Ulosottorealisoinnista de lege ferenda*. – Neologistinen termi *legisprudentia* on belgialaisen Luc Wintgensin ehdotus lainsäädännön teoreettisten perusteiden tutkimiseksi. Wintgens, "Creation and Application of Law from A Legisprudential Perspective. Some Observations on the Point of View of the Judge and the Legislator".

¹¹⁷ Oikeuden taloustieteellisen analyysin ajallisesta tuoreudesta suomalaisessa oikeustieteessä kertoo osaltaan sekin, että Juha Häyhän toimittama teos *Minun metodini* vuodelta 1997, jossa 17 oikeustieteen professoria esittelee näkemyksensä soveltamastaan oikeustieteen metodista, ei sanottua lähestymistapaa vielä tunne tai ei ainakaan sen merkitystä tunnusta.

¹¹⁸ Vrt. Mähönen, "Taloustiede lain tulkinnassa", s. 53, jossa kirjoittaja perustellusti huomauttaa sekä naisoikeudellisen että oikeustaloustieteellisen näkökulman toistaiseksi varsin puutteellisesta tulkintajuridisen potentiaalin hyödyntämisestä. Pääpaino on Mähösen mukaan ollut vallitsevien oikeudellisten käsitysten kritiikillä ja *de lege ferenda* -tutkimuksella varsinaisen tulkintajuridiikan sijaan.

arvon, kun tavoitteena on 'parhaan mahdollisen' tulkinnan perusteleminen.¹¹⁹ Samoin Jukka Mähönen on perustellut yleisesti idean taloudellisen argumentaation merkityksen lisäämisestä oikeudellisessa argumentaatiossa.¹²⁰ Max Oker-Blom on kehittänyt yleistä oikeudellista argumentaatiomallia, joka perustuu oikeuden taloustieteelliseen analyysiin.¹²¹

Oikeuden ennakoitavissa olevilla taloudellisilla vaikutuksilla on käsitykseni mukaan sitä suurempi oikeudellista tulkintaa sekä oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa ohjaava ja rajaava merkitys, mitä kiinteämmin tarkasteltavana oleva oikeuskysymys tai oikeudenala liittyy joko kansallisten tai ylikansallisten rahoitus-, tuotanto- ja vaihdantamarkkinoiden sisäisen rakenteen ja toiminnan sääntelyyn. Etenkin EU:n ja kansallisen kilpailu-, sisämarkkina-, yhtiö-, arvopaperi- ja rahoitusoikeuden normien tulkinnassa taloudelliset tulkintaperusteet saavat merkitystä oikeudellisena tulkinta- ja ratkaisuperusteena, koska kyseiset oikeudenalat noudattavat lähtökohtaisesti tai yksinomaan taloudellista markkinarationaalisuutta. Perusteiltaan taloudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka vastaa myös taloudellisten toimijoiden ammatillista itseymmärrystä. Toisaalta, mitä heikompi tarkasteltavana olevan oikeudenalan tai yksittäisen oikeuskysymyksen liittymä taloudelliseen sääntely- ja ratkaisulogiikkaan on, sitä vaikeampi on perustella taloudelliselle kustannustehokkuudelle annettava erityinen etusija tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Esimerkiksi eutanasian, lapsiadoptio, rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen, vanhusten ja vammaisten oikeuksien, muiden kuin taloudellisten perus- ja ihmisoikeuksien ja yleisen sosiaaliturvan käsittämät kysymykset eivät ole palautettavissa ensisijaisesti taloudelliseen sääntely- ja ratkaisulogiikkaan ilman, että tulkintalauseet irtautuvat oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta joidenkin muiden yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden hyväksi.

¹¹⁹ Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*, s. 103–130 ja etenkin s. 124–125; sama, ”Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa”, s. 129–150. Vrt. myös Timonen, *Corporate Governance: Instituutiot ja lainsäädännön kehitys*.

¹²⁰ Yleisesti Mähönen, ”Taloustiede oikeuden tulkinnassa”; vrt. myös Karhu, ”Perusoikeudet ja oikeusläheoppi”, jossa kirjoittaja korostaa voimakkaasti reaalisten argumenttien merkitystä perus- ja ihmisoikeuksien ohella.

¹²¹ Oker-Blom, *Bakom rätten. En rättsekonisk argumentationsmodell*.

19.5 PERUS- JA IHMISOIKEUDET

19.5.1 Perus- ja ihmisoikeuksien sisäinen sääntely- ja ratkaisulogiikka

Ihmisoikeudet ovat kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin ja vastaaviin asiakirjoihin perustuvia, tärkeinä pidettyjä oikeuksia, jotka kuuluvat kaikille ihmisille *universaaleina* oikeuksina henkilön ”rotuun, väriin, sukupuoleen, kieleen, uskontoon, poliittiseen tai muuhun mielipiteeseen, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, omaisuuteen, syntyperään tai muuhun tekijään” katsomatta, niin kuin Yhdistyneiden Kansakuntien Ihmisoikeuksien julistuksen 2 artikla asiasta lausuu. Ihmisoikeudet velvoittavat kansallista lainsäätäjää ja lainsoveltajaa siinä muodossa kuin keskeiset kansainväliset ihmisoikeussopimukset, kuten Euroopan ihmisoikeussopimus, kansalais- ja poliittisten oikeuksien yleissopimus, taloudellisten, sosiaalisten ja kulttuuristen oikeuksien sopimus tai lasten oikeuksien yleissopimus, asiasta säättävät.¹²²

Käytännössä etenkin Euroopan ihmisoikeussopimuksella ja sen yhdenmukaista soveltamista valvovalla Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella on ollut suurin merkitys universaalin tai vähintäänkin *yleiseurooppalaisen* mutta samalla muuntuvia yhteiskunnallisia olosuhteita seuraavan ihmisoikeuksien suojan *vähimmäisstandardin* määrittelijänä.¹²³ Vasta Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen liitetty oikeusturvakeinot samoin kuin useiden kansainvälisten rikostuomioistuinten perustaminen toisen maailmansodan ja muiden myöhempien sotien jälkeen ovat taanneet ihmisoikeuksille ainakin osaksi tehokkaan *juridisen* suojan valtiovallan väärinkäytöksiä vastaan, jollaista ohjelmalliset ja oikeudelliselta vaikutukseltaan vain suositusluontoiset ihmisoikeusasiakirjat, kuten Yhdistyneiden Kansakuntien Ihmisoikeuksien julistus, eivät olleet kyenneet takaamaan. Etenkin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 32 artiklan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimelle antama oikeudellinen toimivalta käsitellä väitetyt ihmisoikeusloukkaukset, sopimuksen 34 artiklan mukainen yksilövalitusoikeus, jonka perusteella henkilö, joka katsoo jonkin sopijavaltiossa loukanneen hänen ihmisoikeuksiaan, on oikeutettu saattamaan asian Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käsiteltäväksi, sekä loukatulle osapuolelle sopimuksen 41 artiklan perusteella myönnettävä kohtuullinen hyvitys ovat muuntaneet ihmisoikeudet aidosti oikeudelliseksi argumentiksi ja osin jopa ylivoimaiseksi oikeudelliseksi ’valttikortiksi’ Ronald Dworkinin oikeusteorian tarkoittamassa merkityksessä.

Perusoikeudet ovat kansallisessa perustuslaissa turvattuja oikeuksia. Ne ovat tärkeinä pidettyjä oikeuksia, jotka ovat kiinnittyneet poikkeuksellisen vahvasti

¹²² Ihmisoikeuksien määrittelystä, Scheinin, *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*, s. 5–12.

¹²³ Pekkanen, ”Euroopan ihmisoikeussopimuksen evolutiivisesta tulkinnasta”.

esimerkiksi Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* niiden voimassa olevassa perustuslaissa nauttiman institutionaalisen tuen perusteella. Lisäksi ne nauttivat myös muunlaista institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen rajaamissa institutionaalisissa ja yhteisöllisissä oikeuslähteissä. Vallitsevaan perusoikeusjärjestelmään on mahdollista lukea myös muita kuin perustuslain selväsanaisesti tunnustamia oikeuksia, jos niiden perusoikeusluonteisuus on johdettavissa Suomea velvoittavista kansainvälisoikeudellisista sitoumuksista, kuten Euroopan unionin perustamissopimuksesta ja muusta EU-oikeudesta, sekä mahdollisesti muusta kansallisesta lainsäädännöstä, joka ilmentää keskeisellä tavalla oikeusjärjestyksen perustavia arvoja ja tavoitteita.¹²⁴

Perushyvät eli perusarvot ovat kansainvälisillä sopimuksilla tunnustettujen ihmisoikeuksien sekä kansallisessa perustuslaissa tunnustettujen perusoikeuksien taustalla vaikuttavia arvo- ja tavoiteperusteita, jotka ovat kiinnittyneet osaksi *universaalia*, yleispätevää oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa esimerkiksi John Finnisin luonnonoikeusfilosofian tarkoittamalla tavalla. Finnis myös korostaa, että hänelle termit *luonnolliset oikeudet* ja *ihmis-oikeudet* ovat synonyymejä.¹²⁵ Semantiikan termein ilmaistuna ainakin niiden semanttinen referenssi eli asiallinen soveltamisala ja mahdollisesti myös niiden merkityssisältö ovat yhtenevät.

Ihmis- ja perusoikeudet voidaan jakaa kolmeen ryhmään tai 'sukupolveen' yhtäältä niiden *syntyajankohdan* ja toisaalta niiden noudattaman oikeudellisen *sääntely- ja ratkaisulogiikan* mukaan.¹²⁶ Liberalistisen yhteiskuntakäsityksen mukaiset *yksilölliset vapausoikeudet*, kuten elämän, henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden, omaisuuden, yksityiselämän ja sananvapauden suoja, kuuluvat ensimmäisen sukupolven perusoikeuksiin. Hyvinvointivaltiolliset *TSS-oikeudet* eli taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet, kuten oikeus koulutukseen, terveydenhuoltoon tai työttömyysturvaan, kuuluvat perusoikeuksien toiseen sukupolveen. TSS-oikeuksiin voi vielä lisätä juridiset *O-oikeudet* eli *oikeudelliset* oikeudet hallinnon lainalaisuuden sekä kansalaisten oikeusturvan saatavuuden ja oikeuksiinsa pääsyn eli *access to justice*-ideologian merkityksessä.¹²⁷ Esimerkiksi Suomen voimassa olevan perustuslain 21 § (11.6.1999/731) säätää juridisista perusoikeuksista seuraavasti:

¹²⁴ Perusoikeuksista yleisesti, Hallberg, Karapuu, Scheinin, Tuori & Viljanen, *Perusoikeudet*; Nieminen, toim., *Perusoikeudet Suomessa*; sama, toim., *Perusoikeudet EU:ssa*.

¹²⁵ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 198: "Almost everything in this book is about human rights ('human rights' being a contemporary idiom for 'natural rights': I use the terms synonymously)."

¹²⁶ Jaottelu kolmen (tai neljän) sukupolven perusoikeuksiin on alan kirjallisuudessa yleisesti hyväksytty. Vastaavista perusoikeusluokitteluista, Karapuu, "Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö", s. 68–74. Ajatus eri sukupolvien ihmis- ja perusoikeuksien noudattamasta erilaisesta oikeudellisesta sääntely- ja ratkaisulogiikasta on oma tulkinnallinen täsmennykseni.

¹²⁷ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 674, 676–680.

”*Oikeusturva.* Jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi.”

Kolmannen sukupolven perusoikeuksilla tarkoitetaan kansoille ja ihmisryhmille kuuluvia aidosti *yhteisöllisiä* eli *kollektiivisia oikeuksia*, kuten kansojen itsemääräämisoikeutta, omaan kieleen ja kulttuuriin liittyviä oikeuksia ja oikeutta rauhanomaiseen kehitykseen. Toisinaan erotetaan vielä neljännen sukupolven perusoikeuksina erityiset *luontoa ja ympäristöä* koskevat oikeudet, kuten oikeus kestävään kehitykseen ja eläinten tai yleisemmin elollisen luonnon tai biosfäärin oikeudet. Kokoavasti ihmis- ja perusoikeudet voidaan esittää seuraavasti:¹²⁸

I. *Yksilölliset vapausoikeudet:* suoja toisten kansalaisten tai julkisen vallan toteuttamia oikeudenloukkauksia vastaan esimerkiksi elämän, henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden, omaisuuden ja yksityiselämän suojan merkityksessä
= oikeusvaltiolliset *protected rights* t. *protection against (illegal intrusion)* -tyyppiset perusoikeudet

II. *Yksilöllisesti kohdennettavissa olevat TSS + O -oikeudet:* taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset sekä juridiset eli oikeudelliset oikeudet erilaisten institutionaalisten julkishyödykkeiden saatavuuden eli esteettömän julkishyödykkeiden markkinoille pääsyn merkityksessä
= hyvinvointivaltiolliset *access to the market of public goods* -tyyppiset perusoikeudet

- a) *taloudelliset* perusoikeudet: elinkeino- ja ammatinharjoittamisvapaus eli esteetön pääsy toimiville pääoma-, tuotanto- ja vaihdantamarkkinoille (engl.: *fair access to economic market*),
- b) *sosiaaliset* perusoikeudet: pääsy sosiaaliturvan, kuten toimeentuloturvan, lasten päivähoidon, työttömyysturvan, sairaus- ja työkyvyttömyysvakuutuksen tai eläkevakuutuksen piiriin (engl.: *access to social welfare*),
- c) *sivistykselliset* perusoikeudet: oikeus ammatilliseen ja muuhun koulutukseen, pääsy yleiseen tietoverkkoon ja tiedonsiirron infrastruktuuriin (engl.: *access to learning & education*), ja

¹²⁸ Nähdäkseni uutta on tässä erottelukriteerinä käytetty *protected rights – access to – justice as* -kolmikantajaottelu, oikeusturvan saatavuuteen liittyvien juridisten eli oikeudellisten oikeuksien lisääminen perinteisten hyvinvointivaltiollisten TSS-oikeuksien rinnalle sekä esteettömän yleiseen tietoverkkoon (engl.: *world wide web, internet*) pääsyn lukeminen sivistyksellisiin TSS + O -oikeuksiin. Käytännössä tämä on toteutettavissa esimerkiksi pääsynä kirjastoihin tai muihin julkisiin tiloihin sijoitettuihin yleisöpäätteisiin, joista on yhteys yleiseen tietoverkkoon. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 674.

- d) *juridiset* perusoikeudet: oikeusturvan saatavuus ja hallinnon lainalaisuus (engl.: *access to justice*): maksuton oikeusapu ja kansalaisten oikeuksiinsa pääseminen

III. Yhteisölliset oikeudenmukaisuusoikeudet ja vastuuperustaiset toimintatara- toimet

= globaalin vastuuyhteiskunnan *justice as (something)* -tyyppiset perusoikeudet

- oikeus terveelliseen ympäristöön (ja vastuu ympäristöstä), ja
- sukupolvet ylittävä oikeudenmukaisuus (engl.: *intergenerational justice*)
- naisten ja erityisten yhteiskunnallisten vähemmistöryhmien oikeus tietoiseen suosivaan erityiskohteluun esimerkiksi varattuina edustuksellisinä kiintiöpaikkoina aineellisia resursseja sekä avautuvia uusia virkoja tai opiskelupaikkoja kohdennettaessa,
- etnisten ja muiden vähemmistöryhmien oikeus omaehtoiseen kieleen ja kulttuuriin (engl.: *right to cultural and ethnic identity & diversity*).

Ympäristöoikeudessa tunnustettu *kestävän kehityksen periaate* voidaan tulkita yhteisnimityksenä, joka käsittää oikeuden terveelliseen ympäristöön ja vastuun ympäristöstä sekä sukupolvet ylittävän oikeudenmukaisuuden.

Kansalaisten *poliittiset osallistumisoikeudet*, kuten voimassa olevan perustuslain 14 §:n (11.6.1999/731) tarkoittamat *vaali- ja osallistumisoikeudet* eli oikeus äänestää valtiollisissa vaaleissa sekä asettua vaaleissa ehdolle, eivät ole ongelmitta sijoitettavissa ehdottamaani kolmikantaiseen perusoikeusluokitukseen.¹²⁹ Poliittiset osallistumisoikeudet ovat *oikeussysteemisiä* eli *institutionaalisia* eli *metatason* perusoikeuksia, jotka tekevät ensin oikeusjärjestyksen sekä sen avulla muiden eli varsinaisten eli *aineellisten* perusoikeuksien toteuttamisen mahdolliseksi.

Kukin kolmesta aineellisesta perusoikeusluokasta noudattaa omanlaistaan sisäistä sääntely- ja ratkaisulogiikkaa:

I. PROTECTED RIGHTS -tyyppiset *oikeusvaltiolliset*, klassisen poliittisen liberalismien mukaiset yksilön vapausoikeudet, kuten elämän, terveyden, henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden, omaisuuden sekä yksityiselämän suoja toisten kansalaisten ja julkisyhteisön oikeudenloukkauksia vastaan,

II. ACCESS TO -tyyppiset *hyvinvointivaltiolliset*, yksilöllisesti kohdennettavissa olevat TSS + O -oikeudet, kuten oikeus koulutukseen, terveydenhuoltoon ja sosiaaliturvaan, eli *esteetön pääsy institutionaalisten julkishyödykkeiden markkinoille*, jota julkisyhteisön velvollisuus määrättyjen *institutionaalisten rakenteiden* ylläpitämiseen vastaa,

¹²⁹ Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*, s. 136–137; Uoti, *Euroopan ihmisoikeustuomioistuin – lainkäyttäjän oikeuden tekijänä*, s. 77.

III. JUSTICE AS -tyyppiset *globaalin vastuuyhteiskunnan* aidosti yhteisölliset 'oikeudenmukaisuusoikeudet' ja vastuuperustaiset toimintarajoitukset, kuten oikeus terveelliseen ympäristöön ja vastuu ympäristöstä sukupolvien välisen oikeudenmukaisuuden ja kestävä kehityksen periaatteen edellyttäminä toimintarajoituksina, yhteisöllinen oikeudenmukaisuus eri vähemmistöryhmien kollektiivisena suojana, oikeudenmukaisuus etnisten ja muiden ryhmien omaehtoisen kielen ja kulttuurin identiteetin suojeluna, ja niin edelleen.

Myös erityyppisten ihmis- ja perusoikeuksien suoja mekanismit poikkeavat toisistaan. Euroopan ihmisoikeuksien yleissopimus, jonka noudattamista Euroopan ihmisoikeustuomioistuimissa valvoo, keskittyy lähinnä ensimmäisen sukupolven liberalististen vapausoikeuksien turvaamiseen, eikä hyvinvointivaltiollisten TSS (+ O) -oikeuksien toteutumisen takeena ole vastaavaa tehokasta oikeudellista suoja mekanismia.

Yksilöllisistä vapausoikeuksista on filosofisessa kirjallisuudessa kirjoitettu suhteellisesti eniten aina J. S. Millin (1806–1873) klassisen *poliittisen liberaalismin* ajoista lähtien. Ne ovat *protection against (illegal intrusion)* -tyyppisiä oikeuksia, jotka takaavat kansalaisille koskemattomuuden valtion tai toisten kansalaisten oikeudetonta asioihin puuttumista vastaan.

Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset sekä tulkintani mukaan myös juridiset oikeudet eli TSS + O -oikeudet ovat ajallisesti myöhempää ideologista kerrostumaa eli osa modernia *hyvinvointivaltioideologiaa*. Ne ovat valtion tai muun julkisyhteisön kansalaisille takaamia positiivisia toimintamahdollisuuksia pelkän negatiivisen vapausoikeudellisen suojan sijaan. Hyvinvointivaltiolliset *access to* -tyyppiset oikeudet edellyttävät määrätyn institutionaalisen rakenteen, oikeudellisen toimintaympäristön tai yhteiskunnallisen infrastruktuurin olemassaolon esimerkiksi koulutukseen, terveydenhuoltoon, taloudelliseen vaihdantaan, verkottuneeseen tiedonsiirtoon tai oikeuslaitokseen ja viranomaiskoneistoon liittyvien institutionaalisten reunaehtojen merkityksessä. TSS + O -oikeuksissa on toisin sanoen aina kaksi puolta: yhtäältä toimivat *institutionaaliset rakenteet*, joiden ylläpito on julkisyhteisön vastuulla, ja toisaalta yksittäisille oikeussubjekteille turvattu *esteetön pääsy tietynlaisten julkishyödykkeiden markkinoille*.

Globaalin vastuuyhteiskunnan aidosti yhteisölliset oikeudenmukaisuusoikeudet ja vastuuperustaiset toimintarajoitukset perustuvat ajatukselle, jonka mukaan yhteiskunnallinen vastuu tulee ulottaa koskemaan myös muun muassa vähemmistöjen kollektiivisia oikeuksia, joille perinteiset yksilölliset vapausoikeudet tai yksilöllisesti kohdennettavat TSS + O -oikeudet eivät takaa riittävää suojaa, sekä tulevien sukupolvien oikeuksia, jotka määritelmällisesti eivät voi kuulua kahden edellisen perus- ja ihmisoikeuskategorian alaisuuteen. Ehdotetut neljännen sukupolven luontoa ja ympäristöä koskevat oikeudet merkitsevät *ekologisen* tietoisuuden ja globaalin vastuunalaisuuden läpimurtoa perus- ja ihmisoikeusajattelussa.

Ihmisoikeudet tukeutuvat siis kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin ja perusoikeudet voimassa olevaan perustuslakiin, mutta ihmis- ja perusoikeuksiin sitoutuneen oikeusajattelun ja laintulkintaopin kannalta senkaltainen oikeuspositivistinen lähtökohtaetus ei ole kuitenkaan välttämätön. Esimerkiksi Juha Pöyhönen hyväksyy Suomen perusoikeusjärjestelmään myös *toimivat markkinat*, joita voimassa oleva perustuslaki ei ainakaan selväsanaisesti tunne:¹³⁰

”Toimivilla markkinoilla on luonnollinen paikkansa perusoikeusjärjestelmän osana. Ilman toimivia markkinoita monien varallisuus oikeudellisten perusoikeuksien toteuttamismahdollisuudet heikkenisivät olennaisesti. Ajatus perusoikeuksista juuri toimintamahdollisuuksien luojana, ylläpitäjänä ja turvaajana vastaa yhtä perusoikeusuudistuksen keskeistä tavoitetta. Kun aikaisemmin tästä ulottuvuudesta käytettiin esimerkkinä luku- ja kirjoitustaidon merkitystä sananvapaudelle, perusoikeusuudistuksessa tämä yleistettiin koskemaan koko perusoikeusjärjestelmän rakennetta toisaalta ns. vapausoikeuksien ja toisaalta taloudellisten ja sosiaalisten oikeuksien suhteena. – Toimivat markkinat tulevat siten samankaltaiseen asemaan kuin ympäristöä koskevat vaatimukset (...) Toimivia markkinoita koskeva perusoikeusnormi voidaan täydentäen lukea osaksi perusoikeusjärjestelmää.”

Nähdäkseni Pöyhönen on kiistanalaisessa väitteessään oikeassa, mutta sen tueksi esitettävät perustelut ovat olennaisesti toiset kuin mihin Pöyhönen itse tekstissään viittaa. Taloudelliset perusoikeudet saavat merkitystä (muun muassa) Suomen oikeudessa sen vuoksi, että Euroopan yhteisön perustamissopimus eli Rooman sopimus myöhempien muutoksineen ja lisäyksineen, jonka oikeudellisiin ja taloudellisiin velvoitteisiin myös Suomi Euroopan unionin jäsenmaana on täysimääräisesti sitoutunut, rakentuu keskeisesti *taloudellis-institutionaalisten* premissien varaan, jollaisena toimivat taloudelliset eli, täsmällisemmin ilmaisten, rahoitus-, tuotanto- ja vaihdantamarkkinat voidaan osaltaan nähdä. Toimivat rahoitus-, tuotanto- ja vaihdantamarkkinat ovat toisin sanoen keskeinen osa Euroopan unionin institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa, joka institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden välityksellä jäsentää keskeisesti myös suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa.

Edellytyksenä on se, että taloudelliset oikeudet tulkitaan osaksi hyvinvointivaltiollisia TSS + O -oikeuksia kansalaisten esteettömän julkishyödykkeiden markkinoille pääsyn merkityksessä, mikä asettaa puolestaan valtiovallalle toimivien institutionaalisten rakenteiden ylläpitovelvoitteen, joka oikeudellinen velvoite on johdettavissa Euroopan unionin perustamissopimuksesta ja sen nojalla annetusta EU-oikeudellisesta ja kansallisesta sääntelystä. Niinpä Euroo-

¹³⁰ Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 83–84. Tekstilainaus Pöyhönen, mts. 83.

pan unionin neuvostolla, komissiolla ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimella samoin kuin esimerkiksi Suomen kansallisilla markkina- ja kilpailulainsäädäntöä valvovilla viranomaisilla on yhtäältä EU-oikeudellisiin normeihin ja toisaalta kansalliseen oikeudelliseen sääntelyyn perustuva velvollisuus huolehtia siitä, että taloudellisia rahoitus-, tuotanto- ja vaihdantamarkkinoita määrittävät institutionaaliset rakenteet toimivat asianmukaisella tavalla ja että yksittäisillä oikeussubjekteilla on esteetön pääsy sanotunlaisille markkinoille Euroopan unionin ja kansallisen lainsäädännön, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä kansallisten tuomioistuin- ja viranomaispäätösten edellyttämällä tavalla.

Oikeudelliselta merkitykseltään eli Suomen oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa sekä institutionaaliin päätöksiin perustuvia oikeussääntöjä ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvia oikeusperiaatteita jäsentävältä vaikutukseltaan Euroopan unionin perustamissopimus (Rooman sopimus) myöhempien muutoksineen ja lisäyksineen,¹³¹ mukaan lukien sopimus Suomen liittymisestä Euroopan unioniin, rinnastuu kiistatta Suomen voimassa olevaan perustuslakiin. Euroopan unionin lainsäädännön ja tuomioistuinikäytännön oikeudellinen ratkaisuarvo eli (myös) suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus on siten huomattavan suuri. EU-oikeuden ja Suomen kansallisen oikeuden keskinäisessä kollisiotilanteessa Euroopan unionin lainsäädäntö sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet menevät kansallisen lainsäädännön ja, tietyin ehdoin, jopa kansallisen perustuslain edelle suomalaisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellista päätöksentekoa ohjaavana oikeudellisena tulkinta- ja ratkaisuperusteena.¹³²

Sanotuina ehdoin myös toimivat taloudelliset markkinat eli kansalaisille taattu esteetön pääsy toimiville rahoitus-, tuotanto- ja vaihdantamarkkinoille sekä sitä vastaava valtiovallalle asetettu vaatimus toimivien institutionaalisten rakenteiden ylläpitämisestä on perusteltua lukea voimassa olevien perusoikeuksien joukkoon. Tähän taloudellisten markkinoiden *EU-oikeudelliseen* tulkinta- ja merkityskontekstiin Pöyhönen ei kuitenkaan kirjassaan viittaa, vaikka oikeuden ja sen yhteiskunnallisen soveltamiskontekstin markkinaistuminen onkin yksi hänen havaitsemistaan oikeudellisista kehitystrendeistä.¹³³

¹³¹ Näitä ovat *Yhtenäisasiakirja* (engl.: *Single European Act*; allekirjoitettu ja tuli voimaan 1987), *Maastrichtin sopimus* (allekirjoitettu 1992 ja tuli voimaan 1993), *Amsterdamin sopimus* (allekirjoitettu 1997 ja tuli voimaan 1999), *Nizzan sopimus* (allekirjoitettu 2001 ja tuli voimaan 2003) sekä *Euroopan unionin perustuslaillinen sopimus* (allekirjoitettu 2004).

¹³² Euroopan unionin lainsäädännön, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön oikeudellisesta ratkaisuarvosta, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 254–256, 261–265 ja 274–276.

¹³³ Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, s. 20–21. Pöyhönen viittaa tältä osin oikeustaloustieteellisen argumentaation merkitykseen oikeudessa ja oikeustieteessä.

19.5.2 Perus- ja ihmisoikeudet laintulkinnassa

Perus- ja ihmisoikeussidonnainen laintulkintaoppi asettaa Suomen voimassa olevan perustuslain selväsanaisesti hyväksymän tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämän *perusoikeusjärjestelmän* käsittämät perusoikeudet sekä Suomea velvoittavien ylikansallisten ihmisoikeussopimusten asettaman universaalin tai ainakin yleiseurooppalaisen *ihmisoikeuksien suojan vähimmäisstandardin* vakioiduksi oikeudelliseksi validiteetti- ja tulkintakriteeriksi, jota vasten voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden oikeudellista validiteettia ja tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä tulee arvioida. Perus- ja ihmisoikeudet voivat vaikuttaa voimassa olevan oikeuden tulkintaan joko *välittömästi*, jolloin ne hyväksytään sellaisenaan oikeudellisen ratkaisun normatiiviseksi perustaksi eli oikeudellisen päättelyn normipremissiksi, tai *välillisesti* eli oikeudellisen tulkintavaikutuksen kautta, jolloin ne saavat ohjata muiden voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tulkintaa ihmis- ja perusoikeusmyönteiseen suuntaan. Perusoikeudet ja ihmisoikeudet vaikuttavat paitsi tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudelliseen ratkaisuharkintaan myös maan ylimpien laillisuusvalvojien, valtioneuvoston oikeuskanslerin ja eduskunnan oikeusasiamiehen laillisuusvalvontaratkaisuihin. Etenkin ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan ja voimassa olevan perustuslain 21 §:n takaama oikeus oikeudenmukaiseen ja puolueettomaan oikeudenkäyntiin sekä sanotun perustuslainkohdan asettama hyvän hallinnon vaatimus täsmentyvät laillisuusvalvojien antamissa ratkaisuissa.¹³⁴

Ronald Dworkinin esittämä vaatimus *ota (perus)oikeudet vakavasti!*¹³⁵ voi toteutua vain, jos voimassa olevan oikeuden tulkinnassa on sitouduttu johdonmukaisella tavalla oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa eri tavoin ilmentävien perus- ja ihmisoikeuksien kokonaisuuteen yhtäältä liberalistista oikeusvaltioideologiaa toteuttavien suojattujen vapausoikeuksien, toisaalta hyvinvointivaltiollisten TSS + O -oikeuksien, kolmanneksi globaalin vastuuyhteiskunnan mukaisten yhteisöllisten oikeudenmukaisuusoikeuksien ja vastuuperustaisten toimintarajoitusten sekä neljänneksi metatason institutionaalisten osallistumisoikeuksien merkityksessä, joiden keskinäiset etusijasuhteet valitseva oikeudellinen *metateoria* eli oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti enemmän tai vähemmän jäsentyneellä tavalla määrittää. Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti on kuitenkin tältä osin varsin täsmentymätön, ja perus- ja ihmisoikeuksien keskinäisistä suhteista on esitetty alan kirjallisuudessa erilaisia tulkinnallisia painotuksia.

¹³⁴ Laillisuusvalvojien antamista ratkaisuista ja muista oikeudenkäyttöä yhtenäistävistä viranomaispäätöksistä oikeuslähteenä, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 269–272.

¹³⁵ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *passim*.

Perusoikeusmyönteisen laintulkinnan idea on hyväksytty Suomen perustuslain 22 §:ssä (11.6.1999/731):

”*Perusoikeuksien turvaaminen.* Julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.”

Perusoikeuksia tukevilla oikeusperiaatteilla on perustuslain suoman vahvan institutionaalisen tuen vuoksi vähintäänkin rajoitettu systeeminen etusija muunlaisiin riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nautti-viin oikeusperiaatteisiin ja vastaaviin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin nähden. Oikeusperiaatekeskeisen metodiopin keskeiskysymyksestä eli perusoikeuksien keskinäisen kollision ratkaisusta perustuslain säännös vaikenee. Miten tulee ratkaista normikollisio esimerkiksi lehdistön sananvapauden ja kansalaisten yksityisyyden suojan tai eri viranomaisien, kuten poliisin, tullivirkailijoiden tai rajavartioiden, lainmukaisten pakkokeinovaltuuksien ja sanottujen pakkokeinojen kohteeksi joutuneen henkilön henkilökohtaisen vapauden, koskemattomuuden ja turvallisuuden välillä, joista perustuslain 7 § säättää? Onko sanottujen vapausoikeuksien suojalla ehdoton tai ainakin *jonkinlainen* suhteellinen etusija hyvinvointivaltiollisiin TSS (+ O) -oikeuksiin sekä aidosti kollektiivisiin yhteisöllis-kulttuurisiin ja kielellisiin oikeuksiin nähden? Pelkkä viittaus perusoikeuskirjallisuudessa usein toistettuun ajatukseen voimassa olevan perustuslain tarkoittamasta *perusoikeusmyönteisestä* laintulkinnasta ei kykene ongelmaa tyydyttävällä tavalla jäsentämään, saati ratkaisemaan, kun eri perusoikeuksien keskinäiset suhteet ovat nyt osoittautuneet pulmallisiksi.

Perusoikeudet voidaan jakaa siis kolmen (tai neljän) sukupolven perusoikeuksiin niiden suhteellisen syntyajankohdan ja etenkin niiden noudattaman oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan perusteella. Esimerkiksi korkeimman hallinto-oikeuden antamaa *Vuotos-ratkaisua* (KHO 2002: 86) on mahdollista jäsentää (ainakin) kolmenlaisten perusoikeuksien kollisiotilanteena, joista kukin ilmentää sille ominaista oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa:

- I. Yksilölliset vapausoikeudet: *omaisuudensuoja*, mukaan lukien omistajan oikeus käyttää omaisuuttaan haluamallaan tavalla hyväkseen.
- II. Hyvinvointivaltiolliset, yksilöllisesti kohdennettavissa olevat TSS + O -oikeudet: *oikeus työllisyyteen* sekä, siihen liittyen, hankkeen vaikutukset seudun elinkeinoelämään ja työllisyyteen.
- III. Globaalin vastuuyhteiskunnan oikeudet ja vastuuperustaiset toimintatarajoitukset: ekologiset *ympäristöarvot*, kuten kestävä kehitys ja tulevien sukupolvien oikeudet.

Vuotos-ratkaisussa KHO antoi suhteellisen etusijan luonto- ja ympäristöarvoille, jotka saivat suuremman painoarvon kuin allashankkeen vaikutukset seudun elinkeinoelämään ja työllisyyteen. Kysymystä omaisuudensuojasta ei ratkaisua

tehtäessä otettu samassa määrin arvioinnin kohteeksi. Punnintatilanteen tekee tässä erityisen vaikeaksi se, että arvioitavana olleet perusoikeudet kiinnittyvät kukin varsin erilaiseen yhteiskunnalliseen taustaideologiaan sekä toteuttavat kukin varsin erilaista oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa: omaisuuden-suoja kiinnittyy liberalistiseen oikeusvaltioideologiaan ja suojaan yhtä hyvin valtiovallan kuin toisten kansalaisten toteuttamia oikeudenloukkauksia vastaan, oikeus työllisyyteen ilmentää hyvinvointivaltiollisia TSS + O -oikeuksia esteettömän julkishyödykkeiden markkinoille pääsyn merkityksessä ja ympäristöä koskevat oikeudet toteuttavat globaalin vastuuyhteiskunnan velvoitteita luontoa ja myös tulevia sukupolvia kohtaan. Perinteisesti omaisuudensuoja on nauttinut suomalaisessa oikeusjärjestyksessä huomattavan vahvaa perusoikeussuojaa.

Viimeisten vuosikymmenten aikana erilaisten luonto- ja ympäristöarvojen suhteellinen painoarvo oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa heijastavissa oikeuslähteissä on merkittävästi lisääntynyt, ja Vuotos-ratkaisu ilmentää osaltaan tätä kehitystä. Kolmannen sukupolven yhteisöllisille oikeuksille on lisäksi ominaista niiden vaikutusten huomattavan pitkä ajallinen ulottuvuus. Ympäristövaikutukset ulottuvat seuraavienkin sukupolvien elinehtoihin tavalla, joka ei sovellu ensimmäisen sukupolven yksilöllisiin vapausoikeuksiin (muutoin kuin ehkä perintöoikeudellisen omaisuudensuojan merkityksessä) eikä myöskään hyvinvointivaltiollisiin TSS + O -oikeuksiin.

Perusoikeuskeskeisen ajattelutavan taustalla on ajatus institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista *oikeusperiaatteista*, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus on vain tilannekohtaisesti arvioitavissa, jollei periaatteiden keskinäisiä etusijasuhteita ole vähintään heikosti ennalta vakioitu ja asetettu etusijajärjestykseen vallitsevan oikeudellisen metateorian perustelemalla tavalla. Erilaisia perus- ja ihmisoikeuksia ilmentävät oikeusperiaatteet saavat institutionaalista tukea voimassa olevan perustuslain ja Suomea velvoittavien kansainvälisten ihmisoikeussopimusten ohella Euroopan ihmis-oikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen prejudikaattivaikutuksesta, muusta kansallisesta lainsäädännöstä sekä erilaisista, riittävän yhtenäisistä ja vakiintuneista institutionaalisista ja yhteisöllisistä käytännöistä, joilla katsotaan olevan oikeudellista merkitystä. Vallitseva perusoikeusjärjestelmä, joka määrittää eri perusoikeusperiaatteiden keskinäiset painoarvot, on yhdenlainen tulkinta perustuslain noudattamasta oikeudellisesta sääntely- ja ratkaisulogiikasta sekä vallitsevasta oikeudellisesta metateoriasta. Se, miten systeemisestä tuo perusoikeusjärjestelmä on mielletty, vaihtelee eri kirjoittajien teksteissä.

Juha Pöyhönen (myöh. Karhu) on jäsentänyt *Uusi varallisuus-oikeus* -teoksessa voimassa olevan sopimusoikeuden, omistusoikeuden ja vahingonkorvausoikeuden tulkintaa siten, että ainakin lähtökohtaisesti kaikki mahdolliset oikeudelliset tulkintaongelmat palautetaan yhtäältä perusoikeuksien ja toisaalta reaalisten argumenttien arvioimiseksi, eikä Pöyhönen siis anna muunlaisille

institutionaalisista tai yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdetuille tulkinta- ja ratkaisuperusteille vastaavaa oikeudellista ratkaisuarvoa. *Varallisuus oikeudellinen ihmisarvo* ja sitä tukevat perusoikeudet saavat Pöyhösen analyysissä keskeisen sijan.¹³⁶

”Juridisten ongelmien asettamisen lähtökohtana varallisuus oikeuden uudessa järjestelmässä on *perusoikeusjärjestelmä*. Tämä on luonnollista, sillä perusoikeusjärjestelmän tarkoitus on olla oikeuden yleinen perusta kaikilla oikeudenaloilla. Tällainen läpäisyvaatimus edellyttää, että myös varallisuus oikeudellisia tilanteita pystytään erittelemään *perusoikeusherkällä* tavalla. Juridisten käytännön ongelmien jäsentelyssä on pystytävä ottamaan huomioon piirteitä, joihin voidaan ulottaa perusoikeusjärjestelmään kiinnittyviä ja palautuvia periaatteita. Kun perusoikeusjärjestelmää ei pidetä niinkään lainsäätäjälle suunnattuna normistona kuin koko oikeuden ja kaikki oikeudenalat läpäisevänä perustana, normien soveltamisessa varallisuus oikeudessa on kiinnitettävä huomiota perusoikeusjärjestelmän toteutumiseen. Harkinta liittyy eräänlaiseen *varallisuus oikeudellisen ihmisarvon* ja sitä tukevien perusoikeuksien kunnioittamiseen, suojaamiseen ja toteuttamiseen.”

Vaikka perus- ja ihmisoikeusnäkökulma on eräänlainen kaiken oikeudellisen tulkinnan yhteinen nimittäjä sen vallitsevaa institutionaalista tulkintaideologiaa sekä oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa keskeisesti jäsentävän merkityksen vuoksi, perus- ja ihmisoikeudet eivät ole suinkaan ainoa Suomen oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämistä yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista. Perus- ja ihmisoikeusargumentin rinnalla vaikuttaa joukko muita oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan tukeutuvia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joita yhtäältä institutionaaliin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja toisaalta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet eri tavoin ilmentävät.

Ajatus *perusoikeusjärjestelmästä* eli eri (ihmis- ja) perusoikeuksien välillä vallitsevista, vähintäänkin heikosti vakioiduista etusijasuhteista asettaa ne vähintäänkin heikosti systeemisen jäsenyyksen osaksi, jonka avulla perusoikeuksien keskinäiset ristiriitatilanteet ovat ainakin tietyissä tyyppitilanteissa ratkaistavissa. Perusoikeuksia toteuttavat oikeusperiaatteet saavat oikeudellisessa punninnassa lähtökohtaisen etusijan suhteessa muihin mahdollisiin oikeusperiaatteisiin niiden poikkeuksellisen vahvan institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen

¹³⁶ Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 26 (kursivoinnit lisätty). – Vrt. Karhu (ent. Pöyhönen), ”Perusoikeudet ja oikeuslähteoppi”, 805–806, missä kirjoittaja rinnastaa tuomarin oikeudellisen päätöksenteon eduskunnan perustuslakivaliokunnan hyödyntämään perusoikeusargumentaation.

hyväksynnän perusteella, ja myös perusoikeuksien välillä vallitsee vähintäänkin heikkoja keskinäisiä etusijasääntöjä. Ainakin henkilön elämän, henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden suoja nauttii nähdäkseni ehdotonta suojaa esimerkiksi hyvinvointivaltiollisiin TSS + O -oikeuksiin sekä yhteisöllisiin oikeudenmukaisuusoikeuksiin ja vastuuperusteisiin toimintarajoituksiin nähden. Myös vastakkaista kantaa perusoikeuksien keskinäisistä suhteista on oikeuskirjallisuudessa kannatettu.

Juha Pöyhönen on esittänyt vahvan väitteen Suomen vallitsevan perusoikeusjärjestelmän käsittämien yksittäisten perusoikeuksien ainakin lähtökohtaisesta yhdenvertaisuudesta:¹³⁷

”Perusoikeuksien välisessä vertailussa yhdenvertaisuus merkitsee sitä, että monesti käytetty erottelu eri sukupolvien perusoikeuksiin ei muodosta tärkeysjärjestystä. Siten vapausoikeuksille ei kuulu lähtökohtaisesti suurempaa systeemi-arvoa kuin taloudellisille, sosiaalisille tai sivistyksellisille perusoikeuksille. Myöskään ympäristö ja muut kollektiiviset perusoikeudet eivät lähtökohtaisesti ole vähemmän tärkeitä kuin yksilölliset perusoikeudet.”

Eri perusoikeudet ovat toisin sanoen Pöyhösen mukaan lähtökohtaisesti keskenään samanarvoiset, eivätkä esimerkiksi ensimmäisen sukupolven perinteiset vapausoikeudet, kuten perustuslain 7 §:n määrittämä elämän, henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden suoja, joka kieltää muun muassa hengenriiston, kidutuksen ja laittoman vapaudenriiston, nautti suurempaa oikeudellista painoarvoa kuin toisen sukupolven TSS (+ O) -oikeudet eli taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset (sekä tulkintani mukaan myös oikeusturvan saatavuuteen liittyvät) perusoikeudet tai kolmannen ja neljännen sukupolven ympäristöön, yhteisölliseen kieleen ja kulttuuriin sekä muihin aidosti kollektiivisiin yhteisöllisiin arvoihin liittyvät perusoikeudet.

Samoin tunnustettu luonnonoikeusfilosofi John Finnis hyväksyi edellä käsitetyksen ehdottamiensa seitsemän ’itseannetun’ ja itsestään selvän *perushyvän* eli *perusarvon* – elämän, tiedon, leikin, esteettisen kokemuksen, sosiaalisuuden (ystävyyden), käytännöllisen järkevyyden ja uskonnon – keskinäisestä yhdenvertaisuudesta sosiaalisen toiminnan ja arvostusten perustana. Finnisin perusteleman (fenomenologisen) katsantokannan mukaan perushyvien eli perusarvojen välille ei voi perustella minkäänlaista hierarkkista etusijajärjestystä.¹³⁸

¹³⁷ Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, s. 77–78; vrt. toisin Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 673–674.

¹³⁸ ”More important than the precise number and description of these values is the sense in which each is basic. First, each is equally self-evidently a form of good. Secondly, none can be analytically reduced to being merely an aspect of any of the others, or to being merely instrumental in the pursuit of any of the others. Thirdly, *each one, when we focus on it, can reasonably be regarded as the most important*. Hence *there is no hierarchy amongst them*. (...) Each is

”Olenaisempaa kuin yksittäisten perusarvojen täsmällinen lukumäärä tai sisältö on se, miten jokainen niistä on ensisijainen tai perustavanlaatuinen suhteessa toisiin perusarvoihin. Ensinnäkin, jokaisella niistä on yhtä lailla itsestään selvästi perusarvon luonne. Toiseksi, mitään niistä ei ole mahdollista palauttaa analyttisesti jonkin toisen perusarvon osaksi tai pelkäksi välineeksi sellaisen saavuttamiseksi. Kolmanneksi, *jokaista perusarvoa, kun tarkastelu kohdennetaan siihen, voi perustellusti pitää kaikkein tärkeimpänä*. Niinpä perusarvojen kesken ei vallitse minkäänlaista hierarkkista etusijajärjestystä. (...) Kukin perusarvoista on yhtä lailla perustavanlaatuinen. Mikään niistä ei ole toista perustavampi, sillä kukin niistä voidaan ottaa yksitellen tarkastelun kohteeksi ja jokainen, kun tarkastelu kohdennetaan vain siihen, esittää oikeutetun vaateen omasta ensisijaisuudestaan. Sen vuoksi perusarvojen kesken ei vallitse minkäänlaista objektiivista arvohierarkkia.”

Finnisin päättely on toistuvasti lähellä loogista ja käsitteellistä kehää, kun kunkin perusarvon ensisijaisuutta suhteessa toisiin perusarvoihin perustellaan vain sen ’itseannetulla’ ja itsestään selvällä ominaisuuteella: perusarvot ovat hierarkkisesti samanarvoisia, koska kyse on itsestään selvistä ja siksi samanarvoisista perusarvoista. Itse olen siis perusoikeuksien tai perusarvojen keskinäisestä samanarvoisuudesta perustellusti eri mieltä kuin Finnis tai Pöyhönen: vähintäänkin hengen ja terveyden suoja saa ehdottoman etusijan muihin liberalistisiin vapausoikeuksiin, hyvinvointivaltiollisiin TSS + O -oikeuksiin sekä yhteisöllis-kulttuurisiin ja ympäristöä koskeviin perusoikeuksiin nähden. On nähdäkseni mahdoton kuvitella tilannetta, jossa jokin muista ihmis- tai perusoikeuksista voisi sivuuttaa yksilön hengen ja terveyden suojan. Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 2 artiklan tarkoittama oikeus elämään ja 3 artiklan tarkoittama kidutuksen kielto nauttivat erityisen vahvaa oikeussuojaa. Liberalistisiin vapausoikeuksiin on myös liitetty olennaisesti TSS-oikeuksia vahvempi suoja esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen merkityksessä, mikä osaltaan puoltaa niiden suhteessa vahvempaa systeemistä painoarvoa myös Suomen oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa jäsentävinä oikeudellisina tulkinta- ja ratkaisuperusteina.

fundamental. None is more fundamental than any of the others, for each can reasonably be focused upon, and each, when focused upon, claims a priority of value. Hence there is no objective priority of value amongst them.” Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 92, 93 (kursivoinnit lisätty; käännös allekirjoittaneen). – Samoin: ”The basic values, and the practical principles expressing them, are the only guides we have. Each is objectively basic, primary, incommensurable with the others in point of objective importance. (...) Reason requires that every basic value be at least respected in each and every action.” Finnis, mts. 119, 120. – Finnisin luonnonoikeusfilosofiaa käsitelin lähemmin edellä luvun 11 ”Luonnonoikeusfilosofia: oikeus yhteisöllisenä tai uskonnollisena oikeudenmukaisuutena” alla.

Vastaesimerkkiä Pöyhöselle ei ole vaikea keksiä. Eräisiin afrikkalaisiin ja islamilaisiin kulttuureihin kuuluu tapaoikeudellinen käytäntö nuorten tyttöjen sukuelinten silpomisesta eli ympärileikkauksesta, joka kiistatta täyttää rikosoikeudellisesti moitittavan teon tunnusmerkistön esimerkiksi Suomen voimassa olevan rikoslain mukaan. Perusoikeuksien punninnan ja keskinäisen tasapainottamisen näkökulmasta arvioiden kyse on yhtäältä yhteisöllis-kulttuuristen, etnistä ja mahdollisesti uskonnollista identiteettiä ilmentävien kollektiivisten perusoikeuksien sekä toisaalta yksilövapauden eli henkilökohtaisen koskemattomuuden suojan aidosta ristiriitatilanteesta eli kollisiosta. Jos etnisten ryhmien oikeus omaehtoiseen kulttuuriin todellakin olisi Pöyhösen tarkoittamalla tavalla perusoikeudellisesti samanarvoinen yksilön hengen ja terveyden suojan kanssa Suomen oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan rajamassa tulkinta- ja perustelukontekstissa, kyseinen käytäntö tulisi yhteisöllis-kulttuurisena perusoikeutena ainakin tietyissä tilanteissa sallia, jolloin sille tulisi antaa tehokasta oikeussuojaa ainakin joissain soveltamistilanteissa vastoin voimassa olevan rikoslainsäädännön pahoinpitely- ja vammaanaiheuttamiskieltoja. Länsimaisen oikeuskäsityksen valossa sanottu oikeudellinen lopputulos vaikuttaa täysin mahdottomalta hyväksyä, ja ainakin tältä osin Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyneet perus- ja ihmisoikeudet siis noudattavat ehdotonta etusijajärjestystä.¹³⁹

John Finnisin väite eri perushyvien eli perusarvojen keskinäisestä yhdenvertaisuudesta samoin kuin Juha Pöyhösen väite erilaisten perusoikeuksien tasa-vertaisuudesta on mahdollista hyväksyä vain siinä varsin heikossa merkityksessä, että oikeudellisina tulkinta- ja ratkaisuperusteina hyödynnettävät ihmis- ja perusoikeudet tai perusarvot noudattavat tavallisesti oikeusperiaatteille ja vastaaville oikeudellisille ratkaisustandardeille ominaista *tilannesidonnaista* sääntely- ja ratkaisulogiikkaa. Tuo tilannesidonnainen sääntely- ja ratkaisulogiikka voi kuitenkin muuttua enemmän tai vähemmän *sääntöformaaliksi* menettelyksi, jos perushyvien, perusarvojen tai perus- ja ihmisoikeuksien välille on muodostunut vähintäänkin heikkoja etusijasääntöjä niiden nauttiman eriaasteisen institutionaalisen ja yhteisöllisen tuen sekä oikeuden rakenteellisen muutosdynamiikan aiheuttamien muutosten seurauksena. Tilannesidonnainen oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka muuntuu tällöin enemmän tai vähemmän sääntösidonnaiseksi menettelyksi, ja juuri näin on tapahtunut yksilön hengen ja terveyden perusoikeussuojan osalta suhteessa muunlaisiin liberalistisiin vapausoikeuksiin sekä erilaisiin hyvinvointivaltiollisiin, yhteisöllis-kulttuurisiin tai ympäristöä koskeviin perusoikeuksiin. Perusoikeusjärjestelmä on toisin sanoen

¹³⁹ Pöyhösen (myöh. Karhun) presumptiivisesta kontekstualismista, Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, s. 198–201; Karhu, ”Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi”, s. 800–807.

formalisoitunut eli noudattaa tältä osin oikeussääntöjen keskinäisiin kollisioihin sovellettavaa oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa.

19.6 TULKINTAMATRIISIT, TULKINTAMATRIISIEN AIHIOT JA ERITYISET INTRESSISIDONNAISET NÄKÖKULMAT OIKEUTEEN

Käsitelainoppi ja *analyyttinen oikeustiede* ovat kumpikin korostaneet hieman eri tavoin oikeuden käsitteellistä elementtiä eli lainsäädännön, oikeuskäytännön sekä oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan määritelmällistä sidonnaisuutta kielen avulla ilmaistuihin oikeudellisiin käsitteisiin. Käsitelainoppi kiinnitti oikeuden tulkinnan oikeudellisten peruskäsitteiden formaaliin, aukottomaan ja sisäisesti ristiriidattomaan kokonaissysteemiin. Analyyttinen oikeustiede on keskittynyt etenkin lainsäätäjän omaksuman oikeudellisen sääntelylogiikan mukaisten oikeudellisten tulkintalauseiden tuottamiseen ja perusteleamiseen institutionaalisten oikeuslähteiden avulla, missä tekninen oikeusasema-analyysi on saanut keskeisen sijan.

Erilaiset kriittisen oikeusopin muunnelmat eli varsinainen *vaihtoehtoinen lainoppi*, *sosiaalinen siviilioikeus* ja erityinen intressisidonnainen *naisnäkökulma oikeuteen* samoin kuin institutionaaliseen tulkintaideologiaan edellistä vahvemmin sitoutunut *oikeudellinen tasa-arvotutkimus* ovat mieltäneet oikeuden yhteiskunnallisena mahdollisuutena ja reformistisena muutospotentialina, jonka avulla toistaiseksi vain mahdollinen yhteiskunnallinen asiantila saattaa tulevaisuudessa muuttua yhteiskunnallisesti todelliseksi eli toteutettavissa olevaksi asiantilaksi. *Reella överbåganden* -juridiikka ja *oikeuden taloustieteellinen analyysi* ovat kumpikin korostaneet oikeuden yhteiskunnallisten ja etenkin taloudellisten vaikutusten merkitystä lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä jäsentävänä tekijänä. *Perus- ja ihmisoikeusnäkökulma* laintulkintaan on kiinnittänyt oikeuden validiteetin ja sen tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisen etenkin Suomea velvoittaviin ylikansallisiin ihmisoikeussopimuksiin sekä voimassa olevan perustuslain tunnustamiin perusoikeuksiin.

Tämänhetkisessä suomalaisessa lainopissa on kaksi oikeudellista tulkintamatriisia, joiden kummankin tulkintajuridinen potentiaali on kiistaton ja täysimääräisesti toteutunut:

- 1) *analyyttinen oikeustiede*, joka on sitoutunut institutionaaliseen tulkintaideologiaan etenkin vallitsevan lainsäädäntöideologian ja kollektiivisen tuomarinideologian käsittämien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden merkityksessä, ja
- 2) *sosiaalinen siviilioikeus*, jonka tietoisena yhteiskuntareformistisena tavoitteena on yleistää heikomman sopijapuolen erityisintressien suojaaminen siviilioikeuden johtavaksi systematisointi- ja tulkintaperiaatteeksi.

Analyyttinen oikeustiede on pyrkinyt toteuttamaan vallitsevan institutionaalisen lainsäädäntö- ja tuomarinideologian mukaista käsitystä voimassa olevasta oikeudesta ja sen tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä. Oikeus on tällöin määriteltävissä vain lainsäätäjän sekä tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tekemiä yhteiskunnallisia valintoja vasten. Oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittäminen kiinnitetään oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, jota yhtäältä lainsäädäntö ja lainvalmisteluaineisto sekä toisaalta prejudikaattiperustainen oikeus ja muu toteutunut suomalainen ja eurooppaoikeudellinen oikeuskäytäntö ilmentävät. Analyyttinen oikeustiede on näin sidoksissa analyttisen oikeuspositivismin ja, edellistä heikommassa määrin, analyttisen oikeusrealismin keskeisiin tutkimuksellisiin sitoumuksiin.

Analyttinen tarkastelutapa korostaa oikeudellisten käsitteiden merkitystä vain teknisinä apukäsitteinä vailla *semanttista referenssiä* lainsäätäjän asettamien ja tuomioistuinten vahvistamien oikeus–velvollisuus-relaatioiden ulkopuolella. Oikeudelliset käsitteet ovat vain eräänlainen tekninen peitepiirros, jonka avulla lainlaatijan vahvistamat oikeustositseikka–oikeusseuraamus-suhteet ovat helpommin hallittavissa. Esimerkiksi irtaimen esineen omistamista eli suojattua omistajanhallintaa, oikeudellista luovutus- ja muuta disponointikompetenssia sekä määrätynasteista dynaamista suojaa määrittelevien ja rajaavien monimuotoisten oikeustositseikka–oikeusseuraamus-relaatioiden toistuvan luettelemisen sijaan voimme puhua yksinkertaisemmin ja samalla käsitelainopin olemuspohdintoja huomattavasti vähäisempiin metafysiisiin oletuksiin turvautuen ”omistusoikeudesta” sanottujen oikeustositseikkojen ja niihin liitettyjen oikeusseuraamusten yhteisnimityksenä.¹⁴⁰ Myös muiden oikeudellisten käsitteiden semanttinen kohdereferenssi löytyy voimassa olevan oikeuden käsitteiden sääntöjen ja periaatteiden rajaamasta merkityssfääristä ilman, että semanttista analyysiä tarvitsisi ulottaa oikeuden kielen ulkoiseen, esimerkiksi taloudellisten lainalaisuuksien määrittämään yhteiskuntatodellisuuteen.

Sosiaalisen siviilioikeuden oikeudellinen tiedonintressi on kriittisen oikeusopin tavoitteiden mukainen, sillä se pyrkii yleistämään lainsäädännössä ja oikeudenkäytössä omaksutut yksittäiset heikomman sopijapuolen suojaamiseen tähtäävät pyrkimykset siviilioikeuden jollei johtavaksi niin ainakin vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian asettamat tulkinnalliset rajoitukset ylittäväksi oikeudelliseksi tulkintaperiaatteeksi. Kyse ei ole vain lainsäätäjän tekemistä yksittäisistä poikkeuksista sopijapuolten lähtökohtaiseen tahdonautonomiaan ja perustellun luottamuksen suojaan vaan yleisemmin oikeudellisen systematiikan murtumista ja taitekohdista eli oikeuden sisäistä muutosdynamiikkaa ja tulevaa kehityssuuntaa ilmentävistä sosiaalisista valinnoista,

¹⁴⁰ Ross, ”Tû-Tû”, *passim*.

joille sosiaalinen siviilioikeus antaa osin lainsäätäjän ja tuomioistuinten tekemistä valinnoista ja vallitsevasta institutionaalisesta tulkintaideologiasta poikkeavan, laajentavan tulkinnan.

Sosiaalisen siviilioikeuden painopiste on ollut siviilioikeuden yleisten opien ja päättelymallien kehittämisessä, eikä sen tulkintajuridista potentiaalia ole täysimääräisesti hyödynnetty varsinaisesti kuluttajansuojaoikeudellisten kysymysten ulkopuolella. Ajatus yhteiskunnallisesti heikomman osapuolen suojaamisesta soveltuisi nähdäkseni ongelmitta myös esimerkiksi lasten, vanhusten, vammaisten, etnisten, uskonnollisten tai seksuaalisten vähemmistöjen sekä muiden vastaavien yhteiskuntaryhmien erityisintressien suojaamiseen. Toisaalta 1990-luvulla toteutetut yritysten ja luonnollisten henkilöiden velkasaneerauslainsäädäntö ja vastaavat oikeudelliset sääntely- ja ratkaisumallit ovat lisänneet erilaisten sosiaalisten näkökohtien merkitystä Suomen voimassa olevassa oikeudessa.

Analyttisen oikeustieteen ja sosiaalisen siviilioikeuden ohella on kolmas *esiparadigmaattinen* luonnos oikeudelliseksi tulkintamatriisiksi eli tulkintamatriisin aihio, joka tosin saattaa ajan myötä kehittyä omaehtoiseksi oikeudelliseksi tulkintamatriisiksi tai, mikä on todennäköisempää, liittyä esimerkiksi analyttisen lähestymistavan yhteyteen:

- 3) *perus- ja ihmisoikeusnäkökulma oikeuteen*, joka on sitoutunut Suomea sitovien kansainvälisten ihmisoikeussopimusten asettamaan universaaliin ihmisoikeuksien vähimmäisuojustandardiin sekä vallitsevan perusoikeusjärjestelmän hyväksymiin perusoikeuksiin ja niiden kokonaisjärjestelmään oikeudellisena tulkintakriteerinä.

Ihmisoikeudet perustuvat ihmisoikeuksia sääteleviin kansainvälisiin sopimuksiin, joista Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus on suomalaisen tuomarin tai muun viranomaisen kannalta oikeudellisesti merkittävin sopimuksen 34 artiklan takaaman yksilövalitusoikeuden, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen oikeudellisen velvoittavuuden ja niiden kansalliseen oikeuteen ulottuvan prejudikaattivaikutuksen vuoksi. *Perusoikeudet* ovat perustuslain joko selväsanaisesti tai vähintäänkin hiljaisesti takaamia, tärkeitä pidettyjä oikeuksia.

Ihmis- ja perusoikeusargumentti on Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön osin muutunut Ronald Dworkinin tarkoittamalla tavalla oikeudelliseksi *valttikortiksi*,¹⁴¹ jolla omaksutun oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan sekä oikeuden valitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan nojalla on vahva oikeu-

¹⁴¹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 82–84, 364–366.

dellinen ratkaisuarvo eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus. Perus- ja ihmisoikeudet eivät ole ainoa oikeuden vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämistä tulkinta- ja ratkaisuperusteista, joille institutionaalinen tulkintaideologia antaa oikeudellista merkitystä, vaan voimassa oleva lainsäädäntö, prejudikaatit sekä muut institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet käsitävät myös joukon muita yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita, joilla on oikeudellista ratkaisuarvoa.

Ihmis- ja perusoikeuksiin ei tule turvautua rutiininomaisesti myös oikeudellisesti ongelmattomien, helppojen ja rutiiniluonteisten tapausten oikeudellisena ratkaisuperusteena, jottei niiden oikeudellinen ratkaisuarvo inflatoituisi ja menettäisi merkitystään tuomarin ratkaisuharkintaa aidosti ohjaavana tulkintaperusteena. Ihmis- ja perusoikeuksien vahva oikeudellinen ratkaisuarvo tulee nähdäkseni varata aidosti pulmallisten ja tulkinnanvaraisten oikeudellisten ongelmien ratkaisuperusteeksi eli tilanteisiin, joissa muiden mahdollisten oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden – eli yhtäältä institutionaalsiin päätöksiin perustuvien sääntöjen ja toisaalta yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien (muiden kuin perusoikeus)periaatteiden – oikeudellinen ratkaisuvoima on osoittautunut riittämättömäksi.

Siirtyminen Juha Pöyhösen/Karhun ehdottamaan *presumptiiviseen kontekstualismiin*, missä vallitseva perusoikeusjärjestelmä sekä etenkin taloudellisia näkökohtia painottavat reaaliset argumentit saavat syrjäyttää (muut) institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet ja niiden ilmentämät oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet, johtaisi kestävämpään lopputulokseen. Parlamentaarinen demokratiaperiaate, oikeudellinen ennakoitavuus ja perustellun luottamuksen suoja sekä oikeussubjektien tahdonvapauden kunnioittaminen edellyttävät, että lainsäädännölle, prejudikaateille ja muille vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteopin tunnustamille oikeuslähteille tulee antaa merkitystä tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Ronald Dworkinin ajatus *oikeudellisesta eheydestä* on oikeuden puolestaan koherentein mahdollinen tulkinta oikeuden vallitsevasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta, joka ottaa kaikki oikeudellisesti merkitykselliset yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet, mukaan lukien ihmis- ja perusoikeudet, asianmukaisesti huomioon.

On myös neljäs oikeudellinen tulkintamatriisi, jonka vaikutus tulkintajuridiikkaan on sittemmin lakannut:

- 4) *käsitelainoppi*, joka lukitsi oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön oikeudellisten peruskäsitteiden eli varsinaisten oikeuskäsitteiden muodostamaan loogiseen kokonaissysteemiin.

Käsitelainoppi on nykyisin yksinomaan oikeushistoriallinen ilmiö, mutta sen vaikutusta voi nähdä myöhemmissä lainopin tutkimuksissa, jotka painottavat oikeuden käsitteellisen tai systeemisen elementin merkitystä oikeuden tulkintaa keskeisesti rajaavana tekijänä.¹⁴²

Lisäksi on kaksi erityistä *intressisidonnaista näkökulmaa* oikeuteen, joita voi luonnehtia edellä sanotun valossa (enintään) *esiparadigmaattisiksi* tulkintamatriisin aihioiksi tai luonnoksiksi niiden ajallisen tuoreuden ja täsmentymättömyyden vuoksi sekä sen vuoksi, että niiden tulkintajuridinen potentiaali on ainakin toistaiseksi jäänyt suurelta osin toteutumatta ja toteuttamatta. Molemmat toteuttavat ainakin pääosin institutionaalisesta tulkintaideologiasta irtautuneen eli kriittisen oikeudellisen tulkintaideologian mukaisia yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita.¹⁴³

- 5) *naisoikeusnäkökulma oikeuteen* sekä *oikeudellinen tasa-arvotutkimus*, jotka voidaan nähdä sosiaalisen siviilioikeuden hyväksymän oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan muunnelmana ja edelleen kehittelynä, ja
- 6) *oikeustaloustieteellinen näkökulma oikeuteen* ja *pragmaattinen instrumentalismi* eli *reella överbälganden* -juridiikka ja myös muunlainen laintulkintaoppi, jossa oikeuden yhteiskunnalliset ja etenkin taloudelliset vaikutukset saavat keskeisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen aseman.

Erityinen naisnäkökulma oikeuteen, laajemmin määritelty oikeudellinen tasa-arvotutkimus sekä oikeustaloustieteellinen näkökulma laintulkintaan toteuttavat pääosin kriittisen tulkintaideologian tavoitteita suhteessa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, mutta ne saavat tietyin osin merkitystä myös osana vallitsevaa institutionaalista tulkintaideologiaa. Ajatus naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän tietoisesta suosivasta erityiskohtelusta on hyväksytty osaksi vallitsevaa lainsäädäntöideologiaa esimerkiksi tietyille vähemmistöryhmille varattujen kiintiöityjen edustuspaikkojen ja vastaavien yhteiskunnallisten tasa-arvotavoitteiden toteuttamisen muodossa. Laaja-alaisemmin ymmärretty oikeudellinen ja yhteiskunnallinen tasa-arvoideologia, jota oikeudellinen tasa-arvotutkimus toteuttaa, kiinnittyy varsinaista naisoikeustutkimusta vahvemmin oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen

¹⁴² Näin esimerkiksi Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, passim*; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 619–628.

¹⁴³ Alan kirjallisuus tukee tekstissä lausuttua: kyse on erityisestä *naisnäkökulmasta* tai ehkä oikeammin monikollisesti *naisnäkökulmista* oikeuteen, kuten Riitta Turusen toimittamassa teoksessa *Naisnäkökulmia oikeuteen*. Samoin oikeustaloustieteellinen tarkastelutapa käsittää joukon erilaisia intressisidonnaisia näkökulmia oikeuteen, jotka eivät ole kehittyneet täysimääräisen oikeudellisen tulkintamatriisin asteelle, kuten Vesa Kanniaisen ja Kalle Määttä toimittamassa kolmiosaisessa teossarjassa *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*, 1–3. Vrt. myös Mähönen, ”Taloustiede lain tulkinnassa”.

arvoperustaan lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten hyväksymien yhteiskunnallisten arvovalintojen toteuttamisen merkityksessä.

Ajatus taloudellisesta kustannustehokkuudesta, transaktiokustannusten minimoimisesta sekä optimaalisesta resurssiallokaatiosta ja sosiaalisesta riskin- jaosta eri osapuolten kesken saa vahvaa institutionaalista tukea markkinarationaalista oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa noudattavilla oikeudenaloilla, kuten erilaisista Euroopan unionin ja Suomen kansallisen kilpailu-, sisämarkkina-, yhtiö-, arvopaperi- ja rahoitusoikeuden järjestelyistä. Yleistetyksi oikeudelliseksi tulkintamatriisiksi erityisestä naisnäkökulmasta tai oikeus- taloustieteellisestä näkökulmasta oikeuteen ei ole ilman, että käsitys voimassa olevan oikeuden toteuttamasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta sekä oikeudellisesta sääntely- ja ratkaisulogiikasta vinoutuu.

Lisäksi on vielä historiallinen näkökulma oikeuteen, jonka tulkintajuridinen potentiaali ei varsinaisesti koskaan toteutunut:

- 7) *vaihtoehtoinen lainoppi*, jolloin (voimassa olevaa) oikeutta tarkasteltiin marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen tarkoittamalla tavalla.

Vaihtoehtoisen tai avoimen poliittisen lainopin tiedonintressi kohdentui oikeuden, yhteiskunnan ja oikeustieteen teoreettisiin ja filosofisiin perusteisiin, kuten vaihtoehtoisin oikeudellisiin argumentaatiomalleihin, dialektiseen logiikkaan ja yleisesti marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan Lars D. Erikssonin laajassa artikkelituotannossa,¹⁴⁴ oikeuden, yhteiskunnallisen tietoisuuden ja subjektirakenteen rakenteelliseen monitasomalliin Kaarlo Tuorin ja osin myös Juha Pöyhösen 1980-luvun tuotannossa,¹⁴⁵ rikosoikeudellisen sääntelyn yhteiskuntaideologisiin perusteisiin Eero Backmanin tuotannossa,¹⁴⁶ työväenluokan oikeuksiin Raimo Blomin tuotannossa,¹⁴⁷ oikeustieteen ja oikeudellisen ajattelun marxilaisittain määriteltyihin teoreettisiin perusteisiin Olli Mäenpään ja Antero Ignatiuksen kirjoituksissa¹⁴⁸ tai kollektiivisten työmarkkinasopimusten ja työtaistelutoimien yhteiskuntaideologisiin sidonnaisuuksiin Niklas Bruunin tuotannossa.¹⁴⁹ Marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia taipui samalla varsin

¹⁴⁴ Eriksson, ”Utkast till en marxistisk jurisprudence”; sama, ”Rättslig argumentering och den dialektiska logiken”; sama, ”Om olika argumentationsmodeller”; sama, ”Kritisk rättssteori såsom ideologikritik”.

¹⁴⁵ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74–77; Pöyhönen, ”Yksityinen omistusoikeus ja vaihtoehtoinen lainoppi”.

¹⁴⁶ Backman, *Rikoslaki ja yhteiskunta*, 1.

¹⁴⁷ Blom, ”Kapitalismi ja työväenluokan TSS-oikeudet”.

¹⁴⁸ Mäenpää, ”Oikeustieteen tutkimuskohteesta”; Ignatius, ”Kommenttaari oikeustieteen kohteeseen”.

¹⁴⁹ Bruun, *Kollektivavtal och rättsideologi*.

huonosti lähtökohdiltaan 'porvarillisen' oikeuden tulkinnallisen merkityssisällön selvittämiseen.¹⁵⁰

Vaihtoehtoinen lainoppi tarkasteli oikeutta yhteiskunnallisena mahdollisuutena, reformistisena muutospotentialina ja yhteiskunnallisen ideologiakritiikin kohteena, mutta sen tulkintajuridinen potentiaali toteutui vasta myöhemmin kriittisen oikeusopin kirjoituksissa. Etenkin Thomas Wilhelmsson sosiaalinen siviilioikeus on kehittänyt edelleen vaihtoehtoisen lainopin ideaa oikeuden vaihtoehtoista eli ainakin toistaiseksi vain mahdollisista oikeudellisista sääntely- ja ratkaisumalleista, jotka irtautuvat vallitsevasta institutionaalisesta tulkintaideologiasta sopimussuhteen heikomman osapuolen erityisintressien suojaamiseksi. Tässä mielessä myös sosiaalinen siviilioikeus toteuttaa erityistä *intressisidonnaista* näkökulmaa oikeuteen, mutta sen edustamat yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet on rajoitetusti tunnustettu myös voimassa olevassa lainsäädännössä ja toteutuneessa oikeuskäytännössä esimerkiksi yksittäisten sopimuksen sisällöllisen kohtuullistamisen, yleisen viivästyskoron sovittelun sekä yritysten ja yksityishenkilöiden velkasaneerausjärjestelyjen osalta. Oikeudellisen tulkinnan lähtökohtana on nyt yhteiskunnallinen hyvinvointivaltioideologia, joka on pyrkinyt heikomman osapuolen suojeluun ja aineellisten resursien vähittäiseen uusjakoon vaihtoehtoisen lainopin kannattaman avoimen marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen sijaan.

Yksittäinen lainopin tutkimus voi täyttää jonkin oikeudellisen tulkintamatriisin tai varsinaista tulkintamatriisia heikommin jäsentyneen esiparadigmaattisen tulkintaopillisen aihion tai erityisen intressisidonnaisen oikeudellisen näkökulman asettamat tulkintakriteerit enemmän tai vähemmän onnistuneesti, ja siinä voi myös olla aineksia useammasta kuin vain yhdestä tulkintamatriisista, tulkintamatriisin aihioista tai erityisestä intressisidonnaisesta näkökulmasta oikeuteen. Samoin se voi olla tietyin osin *sitounut* ja tietyin osin kriittisesti *irtautunut* institutionaalisen tulkintaideologian käsittämistä oikeudellisista tulkinta- ja ratkaisuperusteista joidenkin välittömästi yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen viittaavien tulkinta-argumenttien hyväksi. Esimerkiksi sosiaalisen siviilioikeuden tai erityisen oikeudellisen naisoikeusnäkökulman korostamat yhteiskuntareformistiset tulkintatavoitteet saattavat vaikuttaa merkittävästi joidenkin oikeudellisten kysymysten arviointiin, kun taas sopijapuolten alkuperäisen tahdon kunnioittaminen ja perustellun luottamuksen suoja saattavat saada toisaalla etusijan sopimusoikeudelliseen kohtuullisuuteen ja sopimustasapainoon nähden. Samoin oikeuden taloudelliset tai muunlaiset yhteiskunnalliset vaikutukset saattavat saada merkitystä myös varsinaisesti kilpailu-, sisämarkkina-, yhtiö- ja arvopaperioikeudellisen sääntelyn ulkopuolella analyttisen oikeustieteen, so-

¹⁵⁰ Vrt. Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 2, s. 24; sama, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. VII.

siaallisen siviilioikeuden tai ihmis- ja perusoikeusnäkökulman hyväksymien tulkinta- ja ratkaisuperusteiden ohella. Myös loogis-käsitteellisillä ja oikeus-systeemisillä kriteereillä voi olla rajoitetusti merkitystä oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisessä, ja niin edelleen.

Vaihtoehtoista lainoppia, sosiaalista siviilioikeutta, erityistä intressidonnaista naisnäkökulmaa oikeuteen ja oikeuden taloustieteellistä analyysiä yhdistää enemmän tai vahva irtautuminen institutionaalisen tulkintaideologian vakioimista institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä, oikeusyhteisössä omaksutusta oikeudellisesta sääntely- ja ratkaisulogiikasta sekä vakiintuneista oikeudellisista päättelymalleista. Institutionaaliseen tulkintaideologiaan kriittisesti suhtautuva oikeustutkija voi niin halutessaan omaksua oikeudellisen tulkintaopin, joka perustuu vaikka marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen (= *vaihtoehtoinen lainoppi*), taloudellisen kustannustehokkuuden, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin sekä taloudellisesti optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation ja sosiaalisen riskin jaon toteuttamisen (= *oikeustaloustieteellinen näkökulma oikeuteen*), yleistetyn heikomman sopijapuolen erityisintressien suojan (= *sosiaalinen siviilioikeus*) tai naisten tietoisuuden suosivan erityiskohtelun (= *naisoikeusnäkökulma oikeuteen*) varaan – ja täysin siitä riippumatta, mitä vallitseva lainsäädäntöideologia, kollektiivinen tuomarinideologia ja yhteisöllinen oikeuskäsitys asiasta lausuvat. Vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tutkimuksellisten lähtökohtien mukaan perustellut oikeudelliset tulkintalauseet eivät toisin sanoen ole sidoksissa vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian asettamiin oikeuslähdeopillisiin tai tulkintaopillisiin rajoituksiin.

19.7 OIKEUDELLISET SUPERARGUMENTIT JA SUPERMATRIISIT

Oikeudellinen *superargumentti* on *ylivertainen* oikeudellinen tulkinta- ja ratkaisuperuste, jonka oikeudellinen ratkaisuarvo on riittävä myös vaikean ja tulkinnanvaraisen oikeudellisen ongelman ratkaisemiseksi. Kyse on yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta ylivertaisella tavalla ilmentävästä argumentista eli, Ronald Dworkinin termin, oikeudellisesta *valttikortista*, jollaisia yksilöiden tai ryhmien aitoja oikeuksia ilmentävät oikeusperiaatteet Dworkinin mukaan ovat suhteessa kollektiivisiin yhteiskunnallisiin tavoite- eli tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin. Oikeudellinen *supermatriisi* on vastaavasti ylivertainen oikeudellinen tulkintakehys, joka kykenee määrittämään myös vaikean oikeudellisen ongelman tulkinnalliset reunaehdot ja oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet muut mahdolliset oikeudelliset tulkintakehykset ja niiden vastaavasti käsittämät oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet syrjäyttävällä ja poissulkevalla tavalla.

Oikeudellisen tulkintamatriisin, sitä heikommin jäsentyneen oikeuden esiparadigmaattisen mallin tai erityisen intressisidonnaisen oikeudellisen näkökulman valinta oikeudellista tulkintaa ohjaavien *tieteenteoreettisten sitoumusten*, tulkintamatriisin käsittämien *konstitutiivisten sääntöjen* tai tuomarinäkökulman edellyttämien *tulkinnallisten konventioiden* tarkoittamalla tavalla on arvosidonnainen ja vahvasti kohdesidonnainen asia. Mikään yksittäinen oikeudellinen tulkintamatriisi, saati esiparadigmaattinen tulkintamatriisin aihio tai erityinen intressisidonnainen näkökulma oikeuteen, ei enää sovellu yksinomaiseksi, muut yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet täydellisesti poissulkevaksi oikeudelliseksi supermatriisiksi. Sellaisen tarkastelutavan käsittämät oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet eivät ole myöskään nostettavissa ylivertaisen oikeudellisen superargumentin asemaan.

Kriittisesti institutionaaliseen tulkintaideologiaan suhtautuva lainopin tutkija voi niin halutessaan hyväksyä esimerkiksi yhteiskunnallisen tasa-arvon, yhteisöllisen kohtuuden tai taloudellisen kustannustehokkuuden oikeudelliseksi superargumentiksi, joka saa määrätä ylivertaisella tavalla kaikkea oikeudellista tulkintaa ehdotetun oikeudellisen supermatriisin eli naisoikeustutkimuksen, sosiaalisen siviilioikeuden tai oikeuden taloustieteellisen analyysin tutkimuksellisten premissien alaisuudessa. Tällöin tulkinta ei voi kuitenkaan tukeutua vallitsevaan institutionaaliseen tulkintaideologiaan muutoin kuin ensisijaisesti yhteiskunnallista tasa-arvoideologiaa toteuttavan oikeudellisen sääntelyn osalta, jos kyse on erityisestä intressisidonnaisesta naisnäkökulmasta oikeuteen. Sama pätee erityistä taloudellista markkinarationaalisuutta noudattaviin oikeudenaloihin, jos kyse on oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta oikeuteen, ja räikeisiin sopimusoikeudellisiin kohtuuttomuus- tai epätasapainotilanteisiin, jos kyse on sosiaalisen siviilioikeuden intressisidonnaisesta näkökulmasta oikeuteen.

Analyyttinen oikeustiede ja historiallinen käsitelainoppi ovat kumpikin olleet historiallisesti merkittävä poikkeus tulkintaopillisen supermatriisin eli kaikenkattavan, muut mahdolliset tulkintaopilliset vaihtoehdot poissulkevan näkökulman kieltoon, jollaisesta voitaisiin käyttää myös Thomas S. Kuhnin luonnontieteiden yhteydessä käyttämää termiä *normaalitiede*.¹⁵¹ Käsitelainoppi oli vallitseva ja lähes yksinomainen lainopin koulukunta Suomessa 1800-luvun lopulta osin aina 1950-luvulle ja osin jopa 1960-luvulle asti. Analyyttinen oikeustiede saavutti vastaavan valta-aseman 1960-luvulla, ja 1970-luvulla vaihtoehdoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen lainoppi otti sen oman tieteellisen ja poliittisen kritiikkinsä kohteeksi. Edellytyksenä käsitelainopin ja analyyttisen koulun valta-asemalle oli suomalaisen yhteiskunnan institutionaalisen ja yhteisöllisen arvooperustan huomattava yhdenmukaisuus aina 1960-luvulle asti.

¹⁵¹ Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, s. 10–42.

Oletusta perustavasta arvokonsensuksesta moniarvoistuneessa ja monin eri sittein yleiseurooppalaiseen ja globaaliin oikeuskehitykseen kiinnittyvässä suomalaisessa yhteiskunnassa ei enää 2000-luvulla ole mahdollista ylläpitää.

1900-luvun alkupuolen agraariyhteiskunnasta sekä 1950- ja 1960-luvun teollisesta tuotanto- ja vaihdantataloudesta on myös Suomessa siirretty aidosti moniarvoiseen ja globalisoituneeseen yhteiskuntaan eli, informaatiotutkija Marshall McLuhanin jo 1960-luvulla käyttämää termiä lainatakseeni, *verkottuneeseen maailmankylään* (engl.: *global village*), jossa suomalaisen tuomarin perinteinen tehtävä kansallisten säädösten soveltajana on laajentunut käsittämään myös Euroopan unionin lainsäädännön, ylikansallisen ihmisoikeusnormiston, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä tietyin ehdoin myös yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön soveltamisen.¹⁵² 2000-luvun lainopin tulkintamatriisien ja erityisten intressisidonnaisten näkökulmien samoin kuin käytännön tuomarien ja muiden lainsoveltajien hyödyntämien tulkinnallisten konventioiden kattama erilaisten oikeudellisten suuntausten, painotusten tai näkökulmien moninaisuus on osaltaan vastareaktio tähän yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden lisääntyneeseen monimuotoistumiseen ja hajautumiseen.¹⁵³

Toisin kuin loogis-käsitteelliseen ja oikeussysteemiseen päättelyyn tukeutunut käsitelainoppi, joka on nykyisin lähinnä vain oikeushistoriallinen ilmiö,¹⁵⁴ analyttinen oikeustiede on kyennyt riittävässä määrin uusiutumaan ja muuntumaan kyetäkseen vastaamaan muuttuvan yhteiskunnan uudenlaisiin haasteisiin. Tähän on nähdäkseni kaksi syytä. Analyttinen tarkastelutapa on ensinnäkin tulkinnallisilta lähtökohdiltaan avoin ja tekninen lainopin suuntaus. Toisin kuin esimerkiksi sosiaalinen siviilioikeus tai naisnäkökulma oikeuteen, analyttinen oikeustiede ei edellytä mitään määrättyä sisällöllistä tai intressisidonnaista oikeus- ja yhteiskuntakäsitystä, vaan se saa kulloisenkin aineellisen sisältönsä vallitsevan lainsäädäntö- ja tuomarinideologian hyväksymistä institutionaalisista ja yhteisöllistä oikeuslähteistä sekä niiden käsittämistä yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista. Se edellyttää oikeudelta vain tietynlaista *rakenteellista ontologiaa* esimerkiksi lainsäätäjän ja tuomioistuinten tekemiin institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen (ja rajoitetummin yhteisöllisten oikeusperiaatteiden) merkityksessä, kyseisiä ontologisia sitoumuksia vastaavaa oikeuden *loogista konstituutiota* funktionaalisiksi suhdekäsitteiksi ymmärretty-

¹⁵² Suomalaisen tuomarin muuttuneesta roolista, Heinonen, ”Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio”, s. 79; ja edellistä jatkaen, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 274–276, 925–926.

¹⁵³ Vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 859–862.

¹⁵⁴ Tosin oikeudelliset lähestymistavat, jotka korostavat tulkinnan sidonnaisuutta oikeuden käsitteelliseen tai loogis-systeemiseen elementtiin, kantavat siis edelleen vaikutteita käsitelainopista.

jen, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä sekä tietynlaista oikeuden *rakenteellista aksiologiaa*, missä oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta rajataan lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tekemiin yhteiskunnallisiin arvovalintoihin.

Analyyttinen oikeustiede sitoutuu toisin sanoen oikeusyhteisössä käytettyyn kieleen sekä oikeutta konstituoiisiin lainsäätäjän ja tuomioistuinten institutionaalisiin päätöksiin sekä (huomattavasti rajoitetummin) vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin, joiden välityksellä oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta ja sen mahdolliset muutokset saavat vaikuttaa voimassa olevan oikeuden tulkintaan. Perinteinen analyttinen tarkastelutapa on ollut vahvasti sääntökeskeinen, mutta myös 2000-luvun ihmis- ja perusoikeudet ovat ongelmitta liitettävissä sen osaksi, kunhan tutkimuksellista näkökulmaa lavenetaan siten, että myös oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien tilannesidonnainen punninta ja keskinäinen tasapainottaminen tulevat sen alaan.

Erilaiset vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin suuntaukset ovat avoimesti tunnustaneet oikeuden systeemisen hajanaisuuden. Koska voimassa oleva lainsäädäntö syntyy poliittisten intressikonfliktien tuloksena, ei ehkä ole eikä voi olla mitään yhtenäistä oikeudellista metateoriaa, lainsäätäjän tarkoitukskompleksia tai oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa, jollaiseen analyttinen oikeustiede on toteuttamansa teknisen oikeusasema-analyysinsä kiinnittänyt. Yhtenäisen tulkinnallisen kehyksen puuttuessa oikeus on nähty kriittisen oikeusopin kirjoituksissa yhteiskunnallisena mahdollisuutena ja reformistisena muutospotentialina, missä avoin arvo- ja tavoiterationaalisuus on saanut korvata (käsitelainopin ja) analyttisen oikeustieteen hyödyntämät loogiset syllogismit, sidotun oikeudellisen ratkaisuharkinnan ja institutionaalisiin päätöksiin palautettavissa olevan sääntelyn ja ratkaisulogiikan. Kriittisen oikeusideologian hyväksynyt oikeuden tutkija saattaa tyytyä vain mahdollisten oikeudellisten systematisointi- tai tulkintaehdotusten laatimiseen sen sijaan, että hän olisi sitoutunut lainsäätäjän ja tuomioistuinten jo ennalta tekemiin institutionaalisiin valintoihin analyttisen tarkastelutavan edellyttämällä tavalla.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Oikeudesta mahdollisuutena, Wilhelmsson, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, s. 347–353; Eriksson, ”Legalstrategins möjligheter”; oikeudellisista argumentaatiomalleista, sama, ”Om olika argumentationsmodeller”; sama, ”Rättslig argumentering och den dialektiska logiken”.

19.8 OIKEUDELLISTEN TULKINTAMATRIISIEN SUHDE FORMAALIIN, INSTITUTIONAALISEEN JA AINEELLISEEN TULKINTAIDEOLOGIAAN

Erilaiset oikeudelliset tulkintamatriisit toteuttavat eri tavoin *institutionaalisen tulkintaideologian* käsittämät vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai niiden tietynlaisen yhdistelmän mukaiset validiteetti- ja tulkintakriteerit, ja myös aineelliset tai formaalit tulkinta- ja ratkaisuperusteet voivat saada siinä merkitystä. Oikeudelliset tulkintamatriisit voidaan jakaa kolmeen ryhmään niiden soveltaman validiteetti- ja tulkintakriteerin perusteella:

- a) *Formaali* tulkintaideologia: oikeudelliset käsitteet ja niiden systematiset keskinäisssuhteet oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteerinä
– *käsitelainoppi*
- b) Institutionaaliin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sekä vallitseviin oikeudellisiin päättelymalleihin *sitoutunut* tulkintaideologia: vertailtavien asiantilojen vastaavuus eli rakenteellinen isomorfia- eli kuva-suhde (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettavien oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäinen koherenssi (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion yhteisöllinen hyväksyntä (= *oikeudellinen uusretoriikka*), lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset oikeudelliset tavoitteet (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset eli tehokasta oikeussuojaa nauttivat, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennetut oikeudet ja velvollisuudet (= *analyttinen oikeusrealismi*) tai vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt (= *oikeudellinen konventionalismi*) tai näiden tietyllä tavalla painotettu yhdistelmä oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteerinä
– *analyttinen oikeustiede*
– *ihmis- ja perusoikeusnäkökulma oikeuteen*
– *muut mahdolliset institutionaaliin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sitoutuneet tulkintaideologiat, kuten oikeudellinen eheys*
- c) Kriittinen eli vallitsevista institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä ja oikeudellisista päättelymalleista *irtautunut* tulkintaideologia: ehdoton yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus (= *luonnonoikeusfilosofia*) tai oikeuden taloudelliset, sosiaaliset tai muunlaiset yhteiskunnalliset ulkoisvaikutukset (= *yhteiskunnallinen konsekventialismi*) eli yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet, jotka eivät saa tukea vallitsevasta institutionaalisesta tulkintaideologiasta, oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteerinä

- *sosiaalinen siviilioikeus*
- *naisoikeusnäkökulma oikeuteen*
- *oikeudellinen tasa-arvotutkimus*
- *muut mahdolliset reformistiset tulkintaideologiat*
- *reella överbägnanden -juridiikka*
- *oikeustaloustieteellinen näkökulma oikeuteen.*

Historiallisen käsitelainopin ajatus formaalista eli loogis-käsitteellisestä kokonaissysteemistä oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteerinä on oikeustieteen perusteleva näkökulma oikeuteen, eikä sille ainakaan sanottua suuntausta ankarasti tulkiten löydy vastinetta tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisen tiedonintressin ja tulkinnallisten konventioiden taholla.

Institutionaalsiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin ja vallitseviin oikeudellisiin päättelymalleihin sitoutuneet oikeudelliset tulkintaideologiat eli *analyttinen oikeustiede, ihmis- ja perusoikeusnäkökulma* oikeuteen sekä muut mahdolliset oikeudelliset tulkintaideologiat pyrkivät toteuttamaan vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian tai yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden yhdistelmän mukaista käsitystä oikeudellisesta validiteetista ja voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä. Ne ovat myös muunnettavissa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten hyödyntämiksi tulkinnallisiksi konventioiksi ja oikeudellisista päättelyä ohjaaviksi kokemussäännöiksi. Ronald Dworkinin keskeisajatus *oikeudellisesta eheydestä* kiinnittyy sekin institutionaaliseen tulkintaideologiaan. Käsittelen Dworkinin ajattelua perusteellisemmin seuraavassa luvussa.

Institutionaalisesta tulkintaideologiasta sekä sen käsittämistä oikeuslähteistä ja oikeudellisista päättelymalleista eri tavoin irtautuneet oikeudelliset tulkintaideologiat eli *sosiaalinen siviilioikeus*, erityinen *naisoikeusnäkökulma* oikeuteen ja laajemmin ymmärretty *oikeudellinen tasa-arvotutkimus* sekä mahdolliset muut *yhteiskuntareformistiset* lähestymistavat oikeuteen edustavat kriittistä yhteiskunnallista tiedonintressiä ja näkökulmaa oikeuteen. Kriittisen tulkintaideologian tietoisena oikeus- ja yhteiskuntapoliittisena tavoitteena on pyrkiä vaikuttamaan lainsäätäjän yhtä hyvin kuin tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten vastaisiin päätöksiin siten, että esimerkiksi sopimussuhteen heikomman sopijapuolen, naisten tai jonkin muun syrjityn yhteiskuntaryhmän tai taloudellisten toimijoiden yhteiskunnalliset erityisintressit tulevat vastaisuudessa paremmin turvatuiksi.

Thomas Wilhelmssonin edustama sosiaalinen siviilioikeus tarjoaa toimivan metodisen mallin myös muille vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen oikeusopin suuntauksille. Tutkimuksellinen 'marssijärjestys' on toisin sanoen sosiaalisen siviilioikeuden jo toteuttaman mallin mukainen: teoreettisen lainopin jäsentämät oikeuden yleiset opit eli oikeudelliset käsitteet, tulkinta- ja

ratkaisuperusteiden keskinäiset etusijasuhteet eli oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka sekä sovellettavaksi tulevat oikeudelliset päättelymallit tulee ensin tarvittavin osin muuntaa tutkijan tai tutkijaryhmän yhteiskuntaideologisten preferenssien mukaisiksi, ja vasta tämän jälkeen kriittinen oikeustutkija voi menestyksellä pyrkiä 'vaihtoehtojen', vallitsevasta institutionaalisesta tulkintaideologiasta tietoisesti poikkeavien oikeudellisten tulkintalauseiden tuottamiseen ja perusteleamiseen. Sosiaalisen siviilioikeuden kirjoituksissa tämä on merkinnyt esimerkiksi sosiaalista *force majeure* -tilannetta eli sosiaalista suoritusestettä koskevien yleisten oppien hahmottamista, lainsäätäjän tarkoittaman sekä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten vahvistaman oikeudellisen systematiikan eli vallitsevan oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan käsittämien taite- eli murroskohtien havaitsemista, tavanomaisten pääsääntö/poikkeussääntö -luokitusten kääntämistä toivottujen yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseksi sekä avoimen arvo- ja tarverationaalisen oikeudellisen päättelymallin hahmottamista ennen varsinaisen tulkintajuridiikan kysymyksiin ka-joamista.

Puhtaasti aineellista yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta toteuttavat tulkintaideologiat eli *reella överbäganden* -juridiikka sekä erityinen *oikeustaloustieteellinen* näkökulma oikeuteen korostavat oikeuden yhteiskunnallisten ja etenkin taloudellisten tai varallisuusvaikutusten merkitystä oikeuden tulkinnassa. Molemmat ovat muunnettavissa tuomarin tai muun lainsoveltajan hyödyntämiksi tulkinnallisiksi konventioiksi taloudellista kustannustehokkuutta, yleistä vaihdannan intressiä tai muita mahdollisia markkinarationaalisia arvoja edistävien ja edustavien näkökohtien merkityksessä. Kumpikin sivuuttaa ainakin osin oikeuden vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämät arvot ja tavoitteet asettaessaan oikeuden taloudelliset ulkoisvaikutukset lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten sekä oikeusyhteisön (enemmistön) hyväksymien institutionaalisten ja yhteisöllisten arvojen edelle.

19.9 RONALD DWORKININ OIKEUDELLINEN EHEYS SUHTEESSA OIKEUDEN INSTITUTIONAALISEEN JA YHTEISÖLLISEEN METAKONTEKSTIIN

Oikeudellinen eheys on Ronald Dworkinin 'kypsen' eli *Law's Empire* -teoksen ja sen jälkeisen oikeusteorian keskeiskäsite, jolle voi nähdäkseni antaa luontevan tulkinnan tämän teoksen keskeiskäsitteistön, kuten institutionaalisen tulkintaideologian, vallitsevan oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan sekä oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan, avulla. Käsittelin oikeudellista eheyttä jo edellä oikeudellisen koherenssiteorian yhteydessä, missä se liittyi institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä asianmukaisesti johdettujen

oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisiin suhteisiin muun muassa *Duhem-Quinen teesin* sekä oikeudellisesta koherenssista esittämäni määritelmän tarkoittamalla tavalla. Dworkinin keskeisidea oikeudellisesta eheydestä voidaan nyt yleistää vallitsevaa oikeudellista metateoriaa jäsentäväksi holistiseksi eli mahdollisimman kokonaisvaltaiseksi tulkintakehykseksi.

Oikeudellinen eheys viittaa tuomarille tai muulle institutionaaliselle lainsoveltajalle asetettuun velvollisuuteen tulkita oikeutta parhaalla eli koherenteimmalla mahdollisella tavalla, jolloin fiktiivinen supertuomari Hercules saa toimia oikeudellisen tulkinnan vakioituna ajatuksellisena vertailukohtana. Fiktiivinen tuomari Hercules on Dworkinin mukaan ”oikeusoppinut, jolla on yli-luonnolliset kyvyt, oppineisuus, kärsivällisyys ja huolellisuus” (engl.: *a lawyer of superhuman skill, learning, patience, and acumen*)¹⁵⁶ myös vaikean oikeusjutun ratkaisemiseksi, johon voimassa olevan oikeuden säännöt eivät anna yksiselitteistä vastausta. Dworkin luonnehtii oikeudellista eheyttä seuraavaan tapaan:¹⁵⁷

”Oikeudellinen eheys asettaa tuomareille vaatimuksen, jonka mukaan heidän tulee, siinä määrin kuin se on mahdollista, mieltää oikeus *keskenään yhdenmukaisten periaatteiden kokonaisuutena*, jotka määrittävät yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta, reiluutta ja puolueetonta oikeudenkäyntimenettelyä, ja se velvoittaa heitä antamaan näille oikeusperiaatteille oikeussuojaa heidän ratkaistavikseen tulevissa oikeusjutuissa siten, että jokaisen oikeudellisen päätöksenteon kohteeksi tulevan henkilön asemaa arvioidaan samojen yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta ja reiluutta määrittävien ratkaisustandardien mukaan. (...) Tuomarit, jotka ovat sitoutuneet oikeudellisen eheyden tulkinnalliseen ideaaliin, ratkaisevat vaikeat oikeudelliset ongelmat jonkin sisäisesti johdonmukaisen henkilöiden oikeuksia ja velvollisuuksia määrittävän oikeusperiaatteiden järjestelmän avulla, jonka avulla käy mahdolliseksi esittää *paras mahdollinen konstruktiivinen tulkinta yhteisön poliittisesta järjestelmästä ja oikeudellisesta doktriinista*.”

Dworkin asettaa myös tuomarille tai muulle institutionaaliselle lainsoveltajalle velvollisuuden tulkita voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden kokonaisuutta ikään kuin se muodostaisi *saumattomasti yhteen liittyvien oikeudellisten perustelujen verkon*. Sen avulla Hercules voi (re)konstruoida parhaan eli koheren-

¹⁵⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 105; vrt. sama, *Law's Empire*, s. 239 *et seq.*

¹⁵⁷ ”Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards. (...) Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community.” Dworkin, *Law's Empire*, s. 243, 255 (kursivoinnit lisäty; käänös allekirjoittaneen).

teimman mahdollisen *institutionaalisen ja yhteisöllisen metakontekstin* oikeudellisen tulkintalauseen arvioimiseksi oikeusyhteisössä jo tehtyjen institutionaalisten ja yhteisöllisten valintojen perusteella.¹⁵⁸

”Oikeus ei ehkä ole saumattomasti yhteen liittyvien perustelujen verkko, mutta jutun kantajalla on lupa odottaa, että Hercules toimii ikään kuin se sellaisen muodostaisi. (...) Hänen [Herculeen] tulee hahmottaa oikeus abstraktien ja konkreettisten oikeusperiaatteiden kokonaisuutena, joiden avulla on mahdollista esittää sisäisesti johdonmukainen perustelu kaikille common law -oikeuden käsittämille prejudikaateille ja, siinä määrin kuin ne perustuvat periaatesidonnaisille lähtökohdille, myös perustuslain ja muun lainsäädännön käsittämille yksittäisille säännöksille.”

Dworkinin oikeudellinen eheys on vain ajatuksellinen konstruktio, joka tuskin voi täydellisesti koskaan toteutua tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Se tarjoaa kuitenkin normatiivisen ideaalin, jota vasten tosiasiallisesti toteutunutta oikeuskäytäntöä voi arvioida.

Institutionaalinen tulkintaideologia käsittää siis oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneet yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet, joita yhtäältä lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston ilmentämä *lainsäädäntöideologia*, toisaalta prejudikaattien, muiden tuomioistuinratkaisujen ja muiden oikeudenkäyttöä yhtenäistävien viranomaispäätösten ilmentämä kollektiivinen *tuomarinideologia* ja kolmanneksi tavanomaisen oikeuden, vakiintuneiden sopimusoikeudellisten vastuunjakokäytäntöjen, välimiesoikeuksien ratkaisusta ja niiden perusteluista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden, juristikunnan oikeudenalakohtaisesti eriytyneiden ammatillisten käytäntöjen ja oikeudellisen ammattietiikan ilmentämä *yhteisöllinen oikeuskäsitys* tai näiden kolmen tietynlainen yhdistelmä hyväksyy oikeudelliseksi kriteeriksi, jonka avulla oikeudellisen tulkintalauseen validiteettia eli kohdentumista voimassa olevaan oikeuteen, sen institutionaalista totuusarvoa ”tosi_L” (tai ”epätosi_L”) ja tulkinnallista merkityssisältöä on mahdollista arvioida.

Tämän teoksen termein ilmaistuna Dworkinin oikeudellinen eheys on kokonaisvaltainen ja mahdollisimman koherentti tulkinta vallitsevasta oikeudellisesta *metateoriasta* eli oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä metakontekstista: (a) *institutionaalisesta tulkintaideologiasta* ja sen konstitutiivisista osatekijöistä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden tietynlaisen yhdistelmän mer-

¹⁵⁸ ”The law may not be a seamless web; but the plaintiff is entitled to ask Hercules to treat it as if it were. (...) He [Hercules] must construct a scheme of abstract and concrete principles that provides a coherent justification for all common law precedents and, so far as these are to be justified on principle, constitutional and statutory provisions as well.” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 116–117 (käännös allekirjoittaneen).

kityksessä, (b) tulkintaideologian vakioimasta oikeudellisesta *validiteetti- ja tulkintakriteeristä*, jonka avulla institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden oikeudellinen voimassaolo ja tulkinnallinen merkityssisältö ovat määritettävissä, ja (c) noudatettavasta oikeudellisesta *sääntely- ja ratkaisulogiikasta*, jonka avulla sääntö – sääntö, periaate – periaate ja sääntö – periaate -kollisiot ovat ratkaistavissa. Oikeudellisen tulkintaopin päättelysäännöiksi tai yleisemmin oikeustieteen tieteenkuvan sitoumuksiksi muunnettuna oikeudellinen eheys tarkoittaa voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tulkintaa, joka toteuttaa parhaalla mahdollisella tavalla oikeuden vallitsevan *institutionaalisen ja yhteisöllisen metakontekstin* käsittämät yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet.

Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti tarjoaa joukon arviointikriteereitä institutionaalisen tulkintaideologian hyväksymien oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden oikeudellisen validiteetin, tulkinnallisen merkityssisällön ja keskinäisten suhteiden määrittämiseksi, mutta sanotut etusijanormit eli oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka on varsin väljä ja tulkinnanvarainen yksittäisiin tapauksiin sovellettaessa. Suomen oikeudessa lainsäätäjän tahtoa korostava *parlamentaarinen demokratiaperiaate* on perinteisesti saanut etusijan prejudikaattiperustaisen oikeuden ilmentämään oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan periaatteeseen nähden. Samoin se on sivuuttanut sopimusperustaisen oikeuden taustalla vaikuttavan oikeussubjektien tahdonvapauden kunnioittamisen ja perustellun luottamuksen suojan periaatteen. Toisaalta prejudikaattiperustaisen oikeuden ja sen taustalla vaikuttavien institutionaalisten oikeuttamisperusteiden merkitys on viime aikoina merkittävästi lisääntynyt ylikansallisen ja yleiseurooppalaisen oikeusnormiston myötä.

Etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden *prejudikaattivaikutus* ulottuu nyt myös suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan kansallisten oikeuslähteiden rinnalla. Tämä on merkittävästi lisännyt prejudikaattiperustaisen ja yleisesti tuomioistuinten ratkaisukäytännössä syntyneen oikeuden merkitystä suhteessa perinteiseen (kansalliseen) lainsäädäntöön. Lisäksi *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö* Euroopan unionin jäsenmaiden ja Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden maiden riittävän yhtenäisen ja vakiintuneen, joko EU-oikeudellisia tai ihmisoikeuskysymyksiä koskevan kansallisen oikeudenkäytön merkityksessä saa tietyin ehdoin oikeudellista ratkaisuarvoa myös suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Suomalaisen tuomarin vaativa ”kolmoisrooli”, jota korkeimman oikeuden emerituspresidentti Olavi Heinonen on osuvasti jäsentänyt kansallisen oikeuden, EU-oikeuden sekä eurooppalaisen ja kansainvälisen ihmisoikeusnormiston soveltamisvelvoitteen merkityk-

sessä,¹⁵⁹ on saanut rinnalleen suomalaisen tuomarin ”neljäntenä roolina” oikeusvertailevan perehtymisen yhtenäiseen ja vakiintuneeseen yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön.

Aiemmin vallinnut käsitys suomalaisen oikeuden varsin yhtenäisestä ja muuttumattomasta tai vain hitaasti muuttuvasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta, jota käsitelainopin ja analyttisen oikeustieteen yleiset ja abstraktit oikeudelliset käsitekategoriat heijastivat tai edelleen heijastavat, on saanut sekin väistyä yhteisöllistä arvopluralismia eli moniarvoisuutta ilmentävien muutostekijöiden tieltä.¹⁶⁰ Sopimusoikeudessa tahdonautonomian kunnioittaminen ja perustellun luottamuksen suoja ovat saaneet tehdä tilaa sosiaalille siviilioikeudelle eli yhtäältä kohtuusperustaiselle ja toisaalta heikomman sopijapuolen suojeluun perustuvalla sääntelyllä ja oikeudelliselle päätöksenteolle myös varsinaisten kuluttajasuhteiden ulkopuolella. Tasa-arvolainsäädännön tunnustamat tavoitteet naisten ja eräiden erityisryhmien, kuten vanhusten, vammaisten, lasten sekä etnisten, uskonnollisten tai seksuaalisten vähemmistöjen, korostetun oikeussuojan ja tietoisien suosivan erityiskohtelun tarpeesta ovat murtaneet käsitystä muodollisesta oikeudellisesta yhdenvertaisuudesta lainsäädännön ja oikeuskäytännön perustana. Henkilö- ja tilannesidonnaiset tekijät ovat näin saaneet enenevässä määrin merkitystä osana vallitsevaa oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa. Oikeudellinen tasa-arvotutkimus seuraa tältä osin sosiaalisen siviilioikeuden toteuttamaa metodiohjelmaa. Sen tulkintajuridista potentiaalia ei kuitenkaan ole vielä täysimääräisesti hyödynnetty.

Perustuslain takaamia perusoikeuksia oli aiemmin tapana jäsentää yhtäältä lainsäätäjän *toimintarajoituksiksi* miellettyjen klassisten vapausoikeuksien, toisaalta lainsäätäjälle osoitettujen *toimintasuositusten* eli hyvinvointivaltiollisten TSS-oikeuksien avulla, eikä perus- ja ihmisoikeuksilla ollut juuri oikeudellista merkitystä tuomarien ja muiden viranomaisten ratkaisuharkinnassa ennen Suomen liittymistä Euroopan ihmisoikeussopimukseen vuonna 1990. Nyt tilanne on ratkaisevasti toinen Euroopan ihmisoikeussopimuksen artiklojen, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden ja niiden kansallisen prejudikaattivaikutuksen sekä voimassa olevan perustuslain käsittämien perusoikeussäännösten nojalla. Etenkin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut ja niistä ilmenevät yleiset oikeusohjeet ovat muuttaneet ihmis- ja perusoikeudet myös Suomessa vahvaksi tai tietyin ehdoin jopa ylivertaiseksi oikeudelliseksi argumentiksi, jota tuomari tai muu lainsoveltaja ei voi sivuuttaa ilman, että ratkaisun oikeudellinen perusta jää merkittäväällä tavalla puutteelliseksi.¹⁶¹

¹⁵⁹ Heinonen, ”KKO:n Heinonen varoittaa tuomaripulasta lähivuosina”, *in fine*; sama, ”Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio”, s. 79.

¹⁶⁰ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 859–866.

¹⁶¹ Vrt. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 82–84, 364–366.

Oikeudellista eheyttä jäsentävät yhteiskunnalliset, institutionaaliset, yhteisölliset ja kulttuuriset reunaehdot ovat näin käyneet nekin aiempaa huomattavasti monimuotoisemmiksi. Koska vallitsevan oikeudellisen metateorian määrittelemät oikeuslähteiden ja oikeudellisten ratkaisuperusteiden yhteensovitus- ja tulkintakriteerit eli vallitseva oikeudellinen *sääntely- ja ratkaisulogiikka* ja oikeudellisten *transformaatioiden logiikka* ovat varsin yleisellä tasolla ja koostuvat pikemminkin oikeusperiaatteiden kaltaisista, enemmän- tai vähemmän-tyyppistä väljistä ratkaisustandardeista kuin täsmentyneistä, joko/tai -tyyppistä oikeussäännöistä, vallitsevaa oikeudellista tulkintakehystä ei voi *aksiomatoida* eli lukita kiinteän ja ennalta vakioituneen oikeudellisen käsitesysteemin muotoon. Oikeudellisen tulkintaformalismin haave tuomarista, joka olisi vain ”suu, joka lukee lain [yksiselitteisen] kirjaimen”, ilman minkäänlaista omakohtaisen ja oikeutta luovan tulkinnan oikeutta,¹⁶² ei voi toteutua moniarvoisessa yhteiskunnassa, jonka institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta on sitoutunut samanaikaisesti varsin erilaisten yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden toteuttamiseen. Niinpä tuomarille asetettu vaatimus oikeudellisen eheyden toteuttamisesta oikeudenkäytössä asettaa hänet suhteellisen väljän tulkintakehyksen alaisuuteen, jota vasten oikeusyhteisössä vallitsevaa institutionaalista tulkintaideologiaa, oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa sekä erilaisia oikeudellisia validiteetti- ja tulkintakriteereitä on mahdollista arvioida. Koska oikeus on *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*), jonka erilaisia tulkinnallisia painotuksia vain edellytetty sidonnaisuus oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan yhdistää,¹⁶³ myös oikeudellisen eheyden vaatimuksesta voi perustellusti esittää erilaisia tulkintoja.

¹⁶² Montesquieu, *L'esprit des lois*, s. 399, 404: ”Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à une telle point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. (...) Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.”

¹⁶³ Oikeudesta radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä, Morawetz, ”Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices”, s. 19–23; Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 25–32, 895.

20 Trilogian jälkisanat: analyttinen, oikeusrealistinen, institutionaalinen ja dekonstruktiivinen näkökulma oikeuteen

20.1 SUHTEELLISIA TOTUUKSIA OIKEUDESTA

Väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law* (1998/2000), habilitaatiotutkimukseni *Oikeustieteen tieteenteoria* (2003) ja nyt käsillä oleva *Oikeudellinen tulkintateoria* (2004) muodostavat temaattisen kokonaisuuden eli oikeusteoriatrilogian, jossa olen tarkastellut tuomioistuinten luomaa eli prejudikaattiperustaista oikeutta, oikeustieteen tieteenteoreettisia sitoumuksia ja oikeudellista tulkintaoppia *analyttisen, oikeusrealistisen ja institutionaalisen* lähestymistavan avulla. Ranskalaisfilosofi Jacques Derridan *filosofinen dekonstruktio* on myös osoittautunut toimivaksi näkökulmaksi oikeuteen ja oikeustieteeseen, luoden sovittamattoman jännitteen suhteessa teosten muutoin ilmentämään *analyttiseen oikeuspositivismiin, analyttiseen oikeusrealismiin ja institutionaaliseen oikeuspositivismiin*. Pääsykoekirjaksi laatimani yleisesitys *Johdatus oikeusteoriaan* (2001) täydentää vielä sanottuja teoksia. Sen kokoavana teemana oli kaksiosainen kysymys: *mitä juristitutkinto opettaa ja millainen on hyvä eli ammattitaitoinen juristi?*¹ Lainoppi on riidanalaisiin ja tulkinnanvaraisiin yhteiskunnallisiin kysymyksiin sovellettua oikeudellisen *perustelemisen taitoa* (lat.: *ars disputationis*), minkä vuoksi juristin ammattitaito liittyy käsitykseni mukaan kahteen seikkaan: oikeudellisesti merkityksellisten asiayhteyksien eli, tämän kirjan termin, oikeuden sisäisen *sääntely- ja ratkaisulogiikan* oivaltamiseen ja toisaalta oikeudellisen ratkaisun perustelemiseen *institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä* johdettujen perusteiden avulla.

Olen pitänyt omana tutkimuksellisena ohjeenani kolmea keskeistä vaatimusta. Ensinnäkin moderni oikeus on, amerikkalaistutkija Thomas Morawetzin osuvaa luonnehdintaa lainatakseni, *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*),² jonka *episteeminen, loogis-käsitteellinen, konstitutiivinen ja metodinen* identiteetti on vain heikosti jäsentynyt ja aina avoin uusille tulkinnoille.³ Sillä on kuitenkin määritelmälli-

¹ Siltala, *Johdatus oikeusteoriaan, passim*. – Vastaus näihin kahteen kysymykseen ei välttämättä ole yksi ja sama.

² Morawetz, "Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices", s. 19–23.

³ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 25–32.

nen sidos yhteiskunnan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, jota oikeuden tutkijankaan ei ole lupa sivuuttaa, jos hän mieli osallistua vallitsevaa oikeudellista *tietomuotoa* jäsentävään yhteiskunnalliseen, institutionaalisten päätösten ja yhteisöllisten käytäntöjen rajaamaan diskurssiin.

Oikeus määritelmällisesti *institutionaalisena* ja *yhteisöllisenä* ilmiönä, kuten vertaillavien asiointilojen vastaavuutena rakennetyhtäläisen isomorfia- eli kuva-suhteen merkityksessä (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisenä yhteensopivuutena (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion yhteisöllisenä hyväksyntänä (= *oikeudellinen uusretoriikka*), lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisinä oikeudellisina tavoitteina (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneina ja toteutettavissa olevina oikeusvaikutuksina eli tehokasta oikeussuojaa nauttivina, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuina oikeuksina ja velvollisuuksina (= *analyttinen oikeusrealismi*) tai vakiintuneina institutionaalisisina ja yhteisöllisinä käytäntöinä (= *oikeudellinen konventionalismi*), saa näin syrjäyttää oikeusfenomenologian, modernin luonnonoikeusfilosofian ja oikeusteologian idean *messiaanisesta* oikeudesta, joka on aina ”kätkeyty ja saavuttamaton”,⁴ ”ikuisesti tuleva”,⁵ ”ei-mitään”,⁶ ”sateenkaaren tuolla puolen”⁷ tai ”se, mikä on oikein Jumalan edessä”.⁸

Toinen väljästi metodinen vaatimus, jonka oikeuden teoreettisiin ja filosofiisiin perusteisiin keskittyvälle tutkimukselle asetin, oli toimivan keskusteluyhteyden ylläpitäminen yhtäläisesti kahteen suuntaan: yhtäältä (teoreettiseen) *filosofiaan*, jonka avulla oikeuden, oikeustieteen ja oikeudellisen tulkinnan perimmäiset premissit ovat arvioitavissa, ja toisaalta *tuomarien* ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sekä *lainopin* harjoittajien käsitykseen oikeudesta, mikä perustelee oikeudellisen tutkimuksen yhteiskunnallisen merkityksen.

Oikeustieteen tieteenteoria -teoksen tarkasteluissa oikeustiede osoittautui monialaiseksi tieteksi, jonka eri osa-alueita vain suhteellisen heikko vaatimus tutkimuskohteen määritelmällisestä *oikeudellisuudesta* eli sidonnaisuudesta oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* yhdistää. Lisäksi oikeustiede ja yhteisöllisesti perusteltavissa oleva tieto oikeudesta ovat sidoksissa oikeusyhteisön tapaan hahmottaa oikeus institutionaalisena ja yhteisöllisenä ilmiönä. Yhteisöllisesti mielekäs oleva puhe voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä

⁴ Hirvonen, ”After the Law”, s. 233.

⁵ Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484–485.

⁶ ”*Dikē* ei ole mitään.”, Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484.

⁷ Sivenius, ”The Law and the Rainbow”, s. 239–244; vrt. Siltala, ”’Sateenkaaren tuolla puolen’ – polysentrisen oikeuden manifesti”, s. 306–313; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 697–706.

⁸ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 168.

(= oikeustiede humanistisena *tulkintatieteenä*), oikeudellisesti merkityksellisistä ihmismielen mentaalis-tajunnallisista rakenteista ja prosesseista sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksista (= oikeustiede *ihmistieteenä*), oikeuden yhteisöllis-kulttuurisista merkityksistä ja merkitysrakenteista (= oikeustiede *kulttuuritieteenä*), oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista (= oikeustiede *yhteiskuntatieteenä*) tai oikeuden määritelmällisistä, olemuksellisista, käsitteellisistä tai muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisistä ominaisuuksista (= oikeustiede *oikeusfilosofiana*) on lukittava *johonkin* yhteisöllisesti perusteltavissa olevista tarkastelutavoista, jotta puhe oikeudesta vastaisi vallitsevan yhteisöllis-kulttuurisen tietomuodon edellyttämää tapaa *kohteellistaa* ja *käsitteellistää* tarkastelun kohteena olevat oikeudelliset ilmiöt.⁹

Oikeusfilosofian ja sen tutkimuskohteen määrittely on samalla pulmallinen asia, koska se, mitä *filosofia* tai *oikeusfilosofia* sen yhtenä osa-alueena on, on jo itsessään syvästi filosofinen kysymys ja jakaa alan tutkijat eri koulukuntiin, joiden välinen yhteisymmärrys on parhaimmillaankin varsin puutteellista ja katkonaista. Niinpä oikeusfilosofian perustavana kysymyksenasetteluna ja tutkimuskohteen määrittelynä on voinut olla oikeuden suhde ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden ideaaliin Gustav Radbruchin ylipositiivisen oikeuden, Lon L. Fullerin oikeuden sisäisen eli institutionaalisen moraalin, John Finnisin perushyvien eli perusarvojen tai H.L.A. Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisällön merkityksessä (= *luonnonoikeusfilosofia*), oikeuden suhde yhteiskunnan taloudellisiin tuotantosuhteisiin ja -rakenteisiin, transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusin-tavaan 'pääomalogiikkaan' sekä "olemus-ilmiö-kategorioiden ilmentämään 'ekspressiiviseen' yhteyteen" oikeuden ja yhteiskunnallisen tietoisuuden eri tasojen välillä (= *marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*), oikeuden suhde ihmisen eksistentiaaliseen, 'maailmaan-heitettyinä-olemiseen' perustuvaan avoimeen olemukseen (= *eksistentiaalinen oikeusfilosofia*), oikeuden apriorinen, 'itseannettu' ja empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävä olemus sekä erilaiset välttämättömät 'asialoogiset' rakenteet (= *oikeusfenomenologia*), oikeuden suhde yhteisöllisesti käytettyyn kieleen, lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeutta luoviin institutionaaliin puhetekoihin sekä tuomioistuin- ja viran-omaisratkaisujen perustelujen yleisiin rationaalisuus- ja hyväksyttävyysehtoihin (= *analyttinen oikeusteoria*) tai oikeuden suhde lainkäytön yhteiskunnalli-siin vaikutuksiin ja vaikutussuhteisiin sekä tuomioistuinten ja muiden viran-omaisten tosiasialliseen yhteiskunnalliseen vallankäyttöön, jota erilaiset ihmis-ja yhteiskuntatieteet tarkastelevat (= *pragmatistinen oikeusteoria*).

⁹ Oikeustieteen eri osalohkoista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 103–188, 901.

Oikeuteen ei ole fenomenologien ja luonnonoikeusfilosofien *absoluuttista* eli 'itseannettua' ja itsestään selvää näkökulmaa, mutta oikeuteen ei ole myöskään *näkökulmaa ei-mistään* erilaisista tieteenteoreettisista ja yhteiskuntaideologisista sitoumuksista vapaan näkökulman merkityksessä, jos ja kun tutkimuksessa on sitouduttu vallitsevan oikeudellisen *tietomuodon* määreisiin ja sen myötä muun muassa yhteisöllisen perusteltavuuden vaatimukseen.¹⁰ On vain *suhteellisia totuuksia* oikeudesta ja oikeustieteestä, jotka ovat väistämättä sidoksissa oikeuden *äärellisyyden analytiikan* vakioimiin tieto-opillisiin ja loogis-lingvistisiin premissihin sekä vastaaviin muihin yhteisöllisesti hyväksytyihin ennakkoehtoihin. Tähän liittyy kolmas metodinen ohje, jota olen pyrkinyt noudattamaan: koska oikeuteen tai oikeustieteeseen ei ole näkökulmaa ei-mistään, oikeuden tutkijan on syytä olla perillä omista tieteenteoreettisista tai yleisemmin tutkimuksellisista sitoumuksistaan.

Omat tieteenteoreettiset sitoumukseni ovat liittyneet vahvimmin *analyyttiseen* ja *realistiseen* oikeudelliseen tutkimustraditioon. Väitöskirjassani *A Theory of Precedent* arvioin analyyttisen oikeusteorian ja Ludwig Wittgensteinin filosofian avulla prejudikaattiperustaista oikeutta ja tuomarin *prejudikaatti-ideologiaa* hahmottamani yhtenäisen tutkimuksellisen kehyksen avulla, jollaisen määrittelyn Jerzy Wróblewskin, H.L.A. Hartin ja Alf Rossin vahvasti analyttinen keskeistuoanto samoin kuin prejudikaatteja myös oikeusvertailevassa katsannossa tarkastellut kansainvälinen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmä olivat jättäneet avoimeksi. Ehdottomani *post-analyttinen* oikeusfilosofia eli Jacques Derridan *filosofiseen dekonstruktioon* perustunut lähestymistapa tarjosi ulospääsyn filosofisesta dilemmasta, jota analyttisen filosofian tarjoamat työvälineet eivät kyenneet tyydyttävällä tavalla ratkaisemaan: miten tulee arvioida oikeuden ja oikeudellisen ajattelun edellyttämien viimekätisten premissien, kuten Kelsenin perusnormin tai Hartin oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön, ontologista statusta?

A Theory of Precedent -kirjan jäsenitys oli tietoisien *kiasmaattinen*: analyttinen ja post-analyttinen eli filosofiseen dekonstruktioon perustunut tarkastelutapa olivat siinä jännitteisessä suhteessa keskenään. Kirja alkaa perinteisellä analyttisellä tarkastelutavalla ja päättyy Derrida-vaikutteiseen oikeuden filosofiseen dekonstruktioon, joka osoittaa analyttisen oikeuskäsityksen rajat sekä oikeuden ja oikeustieteen perimmäisten premissien haurauden.

Oikeustieteen tieteenteoria käsitti joukon *suhteellisia totuuksia* oikeudesta ja oikeustieteestä:¹¹ mitä on tutkimuksellisenä seurauksena, jos oikeuden ja oikeustieteen tieteenteoreettiset koordinaatit lukitaan yhtäältä Alf Rossin ja tulkintani

¹⁰ Osuvan ilmauksen "näkökulma ei-mistään" lainasin amerikkalaisfilosofi Thomas Nagelin kirjan *The View from Nowhere* otsikosta. Nagel ei käsittele varsinaisesti oikeudellisia kysymyksiä sanotussa teoksessa.

¹¹ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 731–732.

mukaan myös H.L.A. Hartin edustamaan *analyyttiseen oikeusrealismiin* sekä toisaalta Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustamaan *institutionaaliseen oikeuspositivismiin*? Rossin analyttisen oikeusrealismin mukaan oikeus on toteutunut ja, mikäli tuomarikunnan keskuudessa vallitsevan tuomariniideologian käsittämät oikeuslähteopilliset ja tulkintaopilliset premissit eivät sitä ennen ratkaisevasti muutu, myös tulevaisuudessa toteutettavissa oleva yhteiskunnallinen tosiasia eli niiden institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettujen oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden kokonaisuus, joihin tuomioistuimet ja muut lainsoveltajat ovat kollektiivisesti, enemmän tai vähemmän yhtenevällä tavalla sitoutuneet. Yksittäisten oikeussubjektien näkökulmasta arvioiden oikeus koostuu niistä oikeuksista ja velvollisuuksista, joille tuomioistuimet ja muut lainsoveltajat ovat antaneet *tehokasta oikeussuojaa* ja joille ne vallitsevan tuomariniideologian perusteella tulevat sitä huomattavan suurella todennäköisyydellä myös vastaisuudessa antamaan.

Tietoisuus vallitsevan tuomariniideologian käsittämistä oikeuslähte- ja lain-tulkintaopin premisseistä tekee tutkijalle mahdolliseksi tuottaa voimassa olevan oikeuden tulkinnallisesta merkityssisällöstä oikeudellisia tulkinta- ja perustelulauseita, jotka Rossin mukaan pitävät ”huomattavalla varmuudella” paikkansa:¹²

”Oikeustiede tarkastelee *tuomarin sisäistämää normatiivista ratkaisuideologiaa*. Kun tunnemme sanotun ideologian (ja sille annetun tulkinnan) sisällön, voimme *huomattavalla varmuudella* ennustaa ne oikeudelliset ratkaisuperusteet, joiden varaan määrätty tulevat tuomioistuinratkaisut tulevat perustumaan ja jotka siis tulevat olemaan osa tehtävän ratkaisun normatiivisia premissejä. Mutta millainen suhde on ratkaisun premissien ja niistä tehtävän oikeudellisen johtopäätöksen kesken, jonka luonnollisesti toivomme voivamme ennustaa?”

Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin mukaan voimassa olevan oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, toteutettavissa oikeusvaikutukseltaan ja kumottavissa oikeuden voimaantulo-, transformaatio-, täytäntöönpano- ja derogaatioehtojen tarkoittamalla tavalla määrättyjen institutionaalisten toimijoiden eli lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten määrämuotoisten kielellisten ilmausten eli *institutionaalisten puhetekojen* avulla. Ronald Dworkinin keskeisajatus

¹² ”Retsvidenskaben beskæftiger sig med *den normative ideologi der besjæler dommeren*. Kendskab til denne ideologi (og dens tolkning) sætter os derfor i stand til *med betydelig sikkerhed* at forudberegne det retsgrundlag, hvorpå visse fremtidige afgørelser vil blive truffet, og som altså vill figurere i domspræmisserne. Men hvilket forhold består der mellem præmisserne og konklusionen, der naturligvis er det vi virkelig er interesseret i at kunne forudberegne?” Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56–57 (kursivoinnit lisätty; käännös allekirjoittaneen). Vrt. Ross, *On Law and Justice*, s. 43.

institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista ja vastaavista oikeudellisista ratkaisustandardeista sai lisäksi muuntaa institutionaalisen oikeuspositivismin sääntösidonnaista lähtökohtaa jonkin verran oikeudellisen ja yhteisöllisen *konventionalismin* suuntaan.

Nyt käsillä oleva oikeusteoriatriologian päätösosa, *Oikeudellinen tulkintateoria*, on perustunut Kaarle Makkosen ja Jerzy Wróblewskin analyyttisen oikeusteorian edelleen kehittelylle, missä etenkin Rudolf Carnapin ehdottama semantiikan käsitteistö eli ekstension ja intension menetelmä on osoittautunut hyödylliseksi. Myös William Jamesin edustama filosofinen pragmatismi osoittautui kiinnostavaksi näkökulmaksi todellisuuteen ja sitä koskevaan inhimilliseen tietoon. Pragmatismi kuitenkin sivuuttaa tutkimuksellisesti merkityksettöminä oikeuden institutioonaaliset ja yhteisölliset sitoumukset, joihin *voimassa olevan* oikeuden tulkinnallista merkityssisältöä tarkasteleva tulkintaoppi kiinnittyy. Niinpä oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet suodatettiin tutkimukseen lähinnä vain Otto Brusiinin väitöskirjan *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* välityksellä.

Oikeustieteen tieteenteoria -kirjassa määrittelin voimassa olevan oikeuden Alf Rossin analyyttisen oikeusrealismin mukaisesti:¹³

Voimassa oleva oikeus on *toteutunut* ja *toteutettavissa* oleva *yhteiskunnallinen tosiasia* eli niiden muodollisesti velvoittavien *oikeussääntöjen* sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja vastaavien muiden oikeudellisten *ratkaisustandardien* kokonaisuus, jotka tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat tosiasiallisesti hyväksyneet ja jotka ne vallitsevan eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti hyväksymän tuomarinideologian perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa hyväksymään oikeudellisen ratkaisun normatiiviseksi perustaksi eli mittapuuksi, jonka avulla ratkaisun lainmukaisuutta ja oikeellisuutta arvioidaan.

Oikeus määriteltiin näin yhteiskunnallisena *tosiasiana*, ei vain yhteiskunnallisena ideaalina. Se, mitä oikeus on, erotettiin John Austinin analyyttisen oikeuspositivismin edellyttämällä tavalla siitä, mitä oikeuden pitäisi olla, kun asiaa tarkastellaan luonnonoikeusopin tai moraalifilosofian näkökulmasta. Lisäksi täydensin voimassa olevan oikeuden määritelmää Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin sekä Ronald Dworkinin oikeudellisen konventionalismin keskeisideoilla.

Tässä teoksessa olen määritellyt voimassa olevan oikeuden laaja-alaisemmin *institutionaalisen tulkintaideologian* ja sen konstitutiivisten osatekijöiden eli oikeusyhteisössä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuoma-

¹³ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 53.

rinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai niiden tietynlaisen yhdistelmän avulla. Voimassa oleva oikeus on näin määriteltynä Ludwig Wittgensteinin tarkoittamalla tavalla *perheyhtäläinen* eli *ryväskäsite* (engl.: *cluster concept; paradigm concept*),¹⁴ josta esitettyjä erilaisia tulkinnallisia painotuksia, tulkintamalleja vain edellytetty *oikeudellisuus* eli sidonnaisuus oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* yhdistää.

Tuo oikeudellisuus tarkoittaa yhtäältä tietynlaista *validiteetti- ja tulkintakriteeriä*, jota vasten oikeudellisen tulkintalauseen validiteettia ja tulkinnallista merkityssisältöä arvioidaan, ja toisaalta tietynlaista edellytettyä todellisuusrakennetta oikeudellisen tulkintalauseen edellyttämän *loogisen konstituution, edellytetyn ontologian ja rakenteellisen aksiologian* merkityksessä. Kyseisten institutionaalisten ja yhteisöllisten reunaehtojen vallitessa voimassa oleva oikeus ja sen tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on voitu määritellä vertailtavien asiantilojen vastaavuutena (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisenä yhteensopivuutena (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion yhteisöllisenä hyväksyntänä (= *oikeudellinen uusretoriikka*), lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisinä tavoitteina (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneina ja toteutettavissa olevina oikeusvaikutuksina eli tehokasta oikeussuojaa nauttivina, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuina oikeuksina ja velvollisuuksina (= *analyttinen oikeusrealismi*) tai vakiintuneina institutionaalisina ja yhteisöllisinä käytäntöinä (= *oikeudellinen konventionalismi*).

Analyttinen filosofia ja oikeustiede on julistettu kuolleeksi ja kuopatuksi jo moneen kertaan, ja suomalaisen oikeusfilosofian 'uskonnollisen käänteen' jälkeen moderni luonnonoikeusfilosofia, oikeusfenomenologia, oikeudellinen polysentria, oikeudellinen hermeneutiikka, oikeusteologia ja kriittinen oikeuspositivismi ovat paljolti saaneet sen sijan.¹⁵ Hannu Tolosen oikeusfilosofinen keskeistuotanto on puolestaan painottunut yhtäältä historiallisen luonnonoikeusfilosofian, toisaalta hermeneuttis-fenomenologisesti tulkitun oikeuslähdeopin kysymyksiin.¹⁶ Entä analyttinen oikeusrealismi? Väitetysti sekään ei koskaan onnistunut juurtumaan koto-Suomen kivikkoiseen oikeudelliseen maaperään. Aulis Aarnio on todennut Alf Rossin (analyttisen) oikeusrealismin vastaanotosta Suomessa:¹⁷

¹⁴ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 67 (s. 65–66) *et seq.*

¹⁵ Kootusti (ja kriittisesti) suomalaisen oikeusfilosofian uskonnollisesta käänteestä ja oikeudellisesta polysentriasta, Siltala, ”’Sateenkaaren tuolla puolen’ – polysentrisen oikeuden manifesti”, s. 309–311; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 697–706. Kriittisestä oikeuspositivismista, Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*.

¹⁶ Tolonen, *Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiantilojen johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan*; sama, *Korko, raha ja sopimus*; sama, *Oikeuslähdeoppi*.

¹⁷ Aarnio, ”Alf Ross ja realistinen oikeustiede”, s. 56 (kursivointi Aarnion).

”Tämä [oikeusrealistinen] puoli Rossin ajattelusta ei koskaan varsinaisesti kotiutunut Suomeen. Sikäli kuin tiedän, yhtään ’realisti-Rossin’ ajatuksia myötäilevää oikeustieteellistä tutkimusta ei Suomessa ole tehty. Toisin sanoen: Suomessa ei ole ollut – eikä näytä olevan – elävää oikeusrealismin perinnettä.”

Simo Zittingin tunnettu Ross-reseptio, jota Markku Helin on tarkastellut osana skandinaavisen oikeusrealismin vaikutusta suomalaiseen lainoppiin,¹⁸ keskittyi sekin Rossin oikeusajattelun analyyttiseen puoleen, joka haki tutkimuksellisen innoituksensa muun muassa Hans Kelsenin (ja Felix Kaufmannin) puhtaasta oikeusopista. Aarnio jatkaa huomauttaen, että hänen käsityksensä mukaan ”ainoastaan yksi teoreettisesti vahva ja hyvin perusteltu kirjoitus on puolustanut rossilaisuutta teoreettisena konstruktiona. Se on Martti Federleyn artikkeli ’Laintulkinnasta deskriptiivisenä tulkintaoppina’ (LM 1965, s. 296 ss.).”¹⁹ Aiemmin samana vuonna kuin Aarnion artikkeli oli kuitenkin ilmestynyt *Oikeustieteen tieteenteoria* -teokseni, jossa Rossin analyyttistä oikeusrealismia sovellettiin suomalaisen lainopin tieteenteoreettisten sitoumusten tarkasteluun liki 1000 tekstisivun verran.²⁰

Ehkä on lupa edellä sanotun valossa todeta, amerikkalaiskirjailija Mark Twainia mukaillen, että väite analyyttisen filosofian ja oikeustieteen kuolemasta vaikuttaa huomattavasti liioitellulta ja ennenaikaiselta. Ainakin nyt käsillä oleva oikeusteoriatriлогия on perustunut vahvasti Jerzy Wróblewskin, Hans Kelsenin, H.L.A. Hartin, Alf Rossin, Neil MacCormickin, Rudolf Carnapin ja Kaarle Makkosen keskeistuotannon analyyttisten premissien varaan. Myös Rossin innoittama oikeusrealistinen näkökulma oikeuteen ja oikeustieteeseen vaikuttaa sekin, vastakkaisista väitteistä huolimatta, varsin elinvoimaiselta.

Oikeuden institutionaaliset ja yhteisölliset piirteet vievät oikeudellista analyysiä kohden Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustamaa *institutionaalista oikeuspositivismia*, John L. Austinin ja John Searlen *institutionaalisten puhetekojen* teoriaa, yhteisöllisten käytäntöjen merkitystä painottavaa oikeudellista ja yhteisöllistä *konventionalismia* sekä Ronald Dworkinin konstruktivistista oikeusteoriaa, joka korostaa institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien sekä oikeudellista tulkintaa yhtenäistävän oikeudellisen eheyden merkitystä. Yhteiskuntafilosofiassa konventionalistinen tarkastelutapa voi liittyä yhtäältä perinteiseen *yhteiskuntasopimusoppiin*, joka korostaa yhteiskunnallisten instituutioiden ja yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden viime kädessä sopimuksenvaraista ja sisällöllisesti avointa luonnetta esimerkiksi John

¹⁸ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 261 et seq.

¹⁹ Aarnio, ”Alf Ross ja realistinen oikeustiede”, s. 56.

²⁰ Aarnio oli myös tutustunut *Oikeustieteen tieteenteoria* -kirjani käsikirjoitukseen jo yli vuotta aiemmin.

Locken, Immanuel Kantin tai John Rawlsin yhteiskuntafilosofian tarkoittamalla tavalla, ja toisaalta *kommunitaristiseen* eli perusteiltaan yhteisölliseen käsitykseen yhteiskunnasta.

Trilogian kaksi myöhempää osaa, *Oikeustieteen tieteenteoria* ja *Oikeudellinen tulkintateoria*, irtautuivat osittain väitöskirjani *A Theory of Precedent* vahvasta sidonnaisuudesta analyyttiseen oikeuspositivismiin ja sen tutkimuksellisiin reunaehtoihin: *Oikeustieteen tieteenteoria* Alf Rossin analyyttisen oikeusrealismin, Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin sekä Dworkinin konventionalistisen, oikeusperiaatekeskeisen oikeusajattelun yhdistelmän hyväksi ja nyt käsillä oleva *Oikeudellinen tulkintateoria* yleisen oikeudellisen tulkintakehyksen, oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan, institutionaalisen tulkintaideologian sekä Rudolf Carnapin semantiikan ekstension ja intension menetelmän hyväksi.

Oikeudellinen tulkintateoria liittyy kiinteästi tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa tarkastelemaan oikeuskirjallisuuden traditioon eli, Ronald Dworkinin termien, kirjalliseen jatkokertomukseen,²¹ jonka narratologisen rakenteen, temaattiset valinnat ja tutkimukselliset koordinaatit Kaarle Makkosen *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, Jerzy Wróblewskin *The Judicial Application of Law*, Rudolf Carnapin *Meaning and Necessity* ja tavallaan myös Otto Brusiinin *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* ovat edellä määrittäneet. Sidonnaisuus tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen tiedonintressiin yhdistää Makkosta, Wróblewskia ja Brusiinia Makkosen oikeudellisten ratkaisutilanteiden, Wróblewskin oikeudellisten ratkaisuideologioiden ja Brusiinin oikeudellisesti säätelemättömien ratkaisutilanteiden arvioimisen merkityksessä. Brusiinin oikeusajattelun holististen ja yhteiskuntatieteellisten painotusten myötä avautuu yhteys myös Ronald Dworkinin oikeusteoriaan, jonka ajatus oikeudellisesta eheydestä perustelee kiinnostavan tulkinnan oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä metakontekstista.²²

20.2 OIKEUDEN FILOSOFINEN DEKONSTRUKTIO

Jacques Derridan filosofisen dekonstruktion vahvin anti oli väitöskirjani post-analyyttisissä loppujaksoissa ”The Quest for the Final Premises of Law, I–II”, missä arvioin analyyttisen filosofian itse itselleen asettamia tutkimuksellisia rajoja, oikeudellisia *infrastruktuureja* sekä oikeuden ja oikeudellisen ajattelun viimekätisten premissien radikaalia luokittelemattomuutta eli ratkeamattomuutta Derridan neologistisen kvasikäsitteen *différance* avulla. Riitautin Lud-

²¹ Dworkin, ”How Law Is Like Literature”.

²² Dworkin, *Law’s Empire*, s. 225 *et seq.*

wig Wittgensteinin perusmetriargumentin,²³ koska nähdäkseni kyse on institutionaalisesta eli sääntösidonnaisesta konventionaalisesta tosiasiasta Wittgensteinin oppilaiden ja myöhempien seuraajien, kuten Peter Winchin, Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John Searlen, tarkoittamalla tavalla.²⁴ Wittgensteinin kannasta poiketen perustelin väitteen, jonka mukaan Pariisin perusmetri (tai jokin sen myöhempi vastine) on täsmälleen yhden metrin mittainen, ei sen vuoksi, että se vastaisi jotain muuta mittaamisen vakioitua referenssiä tai mittaapuuta, sillä sellaista ei määritelmällisesti voi olla, vaan koska perusmetri yhteisöllisen määritelmänsä mukaisesti on metrin mittainen. Pariisin perusmetrin tangon tai valonsäteen 1/299.792.458 sekunnissa tyhjiössä taittaman matkan pituus on tasan yksi metri, koska metri *institutionaalisena tosiasiana* on siten määriteltä metrimitan avulla vakioitua pituusmittaamista harjoittavassa yhteisössä.²⁵ Wittgenstein ei tähän perusmetrin tai ehdottamiensa värimallien konventionaaliseen eli sääntösidonnaiseen ominaisuuteen kuitenkaan viitannut.

Wittgensteinin perusmetriargumentti ei käsitykseni mukaan soveltunut perusmetriin. Oikeuden viimekätiseen valideiteettikriteeriin se yhtä kaikki soveltuu, koska sanottu yhteisöllinen konventio ei voi vedota itse omaan oikeudelliseen tai yhteisölliseen velvoittavuuteensa syyllistymättä filosofisessa katsannossa kiellettyyn loogiseen kehään tai päättymättömään regressioon. Niinpä perustelin *A Theory of Precedent* -kirjassani väitteen, jonka mukaan oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin, kuten Hans Kelsenin transsendentaalis-loogisen perusnormin tai H.L.A. Hartin oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön, itsensä luokittelu *normilfakta*, *oikeus/lei-oikeus* tai *pätevyys/tehokkuus* -merki-

²³ ”On olemassa yksi esine, josta ei voi väittää, että se on 1 metrin pituinen, eikä, että se ei ole 1 metrin pituinen: Tämä esine on Pariisissa säilytettävä perusmetri. – Näin sanoessamme emme ole tietenkään liittäneet tähän esineeseen mitään merkittävää ominaisuutta, vaan ainoastaan luonnehtineet sen omalaatuista roolia metrimitalta tapahtuvalla mittaamisen pelissä. – Kuvitelkaamme sitten, että vastaavalla tavalla kuin perusmetriä Pariisissa säilytettäisiin myös värien malleja. Niinpä määrittelemme: ’Seepia’ on siellä ilmatiiviissä tilassa säilytetyn perusseepian väri. Silloin ei olisi mieltä väittää tästä mallista, että sillä on tai että sillä ei ole tätä väriä.” Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 50 (s. 55); vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 197–201; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 706–709; sama, ”Metrin pituudesta ja muita ongelmia. Vastine Aulis Aarnion kirjoitukseen ’Oikeusfilosofi kevätjälillä’”.

²⁴ Institutionaalisista tosiasioista, Anscombe, ”On Brute Facts”, s. 69; Searle, *Speech Acts*, s. 50–53; sama, *The Construction of Social Reality*; MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*.

²⁵ Vrt. myös MacCormick, ”Raimo Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*, Opponent’s Review”, s. 430: ”Indeed Hart himself, on the basis of his own pre-publication reading of Wittgenstein’s later work, explicitly uses the metre bar analogy in The Concept of Law. Yet, as Siltala rightly says, Wittgenstein’s claim that we can neither affirm nor deny that the metre bar is a metre long seems implausible. If anything is ’a metre long’ the metre bar is (or its contemporary electronic substitute), but it not so because it exactly matches something else which confirms it as just so long. It is so by virtue of having been instituted as a conventional linear measure. (...) This bar is not a metre because it matches some more authentic measure, but it is indeed ’a metre’ – it is so by institution, not by imitation.”

tyksessä on radikaalilla tavalla *ratkeamaton*, koska kyse on viimekätisestä erottelukriteeristä, jonka avulla sanottu käsitedikotomia on ylipäättään luotavissa ja ylläpidettävissä.²⁶

Oikeuden viimekätisten validiteettikriteerien radikaali luokittelemattomuus on seurausta analyyttisen oikeuspositivismin pyrkimyksestä sulkea voimassa olevan oikeuden sfääri ja määritellä oikeus sen itsensä asettamien kriteerien avulla. Modernin oikeuden tunnuspiirteisiin kuuluu näet se Hans Kelsenin havaitsema erikoinen ominaisuus, että oikeus määrittelee itse omat synty- ja soveltamisehtonsa:²⁷

“Eräs oikeuden merkittävimpiä ominaisuuksia on näet se, että se sääntelee itse omaa syntytään ja soveltamistaan. Yleisten oikeusnormien luominen eli lainsäädäntömenettely on perustuslain sääntelemä, kun taas muodolliset eli prosessilait sääntelevät aineellisen oikeuden soveltamista tuomioistuimissa ja hallintoviranomaisissa. Niinpä tuomioistuinprosessiin kuuluvat oikeutta luovat ja oikeutta soveltavat toimet (joista jälkimmäiset ovat, niin kuin tulemme näkemään, itsekin oikeutta luovia) katsotaan oikeudellisiksi vain, jos niiden sisältö on oikeusnormien mukainen eli jos ne ovat oikeusnormien määrittämiä. Niinpä myös dynaamisen oikeusteorian tiedonintressi on kohdentunut niihin oikeusnormeihin, jotka säätelevät oikeuden luomista ja soveltamista.”

Kun moderni oikeus määrittelee itse omat rajansa ja velvoittavuusperustansa, yksittäisen oikeusnormin systeeminen voimassaolo on johdettavissa toisesta, siihen nähden hierarkkisesti ylemmän asteisesta oikeusnormista sekä viime kädessä voimassa olevasta perustuslaista ja sen edellyttämästä transsendentaalis-loogisesta perusnormikonstruktiosta. Samalla perusnormin oma ontologinen asema oikeus/ei-oikeus -erottelun rajakriteerinä käy pulmalliseksi: onko perusnormi itse oikeuden sisä- vai ulkopuolella? *A Theory of Precedent* -kirjassani keskityin etenkin Hartin oikeuden tunnistamissäännön vastaavaan pulmaan. Onko oikeuden tunnistamissääntö, jonka avulla tuomarit kykenevät tunnistamaan voimassa olevan oikeuden säännöt, aidosti velvoittava sääntö, ja jos se on, mihin sen oikeudellinen velvoittavuus voi perustua? Vai onko oikeuden tunnistamissääntö vain kontingentti yhteiskunnallinen tosiasia eli säännönmukaisuus, joka on havaittavissa tuomarien ja muiden lainsoveltajien tavallisesti varsin yhdenmukaisessa oikeuden soveltamiskäytännössä, vailla oikeussäännön normatiivista velvoittavuutta? Tätä *normilfakta* tai *sääntö/sään-*

²⁶ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 197–201, 229–231; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 706–711. – Myös H.L.A. Hart viittaa perusmetrianalogiaan *The Concept of Law* -teoksessa, mutta hänen sen perusteella tekemänsä päätelmät ovat varsin erilaiset kuin mihin itse päädyin. Hart, *The Concept of Law* (1961), s. 106 *et seq.*

²⁷ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 73 (käännös allekirjoittaneen); vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 436–437.

nönmukaisuus -jaotusta Hartin tai Kelsenin analyyttinen lähestymistapa ei kyennyt ylittämään.

Perustelin Derridan filosofisen dekonstruktion avulla väitteen, jonka mukaan Hartin oikeuden tunnistamissääntö noudattaa outoa, samalla kertaa *inklusiivista* ja *eksklusiivista* logiikkaa: se on *sekä – että ja ei – eikä* suhteessa oikeuden ontologisen, episteen ja käsitteellisen sfäärin avaavaan, rajaavaan ja sulkevaan *normifakta, velvoittava sääntöyhteiskunnallinen säännönmukaisuus* tai *oikeus/ei-oikeus* -jaotteluun. Se väistää onnistuneesti normi/fakta -luokittelun, koska sen sijoittaminen sanotun käsitedikotomian jommankumman osatekijän alle mitätöisi kyseisen käsiteluoituksen siten aiheutetun loogisen kehän myötä. Toisena vaihtoehtona on ongelman siirtäminen askelta ylemmälle metatasolle, jolloin filosofinen pulma vain kertaantuu astetta ylemmällä tarkastelutasolla ja niin edelleen, *ad infinitum*. Kyse on filosofisesta dilemmasta, joka toteutuu minkä tahansa suljetun, määrätynlaiset 'sanat' ja 'asiat' keskenään yhdistävän episteen-käsitteellisen luokittelujärjestelmän ulommaisten reunojen tai perimmäisten premissien kohdalla: ei ole sanotunlaisesta 'metafysiikasta' vapaata käsitteistöä, jonka avulla esimerkiksi oikeuden viimekätiset kriteerit voitaisiin luokitella normi/fakta -jaottelun säilyttävällä tavalla.

Kun Hartin tunnistamissääntöä ei voi lukita normi/fakta, velvoittava sääntö/yhteiskunnallinen säännönmukaisuus tai oikeus/ei-oikeus -kahtiajaon kumpaankaan osatekijään ilman, että sanottu käsitedikotomia samalla mitätöityy, kyse on 'kolmannesta kategoriasta' (kreikk.: *triton genos*), joka sijoittuu normi/fakta tai oikeus/ei-oikeus -dikotomian ulkopuolelle. Kelsenin perusnormi ja Hartin viimekätinen tunnistamissääntö rinnastuvat näin ontologialtaan Platonin omalaatuiseen termiin *khōra*, joka ei taipunut kreikkalaisfilosofin muutoin dualistisen ontologian alaisuuteen: muoto/sisältö, järjen avulla tajuttava/aistein havaittava, muuttumaton/muuttuva, *logos/mythos*. Platonin dualistisessa ontologiassa *khōra* on *triton genos*, kolmas olevaisen laji, joka väistää onnistuneesti luokittelun yhtä hyvin ikuisten ja muuttumattomien ideoiden kuin ajallisesti muuttuvien, aistein havaittavissa olevien olioiden kategoriaan.²⁸ Samoin oikeuden perimmäiset eli infrastruktuuritason premissit ovat perinteisen kaksiarvologiikan tavoittamattomissa. Niitä ei voi *kohteellistaa* ja *käsitteellistää* eli tuoda tietynlaisella metafysiikalla 'kyllästetyn' oikeudellisen kielen ja oikeudellisen tieto-opin eli oikeudellisen tietomuodon piiriin ilman, että niiden tehtävä normi/fakta ja oikeus/ei-oikeus -jaottelun perimmäisenä edellytyksenä samalla mitätöityy ja pyyhkiytyy yli.²⁹

²⁸ Platon, "Timaios", § 49a (s. 193), § 52a–d (s. 196–197).

²⁹ Vrt. Derrida, *On the Name*, s. 89–127; Siltala, "The Quest for the Ultimate Premises of the Law", s. 420–423; sama, *A Theory of Precedent*, s. 27, 236–237, 256.

A *Theory of Precedent* -teoksessa tarkastelin siis Kelsenin ja etenkin Hartin analyttisen oikeuspositivismin perimmäisiä tutkimuksellisia premissejä. Virallinen vastaväittäjäni, etevä skotlantilainen oikeusfilosofi ja sittemmin europarlamentin jäsen Neil MacCormick ehdotti Jacques Derridan ja filosofisen dekonstruktion tilalle institutionaalista oikeuspositivismia ja Eerik Lagerspetzin edustamaa filosofista konventionalismia.³⁰ Hän viittasi myös oman *Legal Reasoning and Legal Theory* -teoksensa keskeisideaan oikeuden viimekätisen velvoittavuuden perustavista *underpinning reasons* -näkökohdista. *Underpinning reasons* -argumentit ovat MacCormickin mukaan yhteiskunnallisia arvo- ja tavoitesidonnaisia perusteita, joiden nojalla määrätyn oikeusjärjestyksen validiteetti- eli pätevyyskriteerit ovat hyväksyttävissä (engl.: *reasons for accepting the system's criteria of validity*),³¹ rinnastuen tämän teoksen termein oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämiin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin. Institutionaalinen oikeuspositivismi antaa lainsäätäjän ja tuomioistuinten määrämuotoisille kielellisille ilmauksille oikeutta konstituoidun merkityksen. Oikeudellinen konventionalismi puolestaan korostaa vakiintuneiden yhteisöllisten käytäntöjen sekä yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden oikeudellista merkitystä.³²

Entä mihin lainsäätäjän ja tuomioistuimen institutionaalisten puhetekojen tai yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden oikeudellinen *oikeudellinen ratkaisuarvo* eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus voi perustua, jos institutionaalinen oikeuspositivismi ja oikeudellinen konventionalismi hyväksytään MacCormickin ehdottamalla tavalla oikeudellisen analyysin lähtökohdaksi? Onko nytkin turvauduttava lopulta Kelsenin perusnormin tai Hartin oikeuden tunnistamissäännön kaltaiseen pätevyyskriteeriin oikeuden viimekätisen velvoittavuuden perustelemiseksi? Viittaus lainsäätäjän tai tuomioistuimen institutionaalisiin puhetekoihin tai vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin ei vielä perustele sitä, *miksi* niille tulisi antaa oikeudellista ratkaisuarvoa tai yleisemmin oikeutta konstituoidua merkitystä, eikä filosofisen dekonstruktion uhka sen vuoksi väisty.

³⁰ MacCormick, ”Raimo Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*, Opponent’s Review”, s. 431–432.

³¹ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 64, 106. Käsitteestä *underpinning reasons*, MacCormick, mts. 62–65, 138–140, 240–246 ja 275–292.

³² Hollantilaisen Govert den Hartoghin yhteisöllinen ja oikeudellinen konventionalismi on Lagerspetzin mallia monimuotoisempi, rakentuen edellä kerrotulla tavalla yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden varaan. den Hartogh, *Mutual Expectations*, s. 20 *et seq.*

20.3 KRITIIKKI JA HILJAISUUS

Väitöskirjani *A Theory of Precedent* mottona oli ranskalaisfilosofi Jacques Derridan alun perin kirjallisuuteen ja filosofiseen dekonstruktioon liittyvä ko-meeta metodinen ohjelmanjulistus:³³

”... the unlimited right to ask any question, to suspect all dogmatism, to analyze every presupposition, even those of the ethics or the politics of responsibility.”

Oikeustieteessäkin sallittujen tai mahdollisten kysymysten ala ei ollut ennalta rajattu vain vallitsevaa oikeudellista tietokäsitystä tukeviin ja vahvistaviin pohdintoihin, vaan tutkijalla oli ehdoton oikeus esittää mikä tahansa tutkimuksellisesti perusteltu kysymys, epäillä kaikenlaista älyllistä dogmatismia sekä alistaa mikä tahansa tutkimuksellinen ennako-olettama kriittisen tarkastelun kohteeksi, oli sitten kyse vaikkapa yhteiskunnallisen vastuun eettisistä, poliittisista tai oikeudellisista perusteista. Derridan ankara teesi muistuttaa samalla saksalaisfilosofi Jürgen Habermasin ajatusta *ideaalisesta puhetilanteesta* ja *herruudesta vapaasta diskurssista*, jota minkäänlainen ulkoinen pakko tai painostus ei saa vinouttaa, samoin kuin Chaïm Perelmanin ajatusta *universaaliauditoriolle* osoitetuista perusteluista, joiden tavoitteena on kuulijoiden rationaalinen vakuuttaminen epäasiallisen ja irrationaalisen suostuttelun sijaan. Tähän uskoin, ja sen mukaan kirjoitin.

Toivomani avoin ja kriittinen vuoropuhelu oikeustieteen tieteenteoreettisista sitoumuksista ei kuitenkaan toteutunut, vaikka soveltamani *filosofisen dekonstruktion* ja oikeudellisten tekstien *kriittisen lähiluvun* arviointikriteerit oli haettu kulloinkin tarkasteltavana olleesta väitöskirja- tai muusta tutkimuksesta sekä sen kirjoittajan omaksumasta tutkijanpositiosta eli tutkimuksellisesta näkökulmasta tutkimuskohteeseen.³⁴ Tarvittaessa ankarankin kriittisen vuoropuhelun sijaan oikeustieteellinen tiedeyhteisö tuntui kaipaavan vain ehdotonta ideologista yksituumaisuutta ja ritualistista yhteisen uskon vahvistamista: *credo, quia credo!* Ideaalidiskurssin ja ajattelun vapauden tilalla oli painostava hiljaisuus. Osa kirjoittajista myös loukkaantui esittämästäni kritiikistä. Tämä ei ollut tarkoitukseni.³⁵

Varsinaisesti *lectio præcursoriaani* ”The Quest for the Ultimate Premises of the Law” arvioineessa kirjoituksessaan ”Oikeusfilosofi kevätjäällä” emeritusprofessori Aulis Aarnio moitti Wittgensteinin perusmetriargumenttia kohtaan

³³ Derrida, *On the Name*, s. 28.

³⁴ Oikeuden filosofisesta dekonstruktiosta ja kriittisestä lähiluvusta, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 593–730.

³⁵ Tutkijanetiikkani lähtökohdista, Siltala, mts. 612–613.

esittämääni kritiikkiä, post-analyyttisen tarkastelutapani sitoutumista ranskalaisfilosofi Jacques Derridan filosofiseen dekonstruktioon sekä väitöskirjani päättävää keskeismetaforaa, jossa rinnastin oikeudellisten tekstien käsitteelliset, episteemiset ja metodiset halkeamat kevätjään petolliseen haurauteen.³⁶ Sitä, miten analyyttisen oikeus- ja oikeustiedekäsityksen viimekätiset premissit tulisi Derridan sijasta hahmottaa, Aarnio ei kuitenkaan kertonut. Laajempi keskustelu väitöskirjani *A Theory of Precedent* tutkimuksellisista lähtökohdista ja etenkin sen suhteesta yhtäältä Kelsenin ja Hartin analyyttiseen filosofiaan ja toisaalta Jacques Derridan filosofiseen dekonstruktioon jäi puuttumaan.

Oikeustieteen tieteenteoria -kirjassani olin kääntänyt professori Kaarlo Tuorin (ja Frankfurtin koulun) ehdottaman *immanentin kritiikin* ohjelman kriittiseen oikeuspositivismiin itseensä, kun olin arvioinut, miten hyvin Tuorin teoria täyttää itse ne kriteerit, joita Kelsenin ja Hartin edustama ”perinteinen” eli analyttinen oikeuspositivismi ei Tuorin mukaan kyennyt täyttämään. Poikkeuksellisen kovasanaaisessa kirjoituksessaan ”Opetuksia ja väärinkäsityksiä” Tuori arvioi pohdintojani kriittisen oikeuspositivismin dilemmasta eli siitä, miten oikeuden määritelmällinen tahdonvaltaisuus ja kriittisen oikeusopin aidosti sisältökriittinen näkökulma ovat yhdistettävissä keskenään. Jälkisanojensa ”opetuksilla” Tuori viittasi Markku Helinin ja Hannu Tolosen esittämiin hyväksyttäviin tulkintoihin, ”väärinkäsityksillä” puolestaan allekirjoittaneen harhaoppisiin käsityksiin.³⁷ Samalla Tuori, sitä ehkä täysin tarkoittamattaan, myönsi esittämäni kritiikin oikeuden syvempien tasojen tunnistamiseen ja oikeuden rajojen määrittämiseen liittyvistä ongelmista oikeaksi.³⁸

”Siltalan näyttää olevan mahdotonta hyväksyä ajatusta, että oikeuden syvempiä kerrostumia ei voida rajata millään Hartin tunnistamissäännön kaltaisilla täsmällisillä kriteereillä. Mutta, kuten olen yllä sanonut, tällaisten kriteerien perääminen oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen rajaamiseksi vain osoittaa, että monitasoidea ei ole mennyt perille. Oikeus ja oikeuskäsitykset eivät kuitenkaan – onneksi – alistu siisteihin ja suljettuihin lokeroihin ehdettaviksi; oikeus on positiivisenakin moraalinen ja etiikan suhteen avoin ja dynaaminen järjestelmä.”

Mutta juuri näinhän oli tekstissäni väittänyt: (analyttisen) oikeuspositivismin edellyttämän oikeuden määritelmällisen tahdonvaltaisuuden ja kriittisen oikeusopin edellyttämän aidon sisältökritiikin välillä vallitsee *nollasummapelin* kal-

³⁶ Siltala, ”The Quest for the Ultimate Premises of the Law”; Aarnio, ”Oikeusfilosofi kevätjäällä”; Siltala, ”Metrin pituudesta ja muita ongelmia. Vastine Aulis Aarnion kirjoitukseen ’Oikeusfilosofi kevätjäällä’”; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 706–711.

³⁷ Tuori, ”Opetuksia ja väärinkäsityksiä”, s. 314 ja 323–326; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 668–670.

³⁸ Tuori, ”Opetuksia ja väärinkäsityksiä”, s. 326; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 652–656, 666–669.

tainen suhde, jossa oikeuden rajojen tarkentaminen kaventaa aidosti moraali-perustaisen sisältökritiikin mahdollisuutta ja oikeuden rajojen avaaminen aidosti moraalille tai yhteiskunnallisille arviointikriteereille tekee oikeuden ulkoiset rajat epätarkoiksi. Oikeuden syvempien kerrostumien tai tasojen ilmiöt, kuten institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet oikeuskulttuurin tasolla tai perustavat oikeudelliset periaatteet oikeuden syvätasolla, eivät sen vuoksi ole tunnistettavissa Kelsenin perusnormin tai Hartin oikeuden tunnistamissäännön kaltaisen oikeus/ei-oikeus -erottelukriteerin avulla, joka takaisi oikeuden ulkoisten rajojen käsitteellisen tarkkuuden suhteessa esimerkiksi yhteiskuntamoraaliin, uskontoon, politiikkaan tai talouteen.

20.4 OIKEUS, KÄSITTEET JA KIRJALLISUUS

Teossarjalleni ja etenkin sen kahdelle jälkimmäiselle osalle eli *Oikeustieteen tieteenteoria* ja *Oikeudellinen tulkintateoria* -teoksille on ollut ominaista *ensyklopedinen* eli käsikirjatyyppinen ja kattavaan tarkasteluun pyrkivä kirjoitustapa. Olen siinä tarkoituksessa määritellyt joukon keskeiskäsitteitä ja uudistermejä, joiden avulla olen tutkimuskohdettani jäsentänyt, jollei riittävän täsmällistä ja tarkoituksenmukaista tieteellistä terminologiaa ei ole ollut entuudestaan tarjolla. Keskeiskäsitteitäni ovat olleet muun muassa:

- tuomarin sisäistämä *prejudikaatti-ideologia*, jonka avulla hän kykenee erottamaan ennakkoratkaisun sisältämän varsinaisen *prejudikaattinormin* (lat.: *ratio decidendi*) eli myöhemmän tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovan, velvoittavan tai ohjaavan osion sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista sanotussa ratkaisussa (lat.: *obiter dicta*), missä vain edellisellä mutta ei jälkimmäisellä on oikeudellista ratkaisuarvoa suhteessa myöhemmän tuomarin ratkaisuharkintaan (*A Theory of Precedent*),
- oikeuden *äärellisyyden analytiikka* oikeudellisten ilmiöiden tieto-opillisen *kohteellistamisen* ja loogis-lingvistisen *käsitteellistämisen* merkityksessä, missä Michel Foucault'n ihmistieteiden tiedonarkeologia oli tutkimuksellisenä esikuvana (*Oikeustieteen tieteenteoria*),
- *oikeudellinen tulkintakehys* tuomarin tai tutkijan oikeudellista tulkintaa eri tavoin ohjaavien, määrittävien ja rajaavien tekijöiden, kuten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä sovellettavien oikeudellisten päätelymallien, kokoavana yhteisnimityksenä (*Oikeudellinen tulkintateoria*),
- *institutionaalinen tulkintaideologia* oikeusyhteisössä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen prejudikaatti- ja muun tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden yhdistelmän yhteisnimityksenä sekä samalla formaalin ja aineellisen tulkintaideologian vaihtoehtona (*Oikeudellinen tulkintateoria*),

- oikeudellinen *sääntely- ja ratkaisulogiikka* lainsäätäjän ja tuomioistuinten tekemien oikeussysteemisten valintojen eli oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäisten etusijasuhteiden määrittämisen yhteisnimityksenä (*Oikeudellinen tulkintateoria*),
- *institutionaaliin päätöksiin* perustuvat *oikeussäännöt* ja *yhteisöllisiin käytäntöihin* perustuvat *oikeusperiaatteet* ja vastaavat *ratkaisustandardit* oikeudellisina tulkinta- ja ratkaisuperusteina (*Oikeudellinen tulkintateoria*),
- oikeudellisten *transformaatioiden logiikka* oikeudellista päättelyä ohjaavina metatason argumentaationsääntöinä, joiden tarkoittamalla tavalla ei-deduktiivinen mutta oikeudellisesti perusteltavissa oleva ajatuksellinen siirtymä määrätyn normi- ja faktapremissin yhdistelmästä määrättyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen Q on mahdollinen, missä Aleksander Peczenikin kirjoitukset ovat olleet tutkimuksellisenä lähtökohtana (*Oikeudellinen tulkintateoria*),
- oikeudellinen *validiteetti- ja tulkintakriteeri* institutionaalisen tulkintaideologian määrittämänä arviointikriteerinä, jonka avulla oikeudellisen tulkintalauseen semanttista *ekstensiota* eli referentiaalista kohdentuvuutta voimassa olevaan oikeuteen eli oikeudellista validiteettia ja institutionaalista totuusarvoa sekä semanttista *intensiota* eli tulkinnallista merkityssisältöä on mahdollista arvioida (*Oikeudellinen tulkintateoria*),
- oikeudellisen tulkintalauseen *institutionaalinen totuusarvo* ”tosi_L” suhteessa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämään institutionaaliseen ja yhteisölliseen validiteettikriteeriin, *formaali totuusarvo* ”tosi_F” suhteessa formaalin tulkintaideologian määrittämään loogis-käsitteelliseen ja oikeussysteemiseen validiteettikriteeriin ja *aineellinen totuusarvo* ”tosi_V” suhteessa aineellisen tulkintaideologian määrittämään arvo- tai tavoiteperustaiseen validiteettikriteeriin (*Oikeudellinen tulkintateoria*),
- oikeuden *looginen konstituutio*, *edellytetty ontologia* ja *rakenteellinen aksiologia* oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen edellytetyn todellisuusrakenteen eli erilaisten metafysiikan sitoumusten eli oikeudellisen ’metafysiikan tarpeiston’ merkityksessä (*Oikeudellinen tulkintateoria*),
- oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden eli institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden tai vastaavien ratkaisustandardien *oikeudellinen ratkaisuarvo* eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus (*Oikeudellinen tulkintateoria*),
- yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden *oikeudellistuminen*, *formalisoituminen*, *materiaalistuminen* ja *deformalisoituminen* oikeussääntöjen, oikeusperiaatteiden sekä yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden keskinäisten suhteiden muutosten eli oikeuden sisäisen, rakenteellisen muutosdynamiikan osatekijöinä (*Oikeudellinen tulkintateoria*), ja
- oikeuden *institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta* erilaisten oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten käytäntöjen, kuten lainsäädän-

nön, lainvalmistelun, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytännön tai tavanomaisoikeudellisten sopimus- ja muiden vastuunjakokäytäntöjen merkityksessä, joihin institutionaaliset oikeussäännöt ja yhteisölliset oikeusperiaatteet eri tavoin tukeutuvat (*Oikeudellinen tulkintateoria*).

Oikeustieteen tieteenteoria ja nyt käsillä oleva *Oikeudellinen tulkintateoria* sisältävät kumpikin laajahkon sanaston, johon teoksen keskeisterminologia selityksineen on koottu.³⁹

Tavanomaisesta menettelystä poiketen hyödynsin oikeusteoriatriologiassani myös yleisessä kirjallisuudessa esitettyjä ajatuksia. Kyse ei ollut Yhdysvaltain *law in literature* -suuntauksen mukaisesta tarkastelutavasta, jossa arvioidaan maailmankirjallisuudessa esiintyviä oikeudellisia teemoja esimerkiksi Sofokleen *Antigonen*, Shakespearen *Venetsian kauppiaan*, Kafkan *Oikeusjutun* tai Dostojevskin *Rikoksen ja rangaistuksen* valossa. En myöskään pyrkinyt metodisesti vaativampaan *law as literature* -tyyppiseen tarkastelutapaan, jossa oikeutta ja oikeudellisia tekstejä arvioidaan kirjallisuudentutkimuksen tavanomaisesti hyödyntämien metodisten työvälineiden avulla esimerkiksi Ronald Dworkinin ketjuromaanivertauksen (engl.: *chain novel*) tarkoittamalla tavalla.⁴⁰ Kyse oli pikemminkin käänteisesti *literature in law* -tyyppisestä lähestymistavasta, jolloin yleisessä kirjallisuudessa esitetyt ideat saavat toimia oikeudellisen argumentaation osana.

Väitöskirjassani *A Theory of Precedent* perustelin argentiinalaiskirjailija Jorge Luis Borgesin tieteellistä täsmällisyyttä oivaltavasti pohtineen tarinan avulla sen, miten Hartin oikeuden tunnistamissäännön pulmalliseksi osoittautunut ontologia ei ollut ratkaistavissa Hartin itsensä ehdottamalla tavalla eli toteuttamalla ajatuksellinen siirtymä oikeudellisen ontologian kysymyksenasettelusta – eli onko oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö itse velvoittava oikeussääntö vaiko vain yhteiskunnallinen tosiasia? – oikeudellisen epistemologian kysymyksenasetteluun yhtäältä sisäisen ja toisaalta ulkoisen näkökulman tai tarkastelutavan merkityksessä.⁴¹ Borgesin eräässä toisessa kirjoituksessaan esittelemä (fiktiivisen) kiinalaisen ensyklopedian eläinluokitus, joka oli myös Michel Foucault’n *Les Mots et les choses* -teoksen keskeisenä innoittajana, sai toimia johdantona *Oikeustieteen tieteenteoria* -teokseeni, jossa tarkastelin Foucault’n ihmistieteiden *tiedonarkeologian* tarjoaman esikuvan tavoin oikeuden ’sanojen’ ja ’asioiden’ keskinäisiä suhteita eli oikeuden äärellisyyden analytiikkaa osana vallitsevaa oikeudellista tietomuotoa. Tavallaan myös *Oikeustieteen tieteenteo-*

³⁹ *Oikeustieteen tieteenteoria* ja *Oikeudellinen tulkintateoria* ovat toisin sanoen pitkälti semanttisesti itse itsensä määritteleviä (eli *self-defining*, niin kuin asia englanniksi ilmaistaisiin).

⁴⁰ *Law in literature* ja *law as literature* -suuntauksista, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 113; Dworkin, ”How Law Is Like Literature”.

⁴¹ Borges, ”Del rigor en la ciencia”; Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 221–226.

ria -kirjan luku ”Kielen ja maailman rajat I: ”*Oikeus, joka on kuin sementtiä ...*” kuuluu tähän (kauno)kirjalliseen traditioon, sillä hyödynsin siinä keskeisargumenttina muun muassa Lauri Viidan komeaa runoa ”Betonimylläri”.⁴² Samoin siihen kuuluu väitöskirjani päättävä keskeismetafora, jossa rinnastin oikeudellisten tekstien käsitteelliset, episteemiset ja metodiset halkeamat kevätjään petolliseen haurauteen.⁴³

Argentiinalaisen fabulistin J. L. Borgesin ohella tanskalainen H. C. Andersen on osoittautunut ehtymättömäksi tutkimuksellisten ideoiden lähteeksi. *Oikeustieteen tieteenteoria* -kirjani jaksoissa oikeudellisesta metodiopista ja oikeudellisten tekstien kriittisestä lähiluvusta hyödynsin myös *Andersenin suurta satukirjaa*. Oivaltava fiktio, kuten Andersenin satu keisarin uusista vaatteista tai todellisesta prinsessasta, saattaa kertoa (tiede)yhteisöllisen todellisuuden luonteesta jotain, mitä tavanomainen oikeudellinen *rautalankaproosa* ei ainakaan samassa määrin tavoita. Ja kukapa lopultakin taitaisi sanoa, miten faktan voi erottaa fiktiosta?

20.5 KERTOMUS VALTIOVIISAUDESTA

Hienossa tarinassaan ”Keisarin uudet vaatteet” H. C. Andersen kuvaa erään, ei ehkä niinkään kaukaisen valtakunnan keisaria ja hänen hoviaan, jonne eräänä päivänä saapuu kaksi vaatturia tarjoamaan palveluksiaan. Etevien vaattureiden hienoimmasta silkistä, kullasta ja hopeasta kutomilla vaatteilla oli näiden mukaan se erikoinen ominaisuus, että harvinaisen tyhmät tai muutoin virkoihinsa kelpaamattomat henkilöt eivät niitä lainkaan nähneet. Keisari vakuuttui vaattureiden kertomasta ja palkkasi nämä kutomaan itselleen uudet vaatteet juhla-kulkuetta varten. Kankurit osoittautuivat huomattavan ahkeriksi. Kangaspuut paukkuivat, sakset napsuivat ja neulat suihkivat aina yötä myöten, ja keisarin vaattureille toimittamat kulta-, hopea- ja silkkivarannot hupenivat nopeasti tämän hienoihin juhlapukuihin.

Työ edistyi joutuin. Keisarin paikalle lähettämät hovin edustajat palasivat yksi toisensa jälkeen vakuuttuneina vaattureiden ammattitaidosta, ja juhlavaatteiden valmistuttua keisarin taitavat ministerit, kamaripalvelijat ja muu hovi-väki kehuivat kilvan niiden yliveraista koreutta. Itse keisarikin päätti uskoa vaatteiden ihmeellisiin ominaisuuksiin ja ilmaisi kankureille kaikkein korkeimman tyytyväisyytensä, vaikkeivat vaatteet aivan ilmeisen näkyviltä hänen silmiinsä vaikuttaneetkaan – eihän keisari toki tahtonut olla hovinsa ainoa harvinaisen tyhmäksi tai muutoin virkaansa kelpaamattomaksi todettu henkilö.⁴⁴ Juhlaparaatissa vaatteiden lumous äkisti haihtui, kun eräs kulkueen katsojista

⁴² Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 697–701.

⁴³ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 264–267.

⁴⁴ Andersen, ”Keisarin uudet vaatteet”, s. 83.

oli riittävän naiivi lausuakseen toisenlaisen totuuden julki: ”mutta eihän hänellä [keisarilla] ole vaatteita ensinkään!”⁴⁵

Hyvän kertomuksen tavoin Andersenin tarinassa on useita merkitystasoja. Sen voi lukea paitsi hauskana iltasatuna lapsille tai terävänä poliittisena satiirina myös kertomuksena yhteisöllisestä konventionalismista eli yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden yhteisöllistä todellisuutta rakentavasta ja ylläpitävästä voimasta. Saattaapa se samalla kertoa jotain korkea-arvoisesta tiedeyhteisöstäkin.⁴⁶ Vaan entä jos tarinassa olisikin käynyt toisin? Mitä olisi tapahtunut, jos keisarin, hoviväen ja ministerien vasta- vuoroisiin odotuksiin ja yhteistoimintaa edistäviin asenteisiin perustunut yhteisöllinen konventio valtioviisaudesta ja keisarin juhla-vaatteiden koreudesta olisikin onnistuneesti kestänyt sitä vastaan esitetyn kritiikin?

*

”Mutta eihän hänellä ole vaatteita ensinkään!” kuului äkisti huudahdus jostain väkijoukon keskeltä. Kohta joku toinenkin rohkeni ihmetellä suureen ääneen keisarin vaatetuksen vähäisyyttä, ja levottomuus katuja reunustavassa väkijoukossa kasvoi nopeasti. – ”Kuka uskaltaa häiritä kulkuettani?”, väkijoukon kiihtyvistä kuiskeista ärtynyt keisari kivahti jäljessään astelevalle vanhimmalle ministerilleen, joka oli ahkerasti valvonut kankureiden toimia ja joka nyt vastasi juhlamenojen onnistumisesta. Iäkäs ministeri kurtisti harmista kulmiaan ja antoi merkin henkivartiokaartin sotilaille, jotka seisoivat ryhdikkäinä vartiossa kulkueen reitin varrella. Nämä ottivat nopeasti kiinni rauhanhäiritsijän, tallirengiksi osoittautuneen nuorukaisen, ja heittivät hänet linnan vankityrmään. Muutama muukin kulkueen katsojista, jonka uhmakas tai epätietoinen ilme herätti keisarin ja tämän ministerin epäilyksen poikkeuksellisesta tyhmyydestä

⁴⁵ Andersen, mts. 84.

⁴⁶ Juha Häyhän toimittamassa kokoomateoksessa *Minun metodini* yhteensä 17 suomalaista oikeustieteen professoria esitteli soveltamansa tieteellisen metodin. Laadin teoksesta *Oikeuslehteen* kirja-arvostelun otsikolla ”Keisarin vanhat ja uudet vaatteet”. Moitin siinä tiedeyhteisöä tutkimuksellisen itseymmärryksen puutteesta, sillä ani harva teoksen kirjoittajista puhui metodista ’puolta sanaa’, ja rinnastin tilanteen Andersenin tunnettuun satuun keisarin uusista vaatteista. Tämä oli yhtenä keskeisenä innoittajana aloittaessani oikeustieteen metodikysymyksiin painottunutta teostani *Oikeustieteen tieteenteoria*. Siltala, ”Keisarin vanhat ja uudet vaatteet”, s. 80–82; sama, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 464–468. – Viittasin kirjassani myös Andersenin opettavaiseen tarinaan todellisesta prinsessasta, joka tunsu sängyn pohjalle laitetun herneen pistävän kipuna kyljessään aina 20 höyhenpatjan lävitse eikä sen vuoksi saanut yöllä nukuksi silmällistäkään. Perustelin tarinan avulla oman *quod licet bovi, non licet Iovi* -tutkijanetiikkani lähtökohdat. Andersen, ”Todellinen prinsessa”, s. 28–29; vrt. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, s. 612–613.

ja kyvyttömyydestä yhteisten asioiden edistämiseen, sai tehdä tyrmässä tallirengille seuraavaa.

Kun väkijoukko oli jälleen rauhoittunut, juhla-kulkue voitiin viedä arvokkaasti loppuun ministerien, kamariherrojen ja palvelijoiden astellessa juhlavasti keisarin ja hänen korkean juhla-katoksensa jäljessä. Vain hoviväen ja kaupungin oppineiston ihastuneet *merveilleux!* ja *c'est magnifique!* -huudahdukset rikkoiivat aika ajoin majesteettisen hiljaisuuden, joka paraatia reunustavien katujen ylle oli taas laskeutunut. Jo juhlapuheessaan linnanpihalla keisari muisti etevä vaatureitaan ja myönsi kummallekin kankurijunkkarin arvonimen tunnustuksena näiden osoittamasta esimerkillisestä käsityötaidosta ja valtioviisaudesta. Todellinen valtiotaito on kultaa ja hopeaa kallisarvoisempaa, keisari tuumi mielessään kiinnittäessään aatelisarvoa osoittavan kunniamerkin kumpaisenkin kankurijunkkarin takinrintamukseen.

Valtiopäivien avajaisissa kiitollinen keisari nimitti lahjakkaat neuvonantajansa odotetusti korkeisiin valtiollisiin virkoihin, jotta näiden taidot koituisivat koko kansan eivätkä vain keisarin ja hänen lähipiirinsä hyväksi. Laihempi vaatureista, joka oli taitavasti käsitellyt neulaa ja lankaa keisarin purppuraisen samettiviitan, röyhelökauluksen, takin kullattujen päärmeiden ja parhaasta silkistä kudottujen, hopealantein koristeltujen paljettihousujen valmistamiseksi, nimitettiin näyttävin juhlamenoin, hovisoittokunnan fanfaarien raikuessa ja kaiken kansan hurratessa, vastaperustetun keisarillisen pukumuseon yli-intendentiksi. Hänen vastuullaan oli keisarin juhla-asuista huolehtiminen ja niiden edustava näytteillepano. Aina sunnuntaisin ja erityisinä juhlapäivinä, kun keisarillinen pukumuseo oli kaikelle kansalle avoinna, väki maalta ja kaupungeista saattoi jonottaa yli kolmen korttelin pituudelta suureen keisarilliseen pukusaliin saadakseen omin silmin nähdä keisarin kuulujen juhla-asujen loiston. Maineikkaiden kankureiden sakset, neulat ja muut pienemmät työvälineet olivat esillä lasivitriinissä salin perällä. Suuret kangaspuut oli asetettu punaisten köysien erottamana salin seinustalle.

Olipa itsensä keisarin nähty viettävän tuntikausia koreiden juhlapukujensa keskellä, tyytyväinen hymy kasvoillaan. Alamaisten ja hoviväen alun perin leikillinen sanonta, jonka mukaan ”viisas keisari ei tuhlaa aikaansa valtioneuvostossa vaan perehtyy valtiotaitoon vaatekomerossa”, sai lopulta käydä sananlaskusta, joka kertoi hallitsijan ylivertaisesta valtioviisaudesta ja kansalaisten häntä kohtaan tuntemasta jakamattomasta arvostuksesta.⁴⁷ Museon koomea tunnuslause, *IN VESTE VERITAS*, oli hakattu suurin marmorikirjaimin sen sisäänkäynnin korkean kaariholvin yläpuolelle.⁴⁸

⁴⁷ Vrt. Andersen, ”Keisarin uudet vaatteet”, s. 81, missä kuuluisa tanskalainen kertoja antaa useiden aikalaiskronikoiden tuntemalle ”keisari on vaatekomerossa” -sananparrelle varsin toisenlaisen tulkinnan.

⁴⁸ *In veste veritas* (lat.) ~ ”vaatteissa on totuus”. Eräät aikalaiskronikat ovat kirjanneet museon tunnuslauseen muotoon: *In vestitu veritas* (lat.) ~ ”totuus löytyy vaatekuksesta”, tai jopa kaksi-

Pulskempi vaattureista, joka oli taiten käsitellyt saksia ja mittanauhaa sekä ahertanut väsymättä kookkaiden kangaspuiden äärellä, nai keisarin tyttären ja sai hovimarsalkkana hallita puolta valtakuntaa alamaistensa suureksi onneksi ja siunaukseksi. Aina kun tärkeät valtiolliset asiat antoivat myöten, hän tarttui päättäväisesti sulkakynäänsä ja kirjoitti joukon historiallisia näytelmiä ja kertomuksia keisarikuntaa kohdanneista merkillisistä sattumuksista. Tarinat olivat paitsi hauskoja myös sangen opettavaisia. *Hovimarsalkan kootut kertomukset valtioviisaudesta*, kuten tarina etevästä keisarista ja tyhmästä tallirengistä sekä todellisesta prinsessasta ja tätä koko yön valvottaneesta herneestä, olivat pian yhtä suosittuja linnan hoviväen ja satunnaisten valtiolvieraiden kuin kirja-viisautta tavallisesti karttavien koulupoikien keskuudessa. Muutamat hovimarsalkan opetuksista kiteytyivät yleisiksi sananlaskuiksi. ”Ei niin pientä hernettä, etteikö todellinen prinsessa sitä höyhenpatjojen läpi aavistaisi”, oli tapana sanoa, kun oli erotettava aito viisaus joutavasta suunpieksennästä. ”Väärin näkee, väärin kuulee, toisten aatteen tyhjäksi luulee – mikä se on?” arvuuteltiin puolestaan typerästä tallirengistä, joka oli keisarin juhlaa sopimattomalla käytöksellään häirinnyt.

Vuodet kuluivat. Valtakunta sai nauttia poikkeuksellisen pitkästä rauhan ajasta sekä säiden ja ulkoisten suhdanteiden suosiosta, mikä hoviväen, oppineiston ja kansan keskuudessa luettiin usein sekin viisaan keisarin ja hänen taitavien neuvonantajiensä ansioksi. Vuosikymmenen lopulla valtakunnan unelias hiljaiselo kuitenkin äkillisesti katkesi, kun kaksi juron vähäpuheista, ratsain saapunutta kuriiria toivat keisarille ja hänen hovilleen erikoisen viestin kaukaa Aasian aroilta. Pääkaupungin muureja aikoinaan piirittänyt ja keisarikunnan maaseutua surutta hävittänyt idän julma ja arvaamaton hallitsija, Tšingis-Khan, oli kuullut keisarin taitavista vaattureista ja näiden kutomista valtioviisautta edistävästä kankaista, ja hän tahtoi nyt lunastaa nuo etevät kankurit omaan hoviinsa. Keisari ilmoittakoon osaavien vaattureidensa hinnan, ja sen Intian silkkitien, Persian vehmaiden jokilaaksojen ja Mongolian arojen antelias valti-as, jonka valtakunnan rajoja kahden valtameren aallot huuhtoivat, tälle soisi.

Suosiollisena hyvän tahdon eleenä ratsumiesten ruhtinas lahjoitti suuresti arvostamalleen ”kankurikeisarille ja soturikuninkaalle” sanansaattajiensa välityksellä käyrän sapelinsa, jolla hän oli sääliä tuntematta kurittanut vihollisiaan kahdella mantereella, Turkin salmesta ja Euroopan porteilta aina Kiinan muurille asti. Sapeli oli kääritty karkeaan juuttikankaaseen, ja sen terä oli käytössä kulunut ja lohkeillut. Sen aitoudesta, yhtä vähän kuin sen lahjoittajan aikeiden vilpittömyydestä, ei ollut epäilystä. Vielä sanansaattajat esittivät korkea-arvoisen hallitsijansa toiveen läheisestä valtiollisesta yhteistyöstä idän soturihallitsi-

osaisena: *In veste veritas, et in calceis prudentia* (lat.) ~ ”vaatteissa on totuus, ja kengissä piilee viisaus”. Historiantutkijat pitävät yleisesti lyhyempää *in veste veritas* -muotoilua oikeana, koska viittaus keisarin juhlaparaatissa käyttämiin kenkiin ei saa tukea muista aikalaislähteistä.

jan ja lännen oikeamielisen keisarin välillä, nyt kun avain todelliseen valtioviisauteen oli lopultakin löytynyt. Tiedä johtuiko se idän lähettiläiden murteellisesta, vain vaivoin ymmärrettävästä hoviranskasta vaiko näiden ilmeisen puutteellisesta hovietiketin tuntemuksesta ja karkeasta käytöksestä, mutta hoviväen korviin tuo yllättävä ehdotus valtioliitosta idän sotaruhtinaan kanssa kuulosti lähinnä heikosti peitellyltä uhkaukselta.

”Minäkö luopuisin etevistä kankureistani?”, keisari pohti itsekseen vaate-museonsa koreiden pukuluomusten ja vaattureiden työvälineiden keskellä, ”ei sentään valtiotaitoni ole kaupan!” Keisarillista pukumuseota oli täytynyt jo kahdesti laajentaa ja siirtää se erilliseen linnan sivurakennukseen, kun perin ahkeriksi osoittautuneet kankurijunkkarit olivat muiden valtiollisten kiireidensä ohella valmistaneet keisarille aina uusia, toinen toistaan upeampia pukuluomuksia jo kansalliseksi perinteeksi muodostunutta vuotuista juhlakulkuetta ja illan loisteliaita hovitanssiaisia varten. Idän ankaralle soturihallitsijalle keisari laati varovaisen diplomaattisin sanankääntein kirjeen, jossa hän vuolaasti ylisti tämän ylivertaisia saavutuksia niin sodan kuin rauhankin toimissa, sekä lähetti tälle sovinnon eleenä ja armollisena vastalahjana täyskultaisiin kansiin sidotun, hopealangalla kirjaillun erikoispainoksen *Hovimarsalkan koottuja kertomuksia*. Kankureistaan keisari ei valtakuntansa etua varjellakseen voinut luopua, mutta hän esitti vilpittömänä toiveenaan, että hovimarsalkan viisaasta kirjasta olisi runsaasti iloa myös idän jalomieliselle valloittajalle. Keisarin nopeimmat kuriirit saivat toimittaa viestin ja arvokkaan lahjakirjan perille.

Kuriirit eivät koskaan palanneet matkaltaan, ja heidän kohtalostaan esitettiin toinen toistaan synkempiä arveluja. Olihan julman tataarihallitsijan tavoista saatu riittävästi kokemuksia tämän edellisen sota- ja ryöstöretken aikana, nykyisen ’kankurikeisarin’ edeltäjän hallituskaudella, kun maaseudun kylät ja viljavainiot olivat palaneet viikkokausia idän rosvojoukkojen hävityksen jäljiltä ja pääkaupunkia ympäröivät korkeat kivimuurit olivat saaneet ottaa vastaan Aasian ratsumiesten leppymättömän raivon kerran toisensa jälkeen. Tuhotyöt olivat jatkuneet aina siihen asti, kunnes levottomuudet tämän laajan valtakunnan muissa osissa olivat lopulta saaneet idän sotaruhtinaan kääntymään takaisin. Nyt keisarin hovissa elettiin jälleen pelon ja ahdistuksen aikaa, mutta odotettua hyökkäystä idästä ei koskaan tullut. Intian ja Kiinan hienojen silkki-kankaiden saatavuus vain äkisti ja selittämättä tyrehtyi. Sen tilalle keisarin taitavilla hovihankkijoilla oli tarjota vain karkeaa juutti- ja kiinanruohokangasta, jonka ylivertaisia ominaisuuksia he koettivat hoviväelle monisanaisesti ylistää. Mestarikankureiden mielestä karhea juuttikangas soveltui vain nauris- ja perunasäkkien raaka-aineeksi eikä keisarin juhla-asujen kokoelmaa voitu vuosiin kartuttaa, mistä keisari ja muu hoviväki olivat etenkin juhlaparaatin vuosipäivänä syvästi pahoillaan.

Arvoitus ratkesi vasta vuosia myöhemmin, kun pääkaupunkiin poikenneet intialaiset yrtti- ja maustekauppiat, jotka olivat matkanneet perusteellisesti

hävitettyä silkkitietä aina Kiinaan asti, tiesivät kertoa, mitä Tšingis-Khanin hovissa oli tapahtunut. Kuultuaan keisarin torjuneen hänen anteliaan tarjouksensa tuo idän kiivas sotaherra oli menettänyt täysin malttinsa. Vihan vimmassa hän oli halkaissut lahjakirjan sapelilla kahtia niin, että aseensa terä oli napsahtanut lattiakiveä vasten kirskahden poikki ja *Hovimarsalkan valtioviisauden* runnellut sivut olivat lennelleet ympäri palatsin valtiosalia. Hovinsa yhdistetyn sota- ja seremoniamestarin, joka vaatureista tarjottua vaihtokauppaa oli epäonnekseen ehdottanut, raivostunut hallitsija karkotti ikuisiksi ajoiksi Taka-Mongolian tuulisille aroille. Myöhemmät kronikoitsijat ovat arvelleet, ettei idän julma valloittaja osannut juurikaan lukea ja koki sen vuoksi keisarin hänelle lähettämän kirjan tahallisen loukkauksena.

Tataarien tunnoton valtias oli myös antanut sotamarsalkalleen uhkamääräyksen, jonka mukaan Kiinan kuulut silkkikutomot ja niiden ääriään myöten täydet kangasvarastot oli poltettava maan tasalle ja idän silkkitien majatalot, temppelit ja muut matkaa hyödyttävät rakennelmat oli hävitettävä, jolleivat hänen omat alamaisensa Kiinassa, Intiassa, Persiassa ja Afganistanissa kykenisi samaan kuin nuo vääräuskoisen keisarin kankurit ja toisi hänelle kolmen kuunkieron kuluessa samanlaista valtioviisautta edistävää kangasta, jollaista läntisen keisarin hovissa oli onnistuttu valmistamaan. Kun määräaika oli kulunut tuloksetta umpeen, Tšingis-Khan oli pannut raakalaismaisen uhkauksensa täytäntöön. Pelätyn ratsuväkensä, joka vain muutamaa vuosikymmentä aiemmin oli kurittanut Eurooppaa ja Aasiaa armollisen Jumalan langettaman rangaistuksen tavoin, hän oli tämän jälkeen määrännyt panemaan tapparansa toistaiseksi sivuun ja perehtymään kenraaliensa johdolla tarkoin tuohon ”neulan ja langan jalo- ja taitoon” silkkitieltä säilyneiden harvalukuisten kangaskääröjen parissa, jotta lännen mahtava soturikeisari olisi lopulta lyötävissä hänen omilla aseillaan. Tataarivaltakunnasta säilyneiden niukkojen aikalaiskuvausten perusteella on myöhemmin päätelty, että silkkitien säälimätön hävitys, josta oli aiemmin tapana syyttää vain idän sotaruhtinaan julmaa ja arvaamatonta luonnetta, olikin mitä ilmeisimmin tämän tietoinen yritys heikentää läntisen vastustajansa sotilaallista ja poliittista valtaa.

Mongolian valtiosalin ja idän silkkitien väkivaltaisista tapahtumista kuultuaan tataariruhtinaan voimattoman vihan ja kateuden kohde, kankurijunkkarit avokätisesti palkinnut läntinen keisari, oli entistäkin tyytyväisempi eteviin valtiollisiin neuvonantajiiinsa. Kokemuksesta viisastuneena hän päätti perustaa ensi tilassa keisarilliseen sotilasakatemiaan tuikitarpeelliseksi osoittautuneen poliittisen kankuriopin professuurin, jotta mestarikankurien ylivertainen valtioviisaus saisi arvoisensa yliopistollisen tunnustuksen ja takeet opillisesta jatkuvuudesta myös tulevinä aikoina. Lisäksi tyytyväinen keisari nimitti taitavat vaatturinsa hovin sotaneuvoston täysivaltaisiksi jäseniksi ja liitti ylpeänä ”valtioviisaan kankurikeisarin ja soturikuninkaan” arvonimen viralliseen protokollakirjaansa. Valtakuntaan akkreditoitujen ulkomaisten diplomaattien keskuu-

nessa hovin uutta sotilaallista järjestystä ensin kummasteltiin, kun hyvin tiedettiin, ettei pikemminkin näyttäviin valtiollisiin juhlamenoihin ja loisteliaisiin hovitanssiaisiiin mieltynyt kankurikeisari, toisin kuin tataarien sitkeän hyökkäyksen aikoinaan torjunut edeltäjänsä, ollut milloinkaan kohdannut avoimella taistelukentällä sen pelottavampia tai kookkaampia vastustajia kuin mitä kiukuisesti purevat paarmat tai tuimasti pistävät herhiläiset ovat. Hovimarsalkan kärkevä viittaus *Koottujen kertomustensa* sekä Tšingis-Khanin keisarille lähettämän kolhiintuneen lahjasapelin todistusvoimaan riitti nopeasti vaihtamaan ulkomaisten diplomaattien ja valtio-oppineiden ihmettelyn.

Idän silkkitieä kohdannut onnettomuus jätti pysyvän jäljen paitsi silkin maailmankauppaan ja kauppakaravaanien matkareitteihin myös maailmalla ”tanssivana valtiomiehenä” tunnetun oikeamielisen keisarin hoviin. Kun Intian ja Kiinan hienojen silkkikankaiden saatavuus oli ilmeisen pysyvästi tyrehtynyt, neuvokkaat kankurit suostuivat lopulta hovin toistuviin pyyntöihin ja antoivat korkea-arvoisen hyväksyntänsä karkealle kiinanruoho- ja juuttikankaalle, jollaista keisarin taitavat hovihankkijat pystyivät edelleen kaukomailta toimittamaan. Keisarin juhla-kulkueen vuosipäivänä perinteisesti järjestetyissä illallistanssiaisissa hovinaisten ennen niin upeiden silkki-, satiini-, tafti- ja brokadikankaisten iltapukujen kahina sai nyt väistyä uudenlaisen, talonpoikaisen ja aiempaa vaatimattomamman *à la rustique* -hovityylin tieltä. Vain keisarin omien juhlapukujen loisto oli entisellään, olivathan esimerkillisen hyvin hoidettu keisarillinen pukumuseo ja sen mestarilliset silkkiluomukset edelleenkin yksin hänen käytettävissään. Filosofia, tanssi ja politiikka kietoutuivat hovitanssin pyörteissä tiiviisti yhteen, kun keisarin valtiopalatsin kirkkaiden kristallikruunujen alla pohdittiin, kumpi oli ollut kahdesta terävästä esineestä vahvempi: sotaruhtinaan taitunut sapeli, jonka *Hovimarsalkan kootut kertomukset* oli katkaissut, vaiko hovimarsalkan runneltu valtioviisaus, jonka tataarimiekka oli pirstonut.

Maailman melskeet ja hovitanssien iloiset sävelet kantautuivat vaimena myös valtiopalatsin kellariin, linnan pimeään vankityrmään, jonne linnanpihan entinen tallirengi oli unohtunut. Vanhimman ministerinsä suosiollisesta ehdotuksesta jalomielinen keisari viimein armahti tuon onnettoman rettelöijän, jolle vuosien vankeuden jälkeen näin koitti vapaus. Tyrmästä päästyään tallirengi, joka keisarin juhlaparaatissa oli kaikkien kuullen paljastanut armottoman tyhmyytensä, päätyi lopulta sikopaimeneksi, kun ei hänelle mitään muutakaan työtä ollut koko valtakunnassa tarjolla. Hänet oli kankurijunkkarien armollisesti laatiman kokeen perusteella todettu kelvottomaksi mihinkään valtiolliseen virkaan tai muutoinkaan vastuulliseen toimeen, joten hän vietti joutilaat päivänsä pilviä katsellen, ruohon kasvamista kuunnellen ja kaiken maailman joutavuuksia pohtien. ”Ei ollut vaatteita, keisarilla, ei sittenkään ollut!”, kuultiin hänen toisinaan itsekseen kiistelevän. Olipa hänen kuultu pitävän jonkinlaisia luentojaakin possuilleen sanoista ja asioista, kevätyäillä luistelun viehätyksestä

ja siitä, miten aamutähti olikin mukamas oikeasti iltatähti. Ei niistä kenellekään mitään hyötyä ollut, jos nyt ei kohta suurta vahinkoakaan, joten tallirenki jätettiin sikojensa pariin. Keisarin juhlaparaatin aikoinaan keskeyttänyt ikävä välikohtauskin unohtui, kun väkijoukon tutut riemuhuudot: ”Kauan eläköön keisari ja hänen oivalliset neuvonantajansa!” kaikuivat juhlapäivinä pitkään linnanpihalla ja kaupungin kivetyillä kaduilla.

Sanasto

Analyyttinen argumentaatioteoria
 Analyyttinen filosofia
 Analyyttinen oikeuspositivismi
 Analyyttinen oikeusrealismi
 Argumentaatio
 Argumentaationsäännöt
De lege ferenda
De lege lata
 Deformalisoituminen ja dejuridisoituminen
 Edellytetty ontologia
 Eksegeesi
 Ekstensio, ks. Ekstensio ja intensio
 Ekstensio ja intensio
 Ekstension ja intension menetelmä (engl.: *the method of extension and intension*)
 Formalisoituminen ja oikeudellinen sääntöformalismi
 Identtisyys ja ekvivalenssi (oikeudellisessa systematisoinnissa)
 Ihmis- ja perusoikeudet
 Institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta
 Institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti (eli oikeudellinen metateoria eli oikeudellinen metanarratiivi)
 Institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi
 Institutionaalinen ja yhteisöllinen ontologia
 Institutionaalinen oikeuspositivismi
 Institutionaalinen puheteko
 Institutionaalinen tosiasia
 Institutionaalinen tuki
 Institutionaalinen tulkintaideologia
 Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet
 Institutionaaliset lainsoveltajat
 Institutionaaliset oikeuslähteet
 Institutionaaliset oikeuttamisperiaatteet
 Intensio, ks. Ekstensio ja intensio
 Isomorfia (eli rakenneyhtäläisyys)
 Koherenssi
 Koherenssiteoria
 Konsekventialismi
 Konsensusteoria
 Konseptualismi
 Konventionalismi
 Konventiot, ks. Yhteisölliset konventiot
 Korrespondenssiteoria
 Kriittinen lainopin tulkintaideologia

Lainoppi
 Lainsäädäntöideologia
 Looginen konstituutio (sekä edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia)
 Luonnonoikeuden vähimmäissisältö
 Luonnonoikeusfilosofia
 Mahdollisten maailmojen semantiikka
 Materiaalistuminen
Obiter dicta
 Oikeudellinen eheys
 Oikeudellinen metateoria, metakonteksti, metanarratiivi, ks. Institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti
 Oikeudellinen muutosdynamikka
 Oikeudellinen ratkaisuarvo
 Oikeudellinen tulkintalause
 Oikeudelliset ratkaisuideologiat (Jerzy Wróblewskin mukaan)
 – sidottu ratkaisuideologia
 – vapaa ratkaisuideologia
 – oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia
 Oikeudelliset ratkaisuperusteet (eli oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet)
 Oikeudelliset ratkaisutilanteet (Kaarle Makkosen mukaan)
 – isomorfiatilanne
 – tulkintatilanne
 – säätelemätön tilanne
 Oikeudellistuminen
 Oikeuden sisäinen moraali
 Oikeus
 Oikeus radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä (engl.: *deliberative practice*)
 Oikeusfilosofia
 Oikeuslähteet ja oikeuslähdeoppi
 Oikeusnormi, ks. Oikeudelliset ratkaisuperusteet
 Oikeusperiaatteet
 Oikeussäännöt
 Oikeusteoria
 Oikeustiede
 Oikeusvaltioperiaate
 Perusnormi
 Perustelemisen teoria
 Pragmatiikka
 Pragmatismi
 Prejudikaatti-ideologia
 Punninta ja keskinäinen tasapainottaminen (engl.: *weighing and balancing*)
 Rakenteellinen aksiologia
 Rakenteistuminen ks. Oikeudellistuminen
Ratio decidendi
 Ratkaisuarvo, ks. Oikeudellinen ratkaisuarvo
 Semantiikka
 Semanttinen referenssi, ks. Ekstensio ja intensio
 Sitoutunut lainopin tulkintaideologia

Superargumentti ja supermatriisi
 Suvereniteettiperiaate
 Syntaksi
 Systematisointi
 Sääntely- ja ratkaisulogiikka
 Tekninen normi
 Tiedonarkeologia
 Tieteellinen metodi ja metodologia
 Tieteenkuva
 Tietomuoto
 Tosi_F (eli oikeudellisen tulkintalauseen formaali totuusarvo)
 Tosi_L (eli oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalinen totuusarvo)
 Tosi_Y (eli oikeudellisen tulkintalauseen aineellinen totuusarvo)
 Totuus
 Transformaatio
 Tulkinnallinen merkityssisältö, ks. Ekstensio ja intensio
 Tulkinnalliset konventiot
 Tulkinta
 Tulkintafilosofia, ks. Tulkintamalli (eli tulkintafilosofia)
 Tulkintaideologia
 Tulkintakehys
 Tulkintakriteeri
 Tulkintalause
 Tulkintalauseen totuusarvo, ks. Tosi_F (eli oikeudellisen tulkintalauseen formaali totuusarvo), Tosi_L (eli oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalinen totuusarvo) ja Tosi_Y (eli oikeudellisen tulkintalauseen aineellinen totuusarvo)
 Tulkintamalli (eli tulkintafilosofia)
 Tulkintamatriisit, tulkintamatriisien aihiot ja erityiset intressisidonnaiset näkökulmat oikeuteen
 Tulkintaperusteet
 Tunnistamissääntö
 Tuomarinideologia
 Universaaliauditorio
 Uusretoriikka
 Validiteettikriteeri
 Voimassa oleva oikeus
 Yhteisöllinen hyväksyntä
 Yhteisöllinen oikeuskäsitys
 Yhteisölliset konventiot
 Yhteisölliset oikeuslähteet
 Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö
 Äärellisyyden analytiikka

Analyyttinen argumentaatioteoria

Analyyttinen argumentaatioteoria on analyttisen ja lingvistisen filosofian ideoita oikeudellisen ratkaisun tekemiseen ja etenkin sen justifiointiin eli perusteleminen eli oikeaksi osoittamiseen soveltava analyttisen oikeusteorian suuntaus, joka on keskittynyt varsinkin oikeudellisen ratkaisun yleisten rationaalisuus- ja hyväksyttävyysehtojen tarkasteluun. Tässä se on tukeutunut Aristoteleen retoriikan ja topiikan kirjoituksiin, joissa maineikas kreikkalainen filosofi pohti päättelyä, jonka premissit eivät ole välttämättä tosia tai epätosia vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän uskottavia tai todennäköisiä ja jonka johtopäätökset eivät nekään voi olla kuin enemmän tai vähemmän uskottavia, perusteltuja, adekvaatteja tai todennäköisiä. Belgialaisen Chaïm Perelmanin uusretoriikan (ja Theodor Viehwegin topiikan) välittämänä Aristoteleen ajatukset ovat saaneet vaikuttaa oikeudelliseen analyttiseen argumentaatioteoriaan, jota muun muassa Aulis Aarnio, Robert Alexy, Neil MacCormick, Aleksander Peczenik, Robert S. Summers ja Jerzy Wróblewski ovat keskeisesti edustaneet. He ovat myös kaikki kuuluneet kansainväliseen oikeusvertailevaan ja oikeusteoreettiseen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmään, joka on tarkastellut yhtäältä säädännäisen oikeuden ja toisaalta prejudikaattien tulkintaa oikeusteoreettisessa ja oikeusvertailevassa katsannossa.

Analyttinen filosofia

Analyttinen filosofia viittaa 1900-luvun ja 2000-luvun filosofian tutkimustapaan, tyyliin ja tutkimusmentaliteettiin, joka tavallisesti yhdistetään Gottlob Fregen (1848–1925), Bertrand Russellin (1872–1970), G. E. Mooren (1873–1958) ja Ludwig Wittgensteinin (1889–1951) sekä näiden myöhempien seuraajien filosofiaan. Analyttisen filosofian metodiohjelman mukaan filosofian tehtävänä on kielellisten ilmausten (käsite)analyysi, jonka tutkimusmenetelmät ja -tulokset ovat sidoksissa joko ideaalisesti määritellyn kielen loogiseen eli formaaliin syntaksiin esimerkiksi Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen, Carnapin *Logische Syntax der Sprache* -teoksen ja Wienin piirin edustaman loogisen positivismiin tarkoittamalla tavalla tai, vaihtoehtoisesti, luonnollisen kielen yhteisölliseen kontekstiin ja käyttötapaan (eli lingvistiseen pragmatiikkaan) Wittgensteinin *Filosofisia tutkimuksia* -teoksen ja luonnollisen kielen eli arkikielen filosofian tarkoittamalla tavalla.

Analyttisen filosofian edustajat ovat torjuneet etenkin mannereurooppalaisen fenomenologian katteettomana metafysiikkana, jonka käsitteiltä ja lauseilta puuttuu semanttinen referenssi kielen ulkoisessa todellisuudessa. Esimerkiksi Martin Heideggerin (1889–1976) *Oleminen ja aika* -teoksen keskeinen eksistentiaalinen toteamus, jonka mukaan ”täälläolon (saks. neolog.: *Dasein*) oleminen on huolta (saks.: *Sorge*)”,¹ tuli nyt korvata käsiteanalyttisellä kysymyksenasettelulla, joka keskittyi kielen ja todellisuuden suhteeseen ja kielellisten ilmausten oikeaan käyttöön määrättyssä yhteisöllisessä kontekstissa: ”mitä oikein tarkoitat, kun (esimerkiksi) sanot, että ’täälläolon oleminen on huolta’?” Analyttinen ja lingvistinen filosofia on sen sijaan kiinnostunut lauseen semanttista *totuusarvoa* määrittävistä tekijöistä: mistä tiedämme, että Heidegge-

¹ Heidegger, *Oleminen ja aika*, s. 240 et seq., sekä s. 345 (”Täälläolon oleminen on huolta.”)

rin väite täälläolon (saks.: *Dasein*) olemisesta huolena on tosi tai epätosi ja miten senkaltainen lause on ylipäättään koeteltavissa eli osoitettavissa joko paikkansa pitäväksi tai virheelliseksi? Samoin marxilainen filosofia syyllistyi analyyttisen filosofian mielestä kestävämmien metafyyssisten oletusten ylläpitämiseen, joita oli yhtä mahdoton todentaa (eli verifioida) kuin osoittaa virheellisiksi (eli falsifioida).

Analyyttisen filosofian edustajista Ludwig Wittgensteinin filosofialla on ollut keskeinen vaikutus kahden 1900-luvun merkittävän filosofian suuntauksen syntyyn. Wittgensteinin varhaisfilosofia, jota hänen *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksensa edustaa, oli innoittajana Wienin piirille eli loogiselle positivismille, johon muun muassa Moritz Schlick (1882–1936), Otto Neurath (1882–1945) ja Rudolf Carnap (1891–1970) ovat kuuluneet. Wittgensteinin postuumisti julkaistu myöhäistuotanto, kuten *Filosofisia tutkimuksia*, *Sininen ja ruskea kirja* sekä *Varmuudesta*, olivat puolestaan innoittajana Oxfordin koulun lingvistiselle filosofialle eli luonnollisen kielen filosofialle eli arkikielen filosofialle, jota muun muassa Elizabeth Anscombe (1919–2001), John L. Austin (1911–1960), Gilbert Ryle (1900–1976), H.L.A. Hart (1907–1992) ja amerikkalainen John Searle (1932–) ovat edustaneet.²

Gottlob Frege vaikutti keskeisesti modernin semantiikan syntyyn erottamalla toisistaan kielellisen ilmauksen *semanttisen kohdereferenssin* (saks.: *Bedeutung*; engl.: *reference*; lat.: *nominatum*) sekä sen *merkityksen* eli *mielen* (saks.: *Sinn*; engl.: *sense*). G.E. Moore kehitti merkittävästi etiikkaa sekä analysoi inhimillisen tiedon ja varmuuden käsitteitä, joita filosofisia pohdintoja Ludwig Wittgenstein osaltaan jatkoi viimeiseksi jääneessä, postuumisti julkaistussa käsikirjoituksessaan *Varmuudesta* (*Über Gewissheit – On Certainty*). Bertrand Russell pohti muun muassa tietä-opin, logiikan ja matematiikan filosofisia perusteita laajassa tuotannossaan. Itävaltalainen Ludwig Wittgenstein on kuitenkin ollut vaikutusvaltaisin analyyttisen suuntauksen filosofeista. *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksessa hän esitti kielen ja maailman asiantilojen rakenneyhtäläiseen isomorfiasuhteeseen perustuvan *kielen kuvateorian*, jonka mukaan todellisuuden looginen konstituutio on jäsentynyt kielen loogisen rakenteen tavoin. Muun muassa Moritz Schlickin, Otto Neurathin ja Rudolf Carnapin edustama Wienin piiri eli *looginen positivismi* hyväksyi Wittgensteinin *Traktatuksen*, vastoin sen tekijän alkuperäistä tarkoitusta, oman tieteellisen maailmankuvansa perustaksi.

Myöhäistuotannossaan, kuten *Filosofisia tutkimuksia* -teoksessaan, Wittgenstein hylkäsi *Traktatuksessa* esittämänsä kielen kuvateorian ja korosti nyt yhteisöllisen puhetilanteen merkitystä. Kielen käsitteiden merkitys on yhtä kuin niiden käyttö yhteisöllisessä puhetilanteessa. Wittgenstein otti myös käyttöön termin *kielipeli* (saks.: *Sprachspiel*; engl.: *language-game*), viitaten sillä luonnollisen kielen erilaisiin yhteisöllisiin käyttötapoihin esimerkiksi sotilaskäskyjen antamisen, rukoilemisen, yliopistoluennon pitämisen, arvoitusten esittämisen, papin sunnuntaisaarnan pitämisen, lakien säätämisen tai tuomarin oikeudellisen ratkaisun antamisen merkityksessä. Lingvistisen filosofian tehtävä ei

² Oxfordin koulun kielifilosofia John L. Austinia eli J.L. Austinia eli John Langshaw Austinia (1911–1960) ei tule sekoittaa 1800-luvun varhaiseen analyyttiseen oikeuspositivistisiin John Austiniin (1790–1859).

enää rajoittunut tosi/epätosi -arvon saavien väitelauseiden eli propositioiden analysointiin, vaan kielen monimuotoiset yhteisölliset käyttötavat voitiin nyt ottaa huomioon. Lausumalla tietyt sanat määräytyssä yhteisöllisesti määräytyneessä puhetilanteessa voidaan ”tehdä asioita” John L. Austinin tarkoittamalla tavalla eli saada aikaan joko *yhteisöllisiä* vaikutuksia (esimerkiksi, kun tehtävään valittu henkilö rikkoo samppanjapullon laivan kylkeen, sanoen: ”Olkoon nimesi miinalaiva *Pohjanmaa*”), tai päteviä *oikeusvaikutuksia* (esimerkiksi, kun tuomari lausuu rikosoikeudenkäynnin yhteydessä: ”Tuomitsen syytetyin varkaudesta rikoslain *x §:n* nojalla kahdeksi vuodeksi vankeuteen”). Skotlantilaisen Neil MacCormickin ja itävaltalaisen Ota Weinbergerin kehittämä *institutionaalinen oikeuspositivismi* perustuu osin Kelsenin puhtaan oikeusopin normativismiin, osin institutionaalisten tosiasioiden (engl.: *institutional facts*) teorian varaan.

Analyttinen oikeuspositivismi

Analyttinen oikeuspositivismi on muun muassa englantilaisen John Austinin (1790–1859), amerikkalaisen Wesley Newcomb Hohfeldin (1879–1918), itävaltalaisen Hans Kelsenin (1881–1973), englantilaisen H.L.A. Hartin (1907–1992), puolalaisen Jerzy Wróblewskin (1926–1990) ja skotlantilaisen Neil MacCormickin (1941–) edustama oikeusfilosofian tai, oikeammin, (analyttisen) oikeusteorian oppisuunta, joka määrittelee oikeuden ylimmän valtiollisen vallankäyttäjän eli *suvereenin lainsäätäjän* antamina *yleisinä määräyksinä*, joiden noudattamisen takeena on *sanktio- eli rangaistusuhka*. Lisäksi oikeuden *muodollinen voimassaolo* ja oikeuden *sisällöllinen hyväksyttävyyys* tulee voida erottaa tarkkarajaisesti toisistaan, niin kuin analyttisen oikeuspositivismin varsinainen perustaja John Austin totesi jo vuonna 1832:³

”Oikeuden voimassaolo (engl.: *existence*) on yksi asia ja sen ansiot tai puutteet toinen. Se, onko jokin laki voimassa vaiko ei, on yhdenlainen kysymys, ja se, vastaako se jotain ennalta asetettua arviointikriteeriä vaiko ei, puolestaan toinen. Laki, joka on asianmukaisesti [suvereenin lainsäätäjän toimesta] säädetty, on voimassa, vaikka emme sattuisi siitä pitämään ja vaikka se poikkeaisi kriteereistä, joihin perustamme hyväksyvän tai paheksuvan arviomme.”

Luonnonoikeusopin, moraalifilosofian ja oikeusteologian tarkastelema kysymys oikeuden sisällöllisestä hyväksyttävyydestä eli oikeuden suhteesta ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden ideaaliin tulee toisin sanoen pitää erillään oikeuden muodollisen voimassaolon eli pätevyyden arvioimisesta. Tämä ei estä oikeuden tutkijaa perustamasta oikeuden arvo-perustaista kritiikkiä näkökohtiin, jotka ovat positiiviseen oikeuteen nähden

³ ”The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation.” Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157 (käännös allekirjoittaneen).

ulkoisia eli ovat palautettavissa esimerkiksi yhteisöllisiin tai uskonnollisiin oikeudenmukaisuuskriteereihin luonnonoikeusopin tarkoittamalla tavalla, mutta sanotut kriteerit eivät kuulu oikeuden käsitteen alaan. Oxfordin koulukunnan lingvistisen filosofian eli *luonnollisen kielen filosofian* koulukunnan tavoin analyttinen oikeuspositivismi on kiinnittänyt erityistä huomiota oikeuden ja oikeustieteen kieleen sekä oikeudellisen päättelyn eli oikeudellisen argumentaation rationaalisuus- ja hyväksyttävyysehtoihin yhtäältä tuomarin tai muun viranomaisen oikeudellisen ratkaisuharkinnan teorian ja toisaalta lainopin tutkijan tuottaman oikeudellisen tulkintalauseen perustelemisen teorian merkityksessä.

Oikeuden määritelmästä on esitetty jonkin verran toisistaan poikkeavia tulkintoja myös analyttisen oikeuspositivismin keskeiskirjoituksissa. John Austinin mukaan oikeus koostuu suvereenin lainsäätäjän antamista yleisistä käskyistä, joiden noudattamisen takeena on rangaistusuhka, mitä Austinin oikeuskäsitystä kritisoinut mutta itsekin analyttistä oikeuspositivismia edustanut H.L.A. Hart kutsui englanninkielisellä nimityksellä *orders backed by threats*. Hans Kelsen ja A.J. Merkl (1890–1970) katsoivat, että voimassa olevan oikeuden säännöt muodostavat *normihierarkian* eli normipyramidin, missä hierarkkisesti alempi säädös tai oikeusnormi saa aina oikeudellisen pätevyytensä ylemmältä säädökseltä tai oikeusnormilta. Oikeuden viimekätisenä velvoiteperustana on Kelsenin mukaan *transsendentaalis-looginen perusnormi* (saks.: *Grundnorm*) eli uskantilaisen tietoteorian mukainen ajatuksellinen välttämättömyys, joka takaa ajallisesti varhaisimman perustuslain, sen nojalla annettujen myöhempien perustuslakien sekä alemman asteisten säädösten oikeudellisen velvoittavuuden. Samalla se rajaa voimassa olevan oikeuden normit erilleen kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi vallitsevan poliittisen yhteiskuntamoraalin, uskonnon tai tapaetikin arvojen ja normien merkityksessä. H.L.A. Hartin mukaan tuomarit ja muut lakia soveltavat viranomaiset kykenevät tunnistamaan voimassa olevan oikeuden säännöt kollektiivisesti hyväksymänsä *oikeuden tunnistamissäännön* (engl.: *rule of recognition*) avulla, eikä oletusta transsendentaalis-loogisesta perusnormista ole tarpeen tehdä.

Analyttisen oikeuspositivismin oikeuskäsitys on vahvasti sääntökeskeinen, eikä se ole antanut oikeudellista ratkaisuarvoa eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa (erilaanaisesti) sitovaa, velvoittavaa tai ohjaavaa merkitystä vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuville oikeusperiaatteille tai niihin rinnastuville oikeudellisille ratkaisustandardeille. Niinpä Ronald Dworkinin oikeusteorian tarkoittamat, riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit eivät ole tunnistettavissa Hartin oikeusteorian edellyttämän oikeuden tunnistamissäännön avulla, niiden oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin ratkaisuharkinnassa ei ole ennalta (tai edes jälkikäteen) systeemisesti vakioitavissa Kelsenin ja Merklin oikeusnormihierarkian tarkoittamalla tavalla, eikä niitä voi myöskään tulkita suvereenin lainsäätäjän antamiksi yleisiksi, rangaistusuhalla tuetuiksi määräyksiksi Austinin oikeusteorian edellyttämällä tavalla. Oikeusperiaatteet ja muut varsinaisia oikeussääntöjä heikommin formaalit oikeudelliset ratkaisustandardit rajautuvat sen vuoksi ankarasti määritellyn analyttisen oikeuspositivismin määrittelemän oikeuskäsityksen ulkopuolelle.

Skotlantilaisen Neil MacCormickin ja itävaltalaisen Ota Weinbergerin *institutionaalinen oikeuspositivismi* on jatkanut Kelsenin ja Hartin analyttisen

oikeuspositivismin metodiohjelmaa liittämällä siihen ajatuksen lainsäätäjän sekä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten institutionaalisten puhetekojen avulla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa eli täytäntönpantavissa ja kumottavissa olevasta oikeudesta.

Analyyttinen oikeusrealismi

Analyyttinen oikeusrealismi on muun muassa tanskalaisen Alf Rossin (1899–1979) ja tulkintani mukaan myös englantilaisen H.L.A. Hartin (1907–1992) edustama analyttisen oikeusajattelun oppisuunta, jolle oikeus on *toteutunut* ja *toteutettavissa* oleva yhteiskunnallinen tosiasia eli *tehokasta oikeussuojaa* tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten ratkaisukäytännössä nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus (engl.: *law in action*). Oikeus on oikeusrealisteille yhteiskunnallinen tosiasia, ei esimerkiksi ikuisesti saavuttamaton yhteiskunnallinen ideaali ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden merkityksessä, jollaisena klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia on sen mieltänyt, eikä myöskään lainsäätäjän alkuperäisten oikeudellisten tavoitteiden tai lainoppineiden ’glossaamien’ tulkintaopillisten käsitysten kokonaisuus (engl.: *law in books*).

Yksittäisten oikeussubjektien näkökulmasta voimassa oleva oikeus on niiden oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus, joille tuomioistuimet ja muut viranomaiset ovat antaneet *tehokasta oikeussuojaa* ja joille ne vallitsevan kollektiivisen *tuomarinideologian* (= Ross) tai oikeuden *tunnistamissäännön* (= Hart) perusteella tulevat sitä todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan. Rossin tuomarinideologia (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*) käsittää tuomarikunnan yhteisesti, enemmän tai vähemmän yhdenmukaisella tavalla sisäistämät institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähdeopin sekä oikeudellisen tulkintaopin premissit. Vallitsevaa tuomarinideologiaa *tulkinta-kehyyksenä* eli tulkinta-avaimena (saks.: *Deutungschema*; tansk.: *tydnings-skema*) hyödyntäen lainopin tutkija voi tuottaa oikeudellisia tulkinta- ja perustelulauseita eli ennusteita tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tulevista tuomioistuinratkaisuksista, jotka Rossin mukaan pitävät ”huomattavalla varmuudella” paikkansa:⁴

”Oikeustiede tarkastelee *tuomarin sisäistämää normatiivista ratkaisuideologiaa*. Kun tunnemme sanotun ideologian (ja sille annetun tulkinnan) sisällön, voimme *huomattavalla varmuudella* ennustaa ne oikeudelliset ratkaisuperusteet, joiden varaan määrätty tulevat tuomioistuinratkaisut tulevat perustumaan ja jotka siis tulevat olemaan osa tehtävän ratkaisun normatiivisia premissejä.”

⁴ ”Retsvidenskaben beskæftiger sig med *den normative ideologi der besjæler dommeren*. Kendskab til denne ideologi (og dens tolkning) sætter os derfor i stand til *med betydelig sikkerhed* at forudberegne det retsgrundlag, hvorpå visse fremtidige afgørelser vil blive truffet, og som altså vill figurere i domspræmisserne.” Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56-57 (kursivoinnit lisätty; käännös allekirjoittaneen).

Rossin kollektiivinen tuomarinideologia samoin kuin Hartin oikeuden tunnistamissääntö on toisin sanoen analyttisen oikeusrealismin vakioitu tutkimuksellinen referenssi, jonka avulla voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on määritettävissä.

Argumentaatio

Oikeudellinen argumentaatio on oikeudellisen *transformaatioiden logiikan* ohjaamaa päättelyä, jossa yhtäältä institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä $N_{(1, \dots, n)}$ johdetusta *normipremissistä* N ja toisaalta tapauksen oikeudellisen arvioimisen kannalta merkityksellisistä asiantiloista $F_{(1, \dots, n)}$ johdetusta *faktapremissistä* F on *institutionaalisen tulkintaideologian* määrittelemän *validiteetti- ja tulkintakriteerin* nojalla perusteltua johtaa oikeudellinen tulkintalause Q , jonka mukaan ”voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö hetkellä t suhteessa oikeustositseikastoon F on q , koska tulkintakehys T ”. Oikeudellinen *argumentaatioteoria* on oppi oikeudellisen ratkaisun perustelemisen eli justifioinnin eli oikeaksi osoittamisen yleisistä lainalaisuuksista.

Oikeudellinen argumentaatio ei ole matematiikan, formaalin logiikan tai keinotekoisten kielten hyödyntämää eksaktia, loogisesti pätevää eli premissien alkuperäisen totuusarvon säilyttävää *deduktiivista* päättelyä, vaikka oikeudellinen ratkaisu onkin aina jälkikäteen, *ex post facto*, ilmaistavissa loogis-deduktiivisen syllogismin muodossa. Ongelmana ei ole päättelyn looginen muoto vaan sen *normi- ja faktapremissien* määrittäminen tavalla, joka on omaksutun formaalin, institutionaalisen tai aineellisen tulkintaideologian eli oikeudellisen tulkintakehityksen vakioiman validiteetti- ja tulkintakriteerin valossa perusteltavissa. Oikeudellinen argumentaatio ei myöskään noudata oikeuden ihmis- tai yhteiskuntatieteellisen analyysin hyödyntämää *induktiivista* metodia, missä empiiristen havaintojen perusteella tehdyt yleistykset, yhteiskunnassa vallitsevien kausaalisten vaikutussuhteiden selittäminen ja mallintaminen sekä tulevien yhteiskunnallisten vaikutusten ennustaminen ovat keskeisellä sijalla. Lain-sääätäjä yhtä hyvin kuin tuomioistuimet ovat päätöksissään oikullisia, niin kuin Kaarle Makkonen on huomauttanut, eikä oikeudellinen induktio sen vuoksi ole luotettavaa.

Oikeudellinen päättely noudattaa sen sijaan Aristoteleen filosofiaan palautuvaa ideaa *topiikasta* tai (*uus*)*retoriikasta* eli päättelystä, jonka normi- ja faktapremissit eivät ole välttämättä tosia tai tosiksi tunnettuja vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän uskottavia, todennäköisiä, hyväksyttäviä, perusteltuja tai enintään totuudenkaltaisia. Sen vuoksi niistä tehtävät johtopäätökset eivät voi nekään olla välttämättä tosia vaan vain enemmän tai vähemmän hyvin perusteltuja, uskottavia, todennäköisiä, adekvaatteja tai hyväksyttäviä määrättyssä oikeus-yhteisössä. Oikeudellisen argumentaation edellyttämä ajatuksellinen siirtymä määrättyjen normi- ja faktapremissien yhdistelmästä oikeudelliseen tulkintalauseeseen toteuttaa loogisessa katsannossa heikomman ajatuksellisen siirtymän eli – Aleksander Peczenikin termin – oikeudellisen *transformaation* eli ’loikan’ tai ’harppauksen’ (ruots.: *språng*; engl.: *jump*) määrättyjen normi- ja faktapremissien yhdistelmästä määrättyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen.

Oikeudesta ja sen tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä voi olla vain ’suhteellisia totuuksia’, jotka ovat sidoksissa omaksuttuun institutionaaliseen (tai formaaliin tai aineelliseen) tulkintaideologiaan tietynlaisten oikeudel-

listen validiteetti- ja tulkintakriteerien hyväksymisen merkityksessä, ei fenomenologian tai modernin luonnonoikeusfilosofian tarkoittamia absoluuttisia ja 'itseannettuja' totuuksia oikeudesta. Oikeudellisen tulkintalauseen Q totuusarvo "tosi_L" tai "epätosi_L", missä alaindeksi "L" viittaa totuusarvon oikeudellisuuteen eli sen edellytettyyn sidonnaisuuteen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, on määritettävissä vain suhteessa *johonkin* institutionaalisen tulkintaideologian käsittämistä erilaisista oikeudellisista validiteetikriteereistä oikeudellisen korrespondenssiteorian, oikeudellisen koherenssiteorian, oikeudellisen uusretoriikan, oikeudellisen eksegeesin, analyttisen oikeusrealismin tai oikeudellisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla.

Argumentaatio säännöt

Oikeudelliset argumentaatio säännöt ovat oikeudellisen metodiopin käsittämiä *metatason* päättelysääntöjä eli oikeudellisten *transformaatioiden logiikan* käsittämiä sääntöjä, joiden tarkoittamalla tavalla institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdetun normipremissin N sekä oikeudellisten näyttö-harkintasääntöjen avulla maailman asiantilojen kokonaisuudesta johdetun faktapremissin F yhdistelmästä on omaksutun oikeudellisen tulkintakehyksen T perusteella johdettavissa oikeudellinen tulkintalause Q , jonka mukaan "voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö hetkellä t suhteessa oikeustositseikastoon F on q , koska tulkintakehys T ". Oikeudellinen argumentaatio on aina määrättyssä suhteessa omaksutun oikeudellisen tulkintakehyksen eli formaalin, institutionaalisen tai aineellisen tulkintaideologian vakioimaan oikeudelliseen validiteetti- ja tulkintakriteeriin.

De lege ferenda

De lege ferenda liittyy määreenä oikeudelliseen tutkimukseen tai oikeudelliseen tulkintalauseeseen, jonka semanttisena referenssinä on tulevaisuudessa (mahdollisesti) laadittavan lain oikeudellinen validiteetti ja jonka semanttisena intensiona on tulevaisuudessa (mahdollisesti) laadittavan lain tulkinnallinen merkityssisältö.

De lege lata

De lege lata liittyy määreenä oikeudelliseen tutkimukseen tai oikeudelliseen tulkintalauseeseen, joka toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian mukaisen validiteetti- ja tulkintakriteerin eli jonka semanttisena ekstensiona on oikeudellinen validiteetti ja semanttisena intensiona voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö.

Deformalisoituminen ja dejuridisoituminen

Voimassa oleva oikeus koostuu yksilöitävissä oleviin institutionaalsiin päätöksiin perustuvista oikeussäännöistä ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvista oikeusperiaatteista, joilla on (eriateisesti) oikeudellista ratkaisuarvoa eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus ja jotka kiinnittyvät (eri tavoin) oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan.

Oikeudellistuminen tarkoittaa yhteiskunnallisen arvo- tai tavoiteperusteen kiinnittymistä eli rakenteistumista oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, jota yhtäältä erilaiset vakiintuneet, oikeudellisesti merkitykselliset yhteiskunnalliset eli *institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt*, kuten lainsäädäntö ja lainvalmistelu, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten toteutunut ratkaisukäytäntö, vakiintuneet sopimusoikeudelliset vastuunjakokäytännöt ja muut tavanomaisoikeudelliset käytännöt sekä juristikunnan oikeudenalakohtaisesti eriytynyt ammatillinen itseymmärrys ja ammatitietikka, ja toisaalta *institutionaalisen tulkintaideologian* eli vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen prejudikaatti- ja muun tuomarinideologian sekä yhteisöllisen oikeuskäsityksen alaan kuuluvat institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet sekä niihin sovellettavat oikeudelliset validiteetti- ja tulkintakriteerit yhteisesti ilmentävät.

Formalisoituminen tarkoittaa yksittäisen oikeudellisen tulkinta- tai ratkaisuperusteen suhteellista itsenäistymistä ja irtautumista sen taustalla vaikuttavista tai ainakin sen voimaantulohehkellä vaikuttaneista yhteiskunnallisista arvo- tai tavoiteperusteista, jolloin sen oikeudellisen ratkaisuarvon ja tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi viittausta kyseisiin yhteiskunnallisiin arvoihin tai tavoitteisiin ei tarvita.

Yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden *oikeudellistuminen* tilannesidonaisiksi oikeusperiaatteiksi ja *formalisoituminen* tyyppitapauksellisiksi oikeussäännöiksi voivat toteutua myös käänteisesti, jolloin tyyppitapauksellinen oikeussääntö *materiaalistuu* eli deformalisoituu arvosidonnaista punnintaa edellyttäväksi, tilannesidonnaiseksi oikeusperiaateksi. Se saattaa myös edelleen *dejuridisoitua* yhteiskunnalliseksi arvoksi tai tavoitteeksi vailla oikeusperiaatteilta (ja tietenkin myös oikeussäännöiltä) edellytettyä sidosta oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Syynä oikeuden rakenteellisen aksiologian muutosdynamiikkaan eli yhteiskunnallisten arvojen oikeudellistumiseen ja formalisoitumiseen tai materiaalistumiseen ja dejuridisoitumiseen ovat tavallisesti syvälliset muutokset oikeuden institutionaalisessa ja yhteisöllisessä arvoperustassa. Esimerkiksi uskonnollisten arvojen oikeudellinen merkitys on vähentynyt yhteiskunnan maallistumiskehityksen myötä, kun taas ihmisoikeudet ovat saaneet aidosti juridisen merkityksen (vasta) Suomen liittyttyä Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen, jolloin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen oikeusvoima ja prejudikaattivaikutus ulottuvat myös suomalaisen tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan.

Edellytetty ontologia

Oikeuden *edellytetty* eli *rakenteellinen ontologia* määrittää oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen edellyttämää todellisuusrakennetta esimerkiksi institutionaalsiin päätöksiin perustuvien *oikeussääntöjen* ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien *oikeusperiaatteiden* merkityksessä institutionaalisen tulkintaideologian alaisuudessa, muunlaisten eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää vailla olevien yhteiskunnallisten *arvojen* ja *tavoitteiden* merkityksessä aineellisen tulkintaideologian alaisuudessa tai oikeudellisten *käsitteiden* ja niiden keskinäissuhteiden merkityksessä formaalin tulkintaideologian alaisuudessa. Oikeuden *edellytetty ontologia*, *looginen konstituutio* ja *rakenteellinen aksiologia* liittyvät samalla läheisesti toisiinsa. Kyse on lähinnä näkökulmaerosta oikeuteen ja oikeudelliseen tulkintalauseeseen, missä eri tulkintaideologiat painottavat oikeudellisen tulkintalauseen erilaisia määreitä.

Institutionaalinen tulkintaideologia liittyy läheisimmin oikeuden edellytetyyn ontologiaan eli oikeuden rakenteellisen ontologian sitoumuksiin, jolloin oikeudellisen tulkintalauseen ontologisina sitoumuksina voivat olla: (a) oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta, (b) institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, (c) oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet tai (d) yksittäisille oikeussubjekteille kohdenneet oikeudet ja velvollisuudet. Nämä on voitu määritellä täsmällisemmin esimerkiksi toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten, lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten tavoitteiden tai yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaan edistävien asenteiden merkityksessä, viitaten yhtäältä analyttisen oikeusrealismin, toisaalta oikeudellinen eksegeesin ja kolmanneksi oikeudellisen konventionalismin ontologisiin määreisiin. *Formaali* tulkintaideologia liittyy läheisimmin oikeuden loogiseen konstituutioon eli oikeuden loogis-lingvistisiin sitoumuksiin esimerkiksi suhdekäsitteiksi ymmärrettyjen oikeuksien ja velvollisuuksien tarkoittamalla tavalla. *Aineellinen* tulkintaideologia liittyy läheisimmin oikeuden rakenteelliseen aksiologiaan eli oikeuden liittyviin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, jotka eivät tarkasteluhetkellä nauti oikeudellisessa katsannossa riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää, jolloin kyse on esimerkiksi tuomarin omakohtaisista uskonnollisista tai poliittisista preferensseistä tai torjunnoista.

Eksegeesi

Oikeudellinen eksegeesi viittaa tekstin tulkintaoppiin, joka pyrkii oikeudellisen kohdetekstin tulkinnallisten merkitysten mahdollisimman autenttiseen rekonstruktion sen laatijan tai laatijoiden, kuten lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen, alkuperäisten tavoitteiden ja tarkoitusten mukaisesti, eikä se anna vastaavaa merkitystä muille mahdollisille oikeudellisille tulkintaperusteille, kuten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäisille suhteille (= oikeudellinen koherenssiteoria), tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toteutuneessa oikeuskäytännössä vahvistetulle tulkinnalle (= analyttinen oikeusrealismi), loogis-käsitteellisille ja oikeussysteemisille näkökohdille (= oikeudellinen tulkintaformalismi) tai vakiintuneille institutionaalisille ja yhteisöllisille käytännöille (= oikeudellinen konventionalismi). Oikeudellinen

eksegeesi vastaa lähinnä analyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismin käsitystä oikeudesta, jolloin lainlaativan tahdonmuodostus saa keskeisen sijan oikeuden tulkinnallista merkityssisältöä määritettäessä.

Ranskassa ja Belgiassa 1800-luvulla vaikuttanut *eksegeettinen koulu* (ransk.: *École de l'Exégèse*) oli oikeustieteen tutkimussuuntaus, jonka mukaan kirjoitettu lainsäädäntö oli ensisijainen, jollei suorastaan yksinomainen oikeuslähde, johon tuomarin tai muun viranomaisen oli lupa tukeutua oikeudellista ratkaisua tehdessään. Eksegeettinen koulu edellytti senkaltaisten lakikodifikaatioiden olemassaolon, mistä Ranskan 1800-luvun taitteessa toteutetut lakikoonnokset ovat esimerkkinä. Eksegeettisen koulun valtakausi ajoittui vuosiin 1830–1880, mutta sen tulkintaopillista vaikutusta on yhä nähtävissä siinä, miten virallinen lainvalmisteluaineisto (ransk.: *travaux préparatoires*) saa merkitystä säädännäisen oikeuden tulkinnassa, sekä periaatteessa myös siinä, miten yksittäisen prejudikaatin tueksi esitetyt perustelut saavat tulkintaopillista merkitystä prejudikaatin antaneen tuomioistuimen alkuperäisiä tavoitteita myöhemmin rekonstruotaessa ratkaisun perustelujen avulla.

Ekstensio, ks. Ekstensio ja intensio

Ekstensio ja intensio

Semantiikka tutkii kielellisten ilmausten eli termien (eli predikaattien ja yksilötermien) ja lauseiden merkitysoopillista konstituutiota. Rudolf Carnap (1891–1970) perusti oman semantiikan järjestelmänsä *ekstension ja intension metodin* (engl.: *the method of extension and intension*) varaan, jota olen tässä teoksessa seurannut. Yksipaikkaisen *predikaatin* ekstensio on määrätty olioiden, yksilöiden tai entiteettien luokka ja intensio määrätty ominaisuus, joka kyseiseen luokkaan on liitetty. Useampaipaikkaisen predikaatin ekstensio on määrätty relaatio ja intensio sitä vastaava suhdekäsite. *Yksilötermin* ekstensio on Carnapin mukaan määrätty olio tai yksilö ja intensio vastaava yksilökäsite. *Lauseen* ekstensio on sen *totuusarvo* ja intensio sen *propositionaalinen ajatussisältö*.

Carnapin ekstensio–intensio-jaottelu rinnastuu Gottlob Fregen (1848–1925) aiempaan semanttinen referenssi (saks.: *Bedeutung*; engl.: *reference*; lat.: *nominatum*) sekä merkitys tai mieli (saks.: *Sinn*; engl.: *meaning*) -jaotteluun. Esi-merkiksi predikaateilla ”aamutähti” ja ”iltatähti” on sama semanttinen kohdereferenssi eli *ekstensio* (eli planeetta Venus), mutta niiden merkitys eli *intensio* on ratkaisevasti erilainen: luonnehdinta ”aamutähti” viittaa taivaankappaleeseen, jolla on ominaisuus ”näkyä aamunkoitteessa”, kun taas ”iltatähti” viittaa taivaankappaleeseen, jolla on ominaisuus ”näkyä vain iltatähtäällä”, vaikka kyse siis on yhdestä ja samasta taivaankappaleesta, planeetta Venuksesta.

Ekstension ja intension menetelmä (engl.: *the method of extension and intension*)

Ekstension ja intension menetelmä on filosofi Rudolf Carnapin (1891–1970) nimitys hänen kehittämälleen semantiikan eli merkitysopin analyysimenetelmälle ja semanttiselle käsitteistölle, joka perustuu kielellisen ilmauksen eli termin tai lauseen *ekstension* ja *intension* erottamiselle toisistaan. *Lauseen* ekstensio tarkoittaa Carnapin mukaan sen totuusarvoa ja intensio sen proposionaalista ajatus- eli merkityssisältöä. *Oikeudellisen tulkintalauseen* semanttinen ekstensio on tulkintani mukaan sen oikeudellinen validiteetti, jota institutionaalinen totuusarvo ”tosi_L” tai ”epätosi_L” kuvaa suhteessa johonkin institutionaalisen tulkintaideologian vakioimaan validiteettikriteeriin, ja oikeudellisen tulkintalauseen semanttinen intensio on yhtä kuin sen tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö suhteessa institutionaalisen tulkintaideologian vastaavasti vakioimaan oikeudelliseen tulkintakriteeriin.

Oikeudelliseen tulkintalauseeseen Q liitetty määre ”tosi_L” tarkoittaa, että se täyttää *jonkin* institutionaalisen tulkintaideologian käsittämistä *oikeudellisista* eli institutionaalisista tai yhteisöllisistä validiteettikriteereistä vertailtavien asiantilojen vastaavuuden (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäisen koherenssin sekä niistä asianmukaisesti johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion yhteisöllisen hyväksynnän (= *oikeudellinen uusretorikka*), lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten tavoitteiden (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten (= *analyyttinen oikeusrealismi*) tai vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen (= *oikeudellinen konventionalismi*) merkityksessä, missä tulkintalauseen totuusarvon alaindeksi ”L” viittaa oikeudelliseen validiteettikriteeriin.

Formalisoituminen ja oikeudellinen sääntöformalisismi

Oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen *formalisoituminen* tarkoittaa sen suhteellista itsenäistymistä ja irtautumista sen taustalla vaikuttavista tai ainakin sen voimaantulohetkellä vaikuttaneista yhteiskunnallisista arvo- tai tavoiteperusteista, jolloin sen oikeudellinen validiteetti ja tulkinnallinen merkityssisältö ovat määritettävissä ilman viittausta kyseisiin yhteiskunnallisiin tausta-arvoihin tai tavoitteisiin.

Oikeudellisen tulkinta- ja ratkaisuperusteen muotosidonnaisia ja syntytapaan liittyviä määreitä voi kutsua yhteisnimityksellä *deonttinen formalismi* eli oikeudellinen *sääntöformalisismi*, joka voi olla:

- (a) *konstitutiivista* eli oikeusnormin muodolliseen validiteetti- eli voimassaoloperustaan liittyvää formalismia,
- (b) *systeemistä* formalismia joko staattisen, vakioidun ja suljetun tai dynaamisen, tilannesidonnaisen ja yhteiskunnallisille arvo- tai tavoiteperusteille avoimen oikeussysteemin merkityksessä,
- (c) *päätöksentekositovuuteen* liittyvää formalismia oikeusnormin vahvan tai heikon oikeudellisen *ratkaisuarvon* eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovan, velvoittavan tai ohjaavan vaikutuksen merkityksessä,

- (d) *rakenteellista* eli normiloogista formalismia oikeusnormin *joko/tai* -tyyppisen tai *enemmän-tai-vähemmän*-tyyppisen sääntely- ja ratkaisulogiikan merkityksessä,
- (e) *metodista* formalismia yhtäältä yhteiskunnallisista taustaperusteista irrotetun tulkintamenettelyn ja toisaalta arvoperusteisen painoarvopunninnan ja keskinäisen tasapainottamisen (engl.: *weighing and balancing*) merkityksessä, ja
- (f) *ekspressiivistä* eli *lingvististä* formalismia oikeusnormin kielelliseen ilmaisuun liittyvien semanttis-käsitteellisten määreiden merkityksessä.

Sivuutan tässä yhteydessä ekspressiivisen eli lingvistisen formalismin.

Oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden eli oikeusnormien jaottelun yhtäältä institutionaalisiin päätöksiin perustuviin oikeussääntöihin ja toisaalta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuviin oikeusperiaatteisiin voi perustella niiden suhteellisen (sääntö)formalismin avulla amerikkalaisen Robert S. Summersin oikeusteorian tarkoittamalla tavalla.

Oikeussäännöt ovat täysimääräisesti formaaleja oikeudellisia ratkaisuperusteita eli:

- (a) niiden oikeudellinen validiteetti perustuu siihen, että ne on saatettu voimaan *muodollisesti pätevällä* eli voimassa olevan perustuslain tarkoittamalla tavalla,
- (b) niiden keskinäiset suhteet formaalin normikonfliktinratkaisumenettelyn sekä sisällöllisten *pääsääntö/poikkeussääntö* -relaatioiden määrittämisen merkityksessä ovat ennalta vakioitavissa suljetun ja staattisen oikeudellisen systematiikan osaksi Kelsenin ja Merklin oikeusnormihierarkian tarkoittamalla tavalla,
- (c) niiden oikeudellinen *ratkaisuarvo* eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus on korkea, jolloin tapaukseen soveltuva oikeussääntö kykenee yksinäänkin määräämään jutun oikeudellisen lopputuloksen,
- (d) ne soveltuvat yksittäiseen oikeudelliseen ongelmaan kaksiarvologiikan edellyttämällä tavalla *joko/tai* -luonteisesti, jolloin kyse on *tyyppitapaukselliseen* oikeudelliseen ratkaisutilanteeseen soveltuvasta ratkaisuperusteesta, ja
- (e) niitä ei ole välttämätöntä palauttaa niiden taustalla vaikuttavien tai ainakin säätämishetkellä vaikuttaneiden yhteiskunnallisten tausta-arvojen ja -tavoitteiden yhteyteen niiden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi.

Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset *ratkaisustandardit* ovat vain heikosti formaaleja ratkaisuperusteita eli:

- (a) niiden merkitys tuomarin tai muun viranomaisen eli institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa perustuu niiden *rakenteistumiseen* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli niiden nauttimaan *institutionaaliseen tukeen* ja *yhteisölliseen hyväksyntään* erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä, ei yksilöitävissä olevaan lainsäädäntötoimeen tai tuomioistuini- tai viranomaisratkaisuun, niin kuin oikeussääntöjen muodollinen validiteetti,
- (b) niiden keskinäiset etusijasuhteet *johtava/väistyvä periaate* -luokitusten merkityksessä ovat määritettävissä vain sisällöllisten punnintanormien

avulla joko tilannekohtaisen, avoimen ja dynaamisen systematiikan tai enintään heikosti systeemisten etusijasääntöjen tarkoittamalla tavalla esimerkiksi perusoikeuksia tukevien periaatteiden keskinäisen (mutta vain heikosti jäsentyneen) etusijajärjestyksen mukaisesti,

- (c) niiden oikeudellinen *ratkaisuarvo* eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus on (ainakin tavallisesti) alhainen, jolloin yksittäinen asiaan vaikuttava oikeusperiaate pystyy vain viemään tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa tiettyyn suuntaan, kykenemättä (ainakaan tavallisesti) määräämään jutun oikeudellista lopputulosta,
- (d) ne soveltuvat yksittäiseen tapaukseen moniarvologiikan tarkoittamalla tavalla eli *enemmän-tai-vähemmän*-luonteisesti, jolloin kyse on tilannesidonnaisesta oikeudellisesta ratkaisuperusteesta, ja
- (e) niiden soveltaminen edellyttää arvosidonnaista *punnintaa* ja keskinäistä *tasapainottamista* (engl.: *weighing and balancing*), missä yksittäisen oikeusperiaatteen suhteellinen painoarvo on määritettävissä vain suhteessa sen ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin sekä muiden asiaanvaikuttavien periaatteiden vastaaviin yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin.

Prejudikaattiperustaisen oikeuden käsittämät oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet sijoittuvat oikeussääntö/oikeusperiaate -luokituksessa tavallisesti institutionaalisten oikeussääntöjen ja yhteisöllisten oikeusperiaatteiden väliin. Prejudikaattinormin sidonnaisuus omaksuttuun *prejudikaatti-ideologiaan* ja sen mukaiseen erotteluun ennakkoratkaisun *ratio decidendi lobiter dicta* -osioiden kesken vähentää merkittävästi prejudikaattiperustaisen oikeuden sääntöformalistisuutta. *Tavanomaisen oikeuden* normeille on myös tavallisesti ominaista suhteellisen alhainen sääntöformalismin: kyse ei yleensä ole tarkkarajaisista oikeussäännöistä vaan oikeusperiaatteen kaltaisista väljästi määritellyistä oikeudellisista ratkaisustandardeista. *Sopimusoikeudessa* vakiintuneet oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet voivat olla yhtä hyvin oikeussääntöjä kuin oikeusperiaatteita siinä missä lainsäädännönkin normit, sopijapuolten tavoitteista ja sovellettavasta sopimusmallista riippuen. Myös muista yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdetuille oikeudellisille ratkaisuperusteille on ominaista niiden rinnastuminen pikemminkin väljästi määriteltuihin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin sääntösidonnaisen oikeudellisen soveltamis- ja ratkaisulogiikan sijaan.

Identtisyys ja ekvivalenssi (oikeudellisessa systematisoinnissa)

Aulis Aarnio on määritellyt kahden oikeudellisen systematisointimallin identtisyyslainsäätäjän asettaman oikeudellisen perussysteemin ja oikeustieteen tuottaman korvaavan systeemin tai korvaavien systeemien avulla. Oikeudellinen perussysteemi on lainsäätäjän tarkoittama esiteoreettinen jäsenyys, jota voimassa oleva lainsäädäntö toteuttaa. Korvaava systeemi on puolestaan teoreettisen lainopin tuottama oikeudellinen (käsite)systeemi, joka perustuu lainsäätäjän omaksumaan perussysteemiin mutta on toteutettu suhteessa yleisempien oikeudellisten käsitteiden avulla. Samoin argentiinalaiset Carlos E. Alchourrón ja Eugenio Bulygin ovat määritelleet oikeudellisen systematisoinnin alkuperäisen oikeudellisen (perus)systeemin uudelleen formulointina, mis-

sä korvaava systeemi on abstraktiotasoltaan alkuperäistä systeemiä yleisempi mutta samalla normatiivisilta seurauksiltaan yhtäpitävä sen kanssa:⁵

”Generally speaking, the reformulation of a system consists in the replacement of the basis by a new one, that is *less extensive, more general and normatively equivalent*.”

Aarnio ei varsinaisesti määrittele identtisyyden käsitettä. Logiikan kirjoitusten valossa *identtisyys* on relaatio- eli suhdekäsite, joka tarkoittaa kahden olion, asian, entiteetin tai asiantilan samuutta. Semantiikan käsitteelliseen tai propositionaaliseen asiayhteyteen tuotuna identtisyys kääntyy kysymykseksi kahden termin tai lauseen *ekvivalenssista* eli molemminpuolisesta *materiaalisesta implikaatiosta*. Kaksi termiä tai lausetta ovat keskenään ekvivalentit, jos ja vain jos materiaaliset implikaatiot ” $p \rightarrow q$ ” ja ” $q \rightarrow p$ ” ovat molemmat tosia eli jos ja vain jos *ekvivalenssi* ” $p \leftrightarrow q$ ” eli ” $p \equiv q$ ” on tosi.

Kaksi lausetta ovat *ekstensionaalisesti* ekvivalentit, jos ja vain jos niiden kummankin semanttinen ekstensio eli *totuusarvo* on sama eli jos ja vain jos ne täyttävät ekvivalenssiehdon eli ehdon molemminpuolisen materiaalisien implikaation totuudesta. Kaksi lausetta ovat *intensionaalisesti* ekvivalentit, jos ja vain jos niiden kummankin semanttinen intensio eli propositionaalinen ajatussisältö on sama eli jos ja vain jos ne täyttävät ekvivalenssiehdon eli ehdon molemminpuolisen materiaalisien implikaation totuudesta. Kaksi lausetta, jotka täyttävät ekstensionaalisen ekvivalenssiehdon, saavat saman totuusarvon eri muuttujien arvoilla, mutta kyseisten termien tai lauseiden propositionaalinen merkityssisältö saattaa olla erilainen. Kaksi lausetta, jotka täyttävät myös intensionaalisen ekvivalenssiehdon, ovat loogisesti eli analyyttisesti ekvivalentteja.

Kaksi oikeudellista käsitesysteemiä ovat puolestaan *ekstensionaalisesti* ekvivalentit, jos ja vain jos niiden semanttinen ekstensio eli *oikeudellinen validiteetti* ja *institutionaalinen totuusarvo* ovat samat eli jos ja vain jos ne täyttävät ekvivalenssiehdon eli ehdon molemminpuolisen materiaalisien implikaation totuudesta. Oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalinen totuusarvo ”tosi_L” tai ”epätosi_L” viittaa institutionaalisen tulkintaideologian vakioimaan institutionaaliseen tai yhteisölliseen validiteettikriteeriin. Vastaavasti kaksi oikeudellista käsitesysteemiä ovat *intensionaalisesti* ekvivalentit, jos ja vain jos niiden kummankin semanttinen intensio eli niiden mahdollistamien oikeudellisten tulkintalauseiden *tulkinnallinen merkityssisältö* on sama eli jos ja vain jos ne täyttävät ekvivalenssiehdon eli ehdon molemminpuolisen materiaalisien implikaation totuudesta.

Aarnio havainnollistaa lainsäätäjän asettaman oikeudellisen perussysteemin ja lainopin tuottamien erilaisten korvaavien oikeudellisten systeemien identtisyttä käsitelainopin ja analyyttisen oikeustieteen toteuttaman omistusoikeuskäsitteen ja oikeustoimen pätemättömyysopin avulla. Uusi korvaava käsitesysteemi S_i eli oikeudellinen systeemi^{ANALYYTTINEN} teki uudenlaisen ja aiempaa käsitteellistä jäsennystä S_i eli oikeudellista systeemiä^{KÄSITELAINOPPI} täsmentyneemmän kysymyksenasettelun mahdolliseksi, kun omistusoikeuden siirtymisen voitiin nyt hahmottaa vaiheittaisena tapahtumana ja esimerkiksi omistajan

⁵ Alchourrón & Bulygin, *Normative Systems*, s. 79 (kursivoinnit lisätty).

dynaamisen suojan muotoja voitiin tarkastella yksilöidysti suhteessa eri henkilölahoihin. (Termit ”systeemi^{ANALYYTTINEN}” ja ”systeemi^{KÄSITELAINOPPI}” eivät perustu Aarnion kielenkäyttöön vaan ovat oma ehdotukseni erilaisten oikeudellisten systematisointimallien erottamiseksi toisistaan.) Ehto oikeudellisten käsite-systeemien intensionaalisesta ekvivalenssista ei toisin sanoen täyty. Aarnion kannasta poiketen arvioin, ettei myöskään käsitelainopin ja analyyttisen oikeus-tieteen tuottamien korvaavien systeemien ekstensionaalinen ekvivalenssiehto toteutunut, koska systeemi^{KÄSITELAINOPPI} ei tavoittanut tyydyttävällä tavalla oikeuden syvällisesti muuttunutta institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa, toisin kuin tässä katsannossa laaja-alaisempi oikeudellinen systeemi^{ANALYYTTINEN} jonka analyyttinen oikeustiede on perustellut.

Ihmis- ja perusoikeudet

Ihmisoikeudet ovat yksittäiselle ihmiselle tai ihmisryhmälle taattuja, tärkeänä pidettyjä oikeuksia, jotka perustuvat kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin, kuten Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimukseen, kansalais- ja poliittisten oikeuksien yleissopimukseen, taloudellisten, sosiaalisten ja kulttuuristen oikeuksien sopimukseen tai lasten oikeuksien yleissopimukseen. Käytännössä Euroopan ihmisoikeuksien yleissopimuksella ja sen soveltamista valvovalla Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella on ollut suurin merkitys yleiseuroop-palaisen ihmisoikeuksien suojan vähimmäisstandardin määrittelijänä.

Perusoikeudet ovat (esimerkiksi Suomen) kansallisen perustuslain tunnusta-mia, tärkeinä pidettyjä oikeuksia. Perus- ja ihmisoikeudet ovat kiinnittyneet poikkeuksellisen vahvasti Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan voimassa olevan perustuslain, Suomea velvoittavien kan-sainvälisten ihmisoikeussopimusten, muun kansallisen lainsäädännön ja oikeus-käytännön takaaman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän mer-kityksessä, joten se on keskeinen osa myös Suomessa vallitsevaa institutio-naalista tulkintaideologiaa. Eri ’sukupolvien’ perus- tai ihmisoikeuksien noudatta-ma oikeudellinen *sääntely- ja ratkaisulogiikka* poikkeaa samalla merkittävästi toisistaan:

I. *Yksilölliset vapausoikeudet*: suoja toisten kansalaisten tai julkisen vallan toteuttamia oikeudenloukkauksia vastaan esimerkiksi elämän, henkilö-kohtaisen vapauden ja koskemattomuuden, omaisuuden sekä yksityiselämän suojan merkityksessä

= oikeusvaltiolliset *protected rights (against intrusion)* -tyyppiset oikeudet,
II. *Yksilöllisesti kohdennettavissa olevat TSS (+O) -oikeudet*: taloudelliset, sosiaaliset, sivistykselliset ja tulkintani mukaan myös juridiset oikeudet eri-laisten julkishyödykkeiden saatavuuden eli kansalaisten *esteettömän julkis-hyödykkeiden markkinoille pääsyn* sekä julkisyhteisölle asetetun määrättyjen *institutionaalisten rakenteiden* ylläpitämisvelvoitteen merkityksessä
= hyvinvointivaltiolliset *access to* -tyyppiset oikeudet

III. *Aidosti yhteisölliset oikeudenmukaisuusoikeudet ja vastuuperustaiset toi-mintarajoitukset*: kestävä kehitys ja sukupolvien välinen oikeudenmukaisuus, yhteiskunnallisten vähemmistöryhmien oikeus tietyn ehdoin tietoiseen suosi-vaan erityiskohteluun ja kiintiöityihin edustuspaikkoihin, etnisten vähemmis-töjen oikeus kieleen ja omaehtoiseen kulttuuriseen identiteettiin, sukupolvet

ylittävä oikeudenmukaisuus sekä luonnon ja elollisen ympäristön oikeudet eli oikeus kestävään kehitykseen, ja niin edelleen
= globaalin vastuuyhteiskunnan *justice as* -tyyppiset oikeudet

Toisinaan luontoa ja elollista ympäristöä koskevat oikeudet erotetaan vielä IV sukupolven perusoikeuksiksi.

Kansalaisten *poliittiset osallistumisoikeudet*, kuten voimassa olevan perustuslain 14 §:n (11.6.1999/731) tarkoittamat *vaali- ja osallistumisoikeudet* eli oikeus äänestää valtiollisissa vaaleissa ja asettua vaaleissa ehdolle, ovat oikeus-systeemisiä eli institutionaalisia eli *metatason* ihmis- ja perusoikeuksia, jotka tekevät oikeusjärjestyksen ja sen avulla muiden eli varsinaisten eli *aineellisten* perusoikeuksien toteuttamisen mahdolliseksi. Sen vuoksi niitä ei voi sijoittaa yllä olevaan kaavioon, joka käsittelee aineellisten ihmisoikeuksien sisäistä sääntely- ja ratkaisulogiikkaa.

Ronald Dworkinin oikeusteorian keskeinen vaatimus *ota (perus)oikeudet vakavasti!* voi toteutua vain, jos laintulkinnassa on sitouduttu muiden institutionaalisten ja yhteisöllisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden ohella myös oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa ilmentäviin perus- ja ihmis-oikeuksiin institutionaalisen tulkintaideologian eli vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen tarkoittamalla tavalla, jota liberalistisen oikeusvaltioideologian mukaiset suojatut vapausoikeudet, hyvinvointivaltioideologian tunnustamat ja yksilöllisesti kohdennettavissa olevat TSS + O -oikeudet, globaalin vastuuyhteiskunnan yhteisölliset oikeudenmukaisuusoikeudet ja vastuuperustaiset toimintarajoitukset sekä metatason poliittiset osallistumisoikeudet osaltaan ilmentävät.

Institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta

Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta tarkoittaa oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten käytäntöjen ilmentämiä arvoja ja tavoitteita, joihin *institutionaalinen (ja yhteisöllinen) tulkintaideologia* – eli lainsäädännön ja lainvalmisteluaineiston ilmentämä vallitseva lainsäädäntöideologia, prejudikaattiperustaisen oikeuden, muun vakiintuneen tuomioistuinkäytännön ja muun oikeudenkäyttöä yhtenäistävän viranomaiskäytännön ilmentämä tuomarinideologia sekä tavanomaisen oikeuden, vakiintuneiden sopimus-oikeudellisten vastuunjakokäytäntöjen, välimiesoikeuksien ratkaisusta ja niiden perusteluista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä juristikunnan ammatillisen itseyttämyksen ja ammattietiikan ilmentämä yhteisöllinen oikeuskäsitys tai näiden kolmen tietynlainen yhdistelmä – on sitoutunut oikeudellisenä *validiteetti- ja tulkintakriteerinä*, jonka avulla oikeudellisen tulkintalauseen semanttista *ekstensiota* eli *oikeudellista validiteettia* ja *institutionaalista totuusarvoa* sekä semanttista *intensiota* eli *tulkinnallista merkityssisältöä* on mahdollista arvioida.

Institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti (eli oikeudellinen metateoria eli oikeudellinen metanarratiivi)

Tuomarin oikeudellinen ratkaisuharkinta sijoittuu *tulkinta- ja perustelukontekstiin*, jota oikeudelliset tulkintaideologiat, institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet ja niistä johdettavissa olevat oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet, oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäisiä ja sisäisiä suhteita määrittävä oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka sekä oikeudellisen tulkintaideologian määrittämät oikeudelliset validiteetti- ja tulkintakriteerit yhteisesti jäsentävät ja rajaavat. Kun arvioitavana ovat institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäiset suhteet, oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäiset suhteet, oikeudellisten tulkintaideologioiden keskinäiset suhteet tai erilaisten oikeudellisten päättelymallien keskinäiset suhteet, kyse on oikeudellisen tulkinta- ja perustelukontekstin *metakontekstista*, joka määrittää sovellettavat metatason kriteerit sanotunlaisen kollisiotilanteen ratkaisemiseksi. Sanottu pätee yhtä lailla erilaisten sopimusmallien tai erilaisten prejudikaatti-ideologioiden kesken vallitsevan kollisiotilanteen ratkaisuun.

Oikeuden *institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti* (oikeudellinen *metateoria* eli oikeudellinen *metanarratiivi*) on oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita eli oikeussääntöjä ja oikeusperiaatteita, oikeudellisia tulkintamalleja, tulkintaideologioita, oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa sekä oikeudellisessa argumentaatiossa hyödynnettäviä päättelymalleja kootusti jäsentävä oikeus- ja yhteiskuntateoria, joka määrittää kyseisten osatekijöiden keskinäiset suhteet, oli sitten kyse institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä, institutionaalisista oikeussäännöistä ja yhteisöllisistä oikeusperiaatteista, oikeudellisista sääntely- ja ratkaisumalleista tai erilaisista oikeudellisista päättelymalleista.

Oikeudellinen metateoria perustelee tietynlaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsit-tyksen kiinnittämällä tarkastelun viimekätiset arviointikriteerit esimerkiksi suvereenin lainsäätäjän ehdottomaan oikeudelliseen määräysvaltaan John Austinin analyyttisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla, (edellytettyn) yhteiskuntasopimukseen esimerkiksi John Rawlsin oikeudenmukaisuusteorian edellyttämällä tavalla, kansalaisten tahdonautonomian ja perustellun luottamuksen suojan kunnioittamiseen sopimusoikeudellisen velvoittavuuden mukaisesti, lainsäädäntöä käsitteellisesti, ajallisesti ja hierarkkisesti edeltäviin perus- ja ihmisoikeuksiin, universaaliauditorion hyväksyntään Chaim Perelmanin uusretoriikan mukaisesti tai ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden toteutumiseen luonnonoikeusfilosofian tarkoittamalla tavalla. Oikeuslähdeopin, oikeudellisten tulkinta- ja päättelymallien sekä esimerkiksi eri prejudikaatti-ideologioiden tai sopimusmallien yhteydessä oikeuden institutionaaliselle ja yhteisölliselle metakontekstille annettava tulkinta myös jonkin verran muuttuu.

Oikeuslähdeopin yhteydessä oikeudellinen metateoria on oikeuden institu-tionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa kootusti jäsentävä justifikaatioteoria, joka määrittää institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden oikeudellisen velvoittavuuden perustan sekä niiden keskinäiset etusijasuhdet kollisiotilan-teessa eri oikeuslähteiden taustalla vaikuttavien *institutionaalisten oikeuttamis-periaatteiden* avulla. *Oikeudellisen tulkintaopin* yhteydessä vallitseva oikeudel-linen metateoria määrittelee kriteerit, joiden avulla valinta formaalin, institutio-

naalisen tai aineellisen tulkintaideologian vakioiman validiteetti- ja tulkintakriteerin välillä on perusteltavissa. *Sopimusoikeudellisessa* tulkinta- ja perustelukontekstissa institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti määrittää muun muassa sovellettavan *sopimusmallin* valintaa. *Prejudikaattiperustaisessa* oikeudessa oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti määrittää keskeisellä tavalla valintaa erilaisten *prejudikaatti-ideologioiden* välillä.

Institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi

Institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähdeoppi on oppi tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen eli institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovista, velvoittavista tai ohjaavista oikeudellisista tulkinta- ja ratkaisuperusteista, jotka ovat palautettavissa yhtäältä lainsäätäjän, tuomioistuinten sekä muiden lakia soveltavien viranomaisten yksilöitävissä oleviin *institutionaalisiin päätöksiin*, kuten lainsäädäntöön ja monimuotoiseen viralliseen lainvalmisteluaineistoon (ransk.: *travaux préparatoires*), kansallisiin prejudikaatteihin, muuhun vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön ja muihin oikeudenkäyttöä yhtenäistäviin viranomaispäätöksiin, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisista ilmeneviin yleisiin oikeusohjeisiin sekä yhtenäiseen ja vakiintuneeseen yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön, ja toisaalta vakiintuneisiin, oikeudellisesti merkityksellisiin *yhteisöllisiin käytäntöihin*, kuten tavanomaiseen oikeuteen, vakiintuneisiin sopimusoikeudellisiin vastuunjakokäytäntöihin, välitystuomioistuinten antamista ratkaisuisista ja niiden perusteluista ilmeneviin oikeusohjeisiin sekä juristikunnan ammatillisiin konventioihin ja ammattietiikkaan.

Moderni institutionaalinen oikeuslähdeoppi tunnustaa sen tosiasian, että vain osa tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavista ratkaisuperusteista, kuten perustuslain tarkoittamalla tavalla säädetty lainsäädäntö, ovat *staattisia* ratkaisuperusteita, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo on systeemisesti vakioitavissa, ennalta määritettävissä ja yleistettävissä myös muihin oikeudellisessa katsannossa riittävän samankaltaisiin tapauksiin. Toisaalta osa tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavista ratkaisuperusteista, kuten kansalliset prejudikaatit sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisista ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö, on *dynaamisia* ratkaisuperusteita, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo on vain enemmän tai vähemmän tilannekohtaisesti määritettävissä suhteessa käsillä olevaan ainutkertaiseen tosiseikastoon.

Institutionaalinen ja yhteisöllinen ontologia

Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen ontologia tarkoittaa oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen ontologisia sitoumuksia eli oikeudellisen 'metafysiikan tarpeista' (engl.: *furniture of the world*), jotka määräytyvät omaksutun institutionaalisen, formaalin tai aineellisen tulkintaideologian sekä tarkastelun abstraktiotason edellyttämällä tavalla. Institutionaalisen tulkintaideologian alaisuudessa oikeuden ontologisina sitoumuksina voivat olla, tarkastelutasosta riippuen, oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämät yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet, institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet tai yksittäisille oikeussubjekteille

kohdennetut oikeudet ja velvollisuudet. Formaalin tulkintaideologian alaisuudessa oikeudellinen ontologia koostuu oikeudellisista (perus)käsitteistä ja niiden keskinäissuhteista. Aineellisen tulkintaideologian alaisuudessa oikeuden rakenteellinen ontologia koostuu yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista, joilta oikeusperiaatteilta edellytetty institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuvat, kuten esimerkiksi tuomarin omakohtaisilta uskonnollisilta tai poliittisilta arvoilta. Oikeuden äärellisyyden analytiikka, oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen ontologian sitoumukset sekä oikeudellinen metodioppi eli oikeudelliset päättelymallit ja oikeudellisten transformaatioiden loogiikka muodostavat yhteisesti vallitsevan oikeudellisen *tietomuodon* (ransk.: *épistémè*) määreet. Lisäksi oikeuden edellytetty ontologia, looginen konstitutio ja rakenteellinen aksiologia liittyvät läheisesti yhteen.

Institutionaalinen oikeuspositivismi

Institutionaalinen oikeuspositivismi on skotlantilaisen Neil MacCormickin (1941–) ja itävaltalaisen Ota Weinbergerin (1919–) kehittämä analyttisen oikeusteorian suuntaus. Se on sitoutunut yhtäältä Hans Kelsenin (1881–1973) analyttisen oikeuspositivismin mukaiseen oikeudelliseen *normativismiin*, jonka mukaan oikeus määrittelee viime kädessä itse sen, mitä voimassa olevan oikeuden alaan kuuluu, ja toisaalta John L. Austinin (1911–1960) ja John Searlen (1932–) ajatukseen *institutionaalisista puheteoista* (engl.: *speech-act theory*), joiden avulla konventionaaliset yhteisöllisen todellisuuden ilmiöt eli *institutionaaliset tosiasiat* (engl.: *institutional facts*), kuten voimassa olevan oikeuden säännöt tai instituutiot, ovat luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa.

Ajatus institutionaalisista tosiasioista perustuu Ludwig Wittgensteinin (1889–1951) myöhäisfilosofian oivallukseen kielen monimuotoisista yhteisöllisistä käyttötavoista eli *kielipeleistä* (engl.: *language-games*), joita ovat esimerkiksi käskeminen, kieltäminen, rukoileminen, arvoitusten esittäminen, lakien säätäminen, papin sunnuntaisaarnan pitäminen tai oikeudellisen ratkaisun antaminen tuomioistuimen tai muun viranomaisen toimesta. Kielipeliä ja institutionaalisten puhetekojen yhteisöllinen funktio on sidoksissa siihen, ”miten sanoilla voi tehdä asioita” John L. Austinin *How to Do Things with Words*-teoksen tarkoittamalla tavalla eli miten lausumalla määrätyt sanat yhteisöllisessä puhetilanteessa voi saada aikaan tehokkaita *yhteisöllisiä* vaikutuksia (esimerkiksi laivan kastamisen tai henkilön filosofian kunniaotohtoriksi nimeämisen merkityksessä) tai miten lausumalla määrätyt sanat oikeudellisessa puhetilanteessa voi saada aikaan päteviä *oikeusvaikutuksia* (esimerkiksi velvoittavan oikeudellisen säädöksen voimaan saattamisen, rikoksenteikijän lainmukaiseen rangaistukseen tuomitsemisen, lapsen kastamisen, miehen ja naisen oikeudellisesti pätevän avioliittoon vihkimisen tai oikeudellisesti pätevän testamentin laatimisen merkityksessä).

Institutionaalinen puheteko

Institutionaalinen puheteko (engl.: *institutional speech act*) on lainsäätäjän, tuomioistuimen tai muun lakia soveltavan viranomaisen eli institutionaalisen lainsoveltajan määrämuotoinen kielellinen ilmaus, jonka avulla voimassa ole-

van oikeuden säännöt ovat John L. Austinin ja John Searlen kehittämän puhe-tekojen teorian sekä Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin kehittämän institutionaalisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa.

Institutionaalinen tosiasia

Institutionaalinen tosiasia on sääntösidonnainen yhteisöllinen asiantila, jonka ontinen konstituutio eli synty, muutokset, täytäntöönpano eli mahdollisten oikeusvaikutusten toteuttaminen ja kumoaminen ovat sidoksissa määrätyn institutionaalisen toimijan, kuten lainsäätäjän tai toimivaltaisen tuomioistuimen, tuottamaan määrämuotoiseen kielelliseen ilmaukseen eli institutionaaliseen puhetekoon. Institutionaalisia tosiasioita ovat esimerkiksi erilaiset sääntösidonnaiset oikeudelliset instituutiot, kuten pätevä sopimus, avioliitto, osakeyhtiö, testamentti, kiinteistöasite, valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle Euroopan unionin perustamissopimuksen 234 artiklan mukaan tehty ennakkoratkaisupyyntö.

Institutionaalinen tuki

Institutionaalinen tuki tarkoittaa oikeudellisen tulkinta- tai ratkaisuperusteen eli oikeussäännön tai oikeusperiaatteen erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä, kuten lainsäädännössä, lainvalmistelussa tai tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä, nauttimaa tukea. Institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt määrittävät yhteiskunnallista toimivallan ja vastuun jakoa erilaisten institutionaalisten toimijoiden kesken sekä niukkojen aineellisten resurssien jakoa yhteiskunnassa. Oikeussäännöt nauttivat vahvaa institutionaalista tukea, kun taas oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien nauttima institutionaalinen tuki on heikompaa eli vain välillistä.

Institutionaalinen tulkintaideologia

Institutionaalinen tulkintaideologia tarkoittaa lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston ilmentämän vallitsevan *lainsäädäntöideologian*, prejuddikaattiperustaisen oikeuden, muun vakiintuneen tuomioistuinikäytännön ja muiden oikeudenkäyttöä yhtenäistävien viranomaispäätösten, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön ilmentämän kollektiivisen *tuomarinideologian* sekä tavanomaisen oikeuden, vakiintuneiden yhteisöllisten sopimuskäytäntöjen, juristikunnan ammatillisen itseymmärryksen ja ammattietiikan mukaisten käytäntöjen, välimiesoikeuksien ratkaisuista ja niiden perusteluista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä vastaavien muiden oikeudellisten konventioiden ilmentämän *yhteisöllisen oikeuskäsityksen* tai näiden kolmen tietynlaisen yhdistelmän kokonaisuutta, jonka vakioiman oikeudellisen *validiteetti- ja tulkintakriteerin* avulla voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden oikeudellinen validiteetti, institutionaalinen totuusarvo ja tulkinnallinen merkityssisältö ovat määritettävissä suhteessa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan.

Lainsäädäntöideologia, tuomarinideologia ja yhteisöllinen oikeuskäsitys ovat kukin sidoksissa tietynlaisiin institutionaalsiin tai yhteisöllisiin oikeuslähteisiin sekä niiden kunkin taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin, joiden eri tavoin painotettavissa oleva kokonaisuus vastaa oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa. Institutionaalisen tulkintaideologian vaihtoehtoina ovat yhtäältä *formaali* tulkintaideologia, joka on kiinnittynyt oikeuden loogis-käsitteelliseen ja systeemiseen perustaan, ja toisaalta *aineellinen* tulkintaideologia, joka on kiinnittynyt yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, joilta oikeusperiaatteilta edellytetty institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuvat, jolloin kyse on esimerkiksi tuomarin omakohtaisista poliittista preferensseistä.

Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet

Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet koostuvat yhtäältä institutionaalisista päätöksistä ja toisaalta vakiintuneista yhteisöllisistä käytännöistä, joista institutionaalisen tulkintaideologian mukaiset oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet eli oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ovat oikeudellisen päättelyn avulla johdettavissa. Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet sekä niistä johdetut oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet toteuttavat eri tavoin oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämiä yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita. Lainsäädäntö ja sitä tukeva virallinen lainvalmisteluaineisto sekä tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudellinen ratkaisukäytäntö perusteluineen ovat *institutionaalisia* oikeuslähteitä. Tavanomainen oikeus, vakiintuneet sopimusoikeudelliset vastuunjako- ja muut käytännöt, välimesoikeuksien ratkaisusta ja niiden perusteluista johdettavat yleiset oikeusohjeet sekä juristikunnan oikeudenalakohtaisesti eriytynyt ammatillinen itsetymmärrys ja oikeudellinen ammattietiikka ja muut oikeudelliset konventiot ovat *yhteisöllisiä* oikeuslähteitä. Voimassa oleva oikeus koostuu yhtäältä institutionaalsiin päätöksiin perustuvista oikeussäännöistä ja toisaalta yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvista oikeusperiaatteista ja vastaavista oikeudellisista ratkaisustandeista. Tuomarin omakohtaiset yhteiskunnalliset arvot, oli sitten kyse uskonnollisista, poliittisista ja muunlaisista preferensseistä tai torjunnoista, rajautuvat voimassa olevan oikeuden ulkopuolelle, jolleivät ne saa samalla riittävää tukea oikeuden institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta.

Institutionaaliset lainsoveltajat

Tuomioistuimet ja muut virkansa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltavat viranomaiset ovat institutionaalisia lainsoveltajia.

Institutionaaliset oikeuslähteet

Institutionaalisia oikeuslähteitä ovat kansallinen ja EU-lainsäädäntö, monimuotoinen virallinen lainvalmisteluaineisto, Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut sekä niistä ilmenevät yleiset oikeusohjeet (eli niiden prejudikaattivaikutus), kansalliset prejudikaatit, muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät tuomioistuinratkaisut ja viranomaispäätökset sekä riittävän yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeus-

käytäntö, jotka kaikki ilmentävät valtiollista tahdonmuodostusta. Oikeus kiinnittyy tällöin lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tekemiin institutionaalisiin päätöksiin analyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismin tai analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla. Näistä edellinen painottaa lainsäätäjän tahdonilmauksia eli yleisiä oikeudellisia säädöksiä ja jälkimmäinen tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemiä yksittäisiä lainsoveltamisratkaisuja.

Institutionaaliset oikeuttamisperiaatteet

Vallitsevan oikeuslähdeopin *institutionaalisia* (ja *yhteisöllisiä*) *oikeuttamisperusteita* on neljä. Ne liittyvät seuraavalla tavalla eri oikeuslähteisiin:

- (a) *parlamentaarinen demokratiaperiaate* eli lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen perustele lainsäädännön ja välillisesti myös virallisen lainvalmisteluaineiston velvoittavuuden tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa,
- (b) *oikeudellinen yhdenvertaisuus ja perustellun luottamuksen suoja* perustelevat prejudikaattiperustaisen oikeuden, muun vakiintuneen tuomioistuinten käytännön ja oikeudenkäyttöä yhtenäistävän muun viranomaiskäytännön samoin kuin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä yhteisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön velvoittavuuden tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa,
- (c) *tahdonautonomia* eli sopimusvapauden periaate ja *perustellun luottamuksen suoja* perustelevat yksityisten oikeussubjektien siviilioikeudellisen määräämisvaltansa turvin tekemien sopimusten sitovuuden ja velvoittavuuden tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa,⁶ ja myös tavanomainen oikeus voidaan tavallisesti palauttaa oikeussubjektien hiljaisesti hyväksymän sopimuskonstruktion alaisuuteen, ja
- (d) *suvereniteettiperiaate* eli ylimmän vallanpitäjän antamien (taloudellis-hallinnollisten) määräysten sanktioperustainen ja itsetarkoituksellinen pakottavuus toimii residuaali- eli jäännösperiaatteen tavoin ja perustele etenkin Euroopan unionin lainsäädännön, muun lähtökohdiltaan ensisijaisesti taloudellis-hallinnollisen sääntelyn sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden velvoittavuuden siltä osin kuin ne eivät ole palautettavissa parlamentaarisen demokratiaperiaatteen, oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan periaatteen tai oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittamisen (ja perustellun luottamuksen suojan) periaatteen alaisuuteen.

Lisäksi voidaan erottaa oikeuslähdeopin ei-institutionaalisena oikeuttamisperusteena:

⁶ Sopimukset voivat olla joko aineellisia eli määrätyn sopimussuhteen aineellista sisältöä koskevia tai prosessuaalisia eli yksityisoikeudellisen välitystuomioistuimen toimivallan perustavia sopimuksia.

- (e) *aineellinen oikeudenmukaisuus* eli kansalaisten *materiaalinen oikeusturva* ratkaisun sisällöllinen kohtuullisuuden, hyväksyttävyyden ja oikeellisuuden merkityksessä perustelee reaalisten argumenttien eli yhteiskunnallisen seuraamusharkinnan merkityksen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Parlamentaarinen demokratiaperiaate lainsäädännön ja lainvalmisteluaineiston institutionaalisen taustaperiaatteena, oikeudellinen yhdenvertaisuus ja perustellun luottamuksen suoja prejudikaattiperustaisen ja muun yksittäisiin tuomioistuin- ja viranomaisratkaisuihin perustuvan oikeuden justifikaatioperiaatteena sekä oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittaminen ja perustellun luottamuksen suoja sopimusperustaisen oikeuden ja tavanomaisen oikeuden taustaperiaatteena ilmentävät yhteisesti *oikeusvaltioperiaatetta* vallitsevan oikeudellisen metateorian tarkoittamalla tavalla. *Suvereniteettiperiaate* painottaa oikeudellisen ja hallinnollisen määräämisvallan itseisarvoista pakottavuutta ja tehokkuutta, jota ei ole katsottu tarpeelliseksi tai ainakaan mahdolliseksi palauttaa oikeusyhteisön parlamentaariseen tahdonmuodostukseen tai sen jollain muulla tavoin ilmaisemaan hyväksyntään. Suvereniteettiperiaate täydentää parlamentaarista demokratiaperiaatetta etenkin Euroopan unionin oikeudessa, jonka lainsäädäntöä institutionaalinen *demokratiavaje* osin yhä rasittaa, mutta sen ilmentymiä on myös muualla perusteiltaan ensisijaisesti taloudellis-hallinnollisessa sääntelyssä, joka ei voi tukeutua sen kohderyhmän yhteisölliseen hyväksyntään.

Intensio, ks. Ekstensio ja intensio

Isomorfia (eli rakenneyhtäläisyys)

Isomorfiasuhde on *rakenneyhtäläinen kuvasuhde* kielen käsitteiden ja todellisuuden joko vain mahdollisten tai tosiasiallisesti toteutuneiden asiantilojen välillä. Filosofin Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksessa perustelema käsitys kielen ja maailman keskinäisestä suhteesta perustuu kielen kuvateoriaan ja asiantilojen (saks.: *Sachverhalten*) ontologiaan. Kaarle Makkosen *Zur Problematik der juristischen Entscheidung* eli *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia* -teoksessa perustelema ajatus oikeudellisten ratkaisutilanteiden luokitukselta isomorfia-, tulkinta- ja säätelemättömiin tilanteisiin on oikeudellisen isomorfiatilanteen osalta sovitettavissa yhteen Ludwig Wittgensteinin *Traktatuksen* asiantilojen ontologian ja kielen kuvateorian kanssa. Oikeudellisessa tulkinta- ja merkityskontekstissa isomorfiasuhde viittaa edellytettyyn kuvasuhteeseen yhtäältä oikeussäännön käsittämän tosiseikastokuvauksen ja toisaalta maailmassa toteutuneen asiantilan kesken.

Koherenssi

Oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden joukko on sisäisesti koherentti, jos se toteuttaa vaatimukset (a) *loogis-käsitteellisestä ristiriidattomuudesta*, (b) *propositionaalisesta kongruenssista* eli oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisestä yhteensopivuudesta, (c) *aksiologis-normatiivisesta*

yhteensopivuudesta eli oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden, yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden sekä yksilöitävissä oleviin institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen normatiivisesta ja arvoperustaisesta yhdenmukaisuudesta ja (d) *historiallis-narratiivisesta johdonmukaisuudesta*, joka kiinnittää oikeudellisen tulkinnan oikeuskulttuurisen tradition jatkuvuuteen.

Koherenssiteoria

Oikeudellinen koherenssiteoria määrittelee oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteerin institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisenä koherenssina. Oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden joukko on koherentti, jos se toteuttaa vaatimukset (a) *loogis-käsitteellisestä ristiriidattomuudesta*, (b) *propositionaalisesta kongruenssista* eli oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisestä yhteensopivuudesta, (c) *aksiologis-normatiivisesta yhteensopivuudesta* eli oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan käsittämien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden, vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden ja yksilöitävissä oleviin institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen normatiivisesta ja arvoperustaisesta yhdenmukaisuudesta sekä (d) *historiallis-narratiivisesta jatkuvuudesta*.

Konsekventialismi

Yhteiskunnallinen konsekventialismi määrittelee oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteerin sen mahdolliseksi tai välttämättömäksi tekemisen taloudellisten, sosiaalisten ja muiden yhteiskunnallisten (ulkois)vaikutusten avulla. Merkityksellisiä ovat etenkin oikeudellisen tulkinnan taloudelliset vaikutukset, joita pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överväganden* -juriidikka sekä ajallisesti myöhempi oikeustaloustieteellinen näkökulma oikeuteen ovat korostaneet.

Konsensussteoria

Oikeudellinen uusretoriikka ja yhteisöllinen konsensussteoria määrittelevät oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteerin Chaïm Perelmanin *universaaliauditorion* (ransk.: *l'auditoire universel*) tai vastaavan oikeudellisen tulkintalauseen yhteisöllisen hyväksynnän vakioituneen referenssin avulla. Tulkinnan tarkoitettu kohdeauditorio on tavallisesti määritelty enemmän tai vähemmän ideaalisella tavalla erilaisten satunnaistekijöiden, kuten suostuttelun, pakottamisen tai uhkailun, vaikutuksen eliminoimiseksi esimerkiksi oikeudellisesta argumentaatiosta. Tavoitteena on Perelmanilla kuulijajakunnan *vakuuttaminen* (ransk.: *convaincre*) mahdollisesti erilaisin irrationaalisin keinoin tapahtuvan *suostuttelun* (ransk.: *persuader*) sijaan. Samoin Aulis Aarnion oikeudellisessa argumentaatioteoriassa rationaalisen harkinnan diskurssisääntöihin sitoutuneen oikeusyhteisön enemmistön käsitys oikeudesta ja sen tulkinnasta saa ratkaisevan merkityksen.

Konseptualismi

Loogis-käsitteellinen konseptualismi määrittelee oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteerin konstruktivisen oikeusopin eli käsitelainopin (saks.: *Begriffsjurisprudenz*) tarkoittaman oikeudellisen *tulkintaformalismin* mukaisesti. Tieteellisesti perusteltu loogis-käsitteellinen ja ankaran systeeminen oikeudellisten käsitteiden järjestelmä saa tällöin ratkaisevan aseman oikeudellisen tulkintalauseen validiteettia ja tulkinnallista merkityssisältöä määrittäessä.

Konventionalismi

Oikeudellinen konventionalismi määrittelee oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteerin vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen avulla. Näitä ovat esimerkiksi tavanomaisoikeudelliset käytännöt, sopimusoikeudelliset vastuunjako- ja muut käytännöt, yksityisten välimiesoikeuksien ratkaisuista ja niiden perusteluista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, vakiintuneet tulkintaopilliset konventiot sekä juristikunnan oikeudenalakohtaisesti eriytynyttä ammatillista itseymmärrystä ja ammattietiikkaa ilmentävät yhteisölliset käytännöt. Filosofisessa katsannossa yhteisölliset ja oikeudelliset konventiot perustuvat yhteisön jäsenten *vastavuoroisiin odotuksiin* (engl.: *mutual expectations*) ja *yhteistoimintaa edistäviin asenteisiin* (engl.: *cooperative dispositions*).

Konventiot, ks. Yhteisölliset konventiot

Korrespondenssiteoria

Oikeudellinen korrespondenssiteoria määrittelee oikeudellisen tulkintalauseen validiteetti- ja tulkintakriteerin vastaavuutena oikeussäännössä määrittelyn ja maailman joko mahdollisen tai tosiasiallisesti toteutuneen asiantilan kesken. Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen edellyttämä kielen kuvateoria perustee rakenneyhtäläisen isomorfia- eli kuvasuhteen kielellisten ilmausten ja maailman asiantilojen välille filosofisen korrespondenssiteorian tarkoittamalla tavalla. Kaarle Makkosen rakenneanalyttinen oikeusteoria on oikeudellisen isomorfiatilanteen osalta sovitettavissa yhteen Ludwig Wittgensteinin *Traktatuksen* asiantilojen ontologian ja kielen kuvateorian kanssa.

Kriittinen lainopin tulkintaideologia

Kriittinen lainopin tulkintaideologia irtautuu tietoisesti vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian eli oikeusyhteisössä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden tietynlaisen yhdistelmän vakioimista oikeudellisista validiteetti- ja tulkintakriteereistä ja soveltaa sen sijaan muunlaisia, tutkijan tai tutkijaryhmän preferoimia yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita oikeudellisten tulkintalauseiden arviointikriteerinä.

Lainoppi

Lainoppi on yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan sidoksissa oleva humanistinen tulkintatiede, jonka:

- (a) *tutkimuskohteena* on voimassa oleva oikeus eli yhtäältä institutionaalisiin päätöksiin perustuvat tyyppitapaukselliset *oikeussäännöt* ja toisaalta vaikiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat tilannesidonnaiset *oikeuseriaatteet*, jotka ovat johdettavissa oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa eri tavoin ilmentävistä institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä institutionaalisen (ja yhteisöllisen) tulkintaideologian eli vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen prejudikaatti- ja muun tuomarinideologian sekä yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai niiden tietynlaisen yhdistelmän tarkoittamalla tavalla,
- (b) *tiedonintressinä* on tuottaa voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä oikeudellisia tulkinta- ja perustelulauseita, jotka kiinnittyvät institutionaalisen tulkintaideologian rajaamiin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin oikeuslähteisiin oikeusyhteisössä omaksuttujen oikeudellisten päättelymallien ja tulkintaopillisten konventioiden osoittamalla tavalla, jolloin kyse on institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutuneesta* (engl.: *committed*) lainopista, tai, vaihtoehtoisesti, oikeudellisia tulkinta- ja perustelulauseita, joiden sisältönä on 'paras mahdollinen' tulkinta oikeudesta ja yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta siihen katsomatta, mitä institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet sekä oikeusyhteisössä omaksutut oikeudelliset päättelymallit ja tulkintaopilliset konventiot asiasta lausuvat, jolloin kyse on institutionaalista tulkintaideologiasta *irtautuneesta* (engl.: *detached*) eli vaihtoehtoisesta, kriittisestä tai avoimen poliittisesta lainopista,
- (c) *tutkimusmenetelmänä* on muodollisin perustein voimassa olevien oikeussääntöjen tulkinta ja systematisointi sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeuseriaatteiden ja muiden arvo- tai tavoitesidonnaisten oikeudellisten ratkaisustandardien punninta ja keskinäinen tasapainottaminen (engl.: *weighing and balancing*) oikeudellisten päättelymallien ja oikeudellisten transformaatioiden logiikan tarkoittamalla tavalla,
- (d) *tutkijanideologia* on suhteessa oikeusyhteisössä vallitsevaan institutionaaliseen tulkintaideologiaan joko sen käsittämien oikeuslähde- ja laintulkintaopillisten premissien eli oikeudellisten validiteetti- ja tulkintakriteerien hyväksymisen merkityksessä, jolloin kyse on institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutuneesta* (engl.: *committed*) tulkintaideologiasta, tai institutionaalisen tulkintaideologian käsittämistä premiseistä tietoisesti irtautuneen (engl.: *detached*) tulkintaideologian merkityksessä, jolloin kyse on vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin *kriittisestä* tulkintaideologiasta,
- (e) *tieteenkuvana* käsittää tutkimuksen ontologiset, epistemologiset, metodologiset ja loogis-lingvistiset määreet, joiden mukaisten konstitutiivisten, oikeuslähdeopillisten, tulkintaopillisten ja semanttis-käsitteellisten sitoumusten perusteella lainopin tutkimus jakautuu erilaisiin oikeudellisiin *tulkintamatriiseihin*, ja
- (f) *tutkimustuloksena* on joukko perusteltuja oikeudellisia tulkintalauseita, jotka on johdettu joko institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen tai

siitä kriittisesti irtautuneen oikeuslähde- ja laintulkintaopin tarkoittamalla tavalla.

Lainsäädäntöideologia

Vallitseva *lainsäädäntöideologia* on lainsäätäjän tahtoa ilmentävien instituutio-naalisten oikeuslähteiden eli lainsäädännön ja monimuotoisen virallisen lain-valmisteluaineiston (ransk.: *travaux préparatoires*) ilmentämä käsitys oikeudellisesti merkityksellisistä yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista, joita pyritään toteuttamaan lainsäädännössä omaksutun oikeudellisen sääntelylogiikan eli oikeudellisten sääntelymallien sekä oikeudellisten validiteetti- ja tulkintakriteerien avulla oikeudellisen eksegeesin, oikeudellisen koherenssiteorian ja oikeudellisen uusretoriikan tarkoittamalla tavalla. Lainsäädäntöideologia on osa vallitsevaa institutionaalista tulkintaideologiaa.

Looginen konstituutio (sekä edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia)

Oikeuden *looginen konstituutio*, *edellytetty ontologia* ja *rakenteellinen aksiologia* ovat oikeudellisen metafysiikan sitoumuksia eli 'metafysiikan tarpeistoa' (engl.: *furniture of the world*). Ne ovat toisin sanoen oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen edellyttämiä loogis-käsitteellisiä, ontologisia ja aksiologisia sitoumuksia oikeuden edellytetyn *todellisuusrakenteen* merkityksessä. Oikeuden looginen eli loogis-lingvistinen konstituutio, edellytetty ontologia ja rakenteellinen aksiologia ovat läheisessä yhteydessä toisiinsa, mutta ne tarkastelevat oikeutta ja oikeudellista tulkintalauseetta kukin hieman eri näkökulmasta.

Oikeuden *looginen konstituutio* painottaa oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden loogis-lingvististä käsitteellistettävyyttä erilaisten kielellisten konstruktioiden avulla. Oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen looginen konstituutio on mahdollista määritellä esimerkiksi W.N. Hohfeldin ja analyyttisen oikeustieteen tarkoittamalla tavalla suhderekäisiksi ymmärrettyjen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, vailla semanttista referenssiä voimassa olevan oikeuden rajaaman merkitysavaruuden ulkopuolisessa todellisuudessa. Tarkastelutapa kiinnittyy oikeuden loogiin ja käsitteellisiin ominaisuuksiin.

Oikeuden *edellytetty ontologia* kiinnittää tarkastelun oikeuden, oikeudellisen tulkintalauseen tai institutionaalisen tulkintaideologian ontologisiin sitoumuksiin eli oikeuden institutionaalista tai yhteisöllistä tai muunlaista eksistenssiä koskeviin määreisiin esimerkiksi oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan, institutionaalisten päätösten ja yhteisöllisten käytäntöjen, oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden tai yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä. Institutionaalisen tulkintaideologian premissien alaisuudessa oikeudellisen tulkintalauseen ontologiset sitoumukset voivat edelleen täsmentyä esimerkiksi lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten oikeudellisten tavoitteiden (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten eli tehokasta oikeussuojaa nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien (= *analyyttinen oikeusrealismi*) tai yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden (= *oikeudellinen konventionalismi*) tarkoittamalla tavalla. Aineellisen tulkinta-

ideologian ontologiset sitoumukset kiinnittyvät yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, jotka eivät nauti oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää. Formaalin tulkintaideologian ontologiset sitoumukset kiinnittyvät oikeudellisiin käsitteisiin ja niiden keskinäisiin suhteisiin.

Oikeuden *rakenteellinen aksiologia* tarkoittaa yksilöitävissä oleviin institutionaalisiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen, vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden sekä tuomarin tai muun oikeudellisen päätöksentekijän subjektisidonnaisten yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden muodostamaa kokonaisuutta, keskinäisiä suhteita ja muutosdynamiiikkaa yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden *oikeudellistumisen* ja *formalisoitumisen* tai, käänteisesti, oikeussääntöjen *materiaalistumisen* ja *dejuridisoitumisen* tarkoittamalla tavalla. Näkökulma painottaa oikeuden *institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa* suhteessa voimassa olevan oikeuden käsitteisiin sääntöihin ja periaatteisiin tai oikeudellisen kielen konstruktioihin.

Oikeuden looginen konstituutio korostaa *formaalin* tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla oikeuden loogis-lingvistisiä määreitä ja sitoumuksia. Oikeuden edellytetty eli rakenteellinen ontologia korostaa *institutionaalisen* tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla voimassa olevien oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden sekä institutionaalisten päätösten ja yhteisöllisten käytäntöjen merkitystä. Oikeuden rakenteellinen aksiologia korostaa *aineellisen* tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan ja sen mahdollisten muutosten merkitystä.

Toisaalta myös oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet tai oikeudelliset asiantilat yhtä hyvin kuin (myös) institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää vailla olevat yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet tulee voida kielellisesti käsitteellistää, jotta ne voisivat olla osana oikeudellista tulkintalauseetta, joten oikeuden looginen konstituutio koskee näin myös institutionaalista ja aineellista tulkintaideologiaa. Oikeuden ontologiset sitoumukset ulottuvat myös kielellisten ilmausten yhtä hyvin kuin yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden tapaan 'olla olemassa', joten oikeuden edellytetty ontologia koskee myös formaalia ja aineellista tulkintaideologiaa. Lopuksi oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ovat kumpikin sidoksissa oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, ja myös oikeudellisen kielen käsitteet saattavat kietoutua yhteen yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden kanssa, joten oikeuden rakenteellinen aksiologia koskee myös institutionaalista ja formaalia tulkintaideologiaa. Kyse on tältä osin vain näkökulmaerosta oikeuteen, oikeudelliseen tulkintaideologiaan ja oikeudelliseen tulkintalauseeseen.

Luonnonoikeuden vähimmäissisältö

H.L.A. Hartin mukaan *luonnonoikeuden vähimmäissisältö* (engl.: *minimum content of natural law*) koostuu ihmisistä ja hänen yhteisöllisistä elinolosuhteistaan koskevista sinänsä kontingenteista mutta yhtä kaikki paikkansa pitävistä, itsestään selvistä totuuksista, joita lainsäätäjän ja tuomioistuinten on syytä noudattaa, jos nämä tahtovat saada aikaan tehokkaalla tavalla täytäntöönpantavissa olevan oikeusjärjestyksen. Ihmisyhteisö ei Hartin mukaan ole mikään kollektiivinen 'itsemurhakerho', joka suhtautuisi täydellisen välinpitämättömästi kansalaistensa elossa pysymiseen, vaan kyse on yhteisöllisestä sääntöjärjestyksestä, joka pyrkii lainsäädännön ja lainkäytön avulla turvaamaan edellytykset

ihmisyhteisön elämän jatkumiselle. Luonnonoikeuden vähimmäissisällön perustana on Hartin mukaan: (1) ihmisten haavoittuvuus, (2) summittainen tasavahvuus, (3) rajallinen epäitsekkyys, (4) käytettävissä olevien resurssien rajallisuus ja (5) rajallinen ymmärrys ja tahdonvoima. Niinpä lainsäätäjä, joka täydellisesti sivuuttaisi kansalaisten hengen, terveyden, ruumiillisen koskemattomuuden ja ainakin jonkinlaisen omaisuuden suojan säätämissään laeissa, ei voisi luottaa näiden normikonformiteettiin eli vapaaehtoiseen oikeussääntöjen noudattamiseen minkään muunkaanlaisen oikeudellisen sääntelyn kohdalla. Niinpä luonnonoikeusopin ”terveen järjen mukainen ydinsisältö” (engl.: *the core of good sense in the doctrine of Natural Law*), niin kuin Hart asian ilmaisi, käsittää oikeusohjeet perusarvojen suojasta sekä niukkojen aineellisten resurssien jaosta yhteiskunnassa.

Nähdäkseen Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisällön perustana on, filosofi G. H. von Wrightin termin, *tekninen normi*, joka perustaa kausaalisen syy–seuraus-suhteen määrättyjen yhteiskunnallisten tavoitteiden ja niiden saavuttamiseksi välttämättömien tai riittävien keinojen välille, ei luonnonoikeusfilosofian tarkoittama normatiivinen pitämissuhde eikä myöskään oikeusfenomenologian tarkoittama käsitteellinen tai olemuksellinen välttämättömyys osana oikeuden ’itseannettua’, empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävää eli apriorista olemusta. Luonnonoikeuden vähimmäissisältö asettaa lainsäätäjälle toimintaohjeen: jos tahdot saada aikaan tehokkaan oikeusjärjestyksen, niin toimi lainsäätäjänä (tai tuomarina) siten, että kansalaisten hengen, terveyden ja fyysisen koskemattomuuden suoja sekä ainakin jonkinlainen omaisuuden suoja tulevat riittävällä tavalla turvatuiksi. Hartin tarkoituksena ei siis ollut perustella aidosti sisällöllisten luonnonoikeusnormien kokonaisuutta muutoin analyttisen ja oikeuspositivistisen (tai oikeusrealistisen) oikeusteorian ytimeen, ja hän kritisoi ankarasti amerikkalaista luonnonoikeusfilosofia Lon L. Fulleria ja tämän ehdottamaa ajatusta oikeuden sisäisestä moraalista (engl.: *internal morality of law*) senkaltaisten pyrkimysten ylläpitämisestä.

Luonnonoikeusfilosofia

Luonnonoikeusfilosofia on oikeusfilosofian oppisuunta, jonka tutkimuskohteena on ’oikea oikeus’ (saks.: *richtiges Recht*) eli ehdoton yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus, jota yhtä hyvin lainsäätäjän kuin tuomioistuintenkin tulee kunnioittaa. Historiallisesti luonnonoikeusoppi voidaan jakaa neljään vaiheeseen:

- (1) *antiikin luonnonoikeus* perustui ajatukselle yhteisöllisten asioiden oikeasta luonnosta (saks.: *Natur der Sache*) Kreikan kaupunkivaltion, poliksen, määrittämässä yhteisöllisessä kontekstissa muun muassa Sofokleen tragedian *Antigone* ja filosofi Aristoteleen hahmottelemalla tavalla,
- (2) *keskiajan skolastinen luonnonoikeus* toteutti Tuomas Akvinolaisen (1225–1274) mukaan osaltaan Luojan suurta maailmanjärjestystä, missä luonnonoikeus (lat.: *lex naturalis*) syrjäytti säädännäisen eli asetetun oikeuden (lat.: *lex humana*) säännöt, jos nämä olivat sisällöltään räikeän epäoikeudenmukaisia tai kohtuuttomia (lat.: *lex iniusta non est lex*),
- (3) *uuden ajan alun rationalistinen luonnonoikeus*, joka jäseni luonnonoikeuden säännöt ja periaatteet ankaran geometrisen eli aksiomaattis-systeemin mallin muotoon, jolloin luonnonoikeuden ylimmistä periaatteista, ku-

ten *pacta sunt servanda* -periaatteesta Hugo Grotiuksella (1583–1645), voitiin johtaa yksityiskohtainen luonnonoikeudellisten sääntöjen järjestelmä, ja

- (4) toisen maailmansodan jälkeinen *moderni luonnonoikeus*, joka on korostanut universaalien ja luovuttamattomien ihmis- ja perusoikeuksien merkitystä lainsäätäjän tai tuomioistuinten mahdollisia väärinkäytöksiä vastaan esimerkiksi lainsäädäntöä edeltävän ylipositiivisen oikeuden (saks.: *übergesetzliches Recht*) merkityksessä Gustav Radbruchin (1878–1949) tarkoittamalla tavalla, oikeuden sisäisen eli menettelyllisen eli institutionaalisen moraalin (engl.: *internal morality of law*) merkitystä Lon L. Fullerin (1902–1978) tarkoittamalla tavalla, oikeuden perustana olevia ’itseannettuja’ perushyviä (engl.: *basic goods*) eli perusarvoja (engl.: *basic values*) John Finnin (1940–) tarkoittamalla tavalla tai luonnonoikeuden vähimmäisisältöä (engl.: *minimum content of natural law*) H.L.A. Hartin (1907–1992) tarkoittamalla tavalla.

Luonnonoikeusajattelun historian voi jakaa myös toisin. Esimerkiksi John Finnis jakaa luonnonoikeusfilosofian klassiseen ja moderniin vaiheeseen. Ajallisenä rajapyykkiä hänellä on vuosi 1660, jolloin Samuel Pufendorfin rationalistista luonnonoikeusfilosofiaa edustanut *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo* ilmestyi.

Mahdollisten maailmojen semantiikka

Oikeuden mahdollisten maailmojen semantiikka käsittää institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden (tietynhetkisen) tulkinnallisten merkitysten sfäärin eli ylipäättään mahdollisten tulkintojen alan eli oikeuden tulkinnallisen merkitysavaruuden.

Materiaalistuminen

Oikeuden materiaalistuminen tarkoittaa formaalien oikeudellista tulkinta- ja ratkaisuperusteiden *deformalisoitumista* eli muuttumista arvo- tai tavoitesidonnaisiksi, tilannekohtaista punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista edellyttäväksi *oikeusperiaatteiksi* tai oikeudellisiksi *ratkaisustandardeiksi*.

Obiter dicta

Obiter dicta on se osa prejudikaattituomioistuimen antamaa prejudikaattia eli ennakkoratkaisua, jolla ei ole myöhemmän tuomioistuimen tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa sitovaa, velvoittavaa tai ohjaavaa vaikutusta eli ratkaisun varsinaisen prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*) ulkopuolelle jäävä ei-velvoittava perustelukonteksti kyseisessä ratkaisussa.

Oikeudellinen eheys

Oikeudellinen eheys (engl.: *law as integrity*) on Ronald Dworkinin oikeusteorian ja etenkin *Law's Empire* -teoksen keskeiskäsite. Oikeudellinen eheys viittaa tuomarille asetettuun velvollisuuteen tulkita voimassa olevaa oikeutta Dworkinin konstruoiman fiktiivisen supertuomari Herculeen tavoin. Dworkinin Hercules on ”oikeusoppinut, jolla on yliluonnolliset kyvyt, oppineisuus, kärsivällisyys ja huolellisuus” (engl.: *a lawyer of superhuman skill, learning, patience, and acumen*) vaikean oikeusjutun (engl.: *hard case*) ratkaisemiseksi tavalla, joka toteuttaa koherenteimman mahdollisen tulkinnan voimassa olevan oikeuden säännöistä ja periaatteista. Dworkin kirjoittaa:⁷

”Oikeudellinen eheys asettaa tuomareille vaatimuksen, jonka mukaan heidän tulee, siinä määrin kuin se on mahdollista, mieltää oikeus *keskenään yhdenmukaisten periaatteiden kokonaisuutena*, jotka määrittävät yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta, reiluutta ja puolueetonta oikeudenkäyntimenettelyä, ja se velvoittaa heitä antamaan näille oikeusperiaatteille oikeussuojaa heidän ratkaistavikseen tulevissa oikeusjutuissa siten, että jokaisen oikeudellisen päätöksenteon kohteeksi tulevan henkilön asemaa arvioidaan samojen yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta ja reiluutta määrittävien ratkaisustandardien mukaan. (...) Tuomarit, jotka ovat sitoutuneet oikeudellisen eheyden tulkinnalliseen ideaaliin, ratkaisevat vaikeat oikeudelliset ongelmat jonkin sisäisesti johdonmukaisen henkilöiden oikeuksia ja velvollisuuksia määrittävän oikeusperiaatteiden järjestelmän avulla, jonka avulla käy mahdolliseksi esittää *paras mahdollinen konstruktiivinen tulkinta yhteisön poliittisesta järjestelmästä ja oikeudellisesta doktriinista* (engl.: *the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community*).”

Dworkin myös asettaa tuomarille tai muulle lainsoveltajalle velvollisuuden tulkita voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden muodostamaa kokonaisuutta ikään kuin se muodostaisi saumattomasti yhteen liittyvien oikeudellisten eli institutionaalisten ja yhteisöllisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden verkon (engl.: *seamless web of reasons*), jonka avulla on Hercules voi (re)konstruoida parhaan eli koherenteimman mahdollisen tulkinnallisen meta-kontekstin oikeudellisen tulkintalauseen arvioimiseksi oikeusyhteisössä jo toteutuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten valintojen perusteella:⁸

”Oikeus ei ehkä ole saumattomasti yhteen liittyvien perustelujen verkko, mutta jutun kantajalla on lupa odottaa, että Hercules toimii ikään kuin se sellaisen muodostaisi. (...) Hänen [tuomari Herculeen] tulee hahmottaa oikeus abstraktien ja konkreettisten oikeusperiaatteiden kokonaisuutena, joiden avulla on mahdollista esittää sisäisesti johdonmukainen perustelu kaikille common law -oikeuden käsittämille prejudikaateille ja, siinä määrin kuin ne perustuvat periaatesidonnaisille lähtökohdille, myös perustuslain ja muun lainsäädännön käsittämille yksittäisille säännöksille.”

⁷ Dworkin, *Law's Empire*, s. 243, 255 (kursivoinnit lisätty; käännös allekirjoittaneen).

⁸ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 116-117 (käännös allekirjoittaneen).

Tämän teoksen termein ilmaistuna Dworkinin oikeudellinen eheys on kokonaisvaltainen ja mahdollisimman koherentti tulkinta vallitsevasta oikeudellisesta *metateoriasta*: (a) *institutionaalisesta tulkintaideologiasta* ja sen konstitutiivisista osatekijöistä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden tietynlaisen yhdistelmän merkityksessä, (b) tulkintaideologian vakioimasta oikeudellisesta *validiteetti- ja tulkintakriteeristä*, jonka avulla institutionaalsiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden oikeudellinen voimassaolo ja tulkinnallinen merkityssisältö ovat määritettävissä, ja (c) noudatettavasta oikeudellisesta *sääntely- ja ratkaisulogiikasta*, jonka avulla sääntö – sääntö, periaate – periaate ja sääntö – periaate -kollisiot ovat ratkaistavissa. Oikeudellisen tulkintaopin päättelysäännöiksi tai yleisemmin oikeustieteen tieteenkuvan sitoumuksiksi muunnettuna oikeudellinen eheys tarkoittaa voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tulkintaa, joka toteuttaa parhaalla mahdollisella tavalla oikeuden vallitsevan *institutionaalisen ja yhteisöllisen metakontekstin* käsittämät yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet.

Oikeudellinen metateoria, metakonteksti, metanarratiivi, ks. Institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti

Oikeudellinen muutosdynamikka

Oikeudellinen muutosdynamikka eli oikeuden rakenteellisen aksiologian, loogisen konstituution ja edellytetyn ontologian muutosdynamikka viittaa oikeussääntöjen, oikeusperiaatteiden sekä muiden yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden kokonaisuuteen, keskinäisiin suhteisiin ja näiden suhteiden muutoksiin. Oikeuden rakenteellisen muutosdynamikan seurauksena institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää vailla olevat yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet voivat *oikeudellistua* eli *rakenteistua* tilannesidonnaista punnintaa edellyttäväksi oikeusperiaatteiksi tai niitä vastaaviksi oikeudellisiksi ratkaisustandardeiksi sekä edelleen *formalisoitua* tyyppitapaukselliseksi oikeussäännöiksi oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan kokemien syvällisten muutosten myötä. Käänteisen kehityksen tuloksena oikeussäännöt voivat *materiaalistua* eli *deformalisoitua* arvosidonnaista punnintaa edellyttäväksi oikeusperiaatteiksi tai ratkaisustandardeiksi sekä edelleen *dejuridisoitua* yhteiskunnallisiksi arvoiksi tai tavoitteiksi vailla oikeusperiaatteilta (ja tietenkin myös oikeussäännöiltä) edellytettyä liittymää oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan.

Oikeuden rakenteellinen muutosdynamikka on läheisessä yhteydessä oikeuden institutionaalisessa ja yhteisöllisessä arvoperustassa tapahtuviin muutoksiin. Esimerkiksi uskonnolliset arvot ovat paljolti menettäneet oikeudellista merkitystään suomalaisen yhteiskunnan arvoperustan maallistumisen myötä. Toisaalta perus- ja ihmisoikeuksien oikeudellinen ratkaisuarvo on viime vuosikymmeninä merkittävästi lisääntynyt (myös) Suomen oikeudessa institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan muutosten sekä sitä heijastavien lainsäädäntötoimien ja tuomioistuinratkaisujen myötä.

Oikeudellinen ratkaisuarvo

Oikeudellinen ratkaisuarvo tarkoittaa oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden eli institutionaalisten oikeussääntöjen ja yhteisöllisten oikeusperiaatteiden tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovaa, velvoittavaa tai ohjaavaa vaikutusta. Oikeussääntöjen oikeudellinen ratkaisuarvo on Ronald Dworkinin mukaan vahva eli oikeussääntö kykenee yksinäänkin määrittämään jutun oikeudellisen ratkaisun. Oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien oikeudellinen ratkaisuarvo on ainakin tavallisesti sääntöjä heikompi eli ne kykenevät vain viemään tuomarin ratkaisuharkintaa määrättyyn suuntaan ilman, että niillä olisi jutun lopullisesti ratkaisevaa merkitystä.⁹ Oikeuden sisäinen muutosdynamikka saattaa ajan myötä muuttaa jakoa tyyppitapauksellisten oikeussääntöjen, tilannesidonnaisten oikeusperiaatteiden sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää vailla olevien yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden kesken yhteiskunnallisten arvojen oikeudellistumisen ja formalisoitumisen sekä, käänteisesti, materiaalistumisen ja dejuridisoitumisen myötä. Syynä tähän ovat tavallisesti oikeuden institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan riittävän syvälliset muutokset.

Oikeudellinen tulkintalause

Oikeudellinen tulkintalause on syntaktisesti eli kieliopillisesti oikein muodostettu lause, jonka semanttisena *ekstensiona* on oikeudellinen *validiteetti* ja institutionaalinen *totuusarvo* ”tosi_L” (tai formaali totuusarvo ”tosi_F” tai aineellinen totuusarvo ”tosi_V”) sekä semanttisena *intensiona* oikeuden *tulkinnallinen merkityssisältö* omaksutun oikeudellisen tulkintaideologian tai sen alaan kuuluvan oikeudellisen tulkintamallin vakioiman *validiteetti- ja tulkintakriteerin* määrittämällä tavalla. Sovellettavasta tulkintaideologiasta ja sen mukaisesta oikeudellisesta validiteetti- ja tulkintakriteeristä riippuen oikeudellinen tulkintalause saa institutionaalisen ja yhteisöllisen totuusarvon ”tosi_L” tai ”epätosi_L”, jos kyse on *institutionaalisesta* tulkintaideologiasta, loogis-lingvistisen ja oikeussysteemisen totuusarvon ”tosi_F” tai ”epätosi_F”, jos kyse on *formaalista* tulkintaideologiasta, ja yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin viittaavan totuusarvon ”tosi_V” tai ”epätosi_V”, jos kyse on *aineellisesta* tulkintaideologiasta. Oikeudellisen tulkintalauseen tulkinnallisen merkityssisällön määrittäminen on puolestaan sidoksissa oikeudelliseen tulkintakriteeriin, jota omaksuttu tulkintamalli määrittää.

Oikeudellinen tulkinta voidaan määritellä myös *konstitutiivisena sääntönä*:

(α) ”tosiasia x on (engl.: *counts as*) tosiasia y tulkintakontekstissa C ”, eli

(β) ”luonnollinen tai institutionaalinen tosiasia x on institutionaalinen tosiasia y , koska tulkintakehys T ”, eli

(γ) ” x on y , koska T ”, missä tulkintakehys T voi olla:

⁹ ”Only rules dictate results, come what may. When a contrary result has been reached, the rule has been abandoned or changed. Principles do not work that way; they *incline a decision one way, though not conclusively*, and they survive intact when they do not prevail.” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 35 (kursivointi lisätty).

- (a) *formaalin* tulkintaideologian määrittämä *loogis-käsitteellinen* ja *oikeus-systeeminen* validiteetti- ja tulkintakriteeri systeemisten *oikeuskäsitteiden* referentiaalisien kohdentuvuuden ja systeemisdonnaisen tulkinnallisen merkityssisällön arviointikriteerinä, jolloin tulkintalauseen formaali totuusarvo on ”tosi_F” tai ”epätosi_F”,
- (b) *institutionaalisen* tulkintaideologian määrittämä *oikeudellinen* eli institutionaalinen tai yhteisöllinen validiteetti- ja tulkintakriteeri oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyvien *oikeussääntöjen* ja *oikeusperiaatteiden* oikeudellisen validiteetin ja tulkinnallisen merkityssisällön arviointikriteerinä, jolloin tulkintalauseen oikeudellinen totuusarvo on ”tosi_L” tai ”epätosi_L”, tai
- (c) *aineellisen* tulkintaideologian määrittämä *aineellinen* validiteetti- ja tulkintakriteeri yhteiskunnallisten *arvojen* ja *tavoitteiden* referentiaalisien kohdentuvuuden ja aineellisen tulkinnallisen merkityssisällön arviointikriteerinä, jolloin tulkintalauseen aineellinen totuusarvo on ”tosi_Y” tai ”epätosi_Y”.

Määritelmässä muuttuja x on tutkijan tai tuomarin oikeudellisen tulkinnan kohde eli joko *raaka* tosiasia luonnollisen eli fyysisen tai mentaalisen asian-tilan merkityksessä (engl.: *raw fact*) tai, vaihtoehtoisesti, sääntösidonnainen eli *institutionaalinen* tosiasia (engl.: *institutional fact*) esimerkiksi tietynlaisen tekstimuotoisen asiakirjan, irtaimen esineen tosiasiallisen hallinnan, määrätyn henkilön tietynhetkisen mielentilan ja tahdontoiminnan kohdentumisen tai Helsingin Arkadianmäen eduskuntatalon pyöreään istuntosaliin kokoontuneiden, enintään 200 henkilön puhe- ja äänestyskäyttäytymisen merkityksessä. Määritelmässä muuttuja y on tulkittu eli *institutionaalinen tosiasia* esimerkiksi muodollisesti pätevän ja todennäköisesti myös tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten vastaisessa oikeudellisessa ratkaisukäytännössä nauttivan testamentin, irtaimen esineen omistusoikeuden, rikosoikeudellisen tahallisuuden tai valtiopäiville kokoontuneen Suomen eduskunnan merkityksessä.

Määritelmässä *tulkintakehys* T on $x:n$ ja $y:n$ oikeudellinen tulkinta- ja perustelukonteksti eli yhtäältä *normatiivinen* konteksti, joka tekee mahdolliseksi luonnollisen tai institutionaalisen tosiasian x tulkitsemisen $y:ksi$ eli institutionaaliseksi tosiasiaksi *formaalin*, *institutionaalisen* tai *aineellisen* tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla, ja toisaalta *tosiasiallinen* eli faktakonteksti todellisuuden asiantiloja x ja y rajaavien, joko (vain) mahdollisten tai tosiasiallisesti toteutuneiden yhteiskunnallisten asiantilojen kokonaisuuden merkityksessä. Oikeudellisten *transformaatioiden logiikka* määrittää oikeudelliset päättelysäännöt, joiden perusteella yhtäältä institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä $N_{(1, \dots, n)}$ johdetusta *normipremissistä* N ja toisaalta tapauksen oikeudellisen arvioimisen kannalta merkityksellisistä asiantiloista $F_{(1, \dots, n)}$ johdetusta *faktapremissistä* F on *institutionaalisen tulkintaideologian* määrittelemän *validiteetti- ja tulkintakriteerin* nojalla perusteltua johtaa oikeudellinen tulkintalause Q , jonka mukaan ”voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö hetkellä t suhteessa oikeustositseikastoon F on q , koska tulkintakehys T ”.

Oikeudelliset ratkaisuideologiat (Jerzy Wróblewskin mukaan)

Puolalainen oikeusteoreetikko Jerzy Wróblewski (1926–1990) erotti *The Judicial Application of Law* -teoksessaan kolme tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisen ratkaisuharkinnan ideologiaa: *sidotun*, *vapaan* sekä *oikeudellisen ja rationaalisen* ratkaisuideologian.

Wróblewskin *sidottu ratkaisuideologia* (engl.: *ideology of bound judicial decision-making*) viittaa ideaan suljetusta, lainsäädäntökeskeisestä oikeusysteemistä, josta yksittäinen oikeudellinen soveltamisratkaisu voidaan riidattomasti johtaa loogis-deduktiivisen päättelyn avulla. Tuomarin käytettävissä olevat oikeuslähteet rajoittuvat voimassa olevaan lainsäädäntöön. Esimerkiksi Georg Friedrich Puchtan (1798–1846) edustaman konstruktivisen oikeusopin eli käsitelainopin (saks.: *Begriffsjurisprudenz*) ajatus suljetusta, aukottomasta ja sisäisesti ristiriidattomasta oikeudellisten käsitteiden järjestelmästä toteuttaa ajatusta sidotusta oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta eli, tämän teoksen termin, oikeudellisesta tulkintaformalismista.

Tuomarin *vapaa ratkaisuideologia* (engl.: *ideology of free judicial decision-making*) viittaa monilukaiseen joukkoon erilaisia oikeudellista tulkintaformalismia vastustavia suuntauksia. Se sivuuttaa muodollisesti velvoittavan lainsäädännön ja tukeutuu sen sijaan toteutuneeseen oikeuskäytäntöön, erilaisiin sosiaalisiin normeihin ja oikeusyhteisössä vallitseviin arvoihin tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavina perusteina. Sitovan oikeudellisen ratkaisuideologian painottamien muodollisen oikeusturvan ja ratkaisujen ennakoitavuuden sijaan vapaa oikeudellinen ratkaisuideologia korostaa yksittäistapauksellista kohtuullisuutta ja sisällöllistä oikeudenmukaisuutta. Etenkin saksalainen vapaoikeuskoulu (saks.: *Freirechtsschule*) on toteuttanut ajatusta oikeudellisesti vapaasta ratkaisuharkinnasta.

Oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia (engl.: *ideology of legal and rational judicial decision-making*) viittaa välittävään kantaan Wróblewskin sidotun ja vapaan ratkaisuharkinnan välillä. Ratkaisuideologian *oikeudellisuus* viittaa ratkaisua jäsentävään formaaliin legalismiin eli vaatimukseen, jonka mukaan ratkaisun tulee olla voimassa olevan oikeuden mukainen, kun taas ratkaisuideologian *rationaalisuus* viittaa tuomioistuinratkaisun episteemiseen ja aksiologiseen perusteluun sisäisen ja ulkoisen justifiointin merkityksessä. *Sisäinen perustelu* (engl.: *internal justification*) viittaa lainsoveltamisratkaisun aineellisen lopputuloksen sekä sen normi- ja faktapremissien keskinäiseen suhteeseen eli siihen, että ratkaisu on asianmukaisesti johdettu sen tueksi esitetyistä normi- ja faktapremisseistä. Normipremissit on johdettu institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteopin käsittämistä oikeudellisista ratkaisuperusteista, kun taas faktapremissit tarkoittavat käsillä olevan tapauksen oikeustosisekastoa. *Ulkoinen perustelu* (engl.: *external justification*) viittaa sanottujen ratkaisupremissien itsensä oikeuttamiseen ratkaisuun nähdessä ulkoisten kriteerien avulla.

Oikeudelliset ratkaisuperusteet (eli oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet)

Voimassa oleva oikeus koostuu yhtäältä institutionaalisiin päätöksiin perustuvista *oikeussäännöistä* ja toisaalta vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvista *oikeusperiaatteista* ja niihin rinnastuvista oikeudellisista ratkaisustandardeista, jotka ovat kiinnittyneet oikeuden *institutionaaliseen* ja *yhteisöl-*

liseen arvoperustaan. Oikeussäännöt ovat *tyyppitapauksellisia* eli formaaleja ja yleistettävissä olevia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, jotka ovat irtautuneet ja itsenäistyneet niistä yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista, joiden nojalla ne alun perin saatettiin voimaan. Oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat *tilannesidonnaisia* oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, jotka ovat kietoutuneet erottamattomasti yhteen ilmentämiensä yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden kanssa, eikä niiden oikeudellinen ratkaisuarvo ole kuin enintään rajoitetusti yleistettävissä koskemaan myös muita oikeudellisessa katsannossa riittävän samankaltaisia tapauksia.

Amerikkalaisprofessori Robert S. Summersin termin voi sanoa, että oikeussäännöt toteuttavat korkeaa ja oikeusperiaatteet vähäistä oikeudellista (sääntö)formalismia.

Subjektisidonnaiset arvot tai tavoitteet ovat vain kantajalleen, kuten yksittäiselle tuomarille tai muulle lakia soveltavalle viranomaiselle, ominaisia poliittisia, uskonnollisia, yhteisöllisiä tai muunlaisia yhteiskunnallisia preferenssejä tai torjuntia. Koska niiltä puuttuu oikeusperiaatteilta ja oikeussäännöiltä edellytetty liittymä oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, ne eivät kuulu voimassa olevan oikeuden alaan.

Oikeudelliset ratkaisutilanteet (Kaarle Makkosen mukaan)

Kaarle Makkonen erotti väitöskirjassaan *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie* (eli *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus*) toisistaan kolme oikeudellista ratkaisutilannetta: isomorfiatilanteen, tulkintatilanteen ja oikeudellisesti säätelemättömän tilanteen.

Isomorfiatilanteessa annettujen eli maailmassa toteutuneiden ja oikeusnormilauseissa määriteltyjen tosiseikkojen välillä vallitsee rakenneyhtäläinen isomorfia- eli kuvasuhde. Sovellettavaksi tuleva oikeusnormi on välittömästi tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen tunnistettavissa ja sovellettavissa käsillä olevaan tapaukseen ilman, että hänen tarvitsisi turvautua varsinaiseen oikeudelliseen tulkintamenettelyyn. Makkonen erottaa isomorfiatilanteen alalajeina ensinnäkin tapauksen, että sovellettavasta oikeusnormista seuraa vain yksi oikeusseuraamus, jolloin voitaisiin puhua (Makkosen kielenkäytöstä tältä osin poiketen) ankarasta eli ehdottomasta isomorfiatilanteesta. Toisaalta oikeusnormista saattaa seurata useita oikeusseuraamuksia, joiden väliltä ratkaisijan on tehtävä valinta. Esimerkiksi rikoslain säännökset asettavat määrätyn rangaistusasteikon, jonka sisältä rangaistus tulee mitata. Kolmantena on vielä tilanne, jossa toteutunut tosiseikastokuvaus on isomorfia- eli kuvasuhteessa kahteen tai useampaan keskenään ristiriitaiseen oikeusnormiin, jolloin tuomarin on tehtävä valinta, mitä oikeusnormia hän näistä tapaukseen soveltaa.

Tulkintatilanteessa ratkaisija kykenee tunnistamaan, minkä oikeusnormin tai oikeusnormien alaisuuteen käsillä oleva oikeustapaus mahdollisesti kuuluu, mutta sovellettavan normin tai normijoukon kielellinen ilmiäsu on siinä määrin epäselvä ja tulkinnanvarainen, ettei ole riidatonta, toteuttaako käsillä oleva tapaus sittenkään oikeusnormin käsittämän oikeustositseikaston vaiko ei, jolloin tulee turvautua oikeusnormin semanttisen merkityssisällön tulkintaan. Tulkinta on Makkosen mukaan merkityssisällön antamista, ei sen löytämistä, yksittäisen oikeusnormin käsittämille kielellisille ilmauksille.

Säätelemättömässä tilanteessa oikeusjärjestyksestä ei löydy lainkaan oikeusnormia, jonka alaan käsillä oleva tapaus kuuluisi. Tällöin ratkaisijan on turvaututtava joko oikeudelliseen analogiaan tai *e contrario* eli vastakohtapäätelmään. Vaihtoehtoisesti hän voi turvautua esimerkiksi Otto Brusiinin väitöskirjassaan *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* ehdottamaan erilaisten yhteiskuntatieteiden, kuten sosiologian, taloustieteen tai valtio-opin, tuottamaan empiiriseen tietoon oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista.

Oikeudellistuminen

Yhteiskunnallisen arvon tai tavoitteen *oikeudellistuminen* tarkoittaa sen (aiempaa vahvempaa) kiinnittymistä oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* erilaisten vakiintuneiden, oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten käytäntöjen merkityksessä. Näitä ovat *institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet*, kuten Euroopan unionin ja kansallinen lainsäädäntö, virallinen lainvalmisteluaineisto (ransk.: *travaux préparatoires*), vakiintunut oikeuskäytäntö eli tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten toteutunut oikeudellinen ratkaisukäytäntö, Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut ja niistä ilmenevät yleiset oikeusohjeet samoin kuin riittävän yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö, tavanomaisoikeudelliset sopimus-, vastuunjako- ja muut käytännöt, välimiesoikeuksien ratkaisusta ja niiden perusteluista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, juristikunnan oikeudenalakohtaisesti eriytynyt ammatillinen itseymmärrys ja oikeudellinen ammattietiikka sekä vastaavat muut oikeudelliset konventiot. *Institutionaalinen tulkintaideologia* jäsentää näitä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllinen oikeuskäsityksen tarkoittamalla tavalla. Ronald Dworkinin konstruktivisen oikeusteorian mukaan myös oikeusyhteisössä vallitsevan poliittisen yhteiskuntamoraalin mukaiset yhteisölliset käytännöt tulee hyväksyä osaksi yhteisöllisiä oikeuslähteitä.

Oikeuden sisäinen moraal

Amerikkalaisen luonnonoikeusoppineen Lon L. Fullerin (1902–1978) mukaan oikeuden sisäinen moraal (engl.: *internal morality of law*) eli moraal, joka tekee oikeuden mahdolliseksi (engl.: *the morality that makes law possible*) käsittää kahdeksan lainsäätäjää velvoittavaa sääntöä, joiden noudattamatta jättäminen merkitsisi joko tarkoitettun lainsäädäntöhankkeen epäonnistumista tai ainakin jäämistä jälkeen lainlaativan sitovan ideaalisen eli velvollisuudet ylittävän *supererogatorisen* moraaln tavoitteista. Fullerin lainsäädännölle asettamat vaatimukset ovat seuraavat:

- (1) yleisyys: lakien pitää olla yleisiä, ei vain yksittäistä tapausta varten laadittuja,
- (2) promulgaatio: lait pitää tehdä julkisesti tunnetuiksi (eli promulgoida),
- (3) taannehtivuuskielto: lait eivät saa olla vaikutuksiltaan taannehtivia,
- (4) sisällöllinen selkeys: lakien pitää olla sisällöltään ymmärrettäviä,
- (5) ristiriidattomuus: lait eivät saa olla keskenään ristiriidassa,
- (6) kohtuullisuus: lait eivät saa vaatia kansalaisilta asioita, jotka näiden on mahdotonta täyttää,

- (7) ajallinen pysyvyys: lait eivät saa olla ajallisesti liian lyhytkestoisia, ja
 (8) systeeminen kongruenssi: lainsäädännön sekä oikeudellisen tulkinta- ja soveltamiskäytännön keskinäinen vastaavuus.

Fullerin oikeuden *sisäisen* eli *menettelyllisen* eli *institutionaalisen* moraalin säännöt on laadittu lähinnä lainsäädäntöä silmällä pitäen. Prejudikaatteja eli tuomioistuinten antamia ennakkoratkaisuja varten tarvitaan erilaiset säännöt (joita olen hahmottanut *A Theory of Precedent* -kirjassani). H.L.A. Hart on kritisoinut ankarasti Fullerin ideaa oikeuden sisäisestä moraalista, katsoen, ettei siinä ole kyse yhteiskuntamoraalin ohjeista lainkaan vaan ainoastaan joukosta *teknisiä normeja* eli moraalista täydellisesti irrallisia ohjeita tehokasta ja toimivaa lainsäädäntöä varten.

Oikeus

Oikeus on amerikkalaistutkija Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*), jonka loogis-käsitteellisestä, episteemisestä, konstitutiivisesta tai metodisesta identiteetistä ei vallitse oikeusyhteisössä perustavaa yksimielisyyttä edes silloin, kun voimassa olevan oikeuden edellytetty sidonnaisuus yhteiskunnan *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* on asianmukaisesti tunnustettu. Voimassa oleva oikeus voidaan sen vuoksi määritellä laaja-alaisesti ja vaihtuva-alaisesti eli Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian tarkoittamalla tavalla *perheyhtäläisenä* käsitteenä. Institutionaalisen tulkintaideologian mukainen sidonnaisuus oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan katsotaan välttämättömäksi ja riittäväksi ehdoksi voimassa olevan oikeuden erottamiseksi 'ei-oikeudesta' eli esimerkiksi poliittisen yhteiskuntamoraalin, uskonnon tai tapaetiketin normeista. Institutionaalinen tulkintaideologia ja sen alaan kuuluvat, eri tavoin painotettavissa olevat oikeudelliset validiteetti- ja tulkintakriteerit ovat toisin sanoen vakioitu tulkintaopillinen referenssi eli ajatuksellinen kiintopiste, jota vasten oikeudellisen tulkintalauseen semanttinen *ekstensio* eli oikeudellinen validiteetti ja institutionaalinen totuusarvo sekä semanttinen *intensio* eli tulkinnallinen merkityssisältö ovat määritettävissä.

Institutionaalinen tulkintaideologia koostuu lainsäädännön ja lainvalmisteluaineiston taustalla vaikuttavasta *lainsäädäntöideologiasta*, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti sisäistämästä *tuomarideologiasta* sekä erilaisia vakiintuneita yhteisöllisiä käytäntöjä, kuten tavanomaisia oikeutta, vakiintuneita sopimuskäytäntöjä ja juristikunnan ammatillista itseymmärrystä ja ammattietiikkaa, ilmentävästä *yhteisöllisestä oikeuskäsityksestä*. Eri tavoin painotettuna institutionaaliset ja yhteisölliset arviointikriteerit toteuttavat oikeudellisen korrespondenssiteorian, oikeudellisen koherenssiteorian, oikeudellisen uusretoriikan, oikeudellisen eksegeesin, analyyttisen oikeusrealismin tai oikeudellisen konventionalismin mukaista käsitystä oikeudellisen tulkintalauseen validiteetista ja sen merkityssisällön määrittämisestä.

Oikeuden *looginen konstituutio*, *edellytetty ontologia* ja *rakenteellinen aksiologia* muodostavat oikeudellisen tulkintalauseen edellytetyn *todellisuus-rakenteen* eli oikeudellisen metafysiikan sitoumukset, jotka ovat lisäksi jäsennettävissä valitun abstraktiotason mukaisesti. Esimerkiksi institutionaalisen ontologian eri vaihtoehtoina ovat: (a) oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen

arvoperusta, (b) institutionaaliset päätökset ja yhteisölliset käytännöt, (c) oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet sekä (d) yksittäisille oikeussubjekteille kohdenneet oikeudet ja velvollisuudet.

Oikeus radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä (engl.: *deliberative practice*)

Moderni oikeus on amerikkalaisen Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*), jonka *episteeminen, loogis-käsitteellinen, konstitutiivinen ja metodinen* identiteetti on vain heikosti jäsentynyt ja aina avoin uusille tulkinnoille. Niinpä viattomalta kuulostava kysymys – *mitä oikeus on?* – jakaa oikeustieteen ja etenkin (kontinentaalisen) oikeusfilosofian ja (analyttisen) oikeusteorian tutkijat lukuisiin eri koulukuntiin, joiden välinen yhteisymmärrys on parhaimmillaankin varsin puutteellista ja katkonaista. Oikeusfilosofian suuntauksia ovat esimerkiksi analyttinen ja institutionaalinen oikeuspositivismi (sekä edelleen inklusiivinen ja eksklusiivinen oikeuspositivismi), amerikkalainen ja skandinaavinen oikeusrealismi, oikeusfenomenologia, klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia, eksistentiaalinen oikeusfilosofia, marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia, feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia, pragmatistinen oikeus- ja yhteiskuntateoria sekä Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -suuntaus, jotka kaikki määrittelevät oikeuden ja oikeudellisen tutkimuksen keskeiset tavoitteet olennaisesti toisistaan poikkeavalla tavalla.

Oikeusfilosofia

Oikeusfilosofian perustava kysymys – *mitä oikeusfilosofia on?* – on jo itsessään syvästi filosofinen ongelma, johon annettava vastaus riippuu ratkaisevasti kulloisenkin vastaajan omaksumista filosofisista sitoumuksista. Oikeusfilosofia voidaan määritellä joko laajasti, käsittäen kaiken oikeutta ja oikeudellisia ilmiöitä filosofisen analyysin ja reflektion keinoin lähestyvän tutkimuksen, tai suppeasti, jolloin yhtäältä analyttinen (ja realistinen) oikeusteoria ja toisaalta ei-analyttinen eli kontinentaalinen eli manner-eurooppalainen oikeusfilosofia erotetaan toisistaan. Pidän itse jälkimmäistä määrittelyä parempana. Niinpä oikeusfilosofia soveltaa oikeuteen ja oikeudellisiin ilmiöihin (hieman epätasaisesti ilmaisten) kontinentaalista, ei-analyttistä filosofiaa esimerkiksi fenomenologian, hermeneutiikan, luonnonoikeusfilosofian, eksistentiaalisen filosofian, marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian, feministisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian tai ranskalaisfilosofi Jacques Derridan ajatuksiin palautuvan filosofisen dekonstruktion merkityksessä, erotettuna oikeusteorian lähinnä analyttiseen, realistiseen tai pragmatistiseen filosofiaan perustuvasta tarkastelutavasta.

Oikeusfilosofian tiedonintressinä ja täsmällisesti määriteltynä tutkimuskohteena voi olla esimerkiksi oikeuden intuitiivis-apriorinen, empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävä, 'itseannettu' olemus ja välttämättömät 'asia-loogiset rakenteet' (= *oikeusfenomenologia*), oikeuden määritelmällisesti teksti-, traditio- ja tulkintasidonnainen ominaisluonne sekä tekstin tulkitsijan ja tutkimuskohteen molemminpuolinen vuorovaikutussuhde (= *oikeudellinen hermeneutiikka*), oikeuden suhde ehdottomaan yhteisölliseen tai uskonnolliseen

oikeudenmukaisuuteen (= *klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia; oikeusteologia*), oikeuden suhde ihmisen eksistentiaalista olemusta eli 'maailmaanheitettynä-olemista' rajaaviin määreisiin (= *eksistentiaalinen oikeusfilosofia*), oikeuden suhde vallitseviin taloudellisiin tuotantosuhteisiin ja -rakenteisiin, yhteiskunnan monitasoiseksi miellettyyn oikeudelliseen subjekti- ja tietoisuus-rakenteeseen, transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintaviin liikelakeihin sekä, Kaarlo Tuorin termin, oikeuden ja yhteiskunnallisen tietoisuuden eri tasojen välillä vallitsevaan "olemus-ilmiö-kategorioiden ilmentämään 'ekspressiiviseen' yhteyteen", jonka kautta oikeuden syvärakenne määrittää oikeuden ja yhteiskunnan muita tasoja (= *marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*), oikeuden suhde filosofisesti, yhteiskunnallisesti ja poliittisesti merkitykselliseen sukupuolieroon, yhteiskunnan rakenteelliseen eriarvoisuuteen sekä naisten tietoisien suosivan erityiskohtelun ja kiintiöityjen edustuspaikkojen varaamisen tarpeeseen (= *feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*) tai tekstin rakenteellisten eli episteemisten, käsittellisten ja metodisten halkeamien tai murtumien (ransk.: *rupture*) tunnistaminen sekä kirjoittajan omaksuman tutkijanposition usein pulmallinen suhde tekstissä esitettyihin väitteisiin ja niiden perimmäisiin premisseihin (= *filosofinen dekonstruktio*).

Oikeuslähteet ja oikeuslähdeoppi

Oikeuslähteet koostuvat yhtäältä lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemistä *institutionaalisista päätöksistä* ja toisaalta vakiintuneista *yhteisöllisistä* vastuunjako- ja muista *käytännöistä*, joista oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet eli oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ovat johdettavissa vallitsevan institutionaalisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla.

Oikeuslähdeoppi on oppi oikeuslähteistä.

Oikeusnormi, ks. Oikeudelliset ratkaisuperusteet

Oikeusperiaatteet

Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset *ratkaisustandardit* ovat vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvia tilannesidonnaisia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joille on ominaista suhteellisen *alhainen sääntöformalismi* eli:

- (a) niiden merkitys tuomarin tai muun viranomaisen eli institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa perustuu niiden *rakenteistumiseen* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli niiden nauttimaan (oikeussääntöjä heikompaan) institutionaaliseen tukeen ja yhteisölliseen hyväksyntään erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä, kuten tavanomaisoikeudellisissa käytännöissä, vakiintuneissa sopimusoikeudellisissa vastuunjako- ja muissa käytännöissä, välimiesoikeuksien antamien ratkaisujen ja niiden perustelujen ilmentämissä yleisissä oikeusohjeissa tai juristikunnan oikeudenalakohteisesti eriytyneissä ammatillisissa käytännöissä ja ammattietiikan perusteissa, ei yksilöitävissä olevaan lainsäädäntötoimeen tai tuo-

mioistu- tai viranomaisratkaisuun kuten oikeussääntöjen muodollinen validiteetti,

- (b) niiden keskinäiset suhteet *johtava/väistyvä periaate* -luokitusten merkityksessä ovat määritettävissä sisällöllisten punnintanormien avulla joko tilannekohtaisesti avoimen ja dynaamisen systematiikan merkityksessä tai enintään heikosti systeemisesti vakioitavissa olevien etusijasääntöjen tarkoittamalla tavalla esimerkiksi perusoikeuksia tukevien periaatteiden (heikon) keskinäisen etusijajärjestyksen mukaisesti,
- (c) niiden oikeudellinen *ratkaisuarvo* eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus on ainakin tavallisesti alhainen, jolloin yksittäinen asiaan vaikuttava oikeusperiaate pystyy vain viemään tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkintaa tiettyyn suuntaan, kykenemättä ainakaan tavallisesti määräämään jutun oikeudellista lopputulosta,
- (d) ne soveltuvat yksittäiseen tapaukseen moniarvologiikan tarkoittamalla tavalla *enemmän-tai-vähemmän*-luonteisesti, jolloin kyse on *tilannesidonnaisesta* oikeudellisesta tulkinta- ja ratkaisuperusteesta, ja
- (e) niiden soveltaminen edellyttää *arvosidonnaista* punnintaa ja keskinäistä tasapainottaista (engl.: *weighing and balancing*), missä yksittäisen oikeusperiaatteen suhteellinen painoarvo on määritettävissä vain suhteessa sen ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin sekä muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden vastaaviin yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin.

Oikeusperiaatteiden oikeudellinen ratkaisuarvo rajoittuu ainakin lähtökohtaisesti *tilannesidonnaisesti* vain tarkasteltavana olevaan ainutkertaiseen oikeusotosisekatoon eikä ratkaisu ole kuin rajoitusti yleistettävissä muihin oikeudellisessa katsannossa riittävän samanlaisiin tapauksiin ilman, että kyseinen oikeusperiaate saa samalla vähintäänkin rajoitetusti sääntöformaaleja eli oikeussääntöä kaltaisia ominaisuuksia.

Oikeussäännöt

Oikeussäännöt ovat lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten yksilöitävissä oleviin institutionaalsiin päätöksiin perustuvia tyyppitapauksellisia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joille on ominaista suhteellisen *korkea sääntöformalismin* eli:

- (a) niiden oikeudellinen validiteetti perustuu siihen, että ne on saatettu voimaan *muodollisesti pätevällä* eli voimassa olevan valtiosääntöä edellyttämällä tavalla esimerkiksi parlamentaarisen lainsäädäntömenettelyn tai tuomioistuinten sääntösidonnaisen oikeudellisen ratkaisutoiminnan mukaisesti,
- (b) niiden keskinäiset suhteet formaalin normikonfliktinratkaisumenettelyn sekä sisällöllisten *pääsääntö/poikkeussääntö* -relaatioiden määrittämisen merkityksessä ovat ennalta vakioitavissa suljetun ja staattisen oikeudellisen systematiikan osaksi Kelsenin ja Merklin oikeusnormihierarkian tarkoittamalla tavalla,
- (c) niiden oikeudellinen *ratkaisuarvo* eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus on suuri, jolloin tapaukseen soveltuva oikeussääntö kykenee yksinäänkin määräämään jutun oikeudellisen lopputuloksen,

- (d) ne soveltuvat yksittäiseen oikeudelliseen ongelmaan kaksiarvologiikan edellyttämällä tavalla *joko/tai* -luonteisesti, jolloin kyse on *tyyppitapaukselliseen* oikeudelliseen ratkaisutilanteeseen soveltuvasta tulkinta- ja ratkaisuperusteesta, ja
- (e) niitä ei ole välttämätöntä palauttaa niiden taustalla vaikuttavien tai ainakin säättämishetkellä vaikuttaneiden yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden yhteyteen niiden oikeudellisen validiteetin ja tulkinnallisen merkitysisällön määrittämiseksi.

Oikeussäännön oikeudellinen ratkaisuarvo on *tyyppitapauksellisesti* yleistettävissä myös muihin oikeudellisessa katsannossa riittävän samanlaisiin tapauksiin.

Oikeusteoria

Oikeusteoria on osa oikeusfilosofiaa. Oikeusfilosofia termin suppeassa merkityksessä, jolloin analyttinen oikeusteoria on erotettu siitä erilleen, tarkastelee oikeutta mannereurooppalaisen filosofian erilaisten suuntausten, kuten oikeusfenomenologian, oikeudellisen hermeneutiikan, luonnonoikeusfilosofian, eksistentiaalistisen oikeusfilosofian tai marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian avulla. Oikeusteoria soveltaa Englannissa, Puolassa ja pohjoismaissa perinteisesti vaikuttaneen ja yhä vaikuttavan analyttisen ja lingvistisen filosofian, deonttisen eli normilogiikan, yleisen tieteenteorian eli tieteenfilosofian, filosofisen pragmatismiin, amerikkalaisen ja skandinaavisen oikeusrealismiin sekä Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -liikkeen tavoin ymmärretyin metodisen dekonstruktion perusteellisia ideoita oikeuteen ja oikeustieteeseen.

Oikeusteorian tiedonintressinä ja tutkimuskohteena on ollut esimerkiksi oikeudellisen kielen ja oikeudellisen argumentaation teoria eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleiset rationaalisuus- ja hyväksyttävyysehdot (= *analyttis-lingvistinen oikeusteoria*), oikeustieteen tieteenkuvan määreet ja oikeustieteen tutkijan itseymmärryksen osatekijät (= *oikeustieteen tieteenteoria*), erilaiset deonttisen eli normilogiikan järjestelmät (= *oikeus-* eli *normilogiikka*), oikeuden tutkiminen yhteiskunnallisena tosiasiana eli tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä toteutuneiden ja myös toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten (engl.: *law in action*) lainsäätäjän alkuperäisten tavoitteiden tai oikeusoppineiden kokonaisuutena 'glossaaman' oikeuden (engl.: *law in books*) sijaan (= *analyttinen oikeusrealismi*), tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisutoiminnan selittäminen yhteiskunnalliseksi vallankäytöksi sekä sen tarkastelu ihmis- ja yhteiskuntatieteistä lainattujen menetelmien avulla (= *filosofinen pragmatismi, amerikkalainen oikeusrealismi*) tai oikeuden palauttaminen tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten yhteiskunnalliseksi vallankäytöksi samoin kuin oikeutta jäsentävien käsitteellisten dikotomioiden sisäisen epävakauden osoittaminen ja niiden välillä vallitsevien piilevien hierarkiasuhteiden purkaminen (= *Critical Legal Studies* -suuntaus).

Oikeustiede

Oikeustiede on usean eri tieteenalan kokonaisuus, jota (vain) tutkimuskohteen edellytetty oikeudellisuus eli vähintään heikko liittymä oikeuden institutionaaliseen perustaan yhdistää. Oikeustieteen täsmällisemmin määriteltynä tutkimuskohteena voi olla:

- (a) *voimassa olevan oikeuden* eli oikeudellisen tulkintalauseen edellyttämien ja institutionaalisen tulkintaideologian rajaamien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden eli institutionaalisiiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden oikeudellinen *validiteetti* ja tietyhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö* (= oikeustiede tulkintatieteenä eli oikeuden tulkintatieteellinen analyysi, mukaan lukien lainoppi),
- (b) oikeutta määrittävät tai oikeudellisesti merkitykselliset *mentaalitajunnalliset rakenteet ja prosessit* sekä yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan lainalaisuudet* (= oikeustiede ihmistieteenä eli oikeuden ihmistieteellinen analyysi),
- (c) oikeuden *yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet* (= oikeustiede kulttuuritieteenä eli oikeuden kulttuuritieteellinen analyysi),
- (d) oikeuden *yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet* (= oikeustiede yhteiskuntatieteenä eli oikeuden yhteiskuntatieteellinen analyysi), tai
- (e) oikeuden *määritelmälliset*, käsitteelliset tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset *ominaisuudet* (= oikeustiede oikeusfilosofiana eli oikeuden filosofinen analyysi).

Myös tiedonintressiltään ja tutkimusmetodiltaan oikeustieteen eri tutkimusalat eroavat merkittävästi toisistaan. (Olen käsitellyt oikeustieteen tieteenteoriaa laaja-alaisesti aiemmassa teoksessani *Oikeustieteen tieteenteoria*.)

Oikeusvaltioperiaate

Oikeusvaltioperiaate on vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähdeopin taustalla vaikuttava keskeinen *institutionaalinen oikeuttamisperuste*, joka käsittelee lainsäädännön ja monimuotoisen virallisen lainvalmisteluaineiston velvoittavuuden perustelevan parlamentaarisen demokratiaperiaatteen, prejudikaattien sekä muun tuomioistuini- ja viranomaiskäytännön velvoittavuuden perustelevan oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja perustellun luottamuksen suojan periaatteen sekä sopimusoikeuden ja osin tavanomaisen oikeuden velvoittavuuden perustelevan oikeussubjektien tahdonautonomian ja perustellun luottamuksen suojan periaatteen.

Oikeusvaltioperiaate edellyttää, että tuomari noudattaa oikeudellisessa ratkaisuharkinnassaan: (a) lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen eli *parlamentaarisen demokratiaperiaatteen* perusteella voimassa olevaa perustuslakia ja sen nojalla voimaansaattettua muuta lainsäädäntöä sekä, tätä heikommassa merkityksessä, virallista lainvalmisteluaineistoa,¹⁰ (b) *oikeudellisen yhdenvertaisuus-*

¹⁰ Eduskunnan valiokunnan mietinnön perustelut katsotaan eduskunnan työjärjestyksen 64 §:n (17.12.1999/40) mukaan hyväksytyiksi, jollei eduskunta toisin päättä, mikä oikeuttaa niiden rinnastamisen tältä osin tietyin varauksin itse säädöstekstiin.

den ja *perustellun luottamuksen suojan* perusteella kansallisten tuomioistuinten antamia prejudikaatteja, muuta vakiintunutta oikeuskäytäntöä ja oikeudenkäyttöä yhtenäistäviä muita viranomaispäätöksiä, kuten ylimpien laillisuusvalvojen antamia ja oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevia ratkaisuja, samoin kuin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmeneviä yleisiä oikeusohjeita sekä riittävän yhtenäistä ja vakiintunutta yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä ja (c) oikeussubjektien *tahdonautonomian* ja *perustellun luottamuksen suojan* perusteella näiden oikeudellisen määräämisvaltansa rajoissa laatimia yksityisoikeudellisia sopimuksia sekä tavanomaisoikeudellisesti vakiintuneita yhteisöllisiä sopimus- ja muita vastuunjakokäytäntöjä.

Oikeusvaltioperiaatteen merkitys tuomarin oikeudellisessa päätöksenteossa on johdettavissa suomalaisen yhteiskunnan *institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta* eli oikeudellisesti merkityksellisistä yhteiskunnallisista käytännöistä, jotka määrittävät oikeudellisesti toimivaltaisten yhteiskunnallisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten sekä oikeustoimikelpoisten yksittäisten oikeussubjektien, keskinäiset oikeudelliset toimivalta- ja vastuusuhteet sekä oikeudenmukaiset niukkojen aineellisten resurssien jakoperusteet yhteiskunnassa. Oikeusvaltioperiaate voidaan tulkita myös *institutionaalisen tulkintaideologian* eli vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen perusteleman institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen yhteisnimitykseksi.

Perusnormi

Perusnormi on itävaltalaisen Hans Kelsenin (1881–1973) *Puhtaan oikeusopin* mukaan kaiken voimassa olevaa oikeutta koskevan tiedon välttämätön ajatuksellinen edellytys eli *transsendentaalis-looginen* ennakkoehto. Jotta positiivisen oikeuden velvoittavuus tuomarin ratkaisuharkinnassa voitaisiin perustella ilman, että joudutaan turvautumaan oikeuden ulkopuolisiin uskonnollisiin, moraalifilosofiisiin, luonnonoikeudellisiin, taloudellisiin, sosiologisiin, poliittisiin tai mihin tahansa muihin 'ei-oikeudellisiin' perusteisiin, on Kelsenin mukaan edellytettävä transsendentaalis-looginen perusnormi (saks.: *Grundnorm*), joka takaa voimassa olevan perustuslain (tai oikeammin: historiallisesti varhaisimman perustuslain ja sen nojalla säädettyjen myöhempien perustuslakien) ja sen nojalla säädettyjen alemman asteisten säädösten oikeudellisen velvoittavuuden, rajaten voimassa olevan oikeuden samalla erilleen kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi uskonnon, yhteiskuntamoraalin tai tapaketin käsittämien arvojen ja normien merkityksessä.

Perustelemisen teoria

Oikeudellisen perustelemisen teoria eli oikeudellinen justifikaatioteoria tarkoittaa yleistettyä teoriaa siitä, miten tuomarin tai muun lainsoveltajan tekemä oikeudellinen ratkaisu tai lainopin tutkijan tuottama oikeudellinen tulkintalause on osoitettavissa oikeudellisesti hyväksyttäväksi ja perustelluksi suhteessa formaalin, institutionaalisen tai aineellisen tulkintaideologian tai, täsmentyneemmin, jonkin oikeudellisen tulkintaideologian alaan kuuluvan tulkintamallin,

kuten oikeudellisen koherenssiteorian, analyttisen oikeusrealismin, oikeudellisen eksegeesin tai oikeudellisen konventionalismin, vakioimaan oikeudelliseen (validiteetti- ja) tulkintakriteeriin.

Pragmatiikka

Lingvistinen *pragmatiikka* tarkastelee kielellisten ilmausten tosiasiallista käyttöä määrättyssä yhteisöllisessä puhetilanteessa eli kielen yhteisöllisiä ja puhujakohtaisia ominaisuuksia. Esimerkiksi Ludwig Wittgensteinin (postuumisti julkaistun) *Filosofisia tutkimuksia* -teoksen kielifilosofia rakentuu keskeisin osin lingvistisen pragmatiikan varaan, jolloin kielellisten ilmausten merkitys on yhtä kuin niiden käyttö määrättyssä yhteisöllisessä puhetilanteessa. Wittgenstein otti myös käyttöön termin *kielipeli* (engl.: *language-game*), viitaten kielen erilaisiin sosiaalisiin käyttötapoihin esimerkiksi arvoitusten esittämisen, sotilaskäskyjen antamisen, papin sunnuntaisaarnan pitämisen, lakien säätämisen tai tuomioistuinratkaisun antamisen merkityksessä. John L. Austinin ja John Searlen kehittämä puhetekojen teoria (engl.: *speech-act theory*) samoin kuin sen varaan rakentuva Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalinen oikeuspositivismi edustavat samoin lingvististä pragmatiikkaa.

Pragmatiikka tulee erottaa muista kielentutkimuksen osaloista eli yhtäältä *syntaksista*, joka tarkoittaa kielen (loogista) kielioppia eli kielellisten merkien ja ilmausten keskinäisiä suhteita joko formaalin (eli loogisen) tai deskriptiivisen (eli empiirisen) syntaksin merkityksessä, ja toisaalta *semantiikasta*, joka tutkii kielellisten ilmausten merkityso pillista konstituutiota esimerkiksi kielellisen ilmauksen semanttisen (kohde)referenssin ja merkityksen (= Frege) tai semanttisen ekstension ja intension (= Carnap) tarkoittamalla tavalla.

Pragmatismi

Pragmatismi eli pragmatistinen filosofia syntyi Yhdysvalloissa 1800-luvun jälkipuoliskolla Charles S. Peircen (1839–1914), William Jamesin (1842–1910) ja John Deweyn (1859–1952) keskeiskirjoitusten myötä. Neljäs keskeinen pragmatisti oli Georg Herbert Mead (1863–1931). Amerikkalaistuomari ja amerikkalaisen oikeusrealismin varhainen tienraivaaja Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841–1935) kuuluu myös itseoikeutetusti pragmatistisen filosofian perustajien ja kehittäjien joukkoon. Pragmatismi korostaa tieteellisen tiedon yhtä hyvin kuin erilaisten arkitodellisuutta jäsentävien uskomusten tai arvoarvostelmien käytännön *toimivuutta*, *hyödyllisyyttä*, *tehokkuutta* sekä empiiristä *koeteltavuutta* eli *todennettavuutta* tai *kumottavuutta* perinteisen filosofian 'metafyysisten' uskomusten tai idealististen opinkappaleiden sijaan. Keskeistä on käsityksen tai uskomuksen koeteltu toimivuus ja hyödyllisyys käytännön inhimillisen toiminnan perustana. William James luonnehti pragmatistista käsitystä totuudesta seuraavasti:¹¹

¹¹ James, "Pragmatism's Conception of Truth", s. 142 (kursivoinnit alkutekstissä, käännös allekirjoittaneen).

”Pragmatismi puolestaan esittää sille ominaisen kysymyksen: ’Olettaen, että jokin käsitys tai uskomus on tosi’, se toteaa, ’mitä konkreettisia vaikutuksia sen totuus saa aikaan kenen tahansa käytännön elämässä? Miten sen totuus on pantavissa täytäntöön? Mitkä käytännön kokemukset tulevat poikkeamaan niistä, jotka toteutuisivat, jos tuo uskomus olisikin virheellinen? Lyhyesti sanottuna, mikä on totuuden hyötyarvo (engl.: *cash value*) empiirisinä kokemuksina mitattuna?’ – Samalla kun pragmatismi esittää tuon kysymyksen, se oivaltaa myös vastauksen siihen. *Todet uskomukset ovat todennettavissa, koeteltavissa ja verifioitavissa. Virheelliset uskomukset eivät sitä ole.* Tämä on tosien uskomusten käytännön merkitys, sillä se on kaikki, mitä totuus voi meille tarkoittaa.”

Filosofisen pragmatismien asettamat kriteerit soveltuvat myös erilaisten käytännöllisen järjen alaan kuuluvien arvoarvostelmien, kuten moraalifilosofian, taide-estetiikan tai oikeustieteen tuottamien väite- ja perustelulauseiden arvioimiseen, oli sitten kyse vaikkapa hyvän, oikean ja oikeudenmukaisen (= moraalifilosofia), kauniin tai muutoin esteettisesti vaikuttavan (= estetiikka) tai oikeudellisesti hyväksyttävän, oikean ja kohtuullisen (= oikeustiede) arviointikriteereistä.

Prejudikaatti-ideologia

Tuomarin prejudikaatti-ideologia on se osa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti ja tavallisesti enemmän tai vähemmän yhdenmukaisella tavalla sisäistämää *tuomarinideologiaa* eli institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähteopin sekä oikeudellisen tulkintaopin säännöistä (ja periaatteista) koostuvaa oikeudellista ratkaisuideologiaa, jonka avulla nämä kykenevät erottamaan yksittäisen ennakkoratkaisun sisältämän varsinaisen *prejudikaattinormin* (lat.: *ratio decidendi*) eli myöhemmän lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovan, velvoittavan tai ohjaavan osion sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) sanotussa ennakkoratkaisussa. (Olen tarkastellut tuomarin prejudikaatti-ideologiaa laaja-alaisesti väitöskirjassani *A Theory of Precedent* muun muassa H.L.A. Hartin, Alf Rossin ja Jerzy Wróblewskin analytyttistä oikeusteoriaa vasten.)

Punninta ja keskinäinen tasapainottaminen (engl.: *weighing and balancing*)

Oikeudellinen *punninta* ja keskinäinen *tasapainottaminen* (engl.: *weighing and balancing*) tarkoittaa menettelyä, jossa määritetään oikeuden institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan kiinnittyvien eli oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja niihin rinnastuvien oikeudellisten ratkaisustandardien oikeudellinen *ratkaisuarvo* tarkasteltavana olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa oikeudellisessa merkitys- ja perustelukontekstissa. Tällöin tulee arvioida kunkin ratkaistavana olevan tapauksen kannalta merkityksellisen oikeusperiaatteen ja sen yhteiskunnallisten tausta-arvojen ja -tavoitteiden suhde sekä käsillä olevaan yksittäiseen oikeustositseikastoon että toisiin oikeusperiaatteisiin ja niiden vastaaviin tausta-arvoihin ja -tavoitteisiin. Oikeusperiaatteiden punninnan loppu-

tulos eli yksittäisen oikeusperiaatteen oikeudellinen ratkaisuarvo ei ole kuin rajoitetusti yleistettävissä koskemaan myös muita oikeudellisessa katsannossa riittävän samanlaisia tapauksia. Jos senkaltaisen yleistys kuitenkin tehdään, kyseinen oikeusperiaate saa ainakin rajoitetusti *sääntöformaaleja* ominaisuuksia eli noudattaa sanotuina osin oikeussääntöjen kaltaista, tyyppitapauksellista oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa.

Rakenteellinen aksiologia

Oikeuden *rakenteellinen aksiologia* tarkoittaa lainsäätäjän ja tuomioistuinten yksilöitävissä oleviin institutionaalisiin päätöksiin perustuvien *oikeussääntöjen*, vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien *oikeusperiaatteiden* ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien sekä tuomarin tai muun oikeudellisen päätöksentekijän subjektiivisidonnaisten yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden muodostamaa kokonaisuutta, niiden keskinäisiä suhteita ja muutosdynamiiikkaa, jota voi tarkastella yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden *oikeudellistumisen* ja *formalisoitumisen* sekä, käänteisesti, *materiaalistumisen* ja *dejuridisoitumisen* avulla. Rakenteellisen aksiologian näkökulma oikeuteen ja oikeudelliseen tulkintalauseeseen painottaa oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa suhteessa voimassa olevan oikeuden sääntöihin ja periaatteisiin. Oikeuden *sisäinen* aksiologia viittaa oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden käsittämiin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, kun taas oikeuden *ulkoinen* aksiologia viittaa yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, jotka eivät saa oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää oikeudellisesti merkityksellisistä yhteiskunnallisista käytännöistä.

Rakenteistuminen, ks. Oikeudellistuminen

Ratkaisuarvo, ks. Oikeudellinen ratkaisuarvo

Ratio decidendi

Ratio decidendi eli prejudikaattinormi (amer. engl.: *holding*) on se osa prejudikaattituomioistuimen antamaa yksittäistä prejudikaattia eli ennakkoratkaisua, jolla on oikeudellista *ratkaisuarvoa* eli myöhemmän tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa (eriateisesti) sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus, erotettuna prejudikaattinormin ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*; amer. engl.: *dicta*) sanotussa ratkaisussa.

Semantiikka

Semantiikka on tieteenala, joka tutkii kielellisten ilmausten eli termien (eli predikaattien ja yksilötermien) ja lauseiden *merkitysopillista konstituutiota* esimerkiksi Gottlob Fregen tarkoittamalla tavalla semanttisen (*kohde*)referenssin (saks.: *Bedeutung*; engl.: *reference*; lat.: *nominatum*) ja *mielen* eli merkityksen

eli *merkityssisällön* (saks.: *Sinn*; engl.: *sense*) avulla tai Rudolf Carnapin tarkoittamalla tavalla *ekstension ja intension menetelmän* (engl.: *the method of extension and intension*) avulla.

Semanttinen referenssi, ks. Ekstensio ja intensio

Sitoutunut lainopin tulkintaideologia

Institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutunut* (engl.: *committed*) lainopin tulkintaideologia hyväksyy vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden tietynlaisen yhdistelmän vakioiman oikeudellisen *validiteetti- ja tulkintakriteerin*, jota institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet sekä oikeusyhteisössä hyväksytty oikeudelliset päättelymallit eri tavoin painottaen toteuttavat, oikeudellisten tulkintalauseiden arviointikriteeriksi. Institutionaalinen tulkintaideologia koostuu (a) lainsäädännön ja lainvalmisteluaineiston ilmentämän *lainsäädäntöideologian*, (b) prejudikaattien, muun vakiintuneen tuomioistuinikäytännön ja muiden oikeudenkäyttöä yhtenäistävien viranomaispäätösten, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön ilmentämän kollektiivisen *tuomarinideologian*, (c) tavanomaisen oikeuden, vakiintuneiden sopimusoikeudellisten vastuunjakokäytäntöjen, välitystuomioistuinten ratkaisuksista ja niiden perusteluista ilmenevien oikeusohjeiden, juristikunnan oikeudenalakohteisesti eriytyneiden ammatillisten käytäntöjen ja oikeudellisen ammattietiikan sekä vastaavien oikeudellisten konventioiden ilmentämän *yhteisöllisen oikeuskäsityksen* tai (d) näiden kolmen tietynlaisen yhdistelmän muodostamasta kokonaisuudesta.

Institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen lainopin tulkintaideologian vaihtoehtona on siitä kriittisesti *irtautunut* (engl.: *detached*) tulkintaideologia, joka pyrkii toteuttamaan muunlaisia kuin oikeuden vallitsevaan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneita yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin hyväksymien yhteiskuntaideologisten preferenssien, kuten marxilaisen tai feministisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen, mukaisesti.

Superargumentti ja supermatriisi

Oikeudellinen *superargumentti* on *ylivertainen* oikeudellinen tulkinta- ja ratkaisuperuste, jonka oikeudellinen ratkaisuarvo on riittävä myös vaikean ja tulkinnanvaraisen oikeudellisen ongelman (engl.: *hard case*) ratkaisemiseksi. Kyse on toisin sanoen eri tavoin määriteltävissä olevaa yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta ylivertaisella tavalla ilmentävistä argumenteista eli, Ronald Dworkinin termin, oikeudellisista *valttikorteista* (engl.: *trumps*), jollaisia yksilöiden tai ryhmien oikeuksia ilmentävät oikeusperiaatteet (engl.: *arguments of principle*) hänen mukaansa ovat suhteessa erilaisiin kollektiivisiin yhteiskunnallisiin tavoite- eli tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin (engl.: *arguments of policy*). Oikeudellinen *supermatriisi* on vastaavasti ylivertainen oikeudellinen tulkintakehys, joka kykenee määrittämään myös vaikean oikeudellisen

ongelman tulkinnalliset reunaehdot ja oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet muut mahdolliset oikeudelliset tulkintakehykset ja niiden käsittämät oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet syrjäyttävällä ja poissulkevalla tavalla.

Suvereniteettiperiaate

Parlamentaariselle demokratiaperiaatteelle vastakkainen ja eräänlaisen residuaali- eli jäännösperiaatteen tavoin toimiva *suvereniteettiperiaate* oikeuslähteopin institutionaalisena oikeuttamisperusteena painottaa oikeudellisen ja taloudellishallinnollisen määräämisvallan itseisarvoisuutta, jota ei ole tarpeen tai ainakaan mahdollista palauttaa institutionaalisen demokratiaperiaatteen mukaiseen parlamentaariseen tahdonmuodostukseen tai muulla tavoin ilmaistuun yhteisölliseen hyväksyntään. Suvereniteettiperiaate täydentää demokratiaperiaatetta etenkin Euroopan unionin oikeudessa, jonka lainsäädäntöä ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuksista ilmeneviä yleisiä oikeusohjeita institutionaalinen *demokratiavaje* osin yhä rasittaa, mutta sen ilmentymiä on myös muunlaisessa hallinnollisessa sääntelyssä, jota ei ole mahdollista palauttaa sen kohderyhmänä olevien oikeussubjektien tosiasialliseen tai välilliseen eli edustukselliseen hyväksyntään. Euroopan unionin toimesta hyväksytty EU:n perustuslaillinen sopimus ja siihen liittyvä EU:n perusoikeuskirja, jos ne myös kansallisesti hyväksytään ja saatetaan EU:n tasolla voimaan, vähentävät Euroopan unionin päätöksentekojärjestelmän institutionaalista demokratiavajetta vahventaessaan Euroopan parlamentin suhteellista asemaa unionin päätöksentekojärjestelmässä. Toisaalta kysymys parlamentaarisen demokratiaperiaatteen toteutumisesta Euroopan unionin parlamentissa ei esimerkiksi Suomen kansallisesta näkökulmasta arvioituna ole ongelmaton, kun Suomen edustajia on vain 14 yhteensä 732:sta ja sen vuoksi muut kuin suomalais-kansalliset intressit ovat EU:n parlamentin päätöksenteossa tavallisesti määrävässä asemassa.

Syntaksi

Syntaksi tarkoittaa kielen (*loogista*) *kielioppia* eli merkkien (= aakkosten) ja ilmausten (= sanojen t. lauseiden) keskinäisiä suhteita sekä kyseisten suhteiden tutkimusta. Syntaksi voi olla *formaali* eli *looginen*, jolloin kyse on ideaalisen kieliopin säännöistä, tai *deskriptiivinen* eli *empiirinen*, jolloin kyse on tosiasiallisesti toteutuneen kieliopin säännöistä.

Systematisointi

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja niihin rinnastuvien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäisten suhteiden määrittämistä omaksutun *oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan* (eli oikeudellisten sääntely- ja ratkaisumallien) avulla formaalien konfliktinratkaisunormien ja oikeudellisten *pääsääntö/poikkeussääntö* -luokitusten vahvistamisen merkityksessä. Analogisesti oikeudellisen systematisoinnin alaan voi lukea myös oikeusperiaatteiden ja vastaavien, oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisustandardien keskinäisen yhteensovittamisen

oikeudenalakohtaisten *johtava/väistyvä oikeusperiaate* ja *vallitseva/väistyvä prejudikaattinormi* -luokitusten mukaisen heikon systeemisen etusijajärjestyksen vahvistamisen merkityksessä.

Oikeudellinen *sääntelylogiikka* ja *sääntelymalli* (tai *-mallit*) viittaa lainsäätäjän yleisellä tasolla tekemiin oikeussysteemiin valintoihin, ja oikeudellinen *ratkaisulogiikka* ja *ratkaisumalli* (tai *-mallit*) viittaa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemiin vastaaviin valintoihin. Oikeudellinen *sääntely- ja ratkaisulogiikka* on yhteisnimitys lainsäätäjän ja tuomioistuinten hyväksymien oikeudellisten sääntely- ja ratkaisumallien kokonaisuudelle, jonka avulla *sääntö – sääntö, periaate – periaate* ja *sääntö – periaate* -tyyppiset normikollisiot ovat ratkaistavissa.

Oikeudellinen systematiikka on *staattinen*, jos institutionaalisten ja yhteisölisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäiset suhteet ovat ennalta vakioitavissa formaalien konfliktinratkaisunormien sekä oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden tai vastaavien systeemisten elementtien avulla. Staattinen systematiikka viittaa toisin sanoen oikeussääntöjen ja niihin rinnastuvien *sääntö-formaalien* eli *tyyppitapauksellisesti* yleistettävissä olevien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäisiin suhteisiin. Oikeudellinen systematiikka on *dynaaminen*, jos institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden keskinäiset suhteet eivät ole ennalta tai edes jälkikäteen vakioitavissa ja yleistettävissä formaalien konfliktinratkaisunormien sekä oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden tai vastaavien systeemisten elementtien avulla. Dynaaminen systematiikka viittaa toisin sanoen oikeusperiaatteiden ja muiden enintään heikosti yleistettävissä olevien eli *tilannesidonnaisten* oikeudellisten ratkaisustandardien keskinäiseen yhteensovittamiseen.

Tyyppitapauksellisiin oikeussääntöihin sovellettavaa oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa voi havainnollistaa Juha Pöyhösen ehdottamien oikeudellisten *peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden* avulla. Oikeudelliset peruskäsitteet, dogmit ja konstruktiot ovat oikeudellisen systeeminrakennuksen kiintopisteitä, joiden avulla lukitaan oikeudelliset pääsääntö/poikkeussääntö -luokitukset. Oikeusperiaatteiden ja muiden tilannesidonnaisten ratkaisustandardien osalta sanotunlainen oikeudellinen sääntely- ja ratkaisumalli, jota formaalit konfliktinratkaisunormit osaltaan täydentävät, tulee korvata mallilla, jonka osatekijöinä ovat: (a) *sisällölliset punnintanormit*, jotka vastaavat sääntösidonnaisen systeemiajattelun formaaleja konfliktinratkaisunormeja, (b) *yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet*, jotka ovat riittävällä tavalla *oikeudellistuneet* eli kiinnittyneet oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan ja jotka vastaavat sääntösidonnaisen systeemiajattelun oikeudellisia peruskäsitteitä, (c) *yhteiskunnallinen ja oikeudellinen arvoteoria*, joka määrittää oikeusperiaatteiden tilannesidonnaista punnintamenettelyä ja joka vastaa sääntösidonnaisen systeemiajattelun oikeudellisia dogmeja ja konstruktioita.

Prejudikaattiperustaisen oikeuden osalta oikeudellisen systeeminrakennuksen osaelementteinä ovat: (a) *prejudikaattioikeudelliset konfliktinratkaisunormit*, jotka vastaavat yleisiä oikeudellisia konfliktinratkaisunormeja, (b) *ratio decidendi/obiter dicta* -erottelu, jonka avulla varsinainen prejudikaattinormi on erotettavissa sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista ja joka vastaa sääntösidonnaisen systeemiajattelun oikeudellisia peruskäsitteitä, ja (c) *prejudikaatti-*

ideologian systeemistä eheyttä ylläpitävät määreet, kuten Dworkinin ajatus parhaasta mahdollisesta oikeudellisesta kokonaisteoriasta ja oikeudellisesta eheydestä oikeuden systeemisestä kehiksenä, heikommin systeeminen idea prejudikaatin konstitutiivisiin normi- tai faktapremisseihin takautuvasta päätte-lystä oikeudellisen eksegeesin tarkoittamalla tavalla, ajatus prejudikaateista suhteessa heikommin velvoittavina yksittäistapauksellisinä malliratkaisuinä *oikeudellisen analogian* ja *distinktiotekniikan* (engl.: *distinguishing*) osin enna-koimattoman keskinäisen vuorottelun merkityksessä sekä lainsäädäntöön rin-nastuva prejudikaatti-ideologia, jonka systeemiset kvaliteetit ovat varsin vähäi-set, ja jotka prejudikaatti-ideologian systeemistä eheyttä ylläpitävät osatekijät siis vastaavat sääntösidonnaisen systeemiajattelun oikeudellisia dogmeja ja konstruktioita.

Kootusti oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa vallitsevan *oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan* toteuttamista eli: (a) voimassa olevien oikeus-sääntöjen, (b) enintään heikosti systeemisesti jäsenyteniden oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien sekä (c) prejudikaattinor-mien keskinäisten suhteiden määrittämistä suhteessa vakioituun systeemiseen kiintopisteeseen, jonka avulla on ratkaistavissa se, mikä on määrättyssä oikeu-dellisessa tulkintatilanteessa noudatettava oikeudellinen *pääsääntö* ja mikä tai mitkä siihen nähden oikeudellisia *poikkeussääntöjä* (= kohta a), mikä on jonkin oikeudenalan *johtava oikeusperiaate* ja mikä tai mitkä siihen nähden tavallises-ti *väistyviä oikeusperiaatteita* arvosidonnaisten oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien eriaasteisen, enintään heikosti systeemisen jäsennyksen mukaisesti (= kohta b eli oikeusperiaatteiden keskinäinen tasapai-nottaminen, engl.: *balancing*) sekä mikä on prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisesti *vallitseva prejudikaattinormi* ja mikä tai mitkä siihen nähden tavallisesti *väistyviä prejudikaattinormeja* omaksutun prejudikaatti-ideologian erilaisten systeemisten määreiden mukaisesti (= kohta c). Oikeudellisessa sys-tematisoinnissa omaksutulla oikeudellisella *sääntely- ja ratkaisulogiikalla* eli oikeudellisten sääntely- ja ratkaisumallien kokonaisuudella on siis ratkaiseva merkitys.

Sääntely- ja ratkaisulogiikka

Oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka on yhtäältä lainsäätäjän ja toisaalta tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien hyväksymien oikeudellisten *sääntely- ja ratkaisumallien* kokonaisuus, joiden avulla institutionaalisten oikeussääntöjen ja yhteisöllisten oikeusperiaatteiden keskinäiset suhteet ovat määritettävissä (a) sääntö – sääntö, (b) periaate – periaate ja (c) sääntö – periaate -merkityksessä. Oikeudellinen *sääntelylogiikka* ja *sääntelymalli* (tai -mallit) viittaa lainsäätäjän tekemiin oikeussysteemiin valintoihin, ja oikeudellinen *ratkaisulogiikka* ja *ratkaisumalli* (tai -mallit) viittaa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viran-omaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien vastaaviin valintoihin.

Oikeudellinen sääntely- ja ratkaisumalli on se osa yleistä oikeudellista tul-kintakehystä, joka ohjaa oikeudellista systematisointia eli joka määrittää oikeus-sääntöjen ja niihin rinnastuvien, vähintään heikosti sääntöformaalien oikeudel-listen ratkaisuperusteiden keskinäiset etusijasuhdet *pääsääntö/poikkeussääntö* -luokitusten merkityksessä. Analogisesti voi puhua myös oikeusperiaatteiden ja

muiden varsinaisia oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisustandardien sekä prejudikaattinormien keskinäisestä yhteensovittamisesta eli systematisoinnista termin heikossa merkityksessä, jolloin sovellettava oikeudellinen (sääntely- ja) ratkaisumalli määrittää sen, mikä on tavallisesti *johtava/väistyyvä oikeusperiaate* ja mikä on tavallisesti *vallitseva/väistyyvä prejudikaattinormi*. Prejudikaattiperustaisen oikeuden yhteydessä on tavallista puhua *prejudikaatti-ideologiasta* ja sopimusperustaisen oikeuden yhteydessä *sopimusmallista* yleisen oikeudellisen sääntely- ja ratkaisumallin tai -logiikan sijaan.

Tekninen normi

Tekninen normi on toimintaohje, joka ei perusta kohteelleen eli normiadressaatille minkäänlaista varsinaista toimintavelvollisuutta vaan ainoastaan määrittää, miten pitää menetellä, *jos* tahtoo saada aikaan jonkin seurauksen esimerkiksi tietynlaisen oikeusvaikutuksen merkityksessä. Esimerkiksi: jos tahdot laatia pätevän testamentin, niin sinun tulee tehdä se voimassa olevan perintökaaren edellyttämällä tavalla eli hankkia samanaikaisesti paikalle kaksi esteetöntä todistajaa, varmistua siitä, että he tietävät, että kyse on testamentista, pyytää heidän allekirjoituksensa testamenttiasiakirjaan, ja niin edelleen. Ainoa oikeudellinen 'sanktio', joka senkaltaisen toimintaohjeen rikkomiseen on liitetty, on tarkoitettun kuolemanvaraisen oikeustoimen pätemättömyys eli siihen liitettyjen oikeusvaikutusten raukeaminen.

Tiedonarkeologia

Ihmistieteiden *tiedonarkeologia* on ranskalaisfilosofi Michel Foucault'n (1926–1984) perustama ihmis- ja yhteiskuntatieteiden tutkimusohjelma. Sen tavoitteena oli määrittää vallitsevan länsimaisen *tietomuodon* (ransk.: *épistémè*) eli *historiallisen a priorin* osatekijät eli toisin sanoen se, mikä liittyy kielen 'sanat' ja maailman 'asiat' toisiinsa. Foucault'n teoreettinen lähtökohta oli Kantin puhtaan järjen kritiikin mukainen, mutta ranskalaisfilosofi määritteli tietomuodon määreet esikuvastaan poiketen tavalla, joka sallii myös maailmankuvan äkilliset murrokset eli taitekohdat (ransk.: *rupture*), jolloin 'sanojen' ja 'asioiden' keskinäiset suhteet äkisti muuttuvat. Foucault käsitteli teemaa kahdessa kirjassaan *Les Mots et les choses. Une Archéologie des sciences humaines* (1966) ja *L'Archéologie du savoir* (1969). 1970-luvulla Foucault'n mielenkiinto siirtyi vallankäytön genealogiaan eli vankilan ja muiden kurinpitolaitosten toteuttaman normalisoivan biovallan sekä tähän liittyen, erilaisten ihmis- ja yhteiskuntatieteiden, kuten psykiatrian, kriminologian ja väestötieteen, synnyn selvittämiseen.

Oma kirjani *Oikeustieteen tieteenteoria* (2003) rakentuu vahvasti Foucault'n ihmistieteiden tiedonarkeologian tutkimuksellisten premissien varaan. Tavoitteenani oli määrittää vallitsevan oikeudellisen tietomuodon osatekijät oikeuden *äärellisyyden analytiikan* (eli oikeudellisten ilmiöiden tieto-opillisen *kohteellistamisen* ja loogis-lingvistisen *käsitteellistämisen*), oikeuden *institutionaalisen ja yhteisöllisen eksistenssin* sekä oikeudellisen metodiopin käsittämien *oikeudellisten päättelymallien* merkityksessä.

Tieteellinen metodi ja metodologia

Tieteellinen *metodi* on määritelmäni mukaan niiden metatason päättelysääntöjen kokonaisuus, joiden avulla on mahdollista toteuttaa ajallisesti kertautuva ja tutkimuksellista varianssia tuottava siirtymä tutkijan ainutkertaisesta ja yksilöllisestä *oivaltamisen logiikasta* (engl.: *logic of discovery*) yhteisösidonnaiseen, yleistettävissä ja toistettavissa olevaan *perustelemisen logiikkaan* (engl.: *logic of justification*), ja kääntäen. Tieteellisen metodin osaelementit liittyvät yhtäältä sen tuottamien tutkimustulosten innovatiivisuuteen eli tutkimuksellisen tiedonlisän (eli tieteellisten kontribuutioiden) tuottamiseen ja toisaalta tutkimustulosten julkiseen perusteltavuuteen, yleistettävyyteen, toistettavuuteen ja itsensäkorjaavuuteen. *Metodologia* on tieteenteoreettisessa katsannossa perusteltu oppi tieteellisestä metodista.

Tieteenkuva

Tieteenkuva on tieteellistä tutkimusta määrittävien *ontologisten*, *epistemologisten*, *metodologisten* ja *loogis-lingvististen* sitoumusten kokonaisuus. Lainopin yhteydessä voi käyttää myös termiä oikeudellinen *tulkintamatriisi*, viitaten lainopin *konstitutiivisten*, *oikeuslähdeopillisten*, *tulkintaopillisten* ja *semanttis-käsitteellisten* sitoumusten kokonaisuuteen.

Oikeustieteen tieteenkuva tarkoittaa oikeustiedettä ja sen tutkimuskohdetta määrittäviä tieteenteoreettisia eli tieteenfilosofisia sitoumuksia, joiden avulla tieto (esimerkiksi) oikeudesta käy (uus)kantilaisen tieteenfilosofian tarkoittamalla tavalla mahdolliseksi. Tieteenkuva on minkä tahansa tutkijakohtaista innovatiivisuutta eli tutkimuksellista generoitavuutta sekä (tiede)yhteisöllistä perusteltavuutta ja julkista kontrolloitavuutta toteuttavan tieteenalan eli yhtä hyvin luonnontieteen kuin ihmis- ja yhteiskuntatieteen edellyttämä 'tutkimuksellinen koordinaatisto' eli, Michel Foucault'n tiedonarkeologian termein, (esimerkiksi oikeudellinen) *tietomuoto* (ransk.: *épistémè*) eli *historiallinen a priori*. Sen avulla (a) oikeuden *äärellisyyden analytiikka* eli asianmukaisesti kohteellistettu ja käsitteellistetty tieto oikeudesta, (b) oikeuden *institutionaalisen ja yhteisöllisen ontologian* sitoumukset, kuten institutionaaliin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet, ja (c) oikeuden *mahdollisten maailmojen semantiikka* ja *oikeudelliset päättelymallit* eli oikeudellinen *metodologia* ja oikeudellisten *transformaatioiden logiikka* ovat määritettävissä.

Tietomuoto

Vallitseva *oikeudellinen tietomuoto* (ransk.: *épistémè*) on oikeusyhteisössä omaksuttu tulkinnallinen kehys, joka määrittää sen, miten tieto oikeudesta ja sen tulkinnallisesta merkityssisällöstä on jäsennettävissä tuon yhteisön mielekkääksi tunnistamalla tavalla. Oikeudellinen tietomuoto käsittää oikeuden *äärellisyyden analytiikan* osatekijät, jotka määrittävät tieto-opillisesti kohteellistettavissa ja kielellisesti käsitteellistettävissä olevaa tietoa oikeudesta institutionaalisen ja yhteisöllisen oikeuslähdeopin sekä oikeuden loogis-lingvististen sitoumusten mukaisesti. Toisaalta se käsittää oikeuden *institutionaalista ja yhteisöllistä eksistenssiä* määrittävät edellytetyn ontologian sitoumukset eli oikeu-

dellisen 'metafysiikan tarpeiston' esimerkiksi institutionaalsiin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden tai, täsmentyneemmin, esimerkiksi toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten tai yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden merkityksessä. Kolmanneksi oikeudellinen tietomuoto käsittää oikeuden *mahdollisten maailmojen semantiikkaa* eli ylipäätään mahdollista tulkinnallista merkityssfääriä määrittävät ja rajaavat oikeudelliset päättelymallit ja oikeudellisten *transformaatioiden logiikan*, joiden tarkoittamalla tavalla oikeuden tietynhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö* on metodiopillisesti hyväksyttävällä tavalla määritettävissä.

Oikeudellinen tietomuoto on mahdollista määritellä myös formaalin, institutionaalisen ja aineellisen *tulkintaideologian* sekä oikeuden ja oikeudellisen tulkintalauseen edellytetyn todellisuusrakenteen eli *loogisen konstituution*, *edellytetyn ontologian* ja *rakenteellisen aksiologian* avulla.

Tosi_F (eli oikeudellisen tulkintalauseen formaali totuusarvo)

Oikeudelliseen tulkintalauseeseen Q liitetty määre "tosi_F" tarkoittaa oikeudellista tulkintalauseetta, joka täyttää *formaalin* tulkintaideologian määrittämän *loogis-käsitteellisen* ja *oikeussysteemisen* validiteettikriteerin oikeudellisen tulkintaformalismin eli loogis-käsitteellisen konseptualismin tarkoittamalla tavalla, missä määreen "tosi_F" alaindeksi "F" viittaa tulkintalauseen formaaliin validiteettikriteeriin:

- (i) *oikeudellinen tulkintaformalismin*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{TULKINTAFORMALISMI} jos ja vain jos se toteuttaa *formaalin* tulkintaideologian määrittämän loogis-käsitteellisen ja oikeussysteemisen validiteettiehtdon oikeudellisen tulkintaformalismin ja loogis-käsitteellisen konseptualismin tarkoittamalla tavalla.

Tosi_L (eli oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalinen totuusarvo)

Oikeudelliseen tulkintalauseeseen Q liitetty määre "tosi_L" tarkoittaa oikeudellista tulkintalauseetta, joka täyttää *jonkin* institutionaalisen tulkintaideologian käsittämistä *oikeudellisista* eli institutionaalisista tai yhteisöllisistä validiteettikriteereistä oikeudellisen korrespondenssiteorian, oikeudellisen koherenssiteorian, oikeudellisen uusretoriikan, oikeudellisen eksegeesin, analyttisen oikeusrealismin tai oikeudellisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla, missä määreen "tosi_L" alaindeksi "L" viittaa tulkintalauseen oikeudelliseen eli institutionaaliseen tai yhteisölliseen validiteettiehtoon. Oikeudellisen tulkintalauseen määre "tosi_L" viittaa toisin sanoen vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomariniideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai niiden tietynlaisen yhdistelmän mukaiseen validiteettikriteeriin, jolloin oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalinen totuusarvo on määriteltävissä seuraavasti:

- (a) *oikeudellinen korrespondenssiteoria*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{KORRESPONDENSSI} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon oikeussäännössä asetetun ja maailmassa toteutuneen asiantilan vastaavuudesta eli isomorfia- eli kuva-suhteesta oikeudellisen korrespondenssiteorian tarkoittamalla tavalla,
- (b) *oikeudellinen koherenssiteoria*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{KOHERENSSI} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäisestä koherenssista oikeudellisen koherenssiteorian tarkoittamalla tavalla,
- (c) *oikeudellinen uusretoriikka*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{UUSRETORIikka} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon universaaliauditorion yhteisöllisestä hyväksynnästä oikeudellisen uusretoriikan tarkoittamalla tavalla,
- (d) *oikeudellinen eksegeesi*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{EKSEGEESI} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten tavoitteiden toteutumisesta oikeudellisen eksegeesin tarkoittamalla tavalla,
- (e) *analyttinen oikeusrealismi*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{OIKEUSREALISMI} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon toteutuneiden ja toteutettavissa olevien oikeusvaikutusten eli tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeuskäytännössä nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla, ja
- (f) *oikeudellinen konventionalismi*: oikeudellinen tulkintalause Q on tosi_{KONVENTIONALISMI} jos ja vain jos se toteuttaa institutionaalisen tulkintaideologian määrittämän oikeudellisen validiteettiehdon vastaavuutena vakiintuneiden institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen kanssa oikeudellisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla.

Vastaavasti oikeudellisen tulkintalauseen määre ”tosi_F” (tai ”epätosi_F”) viittaa tulkintalauseen formaaliin eli loogis-käsitteelliseen ja oikeussysteemiseen totuusarvoon formaalin tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla. Oikeudellisen tulkintalauseen määre ”tosi_Y” (tai ”epätosi_Y”) viittaa tulkintalauseen aineelliseen eli yhteiskunnalliseen arvo- tai tavoiteperustaan aineellisen tulkintaideologian tarkoittamalla tavalla.

Tosi_Y (eli oikeudellisen tulkintalauseen aineellinen totuusarvo)

Oikeudelliseen tulkintalauseeseen Q liitetty määre ”tosi_Y” tarkoittaa tulkintalauseetta, joka täyttää *aineellisen tulkintaideologian* määrittämän *yhteiskunnallisen* eli arvo- tai tavoiteperusteisen validiteettikriteerin, joka voi viitata joko ehdottomaan yhteisölliseen tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen luonnonoikeusfilosofian tarkoittamalla tavalla tai, vaihtoehtoisesti, oikeuden ennakoitavissa oleviin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin tulkintaopillisen konsektionalismin tarkoittamalla tavalla, missä määreen ”tosi_Y” alaindeksi ”Y” viittaa tulkintalauseen yhteiskunnalliseen perustaan. *Aineellisen tulkintaideologian* käsittämät totuusteoreettiset vaihtoehdot ovat:

- (g) *yhteiskunnallinen konsekventialismi*: tulkintalause Q on tosi_{KONSEKVENTIALISMI} jos ja vain jos se toteuttaa aineellisen tulkintaideologian määrittämän yhteiskunnallisen validiteettiehdon oikeuden ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten tavoiteltavuudesta tulkintaopillisen konsekventialismin tarkoittamalla tavalla, ja
- (h) *luonnonoikeusfilosofia*: tulkintalause Q on tosi_{LUONNONOIKEUSFILOSOFIA} jos ja vain jos se toteuttaa aineellisen tulkintaideologian määrittämän aksiologisen validiteettiehdon oikeuden arvoperustaisesta hyväksyttävyydestä eli yhteisöllisestä tai uskonnollisesta oikeudenmukaisuudesta luonnonoikeusfilosofiaan tarkoittamalla tavalla

Radikaali yhteiskunnallinen *kontekstualismi* pyrkii puhtaasti tilannesidonnaiseen, *ad hoc* tai *ad hominem* -perustaiseen yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen kaikista oikeudellisista tai yhteiskunnallisista metateorioista irrallaan, joten ei ole mitään yleistettävissä olevaa yhteiskunnallista, institutionaalista, yhteisöllistä tai käsitteellistä validiteettikriteeriä, jota vasten senkaltaisen tulkintalauseen validiteettia olisi mahdollista arvioida.

Totuus

Filosofinen totuus on *suhteellinen* käsite siinä merkityksessä, että yksittäisen lauseen *totuusarvo* on määriteltävissä vain suhteessa jonkin filosofisen totuusteorian asettamaan *totuus-kriteeriin* eli *truth-maker*-kriteeriin, jonka täyttyminen (tai täyttymättä jääminen) 'tekee' tarkasteltavana olevasta lauseesta toden (tai epätoden). Lauseen totuusarvon määrittäminen edellyttää sitoutumista tietynlaiseen todellisuuskuvaan eli käsitykseen kielen ja maailman keskinäisestä suhteesta eli todellisuuden *loogisesta konstituutiosta* ja *edellytetyistä ontologiasta* (sekä oikeudellisessa asiayhteydessä myös *rakenteellisesta aksiologiasta*) esimerkiksi maailman asiayhteyksien sisäisen *konstituutorakenteen* ja sitä vastaavan kielen loogisen konstituution sekä maailman ulkoisen *konfiguraatorakenteen* ja sitä vastaavien toteutuneiden tosiseikastokuvausten välillä, jotka ilmentävät kielen ja maailman välillä vallitsevaa *rakenneyhtäläistä kuvasuhdetta*, jollaiseen käsitykseen kielen ja maailman suhteesta Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teos ja tavallisesti myös totuuden korrespondenssiteoria ovat sitoutuneet. Tosin Ludwig Wittgenstein kiisti, että kielen tai maailman sisäisestä konstituutorakenteesta voitaisiin esittää mielekkäitä väitteitä.

Lingvistisen semantiikan termin ilmaistuna lauseen totuusarvo on sen *referentiaalinen* ulottuvuus eli Fregen mukaan sen semanttinen (*kohde*)referenssi (saks.: *Bedeutung*; engl.: *reference*; lat.: *nominatum*) ja Carnapin mukaan sen semanttinen *ekstensio*. Lauseen ajatussisältö on sen *propositionaalinen* ulottuvuus eli Fregen mukaan sen merkitys tai mieli (saks.: *Sinn*; engl.: *sense*) ja Carnapin mukaan sen semanttinen *intensio*. Filosofian perinteisten totuusteorioiden mukaan (väite)lauseen eli proposition, käsityksen tai uskomuksen filosofisena validiteetti- eli pätevyyskriteerinä voi olla esimerkiksi lauseen kuvaaman ja maailmassa tosiasiallisesti toteutuneen asiantilan vastaavuus eli isomorfia eli rakenneyhtäläisyys (= *totuuden korrespondenssiteoria*), tietyllä tavalla rajatun lausejoukon sisäinen koherenssi (= *totuuden koherenssiteoria*), käsityksen tai uskomuksen yhteisöllinen hyväksyntä (= *totuuden konsensusiteoria*) tai

sen hyödyllisyys ja empiirinen koeteltavuus käytännön toiminnan perustana (= *pragmatistinen totuusteoria*).

Oikeudellisen tulkintalauseen totuusarvo on määriteltävissä vain suhteessa oikeudellisen tulkintaideologian asettamaan validiteettikriteeriin, joka voi olla oikeudellinen eli institutionaalinen tai yhteisöllinen (= *institutionaalinen tulkintaideologia*), formaali eli käsite- ja syteemisidonnainen (= *formaali tulkintaideologia*) tai aineellinen eli arvo- tai tavoitesidonnainen (= *aineellinen tulkintaideologia*). Oikeudellinen tulkintalause, joka täyttää jonkin institutionaalisen tulkintaideologian vakioimista institutionaalisista tai yhteisöllisistä validiteettikriteereistä, on ”tosi_I” oikeudellisen korrespondenssiteorian, oikeudellisen koherenssiteorian, oikeudellisen uusretoriikan, oikeudellisen eksegeesin, analyyttisen oikeusrealismin tai oikeudellisen konventionalismin tarkoittamalla tavalla. Oikeudellisen tulkintalause, joka täyttää formaalin tulkintaideologian vakioiman loogis-käsitteellisen ja oikeussysteemisen validiteettikriteerin, on ”tosi_F” oikeudellisen tulkintaformalismin tarkoittamalla tavalla. Oikeudellinen tulkintalause, joka täyttää aineellisen tulkintaideologian vakioiman arvo- tai tavoitesidonnaisen validiteettikriteerin, on ”tosi_Y” luonnonoikeusfilosofian tai yhteiskunnallisen konsekventialismin tarkoittamalla tavalla.

Transformaatio

Oikeudellinen *transformaatio* tarkoittaa ei-deduktiivista mutta institutionaalisen (tai formaalin tai aineellisen) tulkintaideologian vakioiman oikeudellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin nojalla perusteltavissa olevaa ajatuksellista siirtymää eli ’loikkaa’ tai ’harppausta’ (ruots.: *språng*; engl.: *jump*) (a) institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä oikeudellisen päättelyn *normipremissiin* N, (b) maailman mahdollisten asiantilojen kokonaisuudesta oikeudellisen päättelyn *faktapremissiin* F sekä (c) sanotulla tavalla johdetun oikeudellisen normi- ja faktapremissin yhdistelmästä *oikeudelliseen tulkintalauseeseen* Q, jonka mukaan ”voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö hetkellä *t* suhteessa oikeustositseikastoon F on *q*, koska tulkintakehys T”. Aleksander Peczenikin ajatteluun perustuva oikeudellisten *transformaatioiden logiikka* käsittää keinot oikeudellisen päättelyn ajatuksellisten ’taitekohtien’ eli loogisten epäjatkuvuuskohtien ylittämiseksi tilanteessa, jossa formaali deduktiivinen logiikka saa väistyä aristotelisen (*uus*)retoriikan tai *topiikan* väljemmin määriteltyjen oikeudellisten päättelysääntöjen tieltä. Oikeudellinen uusretoriikka ja oikeudellisten *transformaatioiden logiikka* eivät ole, toisin kuin loogis-deduktiiviset syllogismit, päätelmän premissien alkuperäisen totuusarvon säilyttävää päättelyä, joten sen tuottamat tulokset eli oikeudelliset tulkintalauseet eivät nekään ole välttämättä tosia (tai epätosia) vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän uskottavia, perusteltuja, hyväksyttäviä, adekvaatteja tai enintään tosia suhteessa institutionaaliseen, formaaliin tai aineelliseen tulkintaideologiaan ja sen vakioimaan validiteetti- (ja tulkinta)kriteeriin.

Tulkinnallinen merkityssisältö, ks. Ekstensio ja intensio

Tulkinnalliset konventiot

Tulkinnalliset konventiot ovat institutionaalisen tuomarinäkökulman eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeuden tulkinnassa tavanomaisesti hyödyntämiä tulkintaopillisia kokemussääntöjä ja hyväksi havaittuja päättelymalleja, jotka toteuttavat tuomarin tai muun oikeuden soveltajan hiljaisen tekijän tiedon mukaista tiedonintressiä sekä praktista tietoa oikeuden tulkinnallisesta merkityssisällöstä. Ne muistuttavat lainopin tutkijan hyödyntämän oikeudellisen tulkintamatriisin käsittämiä tulkintaopillisia sitoumuksia, mutta tuomarilta ja muulta lainsoveltajalta ei edellytetä tutkijan teoreettisen tiedonintressin kaltaista syvällistä omakohtaista itseymmärrystä institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden velvoittavuuden viimekätisistä perusteista, oikeudellisen tulkintalauseen semantiikasta tai oikeudellisten transformaatioiden logiikasta. Tulkinnallisten konventioiden suhde oikeustieteen tulkintamatriisin osatekijöihin on toisin sanoen enemmän tai vähemmän likiarvoinen, ei isomorfinen eli rakenneyhtäläinen.

Tulkinta

Oikeudellinen tulkinta on määriteltävissä yhtäältä Rudolf Carnapin ajatuksia seuraten oikeudellisen tulkintalauseen semanttisen *ekstension* ja *intension menetelmän* avulla ja toisaalta John Searlen institutionaalisten tosiasioiden edellyttämän *konstitutiivisen säännön* määritelmän ” x on y , koska tulkintakehys T ” avulla.

Semantiikan avulla tarkasteltuna oikeudellinen tulkinta tarkoittaa oikeudellisen tulkintalauseen semanttisen ekstension eli *oikeudellisen validiteetin* ja *institutionaalisen totuusarvon* sekä semanttisen intension eli *tulkinnallisen merkityssisällön* määrittämistä omaksutun oikeudellisen tulkintakehysten eli institutionaalisen tulkintaideologian rajaamassa merkitys- ja perustelukontekstissa. Institutionaalisen tulkintaideologian vaihtoehtoina ovat formaali ja aineellinen tulkintaideologia. Tulkintaideologian vakioima *validiteetti-* ja *tulkintakriteeri* määrittää oikeudellisen tulkintalauseen referentiaalista kohdentuvuutta eli sen oikeudellista validiteettia ja tulkinnallista merkityssisältöä suhteessa:

- oikeudellisten peruskäsitteiden* eli käsitekategorioiden muodostamaan loogiskäsitteelliseen ja oikeussysteemiseen kokonaisuuteen oikeudellisen tulkintaformalismin tarkoittamalla tavalla (= *formaali* tulkintaideologia),
- oikeuden *institutionaaliseen* ja *yhteisölliseen arvoperustaan*, jota institutionaaliin päätöksiin perustuvat *oikeussäännöt* ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat *oikeusperiaatteet* eri tavoin ilmentävät oikeusyhteisössä valitsevan *lainsäädäntöideologian*, kollektiivisen *tuomarinideologian*, *yhteisöllisen oikeuskäsityksen* tai näiden tietynlaisen yhdistelmän tarkoittamalla tavalla (= *institutionaalinen* tulkintaideologia) tai
- yhteiskunnallisiin arvo-* ja *tavoiteperusteisiin*, joilta oikeusperiaatteilta edellytetty institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuvat (= *aineellinen* tulkintaideologia).

Institutionaalinen tulkintaideologia määrittää oikeudellisen tulkintalauseen oikeudellista validiteettia ja tulkinnallista merkityssisältöä suhteessa oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*. *Formaali* tulkintaideologia määrittää tulkintalauseen validiteettia ja tulkinnallista merkityssisältöä suhteessa oikeudellisten käsitteiden muodostamaan kokonaisjärjestelmään. *Aineellinen* tulkintaideologia määrittää tulkintalauseen validiteettia ja tulkinnallista merkityssisältöä suhteessa yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, joilta oikeussäännöiltä ja oikeusperiaatteilta edellytetty institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuvat.

Institutionaalisen tulkintaideologian alaisuudessa oikeudellisena validiteetti- ja tulkintakriteerinä voivat täsmällisemmin määriteltynä olla vertailtavien asiointilajien vastaavuus rakenneyhtäläisen kuvasuhteen eli isomorfian merkityksessä (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäinen koherenssi (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion yhteisöllinen hyväksyntä (= *oikeudellinen uusretoriikka*), lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset tavoitteet (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset eli tehokasta oikeussuojaa nauttivat, yksittäisille oikeussubjekteille kohdenneet oikeudet ja velvollisuudet (= *analyttinen oikeusrealismi*) tai vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt (= *oikeudellinen konventionalismi*).

Formaalin tulkintaideologian alaisuudessa oikeudellisena validiteetti- ja tulkintakriteerinä ovat tulkintaa ohjaavat loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemiset määreet (= *oikeudellinen tulkintaformalismi*). Aineellisen tulkintaideologian alaisuudessa oikeudellisena validiteetti- ja tulkintakriteerinä on joko ehdoton yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus esimerkiksi lainsäädäntöä edeltävän ja 'laillistetun vääryyden' oikaisevan ylipositiivisen oikeuden merkityksessä (à la Gustav Radbruch), 'itseannettujen' ja itsestään selvien perushyvien eli perusarvojen merkityksessä (à la John Finnis), oikeuden sisäinen eli menettelyllinen eli institutionaalinen moraali (à la Lon L. Fuller), luonnonoikeuden vähimmäissisältö (à la H.L.A. Hart) tai universaalit ihmis- ja perusoikeudet (= *moderni luonnonoikeusfilosofia*) tai, vaihtoehtoisesti, oikeuden taloudelliset, sosiaaliset tai muut yhteiskunnalliset ulkoisvaikutukset (= *yhteiskunnallinen konsekventialismi*). Aidosti tilannesidonnainen, *ad hoc* tai *ad hominem*-perustainen yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus (= *radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi*) ei ole vakioitavissa aineellisen tulkintaideologian edellyttämän yleistettävissä olevan validiteetti- ja tulkintakriteerin muotoon.

Oikeudellisen tulkinnan voi määritellä myös hyödyntäen John Searlen *institutionaalisten tosiasioiden* yhteydessä esittämää konstitutiivisen säännön määritelmää: "*X counts as Y in context C*". Oikeudelliseen tulkintalauseeseen sovellettuna tämä saa muodon:

(α) "tosiasia *x* on (engl.: *counts as*) tosiasia *y* tulkintakontekstissa *C*", eli

(β) "luonnollinen tai institutionaalinen tosiasia *x* on institutionaalinen tosiasia *y*, koska tulkintakehys *T*", eli

(γ) "*x* on *y*, koska *T*".

Määritelmässä x on oikeudellisen tulkinnan kohde eli 'raaka' tosiasia fyysisen tai mentaalisen asiantilan merkityksessä (engl.: *raw fact*) tai *institutionaalinen* tosiasia (engl.: *insitutional fact*) esimerkiksi tekstimuotoisen asiakirjan, irtaimen esineen tosiasiallisen hallinnan, henkilön tietynhetkisen mielentilan ja tahdontoiminnan kohdentumisen tai Helsingin Arkadianmäen eduskuntatalon istuntosaliin kokoontuneiden, enintään 200 henkilön tietyn ajanjakson (t_1 – t_2) käsittävän puhe- ja äänestyskäyttäytymisen merkityksessä. Määritelmässä y on tulkittu eli institutionaalinen tosiasia esimerkiksi pätevän testamentin, irtaimen esineen laillisen omistusoikeuden, rikosoikeudellisen tahallisuuden tai valtiopäiville kokoontuneen Suomen eduskunnan merkityksessä.

Tulkintakonteksti T on asiantilojen x ja y merkitysyhteys: yhtäältä *normatiivinen konteksti*, joka mahdollistaa luonnollisen tosiasian x tulkitsemisen institutionaaliseksi tosiasiaksi y oikeudellisen tulkintakehyksen tarkoitamalla tavalla, ja toisaalta *tosiasiallinen* eli *faktakonteksti* tosiasioita x ja y rajaavien yhteiskunnallisten asiantilojen merkityksessä. Oikeudellisessa asiayhteydessä tulkintakonteksti on yhtä kuin formaali, institutionaalinen tai aineellinen *tulkintaideologia* ja sen määrittämä oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri. Luonnollinen tosiasia x eli "määrättyjen henkilöiden ajanjakson (t_1 – t_2) käsittävä puhe- ja äänestyskäyttäytyminen", on yhtä kuin institutionaalinen tosiasia y eli "valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta", koska tulkintakehyksenä hyödynnetyt valtiösääntöoikeuden oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet sen perustelevat.

Tulkintafilosofia, ks. Tulkintamalli (eli tulkintafilosofia)

Tulkintaideologia

Oikeudellinen *tulkintaideologia* määrittää oikeudellisen *validiteetti- ja tulkintakriteerin*, jonka avulla oikeudellisen tulkintalauseen semanttinen *ekstensio* eli oikeudellinen *validiteetti* ja institutionaalinen (tai formaali tai aineellinen) totuusarvo sekä semanttinen *intensio* eli *tulkinnallinen merkityssisältö* ovat määritettävissä. Oikeudellinen tulkintaideologia ja sen vakioima oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri voi olla institutionaalinen, formaali tai aineellinen. Tulkintaideologia on samalla yhteisnimitys yhden tai useamman oikeudellisen tulkintamallin eli tulkintafilosofian kokonaisuudelle, joita yhdistää sidonnaisuus samantyyppiseen oikeudelliseen validiteetti- ja tulkintakriteeriin.

Oikeudelliset tulkintaideologiat määrittävät oikeudellisen tulkintalauseen oikeudellista validiteettia eli referentiaalista *kohdentuvuutta*:

- voimassa olevan oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, jota institutionaaliset oikeussäännöt ja yhteisölliset oikeusperiaatteet yhteisesti toteuttavat (= *institutionaalinen* tulkintaideologia),
- oikeudellisten peruskäsitteiden muodostamaan loogis-käsitteelliseen ja oikeussysteemiseen kokonaisuuteen (= *formaali* tulkintaideologia) tai
- yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, joilta oikeusperiaatteilta edellytetty institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuvat (= *aineellinen* tulkintaideologia),

ja toisaalta ne rajaavat oikeudellisten tulkintamallien avulla oikeuden *mahdollisten maailmojen semantiikan* eli ylipäätään mahdollisten tulkinnallisten merkitysten alan.

Institutionaalinen tulkintaideologia on sitoutunut oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, jolloin sovellettava validiteetti- ja tulkintakriteeri on määritelty oikeudellisen korrespondenssiteorian, oikeudellisen koherenssiteorian, oikeudellisen uusretoriikan, oikeudellisen eksegeesin, analyttisen oikeusrealismin tai oikeudellisen konventionalismin tai näiden tietynlaisen yhdistelmän tarkoittamalla tavalla. *Formaali* tulkintaideologia on sitoutunut loogis-käsitteelliseen ja systeemiseen oikeuskäsitykseen, jolloin oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri on määritelty oikeudellisen tulkintaformalismin ja loogis-käsitteellisen konseptualismin tarkoittamalla tavalla. *Aineellinen* tulkintaideologia on sitoutunut yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, joilta oikeusperiaatteiden edellyttämä institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuvat, jolloin oikeudellinen validiteetti- ja tulkintakriteeri on määritelty modernin luonnonoikeusfilosofian tai yhteiskunnallisen konsekventialismin tarkoittamalla tavalla.

Tulkintakehys

Tulkintakehys on tuomarin tai tutkijan oikeudellista tulkintaa eri tavoin määrittävien ja rajaavien tekijöiden, kuten institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä erilaisten oikeudellisten päättelymallien, kokonaisuus. Se on toisin sanoen oikeudellisen tulkintalauseen merkitysopillista konstituutiota eli semanttista *ekstensiota* ja *intensiota* rajaava institutionaalinen ja yhteisöllinen *merkitys-* ja *perustelukonteksti*, joka määrittää oikeudelliseen tulkintalauseeseen sovellettavan *validiteetti-* ja *tulkintakriteerin*. Hans Kelsenin ja Alf Rossin termin oikeudellinen tulkintakehys on *tulkinta-avain* eli *tulkintaskeema* (saks.: *Deutungsschema*; tansk.: *tydningsskema*),¹² joka antaa tietynlaisille yhteiskunnallisille asiantiloille merkitystä oikeudellisen tulkintalauseen validiteettia, institutionaalista totuusarvoa ja tulkinnallista merkityssisältöä arvioitaessa.

Oikeudellisen tulkintalauseen yhteydessä voi käyttää myös termiä *tulkintaideologia*. Tulkintakehys on oikeudellinen, jos tulkinta-avaimena on *institutionaalisen* tulkintaideologian vakioima institutionaalinen tai yhteisöllinen validiteetti- ja tulkintakriteeri. Tulkintakehys on yhteiskunnallinen, jos tulkinta-avaimena on *aineellisen* tulkintaideologian vakioima arvo- tai tavoiteperustainen validiteetti- ja tulkintakriteeri. Tulkintakehys on formaali, jos tulkinta-avaimena on *formaalin* tulkintaideologian vakioima loogis-käsitteellinen ja oikeussysteeminen validiteetti- ja tulkintakriteeri.

Tulkintakehys voidaan kiinnittää myös vallitsevan oikeudellisen *tietomuodon* (ransk.: *épistémè*) keskeismääreisiin. Osana oikeudellista tietomuotoa tulkintakehys käsittää yhtäältä oikeuden *äärellisyyden analytiikan* eli oikeudellisten ilmiöiden tieto-opillisen kohteellistamisen ja loogis-lingvistisen käsitteellistämisen, toisaalta oikeuden *institutionaalisen ja yhteisöllisen ontologian* eli

¹² Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 et seq.

oikeudellisen metafysiikan sitoumukset sekä kolmanneksi *oikeudellisen metodiopin* edellyttämät oikeudelliset *päätelymallit* ja oikeudellisten *transformaatioiden logiikan*. Vallitsevan oikeudellisen tietomuodon alaisuudessa nämä on määritelty tavalla, jonka oikeusyhteisö kykenee tunnistamaan mielekkääksi tavaksi puhua oikeudellisen tulkintalauseen validiteetista, institutionaalisesta totuusarvosta ja tulkinnallisesta merkityssisällöstä. Oikeustieteessä tulkintakehys viittaa oikeustieteen tieteenkuvan määreisiin tutkimusta jäsentävien tietenteoreettisten eli ontologisten, epistemologisten, metodologisten ja loogislingvististen sitoumusten merkityksessä. Lainopin yhteydessä voi vastaavasti puhua oikeudellisesta *tulkintamatriisista* tutkimusta jäsentävien konstitutiivisten, oikeuslähdeopillisten, tulkintaopillisten ja semanttis-käsitteellisten sitoumusten merkityksessä.

Tulkintakriteeri

Oikeudellinen tulkintakriteeri on institutionaalisen, formaalin tai aineellisen tulkintaideologian vakioima arviointikriteeri, jonka avulla on mahdollista arvioida oikeudellisen tulkintalauseen semanttisen intension eli sen tulkinnallisen merkityssisällön oikeellisuutta, perusteltavuutta, adekvaattisuutta ja hyväksytävyyttä. Oikeudellinen tulkintakriteeri vastaa kysymykseen, mikä tekee tulkinnasta oikeudellisesti eli institutionaalisesti tai yhteisöllisesti (= *institutionaalinen* tulkintaideologia), loogis-käsitteellisesti ja oikeussysteemisesti (= *formaali* tulkintaideologia) tai yhteiskunnallisesti eli arvo- tai tavoiteperusteisesti (= *aineellinen* tulkintaideologia) hyväksyttävän ja perustellun.

Tulkintalause

Oikeudellinen tulkintalause on tavallisesti tuomarin tai oikeuden tutkijan tuotama, syntaktisesti eli kielipillisesti oikein muodostettu lause, jonka semanttisena *ekstension* on oikeudellinen *validiteetti* ja sitä vastaava *institutionaalinen totuusarvo* "tosi_L" (tai *formaali* totuusarvo "tosi_F" tai *aineellinen* totuusarvo "tosi_V") ja jonka semanttisena *intension* on oikeuden tietynhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö* omaksutun oikeudellisen tulkintakehityksen eli tulkintaideologian vakioiman *validiteetti- ja tulkintakriteerin* määrittämällä tavalla. Oikeudellisen tulkintalauseen voi määritellä myös *konstitutiivisen säännön* "x on (engl.: *counts as*) y, koska tulkintakehys T" avulla, missä x on luonnollinen tai institutionaalinen tosiasia, y on (tulkittu) institutionaalinen tosiasia ja T on formaali, oikeudellinen tai aineellinen tulkintakehys.

Tulkintalauseen totuusarvo, ks. Tosi_F (eli oikeudellisen tulkintalauseen formaali totuusarvo), Tosi_L (eli oikeudellisen tulkintalauseen institutionaalinen totuusarvo) ja Tosi_V (eli oikeudellisen tulkintalauseen aineellinen totuusarvo)

Tulkintamalli (eli tulkintafilosofia)

Tulkintamallit eli *tulkintafilosofiat* ovat perinteisiin filosofian totuusteorioihin rinnastettavissa olevia tulkintaopillisia konstruktioita, joiden avulla (oikeudellisen) tulkintalauseen hyväksyttävyyden ja perusteltavuuden arvioitavissa suhteissa (a) oikeudellisiin eli institutionaalisiin ja yhteisöllisiin, (b) loogis-käsitteellisiin ja oikeussysteemiin tai (c) yhteiskunnallisiin eli arvo- ja tavoiteperusteisiin arviointikriteereihin. Oikeudellista tulkintaa voi jäsentää (ainakin) kymmenen tulkintamallin avulla, jotka voidaan esittää suhteessa institutionaaliseen, formaaliin tai aineelliseen tulkintaideologiaan seuraavalla tavalla:

A. Institutionaaliset tulkintamallit:

- (a) *oikeudellinen korrespondenssiteoria*: vertailtavien asiantilojen vastaavuuden rakenneyhtäläisen isomorfian eli kuvasuhteen merkityksessä,
- (b) *oikeudellinen koherenssiteoria*: institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäiset suhteet,
- (c) *oikeudellinen uusretoriikka*: universaaliauditorion yhteisöllinen hyväksyntä,
- (d) *oikeudellinen eksegeesi*: lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset tavoitteet,
- (e) *analyttinen oikeusrealismi*: toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset eli yksittäisille oikeussubjekteille kohdennetut, tehokasta oikeussuojaa nauttivat oikeudet ja velvollisuudet, ja
- (f) *oikeudellinen konventionalismi*: vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt.

B. Formaali tulkintamalli:

- (g) *oikeudellinen tulkintaformalismi*: loogis-käsitteelliset ja oikeussysteemiset määreet.

C. Aineelliset tulkintamallit:

- (h) *luonnonoikeusfilosofia*: ylipositiivinen oikeus (à la Gustav Radbruch), 'itseannetut' perusarvot eli perushyvät (à la John Finnis), oikeuden sisäinen eli menettelyllinen eli institutionaalinen moraali (à la Lon L. Fuller), luonnonoikeuden vähimmäissisältö (à la H.L.A. Hart), universaalit ihmisoikeudet tai muunlainen ehdoton yhteisöllinen tai uskonnollinen oikeudenmukaisuus,
- (i) *yhteiskunnallinen konsekventialismi*: oikeuden taloudelliset, sosiaaliset ja muunlaiset yhteiskunnalliset ulkoisvaikutukset, ja
- (j) *radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi*: aidosti tilannesidonnainen, *ad hoc* tai *ad hominem* -perustainen yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus.

Tulkintamatriisit, tulkintamatriisien aihiot ja erityiset intressisidonnaiset näkökulmat oikeuteen

Oikeustieteen *tieteenkuva* on yhtenäinen tieteenteoreettinen kehys, jonka avulla oikeustiedettä ja sen tutkimuskohdetta, voimassa olevaa oikeutta, koskevat *ontologiset*, *epistemologiset*, *metodologiset* ja *loogis-lingvistiset* sitoumukset

ovat suhteutettavissa keskenään yhtenäiseksi kokonaisuudeksi. Lainopin yhteydessä voi puhua oikeudellisesta *tulkintamatriisista* lainoppia jäsentävien *konstituutio-, tunnistamis-, argumentaatio- ja artikulaatiosääntöjen* merkityksessä. Suomalaisen lainopin tulkintamatriiseja, joiden kummankin tulkintajuridinen potentiaali on täysimääräisesti toteutunut, ovat nähdäkseni (a) *analyyttinen oikeustiede* ja (b) *sosiaalinen siviilioikeus*. On vielä kolmaskin oikeudellinen tulkintamatriisi, jonka vaikutus tulkintajuridiikkaan on kuitenkin nykyisin ehtynyt, eli (c) *käsitelainoppi*.

Lainopillinen tutkimussuuntaus, joka ei ole ainakaan toistaiseksi saavuttanut riittävää tutkimuksellista vakiintuneisuutta ja täsmentyneisyyttä, ajallista pysyvyyttä sekä tulkintajuridista vaikuttavuutta ja yhteisöllistä hyväksyntää, on joko esiparadigmaattinen tulkintamatriisin *esimuoto* eli aihio tai luonnos tulkintamatriisiksi, joka voi ajan myötä kehittyä täysimääräiseksi ja omaehtoiseksi tulkintamatriisiksi, tai sitten *erityinen intressisidonnainen näkökulma* oikeuteen, joka on sidottu määrätyn yhteiskuntaryhmän erityisintresseihin ja joka sen vuoksi tuskin voi saavuttaa yleisen ja yleistetyn tulkintamatriisin asemaa.

Erityisiä intressisidonnaisia näkökulmia oikeuteen ovat: (d.1) feministiseen oikeus- ja yhteiskuntakäsitykseen sitoutunut *naisioikeusnäkökulma oikeuteen*, joka mieltää oikeuden keinona yhteiskunnallisen rakenteellisen eriarvoisuuden oikaisemiseksi esimerkiksi naisten tietoisien suosivan erityiskohtelun ja heille varattujen kiintiöityjen edustuspaikkojen avulla, sekä yleisemmin määritelty (d.2) *oikeudellinen tasa-arvotutkimus*, joka pyrkii laajentamaan sosiaalisen siviilioikeuden ja erityisen oikeudellisen naisnäkökulman reformistisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen erilaisten yhteiskunnallisten vähemmistöryhmien, kuten vanhusten, lasten, vammaisten tahi etnisten, uskonnollisten tai seksuaalisten vähemmistöjen, erityistarpeiden aiempaa paremmin huomioon ottamiseksi. Erityistä intressisidonnaista näkökulmaa oikeuteen edustaa myös (e) *oikeustaloustieteellinen näkökulma oikeuteen*, joka pyrkii oikeuden yhteiskunnallisten ja etenkin taloudellisten vaikutusten huomioon ottamiseen taloudellisen kustannustehokkuuden, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin sekä taloudellisesti optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation ja sosiaalisen riskinjoon merkityksessä sekä lainsäätäjälle osoitettujen *de lege ferenda* -suositusten että (harvemmin) tuomioistuimille ja muille viranomaisille osoitettujen *de sententia ferenda* -suositusten avulla.

Lopuksi (f) *perus- ja ihmisoikeusnäkökulma laintulkintaan* saa poikkeuksellisen vahvaa tukea oikeuden vallitsevasta institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta, mutta sen tulkintajuridinen potentiaali ei ole vielä täysimääräisesti toteutunut. Kyse on sen vuoksi toistaiseksi esiparadigmaattisesta tulkintamatriisin aihioista eli luonnoksesta oikeudelliseksi tulkintamatriisiksi, jonka tulkintajuridinen potentiaali voi toteutua joko analyyttiseen oikeustieteeseen liittyneenä tai itsenäisenä oikeudellisena tulkintamatriisina esimerkiksi Ronald Dworkinin oikeudellista totaalikohereenssia tavoittelevan *oikeudellisen eheyden* tarkoittamalla tavalla.

Tulkintaperusteet

Oikeudelliset tulkintaperusteet ovat institutionaalista ja yhteisöllisistä tai muunlaisista oikeuslähteistä johdettuja tekijöitä, joiden avulla on perusteltavissa tietynlainen tulkinta voimassa olevan oikeuden säännöistä ja periaatteista.

Oikeudellisina tulkintaperusteina voivat olla esimerkiksi seuraavat kriteeri:

- (a) *lingvisticis-käsitteelliset* tulkintaperusteet, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä on oikeudellisen säädöksen, prejudikaatin tai muun viranomaisratkaisun, yksityisoikeudellisen sopimuksen tai jonkin muun kirjallisessa muodossa annetun oikeuslähteen kielellinen ilmiasu → *oikeudellinen tulkintaformalisismi*,
- (b) *historiallis-eksegeettiset* tulkintaperusteet, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä ovat oikeudellisen säädöksen, prejudikaatin tai muun viranomaisratkaisun, yksityisoikeudellisen sopimuksen tai muun oikeuslähteen alun perin asettaneen institutionaalisen toimijan, kuten lainsäätäjän, tuomioistuimen tai muun viranomaisen, tai yksityisoikeudellisen sopimuksen laatimiseen osallisten tahojen alkuperäiset tarkoitukset ja tavoitteet → *oikeudellinen eksegeesi*,
- (c) *oikeussysteemis* tulkintaperusteet, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä on institutionaalisesta oikeuslähteestä johdetun oikeudellisen tulkintatai ratkaisuperusteen suhde vastaaviin muihin tulkinta- tai ratkaisuperusteisiin, kuten oikeudellisen säädöksen suhde muihin saman tai toisten oikeudenalojen säädösten muodostamaan kokonaisuuteen, yksittäisen prejudikaatin suhde useiden prejudikaattien sarjaan tai yksittäisen viranomaisratkaisun suhde useiden samantyyppisten viranomaisratkaisujen muodostamaan kokonaisuuteen → *oikeudellinen koherenssiteoria*,
- (d) *tuomioistuinja muussa viranomaiskäytännössä vakiintunut tulkinta*, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä on tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien vahvistama, mahdollisesti lainsäätäjän tai muun norminasettajan alkuperäisistä tarkoituksista ja tavoitteista poikkeava käsitys oikeuden tulkinnasta → *analyttinen oikeusrealismi*,
- (e) *vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt*, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä ovat institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat tavanomaisoikeudelliset sopimus- ja vastaavat muut käytännöt → *oikeudellinen konventionalismi*,
- (f) oikeuden ennakoitavissa olevat *yhteiskunnalliset vaikutukset*, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä ovat erilaiset reaaliset argumentit sekä oikeuden yhteiskuntatieteellisen ja etenkin oikeuden taloustieteellisen analyysin tuottamat tulokset → *yhteiskunnallinen konsekventialismi*, ja
- (g) *oikeudellinen eheys*, jolloin oikeudellisena tulkintakriteerinä on yhteiskunnan vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan ja metakontekstin kanssa parhaiten yhteensovitettavissa oleva käsitys oikeudesta ja sen tulkinnasta → *oikeudellinen totaalikohereassi*.

Oikeudelliset tulkintaperusteet ovat eriytyneet oikeuslähteittäin, mutta eri oikeuslähteistä johdettuihin oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin sovelletaan myös osin samanlaisia tulkintaperusteita. Esimerkiksi oikeuslähteen kielelliseen ilmiasuun voi vedota yhtä hyvin yksittäisen oikeudellisen säädöksen, prejudikaatin tai muun viranomaisratkaisun kuin sopimusperustaisen oikeuden tulkinnassa. Lainlaatijan alkuperäisiin tavoitteisiin tai oikeuskäytännössä vakiintuneeseen tulkintaan voi tukeutua yhtä hyvin säädännäisen oikeuden, tuomioistuinratkaisujen tai vakiintuneiden sopimus- ja muiden yhteisöllisten käytäntöjen tulkinnassa, mutta tulkinnan käsitteelliset ja metodiset reunaehdot ovat kunkin oikeus-

lähteen osalta varsin erilaiset. Prejudikaattien tulkinnassa tulee esikysymyksenä ratkaistavaksi enakkoratkaisun varsinaisen prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*) määrittely ja erottaminen sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista sanotussa ratkaisussa (lat.: *obiter dicta*), kun taas säädännäisen oikeuden tulkinnassa sovellettava oikeussääntö on jo ennalta lainsäätäjän toimesta asetettu ja arvovaltaisella tavalla kielellisesti muotoiltu.

Sovellettava formaali, institutionaalinen tai aineellinen *tulkintaideologia* rajaa ja määrittää eri oikeuslähteiden tulkintaa. Institutionaalinen tulkintaideologia, joka määrittää institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdettujen tulkinta- ja ratkaisuperusteiden tulkintaa, on näistä oikeudellisesti merkittävin, koska se jäsentää voimassa olevien oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden tulkintaa. Institutionaalisen tulkintaideologian osatekijöistä vallitseva lainsäädäntöideologia ohjaa etenkin lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston tulkintaa, kollektiivinen prejudikaatti- ja muu tuomarideologia ohjaa vakiintuneen tuomioistuin- ja muun viranomaiskäytännön tulkintaa ja yhteisöllinen oikeuskäsitys ohjaa vakiintuneen sopimuskäytännön sekä muiden tavanomaisoikeudellisesti vakiintuneiden yhteisöllisten konventioiden tulkintaa. Formaali tulkintaideologia kiinnittyy oikeudellisiin käsitteisiin ja niiden keskinäissuhteisiin. Aineellinen yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus määrittää muiden kuin institutionaalisten oikeuslähteiden tulkintaa.

Oikeudellinen eheys on *metatason* institutionaalinen ja yhteisöllinen tulkintakehys, joka asettaa institutionaalisen tulkintaideologian alaan kuuluvat oikeudelliset tulkintaperusteet – eli lingvistikäsitteellisen, historiallis-eksegeettisen, oikeussysteemisen säädös- tai tapausanalogian, oikeuskäytännössä vakiintuneen sekä erilaisten institutionaalisten ja yhteisöllisten käytäntöjen ilmentämän käsityksen oikeuden tulkinnasta – yhtenäisen tulkinnallisen kehikon osaksi oikeuden vallitsevan institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan ja meta-teorian mukaisesti.

Tunnistamissääntö

Oikeuden tunnistamissääntö (engl.: *rule of recognition*) on H.L.A. Hartin analyttisen oikeusteorian keskeistermi, joka käsittää viittauksen tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli, tämän teoksen termin, institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän oikeuslähteopin sitoumuksiin. Tunnistamissääntö käsittää kriteerit, joiden avulla tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat kykenevät tunnistamaan institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä johdetut oikeussäännöt päteviksi oikeudellisiksi tulkinta- ja ratkaisuperusteiksi, joilla on oikeudellista *ratkaisuarvoa* eli niiden oikeudellista ratkaisuharkintaa eri tavoin sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus ja joiden avulla tehdyn oikeudellisen ratkaisun lainmukaisuutta on mahdollista arvioida. Hartin oma esimerkki Englannin voimassa olevan oikeuden tunnistamissäännöstä on ns. *Queen rule* -sääntö: ”what the Queen in Parliament enacts is law”. Suomen oikeuden tunnistamissääntö on kansallisen lainsäädännön osalta vastaavasti: ”se, mitä Suomen valtiopäiville kokoontunut eduskunta perustuslain tarkoittamalla tavalla säättää, on Suomessa voimassa olevaa oikeutta.”

Vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat eli (vain) riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja

vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit rajautuvat ainakin lähtökohtaisesti Hartin oikeuden tunnistamissäännön ulkopuolelle, mitä Ronald Dworkin on voimakkaasti kritisoinut. Tosin Hartin oikeusteorian käsittämät viittaukset *inklusiivisen oikeuspositivismin* mukaiseen oikeuskäsitykseen sallivat periaatteessa myös sisällöllisten ainesosien liittämisen oikeuden tunnistamissäännön osaksi esimerkiksi Yhdysvaltain perustuslain tavoin. Alf Rossin analyttisen oikeusrealismin keskeiskäsitettä *tuomarinideologia* voi toisaalta tulkita tavalla, joka käsittää oikeussääntöjen ohella myös oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat, varsinaisia oikeussääntöjä heikommin täsmentyneet oikeudelliset ratkaisustandardit.

Tuomarinideologia

Kollektiivinen *tuomarinideologia* on tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien toteutuneeseen oikeuskäytäntöön kiinnittyvien institutionaalisten oikeuslähteiden eli prejudikaattien eli tuomioistuinten antamien ennakkoratkaisujen, muun vakiintuneen tuomioistuintäytännön ja muun oikeutta yhtenäistävän viranomaiskäytännön, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä yhtenäisen ja vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön ilmentämä käsitys oikeudellisesti merkityksellisistä yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista, joita etenkin oikeuskäytännössä omaksutun oikeudellisen ratkaisulogiikan sekä sovellettavan oikeudellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin avulla pyritään toteuttamaan etenkin analyttisen oikeusrealismin, prejudikaatiooikeudellisen eksegeesin ja oikeudellisen konventionalismin mutta myös oikeudellisen koherenssiteorian ja oikeudellisen uusretoriikan tarkoittamalla tavalla. Tuomarinideologia on osa vallitsevaa institutionaalista tulkintaideologiaa.

Tuomarinideologia (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*) on samalla Alf Rossin analyttisen oikeusrealismin keskeistermi, joka käsittää viittauksen tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli, tämän teoksen termin, institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymään ratkaisuideologiaan eli niihin oikeuslähdeopin ja oikeudellisen tulkintaopin premisseihin, joihin nämä ovat kollektiivisesti ja enemmän tai vähemmän yhtenevällä tavalla sitoutuneet. Toisin kun Hartin oikeuden tunnistamissääntö, jonka soveltamisala rajautui ainakin lähtökohtaisesti vain muodollisen syntytapansa perusteella velvoittaviin oikeussääntöihin, Rossin tuomarinideologia käsittää laaja-alaisemmin erilaiset kriteerit, joiden avulla tuomarit kykenevät tunnistamaan paitsi institutionaalisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt myös yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet heidän oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaaviksi tulkinta- ja ratkaisuperusteiksi, joiden avulla tehdyn oikeudellisen ratkaisun lainmukaisuutta on mahdollista arvioida. Rossin analyttisen oikeusrealismin mukaan vallitseva tuomarinideologia on myös lainopin tutkimuksen vakioitu ajatuksellinen referenssi eli vertailukohta, johon institutionaaliseen tuomarireferenssiin sitoutuneen lainopin tuottamat oikeudelliset tulkintalauseet tulee suhteuttaa niiden oikeudellisuuden arvioimiseksi.

Kollektiivinen tuomarinideologia käsittää laaja-alaisesti ne oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet, joilla todennäköisesti on oikeudellista ratkaisuarvoa

eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus (tansk.: *at man ved retskilderne forstår indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse*). Ne voivat Rossin mukaan vaihdella sellaisenaan oikeustapaukseen soveltuvista ratkaisuperusteista (tansk.: *fra sådanne tilfælde, i hvilke kilden præsterer dommeren en fuldt færdig retsregel der blot overtages af dommeren*) vain osittain täsmentyneisiin ratkaisuperusteisiin eli määrätystä oikeuslähteestä johdettavissa oleviin yleisiin ideoihin tai oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleisiin suuntaviivoihin, joiden perusteella tuomari tai muu lainsoveltaja muotoilee varsinaisen oikeudellisen ratkaisunormin käsillä olevaa tapausta varten (tansk.: *til sådanne tilfælde, i hvilke kilden ikke byder dommeren andet og mere end visse inspirerende ideer ud fra hvilke han selv formulerer den regel han har brug for*). Ronald Dworkinin termin voi puhua *oikeussäännöistä* ja *oikeusperiaatteista*. Robert S. Summersin termin voi vastaavasti puhua eri tavoin määriteltävissä olevista vahvas- ti ja heikosti *formaaleista* oikeudellisista tulkinta- ja ratkaisuperusteista.

Universaaliauditorio

Universaaliauditorio (ransk.: *l'auditoire universel*) on Chaïm Perelmanin aristotelisen *uusretoriikan* tarkoittamalla tavalla puhujan mielessään hahmottama *ajatuksellinen konstruktio* eli ideaalinen argumentaation kohderyhmä, jolle hän sanansa kohdentaa. Kohdeauditorion määrittelyn sekä argumentaatioissa käytettyjen keinojen mukaisesti Perelman erottaa toisistaan rationaalisen *vakuuttamisen* (ransk.: *convaincre*) sekä mahdollisesti irrationaalisiin keinoin tapahtuvan *suostuttelun* (ransk.: *persuader*). Rationaaliseen vakuuttamiseen tähtäävä argumentaatio osoitetaan ideaaliselle universaaliauditoriolle, kun taas irrationaalinen suostuttelu osoitetaan jollekin konkreettiselle kohderyhmälle.

Perelmanin universaaliauditorio on toisin sanoen kuvitteellinen referenssi, jonka avulla puhuja arvioi esittämiensä väitteiden yleistettävyyttä ja rationaali-suutta, oli sitten kyse tieteellisen teorian, filosofisen katsantokannan, etiikan arvoarvostelman tai oikeudellisen tulkintalauseen perustelemisesta. Kuulijoiden vakuuttaminen voi perustua vain rationaalsiin ja yleistettävissä oleviin asia-argumentteihin, kun taas näiden suostuttelu voi perustua myös erilaisiin irrationaalsiin keinoihin, kuten uhkailuun, pakottamiseen tai lahjomiseen, sekä 'räätälöityihin' *ad hoc* tai *ad hominem* -argumentteihin, jotka voivat tulla hyväksytyiksi vain määrätystä kohdeauditoriossa ilman minkäänlaista yleistettävyyden vaadetta, oikeutta tai mahdollisuutta. Aulis Aarnion (partialinen) ideaaliauditorio on puolestaan Perelmanin universaaliauditoria objektiivisemmin kriteerein määritelty oikeudellisen argumentaation kohderyhmä.

Uusretoriikka

Oikeudellinen argumentaatio perustuu Aristoteleen *retoriikkaan* ja *topiikkaan*, jota Aleksander Peczenikin ajatus oikeudellisista *transformaatioista* osaltaan täydentää. Se on oikeudellisten *transformaatioiden logiikan* ohjaamaa päätte- lyä, jossa yhtäältä institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä $N_{(1,...,n)}$ johdetusta *normipremissistä* N ja toisaalta tapauksen oikeudellisen arvioimisen kannalta merkityksellisistä asiantiloista $F_{(1,...,n)}$ johdetusta *faktapremissistä* F on

institutionaalisen tulkintaideologian määrittelemän *validiteetti-* ja *tulkintakriteerin* nojalla perusteltua johtaa oikeudellinen tulkintalause Q, jonka mukaan ”voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö hetkellä *t* suhteessa oikeustositseikastoon F on *q*, koska tulkintakehys T”. Oikeudellisten transformaatioiden logiikan avulla voi ylittää oikeudellisen päättelyn epäjatkuvuus- eli taitekohdat institutionaalisista ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä oikeudellisen päättelyn normipremissiin N, maailman mahdollisten asiantilojen kokonaisuudesta oikeudellisen päättelyn faktapremissiin F sekä siten rajattujen normi- ja faktapremissien yhdistelmästä oikeudelliseen tulkintalauseeseen Q.

Toisin kuin deduktiivinen päättely, oikeudellinen päättely ei ole päätelmän premissien alkuperäisen totuusarvon säilyttävää päättelyä, joka tuottaisi välttämättä tosiksi (tai välttämättä epätosiksi) tunnetuista premiseistä välttämättä tosia (tai välttämättä epätosia) seurauslauseita. Oikeudellisten transformaatioiden logiikkaan ja oikeudelliseen uusretoriikkaan perustuvan oikeudellisen argumentaation tuottamat johtopäätökset eli oikeudelliset tulkinta- ja perustelulauseet ovat sen vuoksi vain enemmän tai vähemmän hyvin perusteltuja, todennäköisiä, uskottavia, hyväksyttäviä tai tosia, suhteessa institutionaalisen tulkintaideologian vaatimaan oikeudelliseen validiteettikriteeriin.

Aristoteleen topiikan ja retoriikan kirjoitukset löydettiin Euroopassa uudelleen 1950-luvulla, kun saksalainen Theodor Viehweg (1907–1988) ja belgialainen Chaïm Perelman (1912–1984) oivalsivat toisistaan riippumatta Aristoteleen filosofian merkityksen muun muassa modernille oikeudelliselle päättelylle. Perelmanin ja Perelmanin kanssa yhteistyössä toimineen mutta suhteellisen tuntemattomaksi jääneen Lucie Olbrecht-Tytecan oikeudellinen *uusretoriikka* on osoittautunut oikeudellisen argumentaatioteorian myöhemmälle kehitykselle merkittävämmäksi kuin Viehwegin edustama topiikka.

Kohdeauditorion määrittelyn ja argumentaatiossa käytettyjen keinojen perusteella Perelman erotti toisistaan kohderyhmän rationaalisen *vakuuttamisen* (ransk.: *convaincre*) ja mahdollisesti irrationaaliin keinoihin tukeutuvan *suostuttelun* (ransk.: *persuader*). Rationaaliseen vakuuttamiseen tähtäävä argumentaatio osoitetaan puhujan mielessään hahmottamalle ideaaliselle kohderyhmälle eli *universaaliauditoriolle* (ransk.: *l'auditoire universel*), kun taas irrationaalinen suostuttelu osoitetaan jollekin konkreettiselle kohderyhmälle, jolloin myös erilaiset satunnaistekijät, kuten pakko tai uhkailu, voivat vaikuttaa sen päätöksentekoon. Perelmanin universaaliauditorio on toisin sanoen puhujan mielessään hahmottama *ajatuksellinen konstruktio*, jolloin argumentaatio saat- taan hyvinkin päättyä osapuolten erimielisyyteen, eikä kyse ole – toisin kuin Aulis Aarnio on asiaa tulkinnut – arvo-objektivistisiin tai arvokognitivistisiin premissihin tukeutuvasta argumentaation referenssistä.

Perelmanin oikeudellista uusretoriikkaa ovat merkittävästi kehittäneet oikeudellisen argumentaatioteorian yhteydessä muun muassa Aulis Aarnio, Robert Alexy, Neil MacCormick, Aleksander Peczenik, Robert S. Summers ja Jerzy Wróblewski. He ovat samalla kaikki kuuluneet kansainväliseen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmään, joka on tarkastellut yhtäältä säädännäisen oikeuden ja toisaalta prejudikaattien hyödyntämistä ylimmissä oikeusasteissa.

Validiteettikriteeri

Oikeudellinen validiteettikriteeri on institutionaalisen tulkintaideologian määrittämä institutionaalinen tai yhteisöllinen arviointikriteeri, jonka avulla oikeudellisen tulkintalauseen semanttinen ekstensio eli kohdentuvuus voimassa olevaan oikeuteen eli oikeudellinen validiteetti ja institutionaalinen totuusarvo ”tosi_L” ovat arvioitavissa. Tulkintalause Q on oikeudellisesti validi eli tosi_L, jos ja vain jos se toteuttaa *jonkin* institutionaalisen tulkintaideologian alaan kuuluvista institutionaalisista ja yhteisöllisistä validiteettikriteereistä oikeusyhteisössä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian, yhteisöllisen oikeuskäsityksen tai näiden tietynlaisen yhdistelmän tarkoittamalla tavalla. Oikeudellisena validiteettikriteerinä voi siten olla vertailtavien asiantilojen vastaavuus eli rakenneyhtäläinen isomorfiasuhde (= *oikeudellinen korrespondenssiteoria*), institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden sekä niistä johdettujen oikeudellisten tulkinta- ja perustelulauseiden keskinäinen yhteensopivuus (= *oikeudellinen koherenssiteoria*), universaaliauditorion yhteisöllinen hyväksyntä (= *oikeudellinen uusretoriikka*), lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäiset oikeudelliset tavoitteet (= *oikeudellinen eksegeesi*), toteutuneet ja toteutettavissa olevat oikeusvaikutukset eli tehokasta oikeussuojaa nauttivat, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennetut oikeudet ja velvollisuudet (= *analyttinen oikeusrealismi*) tai vakiintuneet institutionaaliset ja yhteisölliset käytännöt (= *oikeudellinen konventionalismi*).

Muun kuin institutionaalisen tulkintaideologian vakioimien premissien alaisuudessa tulkintalauseen validiteetti eli pätevyys termin laajassa merkityksessä voi perustua joko *formaaliin* tai *aineelliseen* tulkintaideologiaan. Tulkintalause Q on *systeemisesti* validi eli tosi_F, jos ja vain jos se toteuttaa *formaalin* tulkintaideologian määrittelemän loogis-käsitteellisen ja oikeussysteemisen validiteettikriteerin (= *oikeudellinen tulkintaformalismi*). Tulkintalause Q on *yhteiskunnallisesti* validi eli tosi_Y, jos ja vain jos se toteuttaa *aineellisen* tulkintaideologian arvoperustaisen validiteettikriteerin ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden (= *klassinen tai moderni luonnonoikeusfilosofia*) tai oikeuden taloudellisten, sosiaalisten tai muunlaisten yhteiskunnallisten vaikutusten tavoiteltavuuden (= *yhteiskunnallinen konsekventialismi*) merkityksessä.

Voimassa oleva oikeus

Voimassa oleva oikeus koostuu yksilöitävissä oleviin institutionaaliin päätöksiin perustuvista *oikeussäännöistä* ja vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvista *oikeusperiaatteista* ja niihin rinnastuvista oikeudellisista *ratkaisustandardeista*, jotka kiinnittyvät oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* ja joilla on oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus. Tuomarin omakohtaisesti sisäistämät uskonnolliset, poliittiset tai muut yhteiskunnalliset arvopreferenssit eivät kuulu voimassa olevan oikeuden alaan, jolleivät ne täytä samalla ehtoa oikeusperiaateilta edellytetystä riittävästä institutionaalisesta tuesta ja yhteisöllisestä hyväksynnästä.

Oikeustieteen tieteenteoria -kirjassani määrittelin voimassa olevan oikeuden Alf Rossin analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla:

Voimassa oleva oikeus on toteutunut ja toteutettavissa oleva yhteiskunnallinen tosiasia eli niiden oikeussubjekteille kohdennettujen *oikeuksien* ja *velvollisuuksien* kokonaisuus, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet *tehokasta oikeussuojaa* ja joille ne vallitsevan *tuomarinideologian* perusteella tulevat sitä todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan.

Koska moderni oikeus on Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*), jonka käsitteellis-semanttisesta, oikeuslähdeopillisesta, konstitutiivisesta tai tulkintaopillisesta identiteetistä ei vallitse oikeusyhteisössä perustavaa yksimielisyyttä, voimassa oleva oikeus on mahdollista määritellä myös laaja-alaisemmin ja vaihtuva-alaisesti vallitsevan *institutionaalisen tulkintaideologian* eli vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarinideologian ja yhteisöllisen oikeuskäsityksen vakioimien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden sekä institutionaalisten ja yhteisöllisten validiteetti- ja tulkintakriteerien avulla. Vain määritelmällinen sidonnaisuus oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* yhdistää tällöin erilaisia 'suhteellisia totuuksia' oikeudesta, joita oikeudellinen korrespondenssiteoria, oikeudellinen koherenssiteoria, oikeudellinen uusretoriikka, oikeudellinen eksegeesi, analyttinen oikeusrealismi ja oikeudellinen konventionalismi ovat kukin sovellettavaa oikeudellista validiteetti- ja tulkintakriteeriä eri tavoin painottaen perustelleet.

Institutionaaliseen tulkintaideologiaan *sitoutunut* (engl.: *committed*) lainoppi hyväksyy oikeuden määritelmällisen sidonnaisuuden oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli institutionaalisiin oikeussääntöihin ja yhteisöllisiin oikeusperiaatteisiin sekä oikeusyhteisössä hyväksytyihin oikeudellisiin päättelymalleihin ja omaksuttuun oikeudelliseen sääntely- ja ratkaisulogiikkaan, kun taas institutionaalista tulkintaideologiasta kriittisesti *irtautunut* (engl.: *detached*) lainoppi tukeutuu muunlaisiin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin oikeudellisen tulkintalauseen arviointikriteerinä vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tavoin.

Yhteisöllinen hyväksyntä

Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta määrittää voimassa olevaa oikeutta kahdella tapaa. Oikeussäännöt perustuvat ensisijaisesti lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten yksilöitävissä oleviin *institutionaalisiin päätöksiin*, kun taas oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit perustuvat ensisijaisesti vakiintuneisiin *yhteisöllisiin käytäntöihin*. Yhteisöllinen hyväksyntä viittaa näin arvosidonnaisten oikeusperiaatteiden ja muiden enintään heikosti sääntöformaalien oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden nauttimaan tukeen erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteisöllisissä käytännöissä, kuten vakiintuneissa sopimus-oikeudellisissa vastuunjako- ja muissa käytännöissä, muissa tavanomaisoikeudellisesti noudatetuissa käytännöissä, välimiesoikeuksien ratkaisuista ja niiden perusteluista ilmenevissä yleisissä oikeusohjeissa, juristikunnan oikeudenala-kohtaisesti eriytyneissä ammatillista itseymmärrystä ja ammattietiikkaa ilmentävissä käytännöissä sekä muissa oikeuden yhteisöllistä arvoperustaa jäsentävissä yhteisöllisissä konventioissa.

Yhteisöllinen oikeuskäsitys

Yhteisöllinen oikeuskäsitys on erilaisten yhteisöllisten oikeuslähteiden eli tavanomaisen oikeuden, vakiintuneiden sopimusoikeudellisten vastuunjako- ja muiden käytäntöjen, yksityisoikeudellisten välimiesoikeuksien ratkaisuisista ja niiden perusteluista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden, juristikunnan oikeudenalakohtaisesti eriytyneen ammatillisen itseymmärryksen ja ammattietiikan sekä vastaavat muiden oikeudellisten konventioiden ja yhteisöllisten käytäntöjen ilmentämä käsitys oikeudellisesta merkityksellisistä yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista, joita oikeudellisen sääntely- ja ratkaisulogiikan sekä oikeudellisen validiteetti- ja tulkintakriteerin avulla pyritään toteuttamaan etenkin oikeudellisen konventionalismin mutta myös oikeudellisen koherenssteorian (jolloin ehtona on, että yhteisölliset oikeuslähteet on ensin saatettu kirjalliseen muotoon), analyyttisen oikeusrealismin ja oikeudellisen uusretoriikan tarkoittamalla tavalla. Yhteisöllinen oikeuskäsitys on osa vallitsevaa institutionaalista (ja yhteisöllistä) tulkintaideologiaa.

Yhteisölliset konventiot

Yhteisölliset konventiot perustuvat yhteisön jäsenten *vastavuoroisiin odotuksiin* (engl.: *mutual expectations*) ja *yhteistoimintaa edistäviin asenteisiin* (engl.: *cooperative dispositions*). Yhteisöllisiä konventioita ovat esimerkiksi yhteisössä maksuvälineenä käytetty raha, kalenteria ja ajanlaskua koskevat sopimukset, erilaisia juhlatilaisuuksia koskevat käytännöt samoin kuin voimassa olevan oikeuden säännöt ja periaatteet, jos oikeus on määritelty yhteisöllisen ja oikeudellisen konventionalismin edellyttämällä tavalla. Oikeudelliset konventiot ovat joko *formaaleja* eli *virallisia* konventiota, kuten lainsäädäntö sekä tuomioistuini- ja viranomaiskäytäntö, tai *epävirallisia* konventioita, kuten vakiintuneet tavanomaisoikeudelliset käytännöt, sopimusoikeudelliset vastuunjako- ja muut käytännöt, juristikunnan ammatillinen itseymmärrys ja ammattietiikka sekä vastaavat yhteisölliset käytännöt. Oikeudellinen konventionalismi painottaa vakiintuneiden institutionaalisten ja etenkin yhteisöllisten käytäntöjen merkitystä oikeudellisenä validiteetti- ja tulkintakriteerinä.

Voimassa oleva oikeus koostuu oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista. Oikeussäännöt perustuvat formaaleihin oikeudellisiin konventioihin, joita sidonnaisuus oikeuden institutionaaliseen perustaan ja valtiolliseen tahdonmuodostukseen yhdistää. Oikeusperiaatteet ja niihin rinnastuvat oikeudelliset ratkaisustandardit perustuvat epävirallisiin yhteisöllisiin konventioihin, joita vain sidonnaisuus oikeuden yhteisölliseen arvoperustaan ja yhteisölliseen tahdonmuodostukseen yhdistää. Myös formaalit oikeudelliset konventiot on ehkä mahdollista palauttaa epävirallisiksi yhteisöllisiksi konventioiksi yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden merkityksessä. Näin on asia, jos esimerkiksi H.L.A. Hartin analyyttisen oikeuspositivismin tai oikeusrealismin edellyttämä oikeuden tunnistamissääntö (engl.: *rule of recognition*) tulkitaan tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymäksi yhteisölliseksi konventioksi, jota nämä tavanomaisesti hyödyntävät oikeudellisen ratkaisutoiminnan lainmukaisuutta ja oikeudellista hyväksyttävyyttä arvioidessaan.

Oikeudelliset konventiot voidaan myös jakaa varsinaisiin *yhteisöllisiin konventioihin* ja vakiintuneisiin *tavanomaisoikeudellisiin käytäntöihin*. Keskeisenä

erona niiden välillä on yhteisön jäseniltä edellytetty joko tietoinen tai vain hiljainen hyväksyntä suhteessa erilaisiin yhteisöllisiin käyttäytymisvelvoitteisiin. *Tavanomaisoikeudelliset käytännöt* (engl.: *custom, customary law*) perustuvat historiallisesti kehittyneeseen, alun perin uskonnolliseen mutta sittemmin maallistuneeseen yhteisölliseen traditioon, jonka oikeudellisen velvoiteperustan, täsmällisen tulkinnallisen merkityssisällön ja konventionaalisen luonteen esimerkiksi yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden merkityksessä ei tarvitse olla yhteisön jäsenten tietoisesti hyväksymä tai tunnustama. Kyse on Michael Polanyin termin eräänlaisesta hiljaisesta tekijän tiedosta (engl.: *tacit knowledge*), joka ohjaa yhteisön jäsenten käyttäytymistä kollektiivisesti omaksuttujen käyttäytymismallien seuraamisena ilman, että kyseiseen käytäntöön osallistuvat henkilöt olisivat välttämättä tietoisia toimintansa konventionaalista luonteesta. Sitä vastoin varsinaiset *yhteisölliset konventiot* (engl.: *conventions*) edellyttävät ainakin lähtökohtaisesti yhteisön jäsenten tietoista hyväksyntää.

Yhteisölliset oikeuslähteet

Yhteisölliset oikeuslähteet perustuvat vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin, eivät tietoisin ja yksilöitävissä oleviin institutionaalsiin päätöksiin kuten institutionaaliset oikeuslähteet. Yhteisöllisiä oikeuslähteitä ovat esimerkiksi tavanomaisoikeudelliset sopimus-, vastuunjako- ja muut yhteisölliset käytännöt, välimesoikeuksien ratkaisusta ja niiden perusteluista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, juristikunnan oikeudenalakohtaisesti eriytynyt ammatillinen itseymmärrys ja oikeudellinen ammattietiikka, oikeudellisesta ja yhteiskunnallisesta päätöksenteosta vastaavien institutionaalisten toimijoiden keskinäistä toimivaltaa- ja vastuunjakoa koskevat yhteisölliset (ja luonteeltaan valtiosääntöoikeudelliset) käytännöt sekä vallitsevan lainsäädäntöideologian, kollektiivisen tuomarideologian tai yhteisöllisen oikeuskäsityksen ilmentämät, riittävän yhtenäiset ja vakiintuneet oikeudellisesti merkitykselliset yhteisölliset käytännöt. Ne ilmentävät eri tavoin vallitsevaa yhteisöllistä oikeuskäsitystä yhteisöllisen ja oikeudellisen *konventionalismin* tarkoittamalla tavalla, jolloin oikeus on määriteltävissä yhteisön jäsenten vastavuoroisten odotusten ja yhteistoimintaa edistävien asenteiden kokonaisuutena.

Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen täytäntöönpano on aina Euroopan unionin jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden maiden kansallisten lainsoveltajien tehtävänä, joten eurooppaoikeudellisen normiston tehokas kansallinen täytäntöönpano edellyttää toimivaa *oikeudellista dialogia* eli molemminpuolista vuorovaikutussuhdetta yhtäältä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja toisaalta kansallisten tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kesken. *Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö* tarkoittaa yhtäältä Euroopan unionin jäsenmaiden ja toisaalta Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja vastaavien muiden ihmisoikeussopimusten ratifioineiden maiden valtiosääntötuomioistuinten, korkeimpien oikeuksien sekä (rajoitetummin) muiden kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten yhte-

näistä ja vakiintunutta EU-oikeuden tai, vastaavasti, Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja muun ylikansallisen ihmisoikeusnormiston tulkintakäytäntöä.

Tilanteessa, jossa jonkin eurooppaoikeudellisen oikeusnormin, kuten EU-lainsäätäjän asettaman yleisen oikeudellisen säädöksen tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamasta ratkaisusta ilmenevän yleisen oikeusohjeen, oikeudellinen *ratkaisuarvo* eli (kansallisen) tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus on syystä tai toisesta epäselvä, kansallisen tuomarin tulee perehtyä oikeusvertailevasti myös muiden Euroopan unionin jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden maiden valtiosääntö- sekä muiden ylimpien kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten oikeudelliseen ratkaisukäytäntöön sen arvioimiseksi, saako kyseinen oikeusohje riittävää tukea yhteisestä ja vakiintuneesta yleiseurooppalaista oikeuskäytännöstä. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden osalta kyse on sanottujen ratkaisujen prejudikaattivaikutuksesta suhteessa kansallisen lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan.

Äärellisyyden analytiikka

Äärellisyyden analytiikka on tieto-opillinen ja loogis-lingvistinen kehys, joka määrittää (esimerkiksi oikeuden) kielen 'sanojen' ja maailman 'asioiden' suhdetta osana yhteisössä vallitsevaa *tietomuotoa* (ransk.: *épistémè*) ranskalaisfilosofi Michel Foucault'n (1926–1984) ihmistieteiden *tiedonarkeologian* tarkoitamalla tavalla. Oikeudellisessa tulkinta- ja merkityskontekstissa äärellisyyden analytiikka tarkoittaa oikeuden ja erilaisten oikeudellisten ilmiöiden tieto-opillista *kohteellistamista* ja kielellistä *käsitteellistämistä* eli tapaa, jolla oikeudelliset käsitteet tai käsitteekategoriat ja oikeudelliset ilmiöt tai institutiot liittyvät toisiinsa. (Olen tarkastellut vallitsevaa oikeudellista tietomuotoa laaja-alaisesti *Oikeustieteen tieteenteoria* -kirjassani).

Oikeuden *äärellisyyden analytiikka*, oikeuden *institutionaalisen ja yhteisöllisen ontologian* sitoumukset esimerkiksi lainsäätäjän ja tuomioistuinten institutionaaliin päätöksiin perustuvien oikeussääntöjen sekä vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvien oikeusperiaatteiden merkityksessä samoin kuin oikeudellisen metodiopin jäsentämät *oikeudelliset päättelymallit* ja oikeudellisten *transformaatioiden logiikka* ovat vallitsevan oikeudellisen tietomuodon loogis-lingvistiset, tieto-opilliset, ontologiset ja metodologiset osatekijät. Ne lukitsevat 'ajatuksellisen koordinaatiston', johon oikeudellisen tulkintalauseen semanttista *ekstensiota* eli oikeudellista validiteettia ja institutionaalista totuusarvoa sekä semanttista *intensiota* eli tulkinnallista merkityssisältöä määrittävät oikeudelliset *validiteetti-* ja *tulkintakriteerit*, oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäisiä suhteita määrittävä oikeudellinen *sääntely-* ja *ratkaisulogiikka* sekä oikeuslähteiden velvoittavuutta määrittävä oikeuden *institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta* sijoittuvat.

Summary

Raimo Siltala:

A THEORY OF LEGAL INTERPRETATION

Contents:

- 1 Frame of Analysis
- 2 Models of Interpretation
- 3 The Semantics of Law, Metaphysical Commitments, and the Three Ideologies of Legal Interpretation
- 4 The Binding Force and the Meta-Level Context of Law
- 5 Models of Legal Reasoning
 - 5.1 The Logic of Legal Transformations
 - 5.2 Legal Interpretation Defined
 - 5.3 The Systemic 'Order of Things' among Legal Rules and Legal Principles
 - 5.4 The Weighing and Balancing of Legal Principles
 - 5.5 Subsequent Changes within the Structural Axiology of Law
- 6 Knowledge of Law, as Conceived by the Judge and the Legal Scholar
- 7 Full-Fledged Matrices of Law, Sketches of Legal Matrices, and Specific Interest-Bound Views on Law
- 8 Ronald Dworkin's Law as Integrity in Light of the Meta-Level Context of Law

1 Frame of Analysis

A Theory of Legal Interpretation aims at delineating a comprehensive *frame of interpretation* for a judge or a legal scholar whose is encountered with the vital question of legal interpretation: what is the content of law *vis-à-vis* a given legal fact situation *x*? The angle of approach and the methodology adopted is based on Kaarle Makkonen's and Jerzy Wróblewski's analytical theory of law, as supplemented by some ideas drawn from Rudolf Carnap's (1891–1970) *method of semantic extension and intension* that was put forth in his late work *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*.

Jerzy Wróblewski (1926–1990), the great Polish legal philosopher, made the distinction between *bound*, *free*, and *legal and rational* judicial decision-making in his book *The Judicial Application of Law*. Wróblewski's ideology of *bound* judicial decision-making refers to the various tenets of judicial formalism where the task of the judge is conceived in the logico-conceptual terms of

e.g. the German *Begriffsjurisprudenz* or the Montesquieu'ist dream of a judge who would be no more than a passive mouth-piece of the law, totally deprived of any freedom as to the interpretation of law.¹ Under such constraining premises of legal discretion, the judge's or other official's act of law-application can be captured by a *logical syllogism* where the creative impact of the judge is limited to the act of drawing the inevitable logical outcomes from the combination of the norm premise and the fact premise of the legal syllogism.

The ideology of *free* judicial decision-making, on the other hand, refers to the various schools that criticize the *credo* of legal formalism, whether outlined in terms of e.g. American legal realism, the sociological approaches to law, the German *Freirechtslehre* of the 19th century, the law of the *Führerstaat* of the 1930's, or Carl Schmitt's extremely decisionist conception of law and legal decision-making. The only thing in common in such various schools of free ideology of judicial decision-making is the critique of legal formalism and the emphasis placed on the *law in action*, as duly recognised and enforced by the courts of justice and other officials, instead of the *law in books* with which the legislator and the legal scholars are dealing with. Finally, the ideology of *legal and rational* decision-making refers to the double criteria of respecting *formal legality* in judicial decision-making, on the one hand, and the *epistemic* and *axiological* requirements placed on legal rationality, on the other. But what do those two requirements in fact entail in terms of the legal source material and the models of legal reasoning to be utilised by the judges?

The great Finnish analytical legal philosopher, Kaarle Makkonen, analysed the legal decision-making of a judge with reference to the three types of situations of legal discretion: firstly, the case where an *isomorphic* relation prevails between the facts of the case and the legal norm; secondly, a situation where authentic legal interpretation is required from the judge as to the contents of the legal norm under scrutiny; and thirdly, a decision-making situation where no legal norm whatsoever is there to guide the judge's legal discretion. Makkonen's theory of legal interpretation is based on the key notion of *isomorphism* but in fact he never gives a satisfactory definition of what it actually stands for. He merely states that when an isomorphic situation prevails we are dealing with "such a clear and unproblematic case that the legal norm to be applied is quite evident to the judge. A picture relation then prevails between the given facts and the ones described in the legal norm sentence."² But how

¹ "Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à une telle point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. (...) Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur." Montesquieu, *L'esprit des lois*, p. 399, 404.

² Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, p. 96 (translation by the present author). Makkonen's book was originally published in German, with the title: *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*.

could one further specify the concept of *isomorphism* within the frame of judge's legal decision-making?

In *A Theory of Legal Interpretation* I argue that Wróblewski's three ideologies of a judge's judicial decision-making as well as Makkonen's classification of the decision-making situations of a judge can be further analysed by means of ten different models of legal interpretation, from correspondence and coherence theory to a radically contextual model of legal interpretation. The traditional *theories of truth* will provide for a loose frame of reference for the models of legal interpretation as well. Linguistic *semantics* à la Frege and Carnap will help to enlarge the frame of reference later on.

2 Models of Interpretation

In the present book *A Theory of Legal Interpretation*, the following ten *models of interpretation* and the respective criteria for the evaluation of the correctness, appropriateness or justifiability of interpretation are as follows:

- 1) *Correspondence Theory of Law*: an *isomorphic* relation is thought to prevail between the facts of the case and those stated in the legal norm in question.
- 2) *Coherence Theory of Law*: mutual *textual support* of the prevalent institutional and societal sources of law and of the interpretation sentences and justificatory sentences drawn from them.
- 3) *The New Rhetorics*: approval of the outcome of interpretation in the ideal or *universal audience* (in French: *l'auditoire universel*), as outlined by e.g. Chaïm Perelman or Aulis Aarnio in the context of legal argumentation.
- 4) *Social Pragmatism*: the foreseeable *social consequences* of a legal decision as seen from the point of view of the human or social sciences, especially the economic analysis of law.
- 5) *Legal Exegesis*: the original intentions of the legislator or a precedent court, as reconstructed from the *travaux préparatoires* of an act of legislation or the legal reasoning of a prior court decision.
- 6) *Analytical Legal Realism*: the *legal consequences* brought into effect by a legal decision, in the sense of the rights and duties allocated to the legal subjects (*i.e.* citizens) that enjoy *effective legal protection* in the decision-making practice of the courts and other judicial bodies in light of the *normative ideology* commonly internalised by the judiciary (in Danish: *den normative ideologi der besjæler dommeren*).³
- 7) *Legal Conventionalism*: institutional and societal practices based on the *mutual expectations* and *cooperative dispositions* of the members of the community *vis-à-vis* the content of law.

³ Ross, *Om ret og retfærdighed*, p. 56.

- 8) *Legal Formalism: logico-conceptual* and *legal systemic* criteria of interpretation, as outlined by the constructive legal science in the sense of the German *Begriffsjurisprudenz* or the 'Langdellian orthodoxy' of C. C. Langdell's case law method.
- 9) *Natural Law Theory*: social or religious justice in the sense of non-positive law (Gustav Radbruch), the internal morality of law (Lon L. Fuller), basic goods or basic values (John Finnis), the minimum content of natural law (H. L. A. Hart) or universal human and basic rights.
- 10) *Radically Contextual Conception of Social Justice*: social justice on a strictly *ad hoc* (or even *ad hominem*) basis in the sense legal decisionism, outside of the realm of universality.

The sum total of the models of interpretation defines the boundaries of a *possible-world semantics* for law. Each distinct model of interpretation, in other words, lays down a specific criterion for the evaluation of the *correctness*, *justifiability* and *adequacy* of a sentence on legal interpretation. The legality of an interpretation sentence is not under scrutiny, however, since the criteria of evaluation only concern its general justifiability. It is only with reference to the *ideologies of legal interpretation* that the legality of interpretation can be accounted for.

a) *The Correspondence Theory of Law* draws its seminal ideas from the philosophical tradition that frames the *correspondence theory of truth*. According to it, the truth-value of a sentence or linguistic utterance is determined by a relation of correspondence that either prevails or not between language and the world. Correspondence can be defined as an *isomorphic* relation in the sense of a *structural affinity* or *structural identity* that prevails between a sentence and a particular state of affairs in the world (outside of language). What is at stake, in other words, is the problematic relation between the 'words', or linguistic entities, of language and the 'things', or phenomena, of the world, in the terminology of the late French philosopher Michel Foucault and his 'archaeology of knowledge'.⁴ In the case of legal interpretation, such an isomorphic relation is thought to exist between the facts of a particular case and the fact-situation described in the legal norm to be applied.

The key notion of *isomorphism* that proved to be quite essential for both Kaarle Makkonen's three-fold classification of the judicial decision-making situations and to Jerzy Wróblewski ideology of bound judicial decision-making can be analysed in more precise terms with reference to the eminent Austrian philosopher Ludwig Wittgenstein's (1889–1951) masterwork *Tractatus Logico-Philosophicus* and the theory of language and ontology it entails. The Finnish philosopher Erik Stenius (1911–1990) has written an excellent commentary on

⁴ Foucault, *Les Mots et les choses. Une Archéologie des sciences humaines*; *ibid.*, *L'Archéologie du savoir*.

Wittgenstein's *Tractatus*, with an eye especially on its ontological commitments, upon which I heavily rely in my analysis above.⁵ In *Tractatus Logico-Philosophicus*, Wittgenstein presented his *picture theory* of language. According to him, the truth of a sentence is dependent on its fulfilling the requirement of structural affinity with a particular state of affair that prevails in the world. Such a relation of isomorphism can prevail between the fact-description of a legal rule and the state of affairs that prevails in the world. Contrary to what Makkonen argued, the requirement of structural affinity cannot be extended to cover legal principles and similar legal standards, since in the case of legal principles the relation of isomorphism is, at the most, approximate and inexact, and not accurate as is required by isomorphism. Makkonen, however, did give a very different definition of legal principles in the 1960's, when his *Zur Problematik der juristischen Entscheidung* was published, as compared to that given by Ronald Dworkin later on or I myself in the present treatise. For Dworkin, legal principles are norms which are endowed with adequate institutional support and a dimension of weight or importance, thus ruling out the possibility of isomorphism with the facts of the world. Alfred Tarski's *semantic theory of truth* is also commented upon, as it is based upon the premises of the correspondence theory of truth.

b) *The Coherence Theory of Law* defines the correctness of interpretation in terms of mutual coherence among the relevant institutional and societal sources of law and the legal sentences drawn from them. Aleksander Peczenik's and Robert Alexy's conception of coherence is critically evaluated, based as it is on a *quantifiable* notion of coherence.⁶ This, I argue, is a *category-mistake* in the Rylean sense of the term. The concept of coherence cannot be framed in such quantified terms, since coherence is a holistic and qualitative notion. In consequence, I define the coherence of a theory or a set of sentences on legal interpretation and justification with reference to the following four criteria: (1) *logico-conceptual non-contradiction*, with respect to the *logical syntax* of law, (2) *propositional congruence* in the sense of a mutual support enjoyed among a set of sentences on legal interpretation and legal justification, (3) *axiological and normative congruence* of the set of sentences *vis-à-vis* legal rules as laid down by institutional decisions, legal principles as settled by conventional societal practices, and the set of values and goals drawn from the institutional and societal premises of law, and (4) *narrative and historical continuity* of law in the sense of *law as integrity* with reference to the respect for the unbroken tradition of legal interpretation.

In the context of the coherence theory of law, the philosophical *Duhem-Quine Thesis* is considered as to its claim concerning the essentially *holistic* and

⁵ Stenius, *Wittgenstein's Tractatus. A Critical Exposition of the Main Lines of Thought*.

⁶ Peczenik, *On Law and Reason*, p. 160–177; cf. Alexy & Peczenik, "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality".

underdetermined quality of a scientific theory *vis-à-vis* any individual empirical findings or, in the context of law and legal interpretation, the similar qualities of a set of sentences on the interpretation of law and the justificatory sentences given in their support. The idea of *total* legal coherence is dealt with under Ronald Dworkin's idea of law as integrity, where the best constructive interpretation of law is to be sought after, while the idea of merely *partial* legal coherence is exemplified by Edward H. Levi's model of case-to-case reasoning of the traditional common law where the mutual interplay of the two techniques of legal analogy and of distinguishing is given effect. In consequence, the law is likened to a game the rules of which may altered in the course of the game, which is something that quite frequently happens.⁷

c) The original inspiration for *the New Rhetorics* in legal argumentation is based on Aristotle's classic writings on rhetorics and topics. In those texts, the great Greek philosopher analyzed reasoning the premises of which are not known to be absolutely true or untrue but are no more than acceptable, reasonable or more or less likely to be true. Therefore, the consequences drawn from them cannot be absolutely true either, but they can only be more or less acceptable or reasonable at the most. Aristotle's writings on rhetorics and topics were found anew in Europe in the 1950's by Chaïm Perelman (1912–1984) and Theodor Viehweg (1907–1988). The term *New Rhetorics* was introduced in Chaïm Perelman's (and Lucie Olbrechts-Tyteca's) highly influential book *Traité de l'Argumentation. La nouvelle Rhétorique* and other similar writings by Perelman. Lucie Olbrechts-Tyteca, on the other hand, has remained rather unknown.

According to the new rhetorics, the alleged approval of a particular legal interpretation in the *universal audience* (in French: *l'auditoire universel*) is considered to be decisive as to its correctness. Perelman's notion of universal audience does not refer to any actual legal community, however. Instead, it is a *thought construction of the speaker*⁸ by means of which he tries to convince (in French: *convaincre*) the audience of his speech of the acceptability and reasonability of the views presented by him, and not only to persuade (in French: *persuader*) the listeners possibly by irrational means, such as compulsion.⁹

While Perelman's own idea of a universal audience is framed in relatively subjectivistic terms, with reference to the speaker's own conception of what will count as rational argumentation, Aarnio's notion of a (particular) ideal audience is outlined in more objectivistic terms, as has been convincingly argued in Finland by Antti-Juhani Wihuri.¹⁰ What is more, Aarnio's bold claim

⁷ Cf. Wittgenstein, *Philosophical Investigations – Philosophische Untersuchungen*, § 83 (p. 39/39e).

⁸ Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, p. 25–30: *L'auditoire comme construction de l'orateur*.

⁹ Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, p. 34–40.

¹⁰ Wihuri, "Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta", p. 363, 364–365.

that Perelman would be committed to a cognitivist theory of values cannot find support in Perelman's line of argumentation. Moreover, the very notion of such consensus-seeking value-cognitivism would be totally alien to the basically Aristotelian premises of Perelman's new rhetorics. The new rhetorics, like Aristotelian topics that was rediscovered by Theodor Viehweg, occupies the 'logical space' between what is self-evident and what is irrational (in French: *entre l'évident et l'irrationnel*),¹¹ while Aarnio's alleged commitment to value-cognitivism and non-relative truths about the human and social values would render even the new rhetorics, or the art of a reasonable social dispute and disagreement (in Latin: *ars disputationis*),¹² under the laws of ultimately converging social consensus – and that would be in plain contradiction to the original Aristotelian premises of the new rhetorics.

d) *Social Pragmatism* follows the bold methodological program of William James and other representatives of philosophical pragmatism:¹³

"Pragmatism, on the other hand, asks its usual question. 'Grant an idea or belief to be true,' it says, 'what concrete difference will its being true make in any one's actual life? How will the truth be realized? What experiences will be different from those which would obtain if the belief were false? What, in short, is the truth's cash value in experiential terms?' – The moment pragmatism asks this question, it sees the answer: *True ideas are those that we can validate, corroborate and verify. False ideas are those that we can not.* That is the practical difference it makes to us to have true ideas; that, therefore, is the meaning of truth, for it is all that truth is known as."

The rightness and justifiability of legal reasoning is now attached to the social, and not merely legal, consequences of the outcome reached in legal interpretation, that being the decisive difference between social pragmatism and analytical legal realism. The impact of philosophical pragmatism can be seen especially in the writings of the *economic analysis of law* where the foreseeable economic consequences of legislation, judicial decisions or sentences on legal interpretation are deemed to be crucial. As Justice Richard Posner put it:¹⁴

"... that the law of property (including intellectual property), of contracts and commercial law, of restitution and unjust enrichment, of criminal and family law, and of admiralty law *all can be restated in economic terms* that explain the principal doctrines, both substantive and remedial, in the fields of (largely) judge-made law. *These doctrines form a system for inducing people to behave efficiently*, not only in explicit markets but across the whole range of social interactions."

¹¹ Perelman, "Une théorie philosophique de l'argumentation", p. 255 *in fine*.

¹² Sampaio Ferraz, Jr., "Topique", p. 615.

¹³ James, "Pragmatism's Conception of Truth", p. 142 (italics in original).

¹⁴ Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 249 (italics added).

The logic of economic transactions and the rationality of social consequences are allowed to replace the traditional models of legal reasoning and legal analysis in the seminal writings of the economic analysis of law.

e) *Legal Exegesis* attaches the evaluation criteria of a sentence on legal interpretation to the original intentions held by the legislator or the precedent court at the time of decision-making, as reconstructed from the *travaux préparatoires* of an enactment or the justificatory reasons given in support of a judicial decision. The models of interpretation already touched upon are akin to the traditional philosophical theories of truth, i.e. Wittgenstein's and Tarski's correspondence theory of truth *vis-à-vis* the correspondence theory of law in e.g. Makkonen's account of isomorphism, the coherence theory of truth and the impact of the *Duhem-Quine Thesis vis-à-vis* the coherence theory of law, the (essentially pragmatist) consensus theory of truth in Perelman's new rhetorics, and James' classical pragmatist theory of truth in social pragmatism and the consequentialist account of legal interpretation. The exegetical approach, on the other hand, bears affinity to the essentially religious doctrine of reconstructing the sacred author's original intentions from a given documentary material. Now, the original intentions of the Creator or some religious author are replaced by those of the elected sovereign ruler in the sense of the Parliament or the Supreme Court of Justice.

The school of legal exegesis had its heyday in the mid-19th century France and Belgium. It made the effort to confine the judge's legitimate sources of law to legislation and the official *travaux préparatoires* only, ruling any other kinds of legal source material out from the judge's discretion. The philosophical model of legal exegesis where the will of the legislator is given the decisive say on legal interpretation is subsequently represented by analytical and institutional variants of legal positivism, as exemplified by e.g. Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Jerzy Wróblewski, Neil MacCormick and Ota Weinberger. The further division into inclusive and exclusive legal positivism is then introduced with respect to the relative inclusion or exclusion of value-based criteria in the rule of recognition or other such criteria as to the identification of valid law.

f) According to the methodological tenets of *Analytical Legal Realism*, the effective *law in action*, as recognized and duly enforced by the courts of justice and other law-applying officials, will supersede the *law in books*, in the sense of the legislative intentions endorsed by the exegetical approach, the logical syllogisms endorsed by the different facets of legal formalism, or the strive for the achievement of absolute social or religious justice in the modern Natural Law tradition. Law in action, in other words, refers to the sum total of the *rights* and *duties* that have been duly recognised and given effect by the courts of justice and other law-applying officials and which, on the basis of the *normative ideology* that is collectively and more or less uniformly internalised by the judiciary and other law-applying officials (in Danish: *den normative ideologi*

der besjæler dommeren),¹⁵ will most likely continue to be recognised and duly enforced in the future by such law-applying officials. The judicial practice of the courts will then have precedence over any formally valid legislation that may or may not find approval by the courts and other officials in charge of putting the law into force.

Analytical legal realism, like legal positivism in its various tenets of an analytical, institutional, exclusive and inclusive kind, sees the law as a *social fact*, in stark contrast to the classical and modern variants of the natural law theory which define the law in terms of ideal social or religious justice, and also in contrast to the idealistic endeavours of the coherence theory of law that defines law in terms of textual coherence among the legal sources. Yet, even analytical legal realism needs to presume the validity of e.g. the norms of constitutional law and the law of procedure, since the courts and other law-applying organs of the state could not be identified as such without reference to the formally valid norms of court organization and judicial procedure. The Danish legal philosopher Alf Ross' (1899–1979) seminal idea of the *normative ideology* that is collectively internalised by the judiciary provides for the final reference for the evaluation of sentences on legal interpretation under (Scandinavian) analytical legal realism.

g) *Legal Conventionalism* looks upon the law with reference to the prevalent, settled and well-established *institutional and societal practices* in the legal community. From a philosophical point of view, law is defined in terms of the *mutual expectations* and *cooperative dispositions* of the members of a given community. Conventionalism places the main emphasis on the various kinds of settled community-based practices or usages, such as established customary law, common practices dealing with the distribution of liability in the field of contract law, decisions given by various kinds of private arbitration organs, and the conception of professional self-image and professional ethics among the lawyers, while the formal, institutional decisions made by the legislator, the courts of justice and other officials are given less significance. In consequence, more importance is given to legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval than to legal rules proper.

Social and legal conventions are *institutional facts* in the sense analysed by e.g. John R. Searle. The individual or collective character of the intentions of a collective agent, such as the legislator or a court of justice consisting of several justices, is then considered. While Searle argues for the genuinely collective character of, say, the legislator, a court of justice, a football team or a symphony orchestra, I rather opt for the more individual-based definition of such intentions on the ground of the *Ockham's razor*. Moreover, even the formal conven-

¹⁵ Ross, *Om ret og retfærdighed*, p. 56: "Retsvidenskaben beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren."

tions which define legislation and court practice could be rephrased in terms of the mutual expectations and cooperative dispositions of the members of the legislative body or the judicial organ concerned. H.L.A. Hart's idea of the rule of recognition, by reference to which the valid legal rules of a legal system can be identified by the judges and other officials, could be taken as such a social convention that is prevalent among the judiciary.

h) *Legal Formalism* sees the law in terms of the *logico-conceptual* and *legal systemic* constraints that are placed upon the law and legal interpretation by the formalist efforts of a constructive legal science. Georg Friedrich Puchta (1798–1846), Bernhard Windscheid (1817–1892) and the young Rudolf von Jhering (1818–1892) all represent the German variant of a constructive legal science, i.e. *Begriffsjurisprudenz*. According to Puchta's *genealogy of legal concepts* (in German: *Genealogie der Begriffe*), legal concepts form a hierarchical totality in which the abstractness and coverage of concepts constantly increases when moving up the hierarchy, and *vice versa*. Legal problems could be solved by means of pure logical deductions on the basis of such formal legal concepts and their systemic relations, with no concern entertained for the social consequences thereby brought into effect. Christopher Columbus Langdell (1826–1906) and Joseph Beale (1861–1943), on the other hand, represent the specific American variant of legal formalism, i.e. the 'Langdellian orthodoxy' in the sense of C. C. Langdell's formal case law method at Harvard.

Legal formalism can be further analysed utilizing Robert S. Summers' idea of the various facets of legal formality, as combined with Ronald Dworkin's idea of legal rules and legal principles. Thus we can make the distinction between:¹⁶

- (a) *constitutive or validity formality*, with reference to the specific mode of existence of a legal norm or argument, since legal rules are valid due to their formal source of origin, while legal principles and other legal standards require institutional support and societal approval in the legal community,
- (b) *systemic formality*, with reference to the strong or weak systemic characteristics, respectively, of legal rules and legal principles,
- (c) *mandatory formality*, with reference to the relative amount of binding force of a legal norm on a judge's legal discretion,
- (d) *structural or norm-logical formality*, with reference to the binary logic of an *either/or* type that is being followed by legal rules and the multi-valued logic of a *more-or-less* type that is being followed by legal principles and other legal standards endowed with legally adequate institutional support and societal approval,
- (e) *methodological formality*, with reference to the type of argumentation involved in the interpretation and systematisation of legal rules

¹⁶ Siltala, *A Theory of Precedent*, p. 47–54.

- which are detached from the particular social values and goals on the basis of which the rules were originally enacted, on the one hand, and the weighing and balancing of legal principles and standards that are tightly intertwined with social values and goals, on the other, and
- (f) *linguistic or expressive formality*, with reference to the linguistic or expressive characteristics of a legal norm, since legal rules are given an authoritative formulation by the legislator or (rarely) by a precedent-issuing court of justice, while legal principles and other less formal legal norms, such as the *ratio decidendi* of a precedent case and legal norms of a customary origin, usually have no authoritative linguistic formulation whatsoever.

Legal rules are norms with *high* legal formality, while legal principles and other such legal standards are norms with *low* legal formality in all the accounts differentiated above. Different strands of legal formalism define law in terms of extremely high formality, with reference to legal concepts and their mutual relations.

i) *Natural Law Theory* defines the law and its acceptable content in terms of *absolute social or religious justice*. The exact meaning given to such social or religious criteria has varied a lot in the course of history, from the Greek and Roman Antique via the scholastic and religious conception of law that was upheld by e.g. Thomas de Aquino in the 13th century to the more secular notion of law of the modern times. The Natural Law tradition can accordingly be divided into the classical and the modern tenets of natural law or, to be more exact, to the classical phase of the Antique Greece, the scholastic and highly religious phase of Mediaeval times, the rationalist and axiomatic variant of the 17th, 18th and 19th century, and the modern natural law since the 1950's.

The maxim *lex iniusta non est lex sed legis corruptio*, i.e. unjust laws are not laws proper but a corruption of law and therefore void of any binding force, could be named the battle-cry of Natural Law theory in all its variety. Among the key representatives of the modern natural law tradition, the German legal philosopher Gustav Radbruch (1878–1949) placed the criteria of an essentially non-positive law and justice (in German: *übergesetzliches Recht*) over and above any 'legal wrongs' (in German: *gesetzliches Unrecht*) that might be committed by the legislator or the courts of justice. Lon L. Fuller (1902–1978), the distinguished American natural law thinker, defined law in terms of the *internal morality of law*, with reference to a set of institutional or procedural requirements placed on the discretion of the legislator and, to a lesser degree, of the judiciary. In consequence, laws could not be retroactive in effect, obscure or secret in content, contradictory, without a corresponding practice of enforcement, and so on, if the requirements of the internal morality of law are to be duly respected. John Finnis (1940–) has based his conception of law on the seven self-evident *basic goods* or *basic values*, i.e. *life, knowledge, play, aesthetic experience, sociability (friendship), practical reasonableness*. The basic

values are each indispensable and, what is more, there cannot be any hierarchical order among them in the sense envisioned by e.g. Puchta's formal *Genealogie der Begriffe*:¹⁷

"More important than the precise number and description of these values is the sense in which each is basic. First, each is equally self-evidently a form of good. Secondly, none can be analytically reduced to being merely an aspect of any of the others, or to being merely instrumental in the pursuit of any of the others. Thirdly, *each one, when we focus on it, can reasonably be regarded as the most important*. Hence *there is no hierarchy amongst them*. (...) Each is fundamental. None is more fundamental than any of the others, for each can reasonably be focused upon, and each, when focused upon, claims a priority of value. Hence there is no objective priority of value amongst them."

Despite H.L.A. Hart's (1907–1992) strong commitment to the basic tenets of analytical legal positivism (or even to analytical legal realism because of the key role given to the judiciary and the rule of recognition accepted by it in his conception of law), there is still a strand of natural law embedded in his concept of law. Hart chose to label it the *minimum content of natural law*. It consists of a set of contingent but nonetheless true facts concerning the human nature and the social conditions of life, the disregard of which would render any legislation whatsoever quite useless and ineffective as a means of social guidance. Unless the legislator and the courts of justice gave at least to some kind of recognition to the contingent facts of human vulnerability, limited altruism, approximate equality and the scarceness of material resources, there would be no guarantee whatever of a voluntary norm-conformity among the citizens *vis-à-vis* any kind of legislation. In addition, in the post-war time various kinds of *human rights* have been recognised and legally protected in the international legal conventions, such as the European Human Rights Convention. In a similar manner, the national constitutions of the Western states usually entail a list of the *basic rights* to be protected by the legislator and the courts of justice alike.

j) All the theories of law and legal interpretation so far considered have recourse to some kind of a general theory of law and society. In the context of analytical legal realism, this means the fact of giving recognition to certain tenets of a realistic metaphysics along with the key function given to the judges and other law-applying officials in determining the content of the law. The law of a nation is, accordingly, conceived of as a social fact, with all that it might imply in terms of legal and social philosophy. In the case of social pragmatism, and the economic analysis of law in specific, the requirement of generality denotes a commitment to an economical theory of some kind that is then

¹⁷ Finniss, *Natural Law and Natural Rights*, p. 92, 93 (italics added).

utilised in evaluating both the valid and the possible future legislation (in Latin: *de lege ferenda*), decisions given by the courts of justice and the various models of legal argumentation in general. And in the context of the coherence theory of law and legal interpretation, a certain kind of conception of textual coherence and the impact of various kinds of institutional and community-based legal sources is made use of.

Finally, a *Radically Contextual Conception of Social Justice*, quite on the contrary to the other approaches to the law and legal interpretation, renounces any commitments to a general theory of law and society. In consequence, judicial decision-making and legal argumentation in general can only take place on radically *ad hoc* (or even *ad hominem*) grounds, without any claim of universalising the particular outcome reached. The theoretical premises of such an approach to legal reasoning bears some obvious similarity to the German *Free Law Movement* (in German: *Freirechtsbewegung*) and to Carl Schmitt's (1888–1985) extremely *decisionist* philosophy of law. Likewise, Juha Pöyhönen's radical reformulation of the prevalent (Finnish) legal source doctrine in terms of an adherence to a combination of a system of basic rights, on the one hand, and a set of mainly economics-based arguments concerning the social consequences of law, on the other, is also considered in the text above. Pöyhönen's point of view is criticized since it fails to pay due (or in fact: any) attention to the prevalent institutional and conventional sources of law that the Finnish legal system in force nonetheless acknowledges.

Marti Koskenniemi's radical conception of international law, as outlined in the final chapter of his dissertation *From Apology to Utopia*, where the essentially decisionist requests of being 'normative in the small', enforcing contextual justice on an *ad hoc* basis, upholding authentic commitment and integrity as a lawyer, and claiming open-ended methodology *vis-à-vis* the other branches of the social sciences and philosophy will replace the traditional self-image of a judge, in the sense that the judge or other decision-maker ought to follow the legal rules and principles that have been laid down in the prior legal and institutional decisions. Now, a kind of a mirror image of Kelsen's pure theory of law, in the sense of an *impure theory of law*, where all the other kinds of arguments will be accepted as part of the authentic commitment of the lawyer, with the one exception of the traditional legal arguments which will be ruled out, is put forth by Koskenniemi.

In all, the *correspondence theory of law* and the various tenets of *legal formalism* are more or less compatible with Jerzy Wróblewski's ideology of bound judicial decision-making and Kaarle Makkonen's isomorphic situation of legal decision-making. On the other hand, classic and modern *natural law theory* and *social pragmatism*, the latter in the sense of taking the social and economic consequences of law into account, more or less comply with Jerzy Wróblewski's ideology of free judicial decision-making and Kaarle

Makkonen's situation of legal decision-making where no legal rules or principles constrain a judge's discretion. The decision-making situation is free, if looked upon from a legal point of view. Yet, from the point of view of the social or religious values under the auspices of natural law theory, or from that of the social consequences of law under social pragmatism, the matter looks rather different, though. Finally, the *coherence theory of law*, the *new rhetorics* of an Aristotelian and Perelmanian invention, *legal exegesis* with its emphasis on the original intentions of the legislator or the precedent-issuing court, *analytical legal realism*, and *legal conventionalism* all match with Jerzy Wróblewski's ideology of legal and rational judicial decision-making and Kaarle Makkonen's idea of such a legal decision-making situation in which a recourse to genuine legal interpretation is required.

3 The Semantics of Law, Metaphysical Commitments, and the Three Ideologies of Legal Interpretation

The various models of legal interpretation, while they map the *possible-world semantics* of law in a more or less all-inclusive manner, still leave the question of the *validity* of the sentence on legal interpretation untouched. In other words, the models of interpretation presented, from the correspondence and coherence theories of law to a radically contextual conception of law, only deal with the semantic *intension* of an interpretation sentence, in the sense of defining the criteria used in the evaluation of its meaning content. Therefore, it is only with reference to a wider semantic frame that the question of *legal validity* and *institutional truth-value* of a sentence on legal interpretation can be grasped in an adequate manner. The semantics of a sentence on legal interpretation is clarified with reference to Gottlob Frege's (1848–1925) and Rudolf Carnap's (1891–1970) analysis above. Frege made the famous distinction between the *reference* (in German: *Bedeutung*; in Latin: *nominatum*) and the *sense* (in German: *Sinn*) of a linguistic term or sentence. In a similar manner, Carnap made the distinction between the *extension* and *intension* of a linguistic expression. Above, I chose to follow Carnap's method of extension and intension, as presented in his *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*.

The semantic reference or extension of a predicative expression is a class of individuals, and the intension is the property attached to it. Thus, the two predicative expressions, *the Morning Star* and *the Evening Star*, have a different sense (= Frege) or semantic intension (= Carnap) in the sense of a star, or actually a planet, that can only be seen either at the dawn (i.e. the Morning Star) or at the dusk (i.e. the Evening Star). Yet, they both refer to the same heavenly body, i.e. planet Venus, thus having the same semantic reference (= Frege) or

extension (= Carnap). The semantic reference or extension of a sentence is its *truth-value*, and the sense or intension of a sentence is the *proposition* expressed by it. It is only in the oblique context that the two systems of semantics as put forth by Frege and Carnap yield different results as compared to each other. Otherwise the choice of terminology is an issue of conventional linguistic usage only.

Though neither Frege nor Carnap deal with the issues of legal interpretation in their writings on semantics, their analysis may well be extended to the semantic constitution of a sentence on legal interpretation as well. I argue above that the semantic extension of a sentence on legal interpretation is equal to its *legal validity* and the respective *truth-value*, and the semantic intension of such a sentence is its *meaning content* at a given moment of time *vis-à-vis* a given fact-constellation. There can be no *absolute* or *self-evident* truths about the law, despite the bold contrary claims that have been made by the representatives of the natural law theory and legal phenomenology, and neither is there a *view from nowhere*, free and independent from all kind of ideological or theoretical commitments *vis-à-vis* the law.¹⁸ In consequence, all claims concerning the validity or the truth-value of a legal sentence, on the one hand, or those concerning its meaning content at a given moment of time, on the other, can only be judged with reference to a chosen frame of interpretation and the respective set of *criteria for the evaluation of legal validity and legal interpretation* that have been laid down by a *formal*, *institutional*, or *substantive* ideology of law. Such an ideology of law comprises one or several models of interpretation that are held together by a common type of validity and interpretation criteria for legal sentences.

In addition, the truth-value semantics of a legal sentence entails a necessary commitment to a certain kind of presumed *reality structure* of law in the sense of the metaphysical commitments entailed, such as the *logical constitution*, the *alleged ontology*, and the *structural axiology* of law.

The *logical constitution* on law refers to the means of conceptualizing the law and legal phenomena with the help of various kinds of logico-linguistic devices, conceptual 'tools' or semantic constructions. The logical and linguistic field of legal phenomena may be defined by a functionalist and relational account of the concept of rights and the corresponding duties, as introduced by Wesley Newcomb Hohfeld in of his analytical definition of the right of legal ownership. In consequence, the legal rights of person A in the sense of e.g. ownership rights have no semantic reference outside the semantic realm of

¹⁸ The apt phrase, *the view from nowhere*, is adopted from the American philosopher Thomas Nagel's book with the same title, though Nagel does not deal with legal issues in his book. On the theory-laden character of any truths about the law, Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, p. 927 *et seq.*

such legal concepts, in the sense of the corresponding duties of person B in the context of the property law and the legal consequences of ownership.

The *ontological commitments* of law define the or *furniture of the (legal) world* in terms of, for instance, the following items of legal metaphysics where the level of abstraction constantly increases towards the bottom line of the presentation and, respectively, decreases towards the top line:

- (a) *rights & duties* allocated to the individual legal subjects,
- (b) *legal rules* as deliberately laid down by the legislator and the courts of justice + *legal principles* as conventionally settled by common usage,
- (c) individual *institutional decisions* + settled *conventional practices*, or
- (d) *social values & goals* acknowledged by institutional decisions & established societal practices

Legal rules are (primarily) based on institutional decisions made by the legislator, the courts of justice and other law-applying officials, while *legal principles* are (primarily) based on settled conventional practices, such as customary law, settled practices of risk-allocation and the distribution of liability in contractual relations, decisions given in private arbitration and the reasons given in their support, and professional ethics and professional practices of the lawyers. The rights and duties allocated on individual subjects may then be specified e.g. as the law in action as recognized by the courts of justice under *analytical legal realism*, as the original intentions of the legislator or the precedent-issuing court under *legal exegesis*, or as the mutual expectations and cooperative dispositions of the members of the legal community under *legal conventionalism*.

The *structural axiology* of law looks upon the law from the point of view of social values and goals and their potential for being transformed into value-laden legal principles, as conventionally settled by the societal practices, or into formal legal rules, as laid down by the institutional decisions given by the legislator and the courts of justice.

There is accordingly a key difference in the angle of approach adopted in the three types of commitments involved which make up the frame of metaphysics for the law and the sentences on legal interpretation and justification: the logical constitution of law looks upon the law from the point of view of logic and linguistics; the ontological commitments of law signify a recourse to the metaphysical queries on 'what there is' in the law, in the sense of inquiries into the 'nuts and bolts' of a legal universe; and the structural axiology of law places the emphasis on the value-laden or goal-oriented characteristics of law and the sentences on legal interpretation.

The three kinds of ideologies of law define the criteria for the evaluation of legal validity and the correctness of legal interpretation, each giving effect to a set of models of interpretation that were already touched upon above.

The *institutional ideology of law* comprises the set of shared institutional or conventional criteria for the evaluation of legal validity and legal interpretation that have been laid down with a slightly different kind of emphasis by the correspondence theory of law, coherence theory of law, the new rhetorics, legal exegesis, analytical legal realism, and legal conventionalism. What holds all of these together is a commitment to the either *institutional* or *conventional* sources of law. The criteria adopted for the evaluation of the validity and the appositeness of legal interpretation are thus defined with reference to:

- (a) an isomorphic relation that is thought to prevail between the facts of the case and the legal norm in question (= *correspondence theory of interpretation*),
- (b) textual coherence among the prevalent institutional and conventional sources of law and among the sentences on legal interpretation and legal justification that are drawn from them (= *coherence theory of interpretation*),
- (c) approval of the outcome of interpretation in the universal audience (= *the New Rhetorics*),
- (d) the original intentions of the legislator or a precedent-issuing court, as reconstructed from the *travaux préparatoires* of an act of legislation or from the legal reasoning given in support of a prior court decision (= *legal exegesis*),
- (e) the legal consequences brought into effect by a legal decision, in the sense of the rights and duties that have been effectively protected in the legal decisions given the courts of justice and other legal officials (= *analytical legal realism*), or
- (f) the settled institutional and societal practices in the legal community, as based on the mutual expectations and cooperative dispositions of the members of the community *vis-à-vis* the law (= *legal conventionalism*).

The institutional ideology of law consists of three constitutive elements:

- (a) the prevalent *legislative ideology*, as given effect by the legislation and the *travaux préparatoires*,
- (b) the collective *judicial ideology*, as given effect by precedents, other court decisions and decisions given by other officials, on the condition that they exert mandatory force upon the subsequent legal decision-makers, individual legal decisions given by the European Court of Justice and the European Court of Human Rights, in the sense of the mandatory force on national courts and other national decision-makers of such general legal standards that may be extracted from the decisions given by the two courts concerned, plus the settled and consistent practice of the national European courts on legal issues with a bearing on the European law, and
- (c) a *societal conception of law*, as given effect by customary law, settled practices on the distribution of contractual liability among the parties to an agreement, decisions given by private arbitration or-

gans, and the professional ethics and common professional practices of the lawyers.

The particular models of legal interpretation which give effect to the institutional (and societal) ideology of law each place a different kind of emphasis on its constitutive elements of either legislative, judicial or conventional kind.

The *formal ideology of law* covers the various tenets of *legal formalism*. In consequence, the criteria adopted for the evaluation of the validity and correctness of a legal sentence are framed in terms of logico-conceptual and legal systemic congruence of the sentence concerned, in line with a highly systemic conception of law. Finally, the *substantive ideology of law* comprises the axiological validity criteria and the criteria concerning legal interpretation that have been put forth by the *Natural Law Theory*, on the one hand, and those focused on the social consequences of law that have been presented by *social pragmatism* and, especially, the *economic analysis of law*, on the other.

The *truth-value* of a sentence on legal interpretation is defined accordingly. Legal sentence S (in the sense of a sentence on legal interpretation, supported by a set of sentences on legal justification) is "true_L" if and only if it satisfies some of the *institutional* or *conventional* validity criteria that have been specified by the institutional ideology of law, with reference to the correspondence theory of law, the coherence theory of law, the new rhetorics, legal exegesis of a statutory or precedent type, analytical legal realism, or legal conventionalism. The index "L" in the truth-value of a legal sentence signifies the *legal* character of the validity criteria adopted. To be more specific, a legal sentence S is "true_{CONVENTIONALISM}" if and only if it satisfied the specific validity criteria laid down by legal conventionalism, while it is "true_{COHERENCE}" if and only if it satisfies the criteria laid down by the coherence theory of law, and it is "true_{LEGAL EXEGESIS}" if and only if it satisfies the criteria laid down by an exegetical theory of law.

In a similar manner, legal sentence S is "true_F" if and only if it satisfies the *logico-conceptual* and *legal systemic* validity criteria that have been defined by the formal ideology of law in terms of legal formalism. The index "F" in the truth-value of a legal sentence signifies the *formal* character of the validity criterion adopted. Finally, legal sentence S is "true_S" if and only if it satisfies the *axiological* or *consequentialist* validity criteria that have been specified by the natural law theory and social pragmatism, respectively, under the auspices of a substantive ideology of law. The index "S" in the truth-value of a legal sentence signifies the *substantive*, or either value-laden or goal-oriented, character of the validity criteria adopted.

The truth-value of a legal sentence is, in other words, strongly *theory-laden*, in the sense of being closely intertwined with a conception of law that has been defended by a formal, institutional, or substantive account of law and of legal validity.

4 The Binding Force and the Meta-Level Context of Law

What is the final validity ground of law with reference to the various kinds of legal sources and the legal rules, as laid down by institutional decisions, and legal principles, as established by conventional societal usage? What, in other words, is the binding effect which they exert on the legal discretion of a judge or other official grounded upon? Above, the mandatory character of the crucial legal source material *vis-à-vis* a judge's legal discretion is evaluated with respect the three different theories of Aulis Aarnio and Aleksander Peczenik, Hans Kelsen, H.L.A. Hart and Neil MacCormick, plus my own suggestion.

Aulis Aarnio and Aleksander Peczenik have defined the binding character of law in openly *pragmatist* terms: what kind of unpleasant consequences will most probably be inflicted upon the judge, if the refuses to apply the valid norms of legislation or, if there is no legislation on the matter, refuses to apply the norms of settled customary usage?¹⁹ The structure of argumentation presented by Aarnio and Peczenik is like the one employed by the *bad man* in Oliver Wendell Holmes' famous prediction theory of law:²⁰

"Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or England courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law."

The threat of a set of official and unofficial sanctions that might be inflicted upon a stubborn, deviant judge who refuses to give due effect to the mandatory institutional and conventional sources of law is hardly a satisfactory philosophical argument, though recourse to the fact of such institutional compulsion is of course one of the prominent features of any positivist notion of law since the writings of Thomas Hobbes, John Austin and Hans Kelsen. Still such a legal sanction could hardly be enforced in an open-ended decision-making situation of a truly hard case where the judge is guided by legal principles and other legal standards only, since there is no precise enough *ex ante* criterion of judgment upon which the official blame could then be based. In addition, the fact that *desuetud* situations and even *contra legem* decisions occur every now and then

¹⁹ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, p. 220; cf. Peczenik, *Vad är rätt?*, p. 214–215

²⁰ Holmes, "The Path of the Law", p. 460–461.

in the judicial practice of the courts, without there being any official sanction inflicted upon such the judge concerned, is a further argument *contra* Aarnio's and Peczenik's model.

In fact, the threat of a legal or social sanction that might be inflicted upon a deviant, dissenting judge in some cases of judicial decision-making is not a grounding *reason* for the institutional fact of norm-conformity, as Aarnio and Peczenik would have it. Rather, it is an external *effect* that is brought into being by force of certain underlying, more foundational social phenomena, having reference to the *institutional and conventional principles of justification* upon which the binding character of the various kinds of sources of law is grounded, like the principle of a rule of law (in German: *Rechtsstaat*) or parliamentary democracy as an essential part of it. In fact, also Aarnio refers to the idea of respecting the citizens' demand for legal protection in the double sense of formal legal predictability and substantive legal reasonableness, and Peczenik makes use of the ideals of democracy, the rule of law and the respect for legal tradition in this respect. These ideals are not far from the idea of such institutional and societal background reasons of law, but the rather uneasy reference to the idea of official compulsion at the back of the binding force of legislation and customary law still burdens Aarnio's and Peczenik's theory of law.

Hans Kelsen introduced the celebrated idea of the *transcendental-logical basic norm* (in German: *Grundnorm*) in his *Reine Rechtslehre*, or *Pure Theory of Law*. The final validity ground of law and all true knowledge of law is conditional on the prerequisite of a basic norm, in the sense of an indispensable hypothesis or thought construction that is collectively upheld by the members of the legal community in any act of norm-application and norm-recognition. The content of the basic norm might be like the following: "the currently valid Constitution, based on the historically first Constitution of the legal system concerned, and any legislation subsequently issued on the ground of its legal authority, are valid law in legal community LC." But if the binding force of law is based on such a collective hypothesis or transcendental-logical stipulation only, there can hardly be any solid ground for the knowledge of law, either. The mandatory nature of law cannot be any stronger than the hypothetical basis it is grounded upon.

In addition, the nature of the basic norm itself is left rather ambiguous in Kelsen's key writings on the issue. As Kelsen continued to develop the pure theory of law since the 1920's to the 1960's, the exact definition and characterization of the basic norm shifted accordingly, from the hypothetical norm in *Allgemeine Rechtslehre* (1925) to the basic presupposition of all cognition concerning a legal system, as based on the same constitution in *Reine Rechtslehre* (1934), a juristic hypothesis in *General Theory of Law and State* (1945), a transcendental-logical presupposition of any knowledge on law in *Reine Rechtslehre* (1960) and, finally, to a mere fiction, in the sense of Hans

Vaihinger's *als ob* philosophy, in *Allgemeine Theorie der Normen* (1979, posthumously published).²¹ The mandatory character of law is, accordingly, based on the various kinds of formulations of the *Grundnorm*.

H.L.A. Hart denied the need for any such transcendental-logical or hypothetical premises for the final validity ground of law, in the image of Kelsen's *Grundnorm*, in his *The Concept of Law* (1961). According to Hart, the mere empirical fact that the judges and other law-applying officials commonly make use of similar kind of criteria for the recognition of the valid law was quite enough. Hart called the totality of such criteria the *rule of recognition*. There might be several criteria for norm-recognition utilised in a legal system in its different branches, but only one of them can be the supreme and ultimate rule of recognition. Hart's own example of the rule of recognition is given in terms of the *Queen rule*: "what the Queen in Parliament enacts is law". The Queen rule comprises the criteria for the identification of statutory law. In a modern legal system, the rule of recognition comprises the various kind of criteria for the recognition of statutory law, precedents, customary law, *travaux préparatoires*, and other such material.

But is the rule of recognition itself a legal rule, in the image of the primary rules of obligation or the secondary rules of change and adjudication, or is it a mere contingent social fact, only to be seen in the "complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria",²² as Hart wrote. Hart himself approached the issue in *The Concept of Law* as follows:²³

"We only need the word 'validity', and commonly only use it, to answer questions which arise *within* a system of rules where the status of a rule as a member of the system depends on its satisfying certain criteria provided by the rule of recognition. No such question can arise as to the validity of the very rule of recognition which provides the criteria; it can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use in this way."

Such a sociological and empirical definition of the final validity ground of law successfully evades the philosophical pitfalls that plagued Kelsen's transcendental-logical basic norm in its various formulations. But if the attribute of legal *validity* cannot be attached to the rule of recognition, despite the rule-based terminology adopted by Hart himself, where does it derive its mandatory,

²¹ Cf. Siltala, *A Theory of Precedent*, p. 206–207.

²² "... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact." Hart, *The Concept of Law* (1961), p. 107.

²³ Hart, *The Concept of Law* (1961), p. 105–106 (italics in original).

binding force *vis-à-vis* the judiciary and other officials? In addition, if the rule of recognition can only be identified with reference to the presumably uniform common practice of the courts, other officials and private persons in identifying the law, how can it be distinguished and drawn conceptually apart from that legal practice itself? The final outcome is like the philosophical dilemma encountered by the Borgesian imperial cartographers whose enormous map, like Hart's rule of recognition *vis-à-vis* the prevalent legal practice, was identical with the topography of the Empire and without any conceptual identity of its own.²⁴

In the text above, I reject each of the three candidates for the final validity ground of law, i.e. Aarnio's and Peczenik's pragmatist model of reasoning with the judge as the Holmesian 'bad man', Kelsen's transcendental-logical reasoning and the merely hypothetical status of the outcomes reached, and Hart's sociological reasoning and the Borgesian dilemma thereby encountered. The mandatory force of legislation, *travaux préparatoires*, precedents, other court decision, customary law, contracts, and so on, are, instead, based on the *institutional and conventional justification principles* of law.

The mandatory, binding character of legislation and the *travaux préparatoires* is based on the idea of respecting parliamentary democracy and the political decisions thereby reached. The threat of official sanctions that might be inflicted upon a stubborn, 'dissenting' judge who refuses to apply valid statutory law but insists on adhering to, say, his own political or religious convictions in law-application bears witness of the outward effects of such grounding principles of a *Rechtsstaat* where the decisions made by the judges need to be based on the law in force, and not personal whim or capriciousness. The binding force of precedents, other court decisions and possibly other decisions given by the law-applying officials, on the condition that they are deemed to have a guiding effect of subsequent legal decisions, is derived from the principle of equality before the law, respect for legal predictability and the protection of the legitimate expectations of the members of the legal community. The binding character of customary law and contractual obligations is based on acknowledged private autonomy of the legal subjects, plus the idea of legal predictability and the protection of legitimate expectations.

In the context of the doctrine on legal sources, the idea of a *Rechtsstaat*, or of the state based on the *rule of law*, can be defined with reference to the three types of principles: (a) respect for parliamentary democracy (→ the mandatory

²⁴ "... En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, esos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él." Borges, "Del rigor en la ciencia", p. 143. Cf. Siltala, *A Theory of Precedent*, p. 221–229; *ibid.*, *Oikeusiiteen tietenteoria*, p. 722–724.

force of legislation and *travaux préparatoires*), (b) equality before the law, legal predictability and the protection of the legitimate expectations of the members of the legal community (→ the mandatory force of precedents and other court practice, inclusive of general legal standards that may be inferred from the decisions given by the European Court of Justice or the European Court of Human Rights), and (c) respect of the private autonomy of the legal subjects, legal predictability and the protection of legitimate expectations of the members of legal community (→ the mandatory force of customary law and contracts).

In addition, the principle of *legal sovereignty* is a residual principle of legal justification that needs to be taken recourse to if the justificatory value of the said three principles of the rule of law is not deemed sufficient. Reference to such an arguably self-sufficient idea of legal sovereignty can be seen in e.g. the legislation issued by the Commission and Council of the European Union in so far as such norms are affected by the institutional *democracy deficit*, in the sense of not being able to draw support from the will of the legal community, in line with the principle of respecting parliamentary democracy or that of legal subsidiarity. In a similar manner, the general legal standards that may be inferred from the decisions given by the European Court of Justice or the European Court of Human Rights may be in need of such a reference to legal sovereignty, if the principles of equality before the law, legal predictability and the protection of the legitimate expectations of the members of the legal community are not deemed sufficient.

The institutional and societal justification principles of law are part of the *meta-level context* of law and legal interpretation. The meta-level context of law is a comprehensive theory of law and society including the systemic *priority rules* for:

- (a) the various kinds of institutional and conventional legal source material,
- (b) legal rules, as institutionally laid down by the legislator and the courts of justice, and legal principles, as conventionally settled in the legal community,
- (c) the three ideologies of law in the sense of a formal, institutional, or substantive approach to the law and the respective criteria for the evaluation of legal validity and the appositeness of legal interpretation involved,
- (d) the various models of legal reasoning, and
- (e) the systemic 'order of things' among valid legal rules and legal principles, as originally intended by the legislator (= the 'logic of legal regulation') and as subsequently enforced by the courts of justice and other officials (= the 'logic of judicial decision-making').

Dworkin's master idea of *law as integrity* may be taken as an all-inclusive frame of law, legal validity and legal interpretation, while being in match with the prevalent meta-level context of law.

5 Models of Legal Reasoning

5.1 The Logic of Legal Transformations

Legal reasoning is not an instance of *deductive* reasoning, where a necessary outcome could be deduced from a set of premises known to be true by force of necessity. If all humans are known to be (by definition) mortal and if Socrates is known to be human, then it can be inferred that Socrates, too, is mortal. But neither is legal reasoning an instance of *inductive* reasoning where some generalisation could be made on the basis of converging empirical observations. If all ravens so far observed have been black, then we can inductively infer that all ravens are black.

Deductive reasoning is *truth-preserving* to the effect that the known truth-value of the premises plus the rules of logical inference are able to determine the truth-value of the outcome of reasoning. Yet deductive reasoning cannot increase our knowledge of the external world, since the outcome of such an inference, like the mortality of Socrates, is already latently prevalent in the premises of deduction. Inductive reasoning, on the other hand, will increase our knowledge of the external world, but such knowledge is by definition more or less uncertain due to the contingent character of the premises of reasoning and the not truth – preserving character of such reasoning. Though all the ravens so far observed have been black, there is no guarantee whatever against the possibility that the next raven to be seen turns out to be an albino raven or some other rare colour variation of the genus *corvus corax*. In the context of law, the legislator and the courts of justice are sometimes quite unpredictable, as Kaarle Makkonen and the American Legal Realists have both, and with all good reason, pointed out.

Abductive logic, as outlined by the American philosopher Charles S. Peirce, in the sense of *an inference to the best explanation* may be useful in outlining the fact premise of legal reasoning, but it cannot grasp the normative or legal premise of such reasoning. Instead, legal reasoning follows the less strictly drawn rule of Aristotelian *rhethorics* or *topics* where the premises of reasoning are not necessarily true (or necessarily untrue) but only more or less acceptable, reasonable or adequate in the legal community concerned. Aristotle's ideas were found anew in the 1950's by Chaïm Perelman and further elaborated by him under the title of the *New Rhethorics*.

To put it concisely, legal reasoning is a form of Aristotelian *rhethorics* in the sense of a *logic of legal transformations*,²⁵ where a set of non-deductive but

²⁵ The term *transformation* has been suggested by Aleksander Peczenik. Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, p. 3–5, 12, 33 *et seq.*; *ibid.*, *On Law and Reason*, p. 116, 130–131, 295–301; *ibid.*, *Vad är rätt?*, p. 303–305.

nonetheless legally justified 'leaps' or 'jumps' of argumentation are performed on the basis of the *frame of interpretation* adopted, to the effect of making a move in legal argumentation from the combination of a specific *norm premise* N, as derived from the institutional and conventional legal sources that are held to be prevalent in the legal community, and a specific *fact premise* F, as marked off from the totality of the fact-constellations of the world on the basis of their alleged legal significance in light of the rules or/and the allocation of the burden of evidence, to a specific *sentence on legal interpretation* Q to the effect that the content of valid law *vis-à-vis* the facts F is *q*, because of the frame of interpretation T.

The structure of legal reasoning is accordingly as follows:

Norm Premise (or Premises) N:	$N_1, N_2, N_3 (...) N_n$
Fact Premise (or Premises) F:	$F_1, F_2, F_3 (...) F_n$

 Sentence on Legal Interpretation Q: "the content of valid law *vis-à-vis* the facts F is *q* because of the frame of interpretation T and the respective criteria for the evaluation of legal validity and the correctness of legal interpretation involved".

The transformations or 'jumps' (a) from a set of prevalent institutional and societal legal sources to a specific norm premise, (b) from the totality of possible fact-situations to a specific fact premise, and (c) from the combination of such normative and factual premises of reasoning to a specific sentence on legal interpretation Q do not fulfil the criteria of logical reasoning. Rather, the type of reasoning involved is a modification of Aristotle's rhetorics in the context of law and legal reasoning.

5.2 Legal Interpretation Defined

The concept of *legal interpretation* can be defined with reference to the *semantic extension and intension* of a sentence on legal interpretation, on the one hand, and with reference to the *constitutive rule* "x counts as y in context C", as employed in the analysis of institutional facts by John R. Searle, on the other.

The semantic *extension* of a sentence on legal interpretation is equal to its *validity ground* and respective *truth-value*, as defined in terms of the formal, institutional or substantive ideology of law, and the semantic *intension* of a sentence on legal interpretation is equal to its *meaning content* at a given moment of time *vis-à-vis* a certain fact-constellation. Legal interpretation signifies the act of determining the semantic extension and intension of a sentence on legal interpretation with reference to the criteria for the evaluation of legal validity and legal interpretation that have been laid down by the formal, institutional or substantive frame of interpretation, to the effect of defining the validity ground, the formal, institutional or substantive truth-value, and the meaning content of law at a given moment of time.

The *validity* ground and the corresponding *truth-value* of a sentence on legal interpretation are determined by the specific validity criteria established by the frame of interpretation adopted, and the respective criteria for the evaluation of the appositeness of the legal interpretation are determined by the criteria of interpretation under the same frame of analysis. In consequence, the criteria for the evaluation of legal validity and legal interpretation may have the following kinds of contents, depending on whether the frame of interpretation adopted entails a formal, institutional, or substantive conception of law:

- (a) *logico-conceptual* and *legal systemic* criteria for the evaluation of legal validity and correctness of legal interpretation, if a *formal* conception of law and legal interpretation is adopted,
- (b) *institutional* and *societal* criteria for the evaluation of legal validity and correctness of legal interpretation *vis-à-vis* legal rules, as laid down by the institutional decisions of the legislator and the courts of justice, on the one hand, and legal principles, as established by conventional societal practice, on the other, if an *institutional* and *conventional* conception of law is adopted, and
- (c) *value-based* or *teleological* criteria for the evaluation of legal validity and correctness of legal interpretation in the sense of such social values and goals that cannot draw sufficient institutional support and societal approval from the prevalent, legally significant usages in the legal community, with reference to e.g. the personal political or religious convictions of a judge, if a *substantive* conception of law and legal interpretation is adopted.

As argued above, legal sentence S (in the sense of a sentence on legal interpretation, supported by a set of sentences on legal justification) is "true_L" if and only if it satisfies some of the *institutional* or *conventional* validity criteria that have been specified by the institutional ideology of law, with reference to the correspondence theory of law, the coherence theory of law, the new rhetorics, legal exegesis, analytical legal realism, or legal conventionalism. In a similar manner, legal sentence S is "true_F" if and only if it satisfies the *logico-conceptual* and *legal systemic* validity criteria that have been defined by the formal ideology of law in terms of legal formalism. Finally, legal sentence S is "true_S" if and only if it satisfies the *axiological* or *consequentialist* validity criteria as specified by the natural law theory and social pragmatism, respectively, under the auspices of the substantive ideology of law.

Alternatively, the concept of legal interpretation can be defined with reference to the notion of a constitutive rule, as employed in the context of institutional facts. John Searle has defined the concept of an institutional fact with reference to the *constitutive rule*, "x counts as y in context C".²⁶ Variable "x" refers to

²⁶ Searle, *Speech Acts*, p. 51–52: "[Institutional facts] are indeed facts; but their existence, unlike the existence of brute facts, presupposes the existence of certain human institutions. It is only

either a brute or an institutional fact, such as the speeches held and the votes had by the elected members of the (Finnish) Parliament in the course of a law drafting procedure. Variable "y" refers to an *institutional* fact, such as the Finnish Parliament engaged in the task of legislation. Even institutional facts may be the subject of such a legal qualification for instance when some stipulation included in a valid legal contract is enforced by a court of justice to the effect of attaching certain legal consequences to it. Context C refers to the *frame of interpretation* adopted, in the sense of the either formal, institutional, or substantive ideology of law and the respective notion of the criteria for the evaluation of legal validity and interpretation involved. The frame of interpretation provides for a necessary key of interpretation (in German: *Deutungschema*; in Danish: *tydningsskema*),²⁷ in the sense referred to by Hans Kelsen and Alf Ross, with reference to which a set of social facts can be qualified as institutional or conventional, i.e. legal, facts.

Within the semantic realm drawn by the institutional ideology of law, the criteria available for the evaluation of legal validity and the justifiability of the outcome of legal interpretation are the ones defined by the correspondence theory of law, the coherence theory of law, the new rhetorics, legal exegesis with emphasis on either statutory law or precedent-based law, analytical legal realism, and legal conventionalism, respectively. In the case of the formal ideology of law, such criteria comprise the logico-conceptual and legal systematic requirements laid down by the various tenets of legal formalism. Finally, under the substantive ideology of law, such criteria refer to the idea of an absolute social or religious justice according to the natural law theory, on the one hand, and to the idea of paying due respect to the social and economic consequences of law according to forthright social pragmatism, on the other.

5.3 The Systemic 'Order of Things' among Legal Rules and Legal Principles

According to Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin, *legal systematisation* is equal to the *reformulation* of the original system that was intended by the legislator:²⁸

given the institution of marriage that certain forms of behavior constitute Mr. Smith marrying Miss Jones. (...) These 'institutions' are systems of constitutive rules. Every institutional facts is underlain by (a system of) rule(s) of the form 'X counts as Y in context C'". – Cf. Searle, *The Construction of Social Reality*, p. 28, 43–51.

²⁷ Ross, *Om ret og retfærdighed*, p. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), p. 3 *et seq.*

²⁸ Alchourrón & Bulygin, *Normative Systems*, p. 79 (italics added). – Cf.: "*Reformulation of the system*: consisting in the substitution for the original basis of another one. This usually occurs when the number of sentences in the basis is very large. The replacement of a very extensive basis by another that is more restricted but deontically equivalent is considered by jurists to be an advantage, since applying the system thereby becomes simpler. On the other hand, this operation

”Generally speaking, the reformulation of a system consists in the replacement of the basis by a new one, that is *less extensive, more general and normatively equivalent*.”

In a similar manner, Aulis Aarnio defines legal systematisation as an operation whereby the *pre-theoretical* or *basic system* that was initially laid down by the legislator is substituted by another conceptual system that is on a more general level than the original one but is nonetheless able to produce the very same results in terms of sentences on legal interpretation. The *replacing system* that has been produced by legal science is, according to Aarnio, *identical* with the basic system.²⁹

”What legal systematisation amounts to is, accordingly, the act of replacing the basic system S_b with another system S_i that is *identical* with it. Such identity signifies the fact that the subject matter of legal analysis under the novel system S_i consists of the very same norms as under the basic system and, moreover, the act of systematisation will not affect the content of the norms concerned.”

Yet the notion of *identity* or of *equivalence* turned out to be problematic in the context of legal systematisation, with reference to the claimed identity of the pre-theoretical legal system that was established by the legislator and the subsequent conceptual system or systems that have been produced by the collective efforts of legal science. Aarnio puts forth and defends the strong claim that the two conceptual systems produced by the Finnish version of a conceptualist legal science (in German: *Begriffsjurisprudenz*), on the one hand, and the influential analytical school, on the other, were identical with each other, even if the totality of sentences on legal interpretation which the two produced did significantly deviate from each other. The subsequent analytical approach, for instance, allowed a more detailed analysis of the legal transfer of ownership, being better in line with the thorough social changes that had taken place in Finland since the war-time. In fact, I even argue that not even the subject matter of legal systematisation was the same in the two conceptual systems compared, since the earlier and relatively more crude conceptual systematics of a conceptualist kind essentially failed to grasp the later changes in law and legal thinking, respectively.

I find Aarnio’s identity thesis less than fully convincing. In the text above, I argue that by means of Carnap’s method of semantic extension and intension

does not modify the system itself but only its representation. Frequently when jurists speak about the systematization of the law, they mean precisely what we call reformulation of the basis.” Alchourrón & Bulygin, *Normative Systems*, p. 71 (italics in original).

²⁹ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, p. 295 (italics added; translation by the present author).

the problem can be solved once we take the distinction between the extension or semantic reference and the intension or sense of an individual sentence or legal system into account. The two conceptual systems S_p and S_i are *equivalent in intension*, if they produce the same set of sentences on legal interpretation, and they are *equivalent in extension*, if they obtain the same truth-values on different variables. With reference to the two conceptual systems of a conceptualist legal science and the analytical school of law the requirement of being equivalent in intension did not become fulfilled, and the same could be argued with reference to requirement of being equivalent in extension, due to the prominent changes in the Finnish legislation.

Legal systematisation can also be approached by means of the conceptual usage suggested by Juha Pöyhönen for the analysis of the concept of a *contract model* and especially the legal criteria for intervening *ex post facto* in the contractual terms that were initially agreed upon by the parties to the contract, if the contractual balance has been sufficiently affected by some external cause. Pöyhönen makes use of the interplay of the key terms *basic legal concepts*, *legal dogmas* and *legal constructions*. By means of the basic legal concepts, legal dogmas and legal constructions the operative distinction between what is a main rule and what is an exception to the main rule can be determined. Yet, under closer scrutiny Pöyhönen's analysis turned out to entail a latently conceptualist bias that prevents applying it to such decision-making situations where legal principles, and not only legal rules, have a key role. Legal principles and other legal standards which enjoy adequate institutional support and societal approval in the legal community concerned cannot be placed under the conceptual order of the basic legal concepts, legal dogmas and legal constructions because of the inherently value-laden and contextual element involved in principles.

Therefore, I suggest analysing legal systematisation with the help of the *internal logic of legal regulation and judicial decision-making* in the sense of the systemic *order of things* among legal rules and legal principles, as originally intended by the legislator, on the one hand, and as subsequently given effect by the courts of justice and other law-applying officials, on the other. The internal logic of legislation and jurisdiction determines the mutual priority relations in the sense of rule – rule, principle – principle, and rule – principle combinations. The internal logic of legislation refers to the systemic choices between legal rules and legal principles by the legislator in the wide sense of the terms, whereas the internal logic of judicial decision-making refers to the respective choices accomplished by the courts of justice and other law-applying officials. In the case of legal principles it is only a weak systemic order that is conceivable though, since the allocation of fixed weights and predetermined priority order amongst legal principles will turn them into legal rules, with all the characteristics of systemic formality of law involved. Thus, it is only a weaker

order consisting of the usually *prevalent* legal principles and the ones that usually give way to other considerations in a situation of norm collision that can be enforced amongst a set of legal principles. The same goes for the *rationes decidendi* that have been extracted from a set of precedents, in line with the either systematic or casuistic nature of the particular precedent-ideology that has been internalised by the judiciary.³⁰

The advantages of adopting such a conceptual scheme of analysis in the sense of the *internal logic of legal regulation and judicial decision-making* or the systemic *order of things among legal rules and legal principles*, as intended by the legislator, on the one hand, and as given effect by the courts of justice and other officials, on the other, are related to the fact that also legal principles and other legal standards with a less systemic nature than legal rules proper can then be included in the analysis of the systemic character of law.

5.4 The Weighing and Balancing of Legal Principles

The *structural axiology* of law refers to the sum total of formal *legal rules*, as laid down by the institutional decision-makers such as the legislator and the courts of justice, value-laden *legal principles* and the like *legal standards*, as established by conventional societal usages, and such *social values* and *goals* which do not enjoy legally adequate institutional support and societal approval in the legal community concerned so as to count as legal principles or legal standards. Moreover, the structural axiology of law comprises the mutual relations of legal rules, legal principles and standards, and social values and goals, along with the possible changes that might take place in their mutual relations *vis-à-vis* one another. The set of social values and goals that have been consistently recognised by the legislator and the courts of justice or acknowledged in the established, well-settled conventional practices form the *internal* values and goals of law, whereas such social values or personal values of the judge which are unable to draw a legally sufficient amount of institutional support and societal approval from the common convictions of the legal community make up the *external* values and goals of the legal system. For instance, the personal political or religious convictions of a judge, if they cannot find support in the set of legally significant institutional decisions and conventional practices that are prevalent in the society concerned, are not part of the legal system but are, instead, part of the personal ideological constitution of the judge in question.

Legal rules are to be *interpreted* in the sense of resolving their semantic contents *vis-à-vis* the given fact-constellation at a certain moment of time, and their mutual systemic relations are to be fixed with reference to the *internal*

³⁰ On the concept of a *precedent-ideology*, Siltala, *A Theory of Precedent*, p. 1–165.

logic of legal regulation and judicial decision-making. The methodology to be adopted for legal principles is a totally different issue, though. Legal principles and other value-laden legal standards with adequate institutional support and societal approval in the legal community are to be *weighed and balanced*, to the effect that the relative weight of each is to be settled (only) for the particular case at hand (= the act of weighing), while taking the relative weight of the other principles involved into consideration as well (= the act of balancing).

The weighing and balancing of legal principles and other legal standards with a similar value-laden or goal-oriented characteristics can be further analyzed by means of Jaakko Jonkka's model for attaching the relative weight of two or more mutually conflicting legal principles. Jonkka's model is based on Robert Alexy idea of seeing legal principles as *Optimierungsgebote*, i.e. *optimization precepts*, which place the judge or other law-applying official under the obligation to fulfil the particular social value or goal concerned to such an extent as is possible in the case at hand. According to Jonkka, the set of *legal rules* that guide a prosecutor's legal discretion as to whether to prosecute and take legal action against the person suspected of crime or whether to drop the charges, if the evidence presented is of a dubious and contradictory character, need to be supplemented by the *legal principles* that give effect to the basic social values that structure the law of criminal procedure. H.L.A. Hart and other legal positivist would argue that in such a situation the judge, prosecutor or any other official is left free to act in the relatively unconstrained role of the legislator and decide the issue as he deems fit within the semantic confines of the few legal rules that still guide his decision-making. Ronald Dworkin, on the other hand, has forcefully challenged Hart's line of reasoning, and Robert Alexy has joined Dworkin in his critique of such strictly rule-based legal positivism.

The 'grey area' of judicial discretion that is left open and unspecified by legal rules is covered by legal principles and other legal standards which may have less sharply drawn boundaries than the legal rules proper but which nonetheless do have mandatory force *vis-à-vis* a judge's or a prosecutor's legal discretion. In consequence, the judge or other official is never left totally without any normative guidance on part of the legal system, as Dworkin and Alexy have convincingly argued. Therefore, Jonkka points out two essential principles which guide the prosecutor's legal discretion: the *public* interest of finding out what actually took place, in the sense of finding out whether the accused in fact committed the crime he is suspected of, and the corresponding public interest of inflicting a punishment on such wrong-doing and wrong-doers, on the one hand, and the *private* interest of the individual who is suspected of having committed the crime to be treated as not guilty until otherwise proven, in the sense of enjoying the benefit of doubt and the presumption of innocence against public prosecution, on the other.

Such collisions among various kinds of legal principles are common in the protection of the human and basic rights. Quite often two different types of

human or basic rights that collide in a case cannot both be fully protected at the same time. Such is the case in e.g. the collision of the right to privacy of an individual person and the freedom of speech that is enjoyed by the TV, newspapers and other mass media, or in the collision of the protection of intimacy of an individual citizen and the legal powers enjoyed by the police, border guards, or customs officials. In such a norm-collision, the weighing and balancing of the different kind of human or basic rights involved and the value-laden legal principles at the back of them is then required.

5.5 *Subsequent Changes within the Structural Axiology of Law*

The one issue that has been left mostly untouched in the current discussion concerning legal rules and legal principles, however, has to do with the internal *dynamics of change* within the structural axiology of law, with reference to the manner in which formal legal rules, value-laden legal principles, and other kinds of social values and goals may change their relative position as arguments either within or outside the legal system. Legal rules are *formal* legal arguments, detached from the specific social values or goals on the basis of which a particular statute was initially enacted or a widely and generally acknowledged *ratio decidendi* of a precedent was issued. The validity and binding force or a legal rule can be determined (at least in principle) on the basis of its formal source of origin alone, as Hans Kelsen, H.L.A. Hart and other legal philosophers with a strongly positivist inclination have argued.

Legal principles, on the other hand, are by their very definition closely intertwined with certain social values or goals to which they give effect within the context of law and legal adjudication. They have an inherent dimension of weight or importance, as Ronald Dworkin has argued, and it makes sense to ask how weighty some legal principle, but not a legal rule, is for the particular case at hand.³¹ Various kinds of social values and goals may either enjoy sufficient institutional support and societal approval in the legal community, when judged from the legal point of view, in which case they function as legal principles; or they may lack such a connection to the institutional and societal premises of the legal system, in the sense of e.g. the political or religious ideology of an individual judge, and in that case they are not part of the legal system in force. The relative position of rules, principles, and social values and goals *vis-à-vis* one another may significantly change in time, though.

Certain types of social values or goals may gradually gain more institutional support and societal approval in the legal community by force of the subsequent

³¹ "Principles have a dimension that rules do not – the *dimension of weight or importance*. (...) it makes sense to ask how important or how weighty it [a principle] is." Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 26, 27 (italics added).

changes in society and the prevalent institutional ideology of law, in the sense of the prevalent legislative ideology, judicial ideology and societal conception of law, and due to the changes in the prevalent 'intellectual climate' in society. In the course of time, such social values or goals may become acknowledged as truly legal arguments because of the novel support they are now able to draw from the institutional and conventional premises of law and, therefore, are endowed with at least some degree of mandatory force on the discretion of the courts of justice and other officials. For instance, various kind of equality-based considerations that are related to the human and social condition and the legal protection of, say, women, children, the elderly people, the chronically ill, the handicapped, or the ethnic, religious, or sexual minority groups in society have gained more weight in the institutional and conventional sources of law, as the social climate in Finland has grown in tolerance, open-mindedness and sensitivity. At least some equality-based social values and goals, such as the idea of gender-based *positive discrimination* and *affirmative action* in certain cases of political decision-making, have gained legal recognition in the statutory law and some other institutional or conventional sources of law. Thereby, such social values essentially function as value-laden legal principles or standards.

Legal principles or standards, on the other hand, may gradually gain *more formal* characteristics, if and when certain types of cases are being considered more and more often on part of the judges and other officials and thereby gain the characteristics of *typical* cases of adjudication. While the general standard of legal equitableness and reasonableness in contractual relations that is recognised by the Finnish Act on Contract generally functions as a legal principle, with the requirement of weighing and balancing in each individual case to be considered, some parts of it may have in fact gained in legal formality and now follow the internal logic of legal rules, and not that of legal principles or standards. There are some *typical cases* of contractual imbalance and inequitableness where there is no need for value-laden weighing and balancing, as in the common business-to-consumer relations, where the weaker party to a contract is strongly protected by the Scandinavian type of consumer protection law, and in the situations where one party has the one-sided right of changing the terms of contract *ex post facto* by force of his unilateral will. In such cases the original legal principle of striking an equitable balance on an a strictly contextualist basis has been partially turned into a legal rule, with all the formal characteristics of legal systematicity and *either/or* kind of applicability involved. Contrary to what John Finnis has written, I would argue that the right to life enjoys an absolute priority *vis-à-vis* any other kinds of human or basic rights, with the effect of having been formalised into a legal rule with an exceptionally strong mandatory force and overriding character over any other considerations.

Legal rules, on the other hand, may lose their formal characteristics and become transformed into value-laden legal standards for the evaluation of the

hard cases of adjudication where a resort to the process of weighing and balancing is required, as has been argued by Ronald Dworkin. Once the European Convention on Human Rights was implemented and became part of the Finnish legal system in 1990, a whole set of cases which had been treated as relative easy, routine cases of adjudication until then were now transformed into genuine hard cases of adjudication, with the respective necessity of giving effect to value-laden process of weighing and balancing in legal discretion. Thereby, the law has become *more substantive* in character, having reference to Robert S. Summers' typology of the formal and substantive tenets of law (which were touched upon in the context of legal formalism above). For instance, before the year 1990 a reference to the human rights of the plaintiff or the defendant of a case had been a likely route to losing the court case, since human rights had been looked upon as essentially moral arguments, without any legal weight. Since 1990 the situation changed rapidly. Now, the human rights argument was turned into a strong legal argument with such mandatory force that it may override most of the other kinds of legal arguments, as argued by Ronald Dworkin in his *Taking Rights Seriously*. No Finnish court of justice or legal official can ignore such an item of legal argumentation without the risk of severe professional and societal blame. Because human and basic rights entail certain legal principles in the sense of inherently value-laden considerations, a resort to the weighing and balancing of the legal principles that are deemed material for the case is required, unless the decision-making situation has become at least partly formalised so as to follow the binary logic of legal rules instead that of legal principles.

Finally, the requirement of sufficient institutional support and societal approval in the various kind of social practices, such as legislation, jurisdiction, and customary contractual practices, that is placed on legal principles and other similar legal standards may decrease to such a degree that the particular argument is no longer legal. For instance, the impact of religious arguments on law has steadily diminished as the modern society has become more and more secular at the official level, and the demand of religious equality or even indifference has been placed upon the state. In the 1960's, a sentence for blasphemy was inflicted upon Hannu Salama, a Finnish author, for his novel *Juhannustanssit* in which a kind of mock-sermon was presented by one of the characters of the novel. Nowadays, such a court decision could hardly be possible anymore, as the relative impact of religious values on law has declined. Thereby, religious legal principles and other standards have been turned into mere personal values and convictions of the judge or other legal official concerned, without any significant mandatory force outside the realm of the legal issues that deal with the church and its doctrine.

Thus, the *dynamics of change* within the structural axiology of law comprises the set of relative changes whereby some social values and goals may

gradually gain the properties of a value-laden legal principle or standard, as the institutional and conventional frame of law is step by step altered, and they may even gain some of the formal characteristics of a legal rule, if they become applied as typical solutions to some legal cases that frequently take place in society. A legal rule, on the other hand, may lose the formal characteristics it used to have as a mandatory legal argument and become transformed into a value-laden legal principle or standard that needs to be weighed and balanced for the case at hand, having lost some of the mandatory peremptory force it used to have. A legal principle or standard, furthermore, may lose its former position as a genuinely legal argument, if the institutional support and societal approval it is able to draw from the institutional and societal sources of law vanishes. In such a case, the said argument may turn out to be part of the, say, political or religious convictions of an individual judge, without any legal binding character whatever.

6 Knowledge of Law, as Conceived by the Judge and the Legal Scholar

The prevalent 'order of things' in the sense of a specific formation of legal knowledge (in French: *épistémè*) *vis-à-vis* the law of a community and the totality of legal phenomena entailed in it is an all-inclusive intellectual, cultural and societal frame of knowledge. Knowledge on law in a certain legal community is held together by a common set of constitutive commitments on legal epistemology, legal ontology, legal methodology, and the logico-linguistic tenets of law. The legal order of things, in other words, lays down the intellectual, societal and cultural 'coordinates' on how intelligible discourse on law, legal validity and the content of law at a given moment of time are in the first place conceivable.³² The prevalent formation of legal knowledge consists of three distinct elements:

(a) The *analytics of finitude* of law deals with the manner in which the conceptual categories of law and the legal phenomena are related to one another. It draws the boundaries of law in terms of legal epistemology and the logico-linguistic conceptualisation of legal phenomena, with reference to the institutional and conventional sources of law, on the one hand (= legal epistemology), and the rules of the logical syntax of law (= legal logic & linguistics), on the other.

³² The idea of the legal 'order of things' is derived from Michel Foucault's archaeology of knowledge, as presented in his masterwork *Les Mots et les choses. Une Archéologie des sciences humaines* and *L'Archéologie du savoir*. My earlier book on the theory of legal science was based on such foucauldian premises. Cf. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*, p. 1 *et seq.*

(b) The *institutional and societal existence* of law consists of *legal rules*, as laid down by the institutional decisions of the legislator and the courts of justice, on the one hand, and *legal principles*, as established by conventional societal usages, on the other. Such legal rules or principles may then be further specified e.g. in the sense of such rights and duties that have been allocated to individual legal subjects and given legal protection by the decisions given by the courts of justice and other officials (= *analytical legal realism*), the original intentions held by the legislator or the precedent-issuing court, as to be subsequently reconstructed from the *travaux préparatoires* of a statute or from the legal reasoning presented in support of the court decision (= *legal exegesis*), or the sum total of various kinds of institutional and societal practices in terms of the mutual expectations and cooperative dispositions of the members of the legal community, as stated in terms customary law, the settled practices on the distribution of contractual liability among the parties to an agreement, and the professional practices and legal ethics upheld by the members of the legal profession (= *legal conventionalism*).

(c) Finally, the *methodological* commitments of law and legal science comprise the *models of legal reasoning* with respect to legal rules and legal principles, the *new rhetorics* as applied in the context of law in the sense of presenting convincing and not merely persuading arguments in the case at hand, and the *logic of legal transformations* with the help of which the logical discontinuities of legal argumentation may be overcome.

The prevalent order of things *vis-à-vis* the legal phenomena may also be defined with reference the constitutive elements of a formal, institutional, or substantive ideology of law along with the elements of structural metaphysics involved, in the sense of the *logical constitution*, *alleged ontology*, and *structural axiology* of the law.

The *interest and concept of knowledge in law* of a judge is significantly different from that of a legal scholar. The judge looks upon the law from the point of view of a practitioner who is interested in the interpretation of law *vis-à-vis* the case at hand and the practical consequences involved. His conception of law is practice-oriented, consisting mostly of *tacit knowledge* of law and its content at a given point of time. Usually a judge has no specific need for a thorough theoretical self-reflection on, say, the ultimate premises of legal validity, the relation of the logic of legal transformations to the models of deductive, inductive or abductive logic, or the subtleties of the prevalent meta-level context of law and legal reasoning. A legal scholar, on the other hand, may well dwell on such highly theoretical issues, if he has a philosophical frame of mind and an inclination towards theoretical reflection and analysis. But not even a judge with a highly practical frame of mind and a less than enthusiastic attitude towards the grounding theoretical premises of law can avoid confronting such theory-laden issues of legal epistemology, legal ontology, legal methodology, and the logico-linguistic

dimension of law in the act of legal adjudication when he is about to produce a sentence on legal interpretation backed by a set of sentences of legal justification.

Any individual act of legal interpretation, no matter whether achieved by a competent court of justice or by a legal scholar, entails some elements in the image of the constitutive premises of law and the ontological 'furniture of the legal world' with reference to, say, legal rules and legal principles and the respective institutional decisions and conventional usages of law (= *ontology of law*), the totality of the institutional and societal sources of law (= *epistemology of law*), the models of legal reasoning (= *methodology of law*), and the logico-linguistic characteristics of law (= *logical syntax of law*), or the more or less approximate counterparts of such theoretical elements the totality of which makes up the *concept of law* under the prevalent 'order of things' in the legal community. However, such theoretical commitments are usually less than fully reflected on part of the judges concerned, being rather equal to the *tacit knowledge* on the legal sources customarily utilised by them and the prevalent profession-bound *conventions of legal reasoning* instead. The relation of such tacit knowledge and the conventions of legal interpretation to the matrices of law that have been produced by the collective efforts of legal science is one of approximation only, and not one of isomorphism.

7 Full-Fledged Matrices of Law, Sketches of Legal Matrices, and Specific Interest-Bound Views on Law

A *matrix of legal science* is an internally coherent set of the theoretical premises of legal science the totality of which make up the ontology, epistemology, methodology and logical syntax of law, in line with the requirements on legal knowledge that are derived from the prevalent 'order of things' in the legal community concerned. A *sketch* or an *outline* for a matrix of legal science is a *preparadigmatic* model of legal science (in the Kuhnian sense of the term) whose inherent potential to yield prominent sentences on legal interpretation has not been fully utilised in the legal literature so far or whose status as a frame of legal analysis is not yet fully settled. On account of its inherent potential for legal interpretation, however, such a preparadigmatic notion of law and legal interpretation may one day gain the position of a generalised matrix of legal science. Finally, if the content of law is looked upon from the consciously interest-laden point of view of some specific social group, with the deliberate intention of advancing the particular social interest of that class of people by means of legal analysis and interpretation, we are dealing with a specific *interest-bound view* on the law. In this book, I have focused only on the matrices of law that can be found in the Finnish legal science and legal literature.

There are two full-fledged matrices of legal science in the current Finnish legal literature. *Analytical legal science* looks upon the law as a social fact, with reference to the institutional decisions made by the legislator, the courts of justice and other officials. It then focuses on the semantic analysis of such legal source material, in line with the model laid down by Wesley Newcomb Hohfeld and the Scandinavian legal realists, on the one hand, and Hans Kelsen's idea of the conceptual purity of law, on the other. A *social conception of civil law*, on the other hand, approaches the law from a consciously reformist point of view, with consumer protection law taken as the model of reasoning to be followed in all branches of civil law. It seeks to promote the interests of the weaker party to a contract by means of legal analysis and interpretation. Thomas Wilhelmsson is the founder and the most important representative of the social movement in the Finnish civil law.

There is one relatively novel approach to the law whose potential for legal interpretation has not yet been fully employed in the Finnish legal literature, viz. a *human, and basic rights oriented approach* to the law. It seeks to give relatively more weight to the human and basic rights in legal analysis and interpretation, in line with the international conventions on the human rights and the articles of the Finnish Constitution on the basic rights. In future, such a consciously human and basic rights oriented approach to the law may well gain the status of an autonomous matrix of law or, what is more likely, join either the analytical or the social trends already prevalent in the Finnish legal literature.

The idea of a *constructive* legal science in Finland was inspired by the even more rigorous German model for a constructive legal analysis, or *Begriffsjurisprudenz*, as introduced by e.g. Georg Friedrich Puchta. Accordingly, the law was regarded as an inherently systemic phenomenon, as determined by the internal relations of formal legal concepts. It is only after the relative position of some problematic legal phenomenon, such as a partnership company or an unpartitioned estate, was settled within the systemic totality of the basic legal concepts that the act of legal interpretation could take place. Nowadays, such an excessive concern for legal systematicity belongs for the most part to the archives of legal history, but the impact of a constructive model in legal reasoning can still be seen in a somewhat less rigorous form in some tenets of the present day legal science.

A *feminist analysis of law* gives effect to an openly interest-laden view as to the questions of law and legal interpretation, following the methodological and ideological *credo* of the feminist philosophy of law and society. Such an account of law seeks to promote the specific gender-based interests of women in society by means of such conceptual tools as positive discrimination and affirmative action. In the context of legal argumentation, it follows the methodological path taken by a social conception of civil law, as outlined above by Thomas Wilhelmsson. Yet, the full potential of or social demand for the produc-

tion of sentences on legal interpretation is not very keenly met with in the feminist writings on law and society, at least in so far as the Finnish legal literature is concerned. If duly generalised, such an approach to the issues of law and legal interpretation could even be turned into a multi-faceted *legal analysis of social equality* where the relative position of social and legal inequality of, e.g., children, the elderly people, the chronically ill, the handicapped, or of the various ethnic, religious, or sexual minority groups in society are given a special consideration and protection by legal means. Such an approach, however, is still rather poorly presented in the Finnish legal literature. Yet, the impact of a feminist or a wider equality-oriented approach to the law has to some extent been recognized in the legislation on equality issues, such as the Equality Act and the corresponding judicial practice.

Economic analysis of law similarly represents an interest-bound view to the questions of law and legal interpretation, where the traditional models of legal analysis are now turned into questions concerning the level of transaction costs involved and the optimality of the distribution of social costs entailed in society. The method and outcome of legal analysis bears close affinity to Oliver Wendell Holmes' famous prophesy at the end of the 19th century:³³

"For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics. (...) I look forward to a time when the part played by history in the explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them. As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me an evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made."

To a great extent, Holmes' prediction would seem to have come true. Economic analysis of law, like a cluster of other branches of the human and social sciences of law, has been firmly established during the 20th century. Despite Richard A. Posner's claims to the contrary effect *vis-à-vis* the internal logic of the *common law* in the United States,³⁴ its potential on legal interpretation has not been fully utilised, at least not in Finland. Economic analysis, like the feminist approach, has rather been focused on the more theoretical and general issues of a legal ideology, and its inherent potential for yielding sentences on legal interpretation and legal justification is mostly unrealized so far. In the various fields of law which touch upon issues of basically economic kind, such as competition law, compa-

³³ Holmes, "The Path of the Law", p. 469, 474.

³⁴ Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 249–250.

ny law, and the law on stocks and securities, the impact of an economic analysis of law has been the greatest. Yet, neither of the two interest-bound views on law, i.e. the feminist approach to the law and the economic analysis of law, can be generalized and raised to the category of a comprehensive legal matrix, due to the essentially interest-laden point of departure in the both of them.

The *alternative approach* to legal interpretation had its heyday in Finland in the late 1960's through the 1970's and until the early 1980's. It drew its intellectual and political inspiration from the Marxist philosophy of law as mediated by e.g. the Italian political movement of the activist judges (in Italian: *uso alternativo del diritto*) and the Frankfurtian School of social philosophy. However, such an alternative (read: Leftist) approach to the law never fully grasped the more practical issues of legal interpretation, as the emphasis of analysis was rather placed on the impact that the foundational deep-structure level phenomena of society, such as the Capital in the sense of a 'transcendental-logical subject' capable of autonomous self-reproduction, had on the surface-structure level phenomena of society, like the specifically legal manifestations of the underlying economic power relations. For instance, Kaarlo Tuori's multi-level theory of law was based on distinctively Marxist premises in the early 1980's, as mediated by Sakari Hänninen's reading of Georg Lukács' Marxist social philosophy.

A *super argument* is a triumphant legal argument that is usually able to surpass any other legal arguments in a judge's legal discretion. In Ronald Dworkin's terminology, they trump over any other kinds of legal arguments. A *super matrix* of law is similarly a triumphant frame of law that is usually able to displace any other alternative frame or frames law as to the definition of legal validity and the correctness of legal interpretation. Human and basic rights have recently gained in mandatory force to such an extent that some authors have raised them into the category of an overarching super argument.³⁵ Still, I would argue that not even human and basic rights can have such an overarching mandatory force over any other kinds of social values and goals that have been duly recognized by the institutional decisions issued the legislator and the courts of justice, on the one hand, and the established societal and conventional practices, on the other. Notwithstanding the absolute right to life, the prohibition of torture and the like most foundational basic values acknowledged by the European Convention on Human Rights, all the other kinds of human and basic rights need to be weighed and balanced against one another, on the one hand, and against other social values and goals with adequate institutional support and societal approval in the legal community concerned, on the other.

³⁵ See e.g. Karhu, "Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi", where all the traditional institutional and conventional sources of law are displaced in favor of an exclusive interplay of the prevalent system of basic rights, on the one hand, and the consequentialist arguments of e.g. economic kind, on the other. Karhu's conception of law, however, radically deviates from the prevalent notion of the institutional and conventional premises of law.

8 Ronald Dworkin's Law as Integrity in Light of the Meta-Level Context of Law

Finally, Ronald Dworkin's idea of *law as integrity* may be given a fresh interpretation in light of the present conception of law. In consequence, law as integrity can be taken as a comprehensive frame of law and legal interpretation under which the prerequisite of *textual coherence* is extended to meet with the prevalent meta-level context of law with reference to:

- (a) the institutional and societal *sources of law* and the resulting set of *legal rules*, as laid down by the institutional decisions of the legislator and the courts of justice, on the one hand, and *legal principles*, as conventionally established by the prevalent societal practices, on the other, that can be inferred from the sources of law,
- (b) the internal *priority order* among legal rules and legal principles, as initially intended by the legislator and as subsequently given effect by the courts of justice and other law-applying officials, and
- (c) the *logic of legal transformations*, comprising the set of transitions from the institutional and societal sources of law to a specific norm premise N, from the totality of fact situations in the world to a specific fact premise F and from the combination of these two to a distinct sentence on legal interpretation Q, to the effect that the content of law *vis-à-vis* the facts F is *q*, because of the frame of interpretation T, i.e. institutional ideology of law, adopted.

It is in light of the prevalent *meta-level theory of law* and a coherent interpretation of its constitutive elements that even the hard cases of legal adjudication can be solved, as Ronald Dworkin has argued with reference to his master idea of law as integrity.

Finnish Lawyers' Association 2004
ISBN 951-855-236-3

Lähteet

- Aarnio, Aulis: "Alf Ross ja realistinen oikeustiede". Teoksessa: Nuotio, Kimmo, toim.: *Oikeusteoreettisia katkelmia*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2003, s. 55–75.
- Aarnio, Aulis: "Analyysistä, käyttäytymisen selittämisestä ja vähän muustakin", *Lakimies* 1970, s. 566–590.
- Aarnio, Aulis: "Lainoppi". Teoksessa: Mattila, Heikki E. S. *et al.*, toim.: *Encyclopædia Iuridica Fennica – Suomalainen oikeustietosanakirja, osa VII: Oikeuden yleistieteet*. Jyväskylä: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1999, s. 331–338 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Aarnio, Aulis: *Laintulkinnan teoria*. Helsinki: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1988.
- Aarnio, Aulis: "Oikeusfilosofi kevätjällä", *Oikeus* 1999/1, s. 75–77.
- Aarnio, Aulis: "Oikeustiede ja 'oikeustiede'", *Oikeus* 1973/2, s. 9–13.
- Aarnio, Aulis: "On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics". Teoksessa: Aarnio, Aulis: *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*. Acta Philosophica Fennica, vol. 36. Societas Philosophica Fennica: Helsinki, 1983, s. 163–184.
- Aarnio, Aulis: *Perillisen oikeusasemasta*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1967.
- Aarnio, Aulis: *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.
- Aarnio, Aulis: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo: D. Reidel Publishing Company, 1987.
- Aarnio, Aulis: "Uusi varallisuus-oikeus – vai vanha", *Lakimies* 2002/4, s. 515–534.
- Aarnio, Aulis – Alexy, Robert & Bergholtz, Gunnar, eds.; Dahlman, Christian & Nergelius, Joakim, assist. eds.: *Justice, Morality, and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of His 60th Birthday 16 November 1997*. Lund: Juristförlaget i Lund, 1997.
- Akvinolainen, Tuomas: *Summa Theologiae*. Valikoiden suomentanut Juha-Pekka Rentto. Helsinki: Gaudeamus, 2002.
- Alchourrón, Carlos E. & Bulygin, Eugenio: *Normative Systems*. Library of Exact Philosophy. Wien & New York: Springer-Verlag, 1971.
- Alexy, Robert: *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Argumentation*. Translated by Ruth Adler and Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Alexy, Robert: "Individual Rights and Collective Goods". Teoksessa: Nino, Carlos, ed.: *Rights*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992, s. 163–181.
- Alexy, Robert & Peczenik, Aleksander: "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality", 3 *Ratio Juris*, 1990, s. 130–147.
- Andersen, H. C.: "Keisarin uudet vaatteen". Teoksessa: Andersen, H. C.: *Andersenin suuri satukirja*. Suomentanut Maila Talvio. Kuvittaneet V. Pedersen ja L. Frölich. Porvoo – Helsinki – Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1990, s. 81–84.
- Andersen, H. C.: "Todellinen prinsessa". Teoksessa: Andersen, H. C.: *Andersenin suuri satukirja*. Suomentanut Maila Talvio. Kuvittaneet V. Pedersen ja L. Frölich. Porvoo – Helsinki – Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1990, s. 28–29.
- Andersenin suuri satukirja*. Suomentanut Maila Talvio. Kuvittaneet V. Pedersen ja L. Frölich. Porvoo – Helsinki – Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1990.
- Anscombe, Elizabeth: *Intention*. Second edition. Oxford: Basil Blackwell, 1963.
- Anscombe, Elizabeth: "On Brute Facts", 18 *Analysis* 1958, s. 69–72.

- Aristoteles: *Nikomakhoksen etiikka. Teokset VII*. Suomentanut ja selitykset laatinut Simo Knuuttila. Helsinki: Gaudeamus, 1989.
- Aristoteles: *Politiikka. Teokset VIII*. Suomentanut A. M. Anttila. Selitykset laatinut Juha Sihvola. Helsinki: Gaudeamus, 1991.
- Aristoteles: ”Retoriikka”, *Teokset IX: Retoriikka, Runousoppi*. Kirjoituksen ”Retoriikka” suomentaneet Paavo Hohti ja Päivi Myllykoski. Selitykset laatinut Juha Sihvola. Helsinki: Gaudeamus, 1997, s. 7–156.
- Aristoteles: ”Topiikka”, *Teokset II: Topiikka, Sofistiset kumoamiset*. Kirjoituksen ”Topiikka” suomentaneet Juha Sihvola ja Marke Ahonen. Selitykset laatineet Marja-Liisa Kakkuri-Knuuttila ja Juha Sihvola. Helsinki: Gaudeamus, 2002, s. 7–154.
- Aristoteles: ”Tulkinnasta”, *Teokset, I: Kategoriat, Tulkinnasta, Ensimmäinen analytiikka, Toinen Analytiikka*. Kirjoituksen ”Tulkinnasta” suomentanut ja selitykset laatinut Lauri Carlson. Helsinki: Gaudeamus, 1994, s. 39–58.
- Armstrong, D. M.: *Truth and Truthmakers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Arnaud, André-Jean et al., réd.: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Deuxième édition entièrement refondue, corrigée et augmentée sous la direction de André-Jean Arnaud et de J.-G. Belley, J.A. Carty, M. Chiba, J. Commaille, A. Devillé, E. Landowski, F. Ost, J.-F. Perrin, M. van de Kerchove, J. Wróblewski. Paris: LDGJ, 1993.
- Audi, Robert, ed.: *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Austin, John: *The Province of Jurisprudence Determined*. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge Texts in the History of Political Thought. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Austin, John Langshaw: *How to Do Things with Words*. The William James Lectures delivered in Harvard University in 1955. Second Edition, edited by J. O. Urmson and Marina Sbisa. Oxford, New York: Oxford University Press, 1986.
- Backman, Eero: *Rikoslaki ja yhteiskunta, I. Teoreettinen erittely rikosoikeuden tieteenkäsitteistä 1800-luvulla ja sen konkretisointi moraalien, uskonnon ja rikoslain suhteisiin Suomessa vuosina 1874–1917*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1976.
- Bankowski, Zenon – White, Ian & Hahn, Ulrike, eds.: *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht – Boston – London: Kluwer Academic Publishers, 1995.
- Bergholtz, Gunnar: *Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål*. Lund: Juridiska Föreningen i Lund, 1987.
- Bertilsson, Margareta & Christiansen, Peder Voetmann: ”Jätkisanat”. Teoksessa: Peirce, Charles S.: *Johdatus tieteen logiikkaan ja muihin kirjoituksiin*. Valinnut ja suomentanut Markus Lång. Tampere: Vastapaino, 2001, s. 443–473.
- Bindreiter, Uta: *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen’s Doctrine*. Law and Philosophy Library. The Netherlands: Kluwer Law International, 2002.
- Blom, Raimo: ”Kapitalismi ja työväenluokan TSS-oikeudet”, *Oikeus* 1975:3, s. 3–10.
- Borges, Jorge Luis: ”Del rigor en la ciencia”. Teoksessa: Borges, Jorge Luis: *El hacedor*. Madrid: Alianza Editorial, 1987, s. 143–144.
- Borges, Jorge Luis: *El hacedor*. Madrid: Alianza Editorial, 1987.
- Borum, O. A. & Illum, Knud: *Festskrift til Henry Ussing*. København: Nyt nordisk forlag, 1951.
- Bouckaert, Boudwijn: ”Exegetical School”. Teoksessa: Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. I*. New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 276–278.
- Bouckaert, Boudwijn: ”Gény, François (1861–1959)”. Teoksessa: Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. I*. New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 328–329.
- Brint, Michael & Weaver, William, eds.: *Pragmatism in Law and Society*. New Perspectives on Law, Culture, and Society. United States of America: Westview Press, 1991.

- Brusiin, Otto: *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1938.
- Bruun, Niklas: *Kollektivavtal och rättsideologi. En rättsvetenskaplig studie av de rättsideologiska premisserna för inlemmandet av kollektivavtalet och kollektiva kampåtgärder i finsk rättsordning efter år 1924*. Helsinki: Juridica, 1979.
- Bydlinski, Franz: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Zweite, ergänzte Auflage. Wien & New York: Springer Verlag, 1991.
- Calabresi, Guido: *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. USA: Yale University Press, 1970.
- Calabresi, Guido: "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", 70 *Yale Law Journal* 1961, s. 499–553.
- Calabresi, Guido & Melamed, A. Douglas: "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View from the Cathedral", 85 *Harvard Law Review*, 1972, s. 1089–1128. Myös teoksessa: Coleman, Jules & Lange, Jeffrey, eds.: *Law and Economics, vol. I*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992, s. 47–86.
- Cappelletti, Mauro: *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Foreword by Sir Jack Jacob, edited with the collaboration of Paul J. Kollmer and Joanne M. Olson. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Carlson, B. C.: "Suhde- ja olemuskäsitteistä lainopissa", *Lakimies*, 1957, s. 22–32.
- Carnap, Rudolf: "Die physikalische Sprache als Universalsprache der Wissenschaft", 2 *Erkenntnis*, 1932, s. 432–465.
- Carnap, Rudolf: *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*. Second edition. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1988.
- Carnap, Rudolf: *The Logical Syntax of Language*. Translated by Amethe Smeaton (Countess von Zeppelin). Chicago and La Salle, Illinois: Open Court, 2002.
- Cassirer, Ernst: *Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik*. 7., unveränderte Auflage. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994.
- Caselius, Ilmari: "Ns. Gründer-säännösten kehittämisestä", *Defensor Legis*, 1960, s. 265–277.
- Coase, R. H.: "The Problem of Social Cost", III *The Journal of Law and Economics*, 1960, s. 1–44. Myös teoksessa: Coleman, Jules & Lange, Jeffrey, eds.: *Law and Economics, vol. I*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992, s. 3–46.
- Coffa, J. Alberto: *The Semantic Tradition from Kant to Carnap. To the Vienna Station*. Edited by Linda Wessels. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- Coleman, Jules & Lange, Jeffrey, eds.: *Law and Economics, vol. I*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992.
- Coleman, Jules & Shapiro, Scott, editors; with Kenneth Einar Himma, associate editor: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Cook, W. W.: "Scientific Method and the Law", XIII *American Bar Association* 1927, s. 303–309. Teoksessa: Fisher, William W., III – Horwitz, Morton J. & Reed, Thomas A, eds.: *American Legal Realism*. New York & Oxford: Oxford University Press, 1993, s. 242–250.
- Cooter, Robert: "Prices and Sanctions", 84 *Columbia Law Review*, s. 1523–1560. Myös teoksessa: Coleman, Jules & Lange, Jeffrey, eds.: *Law and Economics, vol. I*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992, s. 87–124.
- Cross, Rupert & Harris, J. W.: *Precedent in English Law*. Fourth edition. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Curd, Martin & Cover, A. J.: *Philosophy of Science. The Central Issues*. New York & London: W. W. Norton & Company, 1998.

- Derrida, Jacques: *On the Name*. Edited by Thomas Dutoit. Translated by David Wood, John S. Leavey, Jr., and Ian McLeod. Stanford, California: Stanford University Press, 1995.
- Dickstein, Morris: "Introduction: Pragmatism Then and Now". Teoksessa: Dickstein, Morris, ed.: *The Revival of Pragmatism. New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. United States of America: Duke University Press, 1998, s. 1–18.
- Dickstein, Morris, ed.: *The Revival of Pragmatism. New Essays on Social Thought, Law, and Culture*. United States of America: Duke University Press, 1998.
- Duxbury, Neil: *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Dworkin, Ronald: *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 1985.
- Dworkin, Ronald: "Appendix: A Reply to Critics". Teoksessa: Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously. With a New Appendix, a Response to Critics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, s. 291–368.
- Dworkin, Ronald: "Can Rights Be Controversial?". Teoksessa: Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously. With a New Appendix, a Response to Critics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, s. 279–290.
- Dworkin, Ronald: "Hard Cases". Teoksessa: Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously. With a New Appendix, a Response to Critics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, s. 81–130.
- Dworkin, Ronald: "How Law Is Like Literature". Teoksessa: Dworkin, Ronald: *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 1985, s. 146–166.
- Dworkin, Ronald: "Is There Really No Right Answer in Hard Cases?". Teoksessa: Dworkin, Ronald: *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 1985, s. 119–145.
- Dworkin, Ronald: "Is Wealth a Value?". Teoksessa: Dworkin, Ronald: *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 1985, s. 237–266.
- Dworkin, Ronald: *Law's Empire*. London: Fontana Masterguides, 1986.
- Dworkin, Ronald: "Pragmatism, Right Answers, and True Banality". Teoksessa: Brint, Michael & Weaver, William, eds.: *Pragmatism in Law and Society. New Perspectives on Law, Culture, and Society*. United States of America: Westview Press, 1991, s. 359–388.
- Dworkin, Ronald: "Taking Rights Seriously". Teoksessa: Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously. With a New Appendix, a Response to Critics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, s. 184–205.
- Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously. With a New Appendix, a Response to Critics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- Dworkin, Ronald: "The Model of Rules, I". Teoksessa: Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously. With a New Appendix, a Response to Critics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, s. 14–45.
- Ehrlich, Eugen: "Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft". Teoksessa: Ehrlich, Eugen: *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (Leipzig 1903) & *Soziologie und Jurisprudenz* (Czernowitz 1906). 2. Neudruckausgabe in einem Band. Aalen: Scientia Verlag, 1987.
- Ehrlich, Eugen: "Soziologie und Jurisprudenz". Teoksessa: Ehrlich, Eugen: *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (Leipzig 1903) & *Soziologie und Jurisprudenz* (Czernowitz 1906). 2. Neudruckausgabe in einem Band. Aalen: Scientia Verlag, 1987.
- Ek, C.H.: *Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrätt*. Helsingfors: Juridiska Föreningen i Finland, 1943.
- Ekroos, Ari & Majamaa, Vesa: *Maankäyttö ja rakennuslaki*. Helsinki: Edita, 2000.
- Eriksson, Lars D.: "Kritisk rättsteori såsom ideologikritik", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 1975/5, s. 323–333.
- Eriksson, Lars D.: "Legalstrategins möjligheter", *Oikeus* 1975/2, s. 3–8.
- Eriksson, Lars D.: "Marxilaisen lainopin lähtökohtia", *Tiede ja edistys* 1980/2, s. 16–26.
- Eriksson, Lars D.: *Marxistisk teori och rättsvetenskap*. Helsinki: Juridica, 1980.

- Eriksson, Lars D.: "Om olika argumentationsmodeller", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 1979/2, s. 25–51.
- Eriksson, Lars D.: "Rakenneselitykset marxilaisessa oikeusteoriassa", *Lakimies* 1972/2, s. 151–161.
- Eriksson, Lars D.: "Rättslig argumentering och den dialektiska logiken", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 1966/6, s. 445–482.
- Eriksson, Lars D.: "Samhällstillvänd juridik", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 1968, s. 565–583.
- Eriksson, Lars D.: "Utkast till en marxistisk jurisprudens", 11 *Retfaerd* 1979, s. 40–54.
- Eriksson, Lars D.: "Värderingar, fakta och juridik", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 1969/5, s. 414–430.
- Eriksson, Lars D. – Hirvonen, Ari – Minkkinen, Panu & Pöyhönen, Juha: "Introduction: A Polytypical Manifesto". Teoksessa: Hirvonen, Ari, ed.: *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, Virginia: Pluto Press, 1998, s. 1–10.
- Ervasti, Kaijus & Meincke, Nina, toim.: *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002.
- Ewald, François: *L'Etat providence*. Paris: Editions Grasset & Fasquelle, 1986.
- Finnis, John: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1988.
- Finnis, John: "Natural Law: The Classical Tradition". Teoksessa: Coleman, Jules & Shapiro, Scott, editors; with Himma, Kenneth Einar, associate editor: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 1–60.
- Finnis, John, ed.: *Natural Law, Vol s. I–II*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1991.
- Fish, Stanley: *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham & London: Duke University Press, 1989.
- Foucault, Michel: *L'Archéologie du savoir*. Bibliothèque des Sciences humaines. Paris: Éditions Gallimard, 1969.
- Foucault, Michel: *Les Mots et les choses. Une Archéologie des sciences humaines*. Bibliothèque des Sciences humaines. Paris: Éditions Gallimard, 1966.
- Foucault, Michel: *Seksuaalisuuden historia (Tiedontahto. Nautintojen käyttö. Huoli itsestä.)* Suomentanut Kaisa Sivenius. Helsinki, Gaudeamus, 1998.
- Foucault, Michel: *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.
- Foucault, Michel: *Tarkkailla ja rangaista*. Suomentanut Eevi Nivanka. Kieliasun tarkistus Jukka Kempinen. Helsinki: Otava, 1980.
- Frank, Jerome: *Law and the Modern Mind*. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1970.
- Frege, Gottlob: "Mielestä ja merkityksestä". Teoksessa: Raatikainen, Panu, toim.: *Ajattelu, kieli, merkitys. Analyttisen filosofian avainkirjoituksia*. Helsinki: Gaudeamus, 1997, s. 41–56.
- Fuller, Lon L.: "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart", 71 *Harvard Law Review* (1958), s. 630–672. Myös teoksessa: Finnis, John, ed.: *Natural Law, Vol. II*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1991, s. 309–351.
- Fuller, Lon L.: *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven and London: Yale University Press, 1969.
- Geiger, Theodor: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. København: Universitetsforlaget i Aarhus Ejnar Munksgaard, 1947.
- Godenhjelm, Berndt: *Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll*. Helsingfors: Juridiska Föreningen i Finland, 1950.
- Goldstein, Lawrence, ed.: *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- Goodhart, Arthur L.: "Determining the *Ratio Decidendi* of A Case", *Yale Law Journal* (Dec., 1930). Myös teoksessa: Goodhart, Arthur L.: *Essays in Jurisprudence and the Common Law*. London, New York: Cambridge at the University Press, 1931, s. 1–26.

- Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vols. I–II*. New York & London: Garland Publishing, 1999.
- Gray, John Chipman: *The Nature and Sources of the Law*. Second Edition, from the author's notes, by Ronald Gray. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1972. (First Edition by Columbia University Press, 1909; New and Revised Edition in 1921 by The MacMillan Company.)
- Greimas, Algirdas Julien: "Analyse sémiotique d'un discours juridique. La loi commerciale sur les sociétés et les groupes des sociétés", en collaboration avec Éric Landowski. Teoksessa: Greimas Algirdas Julien & Landowski, Eric: *Sémiotique et sciences sociales*. Paris: Éditions du Seuil, 1976, s. 79–128.
- Greimas, Algirdas Julien & Courtés, Joseph: *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*. Paris: Hachette, 1993.
- Greimas, Algirdas Julien & Courtés, Joseph: *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage. Tome 2*. Paris: Hachette, 1986.
- Greimas, Algirdas Julien & Landowski, Eric: *Sémiotique et sciences sociales*. Paris: Éditions du Seuil, 1976.
- Haavisto, Risto, toim.: *Matkalla pohjoiseen – professori Jyrki Virolaisen juhlakirja*. Rovaniemi: Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta, 2003.
- Hale, Bob & Wright, Crispin, eds.: *A Companion to the Philosophy of Language*. Blackwell Companions to Language. Oxford: Blackwell Publishers, 1999.
- Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo & Viljanen, Veli-Pekka: *Perusoikeudet*. Helsinki: WSLT, 1999.
- Hannikainen, Antti: *Pidätysoikeuden rakenteesta silmälläpitäen Suomen voimassaolevaa oikeutta. Siviilioikeudellinen tutkimus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1948.
- Hart, H.L.A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- Hart, H.L.A.: "Lon L. Fuller: *The Morality of Law*". Teoksessa Hart, H.L.A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, s. 343–363.
- Hart, H.L.A.: "Positivism and the Separation of Law from Morals". Teoksessa: Hart, H.L.A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, s. 49–87.
- Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*. Second Edition, with a Postscript by Hart, edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- den Hartogh, Govert: *Mutual Expectations. A Conventionalist Theory of Law*. Law and Philosophy Library. The Hague – London – New York: Kluwer Law International, 2002.
- Heidegger, Martin: *Oleminen ja aika*. Suomentanut Reijo Kupiainen. Tampere: Vastapaino, 2000.
- Heikonen, A.R.: *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita, I–II*. Helsinki: Suomalaisen lakimiesten yhdistys, 1936 ja 1937.
- Heil, John: "Analytic Philosophy". Teoksessa: Audi, Robert, ed.: *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, s. 22–23.
- (Heinonen, Olavi): "KKO:n Heinonen varoittaa tuomaripulasta lähivuosina", *Helsingin Sanomat* 6.12.2001.
- Heinonen, Olavi: "Korkeimman oikeuden rooli muuttuvassa ympäristössä", *Lakimies* 1991/3, s. 229–240.
- Heinonen, Olavi: "Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio", *Lakimies* 2002/1, s. 73–86.
- Helin, Markku: "Immateriaalioikeuksien kohteesta", *Lakimies* 1978, s. 645–664.
- Helin, Markku: "Kieli oikeustodellisuuden rakentajana", *Lakimies* 6–7/1998, s. 1927–1936.
- Helin, Markku: "Käsitteistä päätelemisestä". Teoksessa: Kartio, Leena – Tepora, Jarno & Wiriander, Juhani, toim.: *Juhlaulkaisu Simo Zitting*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1985, s. 82–92.
- Helin, Markku: *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteen-*

- kuvesta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960.* Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1988.
- Helin, Markku: "Monet on metodit", *Oikeus* 1998/3, s. 310–314.
- Himma, Kenneth Einar: "Inclusive Legal Positivism". Teoksessa: Coleman, Jules & Shapiro, Scott, editors; with Himma, Kenneth Einar, associate editor: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 125–165.
- Hintikka, Jaakko: *Inquiry as Inquiry. A Logic of Scientific Discovery*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999.
- Hirvonen, Ari: "After the Law". Teoksessa: Hirvonen, Ari, ed.: *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, Virginia: Pluto Press, 1998, s. 192–238.
- Hirvonen, Ari: *Oikeuden käynti. Antigonen laki ja oikea oikeus*. Helsinki: Loki-kirjat, 2000.
- Hirvonen, Ari, ed.: *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, Virginia: Pluto Press, 1998.
- Hirvonen, Ari & Tuori, Kaarlo, toim.: *Oikeus, kieli ja kritiikki*. Helsinki: Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja, 1990.
- Hohfeld, Wesley Newcomb: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven and London: Yale University Press, 1964.
- Holmes, Oliver Wendell: "The Common Law" (extract). Teoksessa: Posner, Richard A., ed.: *The Essential Holmes. Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Edited and with an Introduction by Richard A. Posner. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, s. 237–286.
- Holmes, Oliver Wendell, Jr.: "The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review* (1897), s. 457–478. Teoksessa: Summers, Robert S., ed.: *American Legal Theory*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992, s. 3–24.
- Honderich, Ted, ed.: *The Oxford Companion to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- Horwitz, Morton, J.: *The Transformation of American Law 1870–1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*. New York & Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Horwitz, Paul, ed.: *Theories of Truth*. The International Research Library of Philosophy. Aldershot – Brookfield, USA – Singapore – Sydney: Dartmouth, 1994.
- Husserl, Edmund: *Fenomenologian idea. Viisi luentoa*. Helsinki: Loki-kirjat, 1995.
- Hutcheson, Joseph C., Jr.: "The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision", 14 *Cornell Law Quarterly* (1929), s. 274–288.
- af Hällström, Erik: *Verkan av ägareförbehåll på rättsförhållandet mellan säljaren och köparen*. Åbo: Juridiska Föreningen i Finland, 1942.
- Hänninen, Sakari: *Aika, paikka, politiikka. Marxilaisen valtioteorian konstituutiosta ja metodista*. Oulu: Tutkijaliiton julkaisusarja 17, 1981.
- Häyhä, Juha, toim.: *Minun metodini*. Helsinki: WSLT, 1997.
- Ignatius, Antero: "Kommentari oikeustieteen kohteeseen", *Oikeus* 1975/1, s. 9–15.
- Ignatius, Antero: "Neuvosto-oikeustiede – edistysellisten lakimiesten ensyklopedia", *Oikeus* 1973/3, s. 29–38.
- Jackson, Bernard: *Law, Fact and Narrative Coherence*. Roby: Deborah Charles, 1988.
- James, William: "Pragmatism's Conception of Truth", *The Journal of Philosophy Psychology and Scientific Methods*, vol. IV, No. 6 (1907), s. 141–155. Myös teoksessa: Horwich, Paul, ed.: *Theories of Truth*. Aldershot – Brookfield USA – Singapore – Sydney: Dartmouth, 1994, s. 17–31.
- Jellinek, Georg: *Allgemeine Staatslehre*. Dritte Auflage, siebenter Neudruck. Bad Homburg vor der Höhe: Hermann Gentner Verlag, 1960.
- von Jhering, Rudolf: *Der Zweck im Recht, I*. Herausgegeben mit einem Vorwort und mit zwei bisher unveröffentlichten Ergänzungen aus dem Nachlass Jherings versehen von Christian Helfer. Hil-

- desheim, New York: Georg Olms Verlag, 1970. (Reprografischer Nachdruck der 4. –Auflage Leipzig 1904.)
- Jonkka, Jaakko: *Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1991.
- Jonkka, Jaakko: ”Näkökohtia näyttökynnyksestä”. Teoksessa: Haavisto, Risto, toim.: *Matkalla pohjoiseen – professori Jyrki Virolaisen juhla kirja*. Rovaniemi: Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta, 2003, s. 141–156.
- Jonsen, Albert R. & Toulmin, Stephen: *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*. Berkeley and Los Angeles, California: University of California Press, 1989.
- Joutsamo, Kari – Aalto, Pekka – Kaila, Heidi & Maunu, Antti: *Eurooppaoikeus*. Kolmas, uudistettu painos. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000.
- Jutikkala, Eino: *Kuolemalla on aina syynsä. Maailman väestöhistorian ääri viivoja*. Porvoo – Helsinki – Juva: WSOY, 1987.
- Jyränki, Antero: ”Teesejä juridiikasta ja juristeista”, *Lakimies*, 1969, s. 880–892.
- Jääskinen, Niilo: *Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys*. Helsinki: Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus -julkaisusarja nro 5, 1983.
- Kairys, David, ed.: *The Politics of Law. A Progressive Critique*. Third edition. U.S.A.: Basic Books, 1998.
- Kaisanlahti, Timo: *Sidosryhmät ja riski pörssi-yhtiössä*. Helsinki: Edita, 1999.
- Kalela, Jorma: *Historiantutkimus ja historia*. Helsinki: Hanki ja jää & Gaudeamus, 2000.
- Kalima, Kai: ”Poliittiset työtaistelutoimenpiteet – työväestön oikeus yhteiskunnalliseen hätävarjeluun”, *Oikeus* 1973:1, s. 5–10.
- Kallioma-Puha, Laura & Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna: ”Muuttuva vanhuus ja vanhusten oikeudet”. Teoksessa: Ervasti, Kaijus & Meincke, Nina, toim.: *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 297–324.
- Kanniainen, Vesa & Määttä, Kalle, toim.: *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Helsinki: Gaudeamus, 1996.
- Kanniainen, Vesa & Määttä, Kalle, toim.: *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*, 2. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1998.
- Kanniainen, Vesa & Määttä, Kalle, toim.: *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*, 3. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1999.
- Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle & Timonen, Pekka: ”Oikeustaloustiede. Johdantoa lähestymistapoihin ja käsitteisiin”. Teoksessa: Kanniainen, Vesa & Määttä, Kalle, toim.: *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Helsinki: Gaudeamus, 1996, s. 11–45.
- Kanniainen, Määttä & Timonen, Pekka: ”Coasen teoreema: esittely ja arviointi”. Teoksessa: Kanniainen, Vesa & Määttä, Kalle, toim.: *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Helsinki: Gaudeamus, 1996, s. 46–61.
- Karapuu, Heikki: ”Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö”. Teoksessa: Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo & Viljanen, Veli-Pekka: *Perusoikeudet*. Helsinki: WSLT, 1999, s. 61–86.
- Karhu (ent. Pöyhönen), Juha: ”Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi”, *Lakimies* 2003/5, s. 789–807.
- Kelsen, Hans: *Allgemeine Staatslehre*. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1993.
- Kelsen, Hans: *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*. 2. Neudruck der 2. Auflage Tübingen 1928. Aalen: Scientia Verlag, 1981.
- Kelsen, Hans: *General Theory of Law and State*. Translated by Anders Wedberg. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1949.
- Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. 1. Auflage. 2. Neudruck der 1. Auflage Leipzig und Wien 1934. Mit Vorwort zum Neudruck von Stanley L. Paulson und Vorrede zum 2. Neudruck von Robert Walter. Aalen: Scientia Verlag, 1994.
- Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. Zweite,

- vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960.
- Kennedy, Duncan: *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*. Cambridge, Massachusetts & London, England: Harvard University Press, 1997.
- Kennedy, Duncan: "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", 36 *Journal of Legal Education*, s. 518–562. Myös teoksessa: Boyle, James, ed.: *Critical Legal Studies*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992, s. 45–89.
- Kivimäki, T. M.: "Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävistä merkityksestä", *Lakimies* 1937, s. 474–484.
- Kivimäki, T. M.: "Oikeudellisen ajattelun kehityksestä viime vuosikymmenen kuluessa", *Lakimies* 1959, s. 121–130.
- Kivimäki, T. M.: "Uusia virtauksia siviililainopin alalla", *Defensor Legis* 1921, s. 367–388.
- Kivivuori, Antti: "Suomalaisen oikeustieteen virheet, I–II", *Lakimies* 1970, s. 422–429 ja 929–940.
- Kivivuori, Antti: *Politische Rechtswissenschaft*. Helsinki: Studia Iuridica Helsingiensia, Institutum Iurisprudentiae Comparativae Universitatis Helsingiensis # 9, 1971.
- Kivivuori, Antti: *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys, I. Rikoslainsäädäntö 1809–1875*. Joensuu: Pohjois-Karjalan kirjapaino Oy, 1969.
- Klami, Hannu T.: *Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksenteon ja oikeusnormipropositioiden tavoitteellisesta justifiointista ja kontrollista*. Turku: Turun yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja A:19, 1979.
- Klami, Hannu T.: "Tapaoikeus". Teoksessa: Mattila, Heikki E.S. et al., toim.: *Encyclopædia Iuridica Fennica – Suomalainen oikeustietosanakirja, osa VII: Oikeuden yleistieteet*. Jyväskylä: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1999, s. 1135–1137 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Koskenniemi, Martti: *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, 1989.
- Koskenniemi, Martti: *The Centle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Kuhn, Thomas S.: *The Structure of Scientific Revolutions*. Second edition, enlarged. International Encyclopedia of Unified Science. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.
- Kuoppamäki, Petri: *Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2003.
- Kurki-Suonio, Kirsti: *Äidin hoivasta yhteishuoltoon. Lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinat*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1999.
- Kuusiniemi, Kari: "Ympäristöoikeus oikeudenalana". Teoksessa: Kuusiniemi, Kari – Ekroos, Ari Ekroos – Kumpula, Anne & Vihervuori, Pekka: *Ympäristöoikeus*. Helsinki: WSOY, 2001, s. 45–96.
- Kuusiniemi, Kari – Ekroos, Ari – Kumpula, Anne & Vihervuori, Pekka: *Ympäristöoikeus*. Helsinki: WSOY, 2001.
- Lagerspetz, Eirik: *A Conventionalist Theory of Institutions*. Acta Philosophica Fennica. Helsinki: Societas Philosophica Fennica, 1989.
- Lagerspetz, Eirik: *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Law and Philosophy Library. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1995.
- Larenz, Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Sechste, neu bearbeitete Auflage. Berlin – Heidelberg – New York – London – Paris – Tokyo – Hong Kong – Barcelona – Budapest: Springer-Verlag, 1991.
- Levi, Edward H.: *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1949.
- Lind, Douglas: "Pragmatist Philosophy of Law". Teoksessa: Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. II*. New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 678–681.

- Linna, Tuula: *Ulosottorealisoinnista de lege ferenda*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1987.
- Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993.
- Lämsineva, Pekka: *Perusoikeudet ja varallisuus oikeudet*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2002.
- Lämsineva, Pekka & Viljanen, Veli-Pekka, toim.: *Perusoikeuspuheenvuoroja*. Turku: Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, 1998.
- MacCormick, Neil: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- MacCormick, Neil: "Natural Law Reconsidered", 1 *Oxford Journal of Legal Studies*, s. 99–109 (1981). Myös teoksessa: Finnis, John, ed.: *Natural Law. Vol. I. The International Library of Essays in Law and Legal Theory*. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1991, s. 225–235.
- MacCormick, Neil: "Raimo Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*, Opponent's Review", *Oikeus* 1998/4, s. 424–432.
- MacCormick, Neil: "Why Cases Have Rationes and What These Are". Teoksessa: Goldstein, Lawrence, ed.: *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991, s. 155–182.
- MacCormick, Neil & Summers, Robert S., eds.: *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Ashgate/Dartmouth, 1997.
- MacCormick, Neil & Summers, Robert S., eds.: *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.
- MacCormick, Neil & Weinberger, Ota: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Law and Philosophy Library. Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo: D. Reidel Publishing Company, 1986.
- Makkonen, Kaarle: *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus*. Suomalainen Lakimiesyhdistys: Helsinki, 1981.
- Makkonen, Kaarle: *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*. Turku: Annales Universitatis Turkuensis, 1965.
- Malcolm, Norman: *Ludwig Wittgenstein. Muistelma*. Juva: WSOY, 1990.
- Manninen, Juha: "Uuden filosofisen liikkeen ja sen manifestin synty". Teoksessa: Niiniluoto, Ilkka & Koskinen, Heikki, toim.: *Wienin piiri*. Helsinki, Gaudeamus, 2002, s. 27–128.
- Marmor, Andrei: "Exclusive Legal Positivism". Teoksessa: Coleman, Jules & Shapiro, Scott, editors; with Himma, Kenneth Einar, associate editor: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 104–124.
- Martinich, A. P. & Sosa, Ernest, eds.: *A Companion to Analytic Philosophy*. Blackwell Companions to Philosophy Series. Oxford: Blackwell Publishers, 2001.
- Martinich, A. P. & Sosa, Ernest, eds.: *Analytic Philosophy. An Anthology*. Blackwell Philosophy Anthologies. Oxford: Blackwell Publishers, 2001.
- Mattei, Ugo: *Comparative Law and Economics*. United States of America: Ann Arbor – The University of Michigan Press, 1998.
- Mattila, Heikki E. S. et al., toim.: *Encyclopædia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, osa I: Varallisuus- ja yritysoikeus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1994.
- Mattila, Heikki E. S. et al., toim.: *Encyclopædia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, osa III: Perhe-, työ- ja sosiaalioikeus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1996.
- Mattila, Heikki E. S. et al., toim.: *Encyclopædia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, osa VII: Oikeuden yleistieteet*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1999.
- Medina, Vincente: "Decisionist Philosophy of Law". Teoksessa: Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. I*. New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 186–188.
- Mendell, Mark: "American Jurists, 1860–1960". Teoksessa: Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. I*. New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 32–35.

- Mendell, Mark: "Dewey, John (1859–1952)". Teoksessa: Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. I*. New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 204–205.
- Merkel, Adolf Julius: "Das Recht im Lichte seiner Anwendung". Teoksessa: Merkel, Adolf Julius: *Gesammelte Schriften. Erster Band. Grundlagen des Rechts. Erster Teilband*. Herausgegeben von Mayer-Maly, Dorothea – Schambeck, Herbert & Grussman, Wolf-Dietrich. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, s. 85–146.
- Merkel, Adolf Julius: "Das doppelte Rechtsanlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes". Teoksessa: Merkel, Adolf Julius: *Gesammelte Schriften. Erster Band. Grundlagen des Rechts. Erster Teilband*. Herausgegeben von Mayer-Maly, Dorothea – Schambeck, Herbert & Grussman, Wolf-Dietrich. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, s. 227–252.
- Merkel, Adolf Julius: *Gesammelte Schriften. Erster Band. Grundlagen des Rechts. Erster Teilband*. Herausgegeben von Mayer-Maly, Dorothea – Schambeck, Herbert & Grussman, Wolf-Dietrich. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
- Merkel, Adolf Julius: "Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues". Teoksessa: Merkel, Adolf Julius: *Gesammelte Schriften. Erster Band. Grundlagen des Rechts. Erster Teilband*. Herausgegeben von Mayer-Maly, Dorothea – Schambeck, Herbert & Grussman, Wolf-Dietrich. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, s. 437–492.
- Miettinen, Seppo K.: *Logiikka – Perusteet*. Helsinki: Gaudeamus, 2002.
- Minkinen, Panu: *Thinking without Desire. A First Philosophy of Law*. Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing, 1999.
- Mononen, Marko: *Sopimus oikeuden materiaalisuudesta*. Helsinki: Edita, 2001.
- Montesquieu, Baron de: *L'esprit des lois, Oeuvres Complètes, II*. Texte présenté et annoté par Roger Callois. Bibliothèque de Pléiade. Paris: Gallimard, 1951, s. 227–995.
- Moore, G. E.: *Principia Ethica*. With the Preface to the Second Edition and Other Papers Edited and with an Introduction by Thomas Baldwin. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- Morawetz, Thomas: "Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices". Teoksessa: Patterson, Dennis M., ed.: *Wittgenstein and Legal Theory*. Boulder, San Francisco, Oxford: Westview Press, 1992, s. 3–27.
- Morawetz, Thomas: "Law as Experience: The Internal Aspect of Law", Teoksessa: Morawetz, Thomas: *Law's Premises, Law's Promise. Jurisprudence after Wittgenstein*. The Collected Essays in Law Series. Aldershot – Burlington, USA – Singapore – Sydney: Ashgate/Dartmouth, 2000, s. 195–234.
- Morawetz, Thomas: *Law's Premises, Law's Promise. Jurisprudence after Wittgenstein*. The Collected Essays in Law Series. Aldershot – Burlington, USA – Singapore – Sydney: Ashgate/Dartmouth, 2000.
- Mäenpää, Olli: "Oikeustieteen tutkimuskohteesta", *Oikeus* 1974/4, s. 25–35.
- Mäenpää, Olli: "Kritiikin johdosta", *Oikeus* 1975/1, s. 16–17.
- Mähönen, Jukka: "Law and economics: eriytyminen ja kehitys". Teoksessa: Kanninen, Vesa & Määttä, Kalle, toim.: *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*, 2. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1998, s. 1–26.
- Mähönen, Jukka: "Taloustiede lain tulkinassa", *Lakimies* 2004/1, s. 49–64.
- Mähönen, Jukka & Määttä, Kalle: "Uusia näkökulmia oikeustaloustieteeseen". Teoksessa: Ervasti, Kaijus & Meincke, Nina, toim.: *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 181–204.
- Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna: *Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2003.
- Määttä, Kalle: *Environmental Taxes. From an Economic Idea to a Legal Institution*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1997.
- Nagan, Winston P. & Willard, Andrew R.: "Lasswell/McDougal Collaboration: Configurative

- Philosophy of Law". Teoksessa: Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. II*. New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 481–483.
- Nagel, Thomas: *The View from Nowhere*. New York & Oxford: Oxford University Press, 1986.
- Nasar, Sylvia: *A Beautiful Mind*. London & New York: Faber and Faber, 1999.
- Neurath, Otto: "Protokollauseet". Suomentanut Risto Vilkkö. Teoksessa: Raatikainen, Panu, toim.: *Ajattelu, kieli, merkitys. Analyttisen filosofian avainkirjoituksia*. Helsinki: Gaudeamus, 1997, s. 95–103.
- Newton-Smith, W. H., ed.: *A Companion to the Philosophy of Science*. Massachusetts, USA & Oxford, England: Blackwell Publishers Ltd., 2000.
- Niemi, Matti I.: *Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista*. Helsinki: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1996.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna: "Oikeus ja sukupuoli". Teoksessa: Ervasti, Kaijus & Meincke, Nina, toim.: *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 325–352.
- Nieminen, Liisa: "Lasten perus- ja ihmisoikeussuojan ajankohtaisia ongelmia", *Lakimies* 2004/4, s. 591–621.
- Nieminen, Liisa: *Lasten perusoikeudet*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1990.
- Nieminen, Liisa, toim.: *Perusoikeudet EU:ssa*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2001.
- Nieminen, Liisa, toim.: *Perusoikeudet Suomessa*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1999.
- Niiniluoto, Ilkka: *Critical Scientific Realism*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Niiniluoto, Ilkka: *Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus*. Helsinki: Otava, 1984.
- Niiniluoto, Ilkka & Koskinen, Heikki, toim.: *Wienin piiri*. Helsinki, Gaudeamus, 2002.
- Nino, Carlos, ed.: *Rights*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992.
- Nousiainen, Kevät: "Kuinka vapauden poluilla kompastutaan", *Oikeus* 1990/1, s. 11–28.
- Nousiainen, Kevät: "Naisoikeus". Teoksessa: Mattila, Heikki E. S. et al., toim.: *Encyclopædia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, osa III: Perhe-, työ- ja sosiaali-oikeus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1996, s. 365 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Nousiainen, Kevät: "Naisoikeustutkimus". Teoksessa: Mattila, Heikki E. S. et al., toim.: *Encyclopædia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, osa III: Perhe-, työ- ja sosiaali-oikeus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1996, s. 366–371 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Nousiainen, Kevät: "Oikeuden systeemi ja naisen arki". Teoksessa: Turunen, Riitta, toim.: *Naisnäkökulmia oikeuteen*. Helsinki: Gaudeamus, 1992, s. 15–57.
- Nousiainen, Kevät & Pylkkänen, Anu: *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, 2001.
- Nuotio, Kimmo, toim.: *Oikeusteoreettisia katkelmia*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2003.
- Ogorek, Regina: *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1986.
- Oker-Blom, Max: *Bakom rätten. En rättsekonomisk argumentationsmodell*. Joensuu: Joensuun yliopiston yhteiskuntatieteellisiä julkaisuja, 2002.
- Oker-Blom, Max: "En enda riktig lösning trots allt? – Dworkin mot finländsk bakgrund", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 1978, s. 251–321.
- Oppenheimer, Andrew, ed.: *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*. Grotius Publications. Cambridge, New York & Melbourne: Cambridge University Press, 1994.
- Pallard, Henri R. & Hudson, Richard: "Phenomenology of Law". Teoksessa: Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. II*. New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 645–647.
- Patterson, Dennis M., toim.: *Wittgenstein and Legal Theory*. Boulder, San Francisco, Oxford: Westview Press, 1992.

- Paulson, Stanley L. & Paulson, Bonnie Litschewski, eds.: *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- Peczenik, Aleksander: "Coherence". Teoksessa: Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. I*. New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 124–125.
- Peczenik, Aleksander: *On Law and Reason*. Law and Philosophy Library. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1989.
- Peczenik, Aleksander: *The Basis of Legal Justification*. Lund: Infotryck AB, 1983.
- Peczenik, Aleksander: "The Binding Force of a Precedent". Teoksessa: McCormick, Neil & Summers, Robert S., eds.: *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Brookfield USA, Singapore, Sydney: Ashgate/Dartmouth, 1997, s. 461–479.
- Peczenik, Aleksander: *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritzes Förlag AB, 1995.
- Peirce, Charles Sanders: *Johdatus tieteen logiikkaan ja muita kirjoituksia*. Valinnut ja suomentanut Markus Lång. Tampere: Vastapaino, 2001.
- Peirce, Charles Sanders: *Pragmatism and Pragmaticism. Collected Papers of Charles Sanders Peirce. Vol. V*. Edited by Charles Hartshorne & Paul Weiss. Cambridge, U.S.A.: Harvard University Press, 1934.
- Pekkanen, Raimo: "Euroopan ihmisoikeussopimuksen evolutiivisesta tulkinnasta", *Lakimies* 1991/4, s. 353–365.
- Perelman, Chaïm: *Retoriikan valtakunta*. Tampere: Vastapaino, 1996.
- Perelman, Chaïm: *Rhétoriques*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1989.
- Perelman, Chaïm: "Une théorie philosophique de l'argumentation". Teoksessa: Perelman, Chaïm: *Rhétoriques*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1989, s. 243–256.
- Perelman, Chaïm & Olbrechts-Tyteca, Lucie: *Traité de l'Argumentation. La nouvelle Rhétorique*. Paris: Presses universitaires de France, 1958; 5^e édition. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988.
- Pihlajamäki, Heikki: "Den rättsliga formalismen och kritiken av den. En rättsjämförande granskning av den finska rättsvetenskapen under 1900-talets första decennier", *78 Retfærd* (1997), s. 51–67.
- Pihlström, Sami: *Tutkiiko tiede todellisuutta? Realismi ja pragmatismi nykyisessä tieteenfilosofiassa*. Helsinki: Helsingin yliopiston filosofian laitoksen julkaisuja, 1997.
- Platon: "Timaios", *Teokset V*. Suomentanut A. M. Anttila. Helsinki: Otava 1982, s. 157–245.
- Pohjonen, Soile: "Naiset, väkivalta ja rikosoikeus". Teoksessa: Turunen, Riitta, toim.: *Naisnäkö-kulmia oikeuteen*. Helsinki: Gaudeamus, 1992, s. 173–200.
- Popper, Karl: *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*. Revised edition. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- Popper, Karl: *The Logic of Scientific Discovery*. London & New York: Routledge, 1997.
- Posner, Richard A.: *Economic Analysis of Law*. 6th edition. New York: Aspen Publishers, 2003.
- Posner, Richard A., ed.: *The Essential Holmes. Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Edited and with an Introduction by Richard A. Posner. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.
- Pound, Roscoe: "Law in Books and Law in Action", *44 American Law Review* (1910), s. 12–36.
- Pound, Roscoe: *Social Control through Law*. With a New Introduction by A. Javier Trevino. New Brunswick, N. J. and London: Transaction Publishers, Second Printing, 2002.
- Prechal, Sacha: *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Pöyhönen, Juha: "Korvausmallit vahingonkorvausoikeudessa", *XXXII Oikeustiede – Jurisprudentia* (1999), s. 299–372.
- Pöyhönen, Juha: "Oikeuden fenomenologia Adolf Reinachin mukaan". Teoksessa Tontti, Jarkko & Mäkelä, Kaisa, toim.: *Filosofien oikeus*, 2. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2001, s. 71–88.

- Pöyhönen, Juha: *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1988.
- Pöyhönen, Juha: *Uusi varallisuus oikeus*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000.
- Pöyhönen, Juha: "Vaihtoehtoinen lainoppi". Teoksessa: Mattila, Heikki E. S. et al., toim.: *Encyclopædia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, VII: Oikeuden yleistieteet*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1999, s. 1237–1240 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Pöyhönen, Juha: "Yksityinen omistusoikeus ja vaihtoehtoinen lainoppi". Teoksessa: Scheinin, Martin, toim.: *Omistusoikeus*. Helsinki: Tutkijaliitto, Sosialistinen lakimiesseura, 1983, s. 1–26.
- Quine, Willard Van Orman: "Empirismin kaksi dogmia". Teoksessa: Raatikainen, Panu, toim.: *Ajattelu, kieli, merkitys. Analyttisen filosofian avainkirjoituksia*. Suomentanut Juha Savolainen. Helsinki: Gaudeamus, 1997, s. 133–153.
- Quine, Willard Van Orman: "Two Dogmas of Empiricism", *Philosophical Review* 60 (1953), s. 20–43. Myös teoksessa: Curd, Martin & Cover, A. J.: *Philosophy of Science. The Central Issues*. New York & London: W.W. Norton & Company, 1998, s. 280–301.
- Raatikainen, Panu, toim.: *Ajattelu, kieli, merkitys. Analyttisen filosofian avainkirjoituksia*. Helsinki: Gaudeamus, 1997.
- Raatikainen, Panu: "Ajattelu, kieli ja merkitys – näkökulmia nykyajan filosofian avaintemoihin". Teoksessa: Raatikainen, Panu, toim.: *Ajattelu, kieli, merkitys. Analyttisen filosofian avainkirjoituksia*. Helsinki: Gaudeamus, 1997, s. 9–40.
- Radbruch, Gustav: "Fünf Minuten Rechtsphilosophie" (1945). Teoksessa: Radbruch, Gustav: *Rechtsphilosophie*. Achte Auflage. Herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider. Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1973, s. 327–329.
- Radbruch, Gustav: "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" (1946). Teoksessa: Radbruch, Gustav: *Rechtsphilosophie*. Achte Auflage. Herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider. Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1973, s. 339–350.
- Radbruch, Gustav: *Rechtsphilosophie*. Achte Auflage. Herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider. Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1973.
- Ralli, Tommi: "Vertaileva oikeustaloustiede". Teoksessa: Kanninen, Vesa & Määttä, Kalle, toim.: *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*, 3. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1999, s. 45–62.
- Rasmussen, Hjalte: *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*. Dordrecht – Boston – Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- Raunio, Kyösti: *Positivismi ja ihmistiede. Sosiaalitutkimuksen perustat ja käytännöt*. Helsinki: Gaudeamus, 1999.
- Rawls, John: *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1980.
- Ray, Christopher: "Logical Positivism". Teoksessa: Newton-Smith, W. H., ed.: *A Companion to the Philosophy of Science*. Massachusetts, USA & Oxford, England: Blackwell Publishers Ltd., 2000, s. 243–251.
- Reichenbach, Hans: *Experience and Prediction. An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge*. Chicago, Illinois: The University of Chicago Press, 1938.
- Reimann, Mathias: "Savigny, Friedrich Carl von (1779–1861)". Teoksessa: Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. II*. New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 772–773.
- Rentto, Juha-Pekka: *Prudentia Juris. The Art of the Good and the Just*. Turku: Turun yliopiston julkaisu, 1988.
- Rentto, Toissijainen valtio. *Kirjoituksia kansalaisvastuun ensisijaisuudesta subsidiariteettiperiaatteen mukaisessa valtioajattelussa*. Turku: Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisu. Julkisoikeuden sarja A:30, 1995.
- Rescher, Nicholas: "Pragmatism". Teoksessa: Honderich, Ted, ed.: *The Oxford Companion to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1995, s. 710–713.
- Reynolds, Noel B. & Lowery, Thomas J.: "Convention and Custom". Teoksessa: Gray, Christo-

- pher B. ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. I.* New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 161–163.
- Riepula, Esko: *Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana. Valtiosääntötutkimus eduskunnan perustuslakivaliokunnasta perustuslakikontrollia ja perustuslakien tulkin-
taa harjoittavana toimielimenä vv:n 1907–1972 valtiopäivillä.* Helsinki: Suomalainen Laki-
miesyhdistys, 1973.
- Riepula, Esko: ”Oikeudellisen tutkimuksen näköaloja”, *Oikeus* 1973/2, s. 3–8.
- Rorty, Richard: *Consequences of Pragmatism. (Essays: 1972–1980).* Brighton, Sussex: The
Harvester Press, 1982.
- Rorty, Richard: *The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method. With Two Retrospective
Essays.* Chicago: The University of Chicago Press, 1992.
- Ross, Alf: *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi.* København: Nyt
nordisk forslag, 1953.
- Ross, Alf: *On Law and Justice.* Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1958.
- Ross, Alf: *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law.* Translated from
the Danish by Annie I. Fausbøll. Reprint of the Edition Copenhagen 1946. Aalen: Scientia
Verlag, 1989.
- Ross, Alf: ”Tû-Tû”. Teoksessa: *Festschrift til Henry Ussing.* Udgivet af Juristforbundet,
under redaction af O. A. Borum og Knud Illum. København: Nyt nordisk forlag, 1951, s. 468–
484.
- Ross, Alf: ”Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law”. Teoksessa: Paulson,
Stanley L. & Paulson, Bonnie Litschewski, toim.: *Normativity and Norms. Critical Perspec-
tives on Kelsenian Themes.* Oxford: Clarendon Press, 1998, s. 147–163.
- Rossetti, Carlo Giuseppe: ”Judicial Review”. Teoksessa: Gray, Christopher B., ed.: *The Philosophy
of Law. An Encyclopedia, Vol. I.* New York & London: Garland Publishing, 1999, s. 451–454.
- Ruiter, Dick W. P.: *Legal Institutions.* Law and Philosophy Library. Dordrecht – Boston –
London: Kluwer Academic Publishers, 2001.
- Ruse, Michael: ”Scientific Methodology”. Teoksessa: Honderich, Ted, ed.: *The Oxford Compan-
ion to Philosophy.* Oxford: Oxford University Press, 1995, s. 813–814.
- Ryle, Gilbert: *The Concept of Mind.* Middlesex: Penguin/Peregrine Books, 1963.
- Salmon, Wesley C.: ”Logical Empiricism”. Teoksessa: Newton-Smith, W. H., ed.: *A Companion
to the Philosophy of Science.* Massachusetts, USA & Oxford, England: Blackwell Publishers
Ltd., 2000, s. 233–242.
- Sampaio Ferraz, Tercio: ”Topique”. Teoksessa: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de
sociologie du droit.* Deuxième édition entièrement refondue, corrigée et augmentée sous la
direction de André-Jean Arnaud et de J.-G. Belley, J. A. Carty, M. Chiba, J. Commaille, A.
Devillé, E. Landowski, F. Ost, J.-F. Perrin, M. van de Kerchove, J. Wróblewski. Paris: LDGJ,
1993, s. 615–617.
- Saraviita, Ilkka: ”Ylimmät lainvalvojat perusoikeusjärjestelmän toteuttajina”. Teoksessa: Länsi-
neva, Pekka & Viljanen, Veli-Pekka, toim.: *Perusoikeuspuheenvuoroja.* Turku: Turun yliopis-
ton oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, 1998, s. 211–228.
- de Saussure, Ferdinand: *Cours de linguistique générale.* Publié par Charles Bailly et Albert
Séchehay avec la collaboration de Albert Riedlinger. Édition critique préparée par Tullio de
Mauro. Postface de Louis-Jean Calvet. Paris: Grande Bibliothèque Payot, 1995.
- von Savigny, Friedrich Carl, ”Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissen-
schaft”. Teoksessa: *Thibaut und Savigny. Ihre Programmatische Schriften.* Mit einer Einfüh-
rung von Prof. Dr. Hans Hattenhauer. München: Verlag Franz Vahlen, 1973, s. 95–192.
- Scheffler, Israel: *Four Pragmatists. A Critical Introduction to Peirce, James, Mead, and Dewey.*
London: Routledge & Kegan Paul; New York: Humanities Press, 1974.
- Scheinin, Martin: *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kan-*

- sainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1991.
- Scheinin, Martin, toim.: *Omistusoikeus*. Helsinki: Tutkijaliitto, Sosialistinen lakimiesseura, 1983.
- Schlegel, John Henry: *American Legal Realism and Empirical Social Science*. United States of America: University of North Carolina Press/Chapel Hill & London, 1995.
- Schmitt, Carl: *Poliittinen teologia. Neljä lukua suvereenisuudesta*. Suomentanut Tapani Hieta-niemi. Esipuheet: Kaarlo Tuori, Markku Koivusalo ja Mika Ojutkangas. Paradeigma-sarja. Helsinki: Tutkijaliitto, 1997.
- Schmitt, Carl: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Zweite Auflage Un-veränd. Ausg. der 1934 in der Hanseatischen Verl.-Anst., Hamburg erschienenen 1. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.
- Searle, John R.: *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. New York: Cambridge University Press, 1992.
- Searle, John R.: *The Construction of Social Reality*. England: The Penguin Press, 1995.
- Sihvola, Juha: *Hyvän elämän politiikka. Näkökulmia Aristoteleen poliittiseen filosofiaan*. Helsin-ki: Tutkijaliitto, 1994.
- Sihvola, Juha: ”Selitykset”. Teoksessa: Aristoteles: *Poliitiikka. Teokset VIII*. Suomentanut A.M. Anttila. Selitykset laatinut Juha Sihvola. Helsinki: Gaudeamus, 1991, s. 221–289.
- Siltala, Raimo: ”A Response to Marja Heimonen, ’Music Education and Law: Regulation as an Instrument’”. *Philosophy of Music Education Review*, Vol. 11, No. 2 (2003), s. 185–193.
- Siltala, Raimo: *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philos-ophy of Law*. Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing, 2000.
- Siltala, Raimo: ”H.L.A. Hart oikeusfilosofina”. Teoksessa: Tontti, Jarkko & Mäkelä, Kaisa, toim.: *Filosofien oikeus*, 2. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2001, s. 131–145.
- Siltala, Raimo: *Johdatus oikeusteoriaan*. Helsinki, Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiede-kunnan julkaisuja, 2001.
- Siltala, Raimo: ”Keisarin vanhat ja uudet vaatteet”, *Oikeus* 1999/1, s. 80–82.
- Siltala, Raimo: ”Metrin pituudesta ja muita ongelmia. Vastine Aulis Aarnion kirjoitukseen ’Oikeusfilosofi kevätjäällä’”, *Oikeus* 1999/3, s. 304–310.
- Siltala, Raimo: *Oikeustieteen tieteenteoria*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2003.
- Siltala, Raimo: ”Opponent’s Report on Marja Heimonen’s *Music Education & Law. Regulation as an Instrument*”, *Oikeus* 2003/1, s. 70–77.
- Siltala, Raimo: ”Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta”, *Lakimies* 1999/5, s. 674–691.
- Siltala, Raimo: ”’Sateenkaaren tuolla puolen’ – polysentrisen oikeuden manifesti”, *Oikeus* 2000/2, s. 306–313.
- Siltala, Raimo: ”The Quest for the Ultimate Premises of the Law”, *Oikeus* 1998/4, s. 420–423.
- Sivenius, Hannu: ”The Law and the Rainbow”. Teoksessa: Hirvonen, Ari, ed.: *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, Virginia: Pluto Press, 1998, s. 239–244.
- Smith, S. C.: ”The Redundancy of Reasoning”. Teoksessa: Bankowski, Zenon – White, Ian & Hahn, Ulrike, eds.: *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht – Boston – London: Kluwer Academic Publishers, 1995, s. 191–204.
- Soikkeli, Lauri: *Luottamuksensuoja verotuksessa*. Helsinki: WSOY Lakitieto, 2003.
- Stenius, Erik: *Wittgenstein’s Tractatus. A Critical Exposition of the Main Lines of Thought*. England Thoemmes Press, 1996 (ensipainos: Basil Blackwell, 1960).
- Summers, Robert S., ed.: *American Legal Theory*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992.
- Summers, Robert S.: *Essays in Legal Theory*. Dordrecht – Boston – London: Kluwer Academic Publishers, 2000.

- Summers, Robert S.: *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*. Berlin: Duncker & Humblot, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 151, 1992.
- Summers, Robert S.: *Instrumentalism and American Legal Theory*. Ithaca and London: Cornell University Press, 1982.
- Summers, Robert S.: *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*. The Collected Essays in Law Series. Aldershot – Brookfield, USA – Singapore – Sydney: Ashgate/Dartmouth, 2000.
- Summers, Robert S. & Eng, Svein: "Departures from Precedent". Teoksessa: McCormick, Neil & Summers, Robert S., eds.: *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Ashgate/Dartmouth, 1997, s. 519–530.
- Tala, Jyrki: *Lakien vaikutukset. Lakiuudistusten tavoitteet ja niiden toteutuminen lainsäädäntöteoreettisessa tarkastelussa*. Helsinki: Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos, 2001.
- Tarski, Alfred: "Semanttinen käsitys totuudesta". Suomentanut Janne Hiipakka. Teoksessa: Raatikainen, Panu, toim.: *Ajattelu, kieli, merkitys. Analyttisen filosofian avainkirjoituksia*. Helsinki: Gaudeamus, 1997, s. 104–132.
- Taxell, Lars Erik: *Aktiebolagsstyrelsens kompetens att rättsshandla. En studie i Finlands gällande bolagsrätt*. Helsingfors: Juridiska Föreningen i Finland, 1946.
- Teubner, Gunther: "How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology in Law", 23 *Law and Society Review* (1989), s. 727–757.
- Teubner, Gunther: *Law as an Autopoietic System*. Translated by Anne Bankowska and Ruth Adler. Edited by Zenon Bankowski. Oxford: Blackwell Publishers, 1993.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus: "Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland". Teoksessa: *Thibaut und Savigny. Ihre Programmatische Schriften*. Mit einer Einführung von Prof. Dr. Hans Hattenhauer. München: Verlag Franz Vahlen, 1973, s. 61–94.
- Thibaut und Savigny. Ihre Programmatische Schriften*. Mit einer Einführung von Prof. Dr. Hans Hattenhauer. München: Verlag Franz Vahlen, 1973.
- Timonen, Pekka: *Corporate Governance: Instituutiot ja lainsäädännön kehitys*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000.
- Timonen, Pekka, toim.: *Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937–1997. XXX Oikeustiede – Jurisprudentia*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja 1997.
- Timonen, Pekka: *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1997.
- Timonen, Pekka: "Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa". Teoksessa: Kanninen, Vesa & Määttä, Kalle, toim.: *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Helsinki: Gaudeamus 1996, s. 129–159.
- Timonen, Pekka: "Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi – oikeuslähdeopin eräiden lähtökohtien tarkastelua", *Lakimies* 1989, s. 666–688.
- Tolonen, Hannu: *Korko, raha ja sopimus*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1992.
- Tolonen, Hannu: *Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiantilojen johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1984.
- Tolonen, Hannu: *Oikeuslähdeoppi*. Helsinki: WSOY Lakitieto, 2003.
- Tontti, Jarkko & Mäkelä, Kaisa, toim.: *Filosofien oikeus, 2*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2001.
- Tuomela, Raimo: *A Theory of Social Action*. Dordrecht, Boston & Lancaster: D. Reidel Publishing Co., 1984.
- Tuomela, Raimo: *Joint Social Action*. Helsinki: Helsingin yliopiston filosofian laitoksen julkaisu, 1982.
- Tuori, Kaarlo: "Carl Schmitt ja vastavallankumouksen teoria". Teoksessa: Schmitt, Carl: *Poliittinen teologia. Neljä lukua suvereenisuuspista*. Suomentanut Tapani Hietaniemi. Esipuheet: Kaarlo Tuori, Markku Koivusalo ja Mika Ojutkangas. Paradeigma-sarja. Helsinki: Tutkijaliitto, 1997, s. 7–24.

- Tuori, Kaarlo: "Ideologiakriittikistä kriittiseen positivismiin". Teoksessa: Häyhä, Juha, toim.: *Minun metodini*. Helsinki: WSLT, 1997, s. 311–329.
- Tuori, Kaarlo: *Kriittinen oikeuspositivismi*. Helsinki: WSLT, 2000.
- Tuori, Kaarlo: "Marxilainen oikeusteoria". Teoksessa: Mattila, Heikki E. S. *et al.*, toim.: *Encyclopædia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, osa VII: Oikeuden yleistieteet*. Jyväskylä: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1999, s. 475–478 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Tuori, Kaarlo: *Oikeus, valta ja demokratia*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1990.
- Tuori, Kaarlo: "Opetuksia ja väärinkäsityksiä", *Oikeus* 2001/3, s. 314–326.
- Tuori, Kaarlo: "Vaihtoehto vai kritiikki, suppea vai laajennettu doktriini?". Teoksessa: Hirvonen, Ari & Tuori, Kaarlo, toim.: *Oikeus, kieli ja kritiikki*. Helsinki: Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja, 1990, s. 49–97.
- Tuori, Kaarlo: *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 1. Julkisoikeudellinen tutkimus komiteatyypisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. 1. nide. Teoreettinen ja historiallinen tausta*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1983.
- Tuori, Kaarlo: *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 2. Julkisoikeudellinen tutkimus komiteatyypisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. 2. nide. Positiivisoikeudelliset tarkastelut*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1983.
- Turunen, Riitta, toim.: *Naisnäkökulmia oikeuteen*. Helsinki: Gaudeamus, 1992.
- Tähti, Aarre: *Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1995.
- Unger, Roberto Mangabeira: *False Necessity. Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. Part I of *Politics. A Work in Constructive Social Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- Unger, Roberto Mangabeira: *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge (Massachusetts) & London: Harvard University Press, 1983.
- Uoti, Kari: *Euroopan ihmisoikeustuomioistuin – lainkäyttäjä oikeuden tekijänä*. Helsinki: Yliopistopaino, 2004.
- Viehweg, Theodor: *Topik und Jurisprudenz*. München: Verlag C. H. Beck, 1953.
- Vuorio, Jorma: "Oikeustoimesta substanssi- ja funktiokäsitteenä", *Lakimies* 1956, s. 444–478.
- Walker, Ralph C. S.: "Theories of Truth". Teoksessa: Hale, Bob & Wright, Crispin, eds.: *A Companion to the Philosophy of Language*. Blackwell Companions to Language. Oxford: Blackwell Publishers, 1999, s. 309–330.
- Weber, Max: "Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis". Teoksessa: Weber, Max: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Herausgegeben von Johannes Winckelmann. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1988, s. 146–214.
- Weber, Max: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Herausgegeben von Johannes Winckelmann. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1988.
- Weber, Max: *Wirtschaft und Gesellschaft*. J.C.B. Mohr, Tübingen 1972.
- Weinberger, Ota: *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1991.
- Wieacker, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2., neuarbeitete Auflage. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- Wihuri, Antti-Juhani: "Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta", XXIII *Oikeustiede – Jurisprudentia*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja 1990, s. 339–403.
- Wilhelmsson, Thomas: *Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2001.
- Wilhelmsson, Thomas: "Sosiaalinen siviilioikeus". Teoksessa: Mattila, Heikki E. S. *et al.*, toim.: *Encyclopædia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, osa I: Varallisuus- ja yritysoikeus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1994, s. 782–785 (palstakohtainen sivunumerointi).

- Wilhelmsson, Thomas: "Sosiaalinen suorituseste". Teoksessa: Mattila, Heikki E. S. *et al.*, toim.: *Encyclopaedia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, osa I: Varallisuus- ja yritysoikeus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1994, s. 785–787 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Wilhelmsson, Thomas: "Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat". Teoksessa: Häyhä, Juha, toim.: *Minun metodini*. Helsinki: WSLT, 1997, s. 339–358.
- Wilhelmsson, Thomas: *Social civilrätt*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1987.
- Wilhelmsson, Thomas: *Social Contract Law and European Integration*. Brookfield, USA – Singapore – Sydney: Dartmouth, 1995.
- Wilhelmsson, Thomas: "Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta". Teoksessa: Timonen, Pekka, toim.: *Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937–1997. XXX Oikeustiede – Jurisprudentia*. Helsinki: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja 1997, s. 357–374.
- Winch, Peter: *The Idea of A Social Science and its Relation to Philosophy*. London: Routledge & Kegan Paul, 1958.
- Wintgens, Luc J.: "Creation and Application of Law from A Legisprudential Perspective. Some Observations on the Point of View of the Judge and the Legislator". Teoksessa: Aarnio, Aulis – Alexy, Robert & Bergholtz, Gunnar, eds.; Christian Dahlman & Joakim Nergelius, assist. eds.: *Justice, Morality, and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of His 60th Birthday 16 November 1997*. Lund: Juristförlaget i Lund, 1997, s. 469–489.
- Wittgenstein, Ludwig: *Filosofisia tutkimuksia*. Suomentanut Heikki Nyman. Porvoo – Helsinki – Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1999.
- Wittgenstein, Ludwig: *Philosophical Investigations – Philosophische Untersuchungen*. Zweite Auflage/Second Edition. Translated by G.E.M. Anscombe. Oxford & Malden, Mass.: Blackwell Publishers, 1997.
- Wittgenstein, Ludwig: *Sininen ja ruskea kirja. Filosofisten tutkimusten esitutkimuksia (1933–1935)*. Suomentanut Heikki Nyman. Porvoo – Helsinki – Juva: WSOY, 1999.
- Wittgenstein, Ludwig: *Tractatus Logico-Philosophicus*. Translated by C.K. Ogden, with an Introduction by Bertrand Russell. International Library of Psychology, Philosophy and Scientific Method. London & New York: Routledge & Kegan Paul, 1986 (ensipainos 1922).
- Wittgenstein, Ludwig: *Tractatus Logico-Philosophicus eli Loogis-filosofien tutkielma*. Suomentanut Heikki Nyman. Porvoo – Helsinki – Juva: WSOY, 1984.
- Wittgenstein, Ludwig: *Varmuudesta*. Suomentanut Heikki Nyman. Porvoo – Helsinki – Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1975.
- Wolfram, Sybil: "Equivalence". Teoksessa: Honderich, Ted, ed.: *The Oxford Companion to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1995, s. 249.
- von Wright, Georg Henrik: *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*. Acta Philosophica Fennica, fasc. XXI. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1968.
- von Wright, Georg Henrik: "Elämäkerran luonnos". Teoksessa: Malcolm, Norman: *Ludwig Wittgenstein. Muistelma*. Juva: WSOY, 1990, s. 9–35.
- von Wright, Georg Henrik: *Explanation and Understanding*. International Library of Philosophy and Scientific Method. Lontoo: Routledge & Kegan Paul, 1971.
- von Wright, Georg Henrik: *Hyvän muunnelmat*. Helsinki: Otava, 2001.
- von Wright, Georg Henrik: *Norm and Action. A Logical Inquiry*. International Library of Philosophy and Scientific Method. London & Henley: Routledge & Kegan Paul, 1963.
- von Wright, Georg Henrik: *The Logic of Preference. An Essay*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1963.
- von Wright, Georg Henrik: *The Varieties of Goodness*. London and Henley: Routledge & Kegan Paul, 1963.
- von Wright, Georg Henrik: "Wittgenstein varmuudesta". Teoksessa: Wittgenstein, Ludwig: *Varmuudesta*. Suomentanut Heikki Nyman. Porvoo – Helsinki – Juva: WSOY, 1975, s. 11–30.

- Wróblewski, Jerzy: *Contemporary Models of the Legal Sciences*. Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź: Polish Academy of Sciences, 1989.
- Wróblewski, Jerzy: *Meaning and Truth in Judicial Decision*. 2nd edition. Helsinki: A-Tieto, 1983.
- Wróblewski, Jerzy: *The Judicial Application of Law*. Law and Philosophy Library. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1992.
- Zitting, Simo: "Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, I–II", *Lakimies* 1952, s. 387–401, 501–531.
- Zitting, Simo: *Omistajanvaihduksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1951.
- Zitting, Simo: *Sivullissuojasta varallisuus-oikeudessa*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1975.

Asiasanahakemisto

Asiasanahakemisto käsittää kirjan varsinaisen tekstiosion mutta ei teoksen liitteenä olevaa sanastoa.

- Aineellinen tulkintaideologia, ks. Tulkintaideologia, aineellinen
- Analyttinen filosofia 150–151, 621, 622, 624, 625
- Analyttinen hermeneutiikka 165, 178, 246, 320, 556,
- Analyttinen oikeuspositivismi 23, 152–156, 347, 600, 619
- Analyttinen oikeusrealismi 17, 28, 90, 177–203, 301–302, 309, 312, 313, 333, 338–339, 341, 344–345, 348, 352–353, 355, 367, 371, 444, 451–452, 456, 461, 462–463, 465–466, 540, 600, 610–611, 619, 620, 622, 625, 625–626
- Analyttinen oikeustiede 279, 289–290, 469, 471, 473–475, 519, 523, 524, 527, 528, 543, 545, 550, 550–557, 560, 570, 599–600, 607–609, 610, 625
- Ars disputationis* 114, 424, 619
- Arvotajunta 244, 283, 340
- Asialogiset rakenteet 250, 378, 621
- Asianmukaisuus (*Natur der Sache*) 113, 250, 280, 292, 293, 378, 384, 389,
- Asiantila 33–62, 308–309, 326–327, 355–356
- Auditorio 93–118
- Autopoiesis* 221–222, 383–384
- Avoimen kysymyksen dilemma 69, 118
- Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmä 12, 95, 174, 231, 436, 622
- Communis opinio doctorum* 381, 424
- Contra legem* -tulkinta 364, 367, 386–387
- Critical Legal Studies* 189–190, 288,
- Deformalisoituminen, ks. Materiaalistuminen
- Dejuridisoituminen XVIII, 343, 490, 495–500, 505, 635
- Dekonstruktio
- filosofinen 24, 117 (alav. 63), 306, 619, 622, 627–631
 - metodinen 190, 286–288
- Demokratiaivaje 402–403, 405, 411–412, 419, 434
- Desisionistinen oikeusfilosofia 284–285
- Desuetudo* 364, 367, 386–387, 526
- Différance* 627
- Discordans opinio doctorum* 381, 424
- Duhem-Quinen teesi 78–83, 612
- Edellytetty ontologia 19, 21, 324, 327, 328, 330, 353, 355–364, 365–366, 371, 456, 510, 518, 525, 538–539, 608–609, 625, 635
- Edellytetty todellisuusrakenne, ks. Looginen konstituitio; Edellytetty ontologia; Rakenteellinen aksiologia
- Eksistentiaalinen oikeusfilosofia 182, 621
- Ekstensio 321–324, 454–455
- Ekstension ja intension menetelmä XVIII, 20, 319–326, 454, 472–476, 624
- Epäpuhdas oikeusoppi 287, 296, 303
- Feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia 350, 403, 574–578
- Fenomenologia 22, 63, 109, 113, 115, 150, 151, 179, 182, 184, 190, 202, 216, 250, 261, 280, 292, 293, 351, 378, 384, 389, 479, 541, 578, 596, 620, 621, 622, 625
- Formaali tulkintaideologia, ks. Tulkintaideologia, formaali
- Formalisismi 241–243, 496–497
- Formalisoituminen XVIII, 343, 368, 490, 495–500, 505, 635
- Frankfurtin koulu 279, 384, 559, 633
- Hermeneutiikka 101–102, 182, 234, 625
- Ideaalityyppi 304, 531
- Identtisyys, ks. Systematisointi, identtisyys ja ekvivalenssi
- Ideologikritiikki 561, 574
- Ihmis- ja perusoikeudet 502–506, 521, 524, 527, 530, 543, 585–599, 601–602, 610, 611
- hyvinvointivaltiolliiset oikeudet 586–589, 593–594, 596–597, 599, 616
 - keskinäiset etusijasusteet 595–599
 - laintulkintaperusteena 592–599

- liberalistiset vapausoikeudet 586–589, 593–594, 596–599, 616
- metatason poliittiset osallistumisoikeudet 588
- sisäinen sääntely- ja ratkaisulogiikka 585–591
- toimivat markkinat perusoikeutena 590–591
- yhteisölliset oikeudenmukaisuusoikeudet ja vastuuperustaiset toimintarajoitukset 586–589, 593–594, 596–599

Institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta XVII, 11–12, 13, 15–16, 19, 21, 30, 31, 51, 59–60, 76, 79, 82, 83, 84, 86, 87–89, 101, 104, 108–109, 114, 126, 139, 140, 142, 163, 170, 175–176, 183, 192, 205, 229–230, 232, 237, 239, 243, 244, 247–248, 269, 270, 274, 278, 281, 281, 283, 294, 296, 297, 302, 303, 311, 312, 313–314, 315, 329–331, 335–345, 346, 349, 351–353, 354–355, 356–358, 361–362, 364, 365–370, 371, 373–374, 379, 380, 381, 394–409, 412, 413, 414, 416, 417–418, 420, 421, 423–424, 425–427, 439, 442–447, 452, 453, 454, 455, 456, 459, 465, 467, 468, 474–476, 483, 485, 494, 495–500, 502, 503–504, 505, 506, 513, 524, 525–526, 530, 532, 533, 535–539, 544, 545, 530, 564, 573–574, 584, 585–586, 590–592, 594–595, 598, 600, 602–609, 612, 614, 615–617, 620, 625, 627, 631, 635–636

Institutionaalinen ja yhteisöllinen eksistenssi, ks. Institutionaalinen ja yhteisöllinen ontologia

Institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti XVII, 21, 69, 76, 87, 89, 277–282, 283, 285, 287, 303, 311, 337, 339, 347, 353, 358, 363, 367, 373–374, 394–416, 448, 453, 483, 592, 612–617, 627

Institutionaalinen ja yhteisöllinen oikeuslähteoppi XVII, 373–434

Institutionaalinen ja yhteisöllinen ontologia 13, 18, 219, 312, 328, 330–331, 364–365, 389, 458, 525–528, 534–535, 538–539

Institutionaalinen oikeuspositivismi 24, 90, 156–158, 199, 279, 353, 619, 623, 624, 626, 631

Institutionaalinen tosiasia, ks. Tosiasiat, institutionaaliset

Institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä, ks. Oikeusperiaatteet, institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä

Institutionaalinen tulkintaideologia, ks. Tulkintaideologia, institutionaalinen

Institutionaaliset ja yhteisölliset oikeuslähteet, ks. Oikeuslähteet, institutionaaliset ja yhteisölliset

Institutionaaliset puheteot 157–158, 166–167, 218

Intensio 322–324, 454–455

Intentionaalisuus 163–167, 174, 226–228, 314

– kollektiivinen tai yksilöllinen 226–228

Interpretatio cessat in claris 454

Intressilainoppi 127, 134, 169, 273, 243,

Intressisidonnainen näkökulma oikeuteen, ks. Tulkintamatriisit, intressisidonnainen näkökulma oikeuteen

Intressitaho 291, 304

Intuitio 284

Isomorfia-avain 41, 44–49,

Isomorfiasuhde XV, 33–62, 93, 116, 333

Juristioikeus 236

Kansanhengi 234, 340

Kasuistisuus 283–297, 581

Khōra 630

Kielipeli 321

Koherenssi 65, 66–71, 72–78, 87–90

– määritelmä 87–90

– osittaiskoherenssi 85–86, 90

– totaalkoherenssi 83–84, 90

– totuuskäsitys, ks. Totuusteoriat, totuuden koherenssiteoria

Kokonaisjärjestely 290–291, 304

Konfiguraatorakenne, ks. Todellisuus, ulkoinen konfiguraatorakenne

Konfiguraatiivinen oikeustiede 189

Konfliktinratkaisunormit 9, 147, 235 (alav. 9), 484–485

Konsekventialismi, ks. Yhteiskunnallinen pragmatismi

Konstitutiivinen sääntö 453, 457–459

Konstituutorakenne, ks. Todellisuus, sisäinen konstituutorakenne

Konstruktiivinen päättely 546

Kontekstualismi, ks. Yhteiskunnallinen kontekstualismi

Konventionalismi, ks. Oikeudellinen konventionalismi

Konventiot, ks. Yhteisölliset konventiot

- Kriittinen oikeuspositivismi 149–150, 541–542, 557, 558, 566–567, 633–634
- Käsitelainoppi 233–238, 245, 519, 524, 527, 528, 543, 545–550, 554–555, 599, 602–603, 607–608,
- Käsitepyramidi 234–235, 494
- Laillisuusvalvojat 423, 502–503
- Lainoppi, ks. Tulkintamatriisit; Tulkinta-ideologia, lainopin tulkintaideologiat
- Lainsäädäntöideologia 15, 230, 336, 337–338, 341, 344–345, 347, 355, 369–370, 401, 404, 513, 608, 614, 624, 634
- Lainsäätävä 164–165
- Langdellilainen ortodoksia 238–240, 247
- Legisprudentia* 138, 582
- Lex iniusta non est lex* 253, 271, 275,
- Looginen empirismi 143–144
- Looginen konstituutio 19, 21, 38, 324, 326, 327, 329, 330, 355–364, 365–366, 371, 510, 518, 525, 609, 625, 635
- Looginen positivismi 143–144
- Looginen syntaksi 37, 319–324, 535–537
- Luonnollisen kielen filosofia 150–151, 246
- Luonnonoikeuden vähimmäissisältö 261–262, 303, 367, 395, 621
- Luonnonoikeusfilosofia 17, 28, 182, 183–184, 190, 202, 216, 249–276, 293, 303, 311, 312, 313, 333, 351, 352–353, 371, 373, 378, 384, 389, 456, 462, 467, 578, 479, 596–599, 610, 620, 621, 622, 625
- Maailma 35, 326–327
- MacPherson v. Buick* -tapaus 538
- Mahdollisten maailmojen semantiikka 27–315, 319, 326, 510, 513, 535
- Marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia 109, 140–141, 279, 350, 384, 389, 403, 541, 557–558, 559–568, 574, 604–605, 621
- Materiaalistuminen XVIII, 343, 368, 490, 495–500, 505, 635
- Metafysiikan tarpeisto 16, 19, 116, 202, 330, 510, 556, 635
- Metalogiikka 319
- Metamatematiikka 319
- Naisnäkökulma oikeuteen 402, 521–522, 524–525, 527, 529, 543–544, 558, 570, 574–578, 599, 603, 606, 607, 611
- Naturalistinen virhepäätelmä 69
- Näkökulma ei-mistään 18, 22, 108, 450, 461, 479
- Oikeudellinen eheys 73–78, 82–83, 173, 247, 452, 453, 514, 537, 610–611, 612–617, 626
- Oikeudellinen eksegeesi 17, 28, 167–176, 279, 301, 309, 312, 314, 333, 341, 344–345, 348, 352–353, 355, 367, 371, 443–444, 451, 456, 461, 462, 465–466, 610, 620, 625
- Oikeudellinen ennusteteoria 127–129
- Oikeudellinen koherenssiteoria 16–17, 27, 63–92, 93, 279, 299–300, 309, 312, 313, 333, 339, 341–343, 344–345, 348, 352–353, 355, 367, 371, 443, 451, 455, 461, 462, 465–466, 610, 612, 620, 625
- Oikeudellinen konventionalismi 17, 28, 93, 126, 205–232, 302, 309, 312, 313, 333, 339, 341–342, 344–345, 348, 352–353, 355, 367, 371, 444, 452, 456, 461, 462, 465–466, 610, 620, 624, 625, 627, 631
- Oikeudellinen korrespondenssiteoria 16, 27, 33–62, 299, 308–309, 310–311, 312, 313, 333, 341, 348, 352–353, 355, 367, 370–371, 443–444, 455, 461, 462, 465–466, 610, 620, 625
- Oikeudellinen logiikka, ks. Oikeudellinen päättely
- Oikeudellinen metafysiikka, ks. Edellytetty ontologia; Looginen konstituutio; Rakenteellinen aksiologia
- Oikeudellinen metateoria, metakonteksti, metanarratiivi, ks. Institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti
- Oikeudellinen metodi 509–514
- punninta ja tasapainottaminen 511–512
 - systematisointi 512–513
 - tulkinta 511
- Oikeudellinen muutosdynamiikka 495–500
- Oikeudellinen päättely
- abduktiivinen logiikka 436–437, 440, 442
 - analogia ja distinktiotekniikka 85–86
 - deduktiivinen logiikka 3, 237, 243–244, 309, 435–436, 437–438, 439, 562, 564
 - induktiivinen logiikka 437, 438–439
 - interrogatiivinen logiikka 436–437
 - oikeudellisten transformaatioiden logiikka 18, 22, 280, 300–301, 439–442, 517, 535, 539, 616, 635
 - tavoiterationaalinen päättely 562, 564, 568
- Oikeudellinen perusteluketju 7

- Oikeudellinen ratkaisuarvo 12, 13, 15–16, 18, 49–50, 52–53, 73–74, 98, 102–103, 104, 156, 162, 165, 191–192, 206, 211, 231, 241–242, 258, 282, 293–294, 329, 337, 341, 343, 358, 360–363, 364, 373, 375, 377, 379–380, 382, 388, 390, 395, 398, 399–400, 406, 408, 413, 414–415, 417–419, 421–423, 425, 427, 428–430, 443, 444, 449–450, 456, 486–487, 491, 492–494, 495, 496–500, 512, 523–524, 528, 539, 631, 635
- Oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka, ks. Sääntely- ja ratkaisulogiikka
- Oikeudellinen tasa-arvotutkimus 402, 521, 527, 529, 543–544, 558, 570, 578–579, 599, 603–604, 611
- Oikeudellinen tietomuoto, ks. Tietomuoto (*épistémè*)
- Oikeudellinen tulkintaformalismin 17, 28, 233–249, 279, 302–303, 308–309, 312, 314, 333, 371, 373, 451, 456, 461–462, 467, 617
- Oikeudellinen tulkintalause XVI, 13–14, 27–617
- Oikeudellinen uusretoriikka 17, 27, 29, 93–118, 175, 309–310, 312, 313, 333, 337, 340–341, 344–345, 352–353, 355, 367, 371, 443, 455–456, 461, 462, 465–466, 610, 620, 625
- Oikeudelliset ratkaisuideologiat (Jerzy Wróblewskin mukaan) 3–8, 305–308, 311–312
- oikeudellinen ja rationaalinen ratkaisuideologia 6–7, 11, 309–311, 443, 453–454
 - sidottu ratkaisuideologia 3–4, 11, 308–309, 342, 442, 454
 - vapaa ratkaisuideologia 5–6, 11, 311, 445, 454
- Oikeudelliset ratkaisutilanteet (Kaarle Makosen mukaan) 8–11, 305–308, 311–312
- isomorfiatilanne 8–9, 11, 33–35, 44–55, 58–60, 308–309, 342, 442, 454, 498–499
 - sääntelemätön tilanne 10–11, 311, 445, 454, 499
 - tulkintatilanne 9–10, 11, 58–60, 309–311, 443, 453–454, 499
- Oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet, ks. Oikeusperiaatteet; Oikeussäännöt
- Oikeudellisten transformaatioiden logiikka, ks. Oikeudellinen päättely, oikeudellisten transformaatioiden logiikka
- Oikeudellistuminen XVIII, 343, 490, 495–500, 505, 635
- Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta, ks. Institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta
- Oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti, ks. Institutionaalinen ja yhteisöllinen metakonteksti
- Oikeuden sisäinen moraalit 256–263, 303
- Oikeuden taloustieteellinen analyysi, ks. Oikeustiede, oikeuden taloustieteellinen analyysi
- Oikeuden yhteiskuntatieteellinen analyysi, ks. Oikeustiede, oikeuden yhteiskuntatieteellinen analyysi
- Oikeudentunto 244, 283, 340
- Oikeus
- formaalina käsitesysteeminä 364–365, 366, 442, 455
 - institutionaalisina ja yhteisöllisinä oikeusnormeina 364–365, 366–370, 443–445, 455
 - ’jähmettyneenä politiikkana’ 482
 - messiaanisenä ideana 351, 620
 - radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä 155, 247, 354–355, 450 (alav. 32), 465, 617, 619
 - yhteiskunnallisena mahdollisuutena 202, 249–276, 527, 529, 562, 568–574, 599, 605, 609
 - yhteiskunnallisena oikeudenmukaisuutena 364–365, 366, 445, 455
 - yhteiskunnallisena tosiasiana 145–149, 177–203, 249, 313, 339, 353–354, 623–624
 - yhteisöllisenä tai uskonnollisena ideaalina 249–276, 313, 355
- Oikeusasema-analyysi 550–557
- Oikeuslähdekategoriat 101–102, 374–434
- heikosti velvoittavat (Aarnion mukaan) 375–376
 - kielletyt (Aarnion mukaan) 375
 - muut mahdolliset 423–425, 427
 - ohjeelliset 421–423, 427
 - sallitut (Aarnion mukaan) 375–376
 - staattiset ja dynaamiset 374–381, 415–416, 421
 - vahvasti velvoittavat (Aarnion mukaan) 375–376, 382–383
 - velvoittavat 417–421, 427
- Oikeuslähteet
- EU-lainsäädäntö 416, 417, 419, 432

- Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet 102–105, 377, 414, 416, 417–418, 419, 422, 423, 424, 425–426, 432, 434, 449–450, 496, 608
- institutionaaliset 432, 434, 526
- institutionaaliset ja yhteisölliset 293–294, 309–310, 357, 448–453, 526
- lainsäädäntö 418–419, 432, 434
- lainopillinen oikeuskirjallisuus 424
- lainvalmisteluaineisto 405–406, 422, 432, 434
- muut viranomaispäätökset 422, 432, 434
- prejudikaatit 422–423, 432, 434
- sopimusperustainen oikeus 418, 433, 434
- tavanomainen oikeus 210–213, 407–408, 418, 433, 434
- välimiesoikeuksien ratkaisut 162, 205, 212–213, 229–230, 302, 336, 338, 339–340, 341, 345, 347, 382, 433, 614
- yhteisölliset 433–434, 526
- yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö 425–426, 432, 434, 449

Oikeuslähteiden oikeuttamisperusteet

- aineellinen oikeudenmukaisuus 400, 401, 412–414
- empiiris-sosiologinen perustelu (Hart, MacCormick) 390–394
- institutionaaliset ja yhteisölliset 281, 394–416, 399–400, 401, 602, 615
- pragmatistinen perustelu (Aarnio, Peczenik) 382–388
- suvereniteettiperiaate 281, 401, 402, 405, 409–412, 419–420
- transsendentaalis-looginen perustelu (Kelsen) 389–390

Oikeusnormi, ks. Oikeussääntö; Oikeusperiaate

Oikeusnormin voimassaolo

(Aarnion mukaan)

- arvoperustaisena hyväksyttävyytenä 96, 98–99
- muodollisena pätevyyttenä 96, 97
- tosiasiallisena tehokkuutena 96, 97–98

Oikeusperiaatteet 15–16, 50–55, 72–78, 191–192, 213, 357–363, 365–370, 385, 396, 416, 446–447, 456, 490–500, 501–503, 517–518, 520–521, 523–524, 525–526, 528, 538–539, 541, 594, 608, 613–614, 624, 635

- optimointikäskyinä 53, 259, 501–504
- institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä 15, 98, 275, 310, 343–345, 380, 394–398, 417, 429, 455, 490, 492–493, 494, 503, 525–526, 586, 593, 595–596

Oikeuspositivismi

- analyttinen 152–156, 174
- eksklusiivinen 158–160, 174
- inklusiivinen 160–163, 174
- institutionaalinen 156–158, 174

Oikeussäännöt 15–16, 49–50, 191–192, 357–363, 365–370, 456, 490–500, 517–518, 523, 525–526, 528, 538–539, 608, 635

Oikeustaloustiede, ks. Oikeustiede, oikeuden taloustieteellinen analyysi

Oikeustiede 277, 620–621

- oikeuden filosofinen analyysi 132
- oikeuden ihmistieteellinen analyysi 132–133
- oikeuden kulttuuritieteellinen analyysi 132
- oikeuden taloustieteellinen analyysi 135–142, 350–351, 519–520, 525, 527, 528–529, 543, 581–584, 599, 603–604, 606, 607, 611–612
- oikeuden tulkintatieteellinen analyysi 132
- oikeuden yhteiskuntatieteellinen analyysi 131–133, 188, 240

Oikeusturvaodotus 397

Oikeusvaltioperiaate 395, 398–409, 434

- oikeudellinen ennakoitavuus ja perustellun luottamuksen suoja 399–401, 406–407, 434, 602
- parlamentaarinen demokratiaperiaate 399, 400–401, 403–404, 434, 602, 615
- tahdonautonomia (ja perustellun luottamuksen suoja) 400–401, 406, 434, 602

Oivaltamisen logiikka, ks. Tieteellinen metodi, oivaltamisen logiikka

Olemus-ilmio -kategoriat 141, 279, 350, 563, 621

Olemuspohdinnat 547, 554

Ontologian taju 530, 533

Otsikkopositivismi 407 (alav. 58)

Pahan miehen näkökulma oikeuteen 128–129, 196, 383–383

Pandektioikeus 235 (alav. 12)

Perusarvot (eli perushyvät) 263–271, 274, 303, 586, 596–599

Perusmetri 627–628

Perusnormi 97, 389–390, 396

- Perustelemisen logiikka, ks. Tieteellinen metodi, perustelemisen logiikka
- Pienet hyvät vastuukertomukset 285, 569–570
- Poliittinen liberalismi 3–4
- Polysentria 293, 378, 475, 575, 626
- Positivismi
- analyttinen, ks. Analyttinen oikeuspositivismi
 - oikeuspositivismi 145–163
 - tieteenteoreettinen positivismi 143–145
- Pragmaattinen instrumentalismi, ks. *Reella överbäganden* -juridiikka
- Pragmatiikka 319
- Pragmatismi XVI, 93, 126–134, 301, 382–388, 621, 624
- Prejudikaatti (*ratio decidendi* ja *obiter dicta* -osioiden yhdistelmänä) 170–173, 257–258, 321, 380–381, 386–387, 422, 452, 485, 488–490, 634
- Prejudikaatti-ideologia 230, 258, 282, 338, 344, 386–387, 421–422, 452, 485, 486–490, 634
- Presumptiivinen kontekstualismi 292, 378, 415
- Protokollalauseet 64 (alav. 4), 79 (alav. 39), 80, 92, 143,
- Punninta ja keskinäinen tasapainottaminen XVII–XVIII, 50, 53–54, 59, 60, 76, 117, 191–192, 194, 241, 263, 269–270, 272–273, 290, 310, 361–363, 416, 443, 444, 486, 497–498, 501, 512, 528
- Queen rule* -sääntö 161, 305, 490 (alav. 87)
- Quod licet bovi, non licet Iovi* 638 (alav. 46)
- Radikaali yhteiskunnallinen kontekstualismi, ks. Yhteiskunnallinen kontekstualismi
- Rakenneyhtäläisyys, ks. Isomorfiasuhde
- Rakenteellinen aksiologia 19, 21, 324, 329, 330, 355–364, 362, 365–366, 371, 490–500, 510, 518, 525, 609, 625, 635
- Rakenteellinen ontologia, ks. Edellytetty ontologia
- Rakenteistuminen, ks. Oikeudellistuminen
- Ratio decidendi* 257–258
- Rationaalinen hyväksyttävyys 96, 100–101, 105–116
- Realismi
- tieteellinen 177–181
 - oikeusrealismi 181–203
- Reella överbäganden* -juridiikka 245, 519, 524, 527, 528, 543, 545, 546, 550, 579–581, 599, 603, 611–612
- Riggs v. Palmer* -tapaus 73–74, 350–351, 492, 494,
- Riskipositio 291, 304
- Ryväskäsite 448
- Semantiikka 319–320
- Semanttinen referenssi, ks. Ekstensio
- Shakki 215–216
- Sopimusmalli 282, 452, 477–482, 520
- Sosiaalinen siviilioikeus 279, 350, 402, 522–523, 524–525, 527, 529–530, 537, 542, 543–544, 558, 564–565, 568–574, 579, 599, 600–601, 605, 606, 607, 611–612
- Sosiologinen oikeustiede 169, 181, 244, 283
- Sporalogia 509
- Superargumentti 606–609
- Supererogatorinen 263
- Supermatriisi 606–609
- Suvereniteettiperiaate
- kansainvälisessä oikeudessa 286
 - oikeuslähdeopin oikeuttamisperusteena, ks. Oikeuslähteiden oikeuttamisperusteet, suvereniteettiperiaate
- Syntaksi 319–320
- Systematisointi 468–490
- analyttinen 471, 473–475
 - identtisyys ja ekvivalenssi 470–476
 - käsitelainopillinen 471, 473–475
 - lainsäädännön esteoria 469–470
 - oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka 476, 482–485
 - oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden 483, 484–490
 - peruskäsitteet, dogmit ja konstruktio 477–482, 520
 - perussysteemi ja korvaava(t) systeemi(t) 468–476
 - sosiaalisen siviilioikeuden mukainen 471, 477
 - staattinen ja dynaaminen 474, 485–490
- Sääntely- ja ratkaisulogiikka 18, 362, 476, 482–485, 490, 513, 557, 584, 585–591, 598, 614, 619, 635
- ks. myös Systematisointi, oikeudellinen sääntely- ja ratkaisulogiikka
- Tekninen normi 261–262
- Tiedonarkologia 23, 79, 145, 327, 634, 636
- Tieteellinen metodi 506–509

- oivaltamisen logiikka 507–509, 510–511
- perustelemisen logiikka 507–509, 510–511
- Tieteenkuva 517–540
- loogis-lingvistiset sitoumukset 518–523, 535, 536–538, 570–571
- ontologiset sitoumukset 528, 535, 538–539
- metodiset sitoumukset 528–530, 535, 539–540
- tieto-opilliset sitoumukset 523–525, 535–536

Tieto

- hiljainen tekijän tieto 19, 208, 340, 513–514, 531–540, 543
- reflektoitu tutkijan tieto 19, 340, 531–540
- Tietomuoto (*épistémè*) 18, 63, 442, 506, 510, 517–540

Todellisuus, ks. myös Edellytetty todellisuus-rakenne; Edellytetty ontologia; Looginen konstituutio; Rakenteellinen aksiologia

- Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen mukaan 35, 326–327
- sisäinen konstituutorakenne 37, 41, 48, 57, 327–328, 330
- ulkoinen konfiguraatorakenne 37, 48, 57, 64, 327–328, 330

Toimintaympäristö 290, 304

Toissijaisuusperiaate 402–403, 405

Topiikka 95, 301, 435

Tosiasiat

- institutionaaliset 166–167, 177, 213–220, 223–224, 457–460
- raat 213–214, 457–460

Totuusarvo 15, 323–324, 454

- aineellinen 17, 315, 332–333, 461, 462, 467
- formaali 17, 315, 332–333, 461–462, 467
- institutionaalinen 17, 315, 332–333, 336, 461, 466–467, 614

Tosi_f, ks. Totuusarvo, formaali

Tosi_i, ks. Totuusarvo, institutionaalinen

Tosi_y, ks. Totuusarvo, aineellinen

Totuusteoriat XV

- koherenssiteoria 28–29, 30, 31, 61, 63–66, 325
- konsekventialistinen totuusteoria, ks. pragmatistinen totuusteoria
- konsensusteoria XVI, 29, 30, 31, 61, 93–95, 116–118, 325
- korrespondenssiteoria 28, 30, 31, 34, 60–61, 92, 116, 325

- pragmatistinen totuusteoria XVI, 29, 30, 31, 61, 119–125, 325

- Tarskin semanttinen totuusteoria 55–58, 60–61

- totuuskäsitteen merkityksen kiistävä teoria (*redundancy theory of truth*) 30

Transformaatio 440–442, 511–512

Transformaatioiden logiikka, ks. Oikeudellisen päättely, oikeudellisten transformaatioiden logiikka

Truth-makers 14, 325, 327

Tulkinnallinen merkityssisältö, ks. Intensio

Tulkinta 1–644

- holistisuus ja alimääräytyneisyys, ks. Duhem-Quinen teesi

Tulkinta-avain 14, 39, 47, 291, 458

Tulkintafilesofiat, ks. Tulkintamallit

Tulkintaideologia 15, 370–371, 624–625

- aineellinen 15, 331, 332–333, 346, 357, 364–365, 366, 451, 455, 459
- formaali 15, 331, 332–333, 345–346, 357, 364–365, 366, 451, 455, 459
- institutionaalinen (ja yhteisöllinen) XVI–XVII, 15, 49, 230, 310, 331, 332–333, 335–345, 357–358, 364–365, 366–367, 373, 399, 409, 441, 451, 455, 459, 465, 525, 532, 610, 614–615, 624–625, 634

- lainopin tulkintaideologiat

- institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutunut tulkintaideologia XVII, 11, 21, 65, 98, 134, 346–349, 352–355, 382, 413–414, 424, 445, 499, 542–543, 590,
- institutionaalisesta tulkintaideologiasta kriittisesti irtautunut tulkintaideologia 12, 21, 98, 249–352, 352–355, 382, 413–414, 415, 424, 445, 510, 542, 543, 603,

Tulkintajuridinen potentiaali XIX, 544, 565, 575, 599–606, 616

Tulkintakehys 12, 13, 14, 22, 332, 440, 441–442, 453, 457–460

Tulkintakriteeri 15, 331–333, 344, 347, 352, 358, 371, 443, 451–453, 465, 535

Tulkintalause, ks. Oikeudellinen tulkintalause
Tulkintalauseen totuusarvo, ks. Totuusarvo, aineellinen; Totuusarvo, formaali; Totuusarvo, institutionaalinen

Tulkintamallit XVI, 14–15, 27–297, 299–315, 370–371

- Tulkintamatriisit XIX, 517, 541–617
- varsinaiset tulkintamatriisit 599–601, 610–611
 - intressisidonnainen näkökulma oikeuteen XIX, 544, 603, 605–606,
 - luonnos tulkintamatriisiksi XIX, 544, 603, 605–606
- Tulkintaopilliset konventiot 280, 506, 514, 531–533, 535–540
- Tulkintaperusteet, ks. Oikeudelliset tulkintaja ratkaisuperusteet
- Tunnistamissääntö 190–196, 490, 536
- Englannin oikeudessa 161, 305
 - Suomen oikeudessa 416–427
 - velvoittava sääntö vai yhteiskunnallinen säännönmukaisuus 627–631
- Tuomariniideologia 15, 190–196, 230, 302, 336, 338–339, 341, 344–345, 347, 354–355, 359, 369–370, 401, 513, 608, 614, 623, 624–625, 634
- Universaaliauditorio 105–109, 300, 388, 462
- Uso alternativo del diritto* 349, 524, 529, 562, 565
- Uusretoriikka 93–96, 105–118, 300–301, 312, 435–436
- Vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen lainoppi 141, 279, 331, 349–352, 354, 355, 413, 442, 445, 475–476, 510, 521, 524–525, 527–528, 529, 543, 557–579, 599, 604–605, 606, 609
- Valehtelijan paradoksi 57
- Validiteetti- ja tulkintakriteeri 15, 331–333, 344, 347, 352, 371, 443, 455, 465, 614, 625, 635
- Validiteettikriteeri 15, 16–17, 331–333, 344, 347, 352, 358, 371, 443, 461–462, 465–468, 535
- Valtioviisaus 637–644
- Vapaa-oikeuskoulu 5, 169, 243, 283
- Vastavuoroiset odotukset 206–207, 216, 223–226
- Voimassa oleva oikeus
- analyttisen oikeusrealismin mukaan 198
 - institutionaalisen tulkintaideologian mukaan 624–625
- Wienin piiri 13, 65, 79, 91–92, 143, 150, 246, 320
- Yhteiskunnallinen kontekstualismi 28, 277–297, 303, 311, 312, 314, 352–353, 371, 373, 456, 462, 467
- Yhteiskunnallinen pragmatismi 17, 24, 27, 93, 119–142, 202, 311, 312, 313–314, 333, 352–353, 371, 373, 452, 456, 462, 467, 610
- Yhteiskunnalliset vaikutukset 93, 119–142
- Yhteiskuntasopimus 110–111, 626
- Yhteistoimintaa edistävät asenteet 206–207, 216, 225–226
- Yhteisöllinen hyväksyntä 93, 205–232
- Yhteisöllinen oikeuskäsitys 15, 230, 336, 339–340, 341, 344–345, 347, 355, 369–370, 401, 513, 614, 624–625, 634
- Yhteisölliset konventiot 205–209, 213–226
- Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö 425–426, 427–432, 615
- Äärellisyyden analytiikka XVIII, 13, 18, 23, 38, 517, 534–535, 622, 634, 636

Henkilöhakemisto

Henkilöhakemisto käsittää kirjan varsinaisen tekstiosion, mutta ei teoksen liitteinä olevaa sanastoa.

- Aarnio, Aulis XVII, 95, 96–101, 102, 103, 105, 109–116, 175, 221–222, 275, 292, 295, 300, 309–310, 341, 375–378, 379, 382–388, 390, 415, 436, 468–476, 555, 625–626, 632–633
- Akvinolainen, Tuomas 251–253, 263, 267, 272
- Alchourrón, Carlos E. 469–470
- Alexy, Robert 53–54, 66–70, 95, 100–101, 109–110, 300, 436, 501
- Ames, James Barr 238–239
- Andersen, H. C. 24, 637, 638 (alav. 46), 639 (alav. 47)
- Anscombe, Elizabeth 150, 157, 628
- Aristoteles 250–251, 263, 435, 464–465
- Austin, John 146–147, 152–153, 273, 281, 305, 567, 624
- Austin, John Langshaw 150, 157, 249, 320, 628
- Backman, Eero 560, 564, 604
- Beale, Joseph 187, 238–239
- Bingham, Joseph 580
- Blom, Raimo 604
- Bodin, Jean 284
- Borges, Jorge Luis 24, 392, 636–637
- Bourdieu, Pierre 150, 567
- Braudel, Fernand 149–150, 567
- Brusiin, Otto 10, 12, 133, 624, 627
- Bruun, Niklas 560, 564, 604
- Bulygin, Eugenio 469–470
- Calabresi, Guido 135
- Carnap, Rudolf XVIII, 22, 150–151, 319–326, 327, 328, 331, 332, 453–454, 468, 472–476, 624, 626, 627
- Carroll, Lewis (Sir Charles Dodgson) 117
- Cassirer, Ernst 552 (alav. 27)
- Caselius, Ilmari 546, 548–549
- Coase, R. H. 135
- Coffa, J. Alberto XVIII, 92
- Cohen, Felix S. 186, 580
- Cook, W. W. 129–131, 186, 580
- Cooter, Robert 135–136
- Cross, Rupert 171, 301
- Derrida, Jacques 117 (alav. 63), 306, 619, 622, 627, 630–631, 632–633
- Descartes 115, 122
- Dewey, John 119, 124–125, 382, 580
- Dostojevski 636
- Duhem, Pierre-Maurice-Marie 80
- Duxbury, Neil 238
- Dworkin, Ronald 51–55, 72–78, 82–83, 99 (alav. 17), 142, 150, 155–156, 160–161, 173, 191, 206, 230, 247, 255, 274, 275, 282, 343, 353, 363, 380, 395–396, 416, 426–427, 446–447, 491–495, 495–496, 501, 514, 527, 537, 541, 567, 592, 601–602, 606, 611, 612–617, 627, 636
- Eckhoff, Torstein 187
- Ehrlich, Eugen 134
- Ek, C. H. 245, 579–580
- Ekelöf, Per Olof 187
- Eriksson, Lars D. 349, 527, 560, 562, 565, 566, 568–569, 604
- Ewald, François 149, 567
- Federley, Martti 626
- Fehr, Hans 474
- Finnis, John 250, 255, 263–271, 272, 273, 274, 275, 297, 303, 346, 586, 596–599, 621
- Foucault, Michel 23, 38, 63, 79, 145, 149, 211, 319, 327, 389, 567, 634, 636
- Frank, Jerome 186, 187, 580
- Frege, Gottlob 150, 321–324, 331
- Fuller, Lon L. 155, 255, 256–263, 272, 273, 274, 275, 297, 303, 346, 532–533, 621
- Galilei, Galileo 124 (alav. 16)
- Gény, François 5, 134, 168, 243
- Godenhielm, Berndt 245, 579–580
- Goodhart, Arthur L. 172–173, 301
- Gray, John Chipman 159, 184–185, 186, 580
- Grotius, Hugo 253, 254
- Haanpää, Pentti XIX
- Habermas, Jürgen 149, 388, 567, 632
- Hahn, Ulrike 92
- Hallberg, Pekka 165

- Hannikainen, Antti 547
 Harris, J.W. 171, 301
 Hart, H.L.A. 4, 150, 152, 155–156, 160–163, 190–196, 207, 230, 245–246, 260–263, 269, 272, 273, 275, 297, 303, 305, 320, 353, 367, 390–393, 395, 396, 493, 536, 621, 622–623, 626, 628–630, 631, 633–634
 den Hartogh, Govert 224–226
 Heck, Philipp 243
 Heidegger, Martin 151
 Heikonen, A. R. 547
 Heinonen, Olavi 448–449
 Helin, Markku 340, 529, 533, 546–547, 555–556, 633
 Hercules, J. 77–78, 114, 613–614
 Hobbes, Thomas 254, 284
 Hohfeld, Wesley Newcomb 19, 245, 536–537, 551–554
 Holmes, Oliver Wendell, Jr. 119, 126–129, 185, 186, 188, 195–196, 239–240, 273, 283, 580
 Holmes, Sherlock 437
 Hutcheson, Joseph C., Jr. 284
 Hägerström, Axel 181, 533
 af Hällström, Erik 245, 579–580
 Hänninen, Sakari 149, 558, 562–563, 565–566
 Ignatius, Antero 564, 604
 James, William XVI, 119, 120–121, 123–124, 230, 382, 624
 von Jhering, Rudolf 134, 233, 243, 302, 580 (alav. 109)
 Jonkka, Jaakko XVII–XVIII, 54, 501–503, 520, 542
 Jyränki, Antero 524
 Kafka 636
 Kant, Immanuel 626
 Karhu, Juha, ks. Pöyhönen, Juha
 Kaufmann, Felix 521, 551, 553, 560, 579, 626
 Kelsen, Hans 4, 97, 146–147, 150, 152–155, 199–200, 220–221, 235, 254, 255, 270, 273, 287–288, 296, 303, 377, 379, 383, 389–390, 415, 421, 458, 521, 553, 556, 560, 579, 626, 628–630, 631, 633–634
 Kennedy, Duncan 190
 Kivimäki, T.M. 545, 548–549
 Kivivuori, Antti 524, 560
 Koskenniemi, Martti 285, 286–288
 Kuhn, Thomas S. 79, 94, 340, 479, 531, 544, 553, 607
 Kunnas, Matti XX
 Lagerspetz, Eerik 219–220, 223–224, 631
 Langdell, Christopher Columbus 181, 187, 233, 238–240, 283–284
 Lasswell, Harold D. 189
 Levi, Edward H. 85–86, 537
 Llewellyn Karl 186, 195–196, 580
 Locke, John 626
 Luhmann, Niklas 221–222
 Lukács, Georg 562, 566
 Lundstedt, Vilhelm 187, 548
 Lähteenmäki, Jarmo XX
 McCormick, Neil 90, 95, 156–158, 171–172, 199–200, 207, 218, 301, 353, 393–394, 436, 447, 623, 624, 626, 627, 631
 Majamaa, Vesa XX, 22 (alav. 41), 385
 Makkonen, Kaarle XV, 8–11, 12, 14, 33–60, 299, 305–312, 342–343, 348, 358, 370–371, 435, 439, 442–445, 453–454, 498, 561, 626, 627
 Malcolm, Norman 36
 Mattei, Ugo 139
 McDougal, Myres S. 189
 McLuhan, Marshall 608
 Mead, Georg Herbert 119
 Merkl, Adolf Julius 221, 235, 270, 377, 379, 415
 Mill, John Stuart 143, 589
 Montesquieu, Baron de 3, 237, 617
 Moore, G. E. 69, 118, 150
 Moore, W. Underhill 580
 Morawetz, Thomas 155, 247, 354, 450 (alav. 32), 465, 617, 619,
 Mustelin, Nils 509
 Mäenpää, Olli 564, 604
 Mähönen, Jukka XIX, 584
 Nagel, Thomas 18 (alav. 39)
 Nash, John F. 508
 Neurath, Otto 65–66, 79–80, 92, 150
 Niemi-Kiesiläinen, Johanna 576
 Nietzsche, Friedrich 284
 Niiniluoto, Ilkka 177–181
 Ockhamilainen, Wilhelm 152
 Oker-Blom, Max 584
 Olbrechts-Tyteca, Lucie 95, 436
 Oliphant, Herman 580
 Olivercrona, Karl 187
 Peczenik, Aleksander XVII, 22, 66–70, 95, 295, 300, 310, 374, 375–378, 379, 382–388, 390, 415, 436, 441

- Peirce, Charles Sanders XVI, 119, 121–123, 382, 440
 Perelman, Chaïm 95, 105–116, 125–126, 275, 292, 300, 309, 341, 388, 436
 Petri, Olaus 99, 283
 Pihlström, Sami 177–181
 Platon 630
 Pohjonen, Soile 577–578
 Polanyi, Michael 340
 Popper, Karl 55, 178, 216–217, 507 (alav. 108)
 Posner, Richard A. 136–138, 139, 140
 Pound, Roscoe 126–127, 169, 186, 188, 273, 283, 580
 Puchta, Georg Friedrich 233–237, 250, 253, 254, 270, 276, 302, 373, 494,
 Pufendorf, Samuel 250
 Pöyhönen (myöh. Karhu), Juha XVII, 269–270, 285–286, 289–293, 293–295, 296–297, 304, 378–379, 387, 415, 477–482, 483, 518, 522–523, 542, 557, 558, 564, 572, 590–591, 594–596, 602, 604
 Quine, Willard Van Orman 80–81
 Radbruch, Gustav 254, 272, 273, 274, 275, 303, 621
 von Ranke, Leopold 145
 Raunio, Kyösti 144
 Rawls, John 79, 110–111, 281, 627
 Reichenbach, Hans 507
 Riepula, Esko 524
 Ross, Alf 90, 147–148, 191–183, 187, 190–196, 198–201, 302, 338, 353–354, 359, 440, 458, 463–465, 478, 553, 622–624, 625–626, 627
 Rowling, J. K. 117
 Ruiter, Dick W. P. 226, 324–325
 Russell, Bertrand 150
 Ryle, Gilbert 150, 320
 Salama, Hannu 497 (alav. 95)
 de Saussure, Ferdinand 328
 von Savigny, Friedrich Carl 209–210, 233–235
 Scheinin, Martin 561
 Schlick, Moritz 150
 Schmitt, Carl 284–285
 Shakespeare 636
 Searle, John R. 22, 150, 157, 213–220, 222, 226–228, 453, 457–459, 567, 628
 Sofokles 636
 Stenius, Erik XV, 37–43, 44, 48–49, 64, 327,
 Summers, Robert S. 95, 241–243, 436, 580
 Tarski, Alfred 55–58, 64, 178, 320, 331
 Taxell, Lars Erik 245, 579–580
 Teubner, Gunther 221–222
 Telaranta, K. A. 481
 Thibaut, Anton Friedrich Justus 209
 Timonen, Pekka 378, 387, 583–584
 Tolonen, Hannu 22, 101–105, 625, 633
 Tuori, Kaarlo 141, 149–150, 151 (alav. 27), 350, 384, 541–542, 557, 558, 560–561, 562–564, 565–567, 604, 633–634
 Twain, Mark 626
 Viehweg, Theodor 95, 436
 Weber, Max 149, 304, 531, 567
 Weinberger, Ota 90, 156–158, 199–200, 207, 218, 353, 623, 624, 626, 627
 Wihuri, Antti-Juhani 107–108
 Wilhelmsson, Thomas 285, 475, 522–523, 529, 537, 542, 564, 568–574, 579, 605, 611–612
 Winch, Peter 628
 Windscheid, Bernhard 233, 234, 302
 Wintgens, Luc 138 (alav. 46), 583 (alav. 116)
 Wittgenstein, Ludwig XV, 34, 35–39, 55, 56, 64, 116, 143, 150–151, 299, 320–321, 326, 355–356, 439, 491, 537, 551–553, 622, 625, 627–628, 632–633
 Wolff, Christian 235–236, 253
 von Wright, Georg Henrik 36, 69, 144, 261
 Wróblewski, Jerzy XV–XVI, 3–8, 12, 14, 156, 273, 305–312, 342, 358, 370–371, 435, 436, 442–445, 453–454, 622, 624, 627
 Zitting, Simo 44–47, 245, 474, 481, 521, 551–556, 579, 626

Oikeudellinen tulkintateoria on tutkimus tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavista tekijöistä eli oikeudellisesta *tulkintakehyksestä*, jota teoksessa jäsennetään kymmenen *tulkintamallin* ja kolmen *tulkintaideologian* avulla. Lähtökohtana on Kaarle Makkosen ja Jerzy Wróblewskin analyttinen oikeusteoria, jota syvennetään ja laajennetaan muun muassa Rudolf Carnapin semantiikan avulla. Kukin tulkintamalleista perustelee omaehtoisella tavalla tulkintakriteerin, jonka avulla oikeudellisen tulkintalauseen hyväksyttävyyttä ja perusteltavuutta voi arvioida. Esimerkiksi oikeudellinen *korrespondenssiteoria* tarkastelee tulkintaa oikeussäännössä määritellyn ja maailmassa toteutuneen asiantilan vastaavuutena, oikeudellinen *koherenssiteoria* arvioi institutionaalisten ja yhteisöllisten oikeuslähteiden keskinäistä koherenssia ja *analyttinen oikeusrealismi* kiinnittää tulkinnan oikeuskäytännössä toteutuneisiin ja toteutettavissa oleviin oikeusvaikutuksiin.

Oikeudelliset tulkintamallit rajaavat oikeuden mahdollisten maailmojen semantiikan alan eli ylipäättään mahdolliset tulkinnalliset merkitykset ilman, että tulkinnan oikeudellisuus olisi vielä arvion kohteena. Tulkintalauseen oikeudellisuus tarkoittaa sen sidonnaisuutta oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*, jota institutionaalisiin päätöksiin perustuvat oikeussäännöt ja yhteisöllisiin käytäntöihin perustuvat oikeusperiaatteet yhteisesti toteuttavat. Tulkintaideologia määrittelee oikeudellisen *validiteetti-* ja *tulkintakriteerin*, joka institutionaalisen tulkintaideologian alaisuudessa tarkoittaa tietynlaisten institutionaalisten tai yhteisöllisten kriteerien täyttymistä.

Oikeudellisia päättelymalleja arvioidaan teoksessa laaja-alaisesti paitsi varsinaisen oikeudellisen tulkinnan myös oikeudellisen systematisoinnin ja oikeusperiaatteiden arvosidonnaisen punninnan osalta. Oikeudellinen tulkinta määrittää oikeudellisen tulkintalauseen semanttisen ekstension ja intension eli oikeudellisen *validiteetin* ja *institutionaalisen totuusarvon* sekä *tulkinnallisen merkityssisällön* avulla. Oikeudellista systematisointia jäsennetään suhteessa oikeudelliseen *sääntely-* ja *ratkaisulogiikkaan*, joka määrittää oikeussääntöjen ja osin myös oikeusperiaatteiden keskinäiset etusijasuhdet. Oikeusperiaatteiden punninnassa hyödynnetään Jaakko Jonkan oikeudellista punnintamallia, jota täydennetään oikeussääntöjen, oikeusperiaatteiden ja yhteiskunnallisten arvojen keskinäisten suhteiden muutoksilla. Lisäksi teoksessa arvioidaan tuomarin ja tutkijan oikeudellista tiedonintressiä sekä suomalaisen lainopin erilaisia oikeudellisia tulkintamatriiseja yhtäältä institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen ja toisaalta siitä kriittisesti irtautuneen oikeusopin merkityksessä. Teoksen päättää arvio Ronald Dworkinin *oikeudellisesta eheydestä* kokoavana oikeudellisena tulkintakehyksenä. Teoksen liitteenä on laaja sanasto, jota voi hyödyntää myös yhteenvetona kirjan keskeisistä kysymyksistä.

